

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

## **REKABET KURULU KARARI**

**Dosya Sayısı** : 2018-3-065 (Muafiyet)  
**Karar Sayısı** : 19-40/648-275  
**Karar Tarihi** : 14.11.2019

### **A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

**Başkan** : Birol KÜLE  
**Üyeler** : Arslan NARİN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,  
Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ

**B. RAPORTÖRLER:** Emin Cenk GÜLERGÜN, Dilara Nur CANSU,  
Berkay KURDOĞLU

### **C. BİLDİRİMDE BULUNAN**

: - Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti.  
Temsilcileri: Av. Gönenç GÜRKAYNAK,  
Av. Hakan ÖZGÖKÇEN ve Av. Esen ERGÜL  
Çitlenbik Sokak No:12 Yıldız Mahallesi Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. ile İnci Ecza Deposu Tic. Ltd. Şti. ve Benzol Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti. arasında ayrı ayrı akdedilen sözleşmelere muafiyet tanınması talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 21.09.2018 tarih ve 6817 sayı ile giren ve en son 27.05.2019 tarih ve 3569 sayı ile eksiklikleri tamamlanan bildirim üzerine düzenlenen 06.08.2019 tarih ve 2018-3-065/MM sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;
- Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. (MSD) ile İnci Ecza Deposu Tic. Ltd. Şti. (İNCİ) ve Benzol Ecza Deposu İlaç San. Tic. A.Ş. (BENZOL) arasındaki sözleşmelerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ( 4054 sayılı Kanun) 4. maddesi kapsamında olduğu,
  - MSD'nin İNCİ ile yaptığı sözleşmenin Esmeron ve Cancidas ürünleri bakımından 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ) kapsamında grup muafiyetinden yararlanabileceği,
  - Diğer yandan aynı sözleşmeye Bridion ve Cubicin ürünleri bakımından, ayrıca MSD'nin BENZOL ile yaptığı sözleşmeye ise ilgili tüm ürünler bakımından bireysel muafiyet tanınabileceği

sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

### **G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME**

#### **G.1. Taraflar**

##### **G.1.1. Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. (MSD)**

- (4) MSD, Merck & Co. Inc. unvanlı küresel bir bilim ve teknoloji şirketinin Türkiye iştiraki olup satışını yaptığı beşeri ilaçların bir kısmını ithalat, kalan kısmını ise fason üretim suretiyle temin ederek piyasada faaliyet göstermektedir. Teşebbüs Türkiye'de; alerji, dermatoloji, diyabet, osteoporoz, oftalmoloji, enfeksiyon hastalıkları, hepatoloji, immunoloji, hiperlipidemi, hipertansiyon, solunum yolu hastalıkları, merkezi sinir

sistemi (anestezi, nöroloji, psikiyatri), kadın sağlığı (fertilite ve jinekoloji) ve onkoloji tedavi alanlarında faaliyet göstermektedir.

### **G.1.2. İnci Ecza Deposu Tic. Ltd. Şti. (İNCİ)**

- (5) İNCİ, Türkiye'de kamu kurumlarının ve özel hastanelerin gerçekleştirdiği ihalelere ve özel alımlara katılarak ilgili kurumlara medikal, beşeri, kozmetik, gıda beslenme ürünleri, hemofili & kan ürünleri ve diagnostik ürünlerin teminini sağlamaktadır.

### **G.1.3. Benzol Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. A.Ş. (BENZOL)**

- (6) BENZOL, insan ve hayvan sağlığı tedavisinde kullanılan her türlü medikal alet ve edevatı, motorlu veya motorsuz elektrikli ve elektronik aletler ile bu aletlerin sarf malzemeleri, yedek parçaları ve kimyasal maddelerin ithali, ihracı, imalatı ve alım-satım faaliyetlerinde bulunan Benovis İlaç Sanayi ve Medikal Ltd. Şti'nin bir iştirakidir.

