

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/1168

Karar No : 2014/1716

REKABET KURUMU

Tarih : 31.07.2014

Sayı : 4348

Davacı : Mey İçki Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Vekili : Av. Safiye Aslı BUDAK

Süleyman Seba Cad. No:55 Akaretler - Beşiktaş / İSTANBUL

Davalı : Rekabet Kurumu

Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 Bilkent / ANKARA

Davanın Özeti : Burgaz Alkollü İçecekler Ticari ve İktisadi Bütünlüğü'nün Mey İçki Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne devrine izin verilmemesine yönelik Rekabet Kurulu'nun 18.11.2009 günlü, 09-56/1325-331 sayılı kararının; devralma işleminin 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesine aykırı olarak nihai incelemeye alınmaksızın reddedildiği, dava konusu işlemin maksat yönünden hukuka aykırı olduğu, TMSF tarafından el konulan Burgaz Rakı'nın bir an önce satılarak ilgili grubun kamu borçlarının ödenmesinde kamu yararı bulunduğu, satış sürecinde yaşanacak gelişmelerin Burgaz Rakı'nın değer kaybetmesine neden olacağı, Burgaz Rakı'nın batan teşebbüs niteliğinde olduğu, söz konusu firmaya TMSF tarafından el konulduktan sonra üretimin azaldığı ve işleme izin verilmemesi durumunda firmanın pazar dışına çıkacağı, davacıdan başka alıcı bulunmadığı, Kurul'un Burgaz Rakı'nın pazar payı hususundaki değerlendirmede hatalı davrandığı, söz konusu firmanın aykırı firma niteliğinde olmadığı ve ilgili dönemde pazardaki yasa dışı faaliyetleri sonucunda kendisine pazar payı edindiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu Kurul kararının 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesine uygun olarak tesis edildiği, işlemde kamu yararı bulunmadığı savının kabul edilemeyeceği, Burgaz Rakı'nın batan teşebbüs niteliğinde olmadığı, hukuka uygun olarak tesis edilen işleme karşı açılan davanın reddi gerektiği ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Emre ERMAN'ın Düşüncesi : Davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Kumru ÖRNEK DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi : Dava, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından satışa sunulan Burgaz Alkollü İçecekler Ticari ve İktisadi Bütünlüğü'nün Mey İçki Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne devrine izin verilmemesine yönelik Rekabet Kurulu'nun 18.11.2009 günlü, 09-56/1325-331 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında, bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya

**DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE****Esas No : 2010/1168****Karar No : 2014/1716**

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, devralmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu, 2. fıkrasında da, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul'un, çıkaracağı tebliğlerle ilan edeceği hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, maddede birleşme ve devralmaların piyasada rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde hâkim durum yaratması veya bir yahut birden fazla teşebbüsün piyasadaki hâkim durumunu daha da güçlendirmesi halinde yasaklanacağı hükme bağlanmış olup, rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının, hâkim durum yaratılması veya hâkim durumun daha da güçlendirilmesinin doğal sonucu olduğunda kuşkuyla yer bulunmamaktadır.

Aynı Kanun'un "Anlaşma, Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmesi " başlıklı 10. maddesinin ikinci fıkrasında ise, 7. madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmalarının Kurul'a bildirildiği tarihten itibaren Kurul'un, onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vereceği ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihaî karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını , gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ etmek zorunda olduğu kurala bağlanmıştır,27. maddesinin (d) bendinde de birleşme ve devralmalara izin vermek Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayalı olarak çıkarılan ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğin 2. maddesinin (b) bendinde, herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi, Kanunun 7. maddesi çerçevesinde teşebbüsler arası birleşme ve devralma kabul edilerek, bunlar için Tebliğin 4. maddesindeki koşullara bağlı olarak Rekabet Kurulundan izin alınması gerektiği belirtilmiş, Tebliğin 4. maddesinin birinci fıkrasında da, bu Tebliğin 2. maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde Rekabet Kurulundan izin almalarının zorunlu olduğu, 1997/1 sayılı Tebliğin 6. maddesinin üçüncü fıkrasında, Kurulun bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebileceği öngörülmüştür.

4054 sayılı Kanunun kaynağını oluşturan AT rekabet hukukunda da "Bir hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda Ortak Pazarda veya onun önemli bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen yoğunlaşmanın Ortak Pazarla bağdaşamaz olduğu" nun ilan edileceği hüküm altına alınmıştır.

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/1168

Karar No : 2014/1716

4054 sayılı Kanunun 3. maddesinde de hakim 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 tanımlanmıştır.

Söz konusu düzenlemelerle, gerek ülkemizde gerekse AT'de yoğunlaşma sonrasında bir teşebbüsün hakim duruma gelmesi veya mevcut durumunu güçlendirilmesi yasaklanmıştır.

Dava konusu Rekabet Kurulu Kararıyla;

Ön inceleme Raporu'nun, işlemin rekabetçi etkileri açısından son derece kapsamlı ve yeterli bilgi ve analizler içermesi dolayısıyla ve Kurul'un önceki kamu satışı (özelleştirme/TMSF eliyle) dosyalarında benimsediği usul paralelinde, bir nihai inceleme yapılmasına gerek bulunmadığı kanaatine varıldığı,

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından satışa sunulan Burgaz Alkollü İçecekler Ticari ve İktisadi Bütünlüğü'nün Mey İçki Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işlemine 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" uyarınca yapılan izin başvurusunun, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesi neticesinde; ilgili işlemin 1998/4 sayılı Tebliğ uyarınca izne tabi bir devralma işlemi olduğuna, Söz konusu devralmanın gerçekleşmesi halinde, rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde, rakı pazarında mevcut hakim durumun güçlendirilmesi, rakı hariç diğer yüksek alkollü içkiler pazarında ise hakim durum yaratılması nedeniyle işleme 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde izin verilmemesine karar verildiği görülmektedir.

