

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

**REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2008-1-81 (Menfi Tespit)  
Karar Sayısı : 08-56/900-359  
Karar Tarihi : 25.9.2008

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

10

**Başkan** : Prof.Dr.Nurettin KALDIRIMCI  
**Üyeler** : Tuncay SONGÖR, Süreyya ÇAKIN,  
Mehmet Akif ERSİN, Dr. Mustafa ATEŞ,  
İsmail Hakkı KARAKELLE

**B. RAPORTÖRLER:** Mustafa Mehmet ÖZKARABÜBER, Mehmet Selim ÜNAL,  
Fatma ATAÇ

20

**C. BİLDİRİMDE BULUNAN** : Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti.  
Vekili Av. Esmâ Gül Nalbantoğlu  
Yarsuvat&Yarsuvat Hukuk Bürosu Eski Büyükdere Cad. Park  
Plaza No: 22 Kat: 11 34398 Maslak- İstanbul

30

**D. TARAFLAR** : - Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti.  
Balabandere Cad. No:2-4 İstinye-İstanbul  
- Özsel Ecza Depoları Ticaret ve Pazarlama A.Ş.  
Yukarı Dudullu Mah. Bayraktar Cad. Söyleşi Sok.  
No:6 Ümraniye-İstanbul  
- Medifar Ecza Deposu İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş.  
Barbaros Mah. Evren Cad. No: 15 Yeni Sahra Çim Sok.  
Kadıköy-İstanbul  
- İmir Kimya Tıbbi Cihaz – Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi A. Ş  
Cemalpaşa Mah. Cevdet Yurdakul Cad. Hamdi Filiz Apt.  
No: 7 Seyhan-Adana

40

**E. DOSYA KONUSU:** Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. ile Özsel Ecza Depoları  
Ticaret ve Pazarlama A.Ş., Medifar Ecza Deposu İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve  
İmir Kimya Tıbbi Cihaz Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi A.Ş. arasında ayrı ayrı  
imzalanmış Satım Sözleşmeleri'ne menfi tespit belgesi verilmesi talebi.

**F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 9.7.2008 tarih, 4349 sayı ile giren ve  
eksiklikleri en son 5.8.2008 tarih ve 5074 sayı ile tamamlanan bildirim üzerine 4054  
sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4, 6, 7 ve 8. maddeleri uyarınca  
yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 19.9.2008 tarih, 2008-1-81/MM-08-MMÖ  
sayılı Ön İnceleme Raporu, 22.9.2008 tarih, REK.0.05.00.00-130/165 sayılı Başkanlık  
önergesi ile 08-56 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

50

**G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. (MSD) ile Özsel Ecza Depoları Ticaret ve Pazarlama A. Ş. (Özsel), Medifar Ecza Deposu İlaç Sanayi ve Ticaret A. Ş. (Medifar) ve İmir Kimya Tıbbi Cihaz Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi A.Ş. (İmir) arasında ayrı ayrı imzalanan Satım Sözleşmeleri'ne menfi tespit belgesi verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

## H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

### H.1. Taraflar

60 MSD, ABD'de yerleşik halka açık bir şirket olan ve ilaç sektöründe faaliyet gösteren Merck Holdings Inc. unvanlı şirketin Türkiye'deki iştirakidir. MSD'nin mevcut hisselerinin %99,93'ü Merck Holdings Inc.'e, %0,066'sı ise Merck Sharp & Dohme (International) Limited'e aittir. MSD, ürünlerinin bir kısmını ithal ederek, geri kalan kısmını ise Türkiye'de fason olarak üretirmek suretiyle ilaç sektöründe faaliyet göstermektedir.

Bildirim konusu işlemde MSD ile ayrı ayrı satım sözleşmeleri imzalayan Özsel, Medifar ve İmir ise, beşeri ilaç pazarının toptancı seviyesinde ecza deposu olarak yer almaktadır.

70

### H.2. İşlemin Niteliği

Bildirim, MSD ile Özsel, Medifar ve İmir arasında ayrı ayrı imzalanan Satım Sözleşmeleri'ne ilişkindir. İlgili taraflar ve taraflara ayrılan bölgeler kısmı dışında birbirinin aynı olan söz konusu sözleşmeler uyarınca, ilgili depo kendisine tahsis edilen bölgede sağlık ocakları, devlet, üniversite, eğitim ve araştırma hastaneleri ile özel hastanelerin açacakları ve MSD'nin Cancidas 50 mg Flakon ve Cancidas 70 mg Flakon isimli ilaçlarını kapsayan ihaleleri takip ederek kendi nam ve hesabına katılacak, MSD ise deponun ihaleyi kazanması durumunda söz konusu ilaçları depoya satacaktır.

