

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

**REKABET KURULU KARARI**

**Dosya Sayısı** : 2009-1-117 (Muafiyet)  
**Karar Sayısı** : 10-10/98-45  
**Karar Tarihi** : 28.1.2010

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

10

**Başkan** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI  
**Üyeler** : Mehmet Akif ERSİN, Doç. Dr. Mustafa ATEŞ,  
İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY,  
Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

**B. RAPORTÖRLER:** Emin Cenk GÜLERGÜN, Cumhuriyet Atalay HATİPOĞLU,  
Cemal Ökmen YÜCEL

**C. BİLDİRİMDE**

20

**BULUNAN** : AstraZeneca İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti.  
Temsilcisi: Av. Turgan GÜRMENT  
Mete Cad. 12/7 34437 Taksim/İstanbul

**D. TARAFLAR**

: - AstraZeneca İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti.  
Büyükdere Cad. Yapı Kredi Plaza B Blok  
Kat:3/4 34330 Levent/İstanbul  
- Gül Ecza Deposu Güner Zeynep Yüceer  
Merkez Mah. Güngören Cad. 9. Sok. No:23  
34560 Bağcılar/İstanbul

30

**E. DOSYA KONUSU:** AstraZeneca İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti. ile Gül Ecza Deposu Güner Zeynep Yüceer arasında imzalanan İhale Yolu İle Mühnasır Beşeri Tıbbi Ürün Satış Sözleşmesi'ne bireysel muafiyet verilmesi talebi.

**F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 11.9.2009 tarih ve 6612 sayı ile giren ve eksikleri en son 30.12.2009 tarih ve 9416 ile tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5 ve 8. maddeleri ile 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 20.1.2010 tarih ve 2009-1-117/MM-10-ECG sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Ön İnceleme Raporu, 20.1.2010 tarih ve REK.0.05.00.00-130/18 sayılı Başkanlık önergesi ile 10-10 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

40

**G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda,

- Taraflar arasında imzalanan "İhale Yolu İle Mühnasır Beşeri Tıbbi Ürün Satış Sözleşmesi"ne, bölgesel mühnasırlığa ve rekabet yasağına ilişkin hükümlerin söz konusu olması nedeniyle, menfi tespit verilemeyeceği,
- 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2/2. maddesinde belirlenen pazar payı eşliğinin aşılması nedeniyle, Sözleşmenin Tebliğ kapsamındaki grup muafiyetinden yararlanamayacağı,

50

- Sözleşmenin, 4054 sayılı Kanun'un 5/1. maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan şartları karşıladığı, ancak Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen rekabet yasağının münhasır bölgeyle sınırlı tutulmayarak rekabetin, (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla kısıtlanması nedeniyle Sözleşme'ye bireysel muafiyet verilemeyeceği

görüşü ifade edilmiştir.

## H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

### H.1. Taraflar

#### 60 H.1.1. AstraZeneca İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti. (AstraZeneca)

Dosyadaki bilgilere göre, %99,99'u AstraZeneca Continent BV'ye %0,01 hissesi ise AstraZeneca Gamma BV'ye ait olan AstraZeneca'nın, hissedarlarının AstraZeneca Şirketler Grubuna dahil olduğu ve AstraZeneca'nın Zeneca Group Plc ile Astra AB şirketlerinin birleşmesi sonucunda ortaya çıkan AstraZeneca PLC.'nin bir iştiraki olduğu anlaşılmaktadır. Temel olarak sağlık sorunlarına yönelik farmasötiklerin araştırılması, geliştirilmesi, üretilmesi ve pazarlanması alanında faaliyet göstermekte olan Astra Zeneca PLC ise AstraZeneca Şirketler Grubu'nun bir parçasıdır.

70 AstraZeneca Şirketler Grubu 100'den fazla ülkede faaliyet göstermekte olup 2008 yılında 31,6 milyar ABD doları tutarında küresel satış gerçekleştirmiştir. Grubun kontrol ettiği AstraZeneca, sağlık ürünlerinin üretimi, alımı satımı ile bu ürünlerin ithali işiyle iştigal etmektedir. AstraZeneca Şirketler Grubu'nun, AstraZeneca haricinde Türkiye'de, Zeneca İlaç San. ve Tic. A.Ş. unvanlı, ilaç üretimi ve satışı alanında faaliyet göstermek üzere kurulmuş bulunan bir şirketi daha bulunmakla birlikte, Bildirim Formu'nda anılan şirketin faaliyette olmadığı ifade edilmektedir. AstraZeneca'nın 2008 yılı Türkiye cirosu (.....) TL'dir.

