

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2014-3-36
Karar Sayısı : 14-30/629-278
Karar Tarihi : 03.09.2014

(Muafiyet)

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,
Fevzi ÖZKAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER : Osman ÇATALCALI, Ferhat BOZKAYA

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : AbbVie Tıbbi İlaçlar Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.
Av. Efser Zeynep ERGÜN, Av. Sibel YILMAZ ATİK,
Av. Ceren GÖRMÜŞ AVUNDUK

(1) **D. DOSYA KONUSU:** AbbVie Tıbbi İlaçlar San. ve Tic. Ltd. Şti. ile Erdem Ecza Deposu Tic. A.Ş., Polimed İlaç ve Tıbbi Cihazlar San. ve Tic. Ltd. Şti., Deniz Ecza Deposu Tic. A.Ş. ve Mertsel Ecza Depoları San. ve Tic. A.Ş. arasında ayrı ayrı akdedilen “İhaleler ile ilgili Tek Satıcılık Çerçeve Sözleşmesi” başlıklı beş sözleşmeye menfi tespit belgesi verilmesi/muafiyet tanınması talebi.

(2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 17.06.2014 tarihinde giren başvuru üzerine düzenlenen 26.08.2014 tarih ve 2014-3-36/MM sayılı Muafiyet/Menfi Tespit Ön İnceleme raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

(3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;

- Bildirim konusu sözleşmelerin içerdiği rekabete aykırı hükümler nedeniyle menfi tespit belgesi alamayacağı,

- Anılan sözleşmelerden sadece AbbVie Tıbbi İlaçlar Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. (ABBVIE) ile Polimed İlaç ve Tıbbi Cihazlar San. ve Tic. Ltd. Şti. (POLİMED) arasında akdedilen sözleşmenin, düzenlemeye tabi ürünün pazar payının 2002/2 sayılı “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”nin 2. maddesinde belirlenen pazar payı eşliğini aşmaması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanabileceği,

- Diğer sözleşmelere ise 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamının karşılanması nedeniyle bireysel muafiyet tanınabileceği ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. İlgili Pazar

(4) Dosya mevcudu bilgileri çerçevesinde, Erdem Ecza Deposu Tic. A.Ş. (ERDEM ECZA), Mertsel Ecza Depoları San. ve Tic. A.Ş. (MERTSEL ECZA) ve POLİMED ile akdedilen 1, 2 ve 3. sözleşme için ilgili ürün/hizmet pazarı Kalsitriol”, “Levobupivakain”, “Desflurane”, “Beraktant”, “Palivizumab” ve “Parikalsitol” ilaçlarının kamu kurumları tarafından düzenlenen ihalelere katılım pazarı, DENİZ ECZA ile akdedilen 4. sözleşme için aynı etken maddeler için özel kuruluşlar tarafından düzenlenen ihalelere katılım pazarı ve POLİMED ile akdedilen 5. sözleşme içinse “İsoflurane” isimli etken madde için kamu kurumları veya özel kuruluşlar tarafından düzenlenen ihalelere katılım pazarı olarak, ilgili coğrafi pazar ise yukarıda belirtilen üç pazar için sözleşmelerin geçerli olduğu iller, diğer iki sözleşme için ise “Türkiye” olarak belirlenmiştir.

