

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2003-1-92 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 04-76/1086-271
Karar Tarihi : 1.12.2004
Dosya Konusu : Anadolu Cam Sanayii A.Ş.'nin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin tespiti.

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER:

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN

B. SORUŞTURMA HEYETİ:

Başkan : Murat GENCER
Raportörler : H. Gökşin KEKEVİ, Salim AYDEMİR

C. ŞİKAYET EDEN:

- Marmara Cam San. ve Tic. Ltd. Şirketi [Marmara Cam]
Salihpaşa Cad. No:11 Gültuna İşhanı Kat:4 Gaziosmanpaşa/İstanbul

D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN:

- Anadolu Cam Sanayii A.Ş. [Anadolu Cam]
İş Kuleleri, Kule-3 34330 4.Levent/İstanbul

E. İDDİALARIN ÖZETİ:

Anadolu Cam'ın 9.6.2003 tarihli Tekel Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Anonim Şirketi [Tekel] ihalesindeki fiyat politikasının, Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak hatta dışlayacak karakteriyle hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti.

F. DOSYA EVRELERİ:

F.1. Rekabet Kurulu [Kurul] 30.7.2003 tarihinde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 40/1 inci maddesi uyarınca, Anadolu Cam hakkında önaraştırma yapılmasına karar vermiştir.

F.2. 25.9.2003 tarih ve 2003-1-92/ÖA-03-HGK sayılı Önaraştırma Raporu, Kurul'un 2.10.2003 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 4054 sayılı Kanun'un 41 ve 43/1 inci maddeleri uyarınca, Anadolu Cam hakkında, aynı Kanun'un 6 ncı maddesini ihlal edip etmediğinin tespiti için soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

F.3. Bu karar üzerine, Kanun'un 43/2 nci maddesi uyarınca, 15.10.2003 tarihinde, ilgili taraflara soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunularak 30 gün içinde ilk yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiştir.

F.4. Anadolu Cam'ın ilk yazılı savunması yasal süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

F.5. Kurul'un 25.3.2004 tarihli toplantısında, Kanun'un 43/1 inci maddesi uyarınca soruşturmanın süresi 6 ay uzatılmıştır.

F.6. Soruşturma heyetince tamamlanan 21.6.2004 tarih ve 2004-1-10/SR-04-HGK sayılı Soruşturma Raporu, Kanun'un 45/1 inci maddesi uyarınca, Kurul üyeleri ile Anadolu Cam'a tebliğ olunmuş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince Anadolu Cam'dan 30 gün içinde yazılı savunmasını göndermesi istenmiştir.

F.7. Anadolu Cam'ın ikinci yazılı savunması yasal süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

F.8. Soruşturma heyetinin hazırladığı ek yazılı görüş, Kanun'un 45/2 nci maddesi uyarınca, 2.9.2004 tarihinde Kurul üyeleri ile ilgili teşebbüslere tebliğ edilmiştir.

F.9. Anadolu Cam'ın ek yazılı görüşe karşı cevabı yasal süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

F.10. Kurul'un 19.10.2004 tarihli toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 30.11.2004 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46/2 nci maddesi uyarınca ilgililere gönderilmiştir.

F.11. 30.11.2004 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısında ilgililer son savunmalarını yapmıştır.

F.12. Kurul, 1.12.2004 tarihinde, 04-76/1086-271 sayı ile nihai kararını vermiş ve karar 14.12.2004 tarihinde tefhim edilmiştir.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:

İlgili raporda;

G.1. Anadolu Cam'ın 9.6.2003 tarihli Tekel ihalesindeki fiyat politikasının, Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak hatta dışlayacak karakteriyle hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek nitelikte olduğu,

G.2. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştiren Anadolu Cam'a, aynı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca, Soruşturma Raporu'ndaki kastın varlığına, kusurun ağırlığına, pazar içindeki güce, zararın ağırlığına ilişkin tespitler doğrultusunda para cezası uygulanması gerektiği,

sonucuna ulaşılmıştır.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME:

H.1. İlgili Pazara ve Hakim Durumun Varlığına İlişkin Değerlendirmeler

Kurum kayıtlarına 1.7.2003 tarih ve 2987 sayı ile intikal eden Marmara Cam vekili Av. Ali ÖZBEÖZ imzalı şikayet başvurusunda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“1- Müvekkil 1998 yılından itibaren Tekel’e 70 cc lik ve 35 cc lik içki şişesi satmaktadır.

2- Tekel toplam 30 kalemde yıllık 178.000.000 adet şişe dolumu yapmaktadır. İhale kanunundaki değişiklik ve yeni şartnamenin hazırlanmasının gecikmesi nedeniyle Tekel’de acil şişe ihtiyacı duyulmuş ve bu nedenle 22.05.2003 tarihinde 2 aylık ara ihaleye çıkmıştır. Bu ara ihalenin miktarı ise 29.676.000 adettir.

3- Müvekkil Marmara Cam şartname gereği olarak bu ürünlerin ancak iki kalemine (70 cc lik ve 35 cclik rakı şişeleri) teklif verebilmektedir. Sözü edilen bu ara ihalede müvekkil şirketin teklif verdiği 4.000.000 adet 70 cc lik ve 1.000.000 adet 35 cc lik rakı şişesidir. Gerçekleşen fiyatlar ise;

A- Anadolu Cam:

70 cc lik rakı şişesi için 428.130 TL / adet

35 cc lik rakı şişesi için 283.000 TL / adet fiyat vermiştir.

B- Marmara Cam:

70 cc lik rakı şişesi için 385.000 TL / adet

35 cc lik rakı şişesi için 253.000 TL /adet fiyat vermiştir.

Bu ihale kapalı zarf ve pazarlık usulünde yapılmıştır. Marmara Cam’ın fiyatları karşısında ihale komisyonu Anadolu Cam’dan indirim talebinde bulunmuş ve toplantıya ara verilmiştir. Toplantı yeniden başladığında komisyonun ısrarlı baskısı sonucu Anadolu Cam 70 cc lik rakı şişesinde 411.350 TL / adet ve 35 cc lik rakı şişesinde 270.000 TL /adet inmiş ihale bu şekilde sonuçlanmış. Yani Marmara Cam’ın teklif verdiği adet kadarı Marmara Cam’da kalmış aynı kalemlerin kalan miktarları Anadolu Cam’da kendi fiyatlarıyla kalmıştır. Bu durumda yapılan indirim sonucunda Tekel yaklaşık 700.000.000.000 (yediyüz milyar) TL kazanç sağlamıştır.

4- Bu durum Anadolu Cam’ı çok rahatsız etmiştir. Piyasanın tek hakimi olan kendisine, bir rakip çıkma olasılığı belirmiştir.

Müvekkilin şartname gereği olarak teklif veremediği diğer şişelerin ihalesi ve kapasitesi yetmediği için aynı kalem malların kalan miktarı Marmara Cam’ın fiyatların üzerinde Anadolu Cam’da kalmıştır. Buna rağmen yazılı olarak olmasa bile alıcı durumda olan Tekel’e bu iki kalem şişeyi, kendisinden daha ucuz bir fiyatla da olsa Müvekkilden almaları durumunda diğer şişeleri de satmayacağı tehdidinde bulunmuştur. Bu hususta tüm ihale komisyonu ve Anadolu Cam’ın ihaleye giren yetkilisi dinlenebilir. Bu tehdit alıcı için çok ciddi bir tehlikedir. Kişisel ilişkilerle 2 aylık için bu problem çözülmüştür.

5- Geri kalan 148.324.000 adet şişe için 09.06.2003 tarihinde 10 aylık ihaleye çıkmıştır. İhale şartnamesine göre 10 aylık sabit fiyat verilmesi gereklidir. Bu ihalede Marmara Cam enflasyonun düşeceğini varsayarak 10 aylık süre için 22.05.2003

tarihli ihaledeki fiyatlarını %14.8 artırarak 23.000.000 adet 70 cc lik rakı şişesi için 442.000 TL / adet 2.000.000 adet 35 cc lik rakı şişesi için ise 292.000 TL / adet fiyat vermiştir.

Anadolu Cam ise 28 kalem şişe için 22.05.2003 tarihli ihaledeki fiyatlarının üzerine % 34 zam yapmıştır. Sadece Marmara Cam'ın şartname gereği girebildiği iki kalemden 22.05.2003 tarihli ihaledeki fiyatlarından % 7 eksiltme yapmıştır. Marmara Cam'ın 22.05.2003 tarihindeki ihalede verdiği fiyatları bildiğinden 70 cc lik rakı şişesinde 384.000 TL/ adet ve 35 cc lik rakı şişesi 252.000 TL/adet fiyat vermiştir. Bu şekilde bu iki şişede Marmara Cam'ın fiyatlarının altına inmiştir.

Marmara Cam'ın iştirak edemediği aynı hacim ve vasıftaki 70 cc lik diğer şişelere (cin, votka, altınbaş gibi) ortalama 652.763 TL /adet fiyat vermiştir. Aynı hacim ve vasıftaki 35 cc lik şişeler içinde 391.578 TL /adet fiyat vermiştir. Bu da Şişe Cam'ın aynı hacimli 70 cc lik şişelerde 210.763 TL /adet 35 cc lik 100.000 TL / adet Marmara Cam'dan daha pahalı teklif verdiğini göstermektedir.

Ayrıca ekteki listeden anlaşılacağı üzere Anadolu Cam 2002 fiyatlarına Marmara Cam'ın teklif verebildiği şişelere % 19 teklif veremediği şişelerde ise % 61.8 zam yapmıştır.

Aynı alıcı olan Tekel'e aynı vasıf ve hacimdeki iki farklı şişe arasındaki fiyat farkı yaklaşık %45 oranındadır.

6- 2003 yılı için öngörülen TEFE, TÜFE ortalaması %8.5 civarındadır. Bu husus ekteki listeden de anlaşılacaktır. Anadolu Cam normalde Marmara cam'ın teklif veremediği şişelerdeki artışı bu oranlara yakın olması gereklidir. Ticari bir kuruluş olduğu göz önüne alındığında yanılma payı olarak bir miktar bu oranın üzerine çıkması da mazur görülebilir. Fakat Anadolu Cam % 61.8 gibi çok yüksek bir oranda zam yapmıştır. Yani yapılan zam makul maliyet ve kar oranının çok üzerindedir. Bunun sebebi de Marmara Cam'ın teklif verebildiği şişelerde çok fazla fiyat kırdığından ötürü buradan doğacak zararını diğer şişelerin üzerine eklemesidir. Bu şişelerde başkaca bir rakibi yoktur. İsteddiği fiyatı alabilme şansı mevcuttur. Bazı şişelerde çok düşük fiyat vererek bazı şişelerde ise normal kar oranlarının çok üzerinde fiyat vererek piyasadaki hakim durumunu kullanarak rekabeti önlemiştir.