AstraZeneca'nın Türkiye'de satılan 30 adet tek etkin maddeye veya etkin madde kombinasyonlarına sahip 32 adet ilacı bulunmaktadır.

#### H.1.2. Gül Ecza Deposu Güner Zeynep Yüceer (Gül Ecza Deposu)

80 Bir şahıs şirketi olan Gül Ecza Deposu temel olarak farmasötiklerin, reçetesiz satılan ilaçların ve sağlıkla ilgili diğer ürünlerin dağıtımını alanında ihalelere yönelik olarak faaliyet göstermektedir. Gül Ecza Deposu'nun 2008 yılına ait cirosu (.....) TL'dir. Dosyada yer alan, ilaç sektöründe ticari pazar bilgisi sunan IMS verilerinden derlendiği ifade edilen pazar payı bilgilerine göre, Deponun 2008 yılında ihale pazarında elde ettiği pay kutu bazında %(....), ciro bazında ise %(....) oranındadır.

### H.2. İlgili Pazar

#### H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

90 Bildirim konusu anlaşmada, sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren AstraZeneca ile dağıtıcı seviyesindeki Gül Ecza Deposu'nun, sağlık birimlerinin açtığı ihalelerde çalışma koşullarının nasıl olacağı düzenlenmektedir. İhaleler, genellikle çok sayıda ürünün temin edilmesi için ve her bir kalemden etkin maddenin yanında form ve doz da belirtilerek açılmaktadır. Buna bağlı olarak bir ihale kaleminde, farklı etkin maddeli ürünler için ve hatta aynı etkin maddeli olmakla birlikte farklı form ve dozda ürünler için teklif verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla farklı etkin maddeli ürünlerin -hatta farklı form ve dozdaki ilaçların- rakip konumda olmadığı ilaç alımı ihaleleri bakımından ilgili ürün pazarı tanımlarının, en geniş haliyle etkin madde esasına göre yapılabilecektir.

Dosya kapsamındaki bilgilere göre, AstraZeneca'nın 32 ürününden 18'inin jeneriği bulunmamaktadır. En azından bu ürünler bakımından, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında %40'lık pazar payı eşiğinin geçildiği kolaylıkla söylenebilmektedir. Nitekim etkin maddeye göre belirlenen ilgili ihale kalemlerinde, AstraZeneca ürünleri rakipsiz olacak ve bunlara karşı alternatif teklifler verilemeyecektir. Bu tespit karşısında, bildirim konusu anlaşmanın anılan Tebliğ kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenebilmesi için ihtiyaç duyulduğu belirtilen pazar tanımının, işbu dosya özelinde kesin olarak yapılmasının gerekli olmadığı değerlendirilmektedir..

### H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Bildirim konusu Sözleşmede, Gül Ecza Deposu'nun AstraZeneca ürünlerinin ihale satışlarında münhasır dağıtıcı olarak yetkilendirildiği bölge 28 ilden oluşmaktadır<sup>1</sup>. Öz-Sel ve Beşer Ecza Depoları ise diğer illerden oluşan iki bölgenin münhasır dağıtıcısı olarak belirlenmiştir. Sözleşmeler münhasır bölgelere ilişkin düzenlemeler içermesine karşın, bunlar toplamda tüm Türkiye'de ilgili ürünlerin ihale satışlarına yöneliktir. Nitekim tarafların pazar paylarına ilişkin yapılan bazı değerlendirmelerde Türkiye genelindeki ihale satışları dikkate alınmıştır. Bu çerçevede, işbu dosya özelinde bölgesel seviyede ilgili coğrafi pazar tanımı yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

### H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

#### H.3.1. İhale Yolu İle Münhasır Beşeri Tıbbi Ürün Satış Sözleşmesi (Sözleşme)

AstraZeneca ile Gül Ecza Deposu tarafından 2.9.2009 tarihinde imzalanan başvuru konusu Sözleşme ile belirlenmiş bir bölge içindeki sağlık birimleri tarafından açılacak ihalelerde AstraZeneca ürünlerinin münhasıran Gül Ecza Deposu tarafından teklif edilebilmesi için yetki verilmiştir. Sözleşmede aynı zamanda, bölge içinde açılacak ihalelerde tarafların hak ve yükümlülükleri de belirlenmektedir.

