

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,**

**(Yargı Kararı Üzerine)  
REKABET KURULU KARARI**

**Dosya Sayısı** : 2019-3-032 **(Muafiyet/Menfi Tespit)**  
**Karar Sayısı** : **22-29/484-193**  
**Karar Tarihi** : 30.06.2022

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

**Başkan** : Birol KÜLE  
**Üyeler** : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,  
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN, Cengiz ÇOLAK,  
Berat UZUN

**B. RAPORTÖRLER** : Emin Cenk GÜLERGÜN, Ebru ÖZAKTAŞ

**C. BİLDİRİMDE**

**BULUNAN**

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

**D. İNCELENEN**

**TARAF**

**TARAF** :- Johnson&Johnson Sıh. Mal. San. ve Tic. Ltd. Şti.

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Johnson&Johnson Sıh. Mal. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan bildirimle, muafiyet tanınmaması yönünde alınan 03.09.2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı Rekabet Kurulu kararının Ankara 13. İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine dosyanın yeniden değerlendirilmesi.
- (2) **F. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 24.06.2019 tarih ve 4109 sayı ile intikal eden başvuruda; Johnson&Johnson Sıh. Mal. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin (JOHNSON) sahibi olduğu bazı ilaçların serbest eczane kanalına dağıtımında, dokuz<sup>1</sup> ecza deposu ile çalışılması ve belirlenen depolar dışındaki depolarla iş yapılmaması uygulamasının grup muafiyetinden faydalandığının tespit edilmesi, bunun mümkün olmaması halinde ise "Beşeri İlaç Depo Satış Sözleşmesi"ne (SÖZLEŞME) bireysel muafiyet tanınması talep edilmiştir. Bu bildirim üzerine düzenlenen 24.08.2020 tarih ve 2019-3-032/MM sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Raporu Rekabet Kurulunun (Kurul) 03.09.2020 tarihli toplantısında görüşülerek

" ...

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

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

- 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasındaki şartların tümünü karşılamaması nedeniyle, söz konusu Sözleşmeye bireysel muafiyet tanınamayacağına  
..."

20-40/553-249 sayı ile karar verilmiştir.

(3) Bu kararın iptali istemiyle JOHNSON tarafından Ankara 13. İdare Mahkemesi nezdinde açılan davada ise mahkeme, muafiyet tanınmaması yönünde alınan dava konusu Kurul kararında hukuka uyarlık görmemiş ve Kurul kararının iptaline 27.04.2022 tarih ve 2021/778 E., 2022/966 K. sayı ile karar vermiştir.

(4) **G. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda, mahkeme kararı gereğince, iptal edilen Kurul kararı tarihi itibarıyla geçerli bilgi ve pazar verilerine göre, başvuru konusu dağıtım sisteminin nicel seçici dağıtım sistemi teşkil ettiği ve 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ) kapsamında grup muafiyetinden faydalandığı, ancak başvuru konusu dağıtım sisteminin unsurlarında veya ilgili ürünlerin pazar paylarında, grup muafiyeti değerlendirmesine etki edebilecek bir değişiklik olması durumunda, tarafın 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde kendi değerlendirmesini yapabileceği veya isteğe bağlı olarak güncel bilgilerle yeni bir başvuruda bulunabileceği ifade edilmiştir.

#### H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

(5) JOHNSON'ın başvurusu üzerine alınan 03.09.2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı Kurul kararında, nitel seçici dağıtım sistemlerinin;

- Ürünün kalitesini korumak ve uygun kullanımını sağlamak için gerekli olması,
- Yeniden dağıtıcıların kalite temelli kriterlere göre seçilmesi,
- Uygulanan kriterlerin gerekli olandan daha fazla olmaması

