

## **REKABET KURULU KARARI**

**Dosya Sayısı** : D1/1/H.Y.-00/2

**Karar Sayısı** : 00-26/289-160

**Karar Tarihi** : 11.07.2000

### **Toplantıya Katılan Üyeler**

**Başkan:** Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU.

**Üyeler** : Dr. Kemal EROL (İkinci Başkan), Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK, A.Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER.

**Dosya Konusu:** SmithKline Beecham Plc., Sterwing Dungarvan, Fako İlaçları A.Ş., Turgut Holding A.Ş. ve ABFAR İlaç San. ve Tic. A.Ş. arasında yapılan “Lisansın Feshi Anlaşması”na; SmithKline Beecham Plc., Fako İlaçları A.Ş. ve Turgut Holding A.Ş. arasında yapılan “Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması”na; SmithKline Beecham İlaç Tic. A.Ş., Fako İlaçları A.Ş. ve Turgut Holding A.Ş. arasında yapılan “Çalışmayı Bırakma Anlaşması”na menfi tespit/muafiyet verilmesi talebi.

**Bildirimde Bulunan:** - Fako İlaçları A.Ş.

**Taraflar:** - Turgut Holding A.Ş.

Büyükdere Cad., No:205, 4’üncü Levent/İSTANBUL

- Fako İlaçları A.Ş.

Büyükdere Cad., No:205, 4’üncü Levent/İSTANBUL

- ABFAR İlaç San. ve Tic. A.Ş.

Büyükdere Cad., No:205, 4’üncü Levent/İSTANBUL

- SmithKline Beecham Plc.

New Horizons Court, Brentfort Middlesex, TW8 9EP, İNGİLTERE

- SmithKline Beecham İlaç Tic. A.Ş.

Ertürk Sk., Uzka İş Merkezi No:9, Kat:1 ve 2, 81640 Kavacık/İSTANBUL

- Sterwing Dungarvan

SB House, Great West Road, Brentford, Middlesex TW8 9BD, İNGİLTERE

**Raportörlerin Görüşü:** -Menfi tespit/muafiyet bildirimine konu olan SmithKline Beecham Plc., Sterwing Dungarvan, Fako İlaçları A.Ş., Turgut Holding A.Ş. ve Abfar İlaç San. ve Tic. A.Ş. arasında yapılan “Lisansın Feshi Anlaşması” ve SmithKline

Beecham İlaç Tic. A.Ş., Fako İlaçları A.Ş. ve Turgut Holding A.Ş. arasında yapılan "Çalıştırmayı Bırakma Anlaşması"na menfi tespit belgesi verilmesi;

-SmithKline Beecham İlaç Tic. A.Ş., Fako İlaçları A.Ş. ve Turgut Holding A.Ş.'nin arasında akdedilen Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması'nın 21.1'inci maddesindeki kısıtlamanın, tarafların anlaşma dairesinde üstlendikleri işleri yaparken geliştirmiş oldukları sadece karşı tarafın know-how'ından bağımsız olarak kullanılamayan bilgileri kapsayacak şekilde değiştirilmesi ve 11.1'nci maddesinin ise iptal edilmesi ve bu değişikliklerin 60 gün içinde yapılarak Kurumumuza bildirilmesi şartıyla, bu anlaşmaya 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5'nci maddesine göre muafiyet tanınması;

-Ayrıca aynı Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında olan bu anlaşmanın, Rekabet Kurulu'nun 1997/2 sayılı Tebliği'nin 3'üncü maddesine göre, yapıldığı tarihten itibaren 1 ay içinde Kurumumuza bildirilmemesi nedeniyle, anlaşmanın tarafları olan SmithKline Beecham İlaç Tic. A.Ş., Fako İlaçları A.Ş. ve Turgut Holding A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi 1'inci fıkrası (c) bendi ve anlaşmanın taraflarının yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de aynı maddenin 3'üncü fıkrası uyarınca para cezası verilmesi gerektiği.