G.2. Bildirim Konusu Sözleşmeler

- (5) Dosya konusu başvuru ile toptan dağıtım seviyesinde faaliyet gösteren ERDEM ECZA, MERTSEL ECZA, Deniz Ecza Deposu Tic. A.Ş. (DENİZ ECZA) ve POLİMED ile sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren ABBVİE arasında ayrı ayrı akdedilen ve birbiriyle sadece bölge, kapsam ve ürün grupları bakımından farklılıklar taşıyan sözleşmelere 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesi, bu mümkün olmazsa sözleşmelerin aynı Kanun'un 5. maddesi uyarınca 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulması istenmektedir.
- (6) Başvuruya konu sözleşmeler bir bütün olarak incelendiğinde, sözleşmelerde benzer rekabet kısıtlarının olduğu görülmüştür. Bu kapsamda, ABBVİE ve anılan ecza depoları arasında imzalanan sözleşmelerin getirdiği aşağıdaki düzenlemeler, 4054 sayılı Kanun kapsamında inceleme gerektiren hususlardır:
- Tek satıcı koşulu getirilmesi (sözleşme 1, 2 ve 3'te 8, 9, 10, 11, 12; sözleşme 4'te 9,10, 11, 12, 13; sözleşme 5'te 7, 8, 9, 10, 11. maddeler).
 - Tek sağlayıcı koşuluna ilişkin düzenlemeler bulunması (sözleşme 1, 2 ve 3'ün 12.d. maddesi, sözleşme 4'ün 13.d. maddesi ve sözleşme 5'in 10.d. maddesi).
 - Bölge ve müşteri sınırlamasına yönelik hususlara yer verilmesi (sözleşme 1, 2 ve 3'ün 6. maddesinde, sözleşme 4'ün 7. maddesinde ve sözleşme 5'in 5. maddesinde POLİMED, ERDEM ECZA, MERTSEL ECZA ve DENİZ ECZA'nın sözleşmelerde sayılan ilaçlar için hangi bölgelerdeki hangi tip sağlık kuruluşunun ihalesine katılabilecekleri düzenlenmektedir.)
- (7) Diğer yandan Sözleşme 1, 2 ve 3'ün 9. maddesinde deponun bölge dışında kalan alıcılara satmak için sözleşmeye konu ABBVİE ürünlerini satın almak istemesi durumunda alım koşullarının ayrıca karşılıklı görüşmeler yoluyla ve ABBVİE tarafından belirleneceği ve 12.a. maddesinde deponun sözleşmede yer verilen ABBVİE ürünlerini ABBVİE tarafından atanmış başka bir tek satıcının (münhasır) bulunduğu bölgelerdeki ihalelere teklif ederek katılamayacağı belirtilmiştir.
- (8) - Süre koşuluna ilişkin düzenleme yapılması (sözleşme 1, 2 ve 3'ün 32, 33. maddelerinde, sözleşme 4'ün 33, 34. maddelerinde ve sözleşme 5'in 31, 32. maddelerinde sözleşmelerin süresinin bir yılla sınırlandırıldığı, ABBVİE'nin sözleşmenin feshiyle ilgili olarak, sözleşmenin sona ereceği tarihten bir ay önce sözleşmenin diğer taraflarını yazılı olarak bilgilendirmediği takdirde anlaşmanın aynı koşullarda bir yıllık süre için de uzatılmış sayılacağı, depo için bu sürenin 6 ay olduğu ve her halükarda sözleşmenin hiçbir ihbara gerek kalmadan beş yılın dolması üzerine kendiliğinden sona ereceği belirtilmiştir).

G.3. Değerlendirme

G.3.1. Menfi Tespit Değerlendirmesi

- (9) Sözleşme 1, 2 ve 3'ün 8, 9, 10, 11 ve 12. maddelerinde, sözleşme 4'ün 9, 10, 11, 12 ve 13. maddelerinde ve sözleşme 5'in 7, 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde sözleşmelerin tarafı olan ecza depolarına bölge ve müşteri kısıtlaması getirilmiştir. Dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yasaklanan hükümler içeren bu sözleşmelere Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

G.3.2. 2002/2 sayılı Tebliğ Kapsamında Değerlendirme

- (10) Bildirime konu sözleşmeler, sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren ABBVİE ile dağıtıcı seviyesindeki ecza depolarının ihalelere yönelik çalışma koşullarını düzenlemektedir. 2002/2 sayılı Tebliğ'de, "üretim ve dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki

14-30/629-278

ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmet alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar” dikey anlaşma olarak tanımlanmaktadır. Bildirime konu sözleşmeler de, yukarıda yer verilen niteliği itibarıyla, ilaç sektöründe üretici olarak faaliyet gösteren ABBVİE ile alt pazarda toptan satış faaliyeti ile iştigal eden ecza depoları arasında akdedilmiş olup, rekabet hukuku anlamında dikey anlaşmalardır.

