

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2016-3-35 (Muafiyet)
Karar Sayısı : 16-29/487-219
Karar Tarihi : 25.08.2016

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Fevzi ÖZKAN, Adem BİRCAN

B. RAPORTÖRLER : Nesrin ATA, Hatice ODABAŞ BUBA, Mehmet GERÇEK

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : Roche Diagnostics Turkey A.Ş.
Temsilcileri: Av. İlmutluhan SELÇUK, Şahin YAVUZ
Ebulula Mardin Cad. No:57 Akatlar Beşiktaş/İstanbul

D. DOSYA KONUSU: Roche Diagnostics Turkey A.Ş ile bayileri arasında akdedilecek moleküler diagnostik, dizilim sistemleri ve merkezi hasta başı tanı çözümleri ürün gruplarına ilişkin bayilik sözleşmesine muafiyet tanınması talebi.

(1) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 07.06.2016 tarih ve 3664 sayı ile giren bildirim üzerine düzenlenen 19.08.2016 tarih ve 2016-3-35/MM sayılı Muafiyet/Menfi Tespit Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

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

- Roche Diagnostics Turkey A.Ş. (ROCHE) ile bayileri arasında akdedilen Bayilik Sözleşmesi'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesi kapsamında olduğu,
- Klinik kimya sistemleri, kanama/pıhtılaşma sistemleri, hematoloji cihazları, mikrobiyoloji test sistemleri, idrar cihazları, sekans sistemleri, hasta başı sistemleri, genetik ve araştırma sistemleri pazarları bakımından Bayilik Sözleşmesi'nin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ) ile sağlanan grup muafiyetinden faydalandığı,
- Self testing cihazları ve immüno-kimya test sistemleri bakımından anılan Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden faydalanmadığı, bununla birlikte söz konusu pazarlar bakımından Sözleşme'nin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyetten yararlanabileceği

sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. İlgili Teşebbüsler

G.1.1. Roche Diagnostics Turkey A.Ş (ROCHE)

(3) ROCHE Merkezi İsviçre'de bulunan F. Hoffman La Roche Ltd. şirketinin Türkiye'deki iştirakidir. Teşebbüs, moleküler diagnostik, dizilim sistemleri ve merkezi hasta başı tanı çözümleri ürün gruplarına ilişkin faaliyet göstermektedir.

G.2.2. Bayiler

(4) Bayiler, sözleşme konusu moleküler diagnostik, dizilim sistemleri (*sequencing systems*) ve merkezi hasta başı tanı çözümleri ürün gruplarına ilişkin kamu hastane birlikleri, il halk

sağlığı laboratuvarları, üniversite hastaneleri, özel hastane ve laboratuvarları tarafından açılacak hizmet alım ihaleleri ve mal alım ihalelerine iştirak edecek medikal firmalarıdır.

G.3. İlgili Pazar

G.3.1. İlgili Ürün Pazarı

(5) Başvuruya konusu Bayilik Sözleşmesi (Sözleşme) kapsamında tarafların işbirliği yapacağı ürünler, moleküler diagnostik, dizilim sistemleri ve merkezi hasta başı tanı çözümleri ürün gruplarıdır. Söz konusu ürünler temelde iki gruba ayrılmaktadır.