7- Anadolu Cam bu davranışı ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4., 9a, d, e maddelerini ihlal etmektedir.

Müvekkilin, bu şişeleri satışını engellediğinde kısa sürede başkaca bir üretim yapamayacaktır. Yeni dönüşümler çok maliyetli ve zaman gerektirmektedir. Cam üretiminin özelliğinden dolayı fırınları durduramayacak ve çok büyük bir zarara uğrayacaktır. Fabrikayı tamamen kapatma olasılığı ile karşı karşıyadır.

Müvekkil, Anadolu Cam'ın bu rekabeti önleyici ve kötü niyetli davranışı neticesinde artık bir daha Tekel'e şişe veremeyecektir. Fabrikayı kapatmasa bile üretimini başkaca mallara yönlendirecektir. Yeni ihale döneminde ihaleye bile katılmayacaktır. Çünkü eğer ihale kendisinde kalsa bile hemen yeniden rakı şişesi üretimine dönüşmesi mümkün değildir. Bunu da Anadolu Cam çok iyi bilmektedir. Bu nedenle bu piyasaya başka birisinin girmesini önlemek için hakim durumunu kullanmaktadır. Eğer müvekkil Tekel'e bu şişeleri satamazsa bu tecrübe nedeniyle

hiç kimse bu yola kalkışmaya cesaret edemeyecektir. Hiçbir şirket sonu belli olmadan bu şekildeki büyük bir yatırıma girişemez. Hele önünde böyle bir örnek varken. Bu hususları alıcı Tekel çok iyi bilmektedir uzun vadede zarara girecektir. Buna rağmen bu ihaleyi onaylayarak rekabeti korumamıştır.

Anadolu Cam tek başına kaldığında yüksek bir fiatla şişe satacaktır. Tekel'de bu fiatı maliyetine yansıtacaktır. Bunun sonucunda da tüketici daha pahalıya mal alacaktır. Cam ambalaj malzemesi olarak kullanıldığından hem kullanıcılar yurt dışına süreklilik konusunda fazla güvenememekte hem de nakliye eklendiğinde pahalıya gelmektedir. Bu nedenle Şişe Cam'a karşı yurt dışından da rakip çıkma olanağı yoktur. Yurt içinde tek başına istediği fiat politikasını rahatlıkla uygulayabilmektedir.

8- İhalenin tamamı veya bu bölümü iptal edilmediğinde müvekkilin camı yere akacaktır. Buna dayanması mümkün değildir. Zamana tahammülü yoktur. Fırını durdurup bu başvurunun sonucunu beklemesi halinde ise fırını yeniden çalıştırmanın bedeli de çok ağır olacaktır. Ayrıca bu geçen süre içerisinde diğer giderleri devam edecektir. Sonuç olarak her iki halde de müvekkil bu piyasadaki çekilmek zorunda kalacaktır. İstihdam ve yeni yatırım problemlerinin en üst düzeye çıktığı günümüzde böyle bir kuruluşun yok olması çok yazık olacaktır.

9- Yukarıda saydığımız nedenlerle öncelikle yasanın 9. maddesine uygun olarak en azından teklifte bulunduğumuz iki şişe için ihalenin tarafımıza verilmesi hususunda tedbiren karar verilmelidir. Bu kararın gecikmesi halinde verilecek olan kararın tüketiciye ve müvekkile hiçbir faydası olamayacaktır.

Sonuç ve İstem: Yukarıda açıkladığımız nedenlerden ötürü Piyasadaki hakim durumunu kullanarak haksız rekabet yaratan eylemin öncelikle tedbiren sona erdirilmesini bu eylemden dolayı ilgililerin cezalandırılmalarına karar verilmesini vekaleten talep ederim.”

Hakkında soruşturma yapılan Anadolu Cam, Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş. [Şişecam]¹ bünyesinde faaliyet göstermektedir. Şişecam'ın faaliyet alanları, “Şişecam Topluluğu 2000 ve Ötesi Vizyonu ve Stratejileri” başlıklı çalışmada şu şekilde belirlenmiştir:

“1. Cam Sanayii

- Düzcam²
- Cam Ev Eşyası³
- Cam Ambalaj⁴
- Camelyafı⁵

2. Kimya Sanayii

- Soda ve Türevleri (Sodyumkarbonat)
- Krom Bileşikleri (Sodyumbikromat)⁶”

¹ Şişecam, Anadolu Cam'ın %70,32'sine sahiptir; geri kalan %29,68 ise, yaklaşık olarak 2000 gerçek ve tüzel kişi arasında paylaşılmıştır. Şişecam'ın %66,11'i Türkiye İş Bankası A.Ş.'ne aittir ve ortaklık sermayesinin %10'undan fazlasına sahip olan başka bir ortak bulunmamaktadır.

² Ham, desenli, yalıtım, kaplanmış camlar, lamine, kolektör, ayna, otomotiv...

³ Soda camı, kristal, borosilikat cam, opal, cam seramiği...

⁴ Şişe, kavanoz, ecza, kozmetik...

⁵ Cam takviye malzemeleri (keçe, fitil)...

Görüldüğü üzere Şişecam, cam sanayinin “Cam Yünü” ve “Teknik Camlar (TV camları, cam boru, laboratuvar camları, aydınlatma camları, optik camlar, fiber optik, elektronik...)” dışındaki tüm alanlarında faaliyet göstermektedir. Dünya cam pazarının “miktarında %89’una, değerinde ise %67’sine” tekabül eden bu faaliyet alanının sağladığı yatay ve dikey entegrasyon ile Türkiye’deki yüksek pazar payları, cam sanayinin, aynı çalışmada, “sermaye yoğun, ölçek ekonomilerinin önemli olduğu, olgun bir sanayi” şeklinde betimlenen özellikleri ile birleşince, önemli bir iktisadi gücün varlığına işaret etmektedir.

Benzer bir durum, Anadolu Cam’ın faaliyet gösterdiği cam ambalaj pazarı için de geçerlidir. Anadolu Cam’da yapılan yerinde incelemede bulunan belgelerden alıntılara aşağıda yer verilmiştir:

“Cam Ambalaj ve Metal Grubu 2002-2004 Plan Dönemi Hedef ve Stratejileri” başlıklı çalışmadaki şu ifadeler önemlidir:

“Ambalaj Sektöründeki Pozisyonumuz

- *Ambalaj sektöründe cam ve alternatif malzemelerde faaliyet gösteren kuruluşlar -dünya çapında- büyük oligopoller. Bu alanlara -alternatif malzemelere- girmek, bu devlerle rekabet etmeyi veya ortaklık oluşturmayı gerektirecektir.*
- *Alternatif ambalajlar (pet veya metal kutu) tamamiyle farklı üretim alanları ve teknolojiler içermektedir.*
- *Biz esas işimizi “cam ambalaj” olarak tanımlıyoruz (Çünkü, camdaki birikimimizi derinleştirip sinerjiler yaratabileceğimize ve bunu rekabet üstünlüğüne dönüştürebileceğimize inanıyoruz).”*

Yukarıdaki değerlendirme ile alternatif ambalajlardan ayrılan cam ambalaj pazarının özellikleri, “Cam Ambalaj ve Metal Grubu” başlıklı çalışmada aşağıdaki gibi belirlenmiştir:

“Genel Eğilimler

- *Sektörün olgun bir sanayi olması, bölgesel hakimiyete yönelik yeni yapılanmalara yol açmaktadır⁷.*
- *Ürünün global olmaması yerel üretimi ön plana çıkarmaktadır.*

...

Türkiye Pazarı

...

- *Ürünün yerel karakteri ithalatı önleyici en önemli faktördür. Bu nedenle kriz ortamından fiyat yönünden avantajlı çıkmıştır.*

⁶ Anılan çalışmada Şişecam’ın söz konusu ürün gruplarına ilişkin olarak Türkiye’de sahip olduğu pazar payları şu şekilde belirlenmiştir:

“Düzcem: ...Başka üretici yoktur. Pazar payımız %(\text{E})’tir.

Cam Ev Eşyası: ...Pazar payımız %(\text{E})’dir. Rakipler Güral Cam ve Toprak’tır.

Cam Ambalaj: ...Yerel rakip; Marmara Cam. Pazar payımız %(\text{E})’dir.

Camelyafı: ...Şişecam tek üreticidir. CTP Boru üretimi pazarı büyümüş, ancak ithalat nedeniyle pazar payımızı %(\text{E})’e geriletmiştir.

Kimyasallar-Soda: ...Pazar payımız %(\text{E})’dir. Başka üretici yoktur.

Kimyasallar-Krom Bileşikleri: ...Pazar payımız %(\text{E})’dir. Başka üretici yoktur...”

⁷ Aynı ifade, “Cam Ambalaj Sektörünün Genel Görünümü ve Bazı Üreticilerle Finansal Kıyaslama” başlıklı çalışmada da yer almaktadır.

...
Cam Ambalaj Temel Dinamikleri

- ...
• *Lokal endüstri, yüksek nakliye, kısıtlı ihracat...*

Bu özelliklere, “Cam Ambalaj Sektörünün Genel Görünümü ve Bazı Üreticilerle Finansal Kıyaslama” başlıklı çalışmadaki “*Yatırımların finans maliyetinin yüksekliği nedeniyle pahalıya mal olması*” ifadesinden hareketle “giriş engellerinin varlığı” da eklenebilir.

