

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2004-1-121 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 06-51/655-183
Karar Tarihi : 13.7.2006

10

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ,
M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN

B. RAPORTÖRLER: E. Cenk GÜLERGÜN, M. Oğuzcan BÜLBÜL,
M. Selim ÜNAL

20

C. ŞİKAYET EDEN :

- Veysi MUNGAN
Ethem Efendi Cad. Çamlı Köşk Sok. 12/10
Erenköy Kadıköy-İSTANBUL

D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR :

30

- Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş.
Büyükdere Cad. No:181 80640 Levent-İstanbul

- Temsilcisi: Av. Tolga DANIŞMAN
Süleyman Seba Caddesi Sıraevler 55 Akaretler
34357 Beşiktaş-İstanbul

- Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.
Büyükdere Cad. Ali Kaya Sok. No.7 Levent-İstanbul

40

- Temsilcisi: Av. İ. Yılmaz ASLAN
Polaris Plaza Ahi Evran Caddesi 1/16 34398 Maslak-İstanbul

- Beşer Ecz Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti.
Plevne Cad. Aslanağzı Sok. No:3 Gülveren-Ankara

50

- Temsilcisi: Av. Orkun Ağaoğlu
Menekşe 1 Sok. 13/9 Kızılay-Ankara

E. DOSYA KONUSU : Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. (Roche), Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. (EİP) ve Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti.'nin (Beşer) SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinde 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiası.

F. İDDİALARIN ÖZETİ : Roche eski yöneticisi Veysi Mungan'ın şikayet başvurularında;

- Roche'un kanser tedavisinde kullanılan Kytril adlı ilacı ve bunun rakibi Setron (EİP) için SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı ihalelerine yalnızca Beşer'in katıldığı,
 - Roche ve Beşer'in, SSK hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerini TL bazında %65 (Kytril) - %35 (Setron) oranlarında paylaştığı, bunun yanında üniversite hastanelerine Kytril ve devlet hastanelerine Setron verildiği,
 - yine 2003 yılında, Roche'un isteği üzerine Beşer'in, Kytril ve Setron'un 3 mg 1 ampul formlarına 25,000,000-25,500,000 TL fiyat verdiği,
 - 2003 yılında uygulanan pazar paylaşımı anlaşmasının yenilenememesi üzerine, 2004 yılında rekabet ortamının oluştuğu ve Setron'un SSK hastanelerine satış fiyatlarının düştüğü
- ileri sürülmüştür.

G. DOSYA EVRELERİ : Kurum kayıtlarına 15.10.2004 ve 25.11.2004 tarihlerinde intikal eden şikayet başvuruları üzerine hazırlanan 23.2.2005 tarih ve 2004-1-121/İİ-05-ECG sayılı ilk inceleme raporu, Rekabet Kurulu'nun 3.3.2005 tarih ve 05-12 sayılı toplantısında değerlendirilmiş; Roche ve Beşer ile Setron adlı ürünün sağlayıcısı Eczacıbaşı teşebbüsüne bağlı EİP, Eczacıbaşı İlaç Ticaret A.Ş. ve Eczacıbaşı İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. hakkında iddialarla ilgili olarak önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

- Önaraştırma sonucu raportörlerce düzenlenen 13.4.2005 tarih ve 2004-1-121/ÖA-05-ECG sayılı rapor, Rekabet Kurulu'nun 21.4.2005 tarih ve 05-26 sayılı toplantısında ele alınmış ve Roche, EİP ve Beşer hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine, 4.5.2005 tarihinde Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca taraflara soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunularak 30 gün içinde ilk yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiş ve taraflar ilk yazılı savunmalarını Kanun'da öngörülen süre içinde Kuruma göndermiştir.

- Kurul'un 13.10.2005 tarih ve 05-67/951-M sayılı kararı ile süresi 21.10.2005 tarihinden itibaren 3 ay uzatılan soruşturmanın sonunda hazırlanan 20.1.2006 tarih ve SR/06-2 sayılı rapor taraflara ve Kurul üyelerine tebliğ edilmiştir. Raporda; EİP ve Roche'un 2003 yılı SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'le katılmasının 4054 sayılı Kanun kapsamında olduğu, bu eylemin Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulamayacağı ve bu nedenle tarafların Kanun'un 16. maddesine göre cezalandırılmaları gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

- Taraflar soruşturma raporunun tebliğinin ardından ikinci yazılı savunmalarını, Soruşturma Heyeti'nin bu savunmalara karşı hazırladığı 17.4.2006 tarihli

ek yazılı görüşün tebliğinin ardından ise son yazılı savunmalarını yine süresi içinde göndermiştir. Ek yazılı görüşte, Roche ve EİP'nin Beşer'le çalışmasının 2003 yılı granisetron ihale satışlarında rekabetin engellenmesine yol açtığı yönündeki görüş korunmuş, ancak soruşturma raporundan farklı olarak bu durumun iki ayrı dikey ilişki ile meydana geldiği, bu ilişkilerin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden faydalandığı, dolayısıyla soruşturma konusu eyleme Kanun'un 4. maddesinin uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır.

- 110 Son olarak 26.5.2006 tarih ve 06-36/475-M sayılı Kurul kararı gereğince 30.6.2006 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmış olup tarafların toplantının gizli yapılması yönündeki talepleri 4054 sayılı Kanun'un 47/1. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği ve şikayetçinin şahit dinletme talebi ise sözlü savunma toplantısının esas itibarıyla hakkında soruşturma yürütülen tarafların savunmalarını sunmaları için düzenlendiği ve şikayetçinin Kanun'un ilgili maddelerine göre taraf sayılmadığı gerekçeleriyle reddedilmiştir. Sözlü savunma toplantısının ardından 12.7.2006 tarih ve 06-50 sayılı Kurul toplantısında, 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesinde öngörülen karar yeter sayısının oluşmadığından anılan maddenin ikinci fıkrasında
- 120 öngörülen yöntemin izlenmesine karar verilmiştir. 13.7.2006 tarih ve 06-51 sayılı Kurul toplantısında ise, Kanun'un 51. maddesi uyarınca yapılan ikinci oylama sonucunda konuya ilişkin nihai karar alınmış olup bu karar aynı tarihte ilgililere tefhim edilmiştir.

- 13.7.2005 tarih, 25874 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5388 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun"un 5. maddesinde yer alan "...Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde Kurul ilgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirler." hükmü uyarınca alınan
- 130 tarih, 05-46/667 sayılı Kurul kararı doğrultusunda, mevcut soruşturmanın Heyet Başkanlığını yürüten Kurul Üyesi Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI nihai karar toplantısına katılmamıştır.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ : Soruşturma raporunda; EİP ve Roche'un 2003 yılı SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'le katılmasının 4054 sayılı Kanun kapsamında olduğu, bu eylemin Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulamayacağı ve bu nedenle tarafların Kanun'un 16. maddesine göre cezalandırılmaları gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

- 140 Ek yazılı görüşte ise;
- Roche ve EİP'nin SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer ile katılmasının bu ihalelerde rekabetin engellenmesine yol açtığı,
 - 2003 yılı granisetron ihalelerinde rekabetin engellenmesinin Roche ve EİP'nin Beşer'le olan dikey ilişkileriyle meydana geldiği, bu ilişkilerin ayrı ayrı 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden faydalandığı,
 - dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 13. maddesi ve 2002/2 sayılı Tebliğ'in
- 150 6. maddesi uyarınca, soruşturma konusu eylemlerle ilgili olarak söz

konusu Tebliğ ile tanınan muafiyetin geri alınması gerektiği, ancak 2003 yılında ortaya çıkan soruşturma konusu eylemler 2004 yılı itibarıyla ortadan kalktığından, taraflar arasındaki dikey ilişkilerle ilgili olarak muafiyetin geri alınmasının herhangi bir sonuç doğurmayacağı, bu nedenle soruşturma konusunda taraflar hakkında bu aşamada herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

160

Beşer, EİP ve Roche beşeri ilaç pazarında etkinlikte bulunmaktadır. Yabancı sermayeli bir şirket olan Roche ve Eczacıbaşı Grubuna bağlı olan EİP, pazarın sağlayıcı seviyesinde üretici/ithalatçı olarak, Beşer ise pazarın toptancı seviyesinde ecza deposu olarak yer almaktadır.

