

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2014-3-1 (Muafiyet/Menfi Tespit)
Karar Sayısı : 14-19/366-161
Karar Tarihi : 29.05.2014

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,
Fevzi ÖZKAN, Dr. Metin ARSLAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER: Hakan Deniz KARAKOÇ, İbrahim Hilmi KOÇAK

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN

: - Boehringer Ingelheim İlaç Ticaret A.Ş.
Temsilcisi: Av. Begüm OKUMUŞ
Kore Şehitleri Cad. No:17 Zincirlikuyu 34394 İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** **Boehringer Ingelheim İlaç Ticaret A.Ş. ile Ankara Beşer Ecza Deposu İlaç ve Pazarlama A.Ş. arasında imzalanan çerçeve münhasır depo sözleşmesine menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi.**
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 02.01.2014 tarih ve 19 sayılı giren bildirim üzerine düzenlenen 29.05.2014 tarih ve 2014-3-1/MM sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; **Boehringer Ingelheim İlaç Ticaret A.Ş. ile Ankara Beşer Ecza Deposu İlaç ve Pazarlama A.Ş. arasında imzalanan çerçeve münhasır depo sözleşmesinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ)'nin 2. maddesinde belirlenen pazar payı eşliğinin aşılması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayacağı, ancak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun)'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamını karşılamaması nedeniyle anılan Sözleşmeye bireysel muafiyet tanınabileceği sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.**

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Taraflar

G.1.1. Boehringer Ingelheim İlaç Ticaret A.Ş. (Boehringer)

- (4) **Boehringer, dünya çapında beşeri ilaç pazarında araştırma, geliştirme, üretim, pazarlama faaliyetlerinde bulunan Boehringer Ingelheim Auslandsbeteiligungs Gmbh şirketinin Türkiye'deki bağlı şirketi olup, 1994 yılından itibaren Türkiye pazarında beşeri ilaç üretimi, ithalatı ve doğrudan ve/veya üçüncü kişiler vasıtasıyla Türkiye'de pazarlaması, toptan satışı ve dağıtımını işi ile iştigal etmektedir.**

G.1.2. Ankara Beşer Ecza Deposu İlaç ve Pazarlama A.Ş. (Beşer)

- (5) **İhale ecza deposu olarak Türkiye genelinde devlet, üniversite hastaneleri ve özel hastanelerin açtığı ilaç ve serum ihalelerinde faaliyet göstermektedir.**

G.2. İlgili Pazar

G.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (6) **2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde, tanımlanan dikey anlaşmaların Tebliğ kapsamında**

14-19/366-161

olduğu ve 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan muafiyetin ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanacağı ifade edilmektedir.

- (7) 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3(h) maddesinde tek alıcıya sağlama yükümlülüğü, tanımlanmıştır. Bildirim konusu ecza deposuyla imzalanan münhasır depo sözleşmesinde (Sözleşme), sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren Boehringer'in, Sözleşme ekinde belirtilen ürünlerle sınırlı olarak, devlet, üniversite hastaneleri ile kamu kurumları tarafından açılacak ilaç ve/veya tıbbi müstahzarların alımına ilişkin Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenecek ihaleler için tüm Türkiye sınırları içerisinde münhasıran yetkilendirilen ecza deposuna hangi koşullarda satış yapacağı hususları düzenlenmektedir.
- (8) Boehringer'in, bildirim konu ecza deposuyla akdettiği Sözleşme'de belirtilen ürünler bakımından tek alıcıya sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu noktada, Sözleşme'ye konu ürünlere ait pazar paylarına bakılması gerektiği anlaşılmaktadır.
- (9) İlaç alım ihalelerinde çok sayıda ürünün temin edilmesi amaçlanmakta ve bu kapsamda her bir kalemden etkin maddenin yanında form ve doz da belirtilmektedir. Buna bağlı olarak bir ihale kaleminde, farklı etkin maddeli ürünler için ve hatta aynı etkin maddeli olmakla birlikte farklı form ve dozda ürünler için teklif verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla farklı etkin maddeli ürünlerin -hatta farklı form ve dozdaki ilaçların- rakip konumda olmadığı ilaç alımı ihaleleri bakımından ilgili ürün pazarı tanımları, en geniş haliyle etkin madde esasına göre yapılabilecektir.
- (10) Dosya içeriğinden, anılan ecza deposuyla akdedilen Sözleşme'de yer verilen ilaçlardan Actilyse, Metalyse, Spiriva, Pradaxa, Atrovent ve Viramune isimli ilaçların jeneriğinin bulunmadığı görülmektedir. Öte yandan, dosya içeriği verilerden, özellikle asgari jeneriği bulunmayan ürünler bakımından, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında %40'lık pazar payı eşliğinin geçildiği anlaşılmaktadır. Etkin maddeye göre belirlenen ilgili ihale kalemlerinde, jeneriği olmayan Boehringer ürünlerinin rakipsiz olacağı ve bunlara karşı alternatif teklifler verilemeyeceği tespiti karşısında, ilgili pazar tanımının mevcut dosya özelinde kesin olarak yapılmasının gerekmediği kanaatine varılmıştır.

G.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (11) İlgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

G.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

G.3.1. Bildirime Konu Sözleşme

- (12) Sözleşme ile tüm Türkiye sınırları içerisinde ve Sözleşme ekinde belirlenen ürünler bakımından, devlet, üniversite hastaneleri ile kamu kurumları tarafından açılacak ilaç ve/veya tıbbi müstahzarların alımına ilişkin ihaleleri münhasıran takip etmesi, bu ihalelere münhasıran katılması ve Boehringer adına teklif vermesi, ihalelerde aktif faaliyet göstermesi ve ihaleler konusunda Sözleşme kapsamında hizmet vermesi hususunda Beşer, münhasır olarak yetkilendirilmektedir.
- (13) Sözleşme'nin "*Tarafların Yükümlülükleri*" başlıklı 3.2. maddesi uyarınca Beşer'in ihalelerde Sözleşme konusu ilaçlara ilişkin vereceği tekliflerin, Boehringer tarafından her bir ilaç veya ihale için belirlenebilecek tavan fiyatların üzerinde olamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca Sözleşme'nin "*Ödeme*" başlıklı 5.2. maddesinde, kazanılan ihaleler sonucunda Beşer'e ihalede kullanılması amacıyla verilecek ıskontoların ilgili faturaya yansıtılacağına dair hüküm mevcuttur. Sözleşme'nin 3.1. ve 3.3. maddeleri uyarınca Beşer'in, Sözleşme'de yer verilen ilaçlarla ilgili olarak tüm Türkiye genelinde yapılacak tüm ihaleleri

takip etmek, ihalelerde ilaçların satımı için kendi nam ve hesabına iştirak etmek, ihaleye konu ilaçları teslim alma ve ilgili sağlık birimine teslim etme, ilgili ihale sözleşmesine taraf olma akdetme ve Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirme hususunda tamamen kendi adına ve hesabına, riskleri kendisine ait olmak üzere hareket etmekle yükümlü tutulmuştur. Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca yürürlük süresi 1 yıl olarak belirlenmiş olup, tarafların yazılı olarak karşılıklı mutabakatı halinde, süresi sonunda taraflarca yazılı şekilde mutabık kalınan hüküm ve şartlarla yenilenebileceği belirtilmiştir. Bu konuyla ilgili olarak Sözleşme'nin "Gizlilik Taahhüdü ve Rekabet Yasağı" başlıklı 10.2. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğünün Sözleşme'nin yürürlükte olması koşuluyla 5 yıl süreyle geçerli olacağı vurgulanmaktadır.

G.3.2. Menfi Tespit ve Grup Muafiyetine İlişkin Değerlendirme

- (14) Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, Sözleşme'nin süresi ile sınırlı olmak üzere geçerli olan ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken münhasırlığa ilişkin hükümler içeren Sözleşme'ye menfi tespit belgesi verilemeyecektir. Öte yandan, en geniş şekilde etken madde bazında tanımlanabilecek ilgili pazarlarda dahi Boehringer'in bazı ilaçlarının jeneriğinin bulunmaması ve dolayısıyla 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde belirlenen %40 oranını geçmesi nedeniyle, Sözleşme'nin anılan Tebliğ kapsamındaki grup muafiyetinden yararlanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

G.3.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

G.3.3.1. Malların Üretim veya Dağıtımını İle Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmelerin Sağlanması

- (15) Bildirime konu Sözleşme ile Boehringer'in tüm Türkiye genelindeki ihalelere Sözleşme konusu ilaçlar bakımından Beşer vasıtasıyla katılacağı ve Beşer'in kendisine tanınan bölge dahilinde (Türkiye) Sözleşme konusu ilaçlar bazında ihalelere kendi nam ve hesabına katılacağı, ihaleleri takip edeceği ve ilaçları teslim edeceği hükme bağlanmıştır.
- (16) Sözleşme ile belirlenen bölge içerisindeki ihalelerin tek bir depo tarafından takip edilmesi ve açılan bütün ihalelere söz konusu deponun katılması arz devamlılığının sağlanması açısından önemlidir. Bu kapsamda arz devamlılığının sağlanması hususunda kazanılan ihalelerde ilaçların hastanelere ve sağlık kurumlarına planlanan sürelerde ve koşullarda sunumu mümkün olabilecektir. Deponun ihaleyi düzenli ve sürekli takibi sonucunda Boehringer üretim ve stok planlamasını daha sağlıklı bir şekilde yürüterek piyasadaki fiyat artışlarının önüne geçebilme imkanı yakalayabilecektir. Bu vesileyle en büyük ilaç alıcısı konumundaki kamunun ilaç alım maliyetlerinde düşüş sağlanabilecektir.
- (17) Sözleşme'ye konu ilaçlar bakımından hastane ihalelerine katılıma ilişkin getirilen münhasırlık, deponun satış ve dağıtım sürecini optimize etmesini beraberinde getirecektir. Dolayısıyla, Boehringer'in sözleşme konusu ilaçlar bakımından ihalelerde daha etkin şekilde yer alabilmesi, hastanelere ve sağlık kurumlarına ilaçların daha etkin bir şekilde ulaştırılmasını da sağlayabilecektir.
- (18) Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında, Sözleşme ile kurulması planlanan münhasır sistemin, malların üretimi ve dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmelerin sağlanması şartını karşıladığı sonucuna varılmıştır.

G.3.3.2. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması

- (19) Ürün arzında devamlılığının sağlanması, belirli gelişme ve iyileşmelerin meydana getirilmesinin yanında, tüketicilerin bundan yarar sağlanması 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 yönlendirilmesi olasıdır. Buna bağlı olarak da devlet daha yüksek olan eczane satış fiyatına oranla avantajlı fiyatlarla ilaç temin edebilecek ve reçetede yazılı ilaçlar yatan hastalara hastane eczanesinden daha kısa sürelerde ulaştırılabilecektir.

- (20) Ayrıca Sözleşme'nin 5.2. maddesi ve 3.2. maddesinde düzenlenen hükümler uyarınca depo, iskontolar sayesinde daha düşük fiyatla ihalelere teklif verebilecek, tavan fiyat uygulaması ile de ihalelerde daha yüksek bir fiyat teklif etmesi engellenecek ve tüketicilerin daha ucuza ilaçlara erişimi sağlanmış olacaktır.
- (21) Özetle, Sözleşme'ye konu münhasırlık ilişkisinin, nihai tüketici konumundaki hastaların ürünlere daha kolay ve daha ucuza ulaşabilmesini sağlayacak nitelikte olması nedeniyle Kanun'un 5. maddesinin (b) bendinde ifade edilen tüketici faydası koşulunun karşılandığı kanaatine varılmıştır.

