

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2019-3-071

(Soruşturma)

Karar Sayısı : 21-33/446-222

Karar Tarihi : 01.07.2021

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE

Üyeler : Arslan NARİN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Cengiz ÇOLAK

B. RAPORTÖRLER: Mehmet YANIK, Berkay KURDOĞLU, İbrahim ŞAHİN
Nur ÖZKAN

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Gizlilik talebi bulunmaktadır.

D. HAKKINDA SORUŞTURMA

YAPILANLAR :

- Deva Holding A.Ş.
- Temsilcileri: Av. Gönenç GÜRKAYNAK, Av. Eda DURU, Büşra AKTÜRE ve Av. Esmâ AKTAŞ
Çitlenbik Sk. No:12 Yıldız Mah. Beşiktaş/İstanbul
- Haver Farma İlaç A.Ş.
Temsilcisi: Av. Meryem KALAY
Kavacık Dr. Ömer Besim Paşa Cad. Sulh Sk. No.11 B Blok K.3 D.8
Beykoz/İstanbul
- Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş
Temsilcileri: Av. Ragıp Cumhuriyet VELİBEYOĞLU,
Av. Dursun ÖZKÖK, Av. Umut Erkan KEMENT,
Av. Hasan Can VELİBEYOĞLU
Cumhuriyet Cad. Kaya Apt. No: 199/15 Kat: 9 Harbiye/İstanbul
- Sonuç Ecza Deposu A.Ş
Temsilcileri: Metin PEKTAŞ, Av. Cenk Süleyman KALEM
Kızılırmak Mah. 1450 Sk. Ankara Ticaret Merkezi (ATM) B Blok Kat:
5, No: 1/ 29 Çukurambar, Çankaya/Ankara

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Hastanelere ilaç satışlarında, ilaç üreticileri ile ihale ecza depolarının aralarında anlaşarak, fiyatı belirlemeye ve değerinin üstünde satmaya yönelik çeşitli uygulamalar ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği iddiası

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 30.09.2019 tarih ve 6539 sayılı ile intikal eden gizli başvuruda özetle;

- Deva Holding A.Ş (DEVA) ve Haver Farma İlaç A.Ş'nin (HAVER) kamu ihalelerine Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş (GÜL) ve Sonuç Ecza Deposu A.Ş (SONUÇ) aracılığıyla katıldıkları,
- Sağlık sektöründe kamu hastanelerinin açmış olduğu ilaç ihalelerinde iki ecza deposu tarafından üretici firmalar kullanılarak monopol bir yapı oluşturulduğu ve devletin 300.000.000 TL zarara uğratıldığı,

- SONUÇ isimli ecza deposunun resmiyette farklı isimler sahip olarak gösterildiği, buna karşın arka planda noter onaylı sözleşme ile GÜL'ün sahibi (.....), DEVA'nın İhale Satış Müdürü (.....) ve HAVER'in Genel Müdür'ü (.....) tarafından hisselerinin bölüşüldüğü,
- DEVA'nın serbest rekabet ortamında 2 TL'ye satabileceği ilacı GÜL'ün 4 TL'ye alma vaaında bulunduğu, bu yolla kamu ihalelerinde monopol bir yapı oluşturulduğu, ilaçlar için katılım ve fiyat farklılığı gösterildiği, böylece örneği verilen ilacın SONUÇ ile 20 TL'ye satıldığı,
- Bu şekilde elde edilen gelirin büyük bölümünün nakit olarak, kalan kısmının ise üçüncü bir şirket üzerinden hizmet faturası kesilerek paylaşıldığı,
- GÜL ve SONUÇ'un toplam cirosunun 1 milyar TL'yi geçmesiyle de yerli firmaların benzer anlaşmalar yoluyla ihalelere girmesini teşvik ettikleri ve rekabet ortamının bozulduğu,
- GÜL'ün sahibi (.....) HAVER sahibi ve DEVA ilaç yöneticisi ile bu yapı konusunda daha önceden anlaşarak bu yapıyı yönetmeleri için DEVA'dan (.....), HAVER'den (.....) çalıştırdıkları,
- Firma sahiplerinin bu monopol yapıdaki ortaklığının devleti ciddi anlamda zarara uğrattığı,

iddia edilmiştir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Söz konusu başvuru üzerine düzenlenen 28.11.2019 tarih, 2019-3-071/İİ sayılı Bilgi Notu, 29.11.2019 tarih 19-42 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) toplantısında ele alınmıştır. 29.11.2019 tarih ve 19-42/711-M sayılı kararı ile Kurul; DEVA, HAVER, GÜL ve SONUÇ hakkında önaraştırma açılmasına karar vermiştir.
- (4) Önaraştırma kapsamında 22.01.2020 tarihinde; SONUÇ'ta ve GÜL'de; 23.01.2020 tarihinde DEVA'da ve HAVER'de yerinde inceleme yapılmıştır.
- (5) Bunun yanı sıra dosya kapsamında teşebbüslerden ek bilgi talebinde bulunulmuş, GÜL'den gelen bilgiler 05.02.2020 tarih, 1221 sayı ve 12.02.2020 tarih, 1539 sayı, SONUÇ'tan gelen bilgiler 29.01.2020 tarih, 934 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (6) Ek olarak, İstanbul'da yer alan 39 adet noterden ve 13.02.2020 tarih, 2720 sayı ile Türkiye Noterler Birliği (TNB)'nden bilgi talebinde bulunulmuş; noterlerden gelen cevabi yazılar 31.01.2020-19.02.2020 tarihleri arasında, TNB'nin cevabi yazısı ise 28.02.2020 tarih, 2115 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (7) Ayrıca 10.02.2020 tarihinde Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (TİTCK) yetkilileri ile bir görüşme gerçekleştirilmiş olup 10.02.2020 tarih ve 2388 sayı ile ilgili kurumdan bilgi talebinde bulunulmuştur. TİTCK tarafından gönderilen cevabi yazı 21.02.2020 tarih, 1846 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (8) Söz konusu incelemeler sonucunda hazırlanan 19.02.2020 tarih ve 2019-3-71/ÖA sayılı önaraştırma raporu Rekabet Kurulunun 27.02.2020 tarih ve 20-12/144-M sayılı toplantısında görüşülmüş, toplantı sonucunda DEVA, HAVER, GÜL ve SONUÇ hakkında aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (9) Kurulun almış olduğu soruşturma kararının ardından, 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 10.03.2020 tarih, 3915 sayı ile GÜL ve SONUÇ'a, 10.03.2020 tarih, 3916 sayı ile DEVA ve HAVER'e soruşturma açıldığına dair

bildirimde bulunulmuş ve 30 gün içinde ilk yazılı savunmalarını göndermeleri talep edilmiştir.

- (10) DEVA, HAVER, GÜL ve SONUÇ'un ilk yazılı savunmaları süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (11) Soruşturma süresinin uzatılması talebini içeren 09.07.2020 tarih ve 2018-4-71/BN-01 sayılı Bilgi Notu Kurula sunulmuş, Kurulun 17.07.2020 tarih ve 20-34/442-M sayılı kararı ile 4054 sayılı Kanununun 43. maddesi uyarınca soruşturmanın süresinin bitiminden itibaren 6 ay süre ile uzatılmıştır.
- (12) Sektör hakkında detaylı bilgi edinebilmek amacıyla (.....) ile 09.03.2020 tarihinde bir görüşme yapılmıştır.
- (13) Daha önce yapılan yerinde incelemelerin devamı olarak, soruşturma dönemi içerisinde 28.01.2021 tarihinde GÜL ve SONUÇ'ta yerinde incelemeler yapılmıştır.
- (14) Yürütülen soruşturma ile ilgili olarak hazırlanan, 26.02.2021 tarih ve 2019-3-71/SR sayılı Soruşturma Raporu taraflara 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi gereğince tebliğ edilmiş ve soruşturma taraflarının ikinci yazılı savunmaları talep edilmiştir.
- (15) Soruşturma Raporu; DEVA tarafından 03.03.2021 tarihinde, HAVER tarafından 04.03.2021 tarihinde, GÜL tarafından 03.03.2021 tarihinde ve SONUÇ tarafından 03.03.2021 tarihinde tebellüğ edilmiş olup, DEVA'nın ikinci yazılı savunması 22.03.2021 tarih ve 16189 sayı, HAVER'in ikinci yazılı savunması 06.04.2021 tarih ve 16813 sayı¹, GÜL'ün ikinci yazılı savunması 29.03.2021 tarih ve 16189 sayı ve SONUÇ'un ikinci yazılı savunması² 05.04.2021 tarih ve 16801 sayı ile yasal süresi içerisinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (16) 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi gereğince soruşturma raporunun tebliği üzerine yapılmış olan yazılı savunmalara karşı soruşturma heyetince hazırlanan 20.04.2021 tarih ve 2019-3-71/EG sayılı ek yazılı görüş taraflara tebliğ edilmiştir. Ek yazılı görüşe karşı sunulan üçüncü yazılı savunmalar süresi içinde Kurul kayıtlarına girmiştir.
- (17) 4054 sayılı Kanun'un 46. maddesi uyarınca sözlü savunma toplantısı yapılması talebi 20.05.2021 tarihli Kurul toplantısında ele alınmış ve 21-26/330-M sayı ile yapılmasına karar verilen tarih olan 22.06.2021 tarihinde sözlü savunma toplantısı gerçekleştirilmiştir.
- (18) Kurul; yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a, Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı, sözlü savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre nihai kararı tesis etmiştir.
- (19) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Rapor ve Ek Görüşte;

1) Haklarında soruşturma yürütülen,

- Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş.
- Sonuç Ecza Deposu A.Ş.

unvanlı teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte eylemlerde buldukları;

¹ İkinci yazılı savunma teşebbüs vekili tarafından 02.04.2021 tarihinde raportörlere e-posta yoluyla da iletilmiştir.

² SONUÇ'un ek yazılı görüş süresinin uzatılması talebini içeren 16.03.2021 tarih ve 2019-3-71/BN-2 sayılı Bilgi Notu, Kurulun 18.03.2021 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 21-15/182-M sayılı kararla, ek yazılı görüş süresinin bitiminden itibaren 30 gün uzatılmasına karar verilmiştir.

- 2) Anılan teşebbüsler arasında gerçekleşen rekabeti kısıtlayıcı eylemlerin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında muafiyetten yararlanamayacağı;
- 3) Bu çerçevede adı geçen teşebbüslere, aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca idari para cezası uygulanması gerektiği;
- 4) Ayrıca haklarında soruşturma yürütülen;
 - Deva Holding A.Ş.
 - Haver Farma İlaç A.Ş.

unvanlı teşebbüslerin mevcut durum itibarıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmedikleri, dolayısıyla söz konusu teşebbüslere 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası verilmesine gerek olmadığı kanaatine varıldığı ifade edilmiştir.

Öte yandan raportörlerden Berkay KURDOĞLU, Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Sonuç Ecza Deposu A.Ş.'nin yatay anlamda bir rekabet ihlali içinde bulunduğu ve Deva Holding A.Ş. ile Haver Farma İlaç A.Ş.'nin bir rekabet ihlali içinde bulunmadığı sonucuna katılmakla beraber, dikey rekabete ilişkin elde edilen belgelerde geçen yeniden satış fiyatının belirlenmesi izlenimi veren ifadelerin talimat değil de tavsiye niteliğinde olması hasebiyle ilgili pazarlarda rekabetin kısıtlandığı sonucuna ulaşamayacağını ifade etmiştir.

I. İNCELEME, GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Taraflar

I.1.1. Deva Holding A.Ş. (DEVA)

- (20) DEVA, 1958'den beri Türkiye'de faaliyet gösteren bir ilaç üreticisidir. Halka açık tek ilaç şirkettir³. Jenerik ilaç üretimi, satışı ve pazarlaması alanlarında faaliyet göstermektedir. 13 terapötik alanda yaklaşık 600 ürünü bulunmakta olup teşebbüsün ürün portföyü pazarın neredeyse tamamına hitap etmektedir. DEVA, onkoloji, oftalmoloji, solunum ürünleri, hormon, kardiyoloji gibi ana alanlarda üretim yapmaktadır. DEVA, aralarında Amerika, İsviçre ve Almanya gibi ülkelerin yer aldığı 60'dan fazla ülkede yaklaşık 800 ürünün ruhsatına sahiptir. Hâlihazırda 50'den fazla ülkeye ilaç ve ilaç hammaddesi ihracatı⁴ gerçekleştiren DEVA yıllık 578 milyon kutu ilaç üretim kapasitesine sahiptir⁵.
- (21) DEVA'nın biyoteknolojik/biyobenzer ilaç üretimi/ithalatı veya güncel kura tabi bir ürün dağıtımını bulunmamaktadır.

³ Hisseleri, 1986'dan beri borsada işlem görmektedir. Toplam hisse adedi yaklaşık olarak (.....).

⁴ DEVA'nın kendi ürünlerinin yurt dışında satış ve dağıtımını yapmak amacıyla kurduğu ve tamamına sahip olduğu altı adet iştiraki bulunmaktadır: 1- Yeni Zelanda'da kurulu olan Devatis Ltd., 2- Almanya'da kurulu olan Devatis GmbH, 3- İsviçre'de kurulu olan Devatis AG, 4- Amerika Birleşik Devletleri'nde kurulu olan Devatis Inc., 5- Meksika'da kurulu olan Devatis de Mexico S.De RI. De. Cv, 6- Avustralya'da kurulu olan Devatis Pty Ltd.

⁵ Üretim tesisleri Çerkezköy ve Kartepe'de yer almaktadır.

I.1.2. Haver Farma İlaç A.Ş. (HAVER)

- (22) HAVER; kamu ve özel hastanelerin serum ve ilaç ihtiyaçlarını karşılamak üzere 2009 yılında İstanbul'da kurulmuş bir ilaç firmasıdır⁶. Parenteral solüsyonlar⁷ ve non-steril ürünler HAVER'in ürün gruplarını oluşturmaktadır. HAVER'in biyoteknolojik veya biyobenzer ilaç üretimi veya ithalatı bulunmamakla birlikte güncel kura tabi bir ürünü de yoktur.

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

- (23) GÜL, 1987 yılında İstanbul'da faaliyete başlamıştır. Sağlık Bakanlığı, devlet hastaneleri ve üniversite hastanelerinin açmış olduğu ilaç ihalelerine iştirak etmekte ve aynı zamanda özel hastanelere ilaç satışı yapmaktadır⁸. GÜL, IMS verilerine göre ecza depoları arasında son üç yılda TL ve kutu bazında ilk sırada yer almakta ve pazar payının %(.) olduğu bilinmektedir⁹.