Dava dosyası ile işlem dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden;

TMSF Fon Kurulu'nun 12.6.2008 tarihli kararıyla Burgaz Alkollü İçkiler Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin mal, hak ve sözleşmelerinden oluşturulan Burgaz Alkollü İçkiler Ticari İktisadi Bütünlüğü'nün 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134. maddesi kapsamında satışına karar verildiği, 2.7.2009 tarih ve 27276 sayılı Resmî Gazete'de ilan edilen ihale ile satışa çıkarıldığı ve 5.8.2009 tarihinde düzenlenen ihaleye katılan tek teşebbüs olan Mey İçki'nin teklifinin, TMSF Fon Kurulu'nun 20.8.2009 tarihli toplantısında onaylandığı, işlemin gerçekleşmesi için gerekli iznin temini amacıyla 1998/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde Rekabet Kurum'una başvurulduğu, 1998/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca, özelleştirme kapsamında gerçekleştirilecek devralmaya taraf olan teşebbüslerin ilgili ürün piyasasındaki toplam pazar paylarının %25'i veya toplam cirolarının 25 milyon TL'yi aşması halinde, devralma işleminin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerektiği, 1998/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesi ise 1997/1 sayılı Tebliğ'in bu Tebliğ'e aykırı olmayan hükümlerinin özelleştirme yolu ile devralma işlemlerine uygulanmasına devam edileceğinin belirtildiği, TMSF eliyle kamu adına yapılan satışlarda da bu düzenlemelerin uygulandığı, Burgaz Alkollü İçki ve Burgaz Pazarlama'dan oluşan Burgaz İçki İktisadi Bütünlüğü'nün kontrolü el değiştireceği için, işletmenin TMSF tarafından düzenlenen ihalede tek teklif veren Mey İçki tarafından

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/1168

Karar No : 2014/1716

devralınması işleminin, 1998/4 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir devralma işlemi olduğu,

Kurul Raportörleri tarafından, Burgaz'ın Mey İçki'ye devredilmesi işlemine ilişkin sektörde yer alan Rakı Üreticileri ve İthalatçılarla Yapılan Görüşmeler , Burgaz İçki Hisselerinin %98'ine sahip olan Emine Başer tarafından Kurum'a gönderilen ve kayıtlara 9.9.2009 tarih ve 6521 sayılı yazı ve Burgaz'ın hakim ortağı Emine Başer'in temsilcisi ve Hayyam Garipoğlu ile 22.10.2009 tarihinde Kurulun talebiyle kurum binasında yapılan toplantı sonucunda,%60-70'lık pazar payı bulunan Mey İçki'nin %20-30 pazar payına sahip Burgaz'ı devralması halinde mevcut hâkim durumunu ciddi olarak güçlendireceği , devir konusu işlemde Mey İçki'nin geniş portföyündeki ürünlerin satış ve pazarlamasında agresif bir politika izlediği, işleme izin verilirse pazarda rekabetin önemli ölçüde azalacağı ve devralmanın 4054 sayılı Kanununun 7. maddesine aykırı hale geleceği, piyasanın özelleştirme öncesindeki gibi tekelci pazar yapısına dönüşeceği ve devralmaya bu koşullarla izin verilmemesi gerektiği hususlarına yer verildiği, Kurul tarafından Mey İçki'nin hakim durumda bulunduğuna yönelik olarak yapılan analizlerde öncelikle pazar payının değerlendirildiği, teşebbüsün; Rakı piyasasındaki pazar payının yüksek olduğu, piyasanın serbestleştirilmesine karşın Mey İçki'nin yüksek pazar payını koruduğu ,Hakim durum analizi pazara giriş engelleri açısından irdelendiğinde de;Yeni Rakı markasının perakendeciler açısından bulundurulması zorunlu bir ürün ve markanın rakı kategorisiyle eşanlamlı olduğu, Mey İçki'nin rakı dışında votka, cin, likör, kanyak, şarap ve biraya yayılan portföyüyle Türkiye'deki en geniş alkollü içecek portföyüne sahip firma konumu ve ürünlerinin birçok kategoride normal ya da ucuz fiyat düzeyine sahip markalar kadar daha pahalı (premium) markaları da içermesinin, teşebbüsün portföy gücüne yaptığı katkı , dağıtımda bu geniş portföyün kapsam ekonomileri açısından Mey İçki'ye avantaj sağladığı, Teşebbüsün bulunurluk oranının çok yüksek olduğu, rakip teşebbüslerin portföy genişletme imkanlarının önünde engeller bulunduğu, Ölçek ekonomileri açısından Mey İçki'nin rakiplerine yönelik avantajlı konuma sahip olduğu tespitlerinin yapıldığı ,Konu rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız davranabilme gücü açısından incelendiğinde ise; Mey İçki faaliyetlerinin rakipleri tarafından kısıtlanamadığı, müşterilerinin çoğu için Mey İçki ürünlerini satmamanın, alkollü içki cirosunun önemli bir bölümünün kaybı anlamına geleceğinden hareketle, Mey İçki'nin müşterilerinden ve rakiplerinden bağımsız hareket etme gücüne sahip olduğu, Mey İçki'nin başta rakı olmak üzere, votka, cin, likör, kanyak ve şarap üretiminde bulunduğu ancak esas gücünü oluşturan rakı kategorisindeki ürünler incelendiğinde teşebbüsün 8 farklı marka ve toplam 12 ürünle rakı pazarının her segmentinde faaliyet gösterdiği ,votkada ise 4 farklı marka ve çok çeşitli aromalarla toplam 13 ürünü , likörde 9, cin ve kanyakta 2, şarapta ise 14 farklı ürünü bulunduğu, bu kadar kapsamlı olmasa da Burgaz ve Elda'nın da benzer bir ürün çeşitlendirmesi stratejisi izlediği,söz konusu ürün çeşitliliği başta Mey İçki olmak üzere diğer teşebbüslere de portföy gücü anlamında bir güç kazandırdığı ve ayrıca pazara rekabetçi açıdan girişin önünde engel oluşturduğu, Rakı pazarının Ülkemizde özellikle son yıllarda çeşitli