### **G.2. İlgili Pazar**

- (7) Avrupa Komisyonu, beşeri ilaç sektörüyle ilgili kararlarında ürün pazarı tanımı yaparken, *European Pharmaceutical Marketing Association* (EphMRA) tarafından oluşturulan Anatomik Terapötik Sınıflandırmayı (ATC) temel alarak yapmaktadır. Rekabet Kurulunun (Kurul) bugüne kadar olan uygulamalarında da aynı yaklaşım benimsenmiştir. ATC sınıflandırmasında, etkin maddeler etkili oldukları ve tedavi ettikleri organlara veya sistemlere göre, ayrıca terapötik (tedavi ediciliği), farmakolojik (ilacın yapısı ve etkisi) ve kimyasal özelliklerine göre gruplandırılmakta olup bu gruplar 16 temel kategoriden oluşmaktadır. Her bir kategoride genelden özele doğru sıralanan dörder seviye bulunmaktadır. Bunlardan birinci seviye en genel (ATC-1), dördüncü seviye ise en detaylı olanıdır (ATC-4). Pazar tanımı çoğunlukla, ilacın tedavi edici özelliklerine dayanan ATC-3 sınıflandırmasına göre yapılmaktadır. Ancak detaylı olarak incelemenin gerektirdiği durumlarda pazarın etkin madde ya da ATC-4 bazında daha dar tanımlanması da mümkündür.
- (8) Dosya konusu, MSD'nin belirli ürünlerinin<sup>1</sup> Bezmi Alem Vakıf Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi ile Türkiye'de bulunan tüm özel hastanelerin (Hastaneler) ihtiyaçlarının tedarik edilmesi<sup>2</sup> için MSD ile BENZOL ve MSD ile İNCİ arasında iki ayrı İhale Satış Sözleşmesi (Sözleşmeler) yapılmasına ilişkindir.
- (9) Bununla birlikte, dosya içeriği bilgilerde özel hastanelerin ilaç alım süreçlerinin
- (i) ecza depolarına sipariş vermek,
  - (ii) internet sitelerinden eksiltme yöntemi ile bir nevi ihale sistemi uygulamak,
  - (iii) yıllık ihtiyaçlarını belirleyip ecza depolarından fiyat istemek

suretiyle olduğu ifade edilmiştir. Ek olarak bazı grup hastanelerinin sadece kendilerinin ihtiyaçlarının alımı ile ilgilenen ecza depolarının bulunduğu, bu depoların, diğer ecza depolarından ve/veya doğrudan üretici firmalardan ürün temini yaptığı; diğer özel

---

<sup>1</sup> Söz konusu ürünler 11 adet olup bu ürünlerden Bridion, Esmeron, Cancidas, Cubicin İNCİ aracılığıyla; Keytruda, Invanz, Remicade, Emend, Noxafil, Diprosan, Celestone BENZOL aracılığıyla tedarik edilecektir.

<sup>2</sup> Taraflarca tedarikin; hastanelerin ihtiyaçlarının karşılanması doğrultusunda ihale, teklif toplanması, pazarlık, doğrudan alım ve/veya sair yollarla yapılan her türlü ilaç alım-satım sürecine iştirak edilerek teklif verilmesi ve temin süreçlerini kapsadığı belirtilmiştir.

hastanelerin ise klasik satın alma yöntemleri olan sipariş ve pazarlık usulleri ile ilaç alımlarını gerçekleştirdiği belirtilmiştir<sup>3</sup>.

- (10) Kendi ecza depoları aracılığı ile alım yapan özel hastaneler ile sipariş usulüyle alım yapan hastanelerin ürün adını belirtmek suretiyle; diğer taraftan açık eksiltme ihalesi yapan Bezmi Alem Vakıf Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinin ise etkin madde yanında form, doz ve adet bilgilerini de belirterek ilaç alımı yaptığı dosya içeriği bilgilerden anlaşılmaktadır. Buna bağlı olarak, gerek sipariş usulü ve fiyat isteme suretiyle gerekse eksiltme yöntemiyle yapılan ihalelerde farklı etkin maddeli ilaçlar için teklif verilmesi mümkün görülmemektedir. Dolayısıyla, dosya açısından farklı etkin maddeli ürünlerin rakip konumunda olmadığı ilaç alımı usulleri açısından, ilgili ürün pazarı en geniş haliyle etkin madde seviyesinde belirlenebilecektir.
- (11) Yukarıda verilen bilgiler ışığında, bildirim konusu işlem bakımından yapılacak değerlendirmelerde ilgili ürün pazarları etkin madde bazında tanımlanarak; "Bridion", "Esmeron", "Cancidas", "Cubicin", "Keytruda", "Invanz", "Remicade", "Emend", "Noxafil" "Diprospan", "Celestone" ürünlerinin içerdiği etkin maddelerin ayrı ayrı özel hastane piyasasına yönelik satışları olarak kabul edilmiştir.
- (12) İlgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak tanımlanmıştır.

