

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2016-3-66 (Muafiyet/Menfi Tespit)
Karar Sayısı : 17-20/319-141
Karar Tarihi : 03.07.2017

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN (İkinci Başkan), Adem BİRCAN
Şükran KODALAK, Mehmet AYAN

B. RAPORTÖRLER: Emin Cenk GÜLERGÜN, Ömer Volkan YAZAR,
Mehmet GERÇEK

C. BİLDİRİMDE

BULUNUNAN : Johnson and Johnson Medikal Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.
Temsilciler: Av. Şahin ARDIYOK, Av. Belit POLAT
Büyükdere Cad. Bahar Sokak No: 13, River Plaza Kat 11-12,
34394 Levent, Şişli/İstanbul

(1) **D. DOSYA KONUSU:** Johnson & Johnson Medikal Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin bayileri ile imzalayacağı "Münhasır Olmayan Bayilik Sözleşmesi"ne bireysel muafiyet tanınması talebi.

(2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 28.11.2016 tarih ve 6904 sayı ile giren bildirim üzerine düzenlenen 30.06.2017 tarih ve 2016-3-66/MM sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

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

- Johnson & Johnson Medikal Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin (J&J MEDİKAL) bayileri ile imzalayacağı "Münhasır Olmayan Bayilik Sözleşmesi" (Sözleşme) başlıklı anlaşmanın, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesi kapsamında olduğu,
- Sözleşme'nin 2.6. maddesinde düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğünün mevcut halinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ veya Tebliğ) kapsamında değerlendirilemeyeceği, ilgili düzenlemenin diğer hükümlerden ayrılabilir nitelikte olmaması nedeniyle Sözleşme'nin bütünüyle 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden faydalanamayacağı,
- Sözleşme'nin 2.6. maddesinin, rekabet etmeme yükümlülüğünün yalnızca bayiyi ve bunu kontrol eden kişileri bağlaması ve yine yalnızca rakip ürünlerle sınırlı tutulması ("diğer bir surette ürünlerin satışını olumsuz etkileyebilecek ürünler" ifadesi çıkarılarak) şartıyla, Sözleşme'ye 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet tanınabileceği

ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

(4) İlgili başvuruda J&J MEDİKAL ile bu teşebbüsün bayileri arasında imzalanacak olan Münhasır Olmayan Bayilik Sözleşmesi'ne bireysel muafiyet tanınması talep edilmiştir.

- (5) 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin ikinci fıkrasında, Tebliğ ile sağlanan muafiyetin, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sunduğu ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle, ilgili pazarın belirlenmesi, başvuru konusu Sözleşme'nin Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden faydalanıp faydalanmayacağına tespiti açısından önemli olmakla birlikte; bildirim konusu Sözleşme'nin muafiyetten yararlanıp yararlanmayacağına dair değerlendirmeyi etkilemeyeceği anlaşıldığından, kesin bir pazar tanımı yapılmasına gerek görülmemiştir. Aşağıda yapılan değerlendirmeler, bildirim formunda sunulan pazar bilgilerine göre yapılmıştır.