Cam ambalajın yerel niteliği bizzat Anadolu Cam’dan alınan belgelerdeki istatistiki verilerde de görülmektedir. “Pazardaki Gelişmeler, 2003-2006 Satış Projeksiyonları, Yatırım İhtiyacımız” başlıklı çalışmada, “İthalat/Yurtiçi Satışlar” oranının %4,69 olduğu belirtilmektedir. Aynı belgede geçen “*2002 yılında şişe grubunda önemli bir artış vardır. Ancak bu artış önemli oranda kozmetik amaçlı gelen ürünlerin büyük ölçüde gümrük kayıtlarında şişe grubuna konmasından kaynaklanmaktadır*” ve “*Kavanoz rakamlarının içinde geçici kabul (ihrac amaçlı) ile gelen 1.450 ton (14,3 mio adet) kavanoz bulunmaktadır*” ifadeleri göz önünde bulundurulduğunda, gerçekte bu oranının çok daha düşük olduğu da ortaya çıkacaktır. Kaldı ki “Cam Ambalaj Sektöründe Temel Pazar Eğilimleri ve Stratejik Planlardaki Önemi” başlıklı çalışmadaki “*İthal cam ambalaj ürünleri büyük ölçüde ilaç sektörü ile sınırlıdır. Fiyat-kalite bağlantısının daha avantajlı görüldüğü hallerde müşteriler ithal ürünler lehine tercih kullanabilmektedirler. Buna kaliteyi artırıcı önlemler ve fiyat rekabeti ile karşılık verilmektedir. Bunun dışında ise ürün tayfımızda bulunmayan özel renkler ya da hacimler ile, düşük rakamlı taleplerin ithalatı gündeme gelebilmektedir*” ifadesi dikkate alındığında, az miktardaki ithalatın bile aslında Anadolu Cam’ın tercihleri söylenebilecektir.

İthalatın bu kadar düşük olduğu cam ambalaj pazarında Anadolu Cam dışındaki tek üretici, şikayetçi Marmara Cam’dır ki bu noktada Anadolu Cam’da yapılan yerinde incelemede bulunan “Cam Ambalaj ve Metal Grubu” başlıklı belgedeki “*Türkiye’de pazar payımız % (∅). Rakip üretici dahilinde olduğu Net Cam⁸ ve ithalat önemsiz boyuttadır (Net Cam’in kapasitesi 15.000 ton/yıl)*” ifadesi önem kazanmaktadır⁹.

Cam ambalaj pazarının yukarıda değinilen yapısı neticesinde ortaya çıkan Anadolu Cam’ın hakim durumu, yine ilgili teşebbüste yapılan yerinde incelemede elde edilen aşğıdaki belgelerde de ifade edilmektedir:

“Şişecam Topluluğu 2000-2002 Planı”nda, Cam Ambalaj Ürün Grubu’nun iddiası, “*Ülkemiz cam ambalaj pazarında hakimiyetini koruyan, bölgesel bütünlük sağlayabilmek için çevre ülkelerde üretim ve pazarlama yatırımları yapan bir ambalaj tedarikçisi olmak*”, hedefi ise, “*Yurtiçi pazar hakimiyetini bu plan döneminde de korumak*” şeklinde belirlenmiştir¹⁰.

⁸ Net Cam, Marmara Cam’in önceki adıdır.

⁹ Benzer bir ifade, “Cam Ambalaj Sektörünün Genel Görünümü ve Bazı Üreticilerle Finansal Kıyaslama” başlıklı çalışmada da yer almaktadır.

¹⁰ Benzer ifadeler, “Cam Ambalaj ve Metal Grubu” başlıklı belgede de yer almaktadır.

“Cam Ambalaj ve Metal Grubu 2001-2003 Dönemi Hedef ve Stratejileri (20.10.2000)” başlıklı çalışmada, “*İddialı hedefimiz; ülkemiz cam ambalaj pazarında hakimiyetini koruyan...bir cam ambalaj tedarikçisi olmaktır*” ifadesi yer almaktadır.

“Cam Ambalaj ve Metal Grubu 2002-2004 Plan Dönemi Hedef ve Stratejileri” başlıklı çalışmada, “*Cam Ambalajda: Yurtiçi pazarın %(Ξ)’sine hakimiz (çok güçlü konumdayız) / Hammadde bağımlılığımız yok / Teknolojiye hakimiz (ihtisaslaşmamızın sonucu olarak önemli sinerjiler yaratabiliyoruz)*” ifadeleri yer almakta; hedef ise, “*cam ambalaj pazarında hakimiyeti korumak*” şeklinde belirlenmektedir.

“Şişecam Topluluğu 2002-2004 Planı”nda, Cam Ambalaj Ürün Grubu’nun iddiası, “*Ülkemiz cam ambalaj pazarında hakimiyetini koruyan, bölgesel bütünlük sağlayabilmek için çevre ülkelerde üretim ve pazarlama faaliyeti yaparak toplam 700.000 ton üretim ve satış yapan bir cam ambalaj tedarikçisi olmak*”; hedefi ise, “*Yurtiçi pazar hakimiyetini %(Ξ) bu plan döneminde de korumak*” şeklinde belirlenmiştir.

“Cam Ambalaj Grubu 2003-2005 Plan Dönemi Vizyon Sunuşu”nda, “*Büyüme Stratejimiz (Türkiye): Yurtiçi pazardaki hakimiyetimizi korumak %(Ξ-Ξ)*” ve “*Ülkemiz cam ambalaj pazarında hakimiyetini koruyan, bölgesel üstünlük sağlayabilmek için çevre ülkelerde üretim ve pazarlama faaliyeti yaparak toplam 1 milyon ton üretim ve satış yapan bir cam ambalaj tedarikçisi olmak*” ifadeleri yer almaktadır.

“Şişecam Topluluğu 2003-2005 Planı”nda, Cam Ambalaj Ürün Grubu’nun iddiası, “*Ülkemiz cam ambalaj pazarında hakimiyetini koruyan, bölgesel bütünlük sağlayabilmek için çevre ülkelerde üretim ve pazarlama faaliyeti yaparak toplam 1 milyon ton üretim ve satış yapan bir cam ambalaj tedarikçisi olmak*”; hedefi ise, “*Yurtiçi pazar hakimiyetini korumak*” şeklinde belirlenmiştir.

Anadolu Cam’ın bu hakimiyetinin bir diğer göstergesi ise bizzat kendi belgelerinden tespit edilen¹¹ Avrupalı rakiplerinden çok daha yüksek fiyatlarıdır.

Bu noktada son olarak belirtilmesi gereken husus, “cam ambalaj” başlığı altında alt ürün gruplarının varlığından söz edilebilecek olmasıdır. Ancak soruşturma bakımından ulaşılabilecek sonuçları etkilemediğinden bunlara değinilmemiştir. Örneğin soruşturma konusu ile bağlantılı olarak “yüksek alkollü içki şişeleri” şeklinde yapılacak bir pazar tanımı, Anadolu Cam’da yapılan yerinde incelemede bulunan belgeler¹² çerçevesinde diğer ambalajları yine dışlayacaktır. Şöyle ki; yüksek alkollü içkiler bakımından camın pazar payı, Türkiye, İtalya ve Yunanistan’da %100, Almanya’da %99, Fransa’da ise %97’dir¹³. Görüldüğü üzere “yüksek alkollü içki şişeleri” şeklinde yapılacak bir pazar tanımı sadece Anadolu Cam’ın piyasa payının

¹¹ Ömeğin, “Pazardaki Gelişmeler, 2003-2006 Satış Projeksiyonları, Yatırım İhtiyacımız” ve “Madensuyu/Rakı/Viski...” başlıklı çalışmalar.

¹² Ömeğin, “Pazardaki Gelişmeler, 2003-2006 Satış Projeksiyonları, Yatırım İhtiyacımız” ve “Cam Ambalaj ve Metal Grubu Cam Ambalaj Sektörü Çevre Etüdü ve Strateji Toplantısı Notları (27.8.2002)” başlıklı çalışmalar.

¹³ Şarapta camın pazar payı; Türkiye ve Yunanistan’da %100, Almanya’da %92, İtalya’da %81, Fransa’da ise %71’dir. Birada camın pazar payı; Yunanistan’da %77, İtalya’da %74, Fransa’da %67, Almanya’da %58, Türkiye’de ise %53’tür. Saf meyvesuyunda bu oran daha da düşmekte; meşrubatta ise en düşük seviyeye ulaşmaktadır. Bu düşünle camın yerini, pet, metal ve karton kutu gibi ambalajlar almaktadır. Örneğin bira bakımından Türkiye’de diğer ambalajların pazar payları; %25 metal kutu, %22 diğer/dökme şeklindedir.

kendi verileri çerçevesinde %(∃)'e düşmesi anlamına gelecektir ki yegane rakip olan Marmara Cam için yapılan “önemsiz” değerlendirmesi ortadadır.

Özetle; ilgili ürün pazarı cam ambalaj ve ilgili coğrafi pazar Türkiye olarak belirlenmiş olup¹⁴, Anadolu Cam'ın pazar tanımı ne olursa olsun hakim durumda bulunduğu kanaatine varılmıştır.

H.2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin Değerlendirmeler

H.2.1. Olayların Gelişimi¹⁵

Şikayet konusu ihaleyi düzenleyen Tekel, bir kamu kuruluşu olarak faaliyet gösterdiği 1986 yılına kadar şişe alımlarını “açık ihale” yöntemi ile yapmıştır. 1984-1987 yılları arasına tekabül eden kısa bir dönem toplama şişe de kullanan Tekel, 1986'da “Kamu İktisadi Kuruluşu” haline getirilmesinden sonra alımlarını “özel davet” usulü ile Şişecam'dan yapmaya başlamıştır.

Tekel dış piyasalardan şişe temin imkanlarını da araştırmış ancak yapılan çalışmalar her zaman için başarısızlıkla sonuçlanmıştır¹⁶. Alternatif kaynakların bulunamaması Şişecam ile fiyat belirleme pazarlıkları yaparken Tekel'in gücünü sınırlamış; bunun üzerine 1997'de her iki teşebbüsün bizzat genel müdürlerinin katılımıyla yapılan bir çalışma sonucu düzenlenen bir protokolle şişe fiyatları 1997 yılından itibaren 6'şar aylık dönemler halinde Devlet İstatistik Enstitüsü Toptan Eşya Fiyat Endeksi artışına dayalı bir formüle bağlanmıştır.

Ancak yukardaki protokole rağmen Şişecam'ın 2001 yılındaki krizin girdileri üzerindeki etkisini gerekçe göstererek formülle belirlenenin üstünde artış talep etmesi ve bunun gerçekleşmesi de söz konusu olmuştur.

