

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2018-3-11 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 19-15/215-95
Karar Tarihi : 11.04.2019

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER: Nesrin ATA, Çiğdem Gizem OKKAOĞLU, Osman Can AYDOĞDU

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Çınar Ecza Deposu ve Dış Tic. A.Ş.
Temsilcileri: Av. Mehmet N. AYTEKİN, Av. İbrahim ERDOĞAN
İnönü Mah. Cumhuriyet Cad. No:81 K:8 Elmadağ Şişli, İstanbul

D. HAKKINDA SORUŞTURMA

YAPILANLAR : - Novartis Sağlık Gıda ve Tarım Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.
- Alcon Laboratuvarları Tic. A.Ş.
Temsilcileri: Av. Turgan GÜRME
Akatlar Mah. Meydan Cad. Meydan Apt. 6-9 Beşiktaş, İstanbul

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Novartis Sağlık Gıda ve Tarım Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.'nin Çınar Ecza Deposu ve Dış Tic. A.Ş.'ye mal vermeyi keserek hâkim durumunu kötüye kullandığı ve birlikte çalıştığı ecza depolarına, diğer ecza depolarına satış yapmamaları konusunda zorlamada bulunarak ilaç sektörünün toptan satış seviyesindeki rekabeti engellediği iddiası.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle;

- Çınar Ecza Deposu ve Dış Tic. A.Ş.'nin (ÇINAR) ecza deposu olarak faaliyet gösterdiği, şikâyet edilen Novartis Sağlık Gıda ve Tarım Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.'nin (NOVARTİS) ilaç üreticisi olduğu ve NOVARTİS'in çoğunluk hisselerine sahip olduğu Alcon Laboratuvarları Ticaret A.Ş.'nin (ALCON) üretim seviyesinde faaliyet gösterdiği,
- NOVARTİS ve ÇINAR arasında 06.04.2017 yürürlük tarihli, NOVARTİS ve ALCON ürünlerinin satışına yönelik Genel Satış Sözleşmesi (Sözleşme) akdedildiği,
- 31.05.2017 tarihinde Sözleşme'nin 4. maddesine dayanılarak NOVARTİS tarafından ÇINAR'a noter aracılığıyla fesih ihtarnamesi gönderildiği ve söz konusu ihtarnamenin tebliğinden itibaren bir ay sonra Sözleşme'nin sona erdirildiği, ancak haklı bir neden gösterilmediği,
- Piyasa koşullarında eczanelerin farklı üreticilere ait tüm ilaç ihtiyaçlarını tek bir depodan gidermeyi tercih ettikleri düşünüldüğünde, ÇINAR'ın NOVARTİS ürünlerine ilişkin talepleri karşılayamaması sebebiyle yıllardır müşterisi olan eczanelerle olan ticari ilişkilerinin sona erdiği,
- ÇINAR tarafından NOVARTİS ilaçlarının diğer ecza depolarından tedarik edilmeye çalışıldığı, ancak depoların NOVARTİS ile yapmış oldukları anlaşmaya göre ecza depolarının kendi aralarında satış yapmaları yasaklandığı için diğer depolardan düzenli ilaç temin edemedikleri,

- Bu kapsamda 01.11.2017 tarihinde ÇINAR'dan gelen talebe Denge Ecza Deposu Ticaret A.Ş. (DENGİ) yetkilisi tarafından gönderilen e-postada "Novartis'le olan sözleşmem gereği onayları olmadan (eczane harici) başka hiçbir paydaşa malesef ürün faturalandıramam..." şeklinde cevap verildiği,
- Yine, İstanbul Galenos Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş. (GALENOS) yetkilisinin ÇINAR tarafından 12.12.2017 tarihinde gönderilen talebe, aynı gün e-posta ile "Novartis firması ile yaptığımız sözleşmeden dolayı eczane haricinde satış yapamıyorum." şeklinde yanıt verdiği,
- ÇINAR'ın zararının sadece NOVARTİS ve ALCON ürünleri satamamasından değil, bu ilaçları ÇINAR'dan temin edemeyen eczanelerin diğer üreticilere ait ilaçları da ÇINAR'dan talep etmemesinden kaynaklandığı,
- NOVARTİS'in ecza depolarına diğer depolara satış yapma yasağı niteliğinde olabilecek eylemlerin rekabeti bozma amacı taşıyorsa bile etkileri itibarıyla rekabeti bozucu nitelikte olabileceği

ifade edilerek 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) kapsamında gereğinin yapılması talep edilmektedir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 26.01.2018 tarih ve 887 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 09.02.2018 tarih ve 2018-3-11/İİ sayılı, İlk İnceleme Raporu Rekabet Kurulunun (Kurul) 15.02.2018 tarihli toplantısında görüşülmüş ve iddialar hakkında 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası uyarınca önaraştırma yapılmasına 18-05/84-M sayı ile karar verilmiştir.
- (4) Önaraştırma kapsamında 17.05.2018 tarih ve 6361 sayı ile ÇINAR'dan bilgi talep edilmiştir. Söz konusu bilgi talebine istinaden 28.05.2018 tarih 4193 sayı ile cevabi yazı gönderilmiştir. Ayrıca NOVARTİS yetkilileri ile 22.05.2018 tarihinde Kurum binasında bir görüşme gerçekleştirilmiş ve söz konusu görüşmede tutanak ile yöneltilen sorulara NOVARTİS'ten gelen cevabi yazı 29.05.2018 tarih ve 4214 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (5) Yapılan önaraştırma sonucunda düzenlenen 12.06.2018 tarih 2018-3-11/ÖA sayılı rapor, 21.06.2018 tarihli Kurul toplantısında görüşülmüş ve NOVARTİS ile ALCON hakkında soruşturma açılmasına 21.06.2018 tarih ve 18-20/349-M sayı ile karar verilmiştir.
- (6) Soruşturma bildirimleri 03.07.2018 tarihinde 8280 sayı ile ALCON'a, 8337 sayı ile NOVARTİS'e tebliğ edilmiş olup, söz konusu bildirim ALCON ve NOVARTİS tarafından 05.07.2018 tarihinde tebellüğ edilmiştir. ALCON ve NOVARTİS'in birinci yazılı savunmaları, 03.08.2018 tarihinde sırasıyla 5538 ve 5539 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (7) Soruşturma döneminde 13.09.2018 tarih ve 11277 sayı ile İstanbul, Ankara, İzmir, Adana ve Kayseri'de bulunan bazı ecza depolarından bilgi talep edilmiştir. Uzmanlar İlaç Ecza Deposu Med. Ür. Tic. A.Ş.'nin cevabi yazısı (UZMANLAR) 21.09.2018 tarih ve 6831 sayı, Medifar Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nin cevabi yazısı (MEDİFAR) 21.09.2018 tarih ve 6833 sayı, Selçuk Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş.'nin cevabi yazısı (SELÇUK) 24.09.2018 tarih 6856 sayı, Öz-sel Ecza Depoları Tic. ve Pazarlama A.Ş.'nin cevabi yazısı (ÖZSEL) 24.09.2018 tarih ve 6867 sayı, Akay Ecza Deposu San. ve Tic. A.Ş.'nin cevabi yazısı (AKAY) 25.09.2018 tarih ve 6894 sayı, Alliance Healthcare Ecza Deposu Tic. A.Ş.'nin cevabi yazısı (ALLIANCE) 26.09.2018 tarih ve 6948 sayı ve Dekim Ecza ve Kimyevi Maddeler Tic. San. A.Ş.'nin cevabi yazısı (DEKİM) 05.10.2018 tarih ve 7203 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

19-15/215-95

- (8) Ayrıca soruşturma sürecinde 28.11.2018 tarihinde NOVARTİS'te yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir. Yerinde inceleme sonrasında, 30.11.2018 tarih ve 14759 sayılı teşebbüsten bilgi talebinde bulunulmuş ve teşebbüsün cevabi yazısı Kurum kayıtlarına 10.12.2018 tarih ve 8736 sayılı ile intikal etmiştir.
- (9) Yürütülen soruşturma ile ilgili olarak hazırlanan 21.12.2018 tarih ve 2018-3-11/SR sayılı Soruşturma Raporu ve ekleri, 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi gereğince Rekabet Kurulu Üyeleri ile soruşturma taraflarına tebliğ edilmiş ve soruşturma tarafı teşebbüslerin ikinci yazılı savunmaları talep edilmiştir. ALCON ve NOVARTİS'in ikinci yazılı savunması, süresi içerisinde, 04.02.2019 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Soruşturma Heyetince hazırlanan 18.02.2019 tarih ve 2018-3-11-EG sayılı Ek Yazılı Görüş, ALCON ve NOVARTİS tarafından 20.02.2019 tarihinde tebellüğ edilmiştir.
- (10) ALCON ve NOVARTİS'in üçüncü yazılı savunmaları yasal süreleri içerisinde sırasıyla 18.03.2019 tarih ve 1938 sayılı ve 18.03.2019 tarih ve 1940 sayılı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiş olup, soruşturma süreci tamamlanmıştır. Soruşturma süreci boyunca taraflar sözlü savunma talebinde bulunmamıştır.
- (11) Hazırlanan 19.03.2019 tarih ve 2018-3-011/BN-1 Bilgi Notu, Kurulun 28.03.2019 tarihli toplantısında görüşülmüş ve sözlü savunma toplantısı yapılmasına gerek olmadığına 19-13/164-M sayılı karar verilmiştir. Kurul, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor, Ek Görüş, toplanan deliller, savunmalar ve incelenen dosya muhteviyatına göre 11.04.2019 tarihli toplantısında, 19-15/215-95 sayılı ile nihai kararını vermiştir.
- (12) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; yürütülen soruşturma sonucunda, NOVARTİS ve ALCON'un 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiğine yönelik bir bulguya ulaşılamadığı dolayısıyla adı geçen teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Şikayetçi ve Taraf Teşebbüsler Hakkında Bilgi

I.1.1. Başvuru Sahibi: Çınar Ecza Deposu ve Dış Tic. A.Ş. (ÇINAR)

- (13) ÇINAR, 19 ortaklı yapısı ile eczanelere, ecza depolarına, kamu hastanelerine ve özel hastanelere ilaç tedarik etmektedir. Bunun yanında teşebbüsün yalnızca K.K.T.C.'de bulunan ecza depolarına ihracat yaptığı; ihaleler yoluyla Türkiye'deki kamu hastanelerinin tümüne ve ayrıca İstanbul Avrupa yakasındaki eczanelere ve ecza depolarına satış yaptığı belirtilmektedir. Aşağıdaki tablolarda ÇINAR'ın son 10 yıldaki satışları içinde NOVARTİS grubu ürünlerinin tutar bazında payları ve ÇINAR'ın satışlarının satış kanalları bazında miktar bazında dağılımına yer verilmektedir.

Tablo 1: ÇINAR'ın Satışları İçinde NOVARTİS Grubu Ürünlerinin Tutar Bazında Payları (%)

Yıl	Novartis	Alcon	Sandoz	Novartis Grubu (Toplam)
2009	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2010	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2011	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2012	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2013	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2014	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2015	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2016	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2017	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2018	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: ÇINAR'dan Gelen Bilgi

Tablo 2: ÇINAR'ın Satışlarının Satış Kanalları Bazında Dağılımı

Yıl	Toplam Satış Tutarı (TL)	Eczane (%)	Yurt İçinde Satış Yapan Eczacı Depoları (%)	Doğrudan Yurt Dışı (%)	Özel Hastaneler (%)	Kamu Hastaneleri (%)
2009	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2010	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2011	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2012	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2013	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2014	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2015	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2016	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2017	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2018	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: ÇINAR'dan Gelen Bilgi

I.1.2. Hakkında Soruşturma Yürütülen Teşebbüs: Novartis Sağlık Gıda ve Tarım Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. (NOVARTİS)

- (14) Merkezi İstanbul'da bulunan NOVARTİS'in sermayesinin tamamı Novartis Pharma AG şirketine aittir ve teşebbüs çok uluslu bir şirket grubu olan Novartis Grubu bünyesinde faaliyet göstermektedir. Teşebbüs bağışıklık, kalp-damar, dermatoloji, enfeksiyon, metabolizma, nöroloji, onkoloji, göz, solunum, romatoloji ve transplantasyon gibi farklı tıbbi alanlarda hastalıkların tedavisinde kullanılmak üzere ilaç araştırma ve üretim faaliyetinde bulunmaktadır. Türkiye'de ilaç üretiminde Farmanova Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti. ve NOVARTİS, göz sağlığı alanında ALCON, jenerik ürünler alanında Sandoz İlaç San. Tic. A.Ş. ve Sandoz Grup Sağlık Ürünleri İlaçları San. ve Tic. A.Ş., hammadde üretimi alanında ise Sandoz Syntek San. ve Tic. A.Ş. unvanlı şirketleri ile faaliyet göstermektedir.
- (15) NOVARTİS'in çeşitli ATC-3 sınıflarında üretimini yaptığı toplam (.....) ürünü olup bunlardan (.....) jeneriği bulunmamaktadır. Üretim seviyesinde faaliyet gösteren NOVARTİS'in dağıtım seviyesinde herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır. Aynı şekilde Novartis Grubundaki diğer teşebbüslerin de dağıtım seviyesinde ecza depoculuğu alanında faaliyeti bulunmamaktadır. Teşebbüs 2014 yılında (.....), 2015 yılında (.....), 2016 yılında (.....), 2017 yılında (.....), 2018 yılında ise (.....) farklı ecza deposu ile çalışmıştır.

