

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2011-1-22 (Muafiyet)
Karar Sayısı : 11-45/1076-372
Karar Tarihi : 17.08.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit
GÜRPINAR, Prof. Dr. Metin TOPRAK

B. RAPORTÖRLER : Cumhur Atalay HATİPOĞLU, Fatma ATAÇ, Tuğçe KOYUNCU

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : Eczacıbaşı Baxter Hastane Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Temsilcisi: Av. Dr. İ. Yılmaz ASLAN
Gazi Umur Paşa Sok. Bimar Plaza 38/8 Balmumcu B
Beşiktaş/İstanbul

D. TARAFLAR : Genzyme Sağlık Hizmetleri ve Tedavi Ürünleri Tic. Ltd. Şti.
Muhittin Üstündağ Caddesi, No:31, 34718 Koşuyolu,
Kadıköy/İstanbul

Eczacıbaşı Baxter Hastane Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Cendere Yolu Pinal Keçeli Bahçesi 34390Ayazağa /İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Genzyme Sağlık Hizmetleri ve Tedavi Ürünleri Tic. Ltd. Şti. (Genzyme) ve Eczacıbaşı Baxter Hastane Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Eczacıbaşı Baxter) arasında 01.10.2009 tarihinde akdedilen Tedavi Amaçlı Ürünler İçin Pazarlama ve Dağıtım Sözleşmesi'ne muafiyet tanınması talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 18.2.2011 tarih ve 1310 sayı ile giren ve eksiklikleri en son 16.05.2011 tarih ve 3820 sayı ile tamamlanan bildirim üzerine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri çerçevesinde düzenlenen 8.8.2011 tarih ve 2011-1-22/MM-11-363.CAH sayılı Ön İnceleme Raporu, 12.08.2011 tarih ve REK.0.15.00.00-130/243 sayılı Başkanlık Önergesi ile 11-45 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da; Genzyme Sağlık Hizmetleri ve Tedavi Ürünleri Tic. Ltd. Şti. ve Eczacıbaşı Baxter Hastane Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında 01.10.2009 tarihinde akdedilen Tedavi Amaçlı Ürünler İçin Pazarlama ve Dağıtım Sözleşmesi'ne menfi tespit belgesi verilmesinin mümkün olmadığı,

- Eczacıbaşı-Baxter'in pazar payının %40'lık pazar payı eşliğini aşması nedeniyle, Sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında olmadığı,

- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılamaması nedeniyle, Sözleşmeye bireysel muafiyet tanınması gerektiği ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

Genzyme Sağlık Hizmetleri ve Tedavi Ürünleri Tic. Ltd. Şti. (Genzyme)

50 Genzyme sağlık bakım ürünlerinin ithalatını, ihracatını ve dahili ticaretini yapmak amacıyla İstanbul'da 2002 yılında kurulmuş bir şirkettir. Genzyme'ın ana şirketi olan Genzyme Corporation'ın merkezi Cambridge, Massachusetts, ABD'dedir. Genzyme, genetik hastalık, kardiyometabolik ve renal ürünler, onkoloji, ortopedik ve biyo-cerrahi, transplant ve genetik/diyagnostik ürünlerinin üretim ve tedariki alanında faaliyet göstermektedir.

Eczacıbaşı Baxter Hastane Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Eczacıbaşı Baxter)

Eczacıbaşı Baxter, Eczacıbaşı Topluluğu ile Baxter World Trade Co.'nun ortak kontrolüne sahip olduğu bir ortak girişim şirkettir. Eczacıbaşı-Baxter hastane ürünleri, kan ürünleri, renal ürünler, anestezi ve yoğun bakım ürünleri üretimi ve ithalatı alanında faaliyet göstermektedir.

60 H.2. İlgili Pazarlar

H.2.1. 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 Tebliğle sağlanan muafiyetin sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki payın %40'ı aşmaması durumunda uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu nedenle, dosya bakımından esas değerlendirmenin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında düzenlenen grup muafiyetine göre mi, yoksa 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ve 5. maddesinde düzenlenen bireysel muafiyet kapsamında mı yapılacağı belirlenmesi için ilgili pazarın tanımlanmasına gerek görülmemiştir.