### **G.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme**

#### **G.3.1. Bildirim Konusu Sözleşmeler**

- (13) MSD ile İNCİ ve BENZOL arasında akdedilen ve özel hastanelerin ihtiyaçlarının karşılanması doğrultusunda, sözleşme konusu ilaçlar için her türlü ihale, teklif toplanması, pazarlık, doğrudan alım ve/veya sair yollarla yapılan her türlü ilaç alım-satım sürecine iştirak edilerek teklif verilmesi ve söz konusu ilaçların hastanelere tedarik edilmesi hususunda İNCİ ve BENZOL'ün münhasıran yetkilendirilmesine olanak sağlayan Sözleşmeler'e bireysel muafiyet tanınması talep edilmiştir.
- (14) MSD ile İNCİ ve BENZOL arasında yapılan Sözleşmeler uyarınca;
  - MSD'ye ait Bridion, Esmeron, Cancidas ve Cubicin adlı ürünlerin temininin münhasıran İNCİ tarafından yapılması,
  - MSD'ye ait Keytruda, Invanz, Remicade, Emend, Noxafil, Diprospan ve Celestone adlı ürünlerin temininin münhasıran BENZOL tarafından yapılması,
  - İNCİ ve BENZOL'ün söz konusu ürünleri münhasıran MSD'den sağlayarak, Türkiye sınırları içerisinde bulunan tüm özel hastanelere tedarik etmesi planlanmaktadır.
- (15) Sözleşmeler'in 4.2.4. maddesi uyarınca, aşağıdaki durumlarda MSD, bizzat kendisi veya atayacağı herhangi bir diğer depo vasıtasıyla, münhasırlık kapsamında olsa dahi ilgili ihaleye katılabilecektir:
  - Sözleşmeler'de yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi,
  - İNCİ ve BENZOL'ün ilgili temin sürecine teklif vermeyeceğini belirtmesi veya ilgili temin sürecine iştirak edilmesi için aranan şartları taşıması,
  - Ödemelerde gecikmeye/temerrüde düşülmesi,
  - Özel hastanelerin alım taleplerine dair temin süreçlerinin etkin takibinin yapılmaması veya teklif hazırlanmamış olması,

<sup>3</sup> MSD'nin anlaşma doğrultusunda satış gerçekleştirmek istediği hastanelerden biri olan Bezmi Alem Vakıf Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinin açık eksiltme ihalesi yöntemi ile ilaç alımı yaptığı belirtilmiştir.

- İNCİ ve BENZOL'ün herhangi bir sebeple ilaç tedarik edemez duruma gelmesi,
  - Sözleşme fesih bildiriminde bulunulması veya sözleşme sürelerinin sonlanması.
- (16) Sözleşmeler'in "Rekabet Etmeme Yükümlülüğü" başlıklı 13. maddesi uyarınca, İNCİ ve BENZOL'ün sözleşme konusu ürünlere ilişkin açılan ihalelere rakip herhangi bir ürün için katılamayacağı ve hangi ürünlerin bu ürünler ile rakiplik ilişkisi içinde olup olmadığı hususunda ise nihai takdir yetkisinin MSD'ye bırakıldığı düzenlenmekle birlikte, MSD'nin Sözleşmeler'e konu ürünlerin rakibi olarak aynı etkin maddeye sahip, jenerik olan ürünleri değerlendirdiği ifade edilmektedir.
- (17) Bununla beraber, MSD'nin stoklarının elverişsiz olması gibi mücbir sebepler dolayısıyla ilaç tedarik edemeyecek bir duruma gelmesi halinde, İNCİ ve BENZOL'ün rakip ürünler ile ihalelere katılmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığı, Sözleşmeler'in bitim veya feshinden sonraki süreç için ise İNCİ ve BENZOL'ün herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.
- (18) Sözleşmeler'in 4.1.4. maddesinde ise İNCİ ve BENZOL'ün MSD'ye ait ilaçların temin sürecinde teklif verebilecekleri fiyatı belirlemede serbest oldukları hükmü yer almakla beraber, Sözleşmeler'de İNCİ ve BENZOL'ün alış ve/veya satış fiyatı yahut indirimler gibi kendi ticari kararlarını özgürce alabilmelerini engelleyecek herhangi bir hüküm bulunmadığı da Bildirim Formunda ayrıca ifade edilmiştir.
- (19) Sözleşmeler'in 4.1.7. maddesi uyarınca aksi açıkça ve yazılı şekilde taraflar arasında anlaşılmadıkça MSD'nin İNCİ ve BENZOL'e yapacağı satışlardaki tedarik fiyatları, sözleşme süresi içerisinde yapılacak güncellemeler hariç olmak üzere, akdedilen Sözleşmeler'in eklerinde yer almaktadır.
- (20) Bununla birlikte, Sözleşmeler'in 4.2.3. maddesi uyarınca, herhangi bir temin süreci kapsamında, MSD kendi takdiri dâhilinde İNCİ ve BENZOL'e resmi fiyatlar üzerinden iskonto ve/veya vade uygulayabilme hakkına sahiptir.
- (21) Sözleşmeler'in 9. maddesine göre, Sözleşmeler'in süresi imza tarihinden itibaren bir yıl olmakla beraber, taraflardan birinin süre bitiminden en az on beş gün önce karşı tarafa ilgili sözleşmenin uzamasını istemediğini yazılı olarak bildirmemesi halinde Sözleşmeler zımnen bir yıl daha uzayacaktır. Sözleşmeler, her halükarda yürürlük tarihinden itibaren beş yıldan daha uzun süre yürürlükte kalmayacaktır.

