

Rekabet Kurumu Başkanlığından,
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2015-3-56 (Muafiyet)
Karar Sayısı : 15-38/615-209
Karar Tarihi : 16.10.2015

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Fevzi ÖZKAN, Dr. Metin ARSLAN,
Doç. Dr. Tahir SARAÇ, Kenan TÜRK

B. RAPORTÖRLER : Cumhur Atalay HATİPOĞLU, Ferhat BOZKAYA

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : - Johnson and Johnson Sıhhi Malzeme San. ve Tic. Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Necati Berkhan ÇELEN
Bağdat Cad. No:158/14 Feneryolu/İstanbul

(1) **D. DOSYA KONUSU:** Johnson and Johnson Sıhhi Malzeme San. ve Tic. Ltd. Şti. ile Aksel Ecza Deposu Tic. A.Ş. ve Boğaziçi Ecza Deposu Sağlık Hiz. İth. İhr. Ltd. Şti. arasında ayrı ayrı akdedilen "İhale Satış Sözleşmesi" başlıklı 2 adet sözleşmeye muafiyet tanınması talebi.

(2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 26.08.2015 tarihinde giren bildirim ve 02.10.2015 tarihinde giren ek bilgiler üzerine düzenlenen 06.10.2015 tarih ve 2015-3-56/MM sayılı Muafiyet Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

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

- Johnson and Johnson Sıhhi Malzeme San. ve Tic. Ltd. Şti. (JOHNSON) ile Aksel Ecza Deposu Tic. A.Ş. (AKSEL ECZA) ve Boğaziçi Ecza Deposu Sağlık Hiz. İth. İhr. Ltd. Şti. (BOĞAZIÇI ECZA) arasında ayrı ayrı akdedilen "İhale Satış Sözleşmesi" başlıklı sözleşmelerin 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 anılan sözleşmeye menfi tespit belgesi verilemeyeceği,
- Anılan sözleşmelerin sağlayıcısı konumundaki JOHNSON'ın pazar payının, en geniş tanımlamada dahi, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin (2002/2 sayılı Tebliğ) 2. maddesinde belirlenen eşiği aşması nedeniyle sözleşmelerin grup muafiyetinden yararlanamayacağı,
- Sözleşmelere 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamının karşılanması nedeniyle bireysel muafiyet tanınabileceği

ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Taraflar

G.1.1. JOHNSON

(4) 1986 yılında kurulan JOHNSON, 60 ülkede 275 iştiraki aracılığıyla faaliyet göstermektedir. Türkiye'de bebek bakım ürünleri, yetişkinlere yönelik harciilem, seçici cilt ve saç bakım ürünleri, hijyenik kadın ürünleri, ağız bakım ürünleri, güneş ürünleri, reçetesiz ilaçlar, kan ölçüm cihazları ve kontak lensler alanlarında faaldir.

G.1.2. AKSEL ECZA

- (5) 2011 yılında kurulan ve Selçuk Ecza Holding'in kuruluşu olan AKSEL ECZA, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (4734 sayılı Kanun) kapsamında ilan edilen ihalelere Türkiye genelinde katılım gerçekleştirmektedir.

G.1.3. BOĞAZIÇI ECZA

- (6) 2002 yılında özel hastanelere sağlık hizmeti vermek amacıyla kurulan şirket, halihazırda özel ve kamu hastanelerine hizmet vermektedir.

