

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D3/1/Ş.YA.-02/1 (Muafiyet)

Karar Sayısı : 02-13/125-52

Karar Tarihi : 8.3.2002

A-TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU.

Üyeler : Dr.Kemal EROL, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER, Mustafa PARLAK, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL

B- RAPORTÖRLER: Şahin YAVUZ, Pelin UYANIK

C- BAŞVURUDA BULUNAN: - JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş.

Temsilcileri: Av. Ender KOÇ, Av. Bülent GÖRÜR
Hüsrev Gerede Cad. No:102 Teşvikiye / İSTANBUL

D- TARAFLAR: - JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş.

Yıldırım Oğuz Göker Cad. Maya Tower / Akatlar / İSTANBUL

- JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş.'nin yeniden satıcıları

E- DOSYA KONUSU: **JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş. (JTI) ile yeniden satıcıları arasında yapılacak olan dağıtım anlaşmalarına bireysel muafiyet verilmesi talebi.**

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına ilk olarak 5.5.1998 tarih ve 1157 sayılı ile giren başvuruda, Pasaş Pazarlama Dağıtım ve Reklam Hizmetleri A.Ş. ile JTI arasında daha önce mevcut olan dağıtım anlaşmasına menfi tespit/muafiyet verilmesi talep edilmiştir. Kurul'un 12.10.1999 tarih ve 99-47/507-323 sayılı kararı ile ilgili dağıtım anlaşmasının bazı hükümlerinde değişiklik yapılmasına ve bu değişikliklerin yapıldığının 60 gün içinde Kurum'a tevsik edilmesine bu suretle anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabileceğine hükmedilmiştir. JTI tarafından 26.11.2001 tarihinde tebellüğ edilen Karar üzerine yapılan 19.12.2001 tarih ve 5367 sayılı başvuruda, Kurul Kararına konu olan anlaşmaların yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiş ve başvuru ekinde gönderilen yeni anlaşmalar için bireysel muafiyet talebinde bulunulmuştur. Bunun üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5 ve 8. maddeleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 31.1.2002 tarih, D3/1/Ş.YA.-02/1 sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Ön İnceleme Raporu 1.2.2002 tarih, REK.0.07.00.00/4 sayılı Başkanlık önergesi ile 02-13 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- Bildirim konusu dağıtım anlaşmalarında bulunan ve grup muafiyeti tebliğleri dışında kalan rekabet sınırlamalarından; yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından belirlenmesini öngören hükmün, ilgili yasal düzenlemeler dolayısıyla zorunlu olduğu

ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un yasaklayıcı hükümleri kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği,

- Söz konusu dağıtım anlaşmalarının feshedilmesi durumunda fesih tarihinden itibaren 1 yıllık sürenin sonuna kadar dağıtıcılar üzerine getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün ise, sağlayıcı tarafından dağıtıcılara aktarılan "know-how" dolayısıyla makul olduğu ve rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmasına yol açmadığı,

- Bu nedenle Kanun'un 5. maddesi gereğince ilgili dağıtım anlaşmalarına 5 yıla kadar bireysel muafiyet verilebileceği

ifade edilmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

Ürün Pazarı: Bireysel muafiyet verilmesi talep edilen dağıtım anlaşmalarına konu olan sigara, üretiminde kullanılan tütün çeşitlerine göre dört ayrı grupta değerlendirilmektedir:

1. Şark tipi tütünlerin harmanlanmasıyla üretilen "*Oriental tip*" sigaralar,
2. Flue-cured (Virginia tipi) tütünlerin harmanlanmasıyla üretilen "*İngiliz tip*" sigaralar,
3. Kara tütünlerin harmanlanmasıyla üretilen "*Fransız tip*" sigaralar,
4. Virginia, burley ve şark tipi tütünlerin harmanlanmasıyla üretilen "*Amerikan harmanı*" ya da "*blended*" sigaraları.

Türkiye'de önemli oranda tüketilen ve yaklaşık olarak sigara pazarının % 40'lık kısmını oluşturan şark tipi sigaralar yalnız Tekel Genel Müdürlüğü tarafından üretilmekte ve diğer firmalar bu kategoride üretim yapmamaktadır. Dosya mevcudu bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili ürün pazarı sigara pazarı olarak tesbit edilmiştir.