G.1. Sözleşme'nin İçeriği

- (6) Başvuruya konu Sözleşme'nin,
- 2.1.a maddesinde; bayinin Türkiye içinde münhasır olmayacak şekilde atandığı, J&J MEDİKAL'in başka münhasır olmayan bayileri atama hakkının saklı olduğu, bayilerin Türkiye dışına doğrudan veya dolaylı satış yapamayacağı,
 - 2.1.b maddesinde; bayinin ürünleri satacağı kişilerden bunların ilgili ürünleri Türkiye dışına satmayacağı hususunda yazılı taahhüt alacağı, bayinin ihracat yasağı yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda J&J MEDİKAL'in Sözleşme'yi feshedebileceği veya cezai şart talep edebileceği,
 - 2.1.c maddesinde; bayinin, Sözleşme'nin A1 eki ile belirlenen ve J&J MEDİKAL'in kendisine ya da başka bir dağıtıcıya veya bayiye münhasıran tahsis ettiği müşteri grubuna aktif satış yapamayacağı,
 - 2.1.d maddesinde; Sözleşme'nin A2 ekinde belirtilen bölge ve/veya hastaneler hakkındaki deneyimi, iletişimi ve bilgisi dahilinde, bayinin faaliyetlerini yine aynı ekte belirlenmiş olan odak alana yoğunlaştıracığı, ancak bu alanın bayiye münhasır olarak tahsis edilmediği ve bu alana J&J MEDİKAL'in ve/veya başka bir bayinin satış yapabileceği, bayinin de Türkiye içinde herhangi bir bölgeye veya hastaneye satış yapmakta serbest olacağı,
 - 2.6. maddesinde; J&J MEDİKAL önceden yazılı onay vermedikçe bayinin, bayinin hissedarlarının, bayi ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olan herhangi bir şirketin ve/veya bağlı şirketin hissedarlarının, ürünler ile rekabet eden, ürünlerin yerine geçebilecek, onları ikame edebilecek veya diğer bir surette ürünlerin satışını olumsuz etkileyebilecek ürünler de dahil olmak üzere, rakip hiçbir ürünün üretiminde, satışında, dağıtımında ve/veya pazarlanmasında herhangi bir menfaat sahibi olmayacağı ve/veya doğrudan veya dolaylı olarak faaliyette bulunmayacağı, rekabet etmeme yükümlülüğünün Sözleşme'nin yürürlükte olması koşuluyla beş yıl geçerli olacağı,
 - 4.5. maddesinde; bayinin, ürünleri J&J MEDİKAL tarafından bildirilecek azami satış fiyatlarından daha yüksek bir fiyatla satmayacağı
- düzenlenmiştir.

G.2. 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi'ne Göre Değerlendirme

- (7) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, "*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri*" yasaklanmaktadır.
- (8) Sözleşme'nin 2.1.a ve 2.1.b maddesi ile bayiye yurt dışına satış yasağı getirilmektedir. Beşeri ilaç piyasasını konu alan Rekabet Kurulu (Kurul) kararlarında, alıcıya getirilen benzer kısıtlamalar 4054 sayılı Kanun kapsamında kabul edilmemiştir. Söz konusu kısıtlamaların Türkiye piyasasını hedeflememesi, dolayısıyla ülke sınırları dahilinde etki doğurmayacak olması bu yaklaşımın gerekçesini oluşturmaktadır. Bu çerçevede, başvuru konusu Sözleşme'nin ilgili hükümlerinin de 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olmadığı değerlendirilmiştir.
- (9) Bildirim konusu anlaşmanın başlığı "Münhasır Olmayan Bayilik Sözleşmesi"dir. Yukarıda da belirtildiği gibi, Sözleşme'nin 2.1.d maddesinde, bayinin faaliyetlerini yoğunlaştırması beklenen ve Sözleşme'nin A2 ekinde belirlenen bir odak alanın söz konusu olacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin devamında ise, odak alanın münhasır bir bölge anlamına gelmediği, J&J MEDİKAL'in veya başka bir bayinin bu alana satış yapabileceği, bayinin de Türkiye içinde herhangi bir bölge veya hastaneye satış yapmakta serbest olduğu belirtilmiştir. Başvuruda yapılan ilgili açıklamalar da, Sözleşme ile münhasırlık getirilmeyeceği yönündedir.
- (10) Diğer yandan, aynı Sözleşme'nin 2.1.c maddesinde, J&J MEDİKAL'in kendisine ya da başka bir dağıtıcıya veya bayiye münhasıran tahsis edeceği müşteri grubundan bahisle, bayinin bu gruba aktif satış yapamayacağı öngörülmüştür. Bu noktada, başta 2.1.d maddesi olmak üzere Sözleşme'nin muhtelif kısımlarındaki münhasırlık öngörülmediği yönündeki ifadeler karşısında, 2.1.c maddesi hükmünün belirsizlik yarattığı kanaati oluşmuştur. Ancak Sözleşme'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olup olmadığı tartışması bakımından, diğer hükümler ile alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü ve aktif satış yasağı gibi kısıtlamalar getirilmiş olması belirleyicidir. Buna göre, Sözleşme'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yer aldığı sonucuna ulaşılmıştır.

