

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

YÜRÜTMENİN DURDURULMASINI

İSTEYEN (DAVACI) : TÜRK TUBORG BİRA VE MALT SANAYİ A.Ş.

VEKİLİ : Av. ORKUN İŞÇİ
Kemalpaşa Cad. No:258 Işıkkent/İZMİR

KARŞI TARAF (DAVALI) : REKABET KURUMU / ANKARA

VEKİLİ : Huk. Müş. V. MEHMET AKİF KAYAR

MÜDAHİL : AG ANADOLU GRUBU HOLDİNG A.Ş.

VEKİLİ : Av. MUSTAFA YELLİGEDİK, Av. ASLI BERRAK TATAR
Fatih Sultan Mehmet Mah. Balkan Cad. No:58 Buyaka E Blok
Ümraniye/İSTANBUL

MÜDAHİL : MİGROS TİCARET A.Ş.

VEKİLİ : Av. ÖZLEM EREZ ACARBAŞ
Atatürk Mah. Turgut Özal Bulv. No:7 Ataşehir/İSTANBUL

İSTEMİN ÖZETİ : Davacı tarafından, Rekabet Kurulunun, Anadolu Endüstri Holding A.Ş. tarafından Migros Ticaret A.Ş. üzerinde kontrol sağlanmasına yönelik 09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı şartlı izin kararı çerçevesinde belirtilen 3 yıl boyunca uygulanacak olan davranışsal taahhütler ile Migros Ticaret A.Ş.'nin Tesco Kipa Kitle Pazarlama Tic. Lojistik ve Gıda San. A.Ş.'nin hisselerini devralmasına yönelik 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı şartlı izin kararı çerçevesinde belirtilen 2 yıl boyunca uygulanacak olan davranışsal taahhütlerin 30.06.2018 tarihinde sona erdirilmesine yönelik 28.06.2018 tarihli ve 18-21/360-177 sayılı kararının; bira pazarında Anadolu Efes Bira ve Malt Sanayi A.Ş. (Anadolu Efes) ile hakim durumda bulunan Anadolu Grubu'nun, halihazırda alkol satışı yapılan organize perakende kanalının hakimisi durumunda bulunan Migros Ticaret A.Ş.'yi (Migros) devralması işlemine, Rekabet Kurulunun 09.07.2015 tarihli kararıyla (Migros Kararı) Anadolu Grubu tarafından sunulan davranışsal taahhütler çerçevesinde şartlı olarak izin verildiği, Kurulan işleme şartlı olarak izin vermesinin nedeninin söz konusu işlem neticesinde bira pazarında Anadolu Efes'in hakim durumunu güçlendireceğinin veya hakim duruma geleceğinin ve bu nedenle de işlemin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesine aykırı olduğunun Kurul tarafından tespit edilmiş olmasının olduğu ve devralma işlemine kararda yer alan davranışsal taahhütlerin belirlenen 3 yıl süre içerisinde eksiksiz olarak yerine getirilmesi şartıyla izin verildiği, Migros'un Anadolu Grubu tarafından devralınmaması, Migros tarafından alkol satan organize perakendenin en büyük üçüncü perakende zinciri olan Tesco-Kipa Kitle Pazarlama Tic. Lojistik ve Gıda San. A.Ş.'nin (Kipa) devralınmasının izlediği, Kurulun söz konusu işleme ilişkin 09.02.2017 tarihli kararında (Kipa Kararı) da, devralan Migros tarafından sunulan ve dayanak Migros Kararı ile nitelik olarak benzer olan taahhütler çerçevesinde izin verildiği, Kipa Kararındaki taahhütlerin süresinin ise, Migros Kararındaki süre dayanak alınarak Migros Kararındaki taahhütlerin süresiyle eş zamanlı bitecek biçimde belirlendiği, ancak Kurul'un dava konusu karar ile Migros ve Kipa kararlarında yer alan taahhütlerin 31.06.2018 tarihi itibarıyla sona erdirilmesine karar verdiği, Karar'da şartlı izin verilen işlemlere ilişkin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında rekabetçi endişelerin ortaya çıkmasına sebep olan hakim durumun varlığı veya güçlendirmesinin devam edip etmediğine dair hiçbir analizin yer almadığı, bira pazarında Anadolu Efes'le hakim durumda bulunan Anadolu Grubu'nun Migros'u devralması neticesinde bira pazarında rekabeti sınırlandırıcı etkisi olan bir dikey entegrasyon yaratıldığı ve dikey entegrasyon yaratan bir devralma işleminin doğuracağı temel anti rekabetçi endişeler arasında ise rekabeti bozucu tek taraflı davranışlar (girdi ve müşteri kısıtlamalarıyla rakiplerin dışlanması vb.) ve hassas verilerin paylaşımına yol açacak koordinasyon etkisinin geldiği, Kurulun da dayanak Migros Kararında devralmanın bira pazarında yarattığı dikey entegrasyonu değerlendirirken koordinasyon etkisi ve pazar kapama etkisi üzerinde durduğu, dolayısıyla ilgili işleme Kurul tarafından şartlı olarak izin verilmesinin gerekçesi olarak dayanak kararlarda gösterilen bira pazarındaki dikey entegrasyon sonucu yaratılan hakim



