

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2023-2-038

Karar Sayısı : **24-22/514-215**

Karar Tarihi : 09.05.2024

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE

Üyeler : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN, Cengiz ÇOLAK,
Berat UZUN

B. RAPORTÖRLER: Didem ULUÇ SÜDEMEN, Emre KARA, Ömer VATANSEVER,
Ayşe CİRİT TEMEL, Tuğçe GÜRSEL

C. BAŞVURUDA

BULUNAN

: SırmaGrup İçecek Sanayi ve Ticaret AŞ

Temsilcileri : Av. Efser Zeynep ERGÜN, Av. Sibel YILMAZ ATİK

Levent Mahallesi, Mektep Sok., No:14, Beşiktaş/İSTANBUL

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Ambalajlı su sektöründe üretici/tedarikçi olarak faaliyet gösteren teşebbüslerin ürün fiyatlarını birlikte tespit etmek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası üzerine Rekabet Kurulunun 10.08.2023 tarihli ve 23-37/711-M sayılı kararı ile yürütülen önaraştırma kapsamında, SırmaGrup İçecek Sanayi ve Ticaret AŞ'de gerçekleştirilen yerinde incelemenin engellendiği ve zorlaştırıldığı gerekçesiyle, Rekabet Kurulunun 19.10.2023 tarihli ve 23-49/945-337 sayılı kararı ile SırmaGrup İçecek Sanayi ve Ticaret AŞ'ye 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 24.04.2024 tarih ve 51989 sayı ile intikal eden başvuru üzerine düzenlenen 07.05.2024 tarihli ve 2023-2-038/BN-03 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda; İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi gereği 19.10.2023 tarihli ve 23-49/945-337 sayılı Kurul kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Başvuruya İlişkin Süreç

- (4) Kurum kayıtlarına 01.08.2023 tarih, 41093 sayı, 07.08.2023 tarih, 41332 sayı ve 08.08.2023 tarih, 70026 sayı ile intikal eden başvurularda özetle; Tüketici Örgütleri Konfederasyonu tarafından 2022 yılının Ocak ayından itibaren yürütülen inceleme ve araştırma faaliyetleri kapsamında zincir marketlerde satışa sunulan 23 çeşit temel gıda maddesinin fiyat hareketlerinin incelendiği ve söz konusu gıda maddelerine ilişkin fiyat hareketlerini içeren raporların hazırlandığı, bu raporlardan son dönemde *Buzdağı*, *Abant*, *Assu*, *Hamidiye* ve *Özkaynak* marka doğal kaynak sularının raf fiyatlarının genellikle aynı gün veya birer gün arayla değiştiğinin ve farklı markalara ait ambalajlı suların raf fiyatlarının aynı olduğunun görüldüğü; Kurum kayıtlarına 07.08.2023 tarih ve 41263 sayı ile intikal eden bir başka başvuruda ise özetle; başvurunun yapıldığı tarihten önceki 15 gün içerisinde İstanbul ilinde damacana suyun perakende satış fiyatlarının 10 TL ile 15 TL arasında arttığı, ambalajlı su tedarikçisi teşebbüslerin söz

konusu fiyat artışlarını aralarında anlaşarak gerçekleştirmiş olabilecekleri ifade edilmiştir.

