

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-2-039
Karar Sayısı : **23-24/446-153**
Karar Tarihi : 25.05.2023

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN,
Cengiz ÇOLAK, Berat UZUN

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

C. BAŞVURUDA

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

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 15.12.2022 tarihli ve 22-55/849-M sayılı kararı uyarınca yürütülen soruşturma kapsamında; 28.04.2023 tarihli ve 23-19/371-M sayılı Rekabet Kurulu kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi çerçevesinde kaldırılması veya yeniden değerlendirilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 17.03.2021 tarihli ve 21-14/177-M sayılı kararıyla, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun)'un 40. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, hızlı tüketim malları (HTM) sektöründe üretici/tedarikçi olarak faaliyet gösteren bazı teşebbüsler hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Kurulun 26.04.2021 tarihli ve 21-23/271-M sayılı, 20.05.2021 tarihli ve 21-26/325-M sayılı, 19.08.2021 tarihli ve 21-39/557-M sayılı, 25.11.2021 tarihli ve 21-57/796-M sayılı ve 27.01.2022 tarihli ve 22-06/84-M sayılı kararları ile HTM sektöründe üretici/tedarikçi ve perakendeci olarak faaliyet gösteren ve aralarında Eti Gıda San. ve Tic. AŞ (ETİ)'nin de bulunduğu bazı teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (3) Söz konusu önaraştırma ve soruşturma kapsamında 18.03.2021 ve 07.12.2021 tarihlerinde ETİ'de gerçekleştirilen yerinde incelemelerde ETİ'nin, Danone Tikveşli Gıda ve İçecek San. ve Tic. AŞ (DANONE TİKVEŞLİ), Horizon Hızlı Tüketim Ürünleri Üretim Pazarlama Satış ve Ticaret AŞ (HORIZON), Nestle Türkiye Gıda Sanayi AŞ (NESTLE), Pasifik Tüketim Ürünleri Satış ve Ticaret AŞ (PASİFİK), Ülker Bisküvi Sanayi AŞ (ÜLKER BİSKÜVİ) ve Ülker Çikolata Sanayi AŞ (ÜLKER ÇİKOLATA) ile rekabete hassas bilgi değişiminde bulunduğu, dolayısıyla anılan teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı eylemler içinde olabileceklerine yönelik şüphe uyandıran birtakım belgeler elde edilmiştir.
- (4) Bahsi geçen belgelere istinaden hazırlanan 27.10.2022 tarihli ve 2022-2-039/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, Kurulun 03.11.2022 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 22-50/737-M sayılı kararla DANONE TİKVEŞLİ, ETİ, HORIZON, NESTLE, PASİFİK,

ÜLKER BİSKÜVİ ve ÜLKER ÇİKOLATA hakkında, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası ile ilgili olarak aynı Kanun'un 40. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

- (5) Önaraştırma sonucunda, Kurulun 15.12.2022 tarihli ve 22-55/849-M sayılı kararı ile DANONE TİKVEŞLİ, ETİ, HORIZON ve NESTLE hakkında soruşturma başlatılmıştır.¹ NESTLE'ye 29.12.2022 tarihli ve 56148 sayılı yazı ile 29.12.2022 tarihinde Soruşturma Bildirimi elektronik olarak tebliğ edilmiş² ve NESTLE tarafından gönderilen birinci yazılı savunma 02.02.2023 tarih ve 35352 sayı ile Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına intikal etmiştir.
- (6) Kurulun 02.03.2023 tarihli ve 23-12/181-57 sayılı uzlaşma nihai kararı ile ETİ, 30.03.2023 tarihli ve 23-16/280-96 sayılı uzlaşma nihai kararı ile HORIZON bakımından soruşturmanın uzlaşma ile sonlandırılmasına karar verilmiştir.
- (7) Kurum kayıtlarına 24.03.2023 tarih ve 36855 sayı ile intikal eden yazıyla, NESTLE tarafından soruşturma konusu iddialar ile bağlantılı endişeleri bertaraf etmek amacıyla 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin üçüncü fıkrası ve 2021/2 sayılı Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önaraştırmalarda ve Soruşturmalarda Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ'in (2021/2 sayılı Tebliğ) 5. maddesi uyarınca taahhüt sunma talebinde bulunulmuştur.
- (8) Taahhüt sunma talebi üzerine hazırlanan 2022-2-039/BN-08 sayılı Bilgi Notu, Kurulun 28.04.2023 tarihli ve 23-19/371-M sayılı toplantısında görüşülmüş ve soruşturma konusu eylemlerin açık ve ağır ihlal niteliğinde olduğuna, dolayısıyla NESTLE'nin taahhüt sunma talebinin 2021/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca reddine karar verilmiştir.
- (9) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda; Rekabet Kurulunun 28.04.2023 tarihli ve 23-19/371-M sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi kapsamında kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem tesisine yer olmadığı sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (10) NESTLE temsilcisi tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 16.05.2023 tarih ve 38754 sayı ile intikal eden yazıda; Kurulun 28.04.2023 tarihli ve 23-19/371-M sayılı kararının 2577 sayılı İYUK'un 11. maddesi çerçevesinde Kurul tarafından yeniden değerlendirilmesi ve kaldırılması, böylece taahhüt görüşmelerine başlanmasına imkân tanınması talep edilmiştir. Başvuruda özetle;
 - Soruşturmanın rakipler arasında bilgi değişimi ve sahadan pazar verisi toplanması olmak üzere birbirinden bağımsız iki ayrı iddiaya yönelik olduğu,
 - NESTLE'nin taahhüt dilekçesinde söz konusu iki iddia bakımından da taahhüt sunma talebinde bulunduğu ancak karar metninde dosya kapsamındaki ihlal iddiasına konu eylemlerin ayrı ayrı değerlendirilmediği, genel bir ifadeyle "*ilgili rekabet sorunlarının açık ve ağır ihlal olarak değerlendirilebilecek eylemlere ilişkin olması*" gerekçesi gösterilerek taahhüt sunma talebinin reddedildiği,

