

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2010-1-143 (Muafiyet)
Karar Sayısı : 10-52/973-342
Karar Tarihi : 05.08.2010

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER : E. Cenk GÜLERGÜN, Cumhuriyet HATİPOĞLU

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : AstraZeneca İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Turgan Gürmen
Mete Cd. No:12/7 Taksim/İstanbul

D. İLGİLİ TARAF : - AstraZeneca İlaç Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.
Büyükdere Cd. Yapı Kredi Plaza B Blok K:3-4 34394
Levent/İstanbul

- Gül Ecza Deposu Güner Zeynep Yüceer
Merkez Mah. Güngören Cad. 3. Sok. No:23 Bağcılar/İstanbul

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

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 18.05.2010 tarihinde 3992 sayılı ile giren başvuru üzerine düzenlenen 22.07.2010 tarih, 2010-1-143/MM-10-134.ECG sayılı Menfi Tespit Ön İnceleme Raporu, 22.07.2010 tarih ve REK.0.05.00.00-130/278 sayılı Başkanlık önergesi ile 10-52 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da, bildiri yapılan Sözleşme'ye 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan tüm şartları karşılama nedeniyle bireysel muafiyet tanınabileceği görüşüne yer verilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde, "üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar" olarak tanımlanan dikey anlaşmaların Tebliğ kapsamında olduğu ve Tebliğ'le sağlanan muafiyetin ilgili pazardaki payın %40'ı aşmaması durumunda uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu nedenle ilgili pazarın tanımlanması öncelikle, başvuru konusu Sözleşmenin, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında olup olmadığını belirlemek açısından önemlidir.

2002/2 sayılı Tebliğ'in 3(h) maddesinde tek alıcıya sağlama yükümlülüğü, "Sağlayıcının anlaşma konusu malları veya hizmetleri, kendi kullanımı veya yeniden satışı amacıyla Türkiye içerisinde sadece bir alıcıya satmasına yönelik doğrudan veya dolaylı yükümlülük"

10-52/973-342

şeklinde tanımlanmaktadır. Bildirim konusu Sözleşme ile Gül Ecza Deposu, tüm Türkiye’de ilaç alımı ihalelerinde AstraZeneca’nın ürünleri için teklif vermeye münhasıran yetkili kılınmaktadır. Dolayısıyla tek alıcıya sağlama yükümlülüğü söz konusudur. Bu nedenle, Tebliğ’in 2. maddesinde belirlenmiş olan %40’lık pazar payı eşiğinin aşılmadığının, aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca alıcı taraf olan Gül Ecza Deposu bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Anılan ecza deposunun AstraZeneca tarafından Türkiye genelinde münhasıran yetkilendirilmesi ve depoya rakip ürünlerle ihalelere katılmama yükümlülüğü getirilmesi birlikte değerlendirildiğinde, Sözleşme konusu ürünlere ait pazar paylarına bakılması gerektiği anlaşılmaktadır.

İlaç alımı ihaleleri, genellikle çok sayıda ürünün temin edilmesi için ve her bir kalemde 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 tanımı, en geniş haliyle etkin madde esasına göre yapılabilmektedir.

Bildirim formunda, AstraZeneca’nın hâlihazırda Türkiye piyasasına sunduğu 40 üründen 17’sinin jeneriğinin bulunmadığı belirtilmektedir. Buna göre, ilgili pazar tanımının en geniş haliyle etkin madde bazında yapılabileceği de düşünüldüğünde, en azından bu ürünlerde %40’lık pazar payı eşiğinin aşıldığı kolaylıkla söylenebilecektir. Dolayısıyla işbu dosya çerçevesinde, her bir ürün özelinde kesin pazar tanımı yapılmasına ihtiyaç duyulmamaktadır.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Bildirim konusu Sözleşmede, Gül Ecza Deposu, AstraZeneca 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.

H.2. Rekabet Kurulunun 28.01.2010 Tarih ve 10-10/98-45 Sayılı Kararı

AstraZeneca ile Gül Ecza Deposu, bildirim konusu sözleşme ile büyük ölçüde benzer içerikli bir sözleşme yaparak Kurumumuza 11.09.2009 tarihinde bireysel muafiyet başvurusunda bulunmuştur. İnceleme sırasında, AstraZeneca’nın mezkûr sözleşmeyi Öz-Sel ve Beşer Ecza Depolarıyla da imzaladığı ve Türkiye’nin üç bölgeye bölünerek anılan depoların münhasır dağıtıcılar olarak yetkilendirildiği anlaşılmıştır. 28.01.2010 tarih ve 10-10 sayılı Kurul toplantısında; söz konusu başvurunun değerlendirildiği 2009-1-117/MM-10-ECG sayılı rapor görüşülmüş ve

- Sözleşme’nin, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında olduğuna ve pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde grup muafiyetinden yararlanmadığına,

- “Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen rekabet yasağının münhasır bölgeyle sınırlı tutulmayarak rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi zorunlu olandan fazla kısıtlanması nedeniyle Sözleşmeye bireysel muafiyet tanınamayacağına”

karar verilmiştir.