Tekel 1998 yılından itibaren Şişecam ile belirlenen protokol fiyatından %5-5,6 daha düşük teklif getiren ancak üretim kapasitesi düşük olan Marmara Cam'dan Yeni Rakı şişesi almaya başlamıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, Tekel'in ilk düşüncesi fabrikası Çorlu'da bulunan Marmara Cam'a Tekirdağ İçki Fabrikası'nın 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesi alımlarının bırakılması yönündeydi. Ancak bu düşünceye Şişecam karşı çıkmış; tüm içki fabrikalarına şişe verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu çerçevede Tekel'in Tekirdağ İçki Fabrikası için Marmara Cam ile yaptığı pazarlık görüşmelerinin son gününde, karar Yönetim Kurulu'na girerken, Şişecam 43.850 TL/adet olan 70 cl. Yeni Rakı şişesi fiyatını, Tekirdağ Fabrikası'na özel olarak %15 indirmiş ve 38.000 TL/adet'ten mal vermeye başlamıştır¹⁷. Bunun üzerine Tekel, toplam alımın yaklaşık olarak %10'una tekabül eden 10.000.000 adet 70 cl.lik Yeni Rakı şişesini, tüm fabrikalarına yönelik olarak ve Şişecam'a uygulanan fiyatlardan %5 eksigiine (41.675 TL/adet) Marmara Cam'dan almaya karar vermiştir. Marmara Cam, aynı koşullar dahilinde 2002'de 35 cl.lik Yeni Rakı şişesi üretim ve satışına da başlamıştır.

¹⁴ Nitekim Anadolu Cam'ın savunmasında, “ilgili ürün pazarının Cam Ambalaj pazarı ve coğrafi pazarın Türkiye olarak tanımlanması gerektiği görüşüne aynen katılıyoruz” ifadesi yer almaktadır.

¹⁵ Bu bölümün hazırlanmasında, Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede bulunan belgeler ile Tekel'in raporların bilgi talebine ilişkin olarak gönderdiği 9.9.2003 tarih ve 4358 sayılı cevabından yararlanılmıştır.

¹⁶ En son 2000 ve 2001 yıllarında dış piyasa şişe temin imkanlarını araştırmak üzere yapılan çalışmaya başlangıçta 16 firma ilgi göstermiş ancak konunun kapsamını öğrendiklerinde ilgilenmekten vazgeçmişlerdir.

¹⁷ Görüldüğü üzere Anadolu Cam 9.6.2003 tarihli ihaledeki fiyat politikasının bir benzerini 1998'de, Marmara Cam'ın Tekel'e tedarike başlangıcında da yapmıştır.

Söz konusu ihalede Anadolu Cam ihale konusu 30 çeşit şişenin tamamı için toplam fiyat 10.647.675.680.000 TL olacak şekilde teklif vermiştir. Anadolu Cam'ın şikayet konusu 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için verdiği fiyat teklifi ise sırasıyla 281.520 ve 428.140 TL/adettir.

Buna karşılık Marmara Cam sadece 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için, sırasıyla 253.000 ve 385.000 TL/adetten, kapasite yetersizliği nedeniyle toplam 6.190.000 ve 10.718.000 adet olan talebin 1 ve 4 milyonunu karşılayacak şekilde teklif vermiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu rakamlar yukarıda değinilen protokol 2003 yılında da geçerli olsaydı uygulanacak fiyatlardır. Tekel'in söz konusu ürünler için protokol fiyatlarının üzerine, yeni ihale yasası hükümleri gereği alınması gereken teminat masrafı, noter onayı masrafı ve KİK payı toplamalarını ekleyerek belirlediği yaklaşık maliyet ise daha fazladır.

Bu tekliflerin ardından Tekel İhale Komisyonu yüksek teklif veren Anadolu Cam ile pazarlık yapmış ve bu pazarlık neticesinde Anadolu Cam'ın toplam teklifini 10.229.931.460.000 TL'ye yani muhammen bedel seviyesine indirmesi sağlanmıştır. Bu çerçevede Anadolu Cam 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesi fiyatını da sırasıyla 270.480 ve 411.350 TL/adete düşürmüştür ki dikkat edileceği üzere bu fiyat hala Marmara Cam'inkinden yüksektir.

Sonuç olarak Tekel, Marmara Cam'ın tedarik edebildiği miktarda 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesini Marmara Cam'ın fiyatlarından, geri kalanı ise Anadolu Cam'ın indirimli fiyatlarından almış; toplam fiyatın 10.107.051.460.000 TL olmasıyla da hesapladığı yaklaşık maliyetin altında bir bedelden alım yapmıştır.

Tekel'in 2003 yılı ihtiyacına tekabül eden toplam 178.000.000 ± %10 adet muhtelif şişe alımına ilişkin "açık ihale" ise 18 gün sonra yani 9.6.2003'te yapılmıştır. Yaklaşık maliyeti 64.324.634.135.000 TL+KDV olarak belirlenen bu ihaleye yine Anadolu Cam ve Marmara Cam katılmıştır.

İhalede Anadolu Cam ihale konusu 30 çeşit şişenin tamamı için toplam fiyat 67.298.504.729.000 TL olacak şekilde teklif vermiştir. Anadolu Cam'ın şikayet konusu 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için verdiği fiyat teklifi ise sırasıyla 252.000 ve 384.000 TL/adettir. Dikkat edileceği üzere bu fiyatlar Marmara Cam'ın 18 gün önceki ihalede verdiği fiyatlardan 1.000 TL daha düşüktür ve Anadolu Cam'ın söz konusu ihaledeki ilk fiyatından yaklaşık olarak %10, indirimli fiyatından ise %7'lik bir indirim daha yaptığını göstermektedir. Dikkat çekici diğer bir husus ise, geri kalan 28 kalemde bir önceki ihale fiyatına göre %33,7; muhammen bedele göre ise %42,8 oranında artış yapılmış olmasıdır.

Buna karşılık Marmara Cam sadece 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için, sırasıyla 290.000 ve 442.000 TL/adetten, kapasite yetersizliği nedeniyle toplam 37.140.000 ve 64.297.000 adet olan talebin 2 ve 23 milyonunu karşılayacak şekilde teklif vermiştir.

Bunun üzerine Tekel, Marmara Cam'ın 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişelerine verdiği fiyatların Anadolu Cam'inkinden yüksek olması nedeniyle ihtiyacın tamamının 64.324.634.135.000 TL yaklaşık maliyetten, 2.973.870.594.000 TL fazlasıyla

67.298.504.729.000 TL teklif veren Anadolu Cam'dan karşılanmasına karar vermiştir.

H.2.2. Anadolu Cam'ın Eylemi Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Olarak Değerlendirilebilir mi?

Anadolu Cam'ın yukarıda özetlenen eyleminin hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin olarak öncelikle ilgili teşebbüste yapılan yerinde incelemede bulunan belgelere yer verilmiştir:

“Toptancı Kanalı Rakip – İkame – İthal Ürünler ve Rakip Yerli Cam Ambalaj Üreticileri Raporu”ndaki şu ifadeler önemlidir:

“YÖNETİCİ ÖZETİ

Ambalaj pazarındaki zorlu ve çeşitli rekabet ve buna dayalı düşük kar marjları, büyük miktarlarda üretim ve satışı geçerli bir rekabet stratejisi haline getirmektedir. Dolayısıyla Türkiye cam ambalaj piyasasında ezici bir üstünlüğe sahip olan firmamız için bu üstünlüğü korumak ve geliştirmek hayati bir öneme sahiptir.

Son dönemde gerek cam ambalajda gerekse özellikle saklama kabı alanındaki ikame PET kavanozlarda önemli gelişmeler meydana gelmektedir. Kısaca ifade etmek gerekirse rakip-ikame ve ithal ürünlerin, pazarda ürünlerimizin hakim olduğu sahalarla doğru yönedikleri somut örnek ve adımlarla izlenmektedir.

*...
Rakip üreticilerin büyümesi ve bu büyümenin etkisi ile bıraktığımız boşluktan cesaret alarak daha farklı ürünlere yönelmeleri ve yeni ürünleri hedef almaya başlamaları, bunun yanında ‘Anadolu Cam ile rekabet edilebilir’ psikolojisinin ve havasının var olan veya olabilecek diğer üreticilere cesaret vermesi üzerinde dikkatle durmamız gereken bir durumdur.*

Tüm bunlara ek olarak Marmara Cam firması saklama kabı pazarındaki girişimlerine ilaveten, içki pazarında da etkinliğini arttırma yolundadır. Bu amaçla mevcut cam ambalaj fırınında yenileme ve kapasite artışı planlamaktadır. Amacına uygun olarak 40 t/gün kapasiteli fırın yenilenerek 75 t/gün kapasiteye yükselecektir.

Yeni fırın yılda 20.0 bin tonun üzerinde üretim yapabilecek ve bu suretle

*15 ila 28 milyon adet 70 c1. Rakı Şişesi eşiti ve
13 ila 22 milyon adet 1 litre kavanoz eşiti*

imalat gerçekleştirebilecektir. Bunun yanı sıra mevcut Cam Ev Eşyası fırınında 45 milyon adetlik çay bardağı arzı sürecektir.

Mevcut rekabet ortamı şöyle özetlenebilir:

1. Siyasi otoritenin teşviki ile 1997 yılında faaliyete geçen Marmara Cam Tekel'e fiyatlarımıza yakın, kısıtlı çeşit arzı yaparak gelişme imkanı bulmuştur.

2. Saklama kabı pazarında yakaladığı fırsatı da hesaba katan Marmara Cam, kapasite arttırarak üretim maliyetlerini düşürme yönünde adım atmaktadır.

3. Bu adımlar Marmara Cam'ın gelişme aşamasını tamamladığını göstermektedir.

Gelişen olaylar, rekabetin tek tek dağıtım kanalı üyelerine yöneltilmesi yerine, esas rakipler olan üreticilere kaydırılmasına ve gelişme aşamalarını engellemeye dönük olmasını gerekli kılmaktadır.

Burada en önemli rekabet yaklaşımımız pazarı tatmin etmek olmalıdır.

Yaklaşım önerilerimiz şöyledir:

Yerli rakiplerin gelişmesine olanak vermemek, ithalatı önlemek ve plastik türevlerinin yaygınlaşmasını engellemek amaçları için;

- Pazarda boşluk bırakmayacak şekilde "saklama kabı" nitelikli ürünlerin arzına yeniden başlamak,

- Tekel ihalesinde Marmara Cam'ın önünü kesmek.

Bu önlemlerle hedeflenen pazar genel olarak 27 bin ton büyüklüğünde olup, bunun 14 bin tonu saklama kabı ve sürahi pazarı ile 13 bin tonu Marmara Cam'ın içki sektörüne verdiği miktardan oluşmaktadır."

