

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

(Yargı Kararları Üzerine)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2003-1-92
Karar Sayısı : **22-07/94-37**
Karar Tarihi : 03.02.2022

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER: Noyan DELİBAŞI, Sebahat Gözde BİRCAN, Emine YAŞAR,
Merve KOÇ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Marmara Cam San. ve Tic. Ltd. Şti.
Ergene 1. Organize Bölgesi Sanayi No: 20-22 59850 Ergene,
Sanayi Cad. Tekirdağ

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : -Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş. (Eski Unvan: Anadolu Cam Sanayii A.Ş.)
İçmeler Mah. D-100 Karayolu Cad. No:44A 34947
Tuzla/İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Danıştay 13. Dairesinin, 21.10.2021 günlü, E.2019/4368, K.2021/3480 sayılı kararı ile Rekabet Kurulunun Anadolu Cam Sanayii A.Ş. (ANADOLU CAM - 30.09.2020 tarihinde Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş.'nin (ŞİŞECAM) bünyesine katılarak tüzel kişiliği sonlandırılmıştır) hakkında almış olduğu 06.08.2009 tarihli ve 09-35/877-206 sayılı kararının iptal edilmesi üzerine yeniden karar alınması.
- (2) **F. DOSYA EVRELERİ:** Anadolu Cam'ın 09.06.2003 tarihli Tekel ihalesindeki politikasının, Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak ve dışlayacak nitelikte olduğu iddiası ile açılan soruşturma sonucunda alınan 01.12.2004 tarih ve 04-76/1086-271 sayılı kararda; Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amacıyla gerçekleştirilen eylemlerin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştiren Anadolu Cam'ın idari para cezası ile cezalandırılmasına, bu çerçevede Anadolu Cam'a 2002 yılı net satışlarının %(...) oranında 2.482.665,76 TL idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.
- (3) Anadolu Cam tarafından açılan davada, söz konusu Kurul kararı, Danıştay 13. Dairesi'nin 11.12.2007 tarih ve E:2005/6848, K:2007/8693 sayılı kararıyla, "...sözlü savunma toplantısında hazır bulunmuş olan üyelerin katılmaları zorunluluğunun, Kanun'un 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca alınan Kurul kararları yönünden aranmayacağından, davaya konu Kurul kararının Kurul Üyesi Tuncay Songör'ün (sözlü savunma toplantısında raporlu olduğundan karara katılmamıştır) katılımı sağlanmadan alınması, yasayla zorunlu görülen şekil kuralına aykırılık oluşturduğundan, dava konusu işlem de hukuka uyarlık bulunmamaktadır..." gerekçesiyle iptal edilmiştir.

- (4) Bunun üzerine Rekabet Kurulu, önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, sözlü savunma toplantısının ses kayıtlarının yazılı açılımı, raporlar, Danıştay'ın kararları, tüm dosya münderecatında yer alan bilgi ve belgeleri inceleyerek, 06.08.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı kararını vermiştir. Söz konusu kararda özetle; Anadolu Cam'ın eylemlerinin hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olduğuna, bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Anadolu Cam'ın 2002 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirin takdiren %(.)'i oranında 2.482.665,76 TL idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.
- (5) Kurulun 06.08.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı kararının iptali istemiyle Anadolu Cam tarafından açılan davada, Danıştay 13. Dairesinin 01.11.2013 tarih ve 2010/1449 E. 2013/2708 K. sayılı kararı ile davanın reddine karar verilmiştir. Söz konusu kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK) 04.10.2017 tarih ve 2014/3464 E. 2017/2908 K. sayılı kararında özetle; Anadolu Cam'a verilecek para cezasının, şikâyet konusu olayla ilgili olarak Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği) kapsamında bir değerlendirme yapılmak ve bu kapsamda davacının iddiaları ve/veya re'sen tespit edilecek hafifletici tüm unsurların dikkate alınarak ve uygulanacak para cezası oranının yargısal denetime imkân verecek şekilde ortaya konulmak suretiyle belirlenmesi gerekirken, belirtilen hususlar dikkate alınmaksızın davacı teşebbüse idari para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk görülmediğini ifade etmiş, bu doğrultuda Anadolu Cam'ın temyiz isteminin kabulüne ve Danıştay 13. Dairesinin 06.08.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı Kurul kararının hukuka uygun olduğu yönünde tesis ettiği kararın bozulmasına hükmetmiştir. Bozma kararına karşı taraflarca yapılan karar düzeltme talebi de DİDDK'nin 10.10.2019 tarih ve 2018/1144 E. 2019/4411 K. sayılı kararı ile reddedilmiştir. DİDDK'nin bozma kararına uyan Danıştay 13. Dairesinin 21.10.2021 tarih ve 2019/4368 E., 2021/3480 K. sayılı kararı ile dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Kurulun 19.01.2022 tarih ve 22-04/60-M sayılı kararında, Danıştay 13. Dairesi'nin bozmaya uyararak verdiği iptal kararına karşı temyiz yoluna başvurulmamasına karar verildiğinden ilgili karar kesinleşmiştir.
- (6) Anadolu Cam hakkında tesis edilen 06.08.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı Kurul kararının, Danıştay 13. Dairesinin 21.10.2021 tarih ve 2019/4368 E. 2021/3480 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine hazırlanan 31.01.2022 tarih ve 2003-1-92/BN-02 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (7) **G. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** Bilgi Notu'nda; Anadolu Cam'ın 09.06.2003 tarihli Tekel ihalesindeki fiyat politikası ile Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amaçlı eylemlerde bulunarak hâkim durumunu kötüye kullandığı, Anadolu Cam'ın 2002 yılı mali cirosu dikkate alınmak suretiyle külli halefi olan Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş.'ye idari para cezası verilmesi gerektiği, Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi çerçevesinde, ihlale taraf teşebbüsün yıllık gayri safi gelirin binde beşi ile yüzde üçü arasında Kurul tarafından belirlenecek bir oranın temel para cezası bakımından esas alınması gerektiği, Ceza Yönetmeliği'nin 6. maddesi kapsamında ağırlaştırıcı unsur ve 7. maddesi kapsamında hafifletici unsur olarak değerlendirilerek herhangi bir artırım veya indirim hali tespit edilemediğinden belirlenecek olan temel

para cezasında artırım veya indirim uygulanmasına yer olmadığı kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazara ve Hâkim Durumun Varlığına İlişkin Değerlendirmeler

- (8) Kurum kayıtlarına 01.07.2003 tarih ve 2987 sayı ile intikal eden, Marmara Cam vekili tarafından gönderilen şikâyet başvurusunda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“1- Müvekkil 1998 yılından itibaren Tekel’e 70 cc lik ve 35 cc lik içki şişesi satmaktadır.

2- Tekel toplam 30 kalemde yıllık 178.000.000 adet şişe dolumu yapmaktadır. İhale kanunundaki değişiklik ve yeni şartnamenin hazırlanmasının gecikmesi nedeniyle Tekel’de acil şişe ihtiyacı duyulmuş ve bu nedenle 22.05.2003 tarihinde 2 aylık ara ihaleye çıkmıştır. Bu ara ihalenin miktarı ise 29.676.000 adettir.

3- Müvekkil Marmara Cam şartname gereği olarak bu ürünlerin ancak iki kalemine (70 cc lik ve 35 cc lik rakı şişeleri) teklif verebilmektedir. Sözü edilen bu ara ihalede müvekkil şirketin teklif verdiği 4.000.000 adet 70 cc lik ve 1.000.000 adet 35 cc lik rakı şişesidir. Gerçekleşen fiyatlar ise;

A- Anadolu Cam:

70 cc lik rakı şişesi için 428.130 TL / adet

35 cc lik rakı şişesi için 283.000 TL / adet fiyat vermiştir.

B- Marmara Cam:

70 cc lik rakı şişesi için 385.000 TL / adet

35 cc lik rakı şişesi için 253.000 TL /adet fiyat vermiştir.

Bu ihale kapalı zarf ve pazarlık usulünde yapılmıştır. Marmara Cam’ın fiyatları karşısında ihale komisyonu Anadolu Cam’dan indirim talebinde bulunmuş ve toplantıya ara verilmiştir. Toplantı yeniden başladığında komisyonun ısrarlı baskısı sonucu Anadolu Cam 70 cc lik rakı şişesinde 411.350 TL / adet ve 35 cc lik rakı şişesinde 270.000 TL /adet inmiş ihale bu şekilde sonuçlanmış. Yani Marmara Cam’ın teklif verdiği adet kadarı Marmara Cam’da kalmış aynı kalemlerin kalan miktarları Anadolu Cam’da kendi fiyatlarıyla kalmıştır. Bu durumda yapılan indirim sonucunda Tekel yaklaşık 700.000.000.000 (yediyüz milyar) TL kazanç sağlamıştır.

4- Bu durum Anadolu Cam’ı çok rahatsız etmiştir. Piyasanın tek hâkimi olan kendisine, bir rakip çıkma olasılığı belirlemiştir.

Müvekkilin şartname gereği olarak teklif veremediği diğer şişelerin ihalesi ve kapasitesi yetmediği için aynı kalem malların kalan miktarı Marmara Cam’ın fiyatların üzerinde Anadolu Cam’da kalmıştır. Buna rağmen yazılı olarak olmasa bile alıcı durumda olan Tekel’e bu iki kalem şişeyi, kendisinden daha ucuz bir fiyatla da olsa Müvekkilden almaları durumunda diğer şişeleri de satmayacağı tehdidinde bulunmuştur. Bu hususta tüm ihale komisyonu ve Anadolu Cam’ın ihaleye giren yetkilisi dinlenebilir. Bu tehdit alıcı için çok ciddi bir tehlikedir. Kişisel ilişkilerle 2 aylık için bu problem çözülmüştür.