- (11) 2002/2 sayılı Tebliğ dikey anlaşmalar bakımından 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesindeki yasağa karşı sağlanan grup muafiyetinin koşul ve esaslarını düzenlemektedir. Anılan Tebliğ’in 2. maddesine göre grup muafiyetinin, sağlayıcının ilgili pazardaki payının %40’ı aşmaması halinde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Yine aynı maddenin devamında, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda anlaşmanın tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanabilmesi için, alıcının anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının da %40’ı aşmaması gerektiği belirtilmektedir.
- (12) Sözleşmelere konu olan ürünlerin hem sağlık kuruluşlarına hem de eczanelere yapılan satışlarına göre oluşturulan pazar paylarına bakıldığında, sözleşme 1, 2, 3 ve 4’te yer alan ürünlerin bazılarının sağlık kuruluşlarına yapılan satışlardaki pazar payının %40’ı aştığı görülmektedir. Bu çerçevede, sözleşme 1, 2, 3 ve 4’ün 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında tanınan grup muafiyetinden yararlanmadığı anlaşılmıştır.
- (13) Sözleşme 5’te yer alan “Forane”nin pazar payının %40’ı aşmadığı ve anılan sözleşmenin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında olduğu belirlenmiştir.
- (14) Bu değerlendirmeye bağlı olarak, dört sözleşmedeki hükümlerin 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet incelemesine tabi tutulması gerekmektedir.

G.3.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

- (15) 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, Kanun’un 5. maddesindeki koşulların varlığı halinde 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. Sözleşme 1, 2, 3 ve 4 anılan muafiyet koşulları çerçevesinde ele alınmıştır.

- Malların Üretim veya Dağıtım ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

- (16) Dosya mevcudu bilgilere göre, ilaç sektöründe genel olarak sağlayıcı firmalar ihalelere doğrudan katılmamakta, ihale depolarıyla çalışmayı tercih etmektedirler. Türkiye çapında her yıl ilgili hastaneler tarafından değişik illerde 1.000’e yakın ihale düzenlenmekte ve bu ihaleler çoğunlukla hastanelerin bulunduğu yerlerde bölgesel olarak gerçekleştirilmektedir. Muafiyet verilmesi talep edilen sistem ile ABBVİE ürünlerinde, belirli bölge dâhilinde ve daha fazla ihaleye iştirak etme imkânı paralelinde, dağıtım başta olmak üzere maliyet tasarrufu ve etkinlik yaratılmaktadır.
- (17) Sözleşmeler; belirlenen bölgelerde yetkin olan depolar aracılığıyla sözleşme konusu ABBVİE ürünleri için ihalelerin takip edileceği bir sistemi kuracak, siparişlerin toplanmasında kolaylık sağlayacak, doğrudan temin taleplerine hızlı bir şekilde cevap verecek ve özellikle de ABBVİE’nin kendi organizasyonu ile katılabileceğinin çok üzerinde ihaleye katılabilmesine zemin hazırlayacaktır.
- (18) Öte yandan, ilaç ihalelerinin gerek mevzuat gerekse de birbirinden coğrafi açıdan uzak olan hastaneler tarafından yapılması nedeniyle teknik uzmanlık gerektiren bir alan olduğu bilinmektedir. Mevcut pazarda açılacak olan ihalelerin, ABBVİE tarafından takip edilebilmesini sağlayacak bir birim oluşturulması, ekonomik açıdan yüksek bir maliyet gerektirmektedir. Bildirim konusu anlaşmalar, nihai tüketiciye varan süreçte maliyetlerin artmasına neden olacak bu yüksek maliyetin oluşmasını engelleyebilecektir.

14-30/629-278

- (19) Tüm bu bilgilere ilave olarak, muafiyet talep edilen sistemle ABBVİE ürünlerinin daha fazla sayıdaki ihalede yer alması mümkün olacak ve böylelikle de markalar arası rekabetin artması söz konusu olacaktır. İhalelerin kazanılması halinde de ürünlerin sağlık kuruluşlarına tedariki bakımından gerek süre gerekse hizmet kalitesi bakımından iyileşme sağlanabilecektir.
- (20) Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında, sözleşmelere konu ilaçlar bakımından hastane ihalelerine katılıma ilişkin getirilen münhasırlığın, depoların satış ve dağıtım sürecinde iyileşmeyi beraberinde getireceği, sözleşmeler ile kurulması planlanan münhasır sistemin malların üretimi ve dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması şartını sağladığı sonucuna varılmıştır.

- Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması

- (21) Esasen, kurulacak sistem sonucu ABBVİE'nin daha çok ihaleye girebilmesi ile ihalelere katılan marka sayısında meydana gelecek artış, hastanelerin daha düşük fiyatlarla alım yapmalarını ve ihalenin kazanılması halinde de ilgili depodan ürün temininde sorun yaşanmamasını sağlayacaktır. Muafiyet talep edilen sistem, düşük fiyatla ürün temini şeklinde tüketiciye yansıdığı gibi, kalitenin ve ürün çeşitliliğinin artırılması, yeni mal veya hizmetlerin sunulması gibi faydaları da tüketicinin istifadesine sunmaktadır.
- (22) Diğer yandan "Synagis" dışındaki ABBVİE ürünlerinin rakipleri mevcuttur. Etken madde bazında ikamesi bulunmayan anılan ilacın neden diğer teşebbüslerce üretilmediği bildirim formunda; " ... ihale mercileri ihalelere etken madde bazında ya da anti RSV immunglobilin şeklinde çıkmaktadır. Aynı etken maddeli başka bir ürün bulunmamaktadır. Synagis çok spesifik ve küçük bir gruba hitap etmektedir, bu nedenle ilgili ürün pazarı niş bir pazardır. Küçük bir pazar olduğundan diğer üretici firmalar tarafından önemsenmediği tahmin edilmektedir. ATC-3 sınıflandırmasına göre Synagis 50 mg. J06H Spesifik İmmunglobulinler-Antiviraller sınıfında bulunmaktadır. Aynı ATC-3 sınıfında başka ürünler de bulunmaktadır" şeklinde ifade edilmektedir.
- (23) Bu durum ise kamu kuruluşlarının veya özel kuruluşların düzenleyecekleri ihaleleri söz konusu ilacın işlevini yerine getirebilecek diğer ikame ürünleri de kapsayacak şekilde ATC-3 bazında açmalarının mümkün olduğunu göstermektedir. Böylelikle her ne kadar "Synagis" in etken madde bazında açılacak ihalelerde patent süresi boyunca tekel durumunda olacağı söylenebilecek olsa da, ihaleleri düzenleyecek kuruluşların ihaleleri ATC-3 sınıflandırması çerçevesinde açmalarının mümkün olduğu göz önüne alındığında "Synagis" in mutlak anlamda bir tekel durumunun olmadığı söylenebilir.
- (24) Diğer yandan bildirimde konu sözleşme 1, 2, 3, ve 4'ün kapsadığı ürünlerin bir portföy olarak incelenmesinde de yarar bulunmaktadır. Başvuruya konu sözleşmelerdeki etken bazında çıkılan ihalelerde ikamesi olmayan tek ürün olan "Synagis" in 2013 yılında kamu kuruluşları kanalındaki satışların içindeki payı yaklaşık %6 iken özel kuruluşlar kanalındaki payı %1'in altındadır. Bu nedenle her ne kadar etken madde bazında ikamesi olmasa da, sözleşmelere konu olan ürünler içindeki payının oldukça düşük olduğu göze alındığında, başvuruya konu sözleşmelerin tüketicilere fayda sağlayacak nitelikte olduğu kanaatine ulaşılmıştır.
- (25) Özetle; sözleşmelere konu münhasırlık ilişkisi, nihai tüketici konumundaki hastaların ürünlere daha kolay ulaşabilmesini sağlayacak nitelikte olması nedeniyle, tüketici faydası koşulunu sağlamaktadır.

- İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

- (26) Başvuruya konu sözleşmeler ile birlikte kendilerine münhasır bölge ve/veya müşteri grubu tanınan ecza depoları sözleşmelere konu ABBVİE ürünleri için düzenlenen ihalelere

14-30/629-278

katılabileceklerdir.