"Tekel Özelleşmesi İle İlgili Bilgi" başlıklı çalışmadaki şu ifadeler önemlidir:

"...Özelleştirmenin Şirketimize etkisi ise;

- Ürün parkımızın yeterli olmaması,
 - Tasarım konusunda zayıf kalmamız,
 - Tekel fiyatları ile özel sektörün fiyat farklılaşmasının izahının zorlaşması,
 - Netcam'ın rekabeti,
- olacaktır..."

"Tekel İhalesi Fiyat Teklif Önerileri" başlıklı çalışmadaki şu ifadeler önemlidir:

"Öneri fiyat 16.05.2003 tarihinde vermiş olduğumuz fiyatın üzerine ilave edilmiştir (Bu fiyat 2003 TEF ile 2002 Temmuz TEF arasını kapsamaktadır).

Nisan 2003-30 Haziran 2004 arası enflasyonun ortalaması alınmıştır. 2004 yılı enflasyonu 2002 ve 2003 yılı aylık artış oranları dikkate alınarak %20 varsayımına göre hesaplanmıştır.

Nisan 2003 – Aralık 2003 = %16,20
Ocak 2004 – Haziran 2004 = %12,03
%30,18

Bu durumda yıllık ortalama %15,28 olmaktadır. İhale masrafı olarak %1 alındığında %16,28 artışla fiyat teklifi vermemiz gerekir..."

Söz konusu çalışmada bu ifadelerin ardından 35 ve 70 cl.lik şişe fiyatlarının ara ihale fiyatında tutulduğu ya da %5 zam yapıldığı; buna karşılık diğer ürünlerin

yüksek oranlarda artırıldığı tablolara ve bunlarla elde edilecek toplam hasıllara da yer verilmiştir.

“Tekel Bilgi Notu” başlıklı çalışmadaki şu ifadeler önemlidir:

*“2003 Adetleri-Protokol Fiyatı 178 mio/adet 67.000 ton 61.964.183.011¹⁹
2003 Adetleri-Teklif Fiyatı 178 mio/adet 67.000 ton 67.298.504.709”*

“Anadolu Cam Sanayii A.Ş. Haziran 2003 Faaliyet Raporu”nda, *“En önemli gelişme 2003 ihalesinin tamamen alınmasıdır. Bu alanda rakip üretici olan Marmara Cam devre dışı kalmıştır”* ifadesi yer almaktadır. Anılan belgede yer alan “2003 Cam Ambalaj Birikimli Mamul Fiyat Zam Oranları” başlıklı tablodan ise, Tekel Grubu’na yapılacak zammın yıllık bütçede %26,5 olarak belirlendiği; buna karşılık Haziran ayında yapılan zamlar %27,7’ye ulaşıldığı anlaşılmaktadır. Bu zam aynı zamanda diğer ürün grupları içinde en yükseğe tekabül etmektedir.

Yukarıdaki belgelerden de anlaşılacağı üzere Anadolu Cam, Marmara Cam’ı, cam ambalaj pazarında sahip olduğu “ezici üstünlüğe” tehdit olarak görmektedir. Bu nedenle 9.6.2003 tarihli Tekel ihalesinde, tüm ürünler için “22.5.2003 tarihli ihale fiyatı + %15,28 + %1” şeklinde bir fiyat artışı yerine; Marmara Cam’ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak ama ulaşmak istediği toplam hasılayı da düşürmeyecek bir fiyat politikası uygulamıştır. Bu çerçevede yukarıda da belirtildiği üzere sırasıyla 314.514 ve 478.318 TL/adet şeklinde teklif vereceği 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için -ki bu rakamlar Marmara Cam’ın söz konusu ihaledeki 290.000 ve 442.000 TL’lik teklifinden yüksektir- 252.000 ve 384.000 TL/adet fiyatını vermiştir. Dikkat edileceği üzere bu fiyatlar Marmara Cam’ın 18 gün önceki ihalede verdiği fiyatlardan 1.000 TL daha düşüktür ve Anadolu Cam’ın söz konusu ihaledeki ilk fiyatından yaklaşık olarak %10, indirimli fiyatından ise %7’lik bir indirim daha yaptığını göstermektedir. Buna karşılık geri kalan 28 kalemde bir önceki ihale fiyatına göre %33,7; muhammen bedele göre ise %42,8 oranında artış yapılmıştır.

Burada dikkat çekici diğer bir nokta, bu artışın Tekel-Şişecam protokolünün yürürlükte olduğu günden bu yana hatta 22.5.2003 tarihli ihalede bile 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesi ile aynı biçimde fiyatlandırılan 35 ve 70 cl.lik Kulüp Votka şişelerini de kapsamasıdır. Yeni Rakı şişeleri ile fiziki özelliklerinin aynı olduğunu söyleyebileceğimiz bu ürünlere 18 gün sonra uygulanan farklı fiyat Anadolu Cam’ın eylemine ilişkin düşünceleri destekleyici niteliktedir.

Son olarak vurgulanması gereken, Marmara Cam’ın sadece 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için, kapasite yetersizliği nedeniyle toplam 37.140.000 ve 64.297.000 adet olan talebin 2 ve 23 milyonunu karşılayacak şekilde teklif vermiş olduğudur. Dolayısıyla Anadolu Cam 35 cl.lik Yeni Rakı şişelerindeki toplam talebin %95’i; 70 cl.lik Yeni Rakı şişelerindeki toplam talebin ise %64’ü için geri kalan 28 kalemde olduğu gibi tek sağlayıcı konumundadır²⁰. Buna rağmen yapılan uygulama Anadolu Cam’ın Marmara Cam’ın piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amaçlı bir fiyat politikası uyguladığının bir diğer göstergesidir.

¹⁹ TEFE %33,9 Ağustos 2002-Ekim 2003.

²⁰ Anadolu Cam’ın savunmasında konuya ilişkin olarak “iki kalem şişenin %20’si için Marmara Cam bu ihaleye katılmıştır” ifadesi yer almaktadır.

Sonuçta Tekel 2003 yılında protokol devam etseydi Anadolu Cam'ın hesaplamalarına göre 61.964.183.011.000 TL ödeyecekken ve muhammen bedel 64.324.634.135.000 TL olarak hesaplanmışken 67.298.504.729.000 TL ödemek zorunda kalmış; daha da önemlisi Şişecam'a alternatif olabilecek bir sağlayıcıdan mahrum kalma riskiyle karşılaşmıştır.

Bu noktada William Landes'in bir makalesinden yapılacak alıntının akla getirdiği sorulara cevap verilmelidir²¹:

“Ronald Coase antitröst hukukundan yorulduğunu, çünkü yargıçların fiyatlar yükseldiğinde tekelleşme; fiyatlar düştüğünde yıkıcı fiyat; fiyatlar aynı kaldığında ise gizli anlaşma sonucuna ulaştığını söylemiştir²²”

Bu cümle ile rekabet otoritelerine getirilen eleştiri göz önünde bulundurularak “ihlal kararının etkin bir firmanın cezalandırılması anlamına gelip gelmeyeceği” sorusuna yanıt verilmelidir.

Bu soruya ilişkin olarak öncelikle Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede bulunan “Cam Ambalaj Sektörünün Genel Görünümü ve Bazı Üreticilerle Finansal Kıyaslama” ve “Cam Ambalaj ve Metal Grubu” isimli çalışmalarda, “Cam Ambalaj – Zayıf Yönler” başlığı altında “Verimlilik ve maliyet sorunları” ifadelerinin yer aldığı belirtilmelidir. Bu ifadelerin ne anlama geldiği “Şişecam Topluluğu 2002-2004 Planı” ve “Şişecam Topluluğu 2003-2005 Planı”nda yer alan 2000 ve 2001 yıllarına ilişkin “Dünya Cam Ambalaj Üreticileri Performans Göstergeleri”nden anlaşılabilir. Buna göre, Anadolu Cam, kıyaslandığı 17 cam ambalaj üreticisi arasında “Satışlar/İşgücü (Bin \$)” göstergesinde sonucudur. Buna karşılık “Brüt Kar/Satışlar (%)” kategorisindeki birincilik dikkat çekicidir.

Bu veriler çerçevesinde etkinliği konusunda şüphe uyandıran Anadolu Cam'da bulunan “Tekel İdaresi İle Devam Eden İş İlişkilerimiz” başlıklı belgede ise Marmara Cam ile ilgili şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

“...Diğer taraftan 22 kalıptan oluşan toplam ihale miktarının %10'unu vermekte olan Marmara Cam firması ise Tekel idaresinin senelik en fazla alımda bulunduğu tek kalıpla tüm sene üretim yapmakta ve bu durum imalat, stok, teslimat ve dolayısı ile maliyet açısından önemli avantaj sağlamaktadır...”

Marmara Cam'ın gerek Tekel-Şişecam protokolü ile belirlenen fiyattan %5-5,6 daha düşüğe mal vermesi gerekse 22.5.2003 ve hatta 9.6.2003 tarihli ihalelerdeki teklifleri, yukarıdaki değerlendirmeyi destekleyici niteliktedir²³.

²¹ William Landes, “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Econ at Chicago”, JLE (1981), s.193.

²² Ronald Coase said he had gotten tired of antitrust because when the prices went up the judges said it was monopoly, when the prices went down they said it was predatory pricing, and when they stayed the same they said it was tacit collusion.

²³ Gerek etkinliğe gerekse de hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin tartışmalar bakımından önem taşıdığından Anadolu Cam'dan 15.9.2003 tarih ve 2564 sayılı yazı ile “ürettiği her bir ürünün 1.1.2002-30.6.2003 dönemi arasındaki aylar itibarıyla değişken (hammadde, enerji, ambalaj vb.) ve sabit (personel, amortisman vb.) maliyeti ile toplam maliyeti” talep edilmiştir. Anadolu Cam bu talebe 22.9.2003 tarih ve 4548 sayılı bir yazı ile “her ürün için aynı dönem içindeki aylar itibarıyla maliyetlerin hammadde, enerji, ambalaj, personel, amortisman vb. ayrıntılandırılması, gerek ürün sayısının fazlalığı, gerek üretim hatlarının sayısı (30 hat) ve özelliklerindeki farklılıklardan kaynaklanan nedenlerle bu aşamada mümkün değildir” şeklinde cevap vermiştir.

Özetle; Anadolu Cam'ın 9.6.2003 tarihli ihaledeki fiyat politikası, Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak karakteriyle hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek niteliktedir.