Söz konusu Sözleşmenin incelenmesinden, sözleşmede fiyat tespiti, münhasırlık ve rekabet yasağına ilişkin hükümler olması nedeniyle ilgili sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, Sözleşme konusu bazı ürünler bakımından AstraZeneca'nın sağlık birimlerinin yaptığı ihalelerde elde ettiği pay, en geniş şekilde etken madde bazında tanımlanabilecek ilgili pazarlarda dahi -AstraZeneca'nın bazı ilaçlarının jeneriğinin bulunmaması nedeniyle- 2002/2 sayılı Tebliğ'in "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde belirlenen %40 oranını geçmektedir. Bu nedenle, Sözleşme anılan Tebliğ kapsamındaki grup muafiyetinden yararlanamamaktadır.

#### H.3.2. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu anlaşılan söz konusu sözleşmeye Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulları sağlaması durumunda muafiyet tanınması söz konusu olabilecektir. Bu koşullar;

- Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

<sup>1</sup> Deponun yetkili olduğu münhasır bölge; İstanbul, Edirne, Kırklareli, Tekirdağ, Çanakkale, Balıkesir, Bursa, Yalova, Bilecik, Eskişehir, Kütahya, Manisa, Uşak, Afyon, İzmir, Aydın, Denizli, Isparta, Muğla, Burdur, Antalya, Mersin, Adana, Kahramanmaraş, Osmaniye, Gaziantep, Kilis ve Hatay illerini kapsamaktadır.

- 140 d. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması

şeklindedir. Dosyada yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda anılan sözleşmenin ilk üç koşulu sağladığı ancak son koşulun sözleşmenin 2. maddesinde yer alan rekabet yasağına ilişkin düzenleme nedeniyle sağlayamadığı anlaşılmaktadır. Aşağıda sadece bu koşula ilişkin değerlendirilmeye yer verilmiştir.

**d. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması**

- 150 Tüketicilere yansıtılan ekonomik gelişme veya iyileştirmenin elde edilmesinde rekabeti daha az sınırlayan bir yöntem mevcut ise, söz konusu anlaşmaya muafiyet tanınması mümkün değildir. Diğer bir deyişle, sınırlayıcı hükümler olmaksızın veya bu hükümler yumuşatılarak anlaşmadan beklenen faydanın elde edilmesi mümkün ise, muafiyet verilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu kurala göre, sınırlama, anlaşmanın ardında yatan temel amaca uygun ve bunun gerçekleştirilmesi için gerekli olmalıdır. Bu kurala aykırılık, rekabetin faydanın yaratılması için gerekli olandan fazla sınırlandırılmasına yol açacaktır.

- 160 Sözleşmenin "Rekabet Yasağı" başlıklı 2. maddesinde, Gül Ecza Deposu'na AstraZeneca ürünlerinin rakibi olan ilaçları üretmeme, satmama, dağıtmama ve pazarlamama yükümlülüğü getirilmektedir. Buna göre, münhasır bölgede AstraZeneca ürünlerinin ihalelere yönelik tek satıcısı olarak belirlenen Deponun ihalelerin ilgili kalemlerinde rakip ürünler için teklif vermesi mümkün olmayacaktır.

Rakip ürünlerin ihalelere yönelik satışlarının aynı ecza deposu üzerinden gerçekleştirilmesi, ilgili ihale kalemlerinde rekabetin engellenmesine neden olabilecektir. Şöyle ki, ilaç alımı ihalelerinde alternatif teklifler verilememesine bağlı olarak, ilgili ihale kaleminde aynı münhasır deponun temsil ettiği rakip ürünlerin karşı karşıya gelmesi mümkün olmayacaktır. Münhasır depo üzerinde buluşan ürünlerin alternatiflerinin bulunmaması, diğer bir deyişle eşdeğer ilaçların tümünde tek bir deponun yetkili kılınması durumunda ise, rekabet bütünüyle ortadan kaldırılmış olacaktır.