5- Geri kalan 148.324.000 adet şişe için 09.06.2003 tarihinde 10 aylık ihaleye çıkmıştır. İhale şartnamesine göre 10 aylık sabit fiyat verilmesi gereklidir. Bu ihalede Marmara Cam enflasyonun düşeceğini varsayarak 10 aylık süre için 22.05.2003 tarihli ihaledeki fiyatlarını %14.8 artırarak 23.000.000 adet 70 cc lik rakı şişesi için 442.000 TL/adet 2.000.000 adet 35 cc lik rakı şişesi için ise 292.000 TL / adet fiyat vermiştir.

Anadolu Cam ise 28 kalem şişe için 22.05.2003 tarihli ihaledeki fiyatlarının üzerine % 34 zam yapmıştır. Sadece Marmara Cam'ın şartname gereği girebildiği iki kalemden 22.05.2003 tarihli ihaledeki fiyatlarından %7 eksiltme yapmıştır. Marmara Cam'ın 22.05.2003 tarihindeki ihalede verdiği fiyatları bildiğinden 70 cc lik rakı şişesinde 384.000 TL/adet ve 35 cc lik rakı şişesi 252.000 TL/adet fiyat vermiştir. Bu şekilde bu iki şişede Marmara Cam'ın fiyatlarının altına inmiştir.

Marmara Cam'ın iştirak edemediği aynı hacim ve vasıftaki 70 cc lik diğer şişelere (cin, votka, altınbaş gibi) ortalama 652.763 TL/adet fiyat vermiştir. Aynı hacim ve vasıftaki 35 cc lik şişeler içinde 391.578 TL/adet fiyat vermiştir. Bu da Şişe Cam'ın aynı hacimli 70 cc lik şişelerde 210.763 TL/adet 35 cc lik 100.000 TL / adet Marmara Cam'dan daha pahalı teklif verdiğini göstermektedir.

Ayrıca ekteki listeden anlaşılacağı üzere Anadolu Cam 2002 fiyatlarına Marmara Cam'ın teklif verebildiği şişelere %19 teklif veremediği şişelerde ise %61.8 zam yapmıştır.

Aynı alıcı olan Tekel'e aynı vasıf ve hacimdeki iki farklı şişe arasındaki fiyat farkı yaklaşık %45 oranındadır.

6- 2003 yılı için öngörülen TEFE, TÜFE ortalaması %8.5 civarındadır. Bu husus ekteki listeden de anlaşılacaktır. Anadolu Cam normalde Marmara Cam'ın teklif veremediği şişelerdeki artışı bu oranlara yakın olması gereklidir. Ticari bir kuruluş olduğu göz önüne alındığında yanılma payı olarak bir miktar bu oranın üzerine çıkması da mazur görülebilir. Fakat Anadolu Cam %61.8 gibi çok yüksek bir oranda zam yapmıştır. Yani yapılan zam makul maliyet ve kar oranının çok üzerindedir. Bunun sebebi de Marmara Cam'ın teklif verebildiği şişelerde çok fazla fiyat kırdığından ötürü buradan doğacak zararını diğer şişelerin üzerine eklemesidir. Bu şişelerde başkaca bir rakibi yoktur. İsteddiği fiyatı alabilme şansı mevcuttur. Bazı şişelerde çok düşük fiyat vererek bazı şişelerde ise normal kar oranlarının çok üzerinde fiyat vererek piyasadaki hakim durumunu kullanarak rekabeti önlemiştir.

7- Anadolu Cam bu davranışı ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4., 9a, d, e maddelerini ihlal etmektedir.

Müvekkilin, bu şişeleri satışını engellediğinde kısa sürede başkaca bir üretim yapamayacaktır. Yeni dönüşümler çok maliyetli ve zaman gerektirmektedir. Cam üretiminin özelliğinden dolayı fırınları durduramayacak ve çok büyük bir zarara uğrayacaktır. Fabrikayı tamamen kapatma olasılığı ile karşı karşıyadır.

Müvekkil, Anadolu Cam'ın bu rekabeti önleyici ve kötü niyetli davranışı neticesinde artık bir daha Tekel'e şişe veremeyecektir. Fabrikayı kapatmasa bile üretimini başkaca mallara yönlendirecektir. Yeni ihale döneminde ihaleye bile katılmayacaktır. Çünkü eğer ihale kendisinde kalsa bile hemen yeniden rakı şişesi üretimine dönüşmesi mümkün değildir. Bunu da Anadolu Cam çok iyi bilmektedir. Bu nedenle bu piyasaya başka birisinin girmesini önlemek için hâkim durumunu kullanmaktadır. Eğer müvekkil Tekel'e bu şişeleri satamazsa bu tecrübe nedeniyle hiç kimse bu yola kalkışmaya cesaret edemeyecektir. Hiçbir şirket sonu belli olmadan bu şekildeki büyük bir yatırıma girişemez. Hele önünde böyle bir örnek varken. Bu hususları alıcı Tekel çok iyi bilmektedir uzun vadede zarara girecektir. Buna rağmen bu ihaleyi onaylayarak rekabeti korumamıştır.

Anadolu Cam tek başına kaldığında yüksek bir fiyatla şişe satacaktır. Tekel de bu fiatı maliyetine yansıtacaktır. Bunun sonucunda da tüketici daha pahalıya mal alacaktır. Cam ambalaj malzemesi olarak kullanıldığından hem kullanıcılar yurt dışına süreklilik konusunda fazla güvenememekte hem de nakliye eklendiğinde pahalıya gelmektedir.

Bu nedenle Şişe Cam'a karşı yurt dışından da rakip çıkma olanağı yoktur. Yurt içinde tek başına istediği fiyat politikasını rahatlıkla uygulayabilmektedir.

8- İhalenin tamamı veya bu bölümü iptal edilmediğinde Müvekkilin camı yere akacaktır. Buna dayanması mümkün değildir. Zamana tahammülü yoktur. Fırını durdurup bu başvurunun sonucunu beklemesi halinde ise fırını yeniden çalıştırmanın bedeli de çok ağır olacaktır. Ayrıca bu geçen süre içerisinde diğer giderleri devam edecektir. Sonuç olarak her iki halde de müvekkil bu piyasadan çekilmek zorunda kalacaktır. İstihdam ve yeni yatırım problemlerinin en üst düzeye çıktığı günümüzde böyle bir kuruluşun yok olması çok yazık olacaktır.

9- Yukarıda saydığımız nedenlerle öncelikle yasanın 9. maddesine uygun olarak en azından teklifte bulunduğumuz iki şişe için ihalenin tarafımıza verilmesi hususunda tedbiren karar verilmelidir. Bu kararın gecikmesi halinde verilecek olan kararın tüketiciye ve müvekkile hiçbir faydası olmayacaktır.

Sonuç ve İstem: Yukarıda açıkladığımız nedenlerden ötürü piyasadaki hâkim durumunu kullanarak haksız rekabet yaratan eylemin öncelikle tedbiren sona erdirilmesini bu eylemden dolayı ilgililerin cezalandırılmalarına karar verilmesini vekâleten talep ederim."

- (9) Hakkında soruşturma yapılan Anadolu Cam, soruşturma döneminde Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş. (ŞİŞECAM) bünyesinde faaliyet göstermektedir.¹ ŞİŞECAM'ın faaliyet alanları dört grup altında toplanmıştır: Düz cam grubu, cam ambalaj grubu, cam ev eşyası grubu, kimyasallar grubu.
- (10) Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede bulunan belgelerden alıntılara aşağıda yer verilmiştir:

"Cam Ambalaj ve Metal Grubu 2002-2004 Plan Dönemi Hedef ve Stratejileri" başlıklı çalışmada şu ifadeler yer almaktadır:

"Ambalaj Sektöründeki Pozisyonumuz

- Ambalaj sektöründe cam ve alternatif malzemelerde faaliyet gösteren kuruluşlar -dünya çapında- büyük oligopoller. Bu alanlara -alternatif malzemelere- girmek, bu devlerle rekabet etmeyi veya ortaklık oluşturmayı gerektirecektir.*
- Alternatif ambalajlar (pet veya metal kutu) tamamıyla farklı üretim alanları ve teknolojiler içermektedir.*
- Biz esas işimizi "cam ambalaj" olarak tanımlıyoruz (Çünkü camdaki birikimimizi derinleştirip sinerjiler yaratabileceğimize ve bunu rekabet üstünlüğüne dönüştürebileceğimize inanıyoruz.)"*

- (11) Yukarıdaki değerlendirme ile alternatif ambalajlardan ayrılan cam ambalaj pazarının özellikleri, "Cam Ambalaj ve Metal Grubu" başlıklı çalışmada aşağıdaki gibi belirlenmiştir:

"Genel Eğilimler

- Sektörün olgun bir sanayi olması, bölgesel hâkimiyete yönelik yeni yapılanmalara yol açmaktadır.*

¹ 2020 yılının Ağustos ve Eylül aylarında yapılan bir dizi işlemle, ŞİŞECAM Grubu iştiraklerine ait tüm aktif ve pasif malvarlığı değerleri, ana teşebbüs olan ŞİŞECAM bünyesinde birleştirilmiştir.

- *Ürünün global olmaması yerel üretimi ön plana çıkarmaktadır....*

Türkiye Pazarı...

- *Ürünün yerel karakteri ithalatı önleyici en önemli faktördür. Bu nedenle kriz ortamından fiyat yönünden avantajlı çıkmıştır....*

Cam Ambalaj Temel Dinamikleri ...

