

T.C.
ANKARA
BÖLGE İDARE MAHKEMESİ
8. İDARİ DAVA DAİRESİ
ESAS NO : 2022/894
KARAR NO : 2022/1032

Tarih: 20.10.2022
Savı: 32300

İSTİNAF BAŞVURUSUNDA

BULUNAN (DAVALI) : REKABET KURUMU
VEKİLİ : AV. PELİN ERDOĞAN - Aynı adreste.

KARŞI TARAF (DAVACI) : JOHNSON AND JOHNSON SIHHİ MALZEME SANAYİ VE
TİCARET LİMİTED ŞİRKETİ
VEKİLİ : AV. ŞAHİN ARDIYOK - (E - Tebligat)

İSTEMİN ÖZETİ : Davacı şirket tarafından, sahibi olduğu 4 ilacın (Imbruvica, Zytiga, Stelera, Darzalex) dağıtımı için 9 ecza deposu ile nicel seçici dağıtıcı sistemi kurmak için imzalanması planlanan Beşeri İlaç Depo Satış Sözleşmesi'nin öncelikle grup muafiyetinden yararlandığının tespit edilmesi, bunun mümkün olmaması halinde ise, sözleşmeye bireysel muafiyet tanınmasına yönelik 24/06/2019 tarihinde yapılan başvurunun; sözleşmeye konu ürünlerin pazar payları son üç yıl için ciro bazında %40 eşliğinin altında kalmakla birlikte sözleşmeye konu ürünler için getirilmek istenen seçici dağıtım sisteminin beşeri ilaç piyasası için geçerli olmadığı, sözleşme konusu ürünlere benzer çok sayıda ürün olduğu için dağıtıcı seçiminde dayanan ölçütlerin söz konusu dört ürünün özelliği ile açıklanamayacağı, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4/b maddesine göre münhasırlık ve seçici dağıtım sistemi söz konusu olmadığı gerekçesiyle grup muafiyeti tespiti yapılamayacağı, imzalanması planlanan sözleşmenin 7.maddesi ile kurgulanan sistemin esasen seçici dağıtım sistemi olarak kabul edilemeyeceği, bu madde ile getirilen kısıtlamanın hizmet ettiği etkinlik artışı ve fayda olmadığı, yalnızca dağıtıcıların yeniden satışlarına zorunlu olandan daha kısıtlayıcı bir müdahale getirdiği gerekçesiyle bireysel muafiyet tanınmamasına yönelik **Rekabet Kurulu'nun 03/09/2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada;** davalı idarece düzenlenen inceleme raporuna göre; Türkiye'de faaliyet gösteren eczanelerin %98'inin 2 ecza deposu ile aynı anda çalıştığı, davacının başvurusuna konu ürünlerin grup muafiyeti için başvuru yapılan tarih itibarıyla pazar paylarının dava konusu işlem tarihinden sonra düzenlenen %30'luk oranının dahi altında olması sebebiyle ilaç piyasasında başkaca alternatifleri olduğu anlaşılmakta ise de, başvuru konusu ürünün niteliğine göre yapılan değerlendirme sonucunda dağıtıcıların seçiminin dayandığı ölçütlerin söz konusu dört ürünün özellikleriyle açıklanamayacağı anlaşıldığından dava konusu işlemin bireysel muafiyet şartları yönünden değerlendirilmesi gerektiği, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3. maddesine göre "seçici dağıtım sistemi; sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri sadece belirlenmiş kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da söz konusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistemi" anlamına geldiği nicel seçici dağıtım sistemi ise, 2017/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde "sağlayıcının, dağıtıcılarını seçerken doğrudan veya dolaylı olarak dağıtıcıların sayılarını sınırlandıracak kriterler kullandığı seçici dağıtım sistemi" olarak tanımlandığı, nitel seçici dağıtımda dağıtıcıların, satış personelinin eğitilmesi, verilen hizmet ve belirli ürün yelpazesinin satılması gibi objektif kısıtlara dayalı olarak seçildiği, nicel sistemde ise, doğrudan satıcıların potansiyel sayısını sınırlandıran kriterler öngörülen dağıtım sistemi olarak tanımlanabileceği, nicel seçici dağıtım sistemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesi kapsamında daha katı koşullarda denetleneceği anlaşılmakla mevzuatta nicel seçici dağıtım anlaşması yapılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığı, davalı idarece dava konusu işlemin tesis edilmesine temel sebepler olarak, seçici dağıtım sisteminin genellikle otomobil, kozmetik ve dayanıklı tüketim malları gibi ürünler için uygulandığı, amacın bu ürünlerin marka değerinin korunmasını sağlamak olduğu nitekim, ilgili ürünlerin pazarlanmasında satış noktasının ve elemanlarının belirli özelliklere sahip olması, mesleki ve teknik yeterlikler, satış sonrası tamir ve garanti hizmetleri sağlanmasına yönelik kriterler de bu amaca hizmet ettiği ancak beşeri ilaç sektörünün bahsi geçen çerçeveye, en azından dosya konusu toptan seviye bakımından uygun olmadığı ve paralel ihracatın önlenmesine dair Sözleşmenin 8.maddesinin tüketici refahını arttırabileceği anlaşılmakla birlikte bu alanda Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nca çıkarılan Genelge doğrultusunda işlem tesis edileceği, Sözleşmenin 7.maddesi ile getirilen sistem dışındaki depolara ilişkin satış yasağına dair düzenlemenin ilaçların Türkiye'de bulunurluğunun sağlanması için elzem olmadığı ve küçük depoların da söz konusu ilaçlara ulaşmasının piyasaya girişte doğacak engelleri kaldıracağı belirtilmiş ise de; davacı tarafından dava konusu işleme esas olan başvurusunda belirlenen depoların farklı büyüklükte depolar olduğu, bu depoların içinde 81 ilde faaliyet