I.1.4. Sonuç Ecza Deposu A.Ş. (SONUÇ)

- (24) SONUÇ, 2015 yılında Kazım Aşkın MURADOĞLU tarafından kurulmuştur. İlk kurulduğunda sadece özel hastanelere satış gerçekleştirmekte iken, 2017 yılının altıncı ayından itibaren kamu hastanelerinin ilaç alım ihalelerine girmeye başlamıştır. SONUÇ, yatan hasta ile ilgili hastanelerde kullanılacak ilaç ve serumların satışını gerçekleştirmektedir.
- (25) Teşebbüsün ihale kanalında faaliyet gösteren ecza depoları arasında 2019 yılına ilişkin yaklaşık pazar payı %(.)'dir.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. Pazara İlişkin Genel Bilgiler

- (26) Dünyadaki pek çok ülke gibi, Türkiye'de de ilaç fiyatları devlet tarafından kontrol edilmektedir. Beşeri ilaçların fiyatlandırılması, 24.02.2017 tarihli ve 29989 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılmasına Dair Karar (Fiyatlandırma Kararı) çerçevesinde referans fiyat sistemine¹⁰ dayalı olarak belirlenmektedir. 29.07.2017 tarihli ve 30195 sayılı Resmi Gazete'de, Fiyatlandırma Kararı'nın uygulanmasına yönelik olarak Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılması Hakkında Tebliğ (Fiyatlandırma Tebliği) yayımlanmıştır.
- (27) Fiyatlandırma Kararı'nın 1. maddesine göre, beşeri tıbbi ürünlerin azami fiyatlarını belirlemek üzere Sağlık Bakanlığı (Bakanlık) yetkili kılınmıştır. Ruhsat ya da başvuru sahiplerinin Fiyatlandırma Kararı'na uygun olarak talep ettikleri fiyatlar Bakanlık tarafından onaylanarak geçerlilik tarihiyle birlikte ilan edilmektedir. Fiyatlandırma Kararı'nın 2. maddesinde (i) AB ülkeleri arasından en az beş, en fazla 10 ülkenin kaynak ülke olarak Bakanlıkça belirleneceği, (ii) gerçek kaynak fiyatın, depocuya satış fiyatı olduğu ve herhangi bir ilaç için gerçek kaynak fiyatın, ilgili ülkelerdeki orijinal ürünün (depocuya iskonto hariç) fiyatının en düşük olduğu ülkedeki satış fiyatı olduğu, (iii) gerçek kaynak fiyat para birimi olarak Euro'nun kullanılacağı, (iv) ilgili ürünler için gerçek kaynak fiyat takibinden ve Bakanlığa beyan edilmesinden firmaların sorumlu

⁶ HAVER'in pazarlamasını yaptığı ürünlerin üretiminde, en büyük paya sahip olan firma, 1917 yılında kurulmuş olan Türkiye'nin önemli parenteral solüsyon üreticisi olan Osel İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş.'dir.

⁷ Antikoagülanlar, analjezikler, antiemetikler, antibiyotikler, antienfektifler, anestezipler, kardiyovasküler, mukolitikler, sedatifler, spazmolitikler.

⁸ Kampotu İlaç Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş unvanlı bir bağlı ortaklığı bulunmaktadır.

⁹ <https://www.gulecza.com.tr/hakkimizda/> (Erişim tarihi: 19.02.2021).

¹⁰ Türkiye ilaç sektörü bakımından referans fiyat sistemi 2004 yılında uygulamaya konulmuştur.

olduğu, (v) Bakanlığın gerekli gördüğu hallerde, ulusal veya uluslararası veri tabanlarını ve/veya resmî yolları kullanarak beyan edilen gerçek kaynak fiyatların kontrolünü yapma yetkisine sahip olduğu düzenlenmektedir. Bu çerçevede, Fiyatlandırma Tebliği'nin 4. maddesinde referans alınacak AB ülkeleri; Fransa, İspanya, İtalya, Portekiz ve Yunanistan olarak belirlenmiştir.

- (28) Fiyatlandırma Tebliği'nin 7. maddesinde, fiyatlandırmanın genel esasları düzenlenmektedir. Bu kapsamda ürünün fiyatı belirlenirken o ülkedeki iskonto ve özel indirimler hariç depocuya satış fiyatı (fabrika çıkış fiyatı)¹¹ esas alınmaktadır.
- (29) Fiyatlandırma Tebliği'nin 12. maddesinde ise, Fiyat Değerlendirme Komisyonunun¹² görevleri sayılmakta olup; bu görevler arasında, ilaç fiyatlarının arttırılması, azaltılması ya da aynı kalması, ürünlerin fiyatlandırılmasında kullanılacak olan sabit bir Euro deđerı¹³, bazı spesifik ürün fiyatları ve/veya depocu ve eczacı kar oranlarına ilişkin karar verilmesi yer almaktadır. Bu çerçevede, 19.02.2021 tarihli Fiyat Değerlendirme Komisyonunda, 20.02.2021 tarihi itibarıyla geçerli olmak üzere, 2021 yılı için beşeri tıbbi ürünlerin fiyatlandırılmasında kullanılan 1 Avro'nun değerı 3,8155 TL'den %20 artırılarak 4,5786 TL olarak belirlenmiştir¹⁴. Diğer yandan, Fiyatlandırma Kararı'nın 6. maddesi ve Fiyatlandırma Tebliği'nin 13. maddesinde, beşeri tıbbi ürünlerin perakende satış fiyatı belirlenirken uygulanacak depocu ve eczacı azami kar oranları¹⁵ aşığıdaki şekilde belirlenmiştir:

Tablo 1- Depocu ve Eczacı Kar Oranları

Depocuya Satış Fiyatının;	Depocu Kar Oranı (%)	Eczacı Kar Oranı (%)
10 TL'ye kadar olan kısmı için (10 TL dâhil)	9	25
10- 50 TL arasında kalan kısmı için (50 TL dâhil)	8	25
50-100 TL arasında kalan kısmı için (100 TL dâhil)	7	25
100-200 TL arasında kalan kısmı için (200 TL dâhil)	4	16
200 TL üstünde kalan kısmı için	2	12
Kaynak: Fiyatlandırma Kararı ve Fiyatlandırma Tebliği		

- (30) Fiyatlandırma Kararı ve Fiyatlandırma Tebliği'nden de açıkça görüldüğu üzere, üreticiden dağıtımın son aşamasına kadar, ülkemizde, hem ilaç firmalarının hem de ecza depoları ile eczanelerin uygulayacağı fiyatlar sıkı bir regülasyona tabidir.

¹¹ Fiyatlandırma Tebliğinin 3. maddesi uyarınca "depocuya satış fiyatı", kaynak ürünün, satışa sunulmuş olduğu ülke/ülkelerdeki KDV ve iskonto hariç resmi fabrika satış fiyatını; bu fiyatın bulunamadığı durumlarda ise perakende satış fiyatından KDV, eczacı ve depocu kâr oranları düşölerek bulunan satış fiyatını ifade etmektedir.

¹² Fiyatlandırma Kararı'nın 3. maddesi uyarınca Komisyon, Bakanlığın koordinatörlüğünde Maliye Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (SGK) temsilcilerinden oluşmaktadır.

¹³ Fiyatlandırma Kararı'nın 2. maddesinde, beşeri tıbbi ürünlerin fiyatlandırılmasında kullanılacak Türk Lirası cinsinden Avro değerinin; bir önceki yılın Resmi Gazete'de ilan edilen gösterge niteliğindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının (TCMB) günlük Euro döviz satış kuru gerçekleştirmeleri esas alınarak hesaplanacak olan yıllık ortalama Euro değerinin %70 olarak belirlenen uyarılama katsayısı ile çarpılması suretiyle belirleneceği belirtilmektedir.

¹⁴ <https://www.titck.gov.tr/haber/1425> (Erişim Tarihi: 21.02.2021).

¹⁵ Azami kar marjları, yerli ve ithal ilaçlar bakımından aynıdır.

- (31) Yukarıdaki düzenlemelerin yanı sıra, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) Kanunu ve Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği hükümlerine dayanılarak çıkarılan Sağlık Uygulama Tebliği'nde (SUT), 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve diğer kanunlardaki özel hükümler gereği genel sağlık sigortasından yararlandırılan kişilerin sağlık hizmetlerine ilişkin Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen ve SGK tarafından ödenecek bedellere yer verilmektedir. SUT'un 4/A ekinde ise "Bedeli Ödenecek İlaçlar Listesi" yer almaktadır. SUT'un 4.4.1. maddesinde ilaç bedellerine yapılacak kamu kurum iskontosu oranlarına, 4.4.2. maddesinde ise eşdeğer ilaç uygulamasına yer verilmektedir.
- (32) İlaçlar, temel olarak orijinal ve jenerik ilaçlar olmak üzere sınıflandırılmaktadır. Ruhsatlandırma Yönetmeliği uyarınca "orijinal tıbbi ürün", etkin madde/maddeler (beşeri tıbbi ürünlerde kullanılan farmakolojik aktif madde) açısından bilimsel olarak kabul edilebilir etkinlik, kalite ve güvenliğe sahip olduğu kanıtlanarak, dünyada pazara ilk defa sunulmak üzere ruhsatlandırılmış/izin verilmiş ürün; "jenerik tıbbi ürün" ise etkin maddeler açısından orijinal tıbbi ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasötik forma sahip olan ve orijinal tıbbi ürün ile biyoeşdeğerliliğinin uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlandığı tıbbi ürün olarak tanımlanmaktadır. Orijinal ilaçlar, patent korumasından faydalanmakta iken, jenerik ilaçlar bakımından ise bir koruma söz konusu değildir. Orijinal ilaçların patent koruma süresi¹⁶ bittikten sonra, diğer firmalar orijinal ilaç sahibi firmadan izin almaksızın, aynı etkin maddeyi/maddeleri kullanmak suretiyle aynı form, formül, kullanım ve etki alanına sahip jenerik ilaç üretebilmektedir. Orijinal ilaçlar, çok maliyetli ve uzun bir zaman alan AR-GE faaliyetleri sonucunda üretildiğinden pahalı ürünler olmakla birlikte, aynı durum jenerik ilaçlar bakımından geçerli değildir. Zira jenerik ilaç üreticileri, AR-GE maliyetlerine çok fazla katlanmamaktadır. Dolayısıyla, jenerik ilaçlar orijinallerine göre çok daha ucuz ürünlerdir.
- (33) İlaç pazarı, genel olarak teknolojik anlamda rekabetin yoğun olarak yaşandığı ve AR-GE faaliyetlerinin teşebbüslerin maliyetleri arasında önemli bir yer tuttuğu bir pazar olmakla birlikte; etkin madde bazında bakıldığında, ilaç firmalarının fikri mülkiyet haklarının sağladığı münhasır koruma nedeniyle rekabetin kısıtlı, patent korumasının devam ettiği ürünler bakımından pazar paylarının oldukça yüksek, ürünlerin vazgeçilmez niteliği dolayısıyla da talep esnekliğinin düşük olduğu bir pazardır.
- (34) İlaç sektörünün bir özelliği de ilaçların hastaların kullanımına sunulabilmesi için çok geniş ve etkin tanıtım faaliyetlerine ve dağıtım kanallarına ihtiyaç duyulmasıdır. Bu bağlamda, ilaçların ülke çapında bütün doktorların bilgisine sunulması ve dağıtım kanalları vasıtasıyla eczanelere ve hastanelere ulaştırılması faaliyetlerine firmalar tarafından ciddi kaynaklar aktarıldığı görülmektedir. Diğer taraftan, ilaç sektöründe pazara çok önemli hukuki ve ekonomik giriş engelleri bulunmaktadır. Bu nedenle, özellikle çok uluslu firmalar karşısında rekabet gücü açısından dezavantajlı durumda bulunan yerli jenerik ilaç üreticileri, yabancı lisans sahibi firmalarla ortak pazarlama gibi anlaşmalar imzalamak suretiyle işbirliği yollarına gitmektedir.
- (35) İlaçların nihai tüketiciye ulaşmasında, yerli ve yabancı ilaç üreticilerinin bulunduğu tedarik seviyesini, eczanelere satış yapan ve/veya ihalelere katılan ecza depolarının oluşturduğu dağıtım aşaması izlenmektedir. Son aşamada ise, ilacı yatarak ve ayakta tedavi gören hastalara ulaştıran hastane ve perakende satış yapan piyasa eczaneleri yer almaktadır.

¹⁶ Bu süre 20 yıl olarak belirlenmiştir.

- (36) Ecza depolarının tabi olduğu kurallar, 984 sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müessir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanun, Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelik (Ecza Depoları Yönetmeliği), İlaçlar ve Ecza Deposunda Bulundurulan Ürünler İle İlgili İyi Dağıtım ve Muhafaza Uygulamaları Kılavuzu (GDP Kılavuzu) doğrultusunda belirlenmektedir. Ecza depoları Bakanlıktan ruhsat aldıktan sonra faaliyetlerine başlamakta olup, Ecza Depoları Yönetmeliği'nin 9. maddesinde faaliyetlerinin sınırları hakkında düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre, bahsi geçen Yönetmelik kapsamındaki madde ve ürünlerin toptan alımı¹⁷ ve satımı hususunda yetkili olan ecza depolarında, dağıtım¹⁸ haricinde bir faaliyette bulunulması yasaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, ecza deposundan yalnızca (i) eczanelere, (ii) ilaç üreticilerine, (iii) diğer ecza depolarına, (iv) ilgili kanun veya yönetmeliğinde, bulundurulması zorunlu asgari ilaçların belirtildiği kurum ve kuruluşlara, (v) yurtdışındaki alıcılara, (vi) yalnızca veteriner tababette kullanılan ilaçlar için, veteriner ilaçları satmaya yetkili veteriner hekim muayenahaneleri, poliklinikleri ve hayvan hastanelerine, (vii) sadece aşılardan oluşan, bağışıklama hizmetinde kullanılmak ve ticari amaç taşımamak kaydıyla, aşılardan oluşan özel muayenahaneler ve özel teşhis ve tedavi merkezlerine, (viii) eczacı bir mesul müdür istihdam etmek şartıyla, ilaç ihraç etme yetkisi olanlara ürün satışı yapılabilmektedir. Ecza Depoları Yönetmeliği'nin 13. maddesi uyarınca, ecza deposunun işlemlerinin yürütülmesinden sorumlu olmak üzere, her ecza deposunda 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun uyarınca yetkili bir eczacı mes'ul müdürün bulunması ve mes'ul müdürlük belgesinin Bakanlıkça onaylanması gerekmektedir.
- (37) Ecza depoları, yaptıkları dağıtımın niteliğine göre, esasen "eczanelere dağıtım yapan ecza depoları" ile "ihaleci ecza depoları" olarak iki alanda uzmanlaşmaktadırlar. Bunlardan ilki üreticilerden alınan ilaçların eczanelere iletilmesi üzerine uzmanlaşmış depolardır. Bu depolar eczanelere yönelik vade, indirim ve mal fazlası ile diğer hizmet alanlarında birbirleriyle rekabet etmektedir. Ecza depolarının ikinci uzmanlaşma alanını oluşturan kategori ise ihaleci ecza depolarıdır. İhaleci ecza depoları, eczanelere dağıtım yapan depolardan farklı olarak, devlet ve üniversite hastaneleri ile özel hastanelerin açtığı ihalelere katılmakta ve ihalesini kazandıkları hastanelere ihale konusu ürünleri şartnamede belirlenmiş olan koşul ve sürelerde temin etmektedir¹⁹. Bazı depolar ise hem eczanelere satış yapmakta hem de ihalelere katılmaktadır. Eczanelere yapılan satışlar, toplam satışlar (eczanelere, kamu hastanelerine ve özel hastanelere yapılan satışlar) içerisinde en yüksek paya sahiptir (yaklaşık %80).
- (38) İhale kanalında faaliyet gösteren ecza depoları ürün teminini esas olarak ilaç üreticilerinden gerçekleştirmekle birlikte özellikle üretici tarafında tedarik sorunlarının yaşandığı dönemlerde ihtiyaç duydukları ürünleri birbirlerinden tedarik etmektedirler. Zira ilgili ürünün tedarikinin yapılamadığı durumlarda ecza depoları, ihaleden

¹⁷ Bununla birlikte, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 24. maddesi ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 1. maddesi gereği eczanelerden toptan satış yoluyla ilaç temini yasaktır. 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 44. maddesi uyarınca, bu yükümlülüğe aykırı davranışlara iki yüz TL idari para cezası verileceği öngörülmüştür.