## **DEĞERLENDİRME**

Turgut Holding ve SmithKline Beecham teşebbüsleri arasında 23.03.1999 tarihinde yapılan üç adet anlaşma, menfi tespit/muafiyet talebiyle kurumumuza bildirilmiştir. Bildirime konu olan anlaşmaların içeriği şöyledir:

- 1- SmithKline Beecham Plc., Sterwing Dungarvan (eski ismi Sterling Winthrop Ltd), Fako İlaçları A.Ş., Turgut Holding A.Ş. ve Abfar İlaç San. ve Tic. A.Ş. arasında 23.03.1999 tarihinde **Lisansın Feshi Anlaşması** yapılmıştır. Bu anlaşma ile taraflar, Beecham teşebbüsünün Fako İlaçları A.Ş.'ye Augmentin, Bactroban, Relifex ve Panadol markalı ilaçlarının üretim ve satışı konusunda 1995 yılında verdiği lisans anlaşmalarının 01.04.1999 tarihi itibarıyla sona erdirilmesi prosedürünü düzenlemişlerdir.
- 2- SmithKline Beecham İlaç Tic. A.Ş., Fako İlaçları A.Ş. ve Turgut Holding A.Ş.'nin arasında 23.03.1999 tarihinde **Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması** yapılmıştır. Bu anlaşmaya göre; Fako İlaçları A.Ş., know-how'ını kullandığı SmithKline Beecham adı ve markası altında Augmentin, Bactroban, Relifex ve Panadol markalı ilaçları üretecek, ambalajlayacak ve tedarik edecektir. SmithKline Beecham İlaç Tic. A.Ş. ise bu ilaçları pazarlayıp satacaktır. Söz konusu anlaşma Fako İlaçları A.Ş. ile SmithKline Beecham arasındaki üretim ilişkisini düzenlemektedir.

- 3- SmithKline Beecham İlaç Tic. A.Ş., Fako İlaçları A.Ş. ve Turgut Holding A.Ş.'nin arasında 23.03.1999 tarihinde yapılan **Employment Release Agreement** (Çalıştırmayı Bırakma Anlaşması)'da, Fako bünyesinde SmithKline Beecham tarafından üstlenilen faaliyetlerle ilgili çalışanların SmithKline Beecham firmasında çalışmaya devam edebilmelerinin şartları belirlenmiştir.

### **Menfi Tespit Değerlendirmesi**

SmithKline Beecham ve Turgut Holding arasında yapılan Lisansın Feshi Anlaşması ve Çalıştırmayı Bırakma Anlaşmaları'nda herhangi bir rekabeti engelleyici veya sınırlayıcı hükme rastlanmamıştır. Bu nedenle söz konusu anlaşmalara 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesinin uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

### **Muafiyet Değerlendirmesi**

İki yıllık işlerlik süresi olan Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması ile SmithKline Beecham (SB) ve Fako, anlaşma konusu ilaçların üretimini Fako'nun yapması, pazarlama ve satışını ise SmithKline Beecham'ın kendisinin yapacağı hususunda işbölümü yapmışlardır. SB adına Fako tarafından üretilecek olan SB'nin ticari markaları olan Augmentin, Bactroban, Relifex ve Panadol markalı ilaçların üretimi için gerekli olan know-how, SB tarafından sağlanmıştır. Anlaşmada teknik verilerin, ticari markaların, telif hakkı ve diğer fikri mülkiyet haklarının sahibinin SB olduğu, bunların Fako tarafından SB'nin talimatları doğrultusunda kullanılacağı kararlaştırılmıştır. Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması'nın 13'üncü maddesinde, Fako'nun yapacağı bu üretim karşılığında üretilecek her bir ürün birimi için SB'nin Fako'ya Fason Üretim ve Hizmet Ücreti ödeyeceği tespit edilmiştir.

SB, know how'ını kullandırarak, kendisi adına ve kendi ticari markası ile fason olarak Fako'ya ürettiği ilaçların kalite standardına uygunluğunun sağlanması için hammadde tedariki, üretim süreci, ürünlerin saklanması, tesisler, işçilik gibi konularda ve know-how'ının gizli kalması, üçüncü şahıslara kullandırılmaması hususlarında, Fako'ya Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması ile bazı yükümlülükler getirmiştir. Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması'nın rekabeti sınırlandırabileceği düşünülen bazı maddeleri şunlardır:

1-Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması'nın Giriş bölümünde, "*SB, Fako'nun söz konusu know-how'ı yalnız işbu anlaşmanın maksatları için kullanmasını sağlamaya hazırdır.*" denilmektedir. Ayrıca Anlaşmanın 5.1'inci maddesinde de, "*Fako SB'nin ve/veya Bağlı Ortaklıkları'ndan birinin Teknik Veriler'in sahibi olduğunu kabul etmektedir. ... Fako ve Bağlı Ortaklıkları Teknik Veriler'e (ve bu anlaşma'dan önce Fako ve/veya Bağlı Ortaklıkları'ndan herhangi birine sağlanmış diğer teknik verilere) en ileri boyutta gizlilik prensibiyle muamele edecek ve Teknik Veriler'den yalnız işbu Anlaşma'da öngörülen amaçlar için yararlanacaktır.*" şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu madde ile SB, Fako'ya kullandırdığı know-how'ının anlaşma dışı

amaçlar için kullanılmasını engelleyerek, know-how'ının gizliliğini sağlamaya ve değerini korumaya yönelik bir düzenleme yapmıştır.

