

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2008-1-64 (Devralma)
Karar Sayısı : 08-50/744-300
Karar Tarihi : 14.8.2008

10 **A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler :Tuncay SONGÖR, M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN,
Mehmet Akif ERSİN, Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı
KARAKELLE

B. RAPORTÖRLER:Mustafa Mehmet ÖZKARABÜBER, Cumhuriyet A. HATİPOĞLU
Çiğdem ÜNAL, Seda Nurtaç FİRENGİZ

20 **C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: - Bayer Türk Kimya San. Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Zeynep Efser ÖZEREN
YükselKarkınKüçün Hukuk Bürosu
Büyükdere Cad. No:127 Astoria A Kule Kat:5-6 34394
Esentepe- İSTANBUL

D. TARAFLAR

: - Bayer Türk Kimya San. Ltd. Şti.
Çakmak Mah., Balkan Cad., No:53
34770 Ümraniye-İSTANBUL

30

- Medifar Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. A.Ş.
Barbaros Mah., Evren Cad., Çim Sok. No:15
Yeni Sahra-İSTANBUL

E. DOSYA KONUSU: Bayer Türk Kimya Sanayi Ltd. Şti. ile Medifar Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. A.Ş. arasında imzalanan "İhale Satış Sözleşmesi"ne muafiyet tanınması talebi.

40

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 13.6.2008 tarih ve 3691 sayılı ile giren bildirim üzerine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 5. maddeleri ile 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 7.8.2008 tarih ve 2008-1-64/MM-08-MMÖ sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 8.8.2008 tarihli, REK.0.05.00.00-130/137 sayılı Başkanlık önergesi ile 08-50 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

50

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; bildirim konusu Bayer Türk Kimya San. Ltd. Şti. ile Medifar Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. A.Ş. arasında imzalanan "İhale Satış Sözleşmesi"nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı

anlaşmalardan olduğu, ancak yine Kanun'un 5. maddesi'nin birinci fıkrası kapsamında söz konusu "İhale Satış Sözleşmesi"nin 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulabileceği ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

Bayer Türk Kimya Sanayii Ltd. Şti. (Bayer Türkiye):

60

Bayer Health Care ilaç ve tıbbi ürünler alanında dünya çapında önde gelen firmalardan birisi niteliğindedir. Bayer Health Care'in misyonu, insan ve hayvanların sağlığını iyileştiren yenilikçi ürünler üretmek ve pazarlamak olarak belirtilmektedir. Söz konusu teşebbüs 4 farklı işkolunda aşağıdaki firmaları ile faaliyet göstermektedir:

- Bayer Schering Pharma: Beşeri ilaç
- Bayer Consumer Care: Tüketici sağlığı ürünleri
- Bayer Diabetes Care: Diyabet ürünleri
- Bayer Animal Care: Hayvan sağlığı ürünleri

70

Beşeri ilaçların üretimi, ithalatı, ihracatı ve yurtiçinde pazarlanması ile ilgili olarak faaliyette bulunan ve sermayesinin tamamı Bayer AG ve Bayer Healthcare AG tarafından kontrol edilen Bayer Türkiye, geçtiğimiz yıl (.....) YTL ciro elde etmiştir.

Medifar Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. A.Ş. (Medifar):

80

1991 yılında kurulan Medifar, Türkiye sınırları içerisinde faaliyet gösteren devlet, üniversite, askeri ve özel hastanelerin; ayrıca sağlıkla ilgili diğer kamu ve özel sektör birimlerinin ilaç ve serum ihtiyaçlarını ihale yolu ile karşılamak üzere çalışmaktadır.

Medifar'ın 2007 yılında elde ettiği ciro 99.280.203 YTL olup bunun (.....) YTL'lik kısmını dosya konusu sözleşme kapsamındaki Nonionik ve MR kontrast madde satışlarından elde etmiştir.

H.2. İlgili Pazar

90

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 belirli koşulları taşımaları halinde 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmekte ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmaktadır.

100

Söz konusu koşulları belirleyen 2002/2 sayılı Tebliğ'de 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile yapılan değişiklik ile 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan muafiyetin ancak belli hallerde uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede Tebliğ'in 2. maddesine ikinci fıkra olarak;

“Bu Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki Pazar payının %40’ı aşmaması durumunda uygulanır.”

