

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2018-3-093
Karar Sayısı : **20-06/52-29**
Karar Tarihi : 23.01.2020

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Arslan NARİN (İkinci Başkan), Adem BİRCAN,
Şükran KODALAK, Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ,
Ayşe ERGEZEN

B. RAPORTÖRLER : Ömer Volkan YAZAR, Pelin TEBER

C. İLGİLİ TARAF : - Türk Tuborg Bira ve Malt Sanayi A.Ş.
Kemalpaşa Cad. No:258/9 35070 Işıkkent Bornova/İzmir

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Tuborg Pazarlama A.Ş.'nin münhasırlık hükümleri içeren sözleşmelerine tanınan bireysel muafiyetin açık bira pazarı bakımından devam etmesine, bu mümkün değilse muafiyetin geri alındığı 20.06.2019 tarih ve 19-22/335-152 sayılı Rekabet Kurulu kararında öngörülen sürenin uzatılması ve başlangıç tarihinin değiştirilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 21.11.2019 tarih ve 8160 sayılı ile intikal eden ve Türk Tuborg Bira ve Malt Sanayi A.Ş. (TUBORG)¹ tarafından yapılan başvuruda özetle;
- Rekabet Kurulunun (Kurul) 18.03.2010 tarih ve 10-24/331-119 sayılı kararı (2010 Kararı) ile TUBORG'a tanınan muafiyetin, açık satış noktaları bakımından geri alınmasına yönelik olarak verilen 20.06.2019 tarih ve 19-22/335-152 sayılı Kurul kararının (2019 Kararı) kısa versiyonunun 24.06.2019 tarihinde, gerekçeli kararının ise 16.10.2019 tarihinde tebellüğ edildiği,
 - 2019 Kararı'nda tanınan bir yıllık geçiş sürecinin uzatılması gerektiği, nitekim anılan karara dayanak raporun iki ay gibi kısa bir sürede hazırlandığı ve teşebbüse yazılı ve sözlü savunma imkanı verilmeden sürecin tamamlandığı,
 - Oysa Kurulun 09.11.2017 tarih ve 17-36/583-256 sayılı kararına (2017 KSN² Muafiyetinin Geri Alınması Kararı) güvenilerek (.....)'den fazla açık satış noktası (ASN) ile bir yıldan uzun süreli olacak şekilde anlaşmalar yapıldığı ve bu kapsamda (.....) TL tutarında yatırımın karşılıksız kalacağı, TUBORG'un yaşayacağı finansal kayıpların Efes Pazarlama ve Dağıtım Tic. A.Ş.'nin (EFPA) hakim durumunu güçlendireceği,
 - 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin (2002/2 sayılı Tebliğ) 6/A numaralı maddesinde düzenlenen, pazar payı artışı dolayısıyla grup muafiyetinden yararlanamayacak teşebbüslere tanınan geçiş süreçleri doğrultusunda, TUBORG'a iki yıllık bir geçiş süreci uygulanmasının gerektiği,

¹TUBORG tarafından üretilen biralar Tuborg Pazarlama A.Ş. (TUBORG) vasıtasıyla piyasaya dağıtılmaktadır. TUBORG'un 18.03.2010 tarih ve 10-24/331-119 sayılı Kurul kararının alındığı tarihte ticaret unvanı "Bimpaş Bira ve Meşrubat Pazarlama A.Ş."dir (BİMPAŞ). Dolayısıyla bireysel muafiyetten yararlanan teşebbüs TUBORG'dur.

² Kapalı Satış Noktası.

