

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2018-3-46 (Muafiyet/Menfi Tespit)
Karar Sayısı : 19-06/57-21
Karar Tarihi : 07.02.2019

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Adem BİRCAN, Mehmet AYAN, Ahmet ALGAN,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Şükran KODALAK

B. RAPORTÖRLER: Emin Cenk GÜLERGÜN, Ebru ÖZYURT, Ahmet SAĞDUYU

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : - Takeda İlaç Sağlık Sanayi Ticaret Ltd. Şti.
Temsilcileri: Av. İlmütluhan SELÇUK ve Av. Melis ÖZENBAŞ
Ebulula Mardin Cad. No:57 Akatlar, Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Takeda İlaç Sağlık Sanayi Ticaret Limited Şirketi ile Aksel Ecza Deposu Ticaret A.Ş. ve Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında ayrı ayrı akdedilen "İhale Deposu Sözleşmesi"ne muafiyet tanınması talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 28.05.2018 tarih ve 4160 sayı ile giren ve en son 08.01.2019 tarih ve 153 sayı ile eksiklikleri tamamlanan bildirim üzerine düzenlenen 31.01.2019 tarih ve 2018-3-46/MM sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;
- Takeda İlaç Sağlık Sanayi Ticaret Ltd. Şti. ile Aksel Ecza Deposu Ticaret A.Ş. ve Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında ayrı ayrı imzalanan "İhale Deposu Sözleşmesi"nin (Sözleşmeler), rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermesi nedeniyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesi kapsamında olduğu ve bu nedenle başvuru konusu sözleşmelere aynı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilemeyeceği,
 - İlgili ürünlerin pazar paylarınının 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde (2002/2 sayılı Tebliğ) belirtilen eşiği aşması sebebiyle, Sözleşmelerin anılan Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağı, ancak Sözleşmelere 4054 Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet tanınabileceği

sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Taraflar

G.1.1. Takeda İlaç Sağlık Sanayi Ticaret Ltd. Şti. (TAKEDA)

- (4) TAKEDA, merkezi Japonya'da bulunan Takeda Pharmaceutical Company Limited ana teşebbüsünün Türkiye'de beşeri ilaç ticareti ve satışı alanlarında faaliyet gösteren

iştirakidir. Takeda Grubu¹, dünya çapında beşeri ilaçlar ve aşı alanlarında faal olup farklı tedavi alanlarındaki farmasötik² ürünlerin geliştirilmesi, üretimi, satışı ve pazarlanması alanlarında faaliyet göstermektedir. Bu kapsamda Takeda Grubu globalde onkoloji, gastroenteroloji ve nörobilim olmak üzere üç tedavi alanında hizmet sunmaktadır. TAKEDA ise onkoloji, gastroenteroloji ve temel sağlık alanında faaliyet göstermektedir.

G.1.2. Aksel Ecza Deposu Ticaret A.Ş. (AKSEL)

- (5) Merkezi İstanbul'da bulunan ve Selçuk Ecza Holding A.Ş. tarafından kontrol edilen AKSEL, sağlık ürünlerinin toptan dağıtım alanlarında faaliyet göstermektedir

G.1.3. Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş. (GÜL)

- (6) Merkezi İstanbul'da bulunan GÜL, eczacılık ürünleri ile eczacılık müstahzarlarının toptan ticareti alanlarında faaliyet göstermektedir.

