

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2008-1-6 (Muafiyet)
Karar Sayısı : **08-29/352-113**
Karar Tarihi : 17.4.2008

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN,
Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE

B.RAPORTÖRLER: Emin Cenk GÜLERGÜN, Hakan Deniz KARAKOÇ,
Fatma ATAÇ

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: Roche Müstahzarları Sanayi A. Ş.
Temsilcisi: Av. Tolga DANIŞMAN
Eski Büyükdere Asfaltı No:17/A 34398, Maslak/İstanbul

**D. TARAFLAR
Ltd. Şti.**

: - Sistem Sağlık Araç ve Gereçleri Ecza Deposu Tic. Paz.
Aşağı Öveçler 8. Cad. 89. Sk. No:6/1, 06460,
Dikmen/Ankara

- Roche Müstahzarları Sanayi A. Ş.
Eski Büyükdere Asfaltı No:17/A 34398, Maslak/İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Roche Müstahzarları Sanayi A. Ş. ile Sistem Sağlık Araç ve Gereçleri Ecza Deposu Tic. Paz. Ltd. Şti. arasında imzalanan "Münhasır İhale Deposu Sözleşmesi"ne bireysel muafiyet verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 11.1.2008 tarih, 246 sayı ile giren ve eksiklikleri kayıtlara 29.2.2008 tarih, 1318 sayıyla giren yazı ile tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 5. maddeleri ile 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 14.4.2008 tarih ve 2008-1-6/Öİ-08-ECG sayılı Muafiyet Ön İnceleme Raporu, 14.4.2008 tarih ve REK.0.05.00.00-130/48 sayılı Başkanlık önergesi ile 08-29 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş. ile Sistem Sağlık Araç ve Gereçleri Ecza Deposu Tic. Paz. Ltd. Şti. arasında imzalanan "Münhasır İhale Deposu Sözleşmesi"ne 2.3(e), 2.3(f), 2.3(h), 3.3, 10.2. maddelerinde yer alan hükümler nedeniyle menfi tespit belgesi verilmesinin mümkün olmadığı,

- İlgili ürün pazarların bazılarında %40'lık pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle, Sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında olmadığı,
- 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle, Sözleşmeye bireysel muafiyet tanınması gerektiği,
- Ancak 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre tanınan muafiyetinin 5 yıllık süreyle sınırlandırılmasının yerinde olacağı

ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

Roche Müstahzarları Sanayi A. Ş. (Roche): Merkezi Basel'de bulunan F. Hoffmann-LaRoche Şirketler Grubunun Türkiye'deki bağlı ortaklığı olan Roche, farmasötik ürünlerin ithalatı ve ihracatı, üretimi ve satışı ile iştigal etmektedir.

Sistem Sağlık Araç ve Gereçleri Ecza Deposu Tic. Paz. Ltd. Şti. (Sistem): Bildirim konusu Sözleşme, Türkiye'de ihalelere yönelik olarak faaliyet gösteren bir ecza deposu olan Sistem'in yanında dört ecza deposuyla daha (Medifar Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. A. Ş., Mertsel Ecza Deposu San. ve Tic. Ltd. Şti., Hürriyet İthal İlaç Ecza Deposu Tic. Ltd. Şti., Yeni Dicle Ecza Deposu Medikal Tic. Ltd. Şti.) imzalanmıştır.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde, "üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar" olarak tanımlanan dikey anlaşmaların, Tebliğ kapsamında olduğu ve anılan Tebliğ'le sağlanan muafiyetin ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu nedenle, dosya bakımından esas değerlendirmenin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında düzenlenen grup muafiyetine göre mi, yoksa 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen bireysel muafiyet kapsamında mı yapılacağına ilişkin belirlenmesi için öncelikle ilgili pazarın tanımlanmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

Bildirim konusu Anlaşmada, sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren Roche ile dağıtıcı seviyesindeki depoların kamu ve özel sağlık hizmet birimlerinin açtığı ihalelere yönelik olarak çalışma koşulları düzenlenmektedir. İhaleler, genellikle çok sayıda ürünün temin edilmesi için ve her bir kalemde etken maddenin yanında form ve doz da belirtilerek açılmaktadır. Buna bağlı olarak bir ihale kaleminde, farklı etken maddeli ürünler için ve hatta aynı etken maddeli olmakla birlikte farklı form ve dozda olan ürünler için teklif verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla farklı etken maddeli ürünlerin rakip konumda olmadığı ilaç alımı ihaleleri bakımından ilgili ürün pazarı tanımının, etken madde esasına göre yapılması isabetli olacaktır.

