

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-2-039

(Soruşturma)

Karar Sayısı : 23-61/1205-429

Karar Tarihi : 28.12.2023

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE

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

B. RAPORTÖRLER: Cansu TOPAK KORKMAZ, Celal Umut CAN,
Merve GÖZÜKATI, Mert SÖNMEZ, Burcu AYKOL

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Resen

D. HAKKINDA SORUŞTURMA

YAPILANLAR : - Danone Tikveşli Gıda ve İçecek San. ve Tic. AŞ
Temsilcileri: Av. Efser Zeynep ERGÜN, Av. Sibel YILMAZ ATİK
Levent Mah. Mektep Sok. No:14 Beşiktaş/İstanbul

- Nestle Türkiye Gıda San. AŞ
Temsilcileri: Sezin Elçin CENGİZ, Av. Zeynep ÖZGÜLTEKİN
Kanyon Residence Büyükdere Caddesi No: 185 A-8
Levent/İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Danone Tikveşli Gıda ve İçecek San. ve Tic. AŞ ve Nestle Türkiye Gıda Sanayi AŞ tarafından rekabete duyarlı bilgi değişimi yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği iddiası.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerin rekabete duyarlı bilgi değişimi yapmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal ettikleri iddiasının incelenmesi.
- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 17.03.2021 tarihli ve 21-14/177-M sayılı kararıyla, 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, hızlı tüketim malları (HTM) sektöründe üretici/tedarikçi olarak faaliyet gösteren bazı teşebbüsler hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Akabinde Kurulun 26.04.2021 tarihli ve 21-23/271-M sayılı, 20.05.2021 tarihli ve 21-26/325-M sayılı, 19.08.2021 tarihli ve 21-39/557-M sayılı, 25.11.2021 tarihli ve 21-57/796-M sayılı ve 27.01.2022 tarihli ve 22-06/84-M sayılı kararları ile HTM sektöründe üretici/tedarikçi ve perakendeci olarak faaliyet gösteren ve aralarında Eti Gıda San. ve Tic. AŞ'nin (ETİ) de bulunduğu bazı teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma (Tedarik Dosyası) açılmasına karar verilmiştir.
- (4) Söz konusu önaraştırma ve soruşturma kapsamında 18.03.2021 ve 07.12.2021 tarihlerinde ETİ'de yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir. ETİ'de gerçekleştirilen yerinde incelemelerde ETİ'nin, Danone Tikveşli Gıda ve İçecek San. ve Tic. AŞ (DANONE TİKVEŞLİ), Horizon Hızlı Tüketim Ürünleri Üretim Pazarlama Satış ve Ticaret AŞ (HORIZON), Nestle Türkiye Gıda Sanayi AŞ (NESTLE), Pasifik Tüketim Ürünleri Satış ve Ticaret AŞ (PASİFİK), Ülker Bisküvi Sanayi AŞ (ÜLKER BİSKÜVİ) ve

Ülker Çikolata Sanayi AŞ (ÜLKER ÇİKOLATA) ile rekabete hassas bilgi değişiminde bulunduğu, dolayısıyla ETİ'nin ve anılan diğer teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı eylemler içinde olabileceklerine yönelik şüphe uyandıran birtakım belgeler elde edilmiştir.

- (5) Bahsi geçen belgelere istinaden hazırlanan 27.10.2022 tarihli ve 2022-2-039/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, Kurulun 03.11.2022 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 22-50/737-M sayılı kararla DANONE TİKVEŞLİ, ETİ, HORIZON, NESTLE, PASİFİK, ÜLKER BİSKÜVİ ve ÜLKER ÇİKOLATA hakkında, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası ile ilgili olarak aynı Kanun'un 40. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (6) Önaraştırma döneminde 08.11.2022 tarihinde DANONE TİKVEŞLİ, NESTLE ve hakkında soruşturma yürütülen diğer teşebbüslerde yerinde incelemeler yapılmıştır
- (7) Ayrıca dosya kapsamında söz konusu teşebbüslerden ve Nielsen Araştırma Hizmetleri Limited Şirketinden (NIELSEN) muhtelif tarihli ve sayılı yazılar ile bilgi ve belge taleplerinde bulunulmuştur. Takiben cevabi yazılar Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına intikal etmiştir.
- (8) Önaraştırma sonucunda, Kurulun 15.12.2022 tarihli ve 22-55/849-M sayılı kararı ile DANONE TİKVEŞLİ, ETİ, HORIZON ve NESTLE tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla soruşturma başlatılmıştır¹. Soruşturma bildirimleri, DANONE TİKVEŞLİ'ye 29.12.2022 tarihli ve 56146 sayılı, ETİ'ye 30.12.2022 tarihli ve 56188 sayılı, HORIZON'a 30.12.2022 tarihli ve 56189 sayılı, NESTLE'ye 29.12.2022 tarihli ve 56148 sayılı yazılar ile elektronik tebligat yoluyla tebliğ edilmiştir². ETİ'nin birinci yazılı savunması 30.01.2023 tarih ve 35228 sayı ile, DANONE TİKVEŞLİ'nin birinci yazılı savunması 01.02.2023 tarih ve 35346 sayı ile, NESTLE'nin birinci yazılı savunması 02.02.2023 tarih ve 35352 sayı ile ve HORIZON'un birinci yazılı savunması 01.02.2023 tarih ve 35284 sayı ile, süreleri içinde, Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (9) Soruşturma süreci devam ederken Kurum kayıtlarına 10.01.2023 tarih ve 34541 sayı ile intikal eden yazıyla ETİ tarafından 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca uzlaşma usulünün başlatılmasına dair başvuruda bulunulmuştur. Söz konusu başvuru üzerine hazırlanan 19.01.2023 tarihli ve 2022-2-039/BN-02 sayılı Bilgi Notu çerçevesinde, Kurulun 26.01.2023 tarihli ve 23-06/67-M sayılı kararı ile ETİ'nin uzlaşma talebinin kabulüne ve ETİ ile uzlaşma görüşmelerine başlanmasına karar verilmiştir. Bu kapsamda Kurulun 02.03.2023 tarihli ve 23-12/181-57 sayılı kararı ile ETİ bakımından soruşturma uzlaşma usulüyle sonlandırılmıştır.
- (10) Benzer şekilde Kurum kayıtlarına 06.02.2023 tarih ve 35471 sayı ile intikal eden yazıyla HORIZON tarafından 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca uzlaşma usulünün başlatılmasına dair başvuruda bulunulmuştur. Söz konusu başvuru üzerine hazırlanan 13.02.2023 tarihli ve 2022-2-039/BN-04 sayılı Bilgi Notu çerçevesinde, Kurulun 16.02.2023 tarihli ve 23-09/133-M sayılı kararı ile HORIZON'un uzlaşma talebinin kabulüne ve HORIZON ile uzlaşma görüşmelerine başlanmasına

¹ Kurulun 15.12.2022 tarihli ve 22-55/849-349 sayılı kararı ile 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca, PASİFİK, ÜLKER BİSKÜVİ ve ÜLKER ÇİKOLATA hakkında soruşturma açılmamasına karar verilmiştir.

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

karar verilmiştir. Kurulun 30.03.2023 tarihli ve 23-16/280-96 sayılı uzlaşma nihai kararı ile HORIZON bakımından soruşturma uzlaşma usulüyle sonlandırılmıştır.

- (11) Soruşturmanın ETİ ve HORIZON bakımından uzlaşma usulü ile sonlandırılmasının akabinde Kurum kayıtlarına 24.03.2023 tarih ve 36855 sayı ile intikal eden yazıyla, NESTLE tarafından soruşturma konusu iddialar ile bağlantılı endişeleri bertaraf etmek amacıyla 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin üçüncü fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önerştirmelerde ve Soruşturmelerde Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ (2021/2 sayılı Tebliğ)'in 5. maddesi uyarınca taahhüt sunma talebinde bulunulmuştur.
- (12) NESTLE'nin taahhüt sunma talebi üzerine hazırlanan 14.04.2023 tarihli ve 2022-2-039/BN-08 sayılı Bilgi Notu, Kurulun 28.04.2023 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 23-19/371-M sayılı kararla, soruşturma konusu eylemlerin açık ve ağır ihlal niteliğinde olduğuna, dolayısıyla NESTLE'nin taahhüt sunma talebinin 2021/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca reddine karar verilmiştir. Akabinde NESTLE tarafından Kurum kayıtlarına 16.05.2023 tarih ve 38754 sayı ile intikal eden yazı ile Kurulun 28.04.2023 tarihli ve 23-19/371-M sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi çerçevesinde Kurul tarafından yeniden değerlendirilmesi ve kaldırılması, böylece taahhüt görüşmelerine başlanmasına imkân tanınması talep edilmiştir. Bu talebe istinaden hazırlanan 18.05.2023 tarihli 2022-2-039/BN-10 sayılı Bilgi Notu, Kurulun 25.05.2023 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 23-24/446-153 sayılı Kurul kararı ile söz konusu kararın kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.
- (13) Benzer şekilde, Kurum kayıtlarına 28.03.2023 tarih ve 36915 sayı ile intikal eden yazıyla, DANONE TİKVEŞLİ tarafından soruşturma konusu iddialar ile bağlantılı endişeleri bertaraf etmek amacıyla 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin üçüncü fıkrası ve 2021/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca taahhüt sunma talebinde bulunulmuştur.
- (14) Taahhüt sunma talebi üzerine hazırlanan 02.05.2023 tarihli ve 2022-2-039/BN-09 sayılı Bilgi Notu Kurulun 05.05.2023 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 23-20/403-M sayılı soruşturma konusu eylemlerin açık ve ağır ihlal niteliğinde olduğuna, dolayısıyla DANONE TİKVEŞLİ'nin taahhüt sunma talebinin 2021/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca reddine karar verilmiştir.
- (15) Ayrıca soruşturma döneminde 08.05.2023 tarihinde DANONE TİKVEŞLİ'de yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir.
- (16) Soruşturma sürecinde hazırlanan 15.06.2023 tarihli ve 2022-2-039/SR-01 sayılı Soruşturma Raporu DANONE TİKVEŞLİ tarafından 21.06.2023 tarihinde; 15.06.2023 tarihli ve 2022-2-039/SR-02 sayılı Soruşturma Raporu ise NESTLE tarafından 20.06.2023 tarihinde tebellüğ edilmiştir.
- (17) Akabinde DANONE TİKVEŞLİ tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 05.07.2023 tarih ve 40165 sayı ile giren yazı ile 4054 sayılı Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrası ve 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ (2010/3 sayılı Tebliğ) kapsamında dosyaya giriş talebinde bulunulmuştur. Bu kapsamda DANONE TİKVEŞLİ tarafından talep edilen belgelerin ticari sırlardan ve diğer gizli bilgilerden arındırılmış örneklerinin Kurum merkezinde incelenmek üzere erişime açılabileceği değerlendirilmiştir. Bu durum 14.07.2023 tarihli ve 68336 sayılı yazı ile DANONE TİKVEŞLİ'ye bildirilmiş olup incelenmesine karar

verilen belgeler, 19.07.2023 tarihinde DANONE TİKVEŞLİ temsilcileri tarafından soruşturmada görevli raportörler refakatinde Kurum merkezinde incelenmiştir.

- (18) Benzer şekilde NESTLE tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 03.07.2023 tarih ve 40076 sayı ile giren yazı ile 4054 sayılı Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrası ve 2010/3 sayılı Tebliğ kapsamında başvuruda bulunulmuştur. NESTLE'nin dosyaya giriş talebi üzerine hazırlanan 17.07.2023 tarihli ve 2022-2-039/BN-12 sayılı Bilgi Notu, Kurulun 20.07.2023 tarihli toplantısında görüşülmüş olup Kurulun 20.07.2023 tarihli ve 23-32/616-205 sayılı kararı ile NESTLE tarafından incelenmesi talep edilen bazı belgelerin Kurum merkez binasında incelenmek üzere erişime açılmasına bazı belgeler bakımından ise erişim talebinin reddedilmesine karar verilmiştir. Bu durum 21.07.2023 tarihli ve 68885 sayılı yazı ile NESTLE'ye bildirilmiş olup incelenmesine karar verilen belgeler, 04.08.2023 tarihinde NESTLE temsilcisi tarafından soruşturmada görevli raportörler refakatinde Kurum merkezinde incelenmiştir.
- (19) İkinci yazılı savunma süreci içerisinde, NESTLE tarafından 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilave süre tanınması talebinde bulunulmuştur. 05.07.2023 tarihli ve 23-29/569-M sayılı Kurul kararı ile NESTLE'nin ikinci yazılı savunma süresi bitiminden itibaren 30 gün uzatılmasına ve ayrıca aynı soruşturmanın tarafı diğer teşebbüsün ikinci yazılı savunması için ek süre talebini içeren usulüne uygun başvuru yapması halinde bu talebin de kabulüne hükmedilmiştir. Bu çerçevede DANONE TİKVEŞLİ tarafından ikinci yazılı savunma süreci içerisinde 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yapılan ilave süre tanınması talebi de 05.07.2023 tarihli ve 23-29/569-M sayılı Kurul kararı gereğince kabul edilmiş ve DANONE TİKVEŞLİ'nin ikinci yazılı savunma süresi bitiminden itibaren 30 gün uzatılmıştır. NESTLE'nin ikinci yazılı savunması 21.08.2023 tarih ve 41732 sayı ile, DANONE TİKVEŞLİ'nin ikinci yazılı savunması ise 17.08.2023 tarih ve 41689 sayı ile, süreleri içinde, Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (20) Takiben hazırlanan 29.08.2023 tarihli ve 2022-2-039/EG-01 ve 2022-2-039/EG-02 sayılı Ek Yazılı Görüşlerin sırasıyla DANONE TİKVEŞLİ'ye ve NESTLE'ye tebliğini takiben tarafların üçüncü yazılı savunmaları süreleri içinde Kurum kayıtlarına girmiştir.
- (21) 4054 sayılı Kanun'un 46. maddesi uyarınca sözlü savunma toplantısı yapılması hususu 09.11.2023 tarihli Kurul toplantısında ele alınmış ve 23-53/1017-M sayı ile sözlü savunma toplantısının 19.12.2023 tarihinde yapılmasına karar verilmiştir. Sözlü savunma toplantısı anılan tarihte gerçekleştirilmiştir.
- (22) Yürütülen soruşturmaya ilişkin Rapor, Ek Görüş, toplanan deliller, yazılı, sözlü savunmalar ve incelenen dosya muhteviyatına göre nihai karar tesis edilmiştir.
- (23) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Rapor'da;
- Hakkında soruşturma yürütülen NESTLE'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği,
 - NESTLE'nin ihlal olarak değerlendirilen eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan muafiyet koşullarını sağlamasının mümkün olmadığı,
 - Söz konusu teşebbüse aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik hükümleri kapsamında idari para cezası uygulanması gerektiği,

- Hakkında soruşturma yürütülen DANONE TİKVEŞLİ tarafından 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiğine yönelik bulguya ulaşılamadığı, bu nedenle ilgili teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına yer olmadığı

ifade edilmiştir.

I. İNCELEME, GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Taraflar

I.1.1. Danone Tikveşli Gıda ve İçecek San. ve Tic. AŞ (DANONE TİKVEŞLİ)

- (24) 120'yi aşkın ülkede faaliyet gösteren Fransa merkezli Danone Grubu, Türkiye'deki faaliyetlerine 1997 yılında başlamıştır. Danone Grubu Türkiye'de damacana ve şişe su, bebek maması, medikal beslenme ve sütlü-yoğurtlu atıştırmalıklar pazarlarında iştirakleri aracılığıyla faaliyetlerini sürdürmektedir. DANONE TİKVEŞLİ, Danone Grubu'nun bir iştiraki olarak Türkiye'de süt ürünleri, sütlü atıştırmalıklar, meyveli yoğurtlar ve diğer yoğurt bazlı ürünlerin üretimi ve satışı alanlarında faaliyet göstermektedir. DANONE TİKVEŞLİ'nin temel faaliyet alanı ise işlenmiş, pastörize edilmiş, sterilize edilmiş, homojenleştirilmiş ve/veya yüksek ısıdan geçirilmiş süt imalatıdır.
- (25) DANONE TİKVEŞLİ'nin ortaklık yapısına Tablo 1'de yer verilmektedir.

Tablo 1: DANONE TİKVEŞLİ Ortaklık Yapısı

Hissedarlar	Oran (%)
Sirmagrup İçecek Sanayi ve Ticaret AŞ	(.....)
Compagnie Gervais Danone SA	(.....)
Toplam	100,00
Kaynak: Teşebbüsten Gelen Bilgiler	

- (26) DANONE TİKVEŞLİ'nin yönetim yapısına Tablo 2'de yer verilmektedir:

Tablo 2: DANONE TİKVEŞLİ Yönetim Kurulu³

Sirmagrup İçecek Sanayi ve Ticaret AŞ ⁴	Yönetim Kurulu Başkanı
Compagnie Gervais Danone SA ⁵	Yönetim Kurulu Üyesi
Kaynak: Teşebbüsten Gelen Bilgiler	

I.1.2. Nestle Türkiye Gıda Sanayi AŞ (NESTLE)

- (27) 1875 yılında kurulmuş olan Société des Produits Nestlé SA, Türkiye'deki faaliyetlerine 1927 yılında Nestle Türkiye Gıda Sanayi AŞ (NESTLE) unvanı ile kurulan şirketle başlamıştır. Başta şekerleme, kahve ürünleri, bebek beslenmesine yönelik ürünler, evcil hayvan yiyecekleri, kahvaltı gevrekleri, sütlü içecekler ve sağlıklı beslenme ürünleri dâhil olmak üzere çeşitli yiyecek ve içecek ürünlerinin üretimi, pazarlanması ve satışı alanlarında faaliyet göstermektedir.

³ DANONE TİKVEŞLİ'nin yönetim kurulu iki tüzel kişi üyeden oluşmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin yetkileri gerçek kişi temsilcilerce kullanılmaktadır.

⁴ (.....) tarafından temsil edilmektedir.

⁵ (.....) tarafından temsil edilmektedir.

- (28) NESTLE'nin ortaklık yapısına Tablo 3'te yer verilmektedir.

Tablo 3: NESTLE Ortaklık Yapısı

Hissedarlar	Oran (%)
Société des Produits Nestlé SA	(.....)
Diğer Hissedarlar	(.....)
Toplam	100,00
Kaynak: Teşebbüsten Gelen Bilgiler	

- (29) NESTLE'nin yönetim yapısına Tablo 4'te yer verilmektedir.

Tablo 4: NESTLE Yönetim Yapısı

Leszek Zbigniew WACIRZ	Yönetim Kurulu Başkanı
Katarzyna Malgorzata CHOINSKA	Yönetim Kurulu Başkan Vekili
Kerem KADAKAL	Yönetim Kurulu Üyesi
Kaynak: Teşebbüsten Gelen Bilgiler	

I.2. Sektör Hakkında Bilgi

- (30) HTM tedarik pazarı, üreticiler/tedarikçiler tarafından sağlanan, ağırlıklı olarak gıda ve temizlik/hijyen ana kategorilerinde yer alan ürünlerin nihai tüketicilere çeşitli yollarla ulaştırılmasını sağlayan bir pazardır. Organize HTM perakendeciliğinin ana unsurları perakende hizmetleri ve bu hizmetleri sağlayan perakende zincirleridir.
- (31) Bununla birlikte, perakendeciler ile satışa sundukları ürünleri tedarik ettikleri üreticiler/tedarikçiler arasında ortaya çıkan dikey ilişki pazarın tedarik ayağını oluşturmaktadır. Ülkemiz HTM tedarik pazarında, yabancı menşeli teşebbüslerin yanı sıra yerel teşebbüsler de bulunmaktadır.
- (32) Yabancı menşeli üretici/tedarikçi teşebbüsler üretimlerini genellikle Türkiye sınırları içerisinde yapmakla beraber nihai ürünlerini bağlı buldukları ana teşebbüslerden doğrudan ithal ederek de tedarik edebilmektedirler.
- (33) Üreticilerin/tedarikçilerin alternatif ürünlerin üretimine geçiş imkanlarının sınırlı olmasının ve perakende noktalarında satılan ürünlerin tamamını üretememelerinin doğal bir sonucu olarak sektörde tek bir tedarik pazarından bahsedilememektedir. Bu kapsamda tedarik pazarları, tedarik edilen ürün grupları açısından gıda ve temizlik/hijyen olarak iki ana grup altında kategorize edilebilmektedir.
- (34) Keza, incelenen teşebbüslerin ürünlerinin yer aldığı gıda ana kategorisi altında içecek (gazlı içecek, gazsız içecek, çay, kahve, su, maden suyu vb.), süt ürünleri ve kahvaltılıklar (süt, peynir, yoğurt, tereyağı, margarin, yumurta, zeytin vb.), atıştırmalıklar ve şekerlemeler (bisküvi, kek, çikolata kaplama, çikolata, krem çikolata, sakız, çerez, kuru meyve ve kuruyemiş), yağ (ayçiçeği yağı, zeytinyağı vb.), unlu mamuller (makarna, un, paketli ekmek çeşitleri) et ve et ürünleri gibi alt kategoriler bulunmaktadır.
- (35) Ancak soruşturma tarafı teşebbüslerin temel üretim ve dağıtım faaliyetlerini oluşturan ürün grupları incelendiğinde; bisküvi, kek, çikolata, çikolata kaplamalı ürünler, şekerleme, sütlü atıştırmalıklar, yoğurt ve meyveli yoğurtlar kategorileri öne çıkmaktadır. Bahsedilen ürün grupları genel olarak, iki öğün arasında tüketilen atıştırmalıklar şeklinde tanımlanan "macro-snack" ürün grubu içerisinde yer almaktadır. Bu ürünler esasen tüketicinin alışveriş listesinde yer almayan, satış noktasında anında görüp aldığı "impulse food" olarak tabir edilen ürünlerdir. Macro-snack pazarının hangi ürünleri içerdiğine ilişkin net bir yaklaşım bulunmamakla birlikte yukarıda sayılan ürünlere ek olarak patates cipsi ve mısır cipsi ile yaz aylarında dondurma da bu gruba dahil edilebilecektir.