- Kişisel kullanıma yönelik olarak sunulan "Self Testing Cihazları":
"Self testing cihazları" hasta tarafından bizzat kullanılarak pıhtılaşma zamanını ölçmekte ve bu ölçüm neticesinde Warfarin içeren ilaç dozunun ayarlanması mümkün olmaktadır.
- Hastaneler ve Kliniklere Yönelik Kullanılan Profesyonel Cihazlar:
Söz konusu cihazlar temelde tıbbi görüntüleme ve teşhis imkânı tanımakla beraber kullanım amaçları farklılık göstermektedir. Bildirim formunda profesyonel cihazlardan oluşan bu sistemler şu şekilde gruplandırılmıştır:
 - Klinik kimya sistemleri: Ölçüm teknolojisi olarak fotometreyi kullanan, daha çok rutin testler denilebilecek glikoz, kolesterol vb. testleri çalıştıran cihazlardır. Genellikle klinik kimya veya biyokimya laboratuvarlarında bulunmaktadır.
 - İmmüno-kimya test sistemleri (cihaz, reaktif ve hizmetleri pazarı): "Makro Eliza" olarak da anılan ölçüm teknolojisini kullanan sistemlerdir. Hormon, tümör belirteçleri, enfeksiyon testleri gibi testleri çalıştırmakta ve genellikle klinik kimya, biyokimya veya mikrobiyoloji laboratuvarlarında bulunmaktadır.
 - Kanama/pıhtılaşma sistemleri: Kanın pıhtılaşma sürecinde etkin olan testleri çalıştırmaktadır. Genellikle klinik kimya veya biyokimya laboratuvarlarında bulunmaktadır.
 - Hematoloji cihazları, reaktifleri ve hizmetleri pazarı: Genellikle kan sayım cihazları olarak tabir edilen sistemlerdir. Kanın bileşenleri olan lökosit, eritrosit, trombosit ve bunların alt kümeleri ile ilgili testlere bakmaktadır. Genellikle klinik kimya veya biyokimya laboratuvarlarında bulunmaktadır.
 - Mikrobiyoloji test sistemleri: Genellikle DNA/RNA bazında ölçüm yapan sistemlerdir. Enfeksiyon, genetik ve araştırma testleri ana alanlarıdır. Bu grubun kan kültürü, idrar kültürü, viroloji, kan bankası, yaşam bilimleri ve araştırma gibi alt grupları bulunmaktadır. ROCHE, bu alt gruplardan sadece viroloji, kan bankası, yaşam bilimleri ve araştırma alanlarında faaliyet göstermektedir.
 - İdrar cihazları: İdrarda bulunan glikoz gibi normal maddelerin veya şekilli maddelerin ölçümünü yapmaktadır.
 - Sekans sistemleri: Ölçüm yöntemi olarak DNA sekanslamasını kullanmaktadır. Çok farklı test çeşitliliğine sahiptir ve aynı zamanda araştırma için de kullanılmaktadır. Genellikle mikrobiyoloji, genetik gibi laboratuvarlarda bulunmaktadır.
 - Hasta başı sistemleri: Özellikle yoğun bakım hastalarının hayati testlerini ölçen sistemlerdir. Kan gazı, kuru kimya metoduyla çalışan küçük test cihazları gibi alt grupları bulunmaktadır.
 - Genetik ve araştırma sistemleri: Genellikle DNA/RNA bazında ölçüm yapan sistemlerdir. Genetik testleri ana alandır.

- (6) İşbu dosya bakımından Rekabet Kurulunun (Kurul) 09.10.2007 tarihli ve 07-78/966-367 sayılı kararında olduğu gibi kullanım alanları ve amaçlarının farklı olması dikkate alınarak, her bir ürün grubunun ayrı bir ilgili ürün pazarı oluşturduğu değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, ilgili ürün pazarları;

- “Self testing cihazları”,
- “Klinik kimya sistemleri”,
- “İmmüno-kimya test sistemleri”,
- “Kanama/pıhtılaşma sistemleri”,
- “Hematoloji cihazları”
- “Mikrobiyoloji test sistemleri”,
- “İdrar cihazları”,
- “Sekans sistemleri”,
- “Hasta başı sistemleri”,
- “Genetik ve araştırma sistemleri”

şeklinde belirlenmiştir.

G.3.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (7) Başvuruya konu Sözleşme Türkiye genelinde uygulamaya konulacak olup, Sözleşme konusu ürünler açısından giriş koşulları, tedarik kaynakları ile dağıtım ve pazar koşullarının bölgesel farklılıklar göstermemesi nedeniyle, ilgili coğrafi pazar “Türkiye” olarak tanımlanmıştır.