¹⁸ Ecza Depoları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde "dağıtım", bu Yönetmelik kapsamına giren ürünlerin satın alınması, tedarik edilmesi, depolanması, ithali ve ihracı dahil olmak üzere, yetkili kişi ve kuruluşlara ulaştırılmasını da içine alan bütün faaliyetlerin ilgili mevzuata göre yürütülmesi olarak tanımlanmıştır.

¹⁹ Kamu hastaneleri ve kısmen de özel hastaneler, ihtiyaç duydukları ilaçları ihale yolu ile almayı tercih etmektedirler. İhaleler, genellikle çok sayıda ürünün temin edilmesi için her bir kalemden etkin maddenin yanında form ve doz da belirtilerek açılmaktadır.

yasaklanmaya varabilen yaptırımlarla karşı karşıya kalabilmektedir. Bu nedenle ihale kanalında depolar arası ilaç alım satımı gerçekleşebilmektedir.

I.2.2. İlgili Ürün Pazarı

- (39) İlgili ürün pazarı, belirli bir ürün ile tüketici gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından benzer olan ürünlerden oluşmakta ve ürün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından tüketici tarafından yakın ikame edilebilir sayılan bütün ürünleri kapsamaktadır. İlgili ürün pazarının tespitinde dikkate alınan temel kriter talep ikamesi olmakla birlikte, talep ikamesine eşdeğer etkisinin olduğu durumlarda, talep ikamesinin yanında arz ikamesi de hesaba katılabilmektedir.
- (40) Dosya kapsamında hastanelerin satın aldığı beşeri tıbbi ürünlerde iki ecza deposu tarafından üretici firmalar da kullanılarak rekabete aykırı bir yapı oluşturulduğu ve tüketici ve toplumsal refah kaybının ortaya çıktığı hususları araştırılmıştır.
- (41) DEVA ve HAVER'in faaliyet gösterdiği üst pazar, sağlayıcılardan oluşmaktadır. İlaçların nihai tüketiciye ulaşmasındaki zincirde sağlayıcılardan sonra gelen ecza depoları satışların gerçekleştiği alt pazar ise müşteri grubuna göre iki farklı kategoride sınıflandırılabilir. Bunlardan ilki serbest eczane kanalına yönelik ecza depoculuğu pazarı, diğeri ihale kanalına yönelik ecza depoculuğu pazarıdır. İhaleci ecza depoları kamu hastaneleri ile özel hastanelerin ihalelerine katılmakta ve kazandıkları ihaleleri ihale şartnameleri ile belirlenen koşul ve sürelerde yerine getirmektedirler. Kamu hastanelerinin ilaç alımı ihalelerinin tamamına yakını etkin maddenin yanında form ve doz da belirtilerek açılmaktadır. Dolayısıyla ilgili dikey anlaşmaların değerlendirildiği Kurul kararlarında, ürün pazarları en geniş haliyle etkin maddeye göre belirlenmektedir.
- (42) Dosya bakımından ilgili ürün pazarının *'hastane kanalına yönelik ecza depoculuğu pazarı'* olarak belirlenebileceği değerlendirilmekle birlikte, dosyada ulaşılan sonuçlar üzerinde etkisi olmayacağından, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuzun 20. paragrafındaki *"inceleme konusu işlem, gerek ürün gerekse de coğrafi açıdan olası alternatif pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmıyor ya da alternatif tüm tanımlar açısından rekabeti bozucu bir etki söz konusu oluyorsa pazar tanımı yapılmayabilir"* açıklaması dikkate alınarak kesin bir ilgili ürün pazarı tanımı yapılmasına gerek olmadığı sonucuna varılmıştır.

I.2.3. İlgili Coğrafi Pazar

- (43) Dosya özelinde ulaşılabilecek sonucu değiştirmeyeceğinden, bölgesel seviyede pazar tanımı yapılmasına ihtiyaç duyulmamış ve ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

I.3. Öneri ve Soruşturma Döneminde Yapılan Yerinde İncelemeler Sonucunda Elde Edilen Bilgi ve Belgeler

- (44) Yukarıda bahsi geçen teşebbüslerde yapılan yerinde incelemelerde elde edilen ve soruşturma konusu ile ilgili görülen belgelere aşağıda yer verilmektedir.
- (45) SONUÇ'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen (Belge-8/110-115), SONUÇ ortaklarından (.....) tarafından 10.12.2015 tarihinde yalnızca *"İyi Çalışmalar"* notu ile GÜL çalışanlarından (.....)'a iletilen *"FW: MİZAN"* başlıklı e-posta ekinde SONUÇ'un 2015 yılı mizanı, geçici vergi beyannamesi ve geçici vergi tahakkuku yer almaktadır.
- (46) SONUÇ'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen (Belge-8/116-121), şirket ortağı (.....) tarafından 23.11.2016 tarihinde yalnızca *"İyi Çalışmalar"* notu ile GÜL çalışanlarından (.....)'a iletilen *"FW: 3.DÖNEM MALİ VERİLER"* başlıklı e-posta ekinde

SONUÇ'un 2016 yılı mizanı, geçici vergi beyannamesi ve geçici vergi tahakkuku yer almaktadır.

- (47) SONUÇ'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen (Belge-8/122), şirket ortağı (.....) tarafından 12.01.2017 tarihinde GÜL çalışanlarından (.....)'a iletilen e-postada şu ifadeler yer almaktadır;

"Ank mithat idamen 10 mg 100 adet

Ayrıca Tekan flk ister

Verelim mi?"

- (48) E-posta silsilesinin devamında, (.....) bu e-posta aynı gün aşağıdaki şekilde yanıtlamıştır;

"Depocudan ver"

- (49) SONUÇ'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen (Belge-8/123), "Fwd: Tasken 100 mg fiyat" başlıklı e-postada (.....) Hastanesi çalışanlarından (.....) göndermiş olduğu "Tasken 100 mg—400 adet için fiyat verir misin? Acil Pazartesi öğlene kadar elimde olması lazım?" içerikli e-posta, şirket ortağı (.....) tarafından 25.02.2017 tarihinde GÜL çalışanlarından (.....)'a aşağıdaki not eklenerek iletilmiştir;

"Verebilirmiyiz ?"

- (50) İlgili e-posta 27.02.2017 tarihinde (.....) tarafından aşağıdaki ifadelerle yanıtlanmıştır;

"Günaydın,

Ataxil olarak stokta var, sana maliyeti 35 TL, 80 TL gibi fiyat vermelisin."

- (51) SONUÇ'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen (Belge-8/124), GÜL çalışanlarından (.....) tarafından 28.04.2017 tarihinde SONUÇ ortağı (.....) iletilen "düzeltilmeler" başlıklı e-postada şu ifadeler yer almaktadır;

"Desefin ihracat fiyatlarını 1,85tl ye çekelim

Rif 250mg depocuya çekelim,

Koçak Onkoloji ürünlerini depocuya çek,

Adrenalin 1mg 10 ampul 3,50tl alıyosun 3,47 ye satıyosun ?? depocudan sat,

Dekort Ampul 1,50 -1,60 tl ye çek,

Maxtio Ampul 2,80-3,00 tl çek,

Carbodex 150mg 30,00- 33,00 tl ye çek

Prednoller depocu

Klovireks flakon depocu"

- (52) SONUÇ'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen (Belge-8/125), şirket ortağı (.....) tarafından 03.05.2017 tarihinde GÜL çalışanlarından (.....)'a iletilen e-postada şu ifadeler yer almaktadır;

"Kolay gelsin,

Sıtagem 1000 mg bize maliyet? 35 tl sana maliyeti 100 tl gibi fiyat ver 332 adet ürün var devamı üretilmiyor.

Es.enema maliyet ? 4tl sana maliyeti depocu ver 4,56 tl ver

Medicana için

- (53) SONUÇ'ta gerçekleştirilen ikinci yerinde incelemede özel hastaneler satış müdürü (.....)'ın "(.....)" isimli GÜL çalışanı olduğu değerlendirilen kişiyle olan 14.01.2021 tarihli çevrimiçi (WhatsApp) konuşmalarına (Belge-100/12-15) aşağıda yer verilmektedir:

"(.....): Çok acil miktarınız nedir? Deva'dan size gelene kadar ne işini çözer

(.....): Benim siparişim 700.

(...)

Dostum iptal et fiyat farkı olursa bir esprisi olmaz, hallettim bir şekilde

(.....): Tamam fiyat farkı olacak çünkü

(...)

(.....): Abi bu ürünleri çok dibe girerek vermiyorsundur dimi

Birbirimizi vurmayalım

(.....): Yok girmiyorum

(.....): Hastane bizi birbirimize vurdurmasın

(...)

(.....): (Hastane bizi birbirimize vurdurmasın)'a cevap olarak: Hiç işim olmaz para kazanmaktan sonra

(.....): Sen şimdi 60'a vermişsindir oraya bunu

(.....): Yok benim orayla ayrı muhabbetim var (...) sahibi benim gerçekten dostum yakın arkadaşım (...) Benden farklı yere gitmez o, (.....) beni destekliyor.

(.....): (.....) bizde zeki zannedio kendini

(...)

(.....): Anladım, ama ucuz verme sen deva yı Biz varız orada

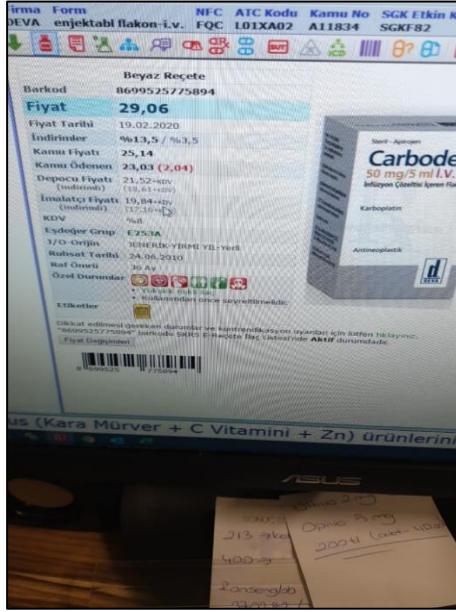
(.....): (Ama ucuz verme sen devayı)'a cevap olarak: Aslaa

(.....): Çok Sıkıntı oluyor

(.....): Bir para kazandığım firma o

(.....) Ecza: 60 mı fiyatın

(.....): (Carbodex 50 mg isimli bir ilacın; Fiyat, İndirimler, Kamu Fiyatı, Kamu Ödenen Fiyatı, Depocu Fiyatı, İmalatçı Fiyatı, KDV gibi bilgilerini içeren bir fotoğraf gönderiyor.)"



I.4. Değerlendirme Dosya konusu soruşturma, Türkiye beşeri ilaç sektöründe üretici olarak faaliyet gösteren DEVA ve HAVER ile hastane kanalında dağıtım faaliyetlerinde bulunan ecza depoları GÜL ve SONUÇ arasında, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlaline yol açan yatay ve dikey boyutta bir anlaşmanın veya uzlaşmanın var olup olmadığının tespiti amacıyla yürütülmüştür. Taraflara soruşturma bildiriminde iletilen ve savunma talep edilen hususlar ile soruşturma raporunun hazırlık sürecinde elde edilen deliller dikkate alındığında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesi gereken iddialar; ilgili piyasada sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren DEVA ve HAVER ile dağıtım seviyesinde faaliyet gösteren GÜL ve SONUÇ'un aralarında anlaşarak kamu ihalelerinde rekabet karşıtı eylemlerde bulunduğu, kamu hastanelerinin açmış olduğu ilaç ihalelerinde ilaçlar için katılım ve fiyat farklılığı gösterildiği ve devletin zarara uğratılması ile dağıtım seviyesinde ürün tedarik aşamasında yeniden satım fiyatlarının sağlayıcı tarafından belirlenmesi ve yine dağıtım aşamasında birbirlerinin rakibi olan SONUÇ ve GÜL arasında rekabeti engelleyen anlaşmaların yapılıp yapılmadığı şeklinde özetlenebilecektir. Bu çerçevede yapılacak olan değerlendirmenin temelini, bahsi geçen teşebbüslerin aralarında yatay boyutta bir anlaşma olup olmadığının ortaya konulması ve Fiyatlandırma Kararı ve Fiyatlandırma Tebliği başta olmak üzere ilgili mevzuat çerçevesinde, kamu ihalelerinde ilaç fiyatlarının yüksek belirlenip belirlenemeyeceği ile ürün tedarik sürecinde rekabeti engelleyici eylemlerin bulunup bulunmadığının tartışılması oluşturmaktadır.

- (56) Aşağıda soruşturma kapsamında elde edilen bilgi ve belgelerin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlali ortaya koyup koymadığının ve Soruşturma Bildiriminde yer verilen hususlara ilişkin taraf savunmalarının değerlendirilmesi yapılacaktır.

I.4.1. 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirme

- (57) 4054 sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesi çerçevesinde "...mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları..." rekabet ihlali olarak kabul edilmektedir.

- (58) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, "belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar" yasaklanmış ve aynı maddenin ikinci fıkrasında ise tahdidi olmamak üzere yasaklanan hallerle ilişkin örneklere yer verilmiştir. Söz konusu fıkranın (a) bendinde, "mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi" yasaklanan hallerden sayılmıştır.
- (59) Kanun'un bu hükmünün temel amacı, rekabetin gereği olarak her bir teşebbüsün kendi ticari politikalarını ve piyasadaki faaliyetlerini tek başına, bağımsız olarak belirlemesidir. Rekabeti bozucu nitelikteki anlaşmaların varlığı halinde, teşebbüslerin bağımsız davranışlarının yerini anlaşma taraflarının ortak çıkarlarına hizmet eden koordineli davranışlar almaktadır. Bu tür anlaşmalar, serbest piyasa ekonomisinden elde edilmesi beklenen faydaları azaltarak kaynakların etkinsiz kullanılmasına ve serbest piyasa sisteminin sağladığı refahın piyasadaki aktörlere hak etmedikleri oranda dağılmasına yol açmaktadır. Diğer bir deyişle, bu tür anlaşmalara taraf olan teşebbüsler, normal rekabet şartları içinde elde edemeyecekleri kârlara ulaşarak bu ekonomik faaliyetlerle yaratılan refahın çoğunu kendilerine aktarma olanağına sahip olmakta ve serbest piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işlenmesini engellemektedir.
- (60) Söz konusu madde incelendiğinde, teşebbüsler arasında gerçekleştirilen ve amacı veya etkisi yahut potansiyel etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıcı nitelik taşıyan her türlü anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararının yasaklandığı görülmektedir²⁰. Sözü edilen müesseselere yönelik olarak Kanun'da herhangi bir tanıma yer verilmemekle birlikte, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının oldukça geniş yorumlandığı anlaşılmaktadır. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin gerekçesinde;

"Bu Kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerekir. Maddenin amacı bakımından anlaşma, hukuki şekil şartlarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur."

ifadeleriyle, Türk rekabet hukukunda "anlaşma" kavramının borçlar hukukundaki "sözleşme" kavramından daha geniş bir kavram olduğuna dikkat çekilmekte ve bağlayıcı olma, yazılı şekil, yükümlülüklerin ifa edilmemesi halinde uygulanacak yaptırımın düzenlenmesi yahut yürürlük koşulları gibi herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır²¹. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında bir anlaşmanın varlığı için teşebbüsler arasında aynı yönde bir irade uyuşmasının ya da mutabakatın bulunması yeterlidir.