### **G.3.2. 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi ve 2002/2 sayılı Tebliğ Bakımından Değerlendirme**

- (22) Bildirim konusu Sözleşmeler'de yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte Sözleşmeler'de münhasırlık düzenlenmiş ve rekabet etmeme yükümlülüğüne yer verilmiştir. Sözleşmeler'in bu düzenlemeler nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu anlaşılmıştır.
- (23) Diğer taraftan Sözleşmeler, ilaç sektöründe üretici olarak faaliyet gösteren MSD ile alt pazarda toptan satış faaliyeti yürüten İNCİ ve BENZOL arasında akdedilmiş olup, rekabet hukuku bağlamında dikey anlaşma niteliğindedir. 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. maddesinin ikinci fıkrası *"Bu Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanır."* şeklindedir. Bununla beraber, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un 46. paragrafında, *"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.” ifadesi yer almaktadır.

- (24) Yukarıda ilgili ürün pazarı için sunulan açıklamalar çerçevesinde, mevcut dosya bakımından söz konusu 11 ürünün her birinin etkin maddesinin temel alınabileceği ve bu etkin maddelerden her birinin özel hastaneye satışlar bakımından ayrı birer ilgili ürün pazarı teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır. MSD ile İNCİ ve BENZOL arasında imzalanan Sözleşmeler’in konusu olan ürünlerin etkin maddelerine göre pazar paylarına aşağıda yer verilmektedir.

Tablo 1- Sözleşme Konusu Ürünlerin Hastane Piyasasına Yönelik Satışlarına Göre TL Bazında Pazar Payları (%)

İlaç	Etkin Madde	2016	2017	2018
Bridion	Sugammadex	(.....)	(.....)	(.....)
Esmeron	Rokuronyum bromur	(.....)	(.....)	(.....)
Cancidas	Kaspofungin	(.....)	(.....)	(.....)
Cubicin	Daptomisın	(.....)	(.....)	(.....)
Keytruda	Pembrolizumab	(.....)	(.....)	(.....)
Invanz	Ertapenem	(.....)	(.....)	(.....)
Remicade	İnfliksımab	(.....)	(.....)	(.....)
Emend	Aprepitant	(.....)	(.....)	(.....)
Noxafil	Posaconazole	(.....)	(.....)	(.....)
Diprospan	Betametazon dipropiyanat+betametazon sodyum fosfat)	(.....)	(.....)	(.....)
Celestone	Betametazon asetat +betametazon disodyum fosfat	(.....)	(.....)	(.....)