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/1168
Karar No : 2014/1716

gerekçelere bağlı olarak hacim olarak daralan bir piyasa konumunda olduğu, 2000 yılında 66, 2001 yılında 64, 2002 yılında da 60 milyon litre olan pazarın özelleştirme ile birlikte hacim kaybetmeye devam ettiği ve 2008 itibarıyla tüketimin 44 milyon litreye düştüğü, 8 yılda yaklaşık olarak %65 oranında küçülen pazar hacminin, 2004 yılına göre, bazı yıllardaki artış ve azalışların göz ardı edilmesi durumunda, sabit bir seyir izlediği, Burgaz'ın rakıda 4 farklı marka ve 8 çeşit ürün, votkada da 2 farklı marka ve 10 çeşit ürünle faaliyet gösterdiği, Elda'nın ise rakı pazarında 7 farklı ürünü ve 4 farklı markası bulunduğu, bu nedenlerle Mey İçki'nin sahip olduğu yüksek pazar payı ve pazardaki giriş engelleri ile rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olarak hareket ettiğinin anlaşılması karşısında hakim durumda olduğu, öte yandan, Burgaz'ın pazarda "aykırı firma" olduğu, bir aykırı firmanın devralınmasının koordinasyon doğurucu etkilerinin yanı sıra tek taraflı etkiler de doğurarak rekabeti olumsuz yönde etkileme olasılığının bulunduğu, İhale öncesinde TMSF'ye sunulan teklif dosyası ekinde yer alan incelemeye konu bildirimde Mey İçkinin, ihalenin tek katılımcısı olması halinde işlem bakımından batan teşebbüs savunmasının dikkate alınması gerektiği, Türk Rekabet Hukuku'nda batan teşebbüs savunmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, ABD ve AB düzenlemelerinin bu konuda yol gösterici nitelikte olduğu belirtilerek, Burgaz'ın batan bir teşebbüs olup olmadığına ilişkin yapılan değerlendirmeler ışığında, her ne kadar Garipoğlu Grubu'nun TMSF'ye olan borcuna kefil olması ve bu borca teminat olarak teşebbüs üzerinde ticari işletme rehni bulunması nedenleriyle iktisadi bütünlük mali yükümlülüklerini karşılayabilir durumda bulunmasa da, işleme izin verilmemesi halinde derhal pazar dışına çıkacağına mutlak olarak söylenemeyeceği dikkate alındığında, söz konusu iktisadi bütünlüğün batan teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceği, Burgaz'ın pazar dışına çıkması durumunda 2008 yılındaki üretim oranlarının rakıda %81, cinde %613 ve likörde %199 oranında artması gerekmekte olup bu pazarlar bakımından bu artışların 2004-2009 dönemindeki eğilim dikkate alındığında olası görülmediği, bu nedenle işleme izin verilmemesi halinde Burgaz'ın pazar dışına çıkarsa, pazarda fiyatların yükselmesi ya da kalitenin azalması ile sonuçlanacak bir arz kısıtının oluşmayacağı sonucuna varıldığı, Burgaz'ın sahip olduğu markaların pazar dışına çıkmasının etkilerinin de değerlendirildiği, Markaların pazar dışına çıkmasının rekabeti olumsuz yönde etkileme durumunun, tüketici tercihlerinin kısıtlanmasından kaynaklanacağı, Burgaz'ın sahip olduğu markaların en önemlilerinden birinin Burgaz Rakı olduğu, bu markaların bulunduğu segmentte, tüketim tercihinde ürün fiyatının markaya atfedilen değerden daha önemli olduğu, bu bakımdan rakıda birçok farklı markanın yer aldığı, ucuz segmentte konumlandırılan Burgaz markalarının pazar dışına çıkması ile tüketici tercihlerinin önemli ölçüde kısıtlanmayacağı, batan bir teşebbüsün hakim durumdaki bir firma tarafından devralınması sonrası devralan firmanın elde ettiği kapasite imkânı ile rekabeti kısıtlayabileceği, zira, hakim durumdaki firmanın elinde bulundurduğu fazla kapasitesini potansiyel rakiplerin pazara girişini engellemeye ya da pazardaki fiyat artışlarını takip etmeyerek rekabetçi bir tehdit yaratan küçük bir firmayı disipline etmeye yönelik olarak kullanmasının mümkün olacağı, söz konusu devralmanın pazardaki

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE**Esas No : 2010/1168****Karar No : 2014/1716**