- 170 Başvuru konusu olan Sözleşmenin 2. maddesinde Deponun AstraZeneca ürünlerinin eşdeğerleriyle ihalelere katılımı yasaklanmaktadır. Diğer bir deyişle, Depo AstraZeneca ürünleriyle katılabileceği tüm ihale kalemlerinde yalnızca anılan ilaçlar için teklif vermek ve rakip ürünlerin satışını gerçekleştirmemek durumundadır. Bu sayede, ürün bazında rakip teşebbüslerin aynı münhasır depoya çalışması ve bunun sonucunda da rekabetin engellenmesi söz konusu olmayacaktır.

- 180 Dosyada yer alan bilgilerde, konunun incelenmesi sırasında, Sözleşmede yer verilen rekabet yasağı düzenlemesinin coğrafi kapsamının belirsiz olduğunun görülmesi üzerine, raportörlerce AstraZeneca temsilcisine yasağın münhasır bölgeyle sınırlı olarak getirilip getirilmediği sorulmuş ve alınan bilgide, rekabet yasağının münhasır bölgeyle sınırlı olacak şekilde düzenlenmediği ve Deponun diğer bölgelerde de rakip ürünler için teklif veremeyeceği açıklaması yapılmıştır.

Dosyadaki bilgilerde, başvuru konusu Sözleşmeden beklenen temel faydanın bölgedeki tüm ihalelerin takip edilerek arzda sürekliliğin sağlanması olduğu ifade edilmektedir. Benzer konulu diğer dosyalar vesilesiyle, ihalelerin takip edilerek teklif sunulması ve kazanılan ihalelerde şartnamede belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi gibi konuların uzmanlaşma ve yeterli organizasyon gerektirdiği, sağlayıcı teşebbüslerin çoğunlukla bu yönde yatırım yaparak ihalelere doğrudan katılmak yerine faaliyetlerini bu alanda bölgesel seviyede yoğunlaştırmış depolarla çalışmayı tercih

ettiği bilinmektedir. Dolayısıyla taraflar ve alıcılar bakımından Sözleşmeyle meydana getirilmesi hedeflenen faydaların, bölgesel düzeydeki beklentiler doğrultusunda ortaya çıkacağı görülmektedir. Hal bu iken, bölgesel beklentilerle tasarlanan bir dikey ilişkide, ekonomik faydaların elde edileceği bölgeden daha geniş bir coğrafi alana yönelik kısıtlama getirilmesi, kural olarak makul bir düzenleme olarak değerlendirilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, Deponun ilgili bölgedeki ihalelerde AstraZeneca ürünlerini daha etkili bir şekilde temsil edebilmesi için, bu bölgede münhasır satıcı olarak yetkilendirilmesi ve yine aynı bölgede rakip ürünler için teklif vermesinin yasaklanması yeterlidir.

AstraZeneca Sözleşmeyi Gül Ecza Deposu'nun ardından, Öz-Sel ve Beşer Ecza Depoları ile de imzalamıştır. AstraZeneca temsilcisinden gönderilen ek bilgilere göre, anılan teşebbüsle Sözleşme imzalayan üç ecza deposunun ciro bazında 2008 yılı ihale satışları içindeki paylarının toplamı %48'dir<sup>2</sup>. Bu tespit, Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen rekabet yasağının depolar seviyesinde kapama etkisine yol açabileceğine işaret etmektedir. Şöyle ki, Sözleşmede belirlenen üç bölgenin herhangi birinde ne münhasır depo ne de diğer depolar ihalelere rakip ürünlerle katılamayacaktır. Bu durumda da, AstraZeneca'nın ürün bazında rakipleri, ihalelere yönelik olarak toplam ihale satışlarının yaklaşık yarısını gerçekleştiren depolarla çalışamayacak ve bu teşebbüslerin ihale pazarına erişim alternatifleri kısıtlanmış olacaktır. Hatta yine söz konusu yazıya göre, 6 ecza deposunun (Gül, Öz-Sel, Medifar, Beşer, Dekim ve Yeni Dicle Ecza Depoları) toplam ihale satışları içindeki payı %78<sup>3</sup> olup münhasır bölge sayısına ve hangi depolarla anlaşma yapıldığına bağlı olarak, rekabet yasağı düzenlemesinin yaratabileceği pazar kapama etkisi çok daha ciddi boyutlarda olabilecektir.

