

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2005-1-28 (Devralma)
Karar Sayısı : 05-36/450-103
Karar Tarihi : 26.5.2005

10

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ,
Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI,
M.Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN, M.Akif ERSİN

B. RAPORTÖRLER: E. Cenk GÜLERGÜN, M. Oğuzcan BÜLBÜL

20

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: - Novartis AG

D. TARAFLAR

: - Novartis AG
Temsilcisi: Av. Şila MURATOĞLU
Beybi Giz Plaza Meydan Sok. No:28 K.14 34398
Maslak/İstanbul

- Novartis (Deutschland) GmbH
Oeflingerstrasse 44 79664 Wehr/ALMANYA

30

- Hexal AG
Industriestrasse 25 83607 Holzkirchen/ALMANYA

E.DOSYA KONUSU: Farmasötikler/ilaç sektöründe faaliyet gösteren Novartis AG'nin münhasıran kontrol ettiği Novartis (Deutschland) GmbH aracılığı ile yine aynı sektörde faaliyet gösteren Hexal AG şirketinin hisselerinin tümünü devralması işlemine izin verilmesi talebi.

40

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 22.3.2005 tarih, 1844 sayı ile giren ve en son 5.5.2005 tarih, 2889 sayı ile eksiklikleri 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 5.5.2005 tarih, 2005-1-28/Öİ-05-ECG sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu ile 23.5.2005 tarih ve 2005-1-28/BN-05-ECG sayılı Bilgi Notu, 6.5.2005 tarih ve REK.0.05.00.00/85 sayılı Başkanlık önergesi ile 05-36 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

50

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; bildirim konusu devralma sonucunda ilgili pazarlarda hakim durum yaratılmayacağı veya mevcut bir

hakim durumun güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde azaltılmayacağı, bu nedenle işleme izin verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Novartis AG (Novartis)

60 Merkezi İsviçre’de bulunan uluslararası bir şirketler grubu olan Novartis; sağlık bakımı, hayvan sağlığı ve tüketici sağlığından oluşan üç ana alanda araştırma, geliştirme, üretim ve pazarlama faaliyetlerinde bulunmaktadır. Grup üç birime ayrılmıştır: Farmasötikler, Sandoz ve Tüketici Sağlığı. Farmasötikler birimi, patentli ve patentli olmayan ilaçları kapsamakta olup Temel Sağlık Birimi, Onkoloji, Transplantasyon, Oftalmik ve Olgun Ürünler olarak beş iş birimine bölünmüştür. Tüketici Sağlığı bölümü Reçetesiz Ürünler (OTC), Hayvan Sağlığı, Medikal Beslenme, İnfant ve Bebek, CIBA Vision birimlerinden; Sandoz bölümü ise biyofarmasötikler ve enfeksiyon gidericiler olarak iki iş biriminden oluşmaktadır.

70 Novartis Türkiye’de Novartis Sağlık Gıda ve Tarım Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. unvanlı iştiraki aracılığıyla faaliyet göstermektedir. Bu şirketin faaliyet alanı beşeri ilaç, elektronik cihaz, kimyasal madde, boya ve tohum üretimi, ithali, pazarlaması ve satışlarıdır.

H.1.2. Hexal AG (Hexal)

80 Hexal merkezi Almanya’da bulunan bir şirkettir. Jenerik ilaçların geliştirilmesi, üretimi ve pazarlamasıyla iştigal eden Hexal, satışlarının çoğunu Avrupa Birliği’nde özellikle de Almanya, Fransa ve Hollanda’da gerçekleştirmektedir.

Hexal Türkiye’de dört ayrı iştiraki ile faaliyet göstermektedir. Bunlardan İlsan İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. kimyevi, ispençiyari, tıbbi, biyolojik, baytari, zirai, gıdai ve kozmetik ürünler ile bunların hammaddelerinin imalatı ve ticareti ile iştigal etmektedir. Hexal’in diğer iştirakleri olan Milen İlaç Hammaddeleri ve Sanayi ve Ticaret A.Ş., İltaş İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş., Koz İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. de aynı/benzer faaliyetlerde bulunmaktadır.

