

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2009-3-265 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 11-42/911-281
Karar Tarihi : 13.7.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 **Başkan** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY,
Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR, Prof. Dr. Metin
TOPRAK

B. RAPORTÖRLER: Burak BÜYÜKKUŞOĞLU, Aytül TOKATLI,
Erdem AKTEKİN, İmren SEYRANTEPE

20 **C. ŞİKAYET EDEN:** M. ÖZCAN ORAL
Can Ciğer Tekel Bayii 2. Cadde Askeri Gazino Yanı No:47
Midyat / Mardin

NADİR ATEŞ
İpekli Gıda Kale Mah. Bahabey Cad. No:150 Merkez / Çorum

Erol AKTİ
Atatürk Cad. Askeri Gazino Yanı İğdır

30 Baki KAYIM
seba60@mynet.com

Kadir ÇOBAN
Özcan Bakkalı Bağlarbaşı Mah. Şehit N. Cad. Kırşehir

Alper BOZKURT
Kılıçözü Sanayi Sitesi 20. A Blok Kırşehir

MEHMET ÖKSÜZ
Atakum Atakent Büfe Samsun

40 Aydın ÖZKAN
İzzetbaysal Caddesi 148/A Bolu

Bülent ERES
Cumhuriyet Mah. Yaşardoğu Cad. Bircan Sok. No:3 Kapaklı
Çerkezköy/Tekirdağ

Aytekin ÇAKAN
Anadolu Basın Birliği 19 Mayıs Mah. Dr. Kamil Geçidi No:2
Samsun

50

Güldane KAPAN

Çamlık Mah. Sevgi Yolu 404 Sok. No:11/A Didim/Aydın

Özgür GÖKAY

Efe Restaurant Yavruturna Mah. Bahabey Cad. No:88 Çorum

Süleyman DERİN

Demirsubaşı Mah. İskele Cad. No:45/1 Derin Bar Gemlik/Bursa

60 **D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN:**

Efes Pazarlama ve Dağıtım Ticaret A.Ş.

Esentepe Mah. Anadolu Cad. No:3 Kartal 81440 İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Efes Pazarlama ve Dağıtım Tic. A.Ş. ve distribütörlerinin satış noktalarına mal vermek için noktalardan sadece Efes markalı biraları satmasını talep ettiği ve/veya rakip ürün satan noktaların faaliyetlerini çeşitli uygulamalarla zorlaştırdığı iddiası.

70

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Efes Pazarlama ve Dağıtım Tic. A.Ş. ve distribütörlerinin satış noktalarına mal vermek için noktalardan sadece Efes markalı biraları satmasını talep etmek ve/veya rakip ürün satan noktaların faaliyetlerini çeşitli uygulamalarla zorlaştırmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği ve Rekabet Kurulunun 22.04.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı kararına uymadığı iddiası.

80

G. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 18.12.2009 tarih ve 8979 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 6.1.2010 tarih ve 2009-3-265/İİ-10-BB sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 12.1.2010 tarih ve 10-04 sayılı toplantısında görüşülmüş ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

90

Bu karar sonrasında Kurum kayıtlarına 18.1.2010 tarih ve 494 sayı ile giren konuya ilişkin bir diğer başvuru üzerine hazırlanan 3.2.2010 tarih ve 2010-3-16/İİ-10-BB sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 11.2.2010 tarih ve 10-16 sayılı toplantısında görüşülmüş; 4054 sayılı Kanun çerçevesinde soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına ve önaraştırmanın 10-04/43-M sayılı Kurul kararına konu önaraştırma ile birleştirilmesine karar verilmiştir.

İlgili karar uyarınca yapılan önaraştırma sonucunda düzenlenen 22.6.2010 tarih ve 2009-3-265/ÖA-10-263.BB sayılı Önaraştırma Raporu Kurul'un 1.7.2010 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla Efes Pazarlama ve Dağıtım Ticaret A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına 10-47/860-M sayıyla karar verilmiştir.

4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tarafa, hakkında soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunularak 30 gün içinde ilk yazılı

100 savunmasının gönderilmesi istenmiş, tarafın ilk yazılı savunması Kurum kayıtlarına süresi içinde intikal etmiştir.

Soruşturma sonucunda hazırlanan 30.12.2010 tarih, 2009-3-265/SR-10-263.BB sayılı Soruşturma Raporu 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Başkanlıkça tarafa ve Kurul Üyelerine tebliğ olunarak aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince taraftan 30 gün içinde yazılı savunmasını göndermesi istenmiştir.

110 Soruşturma muhatabı teşebbüs tarafından 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi uyarınca ek süre talep edilmiş, Rekabet Kurulu tarafından teşebbüse birer kat ek süre verilmiş ve ilgili teşebbüsün savunması süresi içerisinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma Heyeti'nin hazırladığı 25.3.2011 tarihli "Ek Yazılı Görüş", Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, tarafa ve tüm Kurul Üyelerine tebliğ edilmiştir. Soruşturma muhatabı teşebbüsün ek süre talebi Rekabet Kurulu tarafından uygun bulunmuş ve tarafın ek görüşe karşı yazılı savunması yasal süresi içerisinde Kuruma intikal etmiştir.

120 Rekabet Kurulu'nun 9.6.2011 tarih ve 11-36 sayılı toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 12.7.2011 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına 747-M sayıyla karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilgililere gönderilmiştir.

12.7.2011 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmıştır.

Kurul, 13.7.2011 tarihinde 11-42/911-281 sayılı nihai kararını vermiştir.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Raporda;

130 1. Efes Pazarlama ve Dağıtım Tic. A.Ş.'nin 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Rekabet Kurulu kararı ile yasaklanan nitelikte, nihai satış noktalarına rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesine yönelik uygulamalar içerisinde bulunduğu ve bu uygulamaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal niteliğinde olduğu,

2. Bu eylemleri nedeniyle Efes Pazarlama ve Dağıtım Tic. A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca idari para cezası uygulanması gerektiği,

3. Satış noktaları ile imzalanan "Satış Sözleşmesi"nin

a. 2. maddesinin sözleşmeden çıkarılması

b. 11. maddesinin noktalara verilen katkının rakip ürünlerin noktada satılmasıyla bağlantılı olmadığına açıkça anlaşılmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği,

140 sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmektedir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1.Taraf

I.1.1. Efes Pazarlama ve Dağıtım Ticaret A.Ş. (EFPA)

150 Anadolu Grubu'na bağlı bir şirket olan EFPA, Anadolu Efes Biracılık ve Malt San. A.Ş. (Anadolu Efes)'nin tüm Türkiye'deki satış ve pazarlama faaliyetlerini gerçekleştirmektedir. Anadolu Efes'in %100 iştiraki olan EFPA Türkiye geneline yayılmış 10 bölge satış müdürlüğü, 29 distribütör ve 210 bayi ile faaliyette bulunmaktadır. Türkiye, Rusya, Bağımsız Devletler Topluluğu (BDT), Güney Doğu Avrupa ve Ortadoğu ülkelerinde bira, malt ve alkolsüz içecek üretimi ve pazarlamasını yapmakta olan Anadolu Efes, iştirakleri ve bağlı ortaklıkları ile birlikte Efes İçecek Grubu'nu oluşturmaktadır¹. Ülkemizde 1969 yılında İstanbul ve İzmir'de üretime başlamış olan teşebbüs, sektörün en büyük üreticisi konumundadır.

160 Anadolu Efes tarafından üretilerek pazara sunulan ürünler, *Efes Pilsen, Efes Light, Efes Dark, Efes Dark Brown, Efes Xtra, Gusta, Gusta Dark, Mariachi, Mariachi Black, Marmara Gold, Marmara Kırmızı* ve lisanslı olarak üretilen *Miller Genuine Draft, Beck's ve Foster's* markalarıdır. Teşebbüsün 2009 yılına ait cirosu TL (.....)'dir.

Tablo 1: EFPA Ortaklık Yapısı

UNVANI	HİSSE ADEDİ	ORANI (%)
Anadolu Endüstri Holding A.Ş.	1.349,998	~0
Anadolu Efes Biracılık ve Malt San. A.Ş.	44.998.650	99,99
Tarbes Tarım ürünleri ve Besicilik San. ve Tic. A.Ş.	0,003	~0
Yazıcılar Holdng A.Ş.	0,006	~0
Özilhan Sinai Yatırım A.Ş.	0,003	~0
Toplam	45.000.000	100

Kaynak: 20.7.2007 tarih ve 6586 sayılı ticaret sicil gazetesi

170 10.5.2010 tarih ve 701 sayılı ticaret sicil gazetesine göre EFPA yönetim kurulu üyeleri Tuncay Özilhan, İbrahim Yazıcı, Mehmet Nuri Yazıcı, Tülay Aksoy, Gülten Yazıcı, Nilgün Yazıcı, Ahmet Oğuz Özkardeş, Recep Yılmaz Argüden, Ahmet Boyacıoğlu, Salih Metin Ecevit ve Fonseca Alejandro Jimenez'dir.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

180 İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da 2010/4 sayılı Tebliğ'e atıfta bulunarak ilgili ürün pazarının tespitinde dikkate alınacak unsurlar belirtilmektedir. Buna göre ürün pazarının tespitinde tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal ve hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınmakta, ayrıca tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilmektedir.

Soruşturmanın konusunu, EFPA'nın 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı karara uyup uymadığının ve satış noktalarına mal vermek için noktanın sadece Efes Pilsen ürünlerini satmasını talep edip etmediğinin ve/veya rakip ürün satan noktaların faaliyetlerini çeşitli şekillerde zorlaştırıp zorlaştırmadığının tespit edilmesi oluşturmaktadır. EFPA Anadolu Efes'e ait bütün ürünlerin hem açık hem de kapalı satış noktalarına satış ve dağıtımını yapmaktadır. Bu noktadan yola çıkarak ilgili ürün pazarı, "açık bira pazarı" ve "kapalı bira pazarı" olarak belirlenmiştir.

190 EFPA'nın açık ve kapalı bira pazarlarındaki yıllar itibarıyla pazar payları şu şekildedir.

¹ <http://www.anadolugroup.com/sirketler.asp?id=2>

Tablo 2: Ciro Bazında Kapalı Pazar Payları

Yıl	EFPA (%)	Bimpaş (%)	Diğer (%)
2004			
2005			
2006			
2007			
2008			
2009			
2010 ²			

Kaynak: AC Nielsen

Tablo 3: Hacim Bazında Açık Pazar Payları³

Yıl	EFPA(%)	Bimpaş (%)	Diğer (%)
2007			
2008			
2009			

Kaynak: EFPA

EFPA toplam ... civarında kapalı ve ... civarında açık satış noktasına satış yapmakta olup bu noktalara yapılan ortalama satışlar son 3 yıl çerçevesinde aşağıda gösterilmektedir.

200

Tablo 4: EFPA Ortalama Satış Miktarları

	Kapalı (.000 lt)	Açık (.000lt)
2007		
2008		
2009		

Kaynak: EFPA

I.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da 2010/4 sayılı Tebliğ'e atıfta bulunarak ilgili coğrafi pazarın tanımına yer verilmektedir. Buna göre coğrafi pazar teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeteri derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgeler olarak tanımlanmıştır.

210

EFPA ürünlerinin, tüm Türkiye genelinde satış/dağıtımını yapılmakta ve bira dağıtımında coğrafi pazar tanımını etkileyecek bölgesel nitelikli farklılıklar bulunmamaktadır. Bu nedenle ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

I.3. Yapılan Tespitler ve Deliller

EFPA'nın nihai satış noktalarına rekabet etmeme yükümlülüğü getirip getirmediğine veya bu etkiyi doğuracak eylemler içerisinde olup olmadığına ilişkin tespitlere yer vermeden önce, Rekabet Kurulu'nun bira sektörüne yönelik muafiyet kararlarının ele alınması gerekmektedir.

220

² İlk 7 ay.

³ Açık pazara yönelik olarak bağımsız araştırma şirketleri tarafından yapılan çalışmalar olmadığı için bu pazardaki veriler teşebbüslerin tahminlerine dayanmaktadır.

I.3.1. İlgili Rekabet Kurulu Kararları

I.3.1.1. 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Karar

230

EFPA ve Bimpaş Bira ve Meşrubat Pazarlama A.Ş. (Bimpaş)'nin kapalı ve açık satış noktaları ile yaptığı münhasırlık hükmü içeren anlaşmalarına sağlanan grup muafiyetini geri alan 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı kararda, bira pazarında EFPA'nın %77 pazar payı ile hakim durumda olduğu, Bimpaş'ın ise %22-23 pazar payı ile ikinci önemli oyuncu konumunda bulunduğu ve teşebbüslerin bu pazar paylarını uzun süredir koruduğu tespit edilmiştir. Bunun yanı sıra, her iki teşebbüsün sahip oldukları kapasite fazlalarının ve sektördeki reklam kısıtlamalarının önemli birer giriş engeli oluşturduğu belirtilmiş, duopolistik bir yapıda olduğu gözlemlenen bira pazarında etkin rekabetin bulunmadığı değerlendirilmiştir. Üstelik her iki teşebbüsün distribütörleri/bayileri aracılığıyla hem açık, hem de kapalı satış yapan nihai satış noktaları ile akdettikleri tek elden satın alma anlaşmalarında yer alan rekabet etmeme ve/veya bu etkiyi doğuran tek elden satın alma, asgari satın alma/satış gibi yükümlülükler ile verilecek kredi ve indirim gibi katkıların rekabet etmeme şartına bağlanması gibi hükümlerin bira pazarında etkin rekabetin oluşmasının önünde önemli bir engel olduğu vurgulanarak, EFPA ve Bimpaş'ın söz konusu anlaşmalarına 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında sağlanan grup muafiyetinin geri alınmasına karar verilmiştir.

240

250

Kararda ayrıca alıcı konumundaki açık ve kapalı satış yapan noktaların ihtiyaçlarının küçük de olsa bir kısmını (2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen %80 oranından çok daha düşük olsa dahi) "EFPA ve Bimpaş ürünlerine yönlendirmelerine yol açacak her türlü düzenlemenin" rekabet etmeme yükümlülüğü tanımı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

260

Diğer yandan karar tarihinden önce akdedilmiş sözleşmelerde yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin ve bu etkiyi doğuran nitelikteki diğer hükümlerin anılan sözleşme metinlerinin tamamından çıkarılmasına, bu değişikliklerin yapılabilmesi için kararın tebliğ tarihinden itibaren taraflara 90 gün süre verilmesine, bu süre içinde gerekli değişikliklerin yapıldığının adı geçen teşebbüsler tarafından tevsik edilmesine, gerekli düzeltme yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve 4054 sayılı Kanun'un 16. ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağı söz konusu teşebbüslere bildirilmesine karar verilmiştir. Son olarak nihai satış noktalarına rekabet etmeme yükümlülüğü getirilemeyeceğinin ve soğutucu dolaplara rakip bira ürünlerinin konulmasının engellenemeyeceğinin söz konusu teşebbüslerce, nihai satış noktalarına bildirilmesine ve bu yükümlülüğün yerine getirildiğinin kararın tebliğ tarihinden itibaren 90 gün içerisinde tevsik edilmesine karar verilmiştir.

I.3.1.2. 21.7.2005 tarih ve 05-48/686-179 sayılı Karar

270

22.4.2005 tarihli kararın sonuç kısmında yer alan 4. ve 6. maddenin açıklanmasına yönelik EFPA başvurusunun ele alındığı kararda teşebbüs tarafından,

- “%80 oranından çok daha düşük olsa dahi” ifadesinde rekabet etmemeyi doğuracak oranın belirtilmesinin yanı sıra,

- “Her türlü düzenleme” ifadesinden fiyat politikası, indirimler, kampanyalar, satış noktasında etkin sunum teknikleri ve satış noktasına yapılabilecek her türlü satış artırıcı yatırımlar vb gibi tanımlar dışında rekabet etmemeyi doğuracak oranda ihtiyaç hacminin EFPA ürünlerinden oluşmasına yönelik yükümlülük getiren yazılı veya sözlü anlaşma yapılmasının anlaşılması gerektiğinin,

- Kararın sonuç kısmındaki 6. maddenin EFPA ve Bimpaş tarafından soğutucu dolaplara rakip ürünlerin konulmasının engellenmemesine ilişkin kısmının sadece ve sadece satış alanları yeterli olmadığından tek bir firmaya ait soğutucu dolabı bulunduran ve aynı zamanda diğer firmaların ürünlerini de bu nedenle bulunduramayan kapalı satış noktaları için geçerli olduğunun, teyidi konularında bir Kurul karar alınması talep edilmiştir.

Ancak Kurul 22.4.2005 tarihli kararın gerekçesinde, açıklanması talep edilen hususlarla ilgili olarak ayrıntılı bilgilere yer verildiğinden, ayrıca açıklamaya ihtiyaç duyulan bir durumun olmadığı kanaatine varmıştır.

I.3.1.3. 21.7.2005 tarih ve 05-48/696-184 sayılı Karar

EFPA 22.4.2005 tarihli kararda öngörülen 90 günlük geçiş süresinin, aksi durumda telafisi olanaksız zararlara ve haksızlığa neden olacağını ifade ederek, açık satış noktaları için 2 yıla, kapalı satış noktaları için 1,5 yıla uzatılmasını talep etmiştir. Kararda EFPA tarafından yapılan yatırımın noktalar tarafından geri ödenmesindeki uyumsuzlukların özel hukuk hükümlerince çözümlenebileceği, bira sektörünün zaman kaybetmeksizin rekabete açılması hususu dikkate alındığında, kararın gereklerinin yerine getirilebilmesi için verilen 90 günlük sürenin yeterli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca talep edilen ek sürenin verilmesi halinde pazarın rekabete açılmasının getireceği yararların gecikeceği hatta ortadan kalkabileceği vurgulanmıştır. Bu kararla Kurulun sözleşmelerin düzenlenmesi için vermiş olduğu geçiş sürecinin 15.9.2005 tarihinde dolacağına bir kez daha dikkat çekilmiştir.