70 Bildirim konusu anlaşmanın bir tarafı Genzyme, diğer tarafı ise Eczacıbaşı-Baxter'dir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3(h) maddesinde *"Sağlayıcının anlaşma konusu malları veya hizmetleri, kendi kullanımı veya yeniden satışı amacıyla Türkiye içerisinde sadece bir alıcıya satmasına yönelik doğrudan veya dolaylı yükümlülük"* şeklinde tanımlanan tek alıcıya sağlama yükümlülüğü işbu dosyada söz konusu olduğundan Tebliğ'in 2. maddesinde belirlenmiş olan %40'lık pazar payı eşiğinin aşılmadığı değerlendirilirken, maddenin üçüncü fıkrası uyarınca alıcı taraf olan Eczacıbaşı-Baxter'in ilgili pazardaki payına bakılmıştır.

80 Dosya kapsamındaki bilgilere göre, sözleşme konusu Renagel adlı ürün temel olarak hemodiyaliz ve periton diyaliz tedavisi gören yetişkin böbrek yetmezliği hastalarının kanındaki yükselen fosfat seviyesinin düşürülmesi için kullanılmaktadır. Her ne kadar farklı etki mekanizmalarına sahip olsalar da, Renagel ile aynı amaçla kullanılan diğer ilaçların yer aldığı en geniş tanımlı ilgili ürün pazarında dahi Eczacıbaşı-Baxter'in dağıtmakta olduğu Renagel'in payının % (.....)'ye ulaştığı görülmüştür. Bu çerçevede, bildirim konusu anlaşmanın 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenebilmesi için ihtiyaç duyulduğu ifade edilen pazar tanımının, bu dosya özelinde kesin olarak yapılmasının gerekli olmadığı değerlendirilmiştir.

90 **H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar**

Bildirim konusu sözleşme, Renagel adlı ürünün Türkiye’de satılmasını, pazarlanmasını, dağıtımını konu edindiğinden ve ortada bölgesel pazarlar belirlenmesini gerektirecek bir unsur bulunmadığından, ilgili coğrafi pazar Türkiye olarak kabul edilmiştir.

H.3. Tespitler ve Değerlendirme

H.3.1. Tedavi Amaçlı Ürünler İçin Pazarlama ve Dağıtım Sözleşmesinin (Sözleşme) Niteliği

100 Genzyme ve Eczacıbaşı-Baxter arasında 01.10.2009 tarihinde akdedilmiş olan Sözleşme ile biyoteknoloji ürünü olan sevelamer hydrochloride etken maddeli Renagel isimli ürünün Türkiye’deki dağıtım hakkı Genzyme tarafından münhasıran Eczacıbaşı-Baxter’e verilmektedir. Söz konusu ilacın Türkiye pazarındaki ruhsat sahibi ve ithalatçısı Genzyme’dir.

Bildirim konusu sözleşmenin 01.10.2009 tarihinden itibaren yürürlükte olmasına rağmen 18.02.2011 tarihinde Rekabet Kurumu’na başvuru yapılmış olması hususuna ilişkin olarak Eczacıbaşı-Baxter tarafından gönderilen 13.4.2011 tarih ve 2810 sayılı yazıda; rekabet hukukuna uyum programı çerçevesinde Eczacıbaşı-Baxter’in taraf olduğu sözleşmelerin rekabet hukukuna uygunluğunun denetlendiği, bunun neticesinde hukuki risk almamak adına dosya konusu menfi tespit/muafiyet başvurusunun yapıldığı ifade edilmiştir.

