

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2012-3-2 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 13-49/711-300
Karar Tarihi : 29.08.2013

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Kenan TÜRK, Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, Dr. Murat ÇETİNKAYA,
Reşit GÜRPINAR, Fevzi ÖZKAN

B. RAPORTÖRLER: Burak BÜYÜKKUŞOĞLU, Erdem AKTEKİN, Nesrin SAĞLAM

C. BAŞVURUDA

BULUNANLAR : - Kraft Gıda San. Tic. A.Ş.
(Doğuş Yiyecek ve İçecek Üretim San. ve Tic. A.Ş.)
Temsilcileri: Ali ILICAK, Bulut GİRGIN, Belit POLAT
Actecon Danışmanlık A.Ş. Francalacı Sok. No: 28, Arnavutköy
Beşiktaş 34345, İstanbul
- Tacettin KURT
Deniz Market Tilikicik Cad. No:46 Yalıkavak, Bodrum/Muğla
- Gizlilik talebi bulunmaktadır.

D. HAKKINDA SORUŞTURMA

YAPILAN : - Frito Lay Gıda San. Tic. A.Ş.
Temsilcisi: Dr. Metin KANMAZ
Barbaros Mah. Dereboyu Cad. Uphill Court Sitesi A1-B Blok
Daire:36 Ataşehir 34746, İstanbul

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Frito Lay Gıda San. Tic. A.Ş.'nin rakiplerin dışlanması ve münhasır faaliyetler yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal edip etmediğinin tespiti.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Kraft Gıda San. Tic. A.Ş. (Kraft) tarafından yapılan başvuruda özetle;

- Paketlenmiş cips pazarında hakim durumda olan Frito Lay Gıda San. Tic. A.Ş. (Frito Lay)'nin, satış kanallarında fiili münhasırlık ve geleneksel kanaldaki nokta stoğunu arttırma uygulamaları yoluyla rakiplerin dışlanmasına neden olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Kanun) 4 ve 6. maddelerini ihlal ettiği,

- Söz konusu eylem ve davranışların Rekabet Kurulu'nun (Kurul) 6.4.2006 tarih ve 06-24/304-71 sayı ile Frito Lay hakkında aldığı ve teşebbüsün fiili ve sözleşmesel münhasırlığa neden olacak eylem ve davranışlarda bulunmasının yasaklandığı nihai karara aykırılık teşkil ettiği;

- Frito Lay'in ayrıca ürün bağlama yoluyla yıkıcı fiyat uygulamak ve fiyat sıkıştırması yapmak suretiyle Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği

iddia edilmektedir.

Tacettin Kurt tarafından yapılan başvuruda ürün talebinde bulunmalarına rağmen Frito Lay'in ürün temin etmediği, ürünlerin dağıtımının doğru şekilde yapılmadığı iddia edilmektedir.

Gizlilik talebi bulunan başvuruda ise marketlerinde 4-5 ay boyunca sadece Frito Lay cipsleri sattıkları, rakibin ürününü standı koyunca Frito Lay satış temsilcisinin standı kaldırması gerektiğini, aksi takdirde kampanyalardan yararlanamayacağını söylediği, dolayısıyla tek satıcılığa zorlandıkları iddia edilmektedir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 2.1.2012 tarih, 20 sayı ve 24.4.2012 tarih ve 3532 sayı ile giren başvurular üzerine hazırlanan 22.2.2012 tarih, 2012-3-002/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 8.3.2012 tarihli toplantısında görüşülmüş, 12-10/331-M sayı ile iddialara ilişkin olarak önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (4) Kurum kayıtlarına 24.4.2012 tarih ve 3532 sayı ile intikal eden, gizlilik talebi bulunan bir diğer başvuru üzerine hazırlanan 3.5.2012 tarih, 2012-3-089/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, Kurul'un 9.5.2012 tarihli toplantısında görüşülmüş, 12-25/738-M sayı ile teşebbüs hakkında önaraştırma yapılmasına ve önaraştırmanın 12-10/331-M sayı ile açılmış olan önaraştırma ile birleştirilmesine karar verilmiştir.
- (5) Yapılan inceleme sonucunda hazırlanan 12.6.2012 tarih, 2012-3-2/ÖA sayılı önaraştırma raporu, 26.6.2012 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek, 12-35/994-M sayı ile nihai satış noktalarında münhasırlığa yönelik uygulamalar yapılması suretiyle Kanun'un 4. maddesine aykırı olarak Rekabet Kurulu'nun 6.4.2006 tarih, 06-24/304-71 sayılı nihai kararına uyulup uyulmadığının, rakipleri dışlayıcı ve/veya pazarın kapanmasına yönelik uygulamalarla Kanun'un 6. maddesine aykırı şekilde paketlenmiş cips pazarında hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti amacıyla aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca Frito Lay hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (6) Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca soruşturma kararı ve teşebbüs ile ilgili olarak ileri sürülen iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgi, Frito Lay'e tebliğ edilerek 30 gün içinde ilk yazılı savunmasını yapması talep edilmiştir. Teşebbüsün ilk yazılı savunması süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (7) Rekabet Kurulu'nun 16.11.2012 tarih ve 12-59/1591-M sayılı kararı ile soruşturma süresinin bitiminden itibaren 2 ay uzatılmasına karar verilmiştir.
- (8) Rekabet Kurumu kayıtlarına 2.1.2012 tarih ve 20 sayı ile giren başvuruda yer alan iddialara ek olarak Frito Lay'in fiyat sıkıştırması uyguladığı iddiasını içeren ve Kraft tarafından yapılan başvuru 28.11.2012 tarih ve 1002 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (9) Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan 25.2.2013 tarih ve 2012-3-2/SR sayılı Soruşturma Raporu ve ekleri, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Kurul üyeleri ile ilgili teşebbüse tebliğ edilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca Frito Lay'den 30 gün içinde ikinci yazılı savunmasını yapması talep edilmiştir.
- (10) Yasal süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal eden ikinci yazılı savunmaya ilişkin Soruşturma Heyetinin görüşlerini içeren Ek Görüş, Kanun'un 45. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu üyeleri ile hakkında soruşturma yürütülen teşebbüse gönderilmiştir. Teşebbüsün üçüncü yazılı savunması 15.7.2013 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (11) 27.8.2013 tarihinde teşebbüs temsilcilerinin katılımıyla sözlü savunma toplantısı yapılmış ve 29.8.2013 tarihinde Rekabet Kurulu soruşturmaya ilişkin nihai kararını 13-49/711-300 sayı ile vermiştir.

- (12) **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; Frito Lay'in nihai satış noktalarıyla tek satılmaya yönelik mutakabat içeren uygulamalar içerisinde bulunduğu, Kanun'un 4. maddesi kapsamında olan bu uygulamalara Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartları yerine getirmemesi nedeniyle bireysel muafiyet tanınamayacağı, bu nedenle Frito Lay'e Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca idari para cezası uygulanması gerektiği sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir.
- (13) Raportörlerden Erdem AKTEKİN aynı hususları içeren Ek Görüş sonucuna; Belge 25, Belge 29, Belge 30, Belge 31 ve Belge 42'nin değerlendirme kapsamından çıkarılması ve teşebbüsün Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki eylemlerinin pazardaki etkisinin kısıtlı olması hususunun teşebbüse verilecek cezanın tespitinde hafifletici unsur olarak dikkate alınması gerektiği kanaati ve farklı gerekçe ile iştirak etmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Teşebbüs: Frito Lay

- (14) 1986 yılında Uzay Gıda unvanıyla kurulan teşebbüsün %50 hissesi 1988 yılında, kalan %50 hissesi ise 1993 yılında Pepsi Co. Int'e (Pepsico) satılmış ve teşebbüs Pepsico Grubu'nun Türkiye'deki yavru şirketi haline gelmiştir.
- (15) 1999 yılında Frito Lay Gıda San. Tic. A.Ş. unvanını alana teşebbüs, paketlenmiş cips pazarında *Lay's*, *Ruffles*, *Doritos*, *Cheetos*, *A la Turca* ve *Çerezza* markalarıyla, şekerli ürünler pazarında ise *Rocco* markasıyla faaliyet göstermektedir.
- (16) 2012 yılına ait net satışları (.....) TL olan Frito Lay'in ortaklık yapısı aşağıdaki tabloda gösterilmektedir.

Tablo 1: Frito Lay Ortaklık Yapısı

HİSSEDAR	HİSSE ORANI (%)
Seven-Up Netherland B.V.	(.....)
Pepsico Foods Int. Holdings Inc.	(.....)
Mehmet Çayirezmez	(.....)
Selda Kalleci	(.....)
Gül Ece Aksel	(.....)
Kaynak: Frito Lay	

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (17) İlgili ürün pazarı, geçmiş tarihli Kurul kararlarına da uygun olarak "paketlenmiş cips pazarı" olarak belirlenmiştir.
- (18) Gör-al (*impulse*) nitelik taşıyan cips ürünü satışları, hızlı tüketime konu diğer birçok ürün gibi geleneksel ve organize kanalda yer alan nihai satış noktaları üzerinden gerçekleşmektedir. AC Nielsen'in 2011 yılı verilerine göre satışların yaklaşık %(.....)'i geleneksel kanaldan yapılırken, organize kanalın payı %(.....) civarındadır.
- (19) 2008 yılına kıyasla yaklaşık %60 büyüyen paketlenmiş cips pazarında 2011 yılı satışları toplamı (.....)TL olarak gerçekleşmiştir ve bu rakamın 2012 yılı sonunda (.....) TL'ye ulaşması beklenmektedir. Paketlenmiş cips pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin son dört yıla ilişkin pazar payları aşağıdaki tabloda gösterilmektedir.

Tablo 2: 2009-2012 Yılına Ait Satışlar Bazında Pazar Payları (%)

	2009	2010	2011	2012
Frito Lay	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kraft	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Pringles	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Diğer	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kaynak: AC Nielsen				

- (20) Sıkı oligopol özelliği gösteren pazardaki satışların çok büyük bir kısmını Frito Lay ve Kraft gerçekleştirmektedir. Pringles ise fiyat ve paket¹ olarak farklılaşan ürünüyle daha dar bir tüketici kitlesi tarafından satın alınmaktadır. Tabloda “diğer” olarak belirtilen ve 2012 yılı itibariyle % (.....) olan pazar payı, genellikle yerel olarak faaliyet gösteren ve söz konusu teşebbüslere karşı rekabet gücü oluşturamayan firmalar ile bazı zincir marketler tarafından satılan “özel markalı” ürünlere aittir.

I.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (21) Frito Lay ürünlerinin tüm Türkiye genelinde satış/dağıtımını yapılmakta ve cips dağıtımında coğrafi pazar tanımını etkileyecek bölgesel nitelikli farklılıklar bulunmamaktadır. Bu nedenle geçmiş tarihli Kurul kararlarına da uygun olarak ilgili coğrafi pazar “Türkiye” olarak belirlenmiştir.

I.3. Konuya İlişkin Geçmiş Kurul Kararları

- (22) Frito Lay’in nihai satış noktalarında sözleşmesel ve fiili münhasırlığa yol açan uygulamalarla rakibi Kar Gıda (daha sonra Kraft) dağıtıcılarına yönelik olarak sistematik caydırıcı, yıldırıcı eylemlerde bulunmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasının değerlendirildiği 4.5.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı kararda;

a. İlgili ürün pazarı olan “paketlenmiş cips pazarı”nda Frito Lay’in hakim durumda bulunduğuna,

b. Frito Lay’in eylemlerinin pazardaki diğer teşebbüsler aleyhine kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceğine, dolayısıyla hakim durumunu kötüye kullanmadığına,

c. Adı geçen teşebbüsün pazardaki nihai satış noktalarında gerek yazılı sözleşmelerle, gerekse fiili olarak uyguladığı münhasır satış sisteminin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ)’nde ve dolayısıyla Kanun’un 5. maddesinde belirlenen şartları taşımadığının tespit edilmiş olması nedeniyle, Tebliğ’in 6. ve Kanun’un 13. maddeleri gereğince Frito Lay’e tanınmış olan muafiyetin geri alınmasına ve bu çerçevede bedava ürün veya çeşitli hediye verilmesi, iskonto veya indirim yapılması gibi uygulamaların münhasırlık şartına bağlı olmadan ve fiili münhasırlığa yol açmayacak şekilde uygulanması ve yazılı sözleşmelerdeki münhasırlığa ilişkin hükümlerin değiştirilmesi gerektiğinin Frito Lay’e bildirilmesine ve bu değişikliklere uyulduğunun tevsiki için adı geçen teşebbüse kararın tebliğinden itibaren 60 gün süre verilmesine

karar verilmiştir.

- (23) Kararda pazarın düopol niteliğine vurgu yapılmış ve yapılan değerlendirmede pazar açısından geleneksel kanalın son derece önemli olduğu, yakın ikame olan cips ürünlerinin bir satış noktasında birlikte bulunmasının hem o markalar arasındaki rekabeti hem de tüketicinin tercih imkanını artıracığı, teşebbüsün münhasırlık tesis

¹ Firmanın ürünleri diğer iki firmanın ürünlerinden farklı olarak hava dolu yumuşak ambalajlarda değil, sert uzun kutularda satılmaktadır.

edici uygulamalarının pazara giriş engeli oluşturduğu ve markalararası rekabeti olumsuz yönde etkilediği belirtilmiştir. 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca Frito Lay'e sağlanan muafiyet geri alınırken; Frito Lay'in münhasır sistem kurmaya yönelik olarak yapacağı, satış noktalarına belli avantajlar sağlama ve/veya fiili münhasırlık etkisi doğuracak uygulamalarının engellenmesi, Frito Lay'in hakim durumda bir teşebbüs olduğu dikkate alındığında özel sorumluluğu çerçevesinde buna benzer eylemlerden kaçınması gerektiğinin altı çizilmiştir. Frito Lay'in okul kantinleri dahil ürünlerinin satıldığı her tür nihai satış noktasıyla (market, bakkal, kuruyemişçi, büfe, plaj, otel vb.) yaptığı münhasırlık içeren anlaşmalarından muafiyetin geri alınması ve firmanın bu kapsamdaki veya fiili olarak bu etkiyi doğurabilecek davranışlarının engellenmesi gerektiği, bu çerçevede bedava ürün veya çeşitli hediye verilmesi, iskonto veya indirim yapılması gibi uygulamaların münhasırlık şartına bağlı olmadan ve fiili münhasırlığa yol açmayacak şekilde uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

- (24) Söz konusu kararın "Frito Lay'in paketlenmiş cips pazarında hakim durumunu kötüye kullanmadığına" ilişkin bölümü, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, soruşturma raporunun ve savunmanın objektif bir şekilde tartışılıp değerlendirilmesinin gerekli olduğu nihaî kararın verileceği toplantıya katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Danıştay 13. Dairesi'nin 1.11.2005 tarih ve 2005/4525 E.-2005/4348 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.
- (25) Danıştay 13. Dairesi'nin iptal kararı üzerine verilen 6.4.2006 tarih ve 06-24/304-71 sayılı kararda;
- İlgili ürün pazarı olan "paketlenmiş cips pazarı"nda Frito Lay'in hakim durumda bulunduğuna,
 - Frito Lay'in eylemlerinin pazardaki diğer teşebbüsler aleyhine kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceğine, dolayısıyla hakim durumunu kötüye kullanmadığına
- karar verilmiştir.
- (26) 15.9.2005 tarih, 05-58/859-234 sayılı karar ve 11.1.2007 tarih ve 07-01/12-7 sayılı kararlarda Frito Lay'in 4.5.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı Kurul Kararı'na aykırı uygulamalar içinde bulunduğu dair yeterli bilgi ve belge bulunmadığına karar verilmiştir. 20.6.2007 tarih ve 07-53/573-189 sayılı kararda da benzer şekilde Frito Lay'in muafiyetin geri alınması kararına aykırı uygulamalar içinde bulunduğu dair bulgu olmaması nedeniyle teşebbüs hakkında önaraştırma ya da soruşturma açılmamasına; ancak teşebbüse rekabeti kısıtlayıcı muhtemel karar ve uygulamalardan kaçınması yönünde yazı yazılması konusunda Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.
- (27) Söz konusu yazıda Frito Lay hakkında alınan ilgili kararlarda, birtakım hediyeler, nakit para, bedava ürün verilmesi veya iskonto/indirim yapılması gibi uygulamaların münhasırlık şartına bağlı olmadan ve fiili münhasırlığa yol açmayacak şekilde uygulanması gerektiği ve rakipleri satış noktalarından çıkarmak veya satış noktalarının münhasıran Frito Lay ürünlerini satmalarını sağlamak amacıyla yapılacak uygulamaların, muafiyetin geri alınması kararına ve Kanun'a aykırılık oluşturabileceği teşebbüse hatırlatılmıştır.

