

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 20010-1-90 (Muafiyet)
Karar Sayısı : 10-52/1048-387
Karar Tarihi : 05.08.2010

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, Mehmet Akif ERSİN,
İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY,
Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : E. Cenk GÜLERGÜN, Cumhur Atalay HATİPOĞLU,
Burak SAĞLAM

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : Lilly İlaç Ticaret Ltd. Şti.

D. İLGİLİ TARAF : - Lilly İlaç Ticaret Ltd. Şti.
Kuşbakışı Cad. Rainbow Plaza No:4 Kat:3 34662
Altunizade/İstanbul

- Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş.
Yukarı Dudulu Mah. Bayraktar Cad. Söyleşi Sok.
No:6 Ümraniye/İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Lilly İlaç Ticaret Ltd. Şti. (Lilly) ile Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. (Özsel) arasında imzalanan "Satım Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 08.04.2010 tarih ve 2939 sayı ile giren başvuru üzerine düzenlenen 30.07.2010 tarih, 2010-1-90/MM-10-134.ECG sayılı Menfi Tespit Ön İnceleme Raporu, 02.08.2010 tarih ve REK.0.05.00.00-130/301 sayılı Başkanlık önergesi ile 10-52 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da, bildirim yapılan "Satım Sözleşmesi"ne menfi tespit verilmesi gerektiği görüşüne yer verilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

Bildirim konusu işlem hakkında yapılacak değerlendirmeleri ve ulaşılabilecek sonucu değiştirmemesi nedeniyle, bu dosya özelinde ilgili pazar tanımı yapılmamıştır.

H.2. Bildirim Konusu İşlem ve Sözleşmenin Niteliği

Bildirim konusu Sözleşme, Türkiye sınırları içerisindeki sağlık birimleri tarafından açılan, Gemzar markalı ürünlerin teklif edilebileceği ihalelerde beşeri ilaç sektöründe faaliyet göstermekte olan Lilly ve beşeri tıbbi ürünlerin ihaleler yoluyla dağıtım alanlarında faaliyet gösteren Özsel'in karşılıklı olarak sahip olacağı hak ve yükümlülükleri düzenlemektedir. Buna göre Özsel, sözü edilen nitelikteki tüm ihaleleri takip etme, bu ihalelere kendi nam ve hesabına katılma; Lilly ise, Özsel'in ihaleleri kazandığına dair resmi belgeyi ibraz etmesi durumunda firmaya adı geçen ürünleri temin etme yükümlülüğü üstlenmiştir. Sözleşme'nin ilgili maddelerine ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilmektedir:

10-52/1048-387

1. Sözleşmenin konusu başlıklı 3. maddede "... aksine düzenleme bulunmayan hallerde, Lilly'nin hak sahibi olduğu ilaçların, Hastaneler'in ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla açılacak ihaleler kapsamındaki alım talepleri doğrultusunda, Depo'nun İhaleler'e katılımı ve Lilly tarafından işbu Sözleşme'nin tarafı olan ve İhaleyi alan Depo'ya münhasıran satış yapılmasına ilişkin Taraflar'ın hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesidir" ifadeleri yer almaktadır¹. Burada Lilly tarafından Özsel'e ilaç temin edilebilmesinin Özsel'in ihaleyi kazanmış olması şartına bağlandığı anlaşılmaktadır. Nitekim bu durum Lilly tarafından da teyit edilmiştir.

2. Sözleşme'nin 4.1.3. maddesinde, ilaçların Özsel'e teslimi, ihalenin depo tarafından kazanılması koşuluna bağlanmıştır. Bir başka ifadeyle, Özsel, ihalenin kendisi tarafından kazanıldığını gösterir nitelikteki resmi belgeyi ibraz ettiği takdirde ürünleri Lilly'den teslim alabilecektir. Lilly'nin ürünleri teslim etme yükümlülüğünün ancak belge ibraz edildi takdirde ortaya çıkacağı da Sözleşme'nin 4.2.1. maddesi ile hüküm altına alınmıştır.

3. Sözleşme'nin 4.2.2. maddesinde, "Lilly, münhasıran, Hastaneler tarafından açılacak İhalelere katılıp İhaleyi kazanan Depo'ya satış yapmak yükümlülüğündedir" ifadesi yer almaktadır. Aynı maddede, hastaneler tarafından doğrudan temin durumu ve toplu alım ihaleleri Lilly'nin temin yükümlülüğünün istisnaları olarak belirlenmiştir.

4. Sözleşme'nin 5.1. maddesine göre; Lilly, ilaçlar için uygulayacağı birim depoya satış fiyatını yazılı olarak bildirecek, depo ise ihalede vereceği teklif fiyatını kendisi belirleyecektir.

5. Sözleşme'nin süresini belirleyen 6. maddesine göre, imzalandığı tarihten itibaren bir yıl geçerli olacak olan sözleşme, Lilly'nin sürenin bitmesine en geç bir ay kala yapacağı yazılı bildirimle bir yıl daha aynı koşullarda uzayacaktır. Aksi takdirde sözleşme kendiliğinden sona erecektir. Bu maddeden, sözleşmenin süresiz nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

Ayrıca, Sözleşme'de -alıcı konumundaki Özsel bakımından- rekabet yasağı anlamına gelebilecek herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Tarafların başvurusu, dosya kapsamındaki Sözleşme'ye menfi tespit verilmesi talebini içermektedir. 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre, bir sözleşmenin menfi tespit olabilmesi için, aynı Kanunun 4., 6. ve 7. maddelerine aykırı olmaması gerekir. Buna göre, herhangi bir birleşme/devralma işlemi içermediğinden 7. maddeye aykırılığı ileri sürülemeyecek olan bildirim konusu Sözleşme'nin, Kanunun 4. ve 6. maddelerine aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

