

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2019-3-032 (Muafiyet/Menfi Tespit)
Karar Sayısı : 20-40/553-249
Karar Tarihi : 03.09.2020

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE (Başkan)
Üyeler : Şükran KODALAK, Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ,
Ayşe ERGEZEN

B. RAPORTÖRLER: Emin Cenk GÜLERGÜN, Ebru ÖZAKTAŞ, İbrahim ŞAHİN

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : - Johnson&Johnson Sıh. Mal. San. ve Tic. Ltd. Şti.
Temsilcileri: Av. Şahin ARDIYOK, Bora İKİLER ve
Sercan SAĞMANLIGİL
Büyükdere Cad. Bahar Sok. no.13 River Plaza Kat 11-12
Şişli/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Johnson&Johnson Sıh. Mal. San. ve Tic. Ltd. Şti. ile dokuz ecza deposu arasında imzalanması planlanan “Beşeri İlaç Depo Satış Sözleşmesi”ne muafiyet tanınması talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 24.06.2019 tarih ve 4109 sayılı ile intikal eden başvuruda; Johnson&Johnson Sıh. Mal. San. ve Tic. Ltd. Şti.’nin (JOHNSON) sahibi olduğu bazı ilaçların serbest eczane kanalına dağıtımında, dokuz¹ ecza deposu ile çalışılması ve belirlenen depolar dışındaki depolarla iş yapılmaması uygulamasının grup muafiyetinden faydalandığının tespit edilmesi, bunun mümkün olmaması halinde ise “Beşeri İlaç Depo Satış Sözleşmesi”ne (SÖZLEŞME) bireysel muafiyet tanınması talep edilmiştir.
- (3) 21.08.2019 tarih ve 5447 sayılı, 18.10.2019 tarih ve 7069 sayılı, 06.01.2020 tarih ve 134 sayılı, 05.05.2020 tarih ve 4183 sayılı, 06.05.2020 tarih ve 4243 sayılı, 14.07.2020 tarih ve 7282 sayılı ve 24.08.2020 tarih ve 8987 sayılı cevabi yazılar ile eksiklikleri tamamlanan bildirim üzerine düzenlenen 24.08.2020 tarih ve 2019-3-032/MM sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (4) **F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili rapor ve bilgi notunda;
- JOHNSON ile dokuz ecza deposu arasında imzalanması planlanan SÖZLEŞME’nin rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermesi nedeniyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesi kapsamında olduğu,

¹ Selçuk Ecza Deposu (SELÇUK), As Ecza Deposu (AS ECZA), Alliance Ecza Deposu (HEDEF), S.S. İstanbul Eczacılar Üretim Temin ve Dağıtım Kooperatifi (İSTANBUL ECZA), S.S. Güney Eczacıları Üretim Temin ve Dağıtım Kooperatifi (GÜNEY ECZA), Dilek Ecza Deposu (DİLEK ECZA), Yusufpaşa Ecza Deposu (YUSUFPAŞA), S.S. Bursa Eczacılar Üretim Temin ve Dağıtım Kooperatifi (BURSA ECZA) ve Nevzat Ecza Deposu (NEVZAT).

- İlgili Sözleşmenin, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin (2002/2 sayılı Tebliğ) 4. maddesi uyarınca aynı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığı,
- 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen şartı karşılamaması nedeniyle, söz konusu Sözleşmeye bireysel muafiyet tanınamayacağı

sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Bildirimde Bulunan Teşebbüs: Johnson&Johnson Sth. Mal. San. ve Tic. Ltd. Şti. (JOHNSON)

- (5) Merkezi Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan, beşeri ilaçların geliştirilmesi ve üretimi, medikal cihazlar, bebek bakımı, ağız bakımı, kozmetik, güzellik, kadın sağlığı alanlarında faaliyet gösteren Johnson&Johnson Corporate unvanlı teşebbüsün Türkiye'deki iştiraklerinden biri olan JOHNSON, beşeri ilaç, kişisel bakım ürünlerinin satış ve pazarlanması, kontakt lens ürünlerinin satışı alanında faaliyet göstermektedir.

G.2. İlgili Pazar

- (6) Avrupa Birliği Komisyonu (Komisyon), beşeri ilaç sektörüne ilişkin analizlerini 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, ürünler etkili oldukları ve tedavi ettikleri organlara veya sistemlere, terapötik (tedavi ediciliği), farmakolojik (ilacın yapısı ve etkisi) ve kimyasal özelliklerine göre gruplandırılmakta olup bu gruplar 16 temel kategoriden oluşmaktadır (A,B,C,D,... şeklinde). Her bir kategoride genelden özele doğru sıralanan dörder seviye bulunmaktadır. Kategorinin birinci seviyesi (ATC-1) en genel, dördüncü seviyesi (ATC-4) ise en detaylı olanıdır. Pazar tanımı çoğunlukla, ilacın tedavi edici özelliklerine veya kimyasal yapısına dayanan ATC-3 sınıflandırmasına göre yapılmakta iken, incelemenin gerektirdiği durumlarda pazarın etkin madde ya da ATC-4 bazında daha dar tanımlanması da mümkündür.
- (7) Dosya mevcudu bilgiler doğrultusunda sunulan veriler ile hazırlanan Tablo 1'de, JOHNSON'ın uygulama dahilindeki ürünlerinin ait olduğu ATC-3 ve ATC-4 sınıfları ile bunların içerdiği etkin maddeler gösterilmektedir.

Tablo 1- JOHNSON'un Uygulama Kapsamındaki Ürünleri

Ürün Adı	ATC-3	ATC-4	Etkin Madde
Imbruvica	L01H Protein Kinase Inh A-Neo	L01h9 Pk1 A-Neoplastic Other	Ibrutinib
Zytiga	L02B Cyto Hormone Antagonists	L02B2 Cyto Anti-Androgens	Abirateron Acetate
Stelara	L04C Interleukin Inhibitors	L04C0 Interleukin Inhibitors	Ustekinumab
	A07E Inflam Bowel Disord Prd	A07E9 Inflam Bowel Dis Prd Oth	
Darzalex	L01G Mab Antineoplastics	L01G9 Mab A-Neoplastic Other	Daratumumab

Kaynak: Dosya içeriği bilgiler

- (8) Etkin madde bazında yalnızca Zytiga adlı ürünün jeneriği bulunmaktadır. ATC-3 ve ATC-4 bazında bakıldığında ise SÖZLEŞME konusu dört ürünün de rakibi bulunmaktadır.
- (9) Bu bilgiler ışığında, Imbruvica, Stelara ve Darzalex'in etkin madde bazında jeneriği

bulunmadığı için bu ürünlerin etkin madde bazında pazar payları %100'dür. Zytiga'nın ise etkin madde bazında üç rakibi bulunmakta olup Zytiga'nın pazar payı 2019 yılında kutu ve ciro bazında sırasıyla %(.) ve %(.) olarak gerçekleşmiştir.

- (10) JOHNSON'ın uygulaması serbest eczane kanalına satışları kapsadığından, daha dar bir ürün pazarı bazında analiz yapılmasına gerek görülmemiş olup, dosya kapsamında ATC-3 sınıfına göre değerlendirme yapılmıştır. Dosya konusu işlem bakımından yapılacak olan değerlendirmede Tablo 1'de yer alan beş adet ATC-3 sınıfı dikkate alınmış olup, bu ATC-3 sınıflarının her biri ayrı birer ilgili ürün pazarı olarak tanımlanmıştır.
- (11) SÖZLEŞME konusu dört adet ürünün ATC-3 sınıfına göre hesaplanmış pazar paylarına ise aşağıda yer verilmektedir.