T.C.
ANKARA
BÖLGE İDARE MAHKEMESİ
8. İDARİ DAVA DAİRESİ
ESAS NO : 2022/894
KARAR NO : 2022/1032

gösteren depolar olduğu gibi 4-16-17 il gibi çeşitli ve daha az sayıda ilde ve çeşitli sayıdaki eczane ile anlaşmalı faaliyet gösteren depolar da olduğu, söz konusu 9 depo arasındaki satış işlemleri kısıtlanmadığı gibi her il bakımından ilacın bulunurluğunun en az 2 depo seviyesinde sağlanacağı ve bu haliyle dahi nihai tüketiciler tarafından ilaca ihtiyaç duyulması halinde acil ilaç dağıtım sistemi kurularak tüketici mağduriyetinin engellendiği, ilacın bulunacağı depoların belirli olduğu eczane kanalına yapılacak satışlar yönünden sözleşmede bir engel olmadığından başvuruya konu 4 ilacı satmak isteyen eczaneler ve sonuç olarak tüketici nezdinde sözleşmenin 7.ve 8.maddesinin bir engel doğurmadığı, bu haliyle sistemin öngörülemez bir yönü bulunmadığı gibi söz konusu ilaçların pazar değeri yönünden yapılan değerlendirmede buldukları pazarda baskın pazar hakimiyetleri bulunmadığı aksine başkaca emsalleri de olduğu, ayrıca davalı idarece seçici dağıtım sistemlerinin genellikle otomobil gibi piyasalarda mesleki ve teknik yeterlikler, satış sonrası tamir ve garanti hizmetleri sağlanması için kabul edildiği belirtilmiş ise de, 6197 sayılı Kanun ile Türkiye Cumhuriyeti'nde ilaç satışının sadece eczane kanalında eczacı sıfatını haiz kişilerce yapıldığı, ilaçların farmakolojik özelliklerine göre hastalara sunumu ve hastalardan yapılan yan etkilere dair bildirimler de olmak üzere ilaç satışının başlı başına mesleki ve teknik yeterlik ve ilaç satışı sonrası geri bildirimler de dahil olmak üzere hizmet sağlanmasını gerektirdiği gibi, davalı idarece de dava konusu işleme gerekçe gösterilen Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nca çıkarılan 20/11/2014 tarihli Genelge'de de Türkiye'de ilaç piyasasında fiyatların Devletçe regüle edilmesi sebebiyle diğer ülkelere göre ülkemizde daha uygun fiyatla halka sunulan ve hayati öneme sahip olan bazı ilaçların piyasada bulunmadığına yönelik sorun tespit edilmekle birlikte, bu sorunun çözümüne yönelik somut bazda bir tedbire yer verilmediği, dava konusu işleme gerekçe gösterilen Genelge'nin "tedbir alınmasına " ilişkin olduğu gibi davalı idarece davacının talebi bazında Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'ndan alınmış bir görüş alınmadığı da anlaşıldığından, anılan savunmalara itibar edilemeyeceği, davalı idarece Sözleşmenin 7.maddesi ile getirilen sistem dışındaki depolara ilişkin satış yasağına dair düzenlemenin ilaçların Türkiye'de bulunurluğunun sağlanması için elzem olmadığı savunulmuş ise de başvuruya konu ilaçların paralel ihracata konu edilmesine yönelik sorunun varlığı, ilaçlar üzerinde yer alan barkod numaralarıyla dahi ilaçların takip edilemeyerek yurt dışına çıkarılmasına yönelik maddi vakianın doğruluğunu ortaya koyduğu, başvuru konusu sözleşmenin amacının gerçekleşmesi için ilaç takibinin yapılabilmesi gerektiği gibi 4054 sayılı Kanun'un 13.maddesi kapsamında muafiyet kararının alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması halinde davalı idarenin muafiyet kararını geri alabileceği gözetildiğinde, yukarıdaki gerekçeler ile davacının muafiyet başvurusunun reddine yönelik tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ilişkin olarak Ankara 13. İdare Mahkemesi'nce verilen 27/04/2022 tarih ve E:2021/778, K:2022/966 sayılı kararın, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek istinaf başvurusunun kabulü ile anılan kararın kaldırılması ve davanın reddine karar verilmesi istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Savunma verilmemiştir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesince, dava dosyasının istinaf istemi yönünden tekemmül etmiş olduğu dikkate alınarak, davalı idarenin istinaf aşamasındaki yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeksizin işin esasına geçildi, 2577 sayılı Yasanın değişik 45. maddesi uyarınca dava dosyası incelenerek gereği görüldü :

Dava; davacı şirket tarafından, sahibi olduğu 4 ilacın (Imbruvica, Zytiga, Stelera, Darzalex) dağıtımı için 9 ecza deposu ile nicel seçici dağıtıcı sistemi kurmak için imzalanması planlanan Beşeri İlaç Depo Satış Sözleşmesi'nin öncelikle grup muafiyetinden yararlandığının tespit edilmesi, bunun mümkün olmaması halinde ise, sözleşmeye bireysel muafiyet tanınmasına yönelik 24/06/2019 tarihinde yapılan başvurunun; reddine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 03/09/2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4.maddesinde "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.Bu haller, özellikle şunlardır: a) Mal veya hizmetlerin alım ya da

T.C.
ANKARA
BÖLGE İDARE MAHKEMESİ
8. İDARİ DAVA DAİRESİ
ESAS NO : 2022/894
KARAR NO : 2022/1032

satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tesbit edilmesi, b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü, c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi, d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi, e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması, f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder. Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir." hükmüne, "**Muafiyet**" başlıklı 5.maddesinde "(Değişik birinci fıkra:16/6/2020-7246/1 md.) Aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muafir: a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması, c)İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması, d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması. (Ek ikinci fıkra:16/6/2020-7246/1 md.) İlgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri, 4 üncü madde kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının muafiyet şartlarını taşıdığı Kurul tarafından tespit edilmesi amacıyla Kuruma başvuruda bulunabilir. (Değişik fıkra: 2/7/2005-5388/1 md.) Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir. Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir." hükmüne yer verilmiştir.