- (5) Bu kapsamda hazırlanan 09.08.2023 tarihli ve 2023-2-038/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu neticesinde Rekabet Kurulu (Kurul) tarafından 10.08.2023 tarih ve 23-37/711-M sayılı ile, ambalajlı su sektöründe üretici/tedarikçi olarak faaliyet gösteren teşebbüslerin ürün fiyatlarını birlikte tespit etmek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal ettikleri iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için aynı Kanun'un 40. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (6) Başkanlık Makamının 11.08.2023 tarihli ve 70331 sayılı olurlarıyla 16.08.2023 tarihinde başlatılan önaraştırma kapsamında 17.08.2023 tarihinde Askale İçecek Üretim Pazarlama AŞ (ASSU)'de, Coca-Cola Satış ve Dağıtım AŞ'de (DAMLA), Dydo Drinco Turkey İçecek Satış ve Pazarlama AŞ'de (SAKA), Erikli Su ve Meşrubat Sanayi ve Ticaret AŞ'de (ERİKLİ), Hamidiye Kaynak Suları Sanayi Turizm ve Ticaret AŞ'de (HAMİDİYE), Kaya Turistik Tesisleri Titreyengöl Otelcilik AŞ'de (ABANT), Özkaynak Maden Suyu Ticaret Ltd. Şti.de (ÖZKAYNAK), Pınar Su ve İçecek Sanayi ve Ticaret AŞ'de (PINAR), SırmaGrup İçecek Sanayi ve Ticaret AŞ'de (SIRMAGRUP) ve Susa Gıda Maddeleri Pazarlama Ticaret AŞ'de (BUZDAĞI) yerinde incelemeler gerçekleştirilmiş ve anılan teşebbüslerden bilgi ve belge taleplerinde bulunulmuştur.
- (7) 17.08.2023 tarihinde SIRMAGRUP'ta gerçekleştirilen yerinde inceleme esnasında, incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması sonucunu doğuran eylemler ile karşı karşıya kalınmıştır. Bu kapsamda hazırlanan 13.10.2023 tarihli ve 2023-2-038/BN-02 sayılı Bilgi Notu, Kurulun 19.10.2023 tarihli toplantısında ele alınmış ve 23-49/945-337 sayılı karar ile SIRMAGRUP'a, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilmiştir.
- (8) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca SIRMAGRUP hakkında alınan 19.10.2023 tarihli ve 23-49/945-337 sayılı yerinde incelemenin engellenmesine ve zorlaştırılmasına ilişkin Kurul kararının, İYUK'un 11. maddesi kapsamında yeniden değerlendirilmesi veya kaldırılması amacıyla SIRMAGRUP tarafından yapılan başvuru 24.04.2024 tarih ve 51198 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Söz konusu başvuruya dayanak teşkil eden yerinde incelemenin engellenmesi ve zorlaştırılması sürecinin özetine aşağıda yer verilmektedir.
- (9) SIRMAGRUP'ta yerinde inceleme yapmak üzere görevlendirilen meslek personeli tarafından 17.08.2023 tarihinde saat 10.30'da Küçükbakkalköy Mahallesi Vedat Günyol Caddesi Defne Sokak No:3 Büyükhanlı Plaza B Blok Kat:12 Ataşehir/İSTANBUL adresine gidilmiş, saat 10.37'de yetki belgeleri ile Kurum kimlik kartları ibraz edilmiştir.
- (10) 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerinin raportörlere verdiği yetkiler ve aynı Kanun'un 16. ve 17. maddesinde düzenlenen idari para cezaları hakkında teşebbüs yetkililerinin bilgi edinmeleri sağlandıktan sonra, teşebbüs yetkililerine; teşebbüs geneline bir duyuru yapılarak teşebbüs çalışanlarına saat 10.37 itibarıyla rekabet uzmanları tarafından yerinde incelemenin başlatıldığı, bu an itibarıyla yerinde inceleme tamamlanana kadar bilgisayarlarından, elektronik postalarından ve sair veri depolama cihazlarından herhangi bir suretle e-posta ya da belge silinmemesi, aksi takdirde bu durumun tespit edilebileceği ve silinen içerikten bağımsız olarak yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması olarak değerlendirilebileceği konusunda uyarı yapılması yönünde bilgi verilmiştir.
- (11) Şirket yetkililerinin tüm inceleme sürecindeki refakati eşliğinde, Danone Türkiye Pazarlama Direktörü (.....), Pazarlama Operasyon Sorumlusu (.....), İçecek Pazarlama

Lideri (.....), Hayat Marka Müdürü (.....), Pazarlama Sorumlusu (.....), Sırma Asistan Marka Müdürü (.....), Su Ticari Pazarlama Müdürü (.....), Su Damacana Satış Direktörü (.....) ile Su Pet Satış Direktörü (.....)'in bilgisayarları, e-posta hesapları ve mobil cihazlarında 08.10.2020 tarihli ve 20-45/617 sayılı Kurul kararı ile kabul edilen “*Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz*” kapsamındaki usul ve esaslara göre yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir. Ayrıca, teşebbüste hazır bulunmayan Su Kaynakları ve OP Lideri (.....), Sırma Group Brand Manager (.....), Bölge Müdürü (Doğu ve Güney Marmara) (.....) ve Pet Distribütör Satış Lideri (.....)'in bilgisayarlarında, e-posta adreslerinde ve WhatsApp uygulamalarında uzaktan erişim sağlanarak incelemeler gerçekleştirilmiştir.