I.3.1.4. 31.10.2005 tarih ve 05-76/1031-288 sayılı Geri Bildirim

Bu kararda EFPA ve Bimpaş'ın 22.4.2005 tarihli kararın gereklerini yerine getirdiklerine ilişkin geri bildirimleri değerlendirilmiştir. EFPA tarafından yapılan bildirimde sözleşmelerindeki asgari satış taahhüdünün, azami gayretin gösterilmesi ile birlikte hedef satış planlaması haline getirildiği ve hedefin tutturulamamasının sözleşmenin feshi veya cezai şart yaptırımına tabi kılınmadığı belirtilmiştir. Buna ilave olarak, EFPA'nın nihai satış noktasının yıllık bira ihtiyacının %80'den düşük dahi olsa bir kısmını kendi bira ürünlerinden tedarik etme konusunda yönlendirme yapamayacağını taahhüt ettiği vurgulanarak kararın bu kısmının adı geçen teşebbüs tarafından yerine getirildiği Rekabet Kurulu tarafından tespit edilmiştir. Ancak kararda EFPA'nın bayi/distribütörlere ve nihai satış noktalarına soğutucu dolaplara rakip bira ürünlerinin konulması konusunda nihai satış noktalarının tamamen serbest olduğu yönünde bir bildirim yapması gerektiği sonucuna ulaşılarak bunun için 30 günlük süre öngörülmüş ve gerekli düzenlemenin yapılmaması halinde 4054 sayılı Kanun'un 16. ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağı belirtilmiştir.

Bu kararın ardından Kurul 4.1.2006 tarih ve 06-1/190-8-MB sayı ile EFPA'nın bayi/distribütörlerine yapmış olduğu bildirimlerin 05-76/1031-288 sayılı Karar doğrultusunda gerçekleştiği bilgisini almıştır.

I.3.1.5. 8.12.2005 tarih ve 05-82/1127-326 sayılı EFPA-BTA Kararı

330 EFPA, distribütörü Bilsel Meşrubat Gıda İnş. Oto Yedek Parça Paz. San. Tic. Ltd. Şti. ve işletmeci BTA Hava Limanları Yiyecek ve İçecek Hiz. A.Ş. (BTA) arasında akdedilen "Özel Sözleşme"ye bireysel muafiyet verilmesi amacıyla başvurmuştur. Sözleşmede BTA'nın, Atatürk Havalimanı Dış Hatlar Terminal Binası Yiyecek ve İçecek Alanları içerisinde işletmekte olduğu açık satış noktalarında EFPA'ya rakip bira ürünlerini bulunduramayacağı düzenlenmiştir. Rekabet Kurulu sözleşmede yer alan doğrudan veya dolaylı rekabet etmeme yükümlülüğü dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (c) bendinde yer verilen piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması şartının sağlanmadığına ve bu nedenle sözleşmeye bireysel muafiyet verilemeyeceğine karar vermiştir.

340 **I.3.1.6. 8.12.2005 tarih ve 05-82/1126-325 sayılı EFPA-Doğuş Gıda Kararı**

EFPA, distribütörü Doğuş Gıda Mad. Ltd. Şti. ve işletmeci Yusuf BARDAK ile imzalamış olduğu tip sözleşme olan "Satış Sözleşmesi"ne, bireysel muafiyet verilmesi talebi ile başvurmuş ve sözleşmenin bireysel muafiyet alması halinde bunu diğer açık noktalarla da imzalayacağını belirtmiştir. Kurul başvuruya ilişkin değerlendirmesinde sözleşme ile açık satış noktalarına fıçı bira satışı konusunda rekabet etmeme yükümlülüğünün getirilmek istenmeye devam edildiğini tespit etmiştir. Rekabet Kurulu, EFPA'nın söz konusu sözleşme ile getirmeyi amaçladığı rekabet etmeme yükümlülüğünü önceki Rekabet Kurulu kararlarına konu anlaşmaların aksine fıçı bira ile sınırlaması ve bunun yanı sıra sözleşmenin ve dolayısıyla rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini de kısaltmasını sözleşmeye bireysel muafiyet verilmesi için yeterli görmemiştir. Kararda, 22.4.2005 tarihli Kurul kararında rekabet etmeme yükümlülüklerinin herhangi bir süreden bağımsız olarak anlaşmalardan tamamen kaldırılmasını öngördüğü ve yapılan bu değişikliklerin karardaki tespitleri değiştirecek nitelikte olmadığı belirtilmiş; nihai satış noktalarına rakip teşebbüslerin girmesinin EFPA tarafından doğrudan veya dolaylı bir biçimde engellenmesinin kesin bir dille yasaklandığına vurgu yapılarak sözleşmeye bireysel muafiyet verilmemiştir.

360 **I.3.1.7. 2.8.2007 tarih ve 07-63/763-267 sayılı Karar**

Söz konusu kararda EFPA'nın 22.4.2005 tarihli kararda belirtilen yükümlülükleri yerine getirmediği ve aralarındaki sözleşmeye uymayarak başka marka ürünleri satışa arz ettiği gerekçesiyle şikayetçi taraf aleyhine dava açtığı iddiaları incelenmiştir. Şikayetçi taraf ile EFPA distribütörü Tanmer Pazarlama ve Tic. Ltd. Şti. arasında 15.9.2002 tarihinde rekabet etmeme yükümlülüğü içeren bir satış noktası sözleşmesi akdedilmiş, EFPA söz konusu sözleşmedeki cezai şarta dayanarak Keşan 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne satış noktası hakkında sözleşmede yer alan rekabet etmeme yükümlülüğüne uymadığı gerekçesiyle dava açmıştır. Kararda 22.4.2005 tarihli kararla söz konusu sözleşmelerden muafiyetin geri alınması ile birlikte, rekabet etmeme yükümlülüğü içermeye devam eden sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında ihlal teşkil ettiği ve Kanun'un 5. maddesi kapsamında muafiyetten yararlanamadığı tespiti yapılmıştır. Ayrıca başvuru konusu

15.9.2002 tarihli sözleşmenin, 22.4.2005 tarihli kararın tebliğ edildiği tarih itibarıyla Kanun'un 56. maddesi uyarınca geçersiz hale geldiği, sözleşmelerde gerekli görülen değişikliklerin yapılabilmesi için teşebbüslere 90 gün süre verildiği ve bu süre sona ermeden ihlale konu sözleşme feshedildiğinden, EFPA'ya Kanun'un 17. maddesi çerçevesinde süreli para cezası verilemeyeceğine karar verilmiştir.

I.3.1.8. 10.4.2008 tarih ve 08-28/321-105 sayılı Karar

380

EFPA ve Bimpaş'tan grup muafiyetini geri alan 22.4.2005 tarih, 05-27/317-80 sayılı kararın ardından Bimpaş, pazardaki gelişmeler ve 2002/2 sayılı Tebliğ'e %40 pazar payı eşiği getiren değişiklik sonrasında açık ve kapalı satış noktaları ile imzaladığı tek elden satın alma anlaşmalarına menfi tespit/muafiyet verilmesi talebi ile başvuruda bulunmuştur.

390

Kararda; Kurul tarafından Bimpaş'ın 2005 tarihinden sonra az da olsa pazar payı kaybettiği, ancak bu durumun teşebbüsün pazar payındaki ilgili karardan önceki dönemde başlamış olan düşme eğiliminin devamı niteliğinde olduğu tespiti yapılmıştır. Öte yandan, 2005 yılı sonrasında küçük teşebbüslerin pazarda önemli bir varlık gösteremediği ve EFPA ile Bimpaş üzerinde rekabetçi baskı yaratamadığı da belirtilmiştir. Karar sonrası EFPA ve Bimpaş'ın bulunurluk oranlarını artırdıkları, bu durumun ise 2005 tarihli karardan beklenen bir fayda olduğu değerlendirilmiştir.

Bu değerlendirmeler ışığında Kurul, *"Bimpaş'ın açık ve kapalı satış noktalarıyla imzaladığı tip sözleşmelere, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşullar sağlanmadığı için muafiyet tanınamayacağına"* hükmetmiş ancak 2005 yılında almış olduğu karara bazı istisnalar getirmiştir. Söz konusu karar ile getirilen yeni düzenlemeler:

400

- 100 m²'nin altında satış alanına sahip noktalarda, EFPA/Bimpaş dolabı haricinde tüketicinin doğrudan erişebileceği başka bir alkollü içecek dolabı yoksa dolaplara ilişkin ariyet sözleşmelerinin, dolabın görünür kısmının ve satış noktasındaki toplam dolap hacminin %20'sine rakip ürün konulmasını temin edecek şekilde düzenlenmesi zorunluluğu getirilmesi,

410

- 3 yıl süreyle, Bimpaş tarafından açık satış noktalarına sadece fıçı bira satışlarını kapsamaması, yalnız EFPA ürünlerine karşı ileri sürülebilmesi ve en fazla 2 yıl süreli olması koşullarıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmesi,

- EFPA ve Bimpaş'ın ya da bu teşebbüslerin distribütörlerinin/bayilerinin askeri tesis ve otel gibi, alımlarını geleneksel olarak ihale ile gerçekleştiren satış noktaları ile akdedecekleri ve EFPA ile Bimpaş dışındaki teşebbüslere karşı ileri sürülemeyen, en fazla 2 yıl süreli rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşmelere bireysel muafiyet tanınması,

- Her iki teşebbüsün belirli spor sanat ya da eğlence olaylarını desteklemek amacıyla içecek tedarikinin yan unsur olarak yer aldığı tanıtım amaçlı sponsorluk anlaşmalarına ise yılda 60 günü geçmemek şartıyla, bireysel muafiyet tanınmasıdır.

I.3.1.9. 18.3.2010 tarih ve 10-24/331-119 sayılı Karar

420

2010 yılında Bimpaş, 2005 yılında alınan karar sonrasında, pazarda meydana gelmesi beklenen olumlu değişimlerin yaşanmadığını ve yoğunlaşmanın arttığını, münhasır uygulamaların sona ermesiyle eş zamanlı olarak EFPA'nın pazar payı yükselirken Bimpaş'ın pazar payının düştüğünü, ayrıca pazardaki mevcut oyuncu

430 sayısının da azaldığını belirterek, Bimpaş ve bayi/ distribütörlerinin nihai satış noktalarıyla imzalamak istedikleri tek elden satın alma anlaşmalarının, 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyeti kapsamına alınması talebiyle başvuruda bulunmuştur. Kurul, bira pazarında EFPA'nın hakim durumda bulunmaya ve rakipleri karşısında pazar payını artırmaya devam ettiği, pazarda ithalatın sınırlı olduğu ve pazara giriş engellerinin bulunduğu tespitlerini yaparak, Bimpaş ile bayi/distribütörlerinin nihai satış noktalarıyla akdedecekleri tip sözleşmelerdeki 5 yılı aşmayan tek marka sınırlamalarına 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde muafiyet tanınabileceğine karar vermiştir.

440 Yukarıda görüldüğü üzere EFPA ve distribütörlerinin nihai satış noktaları ile yapmış oldukları ve rekabet etmeme yükümlülükleri içeren sözleşmelerinden sahip oldukları grup muafiyeti 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Kurul kararı ile geri alınmıştır. Aynı karar ile EFPA'ya sözleşmelerinden rekabet etmeme hükümlerinin ve bu etkiyi doğurabilecek her türlü düzenlemenin çıkartması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu çevrede soruşturmanın konusunu, EFPA ve distribütörlerinin satış noktalarına mal vermek için noktalardan sadece Efes markalı biralari satmasını talep etmek ve/veya rakip ürün satan noktaların faaliyetlerini çeşitli uygulamalarla zorlaştırmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlale neden olup olmadığının ve Kurul'un 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı kararına uyup uymadığının tespit edilmesi oluşturmaktadır.

I.3.2. EFPA'nın Nihai Satış Noktalarına Rekabet Etmeme Yükümlülüğü Getirdiği veya Bu Etkiyi Doğuracak Eylemler İçerisinde Olduğuna İlişkin Belgeler

450 Önaraştırma ve soruşturma döneminde yapılan yerinde incelemelerde, EFPA'nın birtakım nihai satış noktalarına rekabet etmeme yükümlülüğü getirdiğine veya bazı noktalarda bu etkiyi doğurabilecek nitelikte sözleşmeler yaptığına işaret eden belge ve sözleşmelere ulaşılmıştır. Bu tespitleri işaret eden belgelerdeki ifadeler ve bahsi geçen türden etkiye sahip olabilecek şartları içeren sözleşmelere aşağıda yer verilmektedir.

I.3.2.1. Belgeler

Belge 29⁴: EFPA İstanbul Satış Müdürlüğü 4. Kapalı Şeflik Temsilcisi⁵ tarafından hazırlanan ve EFPA İstanbul Satış Müdürlüğü'nden elde edilen sunumda:

460 *"08 Ocak Ağustos Faaliyetler"* başlıklı bölümünde *"Bölgede ana arter ve görsel açıdan önemli yerlerde (Beyoğlu, Harbiye) anlaşmalar yaparak rakibe fırsat verilmemiştir. Toplam 8 yeni noktada anlaşma yaparak noktalarda tek marka satılması sağlanmıştır"* ifadeleri yer almaktadır.

Belge 31: 15.4.2010 tarihinde tarafından'e gönderilen ve EFPA İstanbul Satış Müdürlüğü'nden elde edilen e-postada:

⁴ Kararda yer alan tüm belge numaraları, soruşturma raporunun ekinde belgelerin almış olduğu numaraları işaret etmektedir.

⁵ 3.3.2003'de satış temsilcisi olarak EFPA'da göreve başlamış, 11.1.2009 tarihinde şirketteki görevinden ayrılmıştır.

470 *“... Tekel: Nokta ile yapılan görüşme sonucu Tuborg’u satmaması karşılığında fatura altı %.. ya da ay sonu aktarımı %.. teklif edildi.. bu nokta artık Tuborg satmayacak ve ruhsatının (Tekel) çıkması durumunda sözleşme yapabiliriz.”* ifadeleri yer almaktadır.

Anılan e-postayı EFPA Satış Müdürü’a ileten, e-postasında;

“...sonuç alacağımıza inandığım noktada yapacağımız kampanyadan sonra %... FA olarak yatırım yaparak kazanabiliriz.” ifadesini kullanmaktadır.

480 Belge 32: EFPA Trakya Satış Müdürlüğü’nden elde edilen “*Keşan&Şarköy Bayilik Bölgeleri 2007 Yılı Değerlendirmesi*” başlıklı belgede:

“...Satış olarak 2. en yüksek iskontolu noktamız olan Market ise Keşan Bayilik Bölgesinde yerel bir market olup 2007 yılının başında %... iskonto bağlanarak tek Tuborg’dan Efes’e çevrilmiştir.” ifadeleri yer almaktadır.

490 Belge 33: EFPA nokta yöneticisi⁶ tarafından düzenlenen ve EFPA Trakya Satış Müdürlüğü’nden elde edilen “16.2.2007” tarihli “*Satış Katılım Analiz Formu*” başlıklı belgede:

“...Nokta Malkara’nın Balabancık köyünde bulunup bölgenin 2 açık noktasından biridir. Rakip noktayı son zamanlarda sık ziyaret etmekteydi. Noktayı sistemimiz içinde tutmak için bayiimiz işletme sahibi ile görüşerek 2 yıllık işletme sermayesine karşılık .. adet EP 50 CL DK vermeyi uygun görmüştür... Aktarım iki seferde ...ar kasa olarak yapılacaktır. Bölgedeki iki açık nokta da bayiimiz ile çalışmakta olup rakip ürün satmaları engellenmiştir...” denilmektedir.

500 Belge 34: EFPA Satış Direktörü⁷ imzalı EFPA Ege Satış Müdürlüğü’nden elde edilen belgede satış noktası sözleşmeleriyle ilgili şu ifadeler yer almaktadır:

“Özel hükümlerinde çeşitli yazılar bulunan, bulunmayan tarafınıza geri gönderilmiş ve gönderilmemiş tüm sözleşmelerimiz için izlenecek yol aşağıda belirtilmiştir: ...

3. Klase edilip dosyalanan sözleşmelerimizde sadece ve sadece sözleşmeler ve ekinde bu sözleşme ile ilgili yasal evraklar yer almalı başkaca herhangi bir ek bulunmamalıdır. Bu konu ile ilgili olarak gerekli temizlik ve ayıklama yapılmalıdır (Tüm sözleşmeler kontrol)...

510 *8. Eski tip sözleşmeler: Bu tip sözleşmelerin süreleri kesinlikle kontrol edilmeli bitmiş veya bitmeye yakın olması durumunda ayrılmalı ve imha edilmelidir. (Tüm sözleşmelerimiz taranmalı). Kalması zorunlu olanlar ise ya yenileri ile değiştirilmeli ya da bu tip sözleşmeler satış müdürünün kontrolünde*

⁶, EFPA’da 8.4.2003 tarihinde geçici pazar geliştirme temsilcisi olarak işe başlamış, 1.7.2003’de satış temsilcisi, 1.2.2006’da nokta yöneticisi olmuş, 28.2.2007 tarihinde işten ayrılmıştır.