80

### H.3. İlgili Pazar

#### H.3.1. İlgili Ürün Pazarı

Bildirim konusu sözleşmeler, sözleşmeye konu ürünlere ilişkin olarak sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren MSD ile dağıtıcı seviyesindeki depoların kamu ve özel sağlık hizmet birimlerinin açtığı ihalelere yönelik çalışma koşullarını düzenlemektedir.

90

İhaleler, genellikle çok sayıda ürünün temin edilmesi için ve her bir kalemde etken maddenin yanında form ve doz da belirtilerek açılmaktadır. Buna bağlı olarak bir ihale kaleminde, farklı etken maddeli ürünler için ve hatta aynı etken maddeli olmakla birlikte farklı form ve dozda olan ürünler için teklif verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla farklı etken maddeli ürünlerin rakip konumda olmadığı ilaç alımı ihaleleri bakımından ilgili ürün pazarı tanımının, etken madde esasına göre yapılması isabetli olacaktır.

Bildirim formunda, sözleşmelerin konusunu oluşturan Cancidas 50 mg Flakon ve Cancidas 70 mg Flakon isimli ilaçların etken maddesinin "Caspofungin" olduğu belirtilmektedir. Bu doğrultuda işbu dosya özelinde ilgili ürün pazarının "*Caspofungin etken maddeli beşeri ilaçlara yönelik ihaleler pazarı*" olarak tanımlanması mümkündür.

100 Diğer yandan, pazar tanımının işlem özelinde yapılacak değerlendirmeleri ve ulaşılabilecek sonucu değiştirmemesi sebebiyle dosya özelinde kesin bir ilgili ürün pazarı tanımı yapılmasının gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır.

### H.3.2. İlgili Coğrafi Pazar

Dosya konusu olayda Türkiye içerisinde bölgesel pazar tanımı yapılmasını gerektirecek bir durumun söz konusu olmaması tespitinden hareketle, ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

## H.4. Değerlendirme

Bildirim konusunu, MSD ile Özsel, Medifar ve İmir arasında ayrı ayrı imzalanan Satım Sözleşmeleri'ne menfi tespit belgesi verilmesi talebi oluşturmaktadır. 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, Kurul'un bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebileceği belirtilmektedir. Buna göre, bildirim konusu sözleşmelerin anılan Kanun maddelerine aykırı olup olmadığı aşağıda değerlendirilmektedir.

### H.4.1. Kanun'un 4. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

120 Bildirim konusu sözleşmeler, sözleşme konusu ürünlere ilişkin olarak, sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren MSD ile dağıtıcı seviyesindeki depoların kamu ve özel sağlık hizmet birimlerinin açtığı ihalelere yönelik çalışma koşullarını düzenlemektedir.

Esasen dikey nitelikte bir anlaşma olan Sözleşme'nin 4.1.1. maddesi uyarınca ilgili depo kendi bölgesinde sözleşme konusu ürünlere yönelik olarak açılacak tüm ihaleleri takip edecek ve bunlara kendi nam ve hesabına iştirak edecektir. Sözleşme'nin 4.2.2. maddesinde ürünlere yönelik olarak ihalede teklif edilecek fiyatların ise depo tarafından belirleneceği belirtilmektedir. Sözleşme'nin gerek söz konusu maddeleri gerekse geneli 130 incelendiğinde, bildirim konusu dikey ilişkide alıcı konumunda bulunan depolara Kanun'un 4. maddesi kapsamında herhangi bir sınırlama getirilmediği görülmektedir.

