

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,**

**REKABET KURULU KARARI**

**Dosya Sayısı** : 2017-3-019  
**Karar Sayısı** : **20-23/297-144**  
**Karar Tarihi** : 07.05.2020

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

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

**B. RAPORTÖRLER** : E. Cenk GÜLERGÜN, Mehmet GERÇEK, Pelin TEBER, Ebru ÖZAKTAŞ

**C. BAŞVURUDA**

**BULUNAN** : - Roche Müstahzarları San. A.Ş.  
Temsilcisi: Av. İlmütlühan SELÇUK  
Ebulula Mardin Cad. No:57 Akatlar 34335 Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 12.12.2019 tarih ve 19-44/732-312 sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi çerçevesinde geri alınması ve 15.03.2017 tarih, 1781 sayılı bildirim konu uygulamaya menfi tespit verilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 17.04.2020 tarih ve 3764 sayı ile giren başvuru üzerine düzenlenen 29.04.2020 tarih ve 2017-3-019/BN-1 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda; Rekabet Kurulunun (Kurul) 12.12.2019 tarih ve 19-44/732-312 sayılı kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi çerçevesinde geri alınması ve 15.03.2017 tarih, 1781 sayılı bildirim konu uygulamaya menfi tespit verilmesi talebine yönelik başvuru kapsamında, Roche Müstahzarları San. A.Ş. tarafından belirtilen hususların 02.12.2019 tarih ve 2017-3-019/MM sayılı Muafiyet-Menfi Tespit Raporu'nda ele alındığı, dolayısıyla raporda ulaşılan görüşün geçerliliğini koruduğu ifade edilmiştir.

**G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME**

- (4) Dosyaya ilişkin ilk başvuruda; Roche Müstahzarları San. A.Ş.'nin (ROCHE) tamamı yurt dışındaki grup firmalarından ithal edilen ilaçlarının ihaleler dışında kalan kanala (eczaneler ve özel hastanelere) dağıtımında halihazırda çalışılan 30'un üzerindeki depo sayısının beşten az olmayacak ancak 10'u aşmayacak surette sınırlanmasının ve belirlenen depolar dışındaki depolarla iş yapılmamasının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. ve 6. maddelerini ihlal etmediğine ilişkin menfi tespit belgesi verilmesi veya başvuru konusu uygulamanın grup muafiyetinden faydalandığının tespit edilmesi, grup muafiyeti kapsamında olmadığını tespiti halinde ise uygulamaya bireysel muafiyet verilmesi talep edilmiştir.
- (5) Kurul 12.12.2019 tarihli ve 19-44/732-312 sayılı kararla, başvuru konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olması nedeniyle menfi tespit alamayacağına ve Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen koşulları sağlamaması nedeniyle bireysel muafiyet de tanınamayacağına karar vermiştir.
- (6) İşbu başvuruda ise Kurulun 12.12.2019 tarih ve 19-44/732-312 sayılı kararının İYUK'un 11. maddesi çerçevesinde geri alınması ve söz konusu karara konu menfi

tespit/muafiyet başvurusunun esas yönünden yeniden değerlendirilmesi talep edilmektedir. Başvuruda özetle;