- (25) Tablo 1’de Sözleşmelere konu ürünlerden Esmeron ve Cancidas’ın etkin madde temelinde hesaplanan pazar paylarının %40 eşiğinin altında olduğu görülmektedir. Bu bağlamda MSD ve İNCİ arasında imzalanan Sözleşmeler bu iki ürün açısından 2002/2 sayılı Tebliğ’in kapsamı dışında kalmaktadır.
- (26) MSD’nin İNCİ ile yaptığı Sözleşme; münhasır dağıtım yetkisinin kapsam ve koşulları ile İNCİ’nin uygulayacağı ihale fiyatlarına yönelik herhangi bir kısıt bulunmaması açısından 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumludur. Benzer şekilde, Sözleşme’de yer alan rekabet etmeme yükümlülüğü, süre ve taraflar yönüyle 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5. maddesi bakımından herhangi bir aykırılık teşkil etmemektedir. Dolayısıyla pazar payı %40’ın altında olan Esmeron ve Cancidas ürünleri bakımından, MSD ve İNCİ arasında yapılan Sözleşme’nin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanabileceği sonucuna ulaşılmıştır.
- (27) Diğer yandan,
- MSD ile İNCİ arasında imzalanan Sözleşme için, Bridion ve Cubicin ürünleri bakımından,
  - MSD ve BENZOL arasında imzalanan Sözleşme için ise, ilgili tüm ürünler bakımından,

söz konusu dokuz ürünün<sup>4</sup> pazar paylarının %40’ın üzerinde olması nedeniyle aşağıda 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi bakımından bireysel muafiyet değerlendirilmesi yapılmıştır.

### G.3.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

- (28) Bireysel muafiyet koşullarının karşılanıp karşılanmadığının değerlendirilmesine

<sup>4</sup> Keytruda, Invanz, Remicade, Emend, Noxafil, Diprospan, Celestone, Bridion ve Cubicin adlı ürünler.

geçilmeden önce, ilaç üreticileri ve ecza depoları arasında akdedilen benzer nitelikli dikey anlaşmaların hangi durumlarda rekabeti sınırlandırabileceğinin irdelenmesinde fayda bulunmaktadır.

- (29) İlk olarak, birbirleriyle rakip olan ürünlerin tedarikçilerinin aynı ecza deposuyla ayrı ayrı münhasırlık ilişkiler kurması durumunda rekabet kısıtlanabilmektedir. Şöyle ki, ilaç ihalelerinde rakip ürünler için münhasıran yetkilendirilen bir ecza deposu, söz konusu ürünlerden yalnız bir tanesi için teklif sunabilecek, dolayısıyla diğer ürün veya ürünler ihalede temsil edilememiş olacak ve bu durumda da ihalede rekabet ortamının oluşması engellenmiş olacaktır<sup>5</sup>.
- (30) Bu bakımdan ilaç sağlayıcıları ile ecza depoları arasında kurulan anlaşmalarda yer alan rekabet etmeme yükümlülüğü, rakip ürünlerin aynı ihalede teklif edilebilmesini sağlamaktadır. Ancak bu yükümlülüğün kapsamının, sözü edilen faydalar ile orantılı olması gerekmektedir. 28.01.2010 tarih ve 10-10/98-45 sayılı Kurul kararına konu sözleşmeler ile özetle, üç coğrafi bölge belirlenerek her bir ecza deposu bir bölgede münhasıran yetkili kılınmıştır. Ancak ecza depolarına getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü tüm Türkiye'yi kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Kurul; söz konusu hükmün bu haliyle anlaşmalar ile hedeflenen faydaların elde edilmesi için zorunlu olandan daha kısıtlayıcı olduğunu değerlendirmiş, bu yükümlülüğün münhasır bölge ile sınırlı tutulması durumunda anlaşmalara bireysel muafiyet tanınabileceğini belirtmiştir.
- (31) İlaç sağlayıcıları ve ecza depoları arasında kurulan dikey anlaşmalar az sayıda üniversite hastanesinin tercih ettiği bilinen grup ihaleleri bakımından da rekabetçi endişeler doğurabilecektir. Şöyle ki, bazı istisnai durumlarda hastaneler, bir grup ihale kaleminin tamamı için tek bir teklif isteyebilmektedir. Grup ihalesine konu ürünlerden birinin bile münhasır bir anlaşma kapsamında olması ve bunun piyasada jeneriğinin bulunmaması durumunda, söz konusu ilaç için münhasıran yetkilendirilen ecza deposu dışındaki diğer depoların ihaleye katılması mümkün olmayacak ve ihalelerde rekabet ortamı doğmayacaktır<sup>6</sup>. Bu sebeple, benzer konulu dikey anlaşmalar genellikle grup ihalelerini kapsamlarına almamaktadır.
- (32) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki anlaşmalar 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen koşulların tümünün varlığı halinde 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. Aşağıda bildirim konu Sözleşmeler 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan koşullar bakımından değerlendirilmektedir.