- (36) İlâveten bisküvi, kek, çikolata, sakız, sütlü atıştırmalık ve şekerleme sektöründe faaliyet gösteren firmaların bu alt pazarların hemen hepsine ait ürünleri pazara sunarak yatay anlamda ürün çeşitliliğine gitme çabası içinde oldukları görülmektedir. Ayrıca, aynı ürün grubu içinde farklı gelir seviyelerine hitap eden markaların yaratılması vasıtasıyla oluşan dikey anlamda ürün çeşitliliği de sektörün en önemli nitelikleri arasındadır.
- (37) Son olarak, sektörde yoğun reklam kampanyaları düzenleme gücüne ve güçlü dağıtım ağına sahip olan firmaların pazarın önemli bir bölümüne sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bu kapsamda, incelenen teşebbüslerin faaliyetlerinin yoğunlaştığı “bisküvi”, “kek”, “kaplamalı çikolata”, “çikolata” ve “sütlü atıştırmalık” kategorilerinde, NIELSEN’den gelen cevabi yazılar çerçevesinde hesaplanan pazar paylarına ilişkin tablolara aşağıda sırasıyla yer verilmektedir.

Tablo 5: Bisküvi Pazar Payları⁶

	Bisküvi Pazar Payları					
	Ciro (%)			Miktar (%)		
	2020	2021	2022	2020	2021	2022
ETİ	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
ÜLKER	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Diğer ⁷	19,2	18,7	18,9	30,4	28,5	28,4
ŞÖLEN ⁸	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
KONYA SK ⁹	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
MONDELEZ ¹⁰	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
ÇİZMECİ ¹¹	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: NIELSEN Verileri

- (38) Yukarıdaki tablodan görüleceği üzere, 2022 yılında, “bisküvi” kategorisinde ciro bazında %(.....)’lik pay ile ilk sırada ETİ yer almakta olup ETİ’yi %(.....)’luk pay ile ÜLKER takip etmektedir.

Tablo 6: Kek Pazar Payları¹²

	Kek Pazar Payları					
	Ciro (%)			Miktar (%)		
	2020	2021	2022	2020	2021	2022
ETİ	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
ÜLKER	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Diğer ¹³	18,1	18,9	18,4	25,8	26,6	27,0
ŞÖLEN	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
ELVAN ¹⁴	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: NIELSEN Verileri

- (39) “Kek” kategorisinde ise, 2022 yılında, ciro bazında %(.....)’luk pay ile ilk sırada ETİ yer alırken ETİ’yi %(.....)’lik pay ile ÜLKER takip etmektedir.

⁶ NIELSEN veri tabanının son üç yıla ait bilgileri içermesi ve en eski verinin Mayıs 2020 tarihine ait olması nedeniyle 2020 sütunundaki veriler Mayıs 2020 - Nisan 2021 dönemine aittir.

⁷ Pazar payı %1 değerinin altındaki teşebbüslere “Diğer” kategorisi altında yer verilmiştir.

⁸ Şölen Çikolata, Gıda, Sanayi ve Ticaret AŞ

⁹ Konya Şeker Sanayi ve Ticaret AŞ (Torku)

¹⁰ Mondelez International Inc.

¹¹ Çizmecı Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ

¹² NIELSEN veri tabanının son üç yıla ait bilgileri içermesi ve en eski verinin Mayıs 2020 tarihine ait olması nedeniyle 2020 sütunundaki veriler Mayıs 2020 - Nisan 2021 dönemine aittir.

¹³ Pazar payı %1 değerinin altındaki teşebbüslere “Diğer” kategorisi altında yer verilmiştir.

¹⁴ Elvan Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ

Tablo 7: Kaplamalı Çikolata Pazar Payları¹⁵

Kaplamalı Çikolata Pazar Payları						
	Ciro (%)			Miktar (%)		
	2020	2021	2022	2020	2021	2022
ÜLKER	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Diğer ¹⁶	22,5	20,8	20,0	29,2	25,1	27,4
ETİ	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
FERRERO ¹⁷	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
SAGRA ¹⁸	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
ŞÖLEN	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
NESTLE	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
MARS ¹⁹	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
DETAY GIDA ²⁰	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
KONYA SK	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: NIELSEN Verileri

- (40) “Kaplamalı çikolata” kategorisinde, 2022 yılında, ciro bazında %(.....)'lik pay ile ilk sırada ÜLKER yer alırken ÜLKER'i %(.....)'lık pay ile ETİ takip etmektedir.

Tablo 8: Çikolata Pazar Payları²¹

Çikolata Pazar Payları						
	Ciro (%)			Miktar (%)		
	2020	2021	2022	2020	2021	2022
ÜLKER	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Diğer ²²	22,0	21,5	23,2	28,6	27,5	30,0
NESTLE	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
ETİ	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
MONDOLEZ	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
KONYA SK	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
ŞÖLEN	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
PLADİS ²³	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
ELİT ²⁴	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: NIELSEN Verileri

- (41) “Çikolata” kategorisinde, 2022 yılında, ciro bazında %(.....)'lik pay ile ilk sırada ÜLKER yer almakta olup ÜLKER'i %(.....)'luk pay ile NESTLE takip etmektedir.

¹⁵ NIELSEN veri tabanının son üç yıla ait bilgileri içermesi ve en eski verinin Mayıs 2020 tarihine ait olması nedeniyle 2020 sütunundaki veriler Mayıs 2020 - Nisan 2021 dönemine aittir.

¹⁶ Pazar payı %1 değerinin altındaki teşebbüslere “Diğer” kategorisi altında yer verilmiştir.

¹⁷ Ferrero Çikolata ve Tarım Ürünleri Sanayi ve Dış Ticaret AŞ

¹⁸ Sagra Grup Gıda Üretim ve Ticaret AŞ

¹⁹ Mars Inc.

²⁰ Detay Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ

²¹ NIELSEN veri tabanının son üç yıla ait bilgileri içermesi ve en eski verinin Mayıs 2020 tarihine ait olması nedeniyle 2020 sütunundaki veriler Mayıs 2020 - Nisan 2021 dönemine aittir.

²² Pazar payı %1 değerinin altındaki teşebbüslere “Diğer” kategorisi altında yer verilmiştir.

²³ Pladis Foods Limited

²⁴ Elit Çikolata ve Pazarlama AŞ

Tablo 9: Sütlü Atıştırmalık Pazar Payları^{25, 26}

Sütlü Atıştırmalık Pazar Payları						
	Ciro (%)			Miktar (%)		
	2020	2021	2022	2020	2021	2022
FERRERO	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
ETİ	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Diğer	4,8	5,5	3,9	6,7	7,9	5,2
MONDOLEZ	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
ŞÖLEN	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: NIELSEN Verileri

- (42) Son olarak “sütlü atıştırmalık” kategorisinde, 2022 yılında, ciro bazında %(.....)'lik pay ile ilk sırada FERRERO yer almakta olup FERRERO'yu %(.....)'lik pay ile ETİ takip etmektedir.
- (43) Yukarıdaki pazar payları çerçevesinde, soruşturma kapsamında incelenen teşebbüslerin yer aldığı atıştırmalık pazarında genellikle pazardaki 4-5 oyuncunun pazarın yaklaşık %80'ini veya daha fazlasını oluşturduğu görülmektedir. İşbu dosya sürecinde incelenen teşebbüslerin ise pazarda yüksek pazar payları ile faaliyet gösterdiği söylenebilecektir.

I.3. İlgili Pazar

I.3.1. İlgili Ürün Pazarı

- (44) Soruşturma tarafı teşebbüslerin faaliyetleri dikkate alındığında ilgili ürün pazarı, “gıda ürünlerinin tedariki” olarak ya da “çikolata”, “bisküvi”, “kek”, “kaplamalı çikolata”, “kraker”, “yoğurt”, “meyveli yoğurt”, “sütü atıştırmalıklar” gibi her bir alt kategori bakımından ayrı olarak da belirlenebilecektir. Bununla birlikte, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'un (İlgili Pazar Kılavuzu) 20. paragrafında yer alan *“İnceleme konusu işlem gerek ürün gerekse de coğrafi açıdan olası alternatif pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmıyor ya da alternatif tanımlar açısından rekabeti bozucu bir etki söz konusu oluyorsa pazar tanımı yapılmayabilir”* ifadesi kapsamında, alternatif ilgili ürün pazarı tanımlarına göre ilgili ürün pazarı belirlenmesi ulaşılan sonucu değiştirmeyeceğinden herhangi bir ilgili ürün pazarı tanımı yapılmamıştır.

I.3.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (45) İncelenen teşebbüslerin, Türkiye'nin hemen her bölgesindeki farklı kanallarda bulunan perakendecilere ürün tedarik ettiği göz önüne alındığında, dosya kapsamında ilgili coğrafi pazarın "Türkiye" olarak belirlenebileceği değerlendirilmektedir.
- (46) Öte yandan İlgili Pazar Kılavuzu'nun 20. paragrafında yer alan *“inceleme konusu işlem, gerek ürün gerekse de coğrafi açıdan olası alternatif pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmıyor ya da alternatif tüm tanımlar açısından rekabeti bozucu bir etki söz konusu oluyorsa pazar tanımı yapılmayabilir.”* ifadesi kapsamında ilgili coğrafi pazar tanımı yapılmasının sonucuna herhangi bir etkisi olmayacağı dolayısıyla ilgili coğrafi pazarın tanımlanmasına gerek olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

²⁵ NIELSEN veri tabanının son üç yıla ait bilgileri içermesi ve en eski verinin Mayıs 2020 tarihine ait olması nedeniyle 2020 sütunundaki veriler Mayıs 2020 - Nisan 2021 dönemine aittir.

²⁶ Soruşturma taraflarından DANONE TİKVEŞLİ yukarıda yer verilen kategorilerden yalnızca “Sütü Atıştırmalık” kategorisinde faaliyet göstermekte olup DANONE TİKVEŞLİ'nin pazar payı tablonun “Diğer” başlığı altında değerlendirilmiştir.

I.4. Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler²⁷

I.4.1. Tedarik Dosyası²⁸ Sürecinde Edilen Belgeler

I.4.1.1. ETİ'den Elde Edilen Belgeler

- (47) **Tespit 1-** ETİ'de yapılan yerinde incelemede ETİ Modern Kanal Satış Grup Müdürü (.....) (CSS)'un mobil cihazından elde edilen ve 11.09.2018 ve 02.04.2019 tarihlerinde ETİ Modern Kanal Satış Grup Müdürü CSS ile DANONE TİKVEŞLİ Pazarlama Direktörü (.....) (YF) arasında geçen Whatsapp yazışmalarında aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

CSS (11.09.2018, 14.39):	<i>Yeni zam varmı son 3 ay da?</i>
YF (11.09.2018, 17.11):	<i>Gelecek 3 ay için mi?</i>
YF (11.09.2018, 17.11):	<i>Dolara göre bakacağız</i>
YF (11.09.2018, 17.11):	<i>7yi gecerse olur</i>
...	
YF (02.04.2019, 09.34):	<i>Abi siz zammi ne zaman acikliyorsunuz?</i>
CSS (02.04.2019, 09.43):	<i>Biz 1 Subatta açıklamıştık</i>
CSS (02.04.2019, 09.43):	<i>Hala gecmedi kimse ama</i>
CSS (02.04.2019, 09.43):	<i>Bu ay geceler diye tahmin ediyoruz</i>
CSS (02.04.2019, 09.43):	<i>Mart başında da 1-2 sku²⁹ oldu</i>
YF (02.04.2019, 10.14):	<i>Yeni zam yok mu sizde</i>
YF (02.04.2019, 10.14):	<i>Biz nisan ortası geçiyoruz</i>
CSS (02.04.2019, 10.14):	<i>Su an ufak tefekler kaldı onlarda Haziran</i>

- (48) **Tespit 2-** ETİ'de yapılan yerinde incelemede ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü (.....) (AK)'nın mobil cihazından edilen ve 21.05.2018-03.11.2020 tarihleri arasında ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü AK ile NESTLE Satış Operasyon Müdürü (.....) (AA) arasında geçen Whatsapp yazışmalarında aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

AA (21.05.2018, 11.07):	<i>Abi selam, Etinin distribütörden kredi kartı ile tahsilat sürecinde vade ne uyguluyordu</i>
AA (21.05.2018, 11.07):	<i>Bi de kaç taksit yapıyor şu anda</i>
AK (21.05.2018, 12.31):	<i>12:30 da arayımmı</i>
AK (21.05.2018, 12.34):	<i>[Distribütör-Ticari Kart Fiyatlamaları isimli Excel dosyasının görseli paylaşılmıştır.]</i>
AA (21.05.2018, 12.35):	<i>Tamam</i>
AA (21.05.2018, 12.39):	<i>Bunlar müşteriden distribütöre ödeme galiba abi</i>
AA (21.05.2018, 12.39):	<i>Mesela dilek etiye para öderken</i>
AK (21.05.2018, 12.39):	<i>(.....)</i>
AK (21.05.2018, 12.40):	<i>(.....)</i>
AK (21.05.2018, 12.40):	<i>(.....)</i>
AK (21.05.2018, 12.40):	<i>(.....)</i>
AA (21.05.2018, 12.51):	<i>Oooo tamam</i>
AA (21.05.2018, 12.51):	<i>Ben orayı sormuştum abi eyvallah</i>
...	
AA (19.06.2018, 12.27):	<i>Abi selam</i>
AA (19.06.2018, 12.27):	<i>Bişey soracaktım</i>

²⁷ Belgelerdeki yazım yanlışları, herhangi bir düzeltme yapılmadan aynı şekliyle korunmuştur.

²⁸ 2021-2-012 sayılı dosya

²⁹ "Stock Keeping Unit" ifadesinin kısaltılması olup stok kodu anlamına gelmektedir.

- AA (19.06.2018, 12.27): *Çikolatada iade oranı kaçtı şu an etinin*
AA (19.06.2018, 12.28): *Sadece çikolata bar olarak düşünürsen*
AK (19.06.2018, 12.29): *Yaklaşık (.....)dir.*
AK (19.06.2018, 12.30): *Ama kesin rakama bakmam gerekir*
AK (19.06.2018, 12.30): *(.....) tahmin*
AK (19.06.2018, 12.30): *Toplantıdan çıkınca*
AA (19.06.2018, 12.30): *Oo yükselmiş mi*
AK (19.06.2018, 12.30): *Neti söylerim*
AA (19.06.2018, 12.30): *Sütburgeri frigoyu düşünme*
AK (19.06.2018, 12.30): *Çikolata son 1 yıl yüksektir*
AK (19.06.2018, 12.30): *Düşünmüyorum*
AA (19.06.2018, 12.31): *Tamam abi sağolasın*
AK (20.06.2018, 10.43): *(.....) merhaba*
AK (20.06.2018, 10.43): *Diste³⁰ peşin iskontonuz kaçtı*
AA (20.06.2018, 10.44): *%(.....) olması lazım*
AK (20.06.2018, 10.45): *Normal vade kaç gün*
AA (20.06.2018, 10.45): *(.....)*
AK (20.06.2018, 10.45): *Peşini kaç gün vade veriyosunuz*
AK (20.06.2018, 10.45): *Çok düşükmüş*
AK (20.06.2018, 10.45): *Piyasa epey yükseldi*
AA (20.06.2018, 10.45): *(.....)*
AA (20.06.2018, 10.45): *Bu distribütörlere*
AK (20.06.2018, 10.46): *Bizde (.....) vade var*
AA (20.06.2018, 10.46): *Onu soruyosun dimi*
AK (20.06.2018, 10.46): *(.....) güne (.....)*
AK (20.06.2018, 10.46): *Evet distribütöre*
AA (20.06.2018, 10.47): *Peşin vade çok düşük bizde*
AA (20.06.2018, 10.47): *Distribütör ler şikayetçi*
AK (20.06.2018, 10.47): *Evet çok düşük*
AK (20.06.2018, 11.55): *Teşekkür ederim*
...
AA (14.08.2018, 12.54): *Abi zam yok dedim gofretleri unuttum, (.....) krş nestle gofretleri (.....) e çıkarıyoruz*
AA (14.08.2018, 12.54): *Nesquik ve crunch gofret (.....) de kalıyo*
AA (14.08.2018, 12.54): *Tabletleri konuşuyolarmış haber veriririm*
AK (14.08.2018, 12.57): *👇*
AK (14.08.2018, 21.35): *(İletildi) [Ülker markalı ürünlere ilişkin 27.08.2018 tarihi itibarıyla geçerli olacak yeni fiyat ve gramaj bilgilerini içeren Excel dosyası paylaşılmıştır.]*
AA (14.08.2018, 22.12): *Eyvallah abi*
...
AA (27.08.2018, 12.09): *Abi selam*
AA (27.08.2018, 12.09): *İzinde misin*
AK (27.08.2018, 12.33): *Çalışıyorum*
AK (27.08.2018, 12.33): *Toplantıdaydım yeni bitti*
AA (27.08.2018, 12.46): *Çikolataya zam geçtiniz mi*

³⁰ Distribütörün kısaltması olduğu değerlendirilmektedir.

- AK (27.08.2018, 12.47): 31 inde
AA (27.08.2018, 12.47): Eylülde?
AK (27.08.2018, 12.48): (İletildi) [Eti markalı ürünlere ilişkin eski ve 31.08.2018 tarihi itibarıyla geçerli olacak yeni fiyat bilgilerini içeren görsel paylaşılmıştır.]
AK (27.08.2018, 12.48): Ağustos
AA (27.08.2018, 12.52): Tamamdır
AA (27.08.2018, 12.58): Karam gurmede geçmiyorsunuz dimi abi
AK (27.08.2018, 12.58): Şu an yok
AK (27.08.2018, 12.58): Ama eylülde oda geçecek
...
AK (10.12.2018, 08.54): (.....) merhaba
AK (10.12.2018, 09.03): (.....) sizdeki nesfit barların iade oranı ile ilgili bilgi gerekli
AA (10.12.2018, 09.58): Abi yüksek iade oranı (.....)% gibi
AK (10.12.2018, 10.08): Eyvallah
AK (10.12.2018, 10.08): Bizde %(.....)
AA (10.12.2018, 10.14): Oww
AK (10.12.2018, 10.28): Biz ürünü iyi sattık ama nerde iyi satılacşğı ile ilgili bir miktar hatalı dağıtım oldu
...
AK (16.01.2019, 12:20): (.....) merhaba
AK (16.01.2019, 12:20): Ufukta zam görünüyor mu
AA (16.01.2019, 12.22): Selam abi
AA (16.01.2019, 12.22): Çikolatada olabilir gibi
AA (16.01.2019, 12.22): Net değil ama
AK (16.01.2019, 12.22): Bizde de 18 inde liste gelecek gibi
AA (16.01.2019, 12.22): Ahenk nasıl gidiyo
AK (16.01.2019, 12.22): Ama detay yok
AA (16.01.2019, 12.23): Bizde olursa şubatta olur
AK (16.01.2019, 12.23): Valla %(.....) kapsama geldi
AK (16.01.2019, 12.23): Her gün gk³¹ da (.....)tl ciro var.
AK (16.01.2019, 12.23): Ama erime nasıl olacak bakacaz
AA (18.01.2019, 09.01): Abi günaydın
AA (18.01.2019, 09.01): Fiyat geçtiniz mi
AK (18.01.2019, 09.01): Gelmed
AK (18.01.2019, 09.01): Gelince haber verecem
AA (18.01.2019, 09.04): Tamamdır sağol
AK (18.01.2019, 19.12): (.....) 166 üründe fiyat geçişi var
AK (18.01.2019, 19.12): Liste öğlen geldi ama ben şirket dilındaydım
AK (18.01.2019, 19.13): Liste yoksa yarın atayım
AA (18.01.2019, 19.14): Aktif geçiş ne zaman
AA (18.01.2019, 19.14): Yok abi liste
AK (18.01.2019, 19.14): 1 şubat
AK (18.01.2019, 19.14): Sabah atayım
AA (18.01.2019, 19.14): Tamam abi sağolasın
AK (18.01.2019, 19.14): Ortalama %(.....)
AA (18.01.2019, 19.15): Ne diyosunnn
AK (18.01.2019, 19.16): Aynen valla
AK (18.01.2019, 19.16): Çok iddali

³¹ Geleneksel kanalın kısaltmasını ifade etmektedir.

