

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2017-3-66 (Muafiyet)
Karar Sayısı : 18-09/160-80
Karar Tarihi : 29.03.2018

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER : Cumhur Atalay HATİPOĞLU, Pelin TEBER

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : - Bayer Türk Kimya Sanayii Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Sibel YILMAZ ATİK
Mecidiyeköy Mah. Büyükdere Cad. Alba İş Merkezi No: 67-71
Kat:7 34387 Şişli/İSTANBUL

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Bayer Türk Kimya Sanayii Ltd. Şti. ile Medifar Ecza Deposu İlaç Tic. A.Ş. arasında akdedilen "İhale Satış Sözleşmesi"ne muafiyet tanınması talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 05.10.2017 tarih ve 7076 sayı ile intikal eden bildirim üzerine düzenlenen 23.03.2018 tarih ve 2017-3-66/MM sayılı Muafiyet/Menfi Tespit Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;
- Bayer Türk Kimya Sanayii Ltd. Şti. (BAYER) ile Medifar Ecza Deposu İlaç Tic. A.Ş. (MEDİFAR) arasında akdedilen "İhale Satış Sözleşmesi"nin (Sözleşme) rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermesi nedeniyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesi kapsamında olduğu ve bu nedenle aynı Kanun'un 8. maddesi uyarınca mezkûr sözleşmeye menfi tespit belgesi verilemeyeceği,
 - Sözleşme'ye konu ürünlerden pazar payı %40'ın altında kalanlar bakımından 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"nin (2002/2 sayılı Tebliğ) 2. maddesi çerçevesinde grup muafiyetine hükmedilebileceği,
 - Pazar payı %40'ın üzerinde olan ürünler açısından ise 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamının karşılandığından hareketle bireysel muafiyet tanınabileceği

sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Taraflar

G.1.1. BAYER

- (4) BAYER, Bayer AG'nin tek kontrolünde yer almakta olup, Türkiye'de 60 yıldan fazla bir süredir ilaç, tıbbi medikal ürünleri, gıda takviyesi, kozmetik, bitki sağlığı ve tohum ürünleri alanında üretim ve satış faaliyetinde bulunmaktadır.

G.1.2. MEDİFAR

- (5) 1991 yılında kurulan MEDİFAR, devlet ve üniversite hastaneleri ile askeri ve özel hastanelerin ve sağlıkla ilgili kamu veya özel diğer sektör birimlerinin ilaç ve serum ihtiyaçlarını ihale yolu ile karşılayan bir ecza deposu olarak faaliyet göstermektedir.

G.2. İlgili Pazar

- (6) Bildirime konu Sözleşme uyarınca esas itibarıyla, BAYER'e ait olan bazı ilaçların dağıtımının MEDİFAR aracılığıyla yapılması planlanmaktadır. 27.09.2017 tarihinde akdedilen Sözleşme'ye göre MEDİFAR, ilgili ürünler bakımından, tüm Türkiye sınırları içerisinde bulunan devlet ve üniversite hastaneleri için düzenlenecek ihale ve doğrudan temin kapsamındaki satın alımlara münhasıran katılması için yetkilendirilmektedir. Mevcut dosya bakımından belirlenecek ilgili ürün pazar(lar)ının, taraf teşebbüslerin akdettikleri Sözleşme'nin etki edeceği pazar(lar) olduğu hususu ışığında, Sözleşme'de yer verilen ürünler dikkate alınarak ilgili ürün pazarlarının tanımlanması gerekmektedir.

G.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (7) BAYER ile MEDİFAR arasında akdedilen Sözleşme, BAYER tarafından üretilen Avelox, Ciproxin, İlomedin, Mesigyna, Mesigynon, Mirena, Nimotop, Primovist, Proluton, Ventavis, Kogenate, Eylea ve Xarelto isimli toplamda on üç ilacın, Türkiye'deki devlet ve üniversite hastanelerinin yapacağı alımlarda, MEDİFAR tarafından dağıtılmasını düzenlemektedir.¹
- (8) Avrupa Komisyonu (Komisyon), beşeri ilaç sektörüyle ilgili kararlarında ürün pazarı tanımı yaparken, European Pharmaceutical Marketing Association (EphMRA) tarafından oluşturulan Anatomik Terapötik Sınıflandırmayı (*Anatomical Therapeutic Classification-ATC*) temel almaktadır. Rekabet Kurulu (Kurul) içtihadı da Komisyon'un söz konusu uygulamasına paralel olarak inşa edilmiştir.
- (9) ATC sınıflandırmasında, etkin maddeler etkili oldukları ve tedavi ettikleri organlara veya sistemlere göre ve ayrıca terapötik, farmakolojik ve kimyasal özelliklerine göre gruplandırılmaktadır. Hiyerarşik bir yapı içeren bu sınıflandırmada, gruplar genelden özele doğru sıralanmakta ve on altı temel kategoriden oluşmaktadır. Her bir kategoride dörder seviye bulunmaktadır. Bunlardan birinci seviye (ATC-1) en genel, dördüncü seviye (ATC-4) ise en detaylı olanıdır. Pazar tanımı çoğunlukla, ilaçların kullanım amacına göre ayrıldığı, aynı tedavi edici özelliklere sahip olan ilaçları ifade etmek için kullanılan ATC-3 seviyesinde yapılmaktadır. Ancak, somut olayın özelliklerine göre pazarın ATC-4 veya etkin madde bazında olmak üzere daha dar tanımlanması da mümkündür.