I.1.3. Hakkında Soruşturma Yürütülen Teşebbüs: Alcon Laboratuvarları Ticaret A.Ş. (ALCON)

- (16) ALCON, Novartis Grubu bünyesinde göz alanında faaliyet göstermektedir. 75 ülkede 20.000'den fazla çalışanı bulunmaktadır. Cerrahi alanda göz içi lensler, viskoelastik solüsyonlar, irrigasyon solüsyonları, fako cihazları, femtosaniye lazerler, verion görüntü güdümlü sistemler, vitrektomi cihazları ve lazer sistemleri; ilaç alanında oftalmik çözelti, enjekte edilebilir solüsyon, steril intra oküler solüsyon, steril göz damlası ve lubrikant göz damlası; ayrıca numaralı kontakt lens, renkli kontakt lens ve lens bakım ürünlerinin üretimi ve satışını gerçekleştirmektedir¹.

I.2. Taraflardan Edinilen Bilgiler

I.2.1. NOVARTİS'ten Edinilen Bilgiler

- (17) NOVARTİS tarafından gönderilen 29.05.2018 tarih ve 4214 sayılı cevabi yazıda özetle;

¹ Kaynak: <https://www.tr.alcon.com/urunlerimiz>. Erişim Tarihi: 13.12.2018.

- NOVARTİS ile ÇINAR'ın 2006 yılından itibaren çalışmaya başladığı, 2012 yılından itibaren iki teşebbüs arasında yazılı sözleşme yapıldığı ve bu doğrultuda süresi beş seneye kadar uzayabilen Sözleşme akdedildiği,
- Sözleşme'nin 06.04.2017 tarihinde yenilendiği, ancak bazı uyuşmazlıklar sebebiyle Sözleşme'nin 4. maddesine dayanılarak 31.05.2017 tarihli ve 05533 yevmiye numaralı ihtarname ile bir ay önceden bildirimde bulunmak suretiyle Sözleşme'nin usulüne uygun şekilde feshedildiği,
- Nisan 2017'de Irak'tan NOVARTİS kanal yönetim birimine gelen Galvus adlı ürüne dair şikâyet üzerine, NOVARTİS'in söz konusu Galvus ürününün satışının nereye gerçekleştirildiği hakkında ÇINAR'dan bilgi alınmak istendiği,
- ÇINAR'ın, ilk yazılı cevabında anılan ürünün Esenyurt'ta Yusuf Eczanesi'ne satıldığını bildirdiği,
- İlaç Takip Sistemi'nde (İTS) yapılan araştırmada ürünün Yusuf Eczanesi uhdesinde olmadığı, ÇINAR ve Pharma Turca Ecza Deposu Ltd. Şti.² (PHARMA TURCA) arasında satış işleminin gerçekleştirildiğinin görüldüğü, verilen cevapla çelişen bu durumun yeniden ÇINAR'a sorulduğu, alınan cevapta ise Yusuf Eczanesi'nin işletmeyi kapatma kararı aldığı, Yusuf Eczanesi'nin farklı zamanlarda farklı ürünlere ilişkin karekodların aktarımı konusunda talepte bulunduğu, söz konusu Galvus'un da bu ürünlerden biri olduğu ve Yusuf Eczanesi'nin Galvus'un karekodunu ve PHARMA TURCA'nın GLN³ numarasını ÇINAR'a vererek İTS'de ürünle ilgili satış işleminin PHARMA TURCA'ya gerçekleştirilmesini istediği,
- NOVARTİS'in ilerleyen süreçte yapmış olduğu araştırma sonucunda Yusuf Eczanesi'nin kapatılmadığı ve İTS'de aktif bir eczane olarak görüldüğü, İTS kayıtları uyarınca Galvus'un alım satımının ÇINAR ile PHARMA TURCA arasında gerçekleştiğinin tespit edildiği,
- T.C. Sağlık Bakanlığının, ilaç takibini kolaylaştırmak için eczanelerin beşeri tıbbi ürünleri, sadece ilgili ürünü temin ettikleri ecza deposuna iade etmeleri yönünde düzenlemelerinin bulunduğu,
- Somut olayda ÇINAR'ın faaliyeti sona ermiş olsa dahi, Yusuf Eczanesi'nden ürünleri fiilen geri alması ve yeniden satışa yönlendirmesi gerekirken, ürünü karekod aktarımı yapmaksızın mevzuata aykırı olarak PHARMA TURCA'ya gönderdiği,
- ÇINAR'ın söz konusu olaydaki mevzuata aykırı davranışı ve çelişkili beyanları sebebiyle güven ilişkisinin zedelendiği, bunun yanında ÇINAR'ın Sözleşme'nin ihracata ilişkin 3.1. numaralı maddesine aykırı davrandığı, bu sebeplerle Sözleşme'nin 4. maddesine dayanılarak bir ay önceden bildirim yapmak suretiyle Sözleşme'nin feshedildiği

ifade edilmiştir.

- (18) Ecza depolarının kendi aralarında ilaç alım satımı yapmasının NOVARTİS tarafından engellenip engellenmediğine yönelik bilgi talebine cevaben, depolarla yapılan

² PHARMA TURCA, 15'ten fazla ülkede ilaç toptan satışı alanında faaliyet gösteren uluslararası bir şirkettir. Şirket ülkemizde ilaçların toptan satışı ve ticareti alanında faaliyet göstermektedir. Kaynak: <http://www.pharmaturca.com/icerik/about-us.aspx> Erişim Tarihi: 17.12.2018.

³ GLN: Küresel (Global) Lokasyon Numarası. Firmaların işletme adına, ticaret unvanına, ulaşım ve iletişim bilgilerine erişimi sağlayan bir çeşit elektronik kodlama sistemi. GLN numarası her bir teşebbüs için tek olarak belirlenmektedir. Dosya özelinde, İTS'de görülebilen her türlü teşebbüsün de bir GLN numarası bulunmaktadır.

sözleşmelerin maktu olduğu ve bu sözleşmelerde depolar arasında NOVARTİS ürünlerinin alınıp satılmasının önünde bir engel bulunmadığı ifade edilmiştir.

- (19) Soruşturma kapsamında NOVARTİS'ten 30.11.2018 tarih ve 14759 sayı ile bilgi talep edilmiş, cevabi yazı 10.12.2018 tarih ve 8736 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Bahse konu bilgi talebinde, NOVARTİS ile ÇINAR'ın ticari faaliyetine konu olan ürünlerin listesi, söz konusu ürünlerin her birinin etkin maddesi ve ATC-3 bazında pazar payları bilgisi ile NOVARTİS'in ilgili pazarlarda pazar payı %10'dan büyük rakiplerinin isimleri ve rakiplerin aynı döneme ait yıllık bazda pazar payları bilgisi, ayrıca söz konusu listelerde NOVARTİS'in ATC-3'e göre tanımlanan pazarlarda rakibi olmayan ürünlerin patent koruma koşulları ve korumanın hangi yıla kadar devam ettiğine ilişkin bilgi ve Galvus ürününe ait 2017-2018 yıllarında aylık bazda piyasada bulunurluk oranları ve bu üründe bulunurluk sorunları mevcutsa bunun nedenleri ve olası çözüm yollarına ilişkin bilgi ve belge talep edilmiştir.
- (20) NOVARTİS tarafından gönderilen cevabi yazıda ise, önceki açıklamalara ek olarak;
- Galvus ürününün pazarda Galvus 50 mg 56 tablet, Galvus Met 50/850 mg 60 tablet ve Galvus Met 50/1000 mg 60 tablet olmak üzere üç formunun bulunduğu,
 - Söz konusu üç forma ilişkin olarak ecza depolarından her ayın ilk iş gününde alınan ve pazarın minimum (.....) temsil eden stok kutusu sayısı ile pazardaki stok seviyesini ifade eden stok gün sayısı (*stocks in trade (SIT)*) ve IMS verilerine göre aylık toplam satış miktarları incelendiğinde, 2017-2018 yıllarında Galvus'un yukarıda sayılan ikinci ve üçüncü formunda zaman zaman bulunurluk sorunları yaşandığı, mevcut üretim kapasitesinin artan pazar talebine yetmediği dönemlerin bulunduğu,
 - NOVARTİS'in Galvus ürününü Kurtköy tesislerinde ürettiği, üretim tesisindeki film kaplama makinelerinin tam kapasite ile çalışmasına rağmen fabrikanın artan talebi karşılamakta zorlandığı, makinelerin tam kapasite kullanılmaları dolayısıyla ilave bakım ihtiyaçlarının doğduğu,
 - Kurtköy tesislerinde makinaların bakımı için üretime ara verildiği takdirde bunun ürünün bulunurluğu açısından olası etkileri ile ilgili olarak T.C. Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (TİTCK) İlaç Ruhsatlandırma Dairesi Başkanlığının 21.06.2018 tarihli bir yazı ile bilgilendirildiği, söz konusu yazı kapsamında ayrıca artan talebi karşılayabilmek için yurt dışından Türkiye'ye Galvus ithal edilmesi için özel izin talep edildiği ve (.....) kutu Galvus'un Türkiye'ye getirilmesi için T.C. Sağlık Bakanlığında özel ithalat izni alındığı,
 - NOVARTİS'in kısa vadeli bu çözümün yanı sıra, Kurtköy tesislerinde üretim kapasitesini artırmaya yönelik orta vadeli planları olduğu
- ifade edilmiştir.
- (21) Ayrıca edinilen pazar payı bilgisi çerçevesinde, NOVARTİS'in %(.....)'dan fazla paya sahip olduğu ATC-3 düzeyinde ürün grupları ile söz konusu gruplara karşılık gelen ilaç isimleri, ilacın içerdiği etkin maddeler ve 2015-2018 yıllarındaki pazar payı bilgisi aşağıdaki tabloda sunulmaktadır:

19-15/215-95

Tablo 3: NOVARTİS'in ATC-3 Düzeyinde %(.....) Üzerinde Pay Sahibi Olduğu Ürünler ve Pazar Payları (%)

Ürün İsmi	ATC-3 Kodu	ATC-3 Grubu	Etkin Madde	2015	2016	2017	2018
Starlix	A10M	Glinit Antidiyabetikler	Nateglinit	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Galvus	A10N	DPP-IV İnhibitör A-diabs	Metformin Vildagliptin ⁴	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Revolade	B02E	Trombopoietin Agonistler	Eltrombopeg	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Sandostatin	H01C	Hipotalamik Hormonlar	Oktireotit	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Signifor			Pasireotit				
Tobi Solut.Inha	J01K	Aminoglikozitler	Tobramisin	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Afinitor	L01H	Protein Kinaz İn. A-Neo	Everolimus	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Glivec			Imatinib				
Jakavi			Ruksolitinib				
Mekinist			Trametinib				
Tafinlar			Dabrafenib				
Tasigna			Nilotinib				
Tykerb			Lapotinib				
Votrient			Pazopanib				
Zykadia			Ceritinib				
Comtan			Entakapon				
Stalevo	N04A	Anti Parkinson Preps	Levodopa Karbidopa Entakapon	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Lucentis	S01P	Oküler Antineovasküler Ürünler	Ranibizumab	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Vizudyn			Verteporfin				
Desferal	V03F	Demir Bağlayıcı Maddeler	Deferasiroks	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Exjade							

Kaynak: NOVARTİS Cevabi Yazı

I.2.2. ALCON'dan Elde Edilen Bilgiler

- (22) ÇINAR'ın şikâyetinde; NOVARTİS'in ilaç üreticisi olduğu ve NOVARTİS'in çoğunluk hisselerine sahip olduğu ALCON'un da üretim seviyesinde faaliyet gösterdiği, NOVARTİS ve ÇINAR arasında NOVARTİS ile ALCON ürünlerinin satışına yönelik 06.04.2017 tarihli Sözleşme akdedildiği, ancak NOVARTİS tarafından Sözleşme'nin feshedilmesiyle ÇINAR'ın NOVARTİS ve ALCON ürünlerini NOVARTİS'ten temin edemediği ifade edilmiştir. ALCON tarafından sağlanan bilgiye göre ise, ALCON ile ÇINAR arasındaki ticari ilişkinin devam ettiği, söz konusu ilişkiyi gösterir fatura örnekleri gibi belgelerle kanıtlanmak suretiyle beyan edilmiştir. Dolayısıyla, ÇINAR tarafından; ALCON'un NOVARTİS ile aynı ticari bütünlük kapsamında yer alması nedeniyle şikâyet konusu edildiği ve aslında ALCON'un ÇINAR ile sözleşme yapmayı reddetmediği anlaşılmıştır.

I.3. Diğer Ecza Depolarından Edinilen Bilgiler

- (23) Soruşturma aşamasında Türkiye'deki ilaç üreticilerinin hangi durumlarda bir ecza deposunun diğer ecza depolarına ürün satışını yasakladıkları, bu gibi yasakların sözleşmelere yansiyıp yansımadığı, sözleşmelere yansımıyorsa fiilen bu yönde sınırlamalar bulunup bulunmadığı; ecza depolarının birbirlerinden hangi koşullarda,

⁴ GALVUS'un Met Filmtab formlarında "metformin" ve "vildagliptin" etkin maddeleri bulunurken, Tabs formunda yalnızca "vildagliptin" etkin maddesi bulunmaktadır.

hangi sıklıkla ürün talep ettikleri, bu gibi durumlarda taleplerin hangi gerekçelerle reddedildiği gibi hususlar konusunda bilgi edinmek amacıyla İstanbul, Ankara, İzmir, Adana ve Kayseri’de bulunan bazı ecza depolarından bilgi talep edilmiştir.