⁷ 1983 yılında EFPA’da işe başlamış ve 2005 yılına kadar farklı pozisyonlarda çalıştıktan sonra, 1.9.2005 tarihinde Türkiye satış direktörü olmuştur.

gizlenmelidir (Tüm sözleşme seti taranmalı ve bira kararı 2005 öncesi döneme ait sözleşmeler ayrılarak incelenmelidir.)...

Yenilenecek sözleşmelerimizde yukarıdaki uyarılarımız ve 2005 bira kararları dikkate alınırken, imha edilmesi kararlaştırılan sözleşmelerimizin birer örneğinin müşterilerimizde olup olmadığı mutlaka kontrol edilmelidir. Örnek varsa imha edilmemeli ancak müdür inisiyatifinde saklanmalıdır...

520

Belge35: 2007 yılı sonuna ait olduğu düşünülen "Sivas Tuborg Bayilik Oluşumu ve Alınması Gereken Önlemler" başlıklı EFPA Ege Satış Müdürlüğü'nden elde edilen belgede:

"Bu dönem içerisinde bölgedeki nokta stoklarını artırmaya yönelik olarak yaptığımız nokta bazlı çalışmalar sonucunda rakibe stok payı ve pazar payı verilmemeye çalışılmıştır...

Alınması Gereken Önlemler...

530

3- Nokta stoklarını arttırmak ve kanalları tıkamak için bayram öncesi özellikle Efes Pilsen, Xtra, M. Gold, ve M. Kırmızı ürünlerimizde aracı kampanyası planlanacaktır...

4- Öncelikle mevcut fiçı noktalarımız korunarak sistem içerisinde kalmaları sağlanacaktır. Rakip fiçı noktalardan halen mal verdiğimiz 3 adet fiçı noktasının yıllık ortalama satışının lt civarında olduğunu tahmin etmekteyiz. Bu noktaların da tamamen Efes Pilsen Sistemine kazandırılması için gerekli çalışmalara devam edilecektir...

9- Pazara dönem dönem vadeli mal verilerek kanallar tıkanacaktır."

ifadeleri bulunmaktadır.

540

Belge36: Satış Şefi⁸ tarafından EFPA Genel Müdürü⁹ gönderilen 25.5.2010 tarihli EFPA Ege Satış Müdürlüğü'nden elde edilen e-postada:

"Sezonluk faaliyet gösteren işletmeye (.....- Alaçatı/İzmir) bayiimiz, geçtiğimiz yıllarda oransal olarak %... seviyesinde yatırım yapmayı uygun görmüştür. Fakat bayiimiz bu sene, rakip firmanın da tacizleri ve yüksek oranlı teklifleri paralelinde; 1 yıllık sürede adet Efes Pilsen 50 cl kasa birayı işletmeye bedelsiz vermeyi uygun görmüştür. Oransal olarak baktığımızda bir önceki yıl fiili satışına göre %... ve 2009 yılı fiili satışına göre ise %...'lık bir oran söz konusudur."

550

ifadeleri yer almaktadır.

Belge38: EFPA İstanbul Satış Müdürlüğü'nden elde edilen belge ve Empa bira meşrubat-yöneticisi tarafından EFPA satış şefi 'e gönderilen 13.5.2010 tarihli e-postada:

"...bu noktaya (.... Gıda) %..-... gibi bir destek verilir ise Tuborg'u çıkaracağını ve tek marka satacağını beyan etti (devamlı destek geçici değil)... Şu anlık 1,5 aylık vereceğimiz %.. destek ile noktada satış gözlemi yapılabileceği gibi rakip aktiviteleri de pasifize etmiş oluruz. "

560

⁸ , EFPA'da 21.3.1994'de sevk planlama memuru olarak işe başlamış, 1.12.1999'da nokta yöneticisi, 1.8.2004'de de satış şefi olmuştur.

⁹ , 1990-2001 yılları arasında Efes'te farklı pozisyonlarda görev almış, 2001-2009 arası Efes Rusya operasyonunda bulunmuş, 1.1.2010 tarihinden itibaren Genel Müdür olmuştur.

denilmektedir.

Belge39: Efe-s Bakım Dağıtım Gıda Paz. İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti.'den elde edilen Yozgat Bayiliği 2008 Yılı Pazar Araştırması Raporu'nda:

“... Bölgede yapılan pazar araştırması sonucunda Efes Pilsen %..., rakip firma ise %... pazar payına sahiptir. Bölgede rakip bayinin bulunmaması, dağıtımının sınırlı günlerde ve düzensiz olması, Yozgat merkezde bulunan noktalardan görüşmeler sonucunda rakip ürünlerin çıkartılması bölgedeki pazar payımızı olumlu etkilemiştir.”

570

ifadeleri yer almaktadır.

Belge40: Efe-s Bakım Dağıtım Gıda Paz. İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti.'den elde edilen Gölbaşı/İncek Bölgesi başlıklı belge:

“İncek'te Cafe önünde satış yapan büfe bu ilgisizlik nedeniyle Vole soğutucu konumlandırmıştır. İşletmeci Vole¹⁰ satmamakta ancak bazı Tuborg ürünlerini (Gold kutu, Tuborg fıçı şişe) bulundurmaktadır. İşletmeciyile görüşerek yerine vereceğimiz Efes soğutucu ile Tuborg ürünlerini ve Vole soğutucusunu çıkarması için anlaşmıştır.”

580

denilmektedir.

I.3.2.2. Miktar Zorlamaya Yönelik Bulunurluk Sözleşmeleri

Tek marka anlaşması kavramı, rekabet üzerinde benzer etkiler doğuran “rekabet etmeme yükümlülüğü” ve “miktar zorlama anlaşmaları”nı kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Miktar zorlama anlaşmalarıyla, rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşmelerle hedeflenen etki dolaylı yoldan elde edilmektedir. Bu kısıtlama tipi, alıcının belirli mallara ilişkin alımlarının büyük bir kısmını tek bir sağlayıcıya yönlendirmesi sonucunu doğuran teşvik ve yükümlülükleri kapsamaktadır. Minimum satın alma yükümlülüğünün yanında miktar indirimleri, sadakat indirimi ve çift taraflı tarife sistemleri bu kapsamda değerlendirilmektedir.

590

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un 87. paragrafında münhasırlık içeren düzenlemelerin, münhasırlık içermeyen düzenlemelere göre rekabetçi yapıya daha fazla zarar verdiği belirtilerek rekabet etmeme yükümlülüğü alıcıyı sadece tek bir marka almak zorunda bırakırken, miktar zorlaması olarak adlandırılan ve alıcıya belirli miktarda alım zorunluluğu getiren kısıtlamaların alıcıya rakip ürünleri de alabilme konusunda açık kapı bıraktığı ve bu nedenle miktar zorlaması şeklinde bir kısıtlamanın yol açacağı kapama etkisinin görece daha az olacağı belirtilmektedir.

600

Uygulamada satın alma anlaşmalarında, rakip malların alımı ya da satımını engelleyecek hükümlere yer verilmesi (rekabet etmeme veya miktar zorlama hükümleri gibi) dışlayıcı etki doğurmaktadır. Bu çerçevede, miktar zorlamaya yönelik hükümler münhasır anlaşmalar kadar olmasa da dışlayıcı etkiler doğurmaktadır.

EFPA tarafından satış noktalarıyla “bulunurluk sözleşmeleri” adı altında birçok sözleşme imzalanmış olup bu sözleşmeler arasında miktar zorlamaya yönelik olarak

¹⁰ Vole markalı ürün Bimpaş tarafından 2007 yılının Mart ayında piyasaya sürülmüş, Şubat 2010 itibarıyla pazardan çekilmiştir.

610 el yazısı ile yazılmış hükümler içeren sözleşmeler bulunduğu tespit edilmiştir. Bu sözleşmeler ve içeriklerine aşağıda yer verilmiştir:

• Restaurant sözleşmesi: Sözleşmenin başlangıç tarihi 3.5.2007 ve bitiş tarihi 3.11.2008 olup süresi 18 aydır. Sözleşmeye göre teşebbüs her ... fıçı (.... lt) satışından sonra lt bedelsiz ürün almaya hak kazanmaktadır. Noktanın 2007 ve 2008 yılı satışları dikkate alındığında, bedelsiz ürün alabilmek için satması gereken ürün miktarının 1,5 yıllık satışına denk geldiği anlaşılmıştır. lt, olan bedelsiz ürün miktarı ise teşebbüsün yılda ortalama lt satış yaptığı dikkate alındığında, ... aylık satışına eşittir.

620 Bu noktanın, 31.5.2007 tarihinden itibaren Bimpaş'tan ürün alımı yapmadığı tespit edilmiştir. EFPA ile noktanın 3.5.2007 tarihinde sözleşme imzaladığı dikkate alındığında sözleşmenin Bimpaş'ın noktaya satışlarının durmasıyla eş zamana geldiği anlaşılmıştır.

• Lokali sözleşmesi: 20.12.2006 tarihinde imzalanan sözleşme 2 yıl sürelidir. Sözleşmeye göre noktanın ... lt bedelsiz ürünü almaya hak kazanabilmesi için ... adet 50 lt (... lt) fıçı bira satması gerekmektedir. Teşebbüsün 2007 yılına ait bira satış miktarının lt olduğu dikkate alındığında ... lt'lik kotanın teşebbüsün 2 yıllık satışının üzerinde olduğu anlaşılmıştır. ... lt'lik bedelsiz ürün ise noktanın bir aylık bira satış miktarına denk gelmektedir. Noktanın 2005 yılından itibaren Bimpaş'tan ürün alımı yapmadığı tespit edilmiştir.

• Lokali sözleşmesi: 8.5.2007 tarihinde imzalanan sözleşme 3 yıllıktır. Sözleşmeye göre noktanın ... litrelik bedava ürün almaya hak kazanabilmesi için ... adet (.... lt) fıçı bira satışı yapması gerekmektedir.. Teşebbüsün 3 yıllık bira satış miktarının 2007 yılı için ..., 2008 yılı için ... lt ve 2009 içinse ... lt olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu miktarın noktanın yaklaşık 3 yıllık tüketim miktarına yakın olduğu anlaşılmıştır. ... yıllık bira satış ortalaması ... lt olan bir noktada ... lt bedelsiz ürünün ise teşebbüsün 4-5 aylık satışına denk geldiği görülmüştür. Noktanın 2005 yılından itibaren Bimpaş'tan ürün alımı yapmadığı tespit edilmiştir.

• Yardımlaşma Derneği sözleşmesi: Nokta ile 1.10.2007 tarihinde imzalanan sözleşmenin süresi 2 yıldır. Sözleşmeye göre noktanın lt bedelsiz ürün alabilmek için lt'lik ürün satışı gerçekleştirmesi gerekmektedir. Noktanın 2008 yılı satışları lt, 2009 yılı satışları ise lt olarak gerçekleştirmiş olup söz konusu kotanın teşebbüsün 1 yıllık satış miktarının üzerinde olduğu anlaşılmıştır. Noktanın yıllık satış ortalamasının lt olduğu dikkate alındığında ise lt'lik bedelsiz ürünün noktanın 1 aylık satışına tekabül ettiği görülmüştür. Noktanın 2005 yılından itibaren Bimpaş'tan ürün alımı yapmadığı tespit edilmiştir.

• Balık Et Lokantası sözleşmesi: 1.6.2007 tarihinde imzalanan sözleşmenin süresi 2 yıldır. Sözleşmeye göre noktanın lt bedelsiz ürün almaya hak kazanabilmesi için, ... adet (..... lt) fıçı bira satışı yapması gerekmektedir. Teşebbüsün 2008 ve 2009 bira satışlarına bakıldığında sırasıyla lt ve lt olduğu tespit edilmiştir. Bu çerçevede söz konusu kotanın teşebbüsün 3 yıllık satışına denk geldiği anlaşılmıştır. Ayrıca yıllık ortalama litrelik satış miktarından, bedelsiz olarak alınacak ürünün noktanın 4 aylık satışına tekabül ettiği

görülmüştür. Noktanın 2005 yılından itibaren Bimpaş'tan ürün alımı yapmadığı tespit edilmiştir.

660

• ... Balık Et Lokantası sözleşmesi: 1.6.2007 tarihinde yapılan sözleşmenin süresi 2 yıldır. Sözleşmeye göre noktaya lt fiçı biranın bedelsiz olarak verilmesi nokta tarafından ... adet (.... lt) fiçı biranın satılması koşuluna bağlanmıştır. Söz konusu noktanın 2009 ve 2010 satışlarının sırasıyla ve ... lt olduğu tespit edilmiştir. Bu durum sözleşmedeki kotanın teşebbüsün 2 yıllık hacminden daha fazla olduğunu göstermiştir. Ayrıca verilen bedelsiz ürün miktarının noktanın yıllık ortalama lt tüketim miktarıyla birlikte 2 aylık bira satış miktarına denk geldiği anlaşılmıştır. Noktanın 2005 yılından itibaren Bimpaş'tan ürün alımı yapmadığı tespit edilmiştir.

670

• sözleşmesi: 12.4.2007 tarihinde imzalanan sözleşme 16 aylıktır. Sözleşmeye göre lt bedelsiz ürün noktaya lt fiçı bira satışı gerçekleştirdiği takdirde teslim edilecektir. Noktanın 2008 yılında lt satış yapmakla birlikte 2009 yılında lt civarında bir satış yaptığı anlaşılmıştır. Noktanın 2008 satışı baz alındığında bu kotanın 2 yıllık bira satışına denk geldiği tespit edilmiştir. Ayrıca verilecek olan bedelsiz ürünler noktanın 1,5 aylık satış miktarına tekabül ettiği görülmüştür. Noktanın 2005 yılından itibaren Bimpaş'tan ürün alımı yapmadığı tespit edilmiştir.

680

• Birahanesi sözleşmesi: 5.3.2007 tarihinde imzalanan sözleşmenin süresi 2 yıldır. Sözleşmeye göre noktaya ... lt bedelsiz ürün lt (... adet) 50 lt fiçı bira satışı gerçekleştirdiğinde verilecektir. Noktanın 2007 yılında lt, 2008 yılında ise lt satış yaptığı tespit edilmiştir. Bu çerçevede lt'lik satışın teşebbüsün 2 yıllık satış miktarına eşit olduğu, lt'lik bedelsiz miktarının ise 1-1,5 aylık satış miktarına denk geldiği anlaşılmıştır. Noktanın 2005 yılından itibaren Bimpaş'tan ürün alımı yapmadığı tespit edilmiştir.

690

• sözleşmesi: Nokta ile 10.4.2007 tarihinde imzalanan sözleşme 3 yıllıktır. Sözleşmeye göre noktaya lt bedelsiz ürün, lt (.... adet) 50 lt fiçı bira satışı gerçekleştirince teslim edilecektir. Noktanın 2007 yılı satışları lt, 2008 yılı satışları lt, 2009 yılı satışları ise lt olarak gerçekleşmiştir. Bu çerçevede lt'lik miktarın teşebbüsün 1 yıllık ve lt bedelsizin 1 aylık satışına denk geldiği söylenebilir. Nuktada 2005 yılından itibaren Bimpaş ürünleri satılmamaktadır.

700

• Gazino sözleşmesi: Sözleşmeye göre noktanın kendisine bedelsiz olarak 80 adet 30 cl kasa şeklinde 3 defada verilecek adet 30 cl kasa birayı almaya hak kazanabilmesi 3 defa lt bira satışı yapması gerekmektedir. Teşebbüsün 2007 yılında lt, 2008 yılında da lt bira sattığı ve aynı dönemde nuktada Bimpaş'tan ürün alımı yapmadığı tespit edilmiştir. Buna göre noktanın tüm bedelsizleri alması için satması gereken miktar olan lt'nin noktanın yaklaşık 2 yıllık satış miktarına denk geldiği tespit edilmiştir. Oysa nokta ile 13.3.2007 tarihinde imzalanan sözleşme 1 yıl sürelidir. Noktaya verilecek olan lt bedelsiz ürünün ise noktanın 2007 ve 2008 yıllarında yıllık satış ortalamasınının lt olduğu dikkate alındığında 1 aylık satışına tekabül ettiği anlaşılmıştır.

• Gazinosu sözleşmesi: Nokta ile 18.6.2007 tarihinde imzalanan sözleşme 2 yıl sürelidir. Sözleşmeye göre noktanın lt bedelsiz ürün almaya hak kazanabilmesi için adet (.... lt) fiçı bira satışı yapması gerekmektedir. Noktanın

710 2007-2009 yıllarındaki satışlarının sırasıyla lt, lt ve lt olduğu ve dolayısıyla yıllık ortalama satış miktarının kabaca lt olduğu anlaşılmıştır. Bu çerçevede söz konusu kotanın teşebbüsün 1-1,5 yıllık bira satış miktarına denk geldiği ve lt bedelsizin ise noktanın 1,5 aylık satışına tekabül ettiği tespit edilmiştir. Noktanın Bimpaş'tan hiç ürün alımı yapmadığı tespit edilmiştir.