G.2. İlgili Pazar

G.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (7) Muafiyet başvurusuna konu sözleşmeler, beşeri ilaç üretimi alanında faaliyet gösteren JOHNSON ile temel olarak toptan satış faaliyetiyle iştirak eden iki ecza deposu arasında akdedilmektedir. İlgili sektöre ilişkin Rekabet Kurulu tarafından alınan kararlarda, ürün pazarlarının belirlenmesinde kullanılan sınıflandırmaların temel olarak, ilaçların tedavi edici özellikleri, içerdiği etken maddeler ve pazarda sunumuna ilişkin formları, miktarları, orijinal olup olmaması ve reçeteli ya da reçetesiz satılabilmesine göre oluşturulduğu görülmektedir.
- (8) Beşeri ilaçlara ilişkin sınıflandırma, Rekabet Kurulunun muhtelif kararlarında da belirtildiği üzere, Dünya Sağlık Örgütünün tanımladığı Anatomik Tedavi Sınıflandırması'na (ATC) göre çeşitli gruplara ayrılmaktadır. ATC'nin üçüncü kademesinde (ATC-3), ilaçlar kullanım amaçlarına göre ayrılmakta, aynı tedavi edici özelliklere sahip olan ilaçlar aynı gruba dahil edilmektedir. Daha dar veya daha geniş pazar tanımları mümkün olmakla birlikte, ATC-3 sınıflandırması ilgili ürün pazarı tanımlamalarında temel kabul edilmektedir.
- (9) Rekabet Kurulu, sağlayıcı ilaç firmalarıyla ecza depoları arasında akdedilen ve mevcut dosya ile benzer nitelikte ilişkileri düzenleyen geçmiş tarihli bazı kararlarında¹, ihale kanalında birçok ürün kategorisinde toplu ihtiyaca cevap veren satışların gerçekleştirilmesi, bildirim konu sözleşmelerin ilaç firmasının ürün portföyünü bir bütün olarak kapsaması ve bildirim bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini dikkate alarak belirli bir pazar tanımı yapmamıştır.
- (10) Diğer yandan Rekabet Kurulunun 30.04.2014 tarihli ve 14-16/292-124 sayılı kararında ise ilgili ürün pazarı etken madde bazında tanımlanmıştır. Bu nedenle işbu başvuruya konu dosyaya benzer nitelikli dosyalarda ilgili ürün pazarını tanımlamak için benimsenen yaklaşımların ilgili dosyaların gerekleri doğrultusunda belirlendiği görülmektedir.
- (11) Başvuruya konu sözleşmeler incelendiğinde, gerek sözleşme kapsamında yer alan ilaçlar bakımından gerekse sözleşmelerde yer verilen hükümler bakımından sözleşmelerin birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesini gerektirecek ölçüde bir farklılık olmadığı görülmektedir. AKSEL ECZA ile akdedilen sözleşmeye göre AKSEL ECZA, sözleşmeye konu olan ilaçların Türkiye'de kamu hastaneleri tarafından açılacak olan ihalelere katılım noktasında münhasıran yetkilendirilmiştir. Benzer şekilde BOĞAZIÇI ECZA Türkiye'de sözleşme konusu ilaçlar için özel hastaneler tarafından açılacak olan ihaleleri takip noktasında münhasıran yetkilendirilmiştir. Her iki sözleşme bakımından da 28 adet ilacın kamu ve özel sağlık kuruluşlarına dağıtımını söz konusudur.

¹ 06.04.2012 tarihli ve 12-17/495-138 sayılı "Merck Sharp Dorne/Beşer Ecza Deposu" kararı, 31.05.2012 tarihli ve 12-29/851-251 sayılı "Gilead/Beşer Ecza Deposu" kararı.

- (12) İlgili sözleşmelere muafiyet tanınmasını talep eden bildirimde ilgili ürün pazarı tanımlanmasını gerektiren temel neden, sözleşme kapsamında yer alan ilaçların grup muafiyetinden yararlanıp yararlanmadığının tespiti. Bu tespit için başvuru konusu sözleşmede sağlayıcı konumunda olan tarafın pazar payının %40'ı aşmış olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.
- (13) Bu çerçevede, ATC-3 bazında (geniş) ya da etken madde bazında (dar) yapılacak herhangi bir pazar tanımlamasının, bildirim konusu sözleşmelerin grup muafiyetinden yararlanıp yararlanmadığı hakkındaki değerlendirmeleri etkilemeyeceği anlaşıldığından, bu dosya özelinde bir pazar tanımlanmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

G.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (14) Bildirim konusu iki adet sözleşme uyarınca taraflar, sözleşmelerde yer alan ilaçlar için Türkiye'deki kamu hastaneleri veya özel sağlık kuruluşları tarafından düzenlenen ihalelere katılabilmektedirler. Bu nedenle ilgili coğrafi pazar Türkiye olarak belirlenmiştir.

