

Tarih: 15.01.2021
Sayı: 14464

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431
KARAR NO : 2020/1829

DAVACI : TÜRK TUBORG BİRA VE MALT SANAYİ A.Ş.
VEKİLİ : AV. ORKUN İŞÇİ, AV. ŞAHİN YAVUZ,
AV. BİRİCİK BENGİSU GÜLŞE (e-tebligat)
DAVALI : REKABET KURUMU / ANKARA
VEKİLİ : HUK. MÜŞ. V. MEHMET AKİF KAYAR (e-tebligat)
DAVALI YANINDA
MÜDAHİL : AG ANADOLU GRUBU HOLDİNG A.Ş.
VEKİLİ : AV. DOÇ. DR. SÜLEYMAN YILMAZ, AV. MUSTAFA YELLİGEDİK,
AV. LEYLA ULUCAN, AV. SUMRU ÖZLEM TÜRKÖĞLU (e-tebligat)
DAVALI YANINDA
MÜDAHİL : MİGROS TİCARET A.Ş.
VEKİLİ : AV. ÖZLEM TAVASLIOĞLU, AV. ELİF AÇELYA BALKI,
AV. ÖZLEM EREZ ACARBAŞ (e-tebligat)

DAVANIN 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 ve 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 kararları çerçevesinde sırasıyla 3 yıl ve 2 yıl boyunca uygulanmasına karar verilen davranışsal taahhütlerin uygulama süresinin yeniden uzatılmayarak 30.06.2018 tarihinde sona erdirilmesine yönelik 28.06.2018 tarih ve 18-21/360-177 sayılı kararının; bira pazarında Anadolu Efes Bira ve Malt Sanayi A.Ş. (Anadolu Efes) ile hakim durumda bulunan Anadolu Grubunun, 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 taahhütler çerçevesinde şartlı olarak izin verildiği, Kurulun işleme şartlı olarak izin vermesinin nedeninin söz konusu işlem neticesinde bira pazarında Anadolu Efesin 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 taahhütlerin belirlenen 3 yıl süre içerisinde eksiksiz olarak yerine getirilmesi şartıyla izin verildiği, Migrosun Anadolu Grubu tarafından devralınmasını, 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 Kurulun dava konusu karar ile Migros ve Kipa kararlarında yer alan taahhütlerin 31.06.2018 tarihi itibarıyla sona erdirilmesine karar verdiği, Kararda 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 Efesle hakim durumda bulunan Anadolu Grubunun Migrosu 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 (rakiplere ait hassas ticari bilgilerin aynı gruba bağlı teşebbüsler arasında paylaşılması) geldiği, Kurulun da dayanak Migros kararında devralmanın bira pazarında yarattığı dikey entegrasyonu değerlendirirken koordinasyon etkisi ve pazar kapama etkisi üzerinde durduğu, dolayısıyla bira pazarındaki dikey entegrasyon sonucu yaratılan hakim durumun 3. yılın sonunda halen devam edip etmediğinin objektif veriler üzerinden değerlendirilmeden karar verilmesinin dayanak kararların gerekleri ile örtüşmediği gibi taahhütlerin sona erdirilmesine gerekçe olarak Tuborgun yıllar içerisinde artan pazar payının gösterildiği, oysa Anadolu Efesin hakim durumunun devam ettiği ve Migrosun pazar gücünde artış meydana geldiği, bu bakımdan 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında getirilen taahhütlerin sona

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

erdirilmesinin önceki kararların alınma amacına aykırı olduğu, söz konusu Kararda koordinasyonu önleyici maddelerin de uygulama süresi sona ermesine ve Migros-Kipa kararlarının koşula bağlanmasının en temel sebeplerinden biri olmasına rağmen 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, 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, AEH (Anadolu Endüstri Holding) tarafından devralınan teşebbüsün Migros olması ilgili ürün pazarının "alkol satışı yapılan organize perakende kanalı" olarak dar bir biçimde belirlenmesini gerekli kıldığı ve bu pazarda Migrosun %70 civarında pazar payı ile hakim durumda bulunduğu, dava konusu Kararda taahhütlerin sona erdirilmesine yönelik ileri sürülen dört gerekçenin dördünün de dayanak kararlarla çeliştiği, örneğin dayanak Migros kararının gerekçesinde Kurul Tuborgun artan pazar payının AEH'nin Tuborgu Migrostan dışlama motivasyonunu artıracığını ifade etmişken iptali istenilen kararda ise Tuborgun artan pazar payını Migrostan dışlanmayacağı varsayımına gerekçe olarak gösterdiği, eğer iptali istenilen karar Migros ve Kipa kararlarının bir devamı ise bu durumda her üç karara da yansıyan benzer analiz sonuçlarının benzer biçimde yorumlanması gerektiği, AB Hukuku bakımından birleşme ve devralma işlemlerine uygulanacak davranışsal çözüm önerileri hususunda bir içtihat niteliğinde olan Avrupa Komisyonunun 2011 tarihli Hoffmann-La Roche (Roche) / Boehringer Mannheim (BM) kararında, bir işlemin hakim durumu güçlendirici özelliği nedeni ile getirilmiş olan davranışsal taahhütlerin hangi durumda kaldırılacağına ilişkin açıklık kazandığı ve iptali istenen olayda ise taahhütlerin kaldırılma gerekçesinin Roche kararından oldukça farklı olduğu, ayrıca Migrosun Tuborg satın satmamasına Kurulun Kanun'un 7. maddesi haricinde müdahale imkanı bulunmadığı, Efes ve Migros aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer aldığından ve Kanun anlamında tek teşebbüs teşkil edeceğinden aralarındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların (Efesin diğer 3. kişilerle yaptığı anlaşmaların aksine) Kanun'un 4. veya 6. maddeleri kapsamında incelenemeyeceği, Coca-Cola örneğinin de isabetli bir örnek olmadığı, nitekim bizatihi Rekabet Kurulunun 2015 Migros ve 2017 Kipa kararlarında kolalı içecek pazarında rekabetçi bir risk görmediği ve taahhütleri yalnızca bira pazarına hasrettiği, dolayısıyla bira pazarının kendine has özellikleri nedeniyle Migrosun kolalı içecek veya başka pazarlardaki davranışlarının bira pazarına emsal teşkil etmeyeceği, Anadolu Efesin son yıllarda Tuborga kaybettiği pazar payını geri almak için Tuborgu Migros mağazalarından dışlayabileceği, ilgili kararlarda tespit edilen rekabetçi endişelerin artarak günümüze kadar devam ettiği, taahhütlerin sona ermesi halinde Anadolu Efesin mutlak olarak hakim duruma geleceği ve organize perakende bira kanalındaki rekabete geri döndürülemez biçimde zarar verileceği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Kararın 4054 sayılı Kanun'un 6. veya 7. maddeleri anlamında bir işlem olmadığı, 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 işlemini 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 (davacı Tuborgun pazar payının % 40'a ulaşması, finansal gücünün EFPA ile eşdeğer olması, pazarda bulunurluk oranının % 94 olması gibi) 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 işlemini ihtiva eden Kararın 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

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

etmesinin çelişki yarattığı, esas olarak pazarın mezkur işlemlerin yapıldığı andaki rekabetçi seviyesinin korunması açısından taahhütlerin değerlendirilmesinin esas olduğu ve bu kapsamda pazarın rekabetçi seviyesi kriteri açısından yeterli açıklamaların Kararda bulunduğu, Karar kapsamında bir ilgili pazar tanımlanması gerektiğine yönelik idianın da mesnetsiz olduğu, kaldı ki Kararda önceki devralma kararlarında tanımlanmış pazar tanımlarının kullanıldığı, Kararda 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, taahhütlerin rakipleri değil rekabeti koruduğu ve devralmaları gerçekleştiren teşebbüslerin ticari davranışlarının tek bir rakibi koruyacak şekilde sürekli olarak sınırlandırılmayacağı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

MÜDAHİL AG ANADOLU GRUBU HOLDİNG A.Ş.