170

Başvuruya konu ürünler EİP tarafından satılan Setron ve Roche'a ait Kytril'dir. Granisetron etken maddeli olan bu ürünler, kanser tedavisinde güçlü bulantı ve kusma ilacı olarak kullanılmakta ve aynı ticari formlarda satılmaktadır. Ondansetron ve tropisetron etken maddeli ilaçlar da benzer amaçlı tedavilerde kullanmakta olup ATC-3 sınıflandırmasına göre bu ürünlerin de dahil olduğu A04A başlığı altında 10'dan fazla ilaç bulunmaktadır. Ancak granisetron içeren ürünler yalnızca Kytril ve Setron'dur ve ihalelere granisetron etken maddesi belirtilerek çıktığından, bu ihalelerde yalnızca söz konusu iki ürün için teklif verilebilmektedir.

Bu genel açıklamanın ardından, soruşturma dönemi sonu itibarıyla eldeki bilgi ve belgeler değerlendirilerek yapılan tespitlere aşağıda yer verilmiştir.

180

- Kytril ve Setron için teklif verilen ihalelere granisetron etken maddesi belirtilerek çıkmıştır.

190

Beşer'a ait ihale dosyalarının incelenmesi sonucunda görüldüğü üzere, Kytril ve Setron için teklif verilebilen SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerine granisetron etken maddesi belirtilerek çıktığından, bu ihalelerde söz konusu ürünlerin üçüncü bir rakibi olamamıştır. 16.3.2005 ve 17.3.2005 tarihlerinde raportörlerce yapılan görüşmelerde EİP ve Roche yetkilileri de bu yönde ifade vermiştir. 16.3.2005 tarihli görüşmede Beşer yetkilileri "*etken maddeleri farklı olmakla birlikte, zaman zaman bu ürünlerle aynı grupta ihale edilen, ondansetron ve tropisetron isimli etken maddeleri ihtiva eden başka ürünler*" bulunduğunu belirtmişse de; Beşer'in ihale dosyaları incelenirken, ihaleye granisetron etken maddesinden daha geniş bir grupta çıktığına dair yalnızca bir örnekle karşılaşılmıştır (Ege Doğum ve Kadın Hastalıkları Hastanesi'nin 7.11.2003 tarihli ihalesi). Taraflar da, yazılı savunmalarında, bunun dışında herhangi bir ihaleyi örnek gösterememiştir. Yine aynı inceleme sonunda, bazı ihalelere doğrudan ürün adı belirtilerek çıktığı ve fakat bu ihalelerin diğer ürün için teklif verilerek kazanılabildiği anlaşılmıştır.

200

- SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı ihalelerinin tamamına yakınına Kytril ve Setron'da Beşer katılmıştır.

SSK veri tabanı üzerinde yapılan inceleme;

- 2003 yılında SSK üniteleri ilaç alımlarını ihalelerle yapmaya başladıktan sonra, Kytril ve Setron'da ihalelere Beşer'in katıldığını,
- 2004 yılında ise, Beşer'in Kytril satışlarının epeyce azaldığını ve EİP'nin Beşer'in yanında Yusufpaşa, Hürriyet, Cansu, Hemofarma ve Mertsel Ecza Depolarıyla da çalıştığını göstermiştir.

210 Taraflardan alınan 2003-2004 yılları ihale satışları tabloları, bu tespitlerin SSK hastaneleri ihalelerinin yanı sıra devlet ve üniversite hastaneleri ihaleleri için de geçerli olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre, Roche ve EİP'nin ihale satışlarının toplamı içinde Beşer'in payı yaklaşık %98'dir. Vet-İş ve As gibi diğer ecza depolarının bu toplamdan aldığı paylar ise göz ardı edilebilecek düzeydedir. 2004 yılına bakıldığında ise, yukarıda belirtilen gelişme gözlenmektedir.

220 Öte yandan, Roche ve EİP yetkilileri rakip ürünler olan Kytril ve Setron'da tek bir ecza deposuyla çalışılmasına benzer açıklamalar getirmiştir. Şöyle ki, EİP yetkilileri, "EİP, rakiplerinin ürünleri için teklif veren depolarla çalışmamaktadır. Aksi taktirde böyle bir durum anlaşmalı hareket edilmesi anlamına gelir. Roche firması ile çakışan tek ürünümüz Setron'dur. Ancak, Roche ile birçok üründe çakışma söz konusu olmadığından ve Setron'un satışlarımız içindeki payı sınırlı olduğundan, Beşer Ecza Deposu ile anlaşmakta sakınca görmedik." derken; Roche yetkilisi, "2003 yılı başında bildiğimiz kadarıyla Setron piyasaya yeni giriyor idi ve biz Roche olarak bu depolarla çalışmaya başlamıştık. Birçok ürünümüz bulunmasına rağmen, sınırlı sayıda ürünümüz Eczacıbaşı teşebbüsünün ürünleri ile çakıştığından depo değiştirmeye gerek görmedik. Kaldı ki, Kytril'in toplam ciromuzdaki payı düşük olduğundan, bu meseleyi önemsemedik. Hatta Kytril'in ihale satışlarının kendi cirosu içindeki payı da düşüktür. 2003 yılına dönüp baktığımızda, granisetron etken maddesi 230 özelinde açılan SSK ihalelerinin sayısının toplam SSK ihale sayısındaki payının da düşük olduğu görülebilecektir." şeklinde konuşmuştur.

- Beşer, 2003 yılı ihalelerinde Kytril ve Setron'dan biri için teklif vermiştir.

240 2003 yılında, Roche ve EİP ile düzenli olarak çalışan Beşer granisetron ihalelerine Kytril veya Setron'dan biri için teklif vererek katılmıştır. Şöyle ki, ihalelerde granisetron etken maddesi başlığı altında satın alınacak form belirtilmiş ve Beşer bu formda Kytril ve Setron'dan biri için teklif vermiştir. Beşer bazı ihalelere granisetron formlarından biri için Kytril ve diğeri için Setron'la katılması, bu iki ürünün aynı kalemde karşı karşıya gelmesi sonucunu doğurmadığından rekabet yaratmamıştır. Dolayısıyla granisetron ihalelerinde rekabetin ortamının oluşmaması, Roche ve EİP'nin aynı depoyla çalışmayı tercih etmesinden kaynaklanmıştır.

- 2003 yılında SSK ihalelerinde granisetron etken maddeli ilaçların satışlarının toplamı içinde Kytril'in payı %(...)'in üzerindeyken, bu pay 2004 yılında epeyce gerilemiştir.

250 Şikayetçinin iddialarından biri, 2003 yılında SSK hastanelerinin Kamu İhale Kanunu'nun 19 ve 21. maddelerine göre açtığı ihalelerinin ciro bazında %65

(Kytril) - %35 (Setron) oranlarında paylaşıldığı şeklindedir. SSK verileri incelendiğinde, başvuruda belirtilenlere yakın değerler bulunmuştur. Bu veriler içinde toplam satışlar ile Beşer satışları arasındaki farklar, 2003 yılı başlarında SSK hastaneleri ihalelerle ilaç almaya başlayıncaya kadar geçen sürede Roche ve EİP'nin SSK'ya tip sözleşmelerle yaptığı satışları yansıtmaktadır.