- *Lokal endüstri, yüksek nakliye, kısıtlı ihracat..."*

- (12) Bu özelliklere, "Cam Ambalaj Sektörünün Genel Görünümü ve Bazı Üreticilerle Finansal Kıyaslama" başlıklı çalışmadaki "Yatırımların finans maliyetinin yüksekliği nedeniyle pahalıya mal olması" ifadesinden hareketle "giriş engellerinin varlığı" da eklenebilecektir.
- (13) Cam ambalajın yerel niteliği bizzat Anadolu Cam'dan alınan belgelerdeki istatistiki verilerde de görülmektedir. "Pazardaki Gelişmeler, 2003-2006 Satış Projeksiyonları, Yatırım İhtiyacımız" başlıklı çalışmada, "İthalat/Yurtiçi Satışlar" oranının %4,69 olduğu belirtilmiştir. Aynı belgede geçen "2002 yılında şişe grubunda önemli bir artış vardır. Ancak bu artış önemli oranda kozmetik amaçlı gelen ürünlerin büyük ölçüde gümrük kayıtlarında şişe grubuna konmasından kaynaklanmaktadır" ve "Kavanoz rakamlarının içinde geçici kabul (ihraç amaçlı) ile gelen 1.450 ton (14,3 mio adet) kavanoz bulunmaktadır" ifadeleri göz önünde bulundurulduğunda, gerçekte bu oranının çok daha düşük olduğu da ortaya çıkmaktadır. "Cam Ambalaj Sektöründe Temel Pazar Eğilimleri ve Stratejik Planlardaki Önemi" başlıklı çalışmadaki "İthal cam ambalaj ürünleri büyük ölçüde ilaç sektörü ile sınırlıdır. Fiyat-kalite bağlantısının daha avantajlı görüldüğü hallerde müşteriler ithal ürünler lehine tercih kullanabilmektedirler. Buna kaliteyi artırıcı önlemler ve fiyat rekabeti ile karşılık verilmektedir. Bunun dışında ise ürün tayfımızda bulunmayan özel renkler ya da hacimler ile, düşük rakamlı taleplerin ithalatı gündeme gelebilmektedir" ifadesi dikkate alındığında, az miktardaki ithalatın dahi Anadolu Cam'ın tercihleri dâhilinde olduğunu söylemek mümkündür.
- (14) İthalatın bu kadar düşük olduğu cam ambalaj pazarında Anadolu Cam dışındaki tek üretici, şikâyetçi Marmara Cam'dır. Bu noktada Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede bulunan "Cam Ambalaj ve Metal Grubu" başlıklı belgedeki "Türkiye'de pazar payımız %97. Rakip üretici Net Cam² ve ithalat önemsiz boyuttadır (Net Cam'ın kapasitesi 15.000 ton/yıl)" ifadesi önem kazanmaktadır³. Cam ambalaj pazarının yukarıda değinilen yapısı neticesinde ortaya çıkan Anadolu Cam'ın hâkim durumu, yine ilgili teşebbüste yapılan yerinde incelemede elde edilen aşağıdaki belgelerde de ifade edilmiştir:

"Şişecam Topluluğu 2000-2002 Planı"nda, Cam Ambalaj Ürün Grubu'nun iddiası, "Ülkemiz cam ambalaj pazarında hâkimiyetini koruyan, bölgesel bütünlük sağlayabilmek için çevre ülkelerde üretim ve pazarlama yatırımları yapan bir ambalaj tedarikçisi olmak"; hedefi ise, "Yurtiçi pazar hâkimiyetini bu plan döneminde de korumak" şeklinde belirlenmiştir⁴.

² Net Cam, Marmara Cam'ın önceki adıdır.

³ Benzer bir ifade, "Cam Ambalaj Sektörünün Genel Görünümü ve Bazı Üreticilerle Finansal Kıyaslama" başlıklı çalışmada da yer almaktadır.

⁴ Benzer ifadeler, "Cam Ambalaj ve Metal Grubu" başlıklı belgede de yer almaktadır.

“Cam Ambalaj ve Metal Grubu 2001-2003 Dönemi Hedef ve Stratejileri (20.10.2000)” başlıklı çalışmada, *“İddialı hedefimiz; ülkemiz cam ambalaj pazarında hakimiyetini koruyan...bir cam ambalaj tedarikçisi olmaktır”* ifadesi yer almaktadır.

“Cam Ambalaj ve Metal Grubu 2002-2004 Plan Dönemi Hedef ve Stratejileri” başlıklı çalışmada, *“Cam Ambalajda: Yurtiçi pazarın %97’sine hâkimiz (çok güçlü konumdayız)/Hammadde bağımlılığımız yok/Teknolojiye hâkimiz (ihtisaslaşmamızın sonucu olarak önemli sinerjiler yaratabiliyoruz)”* ifadeleri yer almakta; hedef ise, *“cam ambalaj pazarında hâkimiyeti korumak”* şeklinde belirlenmektedir.

“Şişecam Topluluğu 2002-2004 Planı”nda, Cam Ambalaj Ürün Grubu’nun iddiası, *“Ülkemiz cam ambalaj pazarında hâkimiyetini koruyan, bölgesel bütünlük sağlayabilmek için çevre ülkelerde üretim ve pazarlama faaliyeti yaparak toplam 700.000 ton üretim ve satış yapan bir cam ambalaj tedarikçisi olmak”*; hedefi ise, *“Yurtiçi pazar hâkimiyetini (%97) bu plan döneminde de korumak”* şeklinde belirlenmiştir.

“Cam Ambalaj Grubu 2003-2005 Plan Dönemi Vizyon Sunuşu”nda, *“Büyüme Stratejimiz (Türkiye): Yurtiçi pazardaki hâkimiyetimizi korumak (%96-97)”* ve *“Ülkemiz cam ambalaj pazarında hâkimiyetini koruyan, bölgesel üstünlük sağlayabilmek için çevre ülkelerde üretim ve pazarlama faaliyeti yaparak toplam 1 milyon ton üretim ve satış yapan bir cam ambalaj tedarikçisi olmak”* ifadeleri yer almaktadır.

“Şişecam Topluluğu 2003-2005 Planı”nda, Cam Ambalaj Ürün Grubu’nun iddiası, *“Ülkemiz cam ambalaj pazarında hâkimiyetini koruyan, bölgesel bütünlük sağlayabilmek için çevre ülkelerde üretim ve pazarlama faaliyeti yaparak toplam 1 milyon ton üretim ve satış yapan bir cam ambalaj tedarikçisi olmak”*; hedefi ise, *“Yurtiçi pazar hâkimiyetini korumak”* şeklinde belirlenmiştir.

- (15) Bu noktada son olarak belirtilmesi gereken husus, “cam ambalaj” başlığı altında alt ürün gruplarının varlığından söz edilebilecek olmasıdır. Ancak dosya bakımından ulaşılabilecek sonuçları etkilemediğinden bunlara değinilmemiştir. Örneğin soruşturma konusu ile bağlantılı olarak “yüksek alkollü içki şişeleri” şeklinde yapılacak bir pazar tanımı, Anadolu Cam’da yapılan yerinde incelemede bulunan belgeler⁵ çerçevesinde diğer ambalajları yine dışlayacaktır. Şöyle ki; yüksek alkollü içkiler bakımından camın pazar payı, Türkiye, İtalya ve Yunanistan’da %100, Almanya’da %99, Fransa’da ise %97’dir⁶. “Yüksek alkollü içki şişeleri” şeklinde yapılacak bir pazar tanımı sadece Anadolu Cam’ın piyasa payının kendi verileri çerçevesinde %85’e düşmesi anlamına gelecektir ki yegâne rakip olan Marmara Cam için yapılan “önemsiz” değerlendirmesi de Anadolu Cam’ın pazardaki hakim konumuna ilişkin tespitleri destekler niteliktedir.
- (16) Yukarıda yer verilen bilgiler kapsamında; ilgili ürün pazarı “cam ambalaj” ve ilgili coğrafi pazar “Türkiye” olarak belirlenmiş olup, Anadolu Cam’ın hâkim durumda bulunduğu kanaatine varılmıştır.

⁵ Örneğin, “Pazardaki Gelişmeler, 2003-2006 Satış Projeksiyonları, Yatırım İhtiyacımız” ve “Cam Ambalaj ve Metal Grubu Cam Ambalaj Sektörü Çevre Etüdü ve Strateji Toplantısı Notları (27.08.2002)” başlıklı çalışmalar.

⁶ Şarap ürününde camın pazar payı; Türkiye ve Yunanistan’da %100, Almanya’da %92, İtalya’da %81, Fransa’da ise %71’dir. Birada camın pazar payı; Yunanistan’da %77, İtalya’da %74, Fransa’da %67, Almanya’da %58, Türkiye’de ise %53’tür. Saf meyvesuyunda bu oran daha da düşmekte; meşrubatta ise en düşük seviyeye ulaşmaktadır. Bu düşüşle camın yerini, pet, metal ve karton kutu gibi ambalajlar almaktadır. Örneğin bira bakımından Türkiye’de diğer ambalajların pazar payları; %25 metal kutu, %22 diğer/dökme şeklindedir.

