

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

**(Yargı Kararı Üzerine)
REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2016-3-38 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 16-35/595-263
Karar Tarihi : 27.10.2016

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Fevzi ÖZKAN,
Adem BİRCAN, Şükran KODALAK

B. RAPORTÖRLER: Didem ULUÇ, Mustafa Özgür GÜLTEKİN,
Çiğdem Gizem OKKAOĞLU

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Penguen Veterinerlik Ürünleri İth. İhr. Dış Tic. Ltd. Şti.
Temsilcileri: Av. Hülya KESİM, Av. Gülsüm GÜNER
Zeytinoğlu Cad. Hülya Sitesi Güneş Palas Apt. A Blok No: 28/3
Akatlar-Beşiktaş/İstanbul

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : - Patimax Evcil Hayvan Beslenme ve İhtiyaç Ür. San. Tic. A.Ş.
Kısıklı Mah. Alemdağ Cad. Masaldan İş Merkezi D Blok No: 46/4
Üsküdar - İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Patimax Evcil Hayvan Beslenme ve İhtiyaç Ürünleri San. Tic. A.Ş. hakkında verilen 05.02.2015 tarih ve 15-06/82-M sayılı Kurul kararının Ankara 16. İdare Mahkemesi'nin 04.03.2016 tarih 2015/896 E. 2016/596 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine dosyanın yeniden değerlendirilmesi.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** 31.12.2014 tarihli ilk başvurunun konusu özetle; Penguen Veterinerlik Ürünleri İthalat İhracat Dış Ticaret Ltd. Şti. (PENGUEN) ile Patimax Evcil Hayvan Beslenme ve İhtiyaç Ürünleri Sanayi Ticaret A.Ş. (PATIMAX) arasında imzalanan bayilik sözleşmesine göre, PATIMAX tarafından üretilen, ürettirilen ve ithal edilen sözleşme konusu ürünlerin yeniden satışı için PENGUEN'in Marmara Bölgesi'nde münhasıran yetkili tayin edildiği, ancak PATIMAX'ın, PENGUEN ile arasındaki sözleşmede yer verilen bazı hükümlere uymadığı ve bu nedenle şikayetçi firmanın ekonomik zarara uğratılarak piyasadan dışlandığı şeklindedir.
- (3) PENGUEN'in 04.07.2016 tarihli ikinci başvurusunda ise;
- PENGUEN'in, taraflar arasında imzalanan bayilik sözleşmesi uyarınca, PATIMAX'ın Marmara Bölgesi'nde münhasır bayisi olarak yetkilendirildiği,
 - PATIMAX ürünlerinin Marmara Bölgesi'ndeki satış ve dağıtımına ilişkin sürecin "münhasır dağıtım sistemi" esaslarına göre belirlenmesi nedeniyle PATIMAX'ın bayinin satış bölgesine doğrudan satış yapmama yükümlülüğünün doğduğu,
 - Sözleşmenin doğurduğu rekabet etmeme yükümlülüğü gereği PENGUEN'in; PATIMAX haricinde başka bir firmaya ait rakip malların teşhiri, pazarlanması ve satışına yönelik başka bir faaliyet ile iştirak etmeyeceğini beyan ettiği ve bu nedenle PATIMAX'tan yapacağı alımlara bağımlı hale geldiği,

- PATIMAX'ın sözleşmede vaat ettiği aylık iskonto uygulamasını gerçekleştirmediği, müteakiben PENGUEN'in bölgesindeki müşterilere kendi bayisine sunduğu fiyatlardan %20-25 oranında daha düşük fiyatlarla doğrudan satış yaparak PENGUEN'in piyasadan dışlanmasına sebep olduğu ve bu uygulamanın yıkıcı fiyatlandırma niteliği taşıdığı,
- PATIMAX'ın münhasıran yetkilendirdiği PENGUEN'in müşteri portföyündeki alıcılara satış yaptığı bilgisinin PENGUEN tarafından edinilmesi üzerine PATIMAX'ın uyarıldığı, ancak bu durumun artarak devam ettiği ve PENGUEN'e maddi olarak önemli zararlar verdiği,
- PATIMAX'ın söz konusu işlem ve eylemlerinin ilgili ürün piyasasında rekabetin bozulmasına sebep olduğu

iddialarına yer verilmiştir.