I.3.2.3. 2005 Tarihli Kararın Alınması ve Kararın EFPA'ya Tebliğ Edilmesine Kadarki Dönemde (Ara Dönem) İmzalanan Münhasırlık İçeren Sözleşmeler

720 Soruşturma kapsamında yapılan incelemede miktar zorlama içeren sözleşmelerin yanı sıra, Kurul'un 22.4.2005 tarihli kararıyla muafiyetleri geri alınan rekabet etmemeye yönelik hükümler içeren sözleşmelere de ulaşılmıştır. Bu sözleşmelere ilişkin iki önemli husus, EFPA'nın 2005 tarihli karar öncesi uyguladığı münhasırlık içeren tip sözleşmeler ile aynı nitelikte ve 22.4.2005 tarihli karar sonrasında imzalanmış olmalarıdır. Sözleşmelerin tamamının ekinde üstünde tarih olmayan senetler bulunmaktadır.

730 22.4.2005 tarihli Kurul kararını EFPA 15.6.2005 tarihinde tebellüğ etmiş ve kararda verilen 90 günlük geçiş süreci 15.9.2005 tarihinde dolmuştur. Dolayısıyla aşağıda yer verilen sözleşmelerin 22.4.2005 ve 15.6.2005 tarihleri arasında imzalanmış olması, bu sözleşmelerin imzalanmasının subjektif iyi niyete aykırı olduğu kanaati doğurmuştur. Her ne kadar geçiş süreci 15.6.2005 tarihinde başlasa da kararın 22.4.2005 tarihinde alındığı ve kararın alınması öncesi yürütülen inceleme aşamasında konuya ilişkin olarak hem yazılı hem de sözlü görüş vermiş olması, teşebbüsün konunun kapsam ve içeriğinden yeterli bilgi sahibi olduğunu göstermektedir. Üstelik Kurul'un almış olduğu 2.8.2007 tarih ve 07-63/763-267 sayılı karar ile geçiş dönemindeki anlaşmalarda münhasırlık hükümlerinin uygulanabileceği sabit olsa da bu karar sadece 22.4.2005 tarihinden önce imzalanan sözleşmeleri kapsamaktadır. Öte yandan soruşturma döneminde EFPA'nın satış departmanı çalışanlarına ait olduğu anlaşılan belgeler arasında bu türden sözleşmelerin bulunması, Belge 34'te eski tip sözleşmelere ilişkin olarak yer alan "*Kalması zorunlu olanlar ise ya yenileri ile değiştirilmeli ya da bu tip sözleşmeler satış müdürünün kontrolünde gizlenmelidir*" ifadesinin de önemini arttırmaktadır.

740 Söz konusu sözleşmelere aşağıda yer verilmektedir:

- Cafe ile yapılan sözleşme **10.6.2005** tarihinde 3 yıl süreyle imzalanmıştır. Sözleşme ile işletici başka marka bira veya malt içeceği bulundurmamayı, satmamayı, üretmemeyi ve her yıl lt (..... fıçı bira) satmayı, bu kapsamda EFPA da noktaya adet 50 litrelik Efes Pilsen fıçı bira vermeyi taahhüt etmektedir. Sözleşme ekinde Cafe'a ait tarihsiz ABD Doları değerinde senet bulunmaktadır.

750 - Piknik ile yapılan sözleşme **1.5.2005** tarihinde 3 yıl süreyle imzalanmıştır. Sözleşme ile işletici başka marka bira veya malt içeceği bulundurmamayı, satmamayı, üretmemeyi ve her yıl adet EP 50 lt fıçı bira satmayı, bu kapsamda EFPA da noktaya adet 50 lt Efes Pilsen fıçı bira vermeyi taahhüt etmektedir. Sözleşme ekinde Efor Piknik'e ait tarihsiz ABD Doları değerinde senet bulunmaktadır.

760 - Lokantası ile yapılan sözleşme **1.6.2005** tarihinde yürürlüğe girmiş olup 1.6.2008'e kadar geçerlidir. Sözleşme ile işletici başka marka bira veya malt içeceği bulundurmamayı, satmamayı, üretmemeyi ve her yıl lt olmak üzere toplam lt satmayı, bu kapsamda EFPA da noktaya adet 50 lt Efes Pilsen fıçı bira vermeyi taahhüt etmektedir. Sözleşme ekinde Osman Kocaman'a ait tarihsiz 20.000 ABD Doları değerinde senet bulunmaktadır.

770 - Gazino-..... ile yapılan sözleşme **15.5.2005** tarihinde yürürlüğe girmiş olup 15.7.2007 tarihine kadar geçerlidir. Sözleşme ile işletici başka marka bira veya malt içeceği bulundurmamayı, satmamayı, üretmemeyi ve her yıl litre olmak üzere toplamda lt bira satmayı, bu kapsamda EFPA da noktaya kasa 50 cl Efes Pilsen fıçı bira vermeyi taahhüt etmektedir. Sözleşme ekinde Gazinosu 'a ait tarihsiz ABD Doları değerinde senet bulunmaktadır.

- Lokantası-..... ile yapılan sözleşme **15.5.2005** tarihinde yürürlüğe girmiş olup 15.11.2008 tarihine kadar geçerlidir. Sözleşme ile işletici başka marka bira veya malt içeceği bulundurmamayı, satmamayı, üretmemeyi ve her yıl lt bira satmayı, bu kapsamda EFPA da noktaya ... adet 50 lt fıçı bira vermeyi taahhüt etmektedir. Sözleşme ekinde Lokantası-..... 'a ait tarihsiz ABD Doları değerinde senet bulunmaktadır.

780 - Cafe ile yapılan sözleşme **3.6.2005** tarihinde yürürlüğe girmiş olup 3.12.2006 tarihine kadar geçerlidir. Sözleşme ile işletici başka marka bira veya malt içeceği bulundurmamayı, satmamayı, üretmemeyi ve her yıl ... lt ve sözleşme süresince ... lt bira satmayı, bu kapsamda EFPA da noktaya ... adet 50 litre fıçı bira, .. koli 33 cl Dark, 33 cl. Efes Light, .. koli 50 cl Efes dönüşümsüz bira vermeyi taahhüt etmektedir. Sözleşme ekinde Turizm'e ait tarihsiz ABD Doları değerinde senet bulunmaktadır.

790 - ile yapılan sözleşme **14.6.2005** tarihinde yürürlüğe girmiş olup 14.6.2007 tarihine kadar geçerlidir. Sözleşme ile işletici başka marka bira veya malt içeceği bulundurmamayı, satmamayı, üretmemeyi ve her yıl lt ve sözleşme süresince lt bira satmayı, bu kapsamda EFPA da noktaya koli 33 cl Efes Pilsen ve ...koli Efes Light dönüşümsüz bira vermeyi taahhüt etmektedir. Sözleşme ekinde 'ya ait tarihsiz ABD Doları değerinde senet bulunmaktadır.

I.4. Savunmalar ve Değerlendirilmesi

I.4.1. Belge ve Sözleşmelere İlişkin Savunmalar ve Değerlendirilmesi

I.4.1.1. Belge 29'a İlişkin Savunma

800 Savunmada halihazırda EFPA bünyesinde çalışmayan ... tarafından hazırlanan 08 Ocak-Ağustos Faaliyetler başlıklı belgede yer alan "8 nokta ile anlaşma yaparak tek marka satılması sağlanmıştır" ifadesinin satış agresifliğini yansıttığı ve esas amacını aşan bir ifade olduğu belirtilmiştir. Buna ilaveten belgedeki ifadelerle asıl kastedilenin bu noktalarda "bulunurluğun" sağlanması olduğu ifade edilmiştir. Belgenin 8 aylık bir döneme ilişkin olduğu ve çok sınırlı bir bölgeyi ilgilendirdiği de vurgulanmıştır. Savunmada ayrıca EFPA tarafından geçmiş verilere dayanılarak belgede bahsi geçen 8 nihai satış noktasının adlarına yer verilmiş, bu noktaların 3'ünün 2008 ve 2009 yıllarında kapandığı, halen faaliyet göstermekte olan 5 noktanın ise yıllık

810 ortalama satış hacimleri itibarıyla bölgedeki satışlara etkilerinin düşük olduğu ifade edilmiştir. Öte yandan halihazırda bu noktalardan 4'ünde rakip ürün satıldığı belirtilmiştir. Savunmada bunlara ilaveten anılan belgedeki ifadelerin bir şirket stratejisini yansıtmadığı, sadece yerel ve kişisel düzeyde kaldığı, satışın sıcağında kullanılan ifadeler olduğu ve yöneticiler tarafından onaylandığına dair bir kanıt bulunmadığı ifade edilmiştir.

820 Belgede bahsi geçen 8 nihai satış noktasının adlarına ilişkin netlik bulunmama ile birlikte belgede önem taşıyan husus satış temsilcisi olan teşebbüs çalışanının ilgili dönemde yaptığı faaliyetlere ilişkin olarak sunduğu bilgilerde 8 yeni nihai satış noktasıyla anlaşmalar yaparak tek marka satılmasının sağlandığının yer almasıdır. Bu çerçevede belge EFPA tarafından noktada tek marka olmak için çaba harcadığını işaret etmektedir. Öte yandan söz konusu belge, satışın sıcağında yazılmış olan bir elektronik postadan değil, 8 aylık faaliyetleri anlatan bir sunuştan alınmıştır. Bu bakımdan çok açık bir şekilde tek marka satılması sağlanmıştır gibi bir ifadenin yer aldığı bu belgede amacın bulunurluk sağlamak olduğu yönündeki savunmaya katılmak mümkün olmamıştır. Buna ek olarak belgelerin yalnızca kişilerin münferit eylemlerini gösterir nitelikte olduğu yönündeki savunmayı ise Türkiye'nin farklı bölgelerine ilişkin ifadeler içeren belgelerin varlığı nedeniyle kabul etmek mümkün olmamıştır.

I.4.1.2. Belge 31'e İlişkin Savunma

830 Savunmada EFPA'nın Empa unvanlı distribütörünün çalışanı olan ...'in bu belgede kullandığı "*Tuborg satmama karşılığı %... iskonto teklif etmek*" ifadesinin gerçeği yansıtmadığı; bu noktada halihazırda Bimpaş ürünlerinin de satıldığı belirtilmiştir. Öte yandan noktanın alkol satması için gerekli olan TAPDK ruhsatının halihazırda bulunmadığı, gerçekte EFPA tarafından noktaya hiçbir zaman iskonto verilmediği, kaldığı belgede geçen %... oranındaki iskontonun Türkiye ortalamasının altında olduğu belirtilmiştir. Nokta ile EFPA arasında herhangi bir bulunurluk sözleşmesinin bulunmadığı ve herhangi bir dönemde de imzalanmadığı ifade edilmiştir. Sonuç olarak bu belgede noktaya ilişkin durumun distribütör çalışanı tarafından gerçeğe aykırı şekilde ifade edildiği, bir başka deyişle distribütör çalışanının noktaya yönelik tekliflerinin EFPA yöneticileri ya da çalışanları tarafından kabul edilmediği belirtilmiştir. Bunlara ek olarak Murat Kenliç'in EFPA çalışanı olmadığı, bir distribütör çalışanı olduğu ve dolayısıyla bu kişiye ait elektronik postaların EFPA ile ilgili olamayacağı da savunulmuştur

850 Noktanın 2010 yılının Mart, Eylül ve Ekim aylarında Bimpaş'tan ürün alımı yaptığı, belgenin ait olduğu 2010 Nisan ayının hemen sonrasında Bimpaş'tan gelen tekliflere olumlu cevap vermediği tespit edilmiştir. Halihazırda her ne kadar noktada Bimpaş ürünleri satılsa da distribütör çalışanının Bimpaş ürünlerinin satılmaması karşılığında noktaya fatura altı iskonto teklif etmiş olması, nihai satış noktasına rekabet etmeme yükümlülüğü getirmeye yönelik eylemlerde bulunulduğunu göstermektedir. İskontonun gerçekte noktaya verilmemiş olması belgede geçen noktaya destek verilirse noktanın tek marka satacağı yönündeki ifadelerdeki durumu açıklamaktan uzaktır.

Öte yandan anılan belgeler EFPA İstanbul Satış Müdürlüğü'nden elde edilmiş ve tarafından EFPA satış şefi ve satış müdürüne gönderilmiştir. Dolayısıyla EFPA,

860 distribütör çalışanının eylemlerinden haberdardır. Belgenin EFPA'da elde edilmiş olması ve EFPA personelinin durumdan haberdar olması ve EFPA'nın aksine bir tavır içinde olduğunu gösterir belge sunamamış olması nedeniyle ilgili belgeler EFPA'ya yönelik kullanılmıştır.

I.4.1.3. Belge 32'ye İlişkin Savunma

870 Savunmada belgede yer alan "tek Tuborg'dan Efes'e geçirilmiştir" ifadesi ile kastedilenin tek marka Efes satılması değil, Efes markasının bulunurluğunun sağlanması olduğu ve EFPA'nın sadece bulunurluk sağlamak için iskonto verdiği belirtilmiştir. Belgenin ait olduğu 2007 yılında Bimpaş distribütörünün belgede adı geçen noktaya coğrafi olarak uzak olması, noktayı sıklıkla ziyaret etmemesi ve noktanın satış hacminin yetersizliği nedeniyle tek marka ile çalışmak istemesi nedeniyle noktanın sadece EFPA ürünlerini sattığı ifade edilmiştir. Söz konusu noktanın 19.09.2005-20.01.2007 tarihleri arasında ise sadece Bimpaş'tan alım yaptığı belirtilmiştir. EFPA'nın noktaya 2007 yılında %.. oranında sunduğu iskontonun Bimpaş'ın o dönemde sunduğu %.. iskontodan daha düşük olmasına rağmen noktanın EFPA'nın ürünlerini tercih etmesi sebebiyle EFPA'dan ürün alımı yaptığı, noktanın Bimpaş'tan ürün alımı yaptığı dönemde EFPA distribütörü ile arasında bir uyumsuzluk bulunduğu ifade edilmiştir.

880 Söz konusu noktanın Bimpaş'dan 2007 yılından itibaren ürün alımı yapmadığı tespit edilmiştir. Belgeden Bimpaş ürünleri satmakta olan noktanın iskonto ile sadece EFPA ürünleri satmaya başladığı anlaşılmaktadır. Bayinin satış noktasına uzak olması teşebbüsün bu ve benzeri faaliyetler içinde bulunarak münhasırlık sağlamasına bir gerekçe değildir. Savunmada Efes'e geçmek ifadesinin bulunurluğu ifade ettiği belirtilmekle birlikte noktada Bimpaş ürünleri satılmamaktadır. Öte yandan belgede noktanın kendi tercihinden öte, iskonto verilmesi yoluyla EFPA'ya bağlandığı anlaşılmakta ve bu durum EFPA'nın bulunurluk sağlama savunması ile çelişmektedir.

I.4.1.4. Belge 33'e İlişkin Savunma

890 Savunmada bu noktanın satış kapasitesi oldukça küçük olan bir nokta olduğu ve bu noktada EFPA'nın münhasırlık uygulamasının bir anlamı olmadığı belirtilmiştir. Buna ilaveten 2005 tarihli kararda Kurul'un, satış potansiyeli düşük olan noktaların bira alımlarını tek bir sağlayıcıdan yapma yolunu tercih etmelerinin kaçınılmaz olduğunu açıkça ifade ettiği ayrıca EFPA'nın amacının hiçbir zaman rakibi noktadan çıkarmak olmadığı, noktalarda bulunurluğu sağlamak olduğu, ancak, stok maliyetleri, tüketici tercihi gibi sebeplerle böylesine düşük potansiyeli olan satış noktalarının iki firmaya ait markaları satmasının beklenmesinin de ekonomik ve rasyonel olmadığı ifade edilmiştir. Savunmaya göre bu noktanın geçmişten beri tek Efes satmasının ve EFPA'nın noktadaki bulunurluğunu kaybetmemek için katkı vermesinin rekabeti engelleyici etkisi bulunmamaktadır. Savunmada ayrıca belgede yer alan ifadelerin 900 bölgedeki yoğun rekabetin ve EFPA'nın rekabete karşılık verdiğinin bir göstergesi olduğu dile getirilmiştir.

Öncelikle belirtmelidir ki bir noktanın küçük olması, o noktaya yönelik 2005 tarihli kararda rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında sayılacak eylemlerde bulunulamayacağı anlamına gelmemektedir. Buna ilaveten savunmalarda da ifade edildiği üzere anılan noktanın Bimpaş'tan ürün alımı yapmadığı tespit edilmiştir. Öte

yandan belgedeki ifade çok net olup, noktayı sık ziyaret eden rakibe karşı harekete geçilerek, rakip ürün satışının noktaya belli avantajlar verilmek suretiyle engellendiği sonucuna ulaşılmaktadır.

910

I.4.1.5. Belge 34'e İlişkin Savunma

Savunmada'nın satış müdürlerine gönderdiği e-posta'nın 2005 tarihli karara uyuma ilişkin birtakım uyarılar içerdiği ve rekabet kurallarını ihlal amacı taşımadığı belirtilmiştir. Savunmaya göre, anılan e-posta'da özellikle sözleşmelerin 9c olarak adlandırılan hedef öngörüsünün yapıldığı maddesinin 2005 tarihli kararın sonuç kısmındaki 4. maddede yer alan alıcı konumundaki açık ve kapalı satış yapan noktaların ihtiyaçlarının küçük de olsa bir kısmını (%80 oranından çok daha düşük olsa dahi) ifadesine uygun olarak noktanın ihtiyacının 1/4'ü ya da 1/5'ine denk gelecek şekilde düzenlenmesi yönündeki talimatlar yazının amacının Kurul kararına tam uyum olduğunu açıkça göstermektedir. Savunmada EFPA'nın o dönemdeki rekabet danışmanı gözetiminde hazırlanan bu belgenin amacının tek marka uygulaması kalkan binlerce adet sözleşme hakkında oluşabilecek olası ihmallerin önüne geçmek ve satış teşkilatına hatırlatma yapmak olduğu belirtilmiştir.