İlaç harcamalarının önemli bir kısmını karşılayan Sosyal Güvenlik Kurumu ve Maliye Bakanlığı'nın yürütmekte olduğu eşdeğer fiyat uygulaması da etken madde esaslı sınıflandırmaya uygundur. Maliye Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumu'nun çıkardığı sırasıyla Bütçe Uygulama Tebliği ve Sağlık Uygulama Tebliği ile çerçevesi çizilen eşdeğer fiyat uygulamasında, ilaçlar içerdikleri etken maddelere göre sınıflandırılmakta ve fiyatı en düşük olan ilacın fiyatı baz alınarak bunun %22 fazlasına kadar olan banttaki ilaçların fiyatlarının tamamı katılım payı hariç olmak üzere ilgili kurumlar tarafından ödenmektedir. Tespit edilen bandın üzerinde kalan ilaçlarda, tutarın bant üzerinde kalan kısmını ise reçete sahibi kendi cebinden karşılamaktadır.

Türkiye'de ilgili verileri toplayarak teşebbüslerin ATC (Anatomical Therapeutic Classification) sınıflarındaki paylarını hesaplayan tek kuruluş IMS (Intercontinental Marketing Services)'tir. Bildirim formunda da ifade edildiği gibi, IMS'in istatistiklerini oluştururken kullandığı veriler piyasa eczanelerine satışlardan oluşmakta ve ihale satışlarını kapsamamaktadır. Bu nedenle, IMS'in hesapladığı pazar payları, sağlayıcıların pazardaki ağırlıklarını büyük ölçüde göstermekle birlikte, ihale satışları içindeki paylarını yansıtmamaktadır.

Gerek IMS'in pazar payı hesaplamalarının ihale satışlarını dışlaması gerekse etken madde bazında toplam ihale satışlarının teşebbüsler arasında dağılımını gösteren bilgilere ulaşamaması nedeniyle, kesin pazar paylarının belirlenmesi mümkün değildir. Ancak Roche'nin üretimini/ithalatını yaptığı ve Sözleşme konusu olan 41 adet üründen 29'unun jeneriği bulunmadığına göre, en azından bu ürünler bakımından %40'lık pazar payı eşiğinin geçildiği kolaylıkla söylenebilecektir (Aynı etken maddeleri ve fakat farklı form ve dozdaki ürünler tek bir ürün sayılmıştır.). Ayrıca bildirim formunda da belirtildiği üzere, IMS'in hesapladığı pazar paylarına bakıldığında yine bazı ATC-3 sınıflarında %40'lık eşiğin aşıldığı görülmektedir.

Pazar tanımının, bildirim konusu Anlaşmanın 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenebilmesi için gerekli olduğu belirtilmişti. Ancak yukarıda Tebliğin "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin ikinci fıkrasındaki %40'lık eşiğin bazı ürünler bakımından aşıldığı açıklanmıştır. Bu nedenle, işbu dosyada kesin bir pazar tanımı yapılmasına gerek görülmemiştir.

H.2.2.İlgili Coğrafi Pazar

İlgili coğrafi pazar "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları*" olarak kabul edilmiştir.

H.3. Tespitler ve Değerlendirme

H.3.1. Pazarın Yapısı

İlaçların nihai tüketiciye ulaşmasında, yerli ve yabancı ilaç üreticilerinin bulunduğu tedarik seviyesini, eczanelere satış yapan ve/veya ihalelere katılan depoların oluşturduğu toptan dağıtım aşaması izlenmektedir. Son aşamada ise, ilacı yatarak ve ayakta tedavi gören hastalara ulaştıran hastane ve piyasa eczaneleri yer almaktadır.

