

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2014-3-63 (Muafiyet/Menfi Tespit)
Karar Sayısı : 14-43/797-358
Karar Tarihi : 04.11.2014

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,
Fevzi ÖZKAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER: Hakan Deniz KARAKOÇ, Ferhat BOZKAYA

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN :- Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A.Ş.
Temsilcileri: Av. M. Togan TURAN ve Av. Deniz ÖZKAN
Eski Büyükdere Cad. No:27 K:11 Maslak/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU: Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A.Ş. ile Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında akdedilen “İhale Satış Sözleşmesi”ne muafiyet tanınması talebi.**
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 03.09.2014 tarih ve 4496 sayılı ile giren bildirim üzerine düzenlenen 27.10.2014 tarih ve 2014-3-63/MM sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A.Ş. ile Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında akdedilen “İhale Satış Sözleşmesi”nin içerdiği rekabete aykırı hükümler nedeniyle menfi tespit alamayacağı, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin (2002/2 sayılı Tebliğ) 2. maddesinde belirlenen pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayacağı, ancak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle anılan Sözleşmeye bireysel muafiyet tanınabileceği sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Taraflar

G.1.1. Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A.Ş. (Mustafa Nevzat)

- (4) Mamul ilaç ve ilaç hammadde üretimi ve pazarlaması yapan Mustafa Nevzat, Türkiye'de bulunan hammadde üretim tesislerinde birbirinden bağımsız dört ayrı üretim ünitesinde; penisilin gurubu ilaç etkin maddeleri, makrolid gurubu ilaç etkin maddeleri ile etodolak ve diğer ilaçlar etkin maddeleri üretimi gerçekleştirmektedir. 06.06.2012 tarih ve 12-30/881-262 sayılı Kurul kararıyla Mustafa Nevzat'ın tam kontrolünün, Amgen İlaç Ticaret Ltd. Şti. (Amgen Türkiye) tarafından devralınması işlemine izin verilmiştir. Amgen Türkiye'nin bağlı olduğu grup olan Amgen Inc. (Amgen), kanser, böbrek hastalıkları, romatoid artrit ve kemik hastalıklarının tedavilerinde kullanılan tıbbi uygulamaların geliştirilmesi alanında faaliyet göstermektedir. Mustafa Nevzat'ın, aktif farmakolojik maddelerin (AFM) ve tamamlanmış dozaj formların üretim, satış ve ihracatı ile fason üretim hizmetleri alanında faaliyet gösterdiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

G.1.2. Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Gül Ecza)

- (5) Gül Ecza, Türkiye çapında devlet ve üniversite hastanelerinin açtıkları ihalelere katılan bir ecza deposudur. Türkiye’de Kampotulaç Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Kampotulaç), Gül Ecza’nın %(.....)’ine sahip olduğu bir iştiraki konumundadır.

G.2. İlgili Pazar

G.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (6) Beşeri ilaç üretimi alanında faaliyet gösteren Mustafa Nevzat ile temel olarak sağlıkla ilgili üretilen ürünlerin dağıtım alanlarında ihalelere yönelik olarak faaliyet gösteren Gül Ecza arasında akdedilen başvuruya konu Sözleşme ile Gül Ecza’nın, Mustafa Nevzat’ın ruhsat sahibi olduğu bazı ilaçlar bakımından devlet hastaneleri, üniversite hastaneleri, özel hastaneler ve diyaliz merkezlerinin satın alımlarının karşılanması amaçlanmaktadır. Bu noktada, Sözleşme’nin kapsamı devlet ve üniversite hastaneleri için Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenecek olan ihaleler ve doğrudan teminler kapsamında yapılacak satın alımları, özel hastaneler ve diyaliz merkezleri için ise yapılacak her türlü satın alımı içermektedir.
- (7) 2002/2 sayılı Tebliğ’in 2. maddesinde, tanımlanan dikey anlaşmaların Tebliğ kapsamında olduğu ve Tebliğ’le sağlanan muafiyetin ilgili pazardaki payının %40’ı aşmaması durumunda uygulanacağı ifade edilmektedir
- (8) Bildirim Formunun ekinde yer alan “İhale Satış Sözleşmesi”ne konu ürünler, bildirim sahipleri tarafından A grubunda yer alan ürünler ve B grubunda yer alan ürünler olmak üzere ikiye ayrılmıştır. A grubunda yer alan ürünler bakımından ilgili sözleşmenin imza tarihinde yürürlüğe gireceği, B grubunda yer alan ürünler bakımından ise sözleşmenin Kurul onayından geçmesi şartı aranacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla A grubunda yer alan ürünler pazar payı %40 eşliğinin altında kalan ürünleri B grubunda yer alan ürünler ise %40 eşliğini aşmakta olan ürünleri kapsamaktadır.
- (9) Dosya içeriğinde yer alan bilgilerden, Sözleşme’ye konu ürünlerin bir kısmının 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında belirtilen %40’lık pazar payı eşliğini aştığı (B grubunda yer alan ilaçlar) diğer bir kısmının ise bu eşğin altında kaldığı, Gül Ecza ile akdedilen Sözleşme kapsamındaki ilaçlardan (.....) adlı ilacın jeneriğinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Perakende kanalından yapılan satın alımlarda Mustafa Nevzat’a ait ilaçlardan birinin rakibinin olmadığı ((.....)) ve Sözleşme’ye konu ilaçların geniş bir portföyden meydana geldiği dikkate alındığında Sözleşme’nin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin belirlenebilmesi için ihtiyaç duyulduğu belirtilen pazar tanımının, mevcut dosya özelinde kesin olarak yapılmasının gerekli olmadığı kanaatine varılmıştır.