H.2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin Değerlendirmeler

H.2.1. Olayların Gelişimi⁷

- (17) Şikâyet konusu ihaleyi düzenleyen Tekel, bir kamu kuruluşu olarak faaliyet gösterdiği 1986 yılına kadar şişe alımlarını “açık ihale” yöntemi ile yapmıştır. 1984-1987 yılları arasında tekabül eden kısa bir dönem toplama şişe de kullanan Tekel, 1986’da “Kamu İktisadi Kuruluşu” haline getirilmesinden sonra alımlarını “özel davet” usulü ile ŞİŞECAM’dan yapmaya başlamıştır.
- (18) Tekel, dış piyasalardan şişe temin imkânlarını da araştırmış ancak yapılan çalışmalar başarısızlıkla sonuçlanmıştır⁸. Alternatif kaynakların bulunamaması ŞİŞECAM ile fiyat belirleme pazarlıkları yapılırken Tekel’in gücünü sınırlamış; bunun üzerine 1997’de her iki teşebbüsün bizzat genel müdürlerinin katılımıyla yapılan bir çalışma sonucu düzenlenen bir protokolle şişe fiyatları 1997 yılından itibaren altışar aylık dönemler halinde Devlet İstatistik Enstitüsü Toptan Eşya Fiyat Endeksi artışına dayalı bir formüle bağlanmıştır. Ancak bu protokole rağmen ŞİŞECAM’ın 2001 yılındaki krizin girdileri üzerindeki etkisini gerekçe göstererek formülle belirlenenin üstünde artış talep etmesi ve bunun gerçekleşmesi de söz konusu olmuştur.
- (19) Tekel, 1998 yılından itibaren ŞİŞECAM ile belirlenen protokol fiyatından %5-5,6 daha düşük teklif getiren ancak üretim kapasitesi düşük olan Marmara Cam’dan Yeni Rakı şişesi almaya başlamıştır. Tekel’in ilk düşüncesinin, fabrikası Çorlu’da bulunan Marmara Cam’a Tekirdağ İçki Fabrikası’nın 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesi alımlarının bırakılması olduğu belirtilmiştir. Ancak bu duruma ŞİŞECAM karşı çıkmış, tüm içki fabrikalarına şişe verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu çerçevede Tekel’in Tekirdağ İçki Fabrikası için Marmara Cam ile yaptığı pazarlık görüşmelerinin son gününde, karar Yönetim Kurulu’na girerken, ŞİŞECAM 43.850 TL/adet olan 70 cl. Yeni Rakı şişesi fiyatını, Tekirdağ Fabrikası’na özel olarak %15 indirmiş ve 38.000 TL/adet’ten mal vermeye başlamıştır⁹. Bunun üzerine Tekel, toplam alımın yaklaşık olarak %10’una tekabül eden 10.000.000 adet 70 cl.lik Yeni Rakı şişesini, tüm fabrikalarına yönelik olarak ve ŞİŞECAM’a uygulanan fiyatlardan %5 eksikine (41.675 TL/adet) Marmara Cam’dan almaya karar vermiştir. Marmara Cam, aynı koşullar dahilinde 2002’de 35 cl.lik Yeni Rakı şişesi üretim ve satışına da başlamıştır.
- (20) Aşağıdaki tabloda, Marmara Cam’ın Tekel’e yaptığı satışlar ŞİŞECAM ile karşılaştırılmalı olarak yer almaktadır.¹⁰

⁷ Söz konusu bilgiler, Anadolu Cam’da yapılan yerinde incelemede bulunan belgeler ve Tekel’in raporlarının bilgi talebine ilişkin olarak gönderdiği 09.09.2003 tarih ve 4358 sayılı cevap yazısında bulunmaktadır.

⁸ 2000 ve 2001 yıllarında dış piyasa şişe temin imkânlarını araştırmak üzere yapılan çalışmaya başlangıçta 16 firma tarafından ilgi gösterildiği ancak söz konusu firmaların, konunun kapsamını öğrendikten sonra ilgilenmekten vazgeçtikleri bilgisi edinilmiştir.

⁹ Anadolu Cam 09.06.2003 tarihli ihaledeki fiyat politikasının bir benzerini 1998’de, Marmara Cam’ın Tekel’e tedarike başlangıcında da yapmıştır.

¹⁰ ŞİŞECAM verileri 35 ve 70 cl.lik benzer nitelikli ürünleri de (Altınbaş, Kulüp...) kapsamaktadır. Dolayısıyla 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesi satışları gerçekte daha düşüktür. Örneğin 1998’de 44.295.000 adet 35 cl.lik; 77.340.000 adetse 70 cl.lik Yeni Rakı şişesi satışı yapılmıştır. 2002’de ise bu rakamlar sırasıyla 33.975.000 ve 49.142.000 şeklindedir.

Tablo-1: (ŞC: ŞİŞECAM, MC: Marmara Cam)

Milyon Adet	1998 ŞC	1998 MC	1999 ŞC	1999 MC	2000 ŞC	2000 MC	2001 ŞC	2001 MC	2002 ŞC	2002 MC
35 cl.	58.0	-	62.7	-	49.2	-	47.4	-	51.0	1.8
70 cl.	94.2	10.0	79.7	20.0	67.7	16.4	63.7	15.0	64.0	18.3
Diğer	43.1	-	45.8	-	36.7	-	38.9	-	45.0	-
Toplam	195.3	10.0	188.2	20.0	153.6	16.4	150.0	15.0	160.0	20.1
Tekel	205.3		208.2		170.0		165.0		180.1	

- (21) 2003 yılında Tekel söz konusu uygulamanın yeni ihale mevzuatına nasıl uyarlanabileceği hususunda bir karara ulaşamamış; şifahi görüşüne başvurulmuş Kamu İhale Kurumu (KİK) yetkilileri ise, bu ihalenin örnek olabilecek özellikler içerdiğini, dolayısıyla konunun gerekli irdemeler için ivedilikle KİK'e iletilmesini istemiştir. Bunun üzerine uygulanmakta olan alım yönteminin sürdürülmesine izin verilmesini talep eden bir yazı, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (ÖİB) tarafından KİK'e gönderilmiş; bir yanıt alınmamakla birlikte yapılan şifahi görüşmeler sonucunda olumlu bir yanıt iletilmeyeceği görüşü edinilmiştir.
- (22) 2002 yılında ŞİŞECAM'dan 40,374 trilyon TL bedelle 160 ± %10 milyon adet, Marmara Cam'dan 5,778 trilyon TL bedelle 20 ± %10 milyon adet şişe alınmak üzere imzalanan sözleşmeler kapsamında yapılan alımların Mart 2003 ayı sonuna kadar tamamlanacağı göz önünde bulundurularak, 2003 yılı ihalesi gerçekleşinceye kadar doğacak şişe ihtiyacını karşılamaya yönelik bir önlem olmak üzere, her iki firma ile imzalanan 05.04.2002 ve 08.04.2002 tarihli sözleşmelerin %10'luk artı toleranslarının kullanılmasının uygun olacağı düşünülmüş; firmaların bu husus için mutabakatı da alınıp gerekli karar oluşturulmuştur.
- (23) Ancak mevcut stoklar ve alınacak bu miktar şişe ile satış seyrine göre yaklaşık 1,5-2 aylık ihtiyacın karşılanabileceği öngörülmüş; ihale işlemlerinin de 40 günü ilan olmak üzere, en az bir buçuk aylık bir süreyi alacağı göz önünde bulundurularak "olumsuz yanıt geleceği yönünde edinilen bilgiden hareketle KİK'in yazılı yanıtını beklemeksizin" ihaleye çıkmıştır. İhale gerçekleşinceye kadar %10 artı toleransa rağmen yine şişe ihtiyacının doğması durumunda da, bu ihtiyacın KİK'in 2003/3 sayılı Tebliği uyarınca, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21 inci maddesinin (b) bendindeki "idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar" kapsamında değerlendirilerek, anılan madde hükmü veya aynı Kanun'un "Doğrudan Temin" başlıklı 22(d) maddesi çerçevesinde karşılanması kararlaştırılmıştır. Böyle bir ihtiyaç hâsıl olduğu için, şişe alımına karar verilmiştir.
- (24) Tekel Yönetim Kurulu'nun "acil ihtiyaç" için alımına karar verdiği iki aylık muhtelif şişe miktarı toplam 29.676.000 ± %10 adettir. Yaklaşık maliyeti 10.235.772.918.000 TL+KDV olarak belirlenen bu ihale, 22.05.2003 tarihinde Anadolu Cam ve Marmara Cam'ın katılımı ile yapılmıştır. Söz konusu ihalede Anadolu Cam ihale konusu 30 çeşit şişenin tamamı için toplam fiyat 10.647.675.680.000 TL olacak şekilde teklif vermiştir. Anadolu Cam'ın şikayet konusu 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için verdiği fiyat teklifi ise sırasıyla 281.520 ve 428.140 TL/adettir.
- (25) Buna karşılık Marmara Cam sadece 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için, sırasıyla 253.000 ve 385.000 TL/adetten, kapasite yetersizliği nedeniyle toplam 6.190.000 ve 10.718.000 adet olan talebin 1 ve 4 milyonunu karşılayacak şekilde teklif vermiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu rakamlar yukarıda değinilen protokol 2003 yılında da geçerli olsaydı uygulanacak fiyatlardır. Tekel'in söz konusu ürünler için protokol

fiyatlarının üzerine, yeni ihale yasası hükümleri gereği alınması gereken teminat masrafı, noter onayı masrafı ve KİK payı toplamlarını ekleyerek belirlediği yaklaşık maliyet ise daha fazladır. Bu tekliflerin ardından Tekel İhale Komisyonu yüksek teklif veren Anadolu Cam ile pazarlık yapmış ve bu pazarlık neticesinde Anadolu Cam'ın toplam teklifini 10.229.931.460.000 TL'ye yani muhammen bedel seviyesine indirmesi sağlanmıştır. Bu çerçevede Anadolu Cam 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesi fiyatını da sırasıyla 270.480 ve 411.350 TL/adete düşürmüştür, ancak bu fiyat hala Marmara Cam'inkinden yüksektir.