- Menfi tespit/muafiyet başvurusuna konu uygulamanın ROCHE'un tek taraflı işlemi niteliğinde olduğu, nitekim ilgili teşebbüsün kaç adet depoyla çalışacağını belirlerken depoların iradesine başvurmadığı, bu sebeple uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ele alınması gerektiği, 4. madde kapsamında değerlendirme yapılmasının hatalı olduğu,
- Karşı oy metninden başvuru lehine olduğu anlaşılan literatür taramalarına ve 19 ülke rekabet otoriteleri ile yapılan yazışmalara ilgili kararda yer verilmediği,
- Kurul kararında, ROCHE ürünlerinin Türkiye beşeri ilaç piyasasının serbest eczane kanalındaki pazar payının ve ROCHE ile çalışan depoların her birinin alımları içinde ROCHE ürünlerinin payının küçüklüğünü gösteren iktisadi değişkenlerin dikkate alınmadığı,
- Kurul kararında, ROCHE özelinde bir değerlendirme yapılmadan, başka ilaç firmalarının da benzer uygulamaları benimsemesi halinde bu durumdan ilaç dağıtımının ve ecza depolarının olumsuz etkilenebileceği varsayımına dayanılarak Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendindeki koşulun sağlanmadığının ifade edildiği, oysa bu koşulun varlığı/yokluğu ortaya koyulurken başvuru sahibi teşebbüse ait güncel iktisadi verilerin analiz edilmesi gerektiği, bunun yerine yaklaşık 10 yıl önce verilmiş iki Kurul kararına<sup>1</sup> dayanmanın makul olmadığı,
- İlgili kararın 36. paragrafında başvuru konusu sözleşme taslağının rekabeti kısıtlayıcı herhangi bir hüküm içermediğinin belirtildiği, ancak devamında söz konusu uygulamadan küçük ve orta ölçekli depoların olumsuz etkilenebileceği değerlendirmesine yer verildiği,
- ROCHE'un Berko İlaç Kararı'na<sup>2</sup> atıfla, çalışacağı depoların, talep eden diğer depolara ROCHE ürünü vermekte serbest olduğu yönündeki iradesinin dikkate alınmadığı,
- Kararın benzer içerikli Kurul kararları<sup>3</sup> ile çelişkili olduğu, nitekim bu kararlarda mal vermeyi reddetme eyleminin 4054 sayılı Kanun'a aykırı olmadığına açıkça belirtildiği, mevcut kararın bu haliyle ROCHE bakımından ağır bir hukuki belirsizlik oluşturduğu,
- Bildirim konusu uygulamanın üç yıllık sözleşmeler ile tesis edileceğinin göz ardı edildiği, zira bu üç yıl içerisinde ya da bu sürenin sonrasında Kurulun alacağı menfi tespit/muafiyetin geri alınması kararı ile rekabetçi endişelerin giderilebileceği,
- Karar altında yapılan değerlendirmede 24 adetlik ROCHE ürün listesine yer verilirken, yedi adet kemoterapi ilacının hastane ürünü haline gelmesi, bildirimden hemen öncesinde ve bildirim sonrasında piyasaya sürülen bazı yeni ilaçların ise dağıtımının sınırlandırılmasının depoları etkilemeyeceği gerekçesiyle kapsam

<sup>1</sup> Kurulun 02.08.2007 tarihli ve 07-63/774-281 sayılı Pfizer ve 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı Sanofi kararı.

<sup>2</sup> 26.11.2014 tarih, 14-46/845-385 sayılı Kurul kararı.

<sup>3</sup> 03.01.2013 tarih, 13-01/3-3 sayılı Allergan/Ülusal, 26.11.2014 tarih, 14-46/845-385 sayılı Berko İlaç, 18.02.2016 tarih, 16-05/116-51 sayılı Solgar, 14.11.2019 tarih, 19-40/642-270 sayılı Johnson&Johnson/Vision kararı.

dışı bırakılması gerektiği, dolayısıyla Kurul kararında eksik bilgiye bağlı olarak hatalı değerlendirme yapıldığı, ürün sayısının 24 adet yerine 12 adet olarak değerlendirilmesi gerektiği,

- Kararın, iktisadi veriler yerine varsayımlara dayanması nedeniyle ispat standartlarını karşılamadığı<sup>4</sup> ve yargısal denetimi engelleyen önemli eksiklikler içerdiği

ifade edilmiştir.