Tablo 1 - 2003 yılı SSK ihale satışlarında ve Beşer kanalıyla yapılan satışlarda ilgili ürünlerin payları

| Ürün | Satış (YTL) | Beşer Satış (YTL) |
|-----------------------------|-------------|-------------------|
| Kytril 1 mg 10 tablet | (.....) | (.....) |
| Kytril 3 mg / 3 ml 1 ampul | (.....) | (.....) |
| Kytril 3 mg / 3 ml 5 ampul | (.....) | (.....) |
| Kytril Toplam | (.....) | (.....) |
| Toplam İçinde Payı | (.....) | (.....) |
| Setron 1 mg 10 tablet | (.....) | (.....) |
| Setron 1 mg/ml 3 ml 1 ampul | (.....) | (.....) |
| Setron 1 mg/ml 3 ml 5 ampul | (.....) | (.....) |
| Setron Toplam | (.....) | (.....) |
| Toplam İçinde Payı | (.....) | (.....) |
| Toplam | (.....) | (.....) |

260

2004 yılında, ilgili ürünlerin SSK hastanelerine satışlarında önemli değişiklikler olmuştur. Şöyle ki, 2004 yılında, Kytril'in SSK ihalelerine satışlardaki payı ile Beşer eliyle yapılan Kytril satışları epeyce gerilemiştir. Kytril ve Setron'un payları EİP ve Roche'dan alınan verilerle aşağıdaki gibi hesaplanmıştır:

Tablo 2 - 2003-2004 yılları SSK ihale satışları (YTL)

| Ürün | 2003 | 2004 |
|-------------------------------|---------|---------|
| Kytril 1 mg 10 tablet | (.....) | (.....) |
| Kytril 3 mg/3 ml 1 amp | (.....) | (.....) |
| Kytril 3 mg/3 ml 5 amp | (.....) | (.....) |
| Kytril Toplam | (.....) | (.....) |
| Toplam İçinde Payı (%) | (.....) | (.....) |
| Setron 1 mg 10 tablet | (.....) | (.....) |
| Setron 1 mg/ml 1 amp | (.....) | (.....) |
| Setron 1mg/ml 5 amp | (.....) | (.....) |
| Setron Toplam | (.....) | (.....) |
| Toplam İçinde Payı (%) | (.....) | (.....) |
| Toplam | (.....) | (.....) |

270

- 2003 yılında, Beşer'in katıldığı devlet hastaneleri ihalelerinde ağırlıklı olarak Setron, üniversite hastaneleri ihalelerinde ise ağırlıklı olarak Kytril satılırken; 2004 yılında bu durum değişmiştir.

Devlet/üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron etken maddeli ilaç alımlarının ilgili ürünlere dağılımına bakıldığında, şikayetçinin iddia ettiğine benzer bir şekilde, üniversite hastanelerine ağırlıklı olarak Kytril, devlet hastanelerine ise çoğunlukla Setron verildiği görülmektedir.

280 Tablo 3 - 2003 yılında devlet/üniversite hastanelerine ihale satışlarında ve Beşer kanalıyla yapılan satışlarda ilgili ürünlerin payları

| Ürün | Devlet Hastaneleri | | Üniversite Hastaneleri | |
|---------------------------|--------------------|-------------------|------------------------|-------------------|
| | Toplam Satış (YTL) | Beşer Satış (YTL) | Toplam Satış (YTL) | Beşer Satış (YTL) |
| Kytril 1 mg 10 tablet | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| Kytril 3 mg/3 ml 1 amp | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| Kytril 3 mg/3 ml 5 amp | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| Kytril Toplam | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| Toplam İçinde Payı | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| Setron 1 mg 10 tablet | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| Setron 1 mg/ml 3 ml 1 amp | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| Setron 1mg/ml 3 ml 5 amp | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| Setron Toplam | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| Toplam İçinde Payı | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| Toplam | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |

Tablo 4 - 2004 yılı devlet/üniversite hastanelerine ihale satışlarında ilgili ürünlerin payları

| Ürün | Devlet | Üniversite |
|-------------------------------|---------|------------|
| Kytril 1 mg 10 tablet | (.....) | (.....) |
| Kytril 3 mg/3 ml 1 amp | (.....) | (.....) |
| Kytril 3 mg/3 ml 5 amp | (.....) | (.....) |
| Kytril Toplam | (.....) | (.....) |
| Toplam İçinde Payı (%) | (.....) | (.....) |
| Setron 1 mg 10 tablet | (.....) | (.....) |
| Setron 1 mg/ml 3 ml 1 amp | (.....) | (.....) |
| Setron 1mg/ml 3 ml 5 amp | (.....) | (.....) |
| Setron Toplam | (.....) | (.....) |
| Toplam İçinde Payı (%) | (.....) | (.....) |
| Toplam | (.....) | (.....) |

Tablo 4 göstermektedir ki, devlet/üniversite hastanelerine satışlarda 2004 yılında Kytril ile Setron'un 2003 yılındaki payları çapraz olarak yer değiştirmiştir. Yeni resme göre bu kez, Kytril devlet hastaneleri ihalelerinde büyük ağırlığa sahip olmuş, Setron ise üniversite hastanelerine satışlarda çoğunluğu ele geçirmiştir.

290

J. YAZILI SAVUNMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tarafların yazılı ve sözlü savunmalarında ortaya attığı iddiaların özeti ile bunların değerlendirilmesine aşağıda yer verilmiştir.

- 2003 yılında Roche ve EİP Kytril ve Setron'da yalnızca Beşer'le çalışmamıştır.

300 Yukarıda tespit edildiği üzere, Roche ve EİP söz konusu ürünlerde 2003 yılı ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'le katılmıştır. Deponun savunmasında sözü edilen diğer ecza depolarının bu satışlar içindeki payı oldukça düşüktür. Roche'un, Beşer'le EİP'nin sonradan çalışmaya başladığı ve dolayısıyla rakibinin davranışından dolayı sorumlu tutulduğu yönündeki ifadesi ise haklı değildir. Şöyle ki, rekabet ederek ihale satışları içinde mümkün olan en büyük

310 payı almak ve böylece karını artırmak güdüsüyle hareket eden bir firmanın, rakibiyle çalışan bir depoyu aracı olarak kullanmayacağı açıktır. Ayrıca Roche ile EİP'nin böyle bir çakışmadan ve bunun rekabeti engelleyeceğinden haberdar olmaması mümkün değildir. Bu çerçevede, Beşer'le ilk hangi teşebbüsün çalışmaya başladığından bağımsız olarak, ortaya çıkan üçlü ilişki ve bunun 2003 yılı boyunca sürmesi, tarafların sorumlu tutulmasını gerektirmektedir.

320 Öte yandan, Roche'un yazılı savunmasında, Roche ve EİP'nin 2003 yılı granisetron ihalelerine aynı depoyla katılmasının rekabeti engellediğine işaret etmediği ve firmaların depo tercihlerini etkilemek için rekabet halinde oldukları belirtilmiştir. Oysa ihalelerde teklif edilecek fiyatın rakiplerince bilinmesini istemeyen firmaların rakipleriyle çalışan depolarla ihaleye katılmaktan kaçınacakları açıktır. Rekabet ederek karını artırma güdüsüyle hareket eden hiçbir teşebbüsün, münhasır çalıştığı bir toptancının bazı ihalelerde (örneğin devlet hastaneleri ihalelerinin tamamına yakınında ve SSK hastaneleri ihalelerinin önemli bir kısmında) kendi ürünü için teklif vermezken rakip ürünü satmasını makul karşılaması ve üstelik bu depoyla yıl boyunca aynı şekilde çalışmayı sürdürmesi düşünülemez. O halde, Roche ve EİP'nin ihalelere katılabilmek için rekabet ettiğini, bunun sonucunda bir ecza deposunun tercihiyle taraflardan birinin ihale dışı kaldığını söylemek objektif değildir ve gerekçeden yoksundur.

330 **- Roche ve EİP'nin Beşer'le yaptıkları anlaşmaların değerlendirildiği 04-52/697-179 ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararları işbu soruşturma bakımından hukuki güvence sağlamaktadır.**

340 Roche'un savunmasında sözü edilen Kurul kararında; diğer bir önaraştırma sırasında yapılan yerinde incelemede bulunan ve Roche ile Beşer'in SSK hastaneleri ihalelerine yönelik olarak çalışma koşullarının belirlendiği 9.5.2003 tarihli bir anlaşma değerlendirilmiştir. Kurul, söz konusu anlaşmanın 8.7.2004 tarih ve 04-46/593-144 sayılı kararına konu ve yine Roche ile 6 ecza deposu arasında imzalanan anlaşmayla büyük ölçüde aynı olduğuna, 9.5.2003 tarihli anlaşmanın diğerinden farklı olarak içerdiği hükümlerden birinin 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu olduğuna ve öteki hükmün de 8.7.2004 tarihli kararda getirdiği koşul doğrultusunda değiştirilmesi halinde anlaşmanın grup muafiyetinden faydalanacağına karar vermiştir.