- (24) UZMANLAR tarafından gönderilen 21.09.2018 tarih ve 6831 sayılı cevabi yazıda; Türkiye’de faaliyette bulunan diğer ecza depolarından NOVARTİS ürünlerini satın almak yönünde bir talep gelmediği, ilaç üreticileri ya da sağlayıcıları ile akdedilen sözleşmelerde diğer ecza depolarına ürün satılmasını engelleyen herhangi bir hükmün bulunmadığı, ayrıca ilaç sağlayıcılarının fiilen de diğer ecza depolarına ürün satılmasını engelleyen uygulamalarının olmadığı ifade edilmiştir.
- (25) MEDİFAR tarafından gönderilen 21.09.2018 tarih ve 6833 sayılı cevabi yazıda; Türkiye sınırları içerisinde faaliyet gösteren diğer ecza depolarının kimi zaman deponun ilaç çeşitliliğini sağlamak amacıyla MEDİFAR’dan ürün satın alma talebinde bulunabildikleri, ilaç sağlayıcıları ile akdedilen sözleşmelerde sözleşmeye konu ilaçların ihracatının önlenmesi amacıyla başka firmalara ürün satılmasını engelleyen hükümlerin bulunabildiği, ancak bunun dışında herhangi bir hukuki ya da fiili sınırlamanın söz konusu olmadığı belirtilmiştir.
- (26) SELÇUK tarafından gönderilen 24.09.2018 tarih 6856 sayılı cevabi yazıda; SELÇUK’un diğer ecza depolarıyla herhangi bir ürün alım satım ilişkisinin bulunmadığı, diğer yandan ilaç sağlayıcıları ile akdedilen sözleşmelerde diğer ecza depolarına satışı engelleyen herhangi bir hukuki ya da fiili sınırlamaya yer verilmediği ifade edilmiştir.
- (27) ÖZSEL tarafından gönderilen 24.09.2018 tarih ve 6867 sayılı cevabi yazıda; bir ecza deposunun i) farklı tıp merkezleri, diyaliz merkezleri gibi farklı segmentteki müşterilere satış yapmak istemesi, ii) üretici ya da sağlayıcı firmadan ürün temin etmenin daha zorlayıcı ve uzun prosedürleri gerektirmesi ve iii) üretici ya da sağlayıcıların dönemsel olarak bazı ürünlerin satışını gerçekleştirememesi gibi sebeplerden ötürü, diğer depolardan ürün talep edebildiği; ilaç sağlayıcıları ile akdedilen sözleşmelerde genellikle ürünün Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) hariç yurtdışına satışını engelleyen hükümlerin yer aldığı, bunun dışında ürünlerin diğer ecza depolarına satışına yönelik herhangi bir hukuki ya da fiili sınırlamanın bulunmadığı ifade edilmiştir.
- (28) AKAY tarafından gönderilen 25.09.2018 tarih ve 6894 sayılı cevabi yazıda; ilaç sağlayıcı firmanın bazı ürünleri geçici olarak temin edemediği durumlarda hastaların söz konusu ürünlere ulaşabilmesini sağlamak amacıyla ecza depolarının birbirlerinden ürün talep edebildiği, NOVARTİS ile AKAY arasında akdedilen sözleşmede ürünlerin yurt dışına satış ve dağıtım ile ilgili bir sınırlamanın mevcut olduğu, bunun dışında herhangi bir hukuki ya da fiili sınırlamanın bulunmadığı, ilaç takip sistemi ve karekod uygulaması ile sağlayıcı firmaların ecza depolarına satışını gerçekleştirdikleri ürünlerin hangi teşebbüsler arasında el değiştirdiğini ve mevcut durumda ürünün hangi teşebbüsün fiili hâkimiyetinde olduğunu kolayca takip edebildikleri ifade edilmiştir.
- (29) ALLIANCE tarafından gönderilen 26.09.2018 tarih ve 6948 sayılı cevabi yazıda; diğer ecza depolarının kimi zaman ALLIANCE’den ürün satın almayı talep edebildikleri, ticari şartlarda anlaşma sağlandığı durumlarda diğer ecza depoları ile çalışılabildiği, ilaç sağlayıcıları ile akdedilen bazı sözleşmelerde TİTCK’nın 20.11.2014’te yayımladığı genelge uyarınca ilaç statüsündeki ürünlerin yasadışı yollarla yurt dışına ihraç edilmesini önlemeye yönelik hükümlerin bulunduğu, ürünlerin yurt dışına ihracatını önlemek amacıyla çeşitli tarihlerde ilaç sağlayıcıları tarafından e-posta ve ihtarname yoluyla ALLIANCE’ye uyarılarda bulunulduğu belirtilmiştir.
- (30) DEKİM tarafından gönderilen 05.10.2018 tarih ve 7203 sayılı cevabi yazıda; bir ecza deposunun kazandığı bir ihale neticesinde temin etmekle yükümlü olduğu ilaçlar kendi

stoklarında kalmadığı takdirde bu ilaçları diğer ecza depolarından talep edebildiği, hâlihazırda çalışılan ilaç sağlayıcıları ile imzalanan sözleşmelerde diğer ecza depolarına ürün satışını engellemeye yönelik hükümlerin yer almadığı ifade edilmiştir.

I.4. İlgili Pazar

I.4.1. İlgili Ürün Pazarı⁵

- (31) Avrupa Komisyonu (Komisyon) ilaç sektörüne ilişkin analizlerinde European Pharmaceutical Marketing Association (EphMRA) tarafından oluşturulan ATC sınıflandırılmasını esas almaktadır. Kurul, Komisyon ile paralel olarak uygulamalarında ATC sınıflandırılmasını benimsemiştir⁶.
- (32) ATC sınıflandırmasında, ürünler etkili oldukları ve tedavi ettikleri organlara veya sistemlere, terapötik (tedavi ediciliği), farmakolojik (ilacın yapısı ve etkisi) ve kimyasal özelliklerine göre gruplandırılmakta olup bu gruplar 16 temel kategoriden oluşmaktadır. Her bir kategoride genelden özele doğru sıralanan dörder seviye bulunmaktadır. Kategorinin birinci seviyesi (ATC-1) en genel, dördüncü seviyesi (ATC-4) ise en detaylı olanıdır. Pazar tanımı çoğunlukla, ilacın tedavi edici özelliklerine veya kimyasal yapısına dayanan ATC-3 sınıflandırmasına göre yapılmakta iken, incelemenin gerektirdiği durumlarda pazarın etkin madde ya da ATC-4 bazında daha dar tanımlanması da mümkündür. Dosya özelinde, ilgili ürün pazarı tanımlaması yapılacak olursa ATC-3 ve etkin madde sınıflandırmasından hangisinin esas alınması gerektiğinin ortaya konulması gerekmektedir.
- (33) ÇINAR'ın şikayeti, NOVARTİS'in ÇINAR ile akdettiği Sözleşme'yi haklı bir neden göstermeden feshettiği, ÇINAR'ın NOVARTİS ürünlerine ilişkin talepleri karşılayamaması sebebiyle yıllardır müşterisi olan eczanelerle olan ticari ilişkilerinin sona erdiği ve ÇINAR tarafından NOVARTİS ilaçlarının diğer ecza depolarından tedarik edilmeye çalışıldığı, ancak NOVARTİS'in ÇINAR'ın diğer ecza depolarından ürün temin etmesini de engellediği iddialarına dayanmaktadır. Dolayısıyla bu noktada, NOVARTİS tarafından ÇINAR'a satışı gerçekleştirilen ürünleri incelemek gerekmektedir.
- (34) ÇINAR ile NOVARTİS arasındaki ticari ilişkiye konu 45 ürün, yanlarında kaç formu bulunduğu da belirtilerek alfabetik sıraya göre aşağıda listelenmiştir:
1. ACLASTA VIAL INF (1 form), 2. AFINITOR TABS (1 form), 3. CATAFLAM C.TAB (1 form), 4. CERTICAN TABS (2 form), 5. CO-DIOVAN FILMTAB (5 form), 6. DESFERAL VIAL (1 form), 7. DIGOXIN (6 form), 8. EXELON (7 form), 9. EXFORGE FILMTAB (2 form), 10. EXJADE TABS DISP (3 form), 11. FEMARA FILMTAB (1 form), 12. FORADIL (3 form), 13. GALVUS (3 form), 14. FINGYA CAPS (1 form), 15. GLIVEC FILMTAB (2 form), 16. LAMISIL (4 form), 17. LEPONEX TABS (2 form), 18. LESCOL (2 form), 19. LIORESAL TABS (1 form), 20. LOPRESOR (2 form), 21. LUCENTIS VIAL OPHTHAL (1 form), 22. MIFLONIDE CAPS (2 form), 23. MYFORTIC TABS GAS. REZ (2 form), 24. NITRODERM TTS (4 form), 25. REVOLADE FILMTAB (2 form), 26. RITALIN TABS (1 form), 27. SALAGEN FILMTAB (1 form), 28. SANDIMMUN NEORAL CAPS (3 form), 29. SANDOMIGRAN C.TAB (1 form), 30. SANDOSTATIN (3 form), 31. SEBIVO FILMTAB (1 form), 32. SIRDALUD (2 form), 33. STALEVO FILMTAB (3 form), 34. STARLIX FILMTAB (1 form), 35. SYNACTHEN A.IM DEPOT (1 form), 36. TASIGNA CAPS (1 form), 37. TEGRETOL (5 form), 38. TOBI SOLUT. INHA (1 form), 39. TRILEPTAL

⁵ Bu bölümün hazırlanmasında 17.11.2011 tarih ve 11-57/1507-537 sayılı Kurul kararından yararlanılmıştır.

⁶ 26.11.2014 tarih ve 14-46/845-385 sayılı Berko İlaç ve Kimya Sanayi A.Ş., 19.07.2017 tarih ve 17-23/372-163 sayılı Abdi İbrahim İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Aksel Ecza Deposu, 29.03.2018 tarih ve 18-09/160-80 sayılı Bayer Türk Kimya Sanayii Ltd. Şti. ile Medifar Ecza Deposu kararları.

FILMTAB (4 form), 40. VISKEN TABS (1 form), 41. VOLTAREN ENTER (10 form), 42. XOLAIR VIAL DRY (1 form), 43. ZADITEN (4 form), 44. ZOFTRAN FILMTAB (3 form), 45. ZOMETA V.IV INFUS (1 form).

- (35) Dosya kapsamında ilgili ürün pazarı, yukarıda sayılan ürünlerin her biri için etkin madde bazında ya da her bir ürünün ait olduğu ATC-3 grubu bazında tanımlanabilecek olmakla birlikte, ilgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'un 20. paragrafında vurgulanan "İnceleme konusu işlem gerek ürün gerekse de coğrafi açıdan olası alternatif pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmıyor (...) ise pazar tanımı yapılmayabilir" ifadesinden yola çıkılarak, ulaşılabilecek sonucu değiştirmeyeceğinden herhangi bir ilgili ürün pazarı tanımlaması yapılmamıştır.

I.4.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (36) Dosya kapsamında, ÇINAR ile NOVARTİS arasındaki ilaçların satış ve dağıtımına yönelik faaliyetlerin önemli bölgesel farklılıklar göstermemesi sebebiyle, ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

I.5. Değerlendirme

- (37) Dosya konusu başvuruda yer alan iddiaların temelini NOVARTİS'in ÇINAR ile imzalamış olduğu Sözleşme'yi feshetmesi ve böylece ÇINAR'ın NOVARTİS ürünlerini temin edememesi oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle, ÇINAR'ın NOVARTİS'in ilaçlarının dağıtımını yapmak amacıyla sözleşme ilişkisine devam etme talebinin NOVARTİS tarafından haksız bir şekilde reddedildiği iddia edilmektedir. ÇINAR tarafından ileri sürülen diğer bir husus ise NOVARTİS ürünlerinin temini için diğer ecza depolarına (DENGİ ve GALENOS) yöneltilen talebin, söz konusu ecza depoları ile NOVARTİS arasında imzalanmış olan sözleşmeler gerekçe gösterilerek reddedilmesidir.
- (38) Karar kapsamında; dosyanın konusunu oluşturan NOVARTİS'in ÇINAR'a mal vermeyi keserek hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile NOVARTİS'in birlikte çalıştığı ecza depolarının diğer ecza depolarına satış yapmalarını yasakladığı iddiası, 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında aşağıda değerlendirilecektir.