G.3. 2002/2 Sayılı Tebliğ'e Göre Değerlendirme

- (11) 2002 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "*Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının anlaşma konusu malları sağladığı pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması halinde*" uygulanabilmektedir. J&J MEDİKAL'in açık cerrahi ürünlerinde akışkan kanama durdurucular, kapalı cerrahi ürünlerinde ise ultrasonik diseksiyon makasları/ultrasonik uçlar ve endoskopik klip atıcılardaki pazar paylarının Tebliğ'in 2. maddesinde belirtilen %40'lık eşiği aştığı görülmüştür. Bu noktada, Sözleşme'nin diğer ürünler bakımından 2002/2 sayılı Tebliğ karşısında değerlendirilmesi gerekmiştir.

- (12) 2.1.c maddesinin içeriği nedeniyle, Sözleşme ile münhasırlık tesis edilip edilmediği tartışmalı olup, J&J MEDİKAL'in kendisine ya da başka bir dağıtıcıya veya bayiye münhasıran tahsis ettiği müşteri grubuna aktif satışların ne şekilde değerlendirileceği sorusu gündeme gelmiştir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4(b) maddesinde, dikey anlaşmaların Tebliğ ile tanınan muafiyetten faydalanabilmesine engel teşkil etmeyen sınırlamalar sıralanmıştır. Bunun altında ilk olarak, alıcının kendisine veya başka bir dağıtıcıya münhasıran tahsis ettiği bir bölgeye veya müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması sayılmıştır. Dolayısıyla incelenen Sözleşme'nin 2.1.c maddesi ile münhasırlık tesis edildiği kabul edilse dahi, bayiye getirilen aktif satış yasağının 2002/2 sayılı Tebliğ'in ilgili hükmü ile uyumlu olduğu kanaati oluşmuştur.
- (13) Sözleşme'nin 4.5. maddesinde, J&J MEDİKAL'in ilgili ürünlerin azami yeniden satış fiyatlarını belirleyebileceği düzenlenmiştir. Madde hükmünde, fiyat tespitine yönelik bunun ötesinde herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4(a) maddesinde, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesinin mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, Sözleşme'nin 4.5. maddesi hükmünün de, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilen bir kısıtlama olduğu anlaşılmıştır.
- (14) Sözleşme'nin 2.6. maddesi ile bayiye, bayinin hissedarlarına, bayi ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olan şirketlere ve/veya bağlı şirketin hissedarlarına rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiştir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3(d) maddesinde rekabet yasağı, "*Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülüktür.*" şeklinde tanımlanmıştır. Tebliğ'in 5. maddesinde, grup muafiyetinin alıcıya getirilen hangi tür rekabet etmeme yükümlülüklerine uygulanmayacağı sayılmıştır. Tebliğ'in 3(b)2. maddesine göre ise, "*Alıcı, bir teşebbüs hesabına mal veya hizmetleri satan teşebbüsler de dahil olmak üzere, anlaşmaya taraf olan ve sağlayıcıdan mal veya hizmetleri satın alan teşebbüs*" ifade etmektedir.
- (15) 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3. ve 5. maddeleri dikkate alındığında, başvuru konusu Sözleşme bakımından alıcı konumunda olanın bayi olduğu açıktır. Buna karşın, Sözleşme'de bayi ile kontrol ilişkisi içinde olmayabilecek tüzel ve gerçek kişileri de bağlayıcı bir düzenlemeye gidilmiştir. Sözleşme'nin 2.6. maddesinde düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğünün bu haliyle 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilemeyeceği anlaşılmıştır. Nitekim 13.10.2016, 16-33/569-247 ve 16.11.2016, 16-39/642-288 tarih ve sayılı Kurul kararlarında da, benzer içerikli düzenlemelerin Tebliğ hükümleri ile uyumlu olmadığı tespit edilmiş ve ilgili anlaşmalar bireysel muafiyet incelemesine tabi tutulmuştur.
- (16) Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un 33. paragrafında, "*... Alıcıya bu maddede izin verilen sınırları aşan rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi durumunda, bu yükümlülüğü içeren sözleşme hükümleri sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılabilir ise, bu hükümler grup muafiyetinden yararlanamaz; sözleşmenin kalan maddeleri grup muafiyetinden yararlanabilir. Şayet rekabet etmeme yükümlülüğünü içeren sözleşme hükümleri sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılamıyor ise sözleşmenin tamamı grup muafiyetinden yararlanamaz.*" açıklamasına yer verilmiştir. Bu açıklama karşısında, rekabet etmeme yükümlülüğünü düzenleyen 2.6. maddenin Sözleşme'nin diğer hükümlerden ayrılabilir nitelikte olup olmadığı önem arz etmektedir.

