

Rekabet Kurumu Başkanlığından,  
**REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2012-3-31 (Muafiyet/Menfi Tespit)  
Karar Sayısı : 12-17/495-138  
Karar Tarihi : 06.04.2012

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

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

**B. RAPORTÖRLER:** Hakan Deniz KARAKOÇ, Didem ULUÇ

**C. BİLDİRİMDE**

**BULUNAN** : Merck Sharp Dohme İlaçları Limited Şirketi  
Temsilcisi: Av. Efser Zeynep ERGÜN  
Büyükdere Cad. No:127 Astoria A Kule, Kat:6-24  
34394 Esentepe/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. ile Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti., Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş., Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş., Avrasya İlaç Ecza Dep. Med. Ürün Tic. Ltd. Şti., Boğaziçi Ecza Dep. Sağ. Hiz. İth. İhr. Ltd. Şti. arasında ayrı ayrı imzalanan "İhale Satış Sözleşmesi"ne muafiyet tanınması talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 21.02.2012 tarih ve 1521 sayılı ile giren bildirim üzerine düzenlenen 30.03.2012 tarih ve 2012-3-31/MM sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F.RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle; dosya konusu "İhale Satış Sözleşmesi"lerinin 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"nin 2. maddesinde belirlenen pazar payı eşliğinin aşılması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayacağı, ancak 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle anılan Sözleşmelere bireysel muafiyet tanınabileceği sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

**G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME**

**G.1. Taraflar**

**G.1.1. Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. (MSD)**

- (4) MSD, merkezi ABD'de bulunan halka açık bir şirket olan Merck Holdings LLC.'nin Türkiye'deki iştiraki konumunda olup, beşeri ilaç üretimi, alımı ve satımı ile bu ürünlerin yurt dışından ithali işi ile iştigal etmektedir.
- (5) Sağlık alanında alzheimer, ateroskleroz, diyabet, obezite, onkoloji, ağrı bozuklukları, uyku bozuklukları gibi çeşitli konulara yönelik ilaç ar-ge çalışmaları yürüten ve sermayesinin %(. ....)'luk kısmı Merck Holdings LLC.'a ait olan şirketin 2011 yılı cirosu (. ....)'dir.

**G.1.2. Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. (Özsel)**

- (6) İlaç dağıtımı, depolama ve toptan ilaç satış alanında faaliyet gösteren Özsel'in 2010 yılı cirosu (.....)

**G.1.3. Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Gül)**

- (7) Farmasötiklerin, reçetesiz satılan ilaçların ve sağlıkla ilgili diğer ürünlerin dağıtımı alanında ihalelere yönelik olarak faaliyet gösteren Gül'ün 2011 yılı cirosu (.....)

**G.1.4. Avrasya İlaç Ecza Dep. Med. Ürün Tic. Ltd. Şti. (Avrasya)**

- (8) Sektöre 2005 yılında giren Avrasya, kamu kurum ve kuruluşlarına özel hastanelere, askeri hastanelere ve diyaliz merkezlerine ilaç ve serum satış hizmeti vermektedir. Şirketin 2011 yılı cirosu (.....)

**G.1.5 Boğaziçi Ecza Dep. Sağ. Hiz. İth. İhr. Ltd. Şti. (Boğaziçi)**

- (9) İlaç dağıtımı alanında faaliyette bulunan Boğaziçi'nin 2011 yılı cirosu (.....) G.2. İlgili Pazar

**G.2.1. İlgili Ürün Pazarı**

- (10)2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde; dikey anlaşmaların Tebliğ kapsamında olduğu ve Tebliğ'le sağlanan muafiyetin ilgili pazardaki payın %40'ı aşmaması durumunda uygulanacağı ifade edilmektedir.

- (11)2002/2 sayılı Tebliğ'in 3(h) maddesinde tek alıcıya sağlama yükümlülüğü tanımlanmıştır. Bildirim konusu ecza depolarıyla ayrı ayrı imzalanmış olan İhale Satış Sözleşmesinde (Sözleşmeler), sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren MSD'nin, Sözleşmeler ekinde belirtilen ürünlerle sınırlı olarak, devlet ve üniversite hastaneleri için Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenecek ihaleler ve doğrudan temin kapsamında yapılacak satın alımlar ile özel hastaneler tarafından yapılacak satın alımlar için tüm Türkiye sınırları içerisinde münhasıran yetkilendirilen ecza depolarına hangi koşullarda satış yapacağı hususları düzenlenmektedir..