H.2. Devralma İşlemi

90 İşlemin doğrudan tarafı olan Novartis (Deutschland) GmbH’nin tek hissedarı Novartis AG’dir. İşlemin diğer tarafı olan Hexal’in hisselerinin %100’ü Strüngmann ailesinin kontrol ettiği A&T Holding GmbH & Co. KG’ye (A&T Holding’e) aittir. Bildirim konusu işlem sonucunda Novartis, tüm hisselerine sahip olacağı Hexal’i münhasıran kontrol edecektir.

H.3. İlgili Pazar

100 Tarafların Türkiye’deki bağlı işletmeleri eliyle yürüttüğü faaliyetler farmasötik ürünler alanında örtüşmektedir. Bu ürünler, ATC sınıflandırmasına göre

gruplara ayrılmaktadır. Sınıflamanın birinci basamağı (ATC-1) en genel, dördüncü basamağı (ATC-4) ise en ayrıntılı olanıdır. Rekabet hukuku uygulamalarında genellikle, ATC-3 sınıflaması ilgili ürün pazarı tanımlanmasında referans kabul edilmektedir.

110 Diğer yandan, bu sınıflama bağlayıcı olmayıp olay bazında daha dar veya daha geniş pazar tanımlanabilir. Örneğin, farklı 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, tarafların ilgili ATC-3 sınıflarındaki ürünlerinde etken madde bazında bir çakışma olmadığından (A12A hariç), işlem özelinde bu sınıftan daha dar ilgili ürün pazarı tanımlanmamıştır.

H.3.1. İlgili Ürün Pazarı

120 Türkiye’de taraflardan Novartis 74, Hexal ise 36 ATC-3 sınıfında faaliyette bulunmaktadır. Tarafların faaliyetleri 19 ATC-3 sınıfında örtüşmekte olup bunlardan 7’sinde tarafların pazar paylarının toplamı %25’lik eşiğin üzerindedir. Bu çerçevede, ilgili ürün pazarları olarak kabul edilen 7 gruba ilişkin bilgiler şu şekildedir:

A12A Kalsiyum Ürünleri: Bu sınıfta, osteoporoz veya kalsiyum eksikliği için geliştirilmiş, tümü kalsiyum etken maddeli ve çoğu diğer etken maddelerle içeriği zenginleştirilmiş ürünler yer almaktadır. Novartis ürünleri Calcium, Calcium C, Calcium D Sandoz; Hexal ürünleri ise Kalsiflor, Nat. Kalsiyum Vit-D’dir.

130 Öte yandan, Calcium D Sandoz (Novartis) ve Nat. Kalsiyum Vit-D (Hexal) aynı etken maddeleri (Calcium ve Colecalciferol) içermekle birlikte, tüm olası pazar tanımları altında rekabetin önemli ölçüde azaltılması söz konusu olmayacağından, bu başvuru özelinde A12A sınıfının alt pazarlara bölünüp bölünmeyeceği tartışılmamıştır.

D4A Topikal Antipruritikler: Bu gruptaki ürünler kaşıntı ve böcek sokması gibi durumlarda semptomatik tedavide kullanılmaktadır. Novartis ve Hexal’in ilgili ürünleri sırasıyla Dimetindene etken maddeli Fenistil ve Pheniramine etken maddeli Avil’dir.

140 **N4A Anti-Parkinson İlaçları:** Bunlar parkinson hastalığının tedavisinde kullanılmaktadır. Novartis’in ilgili ürünleri Comtan ve Parlodel (sırasıyla Entacapone ve Bromocriptine etken maddeli) iken, Hexal’in ilgili ürünü Selegline etken maddeli Parlodel’dir.

N5B Hipnotik/Sedatifler: Uykusuzluk ilaçlarının yer aldığı bu sınıfta, Novartis’in ürünü Bellegral¹ ve Hexal’in ürünü Passiflora’dır. Bellegral Atropa

¹ Bellegral 5.4.2005 tarihinde piyasadan çekilmiştir.

Belladonna, Ergotamine ve Phenobarbital; Passiflora ise Passiflora Incarnata etken maddelidir.