¹ Mevcut başvuru kapsamına, BAYER ile MEDİFAR tarafından 2012 yılında yapılan ve 23.02.2012 tarih ve 12-08/242-73 sayılı Kurul kararıyla bireysel muafiyet verilen bir diğer başvuruda yer alan on adet ilaca ilaveten Kogenate, Eylea ve Xarelto isimli üç adet ilaç daha eklenmiştir.

- (10) Kurul, sağlayıcı ilaç firmalarıyla ecza depoları arasında akdedilen ve mevcut dosya ile benzer nitelikte ilişkileri düzenleyen geçmiş tarihli bazı kararlarında², ihale kanalında ilgili ürün pazarını belirlerken birtakım kriterleri göz önünde tutmuştur. İlaç alımı ihalelerinin tamamına yakını etkin madde bazında düzenlenmekte ve hatta etkin maddenin yanında form ve doz da belirtilmektedir. Buna bağlı olarak bir ihale kaleminde farklı etkin maddeli ilaçlar için teklif verilmesi mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla, farklı etkin maddeli ürünlerin rakip konumunda olmadığı ilaç alımı ihaleleri bakımından, ilgili ürün pazarı en geniş haliyle etkin madde seviyesinde belirlenebilecektir.
- (11) Bildirim konusu Sözleşme, BAYER tarafından üretilen on iki etkin maddeyi içeren yirmi üç ürünün, devlet ve üniversite hastanelerine MEDİFAR ecza deposu aracılığıyla dağıtılmasına ilişkindir. Yukarıda ilgili ürün pazarı için sunulan açıklamalar çerçevesinde, mevcut dosya bakımından da söz konusu on iki etkin maddenin temel alınabileceği ve bu etkin maddelerden her birinin ihale kanalına satışlar bakımından ayrı birer ilgili ürün pazarı teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır. BAYER ürünleri, ürünlerin içerdiği etkin maddeler ve 2016 yılı ciro esaslı pazar paylarına aşağıdaki tabloda yer verilmektedir:

Tablo 1: Sözleşme Kapsamında Yer Alan İlaçlar, Bunların Etkin Maddeleri ve Etkin Madde Bazında 2016 Yılında Elde Ettikleri Pazar Payları (Ciro Bazında)

Ürün Adı	Etkin Madde	Pazar Payı (%)
AVELOX	MOXIFLOXACIN	(.....)
CIPROXIN	CIPROFLOXACIN	(.....)
ILOMEDIN	ILOPROST	(.....)
VENTAVIS		
KOGENATE	OCTOCOG ALFA	(.....)
MESIGYNA	ESTRADIOL, NORETHISTERONE	(.....)
MICROGYNON	ETHINYLESTRADIOL, LEVONORGESTREL	(.....)
MIRENA	LEVONORGESTREL	(.....)
NIMOTOP	NIMODIPINE	(.....)
PRIMOVIST	GADOXETIC ACID	(.....)
PROLUTON	HYDROXYPROGESTERONE	(.....)
XARELTO	RIVAROXABAN	(.....)
EYLEA	AFLIBERCEPT	(.....)

Kaynak: Bildirim Formu ve Ekleri

G.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (12) Bildirime konu Sözleşme uyarınca MEDİFAR, Sözleşme’de yer alan ilaçlar için Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki devlet ve üniversite hastaneleri tarafından düzenlenen ihalelere katılabilmektedir. Gerek Sözleşme konusu faaliyetin yurt genelinde sunulacak olması gerekse de konuyla ilgili geçmiş tarihli Kurul kararlarında bölgesel seviyede pazar tanımı yapılmasına ihtiyaç duyulmaması ve ilgili coğrafi pazarın ülke seviyesinde belirlenmiş olmasından hareketle mevcut dosya açısından ilgili coğrafi pazar “Türkiye” olarak tespit edilmiştir.