- Bunun yanı sıra, Kurulun 30.05.2019 tarih ve 19-20/291-126 sayılı muafiyetin geri alınması kararında Bankalararası Kart Merkezi A.Ş.'nin (BKM) BKM Express hizmetini sunmayı sonlandırması ve kararın gereğini yerine getirdiğini Kuruma tevsik etmesi için gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 günlük süre verildiği, BKM'nin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi kapsamında yaptığı başvuru neticesinde alınan 07.11.2019 tarih ve 19-38/563-232 sayılı karar ile BKM'ye tanınan 60 günlük sürenin 30.06.2020 tarihine kadar uzatıldığı, muafiyetin geri alınmasına ilişkin Kurul kararı (30.05.2019) ile BKM'ye tanınan sürenin (30.06.2020) fiilen bir yıldan uzun olduğu,
- Öte yandan, sürenin başlangıç tarihine yönelik olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 54. maddesi uyarınca Kurul kararlarında sürelerin gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacağını düzenlendiği, nitekim idari işlerin gerekçeli olması gerektiği ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi tarafından koruma altında olduğu ve Danıştay'ın da bu yönde kararları olduğu, tefhimin yalnızca sürecin ne yönde sona erdiğinin taraflara bildirilmesini ifade ettiği, ancak şikayetçiler ve hakkında inceleme yürütülen teşebbüsler bakımından hukuki hakların başlangıcının gerekçeli kararın tebliği olarak kabul edilmesi gerektiği,
- Yine 4054 sayılı Kanun'un 52. maddesinin son fıkrası uyarınca taraflara getirilen yükümlülüklerin gerekçeli kararın tebliğinden sonra başlayacağı konusunda tereddüt bulunmadığı,
- Uygulamada Kurul tarafından, belirli bir süre içinde ifa edilmesinin öngörüldüğü yükümlülüklerin başlangıç tarihi olarak gerekçeli kararın tebliğinin esas alındığı ve bu uygulamanın istikrarlı bir içtihat teşkil ettiği³, yakın zamanda bu doğrultuda alınan 20.06.2019 tarih ve 19-22/353-159 sayılı Maysan Mando kararında da bayilik sözleşmelerindeki rekabet etmeme yükümlülüğü süresine ilişkin yapılması gereken düzeltmelerin gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 90 gün içinde Kuruma tevsik edilmesi yönünde karar alındığı,
- Kurul kararına karşı dava açma imkanı bulunmamasına karşın teşebbüse yükümlülük getirildiği, ancak kararların icrailiğinin (hukuki sonuç etki doğurması) ancak gerekçeli kararın tebliği ile başlayabileceği

ifade edilerek EFPA'ya karşı düşük pazar payı ve bulunurluğu olan TUBORG'un muafiyetinin devamına karar verilmesi, bu mümkün değilse geçiş sürecinin gerekçeli kararın tebliği olan 16.10.2019 tarihinden itibaren başlatılarak asgari iki yıl olarak değiştirilmesi talep edilmektedir.

- (3) Başvuru sahibi, 13.12.2019 tarih ve 8698 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal eden açıklamasında ise özetle;
- TUBORG'un 2002/2 sayılı Tebliğ'in öngördüğü %40'lık pazar payı eşiğini aşmadığı (Ipsos verilerine göre %(.....)), yine EFPA'nın %(.....) civarındaki bulunurluğuna karşın %(.....) oranında bulunurluğa sahip olduğu, söz konusu verilere ve 2017 KSN Muafiyetinin Geri Alınması Kararı'na güvenerek yüksek miktarda yatırımlar yaptığı, ancak iki ayda tamamlanan ani ve öngörülemez bir geri alma süreci sonunda yatırımların karşılıksız kalma riskiyle karşı karşıya olduğu,
 - 2019 Kararında amaçlanan faydanın gerçekleştirilebilmesi için geçiş sürecinin doğru belirlenmesi gerektiği, aksi takdirde kararın cezalandırıcı etki yaratacağı,

³ Kurulun 16.09.2014 tarih ve 14-33/665-291 sayılı, 15.12.2014 tarih ve 14-52/903-411 sayılı kararları.

