

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2005-1-138 (Devralma)
Karar Sayısı : 05-84/1151-331
Karar Tarihi : 15.12.2005

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

İl. Başkan : Tuncay SONGÖR
Üyeler : Rifki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Süreyya
ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN

B. RAPORTÖRLER: İ. Yücel ARDIÇ, M. Selim ÜNAL

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: - Actavis Group hf.
Temsilcisi: Av. M. Togan TURAN
Beybi Giz Plaza, Meydan Sok. No:28 Kat:10 Daire: 35-36
34398 Maslak - İstanbul

D. TARAFLAR

: - Actavis Group hf.
Reykjavikurvegi 76-78 220 Hafnarfirdi İZLANDA
- Alpharma Inc.
One Executive Drive Fort Lee 07024 ABD

E. DOSYA KONUSU: Actavis group hf.'nin Alpharma Inc.'den Alpharma Generics işini devralması işlemine izin verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 11.11.2005 tarih ve 7970 sayı ile giren ve eksiklikleri en son 2.12.2005 tarih, 8587 sayılı yazı ile tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 9.12.2005 tarih, 2005-1-138/Öİ-05-İYA sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 9.12.2005 tarih, REK.0.05.00.00-120/231 sayılı Başkanlık önergesi ile 05-84 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; Actavis group hf.'nin Alpharma Inc.'den Alpharma Generics işini devralması işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğu, ancak söz konusu devralmanın 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ilgili pazarlarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran nitelikte bulunmadığı, bu nedenle söz konusu işleme izin verilmesinde sakınca bulunmadığı ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Actavis Group hf. (Actavis)

Bildirimde bulunan ve devralan teşebbüs konumundaki Actavis; insan kullanımına yönelik jenerik ilaçların uluslararası pazarlarda geliştirilmesi, üretilmesi ve satılması konularında faaliyet göstermektedir. İzlanda'da kurulu

olan şirket, Türkiye'deki gelirlerinin tamamını Türkiye'deki tek iştiraki olan Fako İlaçları A.Ş. (Fako) üzerinden elde etmektedir. Avtavis'te %5 ve üzerinde oranda ortak bulunan hissedarlar ve hisse oranları aşağıdaki tabloda gösterilmektedir:

Tablo 1- Actavis'in Ortaklık Yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
Amber International Limited	35,27
Landsbanki Luxembourg S.A.	11,10

Actavis'in Türkiye'deki tek iştiraki olan Fako'nun ortaklık ve yönetim kurulu yapıları ise aşağıdaki gibidir:

Tablo 2- Fako'nun Ortaklık Yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
Actavis Group hf.	90,02
Turgut Holding A.Ş.	9,34
Kaya Turgut	0,50
Turgut İlaçları A.Ş.	0,08
Biosen A.Ş.	0,03
Sevgi Turgut	0,02
Kozmosan A.Ş.	0,02
Toplam	100,00

Fako Yönetim Kurulu:

- Vilhelm Robert Wessman
- Micheal Kevin Smith
- Kaya Turgut
- Mehmet Tunç Turgut
- Per Edelman
- Stefan Jökull Sveinson
- Gudbjorg Edda Eggertsdottir

H.1.2. Alpha Pharma Inc. (Alpha Pharma)

Amerika Birleşik Devletleri'nde kurulu bulunan Alpha Pharma, beşeri tıbbi ilaçlar alanında üç ana dalda faaliyet göstermektedir. Bunlar; aktif tedavi edici maddeler (API), Kadian markası adı altında üretilen ve satılan ilaçlar (Markalı İlaçlar) ve insan kullanımına yönelik jenerik ilaçlardır (Alpha Pharma Generics). Alpha Pharma'nın devre konu olan Alpha Pharma Generics iş kolu, ayrıca yiyecek katkı maddesi ile hayvan sağlığında kullanılan tıbbi ilaçların üretimi ve pazarlanması faaliyetlerini de kapsamaktadır. Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, Alpha Pharma'nın Türkiye'de herhangi bir iştiraki bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ancak Alpha Pharma, Türkiye'de ATC-3 sınıflandırmasına göre D02A sınıfında yer alan Decubal ve G03D sınıfında yer alan Cyclgest isimli ilaçların satışını ithalat yoluyla gerçekleştirmektedir.