Tablo 2- Sözleşme Konusu Ürünlerin 2017-2019 Yıllarında ATC-3 Sınıflandırmasına Göre Kutu ve Ciro Bazında Pazar Payları (%)

İlaç Adı	ATC-3 Sınıfı	2017		2018		2019	
		Kutu	Ciro	Kutu	Ciro	Kutu	Ciro
Darzalex	L01G	(.)	(.)	(.)	(.)	(.)	(.)
Imbruvica	L01H	(.)	(.)	(.)	(.)	(.)	(.)
Stelara	A07E	(.)	(.)	(.)	(.)	(.)	(.)
Stelara	L04C	(.)	(.)	(.)	(.)	(.)	(.)
Zytiga	L02B	(.)	(.)	(.)	(.)	(.)	(.)

Kaynak: Dosya içeriği bilgiler

- (12) Tablodan, dört ürünün de ATC-3 sınıflandırmasına göre pazar paylarının ciro bazında %40'ın altında kaldığı anlaşılmaktadır.
- (13) İlgili coğrafi pazar ise "Türkiye" olarak tanımlanmıştır.

G.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

G.3.1. Bildirim Konusu Sözleşme ve Uygulama

- (14) Başvuru konusunu, JOHNSON'ın sahibi olduğu beşeri ilaçlardan Darzalex, Imbruvica, Stelara ve Zytiga'nın dokuz ecza deposu vasıtasıyla dağıtılması ve belirlenen depolar dışındaki depolarla iş yapılmaması uygulaması oluşturmaktadır. JOHNSON, ürünlerinin halihazırda dağıtılmakta olduğu sistemi değiştirerek, belirlenen ürünler için akdettiği SÖZLEŞME ile niceliksel bir seçici dağıtım sistemi kurmayı planladığını ifade etmiştir.

JOHNSON Türkiye'de toplamda 37 farmakolojik ürünün dağıtımını gerçekleştirmektedir. JOHNSON'ın dağıtımını yaptığı 37² farmakolojik üründen dördü bu sisteme dahil olacaktır. JOHNSON ve ecza depoları arasında imzalanan SÖZLEŞME'ye konu ürünlerin tedavi ettiği hastalıklara ilişkin bilgilere aşağıda yer verilmektedir.

Tablo 3- Sözleşme Konusu Ürünlerin Kullanım Alanları

Ürün Adı	Kullanım Alanı
Imbruvica	Yaşlılarda görülen bir kan kanseri (Kronik Lenfositik Lösemi) ve bir lenf kanserinin (Manto Hücreli Lenfoma) tedavilerinde kullanılmaktadır.
Zytiga	Prostat kanserli hastaların tedavisinde kullanılmaktadır.

²JOHNSON Zytiga, Imbruvica, Xelplion, Stelara, Trevicta, Dacogen, Caelyx, Concerta, Olysio, Sylvant, Risperdal Consta, Darzalex, Durogesic, Edurant, Intelence, Invega, Itraspor, Fentantyl, Rapifen, Journista, Motilium, Nizoral, Pariet, Prezista, Reminyl, Risperdal, Hypnomidate, Resolor, Sirturo, Sporanox, Topomax, Velcade, Yondelis, Sibelium, Nizoral ve Rezolsta adlı ürünlerin dağıtımını gerçekleştirmektedir.

Stelara	Sedef hastalığı (psoriasis) tedavisinde ve aktif Crohn hastalığına (kronik ve iltihabi bir bağırsak hastalığı) sahip kişilerin tedavisinde kullanılmaktadır.
Darzalex	Yaşlılarda görülen bir kanser olan Multipl Miyelom tedavisinde kullanılmaktadır.

Kaynak: Dosya içeriği bilgileri

- (15) SÖZLEŞME konusu dört ürünün de ciddi hastalıkların tedavisinde kullanılan ilaçlar olduğu, özellikle Imbruvica ve Darzalex'in nadir görülen hastalıkların tedavisinde kullanıldığı belirtilmiştir. Bu sebeplerle ürünlerin kutu başı fiyatı yüksek olduğundan paralel ithalata konu edildikleri ifade edilmiştir. Tüm ürün gamı içerisinde paralel ithalata yatkın olan, kutu başı fiyatı yüksek ve ciddi hastalıkların tedavisinde kullanılan özel nitelikte olan ürünlerin seçildiği belirtilmiştir. JOHNSON ürünlerinin dağıtımını gerçekleştirirken ihale kanalına yönelik satışlar bakımından, ecza depoları ile özel ve kamu hastanelerine ilaç dağıtımını konu alan ihale satış sözleşmeleri³ faaliyet göstermektedir. Serbest eczane kanalı bakımından ise eczanelere yapılacak satışları konu alan ve herhangi bir rekabet kısıtlaması içermeyen depo satış sözleşmeleri ile faaliyet gösterilmektedir. Başvuru konusu SÖZLEŞME serbest eczane kanalına ilişkin olup JOHNSON halihazırda 40 ecza deposuyla çalışmaktadır. Başvuru konusu uygulama ile SÖZLEŞME konusu dört adet ürünün, niceliksel seçici dağıtım sistemi vasıtasıyla, dokuz ecza deposu aracılığıyla dağıtımını hedeflenmektedir. Başka bir deyişle planlanan sistem ile birlikte, ilgili dört ürünün dağıtımında çalışılan ecza deposu sayısının 40'tan dokuza düşürülmesi planlanmaktadır.
- (16) Başvuruda, yaklaşık 24.000 eczaneden 14.000 civarında eczanenin JOHNSON ürünlerini sattığı, SÖZLEŞME konusu ürünlerin ise (.....) eczanenin tamamında dahi satılmadığı belirtilmiştir. Ürün temini anlamında eczanelerin tüm ecza depolarıyla çalışma imkanı bulunurken, eczanelerin fiili olarak bir veya iki ecza deposuyla çalıştığı belirtilmiştir. Başvuru sahibi tarafından sunulan dağıtım sistemine konu ilaçların satışını yapan eczanelerin çalıştıkları ecza deposu sayısını gösteren tabloya aşağıda yer verilmektedir.

Tablo 4- Dağıtım Sistemine Konu Olacak Ürünlerde Eczanelerin Çalıştığı Depo Sayısı

	Eczane Adedi	%(Oran)
1 Depo ile çalışan	(.....)	(.....)
2 Depo ile çalışan	(.....)	(.....)
3 Depo ile çalışan	(.....)	(.....)
4 Depo ile çalışan	(.....)	(.....)
5 Depo ile çalışan	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	100

Kaynak: Bildirim Formu

Tabloya göre, halihazırda eczanelerin yaklaşık %(.....)'u tek bir ecza deposuyla, %(.....)'i ise iki ecza deposuyla çalışmaktadır. İlgili depoların seçiminde finansal güç, servis verilen il ve eczane sayısı, etkili bir dağıtım ve lojistik ağı, depoculuk sektöründeki geçmiş tecrübeler gibi kriterlerin dikkate alındığı, alternatif temin kaynaklarını kısıtlamamak amacıyla küçük ölçekli depoların ve kooperatiflerin de SÖZLEŞME imzalanacak depolar arasında yer almasına özen gösterildiği belirtilmiştir. Bu çerçevede, Türkiye'nin her ilinde en az iki ecza deposunun başvuruya konu ürünleri eczanelere sağlayabileceği ifade edilmiştir. Ecza depolarının seçimi bakımından dikkate alınan, servis verilen il ve eczane sayısı verilerine aşağıda yer verilmiştir.