- (4) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 31.12.2014 tarihinde giren başvuru 05.02.2015 tarihli Rekabet Kurulu toplantısında görüşülerek, 2012/2 sayılı Rekabet İhlallerine İlişkin Başvuru Usulüne Dair Tebliğ'in 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına 15-06/82-M sayı ile karar verilmiştir.
- (5) Bahse konu Kurul kararı, *“davacı şirketin iddialarının 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesinin ihlaline ilişkin olması nedeniyle, davalı idarece davacının iddialarıyla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken, belirtilen usule uyulmaksızın Kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporunun değerlendirilerek herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı yönünde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı”* gerekçesi ile Ankara 16. İdare Mahkemesinin 04.03.2016 tarih ve 2015/896 E., 2016/596 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.
- (6) Ankara 16. İdare Mahkemesinin anılan kararında yer verilen hususlar dikkate alınmak suretiyle, 23.06.2016 tarihli Kurul toplantısında 16.06.2016 tarih ve 2016-3-38/BN sayılı Bilgi Notu görüşülerek, PATIMAX'a ilişkin başvuru konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası uyarınca önaraştırma yapılmasına 16-21/372-M sayı ile karar verilmiştir. Bununla birlikte, PENGUEN tarafından 04.07.2016 tarih ve 4255 sayı ile ikinci defa başvuruda bulunulmuştur. Yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 17.10.2016 tarih ve 2016-3-38/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek, karara bağlanmıştır.
- (7) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgiliraporda; 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Başvuruda Bulunan Teşebbüs: PENGUEN

- (8) 2001 yılından beri Türkiye pazarında faaliyet gösteren PENGUEN, veteriner kliniklerine ve evcil hayvan dükkanlarına kedi ve köpek maması, kedi kumu ve evcil hayvan aksesuarları satmaktadır. 2013 yılı öncesinde İtalya'dan ithal ettiği ürünlerin dağıtıcılığını yapan şirket, 2013 yılında PATIMAX'ın bayiliğini üstlenmiş, bu süreçte ithal başka markalı ürün satışına da devam etmiştir. 2014 yılında ise ticari bir husumetten ötürü iki teşebbüs arasındaki ticari ilişki sonlanmıştır.

I.2. Hakkında Öneraştırma Yapılan Teşebbüs: PATIMAX

- (9) 2013 yılında Öztürk Grup bünyesine katılan PATIMAX, evcil hayvan yemi ile evcil hayvan temizlik ve bakım ürünleri üretimi, tedariki ve satışı faaliyetini yürütmektedir. Öztürk Grup; OPET, Regnum, Gordes Zeolite, Dorado Natural, Güvenok Lojistik ve Patimax gibi markalar aracılığıyla akaryakıt, otelcilik, golf sahaları işletmeciliği, zeolit madenciliği, gübre, emlak, konut, hayvan yemi gibi sektörlerde faaliyet göstermektedir. Teşebbüs kedi kumu ürününü sahip olduğu zeolit madeninden çıkarmak suretiyle üretmekte, diğer evcil hayvan yemi ve malzemelerini çeşitli fabrikalardan tedarik etmektedir.

I.3. İlgili Pazar

- (10) Ülkemizde kedi, köpek maması başta olmak üzere evcil hayvan ihtiyaç malzemeleri, son yıllarda dünya ortalamasının üzerinde büyümesiyle dikkat çeken bir pazar niteliği taşımaktadır. Pazarın yıllık tahmini büyüklüğü 2015 yılı için yaklaşık 360 milyon TL olup, sektörde dördü yerli, yirmiden fazlası yabancı olmak üzere çok sayıda teşebbüsün rekabet ettiği belirtilmektedir.
- (11) Yılda ortalama %7-8 büyüyen ve ürün çeşitliliği oldukça fazla olan sektörde; Goody markasıyla Tropikal, Proline markasıyla Lider, Bonnie markasıyla Şadanlar, Por Plan markasıyla Nestle gibi birçok firma bulunmaktadır. Avrupa'ya kıyasla Türkiye'deki hanelerde evcil hayvan besleme oranının halen oldukça düşük olduğu, bu oranın artmasıyla birlikte sektörün büyümeye devam edeceği öngörülmektedir.
- (12) Dosyanın sonucunu etkilememesi nedeniyle İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'un 20. paragrafı da göz önünde bulundurularak kesin bir ilgili ürün pazarı tanımı yapılmamakla birlikte, değerlendirmeler esnasında Türkiye evcil hayvan yemi ve ihtiyaç malzemeleri pazarı dikkate alınmıştır.