G.3. Değerlendirme

G.3.1. Bildirime Konu Sözleşmeler

- (15) Bildirime konu sözleşmeler bir bütün olarak incelendiğinde, sözleşmelerde benzer rekabet kısıtlarının olduğu görülmektedir. Bu kapsamda, JOHNSON ve anılan ecza depoları arasında imzalanan sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilecek olan maddelerine aşağıda yer verilmiştir.
- (16) Tek Satıcı Koşulu: Sözleşmelerde, taraf olan ecza depolarına verilen tek satıcılık hakkına ilişkin hususlar yer almaktadır. AKSEL ECZA ile akdedilen sözleşmenin 2. maddesinde sözleşmeye konu ilaçlar için devlet hastaneleri, üniversite hastaneleri, eğitim ve araştırma hastaneleri ile askeri hastanelerce düzenlenen ihalelere AKSEL ECZA'nın münhasıran katılımı hususu düzenlenmiştir. Benzer şekilde BOĞAZIÇI ECZA ile akdedilen sözleşmenin 2. maddesinde de, sözleşmeye konu ilaçlar için özel hastanelerce düzenlenen ihalelere BOĞAZIÇI ECZA'nın münhasıran katılımı hususu düzenlenmiştir. Sözleşmelerin 3.1.2. maddelerinde, JOHNSON'ın taraf ecza depolarına münhasırlık yetkisi verdiği bölge sınırları içerisinde ve sözleşmeye konu ilaçlar için hastanelere doğrudan satış gerçekleştiremeyeceği ve hastanelere satış gerçekleştirmek üzere depo tayin edemeyeceği hususu düzenlenmiştir.
- (17) Sözleşmelerin 5.2. maddelerine göre, grup ihaleleri² ve çerçeve anlaşma ihaleleri münhasırlık kapsamı dışında bırakılmıştır. Sözleşmelerin 5.3. maddelerinde de hastanelerin acil ihtiyaçlarını doğrudan sağlayıcı firmadan temin edebilecekleri hususu düzenlenmiştir. Aynı maddede toplu alım ihaleleri³ konusunda da JOHNSON'ın doğrudan satış yapma yetkisine sahip olduğu görülmektedir.
- (18) Tek Sağlayıcı Koşulu: Sözleşmelerin "Deponun Yükümlülükleri" başlıklı 3.2. maddelerinde, ilgili ecza deposunun ihaleyi kazandığına dair resmi belgeyi sağlayıcıya ibraz etmesinin ardından, sağlayıcının ilaçları ilgili ecza deposuna teslim edeceği hükme bağlanmıştır. Her iki sözleşme bakımından da sağlayıcı firmanın hak sahibi olduğu ilaçlar, ihalelerin kazanılması halinde yine sağlayıcı firmadan temin edilecektir. Dolayısıyla sözleşmelerde JOHNSON tek sağlayıcı konumunda yer almaktadır. Ayrıca sözleşmelerin 3.2.15. maddelerinde, sözleşmelere taraf olan ecza depolarının

² Grup İhaleleri, hastaneler tarafından düzenlenen, farklı ilaç firmalarına ait birden fazla ilacın tek bir liste üzerinden alınımının yapıldığı ihaleleri ifade etmektedir.

³ Toplu Alım İhaleleri, Sağlık Bakanlığı tarafından hastaneler ve sağlık ocaklarının ilaç ihtiyaçlarını karşılamak için ülke çapında veya belirli bir bölgede yapılan ihaleleri ifade etmektedir.

Türkiye’de hastanelerin açacağı ihalelere ve alımlara sözleşme konusu ilaçlara rakip olan başka ilaçlarla katılamayacakları düzenlenmiştir.