³ İhale satış sözleşmeleri tek bir muhatap ile imzalanmakta olup, ecza deposuna münhasıran JOHNSON ürünlerini dağıtım yetkisi verilmektedir. Bu kapsamda 16.10.2015 tarih ve 15-38/615-209 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) kararıyla Boğaziçi Ecza Deposu ile özel hastaneler için, Aksel Ecza Deposu ile kamu hastaneleri için imzalanan ihale satış sözleşmelerine bireysel muafiyet tanınmıştır.

Tablo 5- Dağıtım Sistemine Konu Olacak Ürünlerde Ecza Depoları Tarafından Hizmet Sunulan İl ve Eczane Sayısı

Ecza Depoları	Servis Verilen İl Sayısı	Servis Verilen Eczane Sayısı
SELÇUK	(.....)	(.....)
HEDEF	(.....)	(.....)
BURSA ECZA	(.....)	(.....)
İSTANBUL ECZA	(.....)	(.....)
NEVZAT	(.....)	(.....)
DİLEK ECZA	(.....)	(.....)
GÜNEY ECZA	(.....)	(.....)
AS ECZA	(.....)	(.....)
YUSUFPAŞA	(.....)	(.....)

Kaynak: Dosya içeriği bilgiler

- (17) Tabloda yer alan ecza depolarından ikisi 81 ilde faaliyet göstermektedir. Çalışılması planlanan depolara hem ulusal hem de yerel seviyede faaliyet gösteren depoların dahil edilmesine özen gösterildiği, uygulama kapsamında her ilde en az iki deponun faaliyet göstermesi planlansa da Türkiye'deki dağıtım ağının %(.....)'inden fazlasında üç veya daha fazla deponun hizmet sağlayacağı belirtilmiştir.
- (18) SÖZLEŞME'nin amaçlarını ve özelliklerini ortaya koyan ilgili maddelere aşağıda yer verilmektedir.
- (19) SÖZLEŞME'nin 1.2. maddesine göre JOHNSON bahsi geçen sözleşme ile bir niceliksel dağıtım sistemi kurmaktadır.
- (20) Ecza depoları için uygulanacak kota uygulamasına dair SÖZLEŞME'nin 1.3. maddesi; *"J&J, Ürünleri belirli kotalar uyarınca Depo'ya sevk edecektir. Bu kota uygulaması, (.....)." şeklinde*dir. Kota hesaplamasında, depoların (.....) göre dağılım yapılacağı, ayrıca (.....) ve böylece herhangi bir deponun veya eczanenin mağduriyet yaşamayacağı ifade edilmiştir.
- (21) SÖZLEŞME'nin 1.4 maddesi; *"Piyasadaki Ürün arzını tehlikeye sokmamak ve Türkiye'de hastaların ihtiyacı olduğunda Ürünlere ulaşmasını temin etmek amacıyla aynı zamanda bir Acil Dağıtım Sistemi ("ADS") kurularak, ADS'de yer almak isterse Depo'ya kendisine atanan kotanın %(.....)'i oranında ek Ürün temin edilecektir"* şeklindedir. Sözleşme yapılması planlanan her bir depo için %(.....) oranından ek kota ayrılacaktır. Belirlenen kotaların ürün tedarikinde sıkıntı yaratmaması ADS ile temin edilecektir. Bu yönüyle herhangi bir eczanenin ilgili dört üründen birini talep etmesi durumunda en geç (.....) içerisinde söz konusu ilaca ulaşabileceği bir dağıtım sistemi öngörüldüğü ifade edilmiştir.
- (22) SÖZLEŞME'nin 1.5. maddesi kapsamında hastane kanalına satışlar ile toplu alım ihaleleri ve doğrudan temin istekleri incelemeye konu SÖZLEŞME'nin kapsamı dışında bırakılmıştır.
- (23) SÖZLEŞME'nin "Ürün Takas Bildirimi" başlıklı 7. maddesi; *"Depo, Ürünleri işbu Sözleşme kapsamındaki seçici dağıtım sistemi kapsamı dışında kalan diğer depolara satamaz, tedarik edemez ya da onlarla başka ürünler karşılığında takas edemez."* şeklindedir. SÖZLEŞME'nin kurulmasının temel amaçlarından olan belirli ecza depoları ile çalışılmasına bağlı olarak, dağıtım sistemi dışında kalan ecza depolarına SÖZLEŞME konusu ürünlerin temin edilmesinin önüne geçilmektedir. Depolar ilaçları

seçici dağıtım sistemi dışında kalan diğer depolara satamayacak, tedarik edemeyecek ve takas edemeyecektir.

- (24) SÖZLEŞME'nin 8.1. maddesinde; *"Depo Sözleşme kapsamındaki ürünlerin satışını sadece Türkiye sınırları içerisinde yapacaktır. Depo hiçbir koşulda Türkiye sınırları dışındaki gerçek veya tüzel kişilere veya yurt dışına satılmak maksadıyla Türkiye sınırları içerisindeki gerçek veya tüzel kişilere ürün satışı yapmayacak, tedarik etmeyecek ya da pazarlama faaliyetlerinde bulunmayacaktır"* hükmü yer almaktadır. Bununla birlikte SÖZLEŞME'nin 8.3. maddesi; *"Depo, Türkiye'de pazara vermek üzere Ürünleri J&J'den veya sistem üyesi diğer depolardan alacağını kabul ve taahhüt eder. Bu maddenin ihlali, Sözleşme'nin esaslı bir ihlali teşkil eder ve iş bu Sözleşme'nin J&J tarafından derhal haklı sebeple fesih hakkını doğurur."* hükmünü haizdir. Yukarıda da yer verildiği üzere paralel ihracat yasağı getirmek adına ürünün yurt dışına çıkarılmasına sınırlamalar koyulmuş, aksi yönde davranışlar için fesih hakkı hükme bağlanmıştır. Ayrıca SÖZLEŞME'nin 8.4. maddesinde yer alan *"Depo, J&J tarafından iletilecek formatı kullanarak her ay, aylık eczane satış raporunu müteakip ayın ilk haftasının bitimine kadar J&J'ye raporlama yapılacaktır."* hükmü ile ilaçların takip edilmesi planlanmaktadır.
- (25) SÖZLEŞME'nin 9.1. maddesinde *"İşbu Sözleşme Yürürlük tarihinde yürürlüğe girmiş olup bu tarihten itibaren 5(beş) yıl boyunca geçerlidir. Taraflardan birisinin bu maddeye uygun olarak Sözleşme'yi feshetmemesi halinde Sözleşme kendiliğinden sadece 1(bir) sene için uzayacaktır ve bu uzama süresi sonunda, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, kendiliğinden sona erecektir."* hükmü yer almaktadır.