### **G.3.3.1. Malların Üretim veya Dağıtımı ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması**

- (33) Başvuru konusu anlaşma ile malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması ile anlaşmanın ekonomiye yapacağı somut katkı anlaşılmalıdır.
- (34) Mevcut bildirimde, muafiyet verilmesi talep edilen dağıtım sistemi ile eksiltme yöntemli ihalelere daha fazla katılım suretiyle ve siparişleri sistemli bir şekilde takip ederek özellikle dağıtımda etkinlik ve maliyet tasarrufunun sağlanacağı ifade edilmektedir. Bu doğrultuda anlaşma ile satış, pazarlama, teslimat, yönetim ve denetim süreçlerinin fazlalaşıp karmaşıklaşmasının önüne geçileceği, böylece ek maliyetlerin azaltılacağı belirtilmektedir. Bu maliyetlerin sipariş takibi, faturalama takibi, teslimat süreci ve takibi, düzenli aralıklarla cari hesap ve risk hesap takibi, mali yeterlilik ve kurumsal yapı takibi,

<sup>5</sup> 20.08.2014 tarih ve 14-29/588-255 sayılı Kurul kararı

<sup>6</sup> 12.11.2014 tarih ve 14-45/809-365 sayılı Kurul kararı

teslimat seviyesi takibi ve alacak sigorta takibi vb. kalemlerden oluştuğu dile getirilmiştir.

- (35) Özel hastanelerin ihale usulünün kamu ihaleleri mevzuatındaki yöntemlere bağlı olmaması ve her hastanenin ilaç tedarikinin farklı usullerde gerçekleştirilmesi gibi hususlar özel hastanelerin taleplerinin tamamının karşılanabilmesi için üretici firmanın bir dağıtım sistemi kurmasını gerektirmektedir.
- (36) Başvuruda, dağıtım ağının oluşturulmasının yatırım, zaman, enerji ve kaynak gerektiren riskli bir faaliyet olduğu; dolayısıyla MSD'nin ürünlerinin Sözleşmeler kapsamındaki hastanelere satışı ve dağıtımını noktasında İNCİ ve BENZOL'den başka bir dağıtıcı ile muhatap olmasının işlem maliyetlerini yükselteceği ifade edilmiştir. Bu maliyetlerin yeni onay süreçleri ve bürokratik süreçler başta olmak üzere satış, pazarlama, teslimat, yönetim ve denetim süreçlerini kapsayacağı belirtilmiş olup ürünlerin gereğinden fazla sayıda ecza deposu üzerinden dağıtılmasının operasyonel, finansal ve ticari riskleri de artıracığı dile getirilmiştir.
- (37) Sözleşmeler'in hükümleri incelendiğinde, mevcut bildirimde elde edileceği belirtilen gelişme ve iyileşmelerin hayata geçirilmesine yönelik olan, tarafları sorumlu kılan somut düzenlemelerin aşağıdaki gibi olduğu görülmüştür:
- İNCİ ve BENZOL, hastanelerin ihtiyaçlarını ve tedarik süreçlerini takip etmeyi, bu süreçlere kendi nam ve hesabına katılmayı, bunlar için varsa gereken dosya ve dokümantasyonu usulüne uygun olarak hazırlamayı, en uygun teklifi vererek ilaçların satılması için azami çabayı göstermeyi, ilaç tedarikine hak kazandığı ilaçları ilgili mevzuat ve temin süreci gereklerine uygun olarak teslim etmeyi ve iştirak edilecek tüm temin süreçleri ile yapılacak satışlar hakkında MSD'yi derhal yazılı olarak bilgilendirmeyi kabul ve taahhüt edecektir (4.1.1. madde).
  - MSD Sözleşmeler'e konu ilaçların ilgili hastanelere tedarik edileceğine dair yazılı siparişin/belgenin kendisine ibraz edilmesinin ardından, taraflar arasında kararlaştırılmış şartlar doğrultusunda MSD stokları dairesinde ürünleri İNCİ ve BENZOL'e tedarik edecektir (4.2.1. madde).
  - İNCİ ve BENZOL, herhangi bir temin sürecinde taahhütte bulunmadan önce MSD'den ilgili ilaçların stok durumu, teslimata ilişkin bilgileri ve MSD'nin ilaçları sağlayacağı teyidini haftalık olarak almak zorundadır (4.2.2. madde).
  - MSD tamamen kendi takdirinde olmak üzere, ilgili temin sürecinin niteliğine ve rekabet koşullarına göre İNCİ ve BENZOL'e iskonto ve/veya vade uygulayabilecektir (4.2.3. madde).
  - Fesih hakları saklı kalmak kaydıyla Sözleşmeler'de düzenlenen hallerde MSD bizzat kendisi veya atayacağı herhangi bir diğer depo vasıtasıyla, münhasırlık kapsamında olsa dahi ilgili ihaleye katılabilecektir (4.2.4. madde).
- (38) Yukarıda özetlenen düzenlemeler ile taraflar; arzda devamlılık, siparişe uygun planlama yaparak maliyet tasarrufu ve stok yönetimi ile etkinlik sağlamayı planlamaktadır.
- (39) Sözleşmeler'in 11. maddesinde, İNCİ ve BENZOL'ün taraf oldukları sözleşmenin herhangi bir hükmünü ihlal etmesi ve ihlalin giderilmemesi halinde cezai şart ödemek durumunda kalacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm, Sözleşmeler'in 4.2.1. hükmü -İNCİ ve BENZOL'ün özel hastanelerin sözleşme konusu ilaçlarının tamamını temin etmesi süreçlerini takip etmeyi taahhüt etmesi- ile birlikte değerlendirildiğinde; MSD'nin Türkiye pazarında Sözleşmeler'e konu ilaçların temin süreçlerini verimli olarak yürütmekte istekli olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca ihalelerin takibinde