2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin "Kapsam" başlıklı 2.maddesinde "Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar -dikey anlaşmalar- bu Tebliğde belirtilen koşulları taşıması kaydıyla, Kanunun 4 üncü maddesindeki yasaklamadan Kanunun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak grup olarak muaf tutulmuştur. (Değişik: 2021/4 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; RG- 05.11.2021, 31650) Bu Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %30'u aşmaması durumunda uygulanır. (Değişik: 2021/4 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; RG- 05.11.2021, 31650) Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda muafiyet, alıcının dikey anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %30'u aşmaması koşuluyla uygulanır." düzenlemesine,"**Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamalar**" başlıklı 4.maddesinde "Aşağıda sayılan, rekabeti doğrudan veya dolaylı olarak engelleme amacı taşıyan sınırlamaları içeren dikey anlaşmalar bu Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamaz. a) Alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi. Şu kadar ki; taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür. b) Aşağıdaki haller dışında, alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi.

1) Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması,

2) Toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara yönelik satışlarının kısıtlanması,

3) Bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmalarının kısıtlanması,

4) Birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların sözkonusu olması halinde, alıcının bunları üretici

T.C.
ANKARA
BÖLGE İDARE MAHKEMESİ
8. İDARİ DAVA DAİRESİ
ESAS NO : 2022/894
KARAR NO : 2022/1032

konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının kısıtlanması.

c) Seçici dağıtım sisteminde, bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkı saklı kalmak kaydıyla, perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışların kısıtlanması.

d) Seçici dağıtım sisteminde, sistem üyelerinin kendi aralarındaki alım ve satımın engellenmesi.

e) Parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan malların söz konusu olması halinde, bu parçaları satan sağlayıcı ile birleştiren alıcı arasındaki anlaşmalarda, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya malların bakımı ya da onarımıyla alıcı tarafından yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satmasının yasaklanması" düzenlemesine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirket tarafından, sahibi olduğu 4 ilacın (Imbruvica, Zytiga, Stelera, Darzalex) dağıtımı için 9 ecza deposu ile nicel seçici dağıtım sistemi kurmak için imzalanması planlanan Beşeri İlaç Depo Satış Sözleşmesi'nin öncelikle grup muafiyetinden yararlandığının tespit edilmesi, bunun mümkün olmaması halinde ise, sözleşmeye bireysel muafiyet tanınması istemiyle 24/06/2019 tarihinde davalı Kuruma başvurulduğu, davalı idarece, yapılan inceleme sonucunda 24.08.2020 tarih ve 2019-3-032/MM sayılı menfi tespit/muafiyet raporunun düzenlendiği, anılan raporun Kurulda görüşülmesi üzerine, başvurunun; sözleşmeye konu ürünlerin pazar payları son üç yıl için ciro bazında %40 eşliğinin altında kalmakla