- (61) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlali bakımından madde kapsamına giren eylemin niteliğine bağlı olarak amaç ve/veya etki unsurlarından sadece birini barındırması yeterli kabul edilebilmektedir. Fiyat tespiti, arz kısıtlaması, pazar veya müşteri paylaşımını konu alan anlaşma/uyumlu eylemler doğaları gereği rekabeti sınırlayıcı olmaları nedeniyle etkisine bakılmaksızın rekabet ihlali teşkil etmekte, bu nedenle de açık kısıtlama/ihlal olarak tabir edilmektedir. Bu nitelikteki anlaşma/uyumlu eylemin varlığı ihlal sonucuna ulaşılması bakımından yeterli olup, anlaşmanın uygulanması veya piyasada rekabeti bozucu etkilerinin görülmesi haliyle bu etkilerin ispatına ihtiyaç duyulmamaktadır. Söz konusu açık kısıtlamaları içeren anlaşmaların piyasadaki

²⁰ Kurulun 29.03.2018 tarihli ve 18-09/180-85 sayılı kararı, para. 48.

²¹ Kurulun 18.04.2011 tarihli ve 11-24/464-139 sayılı kararı, s. 26.

rekabet ortamını bozdukları karine olarak kabul edildiği için, bu tür anlaşmalar, pazardaki mevcut veya potansiyel etkilerinin incelenmesine gerek görülmeksizin yasaklanmakta, varlıklarının ispatı rekabet hukuku müdahalesi için yeterli olmaktadır²².

- (62) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin uygulanması bakımından önem arz eden bir diğer husus, ihlalin rekabeti sınırlayıcı bir irade uyuşmasının gösterilmesi ile ispatlanması olup, bu uyuşmanın anlaşma veya uyumlu niteliğinde olması ulaşılan sonuç bakımından önem arz etmemektedir. Dolayısıyla ihlal sonucu bakımından fark anlaşma/uyumlu eylem ayırımında değil, rekabet karşıtı uzlaşma ile salt paralel davranışlar/bilinçli paralellikler ayırımında yatmaktadır. Diğer bir ifadeyle, rekabet karşıtı uzlaşma ister anlaşma ister uyumlu eylem standardında ispatlanmış olsun ihlal teşkil edip yasaklanırken, piyasada teşebbüslerin bağımsız hareketi sonucunda ortaya çıkan bilinçli paralellik haline 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında müdahale imkânı bulunmamaktadır. Bu çerçevede ihlali karşılamak üzere anlaşma ve uyumlu eylem kavramları birlikte kullanılabilirliği gibi genel olarak uzlaşma kavramının kullanılabilirliği görülmektedir²³. 4054 sayılı Kanun'da 16.06.2020 tarih ve 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası "uzlaşma" kavramının rekabet hukukunda başkaca kullanım alanı²⁴ bulunduğundan, rekabet hukuku müdahalesine konu anlaşma/uyumlu eylemleri karşılamak üzere "(rekabet karşıtı) uzlaşma" kavramının kullanılması daha uygun olacaktır.
- (63) Yerleşik uygulamada rekabet hukukunun müdahale edebileceği rekabet karşıtı bir uzlaşmanın varlığı, ancak firmalar arasında bu sonuca yönelen doğrudan veya dolaylı bir iletişim bulunuyorsa söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla anlaşma/uyumlu eylemin dayanağını doğrudan veya dolaylı iletişim oluşturmaktadır.
- (64) İletişimin anlaşma/uyumlu eylemi ortaya koymadaki kritik önemi, piyasada rekabeti tetikleyen temel dinamiğin, teşebbüsler arasında birbirlerinin ne şekilde davranacağına ilişkin yaşanan belirsizlik olduğunun kabulüne dayanmaktadır. Dolayısıyla teşebbüsler arasındaki iletişim veya iletişimi sağlayan uygulama ve davranışlarla, teşebbüslerin gelecekteki davranışlarına yönelik belirsizliğin azalması durumunda teşebbüs davranışının bağımsız değil koordine olacağı, bu nitelikteki davranışın da 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilmektedir²⁵. Bu bağlamda, özellikle fiyat, arz miktarı, satış stratejisi, maliyet gibi rekabete duyarlı stratejik verilere ilişkin bilgiler içeren iletişimler tek taraflı olarak sunulduğunda dahi rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmektedir. Nitekim belirtilen nitelikte bir iletiyi alan teşebbüs, rekabeti sınırlayıcı bir uzlaşmanın tarafı olmayacağını derhal ve açıkça karşı tarafa bildirmediği sürece uzlaşma zımnen irade göstermiş sayılmaktadır. Zira rakiplerinden, değinilen unsurları taşıyan bir ileti alan teşebbüsün, kendi ticari politikalarını belirlerken, sözü edilen bilgiler yokmuş gibi davranamayacağı ve bunları zımni olarak dikkate aldığı

²² Kurulun 7.3.2011 tarihli ve 11-13/243-78 sayılı kararı s.102; 18.04.2011 tarihli ve 11-24/464-139 sayılı kararı s. 26 ve 57; 18.02.2016 tarihli ve 16-05/117-52 sayılı kararı para. 62 ve 63; Danıştay 13. Dairesi 16.12.2015 tarihli, E.2015/4548, K.2015/4616 sayılı kararı; Danıştay 13. Dairesi 06.04.2017 tarihli, E.2011/3814, K.2017/958 sayılı kararı.

²³ Kurulun 18.04.2011 tarihli ve 11-24/464-139 sayılı kararı s. 26-27; 14.01.2016 tarihli ve 16-02/44-14 sayılı kararı para. 154; Ankara 2. İdare Mahkemesinin 21.12.2015 tarihli, E.2014/1373, K.2015/2145 sayılı ve 19.04.2016 tarihli, E. 2014/1339, K. 2016/1187 sayılı kararları; Danıştay 13. Dairesi 16.12.2015 tarihli, E.2015/4548, K.2015/4616 sayılı kararı.

²⁴ Uzlaşma, temel olarak, başta kartel dosyalarında olmak üzere rekabet otoritesi ile soruşturmanın tarafları arasında varılan, taraf teşebbüslerin ihlalin varlığını kabul etmeleri karşılığında cezadan belirli ölçüde indirim temin etmelerinin söz konusu olduğu rekabet hukuku müessesidir.

²⁵ Kurulun 7.3.2011 tarihli ve 11-13/243-78 sayılı kararı, s. 91; 14.01.2016 tarihli ve 16-02/44-14 sayılı kararı para. 162 ve 177; 18.04.2011 tarihli ve 11-24/464-139 sayılı kararı s. 43.

karine olarak kabul edilmektedir²⁶. Bir başka ifadeyle, rakiplerinin fiyatlarını arttıracığını veya sabit tutacağını bilen bir teşebbüs için geleceğe ilişkin belirsizlik azalmakta, fiyatlama kararları bu bilgiye göre şekillenmekte, bu durum ise teşebbüsün rekabet hukuku anlamında rakiplerinden bağımsız karar vermediği anlamına gelmektedir²⁷.

- (65) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi hakkında yapılan bu açıklamalar²⁸ ve söz konusu maddenin uygulanmasına ilişkin esaslar çerçevesinde, dosya kapsamındaki iddialar hakkında önaraştırma ve soruşturma sürecinde elde edilen tüm bilgi, belge ve bulgular bir bütün olarak ele alınarak, soruşturmaya taraf teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmedikleri eldeki bilgi, bulgu ve deliller ile taraf savunmaları çerçevesinde aşağıda değerlendirilmiştir.

I.4.1.1. Bilgi ve Belgelerin Yatay Rekabet Bakımından Değerlendirilmesi

- (66) Konu hakkında inceleme başlatılmasının kaynağı bir ihbara dayanmaktadır. Söz konusu ihbardaki temel iddia DEVA, HAVER, GÜL ve SONUÇ'un aralarında kurdukları organizasyonla bilhassa kamu hastanelerinin ilaç alımlarında ve genel olarak da ilgili sektörde rekabeti engelleyici faaliyetlerde buldukları iddiasıdır. Haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerden DEVA ve HAVER jenerik ilaç üretim pazarında üretici olarak faaliyet gösterirken SONUÇ ve GÜL ilaç dağıtım pazarında ecza deposu olarak faaliyet göstermektedir. Diğer bir ifade ile bu dört teşebbüsten DEVA ve HAVER'in üretim seviyesinde; SONUÇ ve GÜL'ün ise dağıtım seviyesinde birbirlerinin rakibi olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla soruşturmanın rakipler arası yatay ilişki ile üreticiler (sağlayıcılar)-dağıtıcılar arası dikey ilişki olmak üzere iki boyutu söz konusudur. Bu bölümde sadece rakipler arası olarak değerlendirilen hususlara yer verilmiştir.
- (67) Soruşturma tarafı teşebbüslere yöneltilen iddialardan biri SONUÇ isimli ecza deposunun hisseleri resmiyette farklı isimlerde bulursa da; aslında GÜL'ün sahibi (.....), DEVA'nın İhale Satış Müdürü (.....) ve HAVER'in Genel Müdür'ü (.....) tarafından hisselerinin bölüşüldüğü ve SONUÇ'un gayriresmi olarak bu kişilerce kontrol edildiğidir. Böyle bir durumun vaki olması, yukarıda da belirtildiği üzere bir yatay ve dikey ilişkiler yumağında rakipler arası rekabetçi davranışların koordinasyonu amaç ve sonucunu taşıyabilecek niteliktedir. Ancak mevcut durumda bu hususun varlığı, gerek soruşturma taraflarının şirket merkezlerinde yapılan yerinde incelemeler gerekse de ilgili kurumlardan talep edilen bilgi ve belgeler çerçevesinde net olarak ortaya konulamamıştır. Dolayısıyla eldeki bilgi ve belgeler çerçevesinde soruşturma taraflarına bu hususa yönelik bir rekabet ihlali isnadında bulunulmasının mümkün olmadığı değerlendirilmiştir.
- (68) Yatay rekabet bakımından ihbarda değerlendirilmesi gereken hususlardan bir diğeri GÜL ve SONUÇ'un toplam cirosunun 1 milyar TL'yi geçmesiyle yerli firmaların benzer anlaşmalar yoluyla ihalelere girmesinin teşvik edildiği ve rekabet ortamının bozulduğu iddiasıdır. Yapılan incelemelerde GÜL ve SONUÇ'un başka firmaları rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaya teşvik ettiğini gösterir herhangi bir bilgi ve belgeye ulaşılamamıştır.

²⁶ Bkz. Case C-49/92 Anic Partecipazioni, ECLI:EU:C:1999:356, para. 121

²⁷ Kurulun 18.04.2011 tarihli ve 11-24/464-139 sayılı kararı s. 58; 29.03.2018 tarihli ve 18-09/180-85 sayılı kararı para. 52.

²⁸ Kanun'un 4. maddesinin teorik açıklamalarına ilişkin, 16.07.2019 tarih ve 2018-1-82/SR sayılı Rapordan yararlanılmıştır.

- (69) İhbardaki iddialar dışında; önaraştırma döneminde yapılan yerinde incelemelerde 2015 ve 2016 yıllarında SONUÇ'un GÜL'e ayrıntılı mizanını gönderdiğini gösteren e-postalara ulaşılmıştır. Taraflar arasında stratejik bilgi değişimi kapsamında olabilecek 'ayrıntılı mizan' paylaşımına ilişkin değerlendirmelere, savunmaların değerlendirilmesine ilişkin bölümde yer verileceği için burada ele alınmamıştır.
- (70) Öte yandan soruşturma bildiriminin tebellüğ edilmesinden sonra incelemelerin derinleştirilmesi maksadı ile 28.01.2021 tarihinde GÜL ve SONUÇ'un şirket merkezlerinde ek bir yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir. Bu incelemede bulunan 14.01.2021 tarihli çevirim içi (WhatsApp) yazışmasında SONUÇ'un özel hastaneler satış müdürü (.....) ile GÜL'ün bir çalışanı arasında şu konuşmalar geçmektedir (Belge-100/12-15):
- (.....) : ... Deva'dan size gelene kadar[,] ne işini çözer[?]
- (.....) : Benim siparişim 700.
- ...
- (.....) : Abi bu ürünleri çok dibe girerek vermiyorsundur dimi
Birbirimizi vurmayalım
- (.....) : Yok girmiyorum
- (.....) : Hastane bizi birbirimize vurdurmasın
- (.....) : Hiç işim olmaz para kazanma[dı]ktan sonra
- (.....) : Sen şimdi 60'a vermişsindir oraya bunu
- (.....) : Yok benim orayla ayrı muhabbetim var ...
- (.....) : Anladım, ama ucuz verme sen Deva yı. Biz varız orada.
- (.....) : Aslaa
- (.....) : Çok sıkıntı oluyor
- (.....) : Bir para kazandığım firma o
- (.....) : 60 mı fiyatın
- (71) Soruşturma sürecinde elde edilen bu belgenin yatay rekabet bakımından değerlendirilmesi için; SONUÇ'un 2017 yılı Haziran ayında kamu hastaneleri ihale kanalına ve GÜL'ün ise 2018 yılı Temmuz ayında özel hastane kanalına girdiğinin ve dolayısıyla soruşturma tarafı iki teşebbüsün fiili olarak birleriyle rekabet etmeye başladığının belirtilmesi önem arz etmektedir.
- (72) İlgili belgede, her ikisi de DEVA'nın ilaçlarını hastane pazarına satan iki rakip ecza deposunun, siparişi alınan ancak henüz tedarik edilmeyen bir ilaç için görüşmeleri yer almaktadır. Belgeden anlaşıldığına göre SONUÇ, Medica Hastanesinin (MEDİCANA) bir siparişini karşılamak için GÜL'den ürün talep etmektedir. Bunun üzerine aynı hastaneye GÜL'ün de ilaç verdiği; Hastanenin GÜL ve SONUÇ'u rekabet ettirmek istediği; buna karşın her iki ecza deposu çalışanlarının, ortaya çıkartılmak istenen bu rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik görüşmeleri ve bir uzlaşmaya vardıkları anlaşılmaktadır. Söz konusu bu belge, iki rakip teşebbüsün rekabetçi davranışlarının uyumlaştırılmasına yönelik bilgi değişiminin yapıldığını göstermekte ve hukuki vasıf itibarıyla bir mutabakat (icap-kabul) ve rekabet mevzuatındaki karşılığı ise 'rekabeti sınırlayıcı anlaşma' niteliği taşımaktadır.