gösterilecek özensizliğin cezai şarta bağlanması, jeneriği olan ilaçlar bakımından markalar arası rekabetin artmasına katkı sağlayacak mahiyettedir.

- (40) Diğer yandan, MSD tarafından özel hastanelerin Bridion ve Emend ürünlerinin sipariş adetleri paylaşılarak Sözleşmeler'in yürürlüğe girmesini takiben, bu hastanelere yıllık yaklaşık olarak (.....) kutu Bridion ve (.....) kutu Emend ulaştırılmasının hedeflendiği ifade edilmiştir.
- (41) Bu bilgiler ışığında, bildirim konusu Sözleşmeler'in 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen koşulu sağladığı kanaatine varılmıştır.

### **G.3.3.2. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması**

- (42) Mevcut bildirim konu Sözleşmeler'e benzer nitelikli hükümler taşıyan geçmiş tarihli Kurul kararlarında<sup>7</sup>; ihale satış anlaşmalarının mal arzında devamlılığı sağlayarak tüketicilere faydalı olduğu belirtilmiştir. İlgili kararlar doğrultusunda, bildirim konusu Sözleşmeler ile gerçekleştirilecek temin sürecinin hastanelerin daha düşük fiyatlarla alım yapabilmelerini sağlayacağı ve ilgili depodan ürün teminini kolaylaştıracağı değerlendirilmektedir.
- (43) Yine hastane eczanelerinin yatan hasta ilaçlarını karşılaması ve dolayısıyla hastane eczanelerinin stok problemi olması halinde, temin edilemeyen ilaçların serbest eczanelerden satın alınması gerekmektedir. Bu durumda, tedavi aksamakta ve zaman kaybı söz konusu olmaktadır. Sözleşmeler ile arzda devamlılığın temin edilmesi ile yatan hastaların tedavi süreçlerinin iyileştirileceği kanaati oluşmuştur.
- (44) Diğer yandan üretici ilaç firmalarının ecza depolarıyla münhasır çalışmasının bu ecza depolarına daha fazla iskonto uygulanmasını ve daha uzun vade verilebilmesini sağlayacağı değerlendirilmektedir.
- (45) Bu bilgiler ışığında, Sözleşmeler'in hastanelere ilaç temininde devamlılık sağlaması ve dolayısıyla nihai tüketici konumundaki hastaların ürünlere ulaşabilmesini kolaylaştırması yönüyle Sözleşmeler'in 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ifade edilen tüketici faydası koşulunu sağladığı kanaatine varılmıştır.

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

- (46) Dikey anlaşmalarda düzenlenen münhasırlık yükümlülüğünün rakip sağlayıcıların veya depoların hastane kanalına erişimini sınırlandırması rekabetçi endişelere sebep olabilecektir. Söz konusu durumun rekabetçi endişe doğurması için gerçekçi olması ve ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına neden olması gerekmektedir.
- (47) IMS (*International Medical Statistics*) verilerine göre Türkiye'de hâlihazırda faaliyet gösteren 717 ilaç firması bulunmakta olup son üç yılda sekiz ilaç firması pazarda faaliyet göstermeye başlamıştır. Mevcut durumda 533 şube ile 240 ecza deposu bulunmaktadır. Bu doğrultuda bir ilaç firmasının çok sayıda alternatif depo ve her bir deponun çok sayıda alternatif ilaç firması ile çalışma imkânı olduğu ve 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen koşulu sağladığı kanaatine varılmıştır.