G.3.2. Seçici Dağıtım Sistemine İlişkin Değerlendirme

- (26) SÖZLEŞME'nin 1.2. maddesine göre, JOHNSON dokuz ecza deposunun dahil olduğu bir niceliksel seçici dağıtım sistemi kurmaktadır. SÖZLEŞME'nin 7. maddesinde ise ilgili depoların seçici dağıtım sistemi dışında kalan depolara ürün satamayacağı, tedarik edemeyeceği ya da takas edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Yine SÖZLEŞME'nin 8.3. maddesine göre ecza depoları ürünleri JOHNSON'dan veya sistem üyesi diğer depolardan alacağını taahhüt etmektedir. SÖZLEŞME bu haliyle tedarikçi sayısının doğrudan sınırlandırıldığı bir sistem öngörmektedir. Diğer taraftan ilgili dokuz deponun bazı somut kriterlere göre belirlendiği ifade edilmektedir. Bu kriterler ecza depolarının dağıtım ve lojistik sistemlerinde efektif olması, depoculuk sektöründeki geçmiş yıl tecrübeleri, finansal açıdan belirli bir güce sahip olmaları ve kooperatifler ile ulusal ve yerel ecza depolarını da kapsayacak şekilde ecza depoları arasında çeşitliliğin sağlanması olarak özetlenebilecektir. Uygulamanın Türkiye'nin her ilinde en az iki ecza deposunun başvuruya konu ürünleri eczanelere sağlamasını temin edecek şekilde kurgulandığı belirtilmektedir.
- (27) 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3. maddesine göre *"seçici dağıtım sistemi; sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri sadece belirlenmiş kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da söz konusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistemi"* anlamına gelmektedir. Nicel seçici dağıtım sistemi ise, 2017/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde *"sağlayıcının, dağıtıcılarını seçerken doğrudan veya dolaylı olarak dağıtıcıların sayılarını sınırlandıracak kriterler kullandığı seçici dağıtım sistemi"* olarak tanımlanmaktadır.
- (28) Bu noktada, nicel ve nitel sistem arasındaki farkın belirtilmesi gerekmektedir. Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzda (Dikey Kılavuz) nitel seçici dağıtımda dağıtıcıların, satış

personelinin eğitilmesi, verilen hizmet ve belirli ürün yelpazesinin satılması gibi objektif kriterlere dayalı olarak seçildiği; nicel sistemde ise, doğrudan satıcıların potansiyel sayısını sınırlayan kriterler öngörüldüğü belirtilmektedir. Nitel seçici dağıtım sistemleri aşağıdaki üç koşulu karşılaması durumunda 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi dışında kabul edilmektedir. Buna göre,

- 1) Böyle bir anlaşma, ürünün kalitesini korumak ve uygun kullanımını sağlamak için gerekli olmalıdır,
- 2) Yeniden dağıtıcılar kalite temelli objektif kriterlere göre seçilmelidir,
- 3) Uygulanan kriterler gerekli olandan daha fazla olmamalıdır.

- (29) Nitel sistem özelliği taşımayan ve yeniden satıcı sayısına doğrudan veya dolaylı olarak sınırlama getiren seçici dağıtım sistemlerinin ise 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu kabul edilmektedir. 2002/2 sayılı Tebliğ'e göre, nicel/nitel seçici dağıtım sistemi, %40 pazar payı eşiğine kadar, rekabet etmeme ya da münhasır dağıtım gibi sınırlamaları içermesi durumunda dahi, yetkili dağıtıcıların birbirleri arasındaki ve bunların son kullanıcılara yapacakları aktif satışların kısıtlanmaması kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Bu kapsamda yapılacak olan değerlendirmede ürünün niteliğinin seçici dağıtımı gerektirip gerektirmediği, marka içi ve markalar arası rekabetin sınırlandırılması, birikimli etkinin ortaya çıkması durumunda rekabetin nasıl etkileneceği gibi hususlar öne çıkmaktadır.
- (30) Bu çerçevede, öncelikle sözleşme konusu ürünler nitelikleri gereği seçici dağıtımı gerektirmeli ve kriterler, ilgili ürünün etkin bir şekilde dağıtılması için gerekli olmalıdır. Seçici dağıtım sistemi genellikle otomobil, kozmetik ve dayanıklı tüketim malları gibi ürünler için uygulanmakta olup, amaç bu ürünlerin marka değerinin korunmasını sağlamaktır. Nitekim, ilgili ürünlerin pazarlanmasında satış noktasının ve elemanlarının belirli özelliklere sahip olması, mesleki ve teknik yeterlikler, satış sonrası tamir ve garanti hizmetleri sağlanmasına yönelik kriterler de bu amaca hizmet etmektedir. Beşeri ilaç sektörünün bahsi geçen çerçeveye, en azından dosya konusu toptan seviye bakımından, uygun olmadığı söylenebilecektir. JOHNSON tarafından, ilaç sektörünün seçici dağıtımı gerektirmediği söylenebilecekse de, SÖZLEŞME konusu sınırlı sayıda ürün bakımından ayrıca değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir.
- (31) Bu doğrultuda, yalnızca SÖZLEŞME konusu dört adet yüksek uzmanlık gerektiren ve piyasada yüksek fiyata satılan sınırlı sayıda ürün için seçici dağıtım sistemi öngörüldüğü vurgulanmıştır⁴. Başvuru konusu dört ürünün ortalama perakende satış fiyatı 9.129 TL iken JOHNSON'ın dağıtımını gerçekleştirdiği kalan 25 ürünün ortalama satış fiyatı 735 TL'dir. İlaçların satış fiyatları arasındaki yüksek satış fiyatı farkı

⁴ JOHNSON tarafından başvuruya konu uygulamayı desteklediği gerekçesiyle Paris Temyiz Mahkemesinin *LCJ Diffusion/La Roche-Posay* davası örnek verilmiştir. Bahsi geçen karar incelendiğinde, La Roche Posay'ın dermatolojik bazı ürünler ürettiği ve seçici dağıtım sistemi ile pazarladığı anlaşılmaktadır. İlgili firmanın, seçici dağıtım sisteminde yer almayan bir firmayı kendi ürünlerini satması gerekçesiyle dava ettiği kararda mahkeme La Roche Posay tarafından getirilen kısıtlamaların ürünlerin doğası ve kalitesi sebebiyle gerekli olduğunu belirtmiş, seçilen ürünlerin müşteriye doğru anlatılması, müşteri ihtiyaçlarına uyarlanması gerektiğini vurgulayarak ürünlerin sektördeki diğer ürünlerden ayrıldığına kanaat getirmiştir. (Kaynak: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/june-2005/A-French-Court-makes-good-the-240>, Erişim Tarihi: 08.06.2020) Bu kapsamda örnek verilen davanın ilaç sektörünü yansıtmadığı ve seçici dağıtım sistemlerinin genelinde olduğu gibi ürünlerin niteliklerine vurgu yaptığı düşünülmektedir.

sebebiyle, bu ürünler için farklı bir strateji uygulanması gereğinin ortaya çıktığı ifade edilmiştir.