- (12)Bu kapsamda, bildirim konu ve her ecza deposu ile ayrı ayrı imzalanan Sözleşmeler'de yer alan ilgili ilaç formu bazında Özsel, Gül ve Beşer devlet ve üniversite hastanelerinin Kamu İhale Kanunu hükümleri uyarınca açacağı ihaleler ve/veya doğrudan teminler kapsamındaki alımlar, Avrasya ve Boğaziçi ise özel hastanelerin her türlü alımları bakımından Sözleşmeler'deki istisnalar haricinde ve tüm Türkiye'de münhasıran yetkili olacaktır. Dolayısıyla MSD'nin, bildirim konu, ecza depolarıyla akdetmiş olduğu Sözleşmeler'de belirtilen ürünler bakımından tek alıcıya sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu noktada, anılan ecza depolarının MSD tarafından Türkiye genelinde münhasıran yetkilendirilmesi ve her depoya yetkilendirildiği ürünlere rakip ürünlerle ihalelere katılmama yükümlülüğü getirilmesi birlikte değerlendirildiğinde, Sözleşmeler'e konu ürünlere ait pazar paylarının incelenmesi gerekmektedir.

- (13)İlaç alım ihalelerinde çok sayıda ürünün temin edilmesi amaçlanmakta ve bu kapsamda her bir kalemden etkin maddenin yanında form ve doz da belirtilmektedir. 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 tanımları, en geniş haliyle etkin madde esasına

göre yapılabilecektir.

- (14) Dosya içeriğinden, anılan ecza depolarıyla akdedilen Sözleşmeler'de yer verilen ilaçlardan Norcuron ve Tienam isimli ilaçların jeneriğinin bulunduğu görülmektedir.
- (15) Dosya içeriğinden anlaşıldığı üzere, asgari jeneriği bulunmayan ürünler bakımından, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında %40'lık pazar payı eşliğinin geçildiğini söylemek mümkündür. Etkin maddeye göre belirlenen ilgili ihale kalemlerinde, jeneriği olmayan MSD ürünlerinin rakipsiz olacağı ve bunlara karşı alternatif teklifler verilemeyeceği tespiti karşısında, pazar tanımının, dosya özelinde kesin olarak yapılmasının gerekli olmadığı kanaatine varılmıştır.

## G.2.2 İlgili Coğrafi Pazar

- (16) Bildirime konu Sözleşmeler uyarınca Özsel, Gül, Beşer, Avrasya ve Boğaziçi ilgili MSD ürünlerinin ihale satışlarında Türkiye genelinde münhasır dağıtıcı olarak yetkilendirilmektedir. Bunun yanında, dosyada bölgesel seviyede değerlendirme yapılmasını gerektiren unsurlar da söz konusu olmadığından, ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