Hisseleri New York Menkul Kıymetler Borsası'nda işlem görmekte olan Alpha Pharma'nın, ortaklık payı %5'in üzerinde bulunan hissedarları aşağıdaki tabloda gösterilmektedir:

Tablo 3- Alpha Pharma'nın Ortaklık Yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
A.L. Industrier ASA	22,45
Barclays Global Investors NA	11,44
Dimensional Fund Advisors Inc.	6,02
LSV Asset Management	5,20

Yönetim kurulu ise şu üyelerden oluşmaktadır:

- Einar W. Sissener
- Ingrid Wiik
- Finn Berg Jacobsen
- Glen E. Hess
- William Jacobs
- Jill Kanin-Lovers
- Ramon Perez
- Robert Thong
- Peter G. Tombros
- Farah Walters

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Taraflar Türkiye’de tıbbi ilaçlar alanında faaliyet göstermektedir. İlaçlar, ATC sınıflandırmasına göre gruplara ayrılmaktadır. Sınıflamanın birinci basamağı (ATC-1) en genel, dördüncü basamağı (ATC-4) ise en ayrıntılı olanıdır. Rekabet hukuku uygulamalarında genellikle, ilaçları tedavi endikasyonlarına yani kullanım amaçlarına göre sınıflayan ATC-3 sınıflaması, ilgili ürün pazarı tanımlanmasında referans olarak kabul edilmektedir.

Diğer yandan, bu sınıflama bağlayıcı olmayıp olay özelinde daha dar veya daha geniş pazar tanımlamaları yapmak mümkündür. Örneğin, hem farklı hem aynı etken maddeli ilaçların aynı ATC-3 sınıfında yer alabildiği ve rekabetin dar anlamda yalnızca aynı etken maddeli ilaçlar arasında ortaya çıkabildiği gerçeği karşısında, özellikle tarafların ürünlerinin aynı etken maddeyi içerdiği tespit edildiğinde, ATC-3 sınıfı başlığı altında birden fazla ilgili ürün pazarı tanımlanması söz konusu olabilecektir. Ne var ki, mevcut dosya özelinde, tarafların aynı ATC-3 sınıfında çakışan herhangi bir ürünü mevcut değildir ve dolayısıyla ilgili ürün pazarı tanımlaması bu sınıflamaya göre yapılmıştır.

Bu çerçevede, işlemde devreden taraf konumunda bulunan Alpharma’nın Türkiye’de ATC-3 sınıflandırmasına göre D02A sınıfında yer alan Decubal ve G03D sınıfında yer alan Cyclgest isimli ilaçların satışı ile iştirak etmesi dikkate alınarak, ilgili ürün pazarları öncelikli olarak ATC-3 başlığı altındaki D02A ve G03D sınıflarında satılan ilaçlar pazarı olarak belirlenmiştir.

Buna ek olarak, dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, Alpharma’nın Nobel İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş.’ye (Nobel İlaç) verdiği lisans kapsamında, 20.12.1996 tarihine dek ATC-3 başlığı altındaki N07E sınıfında yer alan “Antabus” isimli ilacın üretim ve satış iznini Nobel İlaç’a verdiği anlaşılmaktadır. Bu tarihlerde Alpharma, Antabus’un ham maddesi olan disulfiram üretimini durdurmuş ve ham maddeyi Alpharma’dan temin etmek zorunda olan Nobel İlaç ile olan lisans sözleşmesini 20.12.1996 tarihinde, 31.12.1997 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere feshetmiştir. Ancak 19.12.1997 tarihli mektup ile Alpharma, Nobel İlaç’ın stokları tükenene kadar söz konusu ilacı satmasına izin vermiştir. Halihazırda Nobel İlaç Türkiye’de “Antabus”un satımına devam etmektedir. Alpharma’nın ise Türkiye pazarında N07E sınıfında doğrudan bir faaliyeti bulunmadığı görülmektedir.

Bu noktada, fiili olarak “Antabus” isimli ilacın Türkiye’de üretim ve satışında yer almayan Alpharma’nın, N07E sınıfında yer alan ilaçlar pazarında bulunup bulunmadığı sorusu akla gelmektedir. Nitekim dosya mevcudu bilgilerinde, taraflar da, 1997 yılından beri Nobel İlaç’tan “Antabus”un satışına devam edebilmesi karşılığında herhangi bir ücret alınmadığını belirtmekte ve Nobel’in bu ilacın

satımı sonucunda elde ettiği ciro ve pazar payının esasen Alpharma'ya atfedilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, "Antabus" ticari markası Alpharma adına tescillidir ve tescil Ekim 2009 yılında kadar geçerliliğini sürdürecektir. Dolayısıyla, Alpharma fiili olarak söz konusu ilacı Türkiye'de üretip satmasa dahi, mevcut dosya özelinde Antabus markasını ve bu markanın pazardaki payını Alpharma'dan bağımsız olarak kabul etme imkanı bulunmamaktadır. Zira devir işlemi sonrasında devralan tarafın bu marka ile piyasaya girmesinin ve markanın sahip olduğu pazar payına sahip olmasının önünde herhangi bir engel mevcut değildir. Bu bakımdan "N07E sınıfında satılan ilaçlar pazarı" da mevcut dosya özelinde ilgili ürün pazarı olarak tespit edilmiştir.