H.3. Savunmalar ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

1. Anadolu Cam'ın savunmasında, "Anadolu Cam'ın etkinliğinin haksız bir şekilde sorgulandığı, bu konuda derin bir inceleme ve değerlendirme yapılmadan sonuca ulaşıldığı" iddiasına yer verilmiştir.

Karardaki etkinliğe ilişkin değerlendirmeler bizzat Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede bulunan belgelere dayanmaktadır. Kaldı ki bu değerlendirmelerin doğruluğu Anadolu Cam'ın savunmasındaki şu ifadelerle de ortadadır:

"...Marmara Cam işçileri sendikalı değildir. Şirket işçilerinin sendikalı olması, bu sektörün Türkiye'de en yüksek işçi ücretlerine sahip sektörlerden biri olması ve işçi ücretlerinin toplam maliyet içindeki payının %20 civarında olması dikkate alındığında Marmara Cam maliyetlerinin Şirket maliyetlerinin çok daha altında olduğunu tahmin etmek mümkündür...Verimlilik rasyosunun düşüklüğüne karşın brüt kar/satış'larda Teşebbüsümüzün 1.sırada olduğu ve aşırı kar ettiği ima edilerek etkin olmadığı ifade edilmektedir. Bu değerlendirmenin bilimsellikten ve objektiflikten çok uzak bir değerlendirme olduğu kanaatindeyiz. Zira işletme biliminde ve uygulamada brüt kar/satışlar rasyosunun tek başına bir anlam ifade etmediği bilinmektedir. Zira bu rasyo bir kuruluşun yaptığı yatırımların ve mali yapısının etkilerini ihmal etmektedir. Bu nedenle karlılık konusunda işletme biliminde ve uygulamada tercih edilen rasyo EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization), (Vergi, Faiz, Amortisman ve Karşılıklar öncesi kar)/satışlardır. Soruşturma raporunun 16/2 sayılı ekinde bu rasyoya bakıldığında ise, Teşebbüsümüzün 1.sırada değil 4 veya 5. sırada olduğu görülmektedir..."

2. Anadolu Cam'ın savunmasında, "teşebbüsümüzün soruşturma konusu Tekel ihalesindeki fiyatlandırması değerlendirilirken aşağıdaki gelecek bölümlerde detaylıca ispatlayabileceğimiz gibi bu fiyatlandırmada hiçbir rekabeti bozucu özellik olmamasına rağmen soruşturma heyetinin fiyatın ne kadar olması gerektiği konusunda görüş sahibi olması ülkemizdeki serbest rekabet ekonomisi açısından ciddi şekilde düşündürücüdür" ifadesine yer verilmiştir.

Anadolu Cam'ın savunmasında atıf yapılan artış oranı (22.5.2003 tarihli ihale fiyatı + %15,28 + %1), bizzat Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede bulunan belgelere dayanmaktadır. Bu belgeler fiyatın ne kadar olması gerektiğine dair bir görüşü göstermek amacıyla kullanılmamıştır.

3. Anadolu Cam'ın savunmasında, "teşebbüsümüzün Marmara Cam'ı ambalaj pazarı dışına çıkarıcı fiyat politikası uyguladığı iddiası fiili durumda kendisini göstermemektedir" ifadesine yer verilmiştir.

Kararda ulaşılan sonucun, "Anadolu Cam'ın 9.6.2003 tarihli Tekel ihalesindeki fiyat politikasının, Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak karakteriyle hakim durumun kötüye kullanılması olduğu" göz önünde bulundurulduğunda, Anadolu Cam'ın iddiasının karar konusu ile ilgisi bulunmamaktadır.

4. Anadolu Cam'ın savunmasında, "teşebbüsümüzün güçlü olan ve ikame ürünleri giderek daha fazla kullanan müşterilerinden ve Dünya devi rakiplerinden bağımsız hareket etmesi mümkün olmadığından soruşturma raporunda yapılan hakim durum tespiti tartışmalı bir tespittir" ifadesine yer verilmiştir.

Anadolu Cam'ın savunmasındaki hakim durum tespitinin tartışmalı olduğu yönündeki iddiaya dayanak teşkil eden, "ikame ürünleri giderek daha fazla kullanan güçlü müşterilerden ve Dünya devi rakiplerden bağımsız hareket edememek" ifadesindeki üç hususa da, kararda, "ilgili pazara ve hakim durumun varlığına ilişkin değerlendirmeler" başlığı altında yer alan ve bizzat Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede bulunan belgelerle cevap verilmiştir. Kaldı ki Anadolu Cam'ın savunmasında şu ifadeler de yer almaktadır:

"...Anadolucam zaten piyasada hakim durumda olan bir firmadır. Bu husus bilinmektedir. Bu durum yüksek yatırım maliyeti, yüksek taşıma maliyeti, üretim esnekliğinin düşük olması gibi sektör şartlarından fakat en az o kadar da firmanın yüksek performansından kaynaklanmaktadır. (Ek7) Nolu belgede ifade edildiği gibi Anadolucam cam ambalaj pazarında yurtiçi pazarın %(Ξ)'sine hakimdir...Anadolu Camın hakim durumu sadece yüksek kapasitesinden ve ilgili ürün piyasasındaki payından değil aynı zamanda ürün programının genişliğinden yani çok farklı ürün çeşitleri üretebilmesinden kaynaklanmaktadır."

5. Anadolu Cam'ın savunmasında "Anadolu Cam'ın Tekel ihalesindeki fiyat politikasının ihalenin kazanılması amacını taşıyan ekonomik bir eylem olarak nitelendirilmesi gerektiği dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'u ihlal edici nitelikte olmadığı" iddia edilmiştir.

Anadolu Cam bu başlık çerçevesinde, "22.5.2003 tarihli ihalenin referans olarak kabul edilemeyeceğini, zira bu ihale sonrasında pazarlık imkanı olması nedeniyle tam rekabetçi bir ihale olarak kabul edilemeyeceğini" ifade etmiştir.

Oysa yine Anadolu Cam savunmasında 22.5.2003 tarihli ihaleye ilişkin olarak şu ifadeler yer almaktadır:

"Tekel'in ürün alım sistemi 22 Mayıs 2003 itibariyle değişmiştir. Davet ve pazarlık usulü ile yapılan satın almadan ihale sistemine geçilmiştir. İhale sistemi pazarlık usulü ile yapılan sisteme göre daha rekabetçidir. İhale sisteminde tek rekabet faktörü fiyattır. Nitekim Marmara Cam 22 Mayıs ara ihaleden önceki sistemde sürekli Teşebbüs'ün % 5 altında fiyat verirken bu ara ihalede rekabetçi güdülerle % 10 altında kalmıştır."

Anadolu Cam bu başlık çerçevesinde ikinci olarak, "35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri ile geri kalan ürünlerin fiyatlarına dayanan bir mukayese yapılamayacağını" ifade etmiştir.

Tekel-Şişecam protokolünün yürürlükte olduğu günden bu yana hatta 22.5.2003 tarihli ihalede bile 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesi ile aynı biçimde fiyatlandırılan ve Yeni Rakı şişeleri ile fiziki özelliklerinin aynı olduğunu söyleyebileceğimiz 35 ve 70 cl.lik Kulüp Votka şişelerinin en önemli hatta tek karşılaştırma aracı olduğu düşünülmektedir. Bu çerçevede özel rakı üreticilerine verildiği iddia edilen fiyatların referans kabul edilmesi de mümkün değildir.

Anadolu Cam bu başlık çerçevesinde üçüncü olarak, “Tekel ihalesinde Marmara Cam’ın kaybettiği iş hacminin yaklaşık 10.450 ton olduğunu, bu iş hacminin yaklaşık 495.000 ton olan cam ambalaj pazarının sadece %2’sine karşılık geldiğini, dolayısıyla Marmara Cam için Tekel’e alternatif olarak toplam cam ambalaj pazarının %90’ında potansiyel iş imkanı bulunduğunu” ifade etmiştir.

Oysa bizzat Anadolu Cam’ın savunmasında Tekel’in önemi şu şekilde ifade edilmiştir:

“...Tekel Şirket’in birinci en büyük müşterisidir ve Şirket’in yurt içi satışları içinde yaklaşık %13’lük bir paya sahiptir...Rekabet Kurumu’nun yazısında verdiği tablodan da görüleceği üzere Marmara Cam pazara girişte zorlanmamış ve Tekel’e olan satışlarını 4 yılda 2 misli artırarak 20 milyon adet/yıl’a yükseltmiştir. Marmara Cam’ın bu performansı Şirket’in Tekel’e satışlarının 1998’de 195,3 milyon adetten 2002’de 160 milyon adete gerilemesine rağmen gerçekleşmiştir. Tüm bunlara rağmen Marmara Cam hiçbir pazara giriş engeli ile karşılaşmamış, tam tersine bu performanstan aldığı güç ile ürün çeşitlemesine gitmiş ve şişe olarak yoğurt ve su şişeleri, ketçap şişeleri, bira şişeleri, sirke – sıvı yağ şişeleri, şarap şişeleri, maden suyu şişeleri gibi alanlarda faaliyetlerini genişletmiştir. Ayrıca Marmara Cam’ın kristal eşya, kavanoz ve çay bardağı konusunda da giderek gelişen ciddi faaliyetleri vardır.”

Anadolu Cam bu başlık çerçevesinde son olarak “tüm ihalelerde olduğu gibi rakibin altında bir fiyat vermenin ve böylece ihaleyi kazanmak istemenin doğal ve rekabetçi bir yaklaşım olduğunu, Rekabet Kanununun firmaları değil, rekabeti koruduğunu, dolayısıyla Marmara Cam’ı koruyan, daha yüksek bir fiyatlama yerine 2 üründe uygulanan rekabetçi fiyatlamanın Rekabet Kanunu’na daha uygun olduğunu, Anadolu Cam’ın bu yaklaşımının ihlal olarak değerlendirilmesinin, her ihale kaybedenin Rekabet Kurumu’na başvurmasını teşvik edici olacağı”nı ifade etmiştir.

Bu kararın konusu, Anadolu Cam’ın, cam ambalaj pazarında sahip olduğu “ezici üstünlüğe” tehdit olarak gördüğü Marmara Cam’ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak ama ulaşmak istediği toplam hasılayı da düşürmeyecek bir fiyat politikası uygulamasıdır. Başka bir deyişle bu eylem neticesinde iki amaca ulaşılmak istenmektedir:

- 1) Marmara Cam’ın piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılması.
- 2) Marmara Cam’ın piyasadaki faaliyetleri zorlaştırılırken ulaşılmak istenen toplam hasılanın düşmemesi.