T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

durumun 3. yılın sonunda halen devam edip etmediğinin objektif veriler üzerinden değerlendirilmeden karar verilmesinin rekabet mevzuatının ve dayanak kararların gerekleri ile örtüşmediği, Kararda Anadolu Efes'in hakim durumda olmadığına dair tespit bulunmadığı gibi, taahhütlerin sona erdirilmesine gerekçe olarak Tuborg'un yıllar içerisinde artan pazar payının gösterildiği, oysa Anadolu Efes'in hakim durumunun devam ettiği ve Migros'un pazar gücünde artış meydana geldiği, bu bakımdan 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında getirilen taahhütlerin sona erdirilmesinin Kanun'a ve bir önceki kararlara konu taahhütlerin alınma amacına aykırı olduğu, söz konusu Kararda koordinasyonu önleyici maddelerin de uygulama süresi sona ermesine rağmen ve Migros-Kipa kararlarının koşula bağlanmasının en temel sebeplerinden biri olan koordinasyon endişeleri hakkında hiçbir değerlendirmeye yer verilmemesinin de hukuka aykırı olduğu, dikey entegrasyonla artan koordinasyon etkisinin önlenmesi amacıyla Migros Kararına yansıyan 3 numaralı ve Kipa Kararına yansıyan 9 numaralı taahhütlerin geçerliliğinin dava konusu Kararda hiç değerlendirilmediği gibi dünya örneklerinde de koordinasyon etkisi yaratacak birleşme ve devralmalarda bu etkinin önlenmesi için belirlenen sürenin 3 yıl kadar kısa olmadığı, pazarın hatalı ve emsal kararlardan farklı olarak geniş tanımlandığı ve bariz rekabetçi endişelerin tamamen gözardı edildiği, dava konusu kararın konusu ve niteliği ve emsal Kurul kararları dikkate alındığında Tuborg ürünlerinin Migros mağazalarından dışlanması hususunda ilgili ürün pazarı tanımının "kapalı bira pazarı" olarak geniş tutulmasının yanlış olduğu, pazarın "alkol satışı yapılan organize perakende kanalı" olarak dar bir biçimde yorumlanması gerektiği ve bu pazarda Migros'un %70 civarında pazar payı ile hakim durumda bulunduğu, dava konusu Kararda dayanak gösterilen gerekçelerin tümünün dayanaktan yoksun olduğu ve Kurul tarafından taahhütlerin sona erdirilmesine yönelik olarak ileri sürülen dört gerekçenin dördünün de dayanak kararlarla çeliştiği, AB Hukuku bakımından birleşme ve devralma işlemlerine uygulanacak davranışsal çözüm önerileri hususunda bir içtihat niteliğinde olan Avrupa Komisyonu'nun 2011 tarihli Hoffmann-La Roche (Roche) / Boehringer Mannheim (BM) kararında, bir işlemin hakim durumu güçlendirici özelliği nedeni ile getirilmiş olan davranışsal taahhütlerin hangi durumda kaldırılabilirliğinin açıklık kazandığı ve iptali istenen olayda ise taahhütlerin kaldırılma gerekçesinin Roche kararından oldukça farklı olduğu ileri sürülerek yürütmesinin durdurulması ve iptali istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Kararın 4054 sayılı Kanun'un 6. veya 7. maddesi anlamında bir işlem olmadığı ve yalnızca bahse konu taahhütler kapsamında "taahhütlerin Rekabet Kurulu tarafından süre bitiminde değerlendirilebileceği" göz önüne alındığında bir hakim durum analizinin Karar kapsamında yapılması gerekmediği, Kurulun taahhütlerin uygulanıp uygulanmadığı ve devamını gerektirecek bir rekabet ortamının mevcudiyetinin olup olmadığı kapsamı içerisinde AEH-Migros ve Migros-Kipa kararlarının gereğini yerine getirecek şekilde işlemi hukuki sınırlar içinde tesis ettiği, AEH-Migros ve Migros-Kipa yoğunlaşma işlemlerinde hakim durum ve diğer analizlerin çok ayrıntılı şekilde yapılarak ilgili mevzuat çerçevesinde bu işlemlere izin verildiği de göz önüne alındığında; hukuki anlamda geçerlilik kazanan bu işlemlerde yer verilen "taahhütlerin yeniden değerlendirilebileceği" yönündeki idari takdir hakkı içeren bir şart çerçevesinde bu kararların devamı niteliğinde gerekli incelemelerin yapıldığı, taahhütlerin ihlal edilmeden uygulandığı, mevcut bira pazarındaki rekabet durumunun 2018 yılındaki yapısı dikkate alındığında taahhütlerin süresinin uzatılmasına gerek olmadığına karar verildiği, dolayısıyla Kanun'un 6. veya 7. maddesi kapsamında bir işlem olmayıp yalnızca daha önceki AEH-Migros ve Migros-Kipa kararlarında yer verilen bir şart kapsamında uzatmanın değerlendirilmesi işlemi ihtiva eden Karar'ın hakim durum analizi yapılmadığı için hukuka aykırı olduğu şeklindeki iddianın mesnetsiz olduğu, davacının taahhütlerin kapsamının belirlendiği Migros ve Kipa Kararlarına karşı itiraz etmediği için bu kararlara konu taahhüt sürelerinin yeniden değerlendirmesine yönelik karara karşı itiraz etmesinin çelişki yarattığı, tebliğ ve kılavuzda yer verilen ilkeler çerçevesinde esas olarak pazarın mezkur işlemlerin yapıldığı andaki rekabetçi seviyesinin korunması açısından taahhütlerin değerlendirilmesinin esas olduğu ve bu kapsamda; Migros ve Kipa mağazalarında Tuborg'un satış performansının artmış olduğu ve bira satışlarının geleneksel kanaldan organize kanala kaymış olmasının da bu yükselişin önemini artırdığı, KSN sayısında ciddi azalmadan Tuborg'un daha az etkilenmiş olduğu, Tuborg'un bulunurluk bakımından EFPA ile benzer seviyelere ulaştığı, Tuborg'un EFPA kadar yatırım yaptığı ve dolap sayısını artırdığı, zaman içinde pazar gücünün yükseldiği, Tuborg ve EFPA'nın münhasırlık anlaşmaları yapma haklarının olmadığı, bira pazarında Tuborg'un %40 pazar payına ulaştığı gibi unsurların Karar'da dikkate alındığı, koordinasyon doğurucu etkiler