² Bkz. 19.07.2017 tarih ve 17-23/372-163 sayılı *Abdi İbrahim/Aksel Ecza Deposu* kararı ile 16.11.2016 tarih ve 16-39/642-288 sayılı *Roche/MTS Ecza Deposu* kararı.

G.3. Değerlendirme

G.3.1. Bildirim Konusu Sözleşme

- (13) Mevcut bildirim kapsamında genel itibariyle, dağıtım seviyesinde faaliyet gösteren MEDİFAR ile sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren BAYER arasındaki Sözleşme'ye 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca bireysel muafiyet verilmesi talep edilmektedir.³ Rekabet hukuku açısından incelendiğinde ilgili Sözleşme'nin birtakım rekabet kısıtlamaları içermekte olduğu görülmüştür. Sözleşme'nin bu bağlamda değerlendirilebilecek hükümlerine aşağıda yer verilmektedir.
- (14) **Tek Satıcı Koşulu:** Sözleşme'nin 2. maddesinde, BAYER'in üretmiş olduğu ilaçları Türkiye sınırları içerisinde yalnızca MEDİFAR'a temin edeceğine dair bir münhasırlık hükmü bulunmaktadır. Buna göre, Türkiye'deki devlet ve üniversite hastaneleri için yapılacak ihale veya doğrudan satış şeklindeki satın alımlarda sadece MEDİFAR ecza deposunun teklif vermeye yetkili olacağı öngörülmüştür.
- (15) Diğer taraftan, Sözleşme'nin 4.1 maddesinde, grup ihaleleri⁴ ve toplu alım ihaleleri⁵ ise münhasırlık kapsamı dışında bırakılmıştır. Mezkûr madde hükmüne göre; BAYER, grup ihalelerine ve toplu alım ihalelerine tamamen kendi takdirinde olmak üzere kendi hesabına girebileceği gibi MEDİFAR ile birlikte de katılabilecektir. Dolayısıyla, Sözleşme kapsamına alınmayan bu türden durumlarda, münhasırlık hükmüne rağmen, BAYER'in ihalelere tek başına teklif verebilmesine imkan tanınmıştır.
- (16) **Tek Sağlayıcı Koşulu:** Sözleşme'nin "*Deponun Yükümlülükleri*" başlıklı 3. maddesi ve "*Rekabet Yasağı*" başlıklı 11. maddesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; BAYER'in tek sağlayıcı konumunda bulunduğu, MEDİFAR'ın kazandığı ihaleleri resmi belgeleriyle birlikte BAYER'e bildirmekle yükümlü kılındığı, dolayısıyla MEDİFAR'ın hastanelere karşı vermiş olduğu ilaç temin taahhüdünü yerine getirebilmek için ürünleri BAYER'den almak durumunda kaldığı, MEDİFAR'ın BAYER için kullandığı materyalleri BAYER'in rakipleri için kullanmayacağını kabul ettiği görülmektedir. Yine MEDİFAR'ın açılacak ihalelere Sözleşme konusu ilaçların rakibi olan aynı etkin maddeli, aynı kontrast maddeli veya ihaleye çıkış şekline göre BAYER ürünlerine rakip olduğu kabul edilen ürünler için katılmayacağına dair ilgili hüküm gereğince MEDİFAR, ihalelere yalnızca BAYER ürünleri için katılabilecektir. Ancak, 11.2 numaralı maddede belirtildiği üzere, Sözleşme konusu BAYER ürünlerinin teklif edilmesinin mümkün olmadığı ihalelerde, BAYER'in yazılı onayını almak kaydıyla, MEDİFAR'ın rakiplere ait diğer markalar adına ihalelere katılabileceği ve teklif verebileceği de düzenlenmiştir.
- (17) **Bölge ve Müşteri Sınırlaması:** Sözleşme'nin Türkiye sınırları içerisindeki illerin tamamında hüküm ve sonuç doğuracağı öngörülmektedir. Müşteri grubu bakımından ise, devlet hastaneleri ile üniversite hastaneleri tarafından açılacak ihaleler veya doğrudan temin şeklindeki satın alımları kapsayacağı düzenlenmiştir.

³ BAYER ve MEDİFAR tarafından aynı konuda daha önceki tarihlerde de muafiyet başvurularında bulunulmuştur. Söz konusu başvurulara konu İhale Satış Sözleşmelerine; 14.08.2008 tarih, 08-50/744-300 sayı; 23.02.2012 tarih, 12-08/242-73 sayı ve 24.09.2014 tarih, 14-35/686-303 sayılı Kurul kararları ile bireysel muafiyet tanınmıştır.