şeklindeki şartları karşılamaları durumunda 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi dışında kabul edildikleri, ilgili mevzuatta, tüm beşeri ilaçlar için geçerli olacak şekilde, depoculuk/eczacılık faaliyetleri ile söz konusu ürünlerin saklanması ve dağıtımının tabi olduğu koşullar, ilgili denetimler ve yaptırımlar gibi konuların ayrıntılı olarak düzenlendiği, beşeri ilaç piyasasında ürünleri nihai tüketicilere sunan eczaneler bakımından, tüketici sağlığını doğrudan etkileyen ilaçların, doğru bir şekilde, bu alanda yetkin kişilerce temin edilmesini sağlamak amacıyla ilgili kanunlarda düzenlemeler yapıldığı, benzer düzenlemenin toptan satış seviyesinde bulunmadığı ve bahsi geçen faydaların uygulanacak bir seçici dağıtım sistemi ile elde edilip edilemeyeceği noktasında, ikna edici gerekçeler bulunmadığı ve tarafın da bu yönde somut bir değerlendirme sunmadığı, başvuru konusu dört ürünün özellikleri itibarıyla istisna teşkil etmediği, bunlara benzer nitelikte çok sayıda ürün bulunduğu, tabi olduğu dağıtıma ilişkin yasal düzenlemeler yönüyle de bu ilaçların piyasadaki diğer ürünlerden farklılaşmadığı, dolayısıyla ürünlerin seçici dağıtım sistemine konu edilmelerinin makul görünmediği, başvuruda da belirtildiği üzere sözleşmenin asıl amacının başvuru konusu ürünlerin paralel ihracat yoluyla satılmasının önüne geçilmesi olduğu, bu hususla ilgili olarak Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından çıkarılan 20.11.2014 tarih ve 2014/11 sayılı "İlaçların Piyasada Bulunabilirliği Hakkındaki Genelge"de, ithalatına izin verilen beşeri tıbbi ürünlerin piyasada bulunabilirliğini sağlamak amacıyla kamu sağlığı ve hizmet gerekleri gözetilerek söz konusu ithal ürünlerin ülke dışına çıkarılmak suretiyle başka ülke piyasalarına yönlendirilmesi uygun bulunmadığından sistem üzerinde her türlü tedbirin alınacağına belirtildiği ifade edilmektedir.

(6) Kurul kararında ayrıca, Türkiye'nin fiyat regülasyonları sebebiyle nispeten ucuz kalan ilaç fiyatlarından ötürü paralel ticaret açısından cazip görülebilecek olmasına karşın,

seçici dağıtım sisteminin ilaçların Türkiye’de bulunabilirliğinin sağlanması için elzem olmadığı, sözleşmelerde konuyla ilgili olarak paralel ticaret yasağının ayrıca hükme bağlandığı, bildirim konusu SÖZLEŞME ile getirilen depoların seçici dağıtım sistemi dışında kalan depolara ürün satamayacağı, tedarik edemeyeceği ya da takas edemeyeceği hükmü karşısında eczanelerin sözleşme konusu ilaçları sınırlı sayıdaki depodan temin etmesi zorunluluğunun tüketicilerin ilaca ulaşmasında zorlaştırıcı ve/veya geciktirici bir olgu olarak değerlendirilebileceği, bu çerçevede getirilmek istenen sistemin dağıtımda iyileşme ve tüketici faydası koşullarını sağlamadığı ve zorunlu olandan daha kısıtlayıcı nitelikte olduğu bu çerçevede muafiyetten yararlanamayacağı ifade edilmiştir.