Aynı maddenin üçüncü fıkrası olarak ise;

“Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda muafiyet, alıcının dikey anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %40’ı aşmaması koşuluyla uygulanır.”

110

hükümleri eklenmiştir.

Bu nedenle, dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanıp yararlanmadığının tespitinde ilgili pazarın belirlenmesi önem kazanmıştır.

Bayer Türkiye ile Medifar arasında imzalanmış olan bildirim konu Sözleşme’nin konusu *“Bayer Türkiye’nin hak sahibi olduğu ilaçlardan yalnızca Sözleşme’nin ekinde belirtilen ürünlerin devlet hastaneleri, üniversite hastaneleri ve özel hastanelerin ihtiyaçlarının karşılanması maksadıyla devlet ve üniversite hastaneleri için Kamu İhale Kanunu hükümlerince açılacak ihaleler ve/veya doğrudan teminler kapsamında alım ve özel hastanelerin her türlü alımları için Sözleşme’de belirtilen istisnalar haricinde tüm Türkiye sınırları içerisinde münhasıran Medifar’a satışının yapılması”* olarak belirlenmiştir.

120

Nitekim Tebliğ’in *“Tanımlar”* başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde, 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”* olarak tanımlanmıştır.

130

Bildirim konusu sözleşmenin ilgili hükmü ve Tebliğ’de yer verilen tek alıcıya sağlama yükümlülüğü tanımı birlikte değerlendirildiğinde; Sözleşme’de belirtilen ürünleri sağlayıcı konumundaki Bayer Türkiye’nin tüm Türkiye sınırları içerisinde münhasıran alıcı konumundaki Medifar’a satmakla yükümlü olduğu, bir başka deyişle söz konusu sözleşmenin tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içerdiği anlaşılmaktadır.

Bu tespitten hareketle, bildirim konusu sözleşme bakımından grup muafiyetinin uygulanıp uygulanmayacağına, alıcının dikey anlaşma konusu malları veya hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payı göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmektedir.

140

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Beşeri ilaç sektöründe ilgili ürün pazarının belirlenmesinde pek çok farklı kriter kullanılmakla birlikte, işbu dosya bakımından sözleşme konusu ürünlerin niteliklerine ve dağıtım kanalının niteliğine göre yapılacak belirlemeler önem kazanmaktadır.

150

160 Bilindiği üzere, Beşeri ilaçlar, Dünya Sağlık Örgütü ile European Pharmaceutical Marketing Association (EphMRA)'ın tanımladığı Anatomik Tedavi Sınıflandırması (Anatomical Therapeutic Classification-ATC)'na göre çeşitli gruplara ayrılmıştır. ATC sistemi, birinci derecesi (ATC-1) en genel ve dördüncü derecesi (ATC-4) ise en detaylı olmak üzere 4 kategoriden oluşmaktadır. ATC sınıflandırmasının üçüncü kademesinde (ATC-3) ilaçlar tedavi endikasyonlarına göre, bir başka deyişle hangi amaçla kullanıldıklarına göre gruplandırılmaktadır. Aynı tedavi edici özelliklere sahip olan, dolayısıyla birbirinin yerine kullanılması mümkün olan ilaçlar aynı sınıfa dahil edilmektedir. Dolayısıyla, ATC-3 sınıflandırması, kullanım alanı ve amaçlarına göre birbirini ikame edebilen ürünlerin bir pazarda toplanmasına olanak tanımaktadır. Rekabet Kurulu da ilaç sektörüne ilişkin değerlendirmelerinde ATC-3'ü esas alan pazar tanımları kullanmaktadır. Her ne kadar dosyaların özelinde pazarın daha geniş ya da daha dar tanımlanması gerekebilmeğe de, Kurul'un değerlendirmelerinin başlangıç noktası ATC-3 olmaktadır.

170 Bu sınıflandırma kapsamında sözleşme konusu ürünler T01A Anjiyo Çekiminde Kullanılan Nonionik Kontrast Maddeler ATC3 sınıfında yer alan Bayer Türkiye'nin Ultravist markalı ilacının muhtelif formları ile T01E MR Çekiminde Kullanılan Kontrast Maddeler ATC3 sınıfında yer alan Bayer Türkiye'nin Magnevist ve Gadovist markalı ilaçlarının muhtelif formlarıdır.