G.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (10) İlgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

G.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

G.3.1. Bildirime Konu Sözleşme

- (11) Mustafa Nevzat ile Gül Ecza arasında imzalanan Sözleşme’nin konusu, Mustafa Nevzat’ın ruhsat sahibi olduğu ilaçlardan bildirim formunun Ek-1’inde belirtilen ürünler¹

¹ Sözleşme A gurubu ve B gurubunda yer alan ilaçları kapsamakta fakat bildirim yalnızca B gurubunda yer alan ilaçlar bakımından yapılmaktadır.

için devlet hastaneleri, üniversite hastaneleri, özel hastaneler ve diyaliz merkezlerinin ihtiyaçlarının karşılanması olarak ifade edilmektedir (madde no: 2). Aynı maddenin devamında, Mustafa Nevzat'ın Sözleşme'de belirtilen istisnalar haricinde tüm Türkiye sınırları içerisinde ilgili ilaçları, münhasıran Gül Ecza'ya sağlayacağı ifade edilmiştir.

- (12) Mustafa Nevzat'ın, hastanelere (devlet hastaneleri, üniversite hastaneleri, özel hastaneler ve diyaliz merkezleri) yapılacak satışlar için tamamen kendi takdirinde olmak kaydıyla ihalenin niteliğine ve rekabet koşullarına göre ve ilgili yasal mevzuat çerçevesinde Sağlık Bakanlığı'nın onayladığı satış fiyatı üzerinden Gül Ecza'ya uygulanacak iskonto oranını ve vadeyi belirleyebileceği ifade edilmiştir (madde no:3/3.1). Gül Ecza'nın, açılacak olan ihalede yer alan ilaçların listesi ile birlikte, ihale açan Kurumun kesinleşen ihale kararını Mustafa Nevzat'ın talebi üzerine ibraz edeceği ve Sözleşme'deki iskonto ve vadeyi bu şarta bağlı olarak ve 3.1 maddesi hükümleri uyarınca uygulayacağı belirtilmiştir.
- (13) Gül Ecza'nın, ilgili Sözleşme ile münhasıran tüm Türkiye'de bahse konu ilaçlar ile ilgili hastaneler tarafından yapılacak tüm ihaleleri ve satın alımları takip etmeyi, ihalelere ilaçların satın alımı için kendi nam ve hesabına iştirak etmeyi, ihalelerin kazanılması halinde ilaçları hastanelere teslim etmeyi ve yapılacak tüm satışlardan her ayın sonunda Mustafa Nevzat'ı yazılı olarak bilgilendirmeyi taahhüt ettiği ifade edilmiştir (madde no: 3/3.2/3.2.2).
- (14) Gül Ecza'nın herhangi bir şekilde katılmadığı ihale ya da satın alımın söz konusu olması halinde, Mustafa Nevzat'ın yazılı onayının alınması şartıyla deponun diğer bir ecza deposunu kendi nam ve hesabına yetkilendirebileceği, böyle bir durumun söz konusu olması halinde, Gül Ecza'nın kendisine uygulanan iskontoyu kendi takdir edeceği oranda yetkilendirdiği depoya yansıtılabileceği konusunda takdir yetkisine sahip olacağı ifade edilmiştir (madde no: 3/3.2/3.2.3).
- (15) Sözleşmenin, bildirim formunun Ek-1'inde yer alan ilaçlardan A grubunda yer alanların imza tarihinde, B grubunda yer alan ilaçların ise muafiyet tanınması şartına bağlı olarak, muafiyet kararının verildiği tarihte yürürlüğe gireceği ifade edilmiştir (madde no: 4/4.1).
- (16) Sözleşme'nin "Devir-Alt Yüklenici" başlığı altındaki düzenlemelere göre Gül Ecza; ilgili sözleşmenin 3.2.3 ve 9.2 maddelerindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla Mustafa Nevzat'ın yazılı izni olmaksızın sözleşmeyi ya da sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir hak ve yükümlülüğü bağlı şirket veya hissedar olunan şirket olsa bile üçüncü bir şahsa tamamen veya kısmen devredemeyecektir (madde no: 9/9.1).