SAVUNMASININ ÖZETİ : Anadolu Grubu/Migros kararında öngörülen taahhütlerin uygulanma süresi olan üç yıllık sürenin sonunda Kurulun söz konusu taahhütlerin uygulanmasına devam edip edilmeyeceğine karar verirken, yeniden bir hâkim durum analizi yapmasına gerek bulunmadığı, tahütlerin uygulanmasına devam edip edilmeyeceğine karar verirken Kurulun yapması gereken analizin, Anadolu Grubu/Migros kararı uyarınca gerçekleşen devralma işleminden sonraki süreçte bu devralma işlemi sonucunda piyasadaki rekabetin olumsuz etkilenip etkilenmediğini tespit etmek olduğu ve nitekim Kurulun da karar da yaptığı analizde bu hususları değerlendirdiği, devralma işlemi takip eden 3 yıllık dönemde gerek Türkiye pazarında gerekse Migros mağazalarında gerçekleşen toplam bira satışları içinde Tuborg pazar payını artırırken, Anadolu Efes'in pazar payının düştüğü, tüm bu hususların Anadolu Efes'in sahip olduğu düşünülen hâkim durumunu güçlendirmemiş olduğunu gösterdiği, Anadolu Efes ve Tuborg satışlarının neredeyse başa baş gittiği mevcut durum karşısında Anadolu Efes'in bira pazarındaki hâkim durumunu Migros mağazalarından yapılan satışlar sayesinde güçlendirme olanağının kalmadığı, dolayısıyla kararda hâkim durumun varlığı veya güçlendirmesinin devam edip etmediğine dair hiçbir analizin yer almadığı iddiasının yersiz olduğu, hâkim durumun varlığı veya hâkim durumun güçlendirilmesine devam edip edilmediği analizinin taahhütlerin kaldırılması aşamasında inceleme konusu yapılacak bir durum da olmadığı, söz konusu taahhütler olmasa dahi Kurulun her zaman mevzuata aykırı uygulamaları inceleyebileceği, denetleyebileceği ve gerekli gördüğünde yaptırımlar da uygulayabileceği, karar kapsamında Kurul tarafından herhangi bir ilgili ürün pazarı tanımı yapılmadığı, zira Kurulun Anadolu Grubu/Migros Kararında bira sektörüne ilişkin olarak, "açık satış yapılan bira pazarı" (yerinde tüketim) ve bakkal, market, büfe gibi noktaları kapsayan "kapalı satış yapılan bira pazarı" (perakende kanalı) olmak üzere iki farklı ilgili ürün pazarı belirlenebileceğini belirttiği ve bu bağlamda söz konusu karar kapsamında bira piyasasına ilişkin ilgili ürün pazarını "kapalı satış yapılan bira pazarı" olarak tespit ettiği, bu kapsamda dava konusu edilen kararda da ürün pazarının "kapalı bira pazarı" şeklinde belirlendiği, bugüne dek bira piyasasına ilişkin olarak alınan Kurul kararlarında da "bira pazarı", "açık bira pazarı", "kapalı bira pazarı" dışında herhangi başka veya daha dar bir ilgili ürün pazarı tanımlanmadığı, davacının ilgili ürün pazarının daha dar şekilde belirlenmesi gerektiği yönündeki iddialarının kendi pazar payını bu ilgili ürün pazarında daha düşük gösterme çabasından ibaret olduğu, bir an için davacının iddialarının gerçekçi olduğu ve bu doğrultuda Anadolu Grubunun Tuborgu Migrostan tamamen dışladığı düşünülse dahi, Tuborgun Türkiye'de Migrosta satış yapamamaktan dolayı kaybedeceği pazar payının sadece ve en fazla %3,2 olacağı, kaldı ki Anadolu Grubunun aynı Anadolu Efes gibi bir iştiraki olan Migrosu, faaliyet gösterdiği pazarda sadece bir diğer iştirakine menfaat sağlamak amacıyla sektörel açıdan zor duruma sokmasının ticari hayatın olağan akışına da aykırı olacağı, öte yandan Kurulun Migros ve Kipa mağazalarında, taahhüt sunulmayan bir kategori olan gazlı içecekler pazarında yıllar itibariyle rakip ürün satışlarına bakılmasının değerli olduğu düşüncesiyle Pepsico satışlarını incelediği ve yıllar itibariyle Migros ve Kipa mağazalarında Pepsico markalı kolalı içecek satışlarında artış olduğu, Pepsiconun yıllar itibariyle organize pazarda azalan pazar payı ile kıyaslandığında Migros ve Kipa mağazalarında Pepsico markası aleyhine bir uygulama olmadığı, aksine bu mağazalarda grup şirketine rakip şirket konumundaki Pepsiconun daha iyi bir satış performansı gerçekleştirdiği sonucuna ulaştığı, buradan da aynı grup içerisinde yer alsa da şirketlerin kendi kâr maksimizasyonu hedefleri doğrultusunda karar alma eğilimleri olduğu yönünde haklı ve

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

yerinde bir çıkarımda bulunduğu ve Migros-Kipa mağazalarında, yine bir grup şirketi olan Anadolu Efes'in rakibi konumundaki Tuborg'u dışlama güdüsü ve motivasyonu olmayacağı değerlendirilmesinin yapılmasının tamamen makul ve yerinde olduğu, Kurul'un taahhütler için öngörülmesi olan üç yılın sonunda koordinasyona ilişkin rekabetçi endişelerin hala devam edip etmediğini ayrıca analiz etmek gibi bir zorunluluğunun bulunmadığı, Anadolu Grubu/Migros Kararı kapsamında Kurul'un taahhütler öngörülmesinin sebebinin söz konusu devralma işlemi sonrasında piyasadaki rekabetin kısıtlanabileceğine ilişkin endişe taşıması olduğu, Kurul tarafından ilgili devralma işlemi nedeniyle piyasadaki rekabetin hiçbir şekilde olumsuz etkilenmediği, hatta Tuborg'un bu süreçte pazar gücünü, bulunurluğunu, satış oranlarını, yatırımlarını artırdığının tespit edildiği ve bu sebeple de Kurul'un koordinasyon endişesi özelinde ayrı bir analiz yapmaya gerek görmediği ve böyle bir gereklilik de bulunmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

MÜDAHİL MİGROS TİCARET A.Ş.

SAVUNMASININ ÖZETİ : Kurul tarafından ekonomik verilere dayalı yapılan değerlendirmeler sonucunda, özellikle Tuborg'un kazandığı pazar gücü nedeniyle Migros mağazalarında satışına son verilmesi halinde pazardan dışlanma ihtimalinin ortadan kalktığı görüşüne dayanılarak taahhütlerin kaldırılmasına karar verildiği, taahhütlerin uygulanmasına gerek kalmadığının en önemli göstergesinin Tuborg'un taahhütler öncesinde, süresince ve sonrasında hem Migros hem de Türkiye kapalı bira pazarı genelinde istikrarlı bir şekilde kazandığı pazar gücü olduğu, Tuborg'un pazar payının 2011 yılından bu yana istikrarlı bir şekilde artış halinde olduğu, 2018 verilerine göre kapalı bira pazarındaki payının %40 seviyelerine yükseldiği ve Tuborg'un kapalı bira satışlarının %3,2'lik kısmını oluşturan Migros mağazalarındaki satışlarını kaybetmesi durumunda bile geriye kalan %36-37 gibi bir pay ile sahip olduğu yatırım gücü dikkate alındığında pazardan dışlanmasının söz konusu olmayacağı, dolayısıyla Tuborg'un Migros mağazalarında taahhütler ile korunmasına da gerek kalmadığı, ayrıca Migros'un Tuborg'u satmaya son vermesi halinde kaybının Tuborg'dan çok daha büyük olacağı, bu nedenle de payını artıran bir tedarikçisi olarak bira satışlarından elde ettiği gelirin %40'ını oluşturan Tuborg'tan vazgeçmesinin anlamlı olmayacağı, Kurul kararında da bahsedildiği gibi Migros'un kardeş şirketi olan Coca Cola'nın pay kazanması için Pepsico'yu satmama yönünde de herhangi bir girişiminin olmadığı, kaldı ki böyle bir ihtimalde Rekabet Kurumunun konuyu her zaman inceleyebileceği ve ihlal bulması halinde de idari para cezası verebileceği, davacının iddia ettiği hakim durum analizinin birleşme ve devralmalara izin verilirken uygulanan bir analiz olduğu, taahhütlerin kaldırılması aşamasında ise birleşme/devralma işleminin doğuracağı düşünülen rekabetçi endişenin mevcut olup olmadığına bakılmasının esas olduğu ve pazarda bir endişe mevcut değilse birleşme/devralma taraflarının pazar gücüne ayrıca bakılmasına gerek olmadığı, dava konusu karardaki pazar tanımının Türk ve mehz AB içtihatlarıyla tutarlı olduğu, nitekim bu kararlarda istikrarlı bir şekilde pazarın KSN (kapalı satış noktaları) ve ASN (açık satış noktaları) olarak ayrıma tabi tutulduğu, pazar tanımında art kırımlara veya ürün segment ayrımlarına gidilmediği, "koordinasyon etkisine ilişkin taahhütler" de dahil olmak üzere taahhütlerin taraflarca bir paket olarak sunulduğu ve Kurul tarafından da bu şekilde kabul edildiği, taahhütlerin temelindeki rekabetçi endişenin somut olayda ortadan kalktığı için taahhütlerin herhangi birinin devam etmesine gerek kalmadığı ki davacı tarafa Taahhütlerin Kaldırılması Kararı kapsamında karardan önce görüşlerini bildirmesi için danışıldığı, söz konusu Kararda davacı tarafından koordinasyon endişelerine yönelik herhangi bir çekince veya itiraz da yer verilmediği belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 2. İdare Mahkemesince, duruşma için önceden belirlenen 02/07/2020 tarihinde saat 10.40'da davacı vekilleri Av. Şahin Yavuz ve Av. Biricik Bengisu Gülşe'nin, davalı idareyi temsilen Huk. Müş. Mehmet Akif Kayar'ın, müdahil AG Anadolu Grubu Holding A.Ş. vekilleri Av. Mustafa Yelligedik, Av. Leyla Ulucan ve Av. Sumru Özlem Türkoğlu'nun, müdahil Migros Ticaret A.Ş. vekili Elif Açelya Balkı'nın geldiği görüldü, taraflara usulüne uygun söz verilerek açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verildi, dava dosyası incelendikten sonra gereği görüldü:

Dava, 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 ve Migros Ticaret A.Ş.'nin

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

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 kararları çerçevesinde sırasıyla 3 yıl ve 2 yıl boyunca uygulanmasına karar verilen davranışsal taahhütlerin uygulama süresinin yeniden uzatılmayarak 30.06.2018 tarihinde sona erdirilmesine yönelik 28.06.2018 tarih ve 18-21/360-177 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; "Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır." hükmüne, **"Kapsam" başlıklı 2. maddesinde;** "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer." hükmüne, **3. maddesinde;** "**rekabet;** Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış, "**hâkim durum;** 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" şeklinde tanımlanmakta iken, "**Hakim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 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 hukuka aykırı ve yasaktır. Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır: a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması, c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi, d) Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler, e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması." hükümleri, "**Birleşme veya Devralma" başlıklı 7. maddesinde;** "Bir ya da birden fazla teşebbüsün başta hâkim durum yaratılması ya da mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi olmak üzere ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder." hükmü düzenlenmiştir.

Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğin "Birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi" başlıklı 13. maddesinde; "(1) Birleşme ve devralmalar değerlendirilirken özellikle; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkanı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususlar göz önünde tutulur. (2) Tek başına ya da birlikte hakim durum yaratmaya veya hakim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmez. (3) Teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olan ve bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, Kanunun 4 üncü ve 5 inci maddeleri çerçevesinde de değerlendirilir. (4) Kurul, bu Tebliğin 7 nci maddesi kapsamına giren birleşme ve devralma işlemlerine ya izin verir ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

ilgililere usulüne göre tebliğ eder. Bu durumda, niteliğiyle bağdaştığı ölçüde Kanununun 40 ila 59 uncu maddeleri hükümleri uygulanır. Kurul, izin kararında şart ve yükümlülük öngörebilir. (5) Birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar. Birleşme veya devralma ile getirilen sınırlamaların bu kapsamı aşip aşmadığının tespitini işlem taraflarının yapması esastır." hükümlerine, "**Taahhüt" başlıklı 14. maddesinde;** "(1) Teşebbüsler, Kanununun 7 nci maddesi kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla, birleşme veya devralmaya ilişkin taahhüt verebilirler. Teşebbüsler tarafından verilen taahhütler, rekabetçi sorunları tamamen ortadan kaldırmaya yönelik nitelikte olmalıdır. (2) Kurul, izin kararında, taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülük öngörebilir. (3) Taahhüt, ön inceleme veya nihai inceleme safhasında verilebilir. Ön inceleme safhasında taahhüt verilmesi halinde bildirim, taahhüt metni Kurum tarafından alındığı tarihte yapılmış sayılır." hükümlerine yer verilmiştir.

Birleşme/devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuzun "Giriş" bölümü; "(1) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Kanun) 7. maddesi, hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşme ve devralmaları yasaklamakta, hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kuruluna (Kurul) bildirilerek izin alınması gereken birleşme ve devralma işlemlerini belirlemek için Tebliğ çıkarma konusunda Kurulu yetkilendirmektedir. (2) Rekabet Kurumuna (Kurum) bildirilen bazı yoğunlaşma işlemlerinde ortaya çıkan ve bildirim konusu işlemin Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen yasak kapsamına girmesine yol açan rekabet sorunlarının işleminde yapılacak belirli düzeltmeler veya değişiklikler sonrasında giderilebilmesi kimi durumlarda olanak dahilindedir. Bu tür bir yoğunlaşma işleminin yasaklanması yerine, işleme Kurum tarafından ortaya konulan rekabet sorunlarının taraflarca önerilecek ve Kurumca kabul edilecek çözümlerin yerine getirilmesi koşuluyla izin verilmesi, anılan yoğunlaşma işleminden elde edilmesi olası etkinliklerle birlikte pazardaki rekabetin korunmasını sağlayacaktır. (3) 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in (Tebliğ) 14. maddesinde teşebbüslerin Kanun'un 7. Maddesi kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla yoğunlaşmaya ilişkin çözüm önerilebilmesine ve Kurulun izin kararında çözümlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülük öngörebilmesine imkan tanınmaktadır. (4) Bu Kılavuz'un amacı Kanun'un 7. maddesi uyarınca yasaklanabilecek bir yoğunlaşma işleminde, işlemin yol açacağı rekabet sorunlarını ortadan kaldırmaya yönelik olarak taraflara Kurula sunacakları çözüm önerilerine dair yol göstermektir. (5) Kılavuz, Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen yasak kapsamında olan yoğunlaşma işlemleri bakımından kabul edilebilecek çözüm türlerine ilişkin genel ilkeleri, çözüm önerilerinin karşılması gereken nitelikleri ve çözümün yerine getirilmesine ilişkin başlıca şart ve yöntemleri ele almaktadır. Ancak Kurul her bir işleminde kabul edilebilir çözüm önerileri ve taahhütler bakımından olaya özgü durumları da göz önünde bulunduracaktır." şeklindedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Anadolu Endüstri Holding A.Ş. (AEH) tarafından Migros Ticaret A.Ş. (Migros) üzerinde kontrol sağlanmasına yönelik 09.07.2015 tarih ve 1529/420-117 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) kararı ile Migrosun Tesco Kipa Kitle Pazarlama Tic. Lojistik ve Gıda San. A.Ş.'nin (Kips) hisselerini devralmasına yönelik 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı Kurul kararı neticesinde söz konusu işlemlere şartlı izin verildiği, 09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı karar kapsamında sunulan AEH-Migros Taahhüt Metninin 5. maddesinde; "*Yukarıda AEH tarafından verilen taahhütler Devralma İşlemi'nin kapanışından itibaren 3 yıllık süre için geçerlidir. Söz konusu sürenin sonunda Rekabet Kurulu, yukarıda belirtilen taahhütleri ve taahhütlerin uygulanma süresini yeniden değerlendirebilecektir.*" ifadelerine, Migros-Kipa Taahhüt Metninin 1. maddesinde de; "*Migros, işlem sonrasında iki (2) yıllık süre boyunca her halükarda Migros'un 09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı Kurul kararı kapsamında yükümlendiği taahhütlerin süresini aşmayacak şekilde AEH'nin Migros ve Anadolu Efes ve Tesco Kipa üzerinde kontrol hakkı devam ettiği müddetçe taahhüt eder.*" ifadelerine yer verildiği, 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı karar kapsamında sunulan Migros-Kipa Taahhüt Metninde AEH-Migrostaki sürenin üst sınır olarak belirlendiğinden ve sunulan taahhütlere ilişkin süre 30.06.2018 tarihinde biteceğinden, mağazalardaki raf dizilimlerinin 01.07.2018'de ne şekilde yapılacağı bakımından taahhütlerin devam edip etmeyeceği konusunda hazırlanan 25.06.2018 tarih ve 2016-3-40/BN-6 sayılı Bilgi Notu görüşülerek Rekabet Kurulununun 28.06.2018 tarih ve 18-21/360-177 sayılı kararı ile taahhütlerin uzatılmayarak devam etmemesi yönünde karar alınması üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