- (27) Sözleşmeye konu olan ürünler bakımında yalnızca “Synagis” adlı ürünün etken madde bazında jeneriği bulunmamaktadır. Sözleşmenin uygulamaya konmasıyla birlikte, jeneriği bulunan diğer ürünler açısından ise markalar arası rekabetin artması beklenmektedir.
- (28) Diğer taraftan, işbu dosya kapsamında tanımlanan ilgili ürün pazarlarında hâlihazırda hem üretici seviyesinde hem de depolar arasında bir rekabetin varlığı görülmektedir. Bu durum, her bir ilaç firmasının çok sayıda alternatif depo ile ve her bir deponun da çok sayıda alternatif ilaç firmasıyla çalışma imkânı bulunduğunu göstermektedir. Bu durumda münhasırlık öngören sözleşmenin gerek sağlayıcı gerekse yeniden satıcı seviyesinde pazar kapama etkisini azaltacak bir unsur olarak belirginlik kazanacağını söylemek mümkündür.
- (29) Sözleşme 4 ile DENİZ ECZA’ya tüm Türkiye’deki özel kuruluşlar tarafından düzenlenecek olan ihalelere ABBVİE ürünleri için münhasıran katılma hakkı tanınmaktadır. Her ne kadar söz konusu hükmün etken madde bazında ikamesi olmayan “Synagis” adlı ürünün pazarındaki rekabeti ortadan kaldıracığı söylenebilecek olsa da, özel kuruluşların ABBVİE’nin pazar gücünü kırmak için doğrudan ABBVİE’den alım yapabilme olanaklarının olması (sözleşmenin 9. maddesi) ve ihaleleri ATC-3 sınıflandırmasını dikkate alarak alarak da düzenlemelerinin mümkün olduğu göz önüne alındığında, Sözleşme 4 ile “Synagis” adlı ürünün dahil olduğu pazardaki rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmayacağı anlaşılmıştır.
- (30) Bu çerçevede, işbu dosya çerçevesinde tanımlanan ilgili ürün piyasalarının önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı, hatta sözleşmelerle oluşturulan çalışma koşullarının ABBVİE ilaçlarına rakip olan ilaçların bulunduğu ürünlerde rekabete katkıda bulunacağı sonucuna ulaşılmıştır.

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

- (31) Bildirime konu sözleşmeler ile birlikte, ABBVİE’nin mevcut personeli ile katılmasının mümkün olmadığı bölgelerdeki ihalelere, sözleşmelere konu ABBVİE ürünlerinin katılımı sağlanacaktır. Sektörde ABBVİE’nin rakibi olan teşebbüslerin de benzer sistemlerle kamu ve özel kuruluşların ihalelerine katıldığı göz önüne alındığında, ABBVİE’nin başvuruya konu sözleşmeler yoluyla rakipleriyle daha etkin bir şekilde rekabet edeceği görülmektedir.
- (32) Diğer yandan sözleşmelerin süresinin bir yıl ve en fazla beş yıl için uzayabilecek olması ise sözleşmelere taraf olan ecza depolarının rakip üreticilerin ürünlerini de satabilmelerine olanak tanınması açısından önemlidir.
- (33) Sözleşmelerin feshinden sonraki süre için ecza depolarına herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmemesi de sözleşmeler neticesinde rekabetin 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması anlamına gelmektedir. Bu noktada, sözleşmelerin süresi ve rekabet etmeme yükümlülüğünün makul olduğu anlaşılmıştır.
- (34) Bu çerçevede, incelenen sözleşmelerin, rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması şartını da taşıdığı kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

- (35) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,
1. AbbVie Tıbbi İlaçlar Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., ile Erdem Ecza Deposu Tic. A.Ş., Polimed İlaç ve Tıbbi Cihazlar San. ve Tic. Ltd. Şti., Deniz Ecza Deposu Tic. A.Ş. ve Mertsel Ecza Depoları San. ve Tic. A.Ş. arasında ayrı ayrı akdedilen ve farklı koşullar içeren “İhaleler İle İlgili Tek Satıcılık Çerçeve Sözleşmesi” başlıklı sözleşmelere, 4054 sayılı

14-30/629-278

Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler içermesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine,

2. Anılan sözleşmelerden AbbVie Tıbbi İlaçlar Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ile Polimed İlaç ve Tıbbi Cihazlar San. ve Tic. Ltd. Şti. arasında akdedilen sözleşmenin, 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına,

3. Diğer sözleşmelere ise, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamının karşılanması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.