

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-2-028
Karar Sayısı : 23-24/447-154
Karar Tarihi : 25.05.2023

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 : Cansu TOPAK KORKMAZ, Fatma ABAZ, Nur KÖKSAL,
Dilan FİDANER, Muhammed Salih TÜRK,
Berin GEZER ACAR

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Nestle Türkiye Gıda Sanayi AŞ
Temsilcileri: Sezin ELÇİN CENGİZ, Esmâ AKTAŞ
Büyükdere Caddesi No: 175 Kat: 10 Esentepe/İSTANBUL

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 15.12.2022 tarihli ve 22-55/850-M sayılı kararı uyarınca Nestle Türkiye Gıda Sanayi AŞ'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediğinin tespiti amacıyla yürütülen soruşturma kapsamında; 28.04.2023 tarihli ve 23-19/357-M sayılı Rekabet Kurulu kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca kaldırılması ve Nestle Türkiye Gıda Sanayi AŞ'nin taahhüt görüşmelerinin başlatılmasına ilişkin başvurusunun yeniden değerlendirilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Nestle Türkiye Gıda Sanayi AŞ'nin (NESTLE) distribütörlerinin yeniden satış fiyatını belirlediği, distribütörlerine bölge ve müşteri kısıtı getirdiği ve NESTLE'nin distribütörleri Duyça Gıda Dağıtım Pazarlama AŞ'nin (DUYÇA GIDA) ve Promas Gıda Ambalaj Pazarlama ve Ticaret Ltd. Şti.'nin (PROMAS) aralarında rekabeti engelleyecek şekilde ortak fiyat, asgari fiyat ve iskonto oranlarını belirlediği iddiaları üzerine Rekabet Kurulunun (Kurul) 21.07.2022 tarihli ve 22-35/529-M sayılı kararı ile NESTLE ile DUYÇA GIDA ve PROMAS hakkında, anılan teşebbüslerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası ile ilgili olarak aynı Kanun'un 40. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (3) Yapılan önaraştırma sonucunda düzenlenen 07.12.2022 tarihli ve 2022-2-028/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu, Kurulun 15.12.2022 tarihli toplantısında görüşülmüş ve Kurulun 15.12.2022 tarihli ve 22-55/850-350 sayılı kararı ile DUYÇA GIDA ve PROMAS hakkında soruşturma açılmamasına, Kurulun 15.12.2022 tarihli ve 22-55/850-M sayılı kararı ile de NESTLE hakkında NESTLE'nin distribütörlerinin yeniden satış fiyatını belirlemek ve distribütörlerine bölge ve müşteri kısıtı getirmek yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği iddialarına ilişkin olarak aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (4) Bunun üzerine, 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hazırlanan 29.12.2022 tarihli ve 56131 sayılı Soruşturma Bildirimi, soruşturma tarafı NESTLE'ye

elektronik tebligat yoluyla iletilmiştir¹. Bu kapsamda, NESTLE tarafından gönderilen birinci yazılı savunma 02.02.2023 tarih ve 35348 sayı ile, süresi içinde, Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

- (5) Öte yandan soruşturma sürecinde NESTLE tarafından 24.03.2023 tarihli ve 36853 sayılı yazı ile NESTLE'nin distribütörlerinin yeniden satış fiyatını belirlediği, distribütörlerine bölge ve müşteri kısıtı getirdiği iddialarına yönelik olarak, taahhüt sunma talebinde bulunulmuştur. NESTLE'nin taahhüt sunma talebine ilişkin hazırlanan 06.04.2023 tarihli ve 2022-2-028/BN-01 sayılı Bilgi Notu Kurulun 13.04.2023 tarihli toplantısında görüşülmüş ve karar yeter sayısının oluşmaması nedeniyle dosya konusunun ikinci oylamaya kalmasına 23-18/320-M sayı ile karar verilmiştir. Kurulun 28.04.2023 tarihli toplantısında ise NESTLE'nin taahhüt sunma talebinin reddine 23-19/357-M sayı ile karar verilmiştir.
- (6) Taahhüt sunma talebinin reddini içeren karar NESTLE tarafından 02.05.2023 tarihinde tebellüğ edilmiştir. Bunun üzerine NESTLE temsilcisi tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 16.05.2023 tarih ve 38753 sayı ile intikal eden yazı ile; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi çerçevesinde, 8.04.2023 tarihli ve 23-19/357-M sayılı kararın Kurul tarafından yeniden değerlendirilmesi ve geri alınması, böylece taahhüt görüşmelerine başlanmasına imkân tanınması talep edilmiştir.
- (7) Söz konusu talep üzerine hazırlanan 2022-2-028/BN-04 sayılı Bilgi Notu, Kurulun 25.05.2023 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 23-24/447-154 sayı ile 23-19/357-M sayılı Kurul kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.
- (8) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda; Rekabet Kurulunun 28.04.2023 tarihli ve 23-19/357-M sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi kapsamında kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem tesisine yer olmadığı sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (9) NESTLE temsilcisi tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 16.05.2023 tarih ve 38753 sayı ile intikal eden yazı ile; İYUK'un 11. maddesi çerçevesinde, taahhüt görüşmelerine başlanması talebinin reddini içeren 28.04.2023 tarihli ve 23-19/357-M sayılı kararın Kurul tarafından yeniden değerlendirilmesi ve geri alınması, böylece taahhüt görüşmelerine başlanmasına imkân tanınması talep edilmiştir. Başvuruda özetle;
 - Soruşturma kapsamında NESTLE hakkında iki ayrı ihlal iddiasına yer verildiği, bunlardan ilki olan yeniden satış fiyatının belirlenmesi uygulamaları her ne kadar 2021/2 sayılı Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Öneri Kararlarında ve Soruşturmalarda Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ'in (2021/2 sayılı Tebliğ) 4. maddesinde tanımlanan "açık ve ağır ihlal" kategorisinde yer alsa da NESTLE'nin bu iddiayı kabul etmediği, soruşturma açılmasına dayanak oluşturan tespitlerin hiçbirinin NESTLE'nin distribütörlerinin yeniden satış fiyatını belirlediğini göstermediği, nitekim Danıştayın yakın tarihli *Henkel* kararının² da NESTLE'nin bu argümanını destekler nitelikte olduğu,