⁴ Grup ihaleleri, hastaneler tarafından düzenlenen, farklı ilaç firmalarına ait birden fazla ilacın tek bir liste üzerinden alımının yapıldığı ihaleleri ifade etmektedir.

⁵ Toplu alım ihaleleri, Sağlık Bakanlığı tarafından hastaneler ve sağlık ocaklarının ilaç ihtiyaçlarını karşılamak için ülke çapında veya belirli bir bölgede yapılan ihaleleri ifade etmektedir.

- (18) **Süre:** 5.2 numaralı maddede Sözleşme'nin yürürlük süresi prensipte üç yıl olarak kararlaştırılmıştır. Ancak, belirlenen sona erme tarihinden 15 gün öncesine kadar taraflar sözleşmenin yenilenmeyeceğine dair yazılı bir beyanda bulunmadıkça, sözleşmenin aynı koşullarla bir yıllık bir süre için kendiliğinden yenileneceği, bu yenilenmenin en fazla iki kez yapılabileceği ve sözleşmenin her halükarda yürürlük tarihinden itibaren en fazla beş yıl süreyle geçerli olacağı öngörülmüştür. Başka bir deyişle, herhangi bir fesih iradesi bulunmadığı müddetçe, sözleşme beş yıllık bir süre sonunda kendiliğinden sona erecektir.

G.3.2. Menfi Tespit Değerlendirilmesi

- (19) Taraflar arasındaki Sözleşme'nin çeşitli maddelerinde yer alan; devlet ve üniversite hastanelerinin ihaleleri için Sözleşme'ye konu ilaçların yalnızca bir ecza deposuna temin edilecek olması, ecza deposunun ihaleleri kazanması halinde ilaçları tek bir sağlayıcıdan satın alması, ecza deposunun sağlayıcı için kullandığı materyalleri sağlayıcının rakipleri için kullanamaması, açılacak ihalelere Sözleşme konusu ilaçların rakibi olan aynı etkin maddeli, aynı kontrast maddeli veya ihaleye çıkış şekline göre sağlayıcının ürünlerine rakip olduğu kabul edilen ürünler için katılamaması, ecza deposunun sağlayıcıya rakip olan başka bir ilaç sağlayıcısından ürün temin edebilmesi için sağlayıcının yazılı onayını almak zorunda kalacak olmasına ilişkin hükümler nedeniyle mezkûr Sözleşme 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındadır.

G.3.3. Bildirim Konusu Sözleşmenin 2002/2 Sayılı Tebliğ Açısından Değerlendirilmesi

- (20) İlaç sektöründe üretici olarak faaliyet gösteren BAYER ile alt pazarda toptan satış faaliyeti ile iştigal eden ecza deposu MEDİFAR arasında akdedilmiş olan ve bazı ürünlerin alımı, satımı ve yeniden satımına ilişkin olan bildirim konu Sözleşme, rekabet hukuku bağlamında dikey anlaşma niteliği taşımaktadır.
- (21) 2002/2 sayılı Tebliğ, dikey anlaşmalar bakımından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki yasağa karşı sağlanan grup muafiyetinin koşul ve esaslarını düzenlemektedir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde grup muafiyetinin, sağlayıcının ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması halinde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. 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.
- (22) Bunun yanında, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un 46. paragrafında ise, "*Bir sağlayıcı aynı dağıtım anlaşmasını pek çok ürünün/hizmetin dağıtımında kullanıyorsa, pazar payı eşiği nedeniyle bu ürünlerden bazıları grup muafiyetinden yararlanırken diğerleri yararlanmıyor olabilir. Bu durumda, grup muafiyetinden, sadece pazar payı eşiği altında kalan ürünler veya hizmetler yararlanabilir.*" ifadesine yer verilmektedir.
- (23) Tablo 1'den görüleceği üzere, Sözleşme'ye konu 12 etkin madde pazarının üçünde BAYER'in pazar payı %40'lık eşiğinin altında kalmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu üç etkin madde pazarını ilgilendiren ürünler olan AVELOX, CIPROXIN ve KOGENATE bakımından Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde grup muafiyetinden yararlandığı sonucuna varılmıştır. BAYER'in %40'ın üzerinde pay elde ettiği dokuz etkin madde açısından ise bireysel muafiyet değerlendirmesine gidilecektir.