G.2. İlgili Pazar

- (7) Avrupa Komisyonu, beşeri ilaç sektörüyle ilgili kararlarında ürün pazarı tanımı yaparken, European Pharmaceutical Marketing Association (EphMRA) tarafından oluşturulan Anatomik Terapötik Sınıflandırmayı (ATC) temel alarak yapmaktadır. Kurumun bugüne kadar olan uygulamalarında da aynı yaklaşım benimsenmiştir. ATC sınıflandırmasında, etkin maddeler etkili oldukları ve tedavi ettikleri organlara veya sistemlere göre, ayrıca terapötik, farmakolojik ve kimyasal özelliklerine göre gruplandırılmaktadır. Hiyerarşik bir yapı içeren bu sınıflandırmada, gruplar genelden özele doğru sıralanmakta ve 16 temel kategoriden oluşmaktadır (A, B, C, D, ... olarak). Her bir kategoride dörder seviye bulunmaktadır. Bunlardan birinci seviye en genel (ATC-1), dördüncü seviye ise en detaylı olanıdır (ATC-4). Pazar tanımı çoğunlukla, ilacın tedavi edici özelliklerine dayanan ATC-3 sınıflandırmasına göre yapılmaktadır. Ancak detaylı olarak incelemenin gerektirdiği durumlarda, pazarın daha dar tanımlanması da mümkündür (ATC-4 sınıflandırmasına göre veya etkin madde seviyesinde).
- (8) İlaç alımı ihalelerinin tamamına yakını etkin madde bazında ve hatta bunun yanında form ve doz da belirtilerek açılmaktadır. Buna bağlı olarak bir ihale kaleminde, farklı etkin maddeli ürünler için teklif verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla farklı etkin maddeli ürünler rakip konumda olmadığından, ilaç alımı ihaleleri bakımından, ilgili ürün pazarı en geniş haliyle etkin madde seviyesinde belirlenebilecektir. Nitekim TAKEDA tarafından Kurum kayıtlarına intikal eden cevabi yazıda, başvuru konusu Sözleşmeler kapsamında TAKEDA ürünlerinin teklif edilebileceği kamu ihalelerinin etkin madde esasına göre açıldığı ifade edilmiştir. 4537 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) ve benzer bir mevzuata tabi olmadıklarından, özel hastaneler etkin madde, terapötik etki ya da ürünlerin ticari isimleri bazında teklif alabilmektedir. Diğer taraftan AKSEL ve GÜL için getirilen rekabet yasağının kapsamı bakımından, Sözleşmelere konu ürünlerin etkin maddelerinin baz alınacağı ifade edilmiştir.
- (9) Başvuru konusu Sözleşmeler TAKEDA tarafından üretilen dört ürünün, kamu hastanelerine ve özel hastanelere AKSEL ve GÜL aracılığıyla dağıtılmasına ilişkindir. TAKEDA ile AKSEL ve GÜL arasında imzalanan Sözleşmelerin konusu olan ürünlerin

¹ Takeda Pharmaceutical Company Limited; Japonya, Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa, Güney Amerika, Rusya, Ortadoğu ve Asya Pasifik Bölgesi dahil olmak üzere 70'in üzerinde ülkedeki iştirakleri ile birlikte Takeda Grubu olarak anılmaktadır.

² Kimya ile eczacılığın kesiştiği noktadaki etkin madde dizaynı, organik sentez ve ilaçlar geliştirmek ile ilgili bilimsel daldır.

19-06/57-21

etkin maddelerine ve kamu hastanelerine yapılan satışlar bakımından pazar paylarına aşağıda yer verilmektedir.

Tablo 1- Sözleşmelere Konu Ürünlerin Etkin Maddeleri, Jenerik Bilgileri ve 2017 Yılı Pazar Payları

İlaç	Etkin Madde	Jenerik Bilgisi	Pazar Payı (%)
Mepact ³	<i>Mifamurtid</i>	Yok	(.....)
Adcetris ⁴	<i>Brentuksimab Vetotin</i>	Yok	(.....)
Xeforapid	<i>Lornoxicam</i>	Var	(.....)
Beneday	<i>Vitamin B1 + Vitamin B6 + Vitamin B12 + Thioctic Acid</i>	Var	(.....)