- (73) Söz konusu belgeden görülebileceği üzere rakiplerin; fiyat, miktar, maliyet, satış koşulları, müşteri bilgisi ve rekabet açısından stratejik önem taşıyan diğer unsurları görüşmeleri, paylaşımları ya da tartışmalarının doğrudan amacı, buna ilişkin bir niyet olmasa ve paylaşım tek taraflı yapılsa dahi rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı niteliktedir. Rakip iki ecza deposu arasında sağlanan bu türdeki mutabakatlar vasıtasıyla, önemli bir müşteri grubu nezdinde ortaya çıkabilecek rekabet risklerinden sakınılması, gelecekte ortaya çıkabilecek rekabetin ortadan kaldırılması ve nihayetinde tüketicilerin daha yüksek fiyatlara maruz kalması söz konusu olabilecektir.
- (74) Sonuç olarak, 14.01.2021 tarihli belgede yer alan ifadeler bütüncül olarak değerlendirildiğinde; SONUÇ ve GÜL'ün ortak bir müşterisine yönelik uyguladıkları fiyatları müşterek olarak ayarladıkları; bu kapsamda "*hastaneler bizi birbirmize vurdurmasın*", "*ucuz verme Deva'ya*"²⁹; *biz varız orada*" gibi ifadelerinin hastaneye yapılacak satışlardaki fiyat rekabetini önlemek amacıyla yapıldığı, satışa konu ilacın fiyatının açıkça ifade edilmesiyle bir tarafın kârdan zarar etmesinin önlenmeye çalışıldığı oldukça net bir şekilde görülmektedir.
- (75) Ayrıca yukarıda yer verilen tespitlerde de vurgulandığı üzere teşebbüslerin aralarında karşılıklı olarak bir irade uyuşmasının bulunduğu görülmektedir. Konuşmaların temelde geçmişe yönelik hassas bilgileri içerecek şekilde bir ticari işlem³⁰ üzerinden şekillenmesinin yanı sıra; içeriğinde yer alan ifadelerden teşebbüslerin geleceğe yönelik fiyat stratejilerini rekabeti engelleyecek, bozacak veya kısıtlayacak şekilde ayarlayabilmelerine imkan veren karşılıklı kabullerin ve aralarında sağlanan mutabakatın mevcudiyetini de gösterdiği anlaşılmaktadır.
- (76) Bu yönüyle söz konusu belge içeriği itibarıyla, yalnızca rekabetin amaç yönünden sınırlanması bakımından Kanun'un 4. maddesini ihlal açısından yeterli bir kanıt niteliği göstermektedir. Kanun'a aykırılığı, rekabeti kısıtlama amacı açısından açıkça ortaya konulan ve içeriğinde fiyatların ve fiyattan kaynaklanabilecek rekabetin ortadan kaldırılması gibi en stratejik rekabet parametrelerinin yer aldığı ve çok yeni tarihli bir belge için etki araştırması gerekli olmamakla birlikte belgede geçen bilgilerin doğruluğu dosyanın bütünlüğünü sağlamak bakımından araştırılmıştır.
- (77) SONUÇ'dan temin edilen 2021 yılı fatura bazındaki satış bilgilerinde, 07.01.2021 sipariş tarihli ve MEDİCANA'ya yapılan 700 adet Carbodex 50 mg satışı göze çarpmaktadır. Bu durum, ihlale konu teşkil ettiği değerlendirilen belgenin tarihi, belgede yer alan ilacın ismi, mg'si ve adet sayısı ile uyuşmaktadır.
- (78) Yukarıda yer alan tespitlerle beraber ilgili belgenin amacını ve olası etkilerini değiştirmemekle beraber;
- SONUÇ'un gerçekleştirdiği satış işleminde yer alan fiyatın birim başına KDV hariç 18,85 TL olduğu,
 - Çevirim içi (WhatsApp) yazışmasında GÜL'ün SONUÇ'a sorduğu ve daha düşüğe vermemesini tembihlediği satış fiyatının ise 60TL olduğu,
 - Dolayısıyla arada ciddi bir fark olmasından ötürü aynı ilacın farklı bir mg. dozundan bahsedilebileceği,

²⁹ Soruşturmaya taraf olan DEVA'dan alınan ilaçlar kastedilmektedir.

³⁰ Kronolojik olarak belgede geçen ve incelemeler sonrası gerçekleştiği görülen işlemin sipariş tarihi 07.01.2021, konuşmanın tarihi 14.01.2021 ve işlemin gerçekleşme tarihi 27.01.2021 olarak sıralanmaktadır. Dolayısıyla konuşmanın gerçekleştiği tarihte siparişin alındığı ancak işlemin henüz gerçekleşmediğinin altı çizilmelidir. Dolayısıyla belge hem geçmiş hem gelecek ile ilişkilidir.

akıllara gelmektedir. Buna karşın SONUÇ'un 01.02.2021 tarihinde gerçekleştirdiği iki Carbodex 150 mg satışında uygulanan fiyatın sırasıyla 60 ve 64 TL olduğu tespit edilmiştir. Bu kapsamda ilgili belgede yer alan fiyatın, ürünün 50 mg'lık cinsini değil 150 mg'lık cinsini ifade edebileceği değerlendirilmektedir.

- (79) Netice itibarıyla GÜL ile SONUÇ arasındaki yazışmayı konu alan bu belgede yer alan hususların 4054 sayılı Kanun'un belirlediği temel rekabet ilkelerine aykırı olarak hem amaç hem de etki bakımından teşebbüslerin ilaç satış fiyatı, satış ve pazarlama koşulları gibi ticari unsurları pazarın kendi rekabetçi dinamikleri dışında belirlediği; dolayısıyla bu eylemlerin 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin; "*Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi*" şeklindeki ikinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. Kanun'un 4'üncü maddesini açıkça ihlal eden eylemlerin aynı Kanun'un 5'inci maddesi kapsamında muafiyet alamayacağı aşikardır.

I.4.1.2. Bilgi ve Belgelerin Dikey Rekabet Bakımından Değerlendirilmesi

- (80) Dosya kapsamında yer verilen ihbarda, dikey nitelik taşıdığı değerlendirilen iddialara aşağıda yer verilmiştir:

- DEVA ve HAVER'in GÜL ile birlikte SONUÇ üzerinde fiili bir ortak girişim oluşturarak dikey bütünleşik bir yapı oluşturduğu,
- DEVA ve HAVER'in kamu ihalelerine GÜL ve SONUÇ aracılığıyla katıldığı,
- DEVA'nın serbest rekabet ortamında 2 TL'ye satabileceği ilacı GÜL'ün 4 TL'ye alma vaadinde bulunduğu, bu yolla kamu ihalelerinde monopol bir yapı oluşturulduğu, ilaçlar için katılım ve fiyat farklılığı gösterilmesi ve böylece örneği verilen ilacın SONUÇ ile 20 TL'ye satıldığı,
- Firma sahiplerinin monopol yapıdaki bu ortaklığının devleti ciddi anlamda zarara uğrattığı,

- (81) Yukarıda yer verilen iddialarla ilgili olarak aşağıdaki tespitler yapılmıştır;

- Yerinde incelemelerde soruşturma tarafları arasında fiili bir ortak girişimin varlığını gösteren belge bulunamamıştır.
- DEVA'nın kamu ihaleleri kanalında esas olarak GÜL ile çalıştığı tespit edilmekle birlikte bu durumun ihbarda iddia edildiği gibi monopol bir yapı içerisinde yapıldığını gösterir bir belge ya da bilgi tespit edilememiştir. Ayrıca, GÜL ile DEVA arasında münhasırlık anlaşması da bulunmamaktadır.
- Bunun yanında *DEVA'nın serbest rekabet ortamında 2 TL'ye satabileceği ilacı GÜL'ün 4 TL'ye alma vaadinde bulunduğu, bu yolla kamu ihalelerinde monopol bir yapı oluşturulduğu, ilaçlar için katılım ve fiyat farklılığı gösterildiği, böylece örneği verilen ilacın SONUÇ ile 20 TL'ye satıldığı* iddiası karşısında, GÜL'ün ve SONUÇ'un 19,20-20,55 TL birim fiyat aralığında verdiği teklifler incelenmiştir. İncelenen 14.327 ihaleden dokuzunda GÜL'ün ve SONUÇ'un 19,20-20,55 TL birim fiyat aralığında teklif verdiği tespit edilmiştir. Dolayısıyla ihbarda iddia edilen kamu zararının boyutu (300.000.000 TL) göz önüne alındığında, gerçekleşen ihale sonuçlarının bu zarara yol açması ihtimalinin çok düşük olduğu değerlendirilmiştir.
- Dolayısıyla hem kamu mevzuatı gereği hem de ihale sonuçları incelemesi neticesinde devletin belirlediği fiyatları aşan bir bulguya ulaşılamamıştır.

- DEVA, HAVER, GÜL ve SONUÇ'un monopol bir yapı oluşturup oluşturmadığının tespitine yönelik olarak soruşturma taraflarının merkez adresleri yakınında bulunan ve imza sirküleri ile vekâletnamelerini onaylayan noterler referans alınarak toplamda 39 adet noterden şikâyetle adı geçen üç kişi ve SONUÇ'un ortaklarından (.....) hakkında TC kimlik numaraları da paylaşarak bilgi talebinde bulunulmuştur. Dosya konusu iddialara ilişkin herhangi bir işlem kaydına rastlanmamış, yalnızca bahsi geçen kişiler adına düzenlenmiş vekâletname ve imza sirküleri onayı içeren örneklere rastlanmıştır.
- (82) Bu değerlendirmeler çerçevesinde ihbarda ileri sürülen dikey nitelikli iddialar bakımından herhangi bir ihlal isnadında bulunulmamıştır.
- (83) Öte yandan yerinde incelemelerde, GÜL ve SONUÇ arasındaki dikey rekabetin sınırlandığını gösterebilecek bazı belgeler elde edilmiştir. Söz konusu belgelere aşağıda yer verilmiştir:
- (84) SONUÇ'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen (Belge-8/122), şirket ortağı (.....) tarafından 12.01.2017 tarihinde GÜL çalışanlarından (.....)'a iletilen e-postada şu ifadeler yer almaktadır;

*"Ank mithat idamen 10 mg 100 adet
Ayrıca Tekan flk ister
Verelim mi?"*

E-posta silsilesinin devamında, (.....) bu e-posta aynı gün aşağıdaki şekilde yanıtlamıştır;

"Depocudan ver"

- (85) SONUÇ'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen (Belge-8/123), "Fwd: Tasken 100 mg fiyat" başlıklı e-postada (.....) Hastanesi çalışanlarından (.....) göndermiş olduğu "Tasken 100 mg—400 adet için fiyat verir misin? Acil Pazartesi öğlene kadar elimde olması lazım?" içerikli e-posta, şirket ortağı (.....) tarafından 25.02.2017 tarihinde GÜL çalışanlarından (.....)'a aşağıdaki not eklenerek iletilmiştir;

"Verebilirmiyiz ?"

İlgili e-posta 27.02.2017 tarihinde (.....) tarafından aşağıdaki ifadelerle yanıtlanmıştır;

*"Günaydın,
Ataxil olarak stokta var, sana maliyeti 35 TL, 80 TL gibi fiyat vermelisin."*

- (86) SONUÇ'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen (Belge-8/124), GÜL çalışanlarından (.....) tarafından 28.04.2017 tarihinde SONUÇ ortağı (.....) iletilen "düzeltmeler" başlıklı e-postada şu ifadeler yer almaktadır;

*"Desefin ihracat fiyatlarını 1,85tl ye çekelim
Rif 250mg depocuya çekelim,
Koçak Onkoloji ürünlerini depocuya çek,*

*Adrenalin 1mg 10 ampul 3,50tl aliyosun 3,47 ye satiyosun ?? depocudan sat,
Dekort Ampul 1,50 -1,60 tl ye çek,
Maxtio Ampul 2,80-3,00 tl çek,
Carbodex 150mg 30,00- 33,00 tl ye çek
Prednoller depocu
Klovireks flakon depocu”*

- (87) SONUÇ'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen (Belge-8/125), şirket ortağı (.....) tarafından 03.05.2017 tarihinde GÜL çalışanlarından (.....)'a iletilen e-postada şu ifadeler yer almaktadır;

*“Kolay gelsin,
Sitagem 1000 mg bize maliyet? 35 tl sana maliyeti 100 tl gibi fiyat ver 332 adet ürün var devamı üretilmiyor.
Es.enema maliyet ? 4tl sana maliyeti depocu ver 4,56 tl ver
Medicana için”*

- (88) Öncelikle gerçekten belgelerdeki ifadeler ilk bakışta yeniden satış fiyatının belirlendiği izlenimini oluşturmaktadır. Ancak bu noktada sorgulanması gereken bazı hususlar bulunmaktadır.
- (89) İlk olarak mesajların genelde SONUÇ'tan soru şeklinde geldiği ve GÜL'ün ise verdiği cevaplarda iletmekte olduğu fiyatın uygulanmaması durumunda herhangi bir yaptırım veya şart koşmadığı görülmektedir. Ayrıca belgelerin iki tanesinde ifade doğrudan talimat (yap, çek, ver) olarak yorumlanamayacak yüklemelere sahiptir (yapmalısın, vermelisin gibi). Örneğin, “Ataxil olarak stokta var, sana maliyeti 35 TL, 80 TL gibi fiyat vermelisin” ifadesinde, sabit bir fiyatı değil yaklaşık bir fiyatı ve doğrudan talimat gibi değil, maliyeti de ifade edilerek, uygulanması uygun olacak fiyatı belirtmekte olduğu tespiti yapılabilmektedir. Belge-8-125 de benzer niteliktedir.
- (90) Belgeler kapsamında sorulması gereken önemli sorular da bulunmaktadır. Bunlardan ilki, GÜL'ün kendisinden alım yapmayı düşünen SONUÇ'un fiyatlarını yeniden belirlediği iddiası çerçevesinde neden uygulanacak fiyatları söylerken maliyeti de belirttiğidir. Bu bakımdan GÜL'e ticari açıdan bağımlı olan SONUÇ'a bir fiyat talimatı verilecekse, maliyetin belirleyici bir rolü olmayacaktır.
- (91) Bir diğer diğer önemli soru ise GÜL'ün fiili olarak rekabet etmediği ifade edilen ve dolayısıyla farklı müşteri portföyüne sahip SONUÇ'un yeniden satış fiyatını neden veya hangi saikle belirlediğidir. Zira Kurulun12.06.2018 tarih ve 18-19/329-163 sayılı FRİTOLAY kararında yeniden satış fiyatının belirlenmesinin temelde alt pazardaki fiyatları kontrol etmek amacıyla yapılabileceği görülmektedir. GÜL'ün fiili olarak satış yapmadığı müşterilere yönelik uygulanacak fiyatları yeniden belirlemesi veya kontrol etmesinin ise iktisadi açıdan rasyonel gerekçesinin ne olduğu da anlaşılammaktadır.
- (92) Yukarıda yer verilen bulgular çerçevesinde; dikey rekabete ilişkin elde edilen belgelerde geçen yeniden satış fiyatının belirlenmesi izlenimi veren ifadelerin, talimat değil de tavsiye niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir.