350 Öte yandan, 12.8.2004 tarih ve 04-52/697-179 sayılı Kurul kararı ile, EİP ve Eczacıbaşı İlaç Ticaret A.Ş.'nin Beşer'in de dahil olduğu 6 ecza deposuyla yaptığı anlaşmaya menfi tespit vermiştir. Söz konusu anlaşmada münhasırlık öngörülmediği gibi, yeniden satış koşullarına yönelik herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Dolayısıyla bu anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil etmediği, anılan Kurul kararı ile belirlenmiştir.

Taraflar, 04-52/697-179 ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararları ile işbu soruşturma bakımından hukuki güvence sağladığını, dolayısıyla soruşturma konusu eylemden dolayı 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin uygulanamayacağını ileri sürmüştür.

360 Yukarıda da özetlendiği gibi, 8.7.2004 tarih ve 04-46/593-144 sayılı Kurul kararına konu anlaşmanın tarafları arasında Roche bulunmamaktadır. Roche ile Beşer arasında 9.5.2003 tarihinde imzalanan anlaşma, ayrı bir önaraştırma kapsamında Roche'da yapılan bir yerinde incelemede bulunmuştur. Kurul, 8.7.2004 tarihli kararda getirdiği koşul doğrultusunda değiştirilmesi halinde anlaşmanın grup muafiyetinden faydalanacağına karar vermiştir. Kararın 1.3.2005 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine, Roche, Kurum kayıtlarına 19.4.2005 tarihle giren yazısında "kamunun ilaç temini ve geri ödeme politikalarındaki değişiklikler dikkate alınarak" anlaşmanın 15.4.2005 tarihinde feshedildiğini bildirmişse de, anlaşmanın bu tarihe kadar hangi koşullarda uygulandığı belirtilmemiştir.

370 Roche ve EİP SSK, devlet ve üniversite hastanelerine 2003 yılı granisetron ihale satışlarının tamamına yakınına Beşer aracılığıyla yapmıştır. Dolayısıyla söz konusu dikey ilişkilere ayrı ayrı bakıldığında, 2003 yılı uygulamalarının münhasırlık esasına dayalı olarak yürüdüğü anlaşılmaktadır. Oysa yukarıda belirtilen iki karara konu anlaşmalar bakımından, Roche ile Beşer arasındaki ilişkide devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerine, EİP ve Beşer arasındaki ilişkide ise tüm ihalelere yönelik olarak münhasırlık öngörülmemiştir. Bu durumda, Kurul'un geçmiş tarihli kararlarına konu anlaşmalar ile soruşturma konusu eylemler örtüşmediği gibi, söz konusu kararlarla işbu soruşturma konusu eylemlerin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında sayılması veya bunlara menfi tespit verilmesi söz konusu değildir.

380 Son olarak, ayrı ayrı ele alındıklarında Roche ve EİP'nin Beşer'le olan ilişkilerinin bazı koşullarla 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında olduğu düşünülebilir. Ancak söz konusu ilişkiler toplamda Roche ve EİP arasındaki rekabetin sınırlanmasına hizmet etmiş ve 2003 yılı granisetron ihalelerinin hiçbirinde Kytril ve Setron karşı karşıya gelmemiştir. Bu çerçevede, işbu soruşturma konusu ilişkiler yatay bir sınırlama olarak değerlendirilerek, bunların iki bağımsız dikey ilişki olduğu ve grup muafiyetinden faydalandığı savı kabul görmemiştir.

390 **- Roche ve EİP'nin satışları içinde Kytril ve Setron'un payı oldukça düşüktür.**

Roche ve EİP'nin satışları içinde ilgili ürünlerin payının düşük olması, ne ihlalin varlığı ne de ihlalin ağırlığı bakımından bir anlam ifade etmektedir. Burada önemli olan, soruşturma konusu satışların ne kadarının söz konusu ürünlerin satışlarından oluştuğudur. Granisetron ihalelerinde yalnızca bu iki ürün için teklif verilebileceğinden, Roche ve EİP'nin aynı depoyla çalışmasıyla bu ihalelerde rekabet ortamının oluşması engellenmiştir.

400 **- Ondansetron ve tropisetron etken maddeleri granisetron ile biyoeşdeğer olup bazı ihalelere granisetrondan daha geniş bir grup belirtilerek çikılmaktadır.**

Beşer'in ihale dosyaları üzerinde yapılan incelemede, yalnızca 7.11.2003 tarihli SSK Ege Doğum Hastanesi ihalesinde granisetrondan daha geniş bir grubun belirlendiği, sayısı 100'den fazla olan diğer ilgili ihalelerin tümünün söz

konusu etken madde üzerinden açıldığı belirlenmiştir. Savunmalarda da, buna dair ikinci bir örnek gösterilememiştir. Dolayısıyla tarafların bu iddiası kabul görmemiştir.

410 - **Setron'da arz sıkıntısının söz konusu olduğu 2003 yılında, teslim sürelerine büyük önem veren üniversite hastanelerine ağırlıklı olarak Kytril satılmıştır. İlan, ihale ve teslim süreleri uzun olan devlet hastanelerine ise, Setron verilmiştir.**

420 Taraflar, 2003 yılında Setron arzında sıkıntı yaşandığını, bu nedenle teslim sürelerine önem veren üniversite hastaneleri ihalelerinde Kytril'in ağırlığa sahip olduğunu, süreler yönüyle daha esnek olan devlet hastanelerine satışlarda ise taahhütlerin yerine getirilebilmesi sayesinde çoğunlukla Setron satıldığını öne sürmüştür. Arz sıkıntısı iddiası, ilk kez önaraştırma döneminde Beşer ve Roche yetkilileri tarafından ortaya atılmıştır. Ancak EİP yetkilileri, dikkat çekici bir şekilde, aynı dönemde yapılan ilk görüşmede konuya değinmemiş ve ikinci görüşmede 2003 yılına yönelik belirgin gözlemlerinin bulunmadığını belirtmiştir. Diğer yandan, çok daha kısa sürelerde ihale sürecini tamamlayıp ilacı teslim alan SSK hastanelerine 2003 yılında devlet hastanelerine olanın üç katından fazla Setron satışı yapılmış olması, ihale sürecinin esnekliği sayesinde devlet hastaneleri ihalelerine Setron'un daha çok satılabildiği yönündeki taraf ifadelerini tartışılır hale getirmektedir. Üstelik raportörlerce yapılan ikinci görüşmede Roche yetkilileri, alım yöntemine ve alıcı kuruluşa bağlı olarak Kytril ve Setron'dan birinin diğerine karşı tercih edilmesinin söz konusu olmadığını belirtmiş, devlet hastaneleri ihalelerinde Setron'un ya da pazarlık yöntemiyle yapılan alımlarda Kytril'in avantajlı olması gibi genellemeler yapılamayacağını eklemiştir.

440 EİP ve Beşer, önaraştırma döneminde yapılan görüşmelerde ve yazılı savunmalarında, Setron'da 2003 yılında arz sıkıntısı yaşandığı iddiasını ürünün bu yılda ithal ediliyor olmasıyla açıklamış ve ürünün Türkiye'de üretimine geçilmesiyle bu sıkıntının aşıldığını, bunun da satışlara yansıdığını dile getirmiştir. Ne var ki, EİP yetkilileri, önaraştırma döneminde yapılan ilk görüşmede, ilacın tüm formlarının 2004 Eylül'e kadar ithal edildiğini, Türkiye'de ampul formlarının üretimine 13 Eylül 2004 tarihinde başladığını ve tablet formun halen ithal edilmekte olduğunu ifade etmiştir. Yetkililer, ikinci görüşmede, ampul formlarının üretimine 2004 yılında geçildiğini yinelemiştir. O halde, 2004 yılı son çeyreğindeki bir gelişmenin ardından, bu yılın başında arz sıkıntısının aşıldığı ve buna bağlı olarak da 2003 yılı ile 2004 yılının bütünüyle farklılaştığı yönündeki açıklamalar inandırıcı bulunmamıştır.