- (26) Sonuç olarak Tekel, Marmara Cam'ın tedarik edebildiği miktarda 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesini Marmara Cam'ın fiyatlarından, geri kalanı ise Anadolu Cam'ın indirimli fiyatlarından almış; toplam fiyatın 10.107.051.460.000 TL olmasıyla da hesapladığı yaklaşık maliyetin altında bir bedelden alım yapmıştır.
- (27) Tekel'in 2003 yılı ihtiyacına tekabül eden toplam 178.000.000 ± %10 adet muhtelif şişe alımına ilişkin "açık ihale" ise 18 gün sonra yani 09.06.2003'te yapılmıştır. Yaklaşık maliyeti 64.324.634.135.000 TL+KDV olarak belirlenen bu ihaleye yine Anadolu Cam ve Marmara Cam katılmıştır. İhalede Anadolu Cam ihale konusu 30 çeşit şişenin tamamı için toplam fiyat 67.298.504.729.000 TL olacak şekilde teklif vermiştir. Anadolu Cam'ın şikayet konusu 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için verdiği fiyat teklifi ise sırasıyla 252.000 ve 384.000 TL/adettir. Dikkat edileceği üzere bu fiyatlar Marmara Cam'ın 18 gün önceki ihalede verdiği fiyatlardan 1.000 TL daha düşüktür ve Anadolu Cam'ın söz konusu ihaledeki ilk fiyatından yaklaşık olarak %10, indirimli fiyatından ise %7'lik bir indirim daha yaptığını göstermektedir. Dikkat çekici diğer bir husus ise, geri kalan 28 kalemde bir önceki ihale fiyatına göre %33,7; muhammen bedele göre ise %42,8 oranında artış yapılmış olmasıdır. Buna karşılık Marmara Cam sadece 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için, sırasıyla 290.000 ve 442.000 TL/adetten, kapasite yetersizliği nedeniyle toplam 37.140.000 ve 64.297.000 adet olan talebin 2 ve 23 milyonunu karşılayacak şekilde teklif vermiştir.
- (28) Bunun üzerine Tekel, Marmara Cam'ın 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişelerine verdiği fiyatların Anadolu Cam'inkinden yüksek olması nedeniyle ihtiyacın tamamının 64.324.634.135.000 TL yaklaşık maliyetten, 2.973.870.594.000 TL fazlasıyla 67.298.504.729.000 TL teklif veren Anadolu Cam'dan karşılanmasına karar vermiştir.

H.2.2. Anadolu Cam'ın Eyleminin Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Değerlendirilmesi

- (29) Anadolu Cam'ın yukarıda özetlenen eyleminin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin olarak öncelikle ilgili teşebbüste yapılan yerinde incelemede bulunan belgelere yer verilmiştir:
- (30) "Toptancı Kanalı Rakip – İkame – İthal Ürünler ve Rakip Yerli Cam Ambalaj Üreticileri Raporu"ndaki şu ifadeler önemlidir:

"YÖNETİCİ ÖZETİ

Ambalaj pazarındaki zorlu ve çeşitli rekabet ve buna dayalı düşük kar marjları, büyük miktarlarda üretim ve satışı geçerli bir rekabet stratejisi haline getirmektedir. Dolayısıyla Türkiye cam ambalaj piyasasında ezici bir üstünlüğe sahip olan firmamız için bu üstünlüğü korumak ve geliştirmek hayati bir öneme sahiptir.

Son dönemde gerek cam ambalajda gerekse özellikle saklama kabı alanındaki ikame PET kavanozlarda önemli gelişmeler meydana gelmektedir. Kısaca ifade etmek

gerekirse rakip-ikame ve ithal ürünlerin, pazarda ürünlerimizin hâkim olduğu sahalara doğru yöneldikleri somut örnek ve adımlarla izlenmektedir....

Rakip üreticilerin büyümesi ve bu büyümenin etkisi ile bıraktığımız boşluktan cesaret alarak daha farklı ürünlere yönelmeleri ve yeni ürünleri hedef almaya başlamaları, bunun yanında 'Anadolu Cam ile rekabet edilebilir' psikolojisinin ve havasının var olan veya olabilecek diğer üreticilere cesaret vermesi üzerinde dikkatle durmamız gereken bir durumdur.

Tüm bunlara ek olarak Marmara Cam firması saklama kabı pazarındaki girişimlerine ilaveten, içki pazarında da etkinliğini artırma yolundadır. Bu amaçla mevcut cam ambalaj fırınında yenileme ve kapasite artışı planlamaktadır. Amacına uygun olarak 40 t/gün kapasiteli fırın yenilenerek 75 t/gün kapasiteye yükselecektir.

Yeni fırın yılda 20.0 bin tonun üzerinde üretim yapabilecek ve bu suretle

15 ila 28 milyon adet 70 c1. Rakı Şişesi eşiti ve

13 ila 22 milyon adet 1 litre kavanoz eşiti

imalat gerçekleştirebilecektir. Bunun yanı sıra mevcut Cam Ev Eşyası fırınında 45 milyon adetlik çay bardağı arzı sürecektir.

Mevcut rekabet ortamı şöyle özetlenebilir:

1. Siyasi otoritenin teşviki ile 1997 yılında faaliyete geçen Marmara Cam Tekel'e fiyatlarımıza yakın, kısıtlı çeşit arzı yaparak gelişme imkânı bulmuştur.
2. Saklama kabı pazarında yakaladığı fırsatı da hesaba katan Marmara Cam, kapasite arttırarak üretim maliyetlerini düşürme yönünde adım atmaktadır.
3. Bu adımlar Marmara Cam'ın gelişme aşamasını tamamladığını göstermektedir.

Gelişen olaylar, rekabetin tek tek dağıtım kanalı üyelerine yöneltilmesi yerine, esas rakipler olan üreticilere kaydırılmasına ve gelişme aşamalarını engellemeye dönük olmasını gerekli kılmaktadır.

Burada en önemli rekabet yaklaşımımız pazarı tatmin etmek olmalıdır.

Yaklaşım önerilerimiz şöyledir:

Yerli rakiplerin gelişmesine olanak vermemek, ithalatı önlemek ve plastik türevlerinin yaygınlaşmasını engellemek amaçları için;

- Pazarda boşluk bırakmayacak şekilde "saklama kabı" nitelikli ürünlerin arzına yeniden başlamak,

- Tekel ihalesinde Marmara Cam'ın önünü kesmek.

Bu önlemlerle hedeflenen pazar genel olarak 27 bin ton büyüklüğünde olup, bunun 14 bin tonu saklama kabı ve sürahi pazarı ile 13 bin tonu Marmara Cam'ın içki sektörüne verdiği miktardan oluşmaktadır.”

“Tekel Özelleşmesi İle İlgili Bilgi” başlıklı çalışmadaki şu ifadeler önemlidir:

“...Özelleştirmenin Şirketimize etkisi ise;

- Ürün parkımızın yeterli olmaması,

- Tasarım konusunda zayıf kalmamız,

- Tekel fiyatları ile özel sektörün fiyat farklılaşmasının izahının zorlaşması,

- Netcam'ın rekabeti,
olacaktır...”

- (31) “Tekel İhalesi Fiyat Teklif Önerileri” başlıklı çalışmadaki şu ifadeler önemlidir:

“Öneri fiyat 16.05.2003 tarihinde vermiş olduğumuz fiyatın üzerine ilave edilmiştir (Bu fiyat 2003 TEF ile 2002 Temmuz TEF arasını kapsamaktadır).

Nisan 2003-30 Haziran 2004 arası enflasyonun ortalaması alınmıştır. 2004 yılı enflasyonu 2002 ve 2003 yılı aylık artış oranları dikkate alınarak %20 varsayımına göre hesaplanmıştır.

Nisan 2003 – Aralık 2003 = %16,20

Ocak 2004 – Haziran 2004 = %12,03

%30,18

Bu durumda yıllık ortalama %15,28 olmaktadır. İhale masrafı olarak %1 alındığında %16,28 artışla fiyat teklifi vermemiz gerekir...”

- (32) Söz konusu çalışmada bu ifadelerin ardından 35 ve 70 cl.lik şişe fiyatlarının ara ihale fiyatında tutulduğu ya da %5 zam yapıldığı; buna karşılık diğer ürünlerin yüksek oranlarda artırıldığı tablolara ve bunlarla elde edilecek toplam hasıllara da yer verilmiştir.

- (33) “Tekel Bilgi Notu” başlıklı çalışmadaki şu ifadeler önemlidir:

“2003 Adetleri-Protokol Fiyatı 178 mio/adet 67.000 ton 61.964.183.011¹¹

2003 tleri-Teklif Fiyatı 178 mio/adet 67.000 ton 67.298.504.709”

- (34) “Anadolu Cam Sanayii A.Ş. Haziran 2003 Faaliyet Raporu”nda, “En önemli gelişme 2003 ihalesinin tamamen alınmasıdır. Bu alanda rakip üretici olan Marmara Cam devre dışı kalmıştır” ifadesi yer almaktadır. Anılan belgede yer alan “2003 Cam Ambalaj Birikimli Mamul Fiyat Zam Oranları” başlıklı tablodan ise, Tekel Grubu’na yapılacak zammın yıllık bütçede %26,5 olarak belirlendiği, buna karşılık Haziran ayında yapılan zamla %27,7’ye ulaşıldığı anlaşılmaktadır. Bu zam aynı zamanda diğer ürün grupları içinde en yükseğe tekabül etmektedir.

