

REKABET KURUMU

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2012-3-144 (Muafiyet/Menfi Tespit)
Karar Sayısı : 12-46/1390-463
Karar Tarihi : 27.09.2012

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER: Hakan Deniz KARAKOÇ, Erdem AKTEKİN

C. BİLDİRİMDE BULUNAN

: - Servier İlaç ve Araştırma A.Ş.
Temsilcisi: Av. Efser Zeynep ERGÜN
Büyükdere Cad. No:127 Astoria A Kule, Kat:6-24
34394 Esentepe/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Servier İlaç ve Araştırma A.Ş. ile Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti., İmtaş Ecza Deposu ve Gereçleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ve Özel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. arasında ayrı ayrı imzalanan "İhale Satış Sözleşmesi"ne muafiyet tanınması talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 28.08.2012 tarih ve 6672 sayılı ile giren bildirim üzerine düzenlenen 17.09.2012 tarih ve 2012-3-144/MM sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle; dosya konusu "İhale Satış Sözleşmesi"nin 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde belirlenen pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanmadığı, ancak 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamının karşılanması nedeniyle anılan sözleşmelere bireysel muafiyet tanınabileceği sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Taraplara İlişkin Bilgiler

G.1.1. Servier İlaç ve Araştırma A.Ş. (Servier)

- (4) Servier, merkezi Fransa'da bulunan Servier Grubunun Türkiye'deki iştiraki konumunda olup, ilaç ve müstahzarların ithalat ve ihracatı, fason imalatının yaptırılması, dağıtım, tanıtım, tescil, patent ve lisans temin alanlarında faaliyet göstermektedir.

G.1.2. Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti. (Beşer)

- (5) Ağırlıklı olarak kamu kurum ve kuruluşlarına toptan ilaç satışı ve dağıtımına yönelik olarak faal olan Beşer'in yine toptan ilaç ticari alanında faaliyet gösteren Ankara Beşer Ecza Deposu ve İlaç Pazarlama A.Ş. unvanlı bir şirketi daha bulunmaktadır.

G.1.3. İmtaş Ecza Deposu ve Gereçleri Sanayi ve Ticaret Ltd.Şti. (İmtaş)

- (6) Toptan ilaç dağıtım sektörüne 1993 yılında giren İmtaş, kamu hastaneleri ve özel hastanelere (ihale ve acil alım ile) ilaç tedariki yapmaktadır.

G.1.4. Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. (Özsel)

- (7) İlaç dağıtımı, depolama ve toptan ilaç satış alanında faal olan Özsel'in ayrıca yine toptan ilaç ticareti pazarında faaliyet gösteren Avicenna Farma Dış Tic. ve Paz. A.Ş. ve SSM Steril Sağlık Malz. San. ve Tic. A.Ş. unvanlı iki şirketi bulunmaktadır.

G.2. İlgili Pazar

G.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (8) 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. tanımlanan dikey anlaşmaların Tebliğ kapsamında olduğu ve Tebliğ ile sağlanan muafiyetin ilgili pazardaki payın %40'ı aşmaması durumunda uygulanacağı ifade edilmektedir. 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.
- (9) Mevcut dosya çerçevesinde, her bir ürün özelinde kesin pazar tanımı yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Geçmişte alınan Rekabet Kurulu kararları¹ doğrultusunda alıcıların faaliyet gösterdikleri ilgili ürün pazarı "farmasötik ürünlerin toptan satışı" pazarı olarak belirlenmiştir.

G.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (10) Sağlayıcı konumdaki Servier açısından ilgili coğrafi pazar "Türkiye", alıcı konumdaki Beşer, İmtaş ve Özsel açısından ise her bir alıcı için sözleşmeler ile münhasıran yetkilendirildikleri illerden oluşan bölgeler ilgili coğrafi pazar olarak belirlenmiştir.