yoğunlaşma üzerinde olası etkisinin Kurul Raportörleri tarafından hesaplandığı, buna göre işlemin anti-rekabetçi etkilerinin yüksek olabileceğinin tespit edildiği, Pazarda "Yeni Rakı" markasının bulunmasının bu ürünün perakendeciler için bulundurulması zorunlu olan" bir ürün niteliği taşıdığı, pazardaki cironun yaklaşık yarısının bu üründen oluştuğu, yıllardan beri pazarda bulunan rakip ürünlerin "Yeni Rakı"ya kıyasla bu açıdan oldukça küçük kaldığı, "Yeni Rakı"nın tüketicilerin zihninde rakıyla özdeşleştiği belirtilerek pazara yeni giriş yapmak isteyen teşebbüsün önünde bu hususun bir engel olduğunun tespiti yapılarak, Rakı pazarındaki marka bağımlılığının da bu açıdan incelendiği ve diğer alkollü içkilere göre bu üründe daha çok marka bağımlılığı olduğunun ortaya konulduğu, ayrıca ürün farklılaştırmasının bir giriş engeli olabileceği, rakı pazarındaki tüketim eğiliminin artış içinde olmamasının da bu açıdan bir olumsuzluk olarak değerlendirilmesi gerektiği, Rakı üretimine yönelik mevzuattan kaynaklanan unsurların üründe yenilik yapılmasının önünde engel olduğu, üstelik pazardaki mevcut teşebbüslerin rakı gibi üretim süreci homojen olan bir üründe yapılabilecek birçok yeniliği yaptıkları değerlendirilerek pazarda giriş engellerinin olduğu, bu kısıtların teoride pazara giriş engelleri arasında gösterilen fakat bu pazarda geçerli olmayan üretimde ölçek ekonomisi ve firmanın önemli derecede etkinliği, mutlak maliyet avantajları, yüksek sermaye gerekliliği ve sabit maliyet yoğunluğu gibi unsurlara göre daha ağır bastığı, Mey İçki gibi rakı ve diğer alkollü içkilerde yüksek pazar payı bulunan bir teşebbüsün bulunduğu pazarlara girilmesinin kolay olmadığı, Burgaz'ın Mey İçki tarafından devralınması neticesinde oluşacak yüksek pazar payı ve bununla bağlantılı pazar gücünün yeni bir girişle dengelenemeyeceği ve pazarda potansiyel rekabetin olamayacağı, Pazarın rakı hariç yüksek alkollü içkiler olarak daha geniş bir şekilde ele alınması halinde ithalatçıların yaklaşık olarak %38 civarında bir pazar payına sahip oldukları, bu nedenle yüksek alkollü içkiler pazarındaki ithalatçıların devralma sonrası oluşabilecek yüksek pazar gücünü önleyici rekabetçi bir baskı yaratacağının bu aşamada söz konusu olmadığı, Burgaz ve Mey İçki arasındaki işlemin, hâkim durumda bulunan ve giriş engelleri olan ve potansiyel rekabet fazla olmayan bir pazarda faaliyet gösteren yüksek pazar payına sahip bir teşebbüsün pazarda ikinci konumda bulunan aykırı firma konumundaki rakibini devralmasının rekabeti kısıtlayacağına saptandığı anlaşılmaktadır.

Dava dosyasının, mevzuat hükümleriyle birlikte değerlendirilmesinden; tarafların pazar paylarına bakıldığında 2008 yılında Burgaz'ın rakı pazarındaki payının %20-30 ,Mey İçki'nin pazar payının %60-70 ,en geniş pazar tanımı olan rakı hariç diğer yüksek alkollü içkiler pazarında ise Burgaz'ın ve Mey İçki'nin pazar paylarının sırasıyla %20-30 ve %40- 50 olduğu, Alkol ve Alkollü İçki pazarında faaliyet gösterebilmek için marka bilinirliği yaratmaya ve yaygın dağıtıma olan ihtiyaç, mevcut yasal düzenlemeler gereği kitlesel yayın organlarındaki reklam yasağı, nihaî satış noktalarında bulunurluk konusunda yaşanan sorunlar ve Mey İçkinin pazardaki mevcut konumu ve ürünlerinin, özellikle rakıdaki marka ününün, bu pazarda potansiyel rekabet baskısı yaratılmasını engeller nitelikte olduğu, Mey İçkinin ilgili pazarda yıllardır sahip olduğu hâkim durumunu son dönemde artan pazar payı ile koruduğu, Türkiye'de

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/1168

Karar No : 2014/1716

alkol ve alkollü içki pazarına özellikle rakı pazarına giriş engelinin oldukça yüksek olduğu, marka bağımlılığının ve tüketici sadakatının bu denli hâkim olduğu bir pazarda yeni bir marka ile pazara girmenin mevcut reklâm yasakları ile değerlendirildiğinde oldukça zor görüldüğü, pazara yeni bir ürün sunmanın oldukça zor olmasının pazardaki mevcut rekabeti önemli kıldığı, ilgili pazarda pazar payı ve bilinirliği ile ikinci sırada yer alan Burgaz'ın devralınmasının Mey İçkinin hâkim durumunu daha da güçlendireceği ve önemli ölçüde rekabetin azaltılmasına ve tüketici tercihinin kısıtlanmasına neden olacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan, yoğunlaşma işlemlerinde uygulanacak usul kuralları Kanunun 10 ila 12 inci maddelerinde düzenlenmiştir. 10. maddede her ne kadar bildirim bakımından 7. madde kapsamına giren işlemlere atıf yapılmakta ise de, bu ifadenin maddenin ikinci fıkrasına dayanarak Kurulun belirlediği izne tabi işlemlere ilişkin olduğu, zira 7. madde kapsamındaki işlemlerin hukuka aykırılığının açıkca düzenlendiği, bu işlemlere Kurulun izin verebilmesinin mümkün olmadığı açıktır.