- (7) İYUK'un 11. maddesi; "1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. 2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. 3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır." şeklindedir.
- (8) Kurulun 12.12.2019 tarih ve 19-44/732-312 sayılı kararı ROCHE tarafından 27.02.2020 tarihinde tebellüğ edilmiştir. Bu itibarla dava açma süresinin geçmediği ve başvurunun süresi içerisinde yapıldığı anlaşılmıştır.
- (9) Yeniden değerlendirmeye konu karar incelendiğinde; ecza depoculuğu pazarında yoğunlaşmanın fazla olduğu; beşeri ilaçların ihaleler dışında kalan kanala (eczaneler ve özel hastanelere) dağıtımında halihazırda çalışılan 30'un üzerindeki depo sayısının beşten az olmayacak ancak 10'u aşmayacak surette sınırlandırılmasına ilişkin uygulamanın, özellikle küçük ve orta ölçekli ecza depolarının faaliyetlerini zorlaştırabileceği, bu depoların pazardan çıkması ve/veya yeni girişlerin olmaması halinde pazardaki yoğunlaşma düzeyinin mevcut duruma göre daha fazla olmasına yol açabileceği; dolayısıyla, pazardaki rekabetin kısıtlanması etkisini doğurabilecek bir dikey ilişkinin tesis edilmesine yol açacağı anlaşıldığından uygulamanın, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında değil, 4. maddesi kapsamında olduğu sonucuna ulaşıldığı görülmektedir.
- (10) Buna ilaveten kararda, giderek yoğunlaşan pazarlarda önemli pazar oyuncularının uygulamalarının yoğunlaşmayı teşvik edici yönünün olması halinde küçük ölçekli oyuncuların pazardan çıkmasının sonuçlarının yoğunlaşmamış pazarlara göre rekabetçi açıdan daha ağır olacağına vurgu yapılarak, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendindeki koşulun sağlanmadığı tespitine ulaşılmıştır.
- (11) Ürün sayısına yönelik itirazlar bakımından ise, gerek menfi tespit/muafiyet başvurusunda gerekse sonraki cevabi yazılarda kemoterapi ilaçlarına ve piyasaya yeni sürülen ilaçlara yönelik herhangi bir itiraza yer verilmemiştir. IQVIA İstanbul Sağlık Hizmetleri Araştırma ve Danışmanlık Ltd. Şti. (IQVIA) verilerinden hareketle, 2015 yılında Sağlık Uygulama Tebliği'nde yapılan değişiklikle büyük ölçüde hastane ürününe dönüşen kemoterapi ilaçlarının dağıtımının, sınırlı da olsa serbest kanalda da devam ettiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan 23.05.2019 tarih, 3493 sayı ve 31.05.2019 tarih, 3708 sayı ile Kurum kayıtlarına giren yazılarda başvuru konusu uygulama çerçevesinde kamu ihaleleri dışındaki kanala yapılacak dağıtımın hangi ürünleri kapsadığı bilgisi taraftan temin edilmiştir. Her halükarda menfi tespit/muafiyet konusu uygulama, ROCHE'un serbest eczane kanalına yönelik ürünlerinin dağıtımına ilişkin

<sup>4</sup> Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 2019/946 E., 2019/2645 K. sayılı Sahibinden.com Kararı.

olup, Kurul kararında eksik bilgiye bağlı olarak hatalı değerlendirme olmadığı sonucuna varılmıştır.

- (12) Yukarıda yapılan açıklamalar işığında, Kurulun kararını değiştirmesini gerektirecek, ilgili kararı aldığında dikkate almadığı herhangi bir hususun ileri sürülmediği dolayısıyla 12.12.2019 tarih ve 19-44/732-312 sayılı kararın kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına gerek olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

#### **H. SONUÇ**

- (13) Yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca Rekabet Kurulunun 12.12.2019 tarihli ve 19-44/732-312 sayılı kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYçOKLUėU ile karar verilmiştir.

**07.05.2020 tarih, 20-23/297-144 sayılı Karara ilişkin karşı görüş**

12.12.2019 tarih ve 19-44/732-312 sayılı karara ilişkin karşı görüşümde belirtmiş olduğum gerekçelerle, başvuruya konu Roche'un çalışacağı ecza deposu sayısının 5-10 aralığında sınırlı tutması uygulamasına, münhasırlık, bölge tahsisi, rekabet yasağı v.b. herhangi bir rekabet kısıtlaması getirilmediği de dikkate alınarak menfi tespit belgesi verilebileceği düşüncesinde olduğumdan, bu husustaki Kurulun çoğunluk görüşüne katılamıyorum.

**Hasan Hüseyin ÜNLÜ**

**Kurul Üyesi**