G.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

G.3.1. Bildirime Konu Sözleşmeler

- (11) Beşer, İmtaş ve Özsel ecza depolarının her biri ile Servier arasında ayrı ayrı imzalanan "İhale Satış Sözleşmesi", ecza depolarını sözleşmede yer alan Servier ürünleri için yine sözleşmelerde yer verilen bölgelerde devlet ve üniversite hastaneleri için Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenecek ihaleler ve doğrudan teminler için depoları münhasır olarak yetkilendirmektedir. Sözleşmelerin 3. maddesi uyarınca çerçeve anlaşma ihaleleri, grup ihaleleri ve Kamu İhale Kanunu'nun 22(f) maddesi kapsamındaki toplu alım ihaleleri münhasırlık kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu ihaleler bakımından depolar tüm Türkiye'de teklif vermekte serbest olacak, Servier de bu ihalelerin her birine doğrudan kendisi ve/veya depolarla girebileceği gibi başka ecza depoları da ihalelere katılabilecektir.
- (12) Sözleşmeler ile Türkiye pazarı illere göre üçe ayrılmış ve her bölgeye ihalelerin takibi için münhasıran bir depo atanmıştır. Buna göre Beşer; Eskişehir, Ankara, Çankırı, Kırıkkale, Kırşehir, Konya, Aksaray, Karaman, Mersin, Çorum, Amasya Yozgat, Nevşehir, Niğde, Adana, Kayseri, Tokat, Sivas, Kahramanmaraş, Osmaniye, Hatay, Erzincan, Tunceli, Malatya, Elazığ, Adıyaman, Şanlıurfa, Bingöl, Diyarbakır, Muş, Mardin, Bitlis, Batman, Siirt, Şırnak, Van, Hakkari, Gaziantep ve Kilis illerinde, İmtaş; Çanakkale, Balıkesir, Bursa, Bilecik, Kütahya, Manisa, İzmir, Uşak, Afyon, Isparta, Aydın, Denizli, Muğla, Burdur ve Antalya illerinde; Özsel ise Edirne, Kırklareli, Tekirdağ, İstanbul, Kocaeli, Yalova, Sakarya, Düzce, Bolu, Zonguldak, Bartın, Karabük, Kastamonu, Sinop, Samsun, Ordu, Giresun, Trabzon, Gümüşhane, Bayburt, Erzurum, Rize, Artvin, Kars, Ağrı ve Iğdır illerinde devlet ve üniversite hastaneleri tarafından Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenecek ihalelere sözleşmelerde belirtilen Servier ürünleri ile katılmak için münhasıran yetkilendirilmektedir.

¹ 02.03.2006 tarih ve 06-16/190-50 sayılı; 30.01.2001 tarih ve 01-06/54-17 sayılı Kurul kararları.

12-46/1390-463

- (13) Her bir ecza deposu ile imzalanan sözleşmeler tip sözleşme olup yalnızca depoların yetkilendirildikleri bölgeye ilişkin kısımları değişmektedir. Bu nedenle üç sözleşme bir arada değerlendirilmiştir.
- (14) Sözleşmenin 2. maddesine göre Servier ruhsat sahibi olduğu sözleşme konusu ilaçları sözleşme ile tanımlanan bölgelerde sözleşmenin tarafı olan deponun devlet ve üniversite hastaneleri için Kamu ihale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenecek ihaleler ve doğrudan teminler kapsamında yapılacak satın alımları kapsamında yalnızca söz konusu depoya satacaktır. Bu madde ile her bir sözleşmenin kapsadığı bölge bakımından ve belirlenen işler kapsamında Servier'e tek alıcıya sağlama yükümlülüğü getirilmektedir.
- (15) Sözleşmenin 3. maddesi ile depolara Servier'den aldıkları iskonto oranını katılacakları ihalelerde hastanelere bire bir yansıtma zorunluluğu getirilmektedir. Yine aynı maddede depoların hastanelere satışlarında Servier'in sağladığı iskonto oranlarından daha yüksek iskonto oranları da uygulayabilecekleri belirtilmektedir. Bu madde ile depoların hastanelere yapacakları satışların azami fiyatları belirlenmektedir.
- (16) Sözleşmenin 4.2.1. maddesi ile sözleşme tarafı ilaç deposunun bölgesi dışında gerçekleştirilecek devlet ve üniversite hastaneleri için Kamu ihale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenecek ihaleler ve doğrudan teminlere katılamayacağı ve sözleşme konusu ürünleri yalnızca Servier'den temin edeceği belirtilmektedir. Böylece üç sözleşme ile her bir depo için münhasır faaliyet göstereceği bölgeler ve bir anlamda müşteri tipi (mevcut durumda devlet ve üniversite hastanelerinin Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenleneceği ihaleler ve doğrudan teminler) belirlenmektedir.
- (17) Yukarıdaki düzenlemenin yanı sıra depoların gerçekleştirecekleri satışlara ilişkin bir kısıtlama da sözleşmenin 6. maddesi ile getirilmektedir. Bu madde ile depoların KKTC hariç olmak üzere Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında gerçek ya da tüzel kişiye veya yurt dışına satmak amacıyla Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bir gerçek ya da tüzel kişiye ihale veya benzeri sebeplerle ürün satmama yükümlülüğü getirilmektedir.
- (18) 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4/b maddesi uyarınca, ilgili hükümde belirtilen istisnai haller dışında, alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge ya da müşterilere ilişkin kısıtlama getirilmesi anlaşmayı 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinin dışına çıkarmaktadır. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4/b-1 maddesinde belirlenen ilk istisna uyarınca, "Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması" anlaşmaları Tebliğ ile tanınan grup muafiyeti dışına çıkarmamaktadır. Ancak, 02.08.2007 tarih ve 07-63/776-282 sayılı Kurul kararında da belirtildiği üzere ilgili sözleşmelerin 6. maddesinde yer alan ve bölge dışına satış yapabilecek nitelikteki müşterilere depolar tarafından satış yapılmaması hükmü sözleşmeleri 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyeti kapsamı dışına çıkarmaktadır.
- (19) Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca depolara rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiştir. Depolar Servier için kullandığı materyallerini rakip firmalar için kullanamayacak ve bölge sınırları içinde hastanelerin açacağı ihalelere ve yapacağı alımlara, sözleşme konusu ilaçların rakibi olan aynı etken maddeli, aynı kontrası maddeli veya ihaleye çıkış şekline göre Servier ürünlerine rakip olduğu kabul edilen ürünler için katılamayacaklardır. Ancak, depolara Servier'in, ilaçları tedarik edemeyecek durumda olması halinde, Servier'in yazılı onayını almak şartıyla Depoların rakip ürünler için ihalelere katılması hakkı tanınmıştır. Sözleşmelerin 7.2. maddesi uyarınca, sözleşmeler bir yıl süreli olup her halükarda yürürlük tarihinden itibaren beş yılı geçemeyecek, 5. yılın sonunda kendiliğinden sona erecektir. Dolayısıyla, söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğü en fazla beş yıl geçerli olacaktır.