Kanunda izne tabi yoğunlaşma işlemleri bakımından, ön inceleme ve nihai inceleme olmak üzere iki aşamalı inceleme süreci öngörülmüş, ön inceleme aşamasında, Kurulun tek seçeneği, işlemle ilgili rekabetçi sorun olmadığı sürece, izin kararı vermek olduğu, ön inceleme sonunda herhangi bir şart öne sürülmesinin hukuken mümkün olmadığı, nihai inceleme sonucunda verilecek kararda ise şartların Kurulca tek taraflı olarak belirlenemeyeceği, 139/2004 No.lu Yoğunlaşmalara İlişkin Konsey Tüzüğü ve 802 /2004 No.lu Uygulama Tüzüğü esasları çerçevesinde Komisyonun 2008 yılında çıkardığı Duyuru'da da yer alan bildirimler birlikte değerlendirildiğinde, ticari gerçekleri en iyi tarafların bileceği ve ortaya konulan rekabet sorununun en düşük maliyetli ve kalıcı çözümünün yine iş sahiplerince üretileceğinden yola çıkılarak birleşme ve devralmaların yasaklanmasının ilgili teşebbüslerin ticari tercihlerini doğrudan sınırlandıran bir karar olması nedeniyle, tarafların ve üçüncü kişilerin yoğunlaşmaya ilişkin itirazlar hakkında bilgilendirilmesi belirlenen süre içerisinde görüşlerinin alınması, ve yasaklama kararı verilmeden önce yoğunlaşmaya ilişkin itiraz ve görüşlerin Kurul tarafından değerlendirilmesi, teşebbüslerin çıkarlarının gözetilmesi bakımından ve yasaklama kararı verilmeden koşullu izin verilmesine ya da Kurulun değiştirilen taahhütleri inceleyerek işleme izin verebileceğinin de mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Ancak, Kurulun yoğunlaşma işleminin 7. madde kapsamında olduğunun (ki ,dava konusu işlemde raportörlerin ön inceleme aşamasında tespit ettikleri rekabet sorunlarını taraflarla yaptıkları görüşmeler sonucunda, işlemin mevcut halinin hangi bakımlardan Kanun'un 7. madde açısından sakınca doğurduğu tespitlerine yer verilmiştir.) ön inceleme aşamasında tespit edilmiş olmasının, rekabet sorununun ortaya konması anlamına geleceğinden, söz konusu yoğunlaşma işleminin de Kurul tarafından 7. madde kapsamına giren bir işlem niteliğinde olması nedeniyle, nihai inceleme yapılmadan izin verilmemesi ya da diğer bir ifadeyle işlemin yasaklanmasına karar verilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı şirketin diğer iddiaları da geçerli bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Rekabet Kurulu'nun 18.11.2009 günlü, 09-56/1325-331 sayılı kararının iptali isteminin reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 06.05.2014 tarihinde, davacı vekilinin gelmediği, davalı idare Hukuk Müşaviri Selim Aydemir'in geldiği, Danıştay Savcısı'nın hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Gelen tarafa usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra gelen tarafa son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüldü:

Dava, Burgaz Alkollü İçecekler Ticari ve İktisadi Bütünlüğü'nün Mey İçki Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne devrine izin verilmemesine yönelik Rekabet Kurulu'nun 18.11.2009 günlü, 09-56/1325-331 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında, bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki 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, devralmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu, 2. fıkrasında da, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul'un, çıkaracağı tebliğlerle ilan edeceği kurala bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum oluşturmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmesini yasaklayan 7. madde hükmünün, birleşme/devralmalar açısından "hâkim durum testi" olarak ifade edilen değerlendirme yöntemini benimsediği anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, bu yöntemin iki aşamalı bir değerlendirme içerdiği, bu çerçevede, birleşme/devralma sonrasında hakim durum oluşturulması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin yasaklanabilmesi için, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu da doğurduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Aynı Kanun'un "Anlaşma, Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmesi" başlıklı 10. maddesinin ikinci fıkrasında ise, 7. madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmalarının Kurul'a bildirildiği tarihten itibaren Kurul'un, onbeş gün içinde yapacağı ön

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/1168

Karar No : 2014/1716

inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vereceği ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihaî karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ etmek zorunda olduğu kurala bağlanmış; 27. maddesinin (d) bendinde de, birleşme ve devralmalara izin vermek Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayalı olarak çıkarılan ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğin 2. maddesinin (b) bendinde, 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 devralması veya kontrol etmesi, Kanunun 7. maddesi çerçevesinde teşebbüsler arası birleşme ve devralma kabul edilerek, bunlar için Tebliğin 4. maddesindeki koşullara bağlı olarak Rekabet Kurulundan izin alınması gerektiği belirtilmiş, Tebliğin 4. maddesinin birinci fıkrasında da, bu Tebliğin 2. maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması hâlinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı aşması hâlinde Rekabet Kurulundan izin almalarının zorunlu olduğu, 1997/1 sayılı Tebliğin 6. maddesinin üçüncü fıkrasında, Kurulun bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verileceği öngörülmüştür.

Dava dosyasının incelenmesinden, TMSF Fon Kurulu'nun 12.6.2008 tarihli kararıyla Burgaz Alkollü İçkiler Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin mal, hak ve sözleşmelerinden oluşturulan Burgaz Alkollü İçkiler Ticari İktisadi Bütünlüğü'nün 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134. maddesi kapsamında satışına karar verildiği, 2.7.2009 tarih ve 27276 sayılı Resmî Gazete'de ilan edilen ihale ile satışa çıkarıldığı ve 5.8.2009 tarihinde düzenlenen ihaleye katılan tek teşebbüs olan Mey İçki'nin teklifinin, TMSF Fon Kurulu'nun 20.8.2009 tarihli toplantısında onaylandığı, işlemin gerçekleşmesi için gerekli iznin temini amacıyla 1998/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde Rekabet Kurumu'na başvurulduğu, 1998/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca, özelleştirme kapsamında gerçekleştirilecek devralmaya taraf olan teşebbüslerin ilgili ürün piyasasındaki toplam pazar paylarının %25'i veya toplam cirolarının 25 milyon TL'yi aşması hâlinde, devralma işleminin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerektiği, 1998/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesi ise 1997/1 sayılı Tebliğ'in bu Tebliğ'e aykırı olmayan hükümlerinin özelleştirme yolu ile devralma işlemlerine uygulanmasına devam edileceğinin belirtildiği, TMSF eliyle kamu adına yapılan satışlarda da bu düzenlemelerin uygulandığı, Burgaz Alkollü İçki ve Burgaz Pazarlama'dan oluşan Burgaz İçki İktisadi Bütünlüğü'nün kontrolü el değiştireceği için, işletmenin TMSF tarafından düzenlenen ihalede tek teklif veren Mey İçki tarafından devralınması işleminin, 1998/4 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/1168