- (7) Ankara 13. İdare Mahkemesinin 27.04.2022 tarih ve 2021/778 E., 2022/966 K. sayılı kararında ise başvuru konusu ürünlerin sağlayıcının dağıtımını gerçekleştirdiği 37 farmakolojik üründen yalnızca dördünü teşkil ettiği, bu ürünlerin dokuz ecza deposu vasıtasıyla dağıtılması ve belirlenen depolar dışındaki depolarla iş yapılmamasının planlandığı, ilgili ürünlerin pazar paylarının %40’lık pazar payı eşliğinin altında olduğu, mahkeme kararı tarihi itibarıyla bu eşğin %30 olduğu ve ilgili payların %30’luk eşğin de altında kaldığı, üç ürünün kanser, bir ürünün ise sedef hastalığının tedavisinde kullanıldığı, ürünlerin kutu başı fiyatlarının çok yüksek olduğu, dağıtım için öngörülen ecza depolarının finansal güç, servis edilen il ve eczane sayısı, etkili dağıtım ve lojistik ağı, depoculuk sektör tecrübeleri gibi objektif kriterlere göre belirlendiği ve alternatif temin kaynaklarını kısıtlamamak amacıyla küçük ölçekli depoların ve kooperatiflerin de sisteme dâhil edildiği, depoların eczaneler için her ilde en az iki ecza deposundan ürün tedarik edilebilmesini sağlayacak şekilde seçildiği, dokuz depodan ikisinin 81 ilde faaliyet gösterdiği, depoların yalnızca Türkiye içinde satış yapacağı ve yalnızca sisteme dâhil olan depoların ilaç takası yapabilecekleri, böylelikle ilaçların takip edilebilirliğinin artacağı, yine uygulama kapsamında getirilen Acil Dağıtım Sistemi ile herhangi bir eczanenin ilgili dört üründen birini talep etmesi halinde en geç 24 saat içerisinde ilaca ulaşılabilirliğin sağlanacağı, bu nedenlerle ilacın bulunurluğunun sağlanması bakımından eczaneler ve tüketici nezdine herhangi bir engel olmadığı, sistemin öngörülemez bir yönünün bulunmadığı ve hangi depoların ilacı satabileceğinin belli olduğu, söz konusu ilaçların pazar değeri yönünden yapılan değerlendirmede pazarda baskın hâkimiyetlerinin bulunmadığı, aksine başkaca emsallerinin bulunduğu, ilaç satışının eczanelerce yapılmasının başlı başına mesleki ve teknik yeterlik ve ilaç satışı sonrası geri bildirim gerektirdiği belirtilmiştir.
- (8) Mahkeme kararında ek olarak, Kurul tarafından dava konusu işleme gerekçe gösterilen Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun 20.11.2014 tarihli genelgesinin "tedbir alınmasına" ilişkin olduğuna yer verildiği, ancak davacının talebi bazında Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumundan görüş alınmadığı, ayrıca alan barkod numaralarıyla dahi ilaçların takip edilemeyerek yurt dışına çıkarılmasının maddi vakıanın doğruluğunu ortaya koyduğu, başvuru konusu sözleşmenin amacının gerçekleşmesi için ilaç takibinin yapılabilmesi gerektiği, kaldı ki 4054 sayılı Kanun’un 13. maddesi kapsamında muafiyet kararının alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması halinde Kurulun muafiyet kararını geri alabileceği ifade edilerek, muafiyet tanınmaması yönünde alınan dava konusu Kurul kararında hukuka uyarlık görülmemiş ve anılan Kurul kararının iptaline karar verilmiştir.
- (9) Anayasanın 138. maddesinde, “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*” denilmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 4001 sayılı Kanunla değişik 28. maddesinde “*Danıştay,*

*bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez....” hükümleri yer almıştır.*

- (10) Bu hükümden, idare tarafından icaplarına göre işlem tesis edilmesi veya eylemde bulunulması zorunlu kararların, esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar olduğu anlaşılmaktadır. Esasa ilişkin karar, taraflar arasındaki maddi uyuşmazlığı sona erdiren, ona hukuki bir çözüm getiren, davaya konu olan idari işlemin hukuka uygunluğu hakkında bir yargı - hüküm ortaya koyan karardır. Bu tür kararlar, aynı zamanda, idari yargı yerinin elini davadan çekmesi sonucunu doğuran, yani nihai nitelikte olan kararlardır. Ankara 13. İdare Mahkemesinin 27.04.2022 tarihli, 2021/778 E. ve 2022/966 K. sayılı kararı da bu nitelikte bir karar olup, idarece işlem yapılması gereğinin yerine getirilmesi için yeni bir karar tesis edilmesi gerekmektedir.
- (11) İlgili mahkeme kararı gereğince, iptal edilen Kurul kararı tarihi itibarıyla geçerli bilgi ve pazar verilerine göre, başvuru konusu dağıtım sisteminin nicel seçici dağıtım sistemi teşkil ettiği ve 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden faydalandığı, ancak başvuru konusu dağıtım sisteminin unsurlarında veya ilgili ürünlerin pazar paylarında, grup muafiyeti değerlendirmesine etki edebilecek bir değişiklik olması durumunda, tarafın 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde kendi değerlendirmesini yapabileceği veya isteğe bağlı olarak güncel bilgilerle yeni bir başvuruda bulunabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