G.3.4. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

- (24) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yasaklanan rekabet karşıtı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları, aynı Kanun'un 5. maddesindeki koşulların varlığı halinde mezkûr yasaklamadan muaf tutulabilmektedir. Kanun'un 5. maddesinde muafiyetin koşulları şu şekilde sayılmıştır:
- (a) *Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*
 - (b) *Tüketicinin bundan yarar sağlanması,*
 - (c) *İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,*
 - (d) *Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan daha fazla sınırlanmaması.*
- (25) Anılan hüküm uyarınca, herhangi bir rekabet kısıtlamasına bireysel muafiyet tanınabilmesi için yukarıdaki iki olumlu ve iki olumsuz koşulun kümülatif olarak karşılanması gerekmektedir. Bu çerçevede bildirimde konu Sözleşme'nin bireysel muafiyete uygunluğunun tespiti için mezkûr koşulları sağlayıp sağlamadığı, her bir koşul özelinde ayrı ayrı analiz edilmelidir.

G.3.4.1. Malların Üretim veya Dağıtımı ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

- (26) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre rekabet kısıtlamaları içeren bir anlaşmanın bireysel muafiyetten yararlanmasının şartlarından biri, söz konusu anlaşma ile malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanmasıdır. Burada ifade edilen ekonomik fayda veya menfaatten, sadece teşebbüslerin kendi açılarından sağlayacakları menfaat veya kazanç değil, bunun yanı sıra, anlaşmanın ekonomiye yapacağı somut katkı anlaşılmalıdır. Üretim veya dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, mal arzının artırılması ve devamlılığının sağlanması, piyasalara yeni girişlerin kolaylaştırılması, kalitenin artırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması gibi haller ekonomik yararın sağlandığı somut haller olarak sayılabilir.
- (27) İlaç sektöründe genel olarak sağlayıcı firmalar ihalelere doğrudan katılmamakta, ihale depolarıyla çalışmayı tercih etmektedir. Mevcut bildirimde, muafiyet verilmesi talep edilen sistem ile belirli bir bölgede BAYER ürünleri için daha fazla ihaleye iştirak etme imkanı sağlanacağı, özellikle dağıtım konusunda maliyet tasarrufu ve etkinlik yaratılabileceği ifade edilmektedir. Türkiye'nin her bölgesinde gerçekleştirilen ilaç ihalelerinin üretici firma tarafından takip edilebilmesi için yalnızca açılacak olan ihaleleri takip etmekle görevli olan bir yapının kurulması gerekmektedir. Böyle bir yapının üretici ilaç firması tarafından kurulması ciddi maliyetlere katlanmayı zorunlu hale getirebilmektedir. Ayrıca maliyet göze alınarak böyle bir yapı kurulsa dahi bu yapının, tek görevi ihaleleri takip etmek olan bir deponun takip seviyesine ulaşmasının uzun zaman ve mesai gerektireceği belirtilmektedir. Bu süreçte de ilgili firmaya ait ürünler için açılacak olan ihalelerin takip edilememesi riski ortaya çıkacak ve dolayısıyla etkin madde bazında jeneriği söz konusu olan ilaçlar bakımından markalar arası rekabetin kısıtlanması gibi olumsuz bir sonuç doğabilecektir. Yine böyle bir sistemin kurulma maliyeti, üretici firma tarafından maliyetlerin tüketicilere yansıtılması sonucunu beraberinde getirebilecektir.

- (28) Sözleşme hükümleri incelendiğinde, mevcut bildirimde elde edileceği belirtilen gelişme ve iyileşmelerin hayata geçirilmesine yönelik somut düzenlemelere gidildiği anlaşılmaktadır. İlgili düzenlemelerde MEDİFAR'ın;
- Hastanelerin kesinleşen ihale kararını BAYER'e ibraz etmesi ve iskonto ile vadelerin bu şarta bağlı olarak uygulanacak olması, ilaçların peyderpey sevk edilmesini gerektirecek ihalelerde her siparişte hastane resmi yazısını BAYER'e ibraz edilmesi (3.2.1 numaralı madde),
 - Türkiye'de Sözleşme konusu ilaçlarla ilgili açılacak bütün ihaleleri takip etmekle ve yapılan tüm satışlardan BAYER'i yazılı olarak bilgilendirmekle yükümlü olması (3.2.2 numaralı madde) ve
 - Sözleşme konusu ilaçlarla ilgili katılmayacağı herhangi bir ihale olması halinde, önceden BAYER'in yazılı onayını almak şartıyla, başka bir ecza deposunu kendi nam ve hesabına yetkilendirebiliyor olması (3.2.3 numaralı madde)

şeklinde hükümlere yer verilmiştir.