I.4.2. Savunmalar ve Savunmaların Değerlendirilmesi

- (93) Bu bölümde önce teşebbüslerin savunmalarına daha sonra da bu savunmalara ilişkin olarak yapılan değerlendirmelere yer verilecektir.

I.4.2.1. Teşebbüslerin Savunmaları

I.4.2.1.1. DEVA'nın Savunması

- (94) DEVA tarafından gönderilen savunmada;
- Hastane pazarının oldukça regüle edilen bir pazar olduğu, pazarda rekabetin iskonto miktarının belirlenmesi gibi dar bir alanda gerçekleştiği, dolayısıyla fiyatları belirlemeye yönelik rekabete aykırı bir anlaşma yapılmasının ve bu doğrultuda yüksek fiyatlar belirlenerek söz konusu kamu kurum ve kuruluşlarının zarara uğratılmasının gerçekçi ve makul gözükmediği,
 - 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer alan yaklaşık maliyet kavramının da ihalelerdeki fiyatlandırmaya ilişkin ikinci bir koruyucu mekanizma oluşturduğu,
 - DEVA'nın kamu ihalelerine doğrudan katılmadığı, bu ihalelere katılımını ihale kanalında faaliyet gösteren ecza depoları aracılığıyla gerçekleştirdiği,
 - DEVA'nın cirosunun hastane satış kanalları bazında kısıtlı incelendiğinde; hastane pazarına yönelik satışlardan elde edilen cironun toplam satışların %(.)'ini oluşturduğu,
 - İhaleler bakımından karlılık oranlarının düşük olduğu ve DEVA'nın ticari stratejileri doğrultusunda hastane pazarı yerine serbest satışlara daha çok öncelik verildiği,
 - Dolayısıyla, cirosunun küçük bir kısmını oluşturan ve karlılığı oldukça düşük bir kanalda, DEVA'nın fiyatları yükseltmek adına diğer rakip teşebbüsler ve alt pazarda faaliyet gösteren ecza depolarıyla bir anlaşmaya dahil olması iddiasının gerçek dışı olmanın da ötesinde, DEVA'ya meşru veya meşru olmayan herhangi bir ticari menfaat sağlamaktan uzak olduğu,
 - Soruşturma Bildirimi'nde ileri sürülen satış fiyatlarına ilişkin iddiaların mesnetsiz olduğu³¹,
 - DEVA'nın ürettiği beşeri ilaçları kapsayan ihalelerde monopol bir yapının söz konusu olmadığı,
 - DEVA'nın eylemlerinin 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında herhangi bir ihlal teşkil etmediği

hususları ifade edilmiştir.

I.4.2.1.2. HAVER'in Savunması

- (95) HAVER tarafından gönderilen savunmada;
- Soruşturma kapsamında yer alan ihlal iddialarının gerçekçi yansıtmadığı,

³¹ DEVA tarafından; serbest rekabet ortamında 2 TL'ye satılabilecek bir ilacın, 10 katına denk gelen bir fahiş ücretle SONUÇ tarafından 20 TL'ye satılmasının Fiyatlandırma Kararı ve Malzeme Kaynak Yönetim Sistemi çerçevesinde yaklaşık maliyet uygulaması kapsamında mümkün olmadığı, DEVA tarafından ihale ecza depolarına yapılan satışlarda kutu başına ortalama fiyatın 3,13 TL, kutu başına brüt karın ise 0,36 TL olduğu belirtilmiştir.

- Soruşturma tarafları arasında iddia edildiği şekilde fiili bir ortak girişimin varlığının bulunmadığı,
- HAVER'in de dahil olduğu teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma veya uyumlu eyleme işaret edebilecek herhangi bir bilgi/belge bulunmadığı,
- HAVER'in biyobenzer ürün üretmediği ve güncel kura tabi ürünlerinin bulunmadığı ve fiyatlandırma kararlarını tamamıyla yürürlükteki mevzuata uygun bir şekilde gerçekleştirdiği,
- Dolayısıyla, HAVER'in herhangi bir ihlal gerçekleştirmediği ve HAVER aleyhine bir idari para cezası uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi gerektiği

hususları ifade edilmiştir.

I.4.2.1.3. GÜL'ün Savunması

(96) GÜL tarafından gönderilen savunmada;

- Eczacı depolarının, ilaç ve ilaç dışı ürünler bakımından, üretici ya da tedarikçi olan teşebbüsler ile eczaneler ve hastaneler arasında, ürün akışını ve ilaçların stoklanması işlevini sağlayan dağıtım kanalları olduğu,
- Sektörde çok fazla oyuncu bulunmakla birlikte, sektörün çok sıkı düzenlemelere ve denetlemelere tabi tutulduğu³², bahse konu düzenlemelerin yürütülen soruşturma ile ilgili olduğu, zira piyasadaki rekabetin biçim ve koşullarını bu düzenlemelerin belirlediği,
- GÜL'ün 2018 Temmuz ayından önceki dönemde ağırlıklı olarak devlet hastaneleri ve devlet üniversiteleri hastanelerine hizmet verdiği, bu süreçte özel hastane ve kuruluşlar ile özel üniversite hastanelerine hizmet vermediği, dolayısıyla dosya kapsamında yer alan e-postaların³³ diğer tarafı olan ve özel hastanelere hizmet verdiği bilinen SONUÇ'u belirtilen bu yıllarda veya sonrasında herhangi bir şekilde yönetmesinin, fiyatlarını belirlemesinin ve birlikte hareket ederek piyasaya yön vermesinin hukuken de fiilen de mümkün olmadığı,
- E-maillerdeki "verelim mi?", "Verebilir miyiz ?" şeklindeki ifadelerin, o tarihlerde SONUÇ'un ürün verdiği özel hastaneler tarafından kendilerinden talep edilen ürünlerin, SONUÇ stoklarında bulunmaması nedeniyle, bahse konu ürünlerin GÜL'den satın alınıp, ilgili hastanelere sağlanıp sağlanamayacağına ilişkin olarak yöneltilen sorular olduğu, buradaki amacın, bu şirketin stoklarında bulunmayan ilaçların tedarik edilip, talepte bulunan hastanelere sağlanması olduğu ve rekabet ihlali iddialarını doğrular bir yönünün bulunmadığı,
- Cevabi maillerdeki "*stokta var, sana maliyeti 35 TL, 80 TL gibi fiyat vermelisin*" ya da "*depocudan ver*" gibi ifadelerin ise firmalar arasındaki bir koordinasyona yönelik olmadığı, bu ifadelerin klasik manada emir kipinde kullanılmış ifadeler olarak düşünülmemeyeceği,

³² Nitekim Rekabet Kurulu'nun 07.03.2019 tarih ve 19-11/126-54 sayılı kararında da "ilaç sektöründeki tüm teşebbüsler gibi ecza depoları da açılış izninden depolama ve dağıtım faaliyetlerine kadar sıkı düzenlemelere tabidir. Tıpkı eczaneler gibi ecza depolarının da satış fiyatları kamu otoritesi tarafından belirlenmektedir ifadeleri ile ecza depolarının sıkı bir şekilde regülasyona tabi olduğu ifade edilmiştir

³³ Rapor ekinde Belge 8/110, Belge-8/116, Belge-8/122, Belge-8/123, Belge-8/124, Belge-8/125 olarak yer verilen 2015-2016-2017 yıllarında gönderilmiş e-posta yazışmalarıdır.

- Farklı görüş bölümünde isabetle değerlendirildiği üzere tüm bu ifadelerin birer tavsiye mahiyetinde olduğu, dolayısıyla izin verilmesi ya da başkasından müsaade alması gibi durumların söz konusu olmadığı,
- Bütün bu yazışmaların, yasal mevzuat gereğince ilacın alabileceği fiyatın hesaplanmasına yönelik tavsiyelerden ibaret olduğu, bu durumun bir sektör uygulaması olduğu ve yeniden satış fiyatını belirleme kasıt ve amacının olmadığı,
- Kaldı ki bu ilaçların e-postalardaki fiyatlardan yeniden satışının yapılmadığı ve çok daha alt tutarlarda satışların gerçekleştiği,
- E-posta yazışmalarında adı geçen ilaçların tamamının Türkiye'de muadilinin mevcut olduğu ve başka ecza depolarınca satışının yapıldığı, dolayısıyla piyasada muadili olan ilaçlarla ilgili suni fiyat oluşumlarının, fiyatı artırana fayda sağlamadığı için tevessül edilemeyeceği,
- 14.01.2021 tarihli WhatsApp yazışmasına dayanılarak yapılmış tüm ihlal değerlendirmelerinin dayanaksız ve haksız olduğu,
 - o Bu yazışmayı yapan şirket personeli (.....)'ün, bu eylemini şirket yetkililerinin bilgi ve onayları dışında, tamamen kendi inisiyatifi ile yaptığı, şirkette sipariş ürün takip sorumlusu³⁴ olarak çalışmakta olan bu kişinin GÜL'ün müşterileri, tedarikçileri ya da başka diğer firmalarla bu içerikte yazışmalar yapabilecek bir yetki ve konumunun bulunmadığı,
 - o Ayrıca, Kasım 2020 ayında bir hukuk bürosundan "Etik Kurallar-Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele" konulu bir eğitim hizmeti alındığı ve bu çerçevede (.....)'ün de aralarında bulunduğu birçok personelin, rekabet hukuku kurallarını da içeren kapsamlı ve nitelikli bir eğitim aldığı,
 - o Bu yazışmalarda bir icap-kabul durumunun söz konusu olmadığı,
- Mali tabloların paylaşılmasına ilişkin olan yazışmalar bakımından, 4054 sayılı Kanun açısından ihlal isnadına neden olacak mahiyette bir durum olmadığına yönelik değerlendirmelerin yerinde olduğu³⁵,
- Herhangi bir isnada konu olmasa da;
 - o İddia edilen şekilde SONUÇ üzerinden birtakım satış işlerine girilmesinin hayatın olağan akışına aykırı bir durum olduğu,
 - o SONUÇ ve GÜL'ün toplam ticaret hacminin (.....) TL olmadığı,
 - o SONUÇ'un arka planda noter onaylı sözleşme ile GÜL'ün sahibi (.....), DEVA'nın İhale Satış Müdürü (.....) ve HAVER'in Genel Müdürü (.....) tarafından hisselerinin bölüştüğü iddiasının dayanaktan yoksun olduğu,
 - o Monopol yapı üzerinden devletin zarara uğratıldığı iddiasının ispata muhtaç olduğu,
- 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte herhangi bir eylem, uygulama ya da davranışının bulunmadığı, bu kapsamda, şikâyetçinin

³⁴ Satış sorumlusu olmadığı, görevi ve konumu itibarıyla ürünlerin satış fiyat ve koşullarını bilmeyen, bu konuda işlem yapmayan, piyasa koşullarını bilmesi mümkün olmayan bir kimse olduğu belirtilmiştir.

³⁵ Mizan paylaşımının rekabet hukuku açısından değerlendirilecek herhangi bir yönünün bulunmayıp sektör pratiği olduğu ifade edilmiştir.

iddialarında yer alan ve somut ya da kesin tespitler veya delillere dayanmayan ihlal iddialarını ve ortaya konulan ihlal iddialarının kabul edilmediği

hususları ifade edilmektedir.

I.4.2.1.4. SONUÇ'un Savunması

- (97) SONUÇ tarafından gönderilen yazılı savunmada yatay ihlal iddiasına ilişkin olarak;
- SONUÇ'un ve GÜL'ün çalışanları arasında 14.01.2021 tarihinde yapılan yazışmada yer alan; *"hastaneler bizi birbirimize vurdurmasın", "ucuz verme Deva'yı biz varız orada"* ifadesinin geleceğe yönelik devam eden bir pazarlık sürecine ilişkin olmayıp, özel bir hastane olan Medicana'ya hâlihazırda gerçekleşmiş bir satış işlemine ilişkin olduğu,
 - SONUÇ'un sipariş için 07.01.2021 tarihinde diğer depolar ile fiyat rekabetine girdiği ve satışı kazandığı, öte yandan yazışmanın 14.01.2021 tarihinde gerçekleştiği,
 - Söz konusu yazışmanın Medicana'ya sevk edilmesi gereken ilaçların tedariki amacıyla gerçekleştirildiği ve hiçbir şekilde "rekabeti kısıtlama amacı" taşımadığı,
 - Tamamlanmış bir satış işlemine ilişkin olarak, rakiple sipariş miktarı, fiyat bilgisi gibi rekabeti kısıtlayıcı bilgi paylaşımında bulunulması veya bu konularda bir mutabakata varılmasının mümkün olmadığı,
 - 2021 yılı içerisinde yapılmış tüm Carbodex (50 mg., 150 mg., 450 mg.) satışları incelendiğinde³⁶ Medicana'ya satışı gerçekleştirilmiş olan Carbodex 50 mg. 1 Flakon isimli ilacın (.....) TL ve üzeri fiyatlarla satışının gerçekleştirildiği, bu kapsamda ilacın 2021 yılı içerisinde en düşük fiyata Medicana'ya satıldığı ve ortada herhangi bir rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etkinin bulunmadığını destekler nitelikte olduğu,
 - Yazışmanın tarafı olan (.....)'ın SONUÇ'ta satış müdürü olarak çalıştığı ve ürün tedarikine yönelik herhangi bir görev ya da yetkisinin bulunmadığı,
 - Yazışmanın üst yönetiminin tamamen bilgisi dışında gerçekleştiği, benzer bir olayın Arçelik-Vestel dosyasında da gerçekleştiği ve bu durumun ihlal teşkil edilmediğinin tespit edildiği³⁷,
 - Kaldı ki (.....)'ın Rekabet Kurumu incelemesinden çok kısa bir sonra kendi isteğiyle istifasını sunduğu ve görevinden ayrıldığı, akabinde Medicana'da grup satış müdürü pozisyonunda çalışmaya başladığı,
 - Yazışmada geleceğe yönelik bir fiyat mutabakatının bulunmadığı, uzlaşma ya da karşılıklı irade uyuşmasının aksine, sonraki alımlarda SONUÇ'la rekabet edebilmek ve hastaneye daha uygun fiyat teklifi verebilmek için fiyatları öğrenme çabasından ibaret olduğu,

³⁶ Bu kapsamda; "2021 Carbodex Satışları" isimli Excel dosyası ek olarak sunulmuştur.

³⁷ Arçelik ve Vestel'in rekabete duyarlı bilgi değişimi yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası üzerine yürüttüğü soruşturma kapsamında yaptığı değerlendirmede; her ne kadar Arçelik'ten 2014-2017 yılları arasında tek taraflı olarak Vestel'e birtakım bilgiler gittiğini tespit etmiş olsa da, bu durumun bilgi değişiminden ziyade Arçelik'ten Vestel'e bilginin sızdırılması olduğu, şirket yönetiminin durumdan haberdar olmadığı ve "ortak irade unsuru"nun vücut bulmadığı gerekçeleriyle teşebbüsler arasında bir anlaşma ya da uyumlu eylemin varlığından bahsedilemeyeceği ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilmediği kanaatine varmıştır. bkz. Kurulun 02.01.2020 tarih, 20-01/13-5 sayılı Kararı.