Kaynak: Dosya içeriği belgeler

- (10) Tablodan anlaşıldığı üzere, Sözleşmelere konu Mepact ve Adcetris adlı ürünlerin jeneriği bulunmayıp, bu ürünlerin kamu hastanelerine yönelik satışlar bakımından pazar payları etkin madde bazında % (.....) olarak gerçekleşmiştir. Özel hastanelere yönelik satışlar bakımından ise ihaleler her zaman etkin madde bazında açılmadığı ve bu ürünlerle aynı ATC-3 ve ATC-4 sınıflarında başka beşeri ürünler de olduğu göz önüne alındığında, ürünlerin özel hastaneler piyasasına yönelik satışlar bakımından pazar paylarının daha düşük olacağı anlaşılmıştır.
- (11) Tüm bu bilgiler ışığında, mevcut dosya özelinde bildirim konusu işlem bakımından yapılacak değerlendirmelerde ilgili ürün pazarları etkin madde bazında tanımlanarak; “*Brentuksimab Vetotin*”, “*Mifamurtid*”, “*Lornoxicam*” ve “*Vitamin B1 + Vitamin B6 + Vitamin B12 + Thioctic Acid*” etkin maddeli ilaçların hastane piyasasına satışları olarak kabul edilmiştir.
- (12) İlgili coğrafi pazar ise “Türkiye” olarak tanımlanmıştır.

G.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

G.3.1. Bildirim Konusu Sözleşmeler

- (13) TAKEDA ile AKSEL ve GÜL arasında akdedilen Sözleşmeler, TAKEDA tarafından üretilen Mepact, Adcetris, Xeforapid ve Beneday isimli dört ilacın, Türkiye’deki kamu hastanelerinin ve özel hastanelerin yapacağı alımlarda, AKSEL ve GÜL tarafından dağıtılmasını düzenlemektedir. Bu kapsamda kamu hastaneleri bakımından Sözleşmeler ile iki ayrı bölge belirlenmiş olup⁵, GÜL ve AKSEL hastanelerin yapacağı alımlarda, söz konusu ilaçların dağıtımını konusunda münhasıran yetkilendirilmiştir. Ayrıca özel hastaneler bakımından AKSEL Türkiye çapında münhasır olarak yetkilendirilmektedir.
- (14) TAKEDA ile AKSEL ve GÜL arasında imzalanan anlaşmalar tip sözleşme niteliğinde olup yalnızca depoların yetkilendirildikleri bölgeler farklılık göstermektedir. Dolayısıyla TAKEDA ile AKSEL ve GÜL arasında ayrı ayrı imzalanan Sözleşmeler birlikte değerlendirilmiştir.
- (15) Sözleşmelerin 4.1.1. maddesine göre, AKSEL ve GÜL ilaçlar ile ilgili olarak ihaleleri takip etmeyi, ihalelere katılmayı ve en uygun teklifi vererek ilaçların satılması için azami çabayı göstermeyi, yapılacak olan satışlar hakkında TAKEDA’yı derhal yazılı olarak bilgilendirmeyi taahhüt etmektedir.
- (16) Sözleşmelerin 4.1.3. maddesinde, AKSEL ve GÜL’ün ilaçları yalnızca TAKEDA’dan ya da TAKEDA’nın belirleyeceği kişilerden temin edeceğine dair bir münhasırlık hükmü bulunmaktadır. Böylece Türkiye çapında illere göre belirlenen iki bölgede devlet hastaneleri için yapılacak satın alımlarda (ihale veya doğrudan satış şeklinde) sadece AKSEL ve GÜL teklif vermeye yetkili olacaktır. AKSEL, kamu ihalelerine yönelik

³ Mepact Temmuz 2016 tarihinde piyasaya sunulmuş olup Haziran 2017 tarihinde ihale ürünü olmuştur.

⁴ Adcetris Aralık 2016 tarihinde piyasaya sunulmuş olup Şubat 2017 tarihinde ihale ürünü olmuştur.

⁵ Bu bölgeler; AKSEL için Marmara, Güneydoğu Anadolu, İç Anadolu ve Karadeniz; GÜL için ise Akdeniz, Doğu Anadolu ve Ege’dir.

yapılan münhasır yetkilendirmeye hanel getirmemek kaydıyla, tüm Türkiye’de özel hastanelerce düzenlenecek ihaleler için de münhasıran yetkilendirilmektedir.