I.4. Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

- (28) Dosya kapsamında elde edilen belgelere; nokta stoklarının artırılmasına yönelik belgeler ve münhasırlığa ilişkin belgeler olmak üzere iki başlık altında yer verilecektir. Belgeler Frito Lay'in Genel Müdürlük, Konya Dağıtım Merkezi, İstanbul Dudullu Bölge

Müdürlüğü, İstanbul Ayazağa Bölge Müdürlüğü, İstanbul Güneşli Bölge Müdürlüğü, İzmir Bölge Müdürlüğü, Antalya Bölge Müdürlüğü, Bursa Bölge Müdürlüğü, İstanbul Alibeyköy Bölge Müdürlüğü, Ankara Bölge Müdürlüğü'nde yapılan yerinde incelemelerde elde edilmiştir.

I.4.1. Nokta Stoklarının Artırılmasına İlişkin Belgeler

- (29) **Belge 1:** 15.11.2011 tarihinde Impulse Satış Direktörü Tankut Taşkın tarafından Genel Müdür Ece Aksel ve Pazarlama Direktörü Alpagut Çilingir'e gönderilen e-posta'da;

"... Patateste var deniliyor. Birkaç gün içinde sahada görülecek gibi. Numuneler yarın sabah erkenden ofiste olacak. Defans planı olarak acilen Fritos satışlarını yükseltmemiz gerekiyor. Midilerle beraber mesaili haftalık 140 duruma gelmek lazım. Kraft 2. bir stand koymaya çalışacak mı noktalara önemli bir detay olacak. Burada bir savaş başlarsa Fritos kadar Çerezza'ya da yüklenmem gerekecek noktaları kapatmak için. 25 kuruşluk boyları olursa drop uygulamasını artırabilirler. Bunun için de çıtır para için verdiğimiz 1200 tonajını yeniden gözden geçirmek gerekecek. Yakın takipte kalıp planları paylaşırım ilerleyen günlerde..."

- (30) **Belge 2:** 21.2.2012 tarihinde Tankut Taşkın tarafından Alpagut Çilingir ve Ece Aksel'e gönderilen e-posta'da;

"... Popcorn için dönüşümsüz bir koli ile koli içi adetleri de 1'den taşıyabildiğimiz kadar yukarıya gerekirse 20'li rakamlara taşıyarak daha çok satabilme şansımız var. Bu ürünler stok alanlarını kapattığı için rekabet alanı açısından da çok önemli, bu ürün yapısı gereği stant içerisinde satıldığından çok daha fazla kapı önünde yığın bir şekilde tüketici tarafından görüldüğünde satılıyor. Koli içi adedi artırılmış perforalı bir koliye geçebilme şansımız var mı? ..."

Aynı tarihte Tankut Taşkın tarafından Ece Aksel, Alpagut Çilingir, Satış Geliştirme ve Organize Ticaret Satış Direktörü Seren Alpsan ve Finans Direktörü Mehmet Çayırmezmez'e gönderilen e-posta'da;

"... Ben bugün Serdar'dan birtakım rakamlar istedim. Sistemde (.....)'lere sattığımız koli içi adedi 28 adet olan bir koli mevcut. (.....)'de bu ürün 78 gram olarak satılıyor. İmpulsetaki ise 63 gram. Bizim paket gramajları ile bu koli içerisine 36 adet koymamız mümkün. Gross marginin çok etkilenmemesi için yarın Serdar ne kadar ek tonaj lazım bunu bildirecek. ... İhtiyaçlarımızdan birisi pazar çalışmalarını bu koliler ile yaparak ek tonaj getirmeyi garanti altına almak. Her zaman pazar çalışmalarından ek tonaj gelmiyor. ... Külaha göre avantajı noktaya daha fazla mal kabul ettirmek. Nokta bunu standlara mal basıyorlar olarak algılamıyor. Koli başı maliyetler bizim işimizde çok yüksek olmadığı için tek seferlik bir işlemde bu kadarlık yükleme yapılabilir. Yeter ki noktada mallar standlardan yere düşecek kadar yüklenmesin. BİM kolileriyle mevcutta sattığımızdan çok daha fazla popcorn satabilirim ve ek gün çalışmalarını artı getirecek şekilde daha kolay yapabilirim. ..."

- (31) **Belge 3:** 24.12.2011 tarihinde Çanakkale Edremit Rut Şefi Mete Şarlı tarafından Bölge Müdürü Hüseyin Selbaşı'na gönderilen e-posta'da;

"... 3 sepetten oluşan dropların sepet sayısını artırarak 4 sepetli droplar haline getirmek istiyorum. Bu hamlemizle her elemanın 20 drop sattığını düşünürsek eskiye göre 400 paket daha fazla satmış olacak, günlük 160 TL, aylık 4.160 TL fazla ciro getirecek. Daha fazla çeşit satmış olacağız ki bu durum müşteri stantlarında çeşit satışı arttır maddesini desteklemiş olacak. 2 drop bırakıldığında drop boyları stant hizasında"

*görünecek, görünüm daha hoş olacak. Noktaya daha fazla stoklama yapabileceğiz.
...*

- (32) **Belge 4:** Belge 3'de yer verilen e-postaya cevaben, 3.1.2012 tarihinde Bölge Müdürü Ali Bayar tarafından Tankut Taşkın'a gönderilen e-posta'da;

"... Nokta stoklarını artırmak anlamında etkili olacağını düşünüyorum. Özellikle rakibin çitir para ile birlikte D&G'lerine² yükleneceği varsayılırsa şimdiden elimizi güçlendirmiş oluruz. Ayrıca D/E noktalarda drop size'mızı yukarı taşımaya teşvik etmiş oluruz..."

- (33) **Belge 5:** 16.1.2012 tarihinde Ticari Pazarlama tarafından tüm Türkiye rut şeflerine ve bölge müdürlerine gönderilen e-posta'da;

"... B tipi noktaların 6SG³ standları %10 iskontolu! 2012'de B tipi noktaların tamamını 6SG standı çeviriyoruz. Stand anketine göreekteki listede bulunan şu anda B tipi olup 6SG standı bulunmayan noktalara 6SG standı indirirken 1 kereye mahsus aile (1 TL ve 1,25 TL) süper boylar toplamında min. 250 max 350 TL arası alıma isteğe bağlı %10 iskonto 17 Ocak itibariyle geçerlidir..."

- (34) **Belge 6:** 24.5.2011 tarihinde Seren Alpsan tarafından Ticari Pazarlama Müdürü Günay Ergün, Organize Ticaret Müdürü Cem Ağaoğlu, Zincir Mağazalar Müdürü Aslı Tekeş, Ticari Pazarlama Müdürü Üner Ergin, Satış Müdürü Süleyman Sanduvaç'a gönderilen e-posta'da;

"... İmpulsta oluşan rahatsızlığı da minimuma indirmek için insertte basılı fiyat yerine mağaza içi uygulamalara ve ek teşhirlerle rekabette üstünlüğe odaklanmakta fayda var. ..."

- (35) Cevaben 25.05.2011 tarihinde Cem Ağaoğlu tarafından gönderilen e-posta'da;

"... Bizim daha proaktif ve pazarı domine edecek şekilde çalışmamız gerekmektedir. Kanala olan yatırımları mutlaka sağlıklı bir şekilde artırmalıyız. Bugün kendi aramızda yaptığımız toplantıda aldığımız kararlar: ... Teşhir sayısı artıracaktır..."

- (36) **Belge 7:** 15.5.2012'de Zincir Mağazalar Müşteri Yöneticisi Didem Çekigil tarafından Türkiye Organize Perakende Merch⁴ liderlerine gönderilen e-posta'da;

"Arkadaşlar merhaba, (.....) HPMLerde birçok problemimiz var. Bunlardan bazılarını düzeltmeyeceğimizi artık anlamış durumdayız. Örneğin; mağazaların stoksuz çalışma stratejisi. Fakat bazı noktalarda da hala kat edebileceğimiz noktalar mevcut; örneğin teşhir uygulamaları ve raf payları ... Aşağıda (.....) kategori bazlı raf payları mevcut. Öncelikli olarak Frito Lay olarak % (.....)'in altında olan raf paylarımızı % (.....) üzerine çıkartmalı. Daha sonra da kategori bazlı paylarımızı %70'in üzerine çıkartmalıyız. Patos raf payları kabul edilebilir değil. Biliyoruz ki, rakipler sadece raftan satıyor, rafta rakibi yenemediğimiz sürece rahat edemeyeceğiz. Bedelsiz çalışmalarımızı raf paylarımızı dengelemek için kullanabiliriz örneğin. Aşağıda sorunlu olan mağazaları ve kategorileri kırımımızı ile işaretledim. Bu mağazalar ile acil olarak görüşüp konunun nasıl iyileştirileceği ve bu süreçten bizden beklediniz desteklerle ilgili dönüşünüzü rica ediyorum..."

- (37) **Belge 8:** 17.4.2012 tarihli "Satışın Sesi" başlıklı şirket içi belgede;

"... Standın içine girmeyen ürünler cips olarak algılanmıyor, bununla alakalı olabilir. Ana standın içine sokmadık. İlk 3 ayda beklenti üzerinde satış yaptık, noktada fazla

² "Drop and Go" (Frito Lay'in bir stand çeşidi)

³ Frito Lay'in 6 sepetli geniş stand türü

⁴ "Merchandiser"ın kısaltılmış hali olan ifadenin satış liderleri anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır.

stok yaptık... Tankut Bey son Ankara'ya geldiğinde haftalık 200 TL'lik satışı olan bir noktada 800 TL lik stok vardı. Ancak noktanın satışı düştü... Nokta stokumuz %(...) arttı, pazar payımızı arttırdık İstanbul Anadolu'da, ancak tüketici çekişi düştü..."

- (38) **Belge 9:** 22.9.2011 tarihinde Ali Bayar tarafından Bursa Rut Şefleri, Satış Şefi Erdoğan Kotan, distribütör çalışanı Satış Elemanı Cüneyt Benek'e gönderilen e-posta'da;

"Arkadaşlar, Türkiye'nin en yüksek pazar payına sahip bölgesi konumuna geldik. Emeği geçen depo çalışanları, distribütör ofis elemanları, yedek eleman ve satış elemanlarımız başta olmak üzere sizleri canı gönülden tebrik ediyorum... Gelen stantları doğru kullanarak rakibi daraltmamız, D&G sayılarımızı artırarak noktadaki stokumuzu ve görseelliğimizi artırmamız, ek teşhir uygulamaları, Eskişehir'de yapılan etkin teşhir uygulaması, Bursa, Mudanya ve İnegöl'de Ramazanın 2. haftası itibariyle başlayan stok arttırma aktivitelerimiz, Kütahya, Uşak ve Tavşanlıda Ramazan ayı içerisinde stok arttırmak adına aldığımız önlemler ve Gemlik Yalova bölgelerinde stoksuz stant bırakmama anlayışımız..."

- (39) **Belge 10:** Üzerinde tarih olmamakla birlikte 2011 yılının değerlendirildiği belgede;

"... Ekim-Kasım ayında satış yapılan Aralık ayında yapılamayan müşteriler... Ekim ayında satış yapılan, Aralık ayında satış yapılamayan 638 müşteri (P9 müşteriler ayrılacak) sistemden çekilerek bu noktalara satış yapılacak ve ek teşhir çalışması ile nokta stokları arttırılacak.

- Rakiple birlikte çalıştığımız müşterilerde Ekim-Kasım-Aralık karşılaştırması: Rakiple birlikte çalıştığımız müşterilerde Aralık ayında Ekim ve Kasım ayına göre ciro kaybımız bulunmakta. Aralık ayında toplamda %18 ciro kaybı yaşamışız. Bu müşterilerde ciromuzu ve stoklarımızı arttırmak için aldığımız aksiyonlar sonraki slaytlarda bulunmakta...

- Rakiple birlikte çalıştığımız müşterilerde Ekim-Kasım-Aralık karşılaştırması: Rakip ile çalıştığımız müşterilerde öncelikle aksiyonumuz teşhir olarak daha kalıcı olduğunu düşündüğümüz drop stoklarını arttırmak. Bunun için planımız ortalama 3 drop ile çalıştığımız müşterilerimizde drop sayımızı ek teşhir ile 6 dropa çıkarmak. Extradan vereceğimiz 3 drop için %10 iskonto kullanmak için bütçe talebimiz olacak..."

- (40) **Belge 11:** 13.2.2012 tarihinde Hüseyin Selbaşı tarafından Bölge Müdürleri Göktay Akşit, Sinan Turan ve Mehmet Aşkın'a gönderilen e-posta'da;

"... Zincir uygulamalarında... BTT'de 50 TL alıma 4 adet aile plus bedava (%10'a geliyor) ve ayrıca %5 iskonto desteği var. Buraya da müşterilerimiz kaçıyor. Buralarda tespit edilip stoklanmalı..."

- (41) **Belge 12:** "2011 yılı işimiz öncelikleri" başlıklı belgede;

"Rakibin olduğu müşterilerde stokun 2 katı olması dikkat edilecek."

- (42) **Belge 13:** 28.12.2011 tarihinde Batı Ege Rut Şefi Rıdvan Gülşen tarafından Hüseyin Selbaşı'na gönderilen e-posta'da;

"... Batı Ege'yi 125 kg getirmemiz için aldığımız aksiyonlar,

- Çıtır para ek teşhiri (Impulse tüm bölgelerde)
- Parti paketi ek teşhiri (A - B hacimli impulse tüm bölgelerde)
- Popcorn ek teşhir,
- Standların sepet sayılarını artırıyoruz..."

- (43) **Belge 14:** 3.1.2012 tarihinde Bölge Müdürü Levent Aydoğan tarafından Tankut Taşkın'a gönderilen e-posta'da;
"... Bizlerin de bu dönemde özellikle; global mininin gelmesi ile biraz daha çıkışının azaldığı Cheetos mini boy, Cheetos midi boy, Çerezza midi boy saha stoklarımıza dikkat etmemiz gerekiyor. Rakip promosyonu da ön planda tutarak drop çıkışlarına ağırlık verecek. Etkiyi azaltmak adına drop saha stoklarını artırmalıyız..."
- (44) **Belge 15:** 24.1.2012 tarihinde Bölge Müdürü Orhan Tüfekçi tarafından Tankut Taşkın'a gönderilen e-posta'da;
"Rakip shotsları noktalara bedelsiz olarak vermeye başladı. Bonuspack shots da bizim için büyük fırsat. Noktalara stoklama yapar isek bedelsiz vermeleri anlam kazanmayacak..."
- (45) **Belge 16:** Tarihsiz ve başlıksız bir belgede;
*"Parti boy aktivite... Avantajları: Tamamen ek teşhir, tüketimi bir üst fiyat yapısına taşıyabiliriz...
... Midi boy aktivite... Avantajları: Nokta stokunun artırılması, teşhir sayısının artışı, tüketimin artması"*
- (46) **Belge 17:** 2010 yılında düzenlenen Satış Konferansında sunulan belgede "Neleri Daha İyi Yapmalıyız" başlığı altında;
"Rakiplerle birlikte olduğumuz noktalarda stokumuzu yeni standlarımızla yükseltmeli, hızlı eriyen ürünlerde stoksuzluğu azaltmalı, uygulama standartlarıyla ön plana çıkarak tüketiciye daha yakın olmalıyız"
- (47) **Belge 18:** "Satış Konseyi, 18-19 Ağustos, Ümraniye" başlıklı ve 2010 yılının ikinci yarısında oluşturulduğu anlaşılan belgenin "Fırsat Alanları" başlığı altında;
"Rakiple birlikte olduğumuz noktalarda stok seviyelerinin 1'e 3 olmasının sağlanması, rakibe göre üstün lokasyonda bulunmak ..."
- (48) **Belge 19:** "Bölge Değerlendirmesi & Kasım-Aralık Aksiyon Önerileri" başlıklı ve 2008 yılının sonunda hazırlandığı anlaşılan belgede Cengiz Acar-Aksiyon Önerileri başlığı altında;
"... Kraft Midi ürünlerinde dağıtım artırarak pay kazanıyor. Midi boylarımızın nokta başı stok ve satışları düşüyor... Rakip süper boy ürünlerde hem dağıtım artırıp hem de nokta başı stokunu artırıyor. Artan süper boy dağıtımımızla birlikte nokta başı stoklarımız da artırmalıyız."
- (49) **Belge 20:** 25.8.2011 tarihinde Bölge Analisti Özgür Baş tarafından Satış Müdürü Mehmet Çelik ve Satış Analiz ve Planlama Müdürü Cengiz Acar'a gönderilen e-posta'da;
*"... Haziran ve Temmuz aylarında pazar kayıplarımız devam ediyor. Pazar payımızı nasıl arttırabiliriz? Batı Karadeniz Bölge Lays ve Doritos ailede kayıplar var. Nokta stokları artırılmalı.
- Kuzey Ege Lays Lays grubunda -1,2 – Doritos ateşle grubunda -1,4 puan kayıp söz konusu. Bu ürünlerin saha stoklarının artırılması gerekiyor. Rakibin bölgede +3,6 ND pazar aldığı gözlemlenmiştir.
- Genel bölge olarak baktığımızda Doritos ve Lays'lerde nokta stoklarını artırmalıyız."*

- Rakibin tek olduğu noktalara girerek, birlikte çalıştığımız noktalarda üstün lokasyon çalışması yapmalıyız. Rakip çok fazla ND almamasına rağmen noktada ürünü daha fazla satmaya başladı...