- İhlale dayanak olarak yalnızca anılan belgenin gösterildiği ve belgenin ispat standardından uzak olduğu,

hususları ifade edilmiştir.

(98) Dikey ihlal iddiasına ilişkin olarak SONUÇ tarafından gönderilen yazılı savunmada;

- Söz konusu fiyatların tavsiye niteliğinde olacak şekilde SONUÇ ile paylaşıldığı,
- 2015–2017 yılları arasında, sektörde yeni bir oyuncu olmanın beraberinde getirdiği tecrübesizlikler nedeniyle SONUÇ'un kimi zaman yeniden satış fiyatına ilişkin olarak tedarikçisi GÜL'den tavsiye vermesini talep ettiği, ancak bu fiyatlara çoğu zaman uyulmadığı ve herhangi bir sözlü/yazılı uyarı veya yaptırımın söz konusu olmadığı,
- Soruşturma Heyeti'nin çoğunluk görüşünde yanılığa neden olan hususun, yazışmalarda bulunan ve yer yer emir kipiyle oluşturulan ifade biçimleri olduğu,
- Günlük dil kullanımında ve iletişimde, kişilerin samimiyetine bağlı olarak ortaya çıkması çok doğal olan bu ifade biçimlerinden yola çıkılarak ve herhangi bir uygulama tespit etmeksizin ihlal kanaatine ulaşılmaması gerektiği,
- Bu bakımdan "*Ataxil olarak stokta var, sana maliyeti 35 TL, 80 TL gibi fiyat vermelisin*" ifadesinin yaklaşık bir fiyat içerdiği, kullanılan üslup ve maliyetin de ayrıca belirtiliyor olması yönleriyle dikkat çekici olduğu,
- SONUÇ'un hastanelere yapacağı satış fiyatlarını tek başına aldığı kararlarla belirlediği, nitekim teşebbüsün, birçok kez tedarikçiler tarafından kendisine tavsiye edilen fiyatların oldukça altında satış gerçekleştirdiği, bu durumun hipotetik bir ihlalin etki doğurmadığını da gösterdiği,
- Soruşturma Raporu'nda, GÜL tarafından SONUÇ'un yeniden satış fiyatının belirlenmesi uygulamasının *yaygın ve sistematik* olmadığını belirttiği, öte yandan yeniden satış fiyatının belirlenmesi için uygulamanın *yaygın ve sistematik* olması gerektiği,
- Soruşturma Raporu'nda, yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin Kurulun "Henkel", "Sony" ve "Bellona" kararlarına atıfta bulunulduğu görülmekle birlikte mevcut dosyanın ispat standardı açısından bu üç dosya ile çok büyük ölçüde ayrıştığı, dolayısıyla yapılan kıyaslamaların yerinde olmadığı;
 - o Henkel ve Bellona kararlarında yeniden satış fiyatının belirlendiğini açık bir şekilde gösterir nitelikte birçok belgenin bulunduğu,
 - o Sony kararında ise, her ne kadar yeniden satış fiyatının belirlendiğine işaret eden görece az sayıda belge elde edilmiş olsa da, yapılan etki analiziyle ihlalin varlığının net bir şekilde ortaya konulduğu,
 - o Mevcut dosyanın, gerek belgelerin nitelik ve niceliği ve gerekse herhangi bir etki analizinin yapılmamış olması yönleriyle bu kararlardan ayrıştığı,
 - o Soruşturma Heyetince yapılacak bir etki analizinin, SONUÇ'un yeniden satış fiyatının GÜL tarafından belirlenmediğini destekleyeceği,
- Belgelere konu olan ilaç satışlarının tamamına yakınında GÜL tarafından tavsiye edilen fiyatların SONUÇ tarafından uygulanmadığı ve bu durumun farklı görüşle de tespit edildiği,

- GÜL tarafından SONUÇ'un yeniden satış fiyatının belirlendiği değerlendirmesinin gerçek durumu yansıtmadığı, bununla birlikte, bu husustaki ihlal kanaatinin korunması halinde, SONUÇ'un, yeniden satış fiyatına müdahale edilen taraf olarak herhangi bir ihlal isnadıyla karşı karşıya kalmaması gerektiği

hususları ifade edilmiştir.

- (99) SONUÇ tarafından mali tabloların paylaşılmasına ilişkin olarak ise mizan paylaşımlarının tedarikçilerin talepleri çerçevesinde gerçekleştiği, SONUÇ tarafından hiçbir teşebbüsten mizan talep edilmediği ve mizan paylaşımının durdurulması noktasında Rekabet Kurumu'nun sektörün geneline yönelik bir karar ya da uygulama yoluna gitmesi gerektiği belirtilmiştir.

I.4.2.2. Savunmaların Değerlendirilmesi

I.4.2.2.1. Yatay İhlal İddialarına İlişkin Yapılan Savunmalara Yönelik Değerlendirmeler

Etki ve Amaca Yönelik Savunmaların Ortak Değerlendirmesi

- (100) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, "belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar" yasaklanmaktadır.
- (101) İlgili kanun maddesinden görülebileceği üzere, 4054 sayılı Kanun; rekabetin engellemesi, bozulması veya kısıtlanması noktasında hem amaç hem de etki yönünden kapsayıcı bir tanımlama yapmaktadır. Bu minvalde 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesi uyarınca teşebbüsler arasındaki rekabet karşıtı bir anlaşmanın salt etki doğurmaması, eylemin ihlal boyutunu değiştiren bir unsur olarak değerlendirilmemektedir. Zira rekabet hukukundaki anlaşma kavramı geniş bir yelpazede yorumlanabilecek teşebbüsler arası iradelerin uyuşması (*concurrances of will*) temeline dayanmaktadır. Bu bakımdan teşebbüslerin rekabet karşıtı düşünce veya davranışlarını, fiziki bir belge veya sözlü beyanlarıyla şekillendirmesinin, rekabet terminolojisi bakımından "anlaşma" durumunu değiştirecek bir farkı yaratmadığı da görülebilmektedir³⁸.
- (102) Bu bilgiler ışığında, soruşturma sürecinde elde edilen ve rekabetçi açıdan ciddi endişeler barındırdığı değerlendirilen 14.01.2021 tarihli belgede yer alan tespitlerin detaylı analizine aşağıda yer verilmektedir.
- İlgili yazışmada SONUÇ'un özel hastaneler satış müdürü olan (.....) ile GÜL çalışanı (.....) arasındaki konuşmalarda, SONUÇ'un geçmiş bir satış işlemine ilişkin tedarikte zorlandığı bir ürüne yönelik, GÜL'den talepte bulunma düşüncesi olduğu tespiti, teşebbüslerden gelen savunmalarla doğrulanmaktadır.
 - Bununla beraber yazışmanın başlangıç evresinde SONUÇ çalışanı tarafından, "Dostum iptal et fiyat farkı olursa bir esprisi olmaz, hallettim bir şekilde" denilmektedir. Bu ifadenin yorumlanmasına yönelik, SONUÇ'un GÜL'den bir alım yapma düşüncesinin olduğu ancak bu alımın başka bir kanaldan yapıldığı veya yapılacağı için işlemten vazgeçtiği tespitine ulaşılabilecektir.
 - Teşebbüslerden gelen savunmalarda da SONUÇ'un bahsi geçen işleme ilişkin 07.01.2021 tarihinde sipariş aldığı ancak ürünün tedarikinde sorun yaşadığı için GÜL'e yöneldiği ve satışın ortak satış yapılan bir alıcı olan MEDİCANA'ya

³⁸ Bkz. Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz

yapılacağı belirtilmektedir. Bununla beraber savunmalarda ilgili işlemin şartlarının hâlihazırda (07.01.2021 tarihinde) belirlenmiş olduğu ve bahsi geçen tedarikin GÜL'den gerçekleşmediği, dolayısıyla bu konuşmanın bir hükmü veya etkisinin bulunmadığı dile getirilmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ise rekabet karşıtı bir amaç veya etki doğuran anlaşmaların ilgili Kanun'u ihlal ettiğini oldukça net bir şekilde ortaya koymaktadır. Dolayısıyla işlemin ticari şartlarının geçmişte belirlenmiş olması veya işlemin hiç gerçekleşmemiş olması, teşebbüs çalışanlarının rekabet karşıtı ortak bir amaç veya iradede bulunduğu gerçeğini değiştirmemekte ve 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesinin kapsamından çıkarmamaktadır.

- Devam eden kısımlarda, GÜL çalışanının *"Abi bu ürünleri çok dibe girerek vermiyorsundur dimi Birbirimizi vurmayalım"* ve *"hastaneler bizi birbirimize vurdurmasın"* ifadelerine karşılık olarak SONUÇ çalışanı tarafından sırasıyla, *"Yok girmiyorum"* ve *"Hiç işim olmaz para kazanmadıktan sonra"* cevabı verilmiştir. Bu diyalog teşebbüslerin karşılıklı olarak rekabet karşıtı iradelerini açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim *"fiyat farkı oldursa bir espirisi olmaz"* ve *"hastaneler bizi birbirimize vurdurmasın"* ifadeleri, rekabet karşıtı amaç usurunu ortaya koymak bakımından izahat varededir. Benzer olarak, GÜL'ün *"bu ürünleri çok dibe girerek vermiyorsundur dimi"* sorusuna, SONUÇ çalışanının *"yok girmiyorum"* şeklinde cevap vermesi, teşebbüslerin karşılıklı olarak ortak bir iradeye vardığının net bir kanıtıdır. Zira ürünlerin *"dibe girilerek verilmemesi"* ifadesi, satış fiyatının çok düşük tutulmaması temennisine denk düşmekte ve tüketici refahının en temel belirleyicisi olan fiyatın yapay (piyasanın kendi dinamikleri dışında) olarak yukarı doğru çekilmesine aracılık etmektedir.
- Teşebbüslerin karşılıklı olarak rekabet karşıtı bir amaca yönelik ortak bir iradede bulunduğu tespitini güçlendirmek için konuşmanın devamının incelenmesi yeterli olmaktadır. Konuşmanın devamında GÜL çalışanı; *"sen şimdi 60'a vermişsindir bunu oraya"* ve *"... ucuz verme sen devayı biz varız orada"* ifadelerini kullanmaktadır. SONUÇ çalışanı ise bu ifade sonrasında *"Aslaaa"* diyerek GÜL çalışanının talimat üslubundaki fiyat düşürme ifadesine cevaben kuvvetli bir olumlu dönüş yapmaktadır. Ayrıca, teşebbüslerin konuya ilişkin savunmalarında belirttiğinin aksine, konuşmayı yapan kişilerin bu işlemin halihazırda gerçekleştiğine yönelik bir fikri olmadığı dolayısıyla geleceğe yönelik ortak bir davranış planlamasının yapıldığı açıkça görülmektedir.
- Konuşmanın son bölümünde ise GÜL çalışanının, SONUÇ'un *ucuz vermesi* durumuna yönelik *"çok sıkıntı oluyor"* ifadesini kullanması ise rakipler arası fiyat rekabetinden kaynaklanabilecek karlılığın azalmasına işaret etmekte ve yukarıda yer alan tespitleri tamamlamaktadır.

(103) Yukarıda da defaatle ifade edilmesine karşın, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca rekabet karşıtı bir amaç yahut etki taşıyan her türlü anlaşmanın ilgili Kanun'u ihlal ettiği ve teşebbüslerin rekabet karşıtı amaçlarının ilgili Kanun'u ihlal eder niteliğinin, incelenen davranışın rekabet karşıtı bir etkisinin doğup doğmamasından bağımsız olduğu görülmektedir.

(104) Yukarıda yer alan rakip teşebbüs çalışanları arasındaki konuşmalarda, teşebbüslerin piyasadaki rekabetin temel belirleyicilerinden fiyata yönelik belirsizliği azaltacak bilgi değişiminde bulunması ve fiyatların düşük tutulmasına yönelik sergiledikleri ortak irade açık bir şekilde gözlemlenmektedir.

- (105) Sonuç olarak, incelenen konuşmaların geçmişte gerçekleşen bir işleme yönelik olduğu ve belgedeki konuşmaların hükümsüz olduğuna yönelik teşebbüslerin savunmalarında ortak olarak yer verdiği açıklamaların kabul edilebilir nitelikte olmadığı ve rekabetin amaç yönünden engellendiği gerçeğini değiştirmeyeceği değerlendirilmektedir.

GÜL'den Gelen Yatay Nitelikli Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

- (106) Yukarıda yer alan açıklamaların yanı sıra, GÜL'den gelen savunmalarda, yazışmayı gerçekleştiren teşebbüs çalışanının, şirket yetkililerinin bilgi ve onayları dışında, tamamen kendi inisiyatifi ile ilgili konuşmaları gerçekleştirdiği ancak konuya ilişkin bir yetkisinin bulunmadığı ifade edilmektedir. Savunmada, ilgili çalışanın 2020 Kasım tarihinde rekabet hukuku kurallarını içeren bir eğitim dahi aldığı bilgisine de yer verilmektedir.
- (107) Teşebbüs çalışanlarının, rekabet ihlallerin gerçekleşmesi noktasındaki sorumluluğu Kurulun birçok kararında açık bir şekilde ortaya konulmaktadır³⁹. Konuşmaları gerçekleştiren teşebbüs çalışanının, ilgili tarihteki pozisyonu doğrudan genel müdür pozisyonuna bağlı sipariş ürün takip sorumlusudur. Dolayısıyla, doğrudan genel müdüre bağlı çalışan bir kişinin gerçekleştireceği rekabet karşıtı eylemin hukuki sorumluluğunun teşebbüsü bağlayacağı hususunun izahına gerek duyulmamaktadır.
- (108) Konuya ilişkin daha vahim olan durum ise teşebbüs çalışanının bu konuşmanın gerçekleşme tarihinden önce rekabet hukukunu içeren bir eğitim alması olarak değerlendirilebilecektir. Nitekim bu husus kişinin, rekabet karşıtı söylemlerini ifade ederken konunun yasa dışı sınırlarının farkında olduğuna delalet edilmektedir. Dolayısıyla teşebbüsün bu savunmasının rekabetçi perspektif içerisinde nasıl anlamlandırılması gerektiği net olarak anlaşılamamıştır.
- (109) Teşebbüsten gelen savunmalarda bir diğer dikkat çeken husus ise Soruşturma Raporu'nda yer alan farklı görüşe yönelik açıklamaların tam olarak anlaşılamamış olması ihtimali üzerinedir. Bu doğrultuda ilgili farklı görüşün, Soruşturma Raporu'ndaki dikey boyutlu yeniden satış fiyatının tespitine yönelik değerlendirmelere ilişkin olduğu ve teşebbüslerin yatay boyutlu ihlal değerlendirmelerinde, Soruşturma Raporu ile hemfikir olduğu belirtilmelidir.