Bu çerçevede, AstraZeneca'nın Sözleşme imzaladığı her bir ecza deposu bakımından, bunların münhasır dağıtıcı olmadıkları bölgelerde rekabet yasağı ile bağlanmış olmalarının, rekabetin faydaların elde edilmesi için zorunlu olandan daha fazla sınırlandırılması sonucunu doğuracağı anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, AstraZeneca temsilcisinin Kuruma gönderdiği ek yazısında, rekabet yasağının coğrafi kapsamının münhasır bölgeyle sınırlandırılmadığı ve sınırlandırıldığı senaryolar (sırasıyla 1. ve 2. senaryo) karşılaştırılarak Sözleşmenin 2. maddesinin mevcut hali savunulmaktadır. Yazıda,

- rekabet yasağının münhasır bölgeyle sınırlandırılmadığı (Sözleşmenin mevcut halinin geçerli olduğu) senaryoda, başta arzda sürekliliğin ve düzgün bilgi akışının sağlanması olmak üzere münhasır bir dikey ilişkiden beklenen tüm faydaların elde edilebileceği,
- rekabet yasağının münhasır bölgeyle sınırlandırıldığı ve buna bağlı olarak da Deponun diğer bölgelerdeki ihalelerde rakip ürünler için teklif verebildiği senaryoda ise, rakip ürünlerin fiyat bilgisine sahip olunmasının depolar seviyesinde koordinasyona yol açabileceği ve uzun vadede rekabeti tamamen ortadan kaldıracabileceği,
- münhasır sistemlerin hiçbir şekilde pazar kapama etkisine yol açmayacağı ve sağlayıcıların ihalelere katılabilmek için her türlü yöntemi deneyeceği, hatta ihaleci olmayan depoları ihalelere girme konusunda teşvik edeceği,
- Rekabet Kurulunun 2008 yılında aldığı "Roche/Sistem" kararında pazarın kapatılabilecek olması yönünde herhangi bir değerlendirme yapılmasına gerek görülmediği ve karar konusu anlaşmada da münhasırlığın yanında tüm Türkiye

<sup>2</sup> Gül Ecza Deposu %19, Özsel %19, Beşer %10.

<sup>3</sup> Medifar %16, Dekim %8, Yeni Dicle %6.

için rekabet yasağı getirildiği, dolayısıyla her iki dosya konusu anlaşmaların rekabeti farklı yönde etkilemeyeceği

belirtilmektedir.

240 Yukarıda özetlenen ifadelerle ilgili öncelikle, Sözleşmenin 2. maddesinin mevcut haline atfedilen faydaların münhasırlıktan kaynaklandığı ve rekabet yasağının kapsadığı coğrafi bölgeyle herhangi bir ilgisinin bulunmadığı vurgulanmalıdır. Nitekim yazıda, anlaşmanın arzda sürekliliğin sağlanmasına katkısının ikinci senaryo altında neden mümkün olmayacağına dair somut açıklamalarda bulunulamamıştır. Eğer burada geçerli olan endişe Deponun diğer bölgelerdeki ihalelere katılmasının münhasır bölgede AstraZeneca ürünlerinin ihale satışlarındaki performansını düşüreceği yönünde ise, bu durumda Depo'ya getirilen kısıtlamanın rakip ürünlerle sınırlı olmaması beklenmelidir. Oysa Sözleşmenin 2. maddesinde getirilen rekabet yasağı, münhasır bölgenin içinde olduğu gibi dışında da yalnızca rakip ürünlerin dağıtımıyla sınırlı tutulmuştur.

250 AstraZeneca temsilcisinin diğer bir savı da ikinci senaryonun fiyat bilgisini şeffaf kılarak depo seviyesinde uyumlu davranışa yol açacağı yönündedir. İlaç alımı ihalelerini konu alan dosyalarda, depoların diğer katılımcıların ihalelerde sunduğu fiyat tekliflerini takip ettiği ve bunu da içeren bilgileri arşivlediği tespit edilmiştir. Deponun bir sonraki ihalede rekabetçi teklif sunabilmesi için rakip ürünlerin fiyat bilgilerini takip etmesinin kaçınılmaz olduğu açıktır. Bu nedenlerle, Deponun rakip ürünün fiyat bilgisine diğer bölgelerde bu ürünün dağıtıcısı olarak erişebileceğini söylemek mümkün değildir. Diğer bir deyişle, ikinci senaryo bilgi şeffaflığına kayda değer ölçüde katkıda bulunmayacaktır.