- Nokta kontrollerinde rakibin pazar payı arttırdığı marka ve sızelar kontrol edilmeli, bizde karşılığında olan ürünlerin nokta stoku artırılmalı.”

I.4.2. Münhasırlığa İlişkin Belgeler

- (50) **Belge 21:** 10.3.2011 tarihinde Satış Müdürü Ahmet Akar tarafından Frito Lay Türkiye Zincir Mağazalar Müdürü Aleks Kesapyan ve Ticari Pazarlama Müdürü Gülizar Ünlü'ye gönderilen e-posta'da;

“Aleks selam,

Bugün konuştuğumuz konu Kraft bu standlarla tek olduğumuz noktalara sadece standın kapalı olmasını kullanarak girmeye çalışıyor. (verdiği bedelsiz iskonto vs hariç) Özellikle cadde üzerlerinde bu işe yarıyor, senden istediğim en azından cadde üzerindeki potansiyel noktalarımıza girmesini engellemek adına şef başına 25 adet kapalı stand desteği vermeni rica edeceğim. (İstanbul Asya'da gördüklerimden)...”

- (51) **Belge 22:** 28.6.2011 tarihinde Satış Şefi Turgay Okuyan tarafından Bölge Müdürü Bülent Uğurlu'ya gönderilen “Konya Meydan Savaşları” başlıklı e-posta'da;

“... Ekte görüntüleri olan Konya'da Mayıs ayında yaptığımız toplantıda konuştuğumuz spesifik önem arz eden altı noktanın 4 tanesi ile anlaştık. Diğer 2 nokta da rakiple olan anlaşmaları bitince bizimle çalışacaklar.

Şelale Büfe: Anlaşma yapıldı. FRİTO LAY tek satacak.

Aymera Market: İki şubesine de ürün verildi.

Civan Market: Anlaşma Yapıldı.

Çimenler Market: İki şubede de tek satacak.

Ezel Kuruyemiş: Dükkan tadilata giriyor, tadilat sonrası anlaşma yapılacak.

Meram Tıp Fakültesi: Anlaşması eylülde bitiyor. Yeni anlaşmayı bizimle yapacak.”

ifadeleri yer almaktadır. E-posta ekinde ise satış noktalarının fotoğrafları ile noktalar hakkında kısa yorumlar bulunmaktadır. Buna göre;

“...Konya'nın en iyi noktalarını fethettik:

- Şelale Büfe eski hali- Şelale Büfe artık tek FRİTO LAY⁵,
- Kardelen Market eski- Kardelen Market artık tek FRİTO LAY⁶,
- Çimenler Market artık tek çalışıyor,
- Civan Market
- Aymera Market
- Konya'nın en işlek caddesi artık tek FRİTO LAY: Ay Süpermarket
- Ay Süper Market⁷

⁵ Belge ekinde yer alan ilk fotoğrafta “Şelale Büfe Eski Hali” başlığı altında satış noktasında Kraft/Patos standı görülürken, “Şelale Büfe artık tek Frito Lay” başlığı altında Patos standının küçüldüğü ve yerine Frito Lay standı geldiği görülmektedir.

⁶ Belge ekinde yer alan ilk fotoğrafta “Kardelen Market Eski” başlığı altında satış noktasında Kraft ve Frito Lay stantları birlikte görülürken, “Kardelen Market Artık Tek Frito Lay” başlıklı ikinci fotoğrafta Kraft standı görülmemekte ve ilave Frito Lay stantları fotoğrafta yer almaktadır.

⁷ Belge ekinde yer alan fotoğraflarda anılan noktalardaki Frito Lay stantları görülmektedir.

- *Pasif⁸ avı başladı-Öz Gülek Gıda,*
- *Şen Bakkal önce, Şen Bakkal sonra⁹,*
- *Av devam edecek..."*

(52) Cevaben Bölge Müdürü Bülent Uğurlu tarafından 28.6.2011 tarihinde Satış Müdürü Aydın Kasabalı, Satış Şefi Turgay Okuyan, Satış Şefi Gökhan Göktaş, Satış Analiz ve Pazarlama Müdürü Onur Altürk ve Tankut Taşkın'a gönderilen e-posta'da;

"... *Bu mail 3 sn sonra kendi kendini imha edecektir. ☺*"

(53) **Belge 23:** 22.4.2010 tarihinde Bölge Müdürü Hilmi Şimşek tarafından Impulse Satış Direktörü Aziz Emre Günel'e gönderilen e-posta'da;

"... *Dün size yollamış olduğum rekabet planı için oluşturduğumuz yol haritası aşağıdaki gibidir:*

- *Pasif noktalar belirlendi*
- *Kanal bazında ayrıldı*
- *Öncelikli noktalar belirlendi (Bakkal, benzin istasyonu, büfe vs.)*
- *SE bazında pasif noktaların ticari hareketlilikleri çıkartılıyor.*
- *Dist. alınan nokta bazlı ticari hareketlilik kapsamında öncelikli ziyaret planımız oluşacak (Hiç çalışılmamış nokta, sorunlu nokta, tahsilat sorunlu nokta vs.)*
- *Önümüzdeki hafta belirlenen noktalar ziyaret edilip kazanılmaya çalışılacak*
- *Kazanılmayan noktalarla ilgili spesifik plan oluşturulacak (Bedelsiz, iskonto, vade, vs...)*
- *Müşteri bazında belirlenen ihtiyaçlar sizinle paylaşılarak hareket planı çıkartılacak (Bütçe vs.)*
- *Ortak noktalarla ilgili planı yazmayacağım telefonda konuşalım isterseniz..."*

(54) Bölge Müdürü Göktay Akşit tarafından cevaben gönderilen e-posta'da;

"... *bu mailin üzerinden telefonla görüşeceğiz. ...*"

(55) **Belge 24:** "Gri Noktalar" başlıklı tarihsiz belgede;

- "*Aylık ortalama cirosunun %20 artışına %7 iskonto verilecek*
- *Hem rakibin önüne geçeceğiz*
- *Tahsilatta sıkıntı yaşanmayacak*
- *Nokta beyaz nokta olup %10 almaya çalışacak¹⁰*
- *Hedefi yakalayabilmek için ek teşhir yapılmasına izin verilecek"*

(56) **Belge 25:** 24.8.2011 tarihinde Satış Şefi Ahmet Çelik tarafından Bölge Müdürü Murat Gündallı'ya gönderilen e-posta'da;

⁸ Frito Lay kayıtlarında pasif nokta, tahsilat problemi olan, vadeli alım yapmak isteyen, bedelsiz ürün talep eden, rakiple anlaşan, Frito Lay ürünlerini satmayan, düzensiz ziyaret edilen, problemlili müşteri, sezonluk müşteri ve zincir marketlerden alım yapan alıcılar olarak sıralanmaktadır.

⁹ Belge ekinde yer alan ilk fotoğrafta noktada Frito Lay standının olmadığı ve Kraft stantlarının bulunduğu görülürken, ikinci fotoğrafta noktada Frito Lay stantları varken, Kraft stantları görülmemektedir.

¹⁰ Beyaz nokta ile sadece Frito Lay'in satıldığı, gri nokta ile rakiple birlikte satılan nokta kastedilmektedir.

“... Pursaklar bölgesine bakan elemanım Erol Göçmen beni arayarak rakibin Akçamoğlu Market'e okul yanı nokta olduğu için %12 iskonto uygulayarak ürün verdiği bilgisini verdi.”

Murat Gündallı, e-postayı Ticari Kanal Uzmanı Ferhat Türkmenoğlu, Cengiz Acar, Aleks Kesapyan ve Satış Müdürü Aydın Kasabalı'ya iletmiş, Aydın Kasabalı tarafından 24.8.2011 tarihinde Cengiz Acar'a gönderilen cevabi e-posta'da;

“Genele yayılıp yayılmadığını takip önemli. Tek çalıştığımız noktalar için risk teşkil ediyor.”

- (57) **Belge 26:** Bölge Müdürü Göktay Akşit'in bilgisayarından alınan, Mike Freedman tarafından hazırlanan “Pepsico Fritolay Workshop Çalışması, 7-9 Mayıs 2012” başlıklı belgede;

“Biz lokalden neler talep edebiliriz? -münhasırlık (noktaya maliyeti 4, bize kıymeti 10)... Basitçe bakarsak en sol ve en sağ sütunlardaki rakamlar ise seçtiğimiz unsurlar arasındaki fark her zaman karşı tarafın lehine olursa teklifinizin kabul edilme ihtimali oldukça yüksek. Yani 'onlara maliyet'i, 'onlara kıymet'ten az olan kombinasyonları sunarsanız, kişisel faktörler ortaya girmezse istediğinizi alacaksınız...”

- (58) **Belge 27:** 2.8.2011 tarihinde Ticari Pazarlama Müdürü Ergün Günay tarafından Organize Ticaret Müdürü Cem Ağaoğlu'na gönderilen e-posta'da;

“... Promosyon spendingi¹¹ kesinlikle reaktif olmalı, yani rakipten bir aksiyon görmeden para harcamamalıyız.

- Proaktif olarak preferred supplier¹² sayısını artırmak için para harcayabiliriz.

- Lokallerde loyaltyler¹³ bence ok. Sıklığı artırmakta fayda var. Bu bizim planlarımızda ve bütçemizde var...”

- (59) **Belge 28:** 1.10.2009 tarihinde Satış Şefi Alper Ayhan tarafından Bölge Müdürü Mehmet Aşkın'a gönderilen e-posta'da;

“... Mehmet Bey günaydın, siz de biliyorsunuz ki geçen sene olduğu gibi bu sene de Denizli'de okullarla ilgili sorun yaşamaktayız. Bu kaderi değiştirmek adına 07.09.2009 tarihinde route lideri Mehmet Akbaş ile araç üstü çıkarak başlattığımız taarruz sonucunu sizinle paylaşmak istiyorum. ... 41 dersane ile yaptığımız görüşmelerde tulum yaparak tüm dersanelerde hem salty hem de sweet ürünlerimizi penetre ettik. Bu dersanelerden sadece 3 tanesinde barınabilen rakibimiz bizim stantlarımız geldiğinde bize 2. bir tulum fırsatı sağlayacaklar... 16 üniversite kantininde yaptığımız görüşmelerde ise salty ve sweet ürünlerimizin penetresini sağladık. Bu zamana kadar rakiple beraber çalıştığımız bu noktalar artık Frito Lay hakimiyeti altında...”

- (60) **Belge 29:** 2.5.2008 tarihli ve Ali Özbakır tarafından düzenlenen belgede;

“2005-2006 yılları arasında Kemer Bayii Büroğlu Gıdanın bölgesini devraldığım dönemde sahada 2.000 YTL'lik iade çıkmış ve dönemin şefi Özgür Kahraman ile beraber sayarak imha ettik. Yine aynı bölgede 1000 YTL'lik problemlili batacak paralar vardı. Bunları dönemin şefi Özgür Kahraman ile beraber Enver Beye ilettilik ve Büroğlu Gıdanın ödemesini yaptım. Aynı Bölge için rakip çıkartmak adına 2000 YTL para harcadım. Özgür Kahraman talimatı ile daha sonra Finike Bayiliğini aldım ve orada da rakiple mücadele için 3550 YTL harcadım. Özgür Bey işten ayrılırken Enver Beyin

¹¹ promosyon harcaması

¹² tercih edilen tedarikçi

¹³ “Lokaller” ile yerel zincir mağazalar, “loyalty” ile satış noktası sadakati kastedilmektedir.

yanına gidip 8.500 YTL alacağım olduğunu söylediğimde tamam bu bizim borcumuzdur dedi. Bugün itibariyle toplam işlemlerden 8.550 YTL alacağım olduğunu beyan ederim...”

- (61) **Belge 30:** 7.6.2006 tarihinde Rut Şefi Ömer Ateş tarafından düzenlenen ve Satış Şefi Ali Bayar’a faks yoluyla iletilen yazıda;

“... Savunmamı istediğiniz faturalar benim tarafımdan düzenlenmiş faturalardır. Ekte sözü geçen marketlerle yıllık anlaşmalar yapılmış, kaşeleri ekte alınmıştır. Ancak bu marketlerle bana verilen bütçe kadar değil daha düşük rakamlarla anlaşma yapılmıştır. Bana verilen bütçeyi alabilmek için bu faturalar üzerinde oynamalar yapılmıştır. Bana verilen bütçe kadar rakamı ekte savunduğum marketlerde kullandım. Faturaların asılları ve büyük marketlerden gelen yıllık anlaşma faturalarının gerçekleri ektedir. Yapmış olduğum şeyin Frito Lay davranış yasasına aykırı şeyler olduğunu biliyorum. Bunun savunması bile olamaz. Ancak toplantıda bize verilen market bütçesini aşmayacak şekilde insert bedelsiz raf bedeli gibi aktivitelerde kullanabileceğimiz söylenmişti. Ben de bu bütçeyi bu şekilde kullandım. Benim yanlım bu şekilde kullandığım bütçeyi üst amirlerimden izin almadan yapmış olmamdır. Bu bedelsizleri marketlere verme amacım tamamen var olma, noktadan çıkmama veya rakibi noktadan kaldırma amaçlı olmuştur. Rakip firma Ocak ayından Mayıs ayı sonuna kadar noktalarına bir stand mal veya Frito Lay standındaki malı değiştirme teklifinde bulunmuştur. Ben de bu noktalardan çıkmamak için ve rakibin yapmış olduğu bu uygulamaya karşılık vermek için onun tek çalışmış olduğu noktalara bedelsiz mal vererek noktadan çıkmasını sağladım. Bu yapılırken bayiiye bilgi verilmiştir. Saygılarımla.”

- (62) **Belge 31:** 13.2.2012 tarihinde Hüseyin Selbaşı tarafından Göktay Akşit’e gönderilen “Rekabet Batı Ege” başlıklı e-posta’da;

“... Impulseda rekabet ile ilgili uygulamalar ve önerilerimiz aşağıdaki gibidir: Rakip potansiyel müşterilere okul iskontosu yapıyor (5+1 veya %30) mal fazlası yapıyor. 2 koli midi boyun yanında 1 koli bedelsiz veriyorlar (duran orman ürünleri Aslıhan tepecik köyü). Bu müşterilere powerboxdan iskonto tanımlanabilir, 10+1 yapılabilir rakibin önü kesilebilir...”

- (63) Cevaben Rut Şefi Alper Ayhan tarafından Mehmet Aşkın’a gönderilen e-postada;

“... 2011 ve 2012’de en çok ciroyu kaybettiğimiz okul kanalını okul karşısı müşterilerde uygulayacağımız iskonto ve bedelsiz desteği ile hareketlendirebiliriz. (Rakip bu alanlarda hem iskonto hem de bedelsiz veriyor.) Müşteri bazlı aksiyonlar alıp müşterilerin geçen seneye göre istenilen büyüme indeksini (%150) yakaladığında iskonto desteği ya da bedelsiz desteği verilip müşteriler de hedeflendirilebilir. Özellikle rakiple beraber olunan noktalarda, rakibi boğmak ve noktayı stoklamak amaçlı 5 DG alımına %10 iskonto tanımlaması yapılabilir...”

- (64) **Belge 32:** Alper Ayhan’a ait 12.1.2012 tarihli ajanda notunda;

“Kraft’ın çıkarılması için ne yapalım.”

