

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2012-3-10 (Muafiyet/Menfi Tespit)
Karar Sayısı : 12-08/242-73
Karar Tarihi : 23.02.2012

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

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

B. RAPORTÖRLER: Hakan Deniz KARAKOÇ, Didem ULUÇ

C. BİLDİRİMDE

20

BULUNAN : Bayer Türk Kimya Sanayii Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Efser Zeynep ERGÜN
Büyükdere Cad. No:127 Astoria A Kule, Kat:6-24
34394 Esentepe / İstanbul

D. DOSYA KONUSU: Bayer Türk Kimya Sanayii Ltd. Şti. ile Medifar Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. A.Ş. arasında imzalanan "İhale Satış Sözleşmesi"ne muafiyet tanınması talebi.

30

E. DOSYA EVRELERİ : Kurum kayıtlarına 17.01.2012 tarih ve 474 sayılı ile giren bildirim üzerine düzenlenen 16.02.2012 tarih ve 2012-3-10/MM sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda özetle; Bayer Türk Kimya Sanayii Ltd. Şti. ile Medifar Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. A.Ş. arasında imzalanan "İhale Satış Sözleşmesi"nin 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde belirlenen pazar payı eşliğinin aşılması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayacağı, ancak 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle Sözleşme'ye bireysel muafiyet tanınabileceği sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

40

G.1. Taraflar

G.1.1. Bayer Türk Kimya Sanayii Ltd. Şti. (Bayer)

Bayer, dünya çapında faaliyet gösteren Bayer şirketler grubunun bağlı ortaklıklarından biri olup, beşeri ilaç üretimi, alımı ve satımı ile bu ürünlerin yurt dışına ihracı ve yurt dışından ithali işi yapmaktadır.

50

Sağlık, beslenme ve ileri teknoloji ürün gruplarıyla sektörde yer alan teşebbüsün sermayesinin (.....) kısmı Bayer Aktiengesellschaft'a aittir.

G.1.2. Medifar Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. A.Ş. (Medifar)

1991 yılında kurulan Medifar, devlet, üniversite, askeri ve özel hastanelerin; ayrıca sağlıkla ilgili diğer kamu ve özel sektör birimlerinin ilaç ve serum ihtiyaçlarını ihale yolu ile karşılamak üzere çalışmaktadır.

60 G.2. İlgili Pazar

G.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Rekabet hukuku bağlamında dikey anlaşmalar, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesinde tanımlanmış olup, 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan muafiyetten ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması durumunda yararlanmaktadır.

2002/2 sayılı Tebliğ'in 3(h) maddesinde tek alıcıya sağlama yükümlülüğü tanımlanmıştır. 70 Bildirim konusu İhale Satış Sözleşmesinde (Sözleşme), sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren Bayer'in, Sözleşme ekinde belirtilen ürünlerle sınırlı olarak, devlet ve üniversite hastaneleri için Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenecek ihaleler ve doğrudan temin kapsamında yapılacak satın alımlar ile özel hastaneler tarafından yapılacak her türlü satın alım için tüm Türkiye sınırları içerisinde münhasıran Medifar'a satış yapacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla Bayer'in, anılan sözleşmede belirtilen ürünler bakımından tek alıcıya sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu noktada, anılan ecza deposunun Bayer tarafından Türkiye genelinde münhasıran yetkilendirilmesi ve depoya rakip ürünlerle ihalelere katılmama yükümlülüğü getirilmesi birlikte değerlendirildiğinde, Sözleşme konusu ürünlere ait pazar paylarının incelenmesi 80 gerekmektedir.

İlaç alım ihalelerinde çok sayıda ürünün temin edilmesi amaçlanmakta ve bu kapsamda her bir kalemden etkin maddenin yanında form ve doz da belirtilmektedir. Buna bağlı olarak bir ihale kaleminde, farklı etkin maddeli ürünler için ve hatta aynı etkin maddeli olmakla birlikte farklı form ve dozda ürünler için teklif verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla farklı etkin maddeli ürünlerin, hatta farklı form ve dozdaki ilaçların, rakip konumda olmadığı ilaç alımı ihaleleri bakımından ilgili ürün pazarı tanımları, en geniş haliyle etkin madde esasına göre yapılabilecektir.

90 Dosya içeriğinden, bildirim konu Sözleşme'de yer verilen ürünlerden ikisinin etkin madde bazında jeneriğinin bulunmadığı, dört ürünün ise jeneriği bulunmamakla birlikte endikasyon muadilinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Sözleşme'ye konu ürünler ve pazar payları incelendiğinde, asgari olarak jeneriği bulunmayan ürünler bakımından, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında %40 pazar payı eşiğinin geçildiği anlaşılmaktadır. Etkin maddeye göre belirlenen ilgili ihale kalemlerinde, jeneriği olmayan Bayer ürünlerinin rakipsiz olacağı ve bunlara karşı alternatif teklifler verilemeyeceği tespiti karşısında, dosya özelinde pazar tanımı yapılmasına gerek görülmemiştir.