I.4. Değerlendirme

I.4.1. Taraflarla Yapılan Görüşmeler

- (13) Raportörlerce 28.09.2016 tarihinde PENGUEN yetkilisi ile yapılan görüşmede özetle; PENGUEN'in 2013 yılında PATIMAX'ın Marmara bayiliğini yapmaya başladığı, ancak sonrasında PATIMAX'ın ürünleri PENGUEN'e sattığı fiyattan daha düşük fiyatlarla PENGUEN'in müşterilerine sattığı, PENGUEN'in bu nedenle ticari itibarının zedelendiği ve ekonomik zarara uğradığı, PATIMAX'a "tek satıcılık sözleşmesi"ne uygun davranmadığı gerekçesiyle çekilen ihtar üzerine PATIMAX'ın taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin varlığını reddettiği ve aralarındaki ticari anlaşmazlık nedeniyle ticaret mahkemelerinde halihazırda sürmekte olan bir davanın olduğu ifade edilmiştir.
- (14) Yapılan görüşmede PENGUEN yetkilisi, PATIMAX ile ticari ilişkilerinin oldukça kısa bir süre devam ettiğini, PATIMAX'ın direkt satış yapması nedeniyle kendilerinin bu ticari ilişkiyi sonlandırmak istediğini ifade etmiştir. Sözleşmedeki rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin olarak ise PENGUEN, bu yükümlülüğün sadece PATIMAX'ın eşdeğer ürünleri için geçerli olduğunu, kendilerinin sattıkları ithal diğer markanın ise PATIMAX'ın ikamesi olmadığını ve bu nedenle sözleşmeye aykırı davranmadıklarını beyan etmiştir.

- (15) Raportörlerce 29.09.2016 tarihinde yapılan görüşmede PATIMAX yetkilisi tarafından özetle; 2013 yılından itibaren PATIMAX'ın Marmara bayisi olarak faaliyet gösteren PENGUEN ile kurulan ticari ilişkinin PATIMAX'ın satış beklentilerinin karşılanmaması nedeniyle sonlandırıldığı, PENGUEN'in PATIMAX'ın satışını yaptığı dönemde "tek satıcılık sözleşmesi"ne aykırı olarak başka ithal markaların da satışını yaptığı ve mevcut durumda aralarındaki ticari husumetten kaynaklanan davanın yargı sürecinde olduğu ifade edilmiştir.

I.4.2. 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

- (16) Önerştirmaya konu olan iddiaların temelindeki bayilik sözleşmesinde genel olarak, PENGUEN'e Marmara Bölgesi'nde beş yıl süre ile münhasır satış ve pazarlama yetkisi verilmekte; bayinin bölge sınırları dışına aktif satış yapması yasaklanmakta ve sözleşme süresi boyunca bayinin rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Sözleşme'nin 3.1. maddesinde ise; "*İşbu sözleşme ile PATIMAX, BAYI'ye Bölge içerisinde veteriner klinikleri ve poliklinikleri, petshoplar, üretim çiftlikleri, akaryakıt istasyonları gibi sınırlı miktarda Kullanıcılar'a satış yapmak üzere münhasıran ürünlerin satış ve pazarlama hakkını verir.*" ifadesi yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler açısından anılan sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.
- (17) Kanun'un 4. maddesi "*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*" hükmünü haizdir. Anılan bayilik sözleşmesi; alıcı konumundaki teşebbüse belirli bir bölge için münhasırlık tanımakta ve aynı zamanda alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirmektedir. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ) uyarınca dikey anlaşmalar, Tebliğ'de belirtilen koşulları taşıması kaydıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki yasaklamadan grup olarak muaf tutulabilmektedir.
- (18) 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi uyarınca rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar, bu Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamaz. Ancak sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil dağıtıcısı olduğu dikey anlaşmalar bu Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Sağlayıcı konumundaki PATIMAX üretici ve dağıtıcı; PENGUEN ise dağıtıcı konumunda olup, anlaşmanın ilgili Tebliğ çerçevesinde değerlendirilmesinde bu açıdan herhangi bir engel bulunmamaktadır.
- (19) 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanır. Bu noktada başvuruya konu sözleşme tarafı olan sağlayıcı PATIMAX'ın pazar payı önem kazanmaktadır. Yukarıda yer verildiği üzere, pazarda dördü yerli olmak üzere yirmiden fazla teşebbüs faaliyetlerini sürdürmektedir. Bu noktada kedi köpek maması başta olmak üzere evcil hayvan ihtiyaç malzemeleri pazarının çok oyunculu, piyasa girişin kolay, büyümeye açık bir pazar olduğu değerlendirilmektedir. Sektöre ilişkin resmi pazar araştırması bulunmamakla birlikte, PATIMAX kendi pazar payını %(.....) olarak tahmin etmektedir. İlave olarak pazarda faaliyet gösteren ilk 20 şirket arasında PATIMAX'ın bulunmadığı göz önüne alındığında, sağlayıcının pazar payının %40 eşliğinin altında olduğu değerlendirilmektedir.