G.3.3.3. İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

- (22) Sözleşme'ye konu ilaçlar dikkate alındığında özellikle jeneriği bulunmayan ürünler bakımından marka içi rekabetin sınırlandırılması söylenebilir. Diğer yandan jeneriği bulunan ürünlerde ortaya çıkacak rekabet artışının, muadilsiz ilaçlardaki marka içi rekabetin azalmasından kaynaklanan sınırlandırılmayı telafi etmesi beklenmektedir. Konuyla ilgili geçmiş tarihli Kurul kararlarında; birden çok ilacı kapsayan (muadilli ve muadilsiz ilaçların bir arada bulunduğu paketler) ve depolara münhasır dağıtım yetkisi veren anlaşmalar bakımından muadilli ilaçlardaki rekabet artışının ve arz güvenliğine yönelik kazanımların, muadilsiz ilaçlardaki rekabet kaybını telafi edeceği ileri sürülmüş ve ilgili anlaşmalara bu gerekçeyle izin verilmiştir¹. Dolayısıyla Actilyse, Metalyse, Spiriva, Pradaxa, Atrovent ve Viramune isimli ilaçlardaki marka içi rekabetin azalması, diğer muadilli ilaçlardaki rekabetin artışı ile telafi edilebilecek ve neticede ilgili piyasanın önemli bir bölümündeki rekabet, Sözleşme öncesi döneme göre daha da artacaktır.
- (23) Ayrıca, aynı depoda aynı rakip ürünlerin bulundurulması depolar ile ilaç firmaları arasında rekabeti bozan veya bozmayı amaçlayan üçlü anlaşmaların oluşmasına zemin oluşturabilecek niteliktedir. Sözleşme ile muadilli ilaçlar bakımından bu durum da ortadan kalkmış olacaktır.
- (24) Bu çerçevede, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı, hatta Sözleşme ile oluşturulan çalışma koşullarının rakip ilaçların bulunduğu ürünlerde rekabete katkıda bulunacağı sonucuna ulaşılmıştır

G.3.3.4. Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

- (25) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (d) bendi uyarınca dikey kısıtlamalar içeren anlaşmaların uygulanması sonucunda meydana gelen rekabeti kısıtlayıcı etkiler, anlaşmanın ortaya çıkardığı yararlarla ulaşmak için gerekenden fazla olmamalıdır.
- (26) Bu noktada öncelikle belirtilmesi gereken husus, Sözleşme'ye konu Boehringer ürünleri bazında ihalelere yönelik tek satıcı olarak belirlenen deponun, ihalelerin ilgili kalemlerinde rakip ürünler için teklif vermesinin mümkün olmamasıdır. Ancak geçmiş tarihli Kurul 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

¹ 06.04.2012 tarih ve 12-17/495-138 sayılı, 27.09.2012 tarih ve 12-46/1390-463 sayılı, 22.11.2012 tarih ve 12-59/1570-571 sayılı Kararlar.

14-19/366-161

rekabetin engellenmesine neden olabilmesidir. Kurulun 5.8.2010 tarih ve 10-52/973-342 sayılı Astra/Zeneca 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 olmaması, diğer bir deyişle eşdeğer ilaçların tümünde tek bir deponun yetkili kılınması durumunda ise rekabet bütünüyle ortadan kaldırılmış olacaktır. Dolayısıyla bildirme konu Sözleşme kapsamında sağlayıcı ve depo bakımından karşılıklı olarak getirilen münhasırlık sonucunda rekabetin engellenmesi söz konusu olmayacaktır.

- (27) Öte yandan, Sözleşmeler'in süresi (15.1. madde) ve rekabet etmeme (10.2. madde) yükümlülüğünün makul olduğu kanaatine varılmıştır.
- (28) Bu çerçevede, incelenen Sözleşme'nin, bireysel muafiyet koşullarının ilk üçünün yanı sıra rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması koşulu da karşılanmaktadır.

H. SONUÇ

- (29) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;
- 1- Boehringer Ingelheim İlaç Ticaret A.Ş. ile Ankara Beşer Ecza Deposu İlaç ve Pazarlama A.Ş. arasında imzalanan çerçeve münhasır depo sözleşmesinin 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"nin 2. maddesinde belirlenen pazar payı eşliğinin aşılması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayacağına,
 - 2- Bununla birlikte söz konusu sözleşmeye, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.