150

R5A Soğuk Algınlığı Preparatları: Bu grupta nezle, grip vs. için kullanılan ürünler yer almaktadır. Soğuk algınlığı preparatlarının çoğu, semptomatik tedaviye yönelik olarak birçok molekül veya bileşimi kombinasyon halinde içermektedir. Taraflardan Novartis'in bu sınıftaki ürünü Theraflu; Hexal'in ürünleri ise Peditus, Wintus, Vermidon Cold, Vermidon Hot'dır. Tarafların ürünleri, bu sınıftaki diğer ürünler gibi Paracetamol etken maddesi içermekte ve fakat diğer etken maddeler itibarıyla rakip ürünlerden farklılaşmaktadır.

160

R5D Antitussifler: Bu sınıf, sade antitussifler ile efedrin ve antihistaminiklerle olan kombinasyonlar halindeki antitussifleri kapsamaktadır. R5D başlığı altında Novartis ürünü Butamirate etken maddeli Sinecod, Hexal ürünü ise Oxolamine etken maddeli Kalamın'dır.

V6B Protein Takviye Ürünleri: Bu sınıftaki ürünler protein eksikliğini gidermek için kullanılmaktadır. Novartis'in ilgili ürünü Isosource Protein, Hexal'in ürünleri ise Aminess N ve Aminess'tir. V6B sınıfındaki ürünler çoğunlukla birden fazla etken madde içermekte olup tarafların ürünlerinde bu anlamda bir çakışma söz konusu değildir.

170

H.3.2. 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.

180

H.4. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Bildirime konu işlem ile, Novartis Hexal'in tüm hisselerine dolaylı olarak sahip olacaktır. Bunun sonucunda Türkiye pazarları etkilenecek ve Hexal'in bağlı işletmeleri (İlsan İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş., Milen İlaç Hammaddeleri ve Sanayi ve Ticaret A.Ş., İltaş İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş., Koz İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş.) Novartis tarafından kontrol edilecektir. Bu nedenle, söz konusu işlem, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(b) maddesi kapsamında bir devralmadır.

190

Tarafların ilgili ürün pazarlarındaki payları aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

200

Tablo 1- İlgili ürün pazarlarında tarafların ve rakiplerinin payları²

ATC 3 Sınıfı	A12A	D4A	N4A	N5B	R5A	R5D	V6B
Firma	2003 Yılı Pazar Payı (%)						
Novartis	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Hexal	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Taraflar Toplam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
1. Rakip	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2. Rakip	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
3. Rakip	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Tabloda görüldüğü üzere, birden fazla ilgili ürün pazarında tarafların paylarının toplamı %25'ten yüksektir. Dolayısıyla 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde belirlenen %25'lik pazar payı eşiğinin aşılmış olması nedeniyle, işlem izne tabi bir devralmadır.

210

Diğer yandan, 2003 yılı satış değerlerine göre; özellikle A12A³ ve N5B sınıflarında tarafların pay toplamalarının (sırasıyla %(.....) ve %(.....)) yüksekliği dikkat çekmektedir. D4A, N4A ve V6B sınıflarında ise, bu değerler (.....)-(.....) aralığında oynamaktadır. Ancak düşük paylı tarafın bu toplamlara olan katkısı, D4A ve N5B'de sırasıyla %(.....) ve %(.....) iken, diğer sınıflarda %(.....)'in altındadır. Pazar payı toplamalarına ve bu toplama olan katkılara bakıldığında, yüksek değerlere ulaşılan sınıflarda düşük paylı tarafın katkısının göz ardı edilebilecek seviyelerde olduğu ve yalnızca N5B sınıfının daha yakından incelenmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır.

220

N5B sınıfında, Novartis'in pazar payı %(.....) ve Hexal'in pazar payı ise %(.....)'dir. Ancak Novartis'in bu sınıftaki tek ürünü olan Bellegral'in 5.4.2005 tarihi itibarıyla piyasadan çekildiği ve imal edilmeyeceği ifade edilmiş, bununla ilgili belge gönderilmiştir. N5B sınıfında tarafların pay toplamının yüksek olduğu ve buna düşük paylı Novartis'in katkısının önemli düzeyde olduğu düşünülebilecek olsa da, anılan firmanın ilgili ürününü piyasadan çekmesiyle olası bir rekabetçi endişe bertaraf edilmiştir. Dolayısıyla, işlem sonucunda anılan ilgili ürün pazarında rekabetin önemli ölçüde azaltılmayacağı kanaatine varılmıştır.