Toptan dağıtım aşamasında bulunan ecza depoları iki farklı satış kolunda faaliyet göstermektedir. Bunlardan ilki üreticilerden alınan ilaçların eczanelere iletilmesidir. Bu depolar eczanelere yönelik vade, indirim ve mal fazlası ile diğer hizmet alanlarında birbirleriyle rekabet etmektedir. Bu dosyada asıl inceleme alanını oluşturan kategoride ise ihalelere katılan ecza depoları bulunmaktadır. Söz konusu depolar, eczanelere satış yapan depolardan farklı olarak, devlet ve üniversite hastanelerinin açtığı ihalelere katılmakta ve ihalesini kazandıkları hastanelere ihale konusu ürünleri şartnamede belirlenmiş olan koşul ve sürelerde temin etmektedir. Bazı depolar ise hem eczanelere satış yapmakta hem de ihalelere katılmaktadır.

Kamuya ait hizmet birimlerinin ilaç alımları için açtığı ihaleler 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabidir. 4734 sayılı Kanun'a göre, "açık ihale" ve "belli istekliler arasında ihale" temel ihale usulleridir. Raportörlerce 20.3.2008 tarihinde yapılan görüşmede (.....) San ve Tic. A.Ş. yetkilisi, ilaç alımı ihalelerinde en çok açık ihale usulünün uygulandığını ifade etmiştir. Anılan Kanun'da "bütün isteklilerin teklif verebildiği usul" olarak tanımlanan açık ihale usulünde, katılımcılar arasında en düşük fiyatı verenin ihaleyi kazanması esas geçerlidir. Söz konusu ihalelerde rekabet, ihale konusu ürünün muadilinin olup olmamasına bağlı olarak depolar arasında veya üretici/ithalatçı firmalar seviyesinde gerçekleşmektedir.

Türkiye'de beşeri ilaç sektöründeki oyuncuların faaliyetleri düzenlemeye tabidir. 14.2.2004 tarih ve 25373 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılmasına Dair Karar'da, ilaçların azami fiyatları ile depolar ve eczanelerin azami kar marjları belirlenmiştir. Kararın 10. maddesinde yerli ve ithal ilaçlarda aynı olmak üzere depocu kar oranları şu şekilde belirlenmiştir:

Tablo 1: Depocu Kar Oranları

Depocuya satış fiyatının;	Depocu (%)
10 Milyon TL'ye kadar olan kısmı için (10 Milyon dahil)	9
10- 50 Milyon TL arasında kalan kısmı için (50 Milyon dahil)	8
50-100 Milyon TL arasında kalan kısmı için (100 Milyon dahil)	7
100-200 Milyon TL arasında kalan kısmı için (200 Milyon dahil)	4
200 Milyon TL üstünde kalan kısmı için	2

Yukarıdaki tablo, depoların uygulayabileceği azami fiyatların ne şekilde hesaplanabileceğini göstermektedir. Ecza depoları, üretici/ithalatçı fiyatlarını dikkate alarak ve yukarıda belirtilen marjlar dahilinde azami fiyatlar üzerinden indirim yapabilmektedir.

İhalelerde kullanılan diğer temin usulleri ise pazarlık usulü ve doğrudan temin usulüdür. Pazarlık usulü, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu için teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usul; doğrudan temin usulü ise, ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usul olarak tanımlanmaktadır. Bu iki yöntem ancak 4734 sayılı Kanun'da belirtilen hallerde uygulanabilmektedir.

H.3.2. Münhasır İhale Deposu Sözleşmesinin Niteliği

Başvuru konusu Sözleşme, üretimini yaptığı veya ithal ettiği ilaçların depolar vasıtasıyla satışı gerçekleştiren Roche ile üretici teşebbüslerden aldığı ilaçların Türkiye pazarında dağıtımını yapan Sistem arasında akdedilmiştir. Rekabet Kurulu tarafından muafiyet verilmesi durumunda Sözleşmeyle düzenlenen münhasırlık esasına dayanan dikey ilişkinin diğer depolarla da yürütüleceği anlaşılmaktadır.

Sözleşme, kamu ve özel sağlık kuruluşları tarafından ilaç ve tıbbi müstahzarların satın alınması için açılacak ihalelerde Roche  r nlerinin Depo tarafından temin edilmesi amacıyla düzenlenmiştir. Sözleşmenin süresi bir yıl olup bu s renin tarafların yazılı mutabakatı halinde yenilenebileceği öngörülmüştür.