G.2.2 İlgili Coğrafi Pazar

100

Bildirim konusu Sözleşme uyarınca Medifar, ilgili Bayer ürünlerinin ihale satışlarında Türkiye genelinde münhasır dağıtıcı olarak yetkilendirilmektedir. Bunun yanında, dosyada bölgesel seviyede değerlendirme yapılmasını gerektiren unsurlar da söz konusu olmadığından, ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

G.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

G.3.1. Bildirime Konu Sözleşme

110 2008 yılında Bayer ile Medifar, bildirim konu Sözleşme ile aynı sağlık birimlerine yönelik münhasır dağıtım konu alan, ancak farklı etkin maddeli ilaçlar için bir sözleşme yaparak muafiyet başvurusunda bulunmuştur. Bu başvuruya ilişkin 14.8.2008 tarih ve 08-50/744-300 sayılı Kurul kararında, başvuru konusu sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca rekabeti sınırlayıcı nitelikte olduğu tespit edilmiş olmakla birlikte, anılan sözleşmeye aynı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet tanınmıştır.

120 14.8.2008 tarih ve 08-50/744-300 sayılı Kurul kararına konu sözleşmeye benzer şekilde, Sözleşme ile tüm Türkiye sınırları içerisinde devlet ve üniversite hastaneleri için Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenecek ihaleler ve doğrudan temin kapsamında yapılacak satın alımlar ile özel hastaneler tarafından yapılacak her türlü satın alım için Sözleşme'ye konu Bayer ürünleri bakımından bu defa münhasıran Medifar yetkilendirilmektedir.

130 Sözleşme'de aynı zamanda Bayer ve Medifar'ın karşılıklı yükümlülükleri belirlenmektedir. Sözleşme'nin "Bayer'in Yükümlülükleri" başlıklı 3.1 maddesinde, kazanılan ihaleler sonucunda hastanelere yapılacak satışlar bakımından Bayer'in Medifar'a uygulayacağı iskonto ve vade koşullarına yer verilmektedir. Sözleşme'nin 3.2. maddesi uyarınca Medifar, Sözleşme'de yer verilen ilaçlarla ilgili olarak hastaneler tarafından yapılacak tüm ihaleleri ve satın alımları takip etmekle, ihalelere ilaçların satımı için kendi nam ve hesabına iştirak etmekle ve kazandığı ihalelerdeki ilaçları hastanelere teslim etmekle yükümlü tutulmuştur. Ayrıca Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca yürürlük süresi 3 yıl olarak belirlenmiş olup, Sözleşme'nin feshinden sonraki dönem için herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

140 Yukarıda yer verilen Sözleşme hükümleri dikkate alınarak, sözleşme süresi ile sınırlı olmak üzere geçerli olan ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesini gerektiren fiyat tespiti ve rekabet yasağına ilişkin hükümler içeren sözleşmeye menfi tespit belgesi verilemeyeceği kanaatine varılmıştır. Öte yandan, en geniş şekilde etken madde bazında tanımlanabilecek ilgili pazarlarda dahi bazı ilaçların jeneriğinin bulunmaması nedeniyle Bayer'in pazar payı, %40 oranını geçmektedir. Bu nedenle, Sözleşme anılan Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamamaktadır.

G.3.2. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

G.3.2.1. Malların Üretim veya Dağıtım ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

150 Dosya içeriğinden, Sözleşme konusu ürünlerin büyük bir kısmının yatan hastaların tedavisinde kullanılan ve hastane eczanesinde bulunması gereken ürünler olduğu anlaşılmıştır. Bayer, muafiyet sonucunda ihalelerde verilen teklif sayısında bir önceki yıla göre yaklaşık %10-%15 oranında artış olacağını öngörmektedir. Bu noktada, Sözleşme'nin 3.2. maddesinde yer verilen yükümlülük hizmet sürekliliğinin ön planda olduğu söz konusu ilaçlar bakımından önemli bir katkı niteliğinde görünmektedir. Dolayısıyla, Medifar'ın geniş dağıtım kanalları vasıtasıyla erişimin zor olduğu bölgelerdeki küçük çaplı ihaleleri dahi yakından takip edebilmesi, hastanelerin söz konusu ilaçlara yönelik ihtiyaçlarının zamanında ve istenen koşullarda giderilmesi yönünde güvence sağlamaktadır.