## I. SONUÇ

- (12) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 03.09.2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı Rekabet Kurulu kararını iptal eden Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 27.04.2022 tarihli, 2021/778 E. ve 2022/966 K. sayılı kararının gereğinin yerine getirilmesini teminen,
- İptal edilen Kurul kararı tarihi itibarıyla geçerli bilgi ve pazar verilerine göre, başvuru konusu dağıtım sisteminin nicel seçici dağıtım sistemi teşkil ettiğine ve 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden faydalandığına,
  - Ancak başvuru konusu dağıtım sisteminin unsurlarında veya ilgili ürünlerin pazar paylarında, grup muafiyeti değerlendirmesine etki edebilecek bir değişiklik olması durumunda, tarafın 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde kendi değerlendirmesini yapabileceğine veya isteğe bağlı olarak güncel bilgilerle yeni bir başvuruda bulunabileceğine

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

Rekabet Kurulunun 30.06.2022 tarih ve 22-29/484-193 sayılı Kararına

KARŞI OY GEREKÇESİ

Aşağıda sunulan gerekçelerle Kurul kararına katılmamız mümkün olmamıştır.

**Gerekçe I: Dikey rekabet kısıtlarının pazar gücüne göre değerlendirilmesi gereği: Dosya konusu teşebbüsün portföy gücü ile ilgili 9 deponun ulusal/yerel bakımdan payları dikkate alınmamıştır.**

Yerleşmiş rekabet hukuku doktrinine göre dikey rekabet kısıtları belli etkinlikler ve arz zinciri tasarımı belirliliği sağlayarak tüketici faydası/toplumsal fayda yaratmaktadır. Fakat bu kısıt-etkinlik ilişkisi anlaşma taraflarının pazar gücünün seviyesine bağlıdır. Karardaki taraflardan üretici firmanın gerek **belli yıllarda (.....) aşan pazar payı**, gerekse de ilaç sektörü bakımından sahip olduğu muazzam **portföy gücü** Kararda dikkate alınmamıştır. Dahası, ulusal bulunabilirlik açısından **(.....) büyük deponun seçilmesi** (ulusal çapta pazar gücüne sahip **(.....)** depo; sırasıyla **(.....)** ve **(.....)** civarı nihai noktaya erişim); geri kalan depoların bölgesel/yerel kalması (kendi bölgelerinde pazar gücü)<sup>2</sup> başvuruya konu 4 ilacın **rakiplerinin nihai olarak talep tarafına erişimlerini** kısıtlayabilecektir. Zira başvuruya konu Sözleşme'nin 1.3 maddesiyle **"kota sistemi"** getirilmiş olup depolara tahsis edilecek kotaların **(.....)** Johnson&Johnson tarafından güncelleneceği düzenlenmiştir. Kota sistemi (fiili münhasırlık riski), seçici dağıtımın depolara sağladığı avantajlar ve ilişkili ticari saikler, üretici firmanın pazar ve portföy gücü, ürünlerden birinin jeneriğinin olması ve diğerlerinin de jeneriğinin piyasaya girebileceği bir arada düşünüldüğünde Kararda klasik dikey kısıt-etkinlik sebep-sonuç ilişkisinin söz konusu olmadığı; tam tersi Karara konu olan kısıtlamanın halihazırda aşırı yoğunlaşmış (3 veya 4 oyunculu) piyasada **rakiplerin talep tarafına erişimini kısıtlayacağı** görülmektedir. Unutulmamalıdır ki ilaç sektörü gerek dışa bağımlılık gerekse de inovasyon-yoğun olma sebebiyle en düşük çaplı gibi görünen rekabet kısıtlarının bile hassasiyetle ele alınmasını gerektirmektedir.