- (17) Dosya mevcudu bilgi ve belgelerin incelenmesinden, J&J MEDİKAL'in Sözleşme konusu ürünlerinin hastanelere doğrudan veya bayiler aracılığıyla satıldığı, alım süreçlerinin kamu hastanelerinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na (4734 sayılı Kanun) tabi olduğu, özel hastaneler bakımından süreçlerin farklılaşabildiği anlaşılmıştır. Beşeri ilaç sağlayıcıları ile ecza depolarının ihalelere yönelik çalışma koşullarının belirlendiği dikey anlaşmaların incelendiği Kurul kararlarında, rakip ürünlerin tedarikçilerinin aynı depo ile ayrı ayrı münhasır anlaşmalar yapmasının rekabet sorununa yol açtığı vurgulanmıştır. Şöyle ki, bu durumda depo ürünlerden biri için teklif verebilecek, diğer ürün ihale dışında kalacak ve ihalede rekabet ortamı kısıtlanmış olacaktır. Bunun çarpıcı bir örneği 20.08.2014 tarih ve 14-29/588-255 sayılı Kurul kararına konu olmuştur. Söz konusu kararda, tarafların aynı ecza deposuyla olan ilişkileri 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunmuş ve taraflara idari para cezası uygulanmıştır. Bu çerçevede, ihalelere yönelik anlaşmalarda rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunması, sözü edilen endişeyi ortadan kaldırmaktadır.
- (18) Yukarıda özetlenen tespitler işbu başvuruyu da ilgilendirmektedir. Zira kamu hastaneleri Sözleşme konusu ürünleri 4734 sayılı Kanun'da belirlenen ihale usullerine göre temin etmektedir. Rekabet yasağının kaldırılması halinde, açıklanan rekabet sorunu gündeme gelebilecektir. Bu nedenle, ilgili hükmün Sözleşme'nin diğer maddelerinden ayrılabilir nitelikte olmadığı, Sözleşme'nin bütünüyle grup muafiyetinden faydalanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu durumda, %40'lık eşiğin aşılmadığı ürün grupları da dahil olmak üzere tüm ürünler bakımından, Sözleşme'nin bireysel muafiyet koşullarını karşılayıp karşılamadığı incelenmiştir.

G.4. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

- (19) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, Kanun'un 5. maddesindeki koşulların varlığı halinde 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. Kanun'un 5. maddesinde muafiyetin koşulları şu şekilde sayılmıştır:
- a. *“(a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*
b. *(b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,*
c. *(c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,*
d. *(d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan daha fazla sınırlanmaması.”*
- (20) Başvuru konusu Sözleşme, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan bu koşulların her biri için ayrı ayrı incelenmiştir.

G.4.1. Malların Üretim veya Dağıtımı ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

- (21) Muafiyet değerlendirmesinde üretim veya dağıtımda iyileşme ile ekonomik ve teknik gelişme gibi yararlı etkilerden sadece tarafların faydalanması değil, bu faydaların piyasaya somut katkıda bulunması da dikkate alınmaktadır. Üretim veya dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, mal arzının devamlılığının sağlanması, piyasalara yeni girişlerin kolaylaştırılması, kalitenin artırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin geliştirilmesi gibi hallerde belirtilen somut fayda ortaya çıkmaktadır.