Uyuşmazlıkta, Kurulun 09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı kararında ilgili işleme AEH tarafından 30.06.2015 tarih ve 3048 sayı ile sunulan;

"1. Devralma İşlemi sonrasında 3 yıllık süre boyunca ve AEH'nin Migros ve Anadolu Efes üzerinde kontrol hakkı devam ettiği müddetçe:

a. Migros; bira kategorisinde, genel bira pazar şartlarını, HTM (Hızlı Tüketim Mamülleri) organize perakende pazarı dinamiklerini, kendi müşterilerinin tercihlerini, süregelen mevcut (mevcut durumun tespiti bakımından dosya hakkındaki Rekabet Kurulu kararı tarihinden önceki üç ayın ortalaması ve sonraki her dönem için bir önceki dönem itibariyle) ticari ilişkilerini, bu ilişkilerin içerdiği sözleşmeler ve teamüllerdeki ticari şartları göz önüne alarak; Anadolu Efes'in tüm rakipleri ile ticari ilişkilerine, mevcut ve çıkaracağı yeni ürünler bakımından, işbu paragrafta belirtilen kriterlere uygun ve objektif olarak devam edeceğini;

b. Migros; bira kategorisinde, yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak; bira pazarına giriş yaparak Anadolu Efes'e yeni rakip olacak üretici/tedarikçiler ile, yine yukarıda belirtilen kriterlere uygun ve objektif olarak, ticari ilişki kuracağını;

c. Migros; bira kategorisinde, yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak; Anadolu Efes'in ürünlerine rakip olan ürünlerin satışını engellemeyeceğini ve bira kategorisinde müşterilerine sunduğu tüm tedarikçi/üretici, ürün ve marka çeşitliliğini ve yine yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak sıcak/soğuk alanlarındaki raf paylarını ve teşhirlerini devam ettireceğini;

d. AEH, Migros'un; bira kategorisinde, Anadolu Efes'in tüm rakiplerine olan ticari ilişkilerine, kendisinin ya da herhangi bir iştirakinin ve/veya ilişkili şirketinin, herhangi bir yöntemle (toplantı yapmak, talimat vermek, tavsiyede bulunmak gibi) müdahil olmayacağını taahhüt etmektedir.

2. 1 no.lu taahhüdün fiilen uygulanmasının takip edilmesi ve raporlanması konusunda ise AEH tarafından, aşağıdaki gözetim ve raporlama sistematığının Devralma İşlemi akabinde 3 yıllık süre ile tesisi taahhüt edilmektedir:

a. AEH, Rekabet Kurulu'nun kısa kararının tebliğinden itibaren 45 gün içerisinde;

Migros'un bağımsız üçüncü kişi bir firma ("Denetçi Uzman") ile anlaşmasını sağlayacaktır. Denetçi Uzman, Migros mağazalarında yukarıda 1/a, b ve c no.lu maddede belirtilen kriterlere uygun olarak bira kategorisi ürünlerine raf payı verildiğini ve teşhir edildiğini düzenli olarak gözlemleyerek, Rekabet Kurumuna gerekirse önerilerini de içerecek şekilde raporlanmasını sağlayacaktır. Bu kapsamda AEH:

i. Rekabet Kurulunun kısa kararının tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde Denetçi Uzman ile yapılacak anlaşmanın genel koşullarını içerir ihale şartnamesini Rekabet Kurumuna sunacaktır.

ii. Rekabet Kurulunun kısa kararının tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde ilgili ihale kapsamında aday bağımsız üçüncü kişi araştırma firmalarının konu hakkındaki tekliflerini alacak ve yine aynı süre içerisinde taslak sözleşmeyi Rekabet Kurumuna sunacaktır.

iii. Rekabet Kurulu'nun kısa kararının tebliğinden itibaren 45 gün içerisinde Denetçi Uzman ile akdedilen ilgili sözleşmenin bir suretini Rekabet Kurumuna sunacaktır.

b. Söz konusu raporlar, Denetçi Uzman tarafından Devralma işleminin kapanışını takiben 3 yıl boyunca her yılın 1 ve 7'nci ayı sonuna kadar Rekabet Kurumuna ve eşzamanlı olarak AEH'ye sunulacaktır. Denetçi uzman, Rekabet Kurumu'nun talebi üzerine veya gerekli gördüğü takdirde re'sen, yukarıda bahsi geçen 1 ve 7'nci aylar dışında ara rapor sunabilecektir.

c. AEH ve Migros, ilgili raporlamanın gerçekleşmesi için dürüstlük kuralı çerçevesinde, Migros'un bira kategorisinde akdettiği ilgili sözleşmelerin, Denetçi Uzman'dan her türlü gizlilik taahhüdü alınması kaydı ile sunulması dâhil olmak üzere, gerekli her türlü desteği sağlayacaktır.

3. Koordinasyon hususu ve bu husus kapsamında Rekabet Kurumu tarafından belirtilen çekinceleri gidermek üzere, Devralma İşlemi sonrasında:

a. AEH, Migros'un operasyonel yönetimi, personel ve organizasyon yapısı itibariyle Anadolu Grubu şirketlerinden ayrı yapılmasına devam edeceğini taahhüt etmektedir. Bu kapsamda, Migros operasyonel yönetiminde yer alan yöneticiler, aynı anda AEH'nin kendi bünyesinde ya da AEH'nin iştirakleri ve/veya ilişkili

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

şirketlerinde görev almayacaktır. Aynı bağlamda AEH'nin kendi bünyesinde ya da AEH'nin iştirakleri ve/veya ilişkili şirketlerinde operasyonel yönetimde yer alan yöneticiler aynı zamanda Migros bünyesinde görev almayacaklardır. (Operasyonel yönetim, günlük işlerin yönetimi ve idaresi anlamında tanımlanmakta olup, işlerin günlük yönetimi ile ilgili sorumlu olmayan yönetim kurulu üyeleri, bu kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bununla birlikte, yukarıda ifade edilen operasyonel ayrıştırma, söz konusu ticari ilişkilerin genel müdür yardımcısı seviyesine kadar ayrı kişi ve ekiplerin sorumluluğunda takip edilmesini kapsamaktadır.)

b. Bunun yanında AEH:

i. Herhangi bir iştirakinin ve/veya ilişkili şirketinin, perakende sektöründe Migros'un rakipleri konumunda olan perakendeciler ile sürdürdüğü ticari ilişkiler kapsamında elde ettiği ticari açıdan hassas her türlü bilgiyi, doğrudan veya herhangi bir iştiraki ve/veya ilişkili şirketi aracılığıyla Migros ile paylaşmayacağını;

ii. Migros'un, AEH'nin herhangi bir iştirakinin ve/veya ilişkili şirketinin faaliyet gösterdiği pazarlardaki rakipleri ile sürdürdüğü ticari ilişkiler kapsamında elde ettiği ticari açıdan hassas her türlü bilgiyi (tedarik koşulları, kampanyalar, insertler, bunlara ilişkin takvimler başta olmak üzere), AEH'nin herhangi bir iştiraki ve/veya ilişkili şirketi ile paylaşmayacağını; bu kapsamda AEH, hassas bilgilere erişim konusunda bahsi geçen organizasyonlar arasında bu amaca uygun ve hizmet eden erişim kısıtlamalarını sağlayacağını taahhüt etmektedir.

c. AEH, Migros'un, bira pazarı özelinde, Anadolu Efes'in rakipleri ve rakip üretici tedarikçilerin sunduğu ürünleri tercih eden tüketiciler hakkındaki ticari olarak hassas nitelikteki CRM (Müşteri İlişkileri Yönetimi) verilerini, doğrudan ya da dolaylı olarak Anadolu Efes ile paylaşmayacağını ve onun kullanımına açmayacağını, ayrıca bira pazarı özelinde AEH ile sadece Anadolu Efes'e ilişkin CRM verilerini paylaşabileceğini taahhüt etmektedir.

4. AEH tarafından verilen taahhütler, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ m. 6/1/(a) kapsamında Migros'un "kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemlerle" devredilmesi halinde de devralan grup içi şirketler tarafından uygulanmaya devam edecektir.