¹ 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.

² Danıştay 13. Dairesi (21.04.2022; E: 2021/4683, K: 2022/1815)

- Soruşturma kapsamında incelenen NESTLE'nin bölge ve müşteri kısıtlamasına yönelik uygulamalarının ise 2021/2 sayılı Tebliğ'de "açık ve ağır ihlal" olarak nitelendirilmediği, ancak bahse konu iddianın söz konusu uygulamaların "açık ve ağır ihlal" teşkil edip etmediği değerlendirilmeden Kurul tarafından reddedildiği ve bu durumun hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olduğu,
- Soruşturmaya konu her iki iddianın da Kurul tarafından hiçbir gerekçe gösterilmeksizin tümünden reddedildiği, bu durumun açıkça hukuka aykırı olmakla birlikte NESTLE'nin savunma haklarının kısıtlanmasına yol açtığı

ifade edilmiştir.

- (10) İYUK'un "Üst makamlara başvurma" başlıklı 11. maddesinde, bir idari işleme karşı ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılmasının, geri alınmasının, değiştirilmesinin veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği hükmü yer almaktadır. Kurulun 28.04.2023 tarihli ve 23-19/357-M sayılı kararı NESTLE tarafından 05.05.2023 tarihinde tebellüğ edilmiştir. Kurum kayıtlarına 16.05.2023 tarih ve 38753 sayı ile intikal eden başvuru İYUK'un 11. maddesinde öngörülen idari dava açma süresi içerisinde yapılmıştır³.
- (11) 2021/2 sayılı Tebliğin "Kapsam" başlıklı 2. maddesi "*Bu Tebliğ; açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, 4054 sayılı Kanunun 4 üncü veya 6 ncı maddesi kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüslerce ya da teşebbüs birliklerince sunulan taahhütleri kapsamaktadır.*" şeklindedir. Tebliğ'in 4. maddesinde ağır ve açık ihlaller aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:
- "Bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan;*
- 1) Rakip teşebbüsler arasında fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket, gelecekte uygulanması planlanan fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması,*
- 2) Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arası ilişkide alıcının sabit veya asgari satış fiyatının belirlenmesi, konularında gerçekleşen anlaşma ve/veya uyumlu eylemler ile bu konulara ilişkin teşebbüs birliği karar ve eylemleri...ifade eder"*
- (12) 2021/2 sayılı Tebliğ'in "Taahhüt Görüşmeleri" başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrasında ise; "*Kurul ilgili anlaşma, karar veya uygulamanın açık ve ağır ihlal niteliğini ve gerekli gördüğü diğer hususları değerlendirerek taahhüt görüşmelerinin başlatılmasına ya da taahhüt sunma talebinin reddine ve taahhüt sürecinin sonlandırılmasına karar verir.*" hükmü yer almaktadır.
- (13) Soruşturma kapsamında elde edilen bulgular, NESTLE'nin alt pazarda faaliyet gösteren distribütörlerin yeniden satış fiyatının belirlemek ve distribütörlerinin belirli bir bölgeye ve müşteri grubuna yapacağı hem aktif hem de pasif satışları kısıtlamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlali ettiği şüphesini doğurmuştur.

³ Kurulun 08.12.2022 tarihli ve 22-54/836-346 sayılı ve 27.10.2022 tarihli ve 22-49/725-304 sayılı kararlarında da idari dava açma süresi için taahhüdün reddine ilişkin kısa kararın tarafa tebliğ edildiği tarih esas alınmıştır.