- (29) Yukarıda özetlenen düzenlemeler esas itibarıyla; arzda devamlılığın sağlanabilmesi, düzenli bilgi akışı sayesinde BAYER'in uygun planlama yapabilmesi ve MEDİFAR'ın ihale sonuçlarına göre stok bulundurabilmesine ilişkindir. Dolayısıyla bildirimde elde edileceği belirtilen etkinliklerin gerçekleşmesi için gereken akdi düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir.
- (30) Sözleşme'nin 6. maddesinde, MEDİFAR'ın sözleşmenin herhangi bir hükmüne aykırı davranması durumunda cezai şart ödemek durumunda kalacağına ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Bu hüküm, Sözleşme'nin 3.2.2 numaralı maddesinde yer alan MEDİFAR'ın tüm ihaleleri ve satın alımları takip etmeyi taahhüt etmesi ile birlikte değerlendirildiğinde; BAYER'in, Türkiye pazarında Sözleşme'ye konu ilaçlar için açılacak tüm ihalelere katılmakta istekli olduğunu söylemek mümkündür. İhalelerin takibinde gösterilecek özensizliğin cezai şarta bağlanması, jeneriği olan ilaçlar bakımından markalar arası rekabetin artmasına katkı sağlayacak mahiyettedir.
- (31) Sözleşme ile Türkiye'de yetkin olan depolar aracılığıyla, Sözleşme konusu BAYER ürünleri için ihalelerin takip edileceği, siparişlerin toplanmasında kolaylık sağlanacağı ve özellikle de BAYER'in kendi organizasyonu ile katılabileceğinin çok üzerinde ihaleye katılabilmesine zemin hazırlanacağı bir sistem arzulanmaktadır.
- (32) Mevcut bildirimde, ilaç ihalelerinin gerek mevzuat açısından gerekse de birbirinden coğrafi açıdan uzak olan hastaneler tarafından yapılmasından dolayı teknik uzmanlık gerektiren bir alan olduğu belirtilmektedir. Bunun yanı sıra, ilgili pazarda açılacak olan ihalelerin, BAYER tarafından takip edilebilmesini sağlayacak bir birim oluşturulmasının, ekonomik açıdan yüksek bir maliyet gerektirdiği ileri sürülmektedir. Bu yüksek maliyetin söz konusu ihalelerde fiyatların yükselmesine; dolayısıyla da nihai tüketici için maliyetlerin artmasına neden olabileceği değerlendirilmektedir. Ayrıca, muafiyet talep edilen sistemle BAYER ürünlerinin daha fazla sayıdaki ihalede yer alması mümkün olacaktır. Bu durum, jeneriği mevcut olan ilaçlar bakımından markalar arası rekabetin artmasını sağlayacaktır. İhalelerin kazanılması halinde de ürünleri sağlık kuruluşlarına tedarikinde gerek süre gerekse hizmet kalitesi bakımından iyileşme sağlanabilecektir.

- (33) Sözleşme taraflarının aynı minvalde daha önce yapmış oldukları bildirim konu İhale Satış Sözleşmesi'ne 23.02.2012 tarih ve 12-08/242-73 sayılı Kurul kararı ile bireysel muafiyet verilmiştir. BAYER'e mezkûr karar sonrasında geçen yaklaşık sekiz yıllık süre zarfında, münhasırlık içeren İhale Satış Sözleşmesi'nin herhangi bir etkinlik doğurup doğurmadığı sorulmuş ve şayet bir etkinlik gerçekleşmiş ise bunun sayısal verilerle desteklenmesi istenmiştir. Buna mukabil BAYER tarafından gönderilen verilere aşağıda yer verilmektedir:

Tablo 2: 2010-2017 Yılları Arasında BAYER tarafından MEDİFAR'a Yapılan Satışların Rakamsal Gelişimi

Yıl ⁶	Net Satış Tutarı (TL)	Bir Önceki Yıla Göre Değişim (%)
2010	(.....)	(.....)
2011	(.....)	(.....)
2012	(.....)	(.....)
2013	(.....)	(.....)
2014	(.....)	(.....)
2015	(.....)	(.....)
2016	(.....)	(.....)
2017	(.....)	(.....)

Kaynak: Ek Beyan

- (34) Tablo 2'den de görüleceği üzere, ihale kanalında hastanelere temin edilmesi için BAYER tarafından MEDİFAR'a yapılan satışların seyrinde 2012 ve 2015 yıllarında bir düşüş görülse bile, bu düşüşlerin net satış tutarında anlamlı bir gerileme sergilemediği, genel eğilimde satışların arttığı, dolayısıyla arzdaki sürekliliğinin artarak devam ettiği değerlendirilmektedir. Nitekim BAYER ile MEDİFAR arasındaki sözleşme ilişkisinin başladığı 2010 yılından 2017 yılına kadar ihalelerde satılan BAYER ürünlerinin ciro bazında % (.....) arttığı görülmektedir. Dolayısıyla tarafların mezkûr Kurul kararı ile almış oldukları bireysel muafiyetin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi çerçevesinde etkinlik yarattığı ve işbu muafiyet bildiriminin de benzer etkiyi yaratmaya devam edeceği kanaatine varılmıştır.
- (35) Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında, bildirim konusu Sözleşme'nin, ecza deposunun satış ve dağıtım sürecinde iyileşmeyi beraberinde getireceği, kurulması planlanan münhasır sistemin, malların üretimi ve dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması koşulunu karşıladığı sonucuna ulaşılmıştır.