- **Kamu ihalelerinde oluşan pazar 4054 sayılı Kanun kapsamında değildir ve ayrıca hastanelerin ilaç alımları ekonomik faaliyet oluşturmamaktadır.**

450 İktisat yazını ve rekabet otoritelerinin içtihatları göstermektedir ki, rekabet hukukunun en önemli alt başlıklarından biri ihalelerde danışıklı tekliftir (*bid rigging*). Rekabet kurallarına tabi olunması anlamında, ihalelerin herhangi bir mal veya hizmet pazarından bir farkı yoktur. Nitekim ihale piyasasındaki rekabeti kısıtlayıcı eylemler, rekabet otoritelerince incelenmekte ve ilgililer cezalandırılabilir. Rekabet Kurulu da, ihale pazarlarına yönelik

460 incelemeler yürütmüş ve bunların bir kısmını sonuçlandırmıştır. 17.6.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı, 1.12.2004 tarih ve 04-76/1086-271 sayılı kararlar bunlara örnektir. Diğer yandan, konusu taraf teşebbüslerin ihale satışları olan soruşturma kapsamında, hastanelerin tasarrufları değil, teşebbüslerin eylemleri değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, ihaleyle ilaç alımının ekonomik faaliyet sayılıp sayılmaması meselesi, tarafların 4054 sayılı Kanun karşısında sorumlu olduğu gerçeğini değiştirmedeği gibi, soruşturma konusuyla hiçbir ilgisi yoktur.

K. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

470 3.3.2005 tarih ve 05-12 sayılı Kurul toplantısında alınan kararla yürütülen önaraştırma sonucunda; Roche, EİP ve Beşer'in SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerinde 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hareket edip etmediğinin belirlenmesi amacıyla soruşturma açılmıştır. Soruşturma döneminde bu çerçevede, 2003 yılında, granisetron ihalelerine yalnızca Beşer'in katıldığı, Roche ve Beşer'in SSK ihalelerini ciro bazında %65 (Kytril) - %35 (Setron) oranlarında paylaştığı, üniversite hastaneleri ihalelerine Kytril ve devlet hastaneleri ihalelerine Setron verildiği, Roche'un isteği üzerine Beşer'in söz konusu iki ürünün fiyatını yüksek seviyelerde belirlediği ve 2004 yılında pazar paylaşımı anlaşmasının yenilenememesiyle bu ilaçların ihale fiyatlarının düştüğü iddiaları değerlendirilmiştir.

480 Aşağıda ayrıntılı değerlendirildiği üzere, soruşturmanın esas konusu, granisetron etken maddeli ve üçüncü bir rakibi bulunmayan Kytril ve Setron adlı ilaçların sağlayıcılarının SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'le katılarak bu ihalelerde rekabetin engellenmesine yol açmasıdır. Taraflar bu üçlü ilişkinin iki bağımsız dikey ilişkiden meydana geldiğini ileri sürse de, bu ilişkiler toplamda Roche ve Beşer arasındaki rekabetin ortadan kaldırılmasına hizmet etmiştir. Bu nedenle, Roche ve EİP'nin yaptığı muafiyet-menfi tespit başvuruları üzerine alınan geçmiş tarihli ilgili Kurul kararları ile işbu kararın konuları örtüşmediği gibi, 2003 yılı granisetron ihalelerinde rekabetin engellenmesine yol açan bu eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulması da mümkün değildir.

K.1. Roche ve EİP'nin 2003 Yılı Granisetron İhalelerinin Tamamına Yakınına Beşer'le Katılmasının Değerlendirilmesi

500 2003 yılında SSK, devlet ve üniversite ihalelerinin tamamına yakınına Kytril ve Setron'da Beşer katılmıştır. Roche ve EİP, granisetron etken maddesi başlığı altında çıkılan ihalelere farklı depolarla katılması durumunda, bu ihalelerde söz konusu ürünler karşı karşıya gelebilecek ve böylece rekabet ortamı oluşabilecekti. Nitekim 2004 yılında, Roche'un Beşer'le çalışmaya son vermesi ve EİP'nin de Beşer dışında diğer depolarla da çalışmaya başlamasıyla, söz konusu ürünler için çok sayıda deponun teklif verdiği ve bu ürünlerin ihalelerde karşı karşıya gelmesiyle rekabet ortamının oluştuğu görülmektedir. Dolayısıyla, tek bir ihale söz konusu olduğunda dahi, üçüncü bir alternatifi olmayan iki rakip ürünün aynı depo üzerinde buluşturulmasının doğal sonucu, bunlardan sadece birisi için teklif verilebilmesi, başka bir

deyişle, ihale sürecinde karşı karşıya gelmeyecek iki rakip ürün için rekabetin engellenmesidir. Bu noktada, işbu kararın konusu uyumlu eylem ile 04-52/697-179 ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararlarının konusunu oluşturan anlaşmaların içeriklerinin farklı olduğunun altı çizilmelidir.

510

Diğer yandan, mevcut durumun, iki rakip sağlayıcının ortak bir dağıtıcı ile çalıştığı sıradan örneklerden farklı olduğu vurgulanmalıdır. Sözgelimi gıda pazarında faaliyet gösteren iki rakip teşebbüsün ürünlerinin aynı dağıtıcılar tarafından satılması, buna rağmen perakende seviyesinde (örneğin bir süpermarkette) iki ürünün de rekabet halinde olması ve tüketici tercihlerinin kısıtlanmaması pek tabii ki mümkündür. Halbuki ihaleler özelinde, üçüncü bir alternatifi olmayan iki rakip ürün için tek bir dağıtıcı ile anlaşılması neticesinde, rekabetin ve tüketici tercihlerinin kısıtlanmadığını söylemek mümkün değildir.

520

Sonuç olarak, rekabetin engellenmesi sonucunu doğuran bu uyumlu eylem 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında açık bir ihlal teşkil etmektedir.

530

Kaldı ki, taraf teşebbüslerin yetkilileri, yapılan görüşmelerdeki ifadeleriyle, rakipleriyle çalışan depolarla ihaleye katılmanın rekabet üzerinde olumsuz etki doğuracağını bilincinde olduklarını göstermiştir. Önaraştırma döneminde yapılan ilk görüşmelerde; EİP yetkilileri, rakip ürünler için teklif veren depolarla çalışmanın anlaşmalı hareket edilmesi anlamına geleceğini, Beşer yetkilileri ise, eşdeğer ilaçlarda ilke olarak rakip ürünler için teklif vermediklerini belirtmiştir. Beşer yetkilileri, 2003 yılında Roche ve Beşer'le çalışmalarının bu anlamda istisna teşkil ettiğini ifade edip bunu Setron'daki arz sıkıntısı ile gerekçelendirmeye çalışmış; Roche ve EİP yetkilileri ise iki teşebbüsün sınırlı sayıda ürünü çakıştığından ve bu teşebbüslerin satışlarında ilgili ürünlerin payları düşük olduğundan depo değiştirmeye gerek görmediklerini ifade etmiştir. Bunların yanı sıra, Beşer Genel Müdürü'nün EİP Satış Hizmetleri Müdürü'ne gönderdiği 6.6.2003 tarihli ve "SSK Durum Raporu" başlıklı yazı; böyle bir ilişki sonucunda, depo üzerinden sağlayıcı firmalara bilgi akışı gerçekleşebileceğini ve ayrıca firmaların ihale satışlarını düzenli olarak izlediğini göstermektedir.