Sözleşmede, Roche, belirlenen bölgede açılacak ihalelere yönelik olarak yalnızca Depoyu yetkili kılmayı, Depo ise söz konusu ihalelere kendi nam ve hesabına münhasıran Roche  r nleri ile katılarak ihale şartnamesinin gereklerini yerine getirmeyi taahhüt etmektedir.

H.3.3. Menfi Tespit ve Grup Muafiyeti Değerlendirmeleri

- a. Sözleşmenin 2.3(e) maddesine göre Depo, başka bir deponun ya da Roche'nin münhasıran yetkili olduğu bölgelerdeki ihalelere ilişkin olarak, ilgili deponun ve Roche'nin, böyle bir deponun olmaması halinde ise yalnızca Roche'nin izni olmaksızın Roche ürünlerini teklif etmeyecektir. Bu hüküm depolar bakımından bölge kısıtlaması niteliğindedir.
- b. Sözleşmenin 2.3(f) maddesine göre Depo, Roche  r nlerinin teklif edilebileceği tüm ihale kalemlerine yalnızca Roche ürünleriyle katılacaktır.
- c. Sözleşmenin 2.3(h) maddesine göre ise, Depo ihaleye konu ürünleri münhasıran Roche'den veya Roche'nin göstereceği diğer bir sağlayıcıdan satın almakla yükümlüdür. (b) ve (c) bentlerinde belirtilen düzenlemelerle alım ve satım şartları tespit edilmektedir.
- d. Sözleşmenin 3.3. maddesine göre, ihalelerde Roche ürünlerine ilişkin Deponun vereceği fiyatlar, Roche'nin belirlediği tavan fiyatların üzerinde olmayacaktır. Bu düzenleme ile Deponun maksimum satış fiyatı tespit edilmekte ve dolayısıyla yeniden satış koşulları kısıtlanmaktadır. Ancak bilindiği üzere, tavan fiyatın belirlenmesi, 2002/2 sayılı Tebliğin 4(a) maddesine göre, *“taraplardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla”* anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkarmamaktadır.
- e. Sözleşmenin 10.2. maddesine göre Depo, Sözleşmenin yürürlükte olması koşuluyla 5 yıl süreyle rekabet etmeme yükümlülüğüne tabidir. Taraflar bu yükümlülüğün uygulanabilirlik süresini yazılı olarak uzatabilecektir.

Yukarıda açıklanan hükümler dikkate alındığında, Sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu ve Sözleşmeye menfi tespit belgesi verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Diğer yandan, Roche'nin gerek ATC-3 seviyesindeki pazar payları gerekse de eşdeğeri olmayan ürünleri için ihale satışlarındaki payları dikkate alındığında, Sözleşmenin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağı değerlendirilmiştir. Bunun ardından, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan ve bireysel muafiyet verilmesi için aranan koşulların işbu dosya konusu Sözleşme bakımından geçerli olup olmadığı incelenmiştir.

H.3.4. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

Aşağıda başvuru konusu Sözleşme bakımından, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sıralanan şartların var olup olmadığı değerlendirilmektedir.

a. Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması

Bentte kastedilen ekonomik fayda veya menfaatin, sadece teşebbüslerin kendi açılarından sağlayacakları menfaat veya kazanç şeklinde değil, aynı zamanda bunların ekonomiye yapacakları somut katkı şeklinde anlaşılması gerekmektedir. 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 hususunda yeterli görülmektedir.

Roche'nin bölge depoları vasıtasıyla ihalelere katılması, Roche ve depolar bakımından önemli faydalar yaratacaktır. Ancak Kanun'un 5. maddesinin (a) bendinde ifade edilen faydanın, ilk paragrafta da belirtildiği gibi, ekonomiye somut bir katkı sağlaması koşulu aranmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, belirlenen bölgelerde birer deponun Roche adına ihaleleri takip etmesi ve bütün ihalelere katılması, arzın devamlılığının sağlanmasına katkıda bulunacaktır. Böylece bir yandan daha çok sayıda ihalede Roche ürünleri teklif edilebilecekken, diğer yandan kazanılan ihalelerde ürünlerin hastanelere istenen koşullarda ve sürelerde sunulması kolaylaşacaktır. Ayrıca ihale piyasasına ilişkin düzenli bilgi akışına sahip olacak olan Roche'nin buna uygun üretim planlaması yapması da mümkün olabilecektir.