Anlaşma'nın bahsi geçen maddesiyle paralel olarak 5.2'nci maddesinde anlaşmanın sona ermesinden sonra SB'nin temin ettiği teknik veri ve gizli bilgileri Fako ve bağlı ortaklıklarının kullanmayacağı yer almaktadır. Bu düzenlemeler, teknik verilerini kullandıran SB'nin bu know-how'ının değerini korumasına yöneliktir. Aynı anlaşmanın 2.1'nci maddesinde ise, "*Fako Ürünler'i Bölge'de SB'ye ait Hammaddeler'den Teknik Veriler'e ve İyi Üretim Uygulamaları'na (GMP-Good Manufacturing Practices) tam uygunluk içinde üretmeyi, ambalajlamayı ve tedarik etmeyi ve yeterli kalite kontrol gerçekleştirmeyi kabul etmektedir. Fako Hammaddeleri bunun dışında başka herhangi bir amaçla kullanmayacaktır.*" denilmektedir. Anlaşmanın 3'üncü maddesinde hammadde, yardımcı madde ve ambalajların SB'nin mülkiyetinde olmaya devam edeceği düzenlenmiştir. Bu nedenle SB'nin kendi mülkiyetinde olan sözkonusu hammadde, yardımcı madde ve ambalajları anlaşma amaçları dışında kullandırmama hakkı bulunmaktadır. Nitekim 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a kaynaklık eden Avrupa Birliği Rekabet Mevzuatı'nda da, ana sanayinin know-how'ını fason üreticinin anlaşma amaçları dışında kullanmasına engel olmasının rekabeti sınırlandırmadığı düzenlenmiştir.

2- Anlaşma'nın 5.5'inci maddesinde, "*Ürünler'in üretim işleminde, doldurulmasında, ambalajlanmasında veya kalite kontrolünde Fako tarafından öngörülen herhangi bir iyileştirme, öngörülen iyileştirme uygulanabilir olduğu anda SB'ye bildirilecektir. Eğer-*

- (i) *bu iyileştirmeler sadece SB'nin veya Bağlı Ortaklıkları'ndan birinin sahip olduğu Teknik Veriler veya know-how ile birleştirildiği takdirde var olabiliyor ise, bu iyileştirmeleri kullanmak için Fako derhal SB veya onun tayin ettiği Bağlı Ortaklığı lehine royalti (imtiyaz hakkı) olmaksızın gayri kabili rücu MÜNHASIR ihtira beratı düzenleyecektir.*
- (ii) *bu iyileştirmeler sadece SB'nin veya Bağlı Ortaklıkları'ndan birinin sahip olduğu Teknik Veriler veya know-how'dan bağımsız olarak tescil edilebilir bir fikir mülkiyeti olarak var olabiliyorsa, bu iyileştirmeleri kullanmak için Fako derhal SB veya onun tayin ettiği Bağlı Ortaklığı lehine royaltite (imtiyaz hakkı) olmaksızın gayri kabili rücu münhasır olmayan ihtira beratı düzenleyecektir."*

denilerek, Fako'nun anlaşma konusu üretim süreci veya ürünle ilgili olarak yapacağı buluşlardan SB'nin know-how'undan bağımsız kullanılabilenleri için münhasır olmayan bir patent'in, SB'nin know-how'ına bağlı kullanılabilir buluşları içinse münhasır bir patent'in SB lehine düzenleneceği kararlaştırılmıştır. Böyle bir düzenleme, rekabeti sınırlandırmayacaktır; ancak fason üreticinin, ana sanayinin know-how'undan bağımsız olan buluşunu kullanmasının engellenmesi rekabeti sınırlandırabilecektir.

3- Anlaşmanın 21'inci maddesinde SB'nin Fako'ya kullandırdığı know-how'ının gizliliği için bazı yükümlülükler getirmiştir. Söz konusu anlaşmanın 21.1'inci maddesi şöyledir: *“İşbu anlaşmanın yürürlükte olduğu süre zarfında ve yürürlükten kalkmasını takip eden on (10) yıl süreyle, taraflar birbirlerinden almış oldukları Gizli Bilgileri veya tarafların işbu anlaşma dairesinde üstlendikleri işleri yaparken geliştirmiş oldukları bilgileri, önceden bilgiyi kendisine açıklayan tarafın yazılı iznini almadan kullanmayacak, herhangi bir üçüncü şahsa açıklamayacak ve ifşa etmeyeceklerdir; söz konusu bilgiler yalnız, işbu Anlaşma'da öngörüldüğü durum ve şekillerde ve Ürünleri üretme, geliştirme veya pazarlama amaçlarıyla ve devlet dairelerinden gerekli ve arzu edilen izinlerin, imtiyazların veya hakların alınması yönünde ve devlet dairelerine açıklanmasının gerektiği durumlarda veya Ürün ile ilgili patent başvuruları yapar veya takip ederken veya Ürün ile ilgili herhangi bir davayı yürütürken kullanılabilir.”*