- Geçiş sürecinin bir yıl olarak belirlenmesinde uygulamadaki sözleşmelerin sayısal olarak önemli bir çoğunluğunun bu süre sonunda yürürlükten kalkacağı varsayımının etkili olduğunun tahmin edildiği, oysa münhasır sözleşmelerin aritmetik ortalamasına bakıldığında ortalama sürenin (.....) yıl olduğu,
- Geçiş süresinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken kriterin uygulamadaki sözleşmelerin sayısal ağırlığı yerine yatırımlar içinden aldıkları pay olması gerektiği, karar tarihindeki münhasır sözleşmelerin çoğunun ne zaman sona erdiğinden ziyade bu sözleşmeler için yapılan yatırımın ne kadarlık bir sürede geri dönüşünün sağlanacağına önemli olduğu,
- 2018 yılında (.....) açık satış noktası için sadece bir yılda yapılan toplam yatırım tutarının (.....) TL civarında olduğu ve bu yatırımın büyük bir çoğunluğunun bir yıldan uzun süreli sözleşmeler için yapıldığı, zira uygulamada bir sözleşmenin gerçekleşme süresinin ne kadar uzun olacağı tahmin ediliyorsa, yani noktanın alım taahhüdü ne kadar yüksekse, yapılan yatırımın da buna paralel olarak arttığı, bu nedenle yatırımın geri dönüşünün sağlanması noktasında dikkate alınması gereken unsurun geçiş süreci sonunda bitecek sözleşme sayısı değil, geri dönüşü sağlanabilecek toplam yatırım miktarı olması gerektiği,
- Halihazırda devam eden tüm münhasır açık satış noktaları için TUBORG tarafından yapılan yatırım tutarının (.....) TL olduğu, geçiş sürecinin 24.06.2020 tarihinde sona ermesi halinde bu nakit yatırımın (.....) TL'sinin (%(.....)) geri dönüşünün sağlanamayacağı,
- Ancak geçiş sürecinin, en azından kısa kararın tebliği tarihinden (24.06.2019) başlatılsa bile, 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen iki yıllık süreye uygun şekilde belirlenmesi halinde geri dönüşü sağlanamayan yatırımın (.....) TL (%(.....) civarı) olacağını tahmin edildiği

ifade edilerek geçiş sürecinin sözleşmelerin tamamının yürürlük tarihinin bitimine kadar veya gerekçeli kararın tebliğ tarihinden (16.10.2019) itibaren başlatılarak asgari iki yıl olarak değiştirilmesi talep edilmektedir.

- (4) Bu çerçevede düzenlenen 10.01.2020 tarih ve 2018-3-093/BN-3 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda; 29.08.2019 tarih ve 19-30/452-M sayılı Kurul kararıyla değişik 20.06.2019 tarihli ve 19-22/335-152 sayılı kararında herhangi bir değişiklik yapılmasına gerek olmadığı kanaat ve sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (6) Yapılan başvuru ile uygulanması talep edilen İYUK'un "Üst Makamlara Başvurma" başlıklı 11. maddesi;
 - (7) *"1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.*
2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.
3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır."
- şeklindedir.