Yukarıda ifade edilen değerlendirmeler dikkate alındığında, Sözleşme ile kurulması planlanan münhasır sistemin, malların üretimi ve dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması şartını yerine getirdiği anlaşılmaktadır.

b. Tüketicinin bundan yarar sağlanması

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için aranan ikinci koşul, yukarıda ifade edilen ekonomik iyileşme veya gelişmelerden tüketicilerin de faydalandırılmasıdır. Bir

başka deyişle, anlaşmanın sağladığı iyileşme veya gelişme tüketicilere yansıtılmadığı sürece anlaşmaya muafiyet tanınması söz konusu olmayacaktır.

Kanun'un 5. maddesinin gerekçesinde, tüketiciye söz konusu yararın ne ölçüde yansıtılması gerektiğiyle ilgili olarak şu açıklama bulunmaktadır: *"Bu yararlı etkinin tüketiciye yansımaya, sadece firma karları olarak kalması halinde muafiyet uygulanamayacaktır. Ortaya çıkan yarardan tüketicinin adil bir pay alması suretiyle Rekabet Hukukunun sosyal yönü de ortaya çıkacaktır."*

Tüketiciye yansıtılabilecek yararlılardan akla ilk geleni, fiyatlarda sağlanacak düşüşlerdir. Bunun dışında kalitenin ve ürün çeşitliliğinin artırılması, yeni mal veya hizmetlerin sunulması ve mal ya da hizmet arzında devamlılığının sağlanması gibi başkaca ekonomik faydalar da, tüketicilerin elde edeceği menfaatler kapsamında değerlendirilebilecektir.

Depo, Roche ürünlerinin teklif edilebileceği ihalelere yalnızca kendisinin katıldığı bilincinde olmasının yanı sıra sağlayıcısına olan sorumluluğunun da etkisiyle ihaleyi kazanmak için çaba gösterirken, ihale öncesinde daha yüksek teminat yatırmayı ve daha uzun vadelerle ilaç satışında bulunmayı göze alabilecektir. Böylece nihai olarak sağlık kuruluşlarının ilaçlara daha uygun koşullarla erişimi söz konusu olabilecektir.

Düzenlenen ihalelerde diğer ilaç firmalarının ürünlerinin yanında Roche ürünleri için de teklif verilmesi, ihaleyi düzenleyen kurumun arz seçeneklerini artırırken jeneriği bulunan ilaçlar bakımından rekabet ortamının güçlendirilmesine hizmet edecektir. Bu nedenle, Deponun ihalelere katılım bakımından daha fazla çaba göstermesini sağlayacağı düşünülen münhasır çalışma koşullarının, markalar arası rekabeti güçlendireceği değerlendirilmektedir.

Mal arzında devamlılığının sağlanması unsuru, "malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin sağlanması" koşulu kapsamında değerlendirilebileceği gibi, tüketicinin bundan yarar sağlaması sonucunu da doğurmaktadır. Şöyle ki, ihalelerde teklif edilebilecek alternatif ürün sayısının artmasıyla, hastaneler daha düşük fiyatlarla alım yapabilecek ve ihaleyi kazanması durumunda muhatap münhasır depodan ürün temininde sıkıntı yaşamayacaktır. Yine bu sayede, hastane eczanesinde daha fazla çeşitlilikte ürün bulunmasıyla yatan hasta reçetelerinin piyasa eczanesine yönlendirilmesi olası düşecek ve kamu ilaç geri ödemelerinden kaynaklanan yükü hafifleyecektir. Ayrıca nihai tüketici konumundaki yatan hastalara reçetede yazılı ilaçlar hastane eczanesinden daha kısa sürelerde ulaştırılabilecektir. Üretici firma ile uzun vadeli bir ilişki içinde bulunan depo ise, miadı geçmiş ürün bulundurma riski taşımayacak, aşırı stok bulundurma ve bunun getirdiği ekstra maliyetlere katlanmak durumunda kalmayacak, ilaçların eksiksiz ve şartnamede öngörülen sürelerde temin edilmesini garanti edebilecektir.

c. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması

Bu koşulun temelinde, piyasada etkin rekabetin bulunmadığı durumlarda, anlaşmadan beklenen ekonomik yararların gerçekleşmeyeceği veya anlaşmanın meydana getireceği yararların rekabetin kısıtlanmasından kaynaklanabilecek

zararlardan fazla olmayacağı varsayımı yatmaktadır. Gerçekten de, teşebbüslerin piyasadaki rekabet baskısından uzaklaşmaları, anlaşmadan beklenen ekonomik yararların gerçekleşmemesine yol açacaktır.

Bildirim konusu Sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle, belirlenen her bir bölgede açılan ihalelere Roche ürünlerinde tek bir ecza deposunun katılmasına imkan tanıyan münhasır sistem uygulamaya geçecektir.

Mevcut durumda ihalelere Roche ürünleriyle girmek isteyen depolara fiyat verildiği, bunun da aynı bölgede rakipleriyle de çalışabilecek olan depoların fiyat bilgisine ulaşmasına yol açtığı ve böylece Roche'nin rakiplerine göre dezavantajlı konumda olduğu taraflarca ifade edilmektedir. Yine taraflara göre, münhasır depolarla çalışılarak bu olumsuzluğun ortadan kaldırılması ve bu sayede daha rekabetçi davranılabilmesi hedeflenmektedir.

Jeneriği olan ilaçlar için esas rekabet, rakip ürünlerin tedarikçisi üretici firmalar arasında olmakta iken; jeneriği olmayan ilaçlar için rekabet aynı ürünü sunan farklı depolar arasında söz konusu olmaktadır. Bu durumda ihaleye jeneriği olmayan bir ürünün tek dağıtıcısı olarak katılan bir deponun üzerinde rekabet baskının oluşmayacağı açıktır.

Roche'nin ürettiği 42 etken madde grubundan 13'ünün jeneriğinin bulunduğu görülmektedir. Sözleşmenin uygulamaya başlanması ile jeneriği bulunan söz konusu 13 ilaçta Roche ürünleri ile rakip ürünler arasında rekabetin artacağı beklenmektedir. Ne var ki jeneriği olmayan 29 ilaç kategorisinde, depolar arası rekabet ortadan kalkacağından sektördeki rekabet olumsuz etkilenebilecektir. Bu durumda, 13 ilacın bulunduğu grupta rekabetin artması ile 29 ilacın bulunduğu grupta rekabetin azalması arasında karşılaştırma yapılmalıdır.

Üreticiler arasındaki rekabet, depolar arasındaki rekabetten daha yoğundur. Şöyle ki, birden fazla rakibin söz konusu olduğu ilaçların temini için açılan ihalelerde, sağlayıcı teşebbüslerin satış stratejilerine de bağlı olarak ve katılımcılar depolar olsa bile, sağlayıcı fiyatları üzerinden yüksek oranlarda indirimle teklif verilebildiği bilinmektedir. Oysa jeneriği olmayan ürünlerde birden fazla deponun teklif vermesi durumunda ise rekabet, depoların sınırlı kar marjları içinde olabilecektir. Bu nedenle, jeneriği bulunan 13 ilaçta Roche'nin daha önce veremediği indirimler bu sayede söz konusu olabilecek ve bu da diğer 29 ilaçta marka içi rekabet üzerinde oluşabilecek olumsuz etkiyi telafi edebilecektir.

Yukarıda sayılan nedenlerle, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı, hatta Sözleşmeyle oluşturulan çalışma koşullarının Roche'nin jeneriği olan 13 ürününün bulunduğu ilaç kategorilerindeki rekabete katkıda bulunabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

d. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması

Tüketicilere yansıtılan ekonomik gelişme veya iyileştirmenin elde edilmesinde rekabeti daha az sınırlayan bir yöntem mevcut ise, söz konusu anlaşmaya muafiyet tanınması mümkün değildir. Diğer bir deyişle, sınırlayıcı hükümler

olmaksızın veya bu hükümler yumuşatılarak anlaşmadan beklenen faydanın elde edilmesi mümkün ise, o takdirde muafiyet verilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu kurala göre, sınırlama, anlaşmanın ardında yatan temel amaca uygun ve bunun gerçekleştirilmesi için gerekli olmalıdır. Bu kurala aykırılık, rekabetin faydanın yaratılması için gerekli olandan fazla sınırlanmasına yol açacaktır.