I.5.1. İddiaların 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

- (39) 4054 sayılı Kanun'un "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4. maddesi "*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, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*" hükmünü haizdir. Kanun hükmünden anlaşıldığı üzere, dosya konusu iddianın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında incelenebilmesi için, öncelikle ilgili iddianın açıkça bir anlaşmaya veya uyumlu eyleme dayandığının ispat edilebilmesi gerekmektedir⁷.
- (40) ÇINAR'ın iddialarına göre, NOVARTİS'in ÇINAR ile akdettiği sözleşmenin NOVARTİS tarafından haklı neden gösterilmeksizin feshi akabinde ÇINAR, NOVARTİS ürünlerini diğer ecza depolarından (DENGİ ve GALENOS) temin edebilmek için bu ecza depolarına talebini iletmiştir. Ancak, ecza depoları ile NOVARTİS arasında imzalanmış olan sözleşmeler gerekçe gösterilerek ÇINAR'ın bu talebi reddedilmiştir. ÇINAR tarafından DENGİ ve GALENOS'a NOVARTİS ürünlerini temin etme amacıyla talep iletildiği, söz konusu depoların ise NOVARTİS ile akdettikleri sözleşme uyarınca ÇINAR'a ürün vermeyi reddettiklerini ifade ettikleri, ÇINAR tarafından Kuruma sunulan belgelerde görülmektedir.

⁷ 10.10.2005 tarih ve 05-66/946-255 sayılı Kurul kararı. Ayrıca bkz. 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı Kurul kararı, s. 57.; 02.12.2004 tarih ve 04-77/1109-278 sayılı Kurul kararı, s. 38.

- (41) Bu çerçevede incelemeyi derinleştirmek adına, DENGİ ve GALENOS'tan NOVARTİS ile akdettikleri sözleşmelerin birer örneği talep edilmiştir. Söz konusu sözleşmelerin, ÇINAR ile NOVARTİS arasında akdedilen Sözleşme metni ile aynı şartları ihtiva ettiği görülmüştür. NOVARTİS ile ecza depoları arasında akdedilen sözleşmelerde, anlaşmanın tarafı olan ecza deposunun diğer depolara ürün satışını engelleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. ÇINAR, DENGİ ve GALENOS'un NOVARTİS ile ayrı ayrı yaptığı sözleşmeler incelendiğinde, sözleşmelerin içeriğinin aynı olduğu ve her üç sözleşmenin de "Yetkilendirme" başlıklı 3. maddesinin aşağıdaki şekilde yazıldığı görülmektedir:

" 3.1.Müşteri, Sözleşme kapsamında sipariş ettiği Ürünleri sadece Türkiye Cumhuriyeti ve KKTC sınırları içerisindeki depolara/hastanelere/eczanelere satacak olup, söz konusu ürünlerin hiçbir surette yurt dışına ihracatını/satışını/dağıtımını gerçekleştirmeyeceğini, ayrıca sözleşme konusu ürünleri Türkiye Cumhuriyeti ve KKTC sınırları dışına satabileceğini bildiği veya satacağına ilişkin makul şüphe bulunan üçüncü kişilere de satmayacağını peşinen, kabul, beyan ve taahhüt eder.

3.2.Novartis Kamu Kurumları satışları için Múnhasır Ecza Deposu sistemi ile çalışılmaktadır. Bu uygulama doğrultusunda Novartis, Müşteriye Kamu Kurum İhaleleri dışındaki Ürün satışları için yetkilendirmiştir. İş bu sözleşmenin imza tarihinden önce taahhüt edilmiş ve Novartis tarafından teyit edilmiş Kamu Kurum İhalelerine ait ürün satışları kapsam dışındadır."

- (42) Madde içeriğinden anlaşıldığı üzere, NOVARTİS, sözleşmenin tarafı olan ecza deposunun diğer ecza depolarına NOVARTİS ürünleri satmasını, ancak ve ancak ürün talep eden ecza deposunun sözleşme konusu ürünleri Türkiye Cumhuriyeti ve KKTC sınırları dışına satacağı biliniyor veya satacağına ilişkin makul şüphe varsa yasaklamaktadır. Bu durum; ihracatın engellenmesi, Türkiye'de ilaç bulunurluğunun sağlanması ve yurt dışına gerekli teknik koşullara özen gösterilmeksizin çıkarılan ilaçların iyileştirici özelliklerini yitirerek insan sağlığını tehlikeye atmasının engellenmesi açısından önem arz etmektedir.
- (43) Somut olayda, NOVARTİS'in T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulan İTS üzerinden gerçekleştirdiği incelemede, ÇINAR'a satışı yapıldığı anlaşılan Galvus isimli ürünlerin Irak'ta tespit edildiği ve bu durumun NOVARTİS tarafından sorgulanması neticesinde ÇINAR tarafından çelişkili bilgiler sunulduğu bilinmektedir. Bu nedenle DENGİ ve GALENOS'un; NOVARTİS ile akdettikleri sözleşmenin 3.1. ve 3.2. maddeleri uyarınca, ÇINAR'ı NOVARTİS ürünlerini Türkiye ve KKTC sınırları dışına satacağına ilişkin makul şüphe bulunan üçüncü kişi olarak nitelendirmeleri ve bu doğrultuda ÇINAR'a NOVARTİS ürünleri satmayı reddetmeleri, aslında sözleşmesel bir yükümlülük olarak değerlendirilebilecektir. Bu sözleşmesel yükümlülüğün yerine getirilmesinin, rekabet hukukundan ziyade, sağlık güvenliği ve ilaç fiyatlandırma politikası ile ilgili bir husus olduğu değerlendirilmektedir.
- (44) Nitekim NOVARTİS'te gerçekleştirilen yerinde incelemede, ihracatın önlenmesine yönelik olarak Araştırmacı İlaç Firmaları Derneği bünyesinde T.C. Sağlık Bakanlığına sunulmak üzere hazırlanan "Yasadışı Paralel Ticaret ile Sahte ve Kaçak İlaçla Mücadele Pozisyon Belgesi" elde edilmiştir. Bu belgede özetle;
- Paralel ticaretin farklı piyasalarda düşük fiyata satılan tıbbi ürünlerin satın alınarak başka ülkelerde yüksek fiyatla ticaretinin yapılması anlamına geldiği,
 - İlaçların fiyatlarının düşük olduğu bir ülkeden pahalı olduğu bir ülkeye ithal edilmesiyle bu ithalat işlemini gerçekleştirenlerin yüksek kâr elde ettikleri,

- Herhangi bir ilacın Türkiye'ye ancak ruhsat ya da ithal izin sahibi tarafından getirilebildiği, paralel ithalat yoluyla ülkemize ilaç girişinin mümkün olmadığı, ancak Türkiye'de satışı gerçekleştirilen ilaçların ülkemizden yurt dışına satışını yasaklayan bir mevzuat bulunmadığı, ancak Türkiye'den paralel ihracat yoluyla farklı ülkelere satılan ilaçların, gittikleri ülke kanunları çerçevesinde kaçak ilaç olarak nitelendirildiği,
- Türkiye'deki ilaç fiyatlarının Avrupa'da ilaçların en düşük fiyatla satıldığı ülkedeki fiyatların %44'ü seviyesinde olduğu, bu nedenle Türkiye'den yapılan paralel ilaç ihracatının son dönemlerde arttığı, bu durumun özellikle hastalar ve sağlık sektörü açısından önemli sakıncaları olduğu,
- İlaçların paralel ihracat ile taşındıkları ülkede bulunan hastalar açısından zararlarına bakıldığında, ürünlerin ambalajlarının değiştirilerek ürün bütünlüğünün bozulabildiği, kontrollü ve güvenli bir tedarik zinciri sağlanmadığından ilaçların yapısının zarar görerek hasta sağlığını tehdit eder hale gelebildiği,
- Türkiye'deki hastalar bakımından paralel ihracat neticesinde ilaç bulunurluğunun azaldığı, örneğin bazı kanser ilaçları piyasaya sunulduktan çok kısa bir süre sonra bu ilaçların tükenebildiği ve hastaların ilaçsız kalabildiği,
- Paralel ticaret neticesinde global ilaç firmalarının AR-GE yatırımlarına ayırabildikleri payın azaldığı, uluslararası referans fiyatlandırma sistemi ve paralel ticaret dolayısıyla söz konusu firmaların ekonomik krizde bulunan bir ülkedeki fiyat baskısını diğer ülkede de hissettikleri, paralel ticaret sürecinde sahte ve kaçak ilaçların piyasaya sürülmesinin global üretici firmaların marka imajına zarar verdiği

ifade edilerek ayrıca bu konuda alınabilecek tedbirlere ilişkin görüş ve önerilere yer verilmiştir.

- (45) Soruşturma kapsamında yapılan incelemelerde, NOVARTİS ile DENGİ ve GALENOS arasında, ÇINAR'a ürün vermemek suretiyle ÇINAR'ı piyasadan dışlamaya yönelik bir anlaşma yapıldığına dair herhangi bir bilgi veya belgeye rastlanmamıştır. ÇINAR'ın şikayetinin kapsamından, söz konusu teşebbüsün NOVARTİS'ten ürün temin edememesi üzerine yalnızca DENGİ ve GALENOS ile irtibata geçtiği, üçüncü bir ecza deposundan ürün temin etmeyi denemediği anlaşılmıştır. NOVARTİS ile DENGİ ve GALENOS arasındaki ilaç satım ilişkisi kapsamında akdedilen sözleşmede ise, NOVARTİS ürünlerinin yurt dışına satılmasını engellemek amacıyla söz konusu ürünleri yurt dışına sattığı bilinen yahut satacağına dair makul şüphe olan üçüncü kişilere NOVARTİS ürünlerinin satışı yasaklanmış olup, burada ÇINAR'a özellikle işaret edilmemiştir. Dolayısıyla NOVARTİS'in ÇINAR'ın ecza depoculuğu alanında faaliyet gösteren rakipleriyle ÇINAR'ı piyasadan dışlamak yahut ÇINAR'ın faaliyetlerini zorlaştırmak üzere bir anlaşma yaptığı ortaya konamadığından, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma veya uyumlu eylemin varlığından söz etmek mümkün görünmemektedir.
- (46) Bu noktada özellikle belirtmek gerekir ki, soruşturma kapsamında NOVARTİS'in DENGİ ve GALENOS ile olan dikey ilişkileri kapsamında yer alan ihracat yasağının ÇINAR'ı ecza depoculuğu piyasasından dışlamaya yönelik yahut ÇINAR'ın faaliyetlerini zorlaştırmaya yönelik olup olmadığı hususunun, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında da değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Söz konusu ihracat yasağı hükmü ÇINAR ile NOVARTİS arasında akdedilen Sözleşmede de yer almaktadır.

- (47) Kurulun Roche/Co-Re-Na kararında⁸ Roche'un ecza depolarına ihracat yasağı hükmü içeren sözleşmenin imzalanmasını şart koştuğu, bu şartı kabul etmeyen Co-Re-Na'ya mal vermeyi reddettiği iddiası incelenmiştir. Söz konusu kararda, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi bakımından yapılan değerlendirmede, Roche ile ecza depoları arasında akdedilen sözleşmenin bir dikey anlaşma olduğu tespitinin ardından sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ) kapsamında ele alınıp alınamayacağı değerlendirilmiştir. Bu çerçevede öncelikle 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanabilmek için, serbest (münhasır olarak nitelendirilemeyecek) bir bölgeye veya müşteri grubuna yapılacak aktif ve pasif satışların yasaklanmaması gerektiği, münhasır bir bölge veya müşteri grubundan bahsedilemediği durumlarda, diğer alıcıların söz konusu bölge veya müşteri gruplarına aktif ve pasif satış yapmasının mümkün olduğu vurgulanmıştır. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmede, incelenen sözleşmede herhangi bir seçici dağıtım sisteminin belirlenmediği, Türkiye içinde münhasır bir bölge veya müşteri grubu tahsis edilmediği, alıcıların müşterilerince yapılacak satışlar bakımından ise herhangi bir sınırlama getirilmediği belirtilmiştir. Bu çerçevede, Türkiye içi herhangi bir bölge veya müşteri grubu tahsis edilmediği dikkate alındığında, doğrudan ve dolaylı ihracat yasağını aktif ve pasif satış yasağı kapsamında değerlendirmenin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan kararda, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında ele alınabilecek kısıtlamaların, Türkiye sınırları içindeki bölge ve müşteri kısıtlamalarına ilişkin olması gerektiği vurgulanarak, ihracat yasakları kapsamında ilacın doğrudan yurt dışına satışının engellendiği ve Türkiye içi satışları ve dolayısıyla ülke içi rekabeti kısıtlayan bir durumun söz konusu olmadığı dikkate alındığında, ihracat yasaklarının 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi kapsamındaki sınırlamalardan biri olarak ele alınma imkânının bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁹.
- (48) Anılan kararda ayrıca, söz konusu doğrudan ve dolaylı ihracat yasağının, Türkiye ilaç piyasasının işleyişini ve rekabetçi yapısını olumsuz yönde etkilemediği; hastaların ve hastanelerin ürün tedarikini kısıtlayan yahut zorlaştıran bir düzenleme olmadığı, bilakis, söz konusu düzenlemenin, ecza depoculuğu olarak adlandırılacak alt pazarda ürünlerin bulunabilirliğine katkı sağlayarak ecza depoları arasındaki rekabeti artırıcı nitelik taşıdığı ve bunun da tüketiciler için fayda sağlayacağı ve bir bütün olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil etmediği sonucuna varılmıştır¹⁰.
- (49) Kurulun 05.02.2015 tarih ve 15-06/71-29 sayılı Novo Nordisk kararında ise, Novo Nordisk ile ecza depoları arasında imzalanan başvuru konusu sözleşmeye benzer nitelikte bir sözleşme değerlendirilmiştir. Kararda; ecza depolarının ürünleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışına ve Türkiye Cumhuriyeti dışına sattığını veya satabileceğini bildiği, bilebileceği veya bu hususta makul sebepler bulunan üçüncü kişilere satamayacağını düzenlediği sözleşmeye 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamında menfi tespit verildiği görülmektedir. Benzer şekilde Kurulun 23.06.2016 tarih ve 16-21/363-169 sayılı Servier/Zirve kararında da işbu dosya kapsamındaki ile birebir eşleşen bir ihracat yasağına menfi tespit belgesi verilmiştir.
- (50) Buna ilaveten, TİTCK tarafından çıkarılan 20.11.2014 tarih ve 2014/11 sayılı İlaçların Piyasada Bulunabilirliği Hakkındaki Genelge'de; ülkede üretilen ve ithaline izin verilen beşeri tıbbi ürünlerin piyasaya arzından sonra başka ülkelere ihracatının ürünün piyasada bulunabilirliğine engel olduğu, dolayısıyla hastalara ilaç temininde büyük sıkıntılar yaşandığı ve kamu sağlığının ciddi anlamda tehlikeye sokulduğu, bu nedenle ithalatına

⁸ 26.09.2018 tarih ve 18-34/577-283 sayılı karar.