110 Sözleşme’nin Münhasır Satıcı’nın Hak ve Yükümlülüklerinin düzenlendiği 3. maddesinin “Performans Standartları ve Satış Faaliyetleri” kenar başlıklı 3.1. maddesi uyarınca Eczacıbaşı-Baxter’in Sözleşme konusu ürünleri depolama, muhafaza etme, idare etme ve satma yükümlülükleri öngörülmüş, ürünlerin müşterilere ulaşmasında, pazara nüfuz konusunda optimum düzeyi yakalamak için her türlü çabayı sarfedeceği belirtilmiştir.

120 Sözleşmenin “Distribütör Politikaları ve Uygulamaları” kenar başlıklı 3.2. maddesinde distribütör’ün her halükarda münhasır satıcının ürünlerin bölgede satışı için belirleyeceği satış fiyatına ve satış koşullarına müdahale etmeyeceğinin belirtildiği, böylece alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmediği görülmüştür.

130 Sözleşmenin “Süre” kenar başlıklı 2.2. maddesi, “Temdit” başlıklı 2.3. maddesi ve “İlk Dönem” “Tanımlar” kenar başlıklı 1.2. maddesi uyarınca sözleşmenin süresi 30.09.2012 tarihinde sona erecek olan ilk dönem ve tarafların ortak yazılı mutabakatı ile sözleşmeyi yenilemeleri ile başlayan ikinci dönem olarak iki ayrı döneme ayrılarak ifade edilmiştir. İlk dönem bakımından sözleşme süresi kural olarak 3 yıldır. İkinci aşama Kasım 2011’den önce tarafların ortak yazılı mutabakatı ile Sözleşme’yi yenilemeleri ile başlamaktadır. Yenileme döneminde, Sözleşme süresi ilk dönem dahil 5 yıla ulaşınca kadar, taraflardan birisince feshedilmediği sürece yenilenmeye devam etmektedir. Sözleşme süresinin ilk dönem ve yenileme dönemleri dahil 5 yıla ulaşması halinde yapılacak yenileme için tarafların ortak mutabakatı aranmaktadır. Dolayısıyla Sözleşme süresinin 5 yıl ile sınırlandırıldığı ve 5 yılı aşan yenilemelerde tarafların yazılı mutabakatının arandığı görülmüştür.

Bununla birlikte, Eczacıbaşı-Baxter vekili tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 13.07.2011 tarih ve 5145 sayı ile intikal eden yazıda; Sözleşmenin 11.4. maddesinde yer alan “Sebepsiz Fesih” maddesi uyarınca Sözleşmenin Genzyme

tarafından fesih edilmiş olduğu ve sözleşme feshinin 31.12.2011 tarihinden itibaren etkili olacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede 31.12.2011 tarihinden itibaren geçerliliği kalmayacak olan bildirim konusu Sözleşme, fesih tarihine kadar uygulamada kalacağından, aşağıda menfi tespit ve muafiyet değerlendirmesine tabi tutulmuştur.

140 H.3.2. Menfi Tespit ve Grup Muafiyeti Değerlendirmesi

Sözleşmenin 1.1. maddesi ile yukarıda da değinildiği gibi, Genzyme'in, Eczacıbaşı-Baxter'i Renagel ilacının Türkiye'deki satışı, pazarlaması ve dağıtımı alanındaki münhasır satıcısı olarak tayin etmesi ve Sözleşmenin 3.7. maddesinde yer alan Eczacıbaşı-Baxter'in yıllık planda belirlenmiş olan %85 asgari alım yükümlülüğünün bir rekabet etmeme yükümlülüğü olarak yorumlanabilmesi sebebiyle Sözleşmeye menfi tespit belgesi verilemeyeceği düşünülmüştür.

150 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin 2. fıkrasında; "Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda muafiyet, alıcının dikey anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması koşuluyla uygulanır" hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede en geniş tanımlı ilgili pazarlarda dahi Eczacıbaşı-Baxter'in payı %40'ı aştığından, Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanabilmesinin mümkün olmadığı kanısına varılmıştır.