Türkiye'de Üretilen Sigaralar ve Kategorileri

SINIF	PHILIP MORRISSA	JTI	TEKEL
Premium	Marlboro, Parlaiment	Camel, Salem	Tekel 2000 (Amerikan harmanı)
Medium	Chesterfield, L&M	Winston	
Popular		Monte Carlo	Tekel 2001 (Amerikan harmanı)
Base			Samsun, Maltepe, Yeni Harman, vb. (şark tipi)

Sigara pazarının bir alt pazarı olarak nitelenebilecek olan Amerikan harmanı sigaralarda firmaların 2000 yılı pazar payları şu şekilde gerçekleşmiştir: Tekel %50, Philip Morrissa %38, JTI ise %12.

Sektöre ilişkin değerlendirmelerde göz önünde bulundurulması gereken diğer bir husus *Amerikan harmanı* sigaralarla *oriental tip* sigaraların tüketici gözündeki

farqlarıdır. *Amerikan harmanı* sigaralarda %65-%85 oranında *Virginia-burley* tipi tütünler, %15-%35 oranında şark tipi (*oriental*) tütünler kullanılmaktadır. *Oriental* tip sigaralar ise tamamen şark tütünlerinden imal edilmektedir. *Oriental* ve *Virginia-burley* tütünlerinin üretimi ve kurutulmaları, işleme imalathaneleri, kalite ve derece değerlendirmesi yapan teknik ekspertizleri birbirlerinden farklıdır. Bunun yanı sıra *Amerikan harmanı* ve *Oriental* sigaralarda kullanılan diğer materyaller de birbirlerinden farklıdır. Diğer yandan *Amerikan harmanı* sigaralarla *Oriental* sigaralar arasında fiyat, üretim ve içim yönünden farklılıklar bulunmaktadır.

Giriş Engelleri: 4207 sayılı "Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun" ile sigara ve diğer tütün mamüllerinin reklamı ve bu ürünlere ilişkin her türlü promosyon faaliyetinin yasak olması nedeniyle, söz konusu sektörde dağıtım faaliyeti diğer sektörler için daha fazla önem arz etmektedir. Bundan dolayı sigara pazarında faaliyet gösteren firmalar ürünlerinin dağıtımını, dağıtımın çok önemli olması nedeniyle kendi dağıtım ağlarını kurmak suretiyle (kendilerine bağlı teşebbüsler vasıtasıyla) yapmaktadırlar.

86/10911 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na göre, sektörde üretici bir firmanın fiyatlandırma ve satışını serbest yapabilmesi için tek vardiyada 2000 ton/yıl'dan fazla üretim yapabilecek bir kurulu kapasiteye sahip olması gerekmektedir. Diğer taraftan 91/1755 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kurulacak bu tesisin "tütün hazırlama ünitelerini de ihtiva eden entegre komple yeni tesisler" olması şartı getirilmiştir. Bu şekildeki minimum kapasite kurma ve entegre tesis zorunluluğunun önemli bir giriş engeli oluşturduğu görülmektedir. Bunlara ilave olarak sigaranın tüketicide bağımlılık yapan özelliğinin bulunması, ürünün talep esnekliğinin düşük olması sonucunu doğurmaktadır. Bu şekildeki bir yapı da söz konusu ürünlerin üzerine oldukça yüksek oranda vergi konulabilmesine olanak tanımaktadır. Nitekim ülkemizde satılan sigaranın perakende satış fiyatının yaklaşık olarak %67'sini vergi ve diğer fonlar oluşturmaktadır. Bütün bu sayılan unsurlarla birlikte sektörde kamu gücünü temsil eden, hem denetim hem üretim faaliyetinde bulunan Tekel Genel Müdürlüğü'nün konumu göz önüne alındığında sektördeki giriş engellerinin önemli boyutta olduğu görülmektedir.

Coğrafi Pazar: Söz konusu ürünlerin ülke genelinde dağıtılması dikkate alınarak ilgili coğrafi pazar, Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak belirlenmiştir.

H.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Kurumumuza yapılan başvuruda; JTI ile dağıtıcılar arasında daha önce akdedilmiş olan anlaşmaların yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiş ve başvuru ekinde gönderilen yeni yapılacak anlaşmalar için bireysel muafiyet talebinde bulunulmuştur.

Bildirime konu "Distribütörlük Sözleşmesi", 2. maddesinde düzenlenen ve yeniden satıcının faaliyet bölgesinin münhasır nitelik taşımasına yol açan sağlayıcının bir bölgede her zaman başka yeniden satıcılar tayin edebilmesine imkan veren hükmü dikkate alındığında, genel olarak 1997/4 sayılı "Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"ne uygun düzenlenmiştir. Bununla birlikte grup muafiyeti tebliği dışında kalan ve tarafların bireysel muafiyet talep etmelerinin esasını oluşturan iki düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki yeniden

satış fiyatlarına, ikincisi ise anlaşma süresini aşan rekabet kısıtlamalarına ilişkin hükümlerdir.