**Gerekçe II: Aynı sektörde var olan dikey kısıtların kümülatif etkilerinin dikkate alınmaması: Özellikle portföy gücü yüksek, büyük-ölçekli ilaç şirketleri bu tür rekabet kısıtlarıyla piyasa katılımına sebebiyet verebilmektedir.**

Kararda, dosya konusu anlaşma, benzer dikey anlaşmaların/kısıtlar da dikkate alınarak bütüncül bir yaklaşımla değerlendirilmemiştir. Her ne kadar "grup muafiyeti" belli güvenli limanlar öngörse de bunlar değerlendirmeye açıktır. Bir anlaşmanın etkileri itibarıyla ilgili piyasada ne derece rekabeti kısıtlayacağı sağlıklı bir analizin olmazsa olmazıdır. Bunun için ise **benzer nitelikli kısıtların piyasa genelinde bir katılım yaratıp yaratmayacağı, rakipleri benzer şekilde dikey anlaşmalara itip itmeyeceği (paralel ağlar), neticede ortaya çıkan yapının giriş ve genişleme engelleme yaratıp yaratmayacağı** gibi hususlar irdelenmektedir. Kurumun gözlemlediği üzere özellikle büyük ölçekli ilaç şirketleri bu tür kısıtlamalarla dikey düzenlemelerdeki kara listeden görünüşte kaçınmakla birlikte etki itibarıyla piyasada katılım ortaya çıkararak, **olası rekabet işbirliklerini kolaylaştıran yapılara sebebiyet verebilmektedir.** Ancak **güvenli limanlara aşırı vurgu yapılması ve bütüncül yaklaşımların göz ardı edilmesi bu riskin değerlendirilmesi ve kontrolü bakımından zafiyet** yaratmaktadır.

**Gerekçe III: İlaç sektöründe soğuk zincirin seçici dağıtımına gerekçe olarak gösterilmesi teşebbüslere jenerik rekabetini engelleyici strateji sağlama riski demektir.**

Dikey kısıtlamaların ne derece gerekli olduğu esasen ürünün özelliklerine göre belirlenmektedir. Özellikle **bedavacılık sorunu, müşteri-spesifik yatırımların geri dönüşünün alınması problemi** gibi dışsallıklar dikey kısıtları rasyonel hale getirebilmektedir. Ancak **ilaç sektöründe toptan seviyedeki depolarla üretici firma arasındaki ilişkide bu tür yatırımların, ürün tanıtımlarının, satış öncesi hizmetlerin, eğitimlerin vb. unsurların söz konusu olmadığı**

<sup>2</sup> 21 Ağustos 2019 tarihli cevap dilekçesine göre **(.....)** ilde **(.....)** depo, **(.....)** ilde **(.....)** depo ile çalışılmaktadır. Ancak her il bakımından rakiplerin depolara erişim olanaklarına dair bir cevap sunulmamıştır.

nettir. İlaç sektöründeki değer araştırma-geliştirme aşamasında ortaya çıkmakta ve en fazla pazarlama faaliyeti hastadan bir önceki adımda yapılmaktadır. Kaldı ki büyük ilaç şirketlerinin aşırı pazarlama yapmasının iktisadi ve hukuki açıdan ciddi problemler doğurduğu özellikle son yıllarda vurgulanmaktadır. Diğer taraftan üretici firmanın ticari menfaatleri (paralel ihracatın önlenmesi) dışında kısıtları gerektirecek bir husus da dosya kapsamında söz konusu değildir. 13 Temmuz 2019 tarihli cevap dilekçesine göre ilaçlardan (.....) soğuk zincirde taşınmakta ve muhafaza edilmektedir. Ancak ilaç sektörü için bu sıradanlaşmış ve hatta sektörü karakterize eden bir uygulama olup istisnai bir durum değildir. Bu durumda, **seçici dağıtım gibi dizaynlar ya da pazar payı güvenli limanları ile piyasayı katılaştırıcı dikey kısıtlamalara gidilmesi sonucu jenerik ürünlerin pazarlanması, piyasaya girişi ve nihai olarak talep tarafına ulaşması ciddi anlamda zorlaşacaktır.**

Birol KÜLE

Kurul Üyesi (Başkan)

Ahmet ALGAN

Kurul Üyesi (II. Başkan)