540

Roche ve EİP'nin, ihalelere yönelik olarak aynı depoyla çalışmalarının, bazı ihalelere ürünleri için teklif verilmemesi ve ürünlerinin bu ihalelerin dışında kalması sonucunu doğuracağını bilmemeleri olanaksızdır. Oysa rekabet etme ve bu yolla karını artırma güdüsüyle hareket eden bir piyasa oyuncusunun, fiziki bir engel olmadığı sürece tüm ihalelere katılmak istemesi beklenmelidir. Sağlayıcıların, yıl içinde gerçekleştirilen yüzlerce ihalenin her birini yakından izlemesi mümkün olmasa da, ürünlerinin ihalelerin önemli bir kısmının dışında kalmasını makul karşılamalarını ve buna karşı önlem almamalarını rekabetçi bir bakışla anlamak mümkün değildir. Dolayısıyla eldeki bilgiler ve yapılan bu değerlendirmeler ışığında, tarafların iradelerinin ihlalin yaratılması ve sürdürülmesi aşamalarına yansıdığı açıktır.

550

İhlalin varlığının ve bunun oluşumunda/sürdürülmesinde tarafların iradelerinin belirlenmesinin ardından, ihlalin üçüncü tarafı olan Beşer'in bu ilişkinin yürümesindeki rolü ve 4054 sayılı Kanun karşısındaki hukuki statüsünün ve sorumluluğunun üzerinde durulmalıdır. Öncelikle belirtilmelidir ki, Beşer

560 soruşturmanın diğer taraflarıyla aynı seviyede faaliyet göstermese de, her iki dikey ilişkinin de tarafı olarak inceleme konusu ilişki üçgeninin yürümesinde asli aktör durumundadır. Beşer üzerinde iki rakip ürünün buluşturulmasıyla, ihalelerde rekabet ortamının oluşması engellenmiştir. Bu nedende, Beşer'in ihlaldeki payı en az diğer taraflarınki kadardır. Öte yandan, 2003 yılı boyunca, rakipsiz kalan Beşer'in granisetron ihalelerinin tamamına yakınına kazanmış olması, deponun rekabetin engellenmesinden kaynaklanan çıkarına işaret etmektedir.

570 İhlalin ağırlığının saptanması için öncelikle, tarafların pazardaki ağırlığı ve muhtemel zararın büyüklüğü değerlendirilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, üçüncü bir alternatifi olmayan bu iki ürünle 2003 yılı ihalelerine yalnızca Beşer'in katılması sonucunda, rekabet engellenmiş ve alıcı hastanelerin tercih hakkı ortadan kaldırılmıştır. Oysa Roche ve EİP'nin, rekabet etme güdüsüyle hareket etmesi halinde, hem tüm ihalelere katılabilmek hem de fiyatlarının rakiplerince bilinmesini önlemek için, farklı depolarla çalışacakları ve ortaya çıkan rekabetin doğal bir sonucu olarak fiyatın düşeceği ve hastanelerin granisetron alımlarında iki alternatifi olacağı kuşkusuzdur.

580 İhlalin ağırlığının belirlenmesinde ayrıca, ihlalin ne sıklıkta ve ne süreyle tekrar ettiği dikkate alınmıştır. 2003 yılında Beşer'in katıldığı SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerinin sayısının 100'ü aştığı gerçeği karşısında, ihlalin süreklilik arz ettiği ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Roche, EİP ve Beşer arasındaki ilişki kısa bir süreyle sınırlı kalmamış ve 2003 yılı boyunca devam etmiştir. Bu çerçevede, 2003 yılı granisetron ihalelerinde rekabetin engellendiği ve ihlalin bu yıl boyunca süreklilik arz ederek devam ettiği dikkate alınarak, ihlalin ağır olduğu sonucuna varılmıştır.

K.2. SSK, Devlet ve Üniversite Hastanelerinin 2003 Yılı Granisetron İhalelerinin Paylaşıldığı İddiasının Değerlendirilmesi

590 Soruşturma açılmasına neden olan diğer iddialar; 2003 yılında, SSK hastaneleri ihalelerinin ciro bazında %65 (Kytril) - %35 (Setron) oranlarında paylaşıldığı ve üniversite hastanelerine Kytril, devlet hastanelerine ise Setron satıldığı şeklindedir.

Dosyada yer alan bilgiler doğrultusunda yapılan hesaplamalar neticesinde, Beşer eliyle SSK hastanelerine yapılan 2003 yılı ihale satışlarında Kytril'in payının %65 ve Setron'un payının %35 olarak gerçekleştiği, aynı yılda üniversite hastanelerine çoğunlukla Kytril ve devlet hastanelerine ağırlıkla Setron verildiği görülmektedir. Daha da çarpıcı olan, 2004 yılında bu durumun çapraz olarak yer değiştirmesi ve bu sefer Setron'un üniversite ve SSK, Kytril'in ise devlet hastaneleri ihale satışlarında ağırlığı ele geçirmesidir.

600 Sonuç olarak, eldeki bilgiler kullanılarak yapılmış tespitler ile tarafların savunmalarında ve diğer yazılı açıklamalarında karşılaşılan çelişkiler SSK, devlet ve üniversite hastanelerinde pazar paylaşıldığına işaret etmektedir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi, Roche ve EİP'nin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'le katılmasının başlı başına 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu, dolayısıyla söz konusu ürünlerin

ihale satışlarındaki paylarının bu durum sonucunda olduğu değerlendirilmiştir.

K.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

610

Yukarıda da belirtildiği üzere, Roche ve EİP'nin ilgili ürünlerinde 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'in katılımıyla bu ihalelerde rekabet engellenmiş olup bu eylem 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunmuştur. Kanun'un 5. maddesinde sayılan dört koşulun tamamının varlığı halinde, bu eylemin Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulması mümkündür. Ne var ki, ayrıntılarıyla açıklandığı gibi, 2003 yılı granisetron ihalelerine yalnızca Beşer'in katılımıyla bu ihalelerde rekabet ortamının oluşması engellenmiştir. Kanun'un 5(c) maddesinde sayılan muafiyet koşullarından biri "ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması" olduğuna göre, soruşturma konusu eylemin, yukarıdaki değerlendirmelerden anlaşılacağı üzere, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulamayacağı açıktır.

620

L. SONUÇ

12.7.2006 tarihinde yapılan ilk oylama ve 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesi uyarınca 13.7.2006 tarihinde yapılan ikinci oylama sonucunda;

630

1- 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,

640

2- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştiren Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. ve Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti.'nin, aynı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca cezalandırılmalarına,

3- Yukarıda adı geçen teşebbüslerin 2004 yılında oluşan yıllık net satışlarının takdiren %1'i oranında olmak üzere; Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş.'ye 4.441.583,80 YTL, Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.'ye 4.225.856,40 YTL, Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti.'ye 1.504.418,10 YTL idari para cezası verilmesine,

650

4- 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Roche'un ve EİP ile Eczacıbaşı İlaç Ticaret A.Ş.'nin kamu ihalelerine yönelik olarak ihlale konu eylem ve işlemlere son vermeleri ve bunların tekrarından kaçınmaları gerektiği hususunun taraflara bildirilmesine

OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

(13.07.2006 Tarihli ve 06-51/655-183 sayılı Kurul Kararı'na)

KARŞI OY GEREKÇESİ

Rekabet Kurulunun 13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı kararına, esas yönünden 4054 sayılı kanuna uygun bulunmadığından katılmıyorum.

Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. (Roche) ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama (EİP)'nin SSK, Devlet ve Üniversite hastanelerinin 2003 yılı ganisetron etken maddeleri Kytril ve Sefnon ihalelerinin tamamına yakınına Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. (Beşer) ile katılmışlardır.