- (12) Teşebbüste yerinde inceleme gerçekleştiği sırada; Hayat Marka Müdürü (.....)'ın kullandığı ve teşebbüsün malvarlığında olan “(.....)” IMEI numaralı mobil cihazındaki WhatsApp uygulamasında saat 16.00-17.00 arasında inceleme gerçekleştirilirken; uygulamada bireysel yazışmaların bulunmadığı, sadece WhatsApp gruplarının yer aldığı, bu gruplardan “*Hayatsu Dijital*” isimli gruptaki yazışmaların incelemenin yapıldığı günde 13.01 ile 14.58 saatleri arasında gerçekleştiği, “*Hayatsu WhatsApp*” isimli grup da dâhil olmak üzere diğer gruplarda ise herhangi bir yazışmanın bulunmadığı, (.....**TİCARİ SİR**.....) inceleme günü saat 10.58'e ait olduğu tespit edilmiştir.
- (13) Bunun üzerine “*Hayatsu Dijital*” ve “*Hayatsu WhatsApp*” isimli WhatsApp gruplarının katılımcıları arasında yer alan İçecek Pazarlama Lideri (.....)'ın mobil cihazındaki WhatsApp uygulaması yeniden incelenmiş ve ilgili grup yazışmalarının incelemenin yapıldığı 17.08.2023 tarihinden öncesine dayandığı görülmüştür. Bu sebeple Hayat Marka Müdürü (.....) tarafından WhatsApp hesabındaki tüm sohbetlerin saat 10.58'de, dolayısıyla yerinde incelemeye başlandığı andan sonra silindiği anlaşılmıştır.
- (14) Söz konusu silmenin tespiti üzerine, Hayat Marka Müdürü (.....) inceleme ekibine; teşebbüs tarafından kendisine yeni bir mobil cihaz verilmesine hak kazandığını, mobil cihazı teşebbüsün IT (bilgi teknolojileri) ekibine teslim ederek yeni cihaz alacağını, yerinde incelemenin olduğu gün tatile çıkacağını ve mevcut mobil cihazında yer alan WhatsApp uygulamasındaki mesajları bu nedenle sildiğini beyan etmiştir.
- (15) Yerinde inceleme ekibi tarafından yukarıda özetlenen süreci anlatan ve ayrıca yerinde incelemede elde edilen belgeler ile bilgi talebinin yer aldığı “Yerinde İnceleme ve Bilgi İsteme Tutanağı” tutulmuş; Hayat Marka Müdürü (.....)'ın mobil cihazındaki silinen yazışmalara ilişkin olarak ilgili sistem mesajlarının sohbetlere yansıdığı tarihi ve saati gösteren belgelerin birer nüshası tutanak ekinde yer alan CD içerisinde teşebbüse bırakılmıştır.
- (16) Teşebbüs yetkilileri tarafından inceleme sürecine yönelik olarak aşağıdaki hususlar “Yerinde İnceleme Tutanağı” ekinde belirtilmiştir:
 - “*Sırmagrup İçecek Sanayi ve Ticaret A.Ş. (“SIRMA”) Marka Yöneticisi (.....), iş amacıyla kullandığı, teşebbüse ait (.....) IMEI numaralı şirket telefonu incelemenin yapıldığı 17.08.2023 tarihinde değiştirileceği için tüm bilgileri sildiğini Rekabet Kurumu Uzmanlarına sözlü olarak ifade etmiştir. Bu değişikliğe ilişkin talep EK 2.1 olarak işbu beyanımıza eklenmiştir. Hâlihazırda telefonunda kullanabileceği alan kalmaması ve yerinde incelemenin gerçekleştirildiği tarihte seyahate çıkacak olması (EK 2.2) gerekçeleriyle EK 2.3'de sunulan Danone Türkiye Araç Prosedürü & Mobil Cihaz Prosedürü uyarınca 16.08.2023 tarihinde oluşturduğu talep, yöneticisi (.....) tarafından aynı tarihte onaylanmıştır (EK 2.4). Yerinde inceleme başlatıldığına ilişkin maili (EK 2.5), ilgili saatlerde toplantıda olması (EK 2.6) nedeniyle alamamış ve telefonunu değiştireceği ve eski*

telefonunu şirkete teslim edeceği gerekçeleriyle telefonundaki verileri silmiştir. Ayrıca sayın Uzmanlar, çapraz kontrol yöntemi ile silinen grupları da incelemiş ve bu yazışmalar risk görülmediği için örnek olarak alınmamıştır. İlaveten şirketimizin, yetki belgeleriyle yürütülen işbu yerinde inceleme kapsamında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesinde belirtilen ve aynı kanunun 16. maddesinde idari para cezası yaptırımına bağlanmış olan işbirliği yükümlülüğüne uygun davrandığının ve talep edilen tüm cihaz ve yazışmaları sayın uzmanların incelemesine iyi niyetle sunduğunun dikkate alınmasını talep ederiz.¹

- (17) Süreç neticesinde hazırlanan 25.09.2023 tarihli ve 2023-2-038/BN-01 sayılı Bilgi Notu, Kurulun 19.10.2023 tarihli toplantısında ele alınmış ve 23-49/945-337 sayılı karar ile, 10.08.2023 tarihli ve 23-37/711-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülmekte olan önaraştırma kapsamında; 17.08.2023 tarihinde yapılan yerinde incelemenin SIRMAGRUP tarafından engellendiğine ve zorlaştırıldığına, bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca teşebbüse 2022 yılı gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında olmak üzere; (.....) TL idari para cezası verilmesine karar verilmiştir. Kurulun gerekçeli kararı, SIRMAGRUP'a 29.03.2024 tarihinde elektronik tebligat² yolu ile gönderilmiştir.