birlikte sözleşmeye konu ürünler için getirilmek istenen seçici dağıtım sisteminin beşeri ilaç piyasası için geçerli olmadığı, sözleşme konusu ürünlere benzer çok sayıda ürün olduğu için dağıtım seçiminde dayanan ölçütlerin söz konusu dört ürünün özelliği ile açıklanamayacağı, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4/b maddesine göre münhasırlık ve seçici dağıtım sistemi söz konusu olmadığı gerekçesiyle grup muafiyeti tespiti yapılamayacağı; imzalanması planlanan sözleşmenin 7.maddesi ile kurgulanan sistemin esasen seçici dağıtım sistemi olarak kabul edilemeyeceği, bu madde ile getirilen kısıtlamanın hizmet ettiği etkinlik artışı ve fayda olmadığı, yalnızca dağıtıcıların yeniden satışlarına zorunlu olandan daha kısıtlayıcı bir müdahale getirdiği hususları dikkate alınarak, davacı ile 9 ecza deposu arasında imzalanması planlanan sözleşmenin rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermesi nedeniyle 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamında olduğuna, ilgili sözleşmenin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağına, 4054 sayılı Kanunun 5. Maddesinin birinci fıkrasındaki şartların tümünü karşılamaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınamayacağına ilişkin Rekabet Kurulu'nun 03/09/2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı kararın verildiği, anılan kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı tarafından ecza depoları ile imzalanması planlanan Sözleşme'nin hükümlerinin incelenmesinden; **1.4 maddesinde**; "Piyasadaki ürün arzını tehlkeye sokmamak ve Türkiye'de hastaların ihtiyacı olduğunda ürünlere ulaşmasını temin etmek amacıyla aynı zamanda bir Acil Dağıtım Sistemi -ADS kurulacağı, deponun ADS'de yer almak istemesi halinde %5 oranında ek ürün temin edileceği, ürünün depo stoğunda tükenmesi ve acil hasta ihtiyacı olması durumunda geç saatte fatura düzenleme-uçak-kargo gibi yükümlülöklere J&J tarafından katlanılarak hastaya 24 saatin içinde ilacın ulaştırılacağı" düzenlemesine "Ürün Takas Bildirimi" başlıklı **7. maddesinde**; "Depo, Ürünleri işbu Sözleşme kapsamındaki seçici dağıtım sistemi kapsamı dışında kalan diğer depolara satamaz, tedarik edemez ya da onlarla başka ürünler karşılığında takas edemez." düzenlemesi, **8.1. maddesinde**; "Depo, Sözleşme kapsamındaki ürünlerin satışını sadece Türkiye sınırları içerisinde yapacaktır. Depo hiçbir koşulda Türkiye sınırları dışındaki gerçek veya tüzel kişilere veya yurt dışına satılmak amacıyla Türkiye sınırları içerisindeki gerçek veya tüzel kişilere ürün satışı yapmayacak, tedarik etmeyecek ya da pazarlama faaliyetlerinde bulunmayacaktır. J&J ürünlerin yurt dışına gittiğini ilaç takip sistemi üzerinden kodları geri takip ederek takip ederek tespit ederse ilgili ürün depodan çıkmışsa depoya, ilgili ürün eczandan çıkmışsa depo ve eczaneye uyarıda bulunulacağı, depoya ve eczaneye satışın durdurulabileceği" düzenlemesine, **8.3. maddesinde**; "Depo, Türkiye'de pazara vermek üzere Ürünleri J&J'den veya sistem üyesi diğer depolardan alacağını kabul ve taahhüt eder. Bu maddenin ihlali, Sözleşme'nin esaslı bir ihlali teşkil eder ve iş bu Sözleşme'nin J&J tarafından derhal haklı sebeple fesih hakkını doğurur." düzenlemesine yer verildiği görölmektedir.