SONUÇ'tan Gelen Yatay Nitelikli Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

- (110) SONUÇ'tan gelen savunmalar değerlendirildiğinde, ilk olarak ihlale dayanak olarak yalnızca bir belgenin yer almasının, ispat standardını sağlamaktan uzak olduğu açıklamasına yer verilmektedir. Buna karşın, teşebbüsler arasında rekabet karşıtı bir anlaşmanın ispat edilmesi açısından, nicelikten ziyade niteliğin ön plana çıktığının vurgulanması önem arz etmektedir. Bir başka ifadeyle rekabet kanunları açısından belgelerin yasa dışı bir davranışı ispat etme gücünün, rekabetçi endişeleri doğurma ihtimali ile doğru orantılı olduğu söylenebilecektir.
- (111) SONUÇ'tan gelen bir diğer savunma ise yazışmaları gerçekleştiren teşebbüs çalışanının üst yönetimin tamamen bilgisi dışında ve görev kapsamına aykırı olarak hareket etmesi üzerinedir. Bu kapsamda geçmişte olması gerektiği şekliyle tamamlanmış bir satış işlemine yönelik bahse konu kişinin yaptığı yazışmaların hükümsüz olduğu ve bu kişinin vazifesi olmayan bir tedarik işlemini gerçekleştirmeye çalışmasının bu hususu destekler nitelikte olduğuna yer verilmektedir.

³⁹ Rekabet Kurulunun 10.04.2008 tarih ve 08-28/319-103 sayılı kararı; Rekabet Kurulunun 10.02.2000 tarih ve 00-6/53-25 sayılı kararı; Kurulun 02.01.2020 tarih ve 20-01/13-5 sayılı *Arçelik-Vestel Kararı*.

- (112) Teşebbüs çalışanlarının, rekabet ihlallerin gerçekleşmesi noktasındaki sorumluluğu Kurulun birçok kararında açık bir şekilde ifade edilmektedir⁴⁰. Konuşmaları gerçekleştiren SONUÇ çalışanının şirketti pozisyonunun “özel hastaneler satış müdürü” olması ise yapılacak bir satışa ilişkin tedarik imkânlarını değerlendirme noktasında uygun bir pozisyon olarak görülebilmektedir. Bununla birlikte, özel bir hastaneye yapılacak satışların konuşulduğu ve rekabet karşıtı olduğu değerlendirilen karşılıklı diyalogların gerçekleştiği tarihte, ilgili çalışanın gerek şirketteki üst düzey konumu gerekse de konuşmanın konteksti dikkate alındığında, ilgili şahsın rekabet karşıtı davranışlarının teşebbüsün sorumluluğu altında olduğunun izahına gerek duyulamayacağı kanaatine ulaşılmaktadır.
- (113) Ayrıca, SONUÇ’tan gelen savunmalarda konuşmaları gerçekleştiren teşebbüs çalışanının tek taraflı saikleri sebebiyle gerçekleştirmiş olduğu davranışlarından SONUÇ’un sorumlu tutulmaması gerektiğini desteklemek üzere Kurulun *Arçelik-Vestel* ve Danıştay Onüçüncü Dairesi’nin 16.02.2010 tarih ve 2007/9330 Esas numaralı ve 2010/1325 sayılı kararına da yer verilmektedir.
- (114) Savunmada *Arçelik-Vestel Kararı’na* ilişkin; *“Arçelik’ten 2014-2017 yılları arasında tek taraflı olarak Vestel’e birtakım bilgiler gittiğini tespit etmiş olsa da, bu durumun bilgi değişiminden ziyade Arçelik’ten Vestel’e bilginin sızdırılması olduğu, şirket yönetimlerinin durumdan haberdar olmadığı ve “ortak irade unsuru”nun vücut bulmadığı gerekçeleriyle teşebbüsler arasında bir anlaşma ya da uyumlu eylemin varlığından bahsedilemeyeceği ve 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin ihlal edilmediği kanaatine varmıştır”* denilmektedir.
- (115) Savunmada da isabetle belirtildiği üzere ilgili Kurul kararında, teşebbüsler arası ortak bir bilgi akışından değil, Arçelik Pazarlama A.Ş.’deki (ARÇELİK) teşebbüs çalışanları tarafından tek taraflı olarak Vestel Ticaret A.Ş.’ye aktarılan ticarete hassas bilgilerin rekabet kanunları açısından bilgi değişimi niteliği incelenmektedir. Bununla birlikte, ilgili Kurul kararının, ARÇELİK’in Kurula yaptığı pişmanlık başvurusu kapsamında alındığının belirtilmesi önem arz etmektedir. Zira pişmanlık başvurusunda bulunan ARÇELİK dahi söz konusu başvurunun, tek taraflı olan bu bilgi akışının Kurum tarafından yapılacak olası bir incelemede “kartel” olarak nitelendirilebileceği endişesiyle yapıldığını ifade etmektedir⁴¹. Bu ifade aynı zamanda, üst yönetimin bilgisi olmasa dahi yapılan bu konuşmaların rekabet karşıtı niteliğe sahip olabileceğinin de üstü kapalı bir kabulü olarak değerlendirilebilmektedir. Bir başka anlatımla, yapılacak bir karşı olgusal analiz senaryosunda, tek taraflı bilgi akışına yönelik belgelerin, pişmanlık başvurusu yerine bir rekabet incelemesi içerisinde ortaya çıkarılması halinde, belgelerin teşebbüsler arasında kurulan bir kartele yorumlanabileceği ARÇELİK tarafından dolaylı olarak kabul edilmektedir.
- (116) Savunmada konuya yönelik örnek gösterilen bir diğer kararda ise Danıştay Onüçüncü Dairesi’nin Rekabet Kurulunun 16.03.2007 tarih ve 07-24/236-76 sayılı kararına yönelik değerlendirmelerine yer verilmektedir. İlgili Danıştay kararında savunmada yer verildiği şekliyle: *“ihlal içeriği barındıran belgelerde imzası bulunan kişi ile davacı teşebbüs arasındaki ilişkisinin belirsiz olduğu gerekçesiyle söz konusu belgelerin teşebbüs aleyhine delil olarak kullanılamayacağı”* belirtilmektedir. Savunmada Danıştay’ın ilgili kararına istinaden: *“davacı şirket ile ilişkisinin belirsiz olduğu kişilerden elde edilen belgeler çerçevesinde teşebbüs hakkında yapılan ihlal tespitinde hukuka*

⁴⁰ Rekabet Kurulunun 10.04.2008 tarih ve 08-28/319-103 sayılı kararı; Rekabet Kurulunun 10.02.2000 tarih ve 00-6/53-25 sayılı kararı; Kurulun 02.01.2020 tarih ve 20-01/13-5 sayılı *Arçelik-Vestel Kararı*.

⁴¹ *Arçelik-Vestel Kararı*, s.5.

uyarılılık bulunmadığı” denilmektedir. Lakin somut olay çerçevesinde yazışmaları gerçekleştiren SONUÇ çalışanının, yazışmaların gerçekleştiği tarihte özel hastaneler satış müdürü olarak teşebbüs bünyesinde görev yaptığı gerçeği göz önüne alındığında, teşebbüs ile bahse konu çalışan arasındaki ilişkinin yasal çerçeve içerisinde belirsiz bir nitelikte olmadığı açıkça görülebilmektedir.

- (117) Konuşmaları gerçekleştiren teşebbüs çalışanının görevini ifa ederken arka planda tasarladığı ve rekabet hukuku kapsamında olmayan yasa dışı davranışlarının ise teşebbüsün kendi sorumluluğunda bulunduğu ve konunun yetkili merciler tarafından ele alınmasının daha uygun olacağı değerlendirilmektedir.

1.4.2.2.2. Dikey İhlal İddialarına İlişkin Yapılan Savunmalara Yönelik Değerlendirmeler

- (118) Dikey rekabete ilişkin elde edilen belgelerde geçen yeniden satış fiyatının belirlenmesi izlenimi veren ifadelerin, talimat değil de tavsiye niteliğinde olduğu değerlendirildiğinden SONUÇ ve GÜL tarafından bu hususta yapılan savunmalar kabul edilmiştir.

1.4.2.2.3. Ayrıntılı Mizan Paylaşımına İlişkin Savunmanın Değerlendirilmesi

- (119) GÜL tarafından yapılan savunmada söz konusu uygulamanın rekabet hukuku açısından değerlendirilecek hiç bir yönünün bulunmadığı ifade edilmiştir. SONUÇ tarafından ise mali tabloların paylaşılmasına ilişkin olarak ise mizan paylaşımlarının tedarikçilerin talepleri çerçevesinde gerçekleştiği ve SONUÇ tarafından hiçbir teşebbüsten mizan talep edilmediği belirtilmiştir.
- (120) Öncelikle bir konunun rekabeti ilgilendirip ilgilendirmediğinin nihai değerlendirmesini yapmak Rekabet Kurumu'nun uhdesinde ve sorumluluğundadır. Taraflar açısından söz konusu ayrıntılı mizan paylaşımının ihlal olarak değerlendirilmemiş olmasının en önemli gerekçesi, söz konusu uygulamalar döneminde taraflar arasında bir rakiplik ilişkisinin olmamasıdır. Ancak ilerleyen dönemde her iki teşebbüs de ilgili pazar içerisinde rekabet eden faaliyetlerde bulunmaya başlamıştır. Ancak ayrıntılı mizan paylaşımı, daha önceki bir evrede gerçekleştiği için ihlal olarak değerlendirilmemiştir.
- (121) Mizan paylaşımı ile hususta dikkat edilmesi gereken nokta, “ayrıntılı mizan”ın “rakipler arasında” paylaşılıp paylaşılmadığı noktasıdır. Dosya kapsamında yapılan değerlendirmelerde bu husus özellikle vurgulanmıştır. Çünkü ayrıntılı mizan içerisinde yardımcı hesaplar altında müşteri isimleri, tedarikçi isimleri, üretim maliyetleri, üretim-satım miktarları, ayrıntıları ile ciro bilgileri, satış rakamları, kapasite, pazarlama bütçesi, taşıdığı riskleri, yatırımlar, araştırma ve geliştirme harcamaları vb. hususlarla ilgili, bir teşebbüs için stratejik önemde çok sayıda bilgi yer almaktadır. Ayrıntılı mizan içerdiği bu bilgiler itibarıyla rakipler arası stratejik bilgi değişimine konu olabileceğinden rekabetçi davranışların koordinasyonu amaç ve/veya etkisini doğurma tehlikesi bulunmaktadır.
- (122) Teminat aracı olarak finansal tabloların rakip teşebbüsler arasında paylaşımı rekabet hukuku açısından her bir olay bazında değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bununla birlikte; ayrıntı düzeyine göre genel itibarla sorun teşkil edebilecek bir yönünün olduğu değerlendirilmektedir. Teminat gösterme zorunluluğunun rekabetçi belirsizliği ortadan kaldırmayan başka yollarla giderilmesi gerekmektedir.
- (123) Tarafın iddia ettiği gibi rakip teşebbüsler arası ayrıntılı mizan paylaşımının varsa yaygın olması, bu uygulamayı meşru hale getirmedeği gibi; bu tür uygulamaların içeriği itibarıyla müşteri portföyü, tedarikçi bilgileri, elde edilen ciroların ayrıntılı olarak nerelerden elde edildiğini ifşa etmesi, yatırım durumları gibi normal koşullarda bir

teşebbüs için en stratejik bilgileri ihtiva etmesi sebebiyle rekabete duyarlı bilgilerin değişimi niteliği taşıdığı için rekabet ihlali kapsamında değerlendirilebilecek uygulamalardır. Ayrıca, Rekabet Kurumunun 2013 yılında yayımladığı İlaç Sektör Raporunda rakipler arası ayrıntılı mizan paylaşımının ihlal olarak değerlendirilmeyeceğine ilişkin hiçbir bilgi yer almadığı gibi; anılan raporda konuyla ilgili olarak sadece dikey tedarik ilişkisinden ve teminat mektubundan bahsedilmiştir. Dolayısıyla rakipler arası ayrıntılı mizan paylaşımı, stratejik ve rekabete hassas bilgilerin paylaşımı niteliği taşıdığı durumlarda ihlal olarak değerlendirilebilecek bir husustur.

I.4.2.2.4. DEVA ve HAVER Tarafından Gönderilen Savunmalara Yönelik Değerlendirmeler

- (124) DEVA ve HAVER'in savunmalarında, dosya kapsamında yapılan değerlendirmeler sonucunda ulaşılan kanaati değiştirecek nitelikte herhangi bir farklı tespit ya da değerlendirme bulunmamıştır.

I.4.3. Genel Değerlendirme

- (125) Yukarıda yapılan tespit ve değerlendirmeler ışığında, haklarında soruşturma yürütülen, GÜL ve SONUÇ unvanlı teşebbüslerin, dosya kapsamında yer verilen belgeden (Belge-100/12-15) açıkça görülebileceği üzere 4054 sayılı Kanun'un belirlediği temel rekabet ilkelerine aykırı olarak ilaç satış fiyatı, satış ve pazarlama koşulları gibi ticari unsurları pazarın kendi rekabetçi dinamikleri dışında belirledikleri anlaşıldığından söz konusu teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri kanaatine ulaşılmıştır.
- (126) Bununla beraber, SONUÇ'un nihai satış fiyatının GÜL tarafından belirlendiği izlenimi veren belgelerde geçen ifadelerin, talimat değil de tavsiye niteliğinde olduğu değerlendirildiğinden, söz konusu teşebbüslerin yeniden satış fiyatını tespit etmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmedikleri kanaatine varılmıştır.
- (127) SONUÇ ve GÜL'ün soruşturma konusu yatay boyutlu eylemlerinin "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in (Ceza Yönetmeliği) 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında diğer ihlallerden olduğu; rekabet ihlalinin bir yıldan kısa sürmesi sebebiyle herhangi bir artırım yapılmasına gerek olmadığı değerlendirilmiş ve bu çerçevede teşebbüslere uygulanacak temel para cezası oranı % (.....) olarak belirlenmiştir.
- (128) Diğer yandan haklarında soruşturma yürütülen; DEVA ve HAVER unvanlı teşebbüslerin dosya kapsamında yapılan tespit ve değerlendirmeler çerçevesinde 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmedikleri kanaatine ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

(129) 27.02.2020 tarihli ve 20-12/144-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor, Farklı Görüş ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre,

1) Haklarında soruşturma yürütülen,

- Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş.
- Sonuç Ecza Deposu A.Ş.

unvanlı teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte eylemlerde bulduklarına;

2) Anılan teşebbüsler arasında gerçekleşen rekabeti kısıtlayıcı eylemlerin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında muafiyetten yararlanamayacağına;

3) Bu çerçevede aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası uyarınca 2020 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren, % (.....) oranında olmak üzere,

- Gül Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye 4.605.320,74.-TL
- Sonuç Ecza Deposu A.Ş.'ye 1.408.899,08.-TL

idari para cezası uygulanmasına;

4) Ayrıca haklarında soruşturma yürütülen;

- Deva Holding A.Ş.
- Haver Farma İlaç A.Ş.

unvanlı teşebbüslerin mevcut durum itibarıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmediklerine, dolayısıyla söz konusu teşebbüslere 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası verilmesine gerek olmadığına,

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