AA (18.01.2019, 19.16):	<i>Çok olmuş abi</i>
AA (18.01.2019, 19.16):	<i>Biz geçsek (.....)geçeriz</i>
AK (18.01.2019, 19.17):	<i>Puf (.....)den (.....) ye</i>
AK (18.01.2019, 19.17):	<i>Bu (.....) kurusluk sticksler</i>
AK (18.01.2019, 19.17):	<i>(.....) ye</i>
AK (18.01.2019, 19.17):	<i>Intense(.....)den (.....)</i>
AK (18.01.2019, 19.17):	<i>Atarım yarın</i>
AA (18.01.2019, 19.18):	<i>Kare çikolatalara var mı</i>
AK (18.01.2019, 19.19):	<i>% (.....) arası</i>
AA (18.01.2019, 19.19):	<i>Yuhhhh</i>
AA (19.01.2019, 10.24):	<i>Abi günaydın</i>
AA (19.01.2019, 10.24):	<i>Listeyi gönderebilecek misin</i>
AK (19.01.2019, 10.30):	<i>(iletildi) [18.01.2019 tarihli yazışmada bahsi geçen fiyat listesine ilişkin görsel gönderilmiştir.]</i>
AK (19.01.2019, 10.30):	<i>Tsm liste</i>
AK (19.01.2019, 10.30):	<i>Tam liste</i>
AA (19.01.2020, 10.31):	<i>Teşekkür ettim</i>
...	
AK (04.05.2020, 17.56):	<i>(.....) merhaba</i>
AK (04.05.2020, 17.56):	<i>Fiyat geçişi varmı</i>
AA (04.05.2020, 17.57):	<i>Kahvede olacak gibi abi</i>
AA (04.05.2020, 17.57):	<i>Çikolatada yok şimdilik</i>
AK (04.05.2020, 17.58):	<i>Eyvallah</i>
...	
AA (03.11.2020, 13.51):	<i>Abi selam</i>
AA (03.11.2020, 13.51):	<i>Çikolatada fiyat geçişiniz var mı yakında</i>
AK (03.11.2020, 13.51):	<i>Bu ay yok</i>
AA (03.11.2020, 13.51):	<i>Aralık ?</i>
AK (03.11.2020, 13.51):	<i>Bilmiyorum</i>
AK (03.11.2020, 13.51):	<i>Akşama öğrenirim</i>
AA (03.11.2020, 13.51):	<i>Eyvallah</i>

I.4.2. Öneriştirme Sürecinde Yapılan Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler³²

I.4.2.1. DANONE TİKVEŞLİ'den Elde Edilen Belgeler

- (49) **Tespit 3-** DANONE TİKVEŞLİ İndirim Marketler ve Cash&Carry³³ Satış Lideri (.....) (SZ)'ın mobil cihazında, "Sales Com." adlı Whatsapp grubuna rastlanmış olup söz konusu grupta yer alan ve DANONE TİKVEŞLİ Satış Direktörü (.....) (Tİ) ile DANONE TİKVEŞLİ Geleneksel Kanal Müdürü (.....) (MSG) arasında gerçekleşen 13.08.2020 tarihli yazışmanın içeriği aşağıda aktarıldığı gibidir:

³² Belgelerdeki yazım yanlışları, herhangi bir düzeltme yapılmadan aynı şekliyle korunmuştur.

³³ Organize toptan ticaret şeklinde kullanılan perakende sektörüne özgü bir terimdir.

Tİ (13.08.2020, 14.01):	<i>Aromali sut mitigation³⁴ için 2 seneryo lazim okul 21st sept³⁵ acilirse ve ilk donem acilmazsa</i>
...	
MSG (13.08.2020, 14.24):	<i>Rakiplerden duyumlari olanlar paylaşabilir mi. Eger acilmazsa onlar da mitigate etmek için fiyati kiracaklar. İlk turda boyle yaptilar cok sıkıştırdılar piyasayı</i>

I.4.2.2. NESTLE'den Elde Edilen Belgeler

- (50) **Tespit 4-** NESTLE Professional Kanal Satış Müdürü (.....) (AY)'ın bilgisayarından elde edilen ve gövde kısmında herhangi bir ileti bulunmayan e-posta, 08.11.2017 tarihinde NESTLE distribütörü (.....) (MG) tarafından NESTLE Professional Kanal Satış Müdürü AY'ye gönderilmiştir. Akabinde "ÜLKER FİYAT LİSTESİ" konulu e-postanın ve bu e-postanın ekinde yer alan ÜLKER fiyat listesinin (.....) (AY) tarafından NESTLE çalışanı (.....) (RTC)'a gönderildiği görülmektedir.
- (51) **Tespit 5-** NESTLE Professional Kanal Satış Müdürü (.....) (AY)'ın bilgisayarından, ekinde "ÜLKER HAZİRAN AKTİVİTE LİSTESİ" başlıklı bir Excel dosyası³⁶ bulunan, gövde kısmında ise herhangi bir veri bulunmayan "ÜLKER HAZİRAN AKTİVİTE LİSTESİ BARKODLU.xlsx" konulu e-posta iletili elde edilmiştir. E-posta 02.06.2020 tarihinde ÜLKER çalışanı (.....) (ÖY) tarafından ÜLKER distribütörü (.....) (CY)'a gönderilmiştir. Ardından söz konusu e-posta, ÜLKER distribütörü (.....) tarafından NESTLE distribütörü (.....) (MCA)'e iletilmiştir. Akabinde ilgili e-posta (.....) aracılığı ile NESTLE distribütörü (.....) (MG)'e ulaştırılmıştır.
- (52) Nihayetinde, NESTLE distribütörü (.....) (MG) tarafından ÜLKER'in fiyat listesini içeren Excel dosyası, NESTLE Professional Kanal Satış Müdürü (.....) (AY)'a 23.06.2020 tarihinde iletilmiştir.
- (53) **Tespit 6-** NESTLE Professional Kanal Satış Müdürü (.....) (AY)'ın mobil cihazında yer alan WhatsApp uygulaması altında NESTLE distribütörü (.....) (MG) ile 04.12.2021 tarihinde gerçekleştirilen yazışmanın içeriği aşağıda aktarıldığı gibidir:

AY (04.12.2021, 14:53): (.....) Ülker fiyat listesi lazım
AY (04.12.2021, 14:53): Ama Mail atma burdan gönder
MGG (04.12.2021, 16:12): Tamm abi
MGG (04.12.2021, 16:13): Eti var
MGG (04.12.2021, 16:13): Hazırda
[Akabinde MG tarafından "13 Aralık Fiyat Geçişi" başlıklı ETİ'ye ilişkin fiyat listeleri paylaşılmıştır.]

I.5. Değerlendirme

I.5.1. 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesi Kapsamında Teorik Çerçeve

- (54) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında; "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır." hükmü yer almaktadır.

³⁴ Risk azaltılması anlamında kullanıldığı değerlendirilmektedir.

³⁵ Eylül ayının İngilizce kısaltmasını ifade etmektedir.

³⁶ ÜLKER ürünlerinin aktivite ve fiyat listesi yer almaktadır.

- (55) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi incelendiğinde, teşebbüsler arasında gerçekleştirilen ve amacı veya etkisi yahut potansiyel etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıcı nitelik taşıyan her türlü anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararının yasaklandığı görülmektedir³⁷. Sözü edilen kavramlara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'da herhangi bir tanıma yer verilmemekle birlikte aynı Kanun'un 4. maddesinin gerekçesinde;

“Bu Kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerekir. Maddenin amacı bakımından anlaşma, hukuki şekil şartlarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur.”

ifadeleriyle Türk rekabet hukukunda “anlaşma” kavramının borçlar hukukundaki “sözleşme” kavramından daha geniş bir kavram olduğuna dikkat çekilmekte ve bağlayıcı olma, yazılı şekil, yükümlülüklerin ifa edilmemesi hâlinde uygulanacak yaptırımın düzenlenmesi yahut yürürlük koşulları gibi herhangi bir şart aranmamaktadır³⁸. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında bir anlaşmanın varlığı için teşebbüsler arasında aynı yönde bir irade uyuşmasının ya da mutabakatın bulunması yeterlidir. Bu kapsamda, çoğunlukla birbirlerinden net bir şekilde ayrılamayan bu kavramların nihai amacı; teşebbüslerin bağımsız karar almaları ile davranışlarını koordine etmeleri arasındaki ayrımı nitelemekten öteye geçmemektedir. Buna binaen anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasındaki farkın, bu kavramların işaret ettiği eylemlerin farklı sonuca yol açmasından ziyade eylemlerin ne şekilde ortaya çıktığına dair olduğu söylenebilecektir.

- (56) Diğer yandan 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlali bakımından madde kapsamına giren eylemin niteliğine bağlı olarak amaç veya etki unsurlarından sadece birini barındırması yeterli kabul edilmektedir. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in (Ceza Yönetmeliği) “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde kartel; fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve/veya uyumlu eylemler olarak tanımlanmaktadır. Fiyat tespitini, arz kısıtlamasını, bölge, pazar veya müşteri paylaşımını konu alan ve kartel olarak nitelendirilen anlaşmalar/uyumlu eylemler, doğaları gereği rekabeti sınırlayıcı olmaları nedeniyle etkilerine bakılmaksızın rekabet ihlali teşkil etmekte, bu nedenle de açık kısıtlama/ihlal olarak tabir edilmektedir.
- (57) En ciddi rekabet hukuku ihlali olduğu kabul edilen kartel niteliğindeki anlaşma/uyumlu eylemin varlığı, ihlal sonucuna ulaşılması bakımından yeterli görülmekte, ayrıca anlaşmanın uygulanması veya piyasada rekabeti bozucu etkilerinin görülmesi gibi hususların ispatlanmasına ihtiyaç duyulmamaktadır. Söz konusu açık kısıtlamaları içeren anlaşmaların piyasadaki rekabet ortamını bozdukları karine olarak kabul edildiği için, bu tür anlaşmalar pazardaki mevcut veya potansiyel etkilerinin incelenmesine gerek görülmeksizin yasaklanmakta, varlıklarının ispatlanması rekabet hukuku müdahalesi için yeterli olmaktadır³⁹.

³⁷ 29.03.2018 tarihli ve 18-09/180-85 sayılı Kurul kararı, para. 48.

³⁸ 18.04.2011 tarihli ve 11-24/464-139 sayılı Kurul kararı, s. 26.

³⁹ 07.03.2011 tarihli ve 11-13/243-78 sayılı Kurul kararı s.102; 18.04.2011 tarihli ve 11-24/464-139 sayılı Kurul kararı s. 26 ve 57; 18.02.2016 tarihli ve 16-05/117-52 sayılı Kurul kararı para. 62 ve 63; Danıştay

- (58) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin uygulanması bakımından önem arz eden bir diğer husus, ihlalin rekabeti sınırlayıcı bir irade uyuşmasının gösterilmesi suretiyle ispatlanması olup, bu uyuşmanın anlaşma veya uyumlu niteliğinde olması ulaşılan sonuç bakımından önem arz etmemektedir. Bu çerçevede ihlali karşılamak üzere anlaşma ve uyumlu eylem kavramları birlikte kullanılabilmesi gibi genel olarak uzlaşma kavramının da kullanılabilmesi görülmektedir⁴⁰.
- (59) Yukarıda yer verilen çerçeve dâhilinde, rekabet hukuku piyasada oluşan sonuca değil teşebbüslerin bu sonucun oluşmasına neden olan sürece dâhil olmalarına müdahaleyi öngörmektedir. Bu bağlamda "anlaşma/uyumlu eylem" kavramı rekabet hukukunda firma davranışları doğrultusunda ortaya çıkan sonucu değil, firmaların bu sonuca yönelik dâhil olduğu bir süreci tanımlamaktadır. Rekabet hukuku müdahalesi ancak, teşebbüslerin kararlarının bağımsız karar alma mekanizmaları sonucunda değil, rakip teşebbüslerle birliktelik sonucunda şekillenmesi halinde, yani teşebbüslerin anlaşma/uyumlu eyleme taraf olmaları halinde söz konusu olmaktadır. Bu çerçevede rekabet hukukunun mevcut yasal çerçeve dâhilinde anlaşma/uyumlu eylem kavramını işlevsel kılmada "iletişim" unsuruna dayandığı görülmektedir. Yerleşik uygulamada rekabet hukukunun müdahale edebileceği nitelikte bir rekabet karşıtı uzlaşmanın varlığı, ancak firmalar arasında bu sonuca yönelik doğrudan veya dolaylı bir iletişim bulunuyorsa söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla anlaşmanın/uyumlu eylemin dayanağını teşebbüsler arasındaki doğrudan veya dolaylı iletişim oluşturmaktadır.
- (60) Teşebbüsler arasındaki anlaşma veya uyumlu eylem çerçevesinde gerçekleşen, o anlaşmanın veya uyumlu eylemin gerçekleştirilmesi ve sürdürülmesi için yapılan ve dolayısıyla söz konusu anlaşmanın veya uyumlu eylemin bir unsuru, delili veya göstergesi veya teşebbüsler arasındaki anlaşmanın veya uyumlu eylemin bizzatı konu olabilen teşebbüsler arası bilgi değişimleri, rekabet otoriteleri için delil niteliğinde olan iletişim unsurlarıdır. Bu bağlamda bilgi değişimi kavramına değinilmesinde yarar bulunmaktadır.
- (61) Rekabet hukuku literatüründe bilgi değişimi, aynı endüstride faaliyet gösteren iki veya daha fazla teşebbüsün tek yanlı yahut karşılıklı olarak, rekabetçi kararlarına etki eden her türlü ticari bilgilerini paylaşmaları olarak tanımlanabilmektedir. Bu tanım geçmiş veya cari üretim ve satış miktarlarına, fiyatlara, talebe ve maliyetlere, müşterilere, kapasitelere, yatırımlara ve Ar&Ge çalışmalarına ya da sahip olunan teknolojiye ve benzerlerine ilişkin doğrulanabilir nitelikteki verilerin ve bilgilerin paylaşımını içerdiği gibi; firmaların gelecekte uygulamayı planladıkları fiyatlara, miktarlara ilişkin olabilir.
- (62) Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz (Yatay Kılavuz), bilgi değişimi teorisi ve bu konunun Türk rekabet hukukunda değerlendirilmesi bakımından bir rehberdir.
- (63) Yatay Kılavuz'da bilgi değişimi;
- rekabeti kısıtlama amacı taşıyan bilgi değişimi
 - rekabeti kısıtlama etkisi olan bilgi değişimi

olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir. Buna göre, rekabeti kısıtlama amacı olan bilgi değişimlerinin, etkisine bakılmaksızın rekabeti kısıtladığı kabul

13. Dairesinin 16.12.2015 tarihli, E.2015/4548, K.2015/4616 sayılı kararı; Danıştay 13. Dairesinin 06.04.2017 tarihli, E.2011/3814, K.2017/958 sayılı kararı.

⁴⁰ 18.04.2011 tarihli ve 11-24/464-139 sayılı Kurul kararı s. 26-27; 14.01.2016 tarihli ve 16-02/44-14 sayılı Kurul kararı para. 154; Ankara 2. İdare Mahkemesinin 21.12.2015 tarihli, E.2014/1373, K.2015/2145 sayılı ve 19.04.2016 tarihli, E. 2014/1339, K. 2016/1187 sayılı kararları; Danıştay 13. Dairesinin 16.12.2015 tarihli, E.2015/4548, K.2015/4616 sayılı kararı.

edilmektedir. Geleceğe yönelik planlara ilişkin bilgi değişiminin amaç yönünden rekabeti kısıtlama ihtimali, mevcut verilerin değişimine kıyasla daha fazla olup bu çerçevede rakiplerin, gelecekte uygulamayı planladıkları fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgileri aralarında değişmesi, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal olarak nitelendirilmektedir.

- (64) Rekabeti kısıtlama amacı taşımayan bilgi değişimlerinin rekabet üzerindeki olası etkileri ise her somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, bilgi değişiminin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlama etkisinin bulunması için, fiyat, üretim miktarı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği veya inovasyon gibi rekabetçi parametrelerden en az biri üzerinde olumsuz etkisinin olması gerekmektedir. Bu etkinin değerlendirilmesi bakımından, "ilgili pazarın özellikleri" ile "bilgi değişiminin niteliği" dikkate alınmalıdır.
- (65) Yatay Kılavuz'da, pazarın yapısı bakımından, yeterince şeffaf, yoğunlaşmış, istikrarlı, simetrik olan ve karmaşık olmayan pazarlarda teşebbüslerin iş birlikçi sonuca ulaşmalarının daha kolay olduğuna, dolayısıyla bu tür pazarlardaki bilgi değişiminin rekabet karşıtı etkilerinin daha fazla olacağına dikkat çekilmektedir.
- (66) Bilgi değişiminin niteliği bakımından ise, paylaşılan bilginin rekabete duyarlı (stratejik) olup olmamasının, pazarı kapsama derecesi yüksek, bireysel veya toplulaştırılmış olup olmamasının, güncelliğinin, değişim sıklığının, kamuya açık olup olmamasının değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.
- (67) Başta fiyat ve üretim miktarları olmak üzere, incelenen pazarın niteliklerine göre, paylaşılması halinde pazarın temel rekabet parametrelerini şeffaflaştıran, teşebbüslerin birbirlerinin hamlelerine ilişkin sahip oldukları belirsizlikleri ortadan kaldıran başta maliyet, satış verileri, kapasite kullanım oranları, teklif şartnameleri içerikleri, sözleşme maddeleri, stok durumları olmak üzere bunlara benzer niteliklere sahip tüm bilgiler rekabet ortamı açısından üst düzeyde hassas bilgiler olarak kabul edilmektedir.
- (68) Öte yandan, pazarı şeffaflaştırabilecek nitelikte olan, teşebbüslerin ticari stratejilerine ilişkin bilgi verebilecek geçmiş ve cari veriler de stratejik bilgi kapsamına girebilmektedir. Başka bir deyişle geçmiş veya cari fiyatlar, satışlar, üretim maliyetleri gibi veriler, firmaların gelecekte izlemesi muhtemel davranış şekli hakkında fikir verebileceğinden, stratejik belirsizliğin giderilmesine ve bu bakımdan rakipler arasında ortak bir anlayış geliştirilmesine yardımcı olabilmektedir⁴¹.
- (69) İletişimin anlaşmayı/uyumlu eylemi ortaya koymadaki kritik önemi, piyasada rekabeti tetikleyen temel dinamiğin, teşebbüsler arasında birbirlerinin ne şekilde davranacağına ilişkin yaşanan belirsizlik olduğunun kabulüne dayanmaktadır. Dolayısıyla teşebbüsler arasındaki iletişim veya iletişimi sağlayan uygulama ve davranışlarla, teşebbüslerin gelecekteki davranışlarına yönelik belirsizliğin azalması durumunda teşebbüs davranışının bağımsız değil koordineli olacağı, bu nitelikteki davranışın da 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilmektedir⁴². Bu bağlamda, özellikle fiyat, arz miktarı, satış stratejisi, maliyet gibi rekabete duyarlı stratejik verilere ilişkin bilgiler içeren iletişimler tek taraflı olarak sunulduğunda dahi rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmektedir. Nitekim belirtilen nitelikte bir iletiyi alan teşebbüs, rekabeti

⁴¹ PİŞMAF, Ş. (2012), İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, Uzmanlık Tezi, s.12 Rekabet Kurumu, Ankara.

⁴² Kurulun 07.03.2011 tarihli ve 11-13/243-78 sayılı kararı, s. 91; 14.01.2016 tarihli ve 16-02/44-14 sayılı kararı para. 162 ve 177; 18.04.2011 tarihli ve 11-24/464-139 sayılı kararı s. 43.

sınırlayıcı bir uzlaşmanın tarafı olmayacağını derhal ve açıkça karşı tarafa bildirmediği sürece uzlaşmaya zımnen irade göstermiş sayılmaktadır. Zira rakiplerinden, değinilen unsurları taşıyan bir ileti alan teşebbüsün, kendi ticari politikalarını belirlerken, sözü edilen bilgileri dikkate aldığı karine olarak kabul edilmektedir⁴³. Bir başka ifadeyle, rakiplerinin fiyatlarını arttıracığını veya sabit tutacağını bilen bir teşebbüs için geleceğe ilişkin belirsizlik azalmakta, fiyatlama kararları bu bilgiye göre şekillenmekte, bu durum ise teşebbüsün rekabet hukuku anlamında rakiplerinden bağımsız karar vermediği anlamına gelmektedir⁴⁴.