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

<sup>7</sup> 29.03.2018 tarih ve 18-09/160-80 sayılı, 17.01.2013 tarih ve 13-05/47-24 sayılı, 23.02.2012 tarih ve 12-08/242-73 sayılı Kurul kararları.



- (48) Muafiyet şartlarının sonuncusunun karşılanabilmesi için; Sözleşmeler'in, taraflar arasında kurulan ilişkiden beklenen faydaların sağlanabilmesi bakımından, rekabeti zorunlu olandan daha fazla kısıtlamaması gerekmektedir.
- (49) Aynı etkin maddeli ve ihalelerde rakip olabilecek ilaçların sağlayıcılarının aynı ecza deposu ile ayrı ayrı münhasır anlaşmalar yapmasının, söz konusu etkin madde ihalelerinde rekabeti sınırlandıracağı yukarıda açıklanmıştır. İhale satışlarını düzenleyen anlaşmalarda rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunması, belirtilen riski bertaraf etmektedir. Mevcut dosya açısından, özel hastanelerin tedarik süreçlerinde aynı ecza deposu ile ayrı ayrı münhasır anlaşmalar yapılmasının rekabeti sınırlandıracağı ve Sözleşmeler'de rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunmasının belirtilen riski bertaraf ettiği değerlendirilmektedir.
- (50) MSD tarafından, BENZOL ve İNCİ'ye getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün sözleşme süresince devam edeceği, Sözleşmeler'in 9. maddesine göre, sözleşme yürürlük süresinin kural olarak bir yıl olduğu ve feshedilmediği takdirde sözleşme süresinin en fazla beş yıla kadar uzatılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla rekabet yasağının süresinin 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde öngörülen beş yıllık süreyi aşmadığı değerlendirilmektedir. Ayrıca Bildirim Formunda MSD, rekabet etmeme yükümlülüğünün ilgili ürünlerin etkin maddeleri ile sınırlı olduğunu belirtmiştir. İlgili ürün pazarının etkin madde bazında tespit edilmesi karşısında, rekabet etmeme yükümlülüğünde ilgili ürünlerin etkin maddeleri ile sınırlandırılmasının, dikey anlaşmadan beklenen faydalarla orantılı olduğu kanaatine varılmıştır.
- (51) Yine Sözleşmeler'in 13. maddesi uyarınca MSD'nin, stoklarının elverişsiz olması gibi sebeplerle Sözleşmeler'e konu ilaçları tedarik edememesi halinde, İNCİ ve BENZOL'ün rekabet etmeme yükümlülüğünün ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm ile MSD'den kaynaklanan gerekçelerin ihalelere katılımı engellemesinin önüne geçilmiştir. Bu halde MSD'nin onayı aranmamakta olup piyasada anti-rekabetçi bir endişenin doğmasının önüne geçilmektedir.
- (52) Bu bağlamda, Sözleşmeler'in 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen koşulu da karşıladığı kanaatine varılmıştır.
- (53) Yukarıda yer verilen tespitler doğrultusunda bildirim konu Sözleşmeler'in 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamı dışında kalan ürünler bakımından 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki şartları sağladığı ve bu Sözleşmeler'e bireysel muafiyet tanınabileceği değerlendirilmektedir.

## H. SONUÇ

- (54) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,
- Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. ile İnci Ecza Deposu Tic. Ltd. Şti. ve Benzol Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti. arasındaki bildirim konu sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,
  - Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti.'nin İnci Ecza Deposu Tic. Ltd. Şti. ile yaptığı sözleşmenin Esmeron ve Cancidas ürünleri bakımından 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına,
  - Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti.'nin İnci Ecza Deposu Tic. Ltd. Şti ile yaptığı sözleşmeye Bridion ve Cubicin ürünleri bakımından; Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti.'nin Benzol Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti. ile yaptığı sözleşmeye ise sözleşmeye konu tüm ürünler bakımından bireysel muafiyet tanınmasına

**19-40/648-275**

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