260 Öte yandan, Sözleşme'nin 4.2. maddesi, Depo'nun ihalelerde AstraZeneca ürünleri için vereceği tekliflerin AstraZeneca tarafından her bir ürün veya ihale için belirlenebilecek tavan fiyatların üzerinde olamayacağına ilişkin bir hüküm içermektedir. Dolayısıyla farklı münhasır bölgelerde faaliyet gösteren depolara her bir ihale için farklı tavan fiyatlar verilebileceğine Sözleşme ile karar verilmektedir. Bu bağlamda, AstraZeneca'nın farklı münhasır bölgeler için yetkilendirdiği her ecza deposunun ihaleler için tamamen aynı fiyatlamaya güdülerine sahip olacağı varsayımı makul değildir.

270 Bildirim formunda da vurgulandığı üzere, Sözleşmenin asıl amacı, bölgelerde AstraZeneca ürünlerinin teklif edilebileceği ihalelerin daha etkili takip edilmesinin ve bu kalemlerin mümkünse tümünde teklif verilmesinin sağlanmasıdır. İhalelere katılım noktasında rekabetçi güdülerle hareket eden bir sağlayıcı teşebbüsün böyle bir amacının bulunması kaçınılmazdır. Yazıda öngörülenin aksine, herhangi bir ecza deposunun böyle bir teşebbüsün iradesi dışında diğer depolarla gizli anlaşmalar yaparak "pazara girmemesi" ve "fiyatlarda koordinasyon yaratması" gerçekçi değildir. Zira rekabetçi güdülerle hareket eden sağlayıcının amacı ve çıkarlarıyla örtüşmeyecek bir depoyla ticari ilişkisini sürdürmesi beklenmemelidir. Sözleşmenin 12(a) maddesinde de, tüm ihalelerin takip edilerek teklif sunulmasının da dahil olduğu yükümlülüklerin yerine getirmemesi fesih nedeni sayılmıştır. Özetle sağlayıcıların iradesi dışında, ihalelere yönelik olarak uyumlu davranış iradesinin depo seviyesinde oluşabileceğini söylemek gerçekçi değildir. Böyle bir irade ancak sağlayıcıların yönlendirmesiyle oluşabilecektir ve bu durum da 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ayrı bir incelemeye konu olabilecektir.

280 AstraZeneca temsilcisinin yazısında, münhasır sistemlerin hiçbir şekilde pazar kapama etkisine yol açmayacağı ve sağlayıcıların ihalelere katılabilmek için her türlü yöntemi deneyeceği, hatta ihaleci olmayan depoları ihalelere girme konusunda teşvik edeceği ifade edilmektedir. Ne var ki, sağlayıcı ve depoların ihalelere yönelik olarak tesis ettiği

münhasır dikey ilişkileri konu alan dosyalarda, ihalelerin tüm aşamalarının bölgesel düzeyde insan kaynağı organizasyonunu gerektiren bir çalışma alanı olduğu, önemli sayıda sağlayıcının bu yönde yatırım yapmak yerine münhasır depolarla çalışmayı tercih ettiği taraflarca açıklanmış ve Rekabet Kurulu da bu gerekçeyi kabul etmiştir. AstraZeneca temsilcisi tarafından yapılan başvuruda da, muafiyet talebinin esas gerekçesi bu olmuştur. Yine bildirimde sunulan ve depoların ihale satışları içindeki payları bilgisine bakıldığında, ihaleci ecza depoculuğunun bir uzmanlık alanı olduğunu doğrularcasına bir tabloyla karşılaşılmaktadır. Şöyle ki, bu alandaki en büyük 6 teşebbüs arasında, ciro bazında Türkiye'nin en büyük ecza depoları olan Hedef ve Selçuk Grupları yer almamaktadır. Bu çerçevede, münhasır sistemin hiçbir koşul altında pazar kapama etkisi yaratmayacağı ve sağlayıcıların her durumlarda pazara erişimi sağlayacak bir önlem alabileceği yönündeki açıklamanın tatminkar olmadığı düşünülmektedir.

Yazıda gönderme yapılan "Roche/Sistem" kararı, 17.4.2008 tarih ve 08-29/352-113 sayılı olup Roche'un 5 ecza deposuyla yaptığı benzer nitelikteki anlaşmayı konu almıştır. Anlaşmada, işbu dosyada değerlendirilen Sözleşmede olduğu gibi, münhasır bölgeler belirlenmiş ve ayrıca depolara rekabet yasağı getirilmiştir. Anlaşmanın "Rekabet Etmeme" başlıklı 10.2. maddesi, Sözleşmenin "Rekabet Yasağı" başlıklı 2. maddesi gibidir. Anlaşmanın 2.3(f) maddesinde ise, depoların Roche ürünlerinin teklif edilebileceği tüm ihale kalemlerine yalnızca bu ilaçlarla katılabileceği düzenlenmiştir.

Yazıda da belirtildiği gibi, "Roche/Sistem" kararında pazarın kapatılabilecek olması yönünde değerlendirme yapılmamıştır. Ancak aynı zamanda, kararda rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler özellikle değerlendirilmemiş ve buna bağlı olarak da depolara getirilebilecek rekabet etmeme yükümlülüğünün münhasır bölgeyle sınırlandırılmamasının 4054 sayılı Kanun kapsamında sorun yaratmayacağına dair herhangi bir tespit bulunulmamıştır. AstraZeneca temsilcisinin Roche/Sistem kararına gönderme yapmasının esas nedeninin, bu kararın konusunu oluşturan Anlaşmanın 10.2. maddesindeki rekabet yasağı düzenlemesinin münhasır bölgeyle sınırlı tutulmaması olduğu anlaşılmaktadır. Ne var ki, rekabet yasağının kapsamını belirli hale getiren düzenlemeye Anlaşmanın 2.3(f) maddesinde yer verilmiştir. Anılan maddede geçen "İhaleler" Anlaşmanın 1(d) maddesinde, "...Bölge içinde yer alan kamu ve özel sağlık hizmet birimleri tarafından ... ilaçlar ve tıbbi müstahzarların satın alınması için açılacak olan ihale..." şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla Roche/Sistem kararının AstraZeneca temsilcisinin savunmasını desteklemediği, desteklediği kabul edilse bile ihalelere yönelik münhasır anlaşmaların değerlendirilmesinde varsa rekabet yasağının münhasır bölgeyle sınırlı tutulup tutulmadığının ve pazar kapama etkisi yaratıp yaratmayacağına dikkate alınması gerekmektedir.

Rekabet yasağına ilişkin yapılan açıklamalar çerçevesinde, Sözleşmenin 2. maddesi hükmünün münhasır bölgeyle sınırlı tutulmayarak tüm Türkiye için geçerli kılınmasının meydana getirilmesi hedeflenen faydaların elde edilmesi için zorunlu olmadığı, bu nedenle Sözleşmenin bireysel muafiyet koşullarını karşılamadığı değerlendirilmektedir. Diğer yandan, mevcut haliyle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan ilk üç koşulu karşılayan Sözleşmenin 2. maddesinde Depoya getirilen rekabet yasağının münhasır bölgeyle sınırlı olacak şekilde değiştirilmesi durumunda, Sözleşmeye bireysel muafiyet tanınabileceği değerlendirilmektedir.

## I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

1. AstraZeneca İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti. ile Gül Ecza Deposu Güner Zeynep Yüceer arasında imzalanan İhale Yolu İle Mühnasır Beşeri Tıbbi Ürün Satış Sözleşmesi'ne, bölgesel mühnasırlığa ve rekabet yasağına ilişkin hükümlerin söz konusu olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,
2. 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğı"nin 2/2. maddesindeki pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle Sözleşme'nin Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağına,
3. Sözleşme'nin, 4054 sayılı Kanun'un 5/1. maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan şartları karşıladığına, ancak Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen rekabet yasağının mühnasır bölgeyle sınırlı tutulmayarak rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla kısıtlanması nedeniyle Sözleşme'ye bireysel muafiyet tanınamayacağına

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.