160 Öte yandan, Sözleşme konusu ürünler bakımından hastane ihalelerine katılıma ilişkin getirilen münhasırlık, Medifar'ın satış ve dağıtım sürecini optimize etmesini beraberinde getirecektir. Dolayısıyla, Bayer'in sözleşme konusu ilaçlar bakımından ihalelerde daha etkin şekilde yer alabilmesi, hastanelere ilaçların daha etkin bir şekilde ulaştırılmasını da sağlayabilecektir.

Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında, Sözleşme ile kurulması planlanan münhasır sistemin, Kanun'un 5. maddesinin (a) bendinde ifade edilen koşulu karşıladığı sonucuna varılmıştır.

G.3.2.2. Tüketicinin Yarar Sağlaması

170 İhalelerde teklif edilen alternatif ürün sayısının artmasıyla, hastaneler daha düşük fiyatlarla alım yapabilecek ve ihaleyi kazanması durumunda ürün temininde sıkıntı yaşamayacaktır. Yine bu sayede, hastane eczanesinde daha fazla çeşitlilikte ürün bulunmasıyla yatan hasta reçetelerinin piyasa eczanesine yönelme olasılığı düşecek; reçetede yazılı ilaçlar yatan hastalara hastane eczanesinden daha kısa sürelerde ulaştırılabilecektir.

Özetle, nihai tüketici konumundaki hastaların ürünlere daha kolay ulaşabilmesini sağlayacak olması nedeniyle Sözleşme'ye konu münhasırlık ilişkisi ile kurulacak sistem, Kanun'un 5. maddesinin (b) bendinde ifade edilen koşulu karşılamaktadır.

180 G.3.2.3. İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

Sözleşme konusu ürünlerin içeriğinde jeneriği bulunan, jeneriği bulunmayan ve jeneriği bulunmamakla birlikte endikasyon muadili bulunan ürünler bir arada yer almaktadır. Söz konusu ürünlerin %80'inin jeneriği veya endikasyon muadili bulunmakla birlikte, özellikle jeneriği bulunmayan ürünler bakımından marka içi rekabet sınırlanabilecektir. Ancak, arz sürekliliğinin sağlanması sonucu ortaya çıkacak faydalar ve bunun yanı sıra Sözleşme konusu ürün grubunda jeneriği olan ürünlerin de yer alması, depo karları çerçevesinde gerçekleşen marka içi rekabet üzerinde oluşabilecek olumsuz etkinin toplamda telafi edilebileceği kanaatine varılmıştır.

190 Bu çerçevede, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı, hatta Sözleşme ile oluşturulan çalışma koşullarının rakip ilaçların bulunduğu ürünlerde rekabete katkıda bulunacağından, Kanun'un 5. maddesinin (c) bendinde ifade edilen koşulu karşıladığı sonucuna ulaşılmıştır.

G.3.2.4. Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

200 Öncelikle belirtilmesi gereken husus, Sözleşme'ye konu Bayer ürünlerinin ihalelere yönelik tek satıcısı olarak belirlenen Medifar'ın, ihalelerin ilgili kalemlerinde rakip ürünler için teklif vermesinin mümkün olmamasıdır. Ancak Kurul'un önceki tarihli kararlarında, sözü edilen durumun sektördeki rekabetin sağlıklı işleyebilmesi bakımından gerekli olduğu tespiti yapılmıştır. Bunun temel sebebi, rakip ürünlerin ihalelere yönelik satışlarının aynı ecza deposu üzerinden gerçekleştirilmesinin, ilgili ihale kalemlerinde rekabetin engellenmesine neden olabilmesidir. Bildirime konu Sözleşme kapsamında rekabet yasağının münhasır bölgeyle sınırlandırılmış olması sonucunda rekabetin engellenmesinin söz konusu olmayacağı kanaatine varılmıştır.

12-08/242-73

210 Sözleşme'nin 5.2. maddesi uyarınca Sözleşme yürürlük süresi üç yıl olarak belirlenmiş olup, sona erme tarihinden itibaren taraflardan herhangi biri tarafından aksine bildirim yapılmaması durumunda Sözleşme'nin aynı koşullarla bir yıl süreyle yenileneceği, ancak hiçbir durumda Sözleşme süresinin beş yılı aşamayacağı düzenlenmiştir. Sözleşme'nin feshinden sonraki süre için Medifar'a herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmemiştir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin süresi ve rekabet etmeme yükümlülüğü makuldur.

Bu çerçevede, Sözleşme'nin, Kanun'un 5. maddesinin (d) bendinde ifade edilen rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması koşulunu da karşıladığı kanaatine varılmıştır.

220 H. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

1. Bayer Türk Kimya Sanayii Ltd. Şti. ile Medifar Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. A.Ş. arasında imzalanan "İhale Satış Sözleşmesi"nin 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında muafiyetten yararlanmadığına,
2. Bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamını karşılamaması nedeniyle bildirim konusu sözleşmeye bireysel muafiyet tanınmasına

230

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.