- (8) Bu çerçevede ilgililer tarafından, Kurul kararının kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması dava açma süresi içerisinde Kuruldan talep edilebilmektedir. Başvuru sahibinin 29.08.2019 tarih ve 19-30/452-M sayılı karar ile değişik 20.06.2019 tarih ve 19-22/335-152 sayılı Kurul kararının yeniden değerlendirilerek geçiş süresinin artırılması ve başlangıç tarihinin değiştirilmesi talebinin, Kurul tarafından tesis edilen idari işlemin değiştirilerek yeni bir işlem tesis edilmesine ilişkin olduğu, bu itibarla İYUK'un 11. maddesi kapsamında olduğu görülmektedir. 2019 Kararı'nın gerekçeli hali başvuru sahibi tarafından 16.10.2019 tarihinde tebellüğ edilmiş olup dosya konusu başvuru 21.11.2019 tarihinde yapılmıştır. Bu itibarla dava açma süresinin geçmediği ve İYUK 11. maddesi çerçevesinde yapılan başvurunun süresi içerisinde yapıldığı anlaşılmaktadır.
- (9) Kurulun 2019 Kararı, TUBORG'un 2010 Kararı'na dayanarak açık bira pazarında uyguladığı münhasır sözleşmelere tanınan bireysel muafiyetin geri alınmasına ilişkindir. EFPA'nın 09.07.2018 tarih ve 5049 sayılı başvurusu üzerine alınan 04.04.2019 tarih ve 19-14/187-M sayılı Kurul kararı ile başlatılan inceleme süreci sonucunda, 20.06.2019 tarih ve 19-22/335-152 sayılı Kurul kararı alınmıştır. Anılan karara ilişkin olarak, TUBORG tarafından yapılan 01.08.2019 tarih ve 5050 sayılı başvuru üzerine, 29.08.2019 tarih ve 19-30/452-M sayılı Kurul kararından sonra alınan 2019 Kararı'nda aşağıdaki hükümlere yer verilmiştir:
- *Tuborg Pazarlama A.Ş.'ye 18.03.2010 tarihli ve 10-24/331-119 sayılı Rekabet Kurulu kararı ile tanınan bireysel muafiyetin açık bira pazarı bakımından 4054 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi çerçevesinde geri alınmasına,*
 - *4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olması nedeniyle Tuborg Pazarlama A.Ş.'nin açık bira pazarındaki münhasırlık içeren sözleşmelerinin 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığına,*
 - *10.04.2008 tarih ve 08-28/321-10 sayılı Kurul kararı uyarınca geleneksel olarak alımlarını ihale ile gerçekleştiren satış noktaları ile yapılan iki yılı aşmayan sözleşmeler ve yılda 60 günü geçmeyecek tanıtım amaçlı sponsorluk sözleşmeleri kapsamında, Efes Pazarlama ve Dağıtım Ticaret A.Ş.'nin ve Tuborg Pazarlama A.Ş.'nin diğer rakiplere karşı ileri süremeyecekleri münhasırlık hakkı için tanınan muafiyete yönelik ayrı bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığına,*
 - *Hem Efes Pazarlama ve Dağıtım Ticaret A.Ş., hem de Tuborg Pazarlama A.Ş.'nin 10.04.2008 tarih ve 08-28/321-10 sayılı Kurul kararı uyarınca geleneksel olarak alımlarını ihale ile yapan zincir restoranlarla ilgili Kurul kararında çizilen sınırlar dahilinde akdedecekleri münhasır sözleşmelerin muafiyetten yararlandığına,*
 - *Bu kararın alındığı tarihte uygulanmakta olan sözleşmelerdeki münhasırlık (rekabet etmeme) hükümleri ve bu etkiyi doğuran nitelikteki yükümlülüklerin kaldırılması için; kısa kararın tebliği tarihi itibarıyla süresi bir yıldan kısa olan sözleşmeler bakımından sözleşme süresi bitim tarihine kadar, kısa kararın tebliği tarihi itibarıyla bir yıldan uzun olan sözleşmeler bakımından ise kısa kararın tebliği tarihinden itibaren bir yıl süre verilmesine oybirliği ile karar verilmiştir.*
- (10) Başvuru sahibi tarafından talep edilen husus, sözleşmelerdeki münhasırlık (rekabet etmeme) hükümleri ve bu etkiyi doğuran nitelikteki yükümlülüklerin kaldırılması için kısa kararın tebliğinden itibaren tanınan bir yıllık sürenin, sözleşmelerin tamamının yürürlük tarihinin bitimine kadar veya gerekçeli kararın tebliğ tarihinden itibaren başlatılarak asgari iki yıl olarak değiştirilmesidir. TUBORG'un bu talebini 2002/2 sayılı Tebliğ'in 6/A

numaralı maddesine ve yatırımlarının karşılıksız kalacağı hususuna dayandırdığı görülmektedir.