- (32) Diğer taraftan bahsi geçen dört üründen Darzalex ve Stelara'nın biyoteknolojik⁵ ürünler olduğu, 2-8° C aralığında saklanması ve soğuk zincir ile sevk edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Imbruvica ve Zytiga adlı ürünlerin ise yüksek teknoloji ile üretilen konvansiyonel ürünler olduğu ve oda sıcaklığında saklanması gerektiği belirtilmiştir. Ancak beşeri ilaç piyasasında tedarik edilen ürünlerin yüksek teknoloji gerektirdiği, saklanması ve sevki sırasında belirli özel koşullarda (örneğin soğuk zincirde) muhafaza edilmesi gerektiği bilinmektedir. Ayrıca biyoteknoloji ürünlerinin de dahil olduğu bazı beşeri ilaçların fiyatları diğer ürünlere göre yüksektir. Diğer yandan, ilgili mevzuatta, tüm beşeri ilaçlar için geçerli olacak şekilde, depoculuk/eczacılık faaliyetleri ile söz konusu ürünlerin saklanması ve dağıtımının tabi olduğu koşullar, ilgili denetimler ve yaptırımlar gibi konular ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.
- (33) Bu çerçevede, SÖZLEŞME konusu dört ürünün belirtilen özellikleri itibarıyla istisna teşkil etmediği, bunlara benzer nitelikte çok sayıda ürün bulunduğu, tabi olduğu dağıtıma ilişkin yasal düzenlemeler yönüyle de bu ilaçların piyasadaki diğer ürünlerden farklılaşmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla salt yukarıda belirtilen nedenlerle, ürünlerin seçici dağıtım sistemine konu edilmeleri makul görünmemektedir.
- (34) Hem Bildirim Formundan hem de SÖZLEŞME'den, başvuru konusu uygulamanın asıl amacının, SÖZLEŞME konusu ürünlerin paralel ihracat yoluyla satılmasının önüne geçilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Sınırlı sayıda ecza deposu ile çalışılarak yurt dışına satılan ilaçların takip edilmesi amaçlanmaktadır (SÖZLEŞME madde 8.1). Böyle bir amaç makul görünmekle birlikte, bu amaca ulaşmak için seçici dağıtım sisteminin uygulanmasının şart olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.
- (35) Bu aşamada, uygulamanın toptan seviyesinde hayata geçirilmek istenmesine dikkat çekilmelidir. Beşeri ilaç piyasasında ürünleri nihai tüketicilere sunanlar eczanelerdir. 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'da eczacılık bir sağlık hizmeti olarak tanımlanmış ve eczane açmak için belirli şartlar getirilmiştir. İlgili Kanun'un 5. maddesinde "*Serbest eczaneler, eczacılık yapma hakkını haiz bir eczacının sahip ve mesul müdürlüğünde yönetmelikte belirlenen belgelerle il sağlık müdürlüğünce düzenlenmiş ve valilikçe onaylanmış bir ruhsatname ile açılır*" hükmü yer almaktadır. Burada elde edilmeye çalışılan faydanın, tüketici sağlığını doğrudan etkileyen ilaçların, doğru bir şekilde, bu alanda yetkin kişilerce temin edilmesi olduğu açıktır. Aynı faydanın toptan seviyesinde uygulanacak bir seçici dağıtım sistemi ile elde edilemeyeceği noktasında, ikna edici gerekçeler bulunmadığı ve tarafın da bu yönde somut bir değerlendirme sunmadığı kanaatine varılmıştır.

G.3.3. 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesine ve Grup Muafiyetine İlişkin Değerlendirme

- (36) Başvuru konusu uygulama; yeniden satıcıların sayısının doğrudan sınırlandırıldığı bir

⁵ Biyoteknolojik ilaçlar yaşayan organizmalar kullanılarak üretilmektedir. Son ürün olan biyolojik etkin maddenin yaşayan hücre ya da organizmanın içinde bulunan binlerce diğer molekülden ayıklanarak saflaştırılması gerektiğinden üretim süreci karmaşıktır ve üretimde ileri teknoloji gerektirmektedir. Biyoteknolojik ilaçların eşdeğerleri biyobenzer ürün olarak adlandırılmaktadır. Jenerik ilaçların aksine, bu ürünler tersine mühendislik yapılarak yeniden üretilmediğinden yüksek araştırma ve geliştirme yatırımları gerektirmektedir.

http://www.ieis.org.tr/ieis/assets/media/Bio/Biyoteknolojik_ilaclar_kitapcigi_.pdf Son Erişim Tarihi: 02.07.2020

seçici dağıtım sistemi olarak kurgulanmış olup, uygulamaya gerekçe olarak ilgili dört ürünün lüks ve pahalı ürünler olması ve bu sebeple paralel ihracat yoluyla yurt dışına satılması gösterilmiştir. Dolayısıyla sistem dışında yer alan ecza depolarına ürün satışını yasaklayan SÖZLEŞME (7. madde) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındadır.

- (37) Diğer taraftan SÖZLEŞME'nin 8.1. maddesi ile paralel ticareti engellemek için depolara, sözleşme konusu ürünleri Türkiye dışına satacağını bildiği herhangi bir müşteriye satmama yükümlülüğü getirilmektedir. İhracat yasakları Türkiye pazarını doğrudan etkilememekte ve ilgili sektörde arzın devamlılığını sağlamaktadır. Bu nedenle paralel ihracata ilişkin olarak getirilen kısıtlamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı kanaatine varılmıştır. Nitekim geçmiş tarihli Kurul kararlarında da bu sınırlamaların kapsam dışı olarak ele alındığı⁶ ve ilgili sınırlamalara menfi tespit verildiği, ancak kapsam içine alındığı hallerde de bireysel muafiyet tanındığı görülmektedir⁷. Bu çerçevede, ihracat yasağına ilişkin olarak getirilen madde değerlendirilmemiştir.
- (38) Bildirim konusu SÖZLEŞME, beşeri ilaç sektöründe sağlayıcı olarak faaliyet gösteren JOHNSON ve alt pazarda toptan satış faaliyeti ile iştigal eden dokuz ecza deposu arasında akdedilmiş olup rekabet hukuku bağlamında bir dikey anlaşmadır. 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 konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanır.*" şeklindedir. Bu noktada, SÖZLEŞME'nin Tebliğ kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesi bakımından, SÖZLEŞME'ye konu ürünlerin ATC-3 sınıfları seviyesindeki pazar paylarına bakılması gerekmektedir.
- (39) Tablo 2'den SÖZLEŞME'ye konu ürünlerin ilgili pazardaki payları son üç yıl için ciro bazında %40 eşliğinin altında kaldığı görülmektedir. Dolayısıyla SÖZLEŞME 2002/2 sayılı Tebliğ'de yer alan ön şartı karşılarsa da SÖZLEŞME'yi Tebliğ kapsamından çıkaran hükümler olup olmadığı değerlendirilmelidir.
- (40) Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, uygulama ile getirilmek istenen seçici dağıtım sisteminin beşeri ilaç piyasası için gerekli olmadığı, bu piyasada başvuru sahibince belirtilen özellikleri bakımından SÖZLEŞME konusu ürünlere benzer çok sayıda ürünün bulunduğu, dolayısıyla dosya konusu uygulama dahilinde dağıtıcıların seçiminin dayandığı ölçütlerin söz konusu dört ürünün özellikleriyle açıklanamayacağı değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4(b) maddesinde sayılan haller (münhasırlık ve seçici dağıtım sistemi dahil) söz konusu olmadığından, alıcının (ecza depolarının) satışlarına yönelik kısıtlamalar getirilmesinin, incelenen anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaracağı anlaşılmaktadır.
- (41) Daha açıkça ifade etmek gerekirse, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin 7. maddesinde ilgili ecza depolarının uygulamaya dahil edilmeyen depolara ürün satması ya da takas etmesi yasaklanmaktadır. Dolayısıyla ilgili depolar, diğer depolardan kendilerine gelen ürün taleplerini reddedeceğinden, SÖZLEŞME ile yalnızca aktif satışlar değil, pasif satışlar da sınırlandırılmış olmaktadır. Bu durumda da, SÖZLEŞME'nin Tebliğ

⁶ 05.02.2015 tarih ve 15-06/71-29 sayılı Novo Nordisk, 23.06.2016 tarih ve 16-21/363-169 sayılı Servier-Zirve, 22.05.2018 tarih ve 18-15/280-139 sayılı Daiichi-Simge Kararı.

⁷ 02.08.2007 tarih ve 07-63/774-281 sayılı Pfizer, 03.04.2014 tarih ve 14-13/242-107 sayılı Takeda, 03.07.2017 tarih ve 17-20/319-141 sayılı [Johnson & Johnson](#) Kararı.

kapsamında grup muafiyetinden faydalandığını söylemek mümkün değildir.