G.2. Kurul Kararının Yeniden Değerlendirilmesine Yönelik İyuk 11 Başvurusu

- (18) SIRMAGRUP tarafından sunulan ve Kurum kayıtlarına 24.04.2024 tarih ve 51193 sayı ile intikal eden başvuruda ise yerinde incelemenin engellenmesine ilişkin 19.10.2023 tarihli ve 23-49/945-337 sayılı Kurul kararının İYUK'un 11. maddesi çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi talep edilmiştir. Söz konusu başvuruda özetle;
- SIRMAGRUP tarafından; teşebbüs bünyesinde uygulanmakta olan rekabet uyum programı kapsamında teşebbüs çalışanlarına düzenli aralıklarla rekabet eğitimleri verildiği, yerinde incelemenin başlangıcından sonra veri silinmesinin yerinde incelemenin engellenmesi sonucunu doğuracağı konusunda çalışanların bilgilendirildiği ve teşebbüs çalışanlarından rekabet hukuku ihlalinde bulunmamalarına yönelik taahhüt alındığı,
 - (.....)'ın, yerinde incelemenin başladığı ve silme işleminin gerçekleştirildiği zaman diliminde yerinde incelemenin gerçekleştirildiği SIRMAGRUP'un Ataşehir'deki ofisinde değil; Levent ofisinde üst yönetim ile gerçekleştirilen strateji planlamasına ilişkin bir toplantıda olduğu; Kurum uzmanlarının talepleri doğrultusunda toplantıda bulunan Pazarlama Direktörünün ve ekibinin Ataşehir'deki ofise çağırılması üzerine toplantı katılımcılarının yerinde incelemeden bilgi sahibi olduğu,
 - Silme eyleminin yerinde incelemeyi engelleme veya zorlaştırma kastı ile yapılabilmesi için eylemi gerçekleştiren çalışanın söz konusu incelemenin başladığından haberdar olmasının gerektiği; ancak (.....)'ın silme işlemi sırasında yerinde inceleme gerçekleştirildiğinden haberdar olmadığı, nitekim incelenmek üzere çağırılmasıyla, ilgili çalışanın Levent ofisinden 11.42'de ayrılarak Ataşehir ofisine saat 12.15'te ulaştığı,

¹ Söz konusu ifadeler teşebbüs yetkilileri tarafından hazırlanan açıklamalar olup ilgili tutanağın ekindeki orijinal hali ile yer almaktadır.

² Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin "Elektronik tebligatın hazırlanması ve muhataba ulaştırılması" başlıklı 9. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca elektronik yolla tebligatın, muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapıldığı sayılmaktadır.

- (.....)'ın mobil cihazdaki verileri yerinde incelemenin engellenmesi amacıyla değil, yan hakkı olan mobil cihazını teslim almadan önce şirketin IT birimine eski mobil cihazını teslim etmek amacıyla sildiği ve ilgili silme işlemi toplantı sırasında bitirmek zorunda kaldığı,
- Kurul kararında, ilgili çalışanın mobil cihazındaki verileri silme nedeninin, kişisel yazışmalarını da içeren bilgilerinin yerinde inceleme ekibi tarafından görülme olasılığına karşı mahremiyet kaygısı gütmesi olduğunun değerlendirilmediği,
- (.....)'ın herhangi bir iş e-postasını silmediği veya WhatsApp gruplarından ayrılmamış olduğu; dolayısıyla bir bilgi saklama veya engelleme niyetinin bulunmadığı, (.....) ile aynı toplantıya katılmış olan diğer çalışanlar tarafından da herhangi bir silme işleminin gerçekleştirilmediği,
- Kurum uzmanlarının yerinde inceleme sırasında çapraz kontrol yöntemiyle (.....)'ın katılmış olduğu grupları inceleyebildiği ve ilgili inceleme sonucunda riskli yazışmalara rastlanmadığı için örnek alınmadığı,
- (.....)'ın yerinde inceleme tarihinde SIRMAGRUP bünyesinde Marka Müdürü sıfatıyla çalıştığı, pozisyonu itibarıyla teşebbüsü temsil yetkisinin ve incelemeye konu ihlal iddiası bakımından ihlalde rol oynayabilecek bir konumunun olmadığı,
- SIRMAGRUP'un yerinde inceleme sürecinin zorlaştırılmaması konusunda üzerine düşen tüm özeni ve sorumluluğu yerine getirdiği, (.....)'ın yer aldığı WhatsApp gruplarındaki mesajlara diğer SIRMAGRUP çalışanlarının cihazları vasıtası ile erişilebilmesi adına da Kurum personeline azami destek sağlandığı,
- Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nın “*Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*” başlıklı 66. maddesinde adam çalıştırmanın kusuru olmadığını ifade ederek çalışanın eylemlerinden doğan sorumluluktan kurtulamayacağını ifade edildiği, buna karşın aynı maddenin ikinci fıkrasında “*Adam çalıştırarak, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.*” hükmüne yer verildiği, dolayısıyla adam çalıştırmanın ilgili maddede sayılan yükümlülükleri yerine getirmesi hâlinde nedensellik bağının kesilmiş olacağı ve ilgili hükmün somut dosya bakımından da kıyasen uygulanabileceği,
- İncelemeye konu iddia bakımından hiçbir etkisi olmayan münferit ve teşebbüsün işbirliğini kesintiye uğratmayacak mahiyette kazai bir eylemin söz konusu olduğu, bu nedenle SIRMAGRUP'un yerinde incelemeyi engellediğinden veya zorlaştırdığından bahsedilemeyeceği, aksi yöndeki tespitlerin ve cezanın hakkaniyete aykırı olduğu