G.3.2. Menfi Tespit ve Grup Muafiyeti Değerlendirmesi

- (20) Bildirim konusu sözleşmeler, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilen

münhasırlık, fiyat tespiti ve rekabet yasağına ilişkin hükümler içerdiğinden söz konusu sözleşmelere menfi tespit belgesi verilemeyeceği kanaatine varılmıştır.

- (21) Diğer taraftan, en azından jeneriği bulunmayan ürünler bakımından, sağlayıcı konumundan olan Servier'in pazar payı, 2002/2 sayılı Tebliğ'in "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde belirlenen %40'lık pazar payı eşiğini aşmaktadır. Bu nedenle sözleşmeler 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamamaktadır. Sağlayıcının pazar payının 2002/2 sayılı Tebliğ'de belirtilen eşiği aşması tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren sözleşmelerin değerlendirilmesi noktasında alıcıların pazar paylarının analizini önemsiz kıldığından, alıcı konumundaki depoların belirlenen ilgili pazarlardaki pazar payları değerlendirilmemiştir.

G.3.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

G.3.3.1. Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmelerin sağlanması

- (22) Bildirime konu sözleşmeler ile depolara yetkili oldukları hastaneler tarafından ve ilgili ürünler kapsamında yapılacak tüm ihaleleri ve satın alımları takip etme yükümlülüğü getirilmektedir. Muafiyet sonucunda ihalelerde verilen teklif sayısında gerçekleşmesi muhtemel artış dikkate alındığında, söz konusu yükümlülüğün hizmet sürekliliğinin ön planda olduğu ilaçlar bakımından önemli bir katkı sağladığı kanaati oluşmuştur. Dolayısıyla, depoların geniş dağıtım kanalları vasıtasıyla erişimin zor olduğu bölgelerdeki küçük çaplı ihaleleri dahi yakından takip edebilmesi, hastanelerin söz konusu ilaçlara yönelik ihtiyaçlarının zamanında ve istenen koşullarda giderilmesi yönünde güvence sağlayıcı niteliktedir.
- (23) Sözleşmelere konu ilaçlar bakımından hastane ihalelerine katılıma ilişkin getirilen münhasırlık, depoların satış ve dağıtım sürecini optimize etmesini beraberinde getirecektir. Dolayısıyla, Servier'in sözleşme konusu ilaçlar bakımından ihalelerde daha etkin şekilde yer alabilmesi, hastanelere ilaçların daha etkin bir şekilde ulaştırılmasını da sağlayabilecektir.
- (24) Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında, 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 karşıladığı sonucuna varılmıştır.