- (70) Dolayısıyla teşebbüsler arasındaki koordinasyon yoluyla rekabetin engellendiğinin tespit edilmesi için, her durumda hayata geçirilmiş elle tutulur bir planın varlığına ihtiyaç duyulmamaktadır. Teşebbüslerin, rakiplerinin pazardaki davranışlarını etkilemeyi veya rakiplerine gelecekte pazarda alacakları ve/veya alabilecekleri kararlara ilişkin bilgi vermeyi ve bu suretle rekabetten doğan belirsizliği ortadan kaldırmayı amaçlayan doğrudan veya dolaylı iletişimleri uyumlu eylem kapsamında değerlendirilmektedir. Avrupa Birliği Genel Mahkemesi (Genel Mahkeme)'nin "*Cimenteries*" kararı, ortaya konulan bu yaklaşımı özetleyen iyi bir örnektir. Genel Mahkemeye göre, teşebbüsler arasında bağımsız karar alma mekanizmalarının yerine geçen bir koordinasyonun ve böylelikle bir uyumlu eylemin varlığının kabulü için, teşebbüslerin bir veya daha fazla rakibine belirli bir şekilde davranacağını taahhüt ettiğinin veya tarafların gelecekte belirli bir şekilde davranmak üzere anlaştıklarının her durumda ortaya konulması gerekmemektedir. Teşebbüslerin, gerçekleştirdikleri doğrudan veya dolaylı bilgi değişimleri ile pazarda çizecekleri yöne veya ortaya koyacakları davranışlara ilişkin rakipleri nezdindeki belirsizlikleri ortadan kaldırmaları veya azaltmaları koordinasyonun varlığını göstermek için yeterlidir⁴⁵.
- (71) Daha önce yukarıda bahsedildiği ve Yatay Kılavuz'da da ortaya konulduğu üzere bilgi paylaşımı, teşebbüslerin birbirlerinin pazar stratejileri hakkında karşılıklı bilgi veya belge paylaşmak suretiyle sektörde rekabetçi açıdan endişe doğurabilecek yapay bir şeffaflık yaratmaktadır. Bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkisi; pazarın yoğunlaşma derecesi, şeffaflığı, istikrarı, karmaşıklığı ve pazardaki teşebbüslerin benzerliği (simetri) gibi pazarın yapısına ilişkin unsurlara göre değişmektedir. Ayrıca bilgi paylaşımının olası olumsuz etkisi, ilgili pazarı rakipler arası koordinasyona elverişli hale getirebilmesi nedeniyle paylaşılan bilginin niteliğine de bağlıdır⁴⁶.
- (72) Bunun yanı sıra, Yatay Kılavuz'da da belirtildiği üzere rakipler arasında bilgi değişimi, fiyat veya miktar tespiti amacına sahip bir anlaşma niteliği taşıdığı anda kartel olarak kabul edilerek cezalandırılır⁴⁷. Ayrıca tarafların, üzerinde uzlaşılan kurallara uyup uymadığının takibini sağlayarak kartelin işleyişini kolaylaştıran bilgi değişimleri de kartelin bir parçası olarak değerlendirilir. Normal şartlar altında teşebbüslerin, rakiplerinin mevcut ya da beklenen davranışlarına göre basiretli bir biçimde kendilerini uyarlaması ihlal olarak değerlendirilmemektedir. Ancak rakipler arasında, pazardaki olağan koşullardan farklı rekabet koşulları yaratma amacına veya etkisine sahip olan doğrudan ya da dolaylı her türlü iletişim ihlal olarak değerlendirilmekte ve yasaklanmaktadır. Bu noktada, yapılan bilgi değişimi, rekabete duyarlı bilgilerin değişimi ile pazardaki belirsizliği azaltıyor ve/veya rekabeti kısıtlayıcı iş birliğini

⁴³ Bkz. Case C-49/92 Anic Partecipazioni, ECLI:EU:C:1999:356, para. 121.

⁴⁴ Kurulun 18.04.2011 tarihli ve 11-24/464-139 sayılı kararı s. 58; 29.03.2018 tarihli ve 18-09/180-85 sayılı kararı para. 52.

⁴⁵ Case T-25/95, para. 1592.

⁴⁶ Yatay Kılavuz, para. 42, 43.

⁴⁷ Yatay Kılavuz, para. 44

kolaylaştırıyorsa, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabet ihlali teşkil edebilecektir. Teşebbüsün posta, e-posta, telefon görüşmeleri, toplantılar gibi vasıtalarla rekabete duyarlı bilgilerini, bunları açıkça veya zımnen kabul eden rakiplerine tek taraflı olarak açıklaması ile çok sayıda teşebbüsün, amaçları ve planları hakkında birbirlerini bilgilendirmesi arasında fark bulunmamaktadır. Nitekim rakibinden rekabete duyarlı bilgiyi alan teşebbüsün böyle bir bilgiyi almak istemediğine dair net karşılık vermemesi durumunda, teşebbüsün bu bilgiyi kabul ettiği ve pazardaki davranışlarını buna göre değiştirdiği varsayılmaktadır.

- (73) Yatay Kılavuz'a göre geleceğe ilişkin fiyat, miktar ve benzeri stratejik bilgilerin değişimi, pazardaki şeffaflığı yapay olarak artırarak, rakiplerin rekabetçi davranışlarının koordinasyonunu kolaylaştırmakta ve bu şekilde rekabeti kısıtlayıcı etkilere neden olmakta ve bu durum üç şekilde ortaya çıkmaktadır.
- (74) İlk olarak, bilgi değişimi, firmaların koordinasyonun koşullarına ilişkin olarak ortak bir anlayışa varmalarını sağlayabilmektedir. Bu durum ortada açık bir anlaşma bulunmasa dahi pazarda anlaşmalı sonuçlara neden olabilmektedir. Firmaların bu tür bir ortak anlayış geliştirmesine imkân verme ihtimali en yüksek olan bilgiler, gelecekte uygulanması planlanan davranışlarla ilgili olanlardır.
- (75) İkincisi, bilgi değişimi pazardaki anlaşmalı sonuçların içsel istikrarını yükseltebilmektedir. Bu durum, bilgi değişimi sayesinde yeterince şeffaf hale gelen bir piyasada, firmaların anlaşmadan sapanları tespit edebilme ve zamanında misilleme yapabilme imkânına kavuşmalarından ileri gelmektedir. Hem mevcut, hem de geçmiş verilerin paylaşılması, bu tür bir tespit mekanizmasını oluşturabilir. Bu şekilde firmalar, normal koşullarda ulaşamayacakları anlaşmalı sonuçları elde edebilir veya mevcut anlaşmalı sonucun istikrarını artırabilirler.
- (76) Son olarak bilgi değişimi, anlaşmalı sonuçların dışsal istikrarının korunmasını da sağlayabilmektedir. Anlaşma içerisinde olan firmalar, bilgi değişimi nedeniyle artan şeffaflık düzeyi sayesinde, diğer firmaların pazara ne zaman, nereden giriş yapacaklarını kestirebilmekte ve doğrudan yeni gireni hedef alacak stratejiler geliştirebilmektedirler.
- (77) Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, teşebbüsler arası iletişim ve bilgi paylaşımı; fiyat tespiti, müşteri paylaşımı, arzın kısıtlanması vb. şeklindeki belli bir davranışa yönelik olarak teşebbüsler arasında yapılmış bir anlaşma ya da uyumlu eylemin unsuru, delili veya göstergesi olabileceği gibi; teşebbüsler arasındaki anlaşma veya uyumlu eylemin bizatihi konusu olabilmektedir.
- (78) Geçmiş tarihli birçok Kurul kararında⁴⁸ rakipler arası bilgi değişimi incelenmiş ve rekabete duyarlı bilgilerin rakip teşebbüsler arasında değişilmesinin 4054 sayılı Kanun'un ihlali niteliğinde olduğuna hükmedilmiştir. Nitekim Danıştay da rekabete hassas bilgi paylaşımlarına ilişkin olarak aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:⁴⁹

"4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararlarının rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı amaç taşıması yeterlidir; amacı bu olduğu takdirde, söz konusu davranışların ayrıca piyasada rekabeti bozucu etkilerinin görülmesi veya bu etkilerin ispatı aranmayacaktır. Bir

⁴⁸ 04.07.2007 tarihli ve 07-56/672-209 sayılı, 18.04.2011 tarihli ve 11-24/464-139 sayılı, 14.01.2016 tarihli ve 16-02/44-14 sayılı, 28.11.2017 tarihli ve 17-39/636-276 sayılı, 07.01.2021 tarihli ve 21-01/18-8 sayılı Kurul kararları.

⁴⁹ Danıştay 13. Dairesinin 06.04.2017 tarihli ve E.: 2011/3564, K.: 2017/947 sayılı ve 28.02.2017 tarihli, E.: 2013/317, K.: 2017/471 sayılı ve 06.04.2017 tarihli ve E.: 2011/4615, K.: 2017/960 sayılı kararları.

başka anlatımla, rekabeti ihlal edici amacın belirlenebildiği durumlarda, rekabete aykırı olduğu iddia edilen fiili ve davranışlarının mahiyetinin belirlenmesi asgari seviyede önem taşımaktadır. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un aktarılan hükümleri ve buna ilişkin gerekçelerde özetle; rekabetin ihlal edilmesini amaç edinen fiil ve davranışların yasaklandığı belirtilmiştir.

Rekabet açısından önemli olduğunda kuşku bulunmayan geleceğe ilişkin rekabete hassas bilgilerin piyasada rekabet edilen başka bir teşebbüsle paylaşılmasında, rekabeti ihlal edici bir amacın olduğu şüphesi ortaya çıkacaktır. Nitekim gerek Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD'ın) "T-Mobile" kararında gerekse doktrinde rakipler arasında gelecekteki davranışlarına yönelik belirsizlikleri ortadan kaldıracak nitelikte olan bilgi paylaşımlarının rekabete aykırı olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu rekabete hassas bilgi; geleceğe ilişkin fiyat veya buna ilişkin stratejik bir bilgi olduğu takdirde, rekabeti ihlal etme amacının ayrıca irdelenmeye ihtiyaç göstermeyecek şekilde ortada olduğu da açıktır. Ayrıca, teşebbüsler arası bilgi paylaşımlarının, piyasada bir etkisinin olmadığı ileri sürülebilirse de belirtilen rekabete hassas bilgi paylaşımının, teşebbüslerin gelecekte piyasada alacakları kararlarda etkili olacağına aksi ispatlanmadıkça kabul edilmesi gerekmektedir. Bu durum, ABAD'ın "Polypropylene" ve "Sugar" kararlarında teşebbüsler aleyhine bir karine olarak değerlendirilmiştir. Bir başka anlatımla; fiyatların yükseltilmesi hususunda rakipler arasında kesin bir anlaşmaya varılmasa dahi bir rakibin geleceğe ilişkin fiyatlandırma stratejisini açıkladığı bir toplantıya sadece katılmış olmak da bir karine olarak kabul edilmektedir."

- (79) Bu çerçevede, özellikle geleceğe dönük bilgi değişimi vakalarında rekabeti ihlal etme amacının varlığı şüphe taşımamaktadır.

1.5.2. Yerinde İncelemede Elde Edilen Belgelerin Değerlendirilmesi

- (80) Soruşturma dosyası kapsamında yer alan bilgilerden ve belgelerden; incelenen teşebbüslerin de faaliyet gösterdiği atıştırmalık pazarında, genellikle pazardaki 4-5 oyuncunun pazarın yaklaşık %80'ini veya daha fazlasını oluşturduğu görülmektedir. Diğer yandan teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazarlarda, son dönemlerde değişen ham madde maliyetleri dolayısıyla sık sık fiyat artışlarının gerçekleştiği, fiyat değişikliklerinin listeler aracılığı ile distribütörlere ve satış noktalarına duyurulduğu ve ulusal düzeyde faaliyet gösteren rakiplerin fiyatlandırma davranışlarının⁵⁰ sektörde yakından takip edildiği anlaşılmaktadır.
- (81) Dosya kapsamında, rakip teşebbüslerin fiyatlandırma davranışlarının yakından takip edildiğine yönelik belgelerin yanı sıra rakip teşebbüsler arasında rekabete duyarlı bilgilerin paylaşıldığına ilişkin belgeler de elde edilmiş olup bu bağlamda, delillere yönelik değerlendirmelere aşağıda yer verilmektedir.

1.5.2.1. DANONE TİKVEŞLİ Hakkında Elde Edilen Belgelerin Değerlendirilmesi

- (82) Tespit 1'de, ETİ Modern Kanal Müşteri Müdürü (.....) ile DANONE TİKVEŞLİ Pazarlama Direktörü (.....)⁵¹ arasında gerçekleştirilen WhatsApp yazışmalarında

⁵⁰ Fiyatlandırma davranışı; vade, iskonto, kampanya vs. fiyata etki eden diğer unsurları da içerecek şekilde kullanılmaktadır.

⁵¹ DANONE TİKVEŞLİ'den gelen bilgiler doğrultusunda (.....)'nın 07.01.2019-19.04.2020 tarihleri arasında DANONE TİKVEŞLİ bünyesinde çalıştığı tespit edilmiştir. ETİ Modern Kanal Müşteri Müdürü (.....) ile DANONE TİKVEŞLİ Pazarlama Direktörü (.....) arasında gerçekleşen Whatsapp yazışmaları

DANONE TİKVEŞLİ çalışanının ETİ çalışanına herhangi bir ürünü veya ürün kategorisini doğrudan belirtmeden fiyat artışının ne zaman olacağına ilişkin soru sorduğu, buna karşılık ETİ çalışanının fiyat artışı verilerinin yazışmanın yapıldığı tarihten yaklaşık iki ay önceki bir tarihte açıklandığını ancak henüz uygulanmadığını belirttiği görülmektedir.

- (83) Tespit 3'te DANONE TİKVEŞLİ çalışanlarından Satış Direktörü (.....) (Tİ) ve DANONE TİKVEŞLİ Geleneksel Kanal Müdürü(.....) (MSG) arasında 13.08.2020 tarihinde gerçekleşen yazışmada ise Tİ tarafından okulların açılma tarihine bağlı olarak aromalı süt kategorisinde riskleri azaltabilmek adına iki farklı politika belirlemeleri gerektiği belirtilmiş olup MSG tarafından verilen cevaptan, tercih edilecek yöntemin rakip davranışlarına göre belirlenmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır.
- (84) Yukarıda yer alan Tespit 1'de DANONE TİKVEŞLİ ve ETİ çalışanları arasındaki yazışmaların doğrudan bir ürün grubuna yönelmediği ve DANONE TİKVEŞLİ çalışanı tarafından genel nitelikli piyasa verisinin elde edilmeye çalışıldığı, Tespit 3'te ise şirket çalışanları arasında gerçekleştirilen yazışmada, rakip davranışları dikkate alınarak pazarlama stratejisinin belirlenmeye çalışıldığı görülmektedir.
- (85) Bu kapsamda, teşebbüsler arası iletişimin niteliğini değerlendirebilmek bakımından Tespit 1'de yer alan iletişimin tarafları olan ETİ ve DANONE TİKVEŞLİ tarafından üretilen ve pazarlanan ürün portföylerinin dikkate alınması gerekmektedir. Yine Tespit 3'te bahsi geçen rakiplerin belirlenebilmesi için de DANONE TİKVEŞLİ'nin faaliyet gösterdiği alanlar önem arz etmektedir.
- (86) Teşebbüslerin faaliyet gösterdiği alanların belirlenmesindeki temel amaç, teşebbüslerin birbirleri üzerinde yarattıkları rekabetçi baskının ve aralarındaki "yarışın" unsurlarını, piyasa gerçeklikleri ve ticari hayatın işleyişini de analize katarak ortaya sermektir. İşbu sebeplerle yukarıda bahsedilen iletişimlerin tarafı olan teşebbüslerin faaliyet alanları ayrıntılı olarak incelenmiştir.
- (87) Bu kapsamda yukarıda yer alan Tablo 5, 6, 7, 8 ve 9 incelendiğinde ETİ'nin ve DANONE TİKVEŞLİ'nin faaliyetlerinin yalnızca Tablo 9'a konu olan sütlü atıştırmalık kategorisinde örtüştüğü görülmekte olup bahsi geçen kategoriye ait alt kırılımlara aşağıdaki tabloda ayrıntılarıyla yer verilmektedir.

Tablo 10: Sütlü Atıştırmalık Kategorisi⁵²

Kategori	Teşebbüsler
Eğlence (Çocuk/Eğlence)	• DANONE TİKVEŞLİ • SÜTAŞ ⁵³ • EKER ⁵⁴
Besleyici (Çocuk Büyüme Küpleri)	• DANONE TİKVEŞLİ • İÇİM ⁵⁵ • SÜTAŞ • Özel Markalı
Soğutulmuş Kek	• ETİ • FERRERO • Özel Markalı

değerlendirilirken söz konusu tarih aralığı esas alınmıştır. (.....)'nun DANONE TİKVEŞLİ çalışanı olmadığı 11.09.2018 tarihindeki mesajlar değerlendirmede dikkate alınmamıştır.

⁵² DANONE TİKVEŞLİ tarafından gönderilen birinci yazılı savunmada, sütlü atıştırmalık kategorisine ait alt kırılımlarda faaliyette bulunduğu tahmin edildiği belirtilen teşebbüsleri göstermektedir.

⁵³ Süttaş Süt Ürünleri AŞ

⁵⁴ Eker Süt Ürünleri Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ

⁵⁵ Ak Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ

Çocuk Aromalı Süt	• DANONE TİKVEŞLİ • DİMES ⁵⁶ • İÇİM • Özel Markalı • PINAR ⁵⁷ • SÜTAŞ
Kefir & Probiyotik	• DANONE TİKVEŞLİ • ALTINKILIÇ ⁵⁸ • EKER • İÇİM • SÜTAŞ • Özel Markalı
Puding	• DANONE TİKVEŞLİ • EKER • İÇİM • Özel Markalı • SÜTAŞ
Yetişkin Aromalı Yoğurtlar	• DANONE TİKVEŞLİ • SEK ⁵⁹ • SÜTAŞ • Özel Markalı
Kaynak: DANONE TİKVEŞLİ Birinci Yazılı Savunma	

- (88) Tespit 1'e konu iletişimin tarafları olan ETİ ve DANONE TİKVEŞLİ'nin faaliyetlerinin sütlü atıştırmalık kategorisinde örtüştüğü görülse de yukarıdaki tablo incelendiğinde bahsi geçen kategoriye ait hiçbir alt kırılımda anılan teşebbüslerin faaliyetleri arasında örtüşme bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, Tespit 3'te bahsi geçen "aromalı süt" ürün grubunda ise yalnızca DANONE TİKVEŞLİ'nin faaliyeti olup, soruşturma kapsamında incelenen ETİ, HORIZON ve NESTLE'nin bu kategoride herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır.
- (89) Yine DANONE TİKVEŞLİ'nin faaliyet gösterdiği diğer ürün kategorilerinde de, soruşturma sürecinde incelenen teşebbüslerden hiçbirinin faaliyetinin olmadığı anlaşılmıştır. Bu kapsamda DANONE TİKVEŞLİ'nin soruşturma sürecinde incelenen diğer teşebbüslerle rekabet ettiği herhangi bir ortak alt kırılımın bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.
- (90) Ayrıca soruşturma sürecinde, ETİ ile gerçekleştirilen uzlaşma görüşmesinde, ETİ temsilcileri tarafından "ETİ'nin DANONE ile aynı pazarda faaliyet göstermediği, ürünlerinin ikame edilebilir nitelikte olmadığı, ETİ'nin piyasada DANONE'yi takip etmediği ve bu sebeple ihlalin diğer tarafında DANONE'un bulunmadığı" ve "her ne kadar HORIZON ile ETİ üretim tedarik zincirinde farklı seviyelerde faaliyet gösteriyor olsalar da uzlaşma sürecine ihlalin taraflarının ETİ, HORIZON ve NESTLE olduğu kabulü ile devam edilmesi gerektiği" dile getirilmiştir.
- (91) ETİ ile gerçekleştirilen uzlaşma görüşmesinde ifade edilen hususlara ek olarak, DANONE TİKVEŞLİ ve ETİ tarafından yapılan yazılı savunmalarda da DANONE TİKVEŞLİ'nin soruşturma sürecinde incelenen teşebbüslerle aynı pazarda faaliyet göstermediği gerekçesi ile rakip olarak değerlendirilmemesi gerektiği özellikle vurgulanmıştır.
- (92) Dosya kapsamında önaraştırma ve soruşturma dönemlerinde gerçekleştirilen yerinde incelemelerde de, DANONE TİKVEŞLİ'nin hakkında soruşturma açılmış olan diğer teşebbüslerle rakip olarak değerlendirilmemesi gerektiğine ilişkin bu iddiaların aksine herhangi bir delil elde edilememiştir. Bu duruma ek olarak DANONE TİKVEŞLİ'nin, soruşturma sürecinde incelenen taraflardan ETİ haricinde hiçbir teşebbüs ile doğrudan veya dolaylı iletişimine rastlanmamıştır. Bu noktada, bahsi geçen iletişimin tarafları olan ETİ ve DANONE TİKVEŞLİ'nin ürün yelpazesinde ortak ürün çeşitlerinin bulunmadığı tekrar hatırlatılmalıdır. Nitekim soruşturma sürecinde incelenen teşebbüslerin şirket içi yazışmaları ele alındığında da, bu yazışmalarda DANONE TİKVEŞLİ'ye ait verilere yer verilmediği dikkat çekmektedir.