180 Bildirim formunda, söz konusu ilaçların hem eczanelere, hem de ihaleler yoluyla hastanelere satışının yapıldığı belirtilmiş olmakla birlikte, söz konusu sözleşmenin sadece ihale yoluyla hastanelere yapılacak satışları kapsamından dolayı dağıtım kanalının niteliğinin de ilgili ürün pazarının tespitinde göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. Dolayısıyla ilgili ürün pazarının sözleşme konusu ürünlerin devlet hastaneleri, üniversite hastaneleri ve özel hastanelerin ihtiyaçlarının karşılanması maksadıyla temini pazarı olarak belirlenmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır..

Bildirim formunda, anlaşma konusu ürünlere yönelik olarak hastanelerin düzenlediği ilaç alım ihalelerinin neredeyse tamamının form bazında olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, Medifar'ın halen pazarlamakta olduğu ve Sözleşme kapsamında değerlendirilecek ürünlerin herbirinin formül bazında birer ilgili ürün pazarı oluşturduğu kanaatine ulaşılmıştır.. Dosya bakımından değerlendirilmesi gerektiği kanaatine ulaşılan ilgili ürün pazarları aşağıdaki gibidir:

- MR Kontrast Madde 0,5 mmol 10 ml (Magnevist)
- MR Kontrast Madde 0,5 mmol 15 ml (Magnevist)
- MR Kontrast Madde 0,5 mmol 20 ml (Magnevist)
- MR Kontrast Madde 1 mmol 7,5 ml (Gadovist)
- MR Kontrast Madde 1 mmol 15 ml (Gadovist)
- MR Kontrast Madde 1 mmol 30 ml (Gadovist)
- Nonionik Kontrast Madde 300 50 ml (Ultravist)
- Nonionik Kontrast Madde 300 100 ml (Ultravist)
- Nonionik Kontrast Madde 370 50 ml (Ultravist)
- Nonionik Kontrast Madde 370 100 ml (Ultravist)
- Nonionik Kontrast Madde 370 200 ml (Ultravist)
- Nonionik Kontrast Madde 370 500 ml (Ultravist)

190

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Dosya konusu Sözleşme'nin uygulanması bakımından herhangi bir bölge sınırlaması bulunmadığından ve Türkiye çapında yapılacak tüm hastane ihalelerinde Sözleşme konusu ürünlerin pazarlanması söz konusu olduğundan ilgili coğrafi pazarın "Türkiye Cumhuriyeti Sınırları" olarak belirlenmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

H.3. Değerlendirme

200

H.3.1. Pazarın Yapısı

İlaçların nihai tüketiciye ulaşmasında, yerli ve yabancı ilaç üreticilerinin bulunduğu tedarik seviyesini, eczanelere satış yapan ve/veya ihalelere katılan depoların oluşturduğu toptan dağıtım aşaması izlemektedir. Son aşamada ise, ilacı yatarak ve ayakta tedavi gören hastalara ulaştıran hastane ve piyasa eczaneleri yer almaktadır.

210

Toptan dağıtım aşamasında bulunan ecza depoları iki farklı satış kolunda faaliyet göstermektedir. Bunlardan ilki üreticilerden alınan ilaçların eczanelere iletilmesidir. Bu depolar eczanelere yönelik vade, indirim ve mal fazlası ile diğer hizmet alanlarında birbirleriyle rekabet etmektedir. Başvuru konusu bildirim için asıl inceleme alanını oluşturan kategoriye ihaleci ecza depoları oluşturmaktadır. Söz konusu depolar, eczanelere satış yapan depolardan farklı olarak devlet ve üniversite hastanelerinin, Kamu İhale Kanunu kapsamında açtığı ihalelere katılmakta ve ihalesini kazandıkları hastanelere ihale konusu ürünleri şartnamede belirlenmiş olan koşul ve sürelerde karşılamaktadır. Ayrıca özel hastanelerin ihaleleri de söz konusu olabilmektedir. Bunun dışında hem eczanelere satış yapan hem de ihalelere katılan ecza depoları da bulunmaktadır.