Sözleşmeler, bahse konu dikey ilişkide sağlayıcı konumunda bulunan MSD yönünden incelendiğinde ise özellikle Sözleşme'nin "MSD'nin Hak ve Yükümlülükleri" başlıklı 4.2. maddesinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşme'nin 4.2.1. maddesine göre MSD, ilgili deponun ihaleyi kazandığına dair resmi belgeyi kendisine ulaştırmasının ardından sözleşme konusu ürünleri depoya teslim edecektir. 4.2.2. maddede ise şöyle denilmektedir: "*MSD, münhasıran, Bölge kapsamındaki Hastaneler tarafından açılacak İhaleler'e katılıp İhale'yi kazanan Depo'ya satış yapmak yükümlülüğündedir.*" Burada akla hemen, Sözleşme'nin bu maddesi ile, ilgili sözleşmelerin tarafları olan Özsel, Medifar ve İmir dışındaki diğer ecza depolarının MSD'nin ürünleri için açılan ihalelere katılmasının engellenip engellenmediği ve engellenmiyor iseler MSD'nin bu depolara ihaleyi kazanmaları halinde sözleşme konusu ürünleri temin edip etmeyeceği sorusu gelmektedir. Zira maddedeki *münhasıran* ifadesinden ilgili ürünlerin sadece Depo'ya tedarik edileceği anlamı çıkarılabileceği gibi, bu ifade *sadece kazanması halinde* Depo'ya satış yapacağı anlamına da gelebilecektir. İlk durumda Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşmadan söz edilebilecektir. İkinci durumda ise ihalelerin doğası gereği ihaleyi yalnızca bir depo kazanabileceğinden MSD'nin zaten başka bir depoya satış yapması mümkün değildir ve dolayısıyla sözleşmenin bu maddesi, Kanun'un 4. 150 maddesi kapsamında telakki edilemeyecektir.

Bildirim formunda, konuya ilişkin olarak bildirim konusu sözleşmelerde birden fazla deponun aynı ihalede MSD'nin ürünleri için teklif vermesinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı belirtilmektedir. Yine, MSD temsilcisi tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 5.8.2008 tarihinde intikal eden yazında şu açıklama yapılmıştır:

160 *“MSD'nin bu yükümlülüğü<sup>1</sup>, (...) Sözleşme kapsamındaki ürünlere ilişkin ihaleleri, Sözleşme tarafı olmayan başka bir deponun kazanması halinde bu depoya ürün tedarik etmeme yükümlülüğü anlamına gelmemektedir. MSD, ihaleyi kazanan her depoya, Sözleşme tarafı olsun veya olmasın, ürün tedarik edecektir. Bu noktadan hareketle, birden fazla deponun aynı ihalede MSD'nin Ürünleri için teklif vermesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.”*

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, Sözleşme'nin 4.2.1. maddesi ile yapılan düzenleme, esas itibarıyla sözleşme tarafı olan depoya ihalenin kazanılması halinde ürünleri sağlama yükümlülüğünden ibarettir ve “MSD sözleşme tarafı olmayan depolara ilgili ürünleri satamaz” anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla ilgili maddenin Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilme imkanı bulunmamaktadır. Sözleşme'nin diğer maddelerinde de Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir başka hüküm yer almadığından, bildirim konusu sözleşmelerin 4. madde kapsamında bulunmadığına kanaat getirilmiştir.

#### **H.4.2. Kanun'un 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirme**

MSD temsilcisi tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 5.8.2008 tarihinde intikal eden cevabi yazıda, Caspofungin etken maddesinin sadece MSD'nin Cancidas isimli ürününde kullanılan bir molekül olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, dosya özelinde ilgili ürün pazarının “Caspofungin etken maddeli beşeri ilaçlara yönelik ihaleler pazarı” olarak tanımlanması halinde MSD'nin söz konusu pazardaki payının % (...) olacağı görülmektedir.

Bu pazar payından hareket ederek MSD'nin söz konusu pazarda hakim durumda olduğu varsayımı altında, bildirim konusu sözleşmeler ile hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığının incelenmesi gerekmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, burada akla gelen temel husus, mevcut haliyle bu sözleşmelerin MSD'nin diğer depolara ürün tedarik etmesinin önüne geçip geçmediğidir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, bildirim konusu sözleşmelerde MSD'nin sözleşme tarafı olmayan diğer depolara ürün tedarik edemeyeceği yönünde hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla ve netice itibarıyla, salt sözleşmeler özelinde MSD'nin hakim durumunu kötüye kullandığını iddia etmek mümkün görünmemektedir.

#### **H.4.3. Kanun'un 7. Maddesi Kapsamında Değerlendirme**

Bildirim konusu sözleşmeler bir birleşme veya devralma işlemi düzenlemediğinden, sözleşmelerin Kanun'un 7. maddesine aykırı olması söz konusu değildir.

<sup>1</sup> MSD'nin sözleşmeye taraf olan depoya münhasıran satış yapma yükümlülüğü kastedilmektedir.

## I. SONUÇ

200 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. ile Özsel Ecza Depoları Ticaret ve Pazarlama A.Ş., Medifar Ecza Deposu İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve İmir Kimya Tıbbi Cihaz Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi A.Ş. arasında ayrı ayrı imzalanan Satım Sözleşmeleri'ne 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.