⁵⁶ Dimes Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ

⁵⁷ Pınar Süt Mamulleri Sanayii AŞ

⁵⁸ Altinkılıç Gıda ve Süt Sanayi Tic. AŞ

⁵⁹ Sek Süt Endüstrisi Kurumu AŞ

- (93) Tespit 1'deki belgenin içeriği değerlendirildiğinde ise, iletişimin tarafları olan ETİ ve DANONE TİKVEŞLİ tarafından paylaşılan bilginin hiçbir ürüne ve markaya işaret edebilecek nitelikte olmadığı ve dolayısıyla paylaşımına konu bilgilerin münferit ve kapsam bakımından sınırlı olduğu da anlaşılmaktadır. Yukarıda yer verilen hususların tamamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde söz konusu yazışmanın, pazardaki stratejik belirsizliği ortadan kaldıracak ve teşebbüslerin bağımsız karar alma güdülerini azaltacak nitelikte olmadığı değerlendirilmektedir. Nitekim iletişime konu bilgi, rakibin davranışlarına ilişkin bir öngörü geliştirmeye imkân tanımayacak ölçüde belirsizdir.
- (94) Esasen bilgi değişiminin tarafları ve paylaşılan bilginin içeriği, ihlalin varlığı ve nitelendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Dosya kapsamında gerçek anlamda rakip konumunda bulunmadığı değerlendirilen DANONE TİKVEŞLİ ve ETİ arasında gerçekleşen bilgi paylaşımı rekabete duyarlı (stratejik) nitelikte değildir. Tespit 3'te yer alan ve DANONE TİKVEŞLİ çalışanları arasında rakiple herhangi bir temas kurulmaksızın gerçekleştirilen iletişimin ise pazar istihbaratı toplamanın ötesine geçmediği anlaşılmaktadır.
- (95) Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında; DANONE TİKVEŞLİ'nin soruşturma sürecinde incelenen teşebbüslere rakip konumda bulunmadığı, bu hususun ETİ'nin ve HORIZON'un uzlaşma görüşmelerindeki ifadeleri ile de desteklendiği, dosya kapsamında DANONE TİKVEŞLİ'nin HORIZON ve NESTLE ile iletişim halinde olduğunu gösteren herhangi bir belgeye ulaşılmadığı, DANONE TİKVEŞLİ ile ETİ arasında gerçekleşen iletişimde stratejik belirsizliği ortadan kaldırma gücüne sahip paylaşımların yapılmadığı dikkate alındığında, DANONE TİKVEŞLİ tarafından 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiğine yönelik bulguya ulaşılmadığı ve ilgili teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına yer olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

1.5.2.2. NESTLE Hakkında Elde Edilen Belgelerin Değerlendirilmesi

- (96) ETİ'de yapılan yerinde incelemede elde edilen Tespit 2'de 21.05.2018-03.11.2020 tarihleri arasında ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü ile NESTLE Satış Operasyon Müdürü arasında geçen WhatsApp yazışmaları yer almaktadır. Yazışmanın ilk kısmında distribütörlere uygulanan vade ve taksit bilgileri ile ETİ'de uygulanmakta olan otomatik ödeme sistemi yazışmalara konu edilmektedir. Yazışmanın devamında ise 19.06.2018 tarihinde NESTLE çalışanı, ETİ çalışanına NESTLE'nin çikolata ürünü için iade oranını sormakta ve ETİ çalışanından "*Yaklaşık (.....)dir.*" cevabını almaktadır.
- (97) 20.06.2018 tarihindeki ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü ve NESTLE Satış Operasyon Müdürü arasında gerçekleştirilen yazışmada ise, ETİ çalışanı tarafından "*Diste peşin iskontonuz kaçtır*", "*normal vade kaç gün*", "*peşini kaç güne veriyorsunuz*" denilerek distribütörlere uygulanan iskonto ve vade oranları tekrar iletişime konu edilmiştir.
- (98) 14.08.2018 tarihinde NESTLE Satış Operasyon Müdürünün daha önce "*zam yok*" dediğini ancak gofretleri unuttuğunu dile getirerek, (.....) kuruşa satılan gofretlerin fiyatının (.....) kuruşa yükseleceğini ve NESTLE'nin portföyünde yer alan *Nesquik* ile *Crunch* adlı ürünlerin fiyatının değişmediğini ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürüne iletmiştir. Yazışmanın devamında NESTLE Satış Operasyon Müdürü yine NESTLE'ye ait tablet çikolata fiyat değişimlerini de ayrıca bildireceğini eklemektedir.
- (99) Bu kapsamda, *Crunch* ve *Nesquik* ürünlerinin söz konusu tarih aralığındaki fiyat hareketleri incelenmiştir. 14.08.2018 tarihindeki yazışmaların gerçekleştiği tarihe en yakın fiyat artış tarihi olan 01.09.2018 tarihinde çeşitli ürünlerde fiyat artışının olduğu ancak iletide yer aldığı üzere *Nesquik* ve *Crunch* ürünlerinde fiyat artışlarının olmadığı

anlaşılmiştir. Her ne kadar NESTLE tarafından gönderilen yazılı savunmada ve cevabi yazıda 01.09.2018 tarihinde *Crunch* ürünüde fiyat artışlarının gerçekleştiği ifade edilmiş olsa da bu durumun *Crunch* ürününün farklı bir gramajına⁶⁰ ilişkin olduğu tespit edilmiştir.

- (100) Ek olarak, NESTLE Satış Operasyon Müdürü ve ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü arasında 14.08.2018 tarihinde gerçekleştirilen yukarıdaki iletişimi takiben 16.08.2018 tarihinde NESTLE tarafından şirketin satış ve pazarlama birimleri ile müşterilerinin fiyat artışı hakkında bilgilendirildiği görülmektedir. Bir diğer ifadeyle, henüz fiyat artışı hakkında satış noktalarına ve distribütörlere bilgilendirme yapılmadan ve hatta şirketin pazarlama ve satış birimlerine dahi fiyat artışı bilgisi verilmeden önce rakip teşebbüslerin çalışanları olan ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü ve NESTLE Satış Operasyon Müdürü arasında NESTLE'nin *Nesquik* ve *Crunch* ürünlerine ilişkin geleceğe yönelik fiyata ilişkin bilgisinin paylaşıldığı anlaşılmiştir.
- (101) 27.08.2018 tarihinde NESTLE Satış Operasyon Müdürünün, ETİ'ye ait çikolatalarda zam yapılıp yapılmayacağını ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürüne sorduğu, ETİ yetkilisinin ise ayın 31'inde zam yapılacağını belirttiği, "*Eylül'de*" sorusuna karşılık ise 31.08.2018 tarihinde geçilecek fiyatlara ilişkin görseli paylaştığı ve NESTLE yetkilisinin sorusuna "*Ağustos*" olarak cevap verdiği görülmektedir. Yazışmanın devamında ise ETİ'ye ait *Karam Gurme* isimli üründe fiyat artışı olup olmayacağı sorusuna ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü, "*Şu an yok Ama eylülde oda geçecek*" cevabını vermektedir. Nitekim ETİ ürünlerinin söz konusu tarihlerdeki fiyat hareketleri incelendiğinde, 31.08.2018 tarihinde çikolata grubunda fiyat artışının olduğu, yine yukarıdaki yazışmayla paralel şekilde *Karam Gurme* ürünüde Ağustos ayında fiyat artışının olmadığı ancak ETİ çalışanının ifade ettiği "*Eylül*" ayında gerçekleşmesi beklenen *Karam Gurme* fiyat artışının 01.10.2018 tarihinde gerçekleştiği tespit edilmiştir.
- (102) 10.12.2018 tarihinde ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürünün *Nesfit bar* ürününün iade oranlarına ilişkin bilgi almaya çalıştığı, NESTLE Satış Operasyon Müdürünün ise "*Abi yüksek iade oranı (.....)% gibi*" dediği ve akabinde ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürünün "*Bizde %(.....)*" dediği ve böylece anılan teşebbüslerin ilgili üründeki iade oranlarının karşılıklı olarak paylaşıldığı görülmektedir.
- (103) 16.01.2019 tarihinde ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürünün, NESTLE Satış Operasyon Müdürüne NESTLE ürünlerinde zam olup olmayacağını sorduğu, "*çikolatada olabilir gibi*" cevabına karşılık "*bizde de 18 inde liste gelecek gibi*" dediği ve bu konuşmaya istinaden 18 Ocak tarihinde NESTLE çalışanının "*Fiyat geçtiniz mi*" diye sorduğu, ETİ çalışanının "*Gelmed. Gelince haber verecem*" şeklinde cevap verdiği görülmektedir. Akabinde ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü ETİ ürünlerine ait fiyat listesinin geldiğini, 166 üründe fiyat artışının olduğunu, listeyi ertesi gün göndereceğini ve fiyat artış tarihinin 01.02.2019 olduğunu belirtmektedir. ETİ yetkilisi ortalama fiyat artışının %(.....) olduğunu söylemekte, bu oranı yüksek bulan NESTLE yetkilisi kendileri fiyat artırırsa %(.....) oranında bir fiyat artışı yapacaklarını dile getirmektedir. ETİ yetkilisinin ETİ'ye ait ürünlerden *Puf*, *Sticks* ve *Intense* ürünlerindeki fiyat artışlarını NESTLE yetkilisine aktardığı, mezkûr yetkilinin ETİ'ye ait kare çikolatalarda fiyat artışı olup olmayacağını sorduğu ve ETİ yetkilisinin cevaben %(.....) arası artış olacağını belirttiği görülmektedir. Akabinde NESTLE yetkilisinin talebi doğrultusunda ETİ yetkilisi tarafından ETİ ürünlerine ait fiyat artışlarını gösteren liste söz konusu yazışmadan bir gün sonra paylaşılmaktadır. ETİ'den gelen cevabi yazı incelendiğinde de yukarıdaki yazışmaya konu *Puf*, *Sticks* ve *Intense* ürünlerindeki fiyat artışlarının *Intense* ürünü

⁶⁰ Fiyat artışı yaşanan ürünün "*CRUNCH WAFER 12(30x30g)*" olduğu anlaşılmiştir.

haricinde gerçekleştiği ve yazışmada yer aldığı gibi kare çikolata fiyatlarında artış yapıldığı tespit edilmiştir.

- (104) Yukarıdaki silsileden görüleceği üzere NESTLE Satış Operasyon Müdürü ve ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü arasında gerçekleştirilen iletişimlerin konusunu, geleceğe ilişkin fiyat listelerinin yanı sıra ortalama zam oranları, ürün bazında fiyat artış miktarları, fiyat artışına konu ürün sayısı gibi rekabete hassas bilgiler oluşturmaktadır.
- (105) Silsilenin devamı olan 04.05.2020 tarihli yazışmada ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü tarafından NESTLE Satış Operasyon Müdürüne fiyat artışı olup olmayacağının sorulduğu, NESTLE Satış Operasyon Müdürünün ise “*kahvede olacak gibi abi, çikolatada yok şimdilik*” cevabını verdiği; bu tarihe ilişkin fiyat hareketleri incelendiğinde söz konusu ay içerisinde çikolatada fiyat değişikliğinin olmadığı görülmektedir. 03.11.2020 tarihli yazışmada da benzer bir diyalog gerçekleşmiş olup NESTLE Satış Operasyon Müdürünün ikolata ürününde fiyat artışı olup olmadığını sorduğu ve ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdüründen “*akşama öğrenirim*” cevabını aldığı anlaşılmaktadır.
- (106) Rakip teşebbüs çalışanları arasında gerçekleşen ve buraya kadar yer verilen yazışmalarda, aralarında sütlü atıştırmalık, kaplamalı/kaplamasız çikolata ve kahve kategorilerinde yer alan pek çok ürüne ait geleceğe ilişkin fiyat artışlarının ve henüz uygulanmayan fiyat listelerinin paylaşıldığı görülmektedir. Öte yandan yazışmalarda yer alan iletişime konu olan bilgilerin içeriğini geleceğe ilişkin fiyatların yanı sıra kimi zaman iade ve zam oranları, kimi zamansa distribütörlere verilen vadeler ve iskontolar oluşturmaktadır.
- (107) Dosya kapsamında rakipler arasında paylaşımı yapılan fiyat ve fiyata ilişkin diğer veriler, Yatay Kılavuz kapsamında stratejik niteliğinin en yüksek seviyede olduğu belirtilen bilgilerdir⁶¹. Yine bu verilerin geleceğe dönük olması, iletişime konu bilginin stratejik önemini arttırmaktadır. İşbu soruşturma dosyası kapsamında tespit edilen NESTLE Satış Operasyon Müdürü ve ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü arasındaki iletişimin konusunu oluşturan verilerin, hem stratejik niteliği en yüksek olan fiyat bilgileri olduğu, hem de söz konusu verilerin geleceğe ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda bilgi değişimini gerçekleştiren çalışanların şirket içerisindeki pozisyonlarının önemi, iletişimlerin konusu ile bu iletişimlerin ait olduğu dönemin süresi ve ayrıca pazarda faaliyet gösteren oyuncu sayısının az olduğu göz önünde bulundurulduğunda iletişime konu edilen bilgilerin stratejik önemi haiz olduğu değerlendirilmektedir.
- (108) te yandan dosya kapsamında yapılan incelemeler ve teşebbüsler ile distribütörlerden edinilen bilgilerden ve belgelerden, iletişime konu fiyat listelerinin belirli dönemlerde güncellenmesinin ve efektif fiyat geçiş tarihinden ortalama 15 gün öncesinde fiyat listelerinin tedarikçi teşebbüslerin satış ekipleriyle, distribtrleriyle ve müşterileriyle paylaşılmasının ilgili sektörde yerleşik bir uygulama olduğu tespit edilmiştir. Bu çerçevede rakipler arasında paylaşılan bilginin kamuya açık niteliğinin olup olmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir.
- (109) Esasen gerçek anlamda kamuya açık bilgilerin değişiminin genellikle rekabet hukuku kapsamında endişe doğurması beklenmemektedir. Ancak Yatay Kılavuz’un 72. paragrafında, gerçek anlamda kamuya açık bilgiler, bilgiye erişim maliyetleri bakımından bütün rakiplerce ve müşterilerce aynı derecede erişilebilir olan bilgiler olarak tanımlanmıştır. Yani, bilginin gerçek anlamda kamuya açık olması için, bilgi

⁶¹ Yatay Kılavuz, para.67.

değişiminin tarafı olmayan müşterilerin ve teşebbüslerin bilgiye erişim maliyeti, taraf olan teşebbüslerinkinden daha fazla olmamalıdır.

- (110) Aynı şekilde bir bilgiyi satış noktalarından, distribütörlerden ve müşterilerden toplama imkânının bulunması, bu bilginin rakipler için kolay erişilebilir bir pazar verisi olduğu anlamına gelmemektedir. Normal koşullar altında rakiplerin, piyasadan kolaylıkla toplayabilecekleri verileri değiştirmeyi tercih de etmeyeceği varsayılmaktadır. Yine rekabet hukuku kapsamında rakiplerin fiyat listelerinin kamuya açık bilgi kaynaklarından elde edilmesi bir sorun teşkil etmeyecekken, rakip teşebbüsler arasında stratejik bilgi niteliğindeki herhangi bir içeriğin paylaşılması rekabet hukuku açısından sakıncalı görülebilecektir.
- (111) Bu çerçevede dosya kapsamında NESTLE ve ETİ arasında 21.05.2018-03.11.2020 tarihleri arasında doğrudan bir iletişim kanalı (Whatsapp) vasıtasıyla fiyatların, fiyat listelerinin, indirim ve zam oranlarının paylaşılmasının makul bir açıklaması bulunmamaktadır. Ayrıca soruşturma dosyası kapsamındaki belgelerde geçen ifadelerden geleceğe yönelik olan bilgilerin pazardan ve müşterilerden iktisap edilmesinin ek bir çaba veya maliyet gerektirdiği açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim uzlaşma usulü neticesinde hakkında yürütülen soruşturma kendisi bakımından sonlandırılan ETİ'nin iç yazışması incelendiğinde 18.09.2017 tarihinde ETİ çalışanı (.....) tarafından ETİ çalışanları (.....) ve (.....)'a gönderilen e-postada "*Merhaba, Ülker, Nestle, Torku ve şölenin güncel fiyat listesine ihtiyacımız var. Angarya bir iş olduğunun farkındayım ama bulursanız sevinirim.*" ifadelerinin kullanıldığı, aynı silsilede ETİ çalışanı (.....) tarafından 18.09.2017 tarihinde ETİ Modern Kanal Bölge Satış Müdürü (.....)'a gönderilen e-postada "*(.....) senin alabileceğin müşterin varmı? Özkuruşla Çağrı vermez benim. Seyhanlar verirmi acaba.*" denildiği görülmektedir. Yukarıda yer alan yazışmalardan, rakip teşebbüslere ait fiyat listelerinin toplanma işleminin "*angarya*" bir iş olarak nitelendirildiği, bu talebin satış noktaları ya da müşteriler tarafından zaman zaman reddedilebildiği anlaşılmaktadır.
- (112) Yine incelenen teşebbüslerin Türkiye genelindeki distribütör sayılarının 50'nin üzerinde olduğu dikkate alındığında, iletişime konu verilerin piyasadan kolay ve maliyetsiz şekilde toplanamayacağı değerlendirilmektedir. Bu bağlamda ETİ ve NESTLE arasında paylaşılan geleceğe yönelik bilgilerin rakipler dışında pazardan ve müşterilerden iktisap edilmesinin mümkün olmasına rağmen bu işlemin ek bir çaba veya maliyet gerektirdiği, hatta kimi zaman bu taleplerin satış noktaları tarafından karşılanamadığı durumların dahi söz konusu olabildiği görülmüştür.
- (113) Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında, rakip teşebbüsler arasında doğrudan gerçekleştirilen, gerçek anlamda kamuya açık olmayan ve rekabete hassas nitelikte olan stratejik bilgilerin NESTLE tarafından rakibiyle karşılıklı olarak paylaşıldığı görülmektedir. Bu kapsamda NESTLE'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.
- (114) Öte yandan, dosya kapsamında, soruşturma tarafı teşebbüsler arasında doğrudan gerçekleştirilen bir iletişime ilişkin olmayan ve söz konusu teşebbüslerin çoğunlukla distribütörler ve müşteriler aracılığıyla sahadan topladığı verileri konu edinen belgeler de tespit edilmiştir. Aşağıda bu belgelere yönelik değerlendirmelere yer verilmiştir.
- (115) Tespit 4'te NESTLE distribütörü (.....) tarafından, 08.11.2017 tarihinde, gövde kısmında herhangi bir ileti bulunmayan e-posta NESTLE Professional Kanal Satış Müdürü (.....)'a gönderilmiştir. Akabinde "*ÜLKER FİYAT LİSTESİ*" konulu e-postanın ve bu e-postanın ekinde yer alan ÜLKER fiyat listesinin NESTLE Kanal Satış Müdürü (.....) tarafından NESTLE çalışanı (.....)'a gönderildiği görülmektedir.

- (116) Tespit 5'te ise ekinde "ÜLKER HAZİRAN AKTİVİTE LİSTESİ" başlıklı bir Excel dosyası⁶² bulunan, gövde kısmında ise herhangi bir metin bulunmayan "ÜLKER HAZİRAN AKTİVİTE LİSTESİ BARKODLU.xlsx" konulu e-posta iletisi söz konusudur. E-posta, 02.06.2020 tarihinde ÜLKER çalışanı (.....) tarafından ÜLKER distribütörü (.....)'a gönderilmiştir. Ardından söz konusu e-posta, ÜLKER distribütörü (.....) tarafından NESTLE distribütörü (.....)'e iletilmiştir. Akabinde ilgili e-posta, (.....) aracılığı ile NESTLE distribütörü (.....)'e ulaştırılmıştır. Nihayetinde, NESTLE distribütörü (.....) tarafından ÜLKER'in fiyat listesini içeren Excel dosyası, NESTLE Professional Kanal Satış Müdürü (.....)'a 23.06.2020 tarihinde iletilmiştir.
- (117) Tespit 6'daki Whatsapp yazışması incelendiğinde, NESTLE Professional Kanal Satış Müdürü (.....)'in NESTLE distribütörü (.....)'ten ÜLKER fiyat listesini talep ettiği, NESTLE distribütörü (.....)'in ise hazırda ETİ'nin fiyat listesinin bulunduğunu söyleyerek ETİ'ye ait 13.12.2021 tarihli fiyat listesini paylaştığı görülmektedir.
- (118) Yukarıda da yer verildiği üzere, fiyat listelerinin efektif fiyat geçiş tarihinden ortalama 15 gün öncesinde satış ekipleriyle, distribütörlerle ve müşterilerle paylaşılması ilgili sektörde yerleşik bir uygulamadır. Bu çerçevede yukarıda yer alan Tespit 4, 5 ve 6 incelendiğinde; teşebbüslerin gelecekte uygulanması planlanan fiyat listelerini distribütörleriyle paylaştığı ve akabinde yine ortak distribütörler aracılığıyla rakip teşebbüslerin fiyat listelerine ulaşabildiği görülmektedir.
- (119) Söz konusu uygulama nedeniyle pazarda faaliyet gösteren tedarikçilerin, distribütörleri vasıtasıyla rekabeti kısıtlayıcı bir oluşum içerisinde olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Bu noktada, söz konusu paylaşımların içeriği önem arz etmektedir. Mevcut dosya kapsamında distribütörler aracılığıyla gerçekleştirilen paylaşımların rakip teşebbüslere ait geleceğe yönelik bilgilere ilişkin olduğu göz önünde bulundurulduğunda, paylaşımların stratejik nitelikte olup olmadığına ve rekabetçi açıdan endişe doğurup doğurmayacağına ilgili pazarların dinamikleri dikkate alınarak her zaman ihtiyatlı yaklaşılması gerektiği değerlendirilmektedir. Dosya kapsamında müşterilerden ve distribütörlerden belirli bir süre öncesinde elde edilen verilerin paylaşılmasının rekabetçi endişe doğurduğuna ilişkin herhangi bir bulguya rastlanmamıştır. Nitekim Kurul tarafından ETİ ve HORIZON hakkında alınan uzlaşma nihai kararlarında da sahadan veri toplanmasına ilişkin eylemlere yönelik herhangi bir ihlal tespitinde bulunulmamıştır.