Bu maddeyle; tarafların birbirinden aldığı gizli bilgilerin ve anlaşma sırasında geliştirdikleri bilgilerin, anlaşmanın yürürlükten kalkmasından itibaren 10 yıl süreyle karşı tarafın izni olmadan açıklanamayacağı, kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Tarafların birbirinden aldıkları gizli bilgileri, bu bilgiler anonim hale gelinceye kadar açıklayamayacakları şeklinde bir yükümlülük, know-how'ı geliştiren tarafın mülkiyet hakkını ve know-how'ının değerini korumaya yönelik olup, rekabeti kısıtlamamaktadır. Buna göre, SB ile Fako gizli bilgilerin anlaşmanın bitiminden itibaren 10 yıl içinde anonim hale geleceğini öngörmüşlerdir.

Aynı maddedeki, tarafların anlaşma dairesinde üstlendikleri işi yaparken geliştirdikleri bilgilerin de anlaşmanın yürürlükten kalkmasından itibaren 10 yıl süreyle karşı tarafın izni olmadan kullanılamamasına ilişkin hüküm, bu bilginin diğer tarafın kullandığı know-how'dan bağımsız olarak kullanılabilirdiği durumlarda, bilgiyi geliştiren tarafı kısıtlayacak ve gizlilik amacını aşacaktır. Nitekim Avrupa Komisyonu'nun “Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”nde de; anlaşmada düzenlenen görevleri yaparken geliştirilen bilgiler, karşı tarafın know-how'ından bağımsız nitelikteyse münhasır olmayan bir patent hakkı ile bu bilgilerin kullanılabilirliği; yüklenicinin, ana sanayinin know-how'undan bağımsız olarak kullanabileceği araştırma geliştirme çalışmalarının sonucunu kullanma hakkına engel olan yükümlülüklerin rekabeti kısıtlayabileceği düzenlenmiştir.

Dolayısıyla Anlaşma'nın 21.1inci maddesindeki kısıtlamanın tarafların anlaşma dairesinde üstlendikleri işleri yaparken geliştirmiş oldukları ve sadece karşı tarafın know-how'undan bağımsız olarak kullanılamayan bilgileri kapsamı; sözkonusu maddenin bu çerçevede yeniden ele alınması gerekmektedir.

4- SB ve Fako arasında yapılan Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması'nın 11.1inci maddesi şu şekildedir: *“Fako işbu Anlaşma'nın yürürlükte olduğu süre boyunca herhangi bir potasyum clavulanate, nabumetone veya mupirocin'i veya potasyum clavulanate, nabumetone veya mupirocin ihtiva eden herhangi bir ürünü kendi adına üretmeyecek, formüle etmeyecek veya satmayacaktır, ve Fako ve Turgut Holding, Bağlı Ortaklıkları'nın da bunları kendi adlarına üretmelerine, formüle etmelerine veya satmalarına göz yummayacaktır.”* Aynı anlaşmanın bir sonraki

maddesinde ise; bu maddenin, Turgut Holding ve bağılı ortaklıklarının yukarıda sayılan aktif maddeleri veya bu maddeleri içeren ürünleri üçüncü şahıslar için üretmesi, formüle etmesi veya satmasına engel olmadığı düzenlenmiştir.

Anlaşma'nın 11.1inci maddesi ile SB'nin, Türkiye'de Fako'ya ürettirip, kendisinin satışını yaptığı Augmentin, Bactroban, Relifex ve Panadol markalı ilaçların pazarında Fako'nun faaliyette bulunmasına engel yarattığı görülmektedir. İlaç sektöründe faaliyette bulunan Turgut Holding ve bağılı kuruluşları olan Fako ve Abfar, Fako'nun SB adına ürettiği ürünlerin aktif maddelerini veya bu aktif maddeleri içeren ürünleri, kendisinin geliştireceği veya üçüncü şahıslardan lisans anlaşmaları çerçevesinde devralacağı know-how'ları kullanarak kendi adına üretim yapabilecekken; anlaşmanın söz konusu maddesi ile Turgut Holding A.Ş., Fako İlaçları A.Ş. ve Abfar İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nin bu pazara girişleri engellenmektedir. Bu nedenle, Anlaşma'nın 11.1inci maddesi, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4üncü maddesi 2nci fıkrası (d) bendinde düzenlenen "piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi" ihlaline zemin oluşturmaktadır.

Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması'nın 11.1inci maddesine bireysel muafiyet verilip verilemeyeceğinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesi 1'inci fıkrasında; ilgilinin talebi üzerine aynı fıkroda sayılan şartların hepsinin varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararlarının 4üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulabileceği hükme bağlanmıştır. Menfi tespit talebinde bulunan Fako İlaçları A.Ş., bildirim formunun 6.3üncü bölümünde menfi tespit başvurusunun reddi halinde, başvurularının muafiyet bildiri olarak kabul edilmesini istemiştir. Bu aşamada, SB ile Fako arasında yapılan Fason Üretim ve Hizmet anlaşması'nın 11.1inci maddesinin Kanun'un 5inci maddesi çerçevesinde muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadığına bakılması gerekmektedir.

Anlaşma'nın 11.1inci maddesi ile Fako, Turgut Holding ve bağılı ortaklıklarının sayılan aktif maddeleri veya bunları içeren ürünleri üretmesi yasaklanarak, bu pazara girişi engellenmektedir. Bu maddenin Kanun'un 5inci maddesi 1inci fıkra (a) bendinde düzenlenen malların üretimi veya dağıtılmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanmasına herhangi bir katkısının olmadığı, aksine pazardaki bir şirketin kendisini geliştirmesine engel olduğu, ayrıca bu durumdan tüketicinin yarar sağlamasının da mümkün olmadığı görülmektedir. Bilindiği üzere muafiyet verilebilmesi için, Kanun'un 5inci madde 1inci fıkrasında sayılan şartların tümünün varlığı gerektiğinden diğer iki şartın aranması gereksizdir. SB ve Fako arasında yapılan Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması'na muafiyet verilebilmesi, bu anlaşmanın 11.1inci maddesinin çıkarılması halinde mümkün olabilecektir.

### **Bildirim Süresi Bakımından Değerlendirme**

Menfi tespit/muafiyet başvurusuna konu olan anlaşmalar, 23.03.1999 tarihinde yapılmış, ancak kurumumuza 04.02.2000 tarihinde bildirilmiştir. 4054 sayılı

Kanun'un 4üncü maddesi kapsamına giren Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması'nın Rekabet Kurulu'nun 1997/2 sayılı Tebliği'nin 3üncü maddesine göre yapıldığı tarihten itibaren 1 ay içinde bildirilmemesi nedeniyle, anlaşmanın taraflarına aynı Kanun'un 16ncı maddesi 1inci fıkrası (c) bendi ve anlaşmanın taraflarının yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de aynı maddenin 3üncü fıkrası uyarınca para cezası verilmesi gerekmektedir.

## **SONUÇ**

-“Lisansın Feshi Anlaşması” ile “Çalıştırmayı Bırakma Anlaşması”na menfi tespit belgesi verilmesine;

-“Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması”nın 21.1inci maddesinin raporda öngörülen şekilde değiştirilmesi ve 11.1inci maddesinin ise iptal edilmesi halinde bu anlaşmaya 4054/5 uyarınca muafiyet tanınmasına;

- Bu koşulların yerine getirilmesi ve düzeltildiğinin Kurulumuza tevsik edilmesi için, kararın tebliğinden itibaren ilgili taraflara 45 gün süre verilmesine, aksi takdirde 4054/56 uyarınca sözleşmenin geçersiz olacağı ve bu uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı, 4054/16 ve 17nci maddeler uyarınca işlem yapılacağı taraflara bildirilmesine;

- Bu anlaşmanın süresi içinde bildirilmemesi nedeniyle anlaşmanın tarafları olan SmithKline Beecham İlaç A.Ş., Fako İlaçları A.Ş. ve Turgut Holding A.Ş.'ne 4054/16-1(c) uyarınca ayrı ayrı 1.216.800.000.- TL. para cezası verilmesine; ayrıca anlaşmanın taraflarının, imza tarihinden sonra 1 ay içinde, bildirim yükümlülüğü bulunan o tarihteki yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de 4054/16-3'üncü fıkra uyarınca % 5 oranında olmak üzere ve karar tarihinde geçerli olan para cezaları miktarı üzerinden ayrı ayrı 60.840.000.- TL. para cezası uygulanmasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.