4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (d) bendi; (a) bendinde sözü edilen gelişme veya iyileşmeden (b) bendine göre tüketicinin yararlanması durumunda, sağlanan bu yararlar rekabet sınırlaması arasında bir denge olmasını ve bu yararın sağlanabilmesi için söz konusu sınırlamanın zorunlu olmasını gerektirmektedir. Yukarıda (a) ve (b) bentleriyle ilgili olarak yapılan açıklamalarda, Sözleşmenin ilk iki koşulu karşıladığı değerlendirilmiştir. Bununla birlikte (c) bendinde ifade edilen ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı yönündeki değerlendirme de dikkate alınır, Sözleşmenin uygulanması halinde rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmayacağı kabul edilebilecektir. Daha açık bir deyişle, aynı bölgede birden fazla ecza deposunun ihalelere Roche ürünleriyle katılabilmesi durumunda, özellikle arzda devamlılığın sağlanması bakımından söz konusu faydalar ortaya çıkamayabilecektir. Bu nedenle, Roche'nin her bir bölgede münhasır bir depoya çalışması bu faydaların elde edilmesinin tek yolu olarak görünmektedir.

Rekabet Kurulunun 21.4.2005 tarih ve 05-26/298-M sayılı kararı gereğince Roche, Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. ve Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti. hakkında yürüttüğü soruşturmanın sonucunda; *"Birbirine rakip olan Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. (Roche) ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. (EİP)'nin SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı kytril ve setron ihalelerine aynı depo olan Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. (Beşer) ile bu ihalelerin tamamına yakınına katılmalarının rekabetin engellenmesine yol açtığına ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine"* 13.7.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı karar verilmiştir. Anılan Kurul kararı dikkate alındığında, Roche ürünlerinin münhasır ecza depoları tarafından temsil edilmesine yönelik savunmasının makul olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki, oluşturulması planlanan münhasır sistem dahilinde yer alan depolardan hiçbiri ihalelerde Roche ürünleriyle aynı etken maddeye sahip başka bir ürün tedarik etmeyecektir. Taraflar, halihazırda Roche ile Sözleşme imzalamış bulunan beş deponun Roche ürünleriyle aynı ATC-3 sınıfında yer alan rakip ürünleri ihalelere yönelik olarak tedarik etmediğini belirtmiştir. Roche ürünlerinin bir bölgedeki ihalelerde birden fazla depo tarafından tedarik edilmesi durumunda ise, söz konusu Kurul kararında işaret edilen "rakip ürünlerde aynı depoya çalışılması" sorununun ortaya çıkması olasılığı artacaktır.

Yapılan değerlendirmeler çerçevesinde, Sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen koşulları taşıdığı görülmektedir. Ancak teşebbüslerin ihale piyasasında gerçek güçlerini tam olarak yansıtacak pazar payı hesaplaması yapılamamasına bağlı olarak, dosya konusu Sözleşme ile aynı piyasada yapılabilecek benzer dikey anlaşmaların birlikte yol açabileceği ağ etkisini bu aşamada kesin olarak öngörmek mümkün değildir. Bu nedenle, piyasada ileride

ortaya çıkacak gelişmelerin izlenmesi gerektiği değerlendirilmiş ve Sözleşmeye tanınan bireysel muafiyetin süresi 5 yıla sınırlandırılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş. ile Sistem Araç ve Gereçleri Ecza Deposu Tic. Paz. Ltd. Şti. arasında imzalanan "Münhasır İhale Deposu Sözleşmesi"ne, 2.3(e), 2.3(f), 2.3(h), 3.3, 10.2. maddelerinde yer alan hükümler nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine,
- İlgili ürün pazarlarından bazılarında %40 pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle, Sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığına,
- 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılamaması nedeniyle, bildirim konusu Sözleşmeye 5 yıl süreyle bireysel muafiyet tanınmasına

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.