- (22) Sözleşme’de; bayinin J&J MEDİKAL ürünleriyle ilgili etkinliklerini diğer işlerinden ayırması ve bu doğrultuda gerekli yatırımlarda bulunması, stok planlaması yapması, ayrıca ihale, stok, müşteri ve ürün şikayeti vb konularda raporlar sunması gibi yükümlülükler öngörülmüştür. Sözleşme’de ürün tedarikinin ve dağıtımının etkin yürütülmesine yönelik yükümlülüklere uyulmaması durumunda birtakım yaptırımlar da getirilmiştir. Sözleşme’nin söz konusu hükümleri ilgili ürünlerin dağıtımında iyileşme sağlayabilecek niteliktedir.
- (23) Diğer yandan, başvuruda, Sözleşme’de düzenlenen ihracat yasağının temel gerekçesi olarak, birçok sağlık ürününde dünya pazarları ile kıyaslandığında ülkemizde daha düşük fiyatların söz konusu olduğu, yurtdışına satış yasağı koyulmaması halinde bu ürünlerin ülkemizden, fiyatların görece yüksek olduğu ülkelere doğru ihraç edilebileceği ifade edilmiştir. Söz konusu ürünlerin Türkiye pazarında satışa sunulmadan yurtdışına satışının gerçekleşmesi, ülkemizde arzın azalmasına sebep olabilecektir.
- (24) 23.06.2016 tarihli ve 16-21/363-169 sayılı Kurul kararında, beşeri ilaç piyasasında yapılan bir dikey anlaşmadaki benzer hüküm ele alınmıştır. İhracat yasağı içeren sözleşme 4054 sayılı Kanun’a aykırı bulunmazken, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (TİTCK) tarafından çıkarılan 20.11.2014 tarih ve 2014/11 sayılı İlaçların Piyasada Bulunabilirliği Hakkındaki Genelge (Genelge)’ye gönderme yapılmıştır. Genelge’de; ülkede üretilen ve ithaline izin verilen beşeri tıbbi ürünlerin piyasaya arzından sonra başka ülkelere ihracatının ürünün piyasada bulunabilirliğine engel olduğu, dolayısıyla hastalara ilaç temininde büyük sıkıntılar yaşandığı ve kamu sağlığının ciddi anlamda tehlikeye sokulduğu, bu nedenle ithalatına izin verilen beşeri tıbbi ürünlerin piyasada bulunabilirliğini sağlamak amacıyla kamu sağlığı ve hizmet gerekleri gözetilerek söz konusu ithal ürünlerin ülke dışına çıkarılmak suretiyle başka ülke piyasalarına yönlendirilmesi uygun bulunmadığından sistem üzerinde her türlü tedbir alınacağı ifade edilmiştir.
- (25) Açıklanan nedenlerle, Sözleşme konusu ürünlerin dağıtımında iyileşmenin sağlanacağı ve Sözleşme bakımından 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan koşulun karşılandığı anlaşılmıştır.

G.4.2. Tüketicinin Yarar Sağlaması

- (26) Yukarıda, başvuru konusu Sözleşme sayesinde ilgili ürünlerin dağıtımında iyileşme sağlanacağı ifade edilmiştir. Mal arzının sürekliliğinin sağlanmasına yönelik düzenlemeler aynı zamanda hastanelerin gereksinimlerinin daha etkili bir şekilde temin edilmesine hizmet edecektir. Böylece yatan hasta tedavilerinin aksamadan ve daha hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesine olanak tanınmış olacaktır. Bu çerçevede, gerek hastalar gerekse sağlık harcamalarının önemli bir kısmını karşılayan devlet cephesinde, Sözleşme konusu ürünlerin dağıtımında meydana gelecek iyileşmenin olumlu yansımalarının olması beklenmelidir. Sonuç olarak, Sözleşme bakımından bireysel muafiyet koşullarından ikincisinin de karşılandığı kanaatine varılmıştır.