H.3.1. Kanunun 4. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

Sağlayıcı Lilly ile dağıtıcı Özsel arasındaki dikey nitelikte bir anlaşma olan Sözleşme'nin 4.1.1. maddesi uyarınca ilgili depo sözleşme konusu ürünlere yönelik olarak açılacak tüm ihaleleri takip edecek ve bunlara kendi nam ve hesabına iştirak edecektir. Sözleşme'nin 4.1.2. maddesinde ürünlere yönelik olarak ihalede teklif edilecek fiyatların ise depo tarafından belirleneceği belirtilmektedir. Sözleşme'nin gerek söz konusu maddeleri gerekse geneli incelendiğinde, bildirim konusu dikey ilişkide, alıcı konumundaki Özsel'e, rekabet yasağı olarak değerlendirilebilecek nitelikte ve Kanun'un 4. maddesi kapsamında herhangi bir sınırlama getirilmediği görülmektedir.

¹ Sözleşmenin tanımlar bölümünde, "ilaçlar" ifadesi ile Gemzar 200 mg ve Gemzar 1 g isimli ürünlerin kastedildiği belirtilmektedir.

10-52/1048-387

Sözleşme, sağlayıcı konumunda bulunan Lilly yönünden incelendiğinde ise, bu teşebbüsün hak ve yükümlülüklerini düzenleyen 4.2.1. maddeye göre, Lilly Özsel'in ihaleyi kazandığına dair resmi belgeyi kendisine ulaştırmasının ardından, Sözleşme konusu ürünleri depoya teslim edecektir. Sözleşme'nin 4.2.2. maddesinde ise; Lilly'nin ihaleyi kazanan Özsel'e münhasıran satış yapma yükümlülüğünde olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak bunun istisnaları olarak, hastaneler tarafından doğrudan Lilly'den ilaç talep edilmesi durumu ve toplu alım ihaleleri gösterilmiştir.

Sözleşme'nin bu maddesinin, Özsel dışındaki diğer ecza depolarının Lilly ürünleri için açılan ihalelere katılmasını engelleyip engellenmediği, engellemiyor ise Lilly'nin diğer depolara ihaleyi kazanmaları halinde sözleşme konusu ürünleri sağlayıp sağlamayacağı -Sözleşmenin Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bakımından- önem kazanmaktadır. Anılan maddedeki "münhasıran" ifadesi ilgili ürünlerin her koşulda sadece Özsel'e tedarik edileceği anlamında olabileceği gibi, sadece ihaleyi kazanması koşulunu yerine getirdiği takdirde Özsel'e satış yapılacağı anlamına da gelebilecektir. İlk durum Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bir anlaşmaya, ikinci durum ise aynı madde kapsamında bir değerlendirme yapılmasını gerektirmeyen bir sözleşme maddesine işaret edebilecektir.

Bu konuda Lilly'den, ihaleyi sözleşme tarafı olmayan bir deponun kazanması halinde, bu depoya sözleşme konusu ürünlerin tedarik edilip edilmeyeceğine ilişkin şifahi olarak bilgi talep edilmiştir. Kurum kayıtlarına 28.07.2010 tarihinde intikal eden yazıda, Özsel dışındaki depoların da sözleşme konusu Lilly ürünleri için ihalelerde teklif verebileceği, kazanmaları halinde bu depolara da ürün temin edilebileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla ilgili maddenin Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilme imkânı bulunmamaktadır. Sözleşme'nin diğer maddelerinde de Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir başka hüküm yer almadığından, bildirim konusu sözleşmelerin 4. madde kapsamında bulunmadığı değerlendirilmektedir.

H.3.2. Kanunun 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

Bildirimi yapılan Sözleşme, Gemzar markalı ürünlerin sağlık birimlerinin açtığı ihalelerde satışını konu edinmektedir. Söz konusu ürünler, gemsitabin hidroklorür etkin maddesi içermekte olup, bu maddeyi içeren rakip ürün Gemko, Koçak Farma İlaç ve Kimya San. A.Ş. tarafından Mart 2010'da piyasaya sürülmüştür. Dolayısıyla, en geniş tanımla gemsitabin hidroklorür etkin maddeli ilaçların oluşturduğu pazarda Lilly'nin 2009 yılına ait payının %(...) olduğu anlaşılmaktadır. Bu pay oranıyla, Lilly'nin ilgili pazarda hâkim durumda olma ihtimali oldukça yüksektir.

Lilly'nin söz konusu pazarda hâkim durumda olduğu varsayımı altında, bildirim konusu sözleşme ile hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, başvuru konusu sözleşmenin, mevcut haliyle, Özsel haricindeki diğer depoların Lilly'den ürün tedarik etmesinin önüne geçip geçmediğidir. Zira bu durumda Lilly'nin hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı hakkında değerlendirme yapma gereği ortaya çıkacaktır. Ancak, Lilly, sözleşmeye taraf olmayan diğer depoların ihalelere katılmasının ve kazanmaları halinde kendisinden ürün temin etmesinin önünde hiçbir engel olmadığı yönünde beyanda bulunmuştur. Dolayısıyla, bildirim konusu Sözleşme özelinde, Lilly'nin hâkim durumunu kötüye kullandığını iddia etmek mümkün değildir.

10-52/1048-387

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Lilly İlaç Ticaret Ltd. Şti. ile Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. arasında imzalanan "Satım Sözleşmesi"ne 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.