Karar No : 2014/1716

kapsamında bir devralma işlemi olduğu, Kurul Raportörleri tarafından, Burgaz'ın Mey İçki'ye devredilmesi işlemine ilişkin sektörde yer alan rakı üreticileri ve ithalatçılarla yapılan görüşmeler, Burgaz İçki hisselerinin %98'ine sahip olan Emine Başer tarafından Kurum'a gönderilen 9.9.2009 tarih ve 6521 sayılı yazı, Burgaz'ın hakim ortağı Emine Başer'in temsilcisi ve Hayyam Garipoğlu ile 22.10.2009 tarihinde Kurulun talebiyle kurum binasında yapılan toplantı sonucunda, %60-70'lık pazar payı bulunan Mey İçki'nin %20-30 pazar payına sahip Burgaz'ı devralması hâlinde mevcut hâkim durumunu ciddi olarak güçlendireceği, devir konusu işlemde Mey İçki'nin geniş portföyündeki ürünlerin satış ve pazarlamasında agresif bir politika izlediği, işleme izin verilirse pazarda rekabetin önemli ölçüde azalacağı ve devralmanın 4054 sayılı Kanununun 7. maddesine aykırı hâle geleceği, piyasanın özelleştirme öncesindeki gibi tekeli pazar yapısına dönüşeceği ve devralmaya bu koşullarla izin verilmemesi gerektiği hususlarına yer verildiği, Kurul tarafından Mey İçki'nin hakim durumda bulunduğuna yönelik olarak yapılan analizlerde öncelikle pazar payının değerlendirildiği, teşebbüsün; rakı piyasasındaki pazar payının yüksek olduğu, piyasanın serbestleştirilmesine karşın Mey İçki'nin yüksek pazar payını koruduğu, hakim durum analizi pazara giriş engelleri açısından irdelendiğinde de; Yeni Rakı markasının perakendeciler açısından bulundurulması zorunlu bir ürün ve markanın rakı kategorisiyle eşanlamlı olduğu, Mey İçki'nin rakı dışında votka, cin, likör, kanyak, şarap ve biraya yayılan portföyüyle Türkiye'deki en geniş alkollü içecek portföyüne sahip firma konumu ve ürünlerinin birçok kategoride normal ya da ucuz fiyat düzeyine sahip markalar kadar daha pahalı (premium) markaları da içermesinin, teşebbüsün portföy gücüne yaptığı katkı, dağıtımda bu geniş portföyün kapsam ekonomileri açısından Mey İçki'ye avantaj sağladığı, teşebbüsün bulunurluk oranının çok yüksek olduğu, rakip teşebbüslerin portföy genişletme imkânlarının önünde engeller bulunduğu, ölçek ekonomileri açısından Mey İçki'nin rakiplerine yönelik avantajlı konuma sahip olduğu tespitlerinin yapıldığı, konu rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız davranabilme gücü açısından incelendiğinde ise; Mey İçki faaliyetlerinin rakipleri tarafından kısıtlanamadığı, müşterilerinin çoğu için Mey İçki ürünlerini satmamanın, alkollü içki cirosunun önemli bir bölümünün kaybı anlamına geleceğinden hareketle, Mey İçki'nin müşterilerinden ve rakiplerinden bağımsız hareket etme gücüne sahip olduğu, Mey İçki'nin başta rakı olmak üzere, votka, cin, likör, kanyak ve şarap üretiminde bulunduğu, ancak esas gücünü oluşturan rakı kategorisindeki ürünler incelendiğinde teşebbüsün 8 farklı marka ve toplam 12 ürünle rakı pazarının her segmentinde faaliyet gösterdiği, vorkada ise 4 farklı marka ve çok çeşitli aromalarla toplam 13 ürünü, likörde 9, cin ve kanyakta 2, şarapta ise 14 farklı ürünü bulunduğu, bu kadar kapsamlı olmasa da Burgaz ve Elda'nın da benzer bir ürün çeşitlendirmesi stratejisi izlediği, söz konusu ürün çeşitliliğinin başta Mey İçki olmak üzere diğer teşebbüslere de portföy gücü anlamında bir güç kazandırdığı ve ayrıca pazara rekabetçi açıdan girişin önünde engel oluşturduğu, rakı pazarının ülkemizde özellikle son yıllarda çeşitli gerekçelere bağlı olarak hacim olarak daralan bir piyasa konumunda olduğu, 2000 yılında 66, 2001 yılında 64, 2002 yılında da 60 milyon litre olan

**DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE****Esas No : 2010/1168****Karar No : 2014/1716**

pazarın özelleştirme ile birlikte hacim kaybetmeye devam ettiği ve 2008 itibarıyla tüketimin 44 milyon litreye düştüğü, 8 yılda yaklaşık olarak %65 oranında küçülen pazar hacminin, 2004 yılına göre, bazı yıllardaki artış ve azalışların göz ardı edilmesi durumunda sabit bir seyir izlediği, Burgaz'ın rakıda 4 farklı marka ve 8 çeşit ürün, votkada da 2 farklı marka ve 10 çeşit ürünle faaliyet gösterdiği, Elda'nın ise rakı pazarında 7 farklı ürünü ve 4 farklı markası bulunduğu, bu nedenlerle Mey İçki'nin sahip olduğu yüksek pazar payı ve pazardaki giriş engelleri ile rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olarak hareket ettiğinin anlaşılması karşısında hâkim durumda olduğu, öte yandan, Burgaz'ın pazarda "aykırı firma" olduğu, bir aykırı firmanın devralınmasının koordinasyon doğurucu etkilerinin yanı sıra tek taraflı etkiler de doğurarak rekabeti olumsuz yönde etkileme olasılığının bulunduğu, ihale öncesinde TMSF'ye sunulan teklif dosyası ekinde yer alan incelemeye konu bildirimde Mey İçkinin, ihalenin tek katılımcısı olması hâlinde işlem bakımından batan teşebbüs savunmasının dikkate alınması gerektiği, Türk Rekabet Hukuku'nda batan teşebbüs savunmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, ABD ve AB düzenlemelerinin bu konuda yol gösterici nitelikte olduğu belirtilerek, Burgaz'ın batan bir teşebbüs olup olmadığına ilişkin yapılan değerlendirmeler ışığında, her ne kadar Garipoğlu Grubu'nun TMSF'ye olan borcuna kefil olması ve bu borca teminat olarak teşebbüs üzerinde ticari işletme rehni bulunması nedenleriyle iktisadi bütünlük mali yükümlülüklerini karşılayabilir durumda bulunmasa da, işleme izin verilmemesi hâlinde derhal pazar dışına çıkacağına mutlak olarak söylenemeyeceği dikkate alındığında, söz konusu iktisadi bütünlüğün batan teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceği, Burgaz'ın pazar dışına çıkması durumunda 2008 yılındaki üretim oranlarının rakıda %81, cinde %613 ve likörde %199 oranında artması gerekmekte olup bu pazarlar bakımından bu artışların 2004-2009 dönemindeki eğilim dikkate alındığında olası görülmediği, bu nedenle işleme izin verilmemesi hâlinde Burgaz'ın pazar dışına çıkarsa, pazarda fiyatların yükselmesi ya da kalitenin azalması ile sonuçlanacak bir arz kısıtının oluşmayacağı sonucuna varıldığı, Burgaz'ın sahip olduğu markaların pazar dışına çıkmasının etkilerinin de değerlendirildiği, Markaların pazar dışına çıkmasının rekabeti olumsuz yönde etkileme durumunun, tüketici tercihlerinin kısıtlanmasından kaynaklanacağı, Burgaz'ın sahip olduğu markaların en önemlilerinden birinin Burgaz Rakı olduğu, bu markaların bulunduğu segmentte, tüketim tercihinde ürün fiyatının markaya atfedilen değerden daha önemli olduğu, bu bakımdan rakıda birçok farklı markanın yer aldığı, ucuz segmentte konumlandırılan Burgaz markalarının pazar dışına çıkması ile tüketici tercihlerinin önemli ölçüde kısıtlanmayacağı, batan bir teşebbüsün hâkim durumdaki bir firma tarafından devralınması sonrası devralan firmanın elde ettiği kapasite imkânı ile rekabeti kısıtlayabileceği, zira, hâkim durumdaki firmanın elinde bulundurduğu fazla kapasitesini potansiyel rakiplerin pazara girişini engellemeye ya da pazardaki fiyat artışlarını takip etmeyerek rekabetçi bir tehdit yaratan küçük bir firmayı disipline etmeye yönelik olarak kullanmasının mümkün olacağı, söz konusu devralmanın pazardaki yoğunlaşma üzerinde olası etkisinin Kurul Raportörleri tarafından hesaplandığı, buna göre işlemin anti-rekabetçi etkilerinin