920

Savunmada ayrıca eski tip sözleşmelerin, Türk Ticaret Kanunu'nun 68. maddesi ve Vergi Usul Kanunu'ndan açıkça kaynaklanan yükümlülük gereğince 10 yıl boyunca saklanması gerektiği ifade edilmiştir. Savunmaya göre belgenin ilgili kısmının yanında el ile mali işler ibaresinin yazılmış olması da bu amacın mali işler birimi ile koordine edilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. Savunmaya göre belgede'nın imha edilmeli ya da satış müdürünün kontrolünde gizlenmelidir ifadesi, konunun azami hassasiyet gerektirecek bir konu olması nedeniyle satış elemanları nezdinde değil de müdürler düzeyinde ele alınması gereğine işaret etmektedir

930

Eski tip sözleşmelerin, Türk Ticaret Kanunu'nun 68. maddesi ve Vergi Usul Kanunu'ndan açıkça kaynaklanan yükümlülük gereğince 10 yıl boyunca saklamasına ilişkin savunma anlaşılabilir olmakla birlikte saklama ve gizleme kelimelerinin farklı anlamlar içermesi ve günlük kullanımda birbirlerinin yerine kullanılmaları nedeniyle savunmanın bütünüyle kabulü mümkün olmamıştır. Öte yandan belgede aynı kapsamda yer alan diğer belgelerin bazılarının hangi amaçla imha edilmesi gerektiğine yönelik bir değerlendirme de savunmada sunulmamıştır.

940

I.4.1.6. Belge 35'e İlişkin Savunma

EFPA tarafından savunmada, söz konusu belgede geçen "Efes Pilsen sistemine kazandırmak" ifadesinin rakibin faaliyetleriyle bağlantılı olmadığı, noktanın tüm Efes alımlarını TAPDK belgesi olmayan yetkisiz toptan satıcılardan değil, EFPA bayilerinden yapmasının sağlanmasının kastedildiği, bölgenin yoğun rekabet yaşanan bir bölge olduğu ve dolayısıyla EFPA'nın rakip faaliyetlere karşılık vermesinin olağan olduğu belirtilmiştir. Savunmada ayrıca belgenin ait olduğu Sivas ilindeki satışları ve yapıya ilişkin olarak Sivas'taki açık ve kapalı toplam nokta sayısının 231 olduğu, bunlar arasında EFPA ile bulunurluk sözleşmesi olan açık ve kapalı toplam ... nokta bulunduğu ve bu noktaların Türkiye'deki toplam payının on binde ... olduğu, Bimpaş'ın bölgedeki bayilik oluşumunun yıllardır istikrarsız bir seyir gösterdiği ve rakibin bu uygulamalarına karşı belgede EFPA satış elemanının etkin rekabet etmenin gereği olarak bazı aksiyonlar önerdiği ifade edilmiştir. Bu etkin

950

rekabet etme önerilerinin hiçbirisinin 2005 tarihli karara aykırı olmadığı da vurgulanmıştır.

- 960 Belgede yer alan “*tamamen Efes Pilsen sistemine kazandırılma*” ifadesi belgenin “*Sivas Tuborg Bayilik Oluşumu ve Alınması Gereken Önlemler*” şeklindeki başlığı ve bütünü dikkate alındığında belgenin rakip faaliyetlerinin incelenmesi ve bu faaliyetler karşısında strateji belirlenmesiyle bağlantılı olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle tarafın savunmasını kabul etmek mümkün olmamış, noktaları “*tamamen Efes Pilsen sistemine*” kazandırma çalışmalarına ilişkin ifadelerin rakibin o noktadan çıkartılmasına ilişkin olduğu kanaati oluşmuştur.

I.4.1.7. Belge 36'ya İlişkin Savunma

- 970 Savunmada belgede adı geçen adlı nihai satış noktasının bulunduğu bölgenin EFPA için reklam ve tanıtım görselinin bulunması açısından çok önemli olan bir nokta olduğu ifade edilmiştir. EFPA'nın amacının özellikle Fosters markası ile her yıl sponsor olduğu Dünya Sörf Şampiyonası vesilesiyle şampiyonanın düzenlendiği İzmir Alaçatı'da yarışmacı sörfçülerin ziyaret ettiği bir merkez niteliğindeki noktada görsellik kapsamında Efes markalarının bulunmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir. EFPA'nın nokta ile tek marka sözleşmesi değil standart bir bulunurluk sözleşmesi yaptığı vurgulanmıştır. Öte yandan noktada 2010 yaz döneminde EFPA markaları yanında spottan da alınabilen rakip ürünlerin, Corona, Heineken, Budweiser, Bittburger ve bir Bimpaş markası olan Carlsberg markalarının da satıldığı
- 980 belirtilmiştir. Savunmada ayrıca Bimpaş'ın nokta ile münhasırlık içeren bir anlaşma yapma hakkı olduğu dikkate alındığında EFPA'nın Bimpaş'ın tekliflerine böylesine önemli bir noktada daha cazip bir iskonto ve bedelsiz ürün vererek bulunurluğunu kaybetmemesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Diğer markaların noktada EFPA ürünleri yanında bulunmalarının da noktanın satış kapasitesini kapatan bir indirim sisteminin uygulanmadığının açık göstergesi olduğu ifade edilmiştir.

- Noktaya Bimpaş'ın %... iskonto teklif ettiğini, ancak teklifin kabul edilmediğini ve bu nedenle ile Bimpaş'ın herhangi bir ticari ilişkisinin söz konusu olmadığı tespit edilmiştir. Diğer yandan belgeden Bimpaş'ın noktaya girmesinin önlenmesi amacıyla
- 990 geçtiğimiz yıllara göre daha yüksek oranda bedelsiz ürün verildiği anlaşılmıştır.

I.4.1.8. Belge 38'e İlişkin Savunma

- Savunmada, distribütör çalışanı'in e-postasından tek marka satma teklifinin noktanın kendisinden geldiği ve noktaların kendi inisiyatifleriyle tek marka satmakta serbest oldukları belirtilmiştir. Diğer yandan EFPA'nın fiiliyatta noktaya ...'in e-postasında bahsedilen %... veya'in önerdiği %... kadar iskonto dahi vermediği ifade edilmiştir. İşletme ile bulunurluk sözleşmesi de yapılmadığı eklenmiştir.
- 1000 Noktanın sadece EFPA tarafından her noktaya dönemsel olarak uygulanan kampanyalarından faydalandırıldığı belirtilmiştir. Buna ilaveten hâlihazırda noktada hem EFPA hem de Bimpaş soğutucu dolabının bir arada bulunduğu ifade edilmiştir.

Savunmaya göre ayrıca, soruşturma raporunda iddia edildiğinin aksine EFPA satış şefi'in e-postasının,'in e-postasındaki ifadeleri destekleyen herhangi bir yanı bulunmamakta olup ihlale ilişkin somut bir delil teşkil etmemektedir. Savunmada bunlara ilaveten noktanın bulunduğu bölgenin rekabetin yoğun olarak yaşandığı bir

bölge olduğu ve belgenin tek amacının noktada bulunurluğun sağlanması olduğu ifade edilmiştir.

1010 Noktanın 2010 yılının Mart, Eylül ve Ekim aylarında Bimpaş'tan ürün alımı yaptığı, belgenin ait olduğu 2010 Nisan ayının hemen sonrasında Eylül ayına kadar Bimpaş'tan gelen tekliflere olumlu cevap vermediği tespit edilmiştir. Öte yandan savunmada yer alan bu bölgede rekabetin yoğun olduğu tespiti de dikkate alındığında, EFPA'nın Bimpaş ile rekabetin yoğun olduğu bir bölgede Bimpaş'ı noktadan çıkarmaya yönelik bir girişimde bulunması daha da önem kazanmaktadır. Buna ilaveten belgede bir e-posta zincirinin bulunması, distribütör çalışanı'ten gelen önerinin EFPA satış şefi tarafından değerlendirilerek yöneticisine iletilindiğini açıkça ortaya koymaktadır. Belgedeki e-posta zinciri, EFPA'nın rekabetin yoğun olduğu bir bölgedeki yaklaşımlarını ortaya koymak açısından önemlidir.

1020

I.4.1.9. Belge 39'a İlişkin Savunma

Savunmada, bu belgedeki "*görüşmeler sonucu noktalardan rakibin çıkarılması*" ifadesinin son derece muğlak ve dayanaksız ve amacını aşan bir ifade olduğu belirtilmiş, rakibin dışlandığına ilişkin belgede somut bir veri bulunmadığı ifade edilmiştir. Buna delil olarak aynı belgede bölgede rakip bayisinin dahi bulunmadığı, dağıtımın sınırlı günlerde ve düzensiz olduğu ifadelerinin yazması kullanılmıştır. Savunmaya göre belgenin geneline bakıldığında rekabetçi faaliyetler listelenmektedir, sosyal ekonomik statülerine göre ayrılarak bölgedeki noktalarda bulunabilirliğin sağlanması amaçlanmaktadır. Savunmada ayrıca Yozgat bölgesinde sadece toplam 79 adet aktif nihai satış noktası bulunduğu, bunlar arasında EFPA ile Bimpaş'ın birlikte bulunduğu 10 nokta olduğu, bölgenin toplam 2010 yılı EFPA satış hacminin yaklaşık 1.467.280 litre olduğu ve bu nedenle Yozgat merkezinde bulunan 79 noktanın EFPA'nın pazar payına neredeyse hiçbir katkısı bulunmadığı belirtilmiştir. Bunlara ek olarak, Kurul'un 18.11.2009 tarih ve 09-56/1327-333 sayılı EFPA Yozgat bayisi hakkındaki kararına atıf yapılan savunmada bu bölgede Bimpaş ürünlerinin tercih edilmediği iddia edilmiştir.

1030

Rakip ürünlerin çıkartılması ifadesinin sadece muğlak, amacını aşan, dayanaksız bir ifade olduğuna dair savunma belgenin noktalara rekabet etmeme yükümlülüğü getirmeye ilişkin çaba sarf edildiği yönündeki kanaati değiştirmemiştir. Diğer yandan Bimpaş ürünlerinin nokta tarafından tercih edilmemesi hususu Kurul kararında da dile getirilmiş olmakla beraber bu nedene dayanarak ilgili satış yerinde sadece EFPA ürünlerinin satılıyor olması 2005 tarihli karara aykırılık olmayacak iken, nokta ile EFPA satış elemanlarının yaptığı görüşmeler sonucunda rakip ürünlerin çıkartılması yani noktanın kendi tercihi dışında bir durum ile rakip ürünlerin noktadan çıkartılması, 2005 tarihli karara aykırı bir durum olup belgenin bunu açıkça anlattığı kanaati oluşmuştur. Belgede satış noktalarındaki rakip ürünlerin, görüşmeler sonucunda noktadan çıkartıldığı, bunun da EFPA'nın bölgedeki pazar payının %...'ye ulaşmasında katkı sağladığı belirtilmektedir.

1040

1050

I.4.1.10 . Belge 40'a İlişkin Savunma

Savunmada EFPA tarafından belgede yer alan ifadenin satış agresifliği içerisinde yazılmış ve amacını aşmakla beraber aslında noktaya ilişkin gerçek durumu göstermediği belirtilmiştir. Savunmada noktanın hiçbir zaman tek bir firmaya ait ürün

satmadığı, nokta ile EFPA'nın herhangi bir sözleşmesi bulunmadığı ve dolayısıyla, bu nokta ile Tuborg ürünlerini çıkarmaya yönelik herhangi bir anlaşma yapılmadığı ifade edilmiştir.

1060

Belgedeki ifadeler çok net olup satış agresifliğine ilişkin savunma noktalara rekabet etmeme yükümlülüğü getirmeye ilişkin çaba sarf edildiği yönündeki kanaati değiştirmemiştir.

I.4.1.11. Miktar Zorlamaya Yönelik Bulunurluk Sözleşmelerine İlişkin Savunma

Savunmada söz konusu sözleşmelerin'e yakın bulunurluk sözleşmesi arasında münferit ve yöresel olmaları sebebiyle temsili nitelikte olmadığı belirtilmiştir. Sözleşmelerinin amacının noktaların satış hacmini kapatmak değil, noktalarda bulunurluğun sağlanması olduğu ifade edilmiştir. Savunmada sahadaki satış ekibinin noktaya yapılan yatırımı onaylatabilmek için satış noktasının satış hedefini ve tahminini yüksek gösterebildiğini, anılan sözleşmelerin de bu duruma ilişkin olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede savunmada bahse konu bulunurluk sözleşmelerine fiiliyatta verilen katkıyla ilişkilendirilmemesine rağmen yüksek hedeflerin yazılmış olduğu belirtilmiştir. Ayrıca EFPA'nın yatırım maliyetlerini ve hukuki riskini artıran bu duruma karşılık EFPA üst yönetiminin önlem olarak, hedef ile gerçekleşecek fiili satış arasındaki gerçekleşme oranını çalışanlarına bir performans değerlendirme kriteri olarak getirdiği ifade edilmiştir.

1070

1080

Bunlara ilaveten söz konusu sözleşmeli noktaların toplam satış hacimlerinin EFPA'nın Türkiye satış litresinin sınıfına tekabül etmesinin de pazar üzerinde hiçbir etkiye sahip olmadığına göstergesi olduğu ve dolayısıyla pazarı kapatıcı, rakibi dışlayıcı veya miktar zorlayıcı herhangi bir etkisi olmadığı belirtilmiştir.

Bahse konu sözleşmelerde belirlenen hedeflerin tamamının noktalarla görüşülerek hesaplanan öngörü niteliğindeki miktarlar olduğu ve hedefleri gerçekleştiremeyen noktaların tamamına sözleşme bitiminden evvel bedelsiz ürünlerin tamamının aktarıldığı ifade edilmiştir. Bu noktaların bazıları sözleşme dönemi esnasında el değiştirdiği, buna rağmen EFPA tarafından noktalara verilen katkıların iadesinin istenmediği eklenmiştir. Bunlara ek olarak bu noktaların halihazırda açık olanların (faaliyetlerine devam edenlerin) tamamı ile bulunurluk sözleşmelerinin yenilendiği, yeni sözleşme döneminde hedef litrelerle bağlı herhangi bir bedelsiz ürün aktarımı öngörülmediği belirtilmiştir.

1090

Sözleşmelerin pazar üzerindeki etkisi değil miktar zorlamaya yönelik olarak kullanımı, bu sözleşmelerin ihlali göstermekteki yeterlilikleri bakımından önem arz etmektedir. Eğer sözleşmede belirlenen hedefler dolayısıyla nokta rakip ürün satamıyor ise bu noktada ilgili sözleşmenin mevcut dosya kapsamında ihlali işaret ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Restoran Sözleşmesi'ne yönelik olarak EFPA'nın nokta ile anlaşma yaptığı zamana denk gelecek şekilde Bimpaş ürünlerinin noktada bulunmamasına başladığı tespitine ilişkin olarak savunmada herhangi bir değerlendirmede bulunulmamıştır. Savunmada hedefin gerçekleşmemesine rağmen noktaya bedelsiz ürün verildiği yönündeki açıklama, Bimpaş'ın anlaşma sonrası noktadan çıkması ile ilgili durumu açıklamaktan uzaktır. Öte yandan anılan tüm sözleşmelerdeki hükümler bakımından önem arz eden husus hedefler aracılığıyla noktanın tek marka satmaya

1100

teşvik edilip edilmediğidir. Buna ilaveten ne kadar savunmada hedeflerin bağlayıcı olmadığı iddia edilse de, sözleşmelerde yer alan

- 1110 “... Şirket işyerinin açılmasında veya işletilmesine katkıda bulunmak ve iş yerinde bira satışlarını artırmak amacı ile Bayi veya Distribütör ile İşleticinin karşılıklı mutabakata vardığı... YTL tutarında... katkıyı doğrudan veya Bayilik/Distribütörlük Sözleşmesine dayanarak Bayi veya Distribütör aracılığı ile kararlaştırılan şekilde bir kereye mahsus olmak üzere uygun gördüğü şekil ve zamanda verecektir. ŞİRKET, BAYİ veya DİSTRİBÜTÖR işbu sözleşme gereğince yapacağı katkı ve yardımların amacına uygun olarak kullanıp kullanılmadığının kontrolünden sonra vermeye her zaman yetkilidir.
- 1120 Şirket, işbu sözleşmede işleticiye verilmesi kararlaştırılan kredi ve/veya katkıyı bayi veya distribütör aracılığıyla verecek bile olsa, haklı sebeplere dayanarak eksiltme, askıya alma, durdurma veya tamamen sona erdirmeye hususlarında yetkilidir. İşletici, şirketin bu konuda yetkili olduğunu ve bu hususta şirketten, bayi veya distribütörden tazminat da dahil olmak üzere herhangi bir hak ve alacak talebinde bulunmayacağını ve bunu sözleşmenin ihlali olarak ileri sürmeyeceğini, peşinen kabul ve taahhüt eder...”