² Tarafların yedi ilgili ürün pazarındaki en büyük üçer rakibi şunlardır: A12A – Roche, Abdi İbrahim ve Nobel; D4A – Abdi İbrahim, Toprak ve Menarini; N4A – Roche, Lilly ve Abbott; N5B – Pfizer, Bayer ve Hakay; R5A - Nobel, Bilim ve Roche; R5D – Abdi İbrahim, Santa Farma ve Roche; V6B – Fresenius, Numico ve Abbott.

³ Novartis'in 2003 yılında %(.....) olan pazar payı 2004 yılında %(.....)'ye düşmüştür. İlgili pazarda 2004 yılı değerlerine göre, %(.....)'lik payı ile Roche ve %(.....)'lik payı ile Basel iki büyük rakiptir. Bunların yanında Abdi İbrahim, Nobel ve Biofarma firmalarının pazar payları Hexal'in payından yüksektir. O halde, bildirim konu devralma sonunda Novartis'in pazardaki ağırlığının önemsiz düzeyde artacağı ve pazar payının 2004 yılında önemli ölçüde düştüğü, alternatif temin kaynaklarının var olduğu ve birleşmiş teşebbüsün yüksek pazar paylı iki rakibinin bulunduğu dikkate alındığında; işlemin ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayacağı ortaya çıkmaktadır.

230 **H.5. Rekabet Yasağının Değerlendirilmesi**

Bildirime konu işlemin düzenlendiği anlaşmanın "Gizlilik ve Rekabetin Olmaması" başlıklı 11. bölümünde, "... Satıcılardan her biri ayrıca taahhüt etmelidir ki ... Kapanış Tarihinden sonra beş yıllık bir sürenin sona ermesine kadar, tüm dünya çapındaki jenerik işine ilişkin olarak ve özellikle Kapanış Tarihi itibarıyla Hexal Şirketlerinin (Satıcılar) etkin olduğu iş alanlarında, geçmişte veya mevcut durumda Hexal Şirketleri tarafından jenerik işinde imal edilen, pazarlanan veya satılan ürünlerle ve verilen hizmetlerle aynı türde veya bunlarla rekabet halinde olabilecek diğer ürünleri ve hizmetleri doğrudan veya dolaylı olarak geliştirmeyecek, imal etmeyecek, pazarlamayacak veya satmayacaktır ..." şeklindeki düzenlemeyle satıcıya beş yıllık rekabet yasağı getirilmiştir. 11. madde de ayrıca; yine beş yıl süre ile satıcı tarafından, gizli bilginin ifşa edilmemesi ve kullanılmaması, Hexal Grubu şirketlerinin çalışanlarının istihdam edilmemesi öngörülmüştür.

Yoğunlaşma işlemleriyle birlikte getirilen düzenlemelerin yan sınırlama sayılabilmesi için; bunların işleme doğrudan ilgili, işlemin yürütülebilmesi için gerekli, kapsamının belirli ve sınırlı olması gerekmektedir. Devralmalarda satıcıya rekabet yasağı getirilmesindeki amaç ise, maddi varlıklar ile satıcının geliştirdiği ticari itibar ve know-how gibi maddi olmayan varlıkların tüm değerleriyle alıcıya geçmesinin sağlanmasıdır. Bunun için, alıcının müşteri tabanı oluşturabileceği ve satıcıdan devraldığı know-how'dan tam anlamıyla yararlanabileceği ölçüde ve sürede satıcının rekabetçi davranışlarından korunması gerekebilmektedir. Bu itibarla, rekabet etmeme düzenlemesinin işlemin istenen sonucu doğurmasına katkıda bulunduğu kabul edilmektedir. Kural olarak ticari itibar ve know-how bağlamında müşteri bağımlılığı transferi söz konusu olduğunda 3 yıllık, yalnızca ticari itibar el değiştireceğinde ise 2 yıllık rekabet yasağı uygun bulunmaktadır. Ne var ki, bu süreler bağlayıcı değildir ve daha uzun süreli kısıtlamalar olay bazında değerlendirilerek yan sınırlama sayılabilmektedir.