- (20) Muafiyet analizi bakımından, söz konusu dikey anlaşmanın Tebliğ'in 4. maddesinde sayılan, anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlamaları taşıyıp taşımadığının incelenmesi gerekmektedir. Söz konusu madde uyarınca alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi ya da alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi durumunda sözleşme grup muafiyeti kapsamı dışına çıkmaktadır. Ancak Tebliğ uyarınca sağlayıcının kendisine ya da alıcıya münhasır bölge tahsis etmesi mümkündür. Bu noktada sözleşmedeki sınırlama, Tebliğ'in 4. maddesi bağlamında sözleşmenin grup muafiyetinde yararlanmasına engel teşkil eder nitelikte değildir. Öte yandan, Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülükleri açısından yapılan değerlendirme sonucunda, bayilik sözleşmesinde bulunan beş yıl süreli rekabet etmeme yükümlülüğünün, sözleşmeyi grup muafiyeti kapsamı dışına çıkarmadığı anlaşılmıştır.
- (21) Bu çerçevede, sağlayıcı PATIMAX'ın pazar payının %40'ı aşmaması, sözleşmede rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yıl ile sınırlandırılmış olması ve sözleşme hükümlerinin Tebliğ'de belirtilen diğer koşullara aykırı bir durum içermemesi nedeniyle söz konusu dikey anlaşmanın 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı kanaatine varılmıştır.

1.4.3. 4054 sayılı Kanun'un 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

- (22) Dosya konusu başvuruya göre; taraflar arasındaki bayilik sözleşmesi ile PATIMAX; PENGUEN'i münhasır satış ve pazarlama ile yetkilendirmiş, ancak sonrasında PENGUEN'in inhisarı bölgesindeki müşterilere PENGUEN'e sunduğu fiyatlardan %20-25 oranında daha düşük fiyatlarla doğrudan satış yaparak PENGUEN'i piyasa dışına itmiştir. Bu açıdan iddianın, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde "yıkıcı fiyat teorisi" bağlamında incelenmesi mümkündür.
- (23) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması*" yasaklanmakta ve maddenin ikinci fıkrasında da örnek niteliğinde bazı kötüye kullanma halleri sayılmaktadır. Anılan Kanun maddesinin lafzından da anlaşılacağı üzere, "hakim durumun kötüye kullanılması" olarak nitelenebilecek bir ihlalin varlığı için iki koşulun bir arada sağlanması gerekmektedir. Bunlardan birincisi, "hakim durum"daki bir teşebbüsün varlığı, ikincisi ise hakim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştirilen eylemin "kötüye kullanma" niteliğini taşımasıdır. Dosya açısından da bu koşullardan herhangi birisinin bulunmaması halinde, Kanun'un 6. maddesi kapsamında "hakim durumun kötüye kullanılması" ihlalinden söz edilmesi mümkün olmayacaktır.
- (24) Hakim durum 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde "*belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*" olarak tanımlanmıştır. Hakim durumun tespitinde birçok unsur değerlendirilmekle birlikte, en önemli gösterge olarak ilgili teşebbüsün pazar payı dikkate alınmaktadır. Dosyadaki bilgilerden; PATIMAX'ın evcil hayvan yemi ve ihtiyaç ürünleri pazarındaki payının %5 dolaylarında olduğu ve ilgili pazarda Türkiye'de yirmiden fazla tedarikçi bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, önemli bir pazar gücüne sahip olmayan PATIMAX'ın hakim durumda olmadığı kanaatine varılmıştır.

- (25) Bu nedenle, hakim durumda olmayan PATIMAX'ın düşük fiyatla satış yaptığı yönündeki iddianın yıkıcı fiyat teorisi bağlamında 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

J. SONUÇ

- (26) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.