I.5.2.3. Genel Değerlendirme

- (120) Dosya kapsamında tespit edilen ve yukarıda yer verilen bulgulara dayanılarak, NESTLE'nin ve ETİ'nin kamuya açık nitelikte olmayan geleceğe yönelik fiyat listelerini, fiyat bilgilerini, iade, iskonto ve vade oranlarını birbiriyle paylaştığı görülmektedir. Yukarıda ilgili bölümde değinildiği üzere, gerek ülkemiz mevzuatında gerek mehz mevzuatta ve gerekse doktrinde rakipler arasındaki gelecekteki davranışlarına yönelik belirsizlikleri ortadan kaldıracı nitelikte olan bilgi paylaşımlarının rekabete aykırı olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu rekabete hassas bilgi; geleceğe ilişkin fiyat bilgisi veya buna ilişkin stratejik bir bilgi olduğu takdirde, rekabeti ihlal etme amacının ayrıca irdelenmeye ihtiyaç göstermeyecek şekilde ortada olduğu da kabul edilmektedir. Nitekim Yatay Kılavuz; fiyata ve miktara ilişkin bilgilerin stratejik niteliğinin en yüksek olduğunu⁶³, rakiplerin gelecekte uygulamayı planladıkları fiyat bilgisini aralarında değişmelerinin genellikle fiyat tespiti amacını taşıyacağını⁶⁴ öngörmektedir. Dosya

⁶² ÜLKER ürünlerinin aktivite ve fiyat listesi yer almaktadır.

⁶³ Para. 67

⁶⁴ Para. 57

kapsamında tespit edilen, rakipler arasındaki geleceğe yönelik fiyat bilgisi, iade, iskonto ve vade oranı verilerine ilişkin değişimlerin de bu çerçevede dâhilinde stratejik önemi haiz verilerin değişimi niteliğinde olduğu açıktır. Bu bağlamda teşebbüsler arasındaki iletişim rekabeti kısıtlayıcı niteliktedir. Bu noktada önemle değinilmelidir ki yukarıda yer verilen belgelerin bazılarının içeriğinde geçen fiyat hareketlerinin fiilen belirtilen fiyat artış tarihlerinde gerçekleşmediği görülse de bu durum, teşebbüsler arasında stratejik belirsizliği ortadan kaldırma amacına veya etkisine sahip bir iletişim olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bunun sonucunda ise piyasada rekabetin asli unsurlarından biri olan belirsizlik, iletişim ile ortadan kaldırılmakta, iletişimin tarafı olan teşebbüslerin bağımsız karar verme iradeleri rekabetçi endişe doğuracak şekilde kısıtlanmaktadır.

- (121) Yukarıda yer alan tespitler ve değerlendirmeler ışığında, soruşturma tarafı NESTLE'nin ETİ'yle rekabete hassas bilgilerin değişimi yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği kanaatine ulaşılmıştır.
- (122) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ele alınan davranışlar, aynı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamını taşımaları halinde 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. Rakip teşebbüsler arasında fiyatlamaya, fiyat artışlarına ve stok bilgilerine yönelik güncel ve geleceğe dönük bilgi değişiminin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının "*Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, Tüketicinin bundan yarar sağlanması*" şeklinde kaleme alınan (a) ve (b) bentlerinde yer alan ekonomik veya teknik gelişme ile tüketici faydası koşulunu sağlamayacağı açıktır. Aynı zamanda 2021/2 sayılı Tebliğ ve 2021/3 sayılı Rekabeti Kayda Değer Ölçüde Kısıtlamayan Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemlerine İlişkin Tebliğ kapsamında gelecekte uygulanması planlanan fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması açık ve ağır ihlal olarak tanımlanmaktadır. Nitekim 24.03.2023 tarih ve 36855 sayılı Kurum kayıtlarına intikal eden ve NESTLE tarafından gerçekleştirilen taahhüt başvurusu, ilgili rekabet sorunlarının ağır ve açık ihlal olarak değerlendirilebilecek eylemlere yönelik olması sebebiyle Kurulun 28.04.2023 tarihli ve 23-19/371-M sayılı kararı ile reddedilmiştir. Bu nedenle NESTLE'nin rakibiyle rekabete hassas bilgilerin değişimi eyleminin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan muafiyet koşullarını sağlamasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, NESTLE tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği, NESTLE'nin ihlal olarak değerlendirilen eylemlerine bireysel muafiyet tanınmayacağı ve NESTLE'ye aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca idari para cezası uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.
- (123) Öte yandan, DANONE TİKVEŞLİ tarafından 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiğine yönelik herhangi bir bulguya ulaşılmaması ve hakkında soruşturma açılan diğer teşebbüslerin ürünlerinin yer aldığı kategorilerde DANONE TİKVEŞLİ'nin faaliyet göstermemesi nedeniyle, ilgili teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına yer olmadığı değerlendirilmiştir.

I.5.2.4. Yazılı Savunmalar ve Savunmalara Yönelik Değerlendirmeler

I.5.2.4.1. NESTLE Tarafından Yapılan Savunmalar ve Savunmalara Yönelik Değerlendirmeler

Daha önce başka bir soruşturma kapsamında elde edilen ve 2018-2020 dönemine ilişkin geçmiş tarihli belgelerin, 2023 yılında yürütülecek yeni bir soruşturmaya

konu edilmesine dair herhangi bir açıklamaya yer verilmediğine yönelik savunma

- (124) Kurulun 15.12.2022 tarihli, 22-55/863-357 sayılı kararı ile sonuçlanan soruşturmanın tarafı olmayan üretici/tedarikçi niteliğindeki çeşitli teşebbüsler hakkında 2021-2-012 numaralı dosya kapsamında elde edilen bulgular doğrultusunda Kurulun 15.12.2022 tarihli ve 22-55/849-M sayılı kararı ile dosya konusu soruşturma resen açılmıştır. 2021-2-012 dosya numaralı soruşturmada incelenen davranışların mevcut dosya kapsamında incelenen davranışlardan farklı olduğu, ilaveten 2021-2-012 dosya numaralı soruşturmanın genişliği, taraf sayısının çokluğu ve soruşturmanın tamamlanması için öngörülen yasal süre dikkate alındığında, ilgili teşebbüsler hakkındaki ihlal şüphesinin mevcut soruşturma yerine haklarında başlatılacak yeni bir soruşturma yoluyla daha sağlıklı şekilde açıklığa kavuşturulmasında Kurulun takdir yetkisi olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır.

NESTLE'nin pek çok ürün kategorisinde üretimi bulunuyor olmasına rağmen Soruşturma Bildirimi'nde yer verilen belgelerin ve değerlendirmelerin çikolata kategorisi üzerinde yoğunlaştığına, NESTLE'nin bu pazardaki payının %(.....)'in altında yer aldığına dolayısıyla NESTLE'nin söz konusu pazarda takip eden teşebbüs konumunda olduğuna yönelik savunma

- (125) Yukarıda ilgili bölümde yer verildiği üzere ETİ ve NESTLE çalışanları arasındaki iletişimin içeriğini, kaplamalı/kaplamasız çikolatanın yanı sıra sütlü atıştırmalık ve kahve kategorilerinde yer alan pek çok ürüne ait geleceğe ilişkin fiyat artışları ve henüz uygulanmayan fiyat listeleri oluşturmaktadır. Rekabet hukuku uygulamasında rakipler arasındaki geleceğe yönelik fiyat bilgisi değişimi, stratejik önemi haiz verilerin değişimi olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada değişimi yapılan bilginin piyasadaki belirsizliği azaltacak nitelikte olup olmadığı önem arz etmekte olup, geleceğe yönelik fiyata ve/veya fiyatlama stratejilerine ilişkin bilgilerin değişiminin amacı itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı kabul edildiği ve amaç itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemlerin etki unsuruna ayrıca bakılmaksızın rekabet ihlali olarak değerlendirildiği açıktır. Bu kapsamda NESTLE'nin ilgili pazardaki pazar payının düşük olmasının ihlalin mevcudiyetine bir tesiri bulunmamaktadır.

Fiyat geçiş zamanının ve fiyat listelerinin onay sürecinin NESTLE bünyesinde yer alan "Microsoft Approvals" adlı sistem üzerinden doldurulan bir onay formuyla başlatılıp, hiyerarşik bir onaylama silsilesinin tamamlanmasının ardından efektif fiyat geçiş tarihinden yaklaşık 15 gün önce perakende satış ekibiyle, distribütörlerle ve müşterilerle eş zamanlı olarak paylaşıldığına, dolayısıyla sektörde fiyat geçişi olarak ifade edilen sürece ilişkin bilgilerin yüzlerce kişiden oluşan geniş bir kitleyle paylaşılma suretiyle kamuya açık bilgi niteliği taşır hale geldiğine yönelik savunma

14.08.2018 tarihli yazışmada yer alan fiyat bilgilerinin, onay süreçlerinin NESTLE tarafından tamamlandığına, ancak çeşitli nedenlerden ötürü sahaya duyurulma zamanında gecikme yaşandığına, bu sebeple söz konusu bilgilerin geleceğe ilişkin veri olarak değerlendirilmesinin isabetsiz olduğuna yönelik savunma

- (126) Rakiplerin fiyat listelerinin kamuya açık bilgi kaynaklarından elde edilmesi rekabet hukuku kapsamında bir sorun teşkil etmeyecekken, rakip teşebbüsler arasında stratejik bilgi niteliğindeki herhangi bir içeriğin paylaşılması ihlal olarak değerlendirilebilecektir. Yatay Kılavuz'un 72. paragrafında, gerçek anlamda kamuya açık bilgiler, bilgiye erişim maliyetleri bakımından bütün rakiplerce ve müşterilerce aynı derecede erişilebilir olan bilgiler olarak tanımlanmıştır. Diğer bir ifadeyle, bilginin

gerçek anlamda kamuya açık olması için, bilgi değişiminin tarafı olmayan müşterilerin ve teşebbüslerin bilgiye erişim maliyeti, taraf olan teşebbüslerinkinden daha fazla olmamalıdır. Aynı şekilde bir bilgiyi piyasadan, örneğin bayilerden toplama imkânının bulunması, bu bilginin rakipler için kolay erişilebilir bir pazar verisi olduğu anlamına gelmemektedir.

- (127) Güncel fiyat bilgilerinin satış noktalarından veya distribütörden edinilebileceği varsayımı altında dahi rakipler arasında paylaşılan verilerin toplanma maliyeti, diğer teşebbüsleri ve müşterileri bu verileri toplamaktan caydırıyorsa, veriler gerçek anlamda kamuya açık bilgi olarak kabul edilmemektedir. Normal koşullar altında rakiplerin, piyasadan kolaylıkla toplayabilecekleri verileri değiştirmeyi tercih etmeyeceği varsayılmaktadır. Bu hususlar gözetildiğinde, söz konusu bilgilerin rakipler arasında bir biçimde değişilmesinin rasyonel bir açıklamasının olmadığı ve bu bilgilerin tarafların stratejik kararlarındaki belirsizliği ortadan kaldırdığı değerlendirilmektedir.
- (128) Teşebbüslerin birbirlerinin fiyat bilgilerini çok sıkı biçimde takip ettikleri göz önüne alındığında fiyat bilgilerinin stratejik bir öneme sahip olduğu da açıktır. Kaldı ki fiyat bilgilerinin stratejik öneme sahip olmadığı kabul edilmesi durumunda NESTLE ve ETİ arasında üç yılı aşkın bir süre boyunca bu bilgilerin paylaşılmasının makul bir açıklamasının olamayacağı değerlendirilmektedir. Nitekim NESTLE'nin rakibi konumunda olan ETİ'nin kendi iç yazışmasında, kamuya açık hale geldiği iddia edilen bilgilerin elde edilmesinde teşebbüslerin ek bir çaba veya maliyete katlandığına ilişkin değerlendirmelere yukarıda yer verilmiştir.
- (129) Öte yandan, NESTLE'nin yeni fiyat listelerini hazırlamış ve onay sürecinin tamamlanmış olması bilginin kamuya açık bir bilgi olmadığı ve stratejik önemini halen koruduğu gerçeğini değiştirmemektedir. İlâveten fiyatlandırma politikasının teşebbüslerin kendi iç işleyiş sürecine ilişkin olduğu ve fiyat değişiklik tarihlerinin teşebbüslerin kendi inisiyatiflerinde bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda iç onayların tamamlanmasının fiyatlandırma değişikliği önünde bir engel yaratmayacağı açıktır.
- (130) Ayrıca, soruşturma kapsamında NESTLE'ye yönelik ihlal isnadına dayanak teşkil eden yazışmalar 14.08.2018 tarihli yazışmadan ibaret olmayıp 27.08.2018, 16.01.2019, 18.01.2019, 04.05.2020 ve 03.11.2020 tarihlerinde de geleceğe yönelik olan ve kamuya açık olmayan stratejik nitelikte bilgi paylaşımlarının benzer şekilde gerçekleştirildiği görülmektedir.

NESTLE'nin 2019 yılında aktif olan "NeTahsilat" adlı bir yazılım sistemiyle distribütörlerine kredi kartı ile ödeme imkânı sunmayı hedeflediğine, Tespit 2'de yer verilen yazışmaların gerçekleştiği tarihlerde ETİ'de böyle bir sistem olup olmadığına sorulmasının kıyaslama yapma amacı taşıdığına, yazışmada yer alan bilgilerin "fiyat, miktar, müşteriler, maliyetler, cirolar, satışlar, alımlar, kapasite, ürün nitelikleri, pazarlama planları, riskler, yatırımlar, teknolojiler, Ar-Ge programları" ile ilgili olmadığına, bu bilgilerin edinilmesinin "fiyat, üretim miktarı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği ya da inovasyon gibi rekabet parametrelerinden en az biri üzerinde olumsuz etki" doğurabilecek nitelikte olmadığına, söz konusu bilginin; geleceğe dönük olmadığına, mevcut durumu yansıttığına ve stratejik önemi haiz bilgiler olmadığına, ilâveten her distribütörün kendi sağlayıcısı ile belirli finansal şartlar çerçevesinde çalışmakta olduğuna, bu şartların perakende gıda pazarı bakımından bir rekabet parametresi olarak görülmediğine, ayrıca NESTLE ile ETİ'nin ortak bir distribütörünün bulunmadığı

da göz önüne alındığında, söz konusu bilgi paylaşımlarının amaç ve/veya etki bakımından rekabeti kısıtlayıcı olmadığına yönelik savunma

Distribütörlere uygulanan iskonto oranı, vade süresi gibi finansal çalışma koşullarını içeren yazışmaların kıyaslama amacı ile yapıldığına, iskonto ve vadeye ilişkin bu tür düzenlemelerin doğrudan ve sadece finans birimlerince belirlendiğine, satış ekiplerinin bu şartlara etki etme imkânının bulunmadığına ve bu bilgilerin rekabete hassas nitelikte olmadığına yönelik savunma

- (131) Yatay Kılavuz'da fiyata, miktara, müşterilere, maliyetlere, cirolara, satışlara, alımlara, kapasiteye, ürün niteliklerine, pazarlama planlarına, risklere, yatırımlara, teknolojilere, Ar-Ge programlarına ilişkin bilgiler ile benzeri bilgilerin rekabete duyarlı (stratejik) nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Yine anılan Kılavuz kapsamında genel olarak, fiyata ve miktara ilişkin bilgiler, stratejik niteliği en yüksek bilgiler olarak kabul edilirken bu bilgileri, maliyetlere ve talebe ilişkin bilgiler takip etmektedir. Bu çerçevede ödeme sistemleri, vade, taksit gibi fiyata doğrudan etki edebilecek bilgilerin rekabete hassas olduğu değerlendirilmektedir.
- (132) İlaveten söz konusu Kılavuz'a göre; teşebbüslerin maliyet, talep, pazar payı, ürün yelpazesi, kapasite gibi açılardan benzer olduğu durumlarda, rekabetçi güdeleri de benzer olacağından, teşebbüsler arası koordinasyon ihtimali artmaktadır. Ancak, bilgi değişimi, farklılaşmış teşebbüslerin bulunduğu pazar yapılarında da iş birlikçi sonuçlara imkân sağlayabilir. Bilgi değişimi, teşebbüslerin birbirlerinden farklılık arz eden yönlerini tespit etmek ve bu farklılıklarını gidermek üzere araçlar ortaya çıkarmalarına böylece aralarındaki koordinasyonu kolaylaştırıcı yöntemleri geliştirmelerine yardımcı olabilir.
- (133) Önceki bölümlerde de yer verildiği üzere rakip teşebbüsler arasındaki bilgi paylaşımları kimi durumlarda etkinlik kazanımları ortaya çıkarabilecektir. Bununla birlikte, rakipler arasındaki rekabetin doğasında bulunan stratejik belirsizliği ortadan kaldıracak nitelikteki doğrudan iletişim için aynı sonuca ulaşılamayacağı açıktır. Bu kapsamda iskonto oranı, vade süresi, kullanılan ödeme sistemleri gibi teşebbüse özgü olan ve pazardaki belirsizliği sağlayan ve pazardaki rekabeti besleyen unsurların rakipler arasında doğrudan paylaşılması rekabeti kısıtlayacaktır.

Tespit 2'de yer alan, ürünlerin iade oranlarına ilişkin yazışmaların tedarik zincirinin ve dağıtım sisteminin etkin çalışıp çalışmadığını değerlendirmek amacıyla kıyaslama yapmak için gerçekleştirildiğine, iade oranı bilgisinin rekabetçi kararlara etki edecek nitelikte olmadığına ve ilaveten ürün iade oranlarını konu alan yazışmaların bir kısmının Nesfit markalı ürün üzerinde yoğunlaşmasının söz konusu ürünün görece yeni bir ürün olması sebebiyle bu yeni ürün hakkında sektörün bilgi edinmesi amacıyla gerçekleştirildiğine yönelik savunma

- (134) Yukarıda da yer verildiği üzere, rakip teşebbüsler arasındaki bilgi paylaşımları kimi durumlarda etkinlik kazanımları ortaya çıkarabilecektir. Bilgi değişiminin sağlayacağı etkinlik kazanımlarını elde edebilmek için rekabetin gereğinden fazla sınırlandırılmaması gerekir. Bu kapsamda değiştirilen verinin; konusu, toplulaştırılma düzeyi, yaşı, değişimin gizliliği, sıklığı ve kapsamı, iddia edilen etkinlik kazanımlarını elde etmek için rekabetçi bakımdan zorunlu olan en düşük riski içermelidir. Bunun yanında bilgi değişimi, etkinlik kazanımlarıyla ilgili olmayan bilgileri ihtiva etmemelidir.
- (135) Rakip teşebbüsler olan NESTLE ve ETİ arasında gerçek anlamda kamuya açık nitelikte olmayan iade oranı verilerinin doğrudan bir iletişim kanalı (Whatsapp)

vasıtasıyla toplulaştırılmaksızın paylaşılmasının makul bir açıklaması bulunmamaktadır. Paylaşılan iade oranı verisinin güncelliği, piyasada rekabetin asli unsurlarından biri olan belirsizliği ortadan kaldırmakta ve dolayısıyla rekabet, iletişimin tarafı olan teşebbüslerin iradesi ile kısıtlanmaktadır.

NESTLE'nin fiyatlama sürecinde ürünün olası maliyeti, ürün ve ürün grubu bazlı karlılık durumu ve piyasa koşulları dikkate alınarak her bir ürün için liste fiyatı belirlendiğine, liste fiyatlarının NESTLE'nin iç onay süreçlerinin tamamlanmasının akabinde sahaya duyurulduğuna, söz konusu iç onay işlemlerinin ise en az 20 gün sürdüğü dikkate alındığında yalnızca rakiplerin fiyat geçiş zamanlamasına ve oranlamasına bakılarak fiyat geçiş kararı verilmesinin mümkün olmadığına yönelik savunma

- (136) Rakipler arasında geleceğe yönelik fiyat, fiyat listeleri ve fiyata doğrudan etki eden vade ve iskonto gibi, rekabet hukuku kapsamında stratejik niteliği en yüksek olan unsurların paylaşımına ilişkin belgelere ve söz konusu belgelerin değerlendirmelerine "Nestle Hakkında Elde Edilen Belgelerin Değerlendirilmesi" bölümünde detaylarıyla yer verilmiştir.

Tespit 2'de yer alan yazışmanın taraflarından NESTLE Satış Operasyon Müdürü AA'nın orta düzey bir satış operasyon yetkilisi olduğuna, AA'nın 2012-2016 yılları arasında ETİ'de çalışmış olması sebebiyle ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü AK ile tanışıklığının bulunduğu, ilaveten NESTLE Satış Operasyon Müdürü AA'nın çalıştığı pozisyon gereği hangi ürüne, hangi tarihte ve ne oranda zam yapılacağını önceden bilme ihtimalinin olmadığına, paylaşılan bilgilerin "geleceğe yönelik fiyat bilgisi" niteliğinde olmadığına ve AA ile AK arasındaki iletişimlerin, iki iş arkadaşının kişisel tahminlerinden ibaret olduğuna yönelik savunma

- (137) Her ne kadar NESTLE Satış Operasyon Müdürü AA orta düzey bir satış operasyon yetkilisi olsa da teşebbüsün operasyon biriminde görevlendirilen çalışanın eylemlerinin, teşebbüs açısından bağlayıcı olmadığını kabul etmek mümkün değildir. Zira her teşebbüsün kendi bünyesinde çalışan personelin eylemlerinden ve davranışlarından sorumlu olduğu açıktır. Ayrıca, AA'nın gelecekte uygulanması planlanan fiyat listelerini rakip teşebbüsün çalışanıyla paylaşmasının yanı sıra NESTLE'nin distribütörlerine uygulanan vade ve iskonto gibi rekabete duyarlı bilgileri de paylaştığı görülmektedir. Dolayısıyla teşebbüs çalışanın şirket içerisindeki konumunun ihlalini varlığı bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.