G.3.2. Menfi Tespit Değerlendirmesi

- (17) Gül Ecza'ya Sözleşme'nin 10.1 ve 10.2 maddeleri uyarınca rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmekte, Mustafa Nevzat tarafından yazılı onay verilmedikçe, Sözleşme konusu ürünler ile rekabet eden ve onları ikame edebilecek ürünlerin ihalelerinde ve diğer satın alımlarında menfaat sahibi olamayacağı düzenlenmektedir. Sözleşmenin 2. maddesinde Gül Ecza'ya tüm Türkiye'de ilgili ilaçlar için münhasırlık içeren hükümlere yer verildiği görülmektedir.
- (18) Sözleşme'de yer alan yukarıda belirtilen düzenlemelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu anlaşıldığından, Sözleşme'ye menfi tespit verilemeyeceği kanaatine varılmıştır.

G.3.3. Grup Muafiyeti Değerlendirmesi

- (19) Bildirime konu Sözleşme, ilaç sektöründe üretici olarak faaliyet gösteren Mustafa Nevzat ile alt pazarda toptan satış faaliyeti ile iştirak eden Gül Ecza arasında akdedilen bir dikey anlaşmadır.
- (20) 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.
- (21) Bu çerçevede Sözleşmenin, etken madde seviyesindeki pazar payı %40'ın üzerinde olan ilaçların (B grubu) bulunması nedeniyle, 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanılması söz konusu değildir.

G.3.4. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

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

- (22) 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.
- (23) İlaç sektöründe genel olarak sağlayıcı firmalar ihalelere doğrudan katılmak yerine, ihale depolarıyla çalışmayı tercih etmektedirler. Muafiyet verilmesi talep edilen sistem sayesinde Mustafa Nevzat, ürünleri için daha fazla ihaleye iştirak etme imkânı elde edecek, dağıtımda da maliyet tasarrufu ve etkinlik yaratılması söz konusu olabilecektir.
- (24) Sözleşme ile Mustafa Nevzat'ın, tüm Türkiye çapında faal olan Gül Ecza aracılığıyla, Sözleşme konusu ürünleri için ihaleleri, doğrudan teminleri ve satın alımları takip edeceği, Gül Ecza'ya ihalelere katılma yükümlülüğünün getirilmesiyle Sözleşme öncesinde deponun cazip görmediği küçük ölçekli ihalelere katılacağı, bu noktada Sözleşme'nin arz devamlılığına katkıda bulunabileceği kanaatine ulaşılmıştır. Mustafa Nevzat'a ait ürünlerin daha fazla ihalede yer alması neticesinde markalar arası rekabetin artmasına olumlu etkisi olacaktır. Tüm bunlara ilave olarak, ihalenin kazanılması halinde ilaçların sağlık kuruluşlarına tedarikinde gerek süre gerekse hizmet kalitesi bakımından iyileşme sağlanabilecektir.
- (25) Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında, Sözleşme ile kurulması planlanan münhasır sistemin, malların üretimi ve dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmelerin sağlanması şartını karşıladığı sonucuna varılmıştır.

G.3.4.2. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması

- (26) Sözleşme'nin ilaç ihale pazarına, doğrudan teminlere ve her türlü satın alımlara etkisi açısından en önemli husus, Sözleşme konusu Mustafa Nevzat ürünlerinin biri hariç tamamında rakip ürünlerin mevcudiyetidir.