- 1130 hükümleri anılan hedeflerle bir araya geldiğinde katkıyı alabilmek isteyen noktaya rakip ürünün girememesi yönünde fiili bir etki yaratabileceği kanaati oluşmuştur. Bu noktada hedefler bağlayıcı değilse ve noktaya her halükarda bedelsiz ürün veriliyorsa bulunurluk sözleşmelerinde hedef belirlemenin amacının ne olduğu sorusu da cevapsız kalmaktadır. Kaldı ki söz konusu sözleşmelerin birçoğunda, bedelsiz ürünlerin nokta tarafından alınabilmesi için belirlenen kotanın, noktanın en azından bir yıllık satış miktarına denk geldiği görülmüştür. Öte yandan eğer noktanın hedefinin gerçekleşen satış oranına dönüşme oranı arttıkça satış elemanının performansı daha olumlu değerlendiriliyorsa, bu durum satış ekibinin noktalara hedeflerini gerçekleştirmeleri için baskı yapma olasılıklarını daha da artırabilecektir. Bu durum da sözleşmelerde belirlenen hedeflerin miktar zorlamaya dönüşecek şekilde uygulanmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla, bulunurluk sözleşmelerindeki hedefler ile ilgili olarak yapılan savunmaların kabulü mümkün olmamıştır.

I.4.1.12. Ara Dönemde İmzalanan Sözleşmelere İlişkin Savunma

- 1140 İmza tarihleri 01.5.2005 ile 14.6.2005 arasında değişkenlik gösteren söz konusu sözleşmelere ilişkin olarak savunmada EFPA'ya anılan Kurul karar ile tanınan süre zarfında eski formatta olan sözleşmelerin yapılmasının son derece olağan olduğu belirtilmiştir. Savunmada bu sözleşmelerin imzalandığı noktalardan üçünün kapandığı geri kalan noktalarla da tek marka satma yükümlülüğü içermeyen yeni bulunurluk sözleşmelerinin imzalanmış olduğu ifade edilmiştir. 2005 tarihli kararın EFPA'ya tebliğ edilmesinden evvel münhasırlık uygulamalarının yasaklandığına dair getirilen yeni uygulamanın bilincinin tüm Türkiye genelinde oluşmuş olmasının EFPA'dan beklenmesinin gerçekçi olmadığı da eklenmiştir. EFPA'nın anılan kararın
- 1150 tebliği ardından kendine düşen görevi yerine getirerek noktaların hepsine tek marka satma şartı ile 2005 tarihli kararda getirilen sınırlamalara ilişkin bildirim yaptığı ve eski tip sözleşmeleri süresinde tek marka şartından arındırdığı ve Rekabet Kurulu tarafından da kabul gören bulunurluk sözleşmeleri ile değiştirdiği de vurgulanmıştır.

Geçiş sürecinde bu sözleşmelerin imzalanması, teşebbüsün kararın alınması öncesi yürütülen inceleme aşamasında konuya ilişkin olarak hem yazılı hem de sözlü görüş vermiş olması, konunun kapsam ve içeriğinden yeterli bilgi sahibi olduğunu gösterdiğinden subjektif iyi niyete aykırı olduğu kanaati oluşmuştur. Öte yandan bu sözleşmelerin Kuruma gelen bir ihbar neticesinde EFPA'nın soğutucu ve bira makinelerinin teknik bakımı, onarımı ve bunlara ilişkin servis hizmeti veren bir taşeron şirket olan ve tamamen teknik malzeme ve ekipman bulunan Efes Bakım Dağıtım Gıda Paz. İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti.'de yapılan yerinde incelemede tamamı Ankara bölgesi/çevre illerdeki satış pazarlama faaliyetlerine ilişkin olan 5-6 koli EFPA belgesi içerisinde rastlanmış olması, Ertan Cüceloğlu tarafından yazılan "satış müdürünün kontrolünde gizlenmelidir" ifadesini içeren Belge 34'ün de geçerliliğini gösterir niteliktedir.

I.4.2. Diğer Hususlara İlişkin Savunmalar

1170 **I.4.2.1. 22.4.2005 tarihli karara dayanan soruşturmada herhangi bir etki analizi yapma gereğinden kurtulmuş olduğu, etki analizinin nokta bazında yapıldığı ancak ihlal iddiası ile gündeme gelen eylemlerin pazardaki rekabete olan etkisinin incelenmediği iddiası:**

1180 Söz konusu kararın soruşturma kapsamındaki önemi Kurul'un bu kararda EFPA'nın nihai satış noktaları ile akdettiği dikey anlaşmalarının bira pazarındaki rekabet üzerindeki etkilerinin ele alınıp 4054 sayılı Kanun kapsamındaki nitelikleri ile ilgili olarak bir hükme varılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim EFPA'nın veya distribütörlerinin / bayilerinin hem açık satış yapan nihai satış noktaları hem de kapalı satış yapan nihai satış noktaları ile akdettikleri tek elden satın alma anlaşmalarında yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin (münhasırlık şartı) ve bu etkiyi doğuran diğer sınırlamaların (tek elden satın alma yükümlülükleri, asgari satın alma / satış yükümlükleri, verilen krediler ve indirim vs. diğer katkıların tek marka satma şartına bağlanması gibi yükümlülükler), bira pazarında etkin rekabetin oluşmasının önünde önemli bir engel olduğu tespit edilerek, bu teşebbüsün nihai satış noktaları ile akdettiği bu nitelikteki sözleşmelerden grup muafiyeti alınmıştır. Savunmada bahsedilen etki analizi o dönemde yapılmış olup söz konusu analize dayanarak yukarıdaki hüküm verilmiştir.

1190 Etki analizi yapılmamış olmasının eleştirilmesi ve bunun bir eksiklik olarak ileri sürülmesi ancak 2005 tarihli karar sonrası pazarda değişen koşullar dolayısıyla EFPA'nın dikey anlaşmalarının 4054 sayılı Kanun kapsamındaki niteliğinin değişmesi ile mümkün olabilir. Bu karar sonrasında EFPA, Rekabet Kurumu'na söz konusu anlaşmalarına tekrar muafiyet tanınmasına yönelik olarak başvuru yapmış ve bu talebi 10.4.2008 tarih ve 08-28/321-105 sayılı Kurul kararında reddedilmiştir. Buna karşın 2005 tarihli kararda EFPA ile benzer konumda olan Bimpaş'ın muafiyet talebi için yaptığı başvurulardan sonuncusuna ilişkin alınan 18.3.2010 tarih ve 10-24/331-119 sayılı Kurul kararında pazarda meydana gelen değişikliklere bağlı olarak Bimpaş'ın grup muafiyeti alınan dikey sözleşmelerine bireysel muafiyet tanınmıştır.

1200 Dolayısıyla, bira pazarında EFPA ve Bimpaş'tan muafiyetin geri alınması sonrası pazar tekrar gözden geçirilmiş ve EFPA'nın durumunu değiştirecek bir değişiklik olmadığı gözlemlenmiştir. Kaldı ki EFPA'nın karar sonrası pazar payını artırarak hakim durumunu koruduğu da Kurul kararlarında ifade edilmektedir. Bu bakımdan

EFPA'nın dikey anlaşmalarının pazardaki rekabeti kısıtladığı tespitini değiştirecek bir husus 2005 tarihli karardan bu güne söz konusu olmamıştır.

1210 Nokta bazında etki analizinin yapılmasının nedeni dikey bir ihlalin soruşturmanın ana konusunu oluşturmasından kaynaklanmaktadır. 2005 tarihli kararda Efp'a'nın münhasırlık hükmü içeren dikey anlaşmaları bütünüyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yasaklandığından, EFPA'nın herhangi bir satış noktası ile olan ilişkisindeki durum ve bu ilişkinin Bimpaş'ın ilgili noktaya ilişkisini nasıl etkilediği önem arz etmekte ve nokta bazında yapılan değerlendirme belgelerin ihlali göstermekteki kuvvetlerini etkilemektedir. 2005 tarihli karar ile EFPA'nın münhasırlık hükmü içeren ya da bu etkiyi doğuran anlaşmalarından muafiyet bütünüyle geri alınmıştır. Bu bakımdan bu karara aykırı nitelikteki eylemlerin varlığı nokta bazında incelenmiştir.

1220 **I.4.2.2. EFPA'nın yıllar itibari ile bulunurluk sözleşmelerinin azaldığı, mevcut bulunurluk sözleşmeleri ile amaçlananın ise Bimpaş'ın ve/veya bayi ve distribütörlerinin 18.3.2010 tarih ve 10-24/331-119 sayılı Kurul kararı ile nihai satış noktalarıyla akdedecekleri tip sözleşmelerdeki 5 yılı aşmayan tek marka sınırlamalarına 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet tanınması sonrası noktalarda bulunurluk sağlamak olduğu iddiası:**

1230 EFPA'nın miktar zorlamaya dönüşmeyen bulunurluk sözleşmelerine yönelik herhangi bir ihlal iddiasında bulunulmamış ve bu yönde bir kanaat de oluşmamıştır. Miktar zorlamaya dönüşmeyen bulunurluk sözleşmelerinin EFPA'nın bazı noktalara yatırım yapmakta ve bu noktalara ürün vermekte olup yatırımının karşılığında bu noktalarda ürünlerinin bulunmasını istemesinden ya da sadece EFPA için önemli olan noktalarda ürünlerin bulunurluğunun sağlanması amacıyla imzalandığı anlaşılmıştır.

1240 Bu sözleşmelerin rakip ürün satılmasını engellediği veya noktayı bu yönde teşvik ettiği yönünde herhangi bir bulguya da ulaşılamamıştır. Bir başka ifadeyle bulunurluk sözleşmeleri sınıflandırılmış ve rekabet ihlali sonucu yaratmayanlar ayrıştırılmıştır. Dolayısıyla bulunurluk sözleşmelerinin amaçları ve azalan sayıları, soruşturmada ihlalin parçası sayılan sözleşmelere yönelik tespitleri değiştirecek nitelikte değildir. Öte yandan bulunurluk sözleşmelerinin 2005 kararı sonrası azalmış olması EFPA'nın bu karar uyarınca hareket ettiğini göstermemektedir. Zira 22.4.2005 tarihli kararla Kurul, EFPA'nın münhasırlık hükmü içeren ya da bu etkiyi doğuran dikey anlaşmalarının tamamından grup muafiyetini geri almıştır. Üstelik kararda pazar kapama etkisi yaratmayacak sayıda nokta ile sözleşme yapılmasına izin verilmesi gibi bir ayrıma da gidilmemiştir. Dolayısıyla bulunurluk sözleşmeleri açısından önemli olan, bu sözleşmelerin yalnızca münhasırlık hükmü içermesi değil bu etkiyi doğurabilecek bir nitelik arz etmesi olup, bulunurluk sözleşmelerinin sayısındaki azalma, sözleşmelerdeki hükümler rekabeti olumsuz yönde etkilediği sürece, ihlalin varlığını ortadan kaldırmamaktadır. Bulunurluk sözleşmelerinin amacının genel olarak rekabeti kısıtlayıcı olmadığı ileri sürülse de rekabeti kısıtlayıcı etkisi olan bulunurluk sözleşmelerinin varlığı, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında ihlal tespiti için yeterlidir.

1250 **I.4.2.3. Belgelerin önemli bir bölümünün adil ve hakkaniyetli rekabeti gösterdiği (competition on merits) iddiası:**

EFPA hakkında ihlal tespiti 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde yapılmamıştır. Dolayısıyla hakkaniyetli rekabet ile ilgili savunmalar ulaşılan sonucu etkilememiştir.

1.4.2.4. Noktalara verilen fatura altı iskonto ve bedelsiz ürün uygulamalarına yönelik olarak getirilen, sadece bulunurluk sözleşmesi olan sınırlı sayıda noktaya, noktanın bulunduğu yer, görsellik, diğer alkollü içeceklerle rekabet, ek teşhir ve raf payı alınması ile noktayı yaşatma gibi objektif kriterler dikkate alınarak makul oranda, maliyet bazlı iskonto verildiği, iskontoların herhangi bir hedef, asgari alım, kota gibi bir taahhüde bağlanmadığı, pazar kapama etkisi doğurmadığı ve 2005 tarihli karar sonrası bu indirimlerin önemli ölçüde azaldığı iddiası:

Savunmada her ne kadar iskonto verilmesinde herhangi bir asgari alım şartı aranmadığı ileri sürülse de yukarıda yer verilen miktar zorlamaya yönelik bulunurluk sözleşmelerinde açık bir şekilde bedelsiz ürün elde edilmesi belirli miktarda alım yapılması şartına bağlanmıştır. Bu sözleşmelerde özel hükümler aracılığıyla belirli bir miktar ürünün satılmasına bağlı olarak bedelsiz ürünler verileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla anılan bulunurluk sözleşmeleri açısından, savunmada ileri sürülenin aksine bir durum söz konusudur. Öte yandan soruşturma kapsamında verilen indirimlerin pazar kapama etkisi yaratıp yaratmadığı değil, münhasır bir uygulamaya dönüşüp dönüşmediği incelenmiştir. Bir başka deyişle mevcut soruşturma kapsamında EFPA'nın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini değil, 22.4.2005 tarihli karara aykırı şekilde davranarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediği incelenmiştir. Nitekim bu indirimler pazar kapama etkisi bakımından 22.4.2005 tarihli kararda incelenmiş, indirimlerin pazarı kapatan etkisi ortaya konularak EFPA'nın, münhasırlık hükmü içeren ya da bu etkiyi doğuran anlaşmalarından grup muafiyeti geri alınmıştır

1.4.2.5. Bir açık satış noktasının çift marka fıçı bira satabilmesi için günlük en az 2 fıçı (100 lt) satış yapabilmesi gerektiği ve bu bakımdan küçük açık satış noktalarında çift marka ile çalışmanın ekonomik olarak rasyonel olmadığı iddiası:

Esas olarak miktar zorlamaya ilişkin bulunurluk sözleşmelerine yönelik olarak getirilen bu savunmada yer verilen çift marka fıçı bira satılabilmesi için gerekli olan günlük satış miktarı bilgisinin objektifliği açık olmamakla birlikte bu durum EFPA'nın noktaya tek marka satma koşuluna bağlı indirimler teklif edilebileceği ya da noktayı tek marka satmaya teşvik edecek şekilde noktanın bir yıllık ya da daha fazla satış miktarına denk gelen hedefler içeren sözleşmeler imzalayabileceği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla açık noktaların sadece EFPA'nın ürünlerini satıyor olmasının, sadece düşük satış hacmi ve fıçı biranın ürün özelliği ile açıklanması şeklindeki bu savunmanın, ulaşılan sonucu değiştirir nitelikte olmadığı kanaatine varılmıştır.

1.5. Soruşturma Kapsamında Reddedilen Şikayetler

1.5.1. Önarastırma Döneminde Yapılan Şikayetler

Çorum'da faaliyet gösteren şikayetçi İpekli Gıda'nın, EFPA'nın Bimpaş ürünü sattığı gerekçesiyle kendisine mal vermediğine yönelik iddiaları önarastırmada değerlendirilmiştir. Sonuçta EFPA bayii ile şikayetçi arasında olan anlaşmazlığın

rekabet hukuku bağlamında bir ihlalden kaynaklanmış olabileceği kanaati oluşmamıştır.

1310 Bu kapsamdaki bir diğer şikayete ilişkin olarak Mardin'in Midyat ilçesinde Can Ciğer Tekel bayii isimli satış noktasının işletmecisi ve şikayetçi Özcan Oral'la raportörlerce 25.5.2010 tarihinde görüşülmüştür. Yapılan görüşmede Oral tarafından birkaç ay kadar önce EFPA bayii'nin dolabını geri aldığı ve Tuborg sattığı için kendisine mal vermediği, ancak bu sorunun görüşme yapılan tarih itibarıyla çözülmüş olduğu, satış noktasında şu anda hem Efes hem de Bimpaş ürünlerinin satılabildiği belirtilmiştir. Midyat'taki bir diğer şikayetçi olan ve Dilmeç Market'in sahibi Kenan Dilmeç ile de görüşülmüştür. Kenan Dilmeç Bimpaş ürünü satmaya başladıktan sonra Midyat Efes bayii'nin kendisine mal vermediğini, bu sorunun halen devam ettiği ancak, Midyat Efes bayii'nde raportörlerce yerinde inceleme yapılmasının ardından bayi yetkilisinin kendilerini arayarak mal vereceğini belirttiği ifade edilmiştir.

1320 Ayrıca 25.5.2010 tarih ve 4136 sayı ile Kurum kayıtlarına giren Kırklareli Babaeski'de satış noktası sahibi Baki Kayım tarafından yapılan şikayet incelenmiş, konunun kişisel bir husustan kaynaklandığı ve rekabet hukuku kapsamında bir ihlal nedeniyle oluşmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Kurum kayıtlarına 15.6.2010 tarihinde giren bir diğer başvuruda satış noktası sahibi Kadir Çoban, EFPA Kırşehir Bayii'nin Bimpaş ürünü sattığı gerekçesiyle kendisine mal vermediğini iddia etmiş, konunun incelenmesi sonucunda bayi ile satış noktası arasında rekabet hukuku kapsamında olmayan bir anlaşmazlıktan kaynaklandığı ve bu nokta özelindeki durumun EFPA'nın genel politikası ile ilişkilendirilemeyeceği kanaati oluşmuştur.