⁹ 26.09.2018 tarih ve 18-34/577-283 sayılı karar par. 182.

¹⁰ 26.09.2018 tarih ve 18-34/577-283 sayılı karar par. 185-187.

izin verilen beşeri tıbbi ürünlerin piyasada bulunabilirliğini sağlamak amacıyla kamu sağlığı ve hizmet gerekleri gözetilerek söz konusu ithal ürünlerin ülke dışına çıkarılmak suretiyle başka ülke piyasalarına yönlendirilmesi uygun bulunmadığından sistem üzerinde her türlü tedbirin alınacağı ifade edilmiştir.

- (51) Tüm bu açıklama ve değerlendirmeler ışığında; NOVARTİS'in ihracat yasağının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

I.5.2. İddiaların 4054 sayılı Kanun'un 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

- (52) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde *"Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır"* hükmüyle hâkim durumun kötüye kullanılması ihlal olarak nitelendirilmiştir. Bu tanıma göre iki şartın birlikte varlığı halinde ihlalden bahsedilebilecektir: 1) hâkim durum ve 2) kötüye kullanma. Dolayısıyla çeşitli yargı kararlarına¹¹ da yansıdığı üzere, bu koşullardan birinin eksikliği halinde 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında bir ihlalin varlığını ileri sürmek mümkün değildir.
- (53) Bu çerçevede, aşağıda NOVARTİS'in şikâyet konusu sözleşmenin feshi uygulamasının kötüye kullanma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu incelenmiştir. Ancak söz konusu incelemeye esas oluşturması bakımından öncelikle mevzuatta ve literatürde mal vermenin reddinin ne şekilde yer aldığına yönelik incelemelere değinilecektir.

I.5.2.1. Mevzuatta Sözleşme Yapmanın Reddi

- (54) Sözleşme yapmanın reddi, Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'da (Kılavuz) dışlayıcı davranışlardan biri olarak sayılmaktadır. Kılavuz'un 35. paragrafında belirtildiği üzere, rekabet hukuku uygulamasında, esas olarak, hakim durumda olsun ya da olmasın tüm teşebbüslerin iş yapacakları teşebbüsleri özgürce seçme ve mülkiyetlerinde bulunan varlıklar üzerinde özgürce tasarruf edebilme hakları olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, istisnai bazı durumlarda hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri rekabeti kısıtlayıcı bir davranış olarak değerlendirilebilmekte ve hakim durumdaki teşebbüse rekabet hukuku çerçevesinde sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebilmektedir.
- (55) Kılavuz'un 38. paragrafında belirtildiği üzere, bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi sözleşme yapmayı reddetme olarak ele alınmaktadır. Bu çerçevede, hammadde niteliğindeki fiziksel ürünler, belirli hizmetlerin sağlanabilmesi için gerekli altyapılar, ürün dağıtım sistemleri ve fikri mülkiyet hakları ile korunan yahut korunmayan gayri maddi işletme unsurları ya da bilgileri ile teşebbüslerin sözleşme yapma talebine konu olabilecek diğer varlıklar anılan mal, hizmet ya da unsurlar arasında değerlendirilebilmektedir. Kılavuz'un 39. paragrafında değinildiği üzere, sözleşme yapmayı reddetme, mal, hizmet ya da unsura ilişkin mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi şeklinde olabileceği gibi; potansiyel müşterilerin sözleşme taleplerinin reddedilmesi şeklinde de olabilmektedir. Yine Kılavuz'un 41. paragrafında, sözleşme yapmayı reddetmenin, hakim durumdaki teşebbüsün, kendisine yöneltilen sözleşme yapma talebini herhangi bir sebep göstermeksizin reddetmesi şeklinde doğrudan reddetme ya da makul olmayan ertelemeler, ürün arzının azaltılması ve makul olmayan

¹¹ Danıştay Onüçüncü Dairesinin 03.04.2014 tarih, 2013/3606 E., 2014/1284 K. sayılı ve 27.05.2014 tarih, 2009/5608 E., 2014/2054 K. sayılı kararları; Ankara 14. İdare Mahkemesinin 02.10.2014 tarih, 2012/1803 E., 2014/1065 K. sayılı kararı.

şartlar ileri sürülmesi gibi davranışlar yoluyla dolaylı olarak reddetme şeklinde de ortaya çıkabileceği belirtilmektedir.

- (56) Bunun yanı sıra Kılavuz'un 42. paragrafında, "Sözleşme yapmayı reddetme davranışı, hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazarda kendisiyle rekabet halinde olan teşebbüslere yönelik olabileceği gibi kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan müşterilerine yönelik de olabilmektedir" ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere Kılavuz, rakip olmayan müşterilere yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışlarını da "sözleşme yapmanın reddi" hallerinden biri olarak saymış ve fakat hemen ardından rakiplere yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışının rekabeti kısıtlama ihtimalinin daha kuvvetli olduğunu vurgulamıştır.
- (57) Kılavuz'un 43. paragrafında belirtildiği gibi Kurul, sözleşme yapmayı reddetme iddialarını değerlendirirken ihlalin tespiti için üç koşulun birlikte varlığını aramaktadır. Bu çerçevede;
- Reddetme, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olmalı,
 - Reddetmenin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırması muhtemel olmalı ve
 - Reddetmenin tüketici zararına yol açması muhtemel olmalıdır.
- (58) Yukarıda sayılan üç koşulun birlikte varlığının yanı sıra Kurul, teşebbüsün ileri sürdüğü haklı gerekçe iddialarını da göz önünde bulundurmaktadır. Hâkim durumdaki bir teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetme eylemi, yukarıda yer verilen koşullar sağlandığı takdirde 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlal niteliği taşıyabilecektir.

1.5.2.2. Literatürde Sözleşme Yapmanın Reddi

- (59) Literatürde, hâkim durumdaki teşebbüsün rakibi olmayan müşterilerine yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışlarının nihai olarak hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerini dışlama etkisi gösterebildiği ölçüde dikkate alındığı ifade edilmektedir¹².
- (60) Komisyon'un Tartışma Metninde de dışlayıcı davranışlar değerlendirilirken ortaya çıkan asıl endişenin rekabete ve dolayısıyla tüketiciye zarar veren pazar kapama olduğu belirtilmiştir¹³. Ayrıca, hâkim durumdaki firmanın dışlayıcı davranışının her şeyden önce pazarı rakiplere kapama kabiliyetinde olması gerekmektedir^{14,15}. Tartışma Metninde, hâkim durumdaki firma ile aynı seviyede faaliyet gösteren rakiplere pazarın kapanması durumu yatay kapama, hâkim durumdaki firmanın aynı zamanda müşterisi olarak alt pazarda faaliyet gösteren rakiplerine pazarı kapaması ise dikey kapama olarak açıklanmaktadır¹⁶. Tartışma Metninde sözleşme yapmanın reddi dosyalarında pazar kapamanın odak noktası olduğu belirtildikten sonra, pazar kapama dikey ve yatay pazar kapama olarak ikiye ayırmıştır.
- (61) Literatürde de bu sınıflandırmanın benimsendiği görülmektedir. Buna göre dikey kapama hâkim durumdaki firmanın alt pazarda da faaliyet gösterdiği ve rakip konumdaki

¹² WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, ve O'DONOGHUE, R. ve A. J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Second Edition, Hart Publishing, Oregon.

¹³ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, para. 56.

¹⁴ Tartışma Metni, para. 58.

¹⁵ Bu durumun istisnası olarak Tartışma Metninin 222. paragrafında, rakip olmayan müşteriye yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışının koordinasyon riski doğurmadığı takdirde rekabete etkisinin küçük olabileceği ifade edilmektedir.

¹⁶ Para. 69-73.

müşterilerine karşı sözleşme yapmayı reddettiği durumlarda söz konusu olabilmektedir¹⁷. Örneğin, daha sonra Komisyon tarafından verilen birçok kararda referans alınacak olan *Commercial Solvents*¹⁸ kararında tüberküloz tedavisinde kullanılan *ethambutol* isimli maddenin üretimi için gerekli hammaddeleri tedarik eden ve hâkim durumda bulunan CSC'nin¹⁹ alt pazarda *ethambutol* üretimine başlaması nedeniyle artık rakip haline gelen müşterisine ihtiyaç duyduğu hammaddeleri vermeyi reddetmesi ihlal olarak nitelendirilmiştir.

- (62) Diğer taraftan, rakip olmayan müşteriye yönelik sözleşme yapmanın reddi fiilinin yatay kapamaya yol açma ihtimalinin değerlendirildiği istisnai kararlar da bulunmaktadır²⁰. Literatürde değerlendirilen iki karardan ilki hâkim durumdaki teşebbüsün distribütörünü rakiplerinin promosyonunu yapmaması yönünde disipline etmek amacıyla mal vermeyi reddetmesi, diğeri ise sağlayıcı seviyesindeki potansiyel rakibe mal verilmemesi durumlarını içermektedir²¹.
- (63) İlk duruma, dikey kapama kapsamında değerlendirilen Komisyonun *United Brands*²² kararı örnek gösterilmektedir. Buna göre hâkim durumdaki United Brands, rakibine yönelik bir reklam kampanyasına katılan distribütöre mal vermeyi kesmiş, bu durum ise Avrupa Adalet Divanı (AAD) tarafından distribütörün rakip ürünleri satmasını önleme olarak değerlendirilmiştir. Bir başka ifadeyle, hâkim durumdaki teşebbüs sözleşme yapmanın reddi davranışını disipline edici bir şekilde kullanmış ve distribütörünü tek marka satmaya zorlayarak rakip ürünlerin dağıtımını engellemeye çalışmıştır. AAD, United Brands'in bu davranışıyla diğer distribütörlerini de rakip ürünleri satmamaya yönlendireceğini, böylece hâkim durumunu güçlendirerek rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştıracaklarını ifade etmiştir.
- (64) Yatay kapama amacıyla potansiyel rakibe mal verilmemesi durumuna ise *Boosey and Hawkes*²³ kararında rastlanmaktadır. Bu kararda, hâkim durumdaki teşebbüsün temel faaliyetlerini rakip marka müzik enstrümanlarının tanıtımına kaydıran bir müşterisine mal vermeyi kesmesi incelenmiştir. Komisyon, her ne kadar mal tedarikinin aniden ve bütünüyle kesilmesi sebebiyle davranışın orantısız olduğunu tespit etmiş olsa da hâkim durumdaki teşebbüslerin kendisine yönelen rekabeti desteklemek gibi bir yükümlülüklerinin olmadığı, temel faaliyetini rakip markanın tanıtımına dönüştüren bir müşteri söz konusu olduğunda, hâkim durumdaki üreticinin dahi makul süre tanımak kaydıyla söz konusu müşteri ile ticari ilişkilerini sona erdirmeye hakkı olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Aslında, nihai olarak bir kötüye kullanma tespiti içermemesine rağmen bu karar, rakip olmayan müşteri ile sözleşme yapmanın reddedilmesi davranışının potansiyel rakipleri dışlama ihtimalinin ele alındığını göstermesi bakımından önemlidir²⁴.
- (65) Söz konusu kararlar ışığında, distribütörlere yönelik mal vermenin reddi eylemlerinin ancak distribütörler üzerinde tek marka satıcılığı veya fiili münhasırlık sağlama yoluyla üst pazardaki rakiplerin dışlanması gibi zarar teorileri üzerine kurgulanabildiğinde ihlal teşkil edebileceği anlaşılmaktadır.

¹⁷ Whish 2009, s.688.

¹⁸ *Commercial Solvents v. Commission*, C-7/73 [1974] ECR 223, para.25.

¹⁹ *Commercial Solvents Corporation*.

²⁰ O'Donoghue ve Padilla 2006, s. 468-470.

²¹ Whish 2009, s.699-700.

²² *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission*, Case 27/76 [1978] ECR 207.

²³ *BBI/Boosey & Hawkes-Interim Measures*, OJ 1987 L 286/36.

²⁴ Komisyon bu dosyada, distribütörün kendi üretimine başlayıncaya kadar hâkim durumdaki teşebbüsten ürün tedarik edebilmesi için geçici tedbir kararı vermiştir.

