

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2010-1-350 (Menfi Tespit)
Karar Sayısı : 11-04/59-22
Karar Tarihi : 19.01.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, Mehmet Akif ERSİN,
İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY,
Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : Cumhur Atalay HATİPOĞLU, Çiğdem ÜNAL

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: Schering Plough Tıbbi Ürünler Ticaret A.Ş.
Temsilcisi Av. Nilüfer ÇAKMAKLI, Av. Esmâ Gül NALBANTOĞLU
Yarsuvat&Yarsuvat Hukuk Bürosu, Eski Büyükdere Cad.
Park Plaza No:22 Kat:11 34398 Maslak/İstanbul

D. İLGİLİ TARAF

: - Schering Plough Tıbbi Ürünler Ticaret A.Ş.
Büyükdere Cad. No:127 B Blok Kat:8 Esentepe İstanbul
- Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş.
Yukarı Dudulu Mah. Bayraktar Cad. Söyleşi Sok.
No:6 Ümraniye/İstanbul
- Gül Ecza Deposu
Merkez Mah. Güngören cad. 9. Sok. No:23 Bağcılar/İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Schering Plough Tıbbi Ürünler Ticaret A.Ş. (Schering) ile Özsel Ecza Depoları Ticaret ve Pazarlama A.Ş. ve Gül Ecza Deposu (Depolar) arasında ayrı ayrı imzalanan "Satım Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 24.12.2010 tarih ve 9611 sayı ile giren başvuru üzerine düzenlenen 12.01.2011 tarih, 2010-1-350/MM-11-363.CAH sayılı Menfi Tespit Ön İnceleme Raporu, 14.01.2011 tarih ve REK.0.05.00.00-110/9 sayılı Başkanlık önergesi ile 11-04 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da, bildirim yapılan "Satım Sözleşmesi"ne menfi tespit verilmesi gerektiği görüşüne yer verilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

Bildirim konusu işlem hakkında yapılacak değerlendirmeleri ve ulaşılabilecek sonucu değiştirmemesi nedeniyle, bu dosya özelinde ilgili pazar tanımı yapılmamıştır.

H.2. Bildirim Konusu İşlem ve Sözleşmenin Niteliği

Bildirim konusu Sözleşme, Schering'in ruhsat sahibi olduğu "Noxafil 40 mg/ml Oral Süspansiyon" adlı ilacın talep edildiği hastane ihalelerine, ilgili bölgelerdeki Depoların katılımını konu edinmektedir. Ayrıca Schering tarafından ilgili bölgede sözleşmenin tarafı

11-04/59-22

olan ve ihaleyi alan depoya münhasıran satış yapılmasına ilişkin olarak tarafların hak ve yükümlülükleri düzenlenmektedir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

50 Tarafların başvurusu, dosya kapsamındaki Sözleşme'ye menfi tespit verilmesi talebini içermektedir. 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre, bir sözleşmenin menfi tespit alabilmesi için, aynı Kanunun 4., 6. ve 7. maddelerine aykırı olmaması gerekir. Buna göre, herhangi bir birleşme/devralma işlemi içermediğinden 7. maddeye aykırılığı ileri sürülemeyecek olan bildirim konusu Sözleşme'nin, Kanunun 4. ve 6. maddelerine aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

H.3.1. Kanunun 4. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

Sağlayıcı Schering ile dağıtıcı Depolar arasındaki dikey nitelikte bir anlaşma olan sözleşmenin 4.1.1. maddesi uyarınca, Depolar buldukları bölgede sözleşme konusu ürüne yönelik olarak açılacak tüm ihaleleri takip edecek ve bunlara kendi nam ve hesabına iştirak edecektir. Sözleşme'nin 4.1.2. maddesinde ürüne yönelik olarak ihalede teklif edilecek fiyatların ise Depolar tarafından belirleneceği belirtilmektedir. Sözleşmenin gerek söz konusu maddeleri gerekse geneli incelendiğinde, bildirim konusu dikey ilişkide alıcı konumundaki Depolara, rekabet yasağı olarak değerlendirilebilecek nitelikte ve Kanun'un 4. maddesi kapsamında herhangi bir sınırlama getirilmediği görülmektedir.