Yukarıda sözü edilen Sözleşme’ye muafiyet tanınmaması üzerine AstraZeneca, benzer nitelikli ve fakat bu kez yalnızca tek bir depoyla (Gül Ecza Deposu) sözleşme imzalayarak Kurumumuza bildirimde bulunmuştur. Dolayısıyla 10-10/98-45 sayılı Kurul kararında

10-52/973-342

90 Sözleşme'ye bireysel muafiyet tanınmamasının gerekçesinin işbu dosyada geçerli olmadığı anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla, AstraZeneca ürünlerinin ihale satışlarında Türkiye genelinde tek bir depo yetkilendirileceği için, rekabet etmeme yükümlülüğü münhasır olunan bölgenin dışında sonuç doğurmayacak ve 10-10/98-45 sayılı kararda işaret edilen rekabet sorunu gündeme gelmeyecektir.

H.3. İhale Yolu İle Münhasır Beşeri Tıbbi Ürün Satış Sözleşmesi (Sözleşme)

AstraZeneca ile Gül Ecza Deposu arasında 16.04.2010 tarihinde imzalanan başvuru konusu Sözleşme'nin ilgili maddeleri aşağıdaki şekildedir:

100 - Sözleşme'nin 1. maddesinde, ülke genelinde tek yetkili ihale deposu olarak tayin edilen Gül Ecza Deposu, ihalelere münhasıran AstraZeneca ürünleri ile katılmayı ve ihalelerin gerekliliklerini yerine getirmeyi taahhüt etmektedir. AstraZeneca'nın halen Türkiye'de satışını yaptığı ve ileride yapmaya başlayacağı tüm ilaçlar Sözleşme kapsamına dâhil edilmiştir. Öte yandan, ihalelere yönelik olmayan ürün alımları ve grup ihaleleri¹ Sözleşme kapsamı dışında tutulmuştur.

- Sözleşme'nin "Rekabet Yasağı" başlıklı 2. maddesinde; Gül Ecza Deposu'nun, Sözleşme konusu ürünler ile fiilen ya da potansiyel olarak rekabet halindeki hiçbir ürünün üretilmesi, satılması, dağıtılması ve/veya pazarlamasında herhangi bir menfaat sahibi olmayacağı hükme bağlanmıştır. Maddenin devamında ise, rekabet yasağının, AstraZeneca'nın katılmayacağını beyan ettiği ihaleler açısından geçerli olmadığı, deponun bu ihalelere rakip ürünlerle katılma hakkının bulunduğu ifade edilmektedir.

110 - Sözleşme'nin ihalelere ilişkin işleyişi düzenleyen 3. maddesi aşağıdaki gibidir:

"3.1 Depo, aşağıda yer alan yükümlülükleri yerine getireceğini kabul, beyan ve taahhüt eder.

a) AstraZeneca Ürünleri ile ilgili olan tüm ihaleleri takip etmek, gerçekleştirilen ve sonuçlanan ihalelere ilişkin AstraZeneca'ya düzenli olarak bilgi vermek,

b) AstraZeneca Ürünleri ile katılınması mümkün olan tüm ihalelere kendi ad ve hesabına katılmak (Depo'nun Grup ihalelerine katılma zorunluluğu bulunmamaktadır)

[...]

d) AstraZeneca ürünleri ile katıldığı ihalelerde en uygun teklifi vererek AstraZeneca Ürünlerinin satılması için üstün gayret göstermek,

120 *[...]*

3.2 Deponun ihalelerde AstraZeneca Ürünleri'ne ilişkin vereceği teklifler, AstraZeneca tarafından her bir ürün veya ihale için belirlenebilecek tavan fiyatların üzerinde olamayacaktır.

3.3 İhalelere katılmak, ihaleye konu ürünü teslim almak ve sağlık birimine teslim etmek, ilgili ihale sözleşmesini akdetmek ve bu sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmek tamamen DEPO'nun kendi sorumluluğunda olup DEPO bütün bu sayılanları kendi nam ve hesabına yerine getireceğini kabul ve taahhüt eder.

[...]