- (65) **Belge 33:** Kuzey Ege Bölge Müdürlüğü’nden alınan belgede;

Tablo 3: Kuzey Ege Bölge Müdürlüğü'nden alınan belge

Rut Şefi	Satış Elemanı	Unvan	Rakip Durumu	Stand Durumu	El yazısıyla düşülen not
Yeni Şef Bursa 265	Sedat ACAR	Gözde Market	YOK	6 Sepet Geniş	Rakibi çıkarttık, bedelsiz ürün
Yeni Şef Bursa 269	Özgür TANTÜRK	Uludağ Bakkaliyesi	VAR	6 Sepet Geniş	Rakip çıkacak, 150-200 bedelsiz
Yeni Şef Bursa 272	Özgür TANTÜRK	Gökras Tekel Bayii	YOK	6 Sepet Geniş	300-400 bedelsiz- Rakip
Yeni Şef Bursa 272	Özgür TANTÜRK	Çamlık Kuruyemiş Z. Altınbaş	VAR	6 Sepet Geniş	Rakip çıkaracağız, 250 TL bedelsiz
Yeni Şef Bursa 230	Özgür TANTÜRK	Ümit Sayit Tekel Sayit Akdeniz	VAR	6 Sepet Geniş-Çerezza-200 ¹⁴	Noktaların tamamından Kraft çıktı. Söz verdiğimiz için.
Yeni Şef Bursa 231	Özgür TANTÜRK	Adar Gıda	YOK	6 Sepet Geniş-100	
Yeni Şef Bursa 232	Özgür TANTÜRK	Alper Market	YOK	6 Sepet Geniş-Çerezza-250	
Yeni Şef Bursa 233	Özgür TANTÜRK	Mert Alışveriş Merkezi	YOK	6 Sepet Geniş-150	
Yeni Şef Bursa 234	Özgür TANTÜRK	Karacalık Bah. Kur. Gıda Ltd. Şti.	YOK	6 Sepet Geniş	
Yeni Şef Bursa 235	Özgür TANTÜRK	Onay Tekel	YOK	6 Sepet Geniş 6 Sepet Dar	
Yeni Şef Bursa 236	Özgür TANTÜRK	Onur Market Kerem Vatansver	YOK	6 Sepet Geniş-Çerezza-300	
Yeni Şef Bursa 237	Özgür TANTÜRK	Yasemen Kuruyemiş	YOK	Kendi Rafı-150	
Yeni Şef Bursa 238	Özgür TANTÜRK	Üner Gıda	YOK	6 Sepet Geniş-Çerezza-Fritos-200	
Yeni Şef Bursa 239	Özgür TANTÜRK	İşleyen Market Şerif İşleyen	YOK	6 Sepet Geniş 6 Sepet Dar-250	
Yeni Şef Bursa 240	Özgür TANTÜRK	Aslan Market	YOK	6 Sepet Dar	
Yeni Şef Bursa 241	Özgür TANTÜRK	Köşem Market	YOK	6 Sepet Geniş-Çerezza-250	
Yeni Şef Bursa 242	Özgür TANTÜRK	Karadeniz Market-Savaş Yener	YOK	6 Sepet Geniş-Çerezza-Fritos-250	
Yeni Şef Bursa 243	Özgür TANTÜRK	Olcay Market	YOK	6 Sepet Geniş-Çerezza	
Yeni Şef Bursa 244	Özgür TANTÜRK	Köşem Market 2	YOK	6 Sepet Geniş	
Yeni Şef Bursa156	İsmail AKTAŞ	Yaşaroğlu Market	YOK	7 Sepet Geniş	Bedelsiz-çıktı
Yeni Şef Bursa148	İsmail AKTAŞ	Seferoğlu Market	YOK	6 Sepet Geniş	Bedelsiz-çıktı
Yeni Şef Bursa 205	Mehmet ŞAKAR	Hasan Hayri Zengi Cömert Market	VAR	6 Sepet Geniş	Kraft çıkarılacak-1200
Yeni Şef Bursa 208	Mehmet ŞAKAR	Nisa Market	VAR	6 Sepet Geniş	Kraft çıkarılacak-200
Yeni Şef Bursa 213	Mehmet ŞAKAR	Remzi Ahmetoğlu	VAR	6 Sepet Geniş	Kraft çıkarılacak-250
Yeni Şef Bursa 53	Ali Osman ENER	Yeğen Market-2 Mehmet Yeğen	VAR	6 Sepet Geniş	200-ek teşhir, rakip çıkacak

¹⁴ Stand durumu hanesinde yer alan 100, 150, 200, 250 gibi sayıların, noktadan rakibin çıkması için verilen bedelsiz ürünlerin değeri olduğu anlaşılmaktadır.

“... 2) iki şubesi var, bedelsiz ürünle beyaz nokta olur. Şube başı 500 TL gibi (Çalışkanlar AVM)

3) Beyaz nokta oldu (Akpınar Market)

4) 6 SG geniş standı var. Bir tane daha kurulup (400-500 TL) gibi bedelsiz ile beyaz nokta oldu. (Rıza Market)

5) 6 SD kurulup (400-500 TL) beyaz nokta şu an rakip giremez. (Yaşaroğlu Market)...

9) 200-300 TL bedelsiz verilerek beyaz nokta olur, 6 SG kurulur (Baban Market)

10) 300 TL bedelsiz verilerek drop sayısı ve çerezza standı kurulur. (Onurcan tekel Bayii)

11) 300 TL bedelsiz verilir, standı değiştirilir ve ilave drop koyulabilir. Böylece bedelsiz desteği ile beyaz nokta olur. (Almar Market)

12) Beyaz noktaya çevirdik, 400 TL bedelsiz sözü vermiştik. (Çevre Büfe)

13) 300-400 TL bedelsizle şu an beyaz nokta olan Kavacık Gıda marketi büyütüyor, eğer verilirse çerezza standı ve drop artışı yapılır böylece rakip giremez ve beyaz nokta olarak kalır.

14) Bedelsiz sözü verildi, şu an rakip giremez ama bedelsizin verilmesi gerekir. (Seferoğlu Market)

15) 300-400 TL bedelsiz verilir, çerezza standı kurulur beyaz nokta olur (Fatih Büfe)...”

(66) **Belge 34:** “Büyüme Aksiyonları Hayata Geçmiş, Bedelsiz Bekleyen Noktalar” başlıklı ajanda notunda¹⁵;

“...1) Salkım Su Market ... Rakip çıktı. Standlar 6SG. Kazandığımız teşhirler (6SD+3DG) (250 TL).

2) Gözde Tekel ... Rakip çıktı. Standları (6SG+3DG). Kazandığımız teşhirler (6SD) (250 TL).

3) Seferoğulları Market ... Rakip çıktı. Standları (6SG+3DG). Kazandığımız teşhirler (1 Çerezza+3DG) (200 TL).

4) Karadeniz Market ... Rakip çıktı. Standları (6SG+3DG+Fritos). Kazandığımız teşhirler(1 Çerezza+3DG) (250 TL)

5) Yüksel Deniz Market ... Rakip çıktı. Standlar (6SD). Kazandığımız teşhirler (6SG+1 Çerezza) (300 TL).

6) Karadeniz Tekel 2 ... Rakip çıktı. Standlar (6SD). Kazandığımız teşhirler (6SG+3DG) (300 TL).

7) Yayla Karadeniz ... Rakip çıktı. Standlar (6SD). Kazandığımız teşhirler (6SG+1 Çerezza)...”

(67) **Belge 35:** “Performance and Development Review” başlıklı belgede Tolga Durmuş adlı rut şefinin 2010 yılı performansı değerlendirilmektedir. “Rekabet” alt başlığı altında 2009 yılı Aralık ayında Frito/Kraft’ın birlikte bulunma hedefinin Kütahya ilinde %(.....), Uşak ilinde %(.....) olduğu görülmektedir. Gerçekleşen oranlar ise Kütahya için %(.....), Uşak için %(.....) olmuştur. Yapılan performans değerlendirmesinde “... yıl sonunda Uşak için

¹⁵ Belgede adı geçen Fritos ürünü 2011 yılının son çeyreğinde pazara sürüldüğü için belgenin 2011 yılı sonu veya 2012 yılının ilk aylarında oluşturulduğu anlaşılmaktadır.

aynı rakamın korunarak Kütahya’da rakibin distribütör değiştirecek olması sebebi ile 42 rakamı yakalanarak hedef yapılacaktır.” ifadesi yer almaktadır.

- (68) **Belge 36:** 19.10.2010 tarihinde Optimizasyon ve Verimlilik Müdürü Onur Altürk’den Satış Müdürleri Boğaçhan Atabay, Mehmet Çelik, Ahmet Akar, Aydın Kasabalı ve Sinan Turan’a gönderilen “Q4 Aktivite” konulu e-posta’da;

“... Yüksek miktarda bedelsiz ürünün noktaya en baştan bırakılması amacımız. Bu bedelsiz zamana yayılmadan bırakılmalı. ... Bu aksiyonlar sonucu pazar payı artışı görmemiz şart, dolayısıyla seçilen noktaların gerçekten gri olması ve promosyonun bu noktalarda en iyi şekilde uygulanması çok önemli ...”

20.10.2010 tarihinde Satış Müdürü Sinan Turan tarafından gönderilen e-posta’da, aktivite onayının geldiği, şirketin beklentisinin ayrılan bütçe ve uygulamalar sonrasında %20 ciro artışı ve anılan noktalarda her yönüyle (teşhir, raf payı, ciro ve müşteri ilişkisi bakımından) güçlenmek olduğu ifade edilmektedir.

20.10.2010 tarihinde Bölge Müdürü Ali Bayar tarafından Satış Müdürü Sinan Turan’a gönderilen e-posta’da ise;

“ ... Uygulama konusunda fırsat olarak gördüğüm alanlar ve önerilerim aşağıdaki gibidir. Satış noktalarına artış öngördüğümüz cironun %15’ini ilk haftadan bırakmak pazar payını arttırmak ve rakibi bertaraf etmek adına iyi uygulama olur fakat münhasırlık anlaşması yapamayacağımız için noktalar dönemlik yapabilirler. Bence Kasım ayı ilk ürünü ve Aralık ayı ilk hafta ürünü ile birlikte %50-%50 bedelsizle ilerlemeliyiz. Noktaya bir sonraki ayda bedelsiz vereceğimizi söylersek rakibe zaten tavır almaya başlayacaktır. İskontolu ürünlerin noktaya iskontosuz bırakılması özellikle şubesi olan ve birbirine yakın olan noktalarda duyulur ise müşterilerde sıkıntı yaşayabiliriz. Bence iskonto uygulamalıyız. Şeflerin olayı sahiplenmelerini arttırmak adına hedeflenen pazar payı artışını sağlamaları halinde 500 TL bonus uygulaması yapmamız faydalı olur...”

- (69) **Belge 37:** “Konya Bölge Aksiyonları” başlıklı sunumda¹⁶;
- “... Çerezza stand kurulan A,B ve C noktaya %20 iskonto uygulaması,
 - Müşteri başına düşen dg miktarını arttırmak ve rakibe alan bırakmamak adına dg aktivitesi (4+1 yada 5+1)aktivitesi...”
 - Rakibin ciddi iskonto rakamlarıyla yüksek satış yaptığı noktalarda özel uygulamalar yapılarak rakip araç sayısını azaltmaya yönelik uygulamalar...”

- (70) **Belge 38:** Gökhan Göktaş adlı rut şefinin 2010 yılı performansının değerlendirildiği “Performance and Development Review” başlıklı belgede;

“... 2010 yılında rakip nümeriğinin 71 olduğu bölgede şu an 47 seviyelerine gerilemiş bulunuyor. Aynı zamanda tek rakip oranı %(...)'lerden %(...)' seviyelerine kadar geriledi. Bu alanda değiştirdiğimiz SE'ler ve dist¹⁷ yaşanan vade limit sıkıntısını aşarak belirttiğim rakamların gerçekleşmesini sağladı...”

- (71) **Belge 39:** Yunus Pamuk adlı rut şefinin 2010 yılı performansı değerlendirildiği “Performance and Development Review” başlıklı belgede;

“... Akşehir merkez de pasif çalışmasına ağırlık vererek potansiyel şubeli noktalar kazanılmış ve Yerel Lot¹⁸ noktalarının tamamında tek çalışılmıştır. Bu yoğun tempo sayesinde 2011 yılını süper bir performans ile tamamlamıştır...”

¹⁶ Belgenin 2012 yılında hazırlandığı anlaşılmaktadır.

¹⁷ “SE” satış elamanı, “dist” ise distribütörün kısaltması olarak kullanılmıştır.

¹⁸ “Lot”, zincir marketin kısaltması olarak kullanılmıştır.

- (72) **Belge 40:** 12.9.2011 tarihli ajanda notunda;
“... Rakiple ilgili data temizliği, Bütçe plan dosyasındaki rakip datalarını sil”
- (73) **Belge 41:** Tarihsiz ve başlıksız bir ajanda notunda;
“... Haskaya Market: %2 iskonto (yıl sonu bedelimiz), Rakip koymayacak...”
- (74) **Belge 42:** Aydın Kasabalı'ya ait ajanda notunda;
“Rakip pasifize, mazeret değil sonuç...”
ifadeleri yer almaktadır.
- (75) **Belge 43:** Ramazan Gürpınar adlı rut şefinin 2010 yılı hedeflerinin değerlendirildiği belgede Aralık 2009'da Frito Lay/Kraft birlikte bulunma oranı olan %(...) oranının korunması hedeflenmiştir.
- (76) **Belge 44:** Belgede 2010 yılının hedefleri sıralanmaktadır. Buna göre 2. yarıyıl için Fritolay/Kraft birlikte bulunma oranının korunması hedefi konulmuştur.
- (77) **Belge 45:** Salim Erdoğan adlı rut şefinin 2010 yılı hedeflerinin değerlendirildiği belgede Aralık 2009'da Frito Lay/Kraft birlikte bulunma oranlarının korunması hedeflenmiş ve bu oranların korunması performans değerlendirme ölçütü olarak tespit edilmiştir.

I.5. Değerlendirme

I.5.1. Frito Lay'in Münhasırlığa İlişkin Eylemlerinin Değerlendirilmesi

- (78) Bu başlık altında yukarıda yer verilen belgeler ve yukarıda özetlenen 2004 tarihli muafiyetin geri alınması kararı ışığında Frito Lay'in münhasırlığa ilişkin eylemleri ile Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediği değerlendirilecektir.
- (79) Belge 21'de yer alan “(Kraft'ın) potansiyel noktalarımıza girmesini engellemek”, Belge 25'de yer alan “(rakibin iskonto uygulaması) tek çalıştığımız noktalar için risk teşkil ediyor”, Belge 1'de yer alan “noktaları kapatmak için”, Belge 37'de yer alan “rakibe alan bırakmamak” ve “rakip araç sayısını azaltmaya yönelik uygulamalar”, Belge 31'de yer alan “rakibin önü kesilebilir” ve “rakibi boğmak” ifadeleri, sadece Frito Lay satılan noktalara rakibin girmesini engellemenin amaçlandığını gösteren ifadelerdir.
- (80) Belge 26'da Frito Lay'in yerel market/satış noktalarından talep edilebileceği hususlar arasında münhasırlığın belirtilmiş olması, teşebbüsün bu hususa ilişkin bir stratejisi olduğunu göstermesi bakımından dikkat çekicidir. Benzer şekilde Belge 27'de yer alan “... Lokallerde loyaltyler bence ok. Sıklığı artırmakta fayda var. Bu bizim planlarımızda ve bütçemizde var...” ifadeleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir.
- (81) Belge 35'de bir rut şefinin “Frito Lay/Kraft birlikte bulunma” hedefini gerçekleştirme başarı değerlendirmesinde dikkate alınan unsurlar arasında yer almaktadır. Belgeye göre Kütahya'da mevcut durumda %(...) olan Frito Lay/Kraft birlikte bulunma oranının %(...)’ye düşürülmesi hedeflenmektedir. Bu oranın düşürülmesinin tek yolu ise Kraft'ın belirli noktalardan çıkartılmasıdır. Sonuç itibariyle bu hususun teşebbüs tarafından, satış elemanlarının performanslarının değerlendirilmesinde dikkate alınan unsurlar arasında olduğu görülmektedir.
- (82) Aynı hedefin farklı bölgelerdeki çalışanlar için de getirildiği görülmektedir. Rakibin noktalardan çıkarılması yoluyla sağlanabilecek birlikte bulunurluk oranının düşürülmesine yönelik bir hedefin çalışanların başarı ve performans değerlendirmesinde kullanılması, çalışanların rakipleri noktadan çıkarmak için teşvik edildiğini göstermektedir. Satış elemanı bu şekilde başarı ve performansını etkileyecek olan hedefe ulaşmak için, satış noktasından rakiplerini çıkarmak için çaba harcamaya motive edilmektedir. Performansa

yönelik bu belgelerin Konya, Ankara ve Bursa'daki yerinde incelemelerde bulunması kriterlerin bölge/kişilerle sınırlı olmadığını göstermesi bakımından önemlidir.