1330 Sonuç itibarıyla anılan şikayetlerin reddine karar verilmiştir.

I.5.2. Soruşturma Döneminde Yapılan Şikayetler

I.5.2.1. 4054 sayılı Kanun Kapsamında Olmayan Şikayetler

1340 Kurum kayıtlarına 16.8.2010 tarih ve 6428 sayı ile giren Bülent Eres'a ait e-postada, EFPA bayisi Levent Pazarlama Ltd. Şti. tarafından son satıcılara sadece Efes Pilsen ürünleri satmaları gerektiğinin, aksi takdirde bu noktalara dolap verilmeyeceğinin, noktalara açık hesap bırakılmayacağını ve bu noktaların desteklenmeyeceğinin bildirildiği iddia edilmiştir. Ayrıca Tadım Kuruyemiş'in de bayisi olan Levent Pazarlama Ltd. Şti.'nin satış noktasına sadece Tadım Kuruyemiş satmasını, rakiplere ait kuruyemiş stantlarını noktadan çıkarması durumunda mali destekte bulunacağını söylediği öne sürülmüştür. İlgili şikayet kapsamında Bülent Eres ile yapılan görüşmeden, kendisine EFPA veya bayisi tarafından Bimpaş ürünlerini satması dolayısıyla Efes Pilsen ürünleri vermeme gibi bir davranışta bulunulmadığı anlaşılmıştır.

1350 Kurum kayıtlarına 29.7.2010 tarih ve 6009 sayı ile giren şikayette ise Mehmet Öksüz tarafından, dış görselinin rakip firmaya ait olması nedeniyle EFPA Samsun bayi Ateşoğlu'nun kendisine vadeli satış yapmadığı hatta peşin alımlarında da talep ettiğinden daha az ürün satın alabildiği iddia edilmiştir. Mehmet Öksüz ile şikayeti

hakkında yapılan telefon görüşmesinden, ilgili şikayete yönelik rekabet hukuku ile bağlantılı bir durumun söz konusu olmadığı anlaşılmıştır.

1360 Kurum kayıtlarına 29.11.2010 tarih ve 9004 sayı ile giren bir diğer şikayette ise Süleyman Derin; EFPA Gemlik bayi Saim Üdüm ve Ortakları'nın, işletmesinde Tuborg ürünü bulundurduğu gerekçesiyle 8.10.2010 tarihinden itibaren kendisine, aralarında Mayıs 2011 tarihine kadar geçerli bir sözleşme olmasına rağmen Efes ürünlerini sağlamadığını iddia etmiştir. EFPA, Süleyman Derin'in 22.11.2010 tarihli bir ihtarname ile Saimler Ticaret hakkında Efes Pilsen ürünü sağlamadığı gerekçesiyle şikayette bulunduğunu, bunun üzerine EFPA bayisinin cevabi ihtarname ile konuya ilişkin cevaplarını sunduğunu belirtmiştir. Bayi cevabında, ticari ve ahlaki sebeplerden dolayı nokta ile ticari ilişkinin durdurulduğunu dile getirmiştir. EFPA vekili noktanın borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesine rağmen noktaya karşı herhangi bir dava açılmadığını ve bu noktaya en son 4.11.2010 tarihinde ürün sağlandığını belirtmiştir. Bimpaş ise bu noktaya 5.11.2010 tarihinden itibaren ürün sağlamaya başlamıştır. EFPA ile nokta arasındaki ihtilafın borç-alacak meselesinden kaynakladığı, bu ihtilaf nedeniyle ilişkinin bitmesi ardından noktanın Bimpaş'tan ürün sağlamaya başladığı görülmüştür.

1370 Kurum kayıtlarına 11.8.2010 tarih ve 6343 sayı ile giren Aydın Özkan'a ait şikayette EFPA ile yapmış olduğu bir sözleşme bulunduğu, bir süre sonra Bimpaş'dan da ürün almaya başladığı ancak EFPA yetkilisinin Bimpaş'dan ürün satın alırsa kendisine şirket talimatı gereği mal temin edilmeyeceğinin ve senetler aracılığıyla icraya verileceği ve dava açılacağı ifade edildiği, devamında işletmesine ürün tedarikinin kesildiği, bu gelişmelere rağmen kendisinin EFPA ürünlerini bulundurmaya devam ettiği ancak 13.7.2010 tarihinde Bolu 1. Asliye Hukuk Mahkemesi heyeti ve bilirkişilerin EFPA avukatıyla birlikte işletmesine gelerek işletmesinde Efes ürünleri olmasına rağmen bu ürünlerin bulunmadığı yönünde bilirkişi raporu düzenlediği bildirilmiş ve bu çerçevede EFPA ve EFPA Bolu bayi Atalay Gıda Meşrubat Oto. Turz. Taş. San. Ltd. Şti. şikayet edilmiştir.

1380 Şikayet üzerine Aydın Özkan'dan iletişim bilgileri ve EFPA ile arasındaki sözleşmenin bir örneği istenmiştir. Ancak şikayetçi herhangi bir geri dönüşte bulunmamıştır. Bu nedenle bilgilerin EFPA'dan istenmesi yoluna gidilmiştir. EFPA'nın cevabi yazısına göre Kazan Restoran ile 4.2.2009-4.2.2011 dönemini kapsayan bulunurluk sözleşmesi imzalanmıştır. Ancak noktanın 23.3.2010 tarihinden itibaren kendisine sağlanan EFPA fiçı tesisini söktüğü, tabela ve görsellik içeren tüm reklam malzemelerini kaldırdığı, EFPA ürünlerinin bulunurluğunu tamamen sona erdirdiği iddia edilmektedir. Aydın Özkan'a sözleşme kapsamındaki aykırılıkları gidermemesine ve herhangi bir mal alımı yapmamasına rağmen, bir alacak/tazminat davası açılmadığı EFPA vekili tarafından bildirilmiştir. Diğer yandan Bimpaş'tan elde edilen bilgilere göre Kazan Restoran'a 31.3.2010 tarihinden itibaren mal tedarik edilmeye başlanmıştır.

Bimpaş'ın bu noktaya ilk kez 31.3.2010 tarihinde ürün sağladığı, EFPA'nın ise noktaya en son 23.3.2010 tarihinde ürün sağladığı tespit edilmiştir. EFPA yetkililerinin nokta ziyaret sıklığının 2010 yılında 1-5 gün arasında değiştiği ve EFPA'nın son satışından 8 gün sonra Bimpaş'ın noktaya ürün satmaya başladığı dikkate alındığında EFPA'nın gerçekten de noktada Tuborg ürünleri bulunması dolayısıyla

1400 Kazan Restoran'la ticari ilişkisine son verdiği şeklinde bir neden sonuç ilişkisine ulaşılamayacağı kanaati oluşmuştur.

Dolayısıyla söz konusu şikayetlerin reddine karar verilmiştir.

I.5.2.2. Konusu Kalmayan Şikayetler

1410 Kurum kayıtlarına 23.7.2010 tarih ve 5788 sayı ile giren Alper Bozkurt'a ait başvuruda Bozkurt, EFPA Kırşehir bayisinin (Yükseller Bira) 24.6.2010 tarihinden sonra satış yerinde Bimpaş ürünleri bulunduğu gerekçesiyle kendisine mal vermediğini, Yükseller Bira'ya herhangi bir borcu olmadığını üstelik aldığı ürünlerin parasını peşin ödediğini ifade etmiştir. Yapılan görüşmede Alper Bozkurt, Kırşehir'e gelen EFPA satış şefinin durumdan haberdar olmasının ardından kendisine tekrar mal verilmeye başlandığı ifade etmiştir. Sonuç olarak Kırşehir'deki EFPA bayisi Yükseller Bira hakkında yapılan şikâyete konu olan durumun EFPA satış şefinin olaydan bilgi edinmesi sonrası düzeldiği anlaşılmıştır.

1420 Kurum kayıtlarına sırasıyla 1.9.2010 tarih ve 6845 sayı, 13.9.2010 tarih ve 7092 sayı ile giren Güldane Kapan'a ait şikayette ise, Temmuz ayında Tuborg dolabını satış yerinde buldurması ile birlikte Didim EFPA bayisi ile sorun yaşamaya başladığı, 17.7.2010 tarihinden sonra sipariş alınmaya gelinmediği, EFPA bölge müdürü ve bölge şefine telefon etmesi sonrası önce siparişlerin aksayarak geldiği, Kuruma şikayette bulunduğu dönem itibari ile ise durumun düzeldiği bilgisi verilmiştir. Konu hakkında Güldane Kapan ile yapılan görüşmede Kapan, Temmuz ayından itibaren işletmesinde Tuborg dolabı buldurmaya başladığını, bu nedenle EFPA distribütöründen mal temini konusunda sorun yaşadığını, ancak EFPA bölge şefinin durumdan haberdar olması sonrası ise yaşanan sorunların düzeldiğini ifade etmiştir.

Bu kapsamda söz konusu şikayetlerin reddine karar verilmiştir.

1430 I.5.2.3. Diğer Şikayetler

1440 Kurum kayıtlarına 25.8.2010 tarih ve 6713 sayı ile giren Aytekin Çakan'a ait şikayette ise EFPA ve EFPA Samsun bayisi Ateşoğlu Gıda Tekel Mamulleri Ltd. Şti. (Ateşoğlu) ile aralarında satış sözleşmesi olduğu, işletmesinde hem Bimpaş hem EFPA ürünleri bulundurduğu, 14.6.2010 tarihinde Samsun 3. Sulh Hukuk Mahkemesi heyeti, bilirkişi ve EFPA avukatlarının işletmesine gelerek tespit buldukları, bu kapsamda EFPA'nın mahkemeye sunduğu dilekçede özellikle işletmede diğer markaya ait ürünlerin satılıp satılmadığı ve varsa bunların miktarının tespit edilmesi yönünde talepte bulunduğu ve kendisine bu yolla Bimpaş ürünü satmama konusunda baskı yaptığı iddia edilmiştir.

Noktaya ilişkin olarak EFPA'dan gelen açıklamada, taraflar arasında 27.10.2006-27.10.2011 dönemi için bir bulunurluk sözleşmesi imzalandığı, ancak noktanın kendisine verilen katkıya rağmen cari hesap borçlarını tediye etmede temerrüde düştüğü, 29.8.2008 tarihinden itibaren noktaya cari hesabını ödemedek ek mal taleplerinin karşılanmayacağına EFPA bayisi tarafından iletildiği, fakat noktanın bunun ardından, Efes ürünlerinin satış ve bulunurluğunu tamamen sonlandırdığı, tüm EFPA reklam/satış malzemelerini noktadan kaldırarak sözleşmeyi ihlal ettiği bildirilmiştir. EFPA yetkililerince, yapılan çeşitli uyarılara rağmen aykırılıkların devamı

1450 nedeniyle önce 14.12.2009 tarihinde daha sonra da 14.6.2010 tarihinde Samsun 3.Sulh Hukuk Mahkemesinin 2010/ 91.D.İş dosyası ile bilirkişi tespiti yaptırıldığı ve sözleşmeye aykırılıktan dolayı uğranılan zararlar nedeniyle, satış müdürlüğünün de onayı ile Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2010/471 Esas No.lu dosyası ile alacak/tazminat davası açıldığı ve yargılamasının halen devam ettiği bilgisi verilmektedir. Öte yandan Bimpaş'ın 2010 yılı boyunca bu noktaya ürün temin ettiği tespit edilmiştir.

1460 Bimpaş'ın 2010 yılı boyunca noktaya mal sağladığı ve EFPA'nın noktaya en son 23.8.2010 tarihinde mal verdiği dikkate alındığında, şikayete konu olayda ileri sürülen, noktada Bimpaş ürünü satılması dolayısıyla dava açıldığı iddiasının zayıfladığı kanaati oluşmuştur.

1470 Kurum kayıtlarına 15.9.2010 tarih ve 7159 sayı ile giren Özgür Gökay'a ait şikayette Gökay; işletmesinde Tuborg fıçı bira bulundurması ve hem Tuborg hem de Efes Pilsen reklam panolarını teşhir etmesi ile birlikte EFPA yetkililerinin, kendisini mal vermemekle ve cezai şart talep etmekle tehdit etmeye başladığını, sonrasında EFPA'nın Çorum 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde hakkında dava açtıklarını ifade etmiştir. İlgili şikayet üzerine şikayetçiden iletişim numaraları ve şikayet ekinde gönderdiğini belirttiği ancak Kuruma intikal etmeyen sözleşme talep edilmiştir. Ancak konu hakkında soruşturma raporunun yazımına kadar Kuruma herhangi bir geri dönüşte bulunulmamıştır. Bunun üzerine 13.12.2010 tarih ve 6008 sayılı yazı ile EFPA'dan noktaya 2010 yılında gerçekleştirdiği her bir satışın tarihi ve miktarı ile Çorum 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bu nokta hakkında açılan davanın nedeni ve konu hakkında bilgi talep edilmiştir.

1480 EFPA'nın cevabi yazısına göre Efe Restoran ile EFPA ve bayisi arasında 1.4.2009 tarihinde bir bulunurluk sözleşmesi imzalanmıştır. 9.6.2010 tarihinden sonra bu noktanın EFPA ürünlerini bulundurmaya sona erdirdiği, açık satış yapılması için sağlanan fıçı tesisatının söküldüğü, fıçı ürün bulunurluğunun sağlanmadığı, noktaya satış faaliyetlerine katkı amacı ile verilen sandalye/masaların depoya kaldırılması gibi hususlara ilişkin olarak 4.8.2010 tarihinde Çorum 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/122 D.İş No.lu dosyası ile tespit yapıldığı ifade edilmektedir. Verilen bilgiye göre, noktaya sözleşme kapsamındaki aykırılıkları gidermemesine rağmen iyi niyet çerçevesinde herhangi bir alacak/tazminat davası açılmamıştır Kurum kayıtlarına 17.12.2010 tarih ve 9463 sayı ile giren yazıda Bimpaş, Efe Restoran'a 31.5.2010 tarihinden itibaren mal tedarik ettiğini bildirmiştir.

1490 Bu noktanın Bimpaş'tan, ilk olarak 31.5.2010 tarihinde mal alımı yaptığı, EFPA'dan ise 8.6.2010 ve 9.6.2010 tarihlerinde iki kez ürün alımı yaptığı ve sonrasında taraflar arasında bir alım-satım ilişkisi gerçekleşmediği tespit edilmiştir. Gerek önaraştırma ve soruşturma sürecinde gerçekleştirilen yerinde incelemelerde iddiaları destekleyecek bir bilgi ve belgeye ulaşılamaması gerekse de Özgür Gökay'ın Kuruma herhangi bir geri dönüş yapmamış olması ve bu bağlamda iddialarını destekleyecek bir bilgi/belge sunmaması dikkate alınarak, EFPA'nın noktada Bimpaş ürünleri satılması gerekçesiyle bu tür eylemlerde bulunduğu kanaatine ulaşamamıştır.

Yukarıda yer verilen nedenlerden ötürü söz konusu şikayetlerin reddine karar verilmiştir.

1500 **I.6.Sözleşme Tadili**

EFPA ve/veya distribütörleri tarafından nihai satış noktalarıyla akdedilen bulunurluk sözleşmelerinde yer alan bazı maddelerin pazarda rekabetçi yapıyı sağlayabilmek ve muhafaza edebilmek adına değiştirilmesinde veya yeniden düzenlenmesinde fayda bulunduğu kanaati oluşmuştur. Bu maddelerden ilki şu şekildedir (Satış sözleşmesi madde 11):

1510 “... Şirket işyerinin açılmasında veya işletilmesine katkıda bulunmak ve iş yerinde bira satışlarını artırmak amacı ile Bayi veya Distribütör ile İşleticinin karşılıklı mutabakata vardığı... YTL tutarında... katkıyı doğrudan veya Bayilik/Distribütörlük Sözleşmesine dayanarak Bayi veya Distribütör aracılığı ile kararlaştırılan şekilde bir kereye mahsus olmak üzere uygun gördüğü şekil ve zamanda verecektir. ŞİRKET, BAYİ veya DİSTRİBÜTÖR işbu sözleşme gereğince yapacağı katkı ve yardımların amacına uygun olarak kullanıp kullanılmadığının kontrolünden sonra vermeye her zaman yetkilidir.

1520 Şirket, işbu sözleşmede işleticiye verilmesi kararlaştırılan kredi ve/veya katkıyı bayi veya distribütör aracılığıyla verecek bile olsa, haklı sebeplere dayanarak eksiltme, askıya alma, durdurma veya tamamen sona erdirme hususlarında yetkilidir. İşletici, şirketin bu konuda yetkili olduğunu ve bu hususta şirketten, bayi veya distribütörden tazminat da dahil olmak üzere herhangi bir hak ve alacak talebinde bulunmayacağını ve bunu sözleşmenin ihlali olarak ileri sürmeyeceğini, peşinen kabul ve taahhüt eder...”