- (138) Ek olarak, NESTLE Satış Operasyon Müdürü ve ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü arasında 14.08.2018 tarihinde gerçekleştirilen iletişimi takiben, 16.08.2018 tarihinde, NESTLE tarafından şirketin satış ve pazarlama birimleri ile müşterilerinin fiyat artışı hakkında bilgilendirildiği görülmektedir. Bir diğer ifadeyle, henüz fiyat artışı hakkında satış noktalarına ve distribütörlere bilgilendirme yapılmadan ve hatta şirketin pazarlama ve satış birimlerine dahi fiyat artışı bilgisi verilmeden önce rakip teşebbüslerin çalışanları olan ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü ve NESTLE Satış Operasyon Müdürü arasında NESTLE'nin *Nesquik* ve *Crunch* ürünlerine ilişkin geleceğe yönelik fiyat bilgisinin paylaşıldığı anlaşılmıştır. Söz konusu durum karşısında, paylaşımına konu bilginin iki iş arkadaşının kişisel tahmininden ibaret olduğu savunmasını kabul etmek mümkün görünmemektedir.

Tespit 2'de yer verilen ve 14.08.2018 tarihinde gerçekleştirilen yazışmada NESTLE çalışanı AA tarafından paylaşılan "*Crunch* gofret (.....) de kalıyor" bilgisinin gerçeği yansıtmadığı ve 01.09.2018'de söz konusu üründe fiyat

geçişinin gerçekleştiği dikkate alındığında AA'nın pozisyonunun satış fiyatlarını belirleme üzerinde bir etkisinin olmadığına, hal böyleyken Tespit 2'de yer verilen iletişimin NESTLE bakımından ne amacının ne de etkisinin rekabeti kısıtlayıcı olduğuna yönelik savunma

- (139) Gerek ülkemiz mevzuatında gerek mehz mevzuatta ve gerekse doktrinde rakipler arasında gelecekteki davranışlarına yönelik belirsizlikleri ortadan kaldıracabilecek nitelikte olan bilgi paylaşımları rekabete aykırı olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu rekabete hassas bilgi; geleceğe ilişkin fiyat veya buna ilişkin stratejik bir bilgi olduğu takdirde, rekabeti ihlal etme amacının ayrıca irdelenmeye ihtiyaç göstermeyecek şekilde ortada olduğu da açıktır.
- (140) Esasen hem Kurul ve idari yargı kararları hem de mehz mevzuatı uygulamakla yükümlü yargı makamlarının içtihadı ışığında salt söz konusu iletişim delillerinin varlığı dahi amaç bakımından rekabeti kısıtlayıcı bir eylemin varlığını ispat edebilmektedir. Bir diğer ifadeyle rakipler arasındaki stratejik nitelikteki bilgilere yönelik iletişimin gerçekleştiğinin tespiti, ihlalin ortaya koyulması bakımından yeterlidir.
- (141) Bununla birlikte, Tespit 2 incelendiğinde, 14.08.2018 tarihinde ETİ ve NESTLE çalışanlarının 01.09.2018 tarihinde uygulanması planlanan fiyat listesinde yer alan *Nesquik* ve *Crunch* ürünlerine ilişkin iletişim içerisinde bulunduğu görülmektedir. İlâveten, NESTLE tarafından sunulan yazılı savunmanın ekleri incelendiğinde; fiyat artışı yapılacağına yönelik bilgilendirme e-postalarının şirket çalışanlarına 16.08.2018 ve 04.09.2018 tarihlerinde gönderildiği tespit edilmiştir. 16.08.2018 tarihinde teşebbüs içerisinde paylaşılan fiyat listelerinde, "*CRUNCH GOFRET 12(30x18g)*" ve "*NESQUIK Wafer 12(30x20g)*" ürünlerinin Tespit 2'de yer aldığı gibi (.....) kuruşa satılmasının planlandığı ancak 04.09.2018 tarihinde ek bir fiyat artışı e-postasının daha gönderildiği, söz konusu e-postada yer alan ürünün, yukarıda belirtilen 16.08.2018 tarihinde paylaşılan fiyat listelerinde yer alan *Crunch* ürününün gramajından farklı olduğu görülmektedir. Bir diğer deyişle 16.08.2018 tarihinde şirket içerisinde paylaşılan fiyat listelerindeki *Crunch* ürününe ait gramaj bilgileri ile 04.09.2018 tarihinde şirket içerisinde paylaşılan listedeki *Crunch* ürününe ait gramaj bilgilerinin örtüşmediği anlaşılmaktadır. Nitekim 04.09.2018 tarihinde fiyat artışı yaşanan ürün "*CRUNCH WAFER 12(30x30g)*" iken 16.08.2018 tarihinde paylaşılan fiyat listelerinde yer alan ürünün "*CRUNCH GOFRET 12(30x18g)*" olduğu göz önünde bulundurulduğunda NESTLE tarafından iddia edilen "*Crunch gofret (.....) de kalıyor*" ifadesinin gerçekleşmediğine yönelik savunmaya katılmak mümkün olmamıştır.
- (142) Son olarak fiyat listelerinin şirket çalışanları ile paylaşılma tarihi olan 16.08.2018 tarihinden önce, 14.08.2018 tarihinde, ETİ ve NESTLE çalışanlarının söz konusu fiyatlara ilişkin doğrudan iletişim içerisinde olmaları da ihlale işaret etmektedir.

Fiyat geçişlerinin fiyat değişiklik tarihinin ortalama 15 gün öncesinde piyasaya duyurulmasının NESTLE'ye özgü bir durum olmadığına, bu durumun bir nevi pazar normu niteliği taşıdığına, öte yandan bahsi geçen durumun, müşterilerin ve distribütörlerin satın alacakları ürünlerin fiyatlarında artış olacağını öğrenip söz konusu ürünlere ilişkin satış ve stok durumlarını kontrol ederek ihtiyaç olması halinde ya da daha karlı olacağını değerlendirmeleri halinde mevcut fiyatlardan sağlayıcılardan ilave ürün tedarik edebilmelerine imkân verdiğine yönelik savunma

- (143) Fiyat artışlarının fiyat değişiklik tarihinin ortalama 15 gün öncesinde satış ekipleriyle, distribütörlerle ve müşterilerle paylaşılmasına ilişkin değerlendirmeye "Nestle

Hakkında Elde Edilen Belgelerin Değerlendirilmesi” bölümünde detaylarıyla yer verilmiştir.

NESTLE'nin sütlü atıştırılabilirlik kategorisinde, ETİ'nin ise kahve kategorisinde ürünlerinin bulunmaması sebebiyle teşebbüsler arasında gerçekleşen iletişimin rekabete hassas nitelikte olmadığına ve dolayısıyla söz konusu bilgi paylaşımının rekabeti kısıtlayıcı amacının veya etkisinin olmayacağına yönelik savunma

- (144) Tespit 2'de, ETİ ve NESTLE çalışanları arasında sütlü atıştırılabilirlik ve kahve kategorilerinde yer alan ürünlerin yanı sıra kaplamalı/kaplamasız çikolata kategorisinde yer alan pek çok ürüne ait geleceğe ilişkin fiyat artışlarının ve henüz uygulanmayan fiyat listelerinin paylaşıldığı görülmektedir. Tablo 7'den ve Tablo 8'den de görülebileceği üzere, hem ETİ'nin hem de NESTLE'nin çikolata ve kaplamalı çikolata üretimi alanında faaliyet gösterdiği göz önüne alındığında savunmayı kabul etmek mümkün olmamıştır.
- (145) Öte yandan dosya kapsamında rakipler arasında paylaşımı yapıldığı tespit edilen fiyat ve fiyata ilişkin diğer veriler, Yatay Kılavuz kapsamında stratejik niteliğinin en yüksek seviyede olduğu belirtilen bilgilerdir⁶⁵. Yine bu verilerin geleceğe dönük olması, iletişime konu bilginin stratejik önemini arttırmaktadır. İşbu soruşturma kapsamında tespit edilen, NESTLE Satış Operasyon Müdürü ve ETİ Yerel Zincir Müşteri Müdürü arasındaki iletişimin konusunu oluşturan verilerin, hem stratejik niteliği en yüksek olan fiyat bilgileri olduğu, hem de söz konusu verilerin geleceğe ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Rekabet hukuku uygulamasında rakipler arasındaki geleceğe yönelik fiyat bilgisi değişimi, stratejik önemi haiz verilerin değişimi olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada değişimi yapılan bilginin piyasadaki belirsizliği azaltacak nitelikte olup olmadığı önem arz etmekte olup, geleceğe yönelik fiyata ve/veya fiyatlama stratejilerine ilişkin bilgilerin değişimi amacı itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı kabul edilmekte ve amaç itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ve/veya uyumlu eylemler etki unsuru ayrıca araştırılmaksızın rekabet ihlali olarak değerlendirilmektedir.
- (146) İlaveten, rekabet hukukunda “rakip” tanımı “potansiyel rakipleri” de içerecek şekilde yorumlanmaktadır. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 3. maddesinde rakip, “Aynı ürün pazarında faaliyette bulunan veya bulunma potansiyeline sahip sağlayıcılardır.” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla, potansiyel rakipler arasındaki rekabete hassas bilgi değişimi, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.

NESTLE ile ETİ arasında fiyat geçiş tarihlerine ve oranlarına ilişkin hiçbir koordinasyon, irade uyuşması, paralel davranış bulunmadığına, bu durumun Tespit 2'ye konu dönemde ETİ ile NESTLE'nin tüm fiyat geçişlerinin karşılaştırılması ile açıkça görülebilecek olmasına rağmen böyle bir çalışmanın yapılmadığına yönelik savunma

Rekabetin amaç yönünden kısıtlanması kavramının hakkaniyete aykırı ölçüde genişletilerek yorumlandığına, yeterli hukuki analize yer verilmediğine, başta ekonomik faktörler olmak üzere ilgili faktörlerin değerlendirmeye konu edilmediğine, tespit edilen iletişimlerin “nesnel” bir rekabeti kısıtlama amacı taşıyıp taşımadığının hatta gerçekçi olup olmadığının dahi değerlendirilmediğine yönelik savunma

⁶⁵ Yatay Kılavuz, para.67.

- (147) Rekabet ihlaline konu olan bilgi değişiminin tespitinde, paylaşılan bilginin niteliği önem kazanmaktadır. Değişime konu olan bilgi geçmiş tarihli fiyata ya da fiyatla ilişkili indirim, kampanya gibi bilgilere ilişkin olabileceği gibi, güncel ya da geleceğe ilişkin olabilir. Geleceğe ilişkin fiyatın ve fiyatla ilişkili bilgilerin paylaşılması, rekabet hukuku literatüründe “amaç itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı” nitelikte kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır⁶⁶. Nitekim Danıştay 13. Dairesinin kararlarında⁶⁷ “4054 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre, anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararlarının rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı amaç taşıması yeterlidir; amacı bu olduğu takdirde, söz konusu davranışların ayrıca piyasada rekabeti bozucu etkilerinin görülmesi veya bu etkilerin ispatı aranmayacaktır. Bir başka anlatımla, rekabeti ihlal edici amacın belirlenebildiği durumlarda, rekabete aykırı olduğu iddia edilen fiili ve davranışlarının mahiyetinin belirlenmesi asgari seviyede önem taşımaktadır. Nitekim 4054 sayılı Kanun’un aktarılan hükümleri ve buna ilişkin gerekçelerde özetle; rekabetin ihlal edilmesini amaç edinen fiil ve davranışların yasaklandığı belirtilmiştir. Rekabet açısından önemli olduğunda kuşku bulunmayan geleceğe ilişkin rekabete hassas bilgilerin piyasada rekabet edilen başka bir teşebbüsle paylaşılmasında, rekabeti ihlal edici bir amacın olduğu şüphesi ortaya çıkacaktır. Nitekim gerek Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD’ın) “T-Mobile” kararında gerekse doktrinde rakipler arasında gelecekteki davranışlarına yönelik belirsizlikleri ortadan kaldıracak nitelikte olan bilgi paylaşımlarının rekabete aykırı olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu rekabete hassas bilgi; geleceğe ilişkin fiyat veya buna ilişkin stratejik bir bilgi olduğu takdirde, rekabeti ihlal etme amacının ayrıca irdelenmeye ihtiyaç göstermeyecek şekilde ortada olduğu da açıktır. Ayrıca, teşebbüsler arası bilgi paylaşımlarının, piyasada bir etkisinin olmadığı ileri sürülebilirse de belirtilen rekabete hassas bilgi paylaşımının, teşebbüslerin gelecekte piyasada alacakları kararlarda etkili olacağına aksi ispatlanmadıkça kabul edilmesi gerekmektedir. Bu durum, ABAD’ın “Polypropylene” ve “Sugar” kararlarında teşebbüsler aleyhine bir karine olarak değerlendirilmiştir. Bir başka anlatımla; fiyatların yükseltilmesi hususunda rakipler arasında kesin bir anlaşmaya varılmasa dahi bir rakibin geleceğe ilişkin fiyatlama stratejisini açıkladığı bir toplantıya sadece katılmış olmak da bir karine olarak kabul edilmektedir.” ifadelerine yer verilmektedir. Dolayısıyla geleceğe ilişkin fiyat bilgisi paylaşımının tek başına rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma teşkil etmesi ya da bu anlaşmanın bir unsurunu oluşturması mümkündür.
- (148) İletişimin anlaşmayı/uyumlu eylemi ortaya koymadaki kritik önemi, piyasada rekabeti tetikleyen temel dinamiğin, teşebbüsler arasında birbirlerinin ne şekilde davranacağına ilişkin yaşanan belirsizlik olduğu kabulüne dayanmaktadır. Dolayısıyla teşebbüsler arasındaki iletişimle veya iletişimi sağlayan uygulamalarla ve davranışlarla, teşebbüslerin gelecekteki davranışlarına yönelik belirsizliğin azalması durumunda teşebbüs davranışının bağımsız değil koordineli olacağı, bu nitelikteki davranışın da 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilmektedir. Bu bağlamda, özellikle fiyat, arz miktarı, satış stratejisi, maliyet gibi rekabete duyarlı verilere ilişkin bilgiler içeren iletişimler tek taraflı olarak sunulduğunda dahi rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmektedir. Nitekim belirtilen nitelikte bir iletiyi alan teşebbüs, rekabeti sınırlayıcı bir uzlaşmanın tarafı olmayacağını derhal ve açıkça karşı tarafa bildirmedeği sürece uzlaşmaya zımnen irade göstermiş sayılmaktadır.

⁶⁶ Whish, R, Competition Law, p. 122.

⁶⁷ 06.04.2017 tarihli, E.: 2011/3564, K.: 2017/947 sayılı ve 28.02.2017 tarihli, E.: 2013/317, K.: 2017/471 sayılı ve 06.04.2017 tarihli, E.: 2011/4615, K.: 2017/960 sayılı kararlar.

- (149) Bu çerçevede, soruşturma kapsamında yalnızca stratejik belirsizliğin ortadan kalkması dahi iletişimin tarafları NESTLE'nin ve ETİ'nin bağımsız karar verme iradelerini rekabetçi endişe doğuracak şekilde kısıtlamaktadır. Zira rakipleriyle, rekabete duyarlı verilere ilişkin bilgileri içeren bir iletişim içerisinde olan teşebbüslerin kendi ticari politikalarını belirlerken, sözü edilen bilgileri dikkate aldıkları karine olarak kabul edilmektedir. Rakiplerinin fiyatlarını arttıracaklarını veya sabit tutacağını bilen bir teşebbüs için geleceğe ilişkin belirsizlik azalmakta, fiyatlama kararları bu bilgiye göre şekillenmekte, bu durum ise teşebbüsün rekabet hukuku anlamında rakiplerinden bağımsız karar vermediği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla paylaşılan verilerin fiyatlama politikasında uygulanıp uygulanmadığının ihlalin ortaya koyulması bakımından öncül bir şart niteliği taşımamaktadır. Bir diğer anlatımla rakipler arasındaki stratejik nitelikteki bilgilere yönelik iletişimin gerçekleşmesi yeterli olup, bu iletişim sonrasında teşebbüslerin iletişimdekine uygun bir fiyatlama davranışı içerisinde bulunup bulunmalarının ise bir önemi bulunmamaktadır.

İki yılı aşkın bir zaman dilimi içerisinde rakip teşebbüs çalışanları arasında yalnızca dört kez iletişim kurulmasının ve ETİ ile NESTLE'nin üretim faaliyeti gösterdiği çikolata kategorisinde çok sayıda rakip teşebbüsün yer alması olmasının piyasadaki fiyat seviyelerini etkilemeyeceğine ve rekabeti kısıtlamayacağına yönelik savunma

Perakende gıda pazarının son derece rekabetçi olduğuna, pazarda zincir marketlerin ve indirim marketlerinin "fiyat yapıcı" konumunda bulduklarına yönelik savunma

- (150) İhlal isnadına dayanak teşkil eden iletişime konu bilgilerin stratejik nitelikte olup olmadığı değerlendirilirken paylaşılan bilginin niteliği, güncelliği, pazarı kapsama oranı, toplulaştırılma derecesi ve kamuya açık olup olmadığı hususlarının yanı sıra bilginin paylaşılma sıklığı da önem arz etmektedir. Ancak rekabet otoritelerinin ihlalin başlangıcı ve sona erdiği tarih arasındaki dönemin tamamına ilişkin bulgu elde etmesini beklemek rasyonellikten uzak bir beklenti olacaktır. Mevcut dosya kapsamında elde edilen bulguların tamamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde iletişimin başlangıcı ve bitişi arasındaki zaman dilimi içerisinde stratejik nitelikteki bilgilerin rakip teşebbüsler arasında farklı dönemlerde aynı amaca hizmet etmek için paylaşıldığı görülmekte olup söz konusu iletişimler devam eden tek ihlal kapsamında değerlendirilmiş ve konuya ilişkin açıklamalara aşağıda yer alan 155-160 numaralı paragraflar arasında yer verilmiştir.

- (151) İlâveten çikolata kategorisinde çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösteriyor olması veya perakende gıda pazarının rekabetçi yapısı, rakip teşebbüsler arasında stratejik önem taşıyan bilgilerin paylaşılmasını meşru hale getirmemektedir. Kaldı ki, söz konusu kategori için yukarıda yer verilen Tablo 8'de iletişime taraf teşebbüslerin ilgili pazardaki en büyük ikinci ve üçüncü teşebbüs oldukları da görülmektedir.

NESTLE tarafından sunulan taahhüt talebinin kısa süre içerisinde gerekçesiz şekilde reddedildiğine, NESTLE'ye benzer şekilde DANONE TİKVEŞLİ tarafından sunulan taahhüt talebinin de reddedilmiş olmasına rağmen DANONE TİKVEŞLİ'ye ihlal isnadında bulunulmamasının çelişki yarattığına, ayrıca sahadan pazar verisi toplanması iddiasına ilişkin taahhüt değerlendirmesi yapılmadığına yönelik savunma

- (152) 2021/2 sayılı Tebliğ'in kapsam başlıklı 2. maddesi "Bu Tebliğ; açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, 4054 sayılı Kanunun 4 üncü veya 6 ncı maddesi kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüslerce ya da

teşebbüs birliklerince sunulan taahhütler kapsamaktadır.” hükmünü haiz olup aynı Tebliğ’in 4. maddesinde açık ve ağır ihlaller, “... Rakip teşebbüsler arasında fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket, gelecekte uygulanması planlanan fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması..” şeklinde ifade edilmiştir. NESTLE’nin rakipleri ile gerçekleştirdiği iletişimin yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri kapsamında yer alması sebebiyle NESTLE’nin taahhüt talebi reddedilmiştir.

- (153) DANONE TİKVEŞLİ’nin taahhüt talebinin reddedilmiş olmasına rağmen DANONE TİKVEŞLİ bakımından ihlal isnadında bulunulmamasının çelişki yarattığı savunmasına katılmak mümkün değildir. Zira DANONE TİKVEŞLİ bakımından da yürütülen soruşturma kapsamında incelenen davranışın niteliğinin “açık ve ağır ihlal” olduğu değerlendirilmiş ve bu kapsamda DANONE TİKVEŞLİ’nin taahhüt talebi reddedilmiştir. Öte yandan yürütülen soruşturma sonucunda varılan sonuç, söz konusu “açık ve ağır ihlal”e DANONE TİKVEŞLİ’nin dahlinin bulunmadığıdır.
- (154) Öte yandan, dosya kapsamında müşterilerden ve distribütörlerden belirli bir süre öncesinde elde edilen verilerin paylaşılmasının rekabetçi endişe doğurduğuna ilişkin herhangi bir bulguya rastlanmaması sebebiyle söz konusu olay özelinde bu paylaşım ile ilgili ihlal isnadında bulunulmamıştır. Taahhüdün değerlendirildiği aşamada da bu husus, açık ve ağır ihlal teşkil eden davranışlarla bir bütün olarak değerlendirildiği için ayrıca taahhüde konu edilmemiştir.