- (35) Yukarıdaki belgelerden de anlaşılacağı üzere Anadolu Cam, Marmara Cam’ı, cam ambalaj pazarındaki konumuna karşı tehdit olarak görmektedir. Bu nedenle 09.06.2003 tarihli Tekel ihalesinde, tüm ürünler için “22.05.2003 tarihli ihale fiyatı + %15,28 + %1” şeklinde bir fiyat artışı yerine, Marmara Cam’ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak ama ulaşmak istediği toplam hasılayı da düşürmeyecek bir fiyat politikası uygulamıştır. Bu çerçevede yukarıda da belirtildiği üzere sırasıyla 314.514 ve 478.318 TL/adet şeklinde teklif vereceği 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için -ki bu rakamlar Marmara Cam’ın söz konusu ihaledeki 290.000 ve 442.000 TL’lik teklifinden yüksektir- 252.000 ve 384.000 TL/adet fiyatını vermiştir. Dikkat edileceği üzere bu fiyatlar Marmara Cam’ın 18 gün önceki ihalede verdiği fiyatlardan 1.000 TL daha düşüktür ve Anadolu Cam’ın söz konusu ihaledeki ilk fiyatından yaklaşık olarak %10, indirimli fiyatından ise %7’lik bir indirim daha yaptığını göstermektedir. Buna karşılık geri kalan 28 kalemde bir önceki ihale fiyatına göre %33,7; muhammen bedele göre ise %42,8 oranında artış yapılmıştır.

¹¹ TEFE %33,9 Ağustos 2002-Ekim 2003.

- (36) Burada önemli olan diğer bir nokta, bu artışın Tekel-ŞİŞECAM protokolünün yürürlükte olduğu günden bu yana hatta 22.05.2003 tarihli ihalede bile 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesi ile aynı biçimde fiyatlandırılan 35 ve 70 cl.lik Kulüp Votka şişelerini de kapsamasıdır. Yeni Rakı şişeleri ile fiziki özelliklerinin aynı olduğunu söyleyebileceğimiz bu ürünlere 18 gün sonra uygulanan farklı fiyat Anadolu Cam'ın eylemine ilişkin düşünceleri destekleyici niteliktedir.
- (37) Son olarak vurgulanması gereken, Marmara Cam'ın sadece 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için, kapasite yetersizliği nedeniyle toplam 37.140.000 ve 64.297.000 adet olan talebin 2 ve 23 milyonunu karşılayacak şekilde teklif vermiş olduğudur. Dolayısıyla Anadolu Cam 35 cl.lik Yeni Rakı şişelerindeki toplam talebin %95'i; 70 cl.lik Yeni Rakı şişelerindeki toplam talebin ise %64'ü için geri kalan 28 kalemde olduğu gibi tek sağlayıcı konumundadır.¹² Buna rağmen yapılan uygulama Anadolu Cam'ın Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amaçlı bir fiyat politikası uyguladığının bir diğer göstergesidir.
- (38) Sonuçta Tekel 2003 yılında protokol devam etseydi Anadolu Cam'ın hesaplamalarına göre 61.964.183.011.000 TL ödeyecekken ve muhammen bedel 64.324.634.135.000 TL olarak hesaplanmışken 67.298.504.729.000 TL ödemek zorunda kalmış; daha da önemlisi ŞİŞECAM'a alternatif olabilecek bir sağlayıcıdan mahrum kalma riskiyle karşılaşmıştır.
- (39) Bu noktada *"ihlal kararının etkin bir firmanın cezalandırılması anlamına gelip gelmeyeceği"* sorusuna yanıt verilmelidir. Bu soruya ilişkin olarak öncelikle Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede bulunan "Cam Ambalaj Sektörünün Genel Görünümü ve Bazı Üreticilerle Finansal Kıyaslama" ve "Cam Ambalaj ve Metal Grubu" isimli çalışmalarda, "Cam Ambalaj – Zayıf Yönler" başlığı altında *"Verimlilik ve maliyet sorunları"* ifadelerinin yer aldığı belirtilmelidir. Bu ifadelerin ne anlama geldiği "Şişecam Topluluğu 2002-2004 Planı" ve "Şişecam Topluluğu 2003-2005 Planı"nda yer alan 2000 ve 2001 yıllarına ilişkin "Dünya Cam Ambalaj Üreticileri Performans Göstergeleri"nden anlaşılabilir. Buna göre, Anadolu Cam, kıyaslandığı 17 cam ambalaj üreticisi arasında "Satışlar/İşgücü (Bin \$)" göstergesinde sonuncudur. Buna karşılık "Brüt Kar/Satışlar (%)" kategorisindeki birincilik dikkat çekicidir.
- (40) Bu veriler çerçevesinde etkinliği konusunda şüphe uyandıran Anadolu Cam'da bulunan "Tekel İdaresi İle Devam Eden İş İlişkilerimiz" başlıklı belgede ise Marmara Cam ile ilgili şu değerlendirmelere yer verilmiştir:
- "...Diğer taraftan 22 kalıptan oluşan toplam ihale miktarının %10'unu vermekte olan Marmara Cam firması ise Tekel idaresinin senelik en fazla alımda bulunduğu tek kalıpla tüm sene üretim yapmakta ve bu durum imalat, stok, teslimat ve dolayısı ile maliyet açısından önemli avantaj sağlamaktadır..."*
- (41) Marmara Cam'ın gerek Tekel-ŞİŞECAM protokolü ile belirlenen fiyattan %5-5,6 daha düşüğe mal vermesi gerekse 22.05.2003 ve hatta 09.06.2003 tarihli ihalelerdeki teklifleri, yukarıdaki değerlendirmeyi destekleyici niteliktedir.¹³

¹² Anadolu Cam'ın savunmasında konuya ilişkin olarak "iki kalem şişenin %20'si için Marmara Cam bu ihaleye katılmıştır" ifadesi yer almaktadır.

¹³ Gerek etkinliğe gerekse de hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin tartışmalar bakımından önem taşıdığından Anadolu Cam'dan 15.09.2003 tarih ve 2564 sayılı yazı ile *"ürettiği her bir ürünün 1.1.2002-30.06.2003 dönemi arasındaki aylar itibarıyla değişken (hammadde, enerji, ambalaj vb.) ve sabit (personel, amortisman vb.) maliyeti ile toplam maliyeti"* talep edilmiştir. Anadolu Cam bu talebe

- (42) Özetle; Anadolu Cam'ın 09.06.2003 tarihli ihaledeki fiyat politikası, Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak karakteriyle hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek niteliktedir.

H.2.3. Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

- (43) Anadolu Cam'ın savunmasında, "Anadolu Cam'ın etkinliğinin haksız bir şekilde sorgulandığı, bu konuda derin bir inceleme ve değerlendirme yapılmadan sonuca ulaşıldığı" iddiasına yer verilmiştir.

- (44) Karardaki etkinliğe ilişkin değerlendirmeler bizzat Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede bulunan belgelere dayanmaktadır. Kaldı ki bu değerlendirmelerin doğruluğu Anadolu Cam'ın savunmasındaki şu ifadelerle de ortadadır:

"...Marmara Cam işçileri sendikalı değildir. Şirket işçilerinin sendikalı olması, bu sektörün Türkiye'de en yüksek işçi ücretlerine sahip sektörlerden biri olması ve işçi ücretlerinin toplam maliyet içindeki payının %20 civarında olması dikkate alındığında Marmara Cam maliyetlerinin Şirket maliyetlerinin çok daha altında olduğunu tahmin etmek mümkündür... Verimlilik rasyosunun düşüklüğüne karşın brüt kar/satış'larda Teşebbüsümüzün 1.sırada olduğu ve aşırı kar ettiği ima edilerek etkin olmadığı ifade edilmektedir. Bu değerlendirmenin bilimsellikten ve objektiflikten çok uzak bir değerlendirme olduğu kanaatindeyiz. Zira işletme biliminde ve uygulamada brüt kar/satışlar rasyosunun tek başına bir anlam ifade etmediği bilinmektedir. Zira bu rasyo bir kuruluşun yaptığı yatırımların ve mali yapısının etkilerini ihmal etmektedir. Bu nedenle karlılık konusunda işletme biliminde ve uygulamada tercih edilen rasyo EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization), (Vergi, Faiz, Amortisman ve Karşılıklar öncesi kar)/satışlardır. Soruşturma raporunun 16/2 sayılı ekinde bu rasyoya bakıldığında ise, Teşebbüsümüzün 1.sırada değil 4 veya 5. sırada olduğu görülmektedir..."

- (45) Anadolu Cam'ın savunmasında, "teşebbüsümüzün soruşturma konusu Tekel ihalesindeki fiyatlandırması değerlendirilirken aşağıdaki gelecek bölümlerde detaylıca ispatlayabileceğimiz gibi bu fiyatlandırmada hiçbir rekabeti bozucu özellik olmamasına rağmen soruşturma heyetinin fiyatın ne kadar olması gerektiği konusunda görüş sahibi olması ülkemizdeki serbest rekabet ekonomisi açısından ciddi şekilde düşündürücüdür" ifadesine yer verilmiştir.

- (46) Anadolu Cam'ın savunmasında atıf yapılan artış oranı (22.05.2003 tarihli ihale fiyatı + %15,28 + %1), bizzat Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede bulunan belgelere dayanmaktadır. Bu belgeler fiyatın ne kadar olması gerektiğine dair bir görüşü göstermek amacıyla kullanılmamıştır.

- (47) Anadolu Cam'ın savunmasında, "teşebbüsümüzün Marmara Cam'ı ambalaj pazarı dışına çıkarıcı fiyat politikası uyguladığı iddiası fiili durumda kendisini göstermemektedir" ifadesine yer verilmiştir.

- (48) Kararda ulaşılan sonucun, "Anadolu Cam'ın 09.06.2003 tarihli Tekel ihalesindeki fiyat politikasının, Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak karakteriyle hâkim durumun kötüye kullanılması olduğu" göz önünde bulundurulduğunda, Anadolu Cam'ın iddiasının karar konusu ile ilgisi bulunmamaktadır.