## G.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

### G.3.1. Bildirime Konu Sözleşmeler ve Grup Muafiyeti Değerlendirmesi

- (17) Sözleşmeler ile tüm Türkiye sınırları içerisinde ve her depo için belirlenen ürünler bakımından, devlet ve üniversite hastaneleri için Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenecek ihaleler ve/veya doğrudan teminler kapsamındaki alımlar için Özsel, Gül ve Beşer, özel hastaneler tarafından yapılacak satın alımlar için Avrasya ve Boğaziçi münhasır olarak yetkilendirilmektedir.
- (18) Sözleşmeler'de aynı zamanda depolar ile MSD'nin karşılıklı yükümlülükleri belirlenmektedir. Sözleşmeler'in "*Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*" başlıklı ortak 4.2. maddesinde, kazanılan ihaleler sonucunda hastanelere yapılacak satışlar bakımından MSD'nin depolara iskonto ve vade uygulayabileceğine dair hüküm mevcuttur. Sözleşmeler'in "*Depo'nun Yükümlülükleri*" başlıklı 4.1. maddesi uyarınca yetkili depo, Sözleşmeler'de yer verilen ilaçlarla ilgili olarak hastaneler tarafından yapılacak tüm ihaleleri ve satın alımları takip etmek, ihalelerde ilaçların satımı için kendi nam ve hesabına iştirak etmek ve kazandığı ihalelerdeki ilaçları hastanelere teslim etmekle yükümlü tutulmuştur. Ayrıca Sözleşmeler'in ortak 6. maddesi uyarınca yürürlük süresi bir yıl olarak belirlenmiş olup, taraflardan biri, sürenin bitiminden en az onbeş gün önce karşı tarafa Sözleşme'nin uzamasını istemediğini yazılı olarak bildirmediği takdirde, sözleşme aynı şartlarla kendiliğinden bir yıl daha uzamış sayılacaktır. Ancak bu süre her halükarda yürürlük tarihinden itibaren beş yılı geçmeyecektir. Dolayısıyla üst sınırı beş yıl olan bir rekabet etmeme yükümlülüğü söz konusudur.
- (19) Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, Sözleşmeler'in süresi ile sınırlı olmak üzere geçerli olan ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken münhasırlığa ilişkin hükümler ile en geniş şekilde etkin madde bazında tanımlanabilecek ilgili pazarlarda dahi MSD'nin bazı ilaçlarının jeneriğinin bulunmaması ve dolayısıyla 2002/2 sayılı Tebliğ'in "*Kapsam*" başlıklı 2. maddesinde belirlenen %40'lık pazar payı eşliğini geçmesi nedeniyle, Sözleşmeler'in anılan Tebliğ kapsamındaki grup muafiyetinden yararlanamayacağı kanaatine varılmıştır.

### **G.3.2. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi**

#### **G.3.2.1. Malların Üretim veya Dağıtım ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması**

- (20) Dosya içeriğinden, Sözleşmeler'e konu ürünlerin büyük bir kısmının yatan hastaların tedavisinde kullanılan ve hastane eczanesinde bulunması gereken ürünler olduğu anlaşılmıştır. Muafiyet sonucunda ihalelerde verilen teklif sayısında gerçekleşmesi muhtemel artış dikkate alındığında, Sözleşmeler'in "*Depo'nun Yükümlülükleri*" başlıklı 4.1. maddesinde yer verilen yükümlülüğün hizmet sürekliliğinin ön planda olduğu ilaçlar bakımından önemli bir katkı niteliğinde olduğu kanaati oluşmuştur. Dolayısıyla, depoların geniş dağıtım kanalları vasıtasıyla erişimin zor olduğu bölgelerdeki küçük çaplı ihaleleri dahi yakından takip edebilmesi, hastanelerin söz konusu ilaçlara yönelik ihtiyaçlarının zamanında ve istenen koşullarda giderilmesi yönünde güvence sağlayıcı niteliktedir. Öte yandan, Sözleşmeler kapsamında bazı depoların sadece kamu/üniversite hastaneleri, bazı depoların ise sadece özel hastane alımları bakımından yetkilendirildiği görülmektedir. İhale geçmişinde ağırlıklı olarak kamu hastaneleri ya da özel hastanelerle çalışmış olan depoların spesifik bir alanda yetkilendirilmesi de, ihaleleri ve satın alımları takip açısından olumludur.
- (21) Sözleşmeler'e konu ilaçlar bakımından hastane ihalelerine katılıma ilişkin getirilen münhasırlık, depoların satış ve dağıtım sürecini optimize etmesini beraberinde getirecektir. Dolayısıyla, MSD'nin sözleşme konusu ilaçlar bakımından ihalelerde aktif şekilde yer alabilmesi, hastanelere ilaçların daha etkili bir şekilde ulaştırılmasını da sağlayabilecektir.
- (22) Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında, Sözleşmeler ile kurulması planlanan münhasır sistem, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (a) bendinde ifade edilen koşulu karşılamaktadır.