- (17) 4.1.9. maddede; depoların, Sözleşmeler kapsamında tedarik ettiği ilaçları hastaneler dışında üçüncü kişilere, özellikle serbest piyasaya satma yetkisinin olmadığı belirtilmiştir.
- (18) 4.2.4. maddeye göre; grup ihaleleri⁶ ve toplu alım ihaleleri⁷ Sözleşmeler ile sağlanan münhasırlık kapsamı dışındadır. Bu maddeye göre, münhasıran yetkilendirilmiş depolar, grup ihaleleri kapsamında diğer depolara satış yapmayı kabul ve taahhüt etmektedir. Ayrıca toplu alım ihalelerine TAKEDA’nın kendisi veya tayin edeceği herhangi bir depo iştirak edebilecektir.
- (19) 9. maddede; Sözleşmelerin, Rekabet Kurulu (Kurul) nezdinde menfi tespit ya da muafiyet başvurusu yapılmasıyla yürürlüğe gireceği, (.....) süreyle yürürlükte kalacağı ve (.....), her durumda sözleşmenin süresinin azami (.....) olacağı düzenlenmiştir.
- (20) 12. maddede; AKSEL ve GÜL’e Sözleşmelerin yürürlükte olması şartıyla (.....) süreyle rekabet yasağı getirilmiş, depoların, münhasır olduğu bölgeler içinde açılan ihalelere, Sözleşmelere konu ilaçların rakibi olan ürünler için katılmayacağı, tarafların herhangi bir ürünün Sözleşmelere konu ilaçlar ile rakip olup olmadığı hususunda mutabık kalamaması halinde bu hususun taraflarca müştereken belirlenecek ya da yetkili mahkemece tayin edilecek bilirkişi tarafından çözüme kavuşturulacağı öngörülmüştür. Rekabet etmeme yükümlülüğünün coğrafi kapsamı AKSEL ve GÜL için münhasırlık getirilen bölge, ayrıca AKSEL için özel hastanelerin açacağı ihaleler bakımından tüm Türkiye’dir. AKSEL ile imzalanan Sözleşme kapsamında tadil protokolü imzalanmış olup, herhangi bir müstahzarın ilaçlar ile rakip olup olmadığı değerlendirmesinde etkin maddenin baz alınacağı hükme bağlanmıştır.
- (21) 17.1. maddede; TAKEDA tarafından depolara tedarik edilen ürünlerin diğer ülkelere ve/veya bu ülkelerdeki kişi ve kuruluşlara satılması (ihraç edilmesi vb.) veya başka şekillerde Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışına ticari amaçlarla çıkarılması yasaklanmıştır.

G.3.2. 4054 Sayılı Kanun’un 4. Maddesine ve Grup Muafiyetine İlişkin Değerlendirme

- (22) Bildirim konusu Sözleşmelerde yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik herhangi bir hükme yer verilmemiş, yalnızca TAKEDA’nın ilgili ihalede teklif edilebilecek azami fiyatı bildirebileceği ve ihalede sunulacak teklifin hiçbir surette bu fiyatın üzerinde olamayacağı öngörülmüştür (4.1.4. madde). Bununla birlikte Sözleşmelerde münhasırlık düzenlenmiş ve rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiştir. Sözleşmelerin bu düzenlemeler nedeniyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında olduğu anlaşılmıştır.
- (23) Diğer taraftan Sözleşmeler, ilaç sektöründe sağlayıcı olarak faaliyet gösteren TAKEDA ve alt pazarda toptan satış faaliyeti ile iştigal eden AKSEL ve GÜL arasında akdedilmiş olup rekabet hukuku bağlamında dikey anlaşmalardır. 2002/2 sayılı Tebliğ, dikey anlaşmalar bakımından 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesindeki yasağa karşı sağlanan grup muafiyetinin koşul ve esaslarını düzenlemektedir. 2002/2 sayılı Tebliğ’in 2. maddesinin ikinci fıkrası *“Bu Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının dikey anlaşma*

⁶ Grup ihaleleri, hastaneler tarafından düzenlenen, farklı ilaç firmalarına ait birden fazla ilacın tek bir liste üzerinden alınımının yapıldığı ihaleleri ifade etmektedir.

⁷ Toplu alım ihaleleri, Sağlık Bakanlığı tarafından hastaneler ve sağlık ocaklarının ilaç ihtiyaçlarını karşılamak için ülke çapında veya belirli bir bölgede yapılan ihaleleri ifade etmektedir.

konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanır.” şeklindedir.