T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

bakımından spesifik açıklamalara yer verilmesinin değerlendirmenin nihaliği bakımından bir önemi bulunmadığı ki pazarın rekabetçi seviyesi kriteri açısından yeterli açıklamaların Karar'da bulunduğu. Kararın Kanun'un 6. veya 7. maddesi anlamında bir incelemeye/işleme ait olmadığı yalnızca Kanun'un 7. maddesi kapsamında hukuki geçerlilik kazanmış AEH-Migros ve Migros-Kipa yoğunlaşma işlemlerinde yer verilen idari takdire bağlı taahhüt sürelerinin yeniden değerlendirilmesine ilişkin olduğu göz önüne alındığında Karar kapsamında bir ilgili pazar tanımlanması gerektiğine yönelik idianın da mesnetsiz olduğu, kaldı ki Kararda önceki devralma kararlarında tanımlanmış pazar tanımlarının kullanıldığı, bu çerçevede Kararda anılan yoğunlaşma işlemlerinden sonra geçen 3 yıllık zaman dilimi boyunca bira pazarında yaşanan gelişmelerin değerlendirildiği ve AEH-Migros ile Migros-Kipa kararlarında yer verilen pazar yapısı bilgileriyle karşılaştırmalar yapıldığı. Karardaki bilgiler kapsamında taahhütlerin uzatılıp uzatılmaması noktasında bira pazarındaki anılan rekabetçi seviyenin mevcudiyetine yönelik gerekçeler dikkate alındığında bira pazarı bakımından rekabetçi endişe mevcut olmadığından Kararın hukuka uygun olduğu ve devralmaları gerçekleştiren teşebbüslerin ticari davranışlarının tek bir rakibi koruyacak şekilde sürekli olarak sınırlandırılması talebinin mesnetsiz olduğu belirtilerek yürütmenin durdurulması talebinin ve davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 2. İdare Mahkemesince, yürütmenin durdurulması istemi hakkında işin gereği görüldü:

2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 27'nci maddesinin (02/07/2012 gün ve 6352 sayılı Kanun'un 57'nci maddesi ile değişik) 2'nci fıkrasında, "*Danıştay veya idarî mahkemeler, idarî işlemin uygulanması hâlinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idarî işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. Yürütmenin durdurulması kararlarında idarî işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması hâlinde doğacak telâfisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.*" hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; olayda, yukarıda anılan Kanun hükmünde öngörülen "idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması" ve "idarî işlemin uygulanması hâlinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması" şartlarının birlikte gerçekleşmediği anlaşıldığından, **yürütmenin durdurulması isteminin reddine**, tebligatın tamamlanmasına, kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi (7) gün içerisinde (Mahkememize verilecek dilekçeyle) **Ankara Bölge İdare Mahkemesine** itiraz yolu açık olmak üzere, 10/04/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan
HARUN ÇEVİK
37846

Üye
ERHAN PEKTAŞ
212513

Üye
NUR HİLAL AKTAŞ
216692