60 Sözleşme, sağlayıcı konumunda bulunan Schering yönünden incelendiğinde ise, firmanın hak ve yükümlülüklerini düzenleyen 4.2.1. maddesine göre, Depoların ihaleyi kazandıklarına dair resmi belgeyi kendisine ulaştırmasının ardından sözleşme konusu ürünleri Depolara teslim edeceği anlaşılmaktadır. Sözleşmenin 4.2.2. maddesinde ise; Schering'in ihaleyi kazanan Depolara münhasıran satış yapma yükümlülüğünde olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak bunun istisnaları olarak, hastaneler tarafından doğrudan Schering'den ilaç talep edilmesi durumu ve toplu alım ihaleleri gösterilmiştir.

70 Sözleşmenin bu maddesinin, Özsel ve Gül dışındaki diğer ecza depolarının sözleşme konusu ürün için açılan ihalelere katılmasını engelleyip engellenmediği, engellemiyor ise Schering'in diğer depolara ihaleyi kazanmaları halinde sözleşme konusu ürünü sağlayıp sağlamayacağı -Sözleşmenin Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bakımından- önem kazanmaktadır. Anılan maddedeki "münhasıran" ifadesi, ilgili ürünlerin her koşulda sadece Depolara tedarik edileceği anlamında olabileceği gibi, sadece ihaleyi kazanması koşulunu yerine getirdiği takdirde Depolara satış yapılacağı anlamına da gelebilecektir. İlk durum Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bir anlaşmaya, ikinci durum ise aynı madde kapsamında bir değerlendirme yapılmasını gerektirmeyen bir sözleşme maddesine işaret edebilecektir.

80 Bildirim formundan ve Sözleşme hükümlerinden anlaşılmaktadır ki; Özsel ve Gül dışındaki depolar da sözleşme konusu Schering ürünü için ihalelerde teklif verebilmekte ve kazanmaları halinde Schering tarafından bu depolara da ürün temin edilebilmektedir. Dolayısıyla ilgili maddenin Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilme imkanı bulunmamaktadır. Sözleşmenin diğer maddelerinde de Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde rekabeti sınırlayıcı bir başka hüküm yer almadığından, bildirim konusu Sözleşmelerin 4. madde kapsamında bulunmadığı değerlendirilmektedir.

11-04/59-22

H.3.2. Kanunun 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

90 Başvuru konusu sözleşme, "Noxafil 40 mg/ml Oral Süspansiyon" markalı ürünlerin sağlık birimlerinin açtığı ihalelerde satışını konu edinmektedir. Bu ürün, posaconazole etkin maddesi içermekte olup, bildirim formunda aynı etken maddeye sahip bir ilacın piyasada bulunmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, en geniş tanımla posaconazole etkin maddeli ilaçların oluşturduğu pazarda Schering'in 2009 ve 2010 yıllarına ait payının %100 olduğu anlaşılmaktadır. Bu pay oranıyla, Schering'in ilgili pazarda hâkim durumda olma ihtimali oldukça yüksektir.

100 Schering'in söz konusu pazarda hâkim durumda olduğu varsayımı altında, bildirim konusu Sözleşme ile hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, başvuru konusu sözleşmenin mevcut haliyle Özsel ve Gül haricindeki diğer depoların Schering'den sözleşme konusu ürünü tedarik etmesinin önüne geçip geçmediğidir. Zira bu durumda Schering'in hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı hakkında değerlendirme yapma gereği ortaya çıkacaktır. Ancak daha önceki bölümde ifade edildiği gibi, Sözleşme, sözleşmeye taraf olmayan diğer depoların ihalelere katılmasının ve kazanmaları halinde Schering'den ürün temin etmesinin önünde engel oluşturmayacak biçimde tasarlanmıştır. Dolayısıyla, başvuru konusu sözleşme özelinde Schering'in hakim durumunu kötüye kullandığını iddia etmek mümkün görünmemektedir.

Sonuç olarak, Schering ile Depolar arasında imzalanan bildirim konu Sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4., 6. ve 7. maddelerine aykırı olmadığı ve anılan Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilebileceği kanaatine varılmıştır.

I. SONUÇ

110 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Schering Plough Tıbbi Ürünler Ticaret A.Ş. ile Özsel Ecza Depoları Ticaret ve Pazarlama A.Ş. ve Gül Ecza Deposu arasında ayrı ayrı imzalanan "Satım Sözleşmesi"ne 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.