- (24) Sözleşmelere konu ürünlerin ilgili pazardaki paylarının %40 eşliğinin üzerinde olduğu Tablo 1'den anlaşıldığından, söz konusu Sözleşme 2002/2 sayılı Tebliğ ile düzenlenen grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Dolayısıyla Sözleşme aşağıda bireysel muafiyet açısından değerlendirmiştir.

G.3.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

- (25) Bireysel muafiyet koşullarının karşılanıp karşılanmadığının değerlendirmesine geçilmeden önce, ilaç sağlayıcıları ve ecza depoları arasında imzalanan benzer nitelikli dikey anlaşmaların hangi durumlarda rekabeti sınırlandırabileceğinin irdelenmesinde fayda bulunmaktadır.
- (26) Münhasır anlaşmaların varlığı nedeniyle hastane piyasasına erişimin kısıtlanması ya da engellenmesi bu çerçevede akla gelebilecek ilk örnektir. Ancak beşeri ilaç piyasasının ihale satışları kısmında faaliyet gösteren çok sayıda ecza deposu bulunduğundan, belirtilen endişe mevcut durumda gerçekçi değildir.
- (27) Rakip ürünleri tedarik eden sağlayıcıların aynı depoya ayrı ayrı münhasır anlaşmalar yapması halinde rekabet sınırlandırılmış olabilecektir. Şöyle ki, ilaç ihalelerinde alternatif teklif sunulmaması nedeniyle, rakip ürünlerde ayrı ayrı münhasıran yetkilendirilmiş olan ecza deposu, ilgili ihale için söz konusu ürünlerden biri için teklif sunabilecektir. Bu durumda, diğer ürün ihalede temsil edilmemiş olacaktır.
- (28) Rekabet etmeme düzenlemeleri, beşeri ilaçların ihale satışlarını düzenleyen anlaşmalarda, yukarıda anlatılan endişeyi ortadan kaldırmaktadır. Şöyle ki, rekabet etmeme yükümlülüğü, rakip ürünlerin aynı ihalede teklif edilebilmesinin önündeki bir engeli kaldırmaktadır. Diğer bir deyişle, ilgili hüküm, rakip ürünlerin münhasır anlaşmalar nedeniyle ihale dışında kalması riskini bertaraf etmektedir.
- (29) Bu noktada, rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamının ve coğrafi hedefinin, sözü edilen fayda ile orantılı olması gerektiği belirtilmelidir. İhale satışlarını düzenleyen anlaşmalarda yer alan rekabet yasağı düzenlemelerinin kapsamının, hedef coğrafi bölgenin yanı sıra ilgili ürünler yönüyle de sorgulanabileceği açıktır.
- (30) Sözü edilen dikey anlaşmalar grup ihaleleri bakımından da rekabet sorununa yol açabilecektir. İlaç alımı ihalelerinin tamamına yakını, her bir ihale kalemi için ayrı teklifler alınması, bunların ayrı ayrı değerlendirilmesi ve her bir kalemin birbirinden bağımsız olarak sonuçlandırılması şeklinde gerçekleştirilmektedir. Ancak istisnai olarak, hastane bir grup ihale kaleminin tamamı için teklif istemekte, katılımcıların tüm kalemleri temin etmesi ve bunlar için topluca tek bir fiyat teklifi vermesi beklenmektedir. İhalenin başarıyla sonuçlandırılması halinde, ihaleye çıkılan tüm ilaçlar tek bir ecza deposundan temin edilmektedir.
- (31) Grup ihalesine konu etkin maddelerin birinde dahi, jeneriği olmayan bir orijinal ilacın bulunması ve bu ilacın bir münhasır anlaşma kapsamında olması durumunda, münhasır deponun dışında herhangi bir ecza deposunun ihaleye katılması ve ihalede rekabet ortamının yaratılması mümkün değildir.
- (32) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki anlaşmalar 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen koşulların tümünün varlığı halinde 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. Aşağıda bildirim konu Sözleşmeler 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan koşullar bakımından değerlendirilmektedir.