Roche ve EİP bir yatay anlaşma yapmak suretiyle değil, her biri Beşer'le ayrı ayrı dikey anlaşma yapmak suretiyle faaliyet içinde bulunmuşlardır. Her ne kadar Roche ve EİP'nin Beşer'le dikey anlaşma yapması, Roche ve EİP'yi yatayda koordineli davranışa sebebiyet veriyor ve rekabetin engellenmesini yaratıyor ise de;

2003 yılı Grametron ihalelerinde rekabetin engellenmesinin Roche ve EİP'nin Beşer'le dikey ilişkileriyle meydana geldiği ve bu ilişkilerinde ayrı ayrı 200/2 sayılı tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı, bu nedenle rekabetin engellenmesine yol açan bu eylemlerle ilgili tebliğde tanınmış olan muafiyetin geri alınmasının eylemleri sonlandırmak bakımından gerekli olacağı,

Ancak tebliğle tanınan muafiyetin sonucu ortaya çıkan 2003 yılında soruşturma konusu eylemlerin, 2004 yılı itibariyle son verildiği, bu nedenle muafiyetin geri alınmasının sonuç doğurmayacağından, bu konuda bir işlem yapılmasına gerek olmadığına,

Ayrıca soruşturma konusu ilaçların SSK, Devlet ve Üniversite hastanelerine ihale ile satışı esnasında, soruşturulan süre içinde, esasen azami fiyatı bakanlık tarafından belirlenmiş ürünleri oldukça yüksek indirimlerle satılmış olduğu soruşturma dosyalarından anlaşılmaktadır.

Bu nedenle Roche, EİP ve Beşer hakkında yürütülen soruşturma sonucu alınan 13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı Kurul Kararı'na katılmıyorum.

Mustafa PARLAK
Başkan

Rekabet Kurulu'nun 13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı Kararı'na

KARŞI OY GEREKÇESİ

Rekabet Kurulu'nun 21.4.2005 tarih ve 05-26/298-M sayılı kararı uyarınca, Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş., Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti. ile Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. unvanlı teşebbüsler hakkında açılan soruşturma sonucunda, tespitler ve ilgili tarafın savunmaları, toplanan tüm bilgi ve belgeler değerlendirilerek 13.7.2006 tarihinde yapılan Rekabet Kurulu toplantısında, 06-51/655-183 sayılı karar alınmıştır. Söz konusu Kararı Usul ve Esas yönüyle 4054 sayılı Kanuna aykırı bulmaktayım.

A-) USUL YÖNÜYLE :

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27/a maddesinde, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak, bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezası uygulamak Kurul'un görevleri arasında sayılmıştır. Kanun'un Kurul'un inceleme ve araştırmalarında uygulanacak usulü düzenleyen "Dördüncü Kısmı" nda yer alan 40 ıncı maddesinde, Kurul'un, resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği kurala bağlanmıştır. **Kanun'un 51. maddesinin** ilk fıkrasında ise, Kurul'un, nihaî kararlarında Başkan ya da İkinci Başkan dahil en az 5 üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az 4 üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar vereceği; ikinci fıkrasında, **ilk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanmadığı durumlarda Başkanın ikinci toplantıya tüm üyelerin katılımını sağlayacağı**, ancak bunun mümkün olmaması halinde kararın, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı, bu durumda da toplantı nisabının birinci fıkrada belirtilenden az olamayacağı, ikinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde Başkanın bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılacağı hususları düzenlenmektedir. Bu maddeye ilişkin gerekçede de: "Rekabet Kurulu nihaî kararları hukuki ve iktisadi sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Kararların tarafları, iktisadi hayatımızda önemli roller üstlenen teşebbüs veya teşebbüs birlikleri olacaktır. Bu itibarla, **mümkün olduğu kadar fazla üyenin, Kurul'un nihaî kararlarının alınmasında hazır bulunmasını sağlamak amacıyla** toplantı ve kararlarda ağırlaştırılmış nisaplar aranmıştır. Ancak, karar için gerekli çoğunluğun sağlanamaması

nedeniyle Kurul'un karar alamaz duruma düşmesini önlemek amacıyla, ikinci fıkrada ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisabı yumuşatılmıştır.” denilmiştir.

Kanun'un Kurul'un çalışma esaslarını düzenleyen 28 inci maddesinin son fıkrasında Kurul üyelerinin kendileri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhrî hısımlarıyla ilgili olaylarda müzakere ve oylamaya katılamayacakları belirtilerek, Kurul'a katılmaya engel durumlar tek tek sayılmıştır. Bu maddenin gerekçesinde de : “Maddenin son fıkrası ile, Kurul üyelerinin kendileri ve yakınları ile ilgili olaylarda müzakere ve oylamalarda iştirak edemeyeceği belirtilmiştir. Toplantı ve karar nisaplarının ağırlaştırılmış olması **üyelerin hepsinin toplantılara iştirakinin önemini arttırmaktadır.**” denilmektedir.

Bu bakımdan Rekabet Kurulu'nun 13.7.2006 tarihli, Roche Müstahzarları A.Ş., Beşer Ecza Deposu Ltd., ve Eczacıbaşı İlaç Paz. A.Ş. hakkında yürütülen soruşturma ile ilgili olarak yapılan nihai karar toplantısında bu teşebbüslerin 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine OYÇOKLUĞU ile, bu eylemlerinden dolayı 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca idari para cezası ile cezalandırılmaları gerektiği yönünde üç **Kurul Üyesinin oylarına karşılık**, idari para cezası verilmemesi gerektiği görüşü ile, toplantıya katılan **diğer iki Kurul Üyesinin** oyları sonucunda 4054 sayılı Kanun'un **51. maddesinde öngörülen karar yeter sayısının oluşmadığı** anlaşılacak, anılan maddenin ikinci fıkrasında öngörülen yöntem izlenmek üzere dosya konusunun Kurul gündeminde incelemede kalmasına karar verilmiştir. 12.7.2006 tarihinde yapılan bu toplantıda Kurul'un 8 üyesinden Nurettin KALDIRIMCI soruşturmada Soruşturma Heyeti Başkanı olarak görev ifa ettiği, Rıfkı ÜNAL izinli olduğu, Mehmet Akif ERSİN ise sözlü savunma toplantısına katılmadığı gerekçesiyle bulunmamışlardır. Bir kurul üyesinin izinli ya da raporlu olarak sözlü savunma toplantısına iştirak etmemiş olması, o dosyanın nihai kararının verileceği toplantıya, keza ilk oturumda da karar nisabının oluşmaması sebebiyle 4054 Sayılı Kanun'un 51/2. maddesi uyarınca yapılan ikinci karar toplantısına katılmasına engel oluşturmaz. Danıştay'ın yerleşik kararlarında da işaret edildiği üzere, kollektif irade ürünü olan Rekabet Kurulu kararlarının oluşumuna, tüm üyelerin katılması ve katkıda bulunması esastır. Bu itibarla aslî görevi kurul toplantısına iştirak etmek olan üyelerin görevli, raporlu ya da izinli olma halleri dışında kurul toplantılarına katılmamasının yasal izahı olamaz.

Anılan toplantıda, tarafımdan, Kurul Başkanı Mustafa PARLAK “4054 sayılı Kanunun 51.maddesi 2. fıkrasının, maddenin lafzına ve ruhuna uygun bir şekilde uygulanmasını temin zimmında, bir gün sonraya

bırakılan ikinci oylamanın yapılacağı toplantıya, **yasal izin, rapor ve mazeret dışında tüm Kurul üyelerinin katılımının sağlanması gerektiğini**, 5 üye ile yapılan kamuoyunda yakinen izlenen o denli önemli bu ilk Karar toplantısında, oyların 3'ünün ihlal ve ceza yönünde, 2'sinin ise ihlal bulunmadığı ve ceza verilemeyeceği istikametinde olduğu için 2. oylamaya tüm Kurul Üyelerinin katılımının sağlanması gerektiğini, bu günden gerekli önlem alınıp bulunmayan üyelere duyuru ve tebligatların yapılması icap ettiğini, bu hususun da karar altına alınmasını talep etmeme rağmen, bu yönde karar oluşturulmamıştır. Usule yönelik bu karara karşı oy yazdım (Ek-1: 12.7.2006 Tarih ve 06-50/654-M sayılı Karara karşı oy).

Hemen bir gün sonra Kurul'un 13.7.2006 tarihli 2'nci toplantısında, 12.7.2006 tarihli toplantıya katılan üyeler ile toplantıya başlanmıştır. 12.7.2006 tarihli ilk toplantıya katılmayan Kurul Üyeleri Rıfkı ÜNAL ve M.Akif ERSİN izinli, raporlu ve kurum dışında görevli olmamasına rağmen toplantıya ve 2. oylamaya katılmamışlardır.