I.5.2.3. Yürütülen Soruşturma Kapsamında Mal Vermenin Reddi

- (66) Yukarıda yer verilen mevzuat, kararlar ve literatürdeki değerlendirmeler, sözleşme yapmanın reddi ile ilgili olarak bir kötüye kullanmadan bahsedilebilmesi için hâkim durumdaki teşebbüsün davranışının doğrudan veya dolaylı olarak alt veya üst pazardaki rakibine yönelmiş olması gerektiğine işaret etmektedir.
- (67) Bu noktada, dağıtım veya yeniden satışa konu olan soruşturma kapsamındaki ürünler bakımından Kılavuz'un 43. paragrafında yer bulan ve sözleşme yapmanın reddinin kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için birlikte sağlanması beklenen üç şart aşağıda sırasıyla değerlendirilecektir.

I.5.2.3.1. Vazgeçilmezlik Şartı

- (68) Daha önce de ifade edildiği gibi, hâkim durumdaki teşebbüsün prensip olarak birlikte çalışacağı tarafları belirlerken özgür olması gerekmektedir. Ancak hâkim durumdaki teşebbüsün sağladığı ürün veya hizmet rakiplerin faaliyetleri için zorunlu unsur haline gelmiş ise hâkim durumdaki firmaya sözleşme yapma ödevi yüklenebilmektedir. Bu ödev rakiplere her durumda yardım edilmesini gerektiren genel bir yükümlülük anlamına gelmemektedir²⁵. Literatürdeki zorunlu unsur doktrini ile "vazgeçilmezlik" şartı büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. Zira zorunlu unsur doktrini hangi durumlarda hâkim durumdaki teşebbüse sözleşme yapma zorunluğu getirilebileceğinin belirlenmesinde kullanışlı bir şablon sunmaktadır²⁶. Zorunlu unsur doktrini de vazgeçilmezlik şartını temel olarak rakiplerin dışlanmasını içeren bir zarar teorisine oturtmaktadır. Bu durum, reddetmenin olumsuz sonuçlarını –en azından uzun vadede– telafi edebilmek için, rakiplerin sözleşme talebine konu olan unsurun alt pazarda başvurabilecekleri mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin bulunmaması halinde söz konusu olmaktadır.
- (69) Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sağlanan ürün veya hizmet "girdi" olarak üretime sokulduğu ve bu sayede katma değer oluşturularak yeni ve rekabetçi bir nihai ürüne dönüştüğü ölçüde zorunlu unsur olarak değer kazanmaktadır. Dolayısıyla anılan doktrin, zorunlu unsurun bir girdi olarak kullanılacağını, böylece katma değer sağlanarak farklılaştırılmış bir ürün sunulacağını, bunun ise rekabeti artıracığını varsaymaktadır²⁷.
- (70) Ancak, alt pazardaki müşterilerin hâkim durumdaki teşebbüsün ürünlerini yalnızca dağıtmaları veya yeniden satışa konu etmeleri halinde sözü edilen katma değerden ve farklılaştırılmış ürünler yoluyla rekabet artışından bahsetmek mümkün değildir²⁸. Üst pazardan tedarik edilen ürünün salt yeniden satışının veya dağıtımının söz konusu olduğu (bir başka ifadeyle, herhangi bir katma değerden bahsedilemeyeceği) hallerde, ortada korunmaya değer bir rekabetin olmadığı, alt pazardaki faaliyetlerin katma değerli hizmet içeren gerçek bir piyasa oluşturması gerekliliğinin zorunlu unsur doktrininin bir şartı olduğu kabul edilmektedir²⁹.
- (71) Benzer yaklaşım, Kurul'un Otis³⁰, Teknoform³¹, Paşabahçe³², Samsung³³, Beyaz Eşya³⁴, Allergan³⁵, Berko³⁶, Solgar³⁷, Sanofi³⁸ kararlarında da benimsenmiştir. Bir ilaç firmasının

²⁵ O'Donoghue ve Padilla 2006. s. 407-408.

²⁶ O'Donoghue ve Padilla 2006, s.407-408.

²⁷ O'Donoghue ve Padilla 2006, s.467-468.

²⁸ O'Donoghue ve Padilla 2006, s.468.

²⁹ LANG, J. Temple 2000, *The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law - The Position Since Bronner*, 1 *Journal of Network Industries*, s.395, 397.

³⁰ 18.03.2010 tarihli ve 10-24/330-118 sayılı karar.

³¹ 08.04.2010 tarihli ve 10-29/446-169 sayılı karar.

³² 02.09.2010 tarihli ve 10-57/1155-439 sayılı karar.

³³ 17.06.2010 tarihli ve 10-44/771-253 sayılı karar.

³⁴ 14.07.2011 tarihli ve 11-43/942-306 sayılı karar.

bir ecza deposuna mal vermeyi reddettiği iddiasının incelendiği Allergan kararında; “...alım yaptığı girdiye herhangi bir katma değer katmayan sadece bu ürünü alıp tekrar satan teşebbüsler açısından ilgili ürünün faaliyetlerinin devamı için zorunlu kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Aksi durumun kabulü, örneğin, beşeri ilaç sektörü açısından jeneriği olmayan tüm ilaçların ecza depolarının faaliyeti için zorunlu kabul edilmesi sonucunu getirecektir. Bu sonucun hem sözleşme yapma serbestisi ile hem de Kurulun son dönemde ilaç firmaları ve ecza depoları arasında imzalanan münhasır ihale katılım sözleşmelerine verdiği bireysel muafiyet kararları ile çelişeceği görülmektedir.” değerlendirilmesine yer verilmiştir.

- (72) Keza aynı sektöre ilişkin benzer bir iddianın incelendiği Berko kararında “...Ayrıca, ecza depoculuğu faaliyeti için ilaç pazarından zorunlu bir girdinin tedarik edilmesi de söz konusu değildir. Aksine, iki pazar arasındaki ilişki yalnızca yeniden satış-dağıtım ilişkisinden ibaret olup tedarik edilen ilaçlara ecza depolarınca bu anlamda bir katma değer sağlanmamaktadır... Dosya içeriği tüm bilgilerin değerlendirilmesi sonucunda... Berko'nun ecza depoculuğu alanında faaliyetinin söz konusu olmadığı, bu anlamda mevcut dosyada mal vermeyi reddetme eyleminin katma değer sağlanmayan ve ilaçların yalnızca yeniden satış-dağıtım amaçlı talep edildiği bir pazarda makul bir zarar teorisine oturtulmadığı ve Berko'nun ilaçlarının vazgeçilmez nitelikte olmadığı anlaşılmıştır.” ifadelerine yer verilmiştir.
- (73) Soruşturma konusu ecza depoculuğu faaliyeti bakımından vazgeçilmezlik şartı değerlendirildiğinde, ecza depolarının beşeri ilaçları sağlayıcı ilaç firmalarından alarak herhangi bir üretim sürecine tabi tutmadan, dolayısıyla ilaçlara herhangi bir katma değer eklemeyen eczanelere dağıttığı görülmektedir. ÇINAR'ın faaliyetinin de bu kapsamda yeniden satış niteliğinde olması sebebiyle, NOVARTİS'in ÇINAR ile imzalamış olduğu sözleşmeyi feshetmesi nedeniyle ÇINAR'ın temin edemediği NOVARTİS ürünlerinin ÇINAR açısından vazgeçilmez olduğu söylenemeyecektir.
- (74) NOVARTİS ürünlerinin ÇINAR için vazgeçilmez olup olmadığı noktasında dikkate alınabilecek bir diğer husus ise, NOVARTİS ürünlerinin satışının ÇINAR'ın faaliyetini sürdürmesi açısından önemidir. Ecza depolarının yalnızca bir ilaç sağlayıcısının ürünlerine bağlı kalmayıp, birden çok sağlayıcının ürünlerini portföylerinde bulundurduğu bilinmektedir. ÇINAR'ın son on yılda yıllık bazda toplam ilaç satış tutarları içerisinde Novartis Grubu ürünlerinin payı incelendiğinde; söz konusu oranın 2009 yılında %(.....) düzeyinden başlayarak yıllar boyunca arttığı ve 2014'te %(.....) düzeylerine ulaştığı; ancak 2015 yılında %(.....); 2016 yılında %(.....); 2017 yılında ise %(.....) düzeyine gerilediği ve 2018 yılında ise %(.....)'e düştüğü görülmektedir.
- (75) 2014 yılında en yüksek değerine ulaşan bu oranın, NOVARTİS'in şikâyete konu olan eylemlerinin henüz gerçekleşmemiş olduğu 2015 ve 2016 yıllarında düşüşe geçtiği görülmektedir. Söz konusu oran, 2009-2014 yıllarında ortalama %(.....) düzeyinde seyrederken, 2014-2016 yıllarında ortalama %(.....)'e gerilemiş ve NOVARTİS ile ÇINAR arasındaki sözleşmenin 2017 yılında feshedilmesi ile 2018 yılında bu oran %(.....)'e düşmüştür. Bu değer, Novartis Grubu bünyesindeki Sandoz ve Alcon ilaçlarının ÇINAR'ın satış tutarları içindeki payını ifade etmektedir. Zira ÇINAR tarafından sağlanan bilgiye göre, 2018 yılında ÇINAR'ın toplam satış tutarları arasında Novartis Grubu bünyesindeki NOVARTİS'in payı %(.....); ALCON'un payı %(.....); Sandoz'un payı ise

³⁵ 03.01.2013 tarihli ve 13-01/3-3 sayılı karar.

³⁶ 26.11.2014 tarihli ve 14-46/845-385 sayılı karar. Söz konusu kararın iptali talebiyle açılan dava Ankara 2. İdare Mahkemesinin E:2015/915, K:2016/3298 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

³⁷ 18.02.2016 tarihli ve 16-05/116-51 sayılı karar.

³⁸ 29.03.2018 tarihli ve 18-09/156-76 sayılı karar.

%(.....)'dir. Bu oranlara bakıldığında, NOVARTİS ürünlerinin ÇINAR'ın ecza depoculuğu faaliyetlerinin devamı için vazgeçilmez olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

I.5.2.3.2. Etkin Rekabetin Ortadan Kalkması İhtimali

- (76) Mal vermenin reddinden bahsedilebilmesi için aranan ikinci koşul, bu eylemin alt pazardaki etkin rekabeti ortadan kaldırma ihtimalidir. Söz konusu koşula ilişkin olarak, Kılavuz'un 46. paragrafında, "*Redde konu olan unsurun vazgeçilmezlik koşulunu sağladığının tespit edilmesi halinde, hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesinin hemen ya da zaman içinde alt pazarda etkin rekabetin ortadan kaldırılmasına yol açmasının muhtemel olup olmadığı değerlendirilmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki payı büyüdükçe, sözleşme yapmayı reddetme sonucunda alt pazardaki etkin rekabetin ortadan kaldırılması olasılığı artmaktadır. Ayrıca, hâkim durumda bulunan teşebbüsün alt pazardaki rakiplerine kıyasla daha az kapasite kısıtı bulunması ve ürettiği mal veya hizmetlerin rakiplerin ürettiği mal ya da hizmetlerle yakın ikame olması durumunda alt pazardaki etkin rekabetin ortadan kalkması olasılığının daha yüksek olduğu değerlendirilmektedir. Zira bu durumda sözleşme yapmayı reddetme sonucunda etkilenen rakiplerin oranı ve bu davranış sonucunda pazarın kapatıldığı rakiplere yönelik talebin hâkim durumdaki teşebbüse kayma düzeyi artmaktadır.*" ifadelerine yer verilmektedir
- (77) Mehaz uygulamada, hâkim durumdaki firma ile distribütörleri veya yeniden satıcıları arasında korumaya değer anlamlı bir rekabet bulunmuyorsa, rekabet hukuku altında sözleşme yapmanın reddinden kaynaklı bir zararın da söz konusu olmadığı vurgulanmıştır³⁹. Bu bağlamda, tek bir teşebbüsün pazardan çıkmasının etkin rekabetin ortadan kalkması anlamına gelmediği kabul edilmekte ve önemli olan hususun alt pazardaki rekabet seviyesi olduğu vurgulanmaktadır⁴⁰. Benzer şekilde, Kurul'un Paşabahçe kararında "*Bir tek müşteriye mal vermenin kesilmesinin rekabet üzerindeki olumsuz etkisinin büyüklüğü alt pazarda bu eylemden önce var olan rekabetin seviyesine bağlıdır. Bazı durumlarda bir tek müşteriye mal vermenin kesilmesi rekabet üzerinde belirgin bir şekilde olumsuz etkiye neden olabileceken, bazı durumlarda bu etki önemsenmeyecek derecede küçük olabilecektir. Örneğin alt pazarda çok sayıda rakip varsa ve sağlayıcının kendisi alt pazarda aktif değilse mal vermeyi kesme eylemi rekabet üzerinde dikkate değer olumsuz bir etki yaratmayacaktır. Diğer yandan, malın sağlayıcısı olan teşebbüs alt pazarda aktifse ve bu pazardaki az sayıdaki rakibinden birine mal vermeyi kesiyorsa, doğal olarak bu durumun alt pazardaki rekabet üzerinde olumsuz etkilerinin olduğu varsayılacaktır.*" değerlendirilmesine yer verilmiştir.
- (78) Türkiye'de serbest eczane kanalına yönelik dağıtım ile iştigal eden yaklaşık 100 ecza deposu bulunmaktadır. ÇINAR'ın IMS verilerine göre serbest eczane kanalına yapılan dağıtım içinde aldığı pay 2017 yılında %(.....)'in altındadır. Dolayısıyla, ÇINAR'ın NOVARTİS ürünlerini tedarik edemiyor olması nedeniyle pazar dışında kalması dahi serbest eczane kanalına yönelik ecza depoculuğu pazarındaki rekabeti azaltabilecek boyutta bir etki göstermeyecektir. Kaldı ki NOVARTİS ürünlerinin tedarik edilememesinin ÇINAR'ın serbest eczanelere yönelik faaliyetlerinden elde ettiği ciroda önemli bir etkiye yol açmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, NOVARTİS'in ÇINAR ile imzalamış olduğu Sözleşme'yi feshetmesinin, alt pazarda ecza depoları arasındaki rekabetin ortadan kalkmasına neden olmadığı değerlendirilmektedir.
- (79) Öte yandan, ÇINAR'ın tedarik ettiği ürünleri yeniden satışa sunduğu ve söz konusu ürünlere bir katma değer eklemediği dikkate alındığında, rekabetin zarar görmesinden