İlgili anlaşmanın "Özel Kurallar" bölümünün "Fiyat ve Müteselsil Kefalet" başlıklı 22. maddesinde, yeniden satış fiyatlarının sağlayıcı teşebbüs JTI tarafından tespit edileceği düzenlenmektedir. Bu uygulama, 4054 sayılı Kanun'un yasakladığı fiillerden olmasına rağmen vergi hukuku düzenlemelerinden dolayı sigaranın yeniden satış fiyatının belirlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. 13.10.1988 tarih ve 3480 sayılı "Malüller ile Şehit Dul ve Yetimlere Tütün ve Alkol Ürünlerinin Satış Bedellerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun"un 1. maddesinde,

"Tütün, Tütün mamülleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğünce imal ve ithal edilen tütün mamülleri ile ağır alkollü içkilerin satış bedellerinden yüzde iki oranında alınacak pay, bu Kanun hükümlerine göre hak sahiplerine ödenir." hükmü yer almaktadır.

Eğitim gençlik spor ve sağlık hizmetleri vergisi de, 3418 sayılı Kanun uyarınca KDV hariç perakende satış fiyatı üzerinden alınmaktadır. 16.08.1997 tarih ve 4306 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin (B) bendi, 3418 sayılı Kanun'un 7. maddesinde maktu olarak düzenlenen verginin oranını %10 olarak değiştirmiş ve söz konusu verginin tütün mamüllerinin katma değer vergisi hesabına esas alınan perakende satış fiyatı üzerinden hesaplanacağını öngörmüştür. Aynı hükme göre, 31.12.2000 tarihinde sona eren yürürlük süresi, 4702 sayılı Kanun'la 31.12.2010 tarihine kadar uzatılmıştır. Bu çerçevede sigara üreticisi firmaların sigara üzerindeki vergiyi beyan edebilmeleri ve ödeyebilmeleri için ürünün nihai satış fiyatının belirlenmiş ve önceden bilinmesi gerekmektedir. Aksi takdirde fiyatı sabit olmayan ve değişiklik gösteren ürüne ilişkin olarak teşebbüsün ödemesi gereken vergi miktarı hesaplanamayacaktır. Bu bakımdan tütün mamüllerinin yeniden satış fiyatının belirlenmesi, daha özel olan ilgili mevzuat nedeniyle zorunluluk arz ettiğinden, söz konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir.

Bildirime konu anlaşmalarda bulunan ve ilgili grup muafiyet tebliğinin izin verdiği rekabet sınırlamalarını aşan diğer bir husus ise, "Sözleşmenin Sona Ermesi" başlıklı 12. maddesinin (e) bendinde;

"...işbu sözleşmenin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde sona erme tarihinden itibaren bir yıl müddetle DİSTRİBÜTÖR başka bir sigara şirketinin mamüllerini direkt veya dolaylı yollardan dağıtım işi yapamayacağını beyan ve taahhüt eder." şeklinde ifade edilen dağıtıcı üzerine anlaşmanın feshinden itibaren 1 yıl süreyle getirilmiş rekabet yasağı hükmüdür. 1997/4 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'ne göre, taraflar üzerinde getirilecek tüm rekabet sınırlamalarının anlaşma süresiyle sınırlı kalma zorunluluğu bulunmaktadır. Anlaşma süresini aşan rekabet yasakları ise, Kanun'un 5. maddesinde sayılan muafiyet şartlarından "Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması" şeklindeki (d) bendi şartının sağlanmamasına neden olacağından, ancak haklı gerekçeleri gösterilmek kaydıyla bireysel muafiyete konu olabilecektir.

Bildirim dosyasında yer alan bilgi ve belgelerden sağlayıcı teşebbüs JTI tarafından genel dağıtıcılık uygulamalarında bulunmayan ve kendine özgü özellikleri

olan bir çalışma sistemi uygulandığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede anlaşma süresince dağıtıcılara işin yönetimi, eleman alımı, satış ve yatırım analizi ile müşteri ilişkileri konusunda eğitimler verilmektedir. İlgili yasal düzenlemelerden dolayı özellikle dağıtımın önem kazandığı sektörde, başkaca pazarlama araçları bulunmayan sigara üreticileri için dağıtıcılarına dağıtım konusunda aktaracakları bilgi ve deneyimler "know-how" olarak kabul edilebilecektir. Bu itibarla ilgili başvuru bakımından, anlaşmanın sona ermesinden itibaren dağıtıcılar üzerinde 1 yıl süreyle getirilen rekabet yasağının makul olduğu ve rekabeti zorunlu olandan fazla kısıtlamadığı kanaatine varılmıştır.