- (83) Rakip teşebbüslerin noktadan çıkarılmasına yönelik kurumsal planı gösteren bir başka belge Belge 36'dır. "*Top gri noktalar*"ın hedeflendiği ve bu noktalarda sonuç beklendiği belirtilen belgede sözü edilen aktivite, bu noktalara, 8 hafta boyunca %20 fazla mal alımına karşılık belli bir miktar bedelsiz ürün verilmesidir. "*Gri nokta*" rakip ile birlikte satış yapılan nokta, "*beyaz nokta*" ise sadece Frito Lay'in satıldığı nokta anlamına gelmektedir. Belgede bunun gri noktalarda pazar payı artırmak ve *rakibi bertaraf etmek* adına iyi bir uygulama olacağı ancak münhasır anlaşma yapılamayacağı için noktaların bedelsiz ürünleri aldıktan sonra plana sadık kalmayabilecekleri belirtilerek, bedelsiz ürünlerin Kasım ve Aralık aylarında %50-%50 teslim edilmesi ve satış şeflerine teşvik edici ödül verilmesi önerilmektedir. Buna göre noktaya bir sonraki ay da bedelsiz ürün verileceğinin söylenmesi durumunda satış noktası tarafından rakibe tavır alınmaya başlanacaktır.
- (84) Belgede yer alan ifadelerden, Frito Lay'in amacının satış noktalarından rakibi çıkartmak ve noktaları kampanyaya sadık kalmaya teşvik etmek olduğu anlaşılmaktadır. Promosyon aktivitesinin rakiple birlikte satış yapılan noktalara odaklanması ve belgede yer alan "*gerçekten gri olması*" ifadesi bu açıdan çarpıcıdır. Teşebbüsün hedefi yalnızca pazar payı artışı olsa idi, tüm noktalara aynı şekilde yaklaşmış olması beklenirdi. Ayrıca hedeflenen ciro artışı oranının Kraft'ın yaklaşık pazar payı oranında olması da dikkat çekicidir. Noktanın "gri nokta" olduğu hususu da gözönünde bulundurulduğunda, bu oranda bir ciro artışının rakibi noktadan çıkartmadan yapılması, gerçekleştirilmesi oldukça zor bir hedef olarak görünmektedir. İstanbul dışındaki illerde uygulanacak olan kampanyanın kapsamının yaygınlığı da göz önünde bulundurularak, tek satıcılığı sağlamaya yönelik söz konusu uygulamanın 2004 tarihli muafiyetin geri alınması kararına aykırı olduğu kanaatine varılmaktadır. "*Kraft'ın çıkarılması için ne yapalım*" ifadesinin yer aldığı Belge 32 ve "*Rakip pasifize, mazeret değil sonuç*" ifadesinin yer aldığı Belge 42 de teşebbüsün amacını göstermek bakımından önem arz eden belgelerdir.
- (85) Belge 24 de benzer şekilde Frito Lay'in "*gri noktalara*" veya tek satıcılığa yönelik faaliyetlerini gösteren bir belgedir. Belgeden noktaların "*beyaz nokta*" olması için belli bir plan yapıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre "*gri nokta*"larda cironun %20 artması durumunda teşebbüse %7 oranında iskonto verileceği, nokta "*beyaz nokta*" olur ise bu iskontonun %10'a çıkarılacağı, bu nedenle noktanın "*beyaz nokta*" olmak isteyeceği belirtilmektedir. Belli indirimlerle satış noktasından rakip ürünlerin çıkartılması veya buna yönelik teşvikler, 2004 tarihli karara açık bir şekilde aykırı olup, bu hususa gerek sonraki kararlarda gerekse de 2007 yılında teşebbüse gönderilen yazıda yer verilmiştir.
- (86) Frito Lay'in satış noktalarından rakibi çıkartmayı veya satış noktalarına rakibin girmesini engellemeyi amaçladığını gösteren bir başka belge Belge 30'dur. Bir rut şefinin, kendisine verilen bütçenin hangi amaçlarla kullanıldığına dair açıklama yaptığı belgede bedelsiz ürünlerin satış noktalarına verilmiş amacının "*tamamen var olma, noktadan çıkmama veya rakibi noktadan kaldırma*" olduğu ifade edilmektedir. Rut şefi ayrıca rakibin tek çalıştığı noktalara bedelsiz ürün vererek rakibin noktadan çıkmasını sağladığını ve bayiye bilgi verildiğini belirtmektedir.
- (87) Belge 29'da Antalya bölgesinde çalışan dağıtım elemanının harcamaları sıralanmaktadır. Bu harcamalar arasında dönemin şefinin talimatı ile yapılan "*rakip çıkartmak adına 2.000 TL*" ve "*Finike'de de rakiple mücadele adına 3.550 TL*" olduğu ifade edilmektedir. Belgedeki ifadeler oldukça nettir ve Frito Lay çalışanlarının münhasırlık tesisine yönelik bütçelere sahip olduğu görülmektedir. Bu eylemlerden, söz konusu uygulamaları gerçekleştiren kişilerin bağlı oldukları yöneticilerin bilgi sahibi olması ise ayrıca önem taşımaktadır.

- (88) Pazardaki etkisi tespit edilebilen bazı belgeler bakımından uygulamaların sonuçları da ortaya konmaya çalışılacaktır. Belge 22'de Konya'nın en işlek caddesinde faaliyet gösteren altı noktadan dördüyle (Şelale Büfe, Çimenler Market, Civan Market, Kardelen Market) anlaşma yapıldığı, anlaşmalar sonucunda bu noktalarda Frito Lay'in tek satılacağı vurgulanmaktadır. Belgeye göre diğer iki nokta rakiple anlaşmaları bitince Frito Lay ile münhasır çalışacaktır. Belgenin ekinde yer alan "*Konya'nın en iyi noktalarını fethettik*", "*Konya'nın en işlek caddesi artık tek Frito Lay*" gibi ifadeler dikkat çekicidir.
- (89) Kraft'dan belgede adı geçen noktalara son üç yılda satış yapıp yapmadığı bilgisi talep edilmiştir. Cevabi yazıda Şelale Büfe ile 2010 yılında çalışıldığı, 2011 yılında bu noktaya çok düşük miktarda bir satış yapılabildiği (2010 senesinin %5'i kadar), 2012 yılında ise noktaya satış yapılmadığı belirtilmiştir. Civan Market'e 2010 ve 2011 yıllarında satış yapıldığı, Ocak 2012'den sonra satış yapılmadığı, Haziran 2012'den itibaren yeniden satış yapılacağı, Kardelen Market'e de aynı şekilde önceki yıllarda ürün satılmış iken 2012 yılında ürün satışının kesildiği bilgisi verilmiştir. Bu bilgilerden belgedeki ifadelerin hayata geçtiği ve noktalardaki Kraft satışlarının önlendiği anlaşılmaktadır.
- (90) Belge 28'de ise Denizli'de okullarda satışları artırmak amacıyla bazı çalışmalar yapıldığı, bu çalışmalar sonucunda 41 dershanenin sadece 3'ünde Kraft'ın "barınabildiği", ayrıca üniversite kantinleriyle yapılan görüşmeler sonucunda bu noktalara Frito Lay ürünlerinin girmesinin sağlandığı ve önceden Kraft ile birlikte çalışılan noktaların "artık tek Frito Lay hakimiyetinde" olduğu belirtilmektedir.
- (91) Kraft'dan Denizli ilindeki dersane ve üniversite kantinlerine 2009-2012 döneminde satış yapıp yapılmadığı bilgisi talep edilmiştir. Kraft'ın cevabi yazısında 2009 yılına ait verilere ulaşılamamakla birlikte, tüm kantinlere 2010-2012 yıllarında satış yapıldığı, ancak bir kantin ile 2012 yılının ilk dört ayında çalışmadıkları ifade edilmiştir. Dershanelere ilişkin olarak sunulan verilerin de sağlıklı olmaması nedeniyle belgenin sonuç doğurduğunu teyit etmek mümkün olamamıştır.
- (92) Belge 34'den satış noktalarından rakibin çıkarılmasına yönelik eylemlerin yalnızca sözde kalmayarak hayata geçtiği anlaşılmaktadır. Belgede yedi satış noktasının adlarının yanında "*rakip çıktı*" ifadesine ve her nokta için verilecek bedelsiz ürün miktarının TL karşılığına yer verilmektedir. Ayrıca rakibin çıkmasıyla kazanılan teşhirler, bir başka deyişle bundan sonra Frito Lay tarafından kullanılacak stant yerleri/büyüklikleri sıralanmaktadır. Bu teşhirlerin birden fazla olması söz konusu noktaların satış potansiyelini göstermektedir.
- (93) Kraft'dan belgede adı geçen noktalara son üç yılda satış yapıp yapmadığı bilgisi talep edilmiştir. Kraft'ın cevabi yazısında Salkım Su Market'e 2010 ve 2011 yıllarında satış yapıldığı, 2012 yılının Ocak-Ekim ayı arasında satış yapılmadığı, Ekim 2012'den itibaren yeniden satış yapıldığı belirtilmiştir. Gözde Tekel ve Karadeniz Tekel 2'ye son üç yılda hiç satış yapılmadığı, Seferoğlu Market'e 2011 yılında satış yapıldığı ancak son iki yılda satış yapılmadığı, Yüksel Deniz Market'e 2010, 2011 yıllarında ve 2012 yılının Ocak-Mart aylarında satış yapıldığı, Yayla Karadeniz Market'e 2010 yılında ve 2011 yılının Şubat-Aralık aylarında satış yapıldığı ancak 2012 yılında satış yapılmadığı bildirilirken, Karadeniz Market'e ilişkin bilgi sunulamamıştır.
- (94) Bu bilgiler çerçevesinde Frito Lay'in Salkım Su Market, Yüksel Deniz Market ve Yayla Karadeniz Market'e bedelsiz ürünler vermek suretiyle, bu noktalardan rakibini çıkarttığı anlaşılmaktadır. Bu ise yukarıda da yer verildiği üzere muafiyetin geri alınması kararına aykırı bir uygulamadır.
- (95) Belge 33'de satış yapılan noktalara, bu noktalarda rakibin bulunup bulunmadığına ve noktalardaki stant durumuna yer verilmektedir. Belgede bazı satış noktalarının karşısında

rakibin, bu noktalara bedelsiz ürün verilerek çıkartıldığına dair ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Bazı noktalarda Kraft'ın Frito Lay tarafından söz verildiği için çıktığı ifadesi, bazı noktalarda "*Kraft/rakip çıkarılacak*" ifadesi, stant durumu sütununda ise 100, 150, 200, 250 gibi sayılar yer almaktadır. Söz konusu bedelin noktadan rakibin çıkması için verilen bedelsiz ürünlerin değeri olduğu anlaşılmaktadır. Belgenin devamında bedelsiz ürün verilmek suretiyle beyaz nokta olan/olabilecek olan satış noktaları sıralanmaktadır.

- (96) Kraft'dan belgede adı geçen satış noktalarına 2010, 2011 ve 2012 yıllarında satış yapıp yapılmadığı bilgisi talep edilmiştir. Kraft tarafından, belgede "*beyaz nokta şu an rakip giremez*" ifadesinin yer aldığı Yaşaroğlu Market ile 2010 ve 2011 yılında çalışılmadığı, 2012 yılının Kasım ayından itibaren noktaya ürün sevkiyatı yapıldığı bildirilmiştir. Seferoğlu Market 2010 yılının Mart-Eylül arasında Kraft ile çalışmış, 2011 yılında ve 2012 yılının ilk yarısında çalışmamış; Çevre Büfe 2010 ve 2011 yıllarında Kraft ile çalıştıktan sonra 2012 yılının Ocak-Ekim arasında çalışmamış; belgede "*300-400 TL ile beyaz nokta*" olduğu ifade edilen Kavacık Gıda ise son 3 yılda Kraft ile çalışmamıştır.
- (97) Belgede "*Kraft çıkarılacak*" ifadesinin yer aldığı Remzi Ahmetoğlu ile 2010 yılının Ağustos-Aralık aylarında ve 2011 yılının Ocak-Eylül aylarında çalışan Kraft, noktaya 2012 yılının Mayıs ayında girebilmiştir. Belgede "*rakip çıkacak*" ifadesi yer alan bir başka satış noktası olan Yeğen Market 2 ile Kraft 2010 ve 2011 yılının tamamında çalıştıktan sonra, 2012 yılının ancak Haziran ayından itibaren noktaya yeniden ürün sevk etmeye başlamıştır. Çalışkanlar AVM için de benzer bir durumun söz konusu olduğu görülmektedir. Noktaya 2010 ve 2011 yıllarında satış yapan Kraft, 2012 yılının Mayıs ayına kadar satış yapmamıştır. Kraft, belgede 300-400 TL'lik bedelsiz ürünle beyaz nokta olabileceği ifade edilen Fatih Büfe'ye de Ocak-Haziran 2010 ve Şubat-Aralık 2011 arasında satış yapmış, 2012 yılının Ocak ayından itibaren ise satış yapmamıştır.
- (98) Bu bilgiler çerçevesinde belgede yer alan ifadelerin hayata geçtiği görülmektedir. Diğer yandan Frito Lay hakkında Haziran 2012'de soruşturma açıldığı dikkate alındığında, söz konusu uygulamaların bu tarihler itibarıyla yumuşamaya başladığı ve Kraft'ın bazı noktalara yeniden ürün sevk ettiği anlaşılmaktadır.
- (99) Yukarıda yer verilen belgelerin toplam on farklı Frito Lay ofisinden elde edilmiş olması ve teşebbüsün orta/üst düzey yöneticileri tarafından veya onların bilgisi dahilinde yazılmış olması, bu uygulamaların münferit olmadığını ve yaygın olarak yürütüldüğünü göstermektedir. Belge 22'de yer alan "*... Bu mail 3 sn sonra kendi kendini imha edecektir☺*", Belge 23'de yer alan "*ortak noktalarla ilgili planı yazmayacağım telefonda konuşalım isterseniz...*", Belge 40'da yer alan "*... Rakiple ilgili data temizliği, bütçe plan dosyasındaki rakip datalarını sil*" gibi ifadeler de teşebbüsün bu konudaki bilincinin göstergesidir.
- (100) Bu bilgiler çerçevesinde, Frito Lay'in nihai satış noktalarında ürünlerinin tek satılmasına yönelik uygulamalar yoluyla Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği kanaatine ulaşılmaktadır. Son olarak Frito Lay'in tek satıcılığa yönelik uygulamalarının bireysel muafiyet alamayacağı belirtilmelidir. 4.5.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı kararda Frito Lay'in hakim durumda olması ve pazarın yapısı gereği bu uygulamaların bireysel muafiyetten yararlanamayacağı tespiti yapılmıştır. Söz konusu dönemde Frito Lay'in pazar payı %68'dir. Mevcut durumda da pazar yapısının değişmediği, pazarın düopol niteliğini ve Frito Lay'in hakim durumunu koruduğu görülmektedir. Hatta teşebbüsün o dönemde %68 olan pazar payı %(.....)'ya yükselmiştir. Bu çerçevede 4.5.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı karardaki tespitlerin geçerliliğini koruduğu ve Frito Lay'in Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki uygulamalarının Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde muafiyet alamayacağı anlaşılmaktadır.

I.5.2. Frito Lay'in Nokta Stoklarını Artırmasının Değerlendirilmesi

- (101) Kraft tarafından yapılan başvuruda Frito Lay'in cips satışlarının büyük kısmının gerçekleştiği geleneksel kanaldaki yer kısıtını nokta stoğunu arttırmak suretiyle rakipleri aleyhine kullandığı iddia edilmektedir.
- (102) Yukarıda yer verilen belgelerden Frito Lay'in, satış noktalarında bulunan stant sayısı ve/veya satış noktalarına ek teşhir ya da ürün vermek suretiyle, nokta stoklarının artırılması yönünde bir politikası olduğu açıkça görülmektedir. Nitekim bu husus yapılan görüşmede teşebbüs temsilcileri tarafından da ifade edilmiştir. Bu noktada politikanın ne amaçla yapıldığı ve hangi sonuçları doğurduğu hususu önem taşımaktadır.
- (103) Yukarıda yer verilen belgeler çerçevesinde öncelikle stok artırma politikasının satış noktalarında münhasırlık oluşturma amacına yönelik yapıldığına dair herhangi bir bulguya ulaşılamadığı belirtilmelidir. Hatta bazı belgelerde bu yolla rakiplerin davranışlarına karşılık verildiği görülmektedir. Ayrıca bu politikanın sadece geleneksel kanalda değil, genellikle stant olmadan satış yapılan ulusal organize kanalda da geçerli olduğu görülmektedir. Bilindiği gibi ulusal organize kanalın yapısı gereği, bu kanaldaki perakendeciler tek bir firma ile çalışmamakta, hemen hemen her kategoride birden fazla tedarikçinin ürünü satış noktalarında bulundurmaktadır. Bu nedenle bu kanalda stok artırma politikasının münhasırlık yaratma veya rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırma kaygısı ile oluşturulmadığı anlaşılmaktadır.
- (104) Aşağıdaki tabloda Frito Lay ve Kraft'ın stok devir hızları görülmektedir.