130 *3.5 DEPO'nun i) ilgili ihaleye katılmayacağını veya ihaleye katılım şartlarını taşımadığını bildirmesi, veya ii) ödemelerinde temerrüde düşmesi veya iii) ihaleleri belirtilen süre*

¹ Katılımcıların tüm ihale kalemleri için teklif verdiği ve birbirleriyle toplam ihale bedeli üzerinden yarıştığı, sonucunda da tüm ihale kalemlerinin tek bir firmadan temin edildiği ihaleler.

10-52/973-342

içerisinde AstraZeneca'ya bildirmemesi veya ihale tarihinden 7 gün öncesine kadar teklifi hazırlamamış olması veya iv) [...] v) AstraZeneca tarafından talep edilen tutarda teminatı vermemiş olması vi) Kurumunun ilaçları doğrudan AstraZeneca'dan tedarik etmek istemesi hallerinden birinin varlığı halinde AstraZeneca, doğrudan ya da bahse konu ihaleye ilişkin atayacağı depo aracılığı ile ihaleye katılma hakkını saklı tutar.”

- Sözleşme'nin süresini belirleyen 13. maddesi aşağıdaki gibidir:

“İşbu sözleşme 19/4/2010 tarihinden itibaren 18/4/2010 tarihine kadar bir yıl geçerli olmak üzere akdedilmiştir. [...]

140 *İşbu sözleşme hiçbir suretle beş yıldan uzun bir süre yürürlükte kalmayacak, başlangıç tarihinden itibaren beş yılın sonunda hiçbir hükme, ihbar veya ihtara gerek olmaksızın kendiliğinden sona erecektir.*

Taraflar, işbu sözleşmenin imzalanmasını müteakip Rekabet Kurumuna başvurarak, menfi tespit veya bireysel muafiyet talebinden bulanacaklardır. Bu sözleşme, Rekabet Kurumu tarafından bireysel muafiyet verildiği tarihten itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur.”

H.4. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.4.1. Menfi Tespit ve Grup Muafiyeti Değerlendirmesi

150 Bildirim konusu Sözleşme, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirmesini gerektiren münhasırlık, fiyat tespiti ve rekabet yasağı gibi hükümler içermektedir. Bu çerçevede, Sözleşme'ye, Kanun'un 8. maddesi kapsamında menfi tespit belgesi verilemeyeceği anlaşılmıştır.

Diğer taraftan, en azından jeneriği bulunmadığı belirtilen Sözleşme konusu ürünler bakımından, 2002/2 sayılı Tebliğ'in "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde belirlenen %40'lık pazar payı eşiği aşılmaktadır. Buna bağlı olarak Sözleşme, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden de yararlanamamaktadır.

H.4.2. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması

160 Sözleşme'nin 3.1. maddesinin (a), (b) ve (d) bentleri Gül Ecza Deposuna tüm ihaleleri takip etme, bu ihalelere katılma ve en uygun teklifi verme yönünde yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülüklerin, hastanelerin ilaç ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için gerekli olan arz sürekliliğinin sağlanmasına katkıda bulunacağı düşünülmektedir. Özellikle küçük çaplı ve düşük getirili ihalelerin dahi Depo tarafından takip edilmesini gerektiren bu yükümlülükler arz sürekliliği açısından önemlidir. Ayrıca Sözleşme'nin 3.3. maddesi, kazanılan ihalelerde Depoya hastaneye karşı yükümlülüklerini yerine getirmesi yönünde bir sorumluluk yüklemektedir. Bu maddenin, hastanelerin ihtiyaçlarının zamanında ve istenen koşullarda giderilmesi yönünde güvence sağladığı anlaşılmaktadır.

170 Bildirim konusu Sözleşme'den beklenen diğer önemli gelişmeler de, münhasırlık düzenlemesi sayesinde, Deponun her ihaleye katılması gerektiğinin bilincinde olarak ihale masraflarını ve dolayısıyla dağıtım maliyetlerini minimize etmesi, AstraZeneca'nın ise düzenli bilgi akışı sayesinde ihalelere yönelik optimum bir üretim planı uygulayabilmesi şeklinde ortaya çıkacaktır.

Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında, Sözleşme ile kurulması planlanan münhasır sistemin, malların üretimi ve dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme

10-52/973-342

ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması şartını karşıladığı sonucuna varılmıştır.

b. Tüketicinin bundan yarar sağlaması

180 Mal 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 yönlendirilmesi olasılığı düşecektir. Buna bağlı olarak da devlet daha yüksek olan eczane satış fiyatı üzerinden değil, duruma göre sağlayıcı fiyatının da altında fiyatlarla ilaç temin edebilecektir. Ayrıca reçetede yazılı ilaçlar yatan hastalara hastane eczanesinden daha kısa sürelerde ulaştırılabilecektir.