G.3.3.1. Malların Üretim veya Dağıtımını ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

- (33) Bireysel muafiyet değerlendirmesinde aranan ilk olumlu koşulun sağlanıp sağlanmadığının tespiti, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmektedir. Genel olarak, üretim ve dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, kalitenin artırılması, malın arzında devamlılığın sağlanması, yeni piyasalara girişin kolaylaştırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması hallerinde bu koşulun sağlandığı kabul edilmektedir.
- (34) Bildirim Formunda, TAKEDA'nın bölgesel olarak iki ayrı depo ile münhasır çalışmasıyla Sözleşmelere konu ürünlerin hastalara zamanında tesliminin sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Örneğin; Sözleşmelere konu ürünler arasında olan Adcetris lenfoma (lenf kanseri), Mepact ise çocuk ve gençlerde görülen kemik kanseri hastalığının tedavisinde kullanılan ilaçlardır. Bu gibi ürünlerin hasta ve hastanelere zamanında teslimi hayati derecede önem taşımaktadır. Bu doğrultuda Sözleşmeler ile birlikte kamu ve özel sağlık kuruluşları tarafından açılan ihalelere gerekli hazırlıkların yapılması, herhangi bir gecikme yaşanmasının engellenmesi ve bunların sonucunda hastaların ilaçlara zamanında erişim sağlamasının hedeflendiği belirtilmiştir.
- (35) Esasen bu durum, arzın devamlılığının garanti altına alınması olarak da tanımlanabilecektir. Zira başvuru sahibi tarafından, münhasır yetkilendirilen ecza depolarının, sözleşmesel yükümlülükleri doğrultusunda, hastanelerin geri ödeme performansı ve kar marjı gibi endişelerle bazı ihalelere katılmadan imtina etmeyeceği ve tüm ihalelere katılmaya çaba göstereceği ifade edilmiştir.
- (36) Bilgi talebine istinaden TAKEDA tarafından gönderilen cevabi yazıda; Sözleşmelere konu ürünlerde 2017 ve 2018 yıllarında çok sayıda ihaleye katılım sağlanamadığı ifade edilmiştir. Bu kapsamda ilgili dönemde Exforapid teklif edilebilecek toplam 21 ihale açıldığı fakat bu ihalelerden hiçbirine katılım sağlanamadığı, benzer şekilde Beneday teklif edilebilecek toplam 8 ihalede sadece bir kutu Beneday satılabildiği belirtilmiştir.
- (37) Dolayısıyla bildirim konusu Sözleşmeler ile münhasıran yetkilendirilen depoların ilgili bölgelerde açılan ihaleleri çok daha iyi takip edeceği ve ihalelere önceki dönemlere kıyasen daha fazla katılacağı değerlendirilmiştir.
- (38) Sözleşmelerin hükümleri incelendiğinde depoların tüm ihaleleri takip etmekle ve bunlara teklif vermekle yükümlü tutulduğu görülmektedir. Söz konusu düzenlemelerden bazılarında aşağıda yer verilmiştir.
- Depo, bölge dahilinde ilan edilen ve ilgili ilaçlar ile iştirak edilebilecek olan ihalelerde en uygun teklifi vererek ilaçların satılması için azami çabayı gösterecektir (Madde 4.1.1).
 - Depo iştirak edilecek tüm ihaleler ve yapılacak tüm satışlar hakkında TAKEDA'yı derhal yazılı olarak bilgilendirecektir (Madde 4.1.1.).
 - Depo bölge dahilinde ilan edilen ve ilaçlar ile iştirak edilebilecek olan ihalelerin tamamını takip edecektir (Madde 4.1.2).
- (39) Söz konusu hükümlerin hastane ihtiyaçlarının karşılanması amacına hizmet edeceği kanaati oluşmuştur.
- (40) Sözleşmelerin 10. maddesinde, taraflardan herhangi birinin mevzuattan veya Sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde diğer tarafın yazılı bildirimde bulunarak sözleşmeyi feshetme hakkı bulunduğu düzenlenmektedir. Bu hüküm, Sözleşmelerin 4.1.1. numaralı maddesinde yer alan, ilgili deponun tüm ihaleleri ve satın alımları takip etme taahhüdü ile birlikte değerlendirildiğinde, ihalelerin takibinde gösterilecek özensizliğin Sözleşmelerin TAKEDA tarafından feshi ile

sonuçlanabileceği ve tazminat talep hakkı doğacağı aşikârdır.