- (42) Bu bilgiler ışığında SÖZLEŞME 2002/2 sayılı Tebliğ ile düzenlenen grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Bu sebeple, SÖZLEŞME'nin bireysel muafiyet değerlendirmesine tabi tutulması gerekmektedir.

G.3.4. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

- (43) 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 değerlendirilmiştir.

G.3.4.1. Malların Üretim veya Dağıtımını ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

- (44) Bireysel muafiyet değerlendirmesinde aranan ilk şart, malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanmasıdır. 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 şartın sağlandığı kabul edilmektedir.
- (45) Bildirim Formu ve cevabi yazılarda bu şarta ilişkin olarak;
- İlgili pazarlarda arz güvenliğinin ve ürünlerin bulunabilirliğinin sağlanması için, ürünlerin yurt dışına çıkarılmasının önüne geçilmesi gerektiği,
 - Türkiye'de uygulanan fiyatlandırma sistemi sebebiyle, ilaç fiyatlarının Avrupa Birliği'ne üye ülkelerdeki fiyatlardan çok daha düşük olarak belirlendiği, bu nedenle ürünün ucuz fiyat uygulanan ülkelere, görece daha yüksek fiyat uygulanan ülkelere ihraç edilmesi yönünde bir motivasyon olduğu,
 - Temel amacı pazara sunulan belirli ürünlerin yurt dışına satılmasını önlemek olan yeni dağıtım sisteminin, hem ürünlerin gelişimi ve kalitesinin artması yönünde bir etki doğuracağı, hem de Türkiye'deki dağıtım için iyileşme sağlayacağı,
 - Seçici dağıtım sistemi sebebiyle depo sayısının sınırlandırılması ile denetim ve organizasyon maliyetlerinin düşeceği, siparişlerin ve sevkiyatların maliyet optimizasyonunun sağlanacağı,
 - Bir dağıtım şebekesinde çok ve çeşitli sayıda ürün dağıtılmasıyla, ölçek ve kapsam ekonomilerine dair olumlu faydalar elde edilebildiği, ilgili sektörde bu faydaları elde etmenin çalışılan depo sayısının azaltılmasıyla mümkün olduğu,
 - Depo sayısının sınırlı tutulması ile depoların kendi müşteri grubuna yönelik yatırım güdülerinin artacağı, eczanelerin de daha fazla finansman kolaylığına erişeceği

ifade edilmiştir.

- (46) SÖZLEŞME'nin 7. maddesinde, ilgili depoların seçici dağıtım sistemi dışında kalan depolara ürün satamayacağı, tedarik edemeyeceği ya da takas edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bildirilen işlem ile SÖZLEŞME konusu ürünlerin dağıtımını doğrudan dokuz ecza deposu ile sınırlandırılmaktadır. Bu uygulamanın JOHNSON açısından dağıtımın denetlenmesi ve işlem maliyetlerinin azaltılması sonucunu doğuracağı açıktır. Diğer taraftan uygulamanın seçici dağıtım sistemi olarak hayata geçirilmesi, bu

ilaçları müşterilerine temin etmek isteyen diğer ecza depolarına yönelik olarak pasif satış yasağı getirmektedir.

- (47) Her ne kadar depo sayısı doğrudan sınırlandırılıyor olsa da JOHNSON tarafından depoların seçiminde bazı kriterlerin dikkate alındığı belirtilmektedir. İlgili depoların seçiminde finansal güç, servis verilen il ve eczane sayısı, etkili bir dağıtım ve lojistik ağı, depoculuk sektöründeki geçmiş tecrübeleri gibi kriterlerin dikkate alındığı, küçük ölçekli depoların ve kooperatiflerin de SÖZLEŞME imzalanacak depolar arasında yer almasına özen gösterildiği belirtilmiştir. Bahsi geçen kriterleri, seçilmiş olan dokuz ecza deposundan başka ecza depolarının da sağlaması yüksek ihtimalle mümkündür. Bu sebeptendir ki, SÖZLEŞME bu kriterlere dayanarak değil, doğrudan dağıtım seviyesindeki depo sayısını sınırlandırma yoluyla kurgulanmıştır.
- (48) Mevcut dosya bakımından bahsi geçen kriterler, sonuçta ulaşılabilecek kanaati değiştirmeyeceğinden detaylı olarak değerlendirilmemiştir. Ancak niceliksel seçici dağıtım sistemi olarak öngörülen uygulamada bu kriterlerin JOHNSON'ın dokuz depo seçiminde etkili olduğunu kabul etmek de mümkün değildir. Nitekim bu gerekçeyle, başvuru konusu uygulama seçici dağıtım sistemi olarak nitelendirilemeyecektir.
- (49) Diğer yandan, başvuru sahibinin de vurguladığı üzere, uygulamanın esas amacı SÖZLEŞME konusu ürünlerin Türkiye'den yurt dışına satışının, yani paralel ticaretinin önlenmesidir. Söz konusu ürünlerin daha yüksek fiyatlı ülkelerdeki alıcılara satışının, JOHNSON'ın global karlılığını olumsuz yönde etkileyeceği açıktır. Dolayısıyla belirtilen ürünlerin paralel ticaretinin önlenmesinin öncelikle JOHNSON'ın ticari endişeleri ile açıklanabileceği ifade edilmelidir. Ancak bu durum ayrıca kamu menfaati yönüyle de ele alınmalıdır. Nitekim geçmiş tarihli birçok dosyada Kurul tarafından yapılan değerlendirmelerde konu bu bakımdan da incelenmiştir⁸.
- (50) Türkiye piyasasına beşeri ilaçların arz miktarının belirlenmesinde en önemli ölçüt, bu ürünün geçmiş yıllardaki tüketim miktarı ve ürünün geleceğine yönelik projeksiyonlardır. İthalat ve üretim planlamaları buna göre şekillendirilmektedir. Ancak arz veya talep cephesinde meydana gelebilecek dalgalanmalar, ihtiyacın tam olarak ve zamanında karşılanamaması sonucunu doğurabilecektir. Örneğin bir ilaca olan talebin öngörülebilir olmayan şekilde ani yükselmesi böyle bir duruma yol açabilecektir. Benzer bir şekilde, Türkiye piyasası için arz edilen ürünlerin bir kısmının başka ülkelere yönlendirilmesi de, anlık ihtiyacın giderilememesi ve buna bağlı olarak da tedavilerin aksaması sonucunu doğurabilecektir.
- (51) Ülkemizdeki fiyatlandırma regülasyonu sonucunda beşeri ilaçların fiyatları AB ülkeleri ve diğer gelişmiş ülkelerde olandan çok daha düşüktür. Bu durum, Türkiye'yi paralel ticaretin kaynak ülkesi olarak çekici hale getirmektedir. İlaç takip sistemi ile ilaçların tedarik zincirinin her aşamasındaki yolculuğunun izlenmesine karşın, Türkiye piyasasına sunulan ürünlerin bir kısmı çeşitli yollar üzerinden ülke dışına çıkabilmektedir. Bu da, ilaca erişimi ve tedavileri zorlaştırabilecektir. Nitekim Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından çıkarılan 20.11.2014 tarih ve 2014/11 sayılı "İlaçların Piyasada Bulunabilirliği Hakkındaki Genelge"de de ithal ürünlerin Türkiye piyasasında bulunulmasının sağlanması amacıyla, paralel ticaretin engellenmesi üzerinde durulmuştur. İlgili Genelge'de, ülkede üretilen ve ithaline izin verilen beşeri tıbbi ürünlerin piyasaya arzından sonra başka ülkelere ihracının ürünün piyasada bulunabilirliğine engel olduğu, dolayısıyla hastalara ilaç temininde büyük sıkıntılar

⁸ 23.06.2016 tarih ve 16-21/363-169 sayılı; 03.07.2017 tarih ve 17-20/319-141 sayılı; 26.09.2018 tarih ve 18-34/577-283 sayılı Kurul kararları.

yaşandığı ve kamu sağlığının ciddi anlamda tehlikeye sokulduğu, bu nedenle ithalatına izin verilen beşeri tıbbi ürünlerin piyasada bulunabilirliğini sağlamak amacıyla kamu sağlığı ve hizmet gerekleri gözetilerek söz konusu ithal ürünlerin ülke dışına çıkarılmak suretiyle başka ülke piyasalarına yönlendirilmesi uygun bulunmadığından sistem üzerinde her türlü tedbirin alınacağı ifade edilmiştir.