Başvuru konusu işlem sonucunda, Hexal'in Türkiye'de faaliyet gösteren 4 iştirakinin kontrolü el değiştirirken, bunların ticari itibarı ve know-how'ı Novartis'e geçecektir. Bu çerçevede, anlaşmada getirilen rekabet yasağı, işleme doğrudan ilgili ve Novartis'in patentle korunmayan jenerik üretimine ilişkin olarak Hexal'den devraldığı know-how'dan tam anlamıyla faydalanabilmesi için gerekli bulunmuştur. Bu nedenle, global çapta gerçekleştirilen ve Türkiye pazarına etkisi olan bu devralmayla ilgili olarak getirilen 5 yıllık rekabet etmeme hükmünün süre ve kapsam yönünden makul olduğu, bu nedenle yan sınırlama sayılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bunun yanında, rekabet yasağı ile eş etkili olduğu düşünülebilecek gizli bilginin kullanılmaması ve devredilen işletmelerin çalışanlarının istihdam edilmemesi de aynı şekilde değerlendirilerek yan sınırlama olarak kabul edilmiştir.

280 **I. SONUÇ**

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; bildirim konusu işlemin 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna, bununla birlikte işlemin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut hakim durumu güçlendiren ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran bir işlem olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesine OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

290

KARŞI OY GEREKÇESİ
(26.05.2005 tarihli ve 05-36/450-103 sayılı Kurul Kararı)

Kararda, farmasötikler/ilaç sektöründe faaliyet gösteren Novartis AG'nin kontrol ettiği Novartis GmbH aracılığı ile yine aynı sektörde faaliyet gösteren Hexal AG hisselerinin tümünü devralması işlemine, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olmakla birlikte, 4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut hakim durumu güçlendiren ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran bir işlem olmadığı gerekçesiyle koşulsuz izin verilmiştir.

Devralma nedeniyle gündeme gelen ilgili ürün pazarlarından A12A sınıfında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunun doğmayacağı görüşünü bizler de paylaşmaktayız. Çünkü, adı geçen pazarda Hexal'ın payı çok düşük olup, Novartis'in pazar payının önemli ölçüde düştüğü ve devralma sonrasında pazardaki ağırlığın hissedilir ölçekte değişmeyeceği, alternatif temin kaynaklarının mevcut olduğu, devralan teşebbüsün yüksek pazar payına sahip iki rakibin izlediği çok açık bir şekilde tespit edilmektedir.

Sorun N5B sınıfı olarak adlandırılan ürün pazarında yaşanmaktadır ve rekabetin önemli ölçüde azaltılması söz konusudur:

4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesine ve buna dayalı olarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6 ncı maddesine göre; Bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşme veya devralmaların Kanun'a aykırı olduğu kabul edilir ve bunlara izin verilmez. Kurul, bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebilir.

- Hakim durum veya rekabetin önemli ölçüde azaltılması analizinde, öncelikle (tek başına yeterli olmamakla birlikte) ele alınacak husus, devralan ve devralınanların mevcut ve oluşacak toplam pazar paylarıdır. Hexal ve Novartis'in 2004 yılı toplam pazar payı %(.....)'dır (Bkz. Ön İnceleme Raporuna Ek 23.05.2005 tarihli Bilgi Notu S.5). Novartis'in, bu pazardaki tek ürünü olan Bellegral adlı ilacı piyasadan çektiği kabul edildiğinde (ki bu ürünün 2004 yılı pazar payı %(.....)'tür), Hexal + Novartis birleşmesi sonucu pazar payı %(.....) boyutuna ulaşacaktır ve bu oldukça yüksek bir pazar payıdır. Nitekim ön inceleme raporunda da; "... yalnızca N5B sınıfının daha yakından incelenmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır" (S.8) ve "N5B sınıfında tarafların pay toplamının yüksek olduğu ve buna düşük paylı Novartis'in katkısının önemli düzeyde olduğu düşünülebilecek olsa da, anılan firmanın ilgili ürünü piyasadan çekmesiyle olası bir endişe bertaraf edilmiştir" (S.9) denilerek bu pazar payının önemi vurgulanmaktadır. Pazar payı hakim durum

analizinde dayanılacak tek unsur olmamakla birlikte, aşağıda değineceğimiz üzere, diğer önemli unsur veya ölçeklerle birlikte olduğunda, rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açabilecektir ki, bu devralmada benzer sonuçlar doğmaktadır.