ifade edilmiş ve SIRMAGRUP tarafından yukarıda özetlenen gerekçelerle anılan idari para cezası kararının yeniden incelenmesi ve ilgili kararın kaldırılması talep edilmiştir.

- (19) Başvuru kapsamında uygulanması talep edilen İYUK'un “Üst makamlara başvurma” başlıklı 11. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Otuz gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.”

- (20) Anılan madde kapsamında bir başvuruda bulunabilmek için başvurunun idari dava açma süresi içinde yapılması gerekmekte olup İYUK’un 7. maddesinde, Danıştay’da ve idare mahkemelerinde açılacak iptal davaları için bu süre 60 gün olarak belirlenmiştir. Kurulun gerekçeli kararı; SIRMAGRUP’a 29.03.2024 tarihinde tebliğ edilmiş, teşebbüsün İYUK’un 11. maddesi kapsamındaki başvurusu 24.04.2024 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Bu bilgiler ışığında başvurunun, yasal süresi içinde yapıldığı anlaşılmaktadır.
- (21) 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 sayılmaktadır.
- (22) Yapılan yerinde incelemede, Hayat Marka Müdürü (.....) tarafından kullanılan mobil cihazda, meslek personelinin incelemeye başladığı saat olan 10.30’dan sonra saat 10.58’de, WhatsApp hesabında yer alan bütün sohbetlerin silindiği tespit edilmiştir. Söz konusu silme işlemine istinaden teşebbüs yetkilileri tarafından; Hayat Marka Müdürü (.....)’ın yeni bir mobil cihaz almaya hak kazanabileceğini gösteren Danone Türkiye Araç ve Mobil Cihaz Prosedürü, Hayat Marka Müdürü (.....) tarafından yapılan mobil cihaz değiştirme talebinin 16.08.2023 tarihinde SIRMAGRUP bilişim ekibi tarafından kabul edildiğine ilişkin e-posta, söz konusu talebin Hayat Marka Müdürü (.....)’ın yöneticisi tarafından 16.08.2023 tarihinde onaylandığını gösteren e-posta, Hayat Marka Müdürü (.....)’ın yerinde incelemenin başlangıcı sırasında toplantıda olduğunu ve gün içinde şehir dışına seyahat edeceğini gösteren belgeler ile incelemeye başladıktan sonra SIRMAGRUP yetkilileri tarafından teşebbüs çalışanlarına yerinde incelemeyi zorlaştıracak davranışlardan kaçınmalarına ilişkin olarak saat 10.50’de gönderilen e-posta yerinde inceleme heyetine sunulmuştur. Hayat Marka Müdürü (.....) tarafından silme işleminin gerekçesinin; yerinde inceleme günü şehir dışına çıkacak olması sebebi ile en kısa zamanda eski telefonunu içerisindeki veriler temizlenmiş şekilde şirkete teslim ederek almaya hak kazandığı yeni telefonu kullanmaya başlayabilmesi olduğu ifade edilmiştir.
- (23) Adı geçen teşebbüs çalışanının, yerinde inceleme başladıktan sonra mobil cihazında silme işlemi yaptığına yönelik bir şüphe bulunmamaktadır. Nitekim bu husus kendisi ve teşebbüs yetkilileri tarafından da kabul edilmiştir. Yapılan açıklamalar ve sunulan belgeler incelendiğinde, Hayat Marka Müdürü (.....)’ın yerinde inceleme gününde mobil cihazını yeni bir cihazla değiştirecek olduğu görülmektedir. Ancak silme eyleminin yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması amacıyla yapılmadığı kanaatine varmak için cihaz değişimi yapılacağı savının yeterli olmadığı değerlendirilmektedir. Diğer yandan Hayat Marka Müdürü (.....)’ın saat 10.50’de SIRMAGRUP yetkilileri tarafından teşebbüs çalışanlarına gönderilen ve yerinde incelemeyi zorlaştıracak davranışlardan kaçınmalarına ilişkin e-postayı toplantıda olması nedeniyle alamadığı/okuyamadığı ifade edilmiş ve söz konusu tarihteki toplantı çizelgesi inceleme heyetine sunulmuştur. Toplantı çizelgesi incelendiğinde, Hayat Marka Müdürü (.....)’ın yerinde inceleme günü saat 09.00-17.00, 10.00-11.15 ve 13.00-13.30 saatleri arasında bir grup şirket çalışanıyla toplantı planlarının olduğu görülmektedir. Buna karşılık, adı geçen kişinin saat 10.58’de mobil cihazındaki WhatsApp uygulamasında yer alan bütün yazışmaları silmiş olduğu sabittir. Toplantı saatinde mobil cihazında silme işlemini gerçekleştirebildiği hususu dikkate alındığında, (.....)’ın toplantıda olması mobil cihazına erişimini kısıtlamamıştır. Ayrıca ilgili kişinin toplantıda