- (52) SÖZLEŞME konusu ürünlerin yurt dışına satışının önlenmesine yönelik her türlü düzenleme, bu ürünlerin Türkiye’de bulunabilirliğine katkı sağlayacak ve tedavilerde olası gecikmeler önlenmiş olacaktır. Bu anlamda, çalışacağı depoların sayısının sınırlandırılması, JOHNSON’un ilgili ürünlerin Türkiye piyasasına sunulduğunun takibini kolaylaştıracaktır. SÖZLEŞME’nin 8. maddesindeki düzenlemeler de JOHNSON’ın ilgili dört ürününün Türkiye piyasasına arz edilmesine yöneliktir.
- (53) SÖZLEŞME’nin esas amacı doğrultusunda, ilgili ürünlerin Türkiye’deki tedavilerde kullanılmak üzere ülke dışına çıkmasının önlenmesine hizmet edecektir. Bu bakımdan 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması noktasında bir katkı sağlayabileceği söylenebilecektir. Öte yandan sözleşmenin tüm maddeleri dikkate alınarak muafiyet başvurusuna konu uygulamanın bütün yönleriyle hayata geçirildiği durumda oluşacak yapının değerlendirilmesi gerekmektedir. SÖZLEŞME’nin 7. maddesinde, ilgili depoların seçici dağıtım sistemi dışında kalan depolara ürün satamayacağı, tedarik edemeyeceği ya da takas edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Dosya konusu uygulamanın seçici dağıtım sistemi olarak kabul edilmemesi durumunda, söz konusu düzenlemenin hükümsüz kaldığını ve bir anlam ifade etmeyeceğini söylemek mümkündür. Zira uygulamanın seçici dağıtım sistemi teşkil etmediğinin kabulü halinde, sistem dışındaki alıcılara satışın yasaklanması, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında yer bulmamaktadır.
- (54) SÖZLEŞME’nin 7. maddesinde, seçici dağıtım sistemine göre kapalı bir sistem kurgusu öngörülmüştür. Ancak mevcut dosyada, başvuru konusu uygulamanın seçici dağıtım sistemi olarak kabul edilemeyeceği değerlendirilmektedir. Bu durumda, 7. madde ile getirilen kısıtlamanın hizmet ettiği bir etkinlik artışından ve faydadan söz edilemeyecektir. Bu kabul altında da, 7. madde yalnızca dağıtıcıların yeniden satışlarına müdahale edilmesi sonucunu doğurmuş olacaktır. Diğer yandan, 7. maddenin, ilgili ürünlerin Türkiye’de bulunabilirliğinin sağlanması için de elzem olmadığı değerlendirilmektedir. Nitekim, yukarıda da belirtildiği gibi, söz konusu ürünlerin yurt dışına satışlarının yasaklanması amacı doğrultusunda, SÖZLEŞME’nin 8.1. maddesi düzenlenmiştir. Bu çerçevede SÖZLEŞME’nin nihai olarak 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendini karşılamadığı kanaatine varılmıştır.

G.3.4.2. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması

- (55) 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bir anlaşmanın muafiyet alabilmesi için tüketicinin ekonomik gelişmeden yarar sağlaması ve ortaya çıkacak faydadan tüketicinin adil bir pay alması bir diğer koşuldur. 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bir anlaşmanın muafiyet alabilmesi için, yukarıda değinilen, malların dağıtımını veya hizmetlerin sunulmasından elde edilen iyileşmenin tüketicie yansıtılması ve ortaya çıkan ekonomik fayda ile tüketicinin elde edeceği menfaat arasında makul bir denge olması gerekmektedir. Bu çerçevede; fiyatlar seviyesindeki düşüş, satış sonrası etkin hizmetler, ürün çeşitliliğinin artması, tüketicinin ürüne daha kolay ulaşabilmesi, malın

arzında devamlılığın sağlanması gibi koşullar tüketicinin elde edeceği menfaat kapsamında değerlendirilebilmektedir.

- (56) Bildirim Formu ve ek açıklamalar kapsamında ilgili şarta ilişkin olarak;
- JOHNSON tarafından öngörülen yeni sistemin asıl amacının SÖZLEŞME konusu ilaçların yurt dışına çıkmasını önlemek olduğu, Türkiye’de arz güvenliğinin sağlanması ile ilaçlara erişilebilirliğin ve tüketici refahının artacağı, aksi takdirde Türkiye’deki arz talep dengesinin bozularak ürünlerin tüketicilere ulaşmasında sıkıntılar yaşanabileceği,
 - SÖZLEŞME ile öngörülen acil dağıtım sisteminin ilaçların tüketicilere ulaşması bakımından daha etkin bir ilaç tedarik sistemi kurduğu

belirtmiştir.

- (57) SÖZLEŞME ile düzenlenen uygulamanın, seçici dağıtım sistemi koşullarını taşımadığı değerlendirilmekle birlikte, Türkiye’de ilgili ürünlere erişime olumlu katkısı olabilecektir. Uygulamanın acil dağıtım sistemi ile desteklenmiş olması da dikkate alındığında, SÖZLEŞME’nin ilgili ürünlerin serbest eczanelere temininde ve hastalara ulaştırılmasında olası sorun kaynaklarından birini bertaraf edebileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla SÖZLEŞME konusu ilaçların dağıtımında iyileşme sağlayacağı belirtilen uygulamadan, olası mağduriyetleri giderilen tüketiciler de faydalanabilecektir. Öte yandan yine SÖZLEŞME’nin 7. maddesinde, ilgili depoların seçici dağıtım sistemi dışında kalan depolara ürün satamayacağı, tedarik edemeyeceği ya da takas edemeyeceğini hükme bağlanması karşısında eczanelerin SÖZLEŞME konusu ilaçları sınırlı sayıdaki depodan temini zorunluluğu tüketicilerin ilaca ulaşmasında zorlaştırıcı ve/veya geciktirici bir olgu olarak değerlendirilebilecektir. Bu çerçevede SÖZLEŞME’nin bütününe bakıldığında muafiyet başvurusuna konu uygulamadan tüketicinin yarar sağlanması koşulunun karşılanmadığı, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen koşulun sağlanmadığı kanaatine varılmıştır.