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

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

- Soruşturma konularından ilki olan “rakipler arasında bilgi değişimi” iddiasının geleceğe yönelik değil, güncel bilgilere ilişkin olduğundan iddiaya konu davranışın “açık ve ağır ihlal” olarak değerlendirilmesinin mümkün olmayacağı,
- İhlal isnadına dayanak olan belgede yer alan ve taraflar arasında paylaşılan bilgilerin, normal şartlarda tarafların sahadan rahatlıkla edinebilecekleri güncel fiyat bilgileri olduğu ve bu bilgilerin kendi çalıştıkları şirketlerde “benchmarking/kıyaslama” amacıyla kullanılmaya edinen rekabetçi açıdan stratejik veya hassas nitelikli olmayan birtakım veriler olduğu,
- Söz konusu belgedeki yazışmanın tarafı olan NESTLE çalışanının herhangi bir karar alma mekanizmasına dâhil olmayan orta düzey bir satış operasyon yetkilisi görevinde bulunduğu ve ilgili bilgilerin kişisel tahmine dayalı bilgiler olduğu,
- Kurulun bir gerekçe ve açıklama sunmaksızın taahhüt talebini reddettiği, bu şekilde gerekçesiz olarak bildirilen ret kararının NESTLE’nin itiraz ve savunma hakkını kısıtladığı,
- Bu doğrultuda, NESTLE’nin, soruşturma kapsamındaki rekabetçi endişeleri gidermek üzere Kurum ile her türlü iş birliğine açık ve hazır olduğu, taahhüt sürecinin başlatılmasıyla NESTLE’nin tüm endişeleri ortadan kaldıracak taahhütler sunmak için azami gayreti göstereceği, Kuruldan taahhüt görüşmelerine başlanmasına imkân sağlayacak takdir ve değerlendirmelerin talep edildiği

ifade edilmiştir.

- (11) İYUK’un “Üst makamlara başvurma” başlıklı 11. maddesinde, bir idari işleme karşı ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılmasının, geri alınmasının, değiştirilmesinin veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği hükmü yer almaktadır. Kurulun 28.04.2023 tarihli ve 23-19/371-M sayılı kararı NESTLE tarafından 02.05.2023 tarihinde tebellüğ edilmiştir. Kurum kayıtlarına 16.05.2023 tarih ve 38754 sayı ile intikal eden başvuru İYUK’un 11. maddesinde öngörülen idari dava açma süresi içerisinde yapılmıştır³.
- (12) 2021/2 sayılı Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önerilerde ve Soruşturmalarda Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ’in (Tebliğ) “Kapsam” başlıklı 2. maddesi “*Bu Tebliğ; açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, 4054 sayılı Kanunun 4 üncü veya 6 ncı maddesi kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüslerce ya da teşebbüs birliklerince sunulan taahhütleri kapsamaktadır.*” şeklindedir. Tebliğ’in 4. maddesinde ağır ve açık ihlaller “*Bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan; rakip teşebbüsler arasında fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket, gelecekte uygulanması planlanan fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması, (...)*” şeklinde tanımlanmıştır. Diğer bir ifadeyle gelecekte uygulanması planlanan fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması, Tebliğ’in 4. maddesine göre açık ve ağır ihlal olarak nitelendirilmekte ve bu durumda taahhüt mekanizması işletilememektedir.