220

Türkiye'de beşeri ilaç sektöründeki aktörlerin faaliyetleri düzenlemeye tabidir. 14.2.2004 tarih ve 25373 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılmasına Dair Karar'da, ilaçların azami fiyatları ile depolar ve eczanelerin azami kar marjları belirlenmiştir. Kararın 10. maddesinde yerli ve ithal ilaçlarda aynı olmak üzere depocu kar oranları şu şekilde belirlenmiştir:

Tablo 1: Depocu Kar Oranları

Depocuya satış fiyatının;	Depocu (%)
10 Milyon TL'ye kadar olan kısmı için (10 Milyon dahil)	9
10- 50 Milyon TL arasında kalan kısmı için (50 Milyon dahil)	8
50-100 Milyon TL arasında kalan kısmı için (100 Milyon dahil)	7
100-200 Milyon TL arasında kalan kısmı için (200 Milyon dahil)	4
200 Milyon TL üstünde kalan kısmı için	2

230

Yukarıdaki tablo deponun, azami üretici/ithalatçı satış fiyatı üzerine en çok ne kadar bir kar oranı uygulayabileceğini göstermektedir. Ecza depoları, üretici/ithalatçı fiyatlarını dikkate alarak ve yukarıda belirtilen marjlar dahilinde azami depo fiyatları üzerinden indirim yapabilmektedir.

İhalelerde kullanılan diğer temin usulleri ise pazarlık usulü ve doğrudan temin usulüdür. Pazarlık usulü, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usul doğrudan temin usulü ise, 240 ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usul olarak tanımlanırken, bu iki yöntem ancak Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen hallerde uygulanabilmektedir.

H.3.2. İhale Satış Sözleşmesinin Niteliği

Başvuru konusu Sözleşme, üretimini yaptığı veya ithal ettiği ilaçların depolar vasıtasıyla satışını gerçekleştiren Bayer Türkiye ile üretici teşebbüslerden aldığı ilaçların Türkiye pazarında dağıtımını yapan Medifar arasında akdedilmiştir.

250 Sözleşme özet olarak, kamu ve özel sağlık kuruluşları tarafından ilaç ve tıbbi müstahzarların satın alınması için açılacak ihalelere Sözleşme konusu ürünler adına münhasıran Medifar'ın katılmasını ve ihalelerin kazanılması durumunda ürünlerin dağıtımının Medifar tarafından gerçekleştirilmesini; bu bağlamda Bayer Türkiye ile Medifar arasındaki ilişkilerin ne şekilde olacağını düzenlemektedir. Sözleşme'nin 4054 sayılı Kanun bakımından önem taşıyan maddelerinin özetlerine aşağıda yer verilmiştir:

Madde 2: Sözleşmenin Konusu

260 Sözleşmenin konusu; Bayer Türkiye'nin hak sahibi olduğu ilaçlarda, Sözleşme ekinde belirtilen (aynı zamanda ilgili ürün pazarlarını oluşturan) ilaçların devlet ve üniversite hastanelerinin Kamu İhale Kanunu hükümleri uyarınca açılacak ihaleleri ve/veya doğrudan teminler kapsamındaki alımları ile özel hastanelerin her türlü ilaç alımlarının karşılanması amacıyla tüm Türkiye çapında münhasıran Medifar'a satış yapılmasıdır.

Madde 3: Tarafların Yükümlülükleri

Bayer Türkiye'nin Yükümlülükleri

270 Bayer Türkiye, Medifar'a üniversite ve devlet hastaneleri için Sağlık Bakanlığı'nın onayladığı ithalatçı satış fiyatından %(...) oranında ve özel hastaneler için %(...) oranında iskonto ve (...) gün vade uygulayacak ve ihalenin niteliğine ve rekabet koşullarına göre daha fazla iskonto uygulayabilecektir.

Medifar'ın Yükümlülükleri

280 Medifar, Sözleşme kapsamındaki ilaçlarla ilgili olarak tüm Türkiye'de hastaneler tarafından yapılacak tüm ihaleleri takip edecek, kendi nam ve

hesabına iştirak edecek, kazandığı ihalelerdeki ilaçları hastanelere teslim edecek, yaptığı satışlardan Bayer Türkiye'yi bilgilendirecektir. Medifar, ihalelerde Sözleşme konusu ilaçların rakibi olan ilaçlar için teklif veremeyecektir.