Uyumsuzlukta, davacı şirketin, Türkiye'de toplamda 37 farmakolojik ürünün dağıtımını gerçekleştirdiği, **37 farmakolojik üründen dördü olan Darzalex, Imbruvica, Stelera ve Zytiga'nın dokuz ecza deposu vasıtasıyla dağıtılması ve belirlenen depolar dışındaki depolarla iş yapılmaması uygulaması için başvuru yaptığı, başvuruya konu ürünlerin ait olduğu ATC-3 ve ATC-4 sınıfları bazında bakıldığında, söz konusu dört ürünün de rakibi bulunduğu ve dört ürünün de ATC-3 sınıflandırmasına göre pazar paylarının ciro bazında %40'ın altında kaldığı, 3 ürünün kanser hastalıkları 1 ürünün ise sedef hastalığı tedavisinde**

T.C.
ANKARA
BÖLGE İDARE MAHKEMESİ
8. İDARİ DAVA DAİRESİ
ESAS NO : 2022/894
KARAR NO : 2022/1032

kullanılan kutu başı fiyatı yüksek olan ürünler olduğu, davacının ürünlerinin dağıtımını ihale kanalına yönelik satışlar ile ecza depoları ile özel ve kamu hastanelerine ilaç dağıtımını konu alan ihale satış sözleşmeleriyle faaliyet gösterdiği, serbest eczane kanalı bakımından ise eczanelere yapılacak satışların rekabet kısıtlaması içermeyen depo satış sözleşmeleri gerçekleştiği, bu kapsamda davacının **eczane kanalına yapılacak satışlar için halihazırda 40 ecza deposuyla yürüttüğü çalışmayı** yukarıda bahsedilen dört ürünü (Darzalex, Imbruvica, Stelara ve Zytiga) için niceliksel seçici dağıtım sistemi vasıtasıyla, **a) finansal güç, servis verilen il ve eczane sayısı, etkili bir dağıtım ve lojistik ağı, depoculuk sektöründeki geçmiş tecrübeler ve alternatif temin kaynaklarını kısıtlamamak amacıyla küçük ölçekli depoların ve kooperatifler olarak Türkiye'nin her ilinde en az iki ecza deposunun başvuruya konu ürünleri eczanelere sağlayabilecek şekilde seçildiği, bu 9 depodan 2 tanesinin 81 ilde faaliyet gösterdiği, hem ulusal hem yerel düzeyde faaliyet gösteren depoların tercih edilecek şekilde belirlenen kriterler çerçevesinde dokuz ecza deposu aracılığıyla dağıtımını hedeflediği, depoların ancak sistem içindeki depolar ile takas yapabileceği, bu haliyle ilacın takip edilebilirliğinin artacağı, depoların sadece Türkiye içinde satış yapacağı b)Türkiye'de hastaların ihtiyacı olduğunda ürünlere ulaşmasını temin etmek amacıyla aynı zamanda bir Acil Dağıtım Sistemi ("ADS") kurularak, ADS'de yer alan depoya ek ürün teminin sağlanacağı herhangi bir eczanenin ilgili dört üründen birini talep etmesi durumunda en geç 24 saat içerisinde söz konusu ilaca ulaşabileceği bir dağıtım sistemi planlandığı anlaşılmaktadır.**