- (19) Bölge ve Müşteri Sınırlaması: Her iki sözleşmede de bölge olarak Türkiye sınırları içerisindeki illerin tamamı belirlenmiştir. Bu anlamda sözleşmeler coğrafi bölge bakımından değil, müşteri grubu bakımından ayrılmaktadır. BOĞAZIÇI ECZA, Türkiye sınırları içerisindeki illerde yer alan ve özel hastaneler tarafından düzenlenecek olan ihalelerin takibi noktasında görevlendirilmişken, AKSEL ECZA kamu hastaneleri tarafından düzenlenecek olan ihaleleri takip için münhasıran görevlendirilmiştir.
- (20) Süre: Her iki ecza deposuyla akdedilen sözleşmede de altı aylık sürelerle sözleşmenin kendiliğinden yenilenmesi hususu hükme bağlanmıştır. Bu altı aylık sürelerden önceki 15 gün içinde taraflardan herhangi birinin sözleşmenin yenilenmeyeceğine dair diğer tarafa yazılı bir bildirim yapmaması halinde, sürenin 6 ay daha uzayacağı ve bu şekilde uzayan sürelerin nihai olarak sözleşmelerin yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak 5 yıl geçerli olabileceği düzenlenmiştir.

G.3.2. Menfi Tespit Değerlendirmesi

- (21) Sözleşmelerin 2., 3.1.2., 3.2. ve 3.2.15. maddelerinde yer alan; sözleşmelere taraf olan ecza depolarına sözleşmelere konu ilaçlar için açılacak olan ihalelere katılım için belirli müşteri gruplarında ve coğrafi pazarda münhasırlık tanınmasına, ihalelerin kazanılması halinde taraf ecza depolarının ilgili ilaçları tek sağlayıcıdan temin etme yükümlülüklerine, sözleşmelere konu olan ilaçlara rakip nitelikte değerlendirilebilecek olan ilaçlar için ecza depolarına getirilen rekabet etmeme yükümlülüğüne, sözleşmelere konu olan ilaçlar için ecza depolarına tanınan münhasırlık kapsamında sağlayıcının başka ecza depolarına yetki veremeyeceğine ve aynı zamanda taraf ecza depolarına münhasıran tayin edilen müşteri gruplarına sözleşme hükümleri çerçevesinde doğrudan satış gerçekleştiremeyeceğine ilişkin hükümler nedeniyle sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamına girdiği, dolayısıyla bildirim konu sözleşmelere 4054 sayılı Kanun’un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilemeyeceği kanaatine varılmıştır.

G.3.3. Sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ Çerçevesinde Değerlendirilmesi

- (22) Bildirime konu sözleşmeler, niteliği itibarıyla, ilaç sektöründe üretici olarak faaliyet gösteren JOHNSON ile alt pazarda toptan satış faaliyeti ile iştigal eden ecza depoları arasında akdedilmiş olup rekabet hukuku bağlamında dikey anlaşmalardır.
- (23) 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. maddesine göre 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.
- (24) Bildirime konu sözleşmelerde belirtilen ilaçların etken madde bazında son üç yılda elde ettikleri pazar paylarına ilişkin verilere bakıldığında; 28 adet ilaçtan 14’ünün etken madde bazında jeneriğinin söz konusu olmadığı görülmektedir. Kalan 14 ilacın ise etken madde bazında jeneriği mevcuttur. Aşağıdaki tabloda sözleşmelere konu olan ilaçların isimleri, etken maddeleri ve bu etken maddede 2014 yılı için ciro bazında elde edilen pazar payı verilerine yer verilmiştir.