Bayer Türkiye'nin stoklarının elverişsiz olması durumunda Medifar'ın, Sözleşme konusu ilaçlara rakip olan ürünler ile ihalelere teklif verebilecektir.

Madde 4: Genel Hükümler

290

Grup İhaleleri söz konusu olduğunda Medifar, kendisi ile aynı dağıtım seviyesinde faaliyet gösteren diğer depolara satış yapabilecektir.

Hastanelerin, Kamu İhale Kanunu kapsamında, acil alımlarını doğrudan Bayer Türkiye'den yapmak istemeleri ve toplu alım ihalesi düzenlemeleri durumunda Bayer Türkiye doğrudan satış yapabilecektir.

Madde 5: Sözleşme'nin Süresi Ve Fesih

300

Sözleşmenin yürürlüğe giriş tarihi, Rekabet Kurulu'nun Sözleşme'ye herhangi bir şarta bağlı olmayacak şekilde muafiyet vermesi ve bunu tebliğ etmesinden bir sonraki gündür. Sözleşme, yürürlüğe girdikten sonraki 1 yıl için geçerli olacak, Bayer Türkiye veya Medifar'ın bu sürenin bitiminden 15 gün öncesine dek Sözleşme'nin yenilenemeyeceğine dair diğer tarafa yazılı bir bildirim yapmaması durumunda 6 aylık süreler halinde kendiliğinden yenilenecek, ve fakat hiçbir şekilde Sözleşme, yürürlüğe girdikten sonra 5 yıldan daha fazla süre ile geçerli olmayacak ve 5. yılın sonunda kendiliğinden sona erecektir.

H.3.3. Menfi Tespit ve Grup Muafiyeti Değerlendirmesi

310

Dosya konusu Sözleşme ile gerek sağlayıcı Bayer Türkiye'ye gerekse alıcı Medifar'a münhasır satım ve alım yükümlülükleri getirilmektedir. Bu nedenle Sözleşme'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu değerlendirilmektedir.

320

2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, bir alıcının bir sağlayıcının bir anlaşmaya konu olan mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen; aynı zamanda o sağlayıcının söz konusu mal veya hizmetleri sadece alıcıya temin etmesi şeklinde rekabet etmeme yükümlülüğü getiren anlaşmaları; yine Tebliğ'de belirtilen diğer birtakım koşulları sağlaması durumunda 4054 sayılı Kanun'un 4. maddenin uygulanmasından grup olarak muaf tutulmaktadır. Yukarıda maddeleri özetlenen Sözleşme kapsamında, bazı istisnaları bulunmakla birlikte, genel olarak Sözleşme konusu ilaçları sağlayıcı konumunda olan Bayer Türkiye alıcı konumunda olan Medifar'dan başkasına temin etmemekle; Medifar da anlaşma konusu ilaçlarla rekabet eden ilaçların satışını gerçekleştirmemekle yükümlü tutulmaktadır. Bu bakımdan Sözleşme'nin oluşturduğu ilişki genel olarak dikey bir ilişkidir ve öncelikle Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

330

340 Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesinin 3. fıkrası, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalar bakımından, alıcının anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması durumunda grup muafiyetinin geçerli olacağını hükme bağlamaktadır. Bu bakımdan, anılan Tebliğ'in 6. maddesi kapsamında hesaplanan ve belirlenen ilgili pazarlardan herhangi birisinde Medifar'ın %40'tan daha fazla paya sahip olması halinde, dosya konusu Sözleşme'nin Kanun'un 5. maddesi birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

350 Medifar'ın, dosya kapsamında belirlenen ilgili pazarlardan MR Kontrast Madde 0,5 mmol 10 ml, MR Kontrast Madde 0,5 mmol 15 ml, MR Kontrast Madde 1 mmol 15 ml, Nonionik Kontrast Madde 300 50 ml, Nonionik Kontrast Madde 300 100 ml ve Nonionik Kontrast Madde 370 500 ml pazarlarında sırasıyla %(...), %(...), %(...), %(...), %(...) ve %(...) oranlarında paylara sahip olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısı ile, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu değerlendirilen Sözleşme'nin, 4. madde hükümlerinin uygulamasından muaf tutulup tutulamayacağını yine Kanun'un 5. maddesi birinci ve ikinci fıkraları bağlamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

H.3.4. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi birinci fıkrasında a, b, c ve d bentlerinde sayılan koşulların başvuru konusu Sözleşme bakımından geçerli olup olmadığı değerlendirilecektir.