5. Yukarıda AEH tarafından verilen taahhütler Devralma İşlemi'nin kapanışından itibaren 3 yıllık süre için geçerlidir. Söz konusu sürenin sonunda Rekabet Kurulu, yukarıda belirtilen taahhütleri ve taahhütlerin uygulanma süresini yeniden değerlendirebilecektir." **şeklindeki davranışsal taahhütler sonucunda izin verildiği,**

Buna göre; "müşteri kısıtlamasına" ve "ilgili pazarlarda şeffaflaşma ve koordinasyon oluşumuna" dair çekincelerin giderilmesine yönelik olarak Anadolu Grubunun; 1 no'lu taahhüt ile Migros'un Anadolu Efes'in rakipleri ile ticari ilişkisini devam ettirmeyi ve bu ilişkinin koşullarını ilgilendiren taahhütler verdiği, 2 no'lu taahhüt ile söz konusu bira taahhütlerinin izlenmesi için denetçi uzman görevlendirilmesi ve raporlama yapmasına yönelik taahhüt verdiği, 3 no'lu taahhüt ile koordinasyona ilişkin çekincelere yönelik taahhütler verdiği, 4 no'lu taahhüt ile grup içinde Migros'un kontrol değişikliğine yol açmayacak şekilde devri söz konusu olursa taahhütlerin devam ettirileceğini taahhüt ettiği, 5 no'lu taahhüt ile Rekabet Kurulunun taahhütleri ve taahhütlerin uygulanma süresini sürenin sonunda yeniden değerlendirebileceğini kabul ederek taahhütlerin ilgili devralma işleminin kapanışını takip eden 3 yıl süre ile geçerli olacağını taahhüt ettiğinin anlaşıldığı, taahhütlerin uygulanması kapsamında Anadolu Grubu tarafından denetçi uzman olarak Nielsen Araştırma Hizmetleri Ltd. Şti. (Nielsen) firmasının seçildiği, Nielsenin Devralma İşleminin kapanışını takip eden 3 yıllık süre boyunca Migros mağazalarında taahhütler kapsamında bira kategorisinde Anadolu Efesin rakipleri ile mevcut ticari ilişkileri hakkında Rekabet Kurumuna ve Anadolu Grubuna raporlama yaptığı, Anadolu Grubunun da koordinasyon hususu kapsamında 3 numaralı taahhüt hakkında alınan tedbir ve atılan adımları gösteren ilgili raporları Rekabet Kurumuna Devralma İşleminin kapanışını takip eden 3 yıllık süre boyunca sunduğu, 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı kararda da benzer dikey endişelere ilişkin olarak ve ayrıca yatay örtüşmeyle ortaya çıkan yatay endişelere ilişkin olarak Migros tarafından hem davranışsal hem de yapısal taahhütleri içeren taahhüt paketinin sunulduğu, yeni işlem kapsamındaki dikey endişelere yönelik sunulan taahhüt paketinin Migros Kararı kapsamında sunulan taahhütler çerçevesinde belirlendiği; taahhüdün süresi, bira raf paylarının tespiti için referans alınacak "mevcut dönem"in belirlenmesi, devre konu Kipa mağazalarındaki mevcut döneme ilişkin bira raf paylarının hesaplanması, devre konu Kipa mağazaları bakımından gündeme gelebilecek mağaza adı/unvanı değişiklikleri halinde taahhüdün uygulanma esasları gibi hususların yeniden belirlendiği ve bu doğrultuda, Kipa kararını takiben hem Nielsenin bira kategorisine yönelik altı aylık raporlamaları hem de Anadolu Grubunun koordinasyon hususunda alınan önlemlere yönelik yıllık

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

raporlamaları, devralınan Kipa mağazalarını da içerecek kapsamda güncellenerek yapılan ölçümlerinin ve alınan tedbirlerin bu mağazaları da kapsadığı anlaşılmaktadır.

Taahhütlerin devam etmemesi yönündeki dava konusu 28.06.2018 tarih ve 18-21/360-177 sayılı Rekabet Kurulu kararında;

"(13) MİGROS mağazaları için karşılaştırmalı özetine yer verilen raporlamaların sonuç bölümünde NIELSEN tarafından, MİGROS'un bira kategorisinde taahhütler kapsamındaki kriterlere uygun ve objektif olarak bir önceki dönem şartlarını devam ettirdiğinin tespit edildiği ve dönemler arasındaki farkların TUBORG için istatistiksel olarak anlamlı olmadığı ifade edilmiştir. ...Nielsen saha ziyareti bulgularının beş dönem için ortalaması alındığında TUBORG bakımından sıcak raf için %32,32 konsept soğuk raf için %32,64 markalı soğuk raf için %33,5 oranlarının ölçüldüğü görülmüş olup...

(14) KİPA mağazaları için karşılaştırmalı özetine yer verilen raporlamaların sonuç bölümünde NIELSEN tarafından, KİPA'nın bira kategorisinde verilen taahhütler kapsamındaki kriterlere uygun bir dönem geçirdiğinin tespit edildiği ve dönemler arasındaki farkların TUBORG için istatistiksel olarak anlamlı olmadığı ifade edilmiştir. ...Nielsen saha ziyareti bulgularının iki dönem için ortalaması alındığında TUBORG bakımından sıcak raf için %40,9 konsept soğuk raf için %39,25 markalı soğuk raf için %38,5 oranlarında raf paylarının ölçüldüğü görülmüş olup...

...

(17) ...yıllar itibarıyla alkollü içki satış belgesine sahip KSN (kapalı satış noktaları) sayısında ciddi bir düşüş yaşandığı dikkat çekmektedir. Bununla birlikte alkollü içki satış belgesine sahip ASN (açık satış noktaları) sayısında büyük bir değişiklik yaşanmadığı görülmektedir. Kapalı bira pazarı, Efes ve Tuborg ürünlerinin bulunduğu (sözleşmeli+sözleşmesiz çalışılan) geleneksel KSN (geleneksel kanalda satış yapan bakkal, market, büfe, kuruyemişi gibi satış noktaları), Ekomini (EFPA (Efes Pazarlama Dağıtım ve Ticaret A.Ş.) tarafından kurulan alkollü içecek, tütün mamulleri, cips, şekerli ürünler/şeker, kuruyemiş/kuru meyve, gazlı-gazsız içecek, dondurma gibi hızlı tüketim mallarının modern kanalda perakende olarak satıldığı bir franchise sistemidir) dondurma ve Key Account (Cash&Carry olarak adlandırılan ve daha çok KSN ve ASN'lere toptan satış yapan marketler ile ağırlıklı olarak nihai tüketicilere perakende satış gerçekleştirmekte olan zincir marketler kastedilmektedir) türünde noktalardan oluşmakta olup...

(18) ...özellikle EFPA'nın bulunduğu toplam KSN sayısının 2012 yılından 2017 sonuna yaklaşık %26 civarında azaldığı görülmektedir. Bununla birlikte, pazarda alkollü içki satış belgesine sahip olan toplam KSN sayısında yıllar itibarıyla yaşanan daralmadan, TUBORG'un çok etkilenmediği ve nokta sayısını görece koruduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan teşebbüslerin özellikle son yıllarda yakın sayıda Key Account noktasında faaliyet gösterdiği, bununla birlikte Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayii A.Ş. (ANADOLU EFES) tarafından kurulan bir franchise sistemi olan Ekomini'lerle belirgin bir şekilde EFPA'nın çalıştığı görülmektedir. Bu kapsamda her iki teşebbüsçe de Ekomini'lerin geleneksel kanal müşterisi olarak addedildiği ve şirket tarafından geleneksel kanal içinde takip edildiği ifade edilmektedir.

(19) Kapalı bira pazarında ithalatın önemli bir boyutta olmaması, pazardaki yüksek giriş engelleri ve diğer küçük üretici ve ithalatçıların pazardan fazla pay alamaması nedenleriyle EFPA ve TUBORG pazardaki iki ana oyuncu konumundadır.

...