olmasının teşebbüste gerçekleştirilen yerinde incelemeden haberdar olmasına bir engel teşkil etmeyeceği değerlendirilmektedir. Öte yandan, Hayat Marka Müdürü (.....)'ın belirtilen saatte diğer çalışanlarla toplantı halinde olduğu göz önüne alındığında, kendisine gönderilen e-postaları kontrol etmemiş olsa dahi, ilgili kişinin toplantıda bulunan diğer şirket çalışanlarından yerinde incelemeye dair bilgi almaması çok olası görülmemektedir.

- (24) Yerinde inceleme başladığı andan itibaren teşebbüs çalışanlarının herhangi bir verinin değiştirilmemesi, silinmemesi konusunda sorumlu olduğu, çalışanlara bu konuda gerekli uyarıları yapma yükümlülüğünün teşebbüse ait olduğu, bahsi geçen uyarının yapılmamış olmasının veya teşebbüs çalışanlarının yerinde inceleme yapıldığından haberdar olmamasının incelemeye konu verilerin silinmesinden dolayı oluşan yasal sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı, silme eyleminin varlığının eylemin amacına bakılmaksızın yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması olarak değerlendirileceği, ilgili mevzuat hükümleri ve Kurul içtihiyıyla sabittir.
- (25) Kurulun 20.05.2021 tarihli ve 21-26/327-152 sayılı kararında; Unmaş Unlu Mamuller Sanayi ve Ticaret AŞ'de (UNMAŞ) gerçekleştirilen yerinde incelemede, yerinde inceleme ekibi tarafından saat 10.00'da teşebbüs vekiline teşebbüs çalışanlarının söz konusu inceleme tamamlanana kadar bilgisayarlarından, e-posta kutularından ya da teşebbüse ait veri içeren sabit veya taşınabilir nitelikte herhangi bir cihazdan hiçbir suretle bilgi, belge veya yazışma silmemeleri konusunda bilgilendirme yapıldığı, yerinde inceleme yapılacak çalışanların teşebbüs binasında olmadığı öğrenilmesi üzerine ise mobil cihazlardaki veri bütünlüğünün bozulmaması adına saat 10.15'te bu cihazlardaki verilerin silinmemesi hususunun teşebbüs vekiline ayrıca hatırlatıldığı fakat saat 10.38 ve 10.44 arasında UNMAŞ Ticaret Direktörü tarafından WhatsApp uygulaması içinde silme işleminin gerçekleştirildiğinin tespit edildiği belirtilerek teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. İlave, ilgili kararda *"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 düşünülmektedir."* tespiti yer almaktadır.
- (26) Kurulun 12.08.2021 tarihli ve 21-38/544-265 sayılı kararında; İstanbul Gübre Sanayi AŞ Satış Pazarlama Uzmanı (.....)'ın mobil cihazında yapılan incelemede hiçbir WhatsApp yazışmasının bulunmadığının görülmesine rağmen Satış Pazarlama Uzmanı (.....)'nın mobil cihazında yapılan incelemede (.....)'ın bir WhatsApp grubundan, incelemeye yetkili meslek personelinin teşebbüse giriş saati olan 10.15'ten yarım saat kadar sonra, saat 10.45'te ayrıldığı tespit edilmiş, ayrıca iki çalışanın inceleme başladıktan sonra e-posta hesaplarında bulunan 165 ve 171 adet e-postayı sildiği tespit edilmiş, bu gerekçelerle teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Bahse konu Kurul kararında teşebbüs vekili tarafından ifade edilen *"...Ayrıca silinen e-postalar kurum uzmanlarınca geri yüklenerek incelenmiştir ve bu e-postalarda herhangi bir sakınca olmadığı tespit edilmiştir, silinen e-postalardan uzmanlar tarafından herhangi bir örnek alınmamıştır. (.....)'ın sildiği bildirilen whatsapp grubundaki görüşmeler, diğer grup üyelerinin yazışmalarından alınmıştır ((.....)'nın grup yazışmasının incelenmesinden elde edilmiştir); yani bu şahsi işlemin önaraştırmaya bir etkisi olmamıştır."* değerlendirmesinin ve bu kapsamda silinen e-postaların geri getirilmesinin ceza tayini noktasında göz önünde bulundurulmadığı görülmektedir.