15-38/615-209**Tablo 1: Sözleşme Kapsamında Yer Alan İlaçlar, Bu İlaçların Etken Maddeleri ve Etken Madde Bazında 2014 Yılında Elde Ettikleri Pazar Payları (%)**

İlaç Adı	Etken Madde	Pazar Payı
Motilium	Domperidone	(.....)
Risperdal	Risperidone	(.....)
Risperdal Consta		(.....)
Xeplion	Paliperidone Palmitate	(.....)
Invega	Paliperidone	(.....)
Concerta	Methylphenidate	(.....)
Topamax ⁴	Topiramate	(.....)
Sibelium	Flunarizine	(.....)
Nizoral ⁵	Ketoconazole	(.....)
Itraspur	Itraconazole	(.....)
Duragesic	Fentanly ⁶	(.....)
Fentanly		(.....)
Jurnista	Hydromorphone	(.....)
Pariet	Rabeprazole	(.....)
Reminly	Galantamine	(.....)
Velcade	Bortezomib	(.....)
Yondelis	Trabectedin	(.....)
Caelyx	Doxorubicin	(.....)
Zytiga	Abiraterone Acetate	(.....)
Prezista	Darunavir	(.....)
Intelence	Etravirine	(.....)
Dacogen	Decitabine	(.....)
Incivo	Telaprevir	(.....)
Rapifen ⁷	Alfentanil	(.....)
Hypnomidate	Etomidate	(.....)
Stelara	Ustekinumab	(.....)

- (25) Tablodan anlaşılacağı üzere, etken madde bazında jeneriği olmayan, dolayısıyla pazar payı %100 olan bu ilaçların yanında etken madde bazında elde edilen pazar payı %40'ın üzerinde olan ilaçlar da mevcuttur.
- (26) Bununla birlikte, ilgili ürün pazarları en geniş haliyle ATC-3 sınıflandırmasına göre tanımlanmış olsa bile 5 ayrı ATC-3 sınıfında JOHNSON'ın payının %40'ın üzerinde olduğu anlaşılmaktadır. İlgili ATC-3 sınıflarında JOHNSON tarafından elde edilen paylara aşağıdaki tabloda yer verilmektedir.

Tablo 2: Sözleşme Kapsamındaki Ürünlerin ATC-3 Sınıfları ve Bu Sınıflarda Elde Edilen Pazar Payları (Ciro bazında-%)

ATC-3 Sınıfı	İlaç Adı	Pazar Payı
A03F Gastroprokinetics	Motilium	(.....)

⁴ Bildirim Formu'nda Topamax ve Top Sprinkl adlı ilaçların birlikte Topamax olarak belirtildiği görülmektedir.

⁵ Nizoral Krem ve Nizoral Medikal Şampuan adlı ürünlerin, Bildirim Formu'nda Nizoral olarak belirtildiği görülmektedir.

⁶ Duragesic ve Fentanly adlı ilaçların her ikisinin de etken maddesinin "Fentanly" olduğu görülmektedir. Fentanly'nin hastane ürünü olmasından dolayı etken madde pazar payının IMS verilerine göre sıfır olarak gözüktüğü ifade edilmiştir.

⁷ İlacın etken madde bazında jeneriği bulunmamasına rağmen, aktif olarak satışı bulunmamaktadır.

N05A Antipsychotics	Risperdal, Risperdal Consta, Xeplion, Invega	(.....)
N06B Psychostimulants	Concerta	(.....)
N03A Anti-Epileptics	Topamax, Top. Sprinkle	(.....)
N02C Anti-Migraine Preps	Sibelium	(.....)
D01A Anti-Fungals Dermatological	Nizoral	(.....)
J02A Syst. Antifungal Agents	Itraspor	(.....)
N02A Narcotic Analgesics	Duragesic, Journista	(.....)
A02B Antiulcerants	Pariet	(.....)
N07D Anti-Alzheimer Products	Reminly	(.....)
L01X All Other Antineoplastics	Velcade, Yondelis	(.....)
L01D Antineoplas. Antibiotics	Caelyx	(.....)
L02B Cyto Hormone Antagonists	Zytiga	(.....)
J05C HIV Antivirals	Prezista, Intelence	(.....)
L01B Antimetabolites	Dacogen	(.....)
J05B Antivirals Excl. Anti-HIV	Incivo	(.....)
N01A Anaesthetics General	Rapifen, Hypnomidate, Fentanyl	(.....)
D05B Syst. Antipsoriasis Prds	Stelara	(.....)