G.4.3. İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

- (27) Muafiyet koşullarının üçüncüsü, anlaşmanın pazarın önemli bir kısmında rekabetin sınırlandırılmasına yol açmamasıdır. Öncelikle açık ve kapalı cerrahi başlıkları altında bulunan ürün gruplarının çoğunda J&J MEDİKAL'in pazar payının yüksek olmadığı ve bazı rakiplerinin ciddi ağırlığa sahip olduğu belirtilmelidir. J&J MEDİKAL'in görece yüksek paya sahip olduğu ürün gruplarında ise, yine rakip ürünler mevcuttur. Bu noktada, söz konusu ürün gruplarında Sözleşme'nin kapama etkisi yaratıp yaratmayacağı akla gelebilecektir. Bir yandan rakip ürünlerin varlığı diğer yandan da ilgili pazarda faaliyet gösteren dağıtıcı/depo sayısının fazlalığı dikkate alındığında, belirtilen endişenin mevcut durumda geçerli olmadığı düşünülmektedir. Bu durumda, Sözleşme bakımından üçüncü muafiyet şartının da geçerli olduğu anlaşılmaktadır.

G.4.4. Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

- (28) Muafiyet şartlarının sonuncusunun karşılanabilmesi için; Sözleşme'nin, taraflar arasında kurulan ilişkiden beklenen faydaların sağlanabilmesi bakımından zorunlu olandan daha kısıtlayıcı olmaması gerekmektedir. Bu bakışla, rekabet yasağının kapsamı irdelenmiştir.
- (29) Bir ihalede rakip olabilecek ürünlerin sağlayıcılarının aynı ecza deposu ile ayrı ayrı münhasır anlaşmalar yapmasının, ilgili ihalelerde rekabeti sınırlandıracağı yukarıda açıklanmıştır. İhale satışlarını düzenleyen anlaşmalarda rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunması, belirtilen riski bertaraf etmektedir. Ne var ki, rekabet yasağının kapsamının, dikey anlaşmadan beklenen faydalarla açıklanabilir ve orantılı olması gerekmektedir.
- (30) Sözleşme'nin 2.6. maddesi ile bayiye, bayinin hissedarlarına, bayi ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olan şirketlere ve/veya bağlı şirketin hissedarlarına rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiştir. 16-33/569-247 ve 16-39/642-288 sayılı Kurul kararlarında da benzer bir hüküm incelenmiştir. Buna göre, rekabet yasağı hükmü, alıcının kendisini ve alıcı ile kontrol ilişkisi bulunan kişileri bağladığı ölçüde orantılı sayılabilecektir. Başvuruya konu Sözleşme'nin 2.6. maddesi bu haliyle, bayinin kontrolü üzerinde söz sahibi olmayan kişiler ve şirketler üzerinde de sonuç doğurabilecektir. Dolayısıyla ilgili hükmün, böyle kişi ve şirketleri dışarıda bırakacak şekilde değiştirilmesi gerektiği kanısına varılmıştır.
- (31) Yeniden satışlarda rakip ürünlerle sınırlandırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü makul bulunabilecektir. Oysa 2.6. maddede, rakip ürünlerin yanı sıra "*diğer bir surette ürünlerin satışını olumsuz etkileyebilecek ürünler*" de yükümlülük kapsamına dahil edilmiştir. Hükmün geniş yorumlanmasına ve uygulanmasına yol açabilecek bu ifade, amaçlanan faydaların elde edilmesi için gerekli olandan daha kısıtlayıcı niteliktedir.
- (32) Bu çerçevede, 2.6. maddesinin yukarıda belirtilen sorunları giderecek şekilde değiştirilmesi şartıyla, Sözleşme'ye 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet verilebileceği kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (33) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,
- Johnson & Johnson Medikal Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin bayileri ile imzalayacağı "Münhasır Olmayan Bayilik Sözleşmesi"nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,
 - Sözleşme'nin 2.6. maddesinde düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğünün mevcut halinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında değerlendirilemeyeceği, ilgili düzenlemenin diğer hükümlerden ayrılabilir nitelikte olmaması nedeniyle Sözleşme'nin bütünüyle 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanamadığına,
 - Sözleşme'nin 2.6. maddesindeki rekabet etmeme yükümlülüğünün yalnızca bayiyi ve bunu kontrol eden kişileri bağlaması ve yine yalnızca rakip ürünlerle sınırlı tutulması ("*diğer bir surette ürünlerin satışını olumsuz etkileyebilecek ürünler*") ifadesi çıkarılarak) şartıyla, Sözleşme'ye 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet tanınmasına

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.