Tablo 4: Stok Devir Hızları (Ortalama Gün)

	2009	2010	2011	2012 (Ocak-Ekim)
Frito Lay	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kraft	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kaynak: AC Nielsen				

- (105) Tablo 4'e göre Frito Lay'in ortalama stok devir hızı yaklaşık (.....) gün iken Kraft'ınki (.....) gündür ve Frito Lay'in yıllar itibarıyla stok devir hızında bir artış olmamıştır. Buna ek olarak ürünlerin koli içinde satılmadığı, boşalan stantların teşebbüsün satış elemanlarınca doldurulması veya *drop&go* şeklinde küçük stantların dolu olarak bırakılması yoluyla satıldığı vurgulanmalıdır.
- (106) Bu tespitler ışığında noktaların depolama alanının kapatılmasının söz konusu olmadığı, stok artırma politikasının amaç ve sonuçları bakımından filli münhasırlık yaratıcı etkileri olmadığı anlaşılmaktadır.

I.5.3. Frito Lay'in Bağlama Yoluyla Yıkıcı Fiyat Uyguladığı İddiası

- (107) Kraft tarafından yapılan başvuruda yer verilen bir diğer iddia, Frito Lay'in 11.7.2011-5.9.2011 tarihleri arasında ve cips talebinin azaldığı Ramazan ayında sunduğu paketin (cips + kola) fiyatının maliyetinin altında olduğu, pakete grup şirketi olan Pepsi Cola'nın hediye ürün kuponunun koyulduğu, kutu kolanın değerinin 1,5-2 TL arasında olduğu, bunun klasik bir yıkıcı fiyat uygulamasından farkı olmadığı, bu uygulamadaki amacın rakiplerini pazar dışına çıkarmak olduğu iddiasıdır.
- (108) Öncelikle, hızlı tüketim malları sektöründe faaliyet gösteren firmalar için talebin azaldığı dönemlerde paket satış promosyonu yapmanın genel bir uygulama olduğu belirtilmelidir. Ramazan ayında özellikle bazı gıda ürünlerinde talebin düştüğü bilinmektedir. Ayrıca yapılan yerinde incelemelerde de söz konusu promosyonun rakipleri dışlama amacıyla uygulandığına dair herhangi bir bulguya rastlanmamıştır.
- (109) Bir diğer husus, şikâyet konusu eylemin iki aydan kısa bir süre uygulanmış olmasıdır. Bu kadar kısa bir sürede teşebbüsün yıkıcı fiyat uygulamak yoluyla rakiplerinin pazar dışına

çıkmasına ya da pazarda marjinal konuma gelmelerine yol açacak bir zarar vermiş olması olası görünmemektedir. Kaldı ki pazardaki en önemli rakibinin Kraft gibi uluslararası bir firma olduğu dikkate alındığında bu argüman daha da güçlenmektedir.

- (110) İki ay süren söz konusu promosyon döneminde rakip pazar paylarında kayda değer ölçüde bir değişim/gerileme de olmadığı tespiti çerçevesinde, iddia konusu eylemin Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlal olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

I.5.4. Frito Lay'in Fiyat Sıkıştırması Uyguladığı İddiası

- (111) Kraft tarafından yapılan başvuruda, 2009-2011 yılları arasında cips üretimindeki değişken maliyetlerin %73 oranında arttığı, bu dönemde pazar lideri olan Frito Lay'in fiyat artırmaması karşısında, görece daha yüksek fiyatla ürün satmamak için fiyatlarını artıramayan Kraft'ın bu baskıya dayanamayarak 2012 yılı başında fiyatlarını arttırdığı ancak satış kaybı yaşaması nedeniyle bu artışı Mayıs ayına kadar sürdürebildiği, Frito Lay'in en önemli rakibinin satış kaybı yaşamasıyla hedeflediği amaca ulaştığı ve fiyatlarını Temmuz 2012'de artırdığı ifade edilerek, fiyat artırmama stratejisinin tamamen rakiplerini etkisiz hale getirmek için uygulandığı iddia edilmektedir.
- (112) Öncelikle başvuruda yıkıcı fiyat olarak değerlendirilen şikâyet konusu eylemin, rekabet hukuku literatüründeki fiyat sıkıştırması kavramıyla örtüşmediği belirtilmelidir. Rekabet hukukunda fiyat sıkıştırması genellikle, hâkim durumdaki firmanın üst pazarda belli bir ürün ya da hizmet için uyguladığı fiyatın, alt pazarda uyguladığı fiyatla karşılaştırıldığında, eşit etkinlikteki bir rakibin bile karlı bir şekilde faaliyet göstermesini olanaksız kılması olarak tanımlanmaktadır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere fiyat sıkıştırması ihlalinin gerçekleşmesi için firmaların alt ve üst olmak üzere iki farklı pazarda birbirlerine rakip olmaları ve hâkim durumdaki firmanın alt pazarda faaliyet göstermek için gerekli unsura sahip olması gerekmektedir.
- (113) Hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlarını arttırmaması tek başına ihlal olarak nitelendirilememekle birlikte, belirli bir dönemde maliyet artışlarına karşın fiyat artırmaması sonucunda teşebbüsün uyguladığı fiyatın yıkıcı bir hal alması olasılığı bulunmaktadır. Ancak ilgili dönemde Frito Lay ve rakiplerinin fiyat değişimlerine bakıldığında, 2012 yılı başına kadar Frito Lay'in en çok satılan aile boyu ürününün fiyatı 1,25 TL iken, Kraft'ın muadil ürününün fiyatının 1 TL olduğu görülmektedir. Maliyet baskılarına dayanamadığı iddiasıyla fiyatını arttırdığı ifade edilen Kraft fiyatını 2012 yılının başında Frito Lay'in de satış fiyatı olan 1,25 olarak belirlemiştir.
- (114) Bu çerçevede bu iddianın da Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlal olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine ulaşılmaktadır.

I.6. Savunmalar ve Değerlendirilmesi

I.6.1. Frito Lay'in nokta stoklarının rakiplere oranla düşük olduğu iddiası

- (115) Teşebbüs adına yapılan savunmalarda, stok artırmaya ilişkin uygulamaların objektif ve haklı ekonomik gerekçeleri olduğu, son dört yıldır Frito Lay'in ürün stoklamasının perakende sektöründeki diğer cips/çerez üreticilerine kıyasla çok daha düşük olduğu ve stok artışı çabalarına rağmen stok gün sayısının yıllar içinde değişmemesinin, stok artırmadaki maksadın rakibin dışlanması olmadığını göstergesi olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.
- (116) Yukarıda da belirtildiği gibi nokta stoklarının artırılmasına ilişkin ihlal iddiasında bulunulmamıştır ve dosya kapsamında noktaların depolama alanının kapatılmasının söz konusu olmadığı, stok artırma politikasının amaç ve sonuçları bakımından filli münhasırlık yaratıcı etkileri olmadığı tespiti yapılmıştır.

I.6.2. Benzer iddiaların değerlendirildiği geçmiş Kurul kararlarının değerlendirmeye alınması gerektiği iddiası

- (117) Frito Lay hakkında alınmış geçmiş Kurul kararlarında dosya konusu iddialarla hemen hemen aynı nitelikteki iddiaların değerlendirildiği, ancak bu kararlar sonucunda Frito Lay'in Kanun'u ihlal ettiğine yönelik bir tespit yapılmadığı belirtilerek bu hususun dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.
- (118) Savunmada atıf yapılan Kurul kararları 2005 ve 2007 tarihlidir. Dosya kapsamında elde edilen belgelerin çok önemli bir kısmı ise 2008 yılı ve sonrasına aittir. Bu kapsamda, önceki dönemlerde gerçekleştirilmiş incelemelerde teşebbüs hakkında Kanun'u ihlal ettiğine ilişkin bir karar alınmamış olmasının, dosya kapsamında yapılacak değerlendirmede de belirleyici olması gerektiği iddiasının kabulü mümkün değildir.

I.6.3. Muafiyetin geri alınması kararı sonrasında Frito Lay'in "Uyum Programı" tesis ederek rekabet mevzuatına uygun davranma amacında olmasının belgelerde yer alan bazı amacı aşan ifadelerin şirket iradesi olmadığını gösterdiği iddiası

- (119) Bu iddia kapsamında muafiyetin geri alınması kararından sonra distribütörlük sözleşmelerinde de değişikliğe gidildiği ve bu sözleşmelere distribütörlerin Kanun'a aykırı faaliyetlerde bulunmaları halinde Frito Lay'in sözleşmeyi tek taraflı feshedebileceği hükmünün eklendiği, Frito Lay yöneticisi tarafından 24.10.2011 ve 7.6.2011 tarihlerinde satış teşkilatına gönderilen e-postalarda yer alan "*Bütçe planlarımızı yaparken hedefimiz hiçbir zaman rakiplerimizi noktadan çıkarmak ya da pasifize etmek değil. Böyle bir başarı kriterimiz olmadı, olmayacak*" ve "*Haziran ayı içerisinde rekabet eğitiminin saha satış operasyonumuz ile alakalı tüm çalışanlara verilmesini sağlayalım. Bildiğiniz gibi şirketimiz bu konuda çok hassas, bizler de sahada buna paralel hareket etmeye devam edelim.*" ifadelerinin teşebbüsün rekabet hukuku konusuna verdiği önemi gösterdiği ve rekabet uyum programının yoğun bir eğitim programı ile desteklendiği belirtilmektedir.
- (120) Rekabetçi düzenin kurumsallaşması sürecinde rekabet uyum programlarının önemi malumdur ve bu programların teşvik edilmesi Rekabet Kurumu'nun politikalarından biridir. Ancak uyum programı uygulayan şirketlerin rekabet hukukunu ihlal etmeyeceklerini kabul etmek mümkün değildir. Dosya mevcudu belgelerin satış direktörü, satış müdürü ve satış şefi gibi konumlarda bulunan Frito Lay çalışanları tarafından hazırlandığı ve Türkiye'nin farklı bölgelerinde elde edildiği görülmektedir. Bu çerçevede belgelerdeki ifadelerin şirket iradesine genelleştirilemeyeceği savunmasının dayanaksız olduğu açıktır.

I.6.4. Frito Lay'in kampanya ve promosyonlarının münhasırlığı sağlayıcı özelliğe sahip olmadığı savunması

- (121) Frito Lay'in, tavizleri¹⁹ rakipleri noktadan çıkartmak için uygulamadığı, yeni bir ürün piyasaya sürüldüğünde, önceden bulunulmayan noktalara girilmek istenmesi halinde veya dönemsel olarak faaliyet gösteren yazlık satış yerlerine ve büyüme potansiyeli olan noktalara, bu noktalarda rakip olup olmadığına bakılmaksızın tavizlerin uygulandığı, ayrıca %99'uyla herhangi bir sözleşmeye dayalı olmadan çalışılan noktalara, bu tip tavizler vererek münhasır ilişki kurmanın mümkün olmadığı iddia edilmektedir.
- (122) Dosya mevcudunda yer verilen, yukarıda değerlendirilen ve burada tekrarına gerek görülmeyen belgeler, Frito Lay'in rakip teşebbüsü noktadan çıkartmak amacıyla noktalara ek iskonto, bedelsiz ürün veya nakit para vermek gibi uygulamalarda bulunduğunu açık olarak göstermektedir.

¹⁹ Sektörde bedelsiz ürün, iskonto, indirim gibi uygulamalara genel olarak "taviz" denilmektedir.

I.6.5. İlgili ürün pazarında son yıllarda yaşanan gelişmelerin Frito Lay'in münhasırlığı sağlamaya yönelik çabası olmadığına delili olduğu iddiası

- (123) Paketlenmiş cips pazarında son yıllardaki bulunurluk, noktalar itibarıyla münhasırlık ve pazar payı oranlarındaki gelişmelerin Frito Lay'in münhasırlığı/tek satıcılığı sağlamaya yönelik bir çabası olmadığını kanıtladığı, son 4 yılda Frito Lay'in geleneksel kanalda bulunurluk oranı % (.....) seviyesinde sabit kalırken, Kraft bulunurluk oranının % (.....)'dan % (.....)'e, Pringles bulunurluk oranının ise % (.....)'den % (.....)'e yükseldiği, ağırlıklı bulunurluk oranları ele alındığında ise Frito Lay yine aynı seviyede kalırken, Kraft'ın bulunurluğunu % (.....)'den % (.....)'a, Pringles'in ise % (.....)'den % (.....)'ye yükselttiği ifade edilmektedir.
- (124) Savunmalarda Aralık 2008- Eylül 2011 döneminde ise, Frito Lay'in tek başına bulunduğu geleneksel kanal sayısı (.....) (% (.....)²⁰)'den (.....) (% (.....))'e gerilerken, Kraft ile birlikte buldukları nokta sayısının (.....) (% (.....))'den (.....) (% (.....))'ye ve rakibin tek başına bulunduğu nokta sayısının ise (.....) (% (.....))'den (.....) (% (.....))'a çıktığı, bu verilerin Frito Lay'in münhasırlığı amaçlamadığını aksine tek satıcı olduğu noktaların ciddi şekilde azaldığını gösterdiği, 2008-2011 döneminde Frito Lay'in geleneksel kanaldaki pazar payı % (.....)'den % (.....)'e düşerken, rakipleri Kraft ve Pringles'in pazar paylarının sırasıyla % (.....)'dan % (.....)'ye ve % (.....)'den % (.....)'ya çıktığı ve pazar paylarındaki bu değişimlerin, teşebbüs uygulamalarının münhasırlığa yol açtığı iddiasını ortadan kaldırdığı iddia edilmektedir.
- (125) Rakiplerin pazar payının ya da bulunurluk oranlarının artmasının hakim durumda bulunan teşebbüsün dosya konusu eylemlerde bulunmadığının kanıtı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Yukarıda yer verilen belgeler, teşebbüsün bedelsiz ürün ve iskonto gibi çeşitli araçlarla noktada sadece kendi ürününün bulunması için çaba sarf ettiğini ve bu çabaların sonuç doğurduğunu açıkça göstermektedir.

I.6.6. Kurul'un 14.10.2010 tarih ve 10-65/1363-505 sayılı Coca-Cola kararında hâkim durumdaki sağlayıcı lehine münhasırlığa sebebiyet verecek şekilde uygulanmayan 'nakit taviz' ve 'bedelsiz ürün' gibi teşvik mekanizmalarının rekabetçi etkilerinin olduğu tespitinin yer aldığı iddiası

- (126) Savunmada Coca-Cola kararına da atıf yapılarak, hâkim durumdaki sağlayıcı tarafından dayatma veya teşvik yoluyla münhasırlığa sebebiyet vermeyecek şekilde olmak koşuluyla, teşvik mekanizmalarının satış noktasında sunulan ürün ve hizmetin fiyat ve kalitesinde iyileşmeyi beraberinde getirerek tüketici faydası yarattığının genel kabul gördüğü ifade edilmektedir.
- (127) Savunmada atıf yapılan Coca Cola kararında yer verilen uygulamaların, özellikle tüketiciler tarafından faydalanılan sonuçları olması durumunda daha rekabetçi sonuçlar doğurduğu bilinmektedir. Ancak buradaki kritik husus kararda da belirtildiği gibi "münhasırlığa sebebiyet verecek şekilde uygulanmayan" şeklindeki ifadedir. Dosya konusu belgelerin amaç bakımından tek satıcılığa yönelik uygulamalar kapsamında olduğu ve sonuç doğurduğu görülmektedir.

I.7. Ceza Tespitine İlişkin Değerlendirme

- (128) Yukarıda yer verilen tespit ve açıklamalar çerçevesinde, Frito Lay'in nihai satış noktalarında ürünlerinin münhasır satılmasına yönelik uygulamalar yoluyla Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği ve 4.5.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı muafiyetin geri alınması kararına aykırı hareket ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

²⁰ Toplam geleneksel satış noktaları içerisindeki oran olarak verilmektedir.

- (129) Kanun'un 4. maddesinde yer alan yasaklama kapsamında bir ihlalin söz konusu olması nedeniyle, Frito Lay'e Kanun'un 16. maddesi ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" (Ceza Yönetmeliği) hükümleri uyarınca idari para cezası verilmesi gerekmektedir.
- (130) Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ve aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca temel para cezası belirlenmiş ve %1,5 oranı esas alınmıştır.
- (131) Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi, bir yıldan uzun beş yıldan kısa süren ihlallerde temel para cezasının yarısı oranında arttırılacağını hükme bağlamıştır. İlgili hüküm uyarınca Frito Lay'in ihlalde bulunduğu sürenin 1 yıldan uzun ve 5 yıldan kısa olduğu dikkate alınarak²¹, temel para cezası yarısı oranında artırılarak %2,25 oranı esas alınmıştır.

J. SONUÇ

- (132) 26.06.2012 tarih, 12-35/994-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre;

1. Frito Lay Gıda San. Tic. A.Ş.'nin, nihai satış noktalarında ürünlerinin tek satılmasına yönelik uygulamalar yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine OYBİRLİĞİ ile,

2. Söz konusu uygulamalara, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulları taşımaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınamayacağına OYBİRLİĞİ ile,

3. Bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi hükümleri uyarınca 2012 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen gelirlerinin taktiren %2,25'i oranında olmak üzere;

- Frito Lay Gıda San. Tic. A.Ş.'ye 17.908.674,19 TL

idari para cezası verilmesine Kurul Üyesi Reşit GÜRPINAR'ın farklı gerekçesi ve OYBİRLİĞİ ile

Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

²¹ Dosya kapsamında 2006 ve 2008 yıllarına ait belgeler olmakla birlikte, ihlal tespitine dayanak oluşturan belgeler esas olarak 2009-2012 dönemine ilişkindir.