H.3.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

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

Bildirim formunda Eczacıbaşı-Baxter'in Renagel ilacının Türkiye'deki satışı, pazarlaması ve dağıtımı alanındaki münhasır satıcısı olarak tayin edilmesinin, malların üretim ve dağıtımında gelişme ve iyileşme sağlayacağı ifade edilirken; buna ilişkin öne sürülen gerekçelere şu şekilde yer verilmiştir:

160 *"Satış ve pazarlama maliyetlerinin yüksekliği nedeniyle Genzyme Türkiye kendisi bir satış ve pazarlama teşkilatı oluşturmak yerine, böbrek rahatsızlıkları alanında uzman bir satış ve pazarlama teşkilatı bulunan Eczacıbaşı-Baxter ile ürünün münhasır satışı, pazarlaması ve dağıtımı hususlarında anlaşma yapmıştır. Genzyme Türkiye'nin bu alanda uzmanlık yahut deneyim sahibi olan bir satış ekibi bulunmamaktadır.*

Rekabet Kurulunun emsal kararlarında da ifade edildiği üzere, bu sayede Renagel'in daha etkin bir şekilde pazarlanması sağlanacak ve son tahlilde tüketicilere ulaşan ürünlerin sayısındaki artışa bağlı olarak pazardaki rekabet de artacaktır.

170 *Genzyme Türkiye'nin ruhsat sahibi olduğu Renagel'in Eczacıbaşı-Baxter vasıtasıyla Türkiye'deki dağıtımının yapılması, Eczacıbaşı-Baxter'in çalıştığı depoların yaygınlığı ve sayısı nazara alındığında arzın devamlılığının sağlanmasına katkıda bulunacaktır. Zira Eczacıbaşı-Baxter tarafından Renagel'in, yaklaşık 130 depoyla dağıtımının yapıldığı görülmektedir..."*

Yukarıda ifade edilen gerekçeler dikkate alındığında, Sözleşme ile kurulması planlanan münhasır sistemin, malların üretimi ve dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması şartını yerine getirdiği düşünülmüştür.

b) Tüketicinin bundan yarar sağlanması

180 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi bağlamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için ekonomik iyileşme ve gelişmelerden tüketicilerin de yararlanabilmesi gerekmektedir. Kanun'un 5. maddesinde, tüketiciye söz konusu

yararın ne ölçüde yansıtılması gerektiğine ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiş olmakla birlikte madde gerekçesinde *“Bu yararlı etkinin tüketiciye yansımaya, sadece firma karları olarak kalması halinde muafiyet uygulanmayacaktır. Ortaya çıkan yarardan tüketicinin adil bir pay alması suretiyle Rekabet Hukukunun sosyal yönü de ortaya çıkacaktır.”* denilmektedir.

Tüketicilere yansıtılabilecek yararların başında; tüketicilerin oluşacak fiyatlarda bir avantaj sağlayıp sağlamayacağı önemli görülmektedir. Bununla beraber tüketiciler açısından arzın devamlılığının da önem taşıdığı söylenebilecektir.

190 Bildirim formunda, söz konusu Sözleşmelerin uygulamaya geçmesi ile Genzyme Türkiye'nin Renegal ürünün pazarlanması ve dağıtımı için bir ağ kurmaksızın, bunu münhasıran Eczacıbaşı-Baxter vasıtasıyla gerçekleştirmesinin maliyetlerin düşmesine imkan tanıyacağı, bu durumda da Renegal'in fabrika çıkış fiyatında düşme yahut bu tür maliyetlerden kaynaklanan bir artış olmamasının bekleneceği ifade edilmiş, münhasırlık karşısında Sözleşme ile getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün ilgili ürün pazarlarında rakip sağlayıcı ve dağıtıcılar karşısında Eczacıbaşı-Baxter'in Renagal'i ön plana çıkarmak için görece daha uygun fiyatlar vermesine neden olabileceği belirtilmiştir.