- (27) Bu çerçevede, söz konusu anlaşmalar 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanamamaktadır. Bu nedenle, sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet koşullarını sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmiştir.

G.3.4. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

- (28) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, aynı Kanun'un 5. maddesindeki koşulların varlığı halinde 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer verilen bireysel muafiyet koşulları çerçevesinde bildirim konusu sözleşmeler aşağıda değerlendirilmiştir.

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

- (29) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre bireysel muafiyetten yararlanmanın şartlarından biri, anlaşmayla malların üretim veya dağıtım 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.
- (30) İlaç sektöründe genel olarak sağlayıcı firmalar ihalelere doğrudan katılmamakta, ihale depolarıyla çalışmayı tercih etmektedir. Muafiyet verilmesi talep edilen sistem ile belirli bir bölgede JOHNSON 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 etken madde bazında jeneriği söz konusu olan ilaçlar bakımından markalar arası rekabetin kısıtlanması gibi olumsuz bir sonuç ortaya çıkabilecektir. Yine böyle bir sistemin kurulma maliyeti, üretici firma tarafından maliyetlerin tüketicilere yansıtılması sonucunu doğurabilecektir.

- (31) Her iki sözleşmenin 3.2.8. maddesinde taraf olan ecza depolarının sözleşme kapsamında yer alan ilaçlar için açılacak ihaleleri kaçırmaması halinde ödenmesi gereken bir cezai şartta hükmedilmiştir. Bu durum JOHNSON'ın Türkiye coğrafi pazarında sözleşmelere konu ilaçlar için açılacak tüm ihalelere katılma noktasındaki isteğini gösteren bir unsur olarak değerlendirilebilecektir. İhalelerin takibinde gösterilecek özensizliğin cezai şartta bağlanması, jeneriği olan ilaçlar bakımından markalar arası rekabetin artmasına katkı sağlayacaktır.
- (32) Sözleşmeler ile Türkiye'de yetkin olan depolar aracılığıyla, sözleşme konusu JOHNSON ürünleri için ihalelerin takip edileceği, siparişlerin toplanmasında kolaylık sağlanacağı ve özellikle de JOHNSON'ın kendi organizasyonu ile katılabileceğinin çok üzerinde ihaleye katılabilmesine zemin hazırlanacağı bir sistem arzulanmaktadır.
- (33) İlaç ihalelerinin; gerek mevzuat açısından, gerekse birbirinden coğrafi açıdan uzak olan hastaneler tarafından yapılmasından dolayı, teknik uzmanlık gerektiren bir alan olduğu belirtilmektedir. Mevcut pazarda açılacak olan ihalelerin, JOHNSON tarafından takip edilebilmesini sağlayacak bir birim oluşturulması, ekonomik açıdan yüksek bir maliyet gerektirmektedir. Bu yüksek maliyetin söz konusu ihalelerde fiyatların yükselmesine; dolayısıyla da nihai tüketici için maliyetlerin artmasına neden olacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca, muafiyet talep edilen sistemle JOHNSON 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 ürünlerin sağlık kuruluşlarına tedarikinde gerek süre, gerekse hizmet kalitesi bakımından iyileşme sağlanabilecektir.
- (34) Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında, bildirim konusu sözleşmelerin, depoların satış ve dağıtım sürecinde iyileşmeyi beraberinde getireceği, kurulması planlanan münhasır sistemin malların üretimi ve dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması şartını sağladığı sonucuna varılmıştır.

G.3.4.2. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması

- (35) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, yukarıda değerlendirilen aynı fıkranın (a) bendine konu ekonomik iyileşmelerden tüketicinin de faydalanması şartını aramaktadır.
- (36) Rekabet Kurulunun bildirim konu sözleşmelerle benzer nitelikli hükümler taşıyan anlaşmalarla ilgili değerlendirmelerinde⁸, bu anlaşmaların mal arzında devamlılığını sağlayarak tüketicilere faydalı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, bildirim konusu sözleşmelerle tesis edilecek sistemin, etken 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 sözleşmelerin, düşük fiyatla ürün temini, kalitenin ve ürün çeşitliliğinin artırılması, yeni mal veya hizmetlerin sunulması gibi tüketiciye yansıyan faydaları da bulunmaktadır.