#### **G.3.2.2. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması**

- (23) Ürün arzında devamlılığının sağlanması, belirli gelişme ve iyileşmelerin meydana getirilmesinin yanında, tüketicilerin bundan yarar sağlaması sonucunu da doğurmaktadır. Şöyle ki, ihalelerde teklif edilen alternatif ürün sayısının artmasıyla, hastaneler daha düşük fiyatlarla alım yapabilecek ve ihaleyi kazanması durumunda muhatap depodan ürün temininde sıkıntı yaşamayacaktır. Yine bu sayede, hastane eczanesinde daha fazla çeşitlilikte ürün bulunmasıyla yatan hasta reçetelerinin piyasa eczanesine yönelmesi olasılığı düşecektir. Buna bağlı olarak da devlet daha yüksek olan eczane satış fiyatına oranla avantajlı fiyatlarla ilaç temin edebilecektir. Ayrıca reçetede yazılı ilaçlar yatan hastalara hastane eczanesinden daha kısa sürelerde ulaştırılabilecektir.
- (24) Özetle, Sözleşmeler'e konu münhasırlık ilişkisinin, nihai tüketici konumundaki hastaların ürünlere daha kolay ulaşabilmesini sağlayacak nitelikte olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (b) bendinde ifade edilen koşul karşılanmaktadır.

#### **G.3.2.3. İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması**

- (25) Sözleşmeler'e konu ilaçların ikisinin jeneriği bulunmadığından, özellikle jeneriği bulunmayan ürünler bakımından marka içi rekabetin sınırlanacağı söylenebilecektir. Ancak, arz sürekliliğinin sağlanması sonucu ortaya çıkacak faydalar, depo karları çerçevesinde gerçekleşen marka içi rekabet üzerinde oluşabilecek olumsuz etkiyi

toplamda telafi edebilecektir.

- (26)Bu çerçevede, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı, hatta Sözleşmeler ile oluşturulan çalışma koşullarının rakip ilaçların bulunduğu ürünlerde rekabete katkıda bulunacağı sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (c) bendinde ifade edilen koşul karşılanmaktadır.

#### **G.3.2.4. Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması**

- (27)4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (d) bendi uyarınca anlaşmaların uygulanması sonucunda meydana gelen rekabeti kısıtlayıcı etkiler, anlaşmanın ortaya çıkardığı yararlarla ulaşmak için gerekenden fazla olmamalıdır. Bu noktada öncelikle belirtilmesi gereken husus, Sözleşmeler'e konu MSD ürünleri bazında ihalelere yönelik tek satıcı olarak belirlenen her deponun, ihalelerin ilgili kalemlerinde rakip ürünler için teklif vermesinin mümkün olmamasıdır. Ancak geçmiş tarihli Kurul kararlarında sözü edilen durumun sektördeki rekabetin sağlıklı işleyebilmesi bakımından gerekli olduğu tespiti yapılmıştır. Bunun temel sebebi, rakip ürünlerin ihalelere yönelik satışlarının aynı ecza deposu üzerinden gerçekleştirilmesinin, ilgili ihale kalemlerinde rekabetin engellenmesine neden olabilmesidir. 05.08.2010 tarih ve 10-52/973-342 sayılı Kurul kararında belirtildiği üzere, 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. Dolayısıyla bildirim konu Sözleşmeler kapsamında sağlayıcı ve depolar bakımından karşılıklı olarak getirilen münhasırlık sonucunda rekabetin engellenmesi söz konusu olmayacaktır.
- (28)Öte yandan, Sözleşmeler'in ortak 6. maddesi uyarınca yürürlük süresi bir yıl olarak belirlenmiş olup, sona erme tarihinden itibaren taraflardan herhangi birisi tarafından aksine bildirim yapılmaması durumunda Sözleşmeler'in aynı koşullarla 1 yıl süreyle yenileneceği, ancak hiçbir durumda Sözleşmeler'in süresinin beş yılı aşamayacağı düzenlenmiştir. Sözleşmeler'in feshinden sonraki süre için depolara herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmemiştir. Bu noktada, Sözleşmeler'in süresi ve rekabet etmeme yükümlülüğünün makul olduğu kanaatine varılmıştır.
- (29)Bu çerçevede, incelenen Sözleşmeler, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (d) bendinde ifade edilen koşulu karşılamaktadır.

## H. SONUÇ

- (30)Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;
- (31)1- Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. ile Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti., Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş., Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş., Avrasya İlaç Ecza Dep. Med. Ürün Tic. Ltd. Şti., Boğaziçi Ecza Dep. Sağ. Hiz. İth. İhr. Ltd. Şti. arasında ayrı ayrı imzalanan "İhale Satış Sözleşmesi"nin 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"nin 2. maddesinde belirlenen pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayacağına,
- (32)2- Ancak 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle anılan Sözleşmelere bireysel muafiyet tanınmasına
- (33)OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir