

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

**REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2007-1-96 (Muafiyet)  
Karar Sayısı : 07-85/1050-409  
Karar Tarihi : 8.11.2007

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

10

**Başkan** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI  
**Üyeler** : M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN  
Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE

**B. RAPORTÖRLER:** Salim AYDEMİR, M. Selim ÜNAL

**C. BİLDİRİMDE**

20

**BULUNAN** : - Johnson&Johnson Sıhhi Malzeme San. ve Tic. Ltd. Şti.  
Temsilcisi: Av. Zeynep Efser ÖZEREN  
Levent Cad. Sümbül Sok. No:53 Levent-İstanbul

**D. TARAFLAR**

: - Johnson&Johnson Sıhhi Malzeme San. ve Tic. Ltd. Şti.  
Ertürk Sok. Keçeli Plaza No:13 Kavacık Beykoz-İstanbul  
- Öz-Sel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş.  
Yukarı Dudullu Mah. Bayraktar Cad. Söyleşi Sok.  
No:6 Ümraniye-İstanbul

30

**E. DOSYA KONUSU:** Johnson&Johnson Sıhhi Malzeme San. ve Tic. Ltd. Şti. ile Öz-Sel Ecza Depoları Tic. Ve Paz. A.Ş. arasında imzalanan Hastane Satış Sözleşmesi'ne muafiyet tanınması talebi.

40

**F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 8.8.2007 tarih ve 5335 sayı ile giren ve eksiklikleri en son 4.10.2007 tarih, 6548 sayılı yazı ile tamamlanan başvuru üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4, 5 ve 8. maddeleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 2.11.2007 tarih, 2007-1-96/MM-07-SA sayılı Menfi Tespit Raporu, 2.11.2007 tarih ve REK.0.05.00.00-130/195 sayılı Başkanlık önergesi ile 07-85 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır..

**G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; Johnson&Johnson Sıhhi Malzeme San. ve Tic. Ltd. Şti. (Johnson&Johnson) ile Öz-Sel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. (Öz-Sel) arasında imzalanan Hastane Satış Sözleşmesi'ne ilişkin olarak;

- Sözleşme'nin 2. maddesinde; satıcıya, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü getirilmesi ve 3.2.5. maddesinde alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi nedeniyle Sözleşme'ye menfi tespit belgesi verilemeyeceği;
- Bununla birlikte, Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında muafiyetten yararlandığı

ifade edilmektedir.

## H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

### 50 H.1. Taraflar

Johnson&Johnson Türkiye’de beşeri ilaç, medikal, sıhhi ve kozmetik ürünler gibi tüketim malzemeleri alanında etkinlikte bulunmaktadır. Johnson&Johnson beşeri ilaç pazarının sağlayıcı seviyesinde faaliyet göstermekte, Öz-Sel ise pazarın toptancı seviyesinde ecza deposu olarak yer almaktadır.

### H.2. Bildirim Konusu İşlemin Niteliği

60 Bildirim, Johnson&Johnson ve Öz-Sel arasında 27.7.2007 tarihinde imzalanan Hastane Satış Sözleşmesi (Sözleşme)’ne ilişkindir. Sözleşme’nin 2. maddesine göre Sözleşme’nin konusunu, Johnson&Johnson’ın Fentanyl 10 ml ampul ve Fentanyl 2 ml ampul isimli ürünlerinin, devlet ve üniversite hastanelerinin Kamu İhale Kanunu hükümleri uyarınca açacağı ihaleler veya doğrudan teminler yoluyla alımı, özel hastanelerin ise her türlü alımı için Türkiye’de münhasıran Öz-Sel’e satışı oluşturmaktadır.

70 Sözleşme’nin 3.2.5. maddesine göre ise Öz-Sel, sözleşme konusunu oluşturan Fentanyl etken maddeli ilaçlara ilişkin olarak devlet ve üniversite hastaneleri ile özel hastanelerin açacağı ihalelere ve yapacağı alımlara, Johnson&Johnson’a ait ürünlerin rakibi olan başka ürünler için katılamayacaktır.

Özetle; Sözleşme uyarınca, Johnson&Johnson sözleşme konusu ürünleri sadece Öz-Sel’e satacak, Öz-Sel de bu ürünlere ilişkin olarak devlet ve üniversite hastaneleri ile özel hastanelerin açacağı ihalelere ve yapacağı alımlara sadece Johnson&Johnson ürünleri için katılacaktır.

80 Sözleşme’nin 4.4. maddesine göre; grup ihaleleri için Johnson&Johnson diğer depolara satış yapabilecek, hastanelerin Kamu İhale Kanunu kapsamında acil alımlarını doğrudan Johnson&Johnson’dan yapmak istemesi halinde doğrudan satış yapabilecek ve son olarak Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan toplu alım ihaleleri söz konusu olduğunda ise ihaleye katılabilecektir.

### H.3. İlgili Pazar

#### H.3.1. İlgili Ürün Pazarı

Sözleşme, Johnson&Johnson Fentanyl 10 ml ampul ve Fentanyl 2 ml ampul isimli ilaçlarına ilişkindir. Bildirim formunda bu ilaçların eczanelerde satılmadığı, sadece ihaleler veya doğrudan alımlar yoluyla hastanelere satılabildiği ifade edilmektedir.

90 Bilindiği üzere, ilaçlar, ATC sınıflandırmasına göre gruplara ayrılmaktadır. Sınıflamanın birinci basamağı (ATC-1) en genel, dördüncü basamağı (ATC-4) ise en ayrıntılı olanıdır. Rekabet hukuku uygulamalarında genellikle, ilaçları tedavi endikasyonlarına yani kullanım amaçlarına göre sınıflayan ATC-3 sınıflaması, ilgili ürün pazarı tanımlanmasında referans kabul edilmektedir. Nitekim bildirim formunda da sözleşme konusu ürünlerin ATC-3 sınıflandırmasına göre “NO1A Genel Anestetikler” başlığı altında yer aldığı, daha da dar bir sınıflandırmanın Genel Anestetikler grubunun içinde yer alan “Narkotik Anestetikler” olabileceği, bu sınıflarda yer alan herhangi bir ilacın bulunmaması durumunda NO1A grubundaki diğer

100 ilaçlardan herhangi birinin kullanılabilmesi, ilgili ürün pazarının bu iki gruptan birisi olarak belirlenebileceği ifade edilmektedir.

Belirtilmelidir ki; rekabet hukuku uygulamalarında, genellikle, ilaçları tedavi endikasyonlarına yani kullanım amaçlarına göre sınıflayan ATC-3 sınıflaması, ilgili ürün pazarı tanımlanmasında referans kabul edilmekle birlikte, bu sınıflama bağlayıcı olmayıp ilgili dosya bağlamında daha dar veya daha geniş pazar tanımlamaları yapmak mümkündür. Örneğin, hem farklı hem aynı etken maddeli ilaçların aynı ATC-3 sınıfında yer alabildiği ve zaman zaman rekabetin dar anlamda yalnızca aynı etken maddeli ilaçlar arasında ortaya çıkabildiği gerçeği karşısında, etken maddeyi referans alan pazar tanımlamaları da yapmak mümkün olmaktadır.

110 Mevcut dosya bakımından, Sözleşme konusu ürünlere ilişkin olarak rekabetin dar anlamda etken madde üzerinden gerçekleştiği görülmektedir. Taraf vekilinin Kurum kayıtlarına 27.8.2007 tarih, 5690 sayı ile giren yazısında, bildirim konusu ürünlere ilişkin olarak ihalelere "Fentanyl" etken maddesi ismiyle çıktığı, Sözleşme'nin 3.2.5. maddesinde Öz-Sel'e getirilen devlet ve üniversite hastaneleri ile özel hastanelerin açacağı ihalelere ve yapacağı alımlara rakip ürünlerle katılmama koşulunda yer alan "rakip ürünler" ifadesinden kastın "Fentanyl" etken maddeli ürünler olduğu belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle, "Fentanyl" etken maddeli ilaçlar, dosya özelinde tüketici konumunda bulunan hastaneler bakımından sözleşme konusu ürünlerin ikamesi, sözleşme tarafları bakımından ise sözleşme konusu ürünün rakibi olarak telakki edilmektedir. Bu açıklamalar ışığında ilgili ürün pazarının "*Fentanyl etken maddeli beşeri ilaçlar pazarı*" olarak tanımlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

### H.3.2. İlgili Coğrafi Pazar

Başvuru konusu işlemin Türkiye pazarı ile ilgili olması ve dosya konusu olayda Türkiye içerisinde bölgesel pazar tanımı yapılmasını gerektirecek bir durumun söz konusu olmaması tespitlerinden hareketle, ilgili coğrafi pazarın "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları*" olarak belirlenmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

### H.4. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

#### H.4.1. Menfi Tespit Değerlendirmesi

Bildirime konu Sözleşme'nin 2. maddesinde Johnson&Johnson'a, Türkiye içerisinde söz konusu ürünleri yalnızca Öz-Sel'e sağlama yükümlülüğü getirilmesi ve 3.2.5. maddesinde Öz-Sel'e rekabet yasağı getirilmesi nedeniyle Sözleşme'ye menfi tespit belgesi verilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

#### H.4.2. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Açısından Yapılan Değerlendirme

140 Bir anlaşmanın 2002/2 sayılı Tebliğ'in sağladığı muafiyetten yararlanabilmesi için, anlaşmanın taraflarının ilgili pazardaki payları belirleyici bir rol oynamaktadır. 2002/2 Grup Muafiyeti Tebliği'nin, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2. maddesine göre kural olarak; "[...]Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşması durumunda" uygulanmaktadır. Ancak, maddenin son bendinde; "*Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda muafiyet, alıcının anlaşma konusu malları veya hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması koşulu ile uygulanır*" denilmek

150 suretiyle, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalar bakımından alıcının pazar payının esas olacağı vazedilmektedir.

Değerlendirmeye konu Sözleşme'nin 2. maddesinde; Johnson&Johnson'un, sözleşme konusu ürünleri, Türkiye sınırları içerisinde münhasıran Öz-Sel'e satacağı hükmü yer almakta olup, söz konusu düzenleme, Tebliğ'in 3. maddesi anlamında, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü niteliğindedir. Öte yandan Sözleşme'nin 3.2.5. maddesinde; alıcı Öz-Sel için de rekabet yasağı getirilmiştir. Ayrıca, Sözleşme'nin, Değişiklik Protokolü ile değişik 5.1. maddesi gereğince Sözleşme, 5. yılın sonunda başka bir bildirim gereksizdir. Görüldüğü üzere  
160 satıcı için tek alıcıya sağlama yükümlülüğü, alıcı için ise rekabet yasağı düzenlenmekte olup, Sözleşme ile her iki taraf bakımından da kısıtlama getirilmektedir. Bu durum Tebliğ'in pazar payı eşiği uygulaması bakımından yenilik arzettiği için, böyle bir durumda hangi teşebbüsün (ya da teşebbüslerin) pazar payının esas alınması gerektiği ayrıca değerlendirilecektir.