360 H.3.4.1 Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması

370 Bente kastedilen ekonomik fayda veya menfaatin, sadece teşebbüslerin kendi açılarından sağlayacakları menfaat veya kazanç şeklinde değil, aynı zamanda bunların ekonomiye yapacakları somut katkı şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Komisyon uygulamasında üretim veya dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, mal arzının artırılması ve devamlılığının sağlanması, yeni piyasalara girişlerin kolaylaştırılması ve bunların sonucunda fiyatlarda düşüşlerin gerçekleşmesi, kalitenin artırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması gibi haller ekonomik yararın sağlandığı hususunda yeterli görülmektedir.

Bildirim formunda, Bayer Türkiye'nin münhasıran bir depo ile ihalelere katılmasının malların üretim ve dağıtımında gelişme ve iyileşme sağlayacağı ifade edilmektedir. Bu iddiaya ilişkin olarak öne sürülen gerekçeler ve değerlendirmelere aşağıda yer verilmiştir:

- 380 • *Bayer Türkiye'nin çok sayıda ilacı için tüm Türkiye çapında açılan çok sayıda ihaleyi takip etmesinin güçlüğü ve ihale takibi konusunda personel istihdam ederek uzmanlaşan depolara ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir.* Bir ihale deposunun varlığı sağlayıcının personel maliyetini ve ayrıca ihalelerde istenilen teminat mektuplarından ve ürün

bedellerinin ödenmesinde yaşanan sıkıntılardan kaynaklanan finansman maliyetlerini düşürmelerine yardımcı olmaktadır.

- 390
- *Münhasıran bir depo ile kurulacak sağlayıcı-dağıtıcı ilişkisinin daha güvenilir olmasından hareket ederek, herhangi bir ihalenin kazanılıp kazanılmadığı konusunda geri besleme yapılmasının önemi ifade edilmektedir.* Geri beslemenin olmaması durumunda sağlayıcının ihale sonucuna göre Dosya konusu Sözleşme'nin dağıtıma has bir sözleşme olması nedeniyle, münhasıran bir deponun dağıtım alanında uzmanlaşmasının ve ihalelerde geri beslemede bulunmasının, dağıtımda bir iyileşmeye ve maliyetlerin düşürülmesine katkı sağlayacağı kanaatine ulaşılmıştır.. Sağlayıcı açısından da ihalenin kazanıldığıнын süratle öğrenilmesinin, özellikle üretim/ithalat ve depolama planlamalarının yapılmasına yardımcı olacağından maliyetleri düşürücü bir etkisinin olacağı değerlendirilmektedir.
- 400
- *Bir deponun münhasıran ilgili ürünlerin dağıtımıyla ilgilenmesi, o ürünlerin yapılan ihalelerin daha büyük bir bölümünde temsil edilmesi ve muadil ürünler ile rekabet etmesini sağlayacağı ifade edilmektedir.* Birbirinin muadili olan ilaçlar arasında az da olsa fiyat farklılıkları olabilmektedir. Eğer münhasır bir depo ile çalışılmaz ise açılacak herhangi bir ihalede birden çok depo fiyatı en düşük olan ilaç ile ihaleye katılmak isteyecekler, bu durumda Bayer Türkiye'nin ürünleri ihalelerde teklif edilmeyebilecektir. Münhasır bir deponun görevlendirilmesi ile bu ilaçların her ihalede teklif edilmesinin sağlanacağı ve bunun sonucu olarak markalar arasındaki rekabetin daha etkin bir biçimde gerçekleşeceği kanaatine varılmıştır.

410 **H.3.4.2. Tüketicinin bundan yarar sağlaması**

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bir anlaşmaya bireysel olarak muafiyet tanınabilmesi için aranan ikinci koşul, yukarıda ifade edilen ekonomik iyileşme veya gelişmelerden tüketicilerin de yararlandırılmasıdır. Bir başka deyişle, iyileşme veya gelişme sağladığı söylenebilecek olan bir anlaşma, bu yararı tüketicilere yansıtmadığı sürece muafiyetten faydalanamayacaktır.