22.09.2003 tarih ve 4548 sayılı bir yazı ile "her ürün için aynı dönem içindeki aylar itibarıyla maliyetlerin hammadde, enerji, ambalaj, personel, amortisman vb. ayrıntılandırılması, gerek ürün sayısının fazlalığı, gerek üretim hatlarının sayısı (30 hat) ve özelliklerindeki farklılıklardan kaynaklanan nedenlerle bu aşamada mümkün değildir" şeklinde cevap vermiştir.

(49) Anadolu Cam'ın savunmasında, *"teşebbüsümüzün güçlü olan ve ikame ürünleri giderek daha fazla kullanan müşterilerinden ve Dünya devi rakiplerinden bağımsız hareket etmesi mümkün olmadığından soruşturma raporunda yapılan hâkim durum tespiti tartışmalı bir tespittir"* ifadesine yer verilmiştir.

(50) Anadolu Cam'ın savunmasındaki hâkim durum tespitinin tartışmalı olduğu yönündeki iddiaya dayanak teşkil eden, *"ikame ürünleri giderek daha fazla kullanan güçlü müşterilerden ve Dünya devi rakiplerden bağımsız hareket edememek"* ifadesindeki üç hususa da, kararda, *"ilgili pazara ve hâkim durumun varlığına ilişkin değerlendirmeler"* başlığı altında yer alan ve bizzat Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede bulunan belgelerle cevap verilmiştir. Kaldı ki Anadolu Cam'ın savunmasında şu ifadeler de yer almaktadır:

"...Anadolucam zaten piyasada hâkim durumda olan bir firmadır. Bu husus bilinmektedir. Bu durum yüksek yatırım maliyeti, yüksek taşıma maliyeti, üretim esnekliğinin düşük olması gibi sektör şartlarından fakat en az o kadar da firmanın yüksek performansından kaynaklanmaktadır. (Ek7) Nolu belgede ifade edildiği gibi Anadolucam cam ambalaj pazarında yurtiçi pazarın %97'sine hâkimdir... Anadolu Camın hâkim durumu sadece yüksek kapasitesinden ve ilgili ürün piyasasındaki payından değil aynı zamanda ürün programının genişliğinden yani çok farklı ürün çeşitleri üretebilmesinden kaynaklanmaktadır."

(51) Anadolu Cam'ın savunmasında *"Anadolu Cam'ın Tekel ihalesindeki fiyat politikasının ihalenin kazanılması amacını taşıyan ekonomik bir eylem olarak nitelendirilmesi gerektiği dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'u ihlal edici nitelikte olmadığı"* iddia edilmiştir.

(52) Anadolu Cam tarafından bu başlık çerçevesinde, *"22.05.2003 tarihli ihalenin referans olarak kabul edilemeyeceğini, zira bu ihale sonrasında pazarlık imkânı olması nedeniyle tam rekabetçi bir ihale olarak kabul edilemeyeceğini"* ifade edilmiştir.

(53) Oysa yine Anadolu Cam savunmasında 22.5.2003 tarihli ihaleye ilişkin olarak şu ifadeler yer almaktadır:

"Tekel'in ürün alım sistemi 22 Mayıs 2003 itibariyle değişmiştir. Davet ve pazarlık usulü ile yapılan satın almadan ihale sistemine geçilmiştir. İhale sistemi pazarlık usulü ile yapılan sisteme göre daha rekabetçidir. İhale sisteminde tek rekabet faktörü fiyattır. Nitekim Marmara Cam 22 Mayıs ara ihaleden önceki sistemde sürekli Teşebbüs'ün % 5 altında fiyat verirken bu ara ihalede rekabetçi güdülerle % 10 altında kalmıştır."

(54) Anadolu Cam tarafından bu başlık çerçevesinde ikinci olarak, *"35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri ile geri kalan ürünlerin fiyatlarına dayanan bir mukayese yapılamayacağını"* ifade edilmiştir.

(55) Tekel-ŞİŞECAM protokolünün yürürlükte olduğu günden bu yana hatta 22.05.2003 tarihli ihalede bile 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesi ile aynı biçimde fiyatlandırılan ve Yeni Rakı şişeleri ile fiziki özelliklerinin aynı olduğunu söyleyebileceğimiz 35 ve 70 cl.lik Kulüp Votka şişeleri en önemli hatta tek karşılaştırma aracıdır. Bu çerçevede özel rakı üreticilerine verildiği iddia edilen fiyatların referans kabul edilmesi de mümkün değildir.

(56) Anadolu Cam tarafından bu başlık çerçevesinde üçüncü olarak, *"Tekel ihalesinde Marmara Cam'ın kaybettiği iş hacminin yaklaşık 10.450 ton olduğunu, bu iş hacminin yaklaşık 495.000 ton olan cam ambalaj pazarının sadece %2'sine karşılık geldiğini, dolayısıyla Marmara Cam için Tekel'e alternatif olarak toplam cam ambalaj pazarının %90'ında potansiyel iş imkânı bulunduğunu"* ifade edilmiştir.

- (57) Oysa bizzat Anadolu Cam'ın savunmasında Tekel'in önemi şu şekilde ifade edilmiştir:
- “...Tekel Şirket'in birinci en büyük müşterisidir ve Şirket'in yurt içi satışları içinde yaklaşık %13'lük bir paya sahiptir... Rekabet Kurumu'nun yazısında verdiği tablodan da görüleceği üzere Marmara Cam pazara girişte zorlanmamış ve Tekel'e olan satışlarını 4 yılda 2 misli artırarak 20 milyon adet/yıl'a yükseltmiştir. Marmara Cam'ın bu performansı Şirket'in Tekel'e satışlarının 1998'de 195,3 milyon adetten 2002'de 160 milyon adete gerilemesine rağmen gerçekleşmiştir. Tüm bunlara rağmen Marmara Cam hiçbir pazara giriş engeli ile karşılaşmamış, tam tersine bu performanstan aldığı güç ile ürün çeşitlemesine gitmiş ve şişe olarak yoğurt ve su şişeleri, ketçap şişeleri, bira şişeleri, sirke – sıvı yağ şişeleri, şarap şişeleri, maden suyu şişeleri gibi alanlarda faaliyetlerini genişletmiştir. Ayrıca Marmara Cam'ın kristal eşya, kavanoz ve çay bardağı konusunda da giderek gelişen ciddi faaliyetleri vardır.”*
- (58) Anadolu Cam tarafınan bu başlık çerçevesinde son olarak *“tüm ihalelerde olduğu gibi rakibin altında bir fiyat vermenin ve böylece ihaleyi kazanmak istemenin doğal ve rekabetçi bir yaklaşım olduğunu, Rekabet Kanununun firmaları değil, rekabeti koruduğunu, dolayısıyla Marmara Cam'ı koruyan, daha yüksek bir fiyatlama yerine 2 üründe uygulanan rekabetçi fiyatlamanın Rekabet Kanunu'na daha uygun olduğunu, Anadolu Cam'ın bu yaklaşımının ihlal olarak değerlendirilmesinin, her ihale kaybedenin Rekabet Kurumu'na başvurmasını teşvik edici olacağı”*nı ifade edilmiştir.
- (59) Bu kararın konusu, Anadolu Cam'ın, Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak ama ulaşmak istediği toplam hasılayı da düşürmeyecek bir fiyat politikası uygulamasıdır. Her iki amaç çerçevesinde de zararı tüketicilerin göreceği değerlendirilmektedir: Birinci amaç çerçevesinde 4054 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde *“mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış”* şeklinde tanımlanan rekabetçi süreç bozulacak; bu durum uzun dönemde ve nihai tahlilde tüketicileri etkileyecektir. İkinci amaç ise Anadolu Cam'ın savunmasındaki *“Teşebbüs'ün söz konusu ihalede alternatif olarak uygulayabileceği başka türlü fiyatlandırma aslında anti-rekabetçi olurdu:...Tekel'i koruma amaçlı olarak geri kalan ürünlerde daha düşük fiyatlandırma”* ifadesinden de anlaşılacağı üzere, Tekel'in de fayda sağlamasını engellemektedir. Başka bir deyişle Anadolu Cam diğer ürünlerde de indirim yapmış olsaydı, bundan Tekel, dolayısıyla da kısa dönemde ve nihai tahlilde tüketiciler de fayda sağlayacaklardı.
- (60) Sonuç olarak ilgili olayda iki amaca da ulaşılmış, gerek rekabetçi sürecin bozulması gerekse de ilgili alıcının alım maliyetinin artması nedenlerinden tüketici zararı ortaya çıkmış; dolayısıyla genel olarak toplumun refahında azalma meydana gelmiştir. Kararda, *“ihlal kararının etkin bir firmanın cezalandırılması anlamına gelip gelmeyeceği”* sorusuna yanıt aranması ve bu yanıtın Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede bulunan belgeler ile Anadolu Cam'ın savunması çerçevesinde verilmesi de, rakiplerin değil de rekabetin korunması yönündeki hassasiyeti göstermektedir. Bütün bu açıklamalar çerçevesinde, kararla doğacak sonuç ihale kaybeden rakiplerin korunması olmayacağından, her ihale kaybedenin Kuruma başvuramayacağı açıktır.
- (61) Anadolu Cam'ın savunmasında *“soruşturma konusu ihaledeki fiyatlandırma şeklinin Rekabet Mevzuatı çerçevesinde net olarak belirlenen, hâkim durumu kötüye kullanma olarak kabul edilen hiçbir fiyatlandırma şekli kapsamında olmadığı”* iddiasına yer verilmiştir.
- (62) Mehaz teşkil ettiği Anadolu Cam temsilcileri tarafından da kabul edilen Avrupa Birliği rekabet hukukunda Avrupa Komisyonu'nun (Komisyon) karar konusu olaya benzer üç

kararı bulunmaktadır. Komisyon, daha sonra Bidayet Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından da onaylandığı üzere, Hilti¹⁴, Cewal¹⁵ ve Irish Sugar¹⁶ kararlarında hâkim durumdaki teşebbüslerin yaptığı seçici fiyatlandırma (*selective price cutting, but not below cost ya da selective low pricing*) uygulamalarının ihlal niteliğinde olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu davaların tamamında, karar konusu olayda olduğu üzere, hâkim durumdaki teşebbüsler rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırma amacı çerçevesinde maliyetlerden bağımsız olarak seçici düşük fiyatlandırma yapmıştır. Bu durum yukarıda da belirtildiği üzere Komisyon tarafından hâkim durumun kötüye kullanılması madde kapsamında değerlendirilmiş; bu değerlendirme mahkeme tarafından da kabul görmüştür.