- (14) Yeniden satış fiyatının belirlenmesi açık ve ağır ihlal kapsamına girdiğinden NESTLE'nin taahhüt sunma talebinin reddedilmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Dosya konusu rekabet sorunlarının sadece bir kısmı ile ilgili taahhüt mekanizmasının işletilmesinin beklenen usuli faydayı sağlamayacağı, NESTLE'nin pazardaki konumu da dikkate alındığında bu hususun taahhüt yönteminden beklenen rekabetçi faydaları da kısıtlayacağı kanaati oluşmuştur. Bu sebeple, dosya kapsamında soruşturma konusu iddialar ile bağlantılı endişeleri bertaraf etmek amacıyla sunulabilecek taahhüdün, taahhüt yönteminden beklenen faydayı sağlayamayacağı değerlendirilmiştir.
- (15) NESTLE'nin 16.05.2023 tarih ve 38753 sayılı başvurusunda, bu değerlendirmeyi etkileyebilecek yeni bir bilginin ve belgenin sunulmadığı yahut önceki kararın alındığı koşulları etkileyebilecek yeni bir hukuki durumun ortaya çıkmadığı anlaşılmıştır.
- (16) Bu kapsamda, NESTLE'nin 24.03.2023 tarih ve 36853 sayılı taahhüt sunma talebinin 28.04.2023 tarihli ve 23-19/357-M sayılı kararla reddedilmesine ilişkin idari işlemin İYUK'un 11. maddesi kapsamında kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya başvuruya yönelik olarak yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (17) Yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; İYUK'un 11. maddesi kapsamında 28.04.2023 tarihli ve 23-19/357-M 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, OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

25.05.2023 tarih, 23-24/447-154 sayılı Karara İlişlin Karşı Oy

NESTLE tarafından İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi uyarınca yapılan başvuru ile sözkonusu teşebbüsün taahhüt görüşmelerine başlanması yönündeki talebinin oyçokluğuyla reddedildiği 28.04.2023 tarihli ve 23-19/357-M sayılı Kurul kararının yeniden değerlendirilmesi talep edilmiştir.

2021/2 sayılı Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Öneraştırmalarda ve Soruşturmalarda Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğin (2021/2 sayılı Tebliğ) "Kapsam" başlıklı 2. maddesi *"Bu Tebliğ; açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, 4054 sayılı Kanunun 4 üncü veya 6 ncı maddesi kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüslerce ya da teşebbüs birliklerince sunulan taahhütleri kapsamaktadır."* hükmünü amir olup zikrolunan tebliğin 4. maddesinde açık ve ağır ihlaller tanımlanmıştır. Bu kapsamda sağlayıcının, distribütörlerinin yeniden satış fiyatlarını belirlemeye yönelik eylemleri açık ve ağır ihlal olarak nitelendirilmekteyken sağlayıcının, distribütörlerinin belirli bir bölgeye ve müşteri grubuna yapacağı aktif ve/veya pasif satışları kısıtlamasına yönelik eylemleri açık ve ağır ihlal kapsamında yer almamaktadır.

Bu nedenle, Kurul'un çoğunluk kararının; yeniden satış fiyatının tespitine yönelik iddiaların açık ve ağır ihlal niteliğinde olması nedeniyle bu iddialar bakımından herhangi bir işlem tesis edilmeyeceği yönündeki kısmına iştirak etmekle birlikte, açık ve ağır ihlal kapsamında olmayan bölge ve müşteri kısıtlaması iddiaları bakımından diğer iddialardan bağımsız olarak taahhüt usulüne başvurulabileceği, Kurul'un bu husutaki genel itihadının da bu yönde olduğundan, sözkonusu teşebbüsün İYUK'un 11. maddesi kapsamındaki yeniden değerlendirme talebinin kabul edilmesi gerektiği kanaatiyle çoğunluğa katılmam mümkün olmamıştır.

Şükran KODALAK

Kurul Üyesi

25.05.2023 tarih, 23-24/447-154 sayılı Karara ilişkin karşı oy

NESTLE'nin taahhüt görüşmelerine başlanması talebinin, 2021/2 sayılı Tebliğ'de ağır ve açık ihlal olarak nitelendirilmesi sebebiyle yeniden satış fiyatı tespiti iddiaları bakımından reddedilmesi, ağır ve açık ihlal niteliğinde olmayan bölge ve müşteri kısıtlaması iddiaları bakımından ise kabul edilmesi gerektiğini belirttiğimiz 23-19/357-M sayılı Kurul kararındaki karşı görüşümüz doğrultusunda, teşebbüsün İYUK'un 11. Maddesi kapsamında yeniden değerlendirme talebinin kabul edilebileceğini düşündüğümüzden Kurul'un çoğunluk görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

Hasan Hüseyin ÜNLÜ
Kurul Üyesi

Berat UZUN
Kurul Üyesi