Beş kurul Üyesinin katılımı ile yapılabilen 2. toplantıda üç teşebbüsün Rekabet Kanunu'na muhalefette buldukları ve cezalandırılmaları 2'ye karşı 3 oyla kabul edilmiştir. 4054 Sayılı Kanun'a göre, Rekabet Kurulu 5 üye ile toplanabilir ve karar alabilir. İlk oylamada karar nisabının oluşmaması durumunda ikinci toplantı ve oylama yapılabilir. 8 üyeli Kurulumuzun 3 üyesinin yasal izinli veya raporlu olması halinde pek tabii 5 üye ile toplantı yapıp 1 oy farkla da olsa ceza kararı alınabilir. Ancak Kanunumuzun 51/2. maddesini eksik uygulayarak, bana göre hiç uygulamayarak iki üyeyi Kurul dışında bırakıp, Türkiye'nin en büyük iki ilaç firmasını "Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş." ve "Roche Müstahzarları San.Tic. A.Ş.ni (Roche 'un İhale Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'na muhalefeti ve İstanbul Ağır Ceza Mahkemesinde yöneticilerinin yargılanıyor olması Rekabet Kurulu olarak bizi hiç ilgilendirmemelidir.)" ilâ bir ecza deposunun "Beşer Ecza Deposu"nu ekonomik varlıklarını tehdit edecek mahiyette Rekabet suçlusu ilan etmek ve toplam 10 trilyon para cezası ile cezalandırmak Kanuna aykırıdır, adil değildir, hukuka uygun bulunmamaktadır.

Böylece Kurul'un tüm üyelerinin iştiraki sağlanmadan, 4054 sayılı Kanun'un 51/2. maddesindeki amir hükme aykırı oylama yapılmak suretiyle Teşebbüslerin cezalandırılması yönünde karar alınmıştır.

Her idari işlemin Yetki, Şekil, Sebep, Konu ve Maksat olmak üzere beş unsuru bulunmaktadır. Bunlardan Şekil Unsuru; idari işlemin tesisi için yetkili idari makamca izlenmesi gerekli yöntemi (usulü) ve idari işlemin hukuk düzeninde aldığı biçimi, maddi varlığı anlatır. İdari

işlemin şekil unsuru bakımından hukuka uygun olması, yöntem ve biçim kurallarına uygun olarak tesis edilmiş bulunmasına bağlıdır. Usul (yöntem) kuralları, idari işlemin hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için geçirmesi gereken aşamalarla ilgili kurallardır. İdari işlemin, hukuka uygun biçimde doğabilmesi için bu kurallara uyulması zorunludur. Türk İdari Hukuk Sisteminde henüz tüm idari işlemler için geçerli usul kurallarını düzenleyen genel bir İdari Usul Yasası mevcut değildir. Kimi hizmet alanları için geçerli usul kurallarını düzenleyen usul yasaları ve kimi de maddi yasalarla düzenlenmiş usul kuralları vardır. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 51. maddesi usul kurallarını öngören, bu anlamda maddi bir yasadır.

Kanunun 51. maddesinin 2. fıkrası idari işlemin tesisinde (Rekabet Kanununa ihlal ve para cezasına hükmederken) önemli bir usul kuralı öngörmüştür. Başkan ikinci toplantıya tüm üyelerin iştirakini sağlamak zorundadır. Kanunun bu önemli usul hükmü uygulanmaksızın idari işlem tesis edilmiştir. ŞEKİL UNSURU itibarıyla Kanuna aykırıdır.

B) ESAS YÖNÜYLE:

Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. (Roche) ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. (EİP), granisetron etken maddeli rakip ürünler olan Kytril ve Setron'da SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı ihalelerine yönelik olarak Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. (Beşer) ile çalışmıştır. Buna bağlı olarak, soruşturma raporunda da tespit edildiği üzere, 2003 yılı granisetron ihalelerinin hiçbirinde Kytril ve Setron'un rakip formları karşı karşıya gelmemiştir. Bu noktada, Roche ve EİP'nin Beşer'le çalışmasının iki bağımsız dikey ilişki olarak mı, yoksa toplamda tek bir yatay sınırlama olarak mı kabul edileceği önem kazanmaktadır.

Öncelikle, rakip teşebbüslerin, rekabet hukukunu dolanmak amacıyla anlaşma yapmak yerine, aynı amaca hizmet edecek dikey ilişkiler tesis edebilmeleri ve bu ilişkilerin teori olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında tartışılması mümkündür. Ancak bu değerlendirmenin soruşturma konusu olayda yapılabilmesi bu anlamda ihlalden söz edilebilmesi için aşağıda belirtilen iki unsurdan en az birinin tespit edilebilmesi gerekir. Oysa,

— Roche, EİP ve Beşer arasında 2003 yılı granisetron ihalelerinde rekabetin engellenmesi amacıyla bir anlaşma yapıldığı saptanmalı. Ki bu konuda herhangi bir delile veya bulguya ulaşılamamış,

— Roche ve EİP granisetron ihalelerinde rekabeti ortadan kaldırmak kastıyla aynı depoyla çalışmayı tercih etmesi halinde yüksek karlı (yani indirimsiz) satış yapması beklenmeliyken, özellikle SSK hastanelerine satışlarda Kytril adlı ürün için %34-51 aralığında indirim yapılmış olması gerçeği karşısında, soruşturma taraflarının kartel rantı

elde ettiği söylemde mümkün değildir ve soruşturma sonunda bu husus kanıtlanamamıştır.

Hal böyle iken, söz konusu eylemlerin yatay düzlemde rekabetin kısıtlanması amacıyla gerçekleştirildiği söylemek mümkün değildir. Diğer bir deyişle, ortada bir yatay anlaşma değil, iki münhasır dikey ilişki bulunmaktadır. Bunlardan biri Roche ve Beşer arasındaki dikey ilişki iken, diğeri de Eczacıbaşı İlaç Pazarlama ve Beşer arasındaki ilişkidir.

2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 4(b-1)maddesine göre, münhasırlık esasına dayalı dikey ilişkiler grup muafiyetinden faydalanmaktadır. **O halde, Roche ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama'nın Beşer'le olan dikey ilişkileri de, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında sayılmalıdır. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca grup muafiyeti geri alınmaksızın, soruşturma konusu ilişkiler nedeniyle aynı Kanun'un 4. maddesinin uygulanması mümkün değildir.** Ancak gerek şikayet başvurusu, gerekse soruşturma; tarafların 2003 yılındaki eylemlerini konu almakta olup Kurulun 13.7.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı kararı ile Kanuna aykırı sayılan eylemler 2004 yılı başı itibarıyla ortadan kalkmıştır. Roche Beşer'le çalışmaya son vermiş, Eczacıbaşı ise Beşer'in yanında diğer ecza depolarıyla da çalışmaya başlamıştır. Bu durumda, üzerinden grup muafiyetinin geri alınması gereken eylemler Kurul kararının alındığı tarih itibarıyla ortada bulunmadığından ve Kanun'un 13. maddesinin (a) ve (c) bentleri bu olayda geçerli sayılamayacağından, bu yönde karar verilmesi herhangi bir sonuç doğurmayacaktır. Bu çerçevede, taraflar hakkında herhangi bir işlem tesis edilmesine gerek bulunmamaktadır. Aynı gerekçeyle, Kurul kararının "ihlale son verilmesi ve bunun tekrarından kaçınılması"na ilişkin dördüncü kısmının da bir anlam ifade etmediği açıktır.

Yukarıda açıkladığım nedenlerle Roche Müstahzarları San. Tic. A.ř., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.ř ve Beşer Ecza Deposu Tic. Ve San. Ltd. şti. hakkında yürütülen soruşturma sonucu alınan 13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı Kurul Kararına katılmıyorum.

M.Sıra ASLAN
Kurul yesi