Rekabet Kurulu'nun 29.08.2013 Tarih ve 13-49/711-300 Sayılı Kararına

FARKLI GEREKÇE

Kurulumuz mezkur Kararıyla, 4054 Sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3.fıkrası ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in, 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi hükümleri uyarınca 2012 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren % (.....) oranında olmak üzere; Frito Lay Gıda San.Tic. A.Ş hakkında (.....)TL idari para cezası verilmesine karar vermiş bulunmaktadır. Anılan bu idari para cezası belirlenirken, 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile birlikte, yukarıda belirtilen Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin ilgili hükümlerinin uygulanarak temel para cezaları baz alınarak ceza verilmiş olup, anılan yönetmeliğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı olduğu inancıyla, aşağıda belirteceğim nedenlerle kararın ceza oran ve miktarlarını belirleyen 3.maddesine farklı gerekçe ile katılıyorum.

Farklı gerekçemiz, "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5.maddesi ile getirilen kabahat tipleri ve bu kabahat tiplerine verilecek idari para cezalarına alt ve üst sınır konulması suretiyle kanuna aykırı yönetmelik hükümlerinin uygulanması noktalarından doğmaktadır.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin yönetmelik 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırıdır.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in; "Temel Para Cezası" başlığı altındaki 5.maddesinde;

(1)Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan 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;

- a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,
b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü,
arasında bir oran esas alınır.

(2) Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır.

(3) Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

- a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında,
b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında,

arttırılır." denilmiş, yine 6.maddesinde Ağırlaştırıcı Unsurlar ve 7.maddesinde de hafifletici Unsurlar ayrı ayrı sayılmıştır.

Aşağıda geniş olarak açıklanacağı üzere Yasa Koyucu 16.maddeye göre verilecek cezalarda; alt sınır getirmeyip, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların yüzde on (%10) a kadar verileceğini hükme bağlamasına ve Rekabet Kurulu'na aşağıda geniş olarak açıklayacağımız gibi, yetki aşımı nedeniyle yönetmelikle düzenlenmesi mümkün olmayan bir konuda, yönetmelikle düzenleme yapılarak belli suçlar için, belirli cezalar getirilmiş, yine yönetmelikte, Kanunda olmayan bir kural konularak alt sınır ve yasada öngörülmeleyen bir üst sınır belirlenmiş ve karteller için yüzde iki ile dört arası, diğer ihlaller içinse binde beş ile yüzde üçü oranında şeklinde ceza verilmesi öngörülmüştür.

Anayasamızın 13.maddesinde; **“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”** hükmü bulunmakta, Anayasamızın madde 38.maddesinde ise; **“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”** hükmü yer almıştır. Bu hükümler kişilere uygulanan maddi yaptırımlarında kapsamına girdiği, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasının ancak yasa ile söz konusu olabileceğini, yine yasa hükmü ile belirlenen bir cezadan daha ağır bir cezanın verilemeyeceğini temel kural olarak belirlemiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi, yukarıda içeriği belirtilen anılan yönetmelik hükmü ile bu hükme aykırı maddi ceza hükümleri getirilerek, anayasal kurallar göz ardı edilmiştir.

Hiyerarşik normlar sistemine dayalı olan hukuk düzenimizde, alt düzeydeki normların dayanaklarını ve yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldığı kuşkusuzdur. Normlar hiyerarşisinin en üstünde evrensel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunmakta, daha sonra gelen kanunlar dayanağını ve yürürlüğünü Anayasa'dan, tüzükler dayanağını ve yürürlüğünü kanundan, yönetmelikler ise dayanağını ve yürürlüğünü kanun ve tüzükten almaktadır. Bir normun kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını teşkil eden bir norma aykırı ve bunu değiştirici veya ihmal edici nitelikte bir hükmü hukuk düzenine getirmesi olanaklı bulunmamaktadır.

Hukuk devletinde yönetimin işlem ve eylemlerine uygulanacak hukuki kurallarının şeffaf ve anlaşılabilir bir şekilde belirlenmesi kadar söz konusu normların normlar hiyerarşisine uygunluğu da, bu kuralların sağlığı için büyük bir önem taşımaktadır. Normlar hiyerarşisine aykırı düzenlenen bir norm, denetim aşamasını da etkilemekte ve denetime esas kararlarda çoğu zaman normlar hiyerarşisinden sapmalar hukuka aykırılık nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu konuda onlarca Danıştay kararı bulunmaktadır.⁽²²⁾

Bu nedenlerle, hukuk sistemimizde öngörülen hukuk hiyerarşisi kavramının sağlıklı işleyebilmesi için; gerek düzenleme yapımcıların, uygulayıcıların ve gerekse, yargısal denetimi yapan mercilerin anayasal ve yasal sınırlar içerisinde hareket etmeleri gerekli ve hatta zorunludur. Çünkü bu gereklilik ve zorunluluk Anayasa'mızın 2.maddesinde öngörülen devletin temel niteliklerinden en önemlisi olan “hukuk devleti ilkesinin” olmazsa olmazlarındandır.

Yasama yetkisi asli bir yetkidir. Yasama yetkisinin kullanımı şeklinde ortaya çıkan yasa yapımı yasa koyucunun istediği alanda düzenleme yapmasına cevaz vermektedir. Bir konu Anayasa da düzenlenmese bile yasa koyucu bu konuda yasa çıkarabilir. Bu nedenle Anayasa'ya dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, yasa yapılırken uyacağı mutlak

²² Danıştay İ.D.D.K 16.06.2005 gün ve E.2003/275 K.2005/2170 Sayılı Kararı
Danıştay 8.Dairesi 07.03.2007 gün ve E.2005/6261, K.2007/1246 Sayılı Kararı
Danıştay 10.Dairesi 16.03.2009 gün ve E.2006/5588, K.2009/1879 Sayılı Kararı

kural, yapılan yasanın Anayasa'ya aykırı olmamasıdır. Buna karşılık idare, daha önce yasama organı tarafından yasa ile düzenlenmemiş bir alanda doğrudan doğruya bir düzenleme yapamaz. Bu nedenle idarenin bu düzenleme yetkisi yasadan kaynaklanan, yasayı izleyen (secundum legem) bir yetkidir. Başka bir deyişle idarenin tüm düzenleyici işlemleri yasaya dayanmak, yasayla düzenlenmiş bir alan içerisinde olmak zorunda olan, onun altında ve ona bağımlı bir yetkidir. Bu yetki idareye bir anlamda tam inisiyatif vermeyen ve yasayla düzenlenmiş alanla sınırlı bir yetkidir.

Öte yandan, idarenin düzenleyici işlemler yönünden uyacağı bir diğer kural yasalara aykırı düzenleme yapamayacağıdır. İdarenin düzenleyici işlemlerinin dayandığı yasaya uygun olması ve bu yasanın çizdiği sınırların dışına çıkmaması zorunludur. İdarenin düzenleyici işlemlerinin yasaya aykırı (contra legem) olması olanaklı değildir. İdarenin düzenleyici işlemlerinin yasaya uygun olması, ve yasanın çizdiği sınırlar içerisinde kalması (intra legem) düzenleyici işlemlerin asli şartlarının en önemlilerinden birisidir.⁽²³⁾

Anayasa'mızın "Yönetmelikler" başlığı altındaki 124. maddesinde; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren **kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla**, yönetmelikler çıkarabileceği ve hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağını kanunda belirtileceği Anayasa Koyucu tarafından vaz edilmiştir.

Yönetmelikler, Kamu Kuruluşlarının kendi görev alanlarına giren konularda yasa ve tüzük uygulanmasına yönelik yönetsel anlamdaki hukuk kurallarıdır. Yukarıda hükmü alınan Anayasanın 124.maddesine göre Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu kuruluşları görev alanları ile ilgili yasa ve tüzüklerin uygulanmasını belirleyen yönetmelik çıkarabilir. Anayasa'mızın 11.maddesinin 2.fıkrasına göre Kanunlar Anayasa'ya aykırı olmayacaktır, bu kuraldan hareketle hukukun genel ilkelerine göre; yönetmelikler normlar hiyerarşisi kurallarının bir tekrarı niteliğinde olan anılan 124.madde hükmüne göre de yasa ve tüzüklere aykırı olamayacağı gibi üst hukuk kurallarına da aykırı olamaz. **Yönetmelikler yasanın açıkça yetki vermediği bir konuda yeni bir düzenleme yapamayacağı gibi, Yasa ile öngörülen kuralı sınırlayamaz, genişletemez, ihmal edemez ve yeni bir hüküm koyamaz.**

4054 Sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16.maddesinin 3.fıkrasında; "Bu Kanunun 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." hükmü getirilmiş, 5.fıkrasında da; "Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, **30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekrarı, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.**" denilmiş, son fıkrasında da; "Bu maddeye göre verilecek **idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar**, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar **Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.**" hükmü ihdas edilmiştir.

²³ Kemal Gözler , "Yönetmelikler" www.anayasa.gen.tr/yonetmelik. htm erişim tarihi 14.07.2013

Yukarıda hükmü açıklanan 16.maddenin 5.fıkrasının yollamada bulunduğu, Kabahatler Kanununun 17.maddesinin 2.fıkrasında ise; “ **İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.**” hükmü bulunmaktadır.

Bu hükümleri yorumlamaya çalışırsak; Yasa Koyucu, maddenin 3.fıkrası ile verilecek cezalarda alt sınır (asgari had) koymayıp, sadece üst sınırı (azami haddi) belirleyerek, cezaların 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 verilebileceğini hükme bağlamış, son fıkrasında ise sadece “**cezanın tespitinde dikkate alınan hususlar**” kavramını getirerek, Rekabet Kurulu’na sadece cezanın tespitinde dikkate alınacak hususların belirlenmesine ilişkin yönetmelik çıkarma konusunda sınırlı yetki vermiştir. Cezanın tespitinde dikkate alınacak hususlar derken yasa koyucu neyi kastetmektedir? Burada kastedilen hangi fiillere, ne miktarda ceza vereceğini tespit et demek anlamında değil, 16.madde ile verilen ceza sınırları içerisinde (% 10 ‘a kadar) ceza takdir ederken hangi unsurlara göre veya hangi şartların varlığı halinde cezayı ağırlaştıracağını veya hafifleteceğini, bir başka deyişle yasada öngörülen sınırlar içerisinde ceza tayin ederken, takdir yetkini kullanma adına hangi unsurları dikkate alarak ceza tesis edeceğini anlamındadır.

Bir başka deyişle, yasa koyucu Yasa Koyucu Rekabet Kuruluna Yönetmelik yaparken kabahat tipleri ve bu kabahat tiplerine verilecek ceza miktarlarını ceza miktarlarını tespit etmesi doğrultusunda bir yetki vermemiş, Kurul takdir yetkisini kullanarak ceza konusunda karar verirken, % 10’a kadar sınırı içerisinde, ceza miktarını belirlemede etken olacak unsurların belirlenmesi konusunda yetki vermiştir.

16.maddede geçen “**tespit**” kavramı ile kastedilen kabahat tipleri ile bu kabahatlerin saptanması değil verilecek sonuç ceza miktarının saptanmasını işaret eden bir tespit yetkisidir. Çünkü, Yasa koyucu Rekabet Kurulu’na, Yönetmelik yaparken hangi fiillere ne oranda ceza verileceğini tespit etme yolunda bir yetki verseydi o zaman yasaya; “**Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespiti ve maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar**” kavramını ayrı ayrı yazarak birlikte getirirdi.

Yasa koyucu bu görüşümüzü teyit eder mahiyette olmak üzere, anılan 16.maddenin 5.fıkrasında, verilecek cezanın üst sınırı kadar olmak koşuluyla Kurulca tespit edilirken, bir başka deyişle Rekabet Kurulu takdir yetkisini kullanırken **ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları** dikkate alacağını işaret ederek Yönetmelik koyucuya, “**idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar**”ın nelerden ibaret olabileceğini söylemiş ve adeta bir anlamda Rekabet Kuruluna yol göstermiştir. Hatta bir adım daha giderek “**GİBİ HUSUSLAR**” kavramını getirerek bu hususların tahdidi değil tadadı olduğunu, bu unsurların çoğaltılabileceğini belirtmiştir. Yasa koyucu bu yolla, son fıkrada belirtilen **idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar** kavramının kapsamının ne olduğunu 5.fıkra ile önceden açıklamış ve bu kavramı son fıkrada yine tekrar ederek, bu ilkelere göre yönetmelik çıkarılabileceğini söyleyerek, Rekabet Kurulunun çıkaracağı yönetmeliğin sınırlarını çizmiştir.

Amaçsal yorum (gai yorum) ilkelerinden hareketle yasa koyucunun gerçek amacını anlamaya çalışırsak, bizce yasa koyucu, yollamada bulunduğu, yukarıda hükmü açıklanan Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünün ceza verilirken öncelikle dikkate alınacağını belirterek, bu hükümde yer alan kanunlarca alt ve üst sınırı belirlenen idari

para cezalarında kullanılacak takdir yetkisinin etkenlerini (unsurlarını) hatırlatarak ve adeta yönetmelik koyucuya da, bu şekilde yasalarda cezaların alt ve üst sınırı belirlenebilir, sen yönetmelikle alt ve üst sınır koyamazsın, sadece bu sınırlar içerisinde karar verirken bazı unsurları dikkate alınabileceği hususlarını düzenleyebilirsin anlamında yol göstermiştir.

Olayımızda 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile konulan kural, anılan yönetmelikle bir anlamda değiştirilmekte ve Kurulun hareket alanı daraltılmaktadır. Yasa ile getirilmeyen ve Yönetmelik Koyucuya ceza miktarlarını ve ceza sınırlarını saptama konusunda verilmiş bir yetki olmamasına rağmen, belirli suçlara verilecek cezaların saptanması, para cezasına yeni bir alt sınır ve yeni bir üst sınır konulması 4054 sayılı yasanın 16.maddesine aykırıdır. Öte yandan, Yönetmeliğin 5/1-a bendinde; karteller için yüzde ikisi ile yüzde dördü, (b) bendinde; karteller dışında kalan diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü oranında bir ceza öngörülmesi, Yasanın 16/son maddesinde Kurulca çıkarılması için verilen yönetmelik yetkisi kapsamını ve sınırlarını aşmaktadır. Onu contra legem hale getirmektedir. Zira yönetmelik ile temel ceza tespiti mümkün değildir. Bu nedenle yasaya aykırı bulunan Yönetmelik hükümlerine göre ceza belirlenmesinin olanaklı olmadığı, hukuken sakat olduğu açıktır. Öte yandan bu karşı oy sahibinin 4054 sayılı yasa ile kendisine verilmiş bulunan yüzde on sınırları içerisinde kalmak kaydıyla, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurları dikkate alarak ceza miktarını tespit etme yolundaki takdir yetkisi, daha önce görev yapan ve aynı seviyede olan üyelerin çıkardığı bir düzenleme ile ipotek altına alınmakta, adeta onların düşünce ve kararlarını devam ettirme zorunluluğu gibi ve yasaya dayalı olarak özgürce karar vermesini engelleyecek şekilde asla kabulü mümkün olmayan, hukukla bağdaşmayacak bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu durumun kabulü asla mümkün değildir.

Bu görüşe karşı bir sav getirilebilir. “Yönetmelik Danıştay’ca iptal edilmediğine göre hukuken geçerlidir ve zaten verilen cezada yönetmeliğin 6. ve 7. maddeleri uygulanarak sonuç olarak cezanın, yasanın öngördüğü alt ve üst sınırlara ulaşmaktadır.” Hukukun genel ilkeleri, hafifletici ve ağırlaştırıcı unsurların bulunmadığı olayda Rekabet Kurulu’nun anılan yönetmeliğe göre alt ve üst sınır belirleme yönünden bağlı olması karşısında bu savın bir geçerliliği olamaz.

Öte yandan 2577 sayılı İ.Y.U.K nun 7.maddesinin 4.fıkrasında; Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olamayacağı hükmü karşısında, açık olarak hukuka aykırı olduğuna inandığımız yönetmelik hükmünün tarafımızdan da uygulanmasının zorunlu olmadığına inanıyoruz. Bu hükme göre, Kurul’umuzca tesis edilen kararın İdare Mahkemesi ve Danıştay’ca yapılacak olası bir yargısal denetiminde de dikkate alınacağı kanısındayız.

26.9.2004 gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “*Suçta ve cezada kanunilik ilkesi*” başlığı altındaki 2.maddesinde; “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.*”

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” hükmü getirilmiştir.