(22) Yukarıda yer alan NIELSEN verilerinden hareketle, 2014 yılından itibaren 2018 Ocak-Nisan dönemine kadar TUBORG'un pazar payını düzenli olarak artırarak satış miktarı ve ciro bazında %27,7'den %40,3'e çıktığı görülmektedir. Bu kapsamda TUBORG'un 2014 yılından itibaren 2018 Ocak-Nisan sonuna kadar NIELSEN verilerine göre satış miktarı ve ciro bakımından 13 puanlık bir pazar payı kazandığı, bu veriye göre yıl başına ortalama yaklaşık dört puanlık bir pazar payı artışı yaşandığı görülmektedir. Benzer şekilde, şirket verileri esas alındığında, 2012 yılından 2017 yılı sonuna kadarki dönemde, TUBORG'un pazar payının satış miktarı bazında %17'den %42'ye, ciro bazında ise %16'dan %40'a yükseldiği; EFPA'nın pazar payının ise sürekli bir düşüş halinde olduğu dikkat çekmektedir. Bu verilere göre 2012-2017 sonu arasında TUBORG'un sırasıyla satış miktarı ve ciro bakımından sırasıyla 25 ve 24 puanlık bir pazar payı kazandığı anlaşılmaktadır. Bu durum, yıllar itibarıyla EFPA

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

tarafından kaybedilen pazar payının istikrarlı bir şekilde TUBORG'a kaydığını göstermektedir... Kapalı bira pazarı satış miktarı ve KSN sayısı, yıllar itibarıyla azalan bir özellik göstermektedir. Daralan pazar yapısı karşısında, TUBORG'un satışlarını artırarak istikrarlı bir şekilde pazar payı kazanması ve KSN sayısını görece koruması ise, TUBORG'un pazar gücü kazandığına işaret etmektedir.

(23) Diğer yandan, yukarıda yer alan NIELSEN verilerine bakıldığında, TUBORG'un bulunurluk oranlarının 2014 yılından günümüze kadarki dönemde genel olarak artış eğiliminde olduğu ve mevcut durumda kapalı bira pazarında sayısal ve ağırlıklı olarak sırasıyla %93 ve %94 oranında yüksek bir bulunurluğa sahip olduğu anlaşılmaktadır.

...

(27) ...Hem EFPA hem de TUBORG'a ait toplam yatırım tutarları karşılaştırıldığında, yıllar itibarıyla pazar payını artıran ve EFPA'ya nazaran daha az pazar payına sahip olan TUBORG'un, noktalara büyük oyuncu kadar yatırım yapabilecek bir finansal gücü olduğu hatta kimi yıllarda yarısı civarında pazar payı olmasına karşın neredeyse EFPA ile aynı tutarda toplam yatırım yaptığı görülmektedir.

(28) Yatırımların bir alt kümesi olan dolap sayılarına bakıldığında da teşebbüslerin yıllar itibarıyla KSN'lerdeki dolap sayılarını artırdıkları gözlenmektedir.

(29) ... halihazırdaki pazar yapısının eski dönemdeki yapıdan oldukça farklılaştığı, o dönemde EFPA'nın pazarda çok güçlü bir konumda olduğu, mevcut durumda ise TUBORG'un da güç kazandığı anlaşılmaktadır. Nitekim TUBORG'un gerek pazar payı ve satışları, gerek bulunurluk oranları gerekse de finansal gücü itibarıyla EFPA ile yarışabilir düzeye geldiği görülmektedir. Bu bağlamda kapalı bira pazarındaki rekabetin son yıllarda en yoğun düzeye geldiği söylenebilecektir.

(30) 09.11.2017 tarih ve 17-36/583-256 sayılı kararla TUBORG'un kapalı bira pazarındaki münhasırlık içeren sözleşmelerine tanınan bireysel muafiyetin 4054 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca geri alınmasına karar verilmiştir. 03.07.2017 tarih ve 17-20/320-142 sayılı ile EFPA'nın bayi ve distribütörleri ile kapalı satış noktaları arasında imzalanması planlanan münhasırlık hükmü içeren sözleşmelerine menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, bu sözleşmelerin grup muafiyetinden yararlanmadığına ve bireysel muafiyet alamayacağına karar verilmiştir. Dolayısıyla mevcut durumda her iki teşebbüsün de kapalı bira pazarında münhasırlık içeren sözleşme ile çalışma hakkı bulunmamaktadır.

(31) Öte yandan EFPA tarafından yapılan başvuru üzerine dolap kuralı yeniden değerlendirilmiş, Kurul'un 08.02.2018 tarih ve 18-04/54-30 sayılı kararında, 2008 yılında sınırları netleştirilerek (100 m2'nin altındaki noktalarda dolabın %20'sinin diğer bira üreticilerine ayrılması kuralı) getirilen dolap kuralının karşılıklı ve etkin bir şekilde devam ettirilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

...

(37) ...yaklaşık olarak 2.500 ila 3.000 noktada alkollü içki satışının mümkün olduğu görülmekte, bu sayının HTM (Hızlı Tüketim Mamülleri) organize perakende pazarındaki toplam nokta sayısına oranlandığında toplam noktaların %10-11'ine tekabül ettiği anlaşılmaktadır... EFPA ve TUBORG'un 2.400 civarında Key Account noktasında ürün sattıkları bilinmektedir.

(38) HTM organize perakende pazarındaki toplam ve alkollü içecek satan nokta sayılarına ilişkin yapılan bu değerlendirmeler sonrasında hem EFPA'nın hem TUBORG'un kapalı bira pazarındaki satışlarının kırılımını ve kapalı bira pazarındaki gelirlerinin kompozisyonunu göstermek teşebbüslerin hangi kanallarda kuvvetli olduklarını görmek bakımından açıklayıcı olacaktır.

(39) ...TUBORG'un satışlarının EFPA'ya göre çok daha büyük kısmının geleneksel KSN kanalından geldiği, Key Account kanalında TUBORG satışlarının %11 ila %14 oranında bir kısmının gerçekleştiği görülmektedir.

(40) ...TUBORG'un genel pazardaki pay artışını ve bazı yıllarda pazarın geneline oranla daha fazla bir pazar payı artışını AEH bünyesinde bulunan Migros mağazalarında da gerçekleştirdiği görülmektedir." şeklinde tespitlere yer verilmiş,

Kararın "Genel Değerlendirme" kısmında;

"(42) AEH-MİGROS ve MİGROS-TESCO KİPA devralmaları kapsamında sunulan taahhüt metinleri

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

birlikte değerlendirildiğinde taahhütlere ilişkin sürenin 30.06.2018 tarihinde biteceği, taahhütlerin ve taahhütlerin uygulanma süresinin ise süre sonunda Kurul tarafından yeniden değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır.

(43) NIELSEN tarafından yapılan raporlamalara göre Migros ve Kipa mağazalarında TUBORG'un raf paylarının korunmasına yönelik taahhüdün yerine getirilmiş olduğu, ayrıca MİGROS mağazalarında TUBORG'un satış performansının arttığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda TUBORG'un Migros ve Kipa mağazalarındaki satışlarının hem kendi satışları içindeki hem de genel pazar seviyeleri içindeki payına bakılması gerekmektedir. Aşağıdaki tabloda TUBORG'un Migros ve Kipa mağazalarındaki satışları ile bu satışların kendi Key Account, kapalı pazar ve tüm satışları ile pazardaki toplam Key Account, toplam kapalı pazar ve toplam bira pazarı içindeki satışlarına oranları sunulmuştur. Bu tablodan TUBORG'un Migros ve Kipa kanalında satış yaptığı nokta sayısının yıllar itibarıyla arttığı, bu kanalın payının; mağaza sayısındaki artış ve bira satışlarının geleneksel kanaldan organize kanala doğru yönelmesinin de etkisiyle önemli hale gelen satış potansiyeli dolayısıyla, hem TUBORG hem tüm pazar açısından yıldan yıla yükseldiği veya önemini koruduğu görülmektedir.

(44) Öte yandan aşağıdaki tablodan Migros ve Kipa mağazalarındaki satışların TUBORG'un tüm pazar seviyesindeki satışlarına etkisi de gösterilmiştir. Bu bağlamda TUBORG Nisan 2018 sonu itibarıyla toplam Key Account kanalı içinde %8,1, toplam kapalı pazar içinde %2,3 ve toplam bira pazarında %1,8'lik bir pazar payını bu mağazalardaki satışlarından kazanmaktadır.