- (41) Bu bilgiler ışığında, bildirim konusu Sözleşmelerin ihalelerin takibi ve ihalelere katılım cephesinde iyileşmeler sağlayacağı görülmektedir. Bu çerçevede, Sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen koşulu sağladığı kanaatine varılmıştır.

G.3.3.2. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması

- (42) Beşeri ilaç pazarını diğer piyasalardan farklı kılan unsurlardan biri, ürünü seçenin (doktor veya kısmen eczacı), tüketenin (hasta) ve bunun bedeline katlananın (büyük ölçüde devlet) farklı kişiler/kurumlar olmasıdır⁸. Dolayısıyla tüketim ve geri ödeme cephesinde, hastalar ve devlet bulunmaktadır.
- (43) Yatan hasta ilaçları hastane eczanelerince temin edilmektedir. Hastane eczanelerinin donanımlı olması sonucunda, yatan hasta ilaçları daha hızlı karşılanabilmektedir. Aksi takdirde, hasta yakını veya duruma göre bir hastane görevlisi, temin edilemeyen ilaçları serbest eczanelerden almak durumunda kalmaktadır. Bu durumda, hem tedavi aksamakta hem de zaman kaybı söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla arzda devamlılığın temin edilmesiyle aynı zamanda yatan hastaların tedavisine yönelik iyileştirmeler de sağlanmaktadır.
- (44) Bunun yanında, hastane eczanelerinin ihtiyaçlarının daha yüksek oranda karşılanması, devletin sağlık harcamalarını da düşürmektedir. Şöyle ki, hastane eczanelerinin ihtiyaçlarını karşılamak üzere açılan ihalelerde, en fazla depocu fiyatı üzerinden teklif verilebilmektedir⁹. Uygulamada, rekabet koşullarının ve diğer unsurların etkisiyle tekliflerin daha düşük seviyelerde olabildiği bilinmektedir. Hastanede karşılanamadığı için serbest eczanelerden temin edilen ilaçlarda ise, depocu fiyatına eczacı karı da eklenmektedir. Bu durumda, kamu hastanesi eczanesinde bulunmayan ilaçlar, daha yüksek bir maliyetle karşılanmış olmaktadır. Öte yandan, ilacın yatan hastalara kutu halinde değil, adet bazında verilmesi ve faturalamanın da bu esasa göre yapılması, ilaç harcamalarında ayrıca tasarruf sağlamaktadır.
- (45) Bu bilgiler ışığında, Sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ifade edilen tüketici faydası koşulunu sağladığı kanaatine varılmıştır.

G.3.3.3. İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

- (46) Münhasır dikey anlaşmaların gündeme getirebileceği rekabet sorunlarından biri, anlaşma tarafı olmayan rakip sağlayıcıların hastane pazarına erişiminin engellenmesi veya sınırlandırılmasıdır. Ancak Türkiye genelinde ve yerel seviyede, ihale satışlarına yönelik faaliyet gösteren birçok ecza deposu bulunmaktadır. Dolayısıyla bildirim konusu Sözleşmeler ile ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı değerlendirilmektedir.
- (47) Açıklamalar ışığında, Sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen koşulu sağladığı kanaatine varılmıştır.

⁸ Geri ödeme kapsamındaki harcamalar ile karşılaştırıldığında, özel sağlık sigortaları üzerinden veya cepten yapılan ilaç harcamaları oldukça düşük düzeydedir. Kurumun beşeri ilaç piyasasına yönelik sektör araştırmasında yapılan tespitler bu durumu desteklemektedir. Piyasanın tamamına yakını temsil eden firmalarla yapılan anket çalışması sonucunda, 2010 yılı ilaç satışlarının yaklaşık %96'sının geri ödeme kapsamında olduğu belirlenmiştir.