³⁹ O'Donoghue ve Padilla 2006, s.467-468

⁴⁰ WHISH, R. ve D. BAILEY (2012), *Competition Law*, Oxford University Press, New York, s.707, O'DONOGHUE R. ve J. PADILLA (2013), s.582, 587.

bahsedilemeyeceği değerlendirilmektedir. Nitekim Kurulun Paşabahçe kararında “Yeniden satıcı hakim durumdaki firmanın ürünlerini sadece yeniden sattığından hakim durumdaki firma ile yeniden satıcı arasında anlamlı (meaningful) bir rekabet bulunmamaktadır. Yeniden satıcıyla sağlayıcısı olan hakim durumdaki firma arasında korunmaya değer bir rekabet olmadığından, mal vermeyi reddetme sonucunda rekabetin zarar görmesi de mümkün değildir.” şeklinde bir değerlendirmeye yer verildiği görülmektedir.

1.5.2.3.3. Tüketici Zararına Yol Açma İhtimali

- (80) Mal vermenin reddinden bahsedilebilmesi için aranan son koşul ise, bu eylemin tüketici zararına yol açmasının muhtemel olmasıdır. Hâkim durumdaki teşebbüs dikey bütünleşik olarak alt pazarda da faaliyet göstermiyorsa kendi menfaati için rakiplere pazarı kapatmasından bahsedilemeyecektir. Böyle bir durumda tek bir tedarik ilişkisinin sona erdirilmiş olmasının doğrudan tüketici zararı ile sonuçlanacağını ileri sürmek de mümkün değildir⁴¹.
- (81) Tüketici zararı; fiyat artışı, ürün kalitesindeki ve yenilik düzeyindeki düşüşler, mal ve hizmet çeşitliliğinde azalışlar şeklinde gerçekleşebilmektedir⁴². İnceleme konusunun sadece yeniden satış-dağıtım faaliyetinden ibaret olduğu, tedarik edilen ilaçlara ecza depolarınca bir katma değer sağlanmadığı, ilaç firmasının alt pazarda faaliyetinin bulunmadığı, kamu tarafından; ilaç fiyatlarının, ecza depolarının ve eczanelerin kâr marjlarının belirlendiği dikkate alındığında, küçük ölçekli bir ecza deposunun NOVARTİS ürünlerini dağıtmıyor olmasının tüketicilerin karşı karşıya olduğu fiyat ve hizmet düzeyine herhangi bir etkisinin bulunmadığı, bu çerçevede piyasadaki rekabet ve tüketiciler bakımından rasyonel bir zarar teorisi oluşturmanın mümkün bulunmadığı değerlendirilmektedir.
- (82) Dolayısıyla, hâkim durumdaki teşebbüse sözleşme yapma görevi yüklenmesi için birlikte sağlanması gereken üç şartın da dosya konusu olayda sağlanmadığı anlaşılmaktadır. Sınırlı bir uygulama alanına sahip olan mal vermenin reddi incelemesine yönelik olarak Kurulun daha önce almış olduğu kararlar da bu değerlendirmeleri destekler niteliktedir⁴³. Bu çerçevede, NOVARTİS’in 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında mal vermeyi keserek hâkim durumunu kötüye kullanmadığı değerlendirilmektedir.

1.5.2.3.4. NOVARTİS’in Haklı Gerekçesi Olup Olmadığına Yönelik Değerlendirme

- (83) 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında incelenen bir davranışın ihlal teşkil edebilmesi için davranışı gerçekleştiren teşebbüsün hâkim durumda olmasının yanı sıra, söz konusu davranışın kötüye kullanma niteliği taşıması gerekmektedir. Yukarıda yer verilen değerlendirmeler kapsamında, öncelikle NOVARTİS’in ÇINAR ile sözleşme yapmayı reddetmesinin bir kötüye kullanma hali teşkil edip etmediği incelenmiştir. Bu çerçevede sözleşme yapmayı reddetmenin i) alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olması, ii) alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırmasının muhtemel olması ve iii) tüketici zararına yol açmasının muhtemel olması koşulları ayrı ayrı ele alınmış ve anılan koşullardan hiçbirinin sağlanmadığı ortaya konmuştur. Bununla birlikte, dosya bakımından bütünlüğü sağlamak adına anılan üç koşulun sağlandığı varsayımı altında haklı gerekçe değerlendirmesine de yer verilmesi gerekmektedir.

⁴¹ O’Donoghue ve Padilla 2006, s.464.

⁴² Kılavuz, para. 25.

⁴³ Kurulun 18.03.2010 tarihli ve 10-24/330-118 sayılı, 17.06.2010 tarihli ve 10-44/771-253 sayılı, 14.07.2011 tarihli ve 11-43/942-306 sayılı, 2.9.2010 tarihli ve 10-57/1155-439 sayılı, 26.11.2014 tarihli, 14-46/845-385 sayılı kararları.

- (84) Söz konusu varsayım altında dahi; NOVARTİS'in ÇINAR ile sözleşme yapmayı reddetmek için nesnel zorunluluk içeren haklı bir gerekçesi olduğu söylenebilecektir. Haklı gerekçe bağlamında, Kurul kararlarında kötüye kullanma kapsamındaki incelemelerde haklı gerekçeye ilişkin değerlendirmelere yer verilmiş olup⁴⁴, Kurul içtihadı i) nesnel zorunluluk, ii) rekabete karşılık verme gerekçesi ve iii) etkinlik temelindeki haklı gerekçenin varlığı halinde ihlal iddiasının düşeceğini açıkça ortaya koymakta; orantılılık ilkesi ise Kurul kararlarında haklı gerekçe kapsamında aranan temel ilkelere biridir⁴⁵.
- (85) NOVARTİS; üreticisi olduğu ilaçların yapısı, bütünlüğü ve orijinalliği korunarak hastaya ulaştığına emin olmakla yükümlüdür. NOVARTİS'in Türkiye sınırları içerisinde söz konusu ürünleri iç talebe yetecek düzeyde temin ederek ürün bulunurluğunu sürdürmesi ve ilaçların dağıtımını sürecinde yapılarının bozulmaması için gerekli lojistik şartların sağlandığına emin olması gerekmektedir. Bu nedenle NOVARTİS, üreticisi olduğu ilaçların kendi bilgisi ve onayı dışında yurt dışına satılmadığından emin olmak ve paralel ticaretin insan sağlığına ve NOVARTİS'in imajına vereceği zararı en aza indirerek hukuki açıdan doğabilecek sorumluluklardan kendini korumak için; ilaç temin ettiği ecza depoları ile akdettiği sözleşmelerde, ihracat yasağına ilişkin bir hükme yer vermektedir. Söz konusu hüküm ile, sözleşmenin tarafı olan ecza deposunun diğer ecza depolarına NOVARTİS ürünleri satması, ancak ve ancak ürün talep eden ecza deposunun sözleşme konusu ürünleri Türkiye Cumhuriyeti ve KKTC sınırları dışına satacağı biliniyorsa veya satacağına ilişkin makul şüphe varsa yasaklanmaktadır.
- (86) Nitekim Kurulun Roche/Co-Re-Na kararında⁴⁶; "... ilacın insan sağlığıyla doğrudan ilgili olması ve bu nedenle kamu düzeni ve kamu sağlığını yakından ilgilendiriyor olması nedeniyle, ilaçların piyasada bulunabilirliği gerek ilaç sektörü gerek kamu sağlığı açısından ciddi önem arz etmekte ve bu durum ilaç sektörünü diğer sektörlerden ayırmaktadır. ROCHE'un sözleşmede yer verdiği ihracat yasağı hükmüyle de, Roche ürünlerinin Türkiye sınırları içerisindeki hastalara etkin bir şekilde ulaşmasının amaçlandığı, herhangi bir tedarik sıkıntısı yaşanmaksızın söz konusu ürünlerin yurt çapında eksiksiz ve dengeli bir şekilde dağıtımının sağlanması ve tüketici faydası elde edilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. ROCHE'un ilaç ihracatı yapan CORENA'ya ürün tedarik ettiği aksi bir durumda ise, CORENA tarafından fiyatların daha yüksek olduğu ülkelere ilaç satışı gerçekleştirilecek ve Türkiye pazarına yeterli miktarda ilaç sunulması engellenmiş olacaktır. Türkiye piyasası için planlanan arz-talep dengesinin bozulmasının sonucunda da, Türkiye'deki hastaların bir kısmına ilaç tedarikinde birtakım zorluklar yaşanabilecektir. Nitekim jeneriği bulunan ilaçlar bakımından Türkiye'deki hastaların seçimlik hakları kısıtlanabilecek, jeneriği bulunmayan ilaçlar bakımından ise Türkiye'deki hastaların ilaçlara erişimi kısıtlanabilecektir." şeklinde değerlendirmeye yer verilmiştir.
- (87) Diğer yandan, ilaçların pazara sunulmadan önce ciddi AR-GE yatırımları gerektiren bir üretim sürecine sahip olduğu dikkate alındığında, söz konusu yatırımlar ancak belirli bir kazanç öngörüsü altında hayata geçirilecektir. Bu bağlamda, ilaçların iç piyasaya sunulmasının ardından fiyatların görece yüksek olduğu ülkelere ihraç edilmesi durumunda, söz konusu ülkelere öngördüğü kazancı elde edemeyen ilaç üreticisi teşebbüslerin AR-GE yatırımlarına ayıracağı bütçe kısıtlanabilecek ve dolayısıyla

⁴⁴ Kurulun 02.08.2007 tarih ve 07-63/777-283 sayılı Yay-Sat 2, 29.12.2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayılı Turkcell 1, 23.1.2004 tarih ve 04-07/75-18 sayılı Coca-Cola, 6.4.2006 tarih ve 06-24/304-71 sayılı Frito-Lay, 20.4.2009 tarih ve 09-16 /374-88 sayılı Sanofi-Aventis kararı.

⁴⁵ GÜNDÜZ R., Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe: AB, ABD Hukuku Uygulamaları ve Türk Hukuku İçin Çıkarımlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:113.

⁴⁶ 26.09.2018 tarih ve 18-34/577-283 sayılı karar.

hastaların yeni ve gelişmiş ürünlere ulaşma ihtimali zorlaşabilecektir. Bunun yanı sıra, Kurulun emsal kararlarında da belirtildiği üzere, ihraç edilen ilaçların sahte olması, son kullanma tarihlerinin geçmesi, belli koşullarda depolanmaması veya soğuk zincirle nakliye edilmemesi gibi durumlarda insan sağlığının ciddi bir şekilde zarar görebileceği aşikârdır.

- (88) NOVARTİS ile ÇINAR arasında akdedilen sözleşmenin feshi; NOVARTİS tarafından ÇINAR'a satılan Galvus isimli ilacın Irak'ta bulunduğu NOVARTİS tarafından tespit edilmesinin ardından, ÇINAR'ın çelişkili beyanlarda bulunması neticesinde vuku bulmuştur. Bu çerçevede, NOVARTİS'in ürün güvenliğini sağlayabilmek ve marka imajını koruyabilmek adına sözleşmeyi feshetmesinin nesnel anlamda gerekli olduğu değerlendirilmektedir. NOVARTİS'in mevcut durumda herhangi bir rakibini piyasadan dışlaması söz konusu değildir. Öte yandan, Novartis Grubu bünyesinde yalnızca NOVARTİS, ÇINAR ile olan ticari ilişkisini sonlandırmış; ALCON ise ÇINAR'a herhangi bir yaptırım uygulamamıştır. Ek olarak, ÇINAR, ecza depoculuğu alanındaki faaliyetlerine devam etmektedir ve NOVARTİS'in şikâyete konu eylemleri nedeniyle piyasadan çıkmak zorunda kalmamıştır. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, NOVARTİS'in sözleşme yapmayı reddetmesinin ÇINAR'ın eylemleri karşısında orantılı olduğu değerlendirilmektedir.