(45) Devralma işlemlerinin gerçekleştiği dönemden günümüze kadar pazarda yaşanan gelişmeler taahhütlere ilişkin yapılacak değerlendirme açısından kritik önem arz etmektedir. Yukarıda yer verildiği üzere yıllar itibarıyla KSN sayısında ciddi azalma meydana gelmiştir (Tablo 4). Bu daralmadan EFPA'nın TUBORG'a nazaran daha fazla etkilendiği görülmektedir. Devralmadan önceki yıl olan 2014 yılından günümüze kadar TUBORG'un pazar payı ciro ve satış miktarı bazında artış gösterirken, buna karşılık EFPA pazar payı azalmaktadır. Söz konusu pazar payı artışının daralan pazarda gerçekleşmesinin TUBORG'un pazar gücü kazandığına işaret ettiği söylenebilecektir, öte yandan TUBORG'un bulunurluk bakımından EFPA ile benzer seviyelere ulaşmış olduğu görülmektedir. Nokta başına yapılan yatırımlara ilişkin veriler karşılaştırıldığında ise TUBORG'un EFPA kadar yatırım yaptığı, dolap sayısını artırdığı ve bu durumun da TUBORG'un pazar gücüne işaret ettiği söylenebilecektir. Devralmalar öncesi 2014 yılı sonundan 2017 yılı sonuna TUBORG'un tüm bira pazarındaki payı ciro bakımından %26 dan %38'e, miktar bakımından %28'den %40'a çıkmış, sayısal bulunurluk oranı aynı dönemde %86'dan %93'e, ağırlıklı bulunurluk oranı ise %92'den %94'e yükselmiştir. Sonuç olarak devralma işleminden ve önceki yıllardan bu yana TUBORG'un pazardaki konumunun farklılaştığı değerlendirilmektedir.

(46) Bununla birlikte HTM organize perakende pazarında yaşanan değişimler ve MİGROS'un söz konusu pazardaki konumu taahhütlere ilişkin yapılacak değerlendirmelerde önem teşkil eden bir başka husustur.

(47) Taahhütlerin sunulduğu dönemden günümüze kadar HTM organize perakende pazarında faaliyet gösteren oyuncuların, mağaza sayısı indirim marketleri (BİM, A101, ŞOK...) hariç olmak üzere durağan bir seyir izlemektedir. Bununla birlikte AEH-MİGROS kararından sonra MİGROS'un yukarıda detaylarına yer verilen devralmalar ve yeni mağaza açılışları sonucunda, 2015 yılı sonunda 1.363 olan mağaza sayısı günümüzde yaklaşık 1.900'e yükselmiştir. HTM organize perakende pazarında kaç noktanın alkollü içki satışına ilişkin verilere baktığımızda indirim marketleri dahil yaklaşık 30.000 noktanın 2.500 ila 3.000 tanesinde alkollü içki satışı yapıldığı görülmektedir.

(48) EFPA ve TUBORG'un elde ettikleri gelirlerin nokta türüne göre dağılımına bakıldığında ise TUBORG'un geleneksel kanalda, EFPA'nın Key Account kanalında görece güçlü olduğu görülmektedir.

(49) Söz konusu taahhütlerin etkisini görebilmek amacıyla MİGROS ve MİGROS tarafından devralınan mağazalardaki bira satış verileri incelendiğinde TUBORG'un genel pazardaki pay artışını ve bazı yıllarda daha fazlasını AEH bünyesinde bulunan MİGROS mağazalarında gerçekleştirdiği görülmektedir.

(50) TUBORG'un Migros ve Kipa mağazalarında yaptığı satışların olası alt pazarlara ve genel olarak kapalı bira pazarı ve tüm bira pazarına oranı yukarıda hesaplanmıştır. Böylece TUBORG'un Nisan 2018 sonu itibarıyla toplam Key Account kanalı içinde %8,1, toplam kapalı pazar içinde %2,3 ve toplam bira pazarında %1,8'lik bir pazar payını Migros ve Kipa mağazalarında yaptığı satışlardan kazandığı görülmüştür.

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

(51) Bu kapsamda yıllar itibarıyla Migros ve Kipa mağazalarında, Pepsico satışlarına yer vermenin taahhüt sunulmayan bir kategori (gazlı içecekler pazarı) içindeki rakip ürün satışlarına bakmak açısından değerli olduğu dile getirilmelidir.

(52) Bu tablodan yıllar itibarıyla Migros ve Kipa mağazalarındaki Pepsico markalı kolalı içecek satışlarında oransal olarak bir azalma olmadığı ve artış olduğu görülmektedir. Bu veriler Pepsico'nun yıllar itibarıyla organize pazarda azalan pazar payı ile kıyaslandığında Migros ve Kipa mağazalarında Pepsico markası aleyhine bir uygulama olmadığı aksine bu mağazalarda Pepsico'nun daha iyi bir satış performansı gerçekleştirdiği sonucuna ulaşılabilmekte, bu husus teşebbüsün tüm kanaldaki artan pazar payı ile karşılaştırıldığında da uyumlu görünmektedir.

(53) Son olarak Migros mağazalarında TUBORG ürünleri için referans başlangıç değerlerine yakın gözlemlenen raf paylarına (referans başlangıç değerleri: sıcak raf için %31,5, konsept soğuk raf için %31,7, markalı soğuk raf için %33,4) karşın TUBORG'un 2016 sonu ve Nisan 2018 sonu itibarıyla ciro veya miktar bazında Migros mağazalarında %31'den başlayarak ve artarak %41'e varan oranlarda paya sahip olduğu anlaşılmaktadır. Kipa mağazalarında sıcak raf için %40,9, konsept soğuk raf için %39,25, markalı soğuk raf için %38,5 oranlarında gözlemlenen raf paylarına karşın, ciro veya miktar bazında TUBORG'un payı 2017 Mart-Aralık'ta %40-41, 2018 Nisan sonunda %45-46'dır. Dolayısıyla TUBORG'un raf paylarının ötesinde bir satış performansına sahip olduğu anlaşılmaktadır.

(54) Sonuç olarak;

-Reklamın kısıtlı, bu nedenle bilinirliğin ve teşhirin önemli olduğu pazar yapısında TUBORG'un %40 pazar payı seviyesine ulaştığı, teşebbüsün yatırım gücü ve boyutunun EFPA kadar olduğu hususu dikkate alındığında, TUBORG'un mevcut bilinirliği ve pazar gücünün müşteri talebi oluşturacağı, bu nedenle Migros ve Kipa mağazalarında TUBORG'un dışlanma ihtimalinin zayıf bir ihtimal olarak belirdiği,

-Makromarket'in MİGROS devri öncesinde alkollü içki satmayan bir teşebbüs iken bu devir sonrasında alkollü içki satan bir market haline geldiği, bu bakımdan benzer örneklerin gerçekleşebileceği, böylelikle alkollü içki satan yeni noktaların oluşabileceği,

-Her iki devralma kapsamında rekabetin korunması amacıyla bir süreliğine davranışsal taahhütler getirilerek pazarda faaliyet gösteren bira üreticilerinin strateji geliştirmesi ve uygun aksiyonu alması için gerekli zamanın sunulmuş olduğu, devralmaların gerçekleştiği günün koşullarına kıyasla (2014 sonundan 2017 sonuna kadar) TUBORG'un tüm bira pazarında 12 puan pazar payı kazanmış olduğu,

-Şirketlerin aynı grup içinde olsa da öncelikle kendi kar maksimizasyon hedefleri doğrultusunda karar alma eğiliminde olduğu, nitekim Migros ve Kipa mağazalarındaki Pepsico markalı kolalı içecek satışlarındaki seyirden dolayı teşebbüsün bu güdü içinde olmasının beklenmediği dolayısıyla teşebbüsün rakibini dışlama motivasyonu içinde olmadığı/olmayacağı,

hususları dikkate alındığında, mevcut piyasa koşullarında taahhüdün devam ettirilmesi gerektiği yönünde bir kanaate ulaşmanın mümkün olmadığı, bu nedenle Migros ve Kipa mağazalarında uygulanan süreli davranışsal taahhüdün sona erdirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır." ifadelerine yer verilerek 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 uzatılmayarak 30.06.2018 tarihinde sona erdirilmesine karar verilmiş, **davacı şirket tarafından özetle;** dava konusu Kararda bir hakim durumun varlığı veya hakim durumun güçlendirilmesinin devam edip etmediğine yönelik hiçbir analizin yer almadığı, Anadolu/Migros ve Migros-Kipa kararlarının koşula bağlanmasının en temel sebeplerinden olan koordinasyon endişeleri hakkında hiçbir değerlendirmeye yer verilmediği, pazarın hatalı tanımlandığı, Kararın ve gerekçelerinin Anadolu/Migros ve Migros/Kipa kararları ile çeliştiği ve rekabetçi endişelerin gözardı edildiği iddialarıyla bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Uyuzmazlıkta, AEH'nin Migros üzerinde kontrol sağlama işleminin bira pazarı ürün pazarında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

durumun güçlendirilmesi yoluyla rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurabilecek ve Migrosun Kipa hisselerini devralmasına yönelik işlemin de AEH iştiraklerinden Anadolu Efesin bira pazarında hâkim durumunu güçlendirebilecek ve bu şekilde rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucu doğurabilecek bir işlem olduğuna Rekabet Kurulu tarafından karar verilerek söz konusu işlemlere AEH ve Migros tarafından sunulan taahhütler çerçevesinde izin verildiği ve Kurulun bu işlemlere izin verirken tarafların sunduğu taahhütleri pazarın bu işlemlerin yapıldığı andaki rekabetçi seviyesini koruyup koruyamayacağı açısından incelediği anlaşılmaktadır.