G.3.4.2. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması

- (36) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, yukarıda değerlendirilen (a) bendine konu ekonomik iyileşmelerden tüketicinin de hakça payını alması; diğer bir ifadeyle, anlaşmanın sağlayacağı ekonomik iyileşmeden tüketicinin de faydalanması şartını aramaktadır.

⁶ 2011, 2013, 2014, 2016 ve 2017 yıllarına ilişkin rakamlara halk sağlığı ihalelerinin de dahil olduğu bildirilmiştir (Microgynon ve Mesigyna ürünleri).

- (37) Kurul'un işbu bildirim konu Sözleşme'ye benzer nitelikli hükümler taşıyan anlaşmaları ele aldığı kararlarında⁷, bu anlaşmaların mal arzında devamlılığı sağlayarak tüketicilere faydalı olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda, bildirim konusu Sözleşme ile tesis edilecek sistemin de, etkin madde bazında jeneriği olan ilaçlar bakımından, hastanelerin daha düşük fiyatlarla alım yapabilmelerini ve ihalenin kazanılması halinde ilgili depodan ürün teminini kolaylaştıracağı değerlendirilmektedir. Muafiyet talep edilen Sözleşme, düşük fiyatla ürün temini şeklinde tüketiciye yansıdığı gibi, kalitenin ve ürün çeşitliliğinin artırılması, yeni mal veya hizmetlerin sunulması gibi faydaları da tüketicinin yararına sunmaktadır.
- (38) Diğer taraftan, ilaç firmaları sürekli çalıştıkları ecza depolarına normalde uyguladıkları iskonto oranlarından daha fazla iskonto uygulayabilmekte ve daha uzun vade sunabilmektedir. İndirim oranlarındaki artış neticesinde özellikle jeneriği söz konusu olan ve gelecekte jeneriklerinin ortaya çıkması beklenen ilaçların hastanelere daha ucuz fiyattan ulaşımının sağlanabileceği değerlendirilmektedir.
- (39) Sözleşme'ye konu olan ilaçlardan jeneriği olanlar açısından markalar arası rekabet artışının kamunun ve dolayısıyla tüketicilerin faydasına etkiler doğurması beklenmektedir. Jeneriği olmayan ilaçlar bakımından ise Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen fiyatların üzerinde bir fiyata çıkılamayacağı için hastanelerin ve tüketicilerin kamu otoritesince belirlenenin üstünde fiyatlarla ilaç satın almaları mümkün değildir. Dolayısıyla başvuruya konu sistem sayesinde tüketici faydasının ortaya çıkması umulmaktadır.
- (40) Özetle; bildirim konusu Sözleşme'nin, hastanelere ilaç temininde devamlılık sağlaması ve dolayısıyla nihai tüketici konumundaki hastaların ürünlere ulaşabilmesini kolaylaştırması yönüyle Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ifade edilen tüketici faydası koşulunu sağladığı anlaşılmaktadır.

G.3.4.3. İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

- (41) Münhasır dikey anlaşmaların gündeme getirebileceği rekabet sorunlarından biri de rakip sağlayıcılar bakımından hastane kanalına erişimin engellenmesi veya sınırlandırılmasıdır. Ancak, Türkiye genelinde ve yerel seviyede, ihale satışlarına yönelik faaliyet gösteren birçok ecza deposu bulunduğu için söz konusu endişenin mevcut durumda gerçekçi olmadığı ve ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasının gündeme gelmeyeceği değerlendirilmektedir.
- (42) Bildirim Formunda Sözleşme'ye konu ürünlerin birçoğunun etkin madde bazında jeneriğinin ve/veya endikasyon muadilinin bulunduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla Sözleşme'nin uygulamaya konulmasıyla birlikte, jeneriği bulunan ürünler açısından markalar arası rekabetin artması beklenmektedir.
- (43) Öte yandan, Kurul'un konuyla ilgili geçmiş tarihli kararları incelendiğinde, birden çok muadili olan ve olmayan ilacı kapsayan ve depolara münhasır dağıtım yetkisi veren anlaşmalar bakımından; muadili olan ilaçlardaki rekabet artışının ve arz güvenliğine yönelik kazanımların, muadili olmayan ilaçlardaki rekabet kaybını telafi edeceği değerlendirilmiştir.