G.3.3.2. Tüketicinin bundan yarar sağlaması

- (25) Ürün 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 yönelmesi olasılığı düşecektir. Buna bağlı olarak da devlet daha yüksek olan eczane satış fiyatına oranla avantajlı fiyatlarla ilaç temin edebilecektir. Ayrıca reçetede yazılı ilaçlar yatan hastalara hastane eczanesinden daha kısa sürelerde ulaştırılabilecektir.
- (26) Özetle, sözleşmelere konu münhasırlık ilişkisinin, nihai tüketici konumundaki hastaların ürünlere daha kolay ulaşabilmesini sağlayacak nitelikte olması nedeniyle Kanun'un 5. maddesinin (b) bendinde ifade edilen tüketici faydası koşulunu karşıladığı kanaatine varılmıştır.

G.3.3.3. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması

- (27) Servier'in sözleşme kapsamına aldığı (.....) üründen bir kısmının jenerik rakibinin bulunduğu görülmektedir. Sözleşmenin 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.

- (28) 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 verilebilmektedir. Oysa jeneriği olmayan ürünlerde birden fazla deponun teklif vermesi durumunda, rekabet depoların sınırlı kar marjları içinde ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, jenerik rekabeti bulunan Servier ürünleri için sunulan fiyat teklifleri, yukarıda ifade edilen ekonomik gelişmeler ve maliyet tasarrufları sayesinde, daha indirimli ve rekabetçi olabilecek, bu husus da jeneriği olmayan ilaçlarda bayi karları çerçevesinde gerçekleşen marka içi rekabet üzerinde oluşabilecek olumsuz etkiyi toplamda telafi edebilecektir.
- (29) Bu çerçevede, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı, hatta sözleşmeler oluşturulan çalışma koşullarının Servier ilaçlarına rakip olan ilaçların bulunduğu ürünlerde rekabete katkıda bulunacağı sonucuna ulaşılmıştır.

G.3.3.4. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması

- (30) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (d) bendi uyarınca dikey kısıtlamalar içeren anlaşmaların uygulanması sonucunda meydana gelen rekabeti kısıtlayıcı etkiler, anlaşmanın ortaya çıkardığı yararları ulaşmak için gerekenden fazla olmamalıdır. Bu noktada öncelikle belirtilmesi gereken husus, sözleşmelere konu Servier ürünleri bazında ihalelere yönelik tek satıcı olarak belirlenen her deponun, ihalelerin ilgili kalemlerinde rakip ürünler için teklif vermesinin mümkün olmamasıdır. Ancak Kurulun geçmiş tarihli kararlarında sözü edilen durumun sektördeki rekabetin sağlıklı işleyebilmesi bakımından gerekli olduğu tespiti yapılmıştır. Bunun temel sebebi, rakip ürünlerin ihalelere yönelik satışlarının aynı ecza deposu üzerinden gerçekleştirilmesinin, ilgili ihale kalemlerinde rekabetin engellenmesine neden olabilmesidir. 5.8.2010 tarih ve 10-52/973-342 sayılı Kurul kararında belirtildiği üzere, ilaç alımı ihalelerinde alternatif teklifler verilememesine bağlı olarak, ilgili ihale kaleminde aynı 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. Dolayısıyla bildirim konu sözleşmeler kapsamında rekabet yasağının münhasır bölgeyle sınırlandırılmış olması sonucunda rekabetin engellenmesi söz konusu olmayacaktır.
- (31) Öte yandan, sözleşmelerin ortak 6. maddesi uyarınca yürürlük süresi bir yıl olarak belirlenmiş olup, sona erme tarihinden itibaren taraflardan herhangi birisi tarafından aksine bildirim yapılmaması durumunda sözleşmelerin aynı koşullarla bir yıl süreyle yenileneceği, ancak hiçbir durumda sözleşmelerin süresinin beş yılı aşamayacağı düzenlenmiştir. Sözleşmelerin feshinden sonraki süre için depolara herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmemiştir. Bu noktada, sözleşmelerin süresi ve rekabet etmeme yükümlülüğünün makul olduğu kanaatine varılmıştır.
- (32) Bu çerçevede, incelenen sözleşmelerin, bireysel muafiyet koşullarının ilk üçünün yanı sıra rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması koşulunu da karşıladığı kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

- (33) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; Servier İlaç ve Araştırma A.Ş. ile Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti., İmtaş Ecza Deposu ve Gereçleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ve Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. arasında ayrı ayrı imzalanan

12-46/1390-463

“İhale Satış Sözleşmesi”nin 2002/2 sayılı “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”nin 2. maddesinde belirlenen pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanmadığına ancak 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sayılan koşulları karşılaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

Başkan

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

İkinci Başkan

Prof. Dr. Metin TOPRAK

Doç. Dr. Mustafa ATEŞ İsmail Hakkı KARAKELLE

Dr. Murat ÇETİNKAYA

Reşit GÜRPINAR