I.6. Soruşturma Kapsamında Yapılan Savunmalar

I.6.1. NOVARTİS Tarafından Yapılan Savunmalar

- (89) NOVARTİS tarafından yapılan savunmalarda özetle;
- NOVARTİS'in ÇINAR ile arasında 2017 yılının Nisan ayında yenilenen bir Depo Sözleşmesi olduğu, NOVARTİS'in ÇINAR ile çalışmama yönünde bir iradesi olsa idi bu sözleşmeyi de yenilememiş olmasının gerekeceği,
 - NOVARTİS'in Kanal Yönetimi Birimine 2017 yılının Nisan ayında Galvus isimli ürünün Irak'a satıldığı yönünde bir şikâyet ulaştığı, NOVARTİS'in söz konusu ilacın satışının ÇINAR aracılığıyla gerçekleştiğini tespit etmesiyle ÇINAR'dan 81363815 numaralı PTS kodu ile gönderilen Galvus tablet hakkında bilgi talep ettiği,
 - ÇINAR'ın ilk yazılı cevabında ürünün Esenyurt'ta bulunan Yusuf Eczanesi'ne satıldığını bildirdiği, NOVARTİS'in bu cevap üzerine T.C. Sağlık Bakanlığı İTS'yi kullanarak ürünün nerede bulunduğunu sorguladığı ve ürünün resmi kayıtlarda ÇINAR'ın beyanının aksine Yusuf Eczanesi'nde olmadığını tespit ettiği,
 - Bunun üzerine konunun tekrar ÇINAR'a sorulduğu, ÇINAR'ın ikinci yazılı cevabında ise *"Yusuf Eczanesi'nin ürünü Pharma Turca adlı ecza deposuna sattığını ve Yusuf Eczanesi'nin ÇINAR'dan ürünün karekodunu Pharma Turca'ya aktarmasını talep ettiğini"* beyan ettiği, ilacın fiziksel olarak bulunduğu ortam ile sistemde görüldüğü ortamın farklı olmasının ilaç mevzuatına aykırılık teşkil ettiğinin NOVARTİS tarafından ÇINAR'a bildirildiği,
 - Bunun üzerine ÇINAR tarafından *"Yusuf Eczanesi'nin eczaneyi kapatma kararı aldığı ve kendisinden farklı zamanlarda farklı karekod aktarım taleplerinde bulunduğu"*nun belirtildiği,
 - Bu çelişkili cevaplar neticesinde, NOVARTİS'in yaptığı araştırmalar sonucunda Yusuf Eczanesi'nin aslında kapatılmadığı, aksine ITS'de aktif olduğu ve ürünün sistemde PHARMA TURCA Ecza Deposunda görüldüğü,
 - TİTCK Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) hükümleri gereği, beşeri tıbbi ürünleri satın almış olan bir eczanenin, mücbir sebep hariç

olmak üzere bu ürünleri ancak almış olduğu ecza deposuna iade edebileceği, ÇINAR'ın eylemlerinde Yönetmelik'in İTS başlıklı 27. maddesine aykırılık bulunduğu,

- Anılan olayda ÇINAR'ın ürünleri Yusuf Eczanesi'nden fiilen geri almak ve PHARMA TURCA'ya yeniden satmak ile yükümlü olduğu, ancak ilacın PHARMA TURCA tarafından Irak'a gönderildiğinin tespit edildiği,
- ÇINAR'ın söz konusu eylemlerinin; ilaç takibini zorlaştırdığı, ilaçların hangi saklama ve depolama koşullarında el değiştirdiğinin görülmesinin imkânsız hale getirdiği, ÇINAR'ın gerçeğe aykırı beyan ve çelişkili davranışlarda bulunmasının NOVARTİS ile arasındaki güven ilişkisini zedelediği, dolayısıyla NOVARTİS'in hem yasal düzenlemelere, hem Sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle ÇINAR ile olan Sözleşmesini feshettiği,
- ÇINAR'ın bir diğer iddiasının NOVARTİS ile çalışan diğer depoların ÇINAR'a mal tedarikinin NOVARTİS tarafından engellenmesi olduğu, bu konuda ÇINAR'ın NOVARTİS ile çalışan diğer ecza depolarından GALENOS ve DENGE'den mal tedarik etmek istediği, ancak adı geçen ecza depolarının NOVARTİS ile olan sözleşmelerini gerekçe olarak göstererek ÇINAR'a ürün tedarik etmedikleri,
- Halbuki NOVARTİS'in matbu Genel Satış Sözleşmesi'nde sözleşme konusu ürünlerin ecza depoları arasında alınıp satılmasının önünde hiçbir engel bulunmadığı, bunun yanı sıra fiili herhangi bir engellemenin de söz konusu olmadığı, adı geçen ecza depolarının mal tedarik etmeme hususundaki ticari kararlarını bağımsız olarak aldıkları ifade edilmiştir.

(90) NOVARTİS tarafından ayrıca, ÇINAR'ın "NOVARTİS'in hâkim durumda olduğu ve bunu kötüye kullandığı iddiası"na cevaben;

- NOVARTİS'in hâkim durumda bulunduğunun tespiti halinde dahi NOVARTİS'in sözleşmeyi feshetmek için haklı gerekçelerinin bulunduğu, bu nedenle bu eylemin bir ihlal olarak nitelendirilemeyeceği,
- Kurul içtihadına bakıldığında hâkim durumun kötüye kullanılması dosyalarında hakim durum tespiti yapılmadan kötüye kullanmanın tespitinin yapılabildiği, bu nedenle savunmada kötüye kullanma üzerinde yoğunlaşıldığı,
- Teorik olarak "sözleşme yapmayı reddetme" eyleminin kötüye kullanma teşkil edebilmesi açısından üç koşulun birlikte varlığının arandığı, bu üç koşulun "reddetmenin alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olması", "reddetmenin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırmasının muhtemel olması" ve "reddetmenin tüketici zararına yol açmasının muhtemel olması" olduğu, ilk iki şarttan alt veya üst pazardaki rakibe yönelik bir davranışın mevcut olması gerektiğinin anlaşıldığı, ancak NOVARTİS'in alt pazarda faaliyetinin bulunmayışı nedeniyle ÇINAR ile arasında bu tür bir rekabet ilişkisi bulunmadığının anlaşıldığı

belirtilmiştir.

(91) NOVARTİS tarafından mal vermenin reddinin yukarıda sayılan ilk şartına ilişkin olarak;

- ÇINAR'ın Türkiye'de faaliyet gösteren birçok ecza deposundan biri olduğu, ecza depolarının tedarik ettikleri çeşitli ilaçları eczane/hastanelere satarak faaliyet gösterdikleri, ÇINAR her ne kadar NOVARTİS ürünlerine erişimin ticari faaliyetinin devamı için gerekli olduğu iddiasında ise de NOVARTİS'in ÇINAR'a ürün sağlamamasının mal vermenin reddi olarak değerlendirilemeyeceği, zira

değerlendirilmesi halinde ilaç sektöründe jeneriği olmayan tüm ilaçların ecza depolarının faaliyeti için zorunlu unsur kabul edilmesi sonucunun doğacağı, bu durumda NOVARTİS ve NOVARTİS gibi birçok ilaç firması ile ecza depoları arasında imzalanan münhasır depo sözleşmelerine Kurul tarafından tanınan muafiyetin ortadan kalkacağı,

- NOVARTİS'in faaliyet gösterdiği pazarın alt pazarında faaliyet gösteren bir ecza deposunun NOVARTİS'in ürünlerinin yeniden satışını gerçekleştirirken ürüne herhangi bir katma değer eklediğinden bahsedilemeyeceği, pazarda birçok oyuncunun bulunmasından dolayı zorunlu unsur veya vazgeçilmez ürünün de söz konusu olmadığı

ifade edilmiştir.

- (92) NOVARTİS tarafından mal vermenin reddinin yukarıda sayılan ikinci ve üçüncü şartına ilişkin olarak; Türkiye'de 244 ecza deposunun faaliyet gösterdiği, NOVARTİS'in bu depolardan yaklaşık (.....) ile çalıştığı, ÇINAR'ın alımını yaptığı ürünler içerisinde NOVARTİS ürünlerinin payının (.....)⁴⁷ olduğu, ÇINAR'ın NOVARTİS ürünlerinin satışını yapmaması halinde dağıtım kanalında rekabeti azaltacak boyutta bir etkinin olmayacağı, diğer taraftan NOVARTİS ile sözleşmesi olmayan ecza depolarının dahi NOVARTİS ürünlerini pazardan kolayca temin edebildiğine dair birçok örneğin bulunduğu ifade edilmiştir.

- (93) NOVARTİS tarafından mal vermeyi reddetme eyleminin üçüncü şartı olan tüketici zararının doğmasına ilişkin olarak ise;

- Kurulun tüketici zararının ortaya çıkması kriterinde hâkim durumdaki firmadan mal alamayan rakiplerin, alt pazarda yenilikçi ürünler sunmalarının engellenip engellenmediğini dikkate aldığı,
- Kılavuz'un 25. paragrafında tüketici zararının fiyat artışı, ürün kalitesindeki ve yenilik düzeyindeki düşüşler, mal ve hizmet çeşitliliğindeki azalışlar sonucunda oluşabileceği ifadesinin yer aldığı, bu bağlamda şikâyete konu olayın ÇINAR'ın sadece yeniden satış-dağıtım faaliyetlerine ilişkin olduğu, ÇINAR'ın NOVARTİS ürünlerini herhangi bir katma değer yaratmadan dağıttığı, yani ÇINAR'ın faaliyetleri sonucunda herhangi bir kalite veya inovasyon etkisinin olmadığı,
- Hâlihazırda Türkiye genelinde NOVARTİS ile çalışmayan yaklaşık (.....) ecza deposunun bulunduğu, söz konusu depoların NOVARTİS ile çalışmadan da faaliyetlerini yürütebildiği, bu nedenle ÇINAR'ın şikâyetinin yerinde olmadığı ve tüketiciler bakımından zararın oluşmadığı, oluşma ihtimalinin de bulunmadığı

belirtilmiştir.

- (94) NOVARTİS tarafından haklı gerekçeye ilişkin olarak ise;

- Kurulun söz konusu davranış ile tarafların korunan meşru bir menfaatinin bulunup bulunmadığını ve davranışın korumaya çalıştığı menfaatin ortaya çıkması için vazgeçilmez olup olmadığını göz önünde bulundurduğu,
- Haklı bir nedenin bulunması hususunun her olay özelinde değerlendirilmesi gereken bir kavram olduğu,
- ÇINAR'ın çelişkili beyanları neticesinde NOVARTİS'in bu depoya olan güveninin zedelendiği, güven ortamının bulunmadığı bir ortamda ticari ilişkinin

⁴⁷ Çınar Ecza Deposu 2014-2017 yılları arası üç yıllık ortalama alım miktarları üzerinden hesaplandığı beyan edilmiştir.

yürütülemeyeceği, bu nedenle NOVARTİS'in sözleşmeyi feshetmesinde haklı nedeninin bulunduğu

belirtilmiştir.

- (95) Ayrıca NOVARTİS'in 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerini ihlal etmediğine yönelik olarak soruşturma heyeti tarafından ulaşılan sonuç doğrultusunda NOVARTİS'in 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmediğinin tespit edilmesi talep edilmiştir.
- (96) Savunmada belirtilen hususlara ilişkin değerlendirmelere kararın "Değerlendirme" başlıklı bölümünde yer verildiğinden, burada ayrı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

I.6.2. ALCON Tarafından Yapılan Savunma

- (97) ALCON tarafından yapılan savunmalarda özetle;
- ALCON'un şikâyete konu olayda herhangi bir eyleminin bulunmadığı ve soruşturma bildirim yazısında ALCON hakkında 4054 sayılı Kanun'un ihlali ile ilgili herhangi bir ithama yer verilmediği, bununla birlikte soruşturmanın ilerleyen aşamalarında soruşturma heyeti tarafından ALCON hakkında 4054 sayılı Kanun'a ilişkin ihlal iddialarının bildirilmesi halinde savunma hakkının saklı tutulduğu,
 - Şikâyetçi ÇINAR'ın ALCON hakkında ileri sürdüğü iddiaların gerçeği yansıtmadığı,
 - ALCON ile ÇINAR arasındaki ticari ilişkinin devam ettiği, işbu yazılı savunmanın ekinde delil olarak kullanılması adına ÇINAR'ın ALCON'dan satın aldığı ürünlere ilişkin faturalar bulunduğu,

hususları ifade edilmiş ve ALCON özelinde şikâyetçi tarafından ileri sürülen iddiaların gerçeği yansıtmadığı belirtilmiştir. Ayrıca ALCON'un 4054 sayılı Kanun kapsamında rekabete aykırı bir eylem içerisinde olmadığına yönelik olarak soruşturma heyeti tarafından ulaşılan sonuç doğrultusunda Kurulun, ALCON'un 4054 Sayılı Kanun'u ihlal etmediğini tespit etmesi talep edilmiştir.

- (98) Savunmada belirtilen hususlara ilişkin değerlendirmelere kararın "Değerlendirme" başlıklı bölümünde yer verildiğinden, burada ayrı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

J. SONUÇ

- (99) 21.06.2018 tarih ve 18-20/349-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a, Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre; Novartis Sağlık Gıda ve Tarım Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. ve Alcon Laboratuvarları Tic. A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmediklerine, dolayısıyla aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca adı geçen teşebbüslere idari para cezası uygulanmasına yer olmadığına, OYBİRLİĞİ ile gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, karar verilmiştir.