Özetle, deponun ihalelere katılım bakımından daha fazla çaba göstermesini sağlayacağı düşünülen Sözleşme konusu münhasır ilişkinin, Kanun'un 5. maddesinin (b) bendinde ifade edilen tüketici faydası koşulunu karşıladığı değerlendirilmektedir.

190 c. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması

AstraZeneca'nın Türkiye'de piyasaya sunduğu 40 üründen 23'ünde jenerik rakip bulunduğu görülmektedir. Sözleşme'nin uygulamaya başlanması ile jeneriği bulunan ürünlerde rekabetin artacağı beklenmektedir. Ne var ki diğer ürünlerde rekabet olumsuz yönde etkilenebilecektir. Bu durumda, sözü edilen iki ilaç grubu bakımından beklenen etkilerin karşılaştırılması gerekmektedir.

200 Üreticiler arasındaki rekabet, depolar arasındaki rekabetten daha yoğundur. Şöyle ki, birden fazla rakibin söz konusu olduğu ilaçların temini için açılan ihalelerde, sağlayıcı teşebbüslerin satış stratejilerine de bağlı olarak, sağlayıcı fiyatları üzerinden yüksek oranlarda indirimle teklif verilebildiği bilinmektedir. Oysa jeneriği olmayan ürünlerde birden fazla deponun teklif vermesi durumunda ise, rekabet depoların sınırlı kar marjları içinde ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, jenerik rekabeti bulunan AstraZeneca ürünleri için sunulan fiyat teklifleri, yukarıda ifade edilen ekonomik gelişmeler ve maliyet tasarrufları sayesinde, daha indirimli ve rekabetçi olabilecek, bu husus da diğer 17 ilaçta depo karları çerçevesinde gerçekleşen marka içi rekabet üzerinde oluşabilecek olumsuz etkiyi toplamda telafi edebilecektir.

Bu çerçevede, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı, hatta Sözleşme ile oluşturulan çalışma koşullarının rakip ilaçların bulunduğu ürünlerde rekabete katkıda bulunacağı sonucuna ulaşılmıştır.

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

Sözleşme'nin "Rekabet Yasağı" başlıklı 2. maddesinde, Gül Ecza Deposu'na AstraZeneca ürünlerinin rakibi olan ilaçları üretmeme, satmama, dağıtmama ve pazarlamama yükümlülüğü getirilmektedir. Buna göre, AstraZeneca ürünlerinin ihalelere yönelik tek satıcısı olarak belirlenen Depo'nun 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

10-52/973-342

220 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.

İncelenen dosyada muafiyet/menfi tespit başvurusuna konu olan Sözleşme’de Depo’ya getirilen rekabet yasağı yükümlülüğünün, 10-18/207-78 sayılı Kurul kararında işaret edilen endişeyi giderdiği görülmektedir. Sözleşme’nin 2. maddesinde, Depo’nun AstraZeneca ürünlerinin eşdeğerleriyle ihalelere katılımı yasaklanmaktadır. Bu sayede, ürün bazında rakip teşebbüslerin aynı münhasır depoyla çalışması ve bunun sonucunda da rekabetin engellenmesi söz konusu olmayacaktır.

230 Yukarıda da belirtildiği gibi, AstraZeneca’nın Gül Ecza Deposunun yanında iki depoyla daha imzaladığı benzer nitelikteki bir sözleşmenin değerlendirildiği 28.1.2010 tarih ve 10-10/98-45 sayılı Kurul kararında, 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sayılan koşullardan sonuncusunun karşılanmadığı sonucuna varılmıştır. Rekabet yasağının münhasır bölgeyle sınırlandırılmamış olması, bu değerlendirmenin gerekçesini oluşturmuştur. Mevcut dosya konusu Sözleşme’de ise, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü öngörülmüş, dolayısıyla münhasırlık tüm Türkiye’ye yönelik olarak getirilmiştir. Dolayısıyla, sözü edilen Kurul kararında anlaşmaya muafiyet tanınmamasının gerekçesinin bu anlaşmanın değerlendirilmesi bakımından geçerli olmadığı açıktır.

240 Bu çerçevede, incelenen Sözleşmenin bireysel muafiyet koşullarının ilk üçünün yanı sıra rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması koşulunu da karşıladığı kanaatine varılmıştır.

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 Münhasır Beşeri Tıbbi Ürün Satış Sözleşmesi”nin, 2002/2 sayılı “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”nin 2. maddesinde belirlenen pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle, anılan Tebliğ kapsamındaki grup muafiyetinden yararlanamayacağı,

2- Ancak 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle Sözleşme’ye bireysel muafiyet tanınmasına

250 OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.