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

İlaç pazarında, sağlayıcı firmaların ürünleri ecza depoları kanalıyla ülkenin her noktasındaki eczanelere ulaşmaktadır. Yine firmalar doğrudan ya da depolar aracılığıyla, Türkiye'de birçok hastane ihalesine katılmaktadır. Fiyatların Sağlık Bakanlığı'nca kontrol edildiği gerçeği karşısında, fiyatların bölgeden bölgeye değişmediği ortaya çıkmaktadır. Alım koşulları yalnızca depo veya ihaleci ünitenin alım gücüne ve pazarlık koşullarına bağlı olarak farklılaşabilmektedir. Bu çerçevede, bölgesel seviyede pazar tanımlamayı gerektirecek koşulların işbu olay bazında var olmadığı anlaşılmış ve ilgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki alan olarak belirlenmiştir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. İşlemin Niteliği

Bildirime konu işlemlerle Actavis, Alpharma'dan yukarıda bahsi geçen iş kollarından sadece Alpharma Generics iş kolunu devralacaktır. Taraflar bu amaçla, 17.10.2005 tarihinde, hisse ve mal varlığına yönelik bir anlaşma yapmıştır. İşlem neticesinde Alpharma Generics iş koluna bağlı Alpharma iştiraklerinin Actavis'e geçeceği ve Actavis'in bu iş koluna bağlı şirketlerde tek başına kontrol sahibi olacağı anlaşılmaktadır.

H.3.2. Hukuksal Değerlendirme

Actavis group hf.'nin Alpharma Inc.'den Alpharma Generics işini devralması işleminin, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesi anlamında kontrol değişikliğine yol açan bir devralma olduğu görülmektedir.

D02A, G03D ve N07E sınıflarında yer alan ilaçlar pazarında, devralan taraf olan Actavis'in herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır. Alpharma'nın 2004 yılı için söz konusu pazarlardaki ciro ve pazar payı bilgileri ise aşağıdaki tabloda gösterilmiştir:

Tablo 4- İlgili Ürün Pazarlarında 2004 Yılı Ciro ve Pazar Payı

Alpharma	Ciro (YTL)	Pazar Payı (%)
D02A (Decubal)	(.....)	(.....)
G03D (Cyclogest)	(.....)	(.....)
N07E (Antabus)	(.....)	(.....)

Tablonun incelenmesinden de görülebileceği üzere, Alpharma adına tescilli bulunan Antabus markalı ilaç, N07E sınıfında yer alan ilaçlar pazarındaki 2004 yılı pazar payı, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4.

maddesindeki pazar payı eşiğini aşmaktadır. Bu çerçevede, bildirim konusu işlem, 1997/1 sayılı Tebliğ bakımından izne tabi bir devralma işlemidir.

Öte yandan, Actavis'in söz konusu pazarlarda herhangi bir faaliyeti ve dolayısıyla pazar payı ile ifade edilebilir bir pazar gücü bulunmadığı dikkate alındığında, işlemin bu ilgili ürün pazarlarında hakim durum yaratan veya mevcut bir hakimi durumu güçlendiren bir nitelik arz etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

H.3.3. Rekabet Yasağına İlişkin Değerlendirme

Taraflar arasındaki "Hisse ve Mal Varlığı Alım Sözleşmesi"nin (Stock and Asset Purchase Agreement) "Rekabet Etmemeye İlişkin Mukavele; Talepsizlik" (Covenant not to Compete; Nonsolicitation) başlıklı 6.d. maddesinde; devreden taraf olan Alpharma'ya ve iştiraklerine, devrin konusu ile ilgili faaliyet alanlarına yönelik olarak ve Alpharma'nın sözleşmenin imza tarihinden önceki 12 ay müddetince faaliyet gösterdiği herhangi bir coğrafi bölgede, sözleşmenin kapanış tarihinden itibaren 3 sene süreyle bir rekabet yasağı getirilmekte, aynı maddede bu rekabet yasağının istisnaları sıralanmaktadır. Söz konusu işlemin global bir devir işlemi olduğu; ticari marka, telif hakkı, patent ve müşteri devrini de kapsadığı göz önüne alındığında, maddede öngörülen rekabet yasağının süresi ve kapsamı yönünden makul bir sınırlama olduğu ve yan sınırlama olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre:

Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna, ancak işlem sonucunda 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarlarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.