G.4. Değerlendirme

G.4.1. Bildirime Konu Sözleşmenin Niteliği

- (8) Başvuruya konu Sözleşme'nin;
- 2.1. maddesinde; bayinin belirlenen bölge içinde Sözleşme'de belirlenen süre ile sınırlı olarak, Kamu Hastane Birlikleri, İl Halk Sağlığı Laboratuvarları, Üniversite Hastaneleri, özel hastane ve laboratuvarlar tarafından açılacak hizmet alım ihaleleri ve mal alım ihalelerine iştirak ve bunlara yapılacak satışlar için münhasır olarak yetkilendirildiği ve bölgesi dışına veya müşteriler dışında kalan kişilere aktif satış veya kiralama yapamayacağı,
 - 2.5. maddesinde sözleşmenin yürürlükte olması kaydıyla beş yıl süreyle bayilerin ROCHE ile rekabet etmeme yükümlülüğü olacağı,
 - 3.5 maddesinde ürünlerin bayi satış fiyatlarının, ROCHE tarafından belirli aralıklarla belirlenen azami fiyatları aşmayacağı,
 - 15.1. maddesinde sözleşmenin bir yıl için akdedildiği ve taraflarca aksi belirtilmedikçe her biten yılın sonunda otomatik olarak yenileneceği ve sözleşme süresinin azami beş yıl olacağı

ifade edilmiştir.

- (9) Yukarıdaki hükümlerden anlaşıldığı üzere ROCHE tarafından bayiler münhasır olarak belirli bölgelerde yetkilendirilmekte, azami beş yıllık bir süre boyunca rekabet etmemek ile yükümlendirilmekte; bayiler başvuruya konu ürünlere rakip olan ürünlerin satış ve dağıtımını yapmamayı taahhüt etmektedir.
- (10) Sözleşme'nin, üretim ve dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyette bulunan birden fazla teşebbüsün sözleşme konusu ürünlerin dağıtımını ve yeniden satışı konusunda akdettikleri dikey anlaşma niteliğinde olduğu görülmektedir.

G.4.2. 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirme

- (11) Bildirim konusu Sözleşme'nin ilgili başlık altında değinilen maddeleri ile alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü ve aktif satış yasağı getirildiği, ayrıca ROCHE'un alıcının azami satış fiyatını tespit etmesinin mümkün olduğu düşünüldüğünde, Sözleşme'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu anlaşılmıştır.

G.4.3. 2002/2 Sayılı Tebliğ Çerçevesinde Değerlendirme

- (12) 2002/2 sayılı Tebliğ'in "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, bu Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının anlaşma konusu malları sağladığı pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması halinde uygulanabilmektedir. Bu kapsamda, aşağıdaki tabloda ROCHE'un ilgili pazarlardaki pazar payına yer verilmektedir¹:

Tablo: ROCHE'un İlgili Pazarlardaki Pazar Payı (%)

İlgili Ürün Pazarları	2015
Self testing cihazları ²	(.....)
Klinik kimya sistemleri	(.....)
İmmüno-kimya test sistemleri	(.....)
Kanama/pıhtılaşma sistemleri	(.....)
Hematoloji cihazları	(.....)
Mikrobiyoloji test sistemleri	(.....)
İdrar cihazları	(.....)
Sekans sistemleri	(.....)
Hasta başı sistemleri	(.....)
Genetik ve araştırma sistemleri	(.....)

Kaynak: Teşebbüsten Gelen Bilgiler

- (13) Tablodan görüldüğü üzere, ROCHE'un yalnızca self testing cihazları ve immüno-kimya test sistemleri pazarlarındaki pazar payının 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde belirtilen %40'lık eşiği aştığı görülmektedir. Dolayısıyla diğer ilgili pazarlar bakımından bildirim konusu Sözleşme'nin Tebliğ kapsamında sağlanan muafiyetten yararlandığı anlaşılmaktadır. Self testing cihazları ve immüno-kimya test sistemleri pazarları bakımından ise Sözleşme'ye yönelik bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılmıştır.

G.4.4. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

- (14) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, Kanun'un 5. maddesindeki koşulların varlığı halinde 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. Başvuru konusu Sözleşme aşağıda 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan her bir koşul açısından ele alınmıştır.