- (27) 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.
- (28) Yukarıda yer verilen değerlendirmeler doğrultusunda, Kurulun 19.10.2023 tarihli toplantısında; 17.08.2023 tarihinde yapılan yerinde incelemenin SIRMAGRUP tarafından engellendiğine ve zorlaştırıldığına, bu nedenle teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilmesine 23-49/945-337 sayı ile karar verilmiştir. Bu çerçevede SIRMAGRUP tarafından İYUK 11. madde kapsamında yapılan yeniden değerlendirme başvurusunda, SIRMAGRUP tarafından TBK'nın 66. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz."* hükmüne atıf yapılarak SIRMAGRUP tarafından çalışanlarına düzenli rekabet eğitimleri verilmesi, çalışanların yerinde inceleme sırasında veri silmelerinin yerinde incelemenin engellenmesi durumunu teşkil edeceği konusunda bilgilendirilmeleri ve çalışanlardan rekabet hukuku ihlallerinde bulunmamalarına yönelik taahhüt alınması hususlarının ilgili Kanun maddesindeki yükümlülüklerin yerine getirilmesi sonucunu doğuracağı ve dolayısıyla nedensellik bağının kesilmiş olacağı iddia edilmektedir.
- (29) TBK madde 66'da düzenlenen ve kusursuz sorumluluk hâllerinden biri olan adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin hüküm özel hukuk alanında ortaya çıkacak tazminat sorumluluğuna yöneliktir. Buna karşılık 4054 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması, idare hukuku anlamında bir kabahat olup ilgili fiil neticesinde uygulanan idari para cezasında amaç; idari ihlalleri önlemek, kişileri aynı ihlalde bulunmaktan caydırmak ve idari düzeni sağlamaktır. Dolayısıyla TBK'nın 66. maddesi hükmünün kıyasen uygulanmak suretiyle teşebbüsün ihlalden sorumlu tutulmaması gerektiğine yönelik iddianın kabul edilmesi mümkün değildir. Rekabet hukuku uygulamalarında istikrar kazandığı üzere yerinde incelemenin engellenmesi fiilinin gerçekleşmesi ile teşebbüs bakımından idari yaptırım sorumluluğu doğmuş olup, teşebbüs çalışanlarına düzenli rekabet eğitimleri verilmesi, yerinde inceleme sırasında veri silmelerinin yerinde incelemenin engellenmesi durumunu teşkil edeceği konusunda çalışanların bilgilendirilmeleri ve çalışanlardan rekabet hukuku ihlallerinde bulunmamalarına yönelik taahhüt alınması gibi olguların ihlalin mevcudiyetine bir etkisi bulunmamaktadır.
- (30) Diğer yandan ilgili başvuru kapsamında Kurum uzmanlarının yerinde inceleme sırasında çapraz kontrol yöntemiyle (.....)'ın katılmış olduğu grupları inceleyebildiği ve söz konusu inceleme sonucunda riskli yazışmalara rastlanmadığı için örnek alınmadığı öne sürülmüş ise de söz konusu iddianın kabulü mümkün değildir. Zira silinen verilerin diğer teşebbüs çalışanlarından elde edilmesi ve/veya adli bilişim cihazları vasıtasıyla geri getirilmesi, bu verilerden bir örnek alınıp alınmaması yerinde incelemenin engellenmesi sonucu verilecek idari para cezasının tayininde etkili değildir. Nitekim bu husus Kurulun 12.08.2021 tarihli ve 21-38/544-265 sayılı kararında da ortaya konulmuş olup; ilgili kararda İstanbul Gübre Sanayi AŞ'de incelemeye yetkili meslek personelinin teşebbüse giriş saatinden sonra, çalışanların WhatsApp grubundan ayrılması ve e-

posta hesaplarında bulunan e-postaları silmesi nedeniyle teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiş ve Kurul kararında teşebbüs vekili tarafından ifade edilen “...Ayrıca silinen e-postalar kurum uzmanlarınca geri yüklenerek incelenmiştir ve bu e-postalarda herhangi bir sakınca olmadığı tespit edilmiştir, silinen e-postalardan uzmanlar tarafından herhangi bir örnek alınmamıştır. (.....)’ın sildiği bildirilen whatsapp grubundaki görüşmeler, diğer grup üyelerinin yazışmalarından alınmıştır ((.....)’nın grup yazışmasının incelenmesinden elde edilmiştir); yani bu şahsi işlemin önaraştırmaya bir etkisi olmamıştır.” değerlendirmesinin ve bu kapsamda silinen e-postaların geri getirilmesinin ceza takdiri noktasında göz önünde bulundurulmadığı görülmektedir .