Yine 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun “*Kanunilik İlkesi*” başlıklı 4.maddesinde; “*Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.*”

Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.” hükmü bulunmaktadır.

Kabahatler kanununun anılan maddesinin, gerekçesinde; *suçta kanunilik ilkesine nazaran, kabahatler açısından daha esnek bir sistem kabul edilmiştir. Buna karşılık, ikinci fıkrada, idari yaptırımlar açısından, cezada kanunilik ilkesine paralel bir hükme yer verilmiştir*.....denilmiş (24) , idari ceza hukuku ile ceza hukuku arasındaki kanunilik ilkesindeki ayırım gösterilmiştir. Ancak her iki hukuktaki kanunilik ilkesinin değişmez ana kuralı ceza hukukunda suç ile cezanın, idari ceza hukukunda yaptırımın türü, süresi ve miktarının kanunla belirleneceği kuralıdır. Ayrıca, Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal güvencelerden birini oluşturur.

Rekabet Kurulu, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in; 5.maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 2.maddesinin 2.fıkrasına ve Kabahatler Kanunu'nun 4.maddesinin 2.fıkrasına aykırı olarak 4054 sayılı yasa ile yüzde ona kadar idari para cezası verilebilmesi hükmünü daraltarak ve bir anlamda sınırlayarak, belli kabahatlere, belli ceza oranları belirleyerek adeta kendisini Yasa Koyucu yerine koymuştur. Bu hukuk devletinde asla kabulü mümkün olmayan idari bir davranıştır.

Yönetmelikle, Yasada Bulunmayan Kartel adlı Bir Kabahat Tipi Yaratılmıştır.

Rekabet Hukuku öğretisinde bulunan ancak, 4054 sayılı Yasada terim veya tanım olarak düzenlenmeyen '**kartel**' kabahati yaratılmış ve bu kabahat türü için ayrı ve öğretideki anlamı doğrultusunda daha yüksek bir ceza oranı öngörülmüştür. Oysa, 4054 sayılı yasanın 4.maddesinde öngörülen rekabete aykırı kabahatler rekabeti sınırlayıcı, anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar başlığı altındaki fiillerdir. Öğretide açıklanan kartel olarak nitelendirilen kabahat te bu kapsama girmekte ve Rekabet Öğretisinde ağır bir rekabet ihlali olarak kabul edilmektedir. Rekabet Kurulunun, yukarıda belirtilen 4.maddede kapsamına giren öğretideki anlamda kartel kabahati niteliklerini taşıyan bir eylem veya davranışla karşılaştığında yapacağı, Yönetmelikle böyle bir kabahat tipi yaratmak değil, verilen yetki doğrultusunda cezanın tespitinde dikkate alınacak hususları dikkate alarak ceza miktarını daha yüksek belirlemesidir. Başka bir deyişle 4.maddede öngörülen fiiller arasındaki ayırım Yönetmelikle kabahat tipi yaratılarak değil, cezayı ağırlaştırılan veya hafifleten nedenlerle yapılabilecek ve saptanacak ceza oranları ile yapılabilecek bir husustur. Bu kabahat tipi yaratma ve bu kabahat tipine ceza oranı belirlenmesi yukarıda belirttiğim gerekçelerle hukuka açıkça aykırıdır. Kartel kavramı ile ilgili olarak hukukumuzda geçen tek hüküm Anayasa'mızın 167.maddesinde bulunmakta olup, bu maddede, "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" denilmiştir. 4054 sayılı yasada kartel kabahatine ilişkin hiçbir hüküm bulunmaması nedeniyle, bu kabahat tipinin yaratılmasına anılan Anayasa hükümü gerekçe teşkil edemez.

Öte yandan, yukarıda belirtilenlerin dışında anılan Yönetmeliğin hukukun genel ilkelerine ve Kanuna aykırılıkları bulunmaktadır. Türk hukukunda, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte para cezası kalmamıştır. Adli ve İdari Para cezası kavramları hukukumuzda girmiştir. Rekabet Kurulunun verdiği para cezası aslında "İdari Para Cezası"dır. Bu nedenle yönetmelikte geçen para cezası kavramı Türk Ceza Kanununa ve Kabahatler Kanununa aykırıdır.

²⁴ Kabahatler Kanunu Hükümet Tasarısı ve Adalet Komisyonu madde gerekçesi

Yönetmeliğin Yasaya Aykırı Hükümlerinin Açılacak Olası Bir Davada İptal Edilebileceği Kanısını Taşıyoruz.

İdare hukuku kurallarına göre Yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere karşı iptal davaları iki halde açılabilir. Yönetmeliklerin yayımlanması üzerine ilgililer tarafından yasal süre içerisinde iptali için dava açılabilir gibi, bu düzenlemenin bir idari işleme dayanak olarak alınıp uygulanması ile menfaatleri haleldar olan kişiler tarafından da işleme birlikte, yönetmeliğin ilgili hükümlerinin de iptali yolunda işlemin tabi olduğu dava açma süresi dava açılabilirliği bilinmektedir. Bu nedenlerle ve yukarıda açıklamaya çalıştığım gerekçelerle, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in; 4054 sayılı yasaya aykırı bulunan ilgili hükümlerinin iptal davasına konu olması halinde iptal edilebileceği kanısını taşımaktayım.

4054 Sayılı Kanunun 16.Maddesinin İrdelenmesi, Anayasa'ya Aykırılık Sorunu ve Maddenin Yeniden Düzenlenmesi Gereği.

Yukarıda geniş olarak hükmünü açıkladığımız 4054 Sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16.maddesinin 3.fıkrasında; "Bu Kanunun 4, 6 ve 7nci 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." hükmü bulunmaktadır. Bu hükümle Yasa Koyucu anılan 4054 sayılı Kanunun 4, 6 ve 7.madde de belirtilen rekabet ihlali olarak nitelendirilen kabahatler hakkında verilecek idari para cezalarında Rekabet Kuruluna geniş bir takdir yetkisi alanı bırakmış ve % 0-10 oranı arasında ceza takdir edebilmesi konusunda yetki vermiştir.

Daha öncede, açıkladığımız gibi, cezanın takdirinde dikkate alınacak hususlar konusunda, anılan yasanın 16/5 fıkrası ile Kabahatler Kanununun 17/2 fıkrasına yaptığı yollamayla birlikte (işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu) ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi kavramları getirmiş, yine yukarıda açıkladığımız, 16/son fıkrası ile "gibi" kavramı ile tadadı olarak bu unsurların çoğaltılması adına "cezanın tespitinde dikkate alınan hususlar" konusunda yönetmelik çıkarma yetkisi vermiştir. Yönetmeliğin çeşitli hükümleri ile, **cezanın ağırlaştırıcı unsurları olarak**; ihlalin süresi, soruşturma kararının tebliğinden sonra kartele devam edilmesi, İncelemeye yardımcı olunmaması hali, diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması gibi davranışlar, **cezanın hafifletilmesi unsurları olarak ise**, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması, ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi haller olarak belirlenmiştir.

Sonuç olarak; Rekabet Kurulu rekabet ihlalleri için vereceği nispi idari para cezasını tespit ederken % 0-10 oranı arasında kalmak koşulu ile, yukarıda yasa hükmü ile belirtilen ve

yine Yönetmelik hükmü ile yasa koyucunun işareti ile çoğaltılan unsurları dikkate alarak takdir yetkisini kullanacaktır.

Hukuk devleti ilkesi, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin fiil ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade eder. Hukukî güvenlik ilkesi, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutumunu ve davranışlarını buna göre güvenle düzene sokabilmesi anlamına gelir. Bu güvenliğin sağlanabilmesi her şeyden önce, devletin kendi koyduğu hukuk kurallarına kendisinin de uyması bağlıdır. Hukuk devletinin ön şartlarından biri olan hukuk güvenliği ilkesi ile bireylerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Hukuk güvenliğinin unsurları, hukuki belirlilik ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi, eşitlik ilkesi ve cezaların yasallığı ile hukuksal güvenlik ilkeleridir. Bunun dışında konumuzla doğrudan ilgisi olmayan kazanılmış hak ilkesi ile geriye yürümezlik ilkeleri de Hukuk güvenliğini sağlayan diğer en önemli ilkelerdir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik" dir. Yasal düzenlemelerin nesnel olması, hukuk devletinde yasadan doğan sorumluluğunun eylem ve olgu, hukuksal sonuç, hak süjesi yönlerinden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, belli, anlaşılabilir olması en temel ilkedir. Bu nedenlerdir ki hukuksal güvenliğinin var olduğunun algılandığı otoritenin keyfilikten uzak olduğunun düşünüldüğü ortamda bireyde davranışlarını hukuka uyarlayabilecek ve kendine düşen ödevi yerine sorunsuz getirebilecek kamu düzeni ve hukuk devleti ilkesinin yerleşmesine katkı ile gereksiz uyuşmazlıkların oluşmasının önüne geçilmiş olabilecektir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir

Hukuki belirlilik ilkesi gereği olarak Yasa Koyucu tarafından getirilen kuralın, kuralın muhatapı kişilerin olağan şartlar altında belirli işlem ve eylemlerin hangi sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini sağlayacak nitelikte düzenlenmesini gerektirir. Bu ilke ile kuralın, muhatap kişi bu kuraldaki takdir yetkisinin kapsamını, kendisi tarafından öngörülemez keyfi tutum ve davranışlardan koruyacak düzeyde açıklıkla anlayacak şekilde düzenlenmelidir. Bir başka deyişle kuralın hukuki öngörülebilirliği olmalıdır.

Yasa ile getirilen kural, Anayasamızın 10.maddesinde belirlenen eşitlik ilkesine uygun olmalıdır. Şöyle ki; alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüz olmamalı, cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında çok büyük oranda açılmış bir makas şeklinde makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek nitelikte düzenlenmemelidir.

Yasa koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, kabahatler hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi, 17.04.2008 gün ve E.2005/5, K.2008/93 sayılı kararıyla, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesini iptal etmiştir.

İptale konu 42.madde de "Ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500 000 TL. den 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir. Ayrıca fenni mesule bu cezaların 1/5'i uygulanır.

Birinci fıkrada belirtilen fiiller dışında bu Kanununun 28, 33, 34, 39 ve 40 ıncı maddeleri ile 36 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen mal sahibine, fenni mesule ve müteahhide 500 000 TL.den 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir.

Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen fiillerin tekrarı halinde para cezaları bir katı artırılarak verilir.....hükmü bulunmaktaydı.

Anayasa Mahkemesi, yasa ile getirilen kuralın hukuk devleti ilkelerinden olan hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ilkesi ve cezaların yasallığı ile hukuksal güvenlik ilkelerine aykırı olduğundan bahisle anılan kuralı iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi mezkur kararında;

"3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinde düzenlenen idari para cezaları, imar ve kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi amacıyla, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve uygulanan yaptırımlardır. Maddenin birinci fıkrasındaki idari yaptırım, idarenin ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapının yapıldığı yönündeki tespiti ve bu konudaki değerlendirmesine bağlı olarak idarece uygulanmaktadır. Başka bir deyişle hem cezayı gerektiren eylemin işlendiğini saptamak hem de Yasa'da gösterilen alt ve üst sınırlar arasında cezanın tutarını belirlemek tamamıyla idari makamların, belediyeler veya en büyük mülki amirlerin kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir. Sonuçları belli ölçüde genel para cezalarına benzese de tümüyle idari işleme dayanan bir yaptırımdır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır.

İdari makamların Yasa'nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir. Yasa'yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir.

Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir.

Yasakoyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.

Cezanın Yasa'da gösterilen sınırlar arasında idarece belirlenmesinde, yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahsurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara

yapılması; hangi amaçla yapıldığı, büyüklüğü ve konut, ticari, sanayi, otel, akaryakıt istasyonu gibi niteliği; fen ve sağlık kurallarına aykırılık taşıması; içinde oturacak veya çalışacak kişiler için tehlike oluşturması; çevresinde ya da aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılabilir durumda olması gibi ölçütlere yer verilmemiştir.

Bu tür idari işlemlere karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, bu güvencenin uygulama aşamasından sonra ve ancak itiraz yoluyla ortaya çıkacağı göz önünde bulundurulduğunda, yasa kurallarının yürürlükte olduğu sürece keyfiliği ortadan kaldırmaya yeterli olduğu söylenemez. Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilir şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvence vermek zorundadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edilmiş olduğundan ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

demmiştir.⁽²⁵⁾

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız, ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer nitelikteki kararı ışığında 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 16.maddesinin ilgili fıkralarını irdelediğimizde; Yasa Koyucunun bu maddede de, Hukuki belirlilik, hukuki öngörülebilirlik, eşitlik ilkesi ve cezaların yasallığı ile hukuksal güvenlik ilkelerine tam uyduğunu söylemek mümkün değildir. Yasa koyucu, bu hükümlerle cezanın alt ve üst sınırı arasında Rekabet Kuruluna büyük bir takdir yetkisi bırakmıştır. Yukarıda açıklanan, iptale konu 42.madde de alt üst sınır cezanın parasal miktarı konularak 50 kat şeklinde olmasına rağmen, 16.madde de nispi ceza oranı belirlenmiş olmakla bu fark şimdiye kadar ki uygulamalara göre 10.000 kat şeklindedir ve hatta Rekabet Kurulu bu katı daha fazla arttırabilme olanağına sahiptir.

Öte yandan, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Rekabet Kuruluna bu alt ve üst sınırlar arasında idari para cezasını tespit ederken dikkate alacağı hususlar gerek 4054 sayılı yasa, gerek Kabahatler Yasası ve gerekse Yasa Koyucunun verdiği yönetmelik yetkisi ile belirlenmiştir. Gerçekten belirlenen unsurlar, alt ve üst sınır arasında bu kadar büyük bir orandaki farklılık içinde hukuka ve adalete uygun bir şekilde idari para cezasını tespit etmeye yeterli midir? Biz bu konuda tam yeterlidir diyemiyoruz. Bu durumun, bir başka deyişle bu maddenin Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi halinde iptal edilebileceği kuşkusunu taşımaktayım.

Bilindiği gibi, Rekabet Hukuku 1900 lü yıllarda Sherman yasası ile ilk A.B.D de doğmuş, 1950 li yıllarda da Avrupa Devletleri bu hukuku kabul etmiştir. Ülkemizde ise 1994 yılında çıkarılan 4054 sayılı yasaya göre Rekabet Kurumu 1997 yılında faaliyetine başlamıştır. Dünyada epeyce yol alan Rekabet Hukuku, teorik anlamda dahil olmak ülkemizde, Rekabet Kurumu ile pratik alanda da belirli ve üst bir seviyeye gelmiş bulunmaktadır. Artık Rekabet Hukukunda da, rekabete aykırı fiiller arasında ayırım yapılarak kabahat tiplerinin belirlenerek

bir ayrıma gidilmesi olanaklıdır. Öte yandan Anayasamızın 13.maddesinde vücut bulan Ceza muhakemesi hukuku işleminin yapılması ile sağlanması beklenen *yarar* ve verilmesi ihtimal dâhilinde bulunan *zarar* arasında *makul bir oranın* bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin *yapılmamasını* ifade eden ölçülülük ilkesi dikkate alınarak ceza miktarlarının ve kabahat tiplerinin, Yasa koyucu tarafından yeniden belirlenmesi mümkündür. Ve belirtilen gerekçelerle de zorunlu olduğu kanısındayım.

Belirtilen nedenlerle, sonuç olarak hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve eşitlik ilkeleri bağlamında, Yasa Koyucunun gelişen Rekabet hukuku ilkelerini dikkate alıp, kabahat tiplerinde bir ayrıma giderek, cezada ölçülülük ilkelerini de göz ardı etmeksizin 16.maddeyi yeniden düzenlemesi gerektiği inancındayım.

Sonuç: Yukarıda geniş olarak açıklanan nedenlerle, 4054 Sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3.fıkrası ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in, 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi hükümleri uyarınca 2012 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren % (.....) oranında olmak üzere; Frito Lay Gıda San.Tic. A.Ş hakkında (.....) TL idari para cezası verilmesine ilişkin Kurulumuz kararına, anılan bu idari para cezası belirlenirken, 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile birlikte, yukarıda belirtilen Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin yönetmeliğin ilgili hükümlerinin uygulanarak temel para cezaları baz alınarak ceza verildiğinden, Ceza Yönetmeliğinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı olduğu inancıyla, aşağıda belirteceğim nedenlerle ceza oranının, yönetmeliğin ilgili 5.maddesinin temel para cezasına ilişkin hükümlerinin uygulanmaksızın, anılan 16.maddeye göre ve Yönetmeliğin diğer hükümlerinin dikkate alınarak aynı oran ve miktarda ceza verilmesine ilişkin kurulumuz kararına farklı gerekçe ile karşıyım.

Reşit GÜRPINAR
Kurul Üyesi