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

- (58) 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (c) bendinde yer alan “İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması” şeklindeki muafiyet kararı verilebilmesinde aranan bu olumsuz koşul gereğince, muafiyete konu anlaşma ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına neden olmamalı, başka bir deyişle sağlanan ekonomik gelişme veya fayda ile tüketicinin bundan yarar sağlaması, rekabetin ortadan kaldırılması ile ulaşılan sonuçlar olmamalıdır. Bu değerlendirme yapılırken dikkate alınması gereken başlıca hususlar; pazarda hâlihazırda giriş engellerinin olup olmadığı, hâkim durumda olan bir teşebbüsün bulunup bulunmadığı, dikey anlaşmalar aracılığıyla giriş engeli yaratılıp yaratılmadığı, tüketici tercihlerinin ne ölçüde kısıtlandığı ve pazarın yapısı olarak sıralanabilir.

- (59) Bildirim Formu ve cevabi yazılar kapsamında ilgili şarta ilişkin olarak;
- Seçici dağıtım sisteminin yalnızca belirli ürünler için kurulduğu,
 - JOHNSON’ın bahsi geçen ürünlerde hakim durumda ya da lider konumunda olmadığı, dolayısıyla uygulamanın JOHNSON’ın faaliyet göstermediği alt pazarda, sistem dışındaki depolar bakımından ayrımcılık ya da mal vermenin reddi olarak değerlendirilmemesi gerektiği, kaldı ki bu ürünler alt pazarda

faaliyet gösteren teşebbüsler bakımından vazgeçilmez olmadığından, olası bir mal vermenin reddi eyleminin şartlarının da mevcut olmadığı,

- SÖZLEŞME konusu ürünler oldukça pahalı ve gerektiğinde sipariş edilen ürünler olduğundan, ecza depolarının, eczanelerden gelen taleplerin tamamını karşılamak anlamında diğer depolarla rekabet edebilmeleri için ellerinde bulundurmaları gereken ürünlerden olmadığı,
- İlgili dört ürünün JOHNSON'ın ecza depolarına verdiği toplam ürünler içerisindeki payının %(.....) seviyesinde olduğu

belirtilmiştir.

- (60) JOHNSON'ın serbest eczane piyasasındaki toplam satışlar içerisindeki payı 2019 yılında kutu ve ciro bazında sırasıyla %(.....) ve %(.....) olarak, SÖZLEŞME konusu dört ürünün JOHNSON satışları içindeki payı ise aynı sırayla %(.....) ve %(.....) olarak gerçekleşmiştir. Yine SÖZLEŞME konusu ürünlerin serbest eczane kanalındaki toplam satışlara oranı ciro bazında %(.....) olarak gerçekleşmiştir. Dolayısıyla bazı ecza depolarının bu ürünleri portföyünde bulunduramayacak olmasının, ilgili pazardaki rekabet üzerindeki etkisinin oldukça sınırlı olabileceği söylenebilecektir. Bu hususlar dikkate alındığında, SÖZLEŞME'nin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen koşulu sağladığı değerlendirilmektedir.

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

- (61) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen son koşul gereği, tüketicilere yansıtılan ekonomik gelişme ve iyileştirmenin elde edilmesinde rekabeti daha az sınırlayan bir yöntem mevcut ise anlaşmaya muafiyet tanınamayacaktır. Bu şart altındaki değerlendirmelerde genel olarak, uygulamanın rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin, elde edilecek faydaların sağlanması için zorunlu olup olmadığı dikkate alınmaktadır.

- (62) Bildirim Formu ve ek açıklamalar kapsamında ilgili şarta ilişkin olarak;

- Yurt dışına yapılan satışları tespit etmenin oldukça zor olduğu, bir ürünün yurt dışına satıldığını tespit etmenin tek yolunun ilgili ürünü yurt dışında bularak bunun karekod bilgisine ulaşmak olduğu,
- JOHNSON'ın ecza depolarıyla imzaladığı ve geçmiş tarihli Kurul kararlarına da konu olan sözleşmelerde, ürünlerin yurt dışına satılmaması yönünde hükümler bulunsa da, bunun takibinin mümkün olmadığı, daha az sayıda depo ile çalışılmasının bu bakımdan zorunlu olduğu,
- Başvuruya konu uygulamanın seçici dağıtım sistemi olarak kurgulanmadığı senaryoda uygulamadan beklenen faydaların sağlamayacağı,
- SÖZLEŞME konusu ürünler yalnızca ihtiyaç halinde belirli depolardan temin edildiğinden zaten ecza depolarının bu ürünlere olan ilgisinin az olduğu, bildirim konusu uygulamanın depolar arasında hissedilir bir fark yaratmayacağı

belirtilmiştir.

- (63) SÖZLEŞME bakımından, çalışılan ecza depolarının sayısının sınırlandırılması ve yurt dışına satış yasağı getirilmesi ile bunları tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerin, tüketicilerin faydasına olacak şekilde dağıtımda iyileşme sağlayacağı ve ilgili pazarın önemli bir kısmında rekabeti ortadan kaldırmayacağı kabul edilerek Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinin karşılandığı varsayılsa bile rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlandırılmaması şartıyla ilgili olarak ise,

SÖZLEŞME'nin 7. maddesinin içeriği ele alınmalıdır.

- (64) SÖZLEŞME'nin 7. maddesinde, ilgili depoların seçici dağıtım sistemi dışında kalan depolara ürün satamayacağı, tedarik edemeyeceği ya da takas edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Dosya konusu uygulamanın seçici dağıtım sistemi olarak kabul edilmemesi durumunda, söz konusu düzenlemenin hükümsüz kaldığını ve bir anlam ifade etmeyeceğini söylemek mümkündür. Zira uygulamanın seçici dağıtım sistemi teşkil etmediğinin kabulü halinde, sistem dışındaki alıcılara satışın yasaklanması, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında yer bulmamaktadır.
- (65) SÖZLEŞME'nin 7. maddesinde, seçici dağıtım sistemine göre kapalı bir sistem kurgusu öngörülmüştür. Ancak mevcut dosyada, başvuru konusu uygulamanın seçici dağıtım sistemi olarak kabul edilemeyeceği değerlendirilmektedir. Bu durumda, 7. madde ile getirilen kısıtlamanın hizmet ettiği bir etkinlik artışından ve faydadan söz edilemeyecektir. Bu kabul altında da, 7. madde yalnızca dağıtıcıların yeniden satışlarına müdahale edilmesi sonucunu doğurmuş olacaktır. Diğer yandan, 7. maddenin, ilgili ürünlerin Türkiye'de bulunabilirliğinin sağlanması için de elzem olmadığı değerlendirilmektedir. Nitekim, yukarıda da belirtildiği gibi, söz konusu ürünlerin yurt dışına satışlarının yasaklanması amacı doğrultusunda, SÖZLEŞME'nin 8.1. maddesi düzenlenmiştir.
- (66) Bu çerçevede, 7. maddenin, SÖZLEŞME'nin esas amacını aşacak şekilde geniş kapsamlı olarak düzenlendiği ve dağıtımda iyileşme ve tüketici faydası koşullarının sağlanması için zorunlu olandan daha kısıtlayıcı nitelikte olduğu değerlendirilmektedir. Tüm bu hususlar birlikte dikkate alındığında, bildirim konusu SÖZLEŞME bakımından 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen koşulu da karşılamadığı sonucuna ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

(67) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- Johnson&Johnson Sıh. Mal. San. ve Tic. Ltd. Şti. ile dokuz ecza deposu arasında imzalanması planlanan Beşeri İlaç Depo Satış Sözleşmesi'nin rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,
- İlgili Sözleşmenin, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 4. maddesi uyarınca aynı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığına,
- 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasındaki şartların tümünü karşılamaması nedeniyle, söz konusu Sözleşmeye bireysel muafiyet tanınamayacağına

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