200 Bunun dışında münhasır bir dağıtıcı ile çalışılması ile ilacın pazarlanması ve arz devamlılığının sağlanmasının mümkün olacağı, Sözleşme ile münhasır satıcı olan Eczacıbaşı-Baxter'in Türkiye dışında yapacağı aktif ve pasif satışlara sınırlama getirilmiş olmasının ilacın Türkiye'de bulunabilirliğini sağlayacağı ifade edilmiştir.

Bu çerçevede tüketicilerin oluşacak fiyatlarda avantaj sağlayacak olması, arzın devamlılığının sağlanması ve yukarıda sayılan diğer hususlar tüketicilerin elde edeceği menfaatler kapsamında değerlendirilebilecektir.

c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması

210 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 açacaktır¹.

220 Daha önce ifade edildiği üzere, bildirim konusu Sözleşme Genzyme'in ruhsat sahibi olduğu Renegal adlı ürünün Eczacıbaşı-Baxter tarafından satış, pazarlama ve dağıtımını konu edinmektedir. Bir başka ifadeyle, Eczacıbaşı-Baxter Renegal'in piyasaya sunulmasına aracılık etmektedir. Bu noktada Eczacıbaşı-Baxter, bu alanda dağıtım faaliyetinde bulunan tek firma olmadığından, Renegal ile rekabet edebilecek nitelikteki ürünlerin farklı dağıtım kanallarını kullanarak piyasaya girmelerinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı değerlendirilmiştir. Kaldı ki bildirim formunda, Renegal ile aynı etken maddeye sahip olmasa da aynı kullanım amacına sahip olan (diyaliz hastalarının kanındaki fosfat seviyesinin azaltılması için kullanılan) 5 rakip ürünün bulunduğu, bunların Anti-Potassium, Anti-Fosfat Ca, Anti-Fosfat Cc, Phos Ex ve Phos-Out olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca bildirim formunda yer alan bilgilere göre, Eczacıbaşı-Baxter'in Renegal ile rekabet eden herhangi bir ürünü veya bu nitelikteki bir ürünün geliştirilmesine yönelik herhangi bir çalışması bulunmamaktadır.

¹ 2.8.2007 tarih ve 07-63/774-281 sayılı Kurul Kararı'ndan alınan bilgi.

Bu çerçevede ilgili Sözleşmenin 01.10.2009 tarihinden itibaren uygulanmakta olduğu da göz önüne alındığında bildirim konusu Sözleşme ile getirilen münhasır çalışma koşullarının pazardaki rekabeti olumsuz yönde etkilemesinin söz konusu olmayacağı ve bu nedenle de pazarın önemli bir kısmındaki rekabetin ortadan kalkmayacağı değerlendirilmiştir.

230 **d) 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 olmayacaktır².

Sözleşme ile getirilen münhasırlık ve rekabet etmeme taahhütleri, Sözleşmenin 2.2 ve 2.3. maddeleri uyarınca en fazla 5 yıl geçerli olacağından, uygulamada kabul edilen sınırlar içerisinde makul bir sınırlama olarak değerlendirilmektedir.

240 Yapılan değerlendirmeler çerçevesinde, Sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen koşulları taşıdığı, Sözleşmenin 31.12.2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere feshedilmiş olduğu hususu da değerlendirildiğinde, Sözleşmeye bireysel muafiyet tanınabileceği kanaatine varılmıştır.

I.SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

- 1- Genzyme Sağlık Hizmetleri ve Tedavi Ürünleri Tic. Ltd. Şti. ve Eczacıbaşı Baxter Hastane Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında 01.10.2009 tarihinde akdedilen Tedavi Amaçlı Ürünler İçin Pazarlama ve Dağıtım Sözleşmesi'ne menfi tespit belgesi verilemeyeceğine,
 - 250 2- Eczacıbaşı Baxter Hastane Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin pazar payının 2002/2 sayılı Tebliğ'de belirtilen eşiği aşması nedeniyle, sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağına,
 - 3- Bununla birlikte söz konusu sözleşmeye, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına
- OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

260

² 2.8.2007 tarih ve 07-63/774-281 sayılı Kurul Kararı'ndan alınan bilgi.