¹ Bildirimde, sağlayıcının (ROCHE) her bir ilgili pazardaki payına ilişkin 3. kişi bağımsız kuruluşlarca hazırlanmış güvenilir bir çalışma bulunmadığından, şirket içi tahmin ve değerlendirmelere dayanan pazar payı bilgilerinin paylaşıldığı belirtilmiştir.

² Self testing cihazlarına ilişkin pazar payı tahminine yönelik çalışmada, ROCHE'un hâlihazırda faaliyette bulunmadığı şeker ölçüm cihazlarının hesaplamalara dâhil edilmediği ifade edilmiştir. Bunun ardında yatan temel gerekçe ise, ROCHE'un şeker ölçüm cihazları alanında da faal olmasına rağmen, ilgili diabet biriminin aynı tüzel kişilik altında ayrı bir iş birimi olarak yapılandırılmış olması şeklinde açıklanmıştır. Nitekim, Kurulun 29.03.2012 tarihli ve 12-14/413-124 sayılı kararında da kan şekeri ölçüm cihazlarının ayrı bir pazar olarak ele alındığına değinilmiştir. Bunun yanında, kan şekeri ölçümü cihazı veya bu cihazda kullanılan striplerin bildirim konusu Sözleşme kapsamında düzenlenmediği belirtilmiştir.

a) Malların Üretim veya Dağıtımını ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

- (15) Başvuruya konu Sözleşme ile birlikte ROCHE, ürünlerinin Türkiye'deki dağıtımını münhasır olarak belirlenen bayileri aracılığıyla gerçekleştirecektir. Bildirim formunda, bayilerin kendi bölgelerinde başta hastaneler olmak üzere müşterilerin ihtiyaçlarına odaklanmasının sağlanacağı ve böylelikle bayilerin müşterilerinin taleplerine en hızlı biçimde ve rekabetçi fiyatlarla cevap verebilecekleri ifade edilmektedir. Ayrıca bayilerin münhasır dağıtım yetkisine sahip oldukları ROCHE ürünlerine odaklanarak, Sözleşme konusu markanın ticari konumunu geliştirme eğiliminde olmaları ve bu suretle fiyat dışı rekabetin ve hizmet kalitesinin artması beklenmektedir.
- (16) Açıklanan nedenlerle, Sözleşme konusu ürünlerin dağıtımında ekonomik bir iyileşmenin ortaya çıkacağı ve bu kapsamda ilgili Sözleşme'nin Kanun'un 5. maddesinin (a) bendinde sayılan koşulu sağladığı değerlendirilmektedir.

b) Tüketicinin Yarar Sağlanması

- (17) Yukarıda açıklanan şekilde münhasır bayiler tarafından daha etkin biçimde takip edilecek olan ihalelerde rekabet ortamının sağlanması mümkün olacaktır. Münhasır bayilik nedeniyle marka içi rekabet azalacaksa da, markalar arası rekabetin artacağı ve bu suretle oluşacak rekabetten de tüketicinin yarar sağlayacağı değerlendirilmektedir. Bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (b) bendindeki koşulun da sağlandığı kanaatine varılmaktadır.

c) İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

- (18) Bildirim konusu Sözleşme'nin 2.1. maddesinde bayiler, belirlenen bölgelerde münhasır olarak yetkilendirilmiş, Sözleşme'nin 2.5. maddesinde ise rekabet etmemekle yükümlendirilmiştir. Bu noktada, Sözleşme'nin self testing cihazları ve immüno-kimya test sistemleri pazarlarında kapama etkisine yol açıp açmayacağı hususu değerlendirilmelidir.
- (19) Bildirim formunda, ilgili pazarlarda gerek mevcut gerekse potansiyel rakipler açısından çok sayıda dağıtıcının bulunduğu, ilgili pazarlarda rakiplerin de benzer münhasır dağıtım anlaşmaları yoluyla faaliyet gösterdiği belirtilmiştir. Bu çerçevede Sözleşme'nin pazarda kayda değer bir rekabet endişesi yaratmayacağı, ROCHE'un rakiplerle benzer şartlarda dağıtım ağına sahip olmasının, ROCHE'un etkin bir şekilde rekabet edebilmesine ve bu rekabeti sürdürmesine katkı sağlayacağı, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (c) bendindeki koşulun sağlandığı değerlendirilmektedir.

d) Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

- (20) Bildirim konusu Sözleşme'nin 2.1. maddesinde bayiler, belirlenen bölgelerde münhasır olarak yetkilendirilmiştir. Bildirim formunda bayilerin bölgesinin münhasır nitelikte olmaması, diğer bir ifadeyle aynı bölgede birden fazla bayi üzerinden satış yapılması durumunda, koordinasyon problemleri nedeniyle müşterilerin taleplerinin zamanında karşılanması veya arz devamlılığının sağlanması noktasında çeşitli sorunların yaşanabileceği belirtilmektedir. Nitekim çok sayıda bayinin bulunduğu bir piyasada bayilerin bölgesel münhasırlığının bulunması ciddi bir rekabetçi endişe doğurmayacak, bildirim formunda ifade edilen talebin etkin karşılanmasını ve arzın devamlılığını sağlayacaktır.
- (21) Sözleşme'de yer alan bir başka sınırlama, Sözleşme'nin 2.5. maddesi kapsamında bayilere getirilen rekabet etmeme yükümlülüğüdür. Konuya ilişkin olarak bildirim formunda, bayiler üzerinde rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmaması halinde Roche markasına odaklanılmaması veya bedavacılık (*free-riding*) problemleri başta olmak üzere çeşitli sorunlarla karşılaşılabilmesi, dolayısıyla daha önce bahsedilen etkinlik kazanımlarının sağlanabilmesi için söz konusu sınırlamanın zorunlu olduğu ifade edilmektedir. Bunun

yanında, rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunması, bazı durumlarda, özellikle satışların çoğunun ihale kanalı ile yapıldığı piyasalarda pazarın koşullarıyla ve pazarın dağıtım yapısıyla da bağlantılı olarak ihale bazında arzulan rekabetin oluşmasını olumlu etkileyebilmektedir.

- (22) Rekabetin zorunlu olandan daha fazla sınırlanıp sınırlanmadığının tespiti bakımından Sözleşme'nin süresi de önem taşımaktadır. Sözleşme'nin 15. maddesinde bir yıllık süre öngörülmüş olup, tarafların aksini belirtmemesi halinde Sözleşme'nin en fazla beş yıl geçerli olacağı düzenlenmiştir. Tarafların benzer nitelikte sözleşmelerle çalışan rakiplerle etkili bir şekilde rekabet edilebilmesinin hedeflendiği düşünüldüğünde, normal şartlar altında bir yıllık akdedilen ve en fazla beş yıllık bir süre boyunca geçerli olacak Sözleşme'nin süre bakımından makul olduğu ve söz konusu sürenin rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanması sonucunu doğurmasının muhtemel olmadığı değerlendirilmektedir.
- (23) Açıklamalar çerçevesinde, münhasırlığa ve rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler içeren sözleşmenin rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanması sonucunu doğurmayacağı, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (d) bendindeki koşulun da sağlandığı kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

(24) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

- Roche Diagnostics Turkey A.Ş. ile bayileri arasında akdedilen Bayilik Sözleşmesi'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,
- Klinik kimya sistemleri, kanama/pıhtılaşma sistemleri, hematoloji cihazları, mikrobiyoloji test sistemleri, idrar cihazları, sekans sistemleri, hasta başı sistemleri, genetik ve araştırma sistemleri pazarları bakımından Bayilik Sözleşmesi'nin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına,
- Self testing cihazları ve immüno-kimya test sistemleri bakımından Bayilik Sözleşmesi'nin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile sağlanan grup muafiyetinden faydalanamadığına, bununla birlikte söz konusu pazarlar bakımından anılan sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyetten yararlanabileceğine

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.