AEH-Migros Taahhüt Metninin 5. maddesi; "Yukarıda AEH tarafından verilen taahhütler Devralma İşleminin kapanışından itibaren 3 yıllık süre için geçerlidir. Söz konusu sürenin sonunda Rekabet Kurulu, yukarıda belirtilen taahhütleri ve taahhütlerin uygulanma süresini yeniden değerlendirebilecektir." şeklindedir. Keza, Migros-Kipa Taahhüt Metninin 1 maddesinde de; "Migros, işlem sonrasında iki (2) yıllık süre boyunca her halükarda Migros'un 15-29/420-117 sayılı Kurul kararı kapsamında yükümlendiği taahhütlerin süresini asmayacak şekilde AEH'nin Migros ve Anadolu Efes ve Tesco Kipa üzerinde kontrol hakkı devam ettiği müddetçe taahhüt eder." ifadelerine yer verilmiştir.

Bu doğrultuda alınan dava konusu Kararda da anılan yoğunlaşma işlemlerinden sonra geçen 3 yıllık zaman dilimi boyunca bira pazarında yaşanan gelişmeler ve HTM (Hızlı Tüketim Mamülleri) organize perakende pazarı bakımından gelişmelerin incelendiği, AEH-Migros ile Migros-Kipa kararlarında yer verilen pazar yapısı bilgileriyle karşılaştırmalar yapıldığı ve birleşme/devralma işleminin doğuracağı düşünülen rekabetçi endişenin halen mevcut olup olmadığının değerlendirildiği görülmektedir.

Bu kapsamda; kapalı bira pazarında esas olarak Tuborg ve EFPA'nın oyuncu olarak yer aldığı, geçen üç yıl içinde hâlihazırda pazar yapısının eski dönemdeki yapıdan farklılaştığı, KSN sayısındaki azalmaya rağmen Tuborgun bu durumdan çok etkilenmediği ve pazar gücünü artırdığı, Tuborgun 2014 yılında satış miktarı ve ciro bazında %27,7 olan pazar payını 2018 yılı itibarıyla %40,3 düzeyine çıkardığı ve devralmalar ile getirilen taahhütler sonrası zaman diliminde Tuborgun pazar payını 12 puan artırmış olduğu, EFPA'nın pazar payında ise sürekli bir düşüş görüldüğü, önceden Anadolu Efesin pazarda çok güçlü bir konumda iken mevcut durumda Tuborgun da güç kazandığı ve Tuborg'un EFPA kadar veya ona yakın yatırım yapabilecek finansal güce sahip olduğu, pazar payı ve satışları, bulunurluk oranları, finansal güç itibarıyla EFPA ile yarışabilir düzeye geldiği, Tuborg ve EFPA için münhasırlık anlaşmaları yapma haklarının olmadığı karardan anlaşılmaktadır.

Karardaki bilgiler kapsamında Kurul, gerek Türkiye pazarında gerekse Migros mağazalarında gerçekleşen toplam bira satışları içinde Tuborgun pazar payını artırırken, Anadolu Efesin pazar payının düştüğünü, iki şirketin pazar payları arasındaki farkın hızlı bir şekilde kapanmakta olduğunu ve bu farkın 2017-2018 yılları itibarıyla %20'lere düştüğünü, Anadolu Efesin kaybettiği pazar payını devralan Tuborgun bira pazarının tamamında istikrarlı bir şekilde pazar paylarını artırdığını ve güç kazandığını, her bakımdan Anadolu Efes ile yarışabilir düzeye geldiğini tespit etmiş ve kapalı bira pazarındaki rekabetin son yıllarda en yoğun düzeye geldiğinin söylenebileceğini belirtmiş, pazarın rekabetçi seviyesi kriteri bakımından taahhütleri yeniden değerlendirerek, taraflarca yerine getirilen taahhütlerin önceki kararlardaki rekabetçi endişelerin giderilmesi görevlerini ifa ettiğini ve daha fazla uzatılmalarına gerek olmadığına karar vermiştir. Taahhütlerin uygulanması ve aradan geçen zaman ile birlikte, Kurulun işlemlere ilişkin rekabetçi endişeleri ortadan kalkmıştır. Ayrıca Karar'da önceki devralma kararlarında tanımlanmış pazar tanımlarının kullanıldığı, bu kapsamda Migros ve Kipa kararlarındaki ilgili ürün pazarı tanımlarıyla paralel şekilde, ilgili ürün pazarının "kapalı bira pazarı" şeklinde belirlendiği görülmüştür.

Yukarıda yer verilen mevzuatın ve olayın birlikte değerlendirilmesinden; taahhütlerin rekabetin işlem öncesindeki seviyesinin korunmasına hizmet ettiği, dava konusu kararda pazarın rekabetçi seviyesi kriteri bakımından taahhütlerin yeniden değerlendirildiği ve Anadolu Efes ile Tuborgun bira pazarındaki pazar güçlerinin ne şekilde değiştiği ve pazardaki mevcut durumu analiz edilerek gerçekleşen devralma işleminden sonraki süreçte bu devralma işlemi sonucunda piyasadaki rekabetin olumsuz etkilenmediğinin, aksine piyasadaki rekabetin artığının somut verilerle ortaya koyulduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, taahhütlerin uzatılmasını gerektirecek düzeyde bira pazarı bakımından 2018 yılı itibarıyla rekabetçi endişe mevcut olmadığı gerekçesiyle taahhütlerin uzatılmaması yönündeki dava konusu kararda hukuka aykırılık bulunmamıştır.

T.C.
ANKARA
2. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018/2431

KARAR NO : 2020/1829

Öte yandan, davacı tarafından, işlemlerin yol açtığı temel endişenin Kanun'un 7. maddesi kapsamında Anadolu Efes'in mevcut hakim durumunun güçlendirilmesi olduğu ve Anadolu Efes'in hakim durumunun varlığına, taahhütlerin kaldırılması sonrasında hakim durumunu güçlendirip güçlendirmeyeceğine yönelik ve koordinasyon endişeleri hakkında hiçbir değerlendirmeye yer verilmeyen dava konusu kararın eksik inceleme sonucu alındığı iddia edilmiş ise de, Kurul kararında; taahhütlerin uygulanma süresinin sonunda Anadolu Efes'in bu süreçte hakim durumunu güçlendirmemiş olduğunun ve piyasada rekabetin artığının tespit edilmesi karşısında, taahhütlerin taraflarca uygulanarak amacına hizmet ettiği ve taahhütlerin temelindeki rekabetçi endişenin ortadan kalktığı anlaşıldığından bu iddia yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle **davanın reddine**, aşağıda dökümü yapılan 271,10-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, müdahiller tarafından yapılan 64,80-TL ve 50,80-TL yargılama giderlerinin davacıdan alınarak müdahillere verilmesine, karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT uyarınca duruşmalı işler için belirlenen 2.590,00-TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta ücretinin kararın kesinleşmesinden sonra taraflara iadesine, kararın tebliğini izleyen 30 gün içinde Ankara Bölge İdare Mahkemesine istinaf yolu açık olmak üzere, 22/10/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan
HARUN ÇEVİK
37846

Üye
ERHAN PEKTAŞ
212513

Üye
NUR HİLAL AKTAŞ
216692

<u>YARGILAMA GİDERLERİ</u>		:
Başvurma Harcı	:	35,90 TL
Karar Harcı	:	35,90 TL
Y.D. Harcı	:	59,10 TL
Vekalet Harcı	:	5,20 TL
Posta Gideri	:	135,00 TL
<hr/>		
TOPLAM	:	271,10 TL

<u>YARGILAMA GİDERLERİ (Müdahil AG Anadolu Grubu Holding A.Ş.):</u>		:
Başvurma Harcı	:	44,40 TL
Vekalet Harcı	:	6,40 TL
Posta Gideri	:	14,00 TL
<hr/>		
TOPLAM	:	64,80 TL

<u>YARGILAMA GİDERLERİ (Müdahil Migros Ticaret A.Ş.):</u>		:
Başvurma Harcı	:	44,40 TL
Vekalet Harcı	:	6,40 TL
<hr/>		
TOPLAM	:	50,80 TL