⁸ 27.10.2011 tarihli ve 11-54/1389-497 sayılı; 23.02.2012 tarihli ve 12-08/242-73 sayılı; 17.01.2013 tarihli ve 13-05/47-24 sayılı kararlar.

- (37) Sözleşmelerin 3.1.1. maddelerinde taraf ecza depolarına her alımdan önce uygulanacak vade ve iskonto oranının yazılı olarak bildirileceği hususu düzenlenmiştir. İlaç firmaları sürekli çalıştıkları ecza depolarına normalde uyguladıkları iskonto oranlarından daha fazla iskonto uygulayabilmekte ve daha uzun vade sunabilmektedir. Iskonto oranlarındaki artış neticesinde özellikle jeneriği söz konusu olan ve gelecekte jeneriklerinin ortaya çıkması beklenen ilaçların hastanelere daha ucuz fiyattan ulaşımının sağlanacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca, sözleşmelerin 3.1.1. maddelerinde depoların ihalelerde verecekleri fiyat tekliflerinin T.C. Sağlık Bakanlığınca onaylı fiyatların üzerinde olamayacağı hususu düzenlenerek, özellikle jeneriği söz konusu olmayan ilaçlarda yüksek fiyat uygulanmasının ve bu durumdan hastanelerin, kamunun ve nihai olarak hastaların olumsuz etkilenmesinin önü kapatılmıştır.
- (38) Sözleşmelere konu olan ilaçlardan jeneriği olanlarda markalar arası rekabet artışının, kamunun ve dolayısıyla tüketicilerin faydasına etkiler doğurması beklenmektedir. Jeneriği olmayan ilaçlar bakımından ise T.C. Sağlık Bakanlığının onayladığı fiyatların üzerinde bir fiyata çıkılamayacağına ilişkin sözleşme hükmü sayesinde hastanelerin ve tüketicilerin yüksek fiyatlarla ilaç satın almalarının önü kapanmıştır. Dolayısıyla, hem jeneriği olan ilaçlar bakımından hem de jeneriği olmayan ilaçlar bakımından başvuruya konu sistem sayesinde tüketici faydasının ortaya çıkması beklenmektedir.
- (39) Bu çerçevede; bildirim konusu sözleşmelerin, hastanelere ilaç temininde devamlılık sağlaması ve dolayısıyla nihai tüketici konumundaki hastaların ürünlere ulaşabilmesini kolaylaştırması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ifade edilen tüketici faydası koşulunu sağladığı kanaatine ulaşılmıştır.

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

- (40) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan şarta göre ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması gerekmektedir. Sözleşmelere konu olan ürünler bakımından halihazırda etken madde bazında jeneriği olmayan 14 adet ilaç söz konusudur. Sözleşmelerin uygulamaya konmasıyla birlikte, jeneriği bulunan diğer ürünler açısından markalar arası rekabetin artması beklenmektedir.
- (41) Diğer yandan, konuyla ilgili geçmiş tarihli Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde, birden çok ilacı kapsayan (muadilli ve muadilsiz ilaçların bir arada bulunduğu sözleşmeler) ve depolara münhasır dağıtım yetkisi veren anlaşmalar bakımından muadilli ilaçlardaki rekabet artışının ve arz güvenliğine yönelik kazanımların, muadilsiz ilaçlardaki rekabet kaybını telafi edeceği ifade edilmiş ve ilgili anlaşmalara bu gerekçeyle izin verilmiştir⁹.
- (42) Taraf ecza depolarının münhasıran ihalelere katılma hakkı, jeneriği olmayan ilaçlar bakımından, diğer depolar tarafından ortaya çıkarılabilecek olan marka içi rekabeti ortadan kaldıracaktır. Ancak sözleşmelerin 5.2. maddelerinde grup ihalelerinin ve çerçeve anlaşma ihalelerinin; 5.3. maddelerinde ise 4734 sayılı Kanun'un 22. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi kapsamındaki acil alımların ve toplu alım ihalelerinin münhasırlık kapsamında yer almadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, sözleşmelerin kapsamında yer almayan ihalelerde farklı ecza depolarının görevlendirilmesinin önü açılmakta, JOHNSON'ın bu ihtiyaçları doğrudan karşılaması da mümkün kılınmaktadır.