1530 Burada yer alan, sağlayıcının katkı ve yardımların amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının kontrolünden sonra ilgili yardımları vermeye yetkili olduğu ve bu katkı ve yardımların haklı sebeplere dayanılarak eksiltilebileceği, askıya alınabileceği, durdurulabileceği, sona erdirilebileceği ifadelerinin genelde noktaya belli bir yatırım karşılığında katkı verildiği dikkate alındığında, EFPA yatırımlarını kötü niyetli davranışlara karşı koruyucu nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Ancak aynı zamanda bu hükmün nokta üzerinde bu katkıyı alabilmek için fiili olarak rakip ürünün noktaya girmemesi yönünde fiili bir etkinin de söz konusu olabileceği kanaati oluşmuştur. Nitekim EFPA verilerine göre bulunurluk sözleşmesi olan noktaların yalnızca %....’inde Bimpaş ürünleri bulunmaktadır. Bu oran Bimpaş ürünlerinin 2009 Türkiye bulunurluk oranı olan %’nin çok altındadır. Ancak bulunurluk sözleşmeleri ile rakip ürünlerin satılmaması arasında doğrudan bir bağlantı kurulmamıştır. Nitekim bulunurluk sözleşmeleri olan noktalarda Bimpaş ürünlerinin satıldığı da tespit edilmiştir. Ayrıca bazı satış noktaları talep olmadığı için veya başka gerekçelerle tamamen kendi tercihleri doğrultusunda Bimpaş ürünlerini satmayabilmektedirler. Ancak bu hükmün yukarıda yer verildiği şekilde bir fiili durum yaratmaması için, söz konusu katkının, rakip ürünlerin noktada satılmasıyla bağlantılı olmadığı anlamına gelen bir ifadenin, sözleşmede yer almasının uygun olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

1540 Bulunurluk sözleşmelerinde yer alan ve benzer bir fiili duruma yol açabilecek diğer bir madde ise aşağıdaki gibidir (Satış sözleşmesi madde 2):

“İŞLETİCİ, işletmekte olduğu ... adresindeki iş yerinde sözleşme tarihinden itibaren, işbu sözleşme konusu bira ürünlerin her tip, marka ve türünü işbu sözleşme hükümlerine tamamen uymak kayıt ve şartıyla satmayı ve bulundurmamayı kabul ve taahhüt eder.”

1550

Söz konusu hüküm ile nihai satış noktasına getirilen yükümlülüğün, EFPA faaliyetinin sadece bira pazarı ile sınırlı olmasından hareketle, ayrı ilgili ürün pazarlarındaki ürünler için geçerli olan karışık paketleme ya da bağlama uygulaması kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Bununla birlikte anılan yükümlülüğün, EFPA'nın 14 adet marka altında oldukça geniş bir ürün gamına sahip olduğu, dolayısıyla *Efes Pilsen, Efes Light, Efes Dark, Efes Dark Brown, Efes Xtra, Gusta, Gusta Dark, Mariachi, Mariachi Black, Marmara Gold, Marmara Kırmızı* ve lisanslı olarak üretilen *Miller Genuine Draft, Beck's ve Foster's* markalı bira ürünlerinin tamamını kapsayabileceği sonucuna ulaşılmıştır. 2009 yılı itibariyle açık bira pazarında %....., kapalı bira pazarında ise %..... pazar payına ve oldukça geniş bir ürün gamına sahip olan EFPA tarafından, nihai satış noktalarına getirilen bu türden bir yükümlülüğün, özellikle raf ya da depo alanı kısıtlı nihai satış noktaları bakımından, filli olarak rakip ürünün noktaya girememesi ya da rekabetçi baskının sağlanabilmesi için gerekli olan sayıda markayı bulunduramaması şeklinde bir etkiye yol açabileceği kanaatine ulaşılmıştır. Nitekim Kurul'un 25.2.2010 tarih ve 10-19/239-93 sayılı kararında, Mey İçki Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile nihai satış noktaları arasında imzalanacak olan "Yatırım Destek Sözleşmesi'nin ilk versiyonunda yer alan "satın aldığı ürünlerin her çeşidini bulundurma" zorunluluğu hükmüne ilişkin ulaşılan sonuç da bu tespite paraleldir. Dolayısıyla bu hükmün sözleşmeden çıkartılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

1560

1570

J. GEREKÇE ve HUKUKİ DAYANAK

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi, amacı veya etkisi rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma olan teşebbüsler arası anlaşmalara, uyumlu eylemlere ve teşebbüs birliklerinin kararlarına karşı bir yasaklama getirmektedir. Kurul 2005 tarihli kararı ile tek bir işletici ile dahi olsa münhasır anlaşmalara bireysel muafiyet tanımamış, bu anlaşmaların yapılmasının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olduğunu vurgulamıştır.

1580

Yukarıda yer verilen EFPA'nın Orta Anadolu Bölge Müdürlüğü, İstanbul Satış Müdürlüğü, Trakya Satış Müdürlüğü, Ege Satış Müdürlüğü, Doğu Marmara Satış Müdürlüğü gibi farklı birimlerinde ve bir ihbar üzerine Efe-s Bakım Dağıtım Gıda Paz. İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti.'den elde edilen belgeler ve miktar zorlamaya yönelik sözleşmelerin EFPA'nın rekabet etmeme yükümlülüğü getirme yönünde çaba ve girişimlerinin bulunduğunu ortaya koyduğu sonucuna ulaşılmıştır. Soruşturma kapsamında 2006, 2007, 2008, 2010 yıllarına ait belge ve sözleşmelere rastlanmıştır ve bu belgelerin ihlal niteliğine sahip olduğu tespit edilmiştir. Kurul'un 2005 tarihli kararına aykırı olan bu eylemlerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu da 2005 sonrasındaki çeşitli Kurul kararları ile sabitlenmiştir. Ayrıca EFPA'nın grup muafiyeti geri alındıktan sonra alınan BTA ve Doğu Gıda kararlarında da Kurul, bu tarz uygulamaların, 4054 sayılı Kanun'un 5/c maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle EFPA'nın bireysel muafiyet alamayacağını belirtmiştir. Aynı vurgu 2007 tarihli Kurul kararında da yapılmıştır. Söz konusu kararlardaki 2005 tarihli karara ilişkin bu değerlendirmelerin, halen geçerliliğini koruduğu sonucuna ulaşılmıştır. Hatta 2005 tarihli kararda %.... ve %.... olduğu görülen EFPA ve Bimpaş pazar payları 2010 yılında %... ve %... olarak gerçekleşmiş, bu pazarda EFPA'nın gücünün daha da artmış olduğu gözlemlenmiştir.

1590

- 1600 2005 tarihli karar ile Kurul, EFPA'nın rekabet etmeme hükmü içeren anlaşmalarının kararda belirlenen geçiş dönemi sonunda 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil edeceğini tespit etmiştir. Kurul EFPA'nın münhasırlık hükmü içeren anlaşmalarından grup muafiyetini geri almış ve sadece soğutucu dolaplara ve sözleşmelere yönelik iki yükümlülük öngörmüştür. Dolayısıyla 2005 tarihli kararda, Kurul'un öngördüğü 3 unsurdan, dolaplar ve sözleşmelerin değiştirilmesine yönelik hükümlere uyulmaması 17. madde yaptırımını gerektirirken, muafiyetin geri alınması sebebiyle yasaklanan rekabet etmeme düzenlemesinin satış noktalarına getirilmesi 16. madde kapsamında ele alınmalıdır. Bu kapsamda geçmiş tarihli Kurul kararlarındaki değerlendirmeler muhafaza edilerek, yukarıda yer verilen ve 4.
- 1610 maddeye aykırılık teşkil eden sözleşme ya da anlaşma olarak nitelenebilecek uygulamaların 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca idari para cezası uygulanması gerekmektedir.

- “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik”in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi hükümleri uyarınca EFPA için hesaplanacak temel para cezası oranı % 0,5 olarak belirlenmiştir. Bu oran, ihlalin süresinin bir yıldan uzun, beş yıldan kısa olması nedeniyle Yönetmeliğin 5. maddesinin üçüncü fıkrasına göre yarısı oranının da arttırılarak % 0,75'e yükseltilmiştir. İhlalin yaygın nitelikte olmadığı kanaati olduğundan bu oran takdiren 3/5 oranında indirilerek teşebbüse verilecek idari para cezası oranı % 0,3 olarak belirlenmiştir.
- 1620

K. SONUÇ

01.07.2009 tarih, 10-47/860-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;

- 1630 1. Efes Pazarlama ve Dağıtım Tic. A.Ş.'nin 22.04.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Rekabet Kurulu kararı ile yasaklanan nitelikte, nihai satış noktalarına rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesine yönelik uygulamalar içerisinde bulunduğu ve bu suretle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine OYBİRLİĞİ ile;
2. Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü, beşinci ve yedinci fıkraları 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, üçüncü
- 1640 fıkрасının (a) bendi ve 7. maddesinin birinci fıkrası hükümleri uyarınca, 2010 mali yılı sonunda oluşan ve Rekabet Kurulu tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirin takdiren % 0.3 (binde üç) oranında olmak üzere;

-Efes Pazarlama ve Dağıtım Tic. A.Ş.'ye 8.085.929,62 TL

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

3. Satış noktaları ile imzalanan "Satış Sözleşmesi"nin,

1650

a) 2. maddesinin sözleşmeden çıkarılmasına,

b) 11. maddesinin noktalara verilen katkının rakip ürünlerin noktada satılmasıyla bağlantılı olmadığına açıkça anlaşılmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesine

OYBİRLİĞİ ile

Danıştay yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 13.07.2011 Tarih ve 11-42/911-281 Sayılı Kararına

FARKLI GEREKÇE

Kurulumuz mezkur kararıyla, 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesine aykırı uygulamaları nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca hakkında soruşturma yapılan açık bira ve kapalı bira pazarlarında faaliyet gösteren teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü, beşinci ve yedinci fıkraları ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına ilişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi ve 7. maddesinin birinci fıkrası hükümleri uyarınca, 2010 mali yılı sonunda oluşan ve Rekabet Kurulu tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirinin takdiren % 0.3 (binde üç) oranında olmak üzere; 8.085.929,62 TL idari para cezası verilmesine karar vermiş bulunmaktadır. Anılan bu para cezası belirlenirken 4054 sayılı yasa ile birlikte, yukarıda belirtilen Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in ilgili hükümlerinin uygulanarak verilen ceza oranının saptanması ve yine ceza miktarının hesaplanması ile ilgili bölümünü içeren ceza miktarına sonuç olarak katılmakla birlikte, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına ilişkin Yönetmelik'in uygulanmasına yönelik gerekçelerine katılmıyorum.

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16.maddesinin 4.fıkrasında; "Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir." denilmiş, son fıkrasında da; " Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir." hükmü bulunmaktadır.

Bu hükümleri yorumlarsak; Yasa Koyucu, maddenin 4.fıkrası ile verilecek cezalarda alt sınır koymayıp, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların yüzde ona kadar verileceğini hükme bağlamış, son fıkrasında ise sadece "**cezanın tespitinde dikkate alınan hususlar**" kavramını getirmiş ve Rekabet Kurulu'na sadece cezanın tespitinde dikkate alınacak hususların belirlenmesine ilişkin yönetmelik çıkarma konusunda sınırlı yetki vermiştir. Cezanın tespitinde dikkate alınacak hususlar derken yasa koyucu neyi kastetmektedir? Burada kastedilen hangi fiillere, ne miktarda ceza vereceğini tespit et demek anlamında değil, 16.madde ile verilen ceza sınırları içerisinde (% 10 'a kadar) ceza takdir ederken hangi unsurlara göre veya hangi şartların varlığı halinde cezayı ağırlaştıracağını veya hafifleteceksin, bir başka deyişle yasada öngörülen sınırlar içerisinde ceza tayin ederken, takdir yetkini kullanma adına hangi unsurları dikkate alarak ceza tesis edeceksin anlamındadır.

Yasa koyucu Rekabet Kurulu'na, Yönetmelik yaparken hangi fiillere ne ceza verileceğini tespit etme yolunda bir yetki verseydi o zaman yasaya; "Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının **tespiti** ve maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar" kavramını birlikte getirirdi.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in; "Temel Para Cezası" başlığı altındaki 5.maddesinin (1) fıkrasında "Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin;

a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,

b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü,

arasında bir oran esas alınır.

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

(3) Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında,

b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında,

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

Yukarıda açıkça görüleceği üzere Yasa Koyucu 16.maddeye göre verilecek cezalarda; alt sınır koymayıp, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların yüzde ona kadar verileceğini hükme bağlamasına ve Rekabet Kurulu'na yukarıda geniş olarak açıkladığımız gibi, Yönetmelikle düzenlenmesi yetki aşımı nedeniyle mümkün olmayan bir konuda, Yönetmelikle düzenleme yapılarak belli suçlar için, belirli cezalar getirilmiş, yine Yönetmelikte, Kanunda olmayan bir kural getirilerek alt sınır ve yasada öngörülme üst sınır belirlenmiş ve Karteller için yüzde iki ile dört arası, diğer ihlaller içinse binde beş ile yüzde üçü şeklinde ceza verilmesi öngörülmüştür.

Yönetmelikler, Kamu Kuruluşlarının kendi görev alanlarına giren konularda yasa ve tüzük uygulanmasına yönelik yönetsel anlamdaki hukuk kurallarıdır. Anayasanın 124.maddesine göre Başbakanlık, Bakanlıklar ve Kamu Kuruluşları görev alanları ile ilgili yasa ve tüzüklerin uygulanmasını belirleyen yönetmelik çıkarabilir. Anayasa'mızın 11.maddesinin 2.fıkrasına göre Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamayacağı gibi, bu kuraldan hareketle hukukun genel ilkelerine göre; Yönetmelikler de yasa ve tüzüklere aykırı olamayacağı gibi üst hukuk kurallarına da aykırı olamaz. Yönetmelikler yasanın açıkça yetki vermediği bir konuda yeni bir düzenleme yapamayacağı gibi, Yasa ile öngörülen kuralı sınırlayamaz. Yeni bir hüküm koyamaz.

Olayımızda 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile konulan kural, anılan yönetmelikle bir anlamda değiştirilmekte ve Kurulun hareket alanı daraltılmaktadır. Yasa ile getirilmeyen ve Yönetmelik Koyucuya ceza miktarlarını ve ceza sınırlarını saptama konusunda verilmiş bir yetki olmamasına rağmen, belirli suçlara verilecek cezaların saptanması, para cezasına alt sınır konulması ve yeni bir üst sınır konulması 4054 sayılı yasanın 16.maddesine aykırıdır. Öte yandan 5/1-b bendinde; karteller dışında kalan diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü, oranında bir ceza öngörülmesi, Yasanın 16/son maddesinde Kurulca çıkarılması için verilen yönetmelik yetkisini aşmaktadır. Zira yönetmelik ile temel ceza tespiti mümkün değildir. Bu nedenle yasaya aykırı bulunan Yönetmelik hükümlerine göre ceza belirlenmesinin olanaklı olmadığı, hukuken sakat olduğu açıktır. Öte yandan bu karşı oy sahibinin yetkisinde bulunan ceza miktarını tespit etme yolundaki takdir yetkisi, daha önce görev yapan ve aynı seviyede olan üyelerin çıkardığı bir düzenleme ile ipotek altına alınmakta, adeta onların düşünce ve kararlarını devam ettirme zorunluluğu gibi hukukla bağdaşmayacak bir durum ortaya çıkarmaktadır.

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

Rekabet ihlaline konu olay 2005, 2006, 2007 ve 2008 yıllarına ait olup, 4054 sayılı Kanun’un yukarıda yer verilen maddelerine dayanılarak “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” amacıyla hazırlanan “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik” 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Yönetmeliğin geçici 1. maddesinde Yönetmelik hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanacağı hükmü yer almaktadır. Yönetmeliğin, münhasıran yürürlük tarihten sonra meydana gelen kabahatler açısından uygulanması, lehe olan hüküm kuralı gereği, açık hukuk normu esasları da dikkate alınmak koşuluyla geçmişe geçerli olabileceği açıktır.

Ceza Hukukunun temel konularından biriside, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasıdır. Zaman bakımından uygulama konusunda baz alınan husus suçun işlendiği tarihtir. Nitekim, 30.03.2005 gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 5/1 maddesinin yaptığı yollama ile uygulanacak olan Türk Ceza Kanununun “ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA” başlıklı 7.maddesinin 2.fıkrasında “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.” hükmü getirilmiştir. Yönetmeliğin yürürlük tarihinden önce meydana gelen olaylar hakkında, açık hukuk normu kuralları dikkate alınmak şartıyla, lehe olan hüküm kuralı dışında geçmişe uygulanması uygulanması mümkün bulunmadığı gibi, bir ceza

uygulanmasında, soruşturma tarihini, kararın verildiği tarihi veya bir başka tarihi ceza uygulanmasında esas almak mümkün değildir. Ceza miktar ve oranlarını belirleyen bu yönetmeliğin geçici birinci maddesi ile daha önce işlenen ve soruşturma aşamasında bulunan suçlara teşmil edilmesi de yasaya ve hukukun genel ilkelerine aykırıdır. Böyle bir uygulamanın benimsenmesi, halinde aynı tarihte suç işleyenler yönünden soruşturma tarihinin farklı olması halinde farklı cezalar uygulanabilecektir. Bu durum da eşitsizliğe yol açacaktır. Bu nedenlerle, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 15.02.2009 tarihinden önceki dönemi kapsayan döneme ilişkin olarak bu yönetmeliğin uygulanması kanımızca yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle ceza hukukunun genel ilkelerine aykırıdır.

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

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Kurulun yasaya aykırı yönetmelik hükümleri uygulanmaksızın, 4054 Sayılı yasa'nın 16.maddesine göre, teşebbüsçe ihlale son verilmesi, ihlal konusu olayların yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması, incelemeye yardımcı olunması hususlarının da dikkate alınarak bu gerekçelerle % 10 sınırı içinde kalmak koşuluyla sonuç ceza miktarını 2010 mali yılında oluşan gayri safi gelirlerinin % 0.3 (binde üç) oranının baz alınarak idari para cezası verilmesi gerekirken, aynı oran baz alınarak ve anılan yönetmelik uygulanarak verilen cezaya sonuç olarak katılmakla birlikte, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in uygulanmasına yönelik gerekçelerine katılmıyorum.

Reşit GÜRPINAR
Kurul Üyesi