⁷ 13-05/47-24 sayı ve 17.01.2013 tarihli, 12-08/242-73 sayı ve 23.02.2012 tarihli ve 11-54/1389-497 sayı ve 27.10.2011 tarihli Kurul kararları.

- (44) MEDİFAR'ın münhasıran ihalelere katılma hakkı, jeneriği olmayan ilaçlar bakımından, diğer depolar tarafından yaratılacak olan marka içi rekabeti ortadan kaldıracaktır. Ancak, Sözleşme'nin 4.1 numaralı maddesi ile grup ihaleleri ve toplu alım ihaleleri münhasırlık kapsamı dışına çıkarılmıştır. Dolayısıyla, Sözleşme kapsamında yer almayan ihalelerde farklı ecza depolarının görevlendirilmesinin önü açılmakta, BAYER'in bu ihtiyaçları doğrudan karşılaması da mümkün kılınmaktadır.
- (45) Bu çerçevede, Sözleşme kapsamında yer alan ilaçların önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı, hatta Sözleşme ile oluşturulan çalışma koşullarının, BAYER ilaçlarına rakip olan ilaçların bulunduğu ürünlerde rekabete katkıda bulunacağı sonucuna ulaşılmıştır.

G.3.4.4. Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

- (46) Bildirime konu Sözleşme ile MEDİFAR'ın, BAYER'in mevcut personeli ile katılmasının mümkün olmadığı bölgelerdeki ihalelere, sözleşmelere konu BAYER ürünleriyle katılımı sağlanacaktır. Sektörde BAYER'in rakibi olan teşebbüslerin de BAYER'in yürüttüğü sisteme benzer bir sistemle kamu ve özel kuruluşların ihalelerine katıldığı göz önüne alındığında, BAYER'in başvuruya konu Sözleşme yoluyla rakipleriyle daha etkin bir şekilde rekabet edeceği değerlendirilmektedir.
- (47) Grup ihalelerinin ve toplu alım ihalelerinin sözleşme kapsamı dışına çıkarılmasına yönelik olarak düzenlenen 4.1 numaralı madde hükmü de, ilgili ihalelere konu olabilecek BAYER ürünlerinin MEDİFAR dışındaki depolara veya BAYER dışındaki sağlayıcıların ürünlerinin MEDİFAR tarafından hastanelere temin edilebilmesini mümkün kılmaktadır. Söz konusu hüküm, mevcut Sözleşme'yle öngörülen sistemin rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlamayacağı yönündeki kanaati desteklemektedir.
- (48) Diğer yandan Sözleşme'nin 5.2 numaralı maddesine göre, yürürlük süresinin kural olarak üç yıl olması ve feshedilmediği takdirde en fazla beş yılı kapsaması ise, MEDİFAR'ın BAYER'e rakip olan firmaların ürünlerini de satabilmesine imkan sağlaması açısından önemlidir.
- (49) Yine Sözleşme'nin 11.2 numaralı maddesine göre, her ne kadar MEDİFAR, ürünleri tek sağlayıcı olan BAYER'den temin etmekle yükümlü kılınmış olsa da, maddenin devamında "*Ancak BAYER'in stoklarının elverişsiz olması, mücbir sebepler nedeniyle ilaçları tedarik edemeyecek durumda olması halinde, BAYER'in yazılı onayını almak şartıyla Depo'nun rakip ürünler için ihalelere katılması mümkündür.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Mezkûr hüküm sayesinde, sağlayıcıdan kaynaklanan stok yetersizliği veya mücbir sebep gibi herhangi bir gerekçeyle ihalelere katılımın azalmasının önüne geçilmiştir. Bu türden durumlarda BAYER'in yazılı onayının aranıyor olması, rekabeti zorunlu olandan daha fazla kısıtlayan bir şart olarak değil; piyasa şartları doğrultusunda oluşturulan münhasırlık sistemine aykırılıkları önleyen bir mekanizma olarak görülmektedir.
- (50) Yukarıda aktarılan açıklama ve değerlendirmeler ışığında, bildirim konu Sözleşme'nin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan koşulların tümünü karşıladığı, bu nedenle bireysel muafiyet alabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

(51) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- Bayer Türk Kimya Sanayii Ltd. Şti. ile Medifar Ecza Deposu İlaç Tic. A.Ş. arasında akdedilen “İhale Satış Sözleşmesi”nin 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında olduğuna,
- Pazar payı %40’ın altında kalan ürünler bakımından ilgili Sözleşme’nin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına,
- Pazar payı %40’ın üzerinde olan ürünler bakımından Sözleşme’ye, 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamının karşılanması nedeniyle, bireysel muafiyet tanınmasına

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