Tespit 2’nin farklı zamanlarda farklı konulara ilişkin olarak gerçekleştirilen birbirinden bağımsız kısa iletişimlerden ibaret olduğuna, bu iletişimlerin düzenli ve sistematik bir şekilde gerçekleştirilmediğine, bu nedenle iletişimlerin başlangıç tarihi olan 21.05.2018 ile bitiş tarihi olan 03.11.2020 arasında “devam eden tek bir ihlal” değerlendirmesi yapılmasının ve Tespit 2’nin bir bütün olarak ele alınmasının hukuken doğru bir yaklaşım olmadığına, Tespit 2 kapsamındaki her bir bağımsız iletişimin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine yönelik savunma

- (155) Belirli bir zaman aralığına yayılmış, aynı teşebbüsler arasında veya ayrı ayrı farklı teşebbüsler arasında olmakla birlikte aynı ortak amaca yönelik olduğu izlenimini doğuran, rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma/uyumlu eyleme işaret eden birden fazla delilin elde edilmesi halinde, tek bir ihlalin mi yoksa aynı anda birden fazla ihlalin mi mevcut olduğu değerlendirilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri ve AB rekabet hukuku doktrininde, belli bir anlaşma dönemini tanımlayan statik bir yaklaşım yerine, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayan “devam eden tek bir ihlal” yaklaşımı geliştirilmiştir. Bu yaklaşım sayesinde, deliller bütün olarak değerlendirilerek ihlalin varlığı ve belirgin özellikleri ortaya konulmakta; aksini gösteren bir kanıt olmadıkça ilgili teşebbüslerin bu sürecin tamamına katıldığı varsayılmaktadır. Bir başka ifade ile bir teşebbüsün ihlalin her aşamasında doğrudan kendisiyle ilgili belge bulunmamış olması, diğer teşebbüslerle birlikte ihlalden eşit derecede sorumlu tutulmasına engel teşkil etmemektedir.
- (156) Teşebbüsler arası tespit edilen anlaşmalar/uyumlu eylemler, aynı ekonomik amaca yönelik olmaları ve teşebbüslerin bu amaca yönelik genel çerçevenin farkında olmaları durumunda, tek bir ihlal olarak kabul edilmektedir. Bu analizde, ihlalin gerçekleştiriliş şekli, coğrafi kapsamı, ihlale taraf olan teşebbüslerin benzerliği gibi unsurlar değerlendirilmeye alınmaktadır. İhlalin süresinin tespitinde ise aksi yönde objektif ve açık kanıtlar olmaması halinde, farklı tarihlerde aynı ortak amaca yönelik olduğu tespit

edilen anlaşmalar/uyumlu eylemler devam eden tek bir ihlal olarak nitelendirilmektedir. Aynı amacı, tarafları, şekli, coğrafi alanı vb. unsurları kapsayan ve fakat kısa dönemler için kesildiği anlaşılan uyumlu eylemler/anlaşmalar ise tek bir ihlal olarak kabul edilmekte ancak anlaşmanın kesildiği süreler ceza uygulamasında dikkate alınmamaktadır.

- (157) Rekabet ihlallerine ilişkin yapılan incelemelerde teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen eylemlerin niteliği, süresi ve birbirleriyle ilişkisi, izlenen yöntemler, tek bir ihlal olarak nitelenmesi muhtemel anlaşmaların ve eylemlerin tarafları gibi birçok kriter ele alınmaktadır. ABAD'ın vermiş olduğu *Polipropilen* kararının bu konudaki standardı belirleyen kararlardan biri olduğu kabul edilmektedir. ABAD ilgili kararıyla, ortak bir plan çerçevesinde aynı ekonomik amaca yönelen, zamana yayılmış anlaşmaları/uyumlu eylemleri tek bir ihlal olarak sınıflandırmaktadır.
- (158) Kurulun da anılan yaklaşımı benimsediği birçok kararı bulunmaktadır. Kurul 16.12.2013 tarihli ve 13-70/952-403 sayılı kararında "*Devam eden tek bir ihlal kavramının kullanılabilmesi esasen üç ana koşulun varlığına bağlı bulunmaktadır. Öncelikle bir çerçeve anlaşmanın varlığı aranmaktadır. İkinci koşul, zaman içinde ortaya çıkan anlaşma ve/veya uyumlu eylemlerin birbirini tamamlayıcı nitelikte olmasıdır. Bu çerçevede anlaşma ve/veya uyumlu eylemlerin ortak bir ekonomik plan (çerçeve anlaşma) kapsamında gerçekleştirilmiş olması ve bir bütünlük arz etmesi gerekir. Devam eden tek bir ihlal kavramı bakımından üçüncü koşul ise teşebbüslerin tek bir ihlal çatısı altında birleştirilen anlaşma ve/veya uyumlu eylemlere katılımıdır.*" şeklinde bir yaklaşımla devam eden tek bir ihlal tespitinde bulunulabilmesi için gereken şartları saptamıştır.
- (159) Yukarıda belirtilen şartlar kapsamında; NESTLE ile ETİ arasında doğrudan gerçekleşen bilgi paylaşımlarında, "çerçeve anlaşma"nın varlığı aranmamaktadır. Nitekim "çerçeve anlaşma" genellikle ikiden çok taraflı olan ihlallerde aranan bir kavramdır. Zira çerçeve anlaşmanın rekabet hukuku literatürüne kazandırılmasının temel amacı, ihlale dahil olan ancak eldeki bulgulardan doğrudan sorumlu tutulamayan teşebbüslerin tüm sürece dahil olduğunu ortaya koymaktır. Mevcut durumda ise hakkında ihlal tespiti yapılan NESTLE'nin ihlale dayanak teşkil eden belgenin doğrudan tarafı olduğu açıktır. Bu doğrultuda ihlal tespitine dayanak olan delillerin, şüpheye mahal vermeyecek derecede açık olduğu değerlendirilmektedir. Nitekim ihlal tespiti, NESTLE ile ETİ arasında belirli aralıklarla ve doğrudan sütlü atıştırma, kaplamalı/kaplamasız çikolata ve kahve kategorilerinde yer alan pek çok ürüne ait geleceğe ilişkin fiyat artışlarının ve henüz uygulanmayan fiyat listelerinin paylaşımına dayanmaktadır. Yine anılan teşebbüsler arasındaki iletişime konu olan bilgilerin içeriğini geleceğe ilişkin fiyatların yanı sıra iade ve zam oranları, distribütörlere verilen vadeler ve iskontolar da oluşturmaktadır.
- (160) Bu kapsamda soruşturma konusu ihlale ilişkin olarak tespit edilen en eski tarihli iletişimin 21.05.2018 tarihli olduğu, en yakın tarihli iletişimin ise 03.11.2020 tarihli olduğu görülmekte, bu kapsamda ihlalin süresinin bir yıldan uzun beş yıldan kısa olduğu anlaşılmaktadır.

I.5.2.4.2. DANONE TİKVEŞLİ Tarafından Yapılan Savunmalar ve Savunmalara Yönelik Değerlendirmeler

Tespit 1'deki yazışmanın tarafları olan DANONE TİKVEŞLİ'nin ve ETİ'nin üretimini gerçekleştirdikleri ürünlerin üretim süreçlerinin ve maliyet kalemlerinin birbirlerinden farklılaştığına, bahsi geçen ürünlerin birbirleri ile ikame edilebilir nitelikte olmadığına, teşebbüslerin aynı pazarda faaliyet göstermediğine ve

mevcut dosya kapsamında DANONE TİKVEŞLİ'nin rekabeti kısıtlayıcı bir bilgi değişiminin tarafı olma ihtimalinin bulunmadığına yönelik savunma

Tespit 1'de ETİ çalışanı CSS ve DANONE TİKVEŞLİ çalışanı YF arasında gerçekleşen yazışmalarda hiçbir ürün, marka, kategori belirtilmeksizin muğlak ifadelerle yer verildiğine ve bu minvalde gerçekleşen yazışmaların rekabeti kısıtlamadığına yönelik savunma

Tespit 1'de yer verilen yazışmaların 2018 yılının Eylül ayında gerçekleşen kısmında yazışma tarafı YF'nin başka bir teşebbüs bünyesinde çalıştığına, YF'nin 2019 yılının Ocak ayında DANONE TİKVEŞLİ'de çalışmaya başladığına, CSS'nin ve YF'nin daha evvelden aynı dönemlerde aynı teşebbüs bünyesinde çalışmalarından ötürü kişisel tanışıklıklarının bulunduğuna, taraflar arasında gerçekleşen iletişimin söz konusu tanışıklıktan kaynaklandığına ve bahsi geçen iletişim hakkında DANONE TİKVEŞLİ'nin hiçbir bilgisinin olmadığına yönelik savunma

DANONE TİKVEŞLİ tarafından üretimi gerçekleştirilen ürünlerin önemli bir kısmının çocuklara yönelik olduğuna, bu ürünlerden özellikle aromalı sütlerin raf ömürlerinin nispeten kısa olması sebebiyle bu ürünlerin arz-talep dengesinin korunmasının güç olduğuna, okulların DANONE TİKVEŞLİ ürünlerinin satışlarında önemli bir rol oynadığına, bu sebeple Covid-19 pandemisi sebebiyle kapalı olan okulların sömestrde açılıp açılmamasının önem arz ettiğine yönelik ifadeler kapsamında Tespit 3'de yer alan "*rakiplerden duyuları olanlar paylaşabilir mi*" ifadesinin de pazar dinamiklerini sorgulamak amacı ile kullanılan teşebbüs içi bir yazışmadan ibaret olduğuna yönelik savunma

- (161) "DANONE TİKVEŞLİ Hakkında Elde Edilen Belgelerin Değerlendirilmesi" bölümünde yer alan tespitler ve değerlendirmeler ile teşebbüs tarafından yapılan savunmalar çerçevesinde, DANONE TİKVEŞLİ hakkında herhangi bir ihlal tespitinde bulunulmamıştır.

DANONE TİKVEŞLİ Pazarlama Direktörü YF'nin çalıştığı pozisyonun DANONE TİKVEŞLİ'nin fiyatlandırma stratejisi üzerinde kesin bir etki yaratacak nitelikte olmadığına, YF'nin bahse konu verileri başka bir DANONE TİKVEŞLİ çalışanı ile paylaşmadığına ve bu durumun söz konusu iletişimde DANONE TİKVEŞLİ yönetiminin dahil olmadığını gösterdiğine yönelik savunma

- (162) Her ne kadar DANONE TİKVEŞLİ Pazarlama Direktörü YF'nin fiyatlandırma stratejisi üzerinde etki yaratacak konumda bir çalışan olmadığı ileri sürülse de çalışanın eylemlerinin, teşebbüs açısından bağlayıcı olmadığını kabul etmek mümkün değildir. Zira her teşebbüsün kendi bünyesinde çalışan personelin eylemlerinden ve davranışlarından sorumlu olduğu açıktır. Dolayısıyla teşebbüsün şirket içerisindeki konumunun ihlal değerlendirmesi bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.

Yakın zamanda revize edilen Avrupa Birliği Yatay Kılavuzu'nda⁶⁸, bilgi değişimine taraf teşebbüslerin potansiyel rakip olmaları halinde, bilgi değişimlerinin rekabet hukukunun ihlal edilmesi olarak değerlendirilmeyeceği düzenlemesinin yer aldığına, bu düzenleme ışığında rakip olarak nitelendirilemeyecek olan DANONE TİKVEŞLİ ile ETİ arasında gerçekleştiği belirtilen bilgi değişiminin ihlal olarak değerlendirilmeyeceğine, keza DANONE TİKVEŞLİ ve ETİ'nin rakip olarak değerlendirildiği durumda dahi söz konusu bilgi

⁶⁸ Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements.

değişiminin münferit olması, paylaşımına konu bilginin muğlak olması, herhangi bir ürün/ürün grubuna işaret etmemesi, detaylı ve stratejik olmaması, ilgili pazardaki belirsizliği azaltabilme veya tamamıyla ortadan kaldırmayabilme kabiliyetine sahip olmaması gibi unsurlar göz önünde bulundurulduğunda söz konusu bilgi değişiminin, rekabet hukuku kapsamında “*amaç bakımından ihlal*” olarak değerlendirilmesinin hukuka uygun olmayacağına yönelik savunma

DANONE TİKVEŞLİ'nin ve ETİ'nin farklı ürün portföylerine, üretim kapasitelerine, stok tutma birimlerine, ürün kullanım amaçlarına ve maliyet yapılarına sahip olmaları nedeniyle DANONE TİKVEŞLİ ve ETİ ürünlerinin ikame edilebilir nitelikte olmadığına, keza DANONE TİKVEŞLİ ve ETİ'nin faaliyetlerinin sütlü atıştırmalık kategorisinin hiçbir alt kırılımında örtüşmediği de göz önüne alındığında DANONE TİKVEŞLİ ve ETİ arasında gerçekleşmesi muhtemel olan herhangi bir iletişimin pazardaki stratejik belirsizliği ortadan kaldırmayacağına yönelik savunma

- (163) ETİ ve DANONE TİKVEŞLİ'nin faaliyetlerinin yalnızca sütlü atıştırmalık kategorisinde örtüştüğü tespit edilmiştir. Bununla birlikte, bahsi geçen kategoriye ait hiçbir alt kırılımda anılan teşebbüslerin faaliyetleri arasında herhangi bir örtüşme bulunmadığı anlaşılmıştır. Ayrıca, Tespit 3'te bahsi geçen “*aromalı süt*” ürün grubunda ise yalnızca DANONE TİKVEŞLİ'nin faaliyetinin bulunduğu, soruşturma açılan taraflardan ETİ, HORIZON ve NESTLE'nin bu kategoride herhangi bir faaliyetinin bulunmadığı görülmüştür. Yine DANONE TİKVEŞLİ'nin faaliyet gösterdiği diğer ürün kategorilerinde de ETİ, HORIZON ve NESTLE'den herhangi birinin faaliyetinin bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu çerçevede anılan teşebbüslerin piyasaya arz ettikleri ürünler dikkate alındığında mevcut durumda DANONE TİKVEŞLİ'nin hakkında soruşturma açılmış olan diğer teşebbüslerle rekabet ettiği herhangi bir ortak alt kırılım bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Keza önaraştırma ve soruşturma dönemlerinde gerçekleştirilen yerinde incelemelerde de DANONE TİKVEŞLİ'nin, hakkında soruşturma açılmış olan diğer teşebbüslerle rakip olarak değerlendirilmemesi gerektiğine ilişkin iddiaların aksine herhangi bir delil elde edilememiştir. İlaveten, DANONE TİKVEŞLİ ve ETİ arasındaki tek iletişim olan Tespit 1'in genel nitelikli piyasa verisinden ibaret olduğu ve piyasayı şeffaflaştıracak nitelikte olmadığı değerlendirilmiştir. Bu çerçevede DANONE TİKVEŞLİ hakkında ihlal tespitinde bulunulmamıştır.

Tespit 1'e konu iletişimin, kişisel ilişkiler sebebiyle meydana gelen ucuz konuşma (*cheap-talk*) örneğinden ibaret olduğuna, YF'nin DANONE TİKVEŞLİ bünyesinde çalışmaya başlamadan önce Şölen Çikolata Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ'de CSS ile iş arkadaşı olduğuna, bu iki çalışanın farklı şirketlerde çalışmaya başladıktan sonra da iletişimlerini sürdürdüğüne, ayrıca Tespit 1'e konu yazışmanın 11.09.2018 tarihli ilk kısmında YF'nin DANONE TİKVEŞLİ çalışanı olmadığına yönelik savunma

- (164) Savunmaya konu olan Tespit 1'de, DANONE TİKVEŞLİ çalışanı YF'nin ETİ çalışanı CSS'ye herhangi bir ürünü veya ürün kategorisini doğrudan belirtmeden fiyat artışının ne zaman olacağına ilişkin soru sorduğu, buna karşılık ETİ çalışanının fiyat artışı verilerinin yazışmanın yapıldığı tarihten yaklaşık iki ay önceki bir tarihte açıklandığını ancak henüz uygulanmadığını belirttiği tespit edilmiştir. Ayrıca söz konusu tespit yapılırken YF'nin 11.09.2018 tarihinde DANONE TİKVEŞLİ bünyesinde çalışmadığı da göz önünde bulundurulmuştur. Bu çerçevede, DANONE TİKVEŞLİ ve ETİ çalışanları arasındaki yazışmaların doğrudan bir ürün grubuna yönelmediği ve DANONE TİKVEŞLİ çalışanı tarafından genel nitelikli piyasa verisinin elde edilmeye çalışıldığı

da dikkate alınarak söz konusu belgeye dayanan herhangi ihlal tespitinde bulunulmamıştır.

Tespit 3'ün rakiplerle doğrudan veya dolaylı herhangi bir iletişime atıfta bulunmadığına, yalnızca Covid-19 salgını nedeniyle yaşanan belirsizlik dönemlerinde pazar açısından verimli aksiyonlar alabilmek için kamuya açık kaynaklar aracılığıyla mevcut pazar koşullarını değerlendirmeye yönelik bir iç iletişim olduğuna yönelik savunma

- (165) Tespit 3'ün şirket çalışanları arasında gerçekleştirilen ve rakip davranışları dikkate alınarak pazarlama stratejisinin belirlenmeye çalışıldığı bir yazışmadan ibaret olduğu yukarıda ifade edilmiştir. Yine, Tespit 3'te bahsi geçen "aromalı süt" ürün grubunda yalnızca DANONE TİKVEŞLİ'nin faaliyetinin bulunduğu, soruşturma kapsamında incelenen ETİ, HORIZON ve NESTLE'nin bu kategoride herhangi bir faaliyetinin bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu kapsamda, Tespit 3'te yer alan ve DANONE TİKVEŞLİ çalışanları arasında rakiple herhangi bir temas kurulmaksızın gerçekleştirilen iletişimin pazar istihbaratı toplamanın ötesine geçmediği değerlendirilmektedir.

YF ve CSS arasında gerçekleşen yazışmanın şirketin bilgisi dahilinde olmadığına, DANONE TİKVEŞLİ'nin inceleme konusu davranışa katılmak veya taraf olmak gibi herhangi bir isteğinin bulunmadığına ve herhangi bir çalışanına da bu yönde talimat vermediğine, YF ve CSS arasında gerçekleşen iletişimin YF'nin DANONE TİKVEŞLİ bünyesinde işe başlamasından önceki döneme dayanan kişisel bir ilişkiye dayalı olarak gerçekleştiğine ve dolayısıyla DANONE TİKVEŞLİ'nin iş dışında kişisel bir ilişkiye dayanarak gerçekleşen bir iletişim üzerinde herhangi bir kontrole sahip olmasının mümkün olmadığına yönelik savunma

- (166) DANONE TİKVEŞLİ'nin inceleme konusu davranışa katılmak veya taraf olmak gibi herhangi bir isteği bulunmasa da teşebbüs bünyesinde çalışan eylemlerinin, teşebbüs açısından bağlayıcı olmadığını kabul etmek mümkün değildir. Zira her teşebbüsün kendi bünyesinde çalışan personelin eylemlerinden ve davranışlarından sorumlu olduğu açıktır. Bununla birlikte, YF ve CSS arasında gerçekleşen iletişime dayalı olarak herhangi bir ihlal tespitinde bulunulmamıştır.

I.5.3. Ceza Yönetmeliği Kapsamında Değerlendirme

- (167) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında "Bu Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir" hükmüne yer verilmiştir. Ceza Yönetmeliği'nin 1. maddesinde ise Yönetmelik'in amacı; "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanunun 16 ncı maddesi gereğince verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek" şeklinde belirlenmiştir.
- (168) Ceza Yönetmeliği'nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde para cezası belirlenirken öncelikle temel para cezasının hesaplanacağı, ardından ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurların göz önünde bulundurulacağı belirtilmektedir. Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinde temel para cezası düzenlenmektedir. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre temel para cezası hesaplanırken ihlalde bulunan teşebbüslerin yıllık gayri safi

gelirlerinin karteller için %2'si ile %4'ü, diğer ihlaller için %0,5'i ile %3'ü arasında bir oran esas alınmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, söz konusu oranın belirlenmesinde ilgili teşebbüslerin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınmaktadır.

- (169) Bu çerçevede, NESTLE'nin ihlal olduğu tespit edilen eylemlerinin "diğer ihlaller" kategorisinde olduğu değerlendirilmiş ve Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası uyarınca temel para cezası başlangıç oranı %(.....)olarak belirlenmiştir.
- (170) Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasında ise ilk fıkraya göre belirlenen para cezası miktarının bir ila beş yıl arasında süren ihlallerde yarısı oranında, beş yıldan uzun süren ihlallerde ise bir katı oranında artırılacağı düzenlenmiştir.
- (171) Soruşturma kapsamında NESTLE bakımından tespit edilen ihlalin, Tespit 2 ile ortaya konular eylemler çerçevesinde bir ila beş yıl arasında (21.05.2018 - 03.11.2020 tarihleri arasında) devam etmiş olduğu değerlendirilmiştir. Bu nedenle temel para cezası başlangıç oranı Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi uyarınca yarısı oranında artırılarak temel para cezası %(.....) olarak tespit edilmiştir.
- (172) Ceza Yönetmeliğinin 6. ve 7. maddesi kapsamında temel para cezasını ağırlaştırıcı ve hafifletici hususlar düzenlenmektedir. NESTLE bakımından ağırlaştırıcı ve hafifletici herhangi bir unsur bulunmamaktadır.

J. SONUÇ

- (173) 15.12.2022 tarihli ve 22-55/849-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-
- i) Nestle Türkiye Gıda Sanayi AŞ tarafından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine;
- ii) Nestle Türkiye Gıda Sanayi AŞ'nin ihlal olarak değerlendirilen eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan muafiyet koşullarını sağlamasının mümkün olmadığına;
- iii) Bu nedenle, Nestle Türkiye Gıda Sanayi AŞ'ye aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ile 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, ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının (a) bendi uyarınca 2022 yılı gayrisafi geliri üzerinden taktiren %(.....) oranında olmak üzere 260.183.629,08-TL idari para cezası verilmesine
- 2- Hakkında soruşturma yürütülen Danone Tikveşli Gıda ve İçecek San. ve Tic. AŞ tarafından 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiğine yönelik bulguya ulaşılmadığına, bu nedenle ilgili teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına yer olmadığına

23-61/1205-429

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