- (11) 2017 KSN Muafiyetinin Geri Alınması Kararı'nda olduğu gibi, başvuru konusu 2019 Kararı'nda da muafiyetin geri alınmasına ilişkin değerlendirme, 2002/2 sayılı Tebliğ değil, 4054 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (a) bendi çerçevesinde yapılmıştır. Muafiyet kararının alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması halinde, 4054 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (a) bendi çerçevesinde Kurul, pazar payından bağımsız olarak tanınan bir muafiyeti geri alabilmektedir. Söz konusu kararda yapılan değerlendirme sonucunda muafiyetin geri alınabileceğine karar verilmiştir.
- (12) 2019 Kararı ile tanınan bir yıllık geçiş sürecinin asıl amacı ise TUBORG'un 03.07.2017 tarih ve 17-20/321-143 sayılı Kurul kararına (2017 ASN Kararı) duyduğu güvene bağlı olarak imzaladığı münhasır sözleşmelere ilişkin hukuki belirliliğin ve bu kapsamda yapılan yatırımların korunmasına yöneliktir. Bir diğer deyişle, yaklaşık 1,5-2 sene önce alınan 2017 ASN Kararı'nın varlığı nedeniyle, bir yıllık geçiş süresi takdir edilmiştir. 2010 Kararı ile TUBORG'a tanınan muafiyet –her ne kadar ilgili dönemde teşebbüsün pazar payı %40 eşliğinin altında olsa da- bireysel muafiyet mahiyetinde olduğundan, geri alma sürecinde de (2017 KSN Muafiyetinin Geri Alınması Kararı ile uyumlu şekilde) 2002/2 sayılı Tebliğ hükümleri değil, 4054 sayılı Kanun hükümleri uygulanmıştır⁴. Bu bağlamda, Kurul bir yıllık sürenin somut olay bakımından yeterli olduğunu değerlendirmiştir. Kaldı ki, geçmiş tarihli muafiyetin geri alınması kararlarında da Kurul tarafından ilgili teşebbüsün yatırımlarının hangi oranda geri dönüşünün sağlanması gerektiğine dair bir değerlendirmesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, mevcut dosya bakımından TUBORG'a tanınan sürenin artırılması yönünde herhangi bir değişiklik yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.
- (13) Başvuru kapsamında değerlendirilmesi talep edilen bir diğer husus ise, öngörülen sürenin başlangıç tarihinin değiştirilmesidir. TUBORG'un başvurusunda taraflara getirilen yükümlülüklerin gerekçeli kararın tebliğinden sonra başlayacağı belirtilerek geçiş sürecinin kısa kararın değil, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlaması talep edilmektedir. 2019 Kararı'nın kısa versiyonu 24.06.2019, gerekçeli kararı ise 16.10.2019 tarihinde TUBORG tarafından tebellüğ edilmiştir. 2019 Kararı çerçevesinde öngörülen geçiş sürecinin başlangıç tarihinin kısa karar olarak belirlenmesinin temel nedeni ise, muafiyetin geri alınması kararının etkilerini korumaktır. Kısa karar ile gerekçeli karar arasında geçen süre göz önüne alındığında⁵, tarafların gerekçeli kararı tebellüğ edene kadar geçiş sürecini aşmayacak şekilde açık satış noktalarıyla münhasırlık içeren yeni sözleşmeler imzalayabileceği öngörülerek böyle bir sonuca varılmıştır. Nitekim, benzer bir durum 13.07.2011 tarih ve 11-42/911-281 sayılı Efes Soruşturma ve 05.03.2015 tarih ve 15-10/148-65 sayılı Coca Cola Soruşturma kararlarında yaşanmıştır. Her iki kararda da ilgili teşebbüslerin geçmiş yıllarda grup muafiyetlerinin geri alındığı, ilgili münhasır sözleşmelerin düzeltilmesi için verilen geçiş sürelerinde yeni münhasır sözleşmeler akdedildiği tespiti yapılmıştır. Mevcut dosya bakımından da benzer bir durumun ortaya çıkmaması için, 2019 Kararı'nda bahsi geçen süre kısa kararın tebliğinden itibaren başlatılmıştır. Başvuru sahibinin talebi doğrultusunda bir değişikliğin gerçekleşmesi halinde, hem muafiyetin geri alınması kararının etkisinin azalacağı hususu hem de geçmiş tarihli Kurul kararları dikkate alındığında geçiş sürecinin 2019 Kararı'ndaki haliyle kalması gerektiği sonucuna

⁴ 2019 Kararı

⁵ İlgili kararın kısa versiyonu ile gerekçeli halinin arasında 3 ay 21 gün bulunmaktadır.

ulaşılmıştır. Bu nedenle 2019 Kararı ile ilgili olarak İYUK'un 11. maddesi çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

H. SONUÇ

- (14) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca Rekabet Kurulunun 29.08.2019 tarih ve 19-30/452-M sayılı kararıyla değişik 20.06.2019 tarihli ve 19-22/335-152 sayılı kararının geri alınmasına, kaldırılmasına, 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.