- Novartis'in üretmekte olduğu aynı pazardaki diğer ilacı olan "Bellegral"i piyasadan çektiğini bildirmesi, rekabetin azalmayacağı sonucuna gerekçe gösterilmektedir:

Her şeyden önce bu "piyasadan çekme" işleminin hukuki statüsü açık ve belirli değildir. Rekabet hukuku bağlamında ne anlama geldiği veya geleceği tartışmaya açıktır. Patent hakkının satılıp satılmadığı, lisans hakkının verilir verilmeyeceği, tekrar üretime geçilip geçilmeyeceği vb. yönde sorular açıkta kalmaktadır. Bu ilacın 05.04.2005 tarihinde piyasadan çekildiğinin Sağlık Bakanlığına bildirildiği ifade edilmektedir. İlacın tekrar üretimine başlanıp, piyasaya sürülmesi devralma kararında hiç bir koşul öngörülmediği için Rekabet Kuruluna bildirilmeyecek, Rekabet Kurulunca bu gelişmeler izlenmeyecek, böyle bir durumda "rekabetin önemli ölçüde azaltılması" tespiti yapılmamış olacaktır. Rekabet Otoritesinin açıkça bu riski önemsememesi anlaşılabilir değildir.

- Hakim durum analizinde dikkate alınması gereken diğer önemli husus, ilgili pazarda giriş engelini bulunup bulunmamasıdır. N5B ürün pazarında, hatta genelde ilaç pazarında giriş engellerinin bulunduğu tereddütsüz ifade edilebilir. Önemli miktarda yatırım gerekliliği, ar-ge çalışmaları, lisans, izin prosedürü, tanıtım süreci, marka bilinirliği, pazarlama stratejileri, giriş engelini bulduğunu kanıtlayacak belli başlı unsurlardandır. Çok yüksek pazar payının yanı sıra giriş engelini de bulunduğu bir piyasada devralmanın rekabeti önemli ölçüde azaltmayacağını savunmanın güçlüğü ortadadır.
- Öte yandan ilgili ürün pazarında devralma sonrası, rakip firmaların pazar payları çok düşük olduğu ve önemli bir rakip bulunmadığı için, kayda değer bir rekabetçi baskıdan da bahsetmek mümkün olmayacaktır (En yakın takipçi firma Pfizer'in payı %(...); diğerlerinin %(...), %(...) ve %(...)den oluşmaktadır).
- İlaç sektöründe fiyatların Sağlık Bakanlığı tarafından belirlendiği, bir başka ifadeyle fiyat regülasyonu bulunduğu ve jenerik ilaçlarda fiyatların düşük seyredeceği şeklindeki olası savunmalar yukarıda sıraladığımız gerekçeleri ve sonuçları değiştirecek nitelikte olamaz.

Hal böyle iken, Kurul devralma işlemine koşulsuz izin vermiştir. En azından Novartis'in aynı türden bir ilacı piyasaya sürmemesi, 2-3 yıl içinde aynı türden başka ilaçları devralmaması veya üretimden çektiği ilacın patentini devretmesi veya kısa dönemde tekrar üretime alıp piyasaya sürmemesi koşulları Kurulun izin kararında öngörülmeliydi.

Nihayet satıcıya getirilen 5 yıllık rekabet yasağı da Kurul uygulamalarında yerleşik 2 ve 3 yıllık sürelerden ayrılmakta olup, bu yan sınırlamadaki farklı davranışın objektif gerekçeleri de ortaya konulamamıştır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ
Kurul Üyesi

Rıfki ÜNAL
Kurul Üyesi