Her iki amaç çerçevesinde de zararı tüketiciler görecektir:

Birinci amaç çerçevesinde 4054 sayılı Yasa’nın 3 üncü maddesinde “mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış” şeklinde tanımlanan rekabetçi süreç bozulacak; bu durum uzun dönemde ve nihai tahlilde tüketicileri etkileyecektir.

İkinci amaç ise Anadolu Cam’ın savunmasındaki “Teşebbüs’ün söz konusu ihalede alternatif olarak uygulayabileceği başka türlü fiyatlandırma aslında anti-rekabetçi olurdu:...Tekel’i koruma amaçlı olarak geri kalan ürünlerde daha düşük fiyatlandırma” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, Tekel’in de fayda sağlamasını

engellemektedir. Başka bir deyişle Anadolu Cam diğer ürünlerde de indirim yapmış olsaydı²⁴, bundan Tekel, dolayısıyla da kısa dönemde ve nihai tahlilde tüketiciler de fayda sağlardı.

Sonuç olarak ilgili olayda iki amaca da ulaşılmış, gerek rekabetçi sürecin bozulması gerekse de ilgili alıcının alım maliyetinin artması nedenlerinden tüketici zararı ortaya çıkmış; dolayısıyla genel olarak toplumun refahı azalmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar kararda korunanın rakip değil rekabet olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim kararda, “ihlal kararının etkin bir firmanın cezalandırılması anlamına gelip gelmeyeceği” sorusuna yanıt aranması ve bu yanıtın Anadolu Cam’da yapılan yerinde incelemede bulunan belgeler ile Anadolu Cam’ın savunması çerçevesinde verilmesi de, rakiplerin değil de rekabetin korunması yönündeki hassasiyeti göstermektedir.

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde, kararla doğacak sonuç ihale kaybeden rakiplerin korunması olmayacağından, her ihale kaybedenin Kuruma başvuramayacağı açıktır.

6. Anadolu Cam’ın savunmasında “soruşturma konusu ihaledeki fiyatlandırma şeklinin Rekabet Mevzuatı çerçevesinde net olarak belirlenen, hakim durumu kötüye kullanma olarak kabul edilen hiçbir fiyatlandırma şekli kapsamında olmadığı” iddiasına yer verilmiştir.

Mehaz teşkil ettiği Anadolu Cam temsilcileri tarafından da kabul edilen Avrupa Birliği rekabet hukukunda Avrupa Komisyon [Komisyon]’un karar konusu olaya benzer üç kararı bulunmaktadır. Komisyon, daha sonra Bidayet Mahkemesi ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı [ATAD] tarafından da onaylandığı üzere, Hilti²⁵, Cewal²⁶ ve Irish Sugar²⁷ kararlarında hakim durumdaki teşebbüslerin yaptığı seçici fiyatlandırma (selective price cutting, but not below cost ya da selective low pricing) uygulamalarının Roma Antlaşması m.82’nin ihlali olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu davaların tamamında, karar konusu olayda olduğu üzere, hakim durumdaki teşebbüsler rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırma amacı çerçevesinde maliyetlerden bağımsız olarak seçici düşük fiyatlandırma yapmıştır. Bu durum yukarıda da belirtildiği üzere Komisyon tarafından hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 82 nci madde kapsamında değerlendirilmiş; bu değerlendirme Bidayet Mahkemesi ve ATAD tarafından da kabul görmüştür.

Mehaz teşkil ettiği Anadolu Cam temsilcileri tarafından da kabul edilen Avrupa Birliği’ndeki bu kararlar doktrinde de kabul görmektedir. Buna örnek olarak Alison

²⁴ Bu ifadeye, Anadolu Cam’ın talebi de göz önünde bulundurularak, 4054 sayılı Kanun’un 9 uncu maddesinin 1 inci fıkrası çerçevesinde yer verilmiştir.

²⁵ Eurofix-Bauco v. Hilti (1988) OJ L65/19 [Komisyon]
Case T-30/89, Hilti v. Commission (Hilti) [1991] ECR II-1439 [Bidayet Mahkemesi]
Case C-53/92 P, Hilti v. Commission (Hilti) [1994] ECR I-666 [ATAD].

²⁶ Cewal (1993) OJ L34/20 [Komisyon]
Cases T-24-26&28/93, Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v. Commission (Cewal) [1996] ECR II-1201 [Bidayet Mahkemesi]
Case C-395&6/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports SA and Compagnie Maritime Belge SA v. Commission (Cewal) [2000] ECR I-1365 [ATAD].

²⁷ Irish Sugar (1997) OJ L258/1 [Komisyon]
Case T-228/97, Irish Sugar plc v. Commission (Irish Sugar) [1999] ECR II-2969 [Bidayet Mahkemesi]
Case C-497/99 P., Irish Sugar plc v. Commission (Irish Sugar) [2001] ECR I-5333 [ATAD].

Jones ve Brenda Sufrin²⁸ ile Richard Whish'in²⁹ eserleri gösterilebilir. Örneğin Whish'e göre seçici fiyatlandırmanın unsurları şu şekildedir:

- 1) Hakim durumdaki teşebbüs, rakiplerinin faaliyetlerini maliyetlerden bağımsız stratejik davranışlarla zorlaştırabilme imkanına sahip olmalı,
- 2) İlgili teşebbüs açıkça hakim durumda bulunmalı,
- 3) Hakim durumdaki teşebbüsün yalnızca bir rakibi bulunmalı,
- 4) Teşebbüsün rakibinin piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amacını gösteren deliller bulunmalı.

Olayımızda yukarıdaki 4 unsurun da bulunduğu açıktır:

1) Anadolu Cam, ihalenin yapısı sayesinde önemli bir maliyete katlanmadan ve maliyet altında satış yapması gerekmeksizin Marmara Cam'ın faaliyetini zorlaştırıcı fiyat politikası uygulama imkanına sahiptir.

2) Pazar payı %(Ξ) olan Anadolu Cam'ın hakim durumda olduğu teşebbüs temsilcileri tarafından bile kabul edilmektedir.

3) Anadolu Cam'ın ihaledeki tek rakibi Marmara Cam'dır.

4) Anadolu Cam'da yapılan yerinde incelemede amacı gösteren deliller bulunmuştur. Kaldı ki bu niyet Anadolu Cam'ın savunmasında da kabul edilmektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, kararda ulaşılan sonucun, Anadolu Cam'ın savunmasında atıf yapılan Kurul kararları, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri uygulamaları ile rekabet literatüründe belirtilen görüşlere aykırılık teşkil etmediği açıktır.

İ. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

4054 sayılı Kanun'un "Hakim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 6 ncı maddesinde *"bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak"* olduğu düzenlenmiştir. 6 ncı maddenin a bendinde ise kötüye kullanma hallerinden biri *"ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler"* şeklinde belirlenmiştir.

Yukarıdaki delil ve tespitler, Anadolu Cam'ın 9.6.2003 tarihli Tekel ihalesindeki fiyat politikası ile Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amacıyla eylemlerde bulunarak hakim durumunu kötüye kullandığını göstermektedir. 4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştiren

²⁸ JONES, A. ve B. SUFRIN (2001), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, New York, s.343-349.

²⁹ WHISH, R. (2003), *European Competition Law*, Fifth Edition, Butterworths, s.710-714.

Anadolu Cam'a aynı Yasa'nın 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca para cezası uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 4 üncü fıkrasında getirilen düzenleme şu şekildedir:

"Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır."

Bu çerçevede yukarıda yapılan şu değerlendirmeye yer verilmelidir:

"Anadolu Cam, Marmara Cam'ı, cam ambalaj pazarında sahip olduğu "ezici üstünlüğe" tehdit olarak görmektedir. Bu nedenle 9.6.2003 tarihli Tekel ihalesinde, tüm ürünler için "22.5.2003 tarihli ihale fiyatı + %15,28 + %1" şeklinde bir fiyat artışı yerine; Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak ama ulaşmak istediği toplam hasılayı da düşürmeyecek bir fiyat politikası uygulamıştır. Bu çerçevede yukarıda da belirtildiği üzere sırasıyla 314.514 ve 478.318 TL/adet şeklinde teklif vereceği 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için -ki bu rakamlar Marmara Cam'ın söz konusu ihaledeki 290.000 ve 442.000 TL'lik teklifinden yüksektir- 252.000 ve 384.000 TL/adet fiyatını vermiştir. Dikkat edileceği üzere bu fiyatlar Marmara Cam'ın 18 gün önceki ihalede verdiği fiyatlardan 1.000 TL daha düşüktür ve Anadolu Cam'ın söz konusu ihaledeki ilk fiyatından yaklaşık olarak %10, indirimli fiyatından ise %7'lik bir indirim daha yaptığını göstermektedir. Buna karşılık geri kalan 28 kalemde bir önceki ihale fiyatına göre %33,7; muhammen bedele göre ise %42,8 oranında artış yapılmıştır. Burada dikkat çekici diğer bir nokta, bu artışın Tekel-Şişecam protokolünün yürürlükte olduğu günden bu yana hatta 22.5.2003 tarihli ihalede bile 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesi ile aynı biçimde fiyatlandırılan 35 ve 70 cl.lik Kulüp Votka şişelerini de kapsamasıdır. Yeni Rakı şişeleri ile fiziki özelliklerinin aynı olduğunu söyleyebileceğimiz bu ürünlere 18 gün sonra uygulanan farklı fiyat Anadolu Cam'ın eylemine ilişkin düşünceleri destekleyici niteliktedir. Son olarak vurgulanması gereken, Marmara Cam'ın sadece 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için, kapasite yetersizliği nedeniyle toplam 37.140.000 ve 64.297.000 adet olan talebin 2 ve 23 milyonunu karşılayacak şekilde teklif vermiş olduğudur. Dolayısıyla Anadolu Cam 35 cl.lik Yeni Rakı şişelerindeki toplam talebin %95'i; 70 cl.lik Yeni Rakı şişelerindeki toplam talebin ise %64'ü için geri kalan 28 kalemde olduğu gibi tek sağlayıcı konumundadır³⁰. Buna rağmen yapılan uygulama Anadolu Cam'ın Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amaçlı bir fiyat politikası uyguladığının bir diğer göstergesidir. Sonuçta Tekel 2003 yılında protokol devam etseydi Anadolu Cam'ın hesaplamalarına göre 61.964.183.011.000 TL ödeyecekken ve muhammen bedel 64.324.634.135.000 TL olarak hesaplanmışken 67.298.504.729.000 TL ödemek zorunda kalmış; daha da önemlisi Şişecam'a alternatif olabilecek bir sağlayıcıdan mahrum kalma riskiyle karşılaşmıştır."