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

- (13) Bu çerçevede soruşturma kapsamında NESTLE'nin taraf olduğu belgeler incelendiğinde, NESTLE ile rakiplerinin geleceğe yönelik fiyata ilişkin verileri paylaştıkları tespit edilmiştir. 21.05.2018-03.11.2020 tarihleri arasında NESTLE ve ETİ çalışanları arasında gerçekleşen yazışmalarda, sütlü atıştırmalık, kaplamalı/kaplamasız çikolata ve kahve kategorilerinde yer alan pek çok ürüne ait geleceğe ilişkin fiyat artışlarına yönelik bilgilerin ve henüz uygulanmayan fiyat listelerinin paylaşıldığı görülmüştür.
- (14) Fiyat ve fiyata ilişkin diğer veriler, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da (Yatay Kılavuz) stratejik niteliğinin en yüksek seviyede olduğu belirtilen bilgilerdir⁴. Yine bu verilerin geleceğe dönük olması, iletişime konu bilginin stratejik önemini arttırmaktadır. Bilgi değişimini gerçekleştiren çalışanların şirket içerisindeki pozisyonları, iletişimlerin konusu ile bu iletişimlerin ait olduğu dönem ve ayrıca pazarda faaliyet gösteren oyuncu sayısının az olduğu göz önünde bulundurulduğunda iletişime konu edilen bilgilerin stratejik önemi haiz olduğu değerlendirilmiştir.
- (15) Gerçek anlamda kamuya açık bilgilerin değişiminin genellikle rekabet hukuku kapsamında endişe doğurması beklenmez. Ancak Yatay Kılavuz'un 72. paragrafında, gerçek anlamda kamuya açık bilgiler, bilgiye erişim maliyetleri bakımından bütün rakipler ve müşterilerce aynı derecede erişilebilir olan bilgiler olarak tanımlanmıştır. Diğer bir ifade ile bilginin gerçek anlamda kamuya açık olması için, bilgi değişiminin tarafı olmayan müşterilerin ve teşebbüslerin bilgiye erişim maliyeti, taraf olan teşebbüslerinkinden daha fazla olmamalıdır.
- (16) Bir bilgiyi satış noktalarından, distribütörlerden ve müşterilerden toplama imkânının bulunması, bu bilginin rakipler için kolay erişilebilir bir pazar verisi olduğu anlamına gelmemektedir. Normal koşullar altında rakiplerin, piyasadaki kolaylıkla toplayabilecekleri verileri kendi aralarında değişmeyi tercih etmeyeceği varsayılmaktadır. Yine rekabet hukuku kapsamında rakiplerin fiyat listelerinin kamuya açık bilgi kaynaklarından elde edilmesi bir sorun teşkil etmeyecekken, rakip teşebbüsler arasında stratejik bilgi niteliğindeki herhangi bir içeriğin paylaşılması rekabet hukuku açısından sakıncalı görülebilecektir. Dosya kapsamındaki belgelerde geçen ifadelerden geleceğe yönelik olan bilgilerin pazardan ve müşterilerden iktisap edilmesinin ek bir çaba veya maliyet gerektirdiği anlaşılmıştır.
- (17) Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, ETİ ve NESTLE arasında geleceğe yönelik olarak gerçekleşen bilgi paylaşımının, teşebbüslerin pazarlama ve fiyatlama politikaları üzerinde etkili olabilecek şiddette ve kabiliyette bulunduğu, bu nedenle stratejik nitelikte olduğu ve bilgi paylaşımına konu verilerin gerçek anlamda kamuya açık bilgi niteliği taşımadığı, dolayısıyla bahse konu eylemin açık ve ağır ihlal olarak ele alınabileceği değerlendirilmiştir.
- (18) Taahhüt yönteminden beklenen faydanın sağlanabilmesi için sunulacak taahhütlerin niteliği, içeriği ve incelenen davranışın doğası önem arz etmektedir. Taahhüt mekanizması, ihlalin doğası gereği ihlale konu uygulamanın durdurulmasının ve/veya ilgili teşebbüse para cezası verilmesinin tek olası çözüm olduğu ihlal türleri için uygun olmayacaktır. Esas amacın geçmiş davranışların cezalandırılmasını ve yaptırımın caydırıcılığını sağlamak değil, gelecekteki davranışların düzeltilmesi olduğu ihlal türlerinde, taahhüt mekanizmasının işletilmesi daha uygundur. Taahhüt kararları, Kurul tarafından ifade edilen rekabet sorunlarını gidermeye muktedir olmalıdır. Yalnızca inceleme konusu eylemin/işlemin sonlandırılmasından ve gelecekte mevzuata uygun

⁴ Para.67.

hareket edilmesinden ibaret olan taahhüt önerileri, taahhüt yönteminden beklenen faydanın elde edilememesine neden olacaktır. 2021/2 sayılı Tebliğ'in 9. maddesinin ikinci fıkrası da "*Tarafların Kanuna uyacaklarına ilişkin genel beyanları taahhüt niteliği taşımaz.*" hükmünü haizdir. Aksi halde taahhüt kararı, teşebbüslerin söz konusu eylemden/işlemden elde ettikleri yasal olmayan kârı korumalarını sağlamaktan öteye geçemeyecektir. Bu sebeple, dosya kapsamında soruşturma konusu iddialar ile bağlantılı endişeleri bertaraf etmek amacıyla sunulabilecek taahhüdün, taahhüt yönteminden beklenen faydayı sağlayamayacağı değerlendirilmiştir.

- (19) Bu kapsamda, NESTLE'nin 24.03.2023 tarih ve 36855 sayılı taahhüt sunma talebinin 28.04.2023 tarihli ve 23-19/371-M sayılı kararla reddedilmesine ilişkin idari işlemin İYUK'un 11. maddesi kapsamında kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya başvuruya yönelik olarak yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (20) Yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; İYUK'un 11. maddesi kapsamında 28.04.2023 tarihli ve 23-19/371-M sayılı Kurul kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.