Tebliğ'in yukarıda yer verilen 2. maddesinin son bendinde; *"Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda muafiyet, alıcının anlaşma konusu malları veya hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması koşulu ile uygulanır."* denilmekte olup, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren anlaşmaların, başkaca rekabeti sınırlayıcı düzenlemeler içerip içermediğine yönelik herhangi bir atıf bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren bir anlaşma, bunun dışında rekabeti kısıtlayıcı hükümler içerip içermediğine bakılmaksızın, söz konusu bend kapsamında değerlendirilecek ve Tebliğ'in uygulanması bakımından, *alıcının* pazar payı esas alınacaktır. Yine, düzenlemenin lafzından, alıcının pazar payının esas alınması gerektiğini düzenleyen son bendin, ek koşul ya da birikimli koşul niteliğinde olmayıp, bir alternatif koşul ya da istisna hükmü niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Zira düzenlemenin bir birikimli koşul niteliğinde olduğunu öne sürmek için ilgili düzenlemede, herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak şekilde bu durumun açıkça belirtilmesi gerekirdi. Halbuki mevcut düzenlemede ne bu yönde  
170 bir ifade yer almakta, ne de düzenlemenin bu şekilde anlaşılmasını gerektirebilecek herhangi bir ima bulunmaktadır. Dolayısıyla, maddenin son iki bendindeki koşullar, birikimli değil alternatif koşul niteliğindedir ve bu doğrultuda değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu durumda, maddenin son bendi kendi içinde bir bütündür ve tek alıcıya sağlama yükümlülüğü olan anlaşmalar bakımından sadece bu bendin uygulanması gerekmektedir<sup>1</sup>.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında, herhangi bir dikey anlaşmada, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü bulunması halinde, söz konusu anlaşmanın içeriğinde başkaca kısıtlamaların bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, söz konusu anlaşma,  
180 Tebliğ'in 2. maddesinin son bendi kapsamında değerlendirilecek ve alıcının dikey anlaşma konusu mal ya da hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payı esas alınmak suretiyle bir değerlendirme yapılacaktır.

<sup>1</sup> Bu noktada konuya ilişkin mevzuat olan 2790/99 sayılı Komisyon Tüzüğü (Regulation 2790/99 OJ[1999] L 336/21) ve buna ilişkin Rehber (Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, 2000/C, 291/01)'deki düzenlemenin de bu doğrultuda olduğu ifade edilmelidir. Zira, ilgili Tüzük'ün 3. maddesinde; münhasır arz yükümlülüğü (ki bu yükümlülük aynı Tüzük'ün 1. maddesinde, bizdeki tek alıcıya sağlama yükümlülüğü ile aynı anlama gelecek şekilde tanımlanmıştır) içeren dikey anlaşmalar bakımından alıcının pazar payının esas alınacağı düzenlenmiş ve Rehber'in bu hususa ilişkin açıklamasında ise, bu durumda **sadece** alıcının pazar payının esas alınacağı hususu açıklığa kavuşturulmuştur.

200 Bu çerçevede, değerlendirmeye konu ve tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren Sözleşme'nin Tebliğ ile sağlanan muafiyetten yararlanıp yararlanmadığının tesbiti bakımından, alıcı konumundaki Öz-Sel'in, Fentanyl etken maddeli beşeri ilaç alım pazarındaki pazar payı esas alınacaktır. Söz konusu pazarın büyüklüğüne ilişkin kesin bir veri bulunmamakla birlikte, dosya mevcudu bilgiler ile ilgili taraflardan sağlanan bilgiler ışığında, en aleyhte bir değerlendirme yapılması halinde dahi, Öz-Sel'in söz konusu pazardaki payının, 2006 yılı itibarıyla, %30'ları aşmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, bildirim konusu Sözleşme'de alıcı konumunda bulunan Öz-Sel'in ilgili pazardaki payının Tebliğ'de getirilen %40 eşiğinin altında kalması ve de Sözleşme'de, Sözleşme'yi Tebliğ'in kapsamı dışına çıkaracak herhangi bir hüküm yer almaması sebebiyle Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan muafiyetten yararlandığı sonucuna ulaşılmıştır.

## **I. SONUÇ**

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- 210 1- "Hastane Satış Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilemeyeceğine,  
2- "Hastane Satış Sözleşmesi"nin 2002/2 sayılı Tebliğ ile düzenlenen grup muafiyetinden yararlandığına  
OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.