- (31) Kurulun 2023 tarihli daha güncel bir kararında ise “Kendilerine daha önceden herhangi bir veri silinmemesi uyarısında bulunduğu da dikkate alındığında, AbbVie (.....) tarafından WhatsApp mesajlarının hangi niyetle silindiğinden bağımsız olarak veri silme eyleminin gerçekleştirildiği” belirtilmiş olup ilgili teşebbüs hakkında Kanun’un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.
- (32) Yerinde inceleme esnasında silinen verilerin geri getirilip getirilmemesinin ceza tayininde bir etkisinin bulunmadığına ilişkin aynı yaklaşım idare mahkemeleri tarafından da benimsenmiş olup 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.
- (33) (.....)’ın yerinde inceleme tarihinde SIRMAGRUP bünyesinde Marka Müdürü sıfatıyla çalıştığı, pozisyonu itibarıyla teşebbüsü temsil yetkisinin ve incelemeye konu ihlal iddiası bakımından ihlalde rol oynayabilecek bir konumunun olmadığı ve silme işleminin gerçekleştirildiği sırada yerinde incelemenin gerçekleştirildiği ofiste bulunmadığı yönündeki iddiaların kabul edilebilir olmadığı değerlendirilmektedir. Kurulun 21.09.2023 tarihli ve 23-45/840-296 sayılı kararında da belirtildiği üzere “Yerinde incelemede görevli Kurum personeli tarafından gereken bilgilendirme yapıldıktan sonra inceleme yapılan teşebbüste hazır bulunan/bulunmayan tüm teşebbüs çalışanları tarafından gerçekleştirilen silme eylemleri yerinde incelemenin zorlaştırılması veya engellenmesi olarak değerlendirilmektedir.”
- (34) SIRMAGRUP tarafından İYUK 11. madde kapsamında yapılan yeniden değerlendirme başvurusunda SIRMAGRUP’un meslek personeline inceleme sürecinde kolaylık sağladığı ve teşebbüs binasında hazır bulunmayan yetkililerin e-posta hesaplarına ve mobil cihazlarına erişimlerine imkân tanıdığı ileri sürülmüş olsa da, söz konusu durumun 4054 sayılı Kanun’un 15. maddesi kapsamında yasal bir yükümlülük olduğu, Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz’un “Görevli Meslek Personeli, teşebbüse ait her türlü veriyi bulunduran dijital ortamlarda inceleme yapmaya yetkilidir. İncelenecek verilerin tutulduğu dijital ortam, inceleme boyunca Meslek Personeli tarafından kontrol altında tutulur. İnceleme süresince, inceleme kapsamındaki verilere ve verilerin tutulduğu ortama müdahale edilmesini engellemek teşebbüsün sorumluluğundadır. Teşebbüs yetkilileri, Meslek Personelinin bilişim sistemlerine yönelik talep ettiği hususlarda tam ve aktif destek vermek zorundadır.” hükmü uyarınca yerinde incelemede incelenmesi gerekli görülen teşebbüs yetkililerinin bilgisayarlarına, e-posta hesaplarına ve mobil cihazlarına erişilmesine izin verilmesinin

teşebbüslerce uyulması gereken bir zorunluluk olduğu açıktır. Aksi bir durum yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması anlamına gelmekte olup, Kurul kararlarında da teşebbüste hazır bulunmayan teşebbüs çalışanlarının e-postalarının gerek sunucu üzerinden, gerek uzaktan erişim yöntemiyle incelenmesine izin verilmemesi yerinde incelemenin engellenmesi olarak kabul edilmiştir.

- (35) Sonuç olarak, Kurulun 19.10.2023 tarihli ve 23-49/945-337 sayılı kararına temel teşkil eden maddi vakaya ilişkin değerlendirmeyi etkileyebilecek herhangi bir belgenin veya olgunun da ortaya koyulmadığı hususları göz önüne alındığında, teşebbüs tarafından İYUK'un 11. maddesi kapsamında yapılan başvurunun reddedilmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Anılan nedenlerle, Kurulun 19.10.2023 tarihli ve 23-49/945-337 sayılı kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem tesisine gerek bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (36) Yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi kapsamında 26.01.2023 tarihli ve 23-06/69-20 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.