- (27) Mustafa Nevzat'a ait ve Sözleşme'ye konu olan ilaçlardan (.....) adlı ilacın pazar payı %100 olsa da, Sözleşme konusu ilaçlar portföy olarak değerlendirildiğinde, tüketici başvuruya konu Sözleşme'de yer alan diğer ilaçlardaki rekabet artışından yarar sağlayabilecektir. Şöyle ki; Gül Ecza'nın Türkiye'de ilgili ilaçlar için açılacak olan tüm ihalelere katılma yükümlülüğü, ihalelerdeki ilaç sayısının artacak ve böylece tüketici daha düşük fiyattan ilaçları elde edebilecektir. Bu sayede, mal arzında sağlanan süreklilik de tüketicilerin ilgili ilaçları daha rahat temin edebilmelerini sağlayacaktır. Yine ihalenin kazanılması halinde de tüketiciler, ilgili ilaçları daha hızlı temin edebileceklerdir. Ayrıca, hastane eczanelerinde de daha fazla çeşitte ilaç bulunabilecek ve böylece hastalar ilaçları serbest eczanelerden almak durumunda kalmayacaktır.
- (28) Özetle; Sözleşme'ye konu münhasırlık ilişkisinin, nihai tüketici konumundaki hastaların ürünlere daha kolay ulaşabilmesini sağlayacak nitelikte olması nedeniyle Kanun'un 5. maddesinin (b) bendinde ifade edilen tüketici faydası koşulunu karşıladığı kanaatine varılmıştır.

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

- (29) Başvuruya konu Sözleşme ile birlikte Gül Ecza, Sözleşme'ye konu Mustafa Nevzat ürünleri için düzenlenen ihalelere katılabilecektir. Sözleşme'nin uygulamaya konmasıyla birlikte, jeneriği bulunmayan (.....) adlı ilaç bakımından rekabetin kısıtlanması söz konusu olsa da, jeneriği bulunan diğer ilaçlar açısından markalar arası rekabetin artması beklenmektedir.
- (30) Sözleşme ile Gül Ecza'ya tüm Türkiye'deki ihaleler ve satın alımlar bakımından Mustafa Nevzat ürünleri için münhasıran katılma hakkı tanınmaktadır. Her ne kadar söz konusu hükmün etkin madde bazında ve perakende kanalından yapılan satışlarda ikamesi olmayan (.....) adlı ilaç bakımından rekabet kısıtlanabileceksede, Sözleşme konusu ilaçların bir bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde jeneriği bulunmayan bu ilaç dışındaki ilaçların rekabetinde meydana gelebilecek artış dikkate alındığında Sözleşme ile ilgili pazarlardaki rekabete olumlu yönde katkı sağlanacağı kanaati oluşmuştur.
- (31) Bu çerçevede, muafiyet başvurusuna konu olan ilaçların buldukları ilgili ürün pazarlarının önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı, hatta Sözleşme ile oluşturulan çalışma koşullarının ilgili pazarlardaki rekabete katkıda bulunacağı sonucuna ulaşılmıştır.

G.3.4.4. Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

- (32) Bildirime konu Sözleşme ile birlikte, Mustafa Nevzat'ın mevcut personeli ile katılmasının mümkün olmadığı ihalelerde Sözleşme'ye konu Mustafa Nevzat ürünleri katılacaktır. Sektörde Mustafa Nevzat'ın rakibi olan teşebbüslerin de Mustafa Nevzat'ın kurmak istediği sisteme benzer sistemler ile ihalelere katıldıkları, doğrudan teminleri ve her türlü satın alımları karşıladıkları dikkate alındığında, Mustafa Nevzat'ın başvuruya konu Sözleşme yoluyla rakipleriyle daha etkin bir şekilde rekabet edebilecektir.
- (33) Diğer yandan Sözleşme yürürlük tarihinden itibaren üç yıl hüküm ifade edecek, Sözleşme'nin sona erme tarihinden üç ay öncesine kadar taraflardan herhangi biri tarafından Sözleşme yenilenmesine dair karşı tarafa yazılı bir bildirim yapılmaması durumunda, Sözleşme aynı koşullarda bir yıl daha uzayacaktır. Sözleşme yürürlük tarihinden itibaren beş yıl süreyle geçerli olacaktır. Sözleşme süresinin 3 yıl olması ve her hâlükârda en fazla 5 yıl için uzatılabilecek olması makul bir sınırlama olarak kabul edilmektedir.

- (34) Sözleşme'nin feshinden sonraki süre için Gül Ecza'ya herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmemesi de Sözleşme neticesinde rekabetin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması anlamına gelmektedir.
- (35) Bu çerçevede; incelenen Sözleşme'nin bireysel muafiyet koşullarının ilk üçünün yanı sıra rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması koşulunu da karşıladığı kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

- (36) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;
1. Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A.Ş. ile Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında akdedilen "İhale Satış Sözleşmesi"ne, içerdiği rekabete aykırı hükümler nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine,
 2. Anılan "İhale Satış Sözleşmesi"nin, kapsamında yer alan ilaçların bir kısmına ait pazar paylarının 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"nin 2. maddesinde belirlenen eşiği aşması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamadığına,
 3. Bununla birlikte söz konusu sözleşmeye, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına
- OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.