420 Kanunun 5. maddesinde, tüketiciye söz konusu yararın ne ölçüde yansıtılması gerektiğiyle ilgili açık bir ifadeye yer verilmemekle birlikte madde gerekçesinde konuyla ilgili şu açıklama bulunmaktadır: *"Bu yararlı etkinin tüketiciye yansımayaarak, sadece firma karları olarak kalması halinde muafiyet uygulanamayacaktır. Ortaya çıkan yarardan tüketicinin adil bir pay alması suretiyle Rekabet Hukukunun sosyal yönü de ortaya çıkacaktır."*

Tüketicilere yansıtılabilecek yararlardan akla ilk geleni, fiyatlarda sağlanacak düşüşlerdir. Bunun dışında kalitenin ve ürün çeşitliliğinin artırılması, yeni mal veya hizmetlerin sunulması ve mal ya da hizmet arzında devamlılığının sağlanması gibi başkaca ekonomik faydalar da, tüketicilerin elde edeceği menfaatler kapsamında değerlendirilebilecektir.

430

440 Muadili olmayan ilaçlar bakımından, hastanelerin düzenledikleri ihalelerde muadili olan ilaçlara oranla çok daha az indirimler sağlanabildiği bilinmektedir. Muadili bulunmayan ilaçlar açısından ihalelere münhasıran bir deponun katılacak olması, doğal olarak o deponun bir başka depo ile rekabet etmediğinin bilincinde olmasıyla kendi depocu karının bir kısmından rekabetçi endişelerle vazgeçmesini gerektirmeyecektir. Bu itibarla muadili olmayan ilaçlar bakımından münhasırlığın fiyatları düşürmesi beklenmemelidir. Dosya konusu Sözleşme kapsamındaki ilaçlar ise muadili olan ilaçlar olup bunların hastane ihalelerindeki durumu açısından esas olan, Medifar'ın, münhasır olsun veya olmasın diğer muadil ilaçları pazarlayan depocularla olan rekabetidir. Bu durumda Medifar'ın münhasır dağıtıcısı olduğu ilaçları öne çıkarıp görece daha uygun fiyatlarla ihalelere teklif vermesi beklenecektir. Bu olmasa dahi fiyatlarda bir artış yaşanması beklenmemektedir. Bu açıdan Sözleşme'nin, hastaneler açısından olumlu sonuçlar ortaya çıkaracağını söylemek mümkündür.

450 Bu değerlendirmeden bağımsız olarak, Bildirim Formu'nda da savunulduğu üzere, münhasır bir dağıtıcı ile çalışılarak, ilaçların pazarlanması ve arz devamlılığının sağlanması beklenmektedir. Bu bakımdan tüketici konumunda olan hastanelerin bundan belirli bir fayda sağlamaları beklenmektedir.

H.3.4.3. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması

460 Bu koşulun temelinde, piyasada etkin rekabetin bulunmadığı durumlarda, anlaşmadan beklenen ekonomik yararların gerçekleşmeyeceği veya anlaşmanın meydana getireceği yararların zararlardan fazla olmayacağı varsayımı yatmaktadır. Gerçekten de, teşebbüslerin piyasadaki rekabet baskısından uzaklaşmaları, anlaşmadan beklenen ekonomik yararların gerçekleşmemesine yol açacaktır.

470 Sözleşme'ye Kurul tarafından muafiyet verilmesi halinde, tüm Türkiye çapında sadece Sözleşme kapsamındaki ilaçlar için münhasır bir dağıtıcı ortaya çıkacaktır. Ancak bu ilaçların tamamı muadili olan ilaçlardır ve bunlar açısından rekabet esas olarak farklı markalar arasında gerçekleşmektedir. Aynı zamanda bu ilaçlar, Bayer Türkiye'nin ürettiği veya ithal ettiği ilaçların küçük bir kısmıdır. Dolayısı ile ilgili pazarlarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlandığı söylenememektedir.