⁹ Kamu kurum iskontosu ve bazı kesintiler de dikkate alınmaktadır.

G.3.3.4. Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

- (48) Muafiyet şartlarının sonuncusunun karşılanabilmesi için; Sözleşmelerin, taraflar arasında kurulan ilişkiden beklenen faydaların sağlanabilmesi bakımından, rekabeti zorunlu olandan daha fazla kısıtlamaması gerekmektedir.
- (49) Muadil ilaçların sağlayıcılarının aynı ecza deposu ile ayrı ayrı münhasır anlaşmalar yapması, söz konusu etkin madde ihalelerinde rekabeti sınırlandırabilecektir. İhale satışlarını düzenleyen anlaşmalarda rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunması, belirtilen riski bertaraf etmektedir. Ancak rekabet yasağının kapsamının, dikey anlaşmadan beklenen faydalarla açıklanabilir ve orantılı olması gerekmektedir.
- (50) Sözleşmelerin 12. maddesi ile depolara getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, depoların münhasıran yetkilendirildiği bölgeler ve ihale türleri ile sınırlandırılmış olup Sözleşmelerin yürürlükte olması koşuluyla en çok (.....) süreyle geçerli olacaktır. Sözleşmelerin bitiminden sonraki dönemde rekabet yasağına ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla rekabet yasağının süresinin 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde öngörülen beş yıllık süreyi aşmadığı değerlendirilmektedir.
- (51) Bilgi talebine istinaden TAKEDA'nın cevabi yazısında, kamu hastaneleri tarafından ihalelerin etkin madde seviyesinde açıldığı, bu kapsamda rekabet yasağının ilgili TAKEDA ürünlerinin etkin maddeleri ile sınırlı olduğu belirtilmiştir.
- (52) Sözleşmelere konu ürünlerin özel hastaneler tarafından hangi yöntemlerle tedarik edildiğinin açıklanmasına ilişkin olarak TAKEDA'nın cevabi yazısında; özel hastanelerin ihalelerini etkin madde, terapötik etki ya da ürünlerin ticari isimleri bazında açabildiği, zira bunların KİK'e ve sair bir mevzuata tabi olmadığı belirtilmiştir. Özel hastanelere yönelik satışlar için yetkilendirilen AKSEL için getirilen rekabet etmeme yasağının kapsamı bakımından da söz konusu ürünlerin etkin maddelerinin baz alınacağı ifade edilmiştir.
- (53) Özetlenen bilgilerden, rekabet yasağının TAKEDA'nın Sözleşmelere konu ürünleriyle aynı etkin maddeye sahip ürünlerle sınırlı tutulduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla rekabet etmeme yükümlülüğünün makul ve ölçülü olma kriterini karşıladığı sonucuna ulaşılmıştır.
- (54) Diğer taraftan, Sözleşmelerin 4.2.4. maddesiyle toplu alım ihaleleri ve grup ihaleleri Sözleşmelerin kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla yukarıda grup ihaleleriyle ilgili değinilen endişeler, incelenen Sözleşmeler bakımından geçerli değildir. Sözleşmelerde ayrıca TAKEDA'nın toplu alım ihalelerine doğrudan veya tayin edeceği herhangi bir depo vasıtasıyla iştirak etme hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Böylece Sözleşmeler kapsamında yer almayan ihalelerde farklı ecza depolarının görevlendirilmesinin önü açılmakta, TAKEDA'nın bu ihtiyaçları doğrudan karşılaması da mümkün kılınmaktadır.
- (55) Bu bağlamda, Sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen koşulu da karşıladığı kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

(56) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- Takeda İlaç Sağlık Sanayi Ticaret Ltd. Şti. ile Aksel Ecza Deposu Ticaret A.Ş. ve Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında ayrı ayrı imzalanan "İhale Deposu Sözleşmesi"nin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,
- 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesinde belirtilen pazar payı eşiğinin aşılması sebebiyle, sözleşmelerin aynı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanmadığına,
- İlgili sözleşmelere 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan koşulların tamamını sağlaması nedeniyle, bireysel muafiyet tanınmasına

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.