⁹ 06.04.2012 tarihli ve 12-17/495-138 sayılı, 27.09.2012 tarihli ve 12-46/1390-463 sayılı, 22.11.2012 tarihli ve 12-59/1570-571 sayılı kararlar.

- (43) Bu çerçevede, sözleşmelerin kapsamında yer alan ilaçların önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı, hatta sözleşmelerle oluşturulan çalışma koşullarının JOHNSON ilaçlarına rakip olan ilaçların bulunduğu ürünlerde rekabete katkı sağlayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

G.3.4.4. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması

- (44) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan şarta göre rekabetin aynı fıkranın (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması gerekmektedir. Bildirime konu sözleşmelerle, JOHNSON'ın mevcut personeli ile katılmasının mümkün olmadığı bölgelerdeki ihalelere, taraf ecza depoları yoluyla sözleşmelere konu JOHNSON ürünlerinin katılımı sağlanacaktır. Sektörde JOHNSON'ın rakibi olan teşebbüslerin de JOHNSON'ın kurmak istediği sisteme benzer bir sistemle kamu ve özel kuruluşların ihalelerine katıldığı göz önüne alındığında, JOHNSON'ın söz konusu sözleşmeler yoluyla rakipleriyle daha etkin bir şekilde rekabet edeceği beklenmektedir.
- (45) Diğer yandan, sözleşmelerin süresinin 6 aylık süreler halinde ve en fazla 5 yıl için uzayabilecek olması ise sözleşmelere taraf olan ecza depolarının, JOHNSON'a rakip olan firmaların ürünlerini de satabilmelerine olanak tanınması açısından önemlidir. Ayrıca rekabetin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmadığının önemli bir göstergesi olarak; sözleşmelerin 3.2.18. maddelerinde düzenlenen "*herhangi bir ihalenin farklı bir depo tarafından kazanılması durumunda sözleşmelere taraf olan depoların T.C. Sağlık Bakanlığı fiyatlarını aşmamak kaydıyla makul süre içerisinde ihaleyi kazanan depoya ilaç temin etmekle yükümlü olduğuna*" dair hüküm gösterilebilecektir. Dolayısıyla AKSEL ECZA ve BOĞAZİÇİ ECZA'ya sözleşme konusu ürünleri diğer ecza depolarına satabilmeleri konusunda serbesti tanınması diğer depoların pazardan dışlanmalarının önünü kapatmaktadır.
- (46) Sözleşmelerin feshinden sonraki süre için ecza depolarına herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmemesi de değerlendirme konusu şartı destekler niteliktedir. Bu noktada, sözleşmelerin süresi ve rekabet etmeme yükümlülüğünün makul olduğu anlaşılmıştır.
- (47) Bu çerçevede, incelenen sözleşmelerin, bireysel muafiyet koşullarının ilk üç şartını sağlamasının yanı sıra, rekabetin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması şartını da taşıdığı kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (48) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,
- 1- Johnson and Johnson Sıhhi Malzeme San. ve Tic. Ltd. Şti. ile Aksel Ecza Deposu Tic. A.Ş. ve Boğaziçi Ecza Deposu Sağlık Hiz. İth. İhr. Ltd. Şti. arasında ayrı ayrı akdedilen "İhale Satış Sözleşmesi" başlıklı sözleşmelere, içerdiği rekabeti kısıtlayıcı hükümler nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil ettiğinden menfi tespit belgesi verilemeyeceğine,
 - 2- Anılan sözleşmelerin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanamayacağına,

15-38/615-209

3- Bununla birlikte, söz konusu sözleşmelere, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.