- (63) Mehas teşkil ettiği Anadolu Cam temsilcileri tarafından da kabul edilen Avrupa Birliği'ndeki bu kararlar doktrinde de kabul görmektedir. Doktrine göre seçici fiyatlandırmanın unsurları şu şekildedir: 1) Hâkim durumdaki teşebbüs, rakiplerinin faaliyetlerini maliyetlerden bağımsız stratejik davranışlarla zorlaştırabilme imkânına sahip olmalı, 2) İlgili teşebbüs açıkça hâkim durumda bulunmalı, 3) Hâkim durumdaki teşebbüsün yalnızca bir rakibi bulunmalı, 4) Teşebbüsün rakibinin piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amacını gösteren deliller bulunmalı.
- (64) Dosya kapsamında yapılan incelemeler sonucunda yukarıdaki 4 unsurun da bulunduğu değerlendirilmektedir:

1) Anadolu Cam, ihalenin yapısı sayesinde önemli bir maliyete katlanmadan ve maliyet altında satış yapması gereksiz Marmara Cam'ın faaliyetini zorlaştırıcı fiyat politikası uygulama imkânına sahiptir.

2) Pazar payı %97 olan Anadolu Cam'ın hâkim durumda olduğu teşebbüs temsilcileri tarafından bile kabul edilmektedir.

3) Anadolu Cam'ın ihaledeki tek rakibi Marmara Cam'dır.

4) Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede amacı gösteren deliller bulunmuştur. Bu niyet Anadolu Cam'ın savunmasında da kabul edilmektedir.

H.3. Gerekçe ve Hukuki Dayanak

- (65) 4054 sayılı Kanun'un "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 6. maddesinde *"bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak"* olduğu düzenlenmiştir. 6 ncı maddenin a bendinde ise kötüye kullanma hallerinden biri *"ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan"*

¹⁴ Eurofix-Bauco v. Hilti (1988) OJ L65/19 [Komisyon]

Case T-30/89, Hilti v. Commission (Hilti) [1991] ECR II-1439 [Bidayet Mahkemesi]

Case C-53/92 P, Hilti v. Commission (Hilti) [1994] ECR I-666 [ATAD].

¹⁵ Cewal (1993) OJ L34/20 [Komisyon]

Cases T-24-26&28/93, Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v. Commission (Cewal) [1996] ECR II-1201 [Bidayet Mahkemesi]

Case C-395&6/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports SA and Compagnie Maritime Belge SA v. Commission (Cewal) [2000] ECR I-1365 [ATAD].

¹⁶ Irish Sugar (1997) OJ L258/1 [Komisyon]

Case T-228/97, Irish Sugar plc v. Commission (Irish Sugar) [1999] ECR II-2969 [Bidayet Mahkemesi]

Case C-497/99 P., Irish Sugar plc v. Commission (Irish Sugar) [2001] ECR I-5333 [ATAD].

eylemler” şeklinde belirlenmiştir. Yukarıdaki delil ve tespitler, Anadolu Cam’ın 09.06.2003 tarihli Tekel ihalesindeki fiyat politikası ile Marmara Cam’ın piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amacıyla eylemlerde bulunarak hâkim durumunu kötüye kullandığını göstermektedir. 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştiren Anadolu Cam’a 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi uyarınca para cezası uygulanması gerekmektedir.

- (66) Kurulun 06.08.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı kararının iptaline hükmeden Danıştay 13. Dairesinin E.2019/4368, K.2021/3480 sayılı kararının gereğinin yerine getirilmesini teminen, Anadolu Cam’a ve dolayısıyla külli halefi olan ŞİŞECAM’a verilecek idari para cezasının belirlenebilmesine ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi ile Ceza Yönetmeliği hükümleri doğrultusunda değerlendirme yapılmıştır.
- (67) 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında:

“Bu Kanun’un 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.”

hükmüne yer verilmiştir.

- (68) Tespit edilmesi gereken bir husus, Ceza Yönetmeliği uyarınca belirlenen idari para cezasına esas teşkil edecek oranların Anadolu Cam’ın hangi mali yıla ait gayri safi geliri üzerinden hesaplanacağına ilişkindir. İdari para cezası verilmesine neden olan ihlal 2003 yılında gerçekleşmiş olup eylemin gerçekleştirildiği tarih itibarıyla yürürlükte olan mevzuat, idari para cezası verilirken ilgili teşebbüsün ihlalin sona erdiği tarihten önceki yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin esas alınmasını öngörmektedir. 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin önceki hali“...ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir.” şeklinde olup ilgili madde 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 472. maddesiyle “...ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.” şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklik öncesi para cezasının hesaplanmasında ihlalin sona erdiği tarihten bir önceki yıla ait gayri safi gelirler dikkate alınmakta iken değişiklik sonrasında Kurulun nihai kararından bir önceki mali yıla ait gayri safi gelirler dikkate alınmaya başlanmıştır. Danıştayın ve Kurulun yerleşmiş kararları uyarınca söz konusu değişiklik öncesi tamamlanan ihlaller bakımından, teşebbüsün ihlalden ve nihai karar tarihinden bir yıl öncesine ait gayri safi gelirleri saptanmakta ve teşebbüsün lehine olacak tutar üzerinden idari para cezasına hükmedilmektedir. Dolayısıyla bu durumda Anadolu Cam’ın 2002 ve 2020 yılına ait gayri safi gelirlerinin karşılaştırılması ve Anadolu Cam’ın lehine olan cironun, idari para cezası uygulanırken hesaplama esas alınması gerekmektedir.

- (69) Anadolu Cam'ın gayri safi gelirlerinin hesaplanması kapsamında dikkate alınması gereken bir diğer husus ise ilgili teşebbüsün ŞİŞECAM bünyesine katılarak tüzel kişiliğinin sonlandırılmış olmasıdır. Anadolu Cam 30.09.2020 tarihi itibarıyla ŞİŞECAM bünyesine katılmış olup külli halefiyet ilkesi uyarınca bu tarihten itibaren Anadolu Cam bakımından yapılan ciro hesaplamasında ŞİŞECAM'ın gayri safi gelirlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede, Anadolu Cam'ın, 2002 yılı sonunda oluşan gayri safi geliri (.....) TL iken ŞİŞECAM'ın tespit edilebilen en yakın tarihli gayrisafi geliri olan 2020 yılı sonunda oluşan gayri safi geliri (.....) TL'dir. Ayrıca Anadolu Cam'ın, ŞİŞECAM ekonomik bütünlüğünden ayırıştırılabilir nitelikteki en yakın tarihli gelir tablosu 2019 yılına ait olup 2019 yılı cirosunun (.....) TL olduğu görülmektedir. Görüldüğü üzere, Anadolu Cam'ın 2002 yılı sonunda oluşan gayri safi geliri 2019 ve 2020 yılları sonunda oluşan gayri safi gelirlerinden daha düşük olduğu için uygulanacak idari para cezasının, Danıştay kararları ve Kurulun yerleşik içtihadı kapsamında, lehe olan 2002 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirler üzerinden hesaplanmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir.
- (70) Yapılan değerlendirmeler neticesinde; Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi çerçevesinde temel para cezası, Anadolu Cam'ın yıllık gayri safi gelirinin %(.....) olarak belirlenmiştir. İhlalin bir yıldan kısa sürmesi nedeniyle Anadolu Cam hakkında tespit edilecek temel para cezasının arttırılmasına gerek olmadığı, Ceza Yönetmeliği'nin 6. maddesi kapsamında temel para cezasının arttırılmasını gerektirecek herhangi bir ağırlaştırıcı unsur bulunmadığı, ilaveten Ceza Yönetmeliği'nin 7. maddesi kapsamında hafifletici unsur olarak değerlendirilebilecek bir hususun bulunmadığı sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.

I. SONUÇ

- (71) Danıştay 13. Dairesi'nin, 21.10.2021 günlü, E.2019/4368, K.2021/3480 sayılı kararı üzerine düzenlenen rapora, toplanan bilgi ve belgelere ve incelenen dosya kapsamına göre;
- Anadolu Cam Sanayii A.Ş.'nin 9.6.2003 tarihli Tekel Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş. ihalesindeki fiyat politikasının, Marmara Cam San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amacıyla eylemlerde bulunarak hakim durumunu kötüye kullandığına ve bu şekilde 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine,
 - Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in (Ceza Yönetmeliği) 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, ikinci fıkrası uyarınca 2002 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren %(.....) oranında olmak üzere, Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş.'ye (Eski unvan: Anadolu Cam Sanayii A.Ş.) 2.482.665,76.- TL idari para cezası verilmesine,
 - Cezanın tespitinde, Ceza Yönetmeliği'nin 7. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilecek bir indirim hali bulunmadığına

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.