Davalı idarece yapılan incelemede, davacının uygulamaya koymak istediği seçici dağıtım sistemine ilişkin olarak yapılan değerlendirmede; Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzda da belirtildiği üzere, nitel seçici dağıtım sistemlerinin aşağıdaki üç koşulu karşılması durumunda 4054 sayılı Kanunun 4.maddesi dışında kabul edildiği, buna göre; "1- Böyle bir anlaşma, ürünün kalitesini korumak ve uygun kullanımını sağlamak için gerekli olması gerektiği, 2-Yeniden dağıtıcılar kalite temelli objektif kriterlere göre seçilmesi gerektiği, 3-Uygulanan kriterlerin gerekli olandan daha fazla olması gerektiği, bu kapsamda yapılacak değerlendirmede, öncelikle ürünün niteliği gereği seçici dağıtımını gerektirmesinin ve kriterlerin ilgili ürünün etkin bir şekilde dağıtılması için gerekli olmasının gerektiği, marka içi ve markalar arası rekabetin sınırlandırılmasının birikimli etkinin ortaya çıkması durumunda, rekabetin nasıl etkileneceği gibi hususların öne çıktığı, seçici dağıtım sisteminin genellikle otomobil, kozmetik ve dayanıklı tüketim malları gibi ürünler için uygulandığı, amacın bu ürünlerin marka değerinin korunmasını sağlamak olduğu, nitekim, ilgili ürünlerin pazarlanmasında satış noktasının ve elemanlarının belirli özelliklere sahip olması, mesleki ve teknik yeterlikler, satış sonrası tamir ve garanti hizmetleri sağlanmasına yönelik kriterlerin de bu amaca hizmet ettiği, ancak beşeri ilaç sektörünün, bahsi geçen çerçeveye, en azından dosya konusu **toptan seviye** bakımından uygun olmadığı, sözleşme konusu 4 adet yüksek uzmanlık gerektiren ve piyasada yüksek fiyata satılan sınırlı sayıda ürün için seçici dağıtım sistemi öngörüldüğü vurgulanmış ve ürünlerin biyoteknolojik ürünler olması, 2-8 C derece aralığında saklanması ve soğuk zincir ile sevk edilmesi gerekliliği, yüksek teknoloji ile üretilen konvansiyonel ürünler olması ve oda sıcaklığında muhafaza gerektirmesi gibi hususlar ileri sürülmüş ise de; beşeri ilaç piyasasında tedarik edilen diğer ürünlerin de yüksek teknoloji gerektirdiği, saklanması ve sevkinin belirli özel koşullarda olduğu, mevzuatta tüm beşeri ilaçlar için geçerli olacak şekilde depoculuk/eczacılık faaliyetleriyle ilgili ürünlerin saklanması ve dağıtımının tabi olduğu koşulların, denetim ve yaptırımları gibi konuların ayrıntılı olarak düzenlendiği, bu dört ürünün belirtilen özellikleri nedeniyle istisna teşkil etmediği, benzer nitelikte çok sayıda ürün bulunduğu ve piyasadaki diğer ürünlerden farklılaşmadığı, dolayısıyla salt bu nedenle seçici dağıtım sistemine konu edilmelerinin makul görünmediği, uygulamanın asıl amacının paralel ihracat yoluyla satılmasının önlenmesi (Sözleşmenin 8.maddesi) olduğunun anlaşıldığı, böyle bir amaç makul görülmeyle birlikte, bu amaca ulaşmak için seçici dağıtım sisteminin uygulanmasının şart olmadığı kanaatine ulaşıldığı, 6197 sayılı kanun uyarınca, beşeri ilaç piyasasında ürünleri nihai tüketicilere eczanelerin sunduğu, bununla tüketici sağlığını doğrudan etkileyen ilaçların doğru bir şekilde, alanında yetkin kişilerce temin edilmesinin amaçlandığı, toptan seviyede uygulanacak bir seçici dağıtım sistemi ile aynı yönde fayda elde edilip edilemeyeceğine ilişkin ikna edici gerekçeler ve somut değerlendirmeler de bulunmadığı sonucuna varıldığı görülmektedir.