470 Belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus da Sözleşme'nin grup ihalelerinde geçerli olmadığıdır. Hastane ihalelerinde daha az tercih edilen bu tür ihalelerde belirli bir grup belirlenerek bunun altında alınacak tüm ilaçlar için tek bir teklif verilmesi istenilmektedir. Münhasır bir dağıtım sisteminin ve muadili olmayan ilaçların bir grup ihalesindeki listede yer almasının söz konusu olduğu durumlarda , grup ihalesine sadece muadili olmayan bir ilacın münhasır dağıtıcısı teklif verebilecektir; çünkü diğer depolar muadili olmayan ilaçları sağlayıcısından temin edemeyeceklerdir. Böylesi bir durumun da söz konusu olmaması, rekabetin ilgili piyasanın önemli bir bölümünde ortadan kaldırılmaması hususunu destekler mahiyettedir.

480 **H.3.4.4. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması**

Tüketicilere yansıtılan ekonomik gelişme veya iyileştirmenin elde edilmesinde rekabeti daha az sınırlayan bir yöntem mevcut ise, söz konusu anlaşmaya muafiyet tanınması mümkün değildir. Diğer bir deyişle, sınırlayıcı hükümler olmaksızın veya bu hükümler yumuşatılarak anlaşmadan beklenen faydanın elde edilmesi mümkün ise, o takdirde muafiyet verilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu kurala göre, sınırlama, anlaşmanın ardında yatan temel amaca uygun ve bunun gerçekleştirilmesi için gerekli olmalıdır. Bu kurala aykırılık, rekabetin faydanın yaratılması için gerekli olandan fazla sınırlanmasına yol açacaktır.

4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (d) bendi; (a) bendinde sözü edilen gelişme veya iyileşmeden (b) bendine göre tüketicinin yararlanması durumunda, sağlanan bu yararlar getirilen rekabet sınırlaması arasında bir denge olmasını ve bu yararın sağlanabilmesi için söz konusu rekabet sınırlamasının zorunlu olmasını gerektirmektedir. Yukarıda (a) ve (b) bentleriyle ilgili olarak yapılan açıklamalarda, Sözleşme'nin ilk iki koşulu karşıladığı değerlendirilmiştir. Bununla birlikte (c) bendinde ifade edilen ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı yönündeki değerlendirme de dikkate alınır, Sözleşme'nin uygulanması halinde rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmayacağı kabul edilebilecektir. Daha açık bir deyişle, birden fazla ecza deposunun ihalelere Sözleşme konusu ürünler adına katılması durumunda, Medifar'ın bu ürünleri sahiplenmesi söz konusu olmayacaktır. Bu ilaçları sahiplenmemesi durumunda ise kendisine Bayer Türkiye tarafından verilebilecek satış artırıcı teşvikler söz konusu olmayacağı için Medifar'ın, satış artırıcı uygulamalara girmemesi olasıdır.

510 Buna ek olarak, grup ihalelerinin Sözleşme'nin kapsamında yer almaması da rekabetin gereğinden fazla kısıtlanmadığının bir göstergesi olarak görülmektedir.

Yapılan değerlendirmeler çerçevesinde, Sözleşme'nin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen koşulları taşıdığı kanaatine ulaşılmıştır. Benzer nitelikteki anlaşmaların genel olarak sektör çapında yeni bir dikey yapılanma anlayışıyla uygulanması, herhangi bir firmanın bütün ürünleri ve özellikle muadili olmayan ilaçları bakımından münhasır dağıtım sistemini benimsemesi durumunda daha farklı bir değerlendirme yapılabileceği açıktır. Ancak dosya konusu Sözleşme bakımından ilaç piyasasında bir ağ etkisi yaratacak şekilde münhasırlıkların oluşmamış olması, sözleşmenin kapsamındaki ilaçların Bayer Türkiye'nin ilaçlarının az bir kısmını kapsamaması ve kapsamdaki ilaçların muadillerinin bulunuyor olması bakımından, yukarıdaki değerlendirmelerin de ışığında, anılan Sözleşme'ye bireysel muafiyet tanınması gerektiği kanaatine varılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

530

08-50/744-300

1. Bayer Türk Kimya Sanayi Ltd. Şti. ile Medifar Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. A.Ő. arasında imzalanan "İhale satış SözleŐmesini"nin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı nitelikte anlaşma olduğuna,
2. Bununla birlikte, söz konusu sözleŐmeye, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan Şartların tamamını karŐılaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

540