I- SONUÇ

Yukarıda yer verilen tespitler ve değerlendirmeler doğrultusunda, bildirim konusu dağıtım anlaşmalarında bulunan ve grup muafiyeti tebliği dışında kalan sınırlamalardan;

1. Yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından belirlenmesini öngören hükmün, ilgili yasal düzenlemeler dolayısıyla zorunlu olduğu ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un yasaklayıcı hükümleri kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği,

2. Söz konusu dağıtım anlaşmalarının feshedilmesi durumunda fesih tarihinden itibaren 1 yıllık sürenin sonuna kadar dağıtıcılar üzerine getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün, sağlayıcı tarafından dağıtıcılara aktarılan "know-how" dolayısıyla makul olduğu ve rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmasına yol açmadığı,

kanaatine varılarak, imzalandıkları tarihten itibaren 5 yıl süre ile geçerli olmak üzere daha önce değişikliği istenen dağıtım anlaşmalarının yenilenmiş bu haline bireysel muafiyet tanınmasına OY ÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

(8.03.2002 tarihli ve 02-13/125-52 sayılı Kurul Kararı) KARŞI OY GEREKÇESİ

Rekabet Kurumuna yapılan başvuru "yeni yapılacak anlaşmalar için bireysel muafiyet talebi" ne ilişkindir. Başvuruda, taraflar arasında henüz akdedilmemiş, hiçbir imza veya paraf ve kaşe bulunmayan sözleşmeler sunulmuştur.

RKHK'nun 5.maddesinde "Muafiyet" düzenlenirken, "...varlığı halinde ilgililerin talebi üzerine, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verilebilir" hükmü getirilmiş; öte yandan yine Kanunun 10. Maddesinde, "Anlaşmaların Kurula Bildirilmesi"; " 4üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirilir. Bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz." hükmü ile süre ve şartlara bağlanmıştır. Kanunun bu hükümlerle öngördüğü "bireysel muafiyet sistemi" yapılmış bir anlaşmanın bildirilmesi, hususuna dayandırılmıştır. Dolayısıyla henüz akdedilmemiş anlaşmalara, bireysel muafiyet verilmesi anlamında, bir idari işleme geçerlilik sağlanması sisteme ve Kanuna aykırılık oluşturur.

Ayrıca, idari veya kamusal yetki kullanan Rekabet Kurulunun bir kamu otoritesi olarak, ilgili Kanunda açık bir hüküm yeralmadan, henüz akdedilmemiş anlaşmalara " uygun görüş" vermesi de hukuken mümkün değildir.

Nihayet, imzalanmamış anlaşmalara bir tür "ön izin" veya "uygun görüş" verilmesi niteliğindeki kararlar "bireysel muafiyet sistemi" ile bağdaştırılamaz.

Yukarıdaki gerekçelerle "dağıtım anlaşmalarına imzalandıkları tarihten itibaren 5 yıl süre ile geçerli olmak üzere bireysel muafiyet tanınmasına" yönelik çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ
Kurul Üyesi

Rekabet Kurulu'nun 8.3.2002 Gün ve 02-13/125-52 Sayılı Kararına KARŞI OY GEREKÇESİ

Bir sağlayıcının distribütörleriyle imzalanmak üzere tek tip bir sözleşme hazırlamış olması, bu sözleşmelerin bütün distribütörlerle aynen imzalanacağı anlamına gelmez. Distribütörlerin özel durumları veya sağlayıcıların bazı distribütörlerden farklı şeyler beklemeleri, her bir anlaşmanın tarafları arasındaki müzakereler sırasında metinlere özel maddeler eklenmesi sonucunu getirebilir. Bu bakımdan rekabet otoritesinin bir anlaşmayı incelemesi ve muafiyet konusunda bir yargıya varması, "yapılması tasarlanan" değil "yapılmış" anlaşma metinleri üzerinden olmalıdır. Nitekim 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un başta 10.Madde olmak üzere çeşitli yerlerinde daima "yapılmış" anlaşmaların Kurul'a bildirilmesi öngörülmektedir.

Bu bakımdan JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş. ile distribütörleri/yeniden satıcıları arasında "yapılacak" anlaşmaların Kurul'ca incelenip konu üstünde herhangi bir karar verilmesi Kanun'a aykırıdır.

Bu nedenle, başlıkta belirtilen Kurul Kararı'na katılma olanağı bulamadım.

Murat GENCER
Kurul Üyesi