Bu ifade, Anadolu Cam'ın kastının varlığını, kusurunun ağırlığını, pazar içindeki gücünü ve zararın ağırlığını özet biçimde ortaya koymaktadır. Bu açıklamalar çerçevesinde; Anadolu Cam'a 2002 yılı net satışlarının %1 oranında para cezası verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

³⁰ Anadolu Cam'ın savunmasında konuya ilişkin olarak "iki kalem şişenin %20'si için Marmara Cam bu ihaleye katılmıştır" ifadesi yer almaktadır.

J. SONUÇ:

Anadolu Cam Sanayii A.Ş. hakkında 2.10.2003 tarih, 03-64/769-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen rapora, toplanan delillere, sözlü savunma toplantısındaki açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına ilişkin olarak 30.11.2004 tarihinde yapılan ilk oylamalar ve 4054 sayılı Kanun'un 51 inci maddesi uyarınca 1.12.2004 tarihinde yapılan ikinci oylama sonucunda;

1. Anadolu Cam Sanayii A.Ş.'nin 9.6.2003 tarihli Tekel Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Anonim Şirketi ihalesindeki fiyat politikasının, Marmara Cam San. ve Tic. Ltd. Şirketi'nin piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amacıyla eylemlerde bulunarak hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesine OYÇOKLUĞU ile;

2. a) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştiren Anadolu Cam Sanayii A.Ş.'nin, aynı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca cezalandırılmasına;

b) 2002 yılı net satışlarının %1'i oranında olmak üzere takdiren; Anadolu Cam Sanayii A.Ş.'ne 2.482.665.760.000.- (İkitrilyondört yüzseksenikimilyar altıyüzatmışbeşmilyonyedi yüzatmışbin) TL para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile;

karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 01.12.2004 tarih ve 04-76/1086-271 sayılı Kararı'na,

KARŞI OY

1. 09.06.2003 tarihli "şişe alım ihalesi"nde, ihlal iddiasına konu 35 ve 70 cc'lik şişeler, ilgili pazarda bulunan çok sayıdaki "cam ambalaj" ürününden sadece ikisidir. Söz konusu ihalede yer alan ürün yelpazesi içinde, sadece iki ürünle ilgili bir düşük fiyat teklifi uygulaması, ihlal iddiası için yeterli olmayacaktır.

2. Bu dosyada olduğu gibi, yapılan bir ihalede, teşebbüslerden birinin verdiği teklifin, diğer teklifler daha uygun bulunduğu için kabul edilmemesi, eğer "rekabet ihlali" şeklinde nitelendirilirse, bu durum, ilgili dosyada olduğu gibi, Marmara Cam'ın, Tekel'in ihtiyacı olan iki çeşit ürünü, üstelik kısmen karşılamak için kurulduğu, bu ürünleri Tekel'e satamaz ise, piyasadan çıkacağı gibi bir iddiayı kabul etmek anlamına gelecektir.

3. Anadolu Cam'ın, ihaleyi kazanmak için iki ürünle ilgili verdiği düşük fiyat teklifleri, önce "seçici" sonra da "yıkıcı fiyatlandırma" kavramı ile ilişkilendirilip ihlal gerekçesine dönüştürülürse, "aynı malın benzer pazarlarda farklı fiyatlarla satılması" ve "rakip teşebbüs veya teşebbüsleri, ortalama maliyetlerin de altında fiyat belirleyerek, piyasadan uzaklaştırma amaçlı, nispeten uzun süreli uygulanacak veya uzun süreli sonuçlar doğuracak fiyat tespiti" şeklinde anlaşılabilir seçici ve yıkıcı fiyatlandırma kavramları, maksadı aşan bir anlama bürünecektir. Özellikle, maliyetlerin ne olduğu ile ilgili güvenilir bilgilere dayanılmadıkça, düşük fiyat teklifinin ihlal anlamına gelip gelmediği belli olmayacak, her iki kavrama atıf yapılarak gerekçelendirilebilecek bir hüküm, sağlamlık ve tutarlılıktan mahrum olacaktır.

4. İhlal teşkil eden davranış, nispeten de olsa "süreklilik" arz etmelidir. Bu örnekte olduğu gibi, tek bir ihalede, ihaleyi teşkil eden ürün kalemlerinden sadece ikisi ile ilgili, kazanma saiki ile verilen bir teklif, ihlal anlamına gelebilecek bir sürekliliği ya da yıkıcı fiyat politika ve uygulamasını yansıtmaktan uzaktır.

5. Rutin olmayan, istisnai uygulamalarda ya da aynı pazar özelliği taşımayan durumlarda, hakim durumda bulunan bir firmanın, rekabet ederken ya da kârını artırmaya çalışırken, rekabeti nasıl ihlal edebileceği ve rekabeti ihlal etmemek için nasıl davranması gerektiği hususu açıklanmaya muhtaç bir konudur ! Dolayısıyla, ihlal iddiası, açık ve anlaşılır bir şekilde ya da geçerli sebeplere dayandırılarak ispat edilmelidir.

6. Piyasaya girişin olduğu kadar, ayakta durabilmenin de ekonomik, teknik ve performansa ilişkin gerekleri vardır. Başta kapasite kullanımı ve ölçek ekonomileri olmak üzere, yönetim kalitesi, finansal güç, pazarlama imkanları, üretim teknolojisi ve beşeri sermaye gibi, rekabet açısından avantajlara sahip olan ve olmayan firmalar arasındaki rekabet, önemli sonuçlar doğuracaktır. Rekabetin çeşitli alan veya unsurları açısından üstün hatta hakim durumda bulunan bir firmanın bulunduğu bir piyasada iş yapmanın riski çok olacaktır.

7. Bir firmanın, nasıl bir piyasada, hangi şartlarda rekabet edileceği ve bu şartlar çerçevesinde ne yapılması gerektiği, yatırım kararı alınırken, hatta kısmen fizibilite etüdüleri aşamasında cevaplandırılmış olmalıdır. Dolayısıyla, Marmara Cam'ın rekabet edebilmek için hangi imkanlara sahip olduğunun ve rekabet stratejisinin müteşebbis ve yöneticileri tarafından bilindiğini varsaymak gerekir.

Bu gerekçelerle, ilgili karara katılamıyorum.

Prof.Dr.NurettinKALDIRIMCI
Kurul Üyesi

Rekabet Kurulu'nun 1.12.2004 günlü 04-76/1086-271 sayılı Kararı'na

KARŞI OY

1- Tekel'in 9.6.2003 tarihli şişe alım ihalesinde Anadolu Cam San. A.Ş.'nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası üzerine soruşturma açılmıştır.

Rekabete aykırı bir eylem olarak kabul edilen yıkıcı fiyat uygulaması, iktisadi üstünlüğüne dayanan bir teşebbüsün fiyat kırarak rakiplerini etkisizleştirdikten sonra fiyatları tekrar yükseltmek amacıyla maliyet altında satış yapması girişimidir.

Yıkıcı fiyatın tespiti maliyet analiziyle mümkündür.

Tekel Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Anonim Şirketi (TEKEL)'in ürün alım sistemi 22.5.2003'de değişmiş; davet ve pazarlık usulünden ihale sistemine geçilmiştir.

Soruşturma raporunda irdelenen; 1.1.2003'de yürürlüğe giren Kamu İhale Kanunu uyarınca yeni şartname hazırlanmasının gecikmesi nedeniyle, acil şişe ihtiyacına ilişkin, Tekel'in 22.5.2003 tarihli kısa süreye ilişkin 30 kalem ve 29.676.000 adet içki şişesi ara ihalesiyle; 9.6.2003 tarihli 10 aylık ve 148.324.000 adetlik ihalelerdeki fiyatlardır.

Anadolu Cam 9.6.2003 ihalesinde Marmara Cam'ın teklif verdiği 25.000 adet (iki kalem 70 cc ve 35 cc'lik) şişe için; mayıs fiyatlarından %7 eksiltme yapmış olmasına karşın, aynı ürünlerde 2002 fiyatlarına %19 zam uygulanmıştır.

Bu durumda Anadolu Cam'ın maliyetin altında bir satış fiyatı uyguladığından, söz edilmesi güçtür.

Söz konusu ihale 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılmıştır. 4734 sayılı Yasanın İhaleye Katılma Kurallarının belirlendiği 9. maddesinde; mal veya hizmet alımlarının ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyetin belirleneceği ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterileceği ve bu yaklaşık maliyetin ihale sonuçlanıncaya kadar gizliliğinin korunacağı, 38. maddede de; ihale komisyonunun verilen tekliflerden idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit edeceği, bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği sürede teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenlerle ilgili ayrıntıları yazılı olarak isteyeceği hükme bağlanmıştır.

Tekel idaresinin aşırı düşük teklif tespiti ya da buna ilişkin olarak Kamu İhale Kurumuna bir itirazı söz konusu olmamış, ihale kesinleşmiştir.

9.6.2003 tarihli ihaledeki seçici fiyatlandırma ile rakip faaliyetinin zorlaştırıldığından söz edilebilmesi için 10 aylık bir sürece ilişkin tek bir ihalenin değerlendirmeye alınması da rasyonel değildir.

Kaldı ki, her teşebbüs ihaleye kazanmak amacıyla farklı stratejiler uygulayarak girer bu süreçteki amaç maksimum kar olmayabilir. Buna karşın ihalenin teşebbüs üzerinde kalmaması da onun mutlak, piyasa dışında kalması sonucunu doğurmaz.

Bu nedenlerle 9.6.2003 ihalesinde Anadolu Cam'ın 30 kalem üründen Marmara Cam'ın teklif verdiği 2 ürün için uyguladığı stratejinin (fiyat politikasının) yıkıcı fiyat uygulaması ya da rakibin piyasa dışında bırakılması olarak kabul edilemeyeceği, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği görüşüyle karara katılmıyoruz.

2- Olayda rekabet ihlali bulunmadığı görüşünde olduğumuzdan ceza uygulanmasına ilişkin hükme ve uygulanacak cezanın oranına da karşıyız.

Süreyya ÇAKIN
Kurul Üyesi

M. Sıraç ASLAN
Kurul Üyesi