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/1168
Karar No : 2014/1716

yüksek olabileceğinin tespit edildiği, pazarda "Yeni Rakı" markasının bulunmasının bu ürünün perakendeciler için bulundurulması zorunlu olan" bir ürün niteliği taşıdığı, pazardaki cironun yaklaşık yarısının bu üründen oluştuğu, yıllardan beri pazarda bulunan rakip ürünlerin "Yeni Rakı"ya kıyasla bu açıdan oldukça küçük kaldığı, "Yeni Rakı"nın tüketicilerin zihninde rakıyla özdeşleştiği belirtilerek pazara yeni giriş yapmak isteyen teşebbüsün önünde bu hususun bir engel olduğunun tespiti yapılarak, rakı pazarındaki marka bağımlılığının da bu açıdan incelendiği ve diğer alkollü içkilere göre bu üründen daha çok marka bağımlılığı olduğunun ortaya konulduğu, ayrıca ürün farklılaştırmasının bir giriş engeli olabileceği, rakı pazarındaki tüketim eğiliminin artış içinde olmasının da bu açıdan bir olumsuzluk olarak değerlendirilmesi gerektiği, Rakı üretimine yönelik mevzuattan kaynaklanan unsurların üründen yenilik yapılmasının önünde engel olduğu, üstelik pazardaki mevcut teşebbüslerin rakı gibi üretim süreci homojen olan bir üründen yapılabilecek birçok yeniliği yaptıkları değerlendirilerek pazarda giriş engellerinin olduğu, bu kısıtların teoride pazara giriş engelleri arasında gösterilen, fakat bu pazarda geçerli olmayan üretimde ölçek ekonomisi ve firmanın önemli derecede etkinliği, mutlak maliyet avantajları, yüksek sermaye gerekliliği ve sabit maliyet yoğunluğu gibi unsurlara göre daha ağır bastığı, Mey İçki gibi rakı ve diğer alkollü içkilerde yüksek pazar payı bulunan bir teşebbüsün bulunduğu pazarlara girilmesinin kolay olmadığı, Burgaz'ın Mey İçki tarafından devralınması neticesinde oluşacak yüksek pazar payı ve bununla bağlantılı pazar gücünün yeni bir girişle dengelenemeyeceği ve pazarda potansiyel rekabetin olamayacağı, pazarın rakı hariç yüksek alkollü içkiler olarak daha geniş bir şekilde ele alınması hâlinde ithalatçıların yaklaşık olarak %38 civarında bir pazar payına sahip oldukları, bu nedenle yüksek alkollü içkiler pazarındaki ithalatçıların devralma sonrası oluşabilecek yüksek pazar gücünü önleyici rekabetçi bir baskı yaratmasının bu aşamada söz konusu olmadığı, Burgaz ve Mey İçki arasındaki işlemin, hâkim durumda bulunan ve giriş engelleri olan ve potansiyel rekabet fazla olmayan bir pazarda faaliyet gösteren yüksek pazar payına sahip bir teşebbüsün pazarda ikinci konumda bulunan aykırı firma konumundaki rakibini devralmasının rekabeti kısıtlayacağına saptandığı gerekçeleriyle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından satışa sunulan Burgaz Alkollü İçecekler Ticari ve İktisadi Bütünlüğü'nün Mey İçki Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işlemine 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" uyarınca yapılan izin başvurusunun, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesi neticesinde; ilgili işlemin 1998/4 sayılı Tebliğ uyarınca izne tabi bir devralma işlemi olduğuna, söz konusu devralmanın gerçekleşmesi hâlinde, rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde, rakı pazarında mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi, rakı hariç diğer yüksek alkollü içkiler pazarında ise hâkim durum yaratılması nedeniyle işleme 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde izin verilmemesine karar verildiği, söz konusu kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava dosyasının, mevzuat hükümleriyle birlikte değerlendirilmesinden; tarafların pazar paylarına bakıldığında 2008 yılında Burgaz'ın rakı pazarındaki payının %20-30, Mey İçki'nin pazar payının %60-70, en geniş pazar tanımı olan rakı hariç diğer yüksek alkollü içkiler pazarında ise Burgaz'ın ve Mey İçki'nin pazar paylarının sırasıyla %20-30 ve %40-50 olduğu, alkol ve alkollü içki pazarında faaliyet gösterebilmek için marka bilinirliği yaratmaya ve yaygın dağıtımına olan ihtiyaç, mevcut yasal düzenlemeler gereği kitlesel yayın organlarındaki reklam yasağı, nihaî satış noktalarında bulunurluk konusunda yaşanan sorunlar ve Mey İçkinin pazardaki mevcut konumu ve ürünlerinin, özellikle rakıdaki marka ürünün, bu pazarda potansiyel rekabet baskısı yaratılmasını engeller nitelikte olduğu, Mey İçkinin ilgili pazarda yıllardır sahip olduğu hâkim durumunu son dönemde artan pazar payı ile koruduğu, Türkiye'de alkol ve alkollü içki pazarına özellikle rakı pazarına giriş engelinin oldukça yüksek olduğu, marka bağımlılığının ve tüketici sadakatinin bu denli hâkim olduğu bir pazarda yeni bir marka ile pazara girmenin mevcut reklâm yasakları ile değerlendirildiğinde oldukça zor görüldüğü, pazara yeni bir ürün sunmanın oldukça zor olmasının pazardaki mevcut rekabeti önemli kıldığı, ilgili pazarda pazar payı ve bilinirliği ile ikinci sırada yer alan Burgaz'ın devralınmasının Mey İçkinin hâkim durumunu daha da güçlendireceği ve önemli ölçüde rekabetin azaltılmasına ve tüketici tercihinin kısıtlanmasına neden olacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Kanunda izne tabi yoğunlaşma işlemleri bakımından, ön inceleme ve nihai inceleme olmak üzere iki aşamalı inceleme süreci öngörülmüş, ön inceleme aşamasında, Kurulun tek seçeneği, işlemle ilgili rekabetçi sorun olmadığı sürece, izin kararı vermek olduğu, ön inceleme sonunda herhangi bir şart öne sürülmesinin hukuken mümkün olmadığı, nihai inceleme sonucunda verilecek kararda ise şartların Kurulca tek taraflı olarak belirlenemeyeceği, 139/2004 No.lu Yoğunlaşmalara İlişkin Konsey Tüzüğü ve 802 /2004 No.lu Uygulama Tüzüğü esasları çerçevesinde Komisyonun 2008 yılında çıkardığı Duyuru'da da yer alan bildirimler birlikte değerlendirildiğinde, ticari gerçekleri en iyi tarafların bileceği ve ortaya konulan rekabet sorununun en düşük maliyetli ve kalıcı çözümünün yine iş sahiplerince üretileceğinden yola çıkılarak birleşme ve devralmaların yasaklanmasının ilgili teşebbüslerin ticari tercihlerini doğrudan sınırlandıran bir karar olması nedeniyle, tarafların ve üçüncü kişilerin yoğunlaşmaya ilişkin itirazlar hakkında bilgilendirilmesi belirlenen süre içerisinde görüşlerinin alınması ve yasaklama kararı verilmeden önce yoğunlaşmaya ilişkin itiraz ve görüşlerin Kurul tarafından değerlendirilmesi, teşebbüslerin çıkarlarının gözetilmesi bakımından ve yasaklama kararı verilmeden koşullu izin verilmesi ya da Kurulun değiştirilen taahhütleri inceleyerek işleme izin verebileceğinin de mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Ancak, Kurulun yoğunlaşma işleminin 7. madde kapsamında olduğunun (ki, dava konusu işlemde raportörlerin ön inceleme aşamasında tespit ettikleri rekabet sorunlarını taraflarla yaptıkları görüşmeler sonucunda, işlemin mevcut hâlinin hangi bakımlardan Kanun'un 7. madde açısından sakınca doğurduğu tespitlerine yer verilmiştir.) ön inceleme aşamasında tespit edilmiş olmasının, rekabet sorununun ortaya konması anlamına geleceğinden, söz

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/1168
Karar No : 2014/1716

konusu yoğunlaşma işleminin de Kurul tarafından 7. madde kapsamına giren bir işlem niteliğinde olması nedeniyle, nihai inceleme yapılmadan izin verilmemesi ya da diğer bir ifadeyle işlemin yasaklanmasına karar verilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı şirketin diğer iddiaları da geçerli bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davanın reddine, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 224,15-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 06.05.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan Vekili	Üye	Üye	Üye	Üye
Zümrüt	H. Neşe	E. Yücel	Zeki	Hamza
ÖDEN	SARI	SEYHAN	YİĞİT	EYİDEMİR



Yargılama Giderleri :

Başvuru Harcı : 26,25-TL
Karar Harcı : 35,50-TL
Y.D. Harcı : 28,15-TL
Y.D. İtiraz Harcı : 49,25-TL
Posta Gideri : 85,00-TL
Toplam : 224,15-TL