Grup muafiyetine ilişkin olarak yapılan değerlendirme; Sözleşmeyle getirilmek istenilen başvuru konusu uygulamanın, yeniden satıcıların sayısının doğrudan sınırlandırıldığı bir seçici dağıtım sistemi olarak kurgulandığı, uygulamaya gerekçe olarak söz konusu dört ürünün pahalı ürünler olması ve bu sebeple paralel ihracat yoluyla yurt dışına satılmasının gösterildiği, sistem dışında yer alan ecza depolarına ürün satışını yasaklayan sözleşmenin 7.maddesi nedeniyle, sözleşmenin 4054 sayılı Kanunun 4.maddesi

T.C.
ANKARA
BÖLGE İDARE MAHKEMESİ
8. İDARİ DAVA DAİRESİ
ESAS NO : 2022/894
KARAR NO : 2022/1032

kapsamında bulunduğu, Sözleşmenin, beşeri ilaç sektöründe sağlayıcı olarak faaliyet gösteren Johnson ile alt pazarda toptan satış faaliyetiyle iştigal eden 9 ecza deposu arasında akdedildiği, rekabet hukuku bağlamında bir dikey anlaşma olduğu, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde Kanunun 4.maddesindeki yasağa karşı sağlanan grup muafiyetinin koşul ve esaslarının düzenlendiği, son üç yıl pazar payının ciro bazında %40'ın altında olması nedeniyle Tebliğin aradığı ön şartı karşılama da, yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, uygulamayla getirilmek istenilen seçici dağıtım sisteminin beşeri ilaç piyasası için gerekli olmadığı, bu piyasada benzer çok sayıda ürün bulunduğu, dolayısıyla uygulama dahilinde dağıtıcıların seçiminin dayandığı ölçütlerin söz konusu 4 ürünün özellikleriyle açıklanamayacağı, Tebliğin 4.maddesindeki haller arasında sayılan haller (4/b deki münhasırlık ve seçici dağıtım sistemi dahil) söz konusu olmadığından, alıcının (ecza depolarının) satışlarına yönelik kısıtlamalar getirilmesinin, incelenen anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkardığı sonucuna varılmıştır.

Bireysel muafiyet tanınması talebine ilişkin olarak yapılan değerlendirmede; 4054 sayılı Kanunun 4.maddesi kapsamındaki anlaşmaların, anılan Kanunun 5.maddesinin 1.fıkrasında belirtilen koşulların tümünün varlığı halinde, 4.maddenin uygulamasından muaf tutulabileceği, bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden yapılan incelemede; a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması koşulu yönünden; sözleşmenin esas amacı doğrultusunda, ilgili ürünlerin Türkiye'deki tedavilerde kullanılmak üzere yurt dışına çıkmasının önlenmesine hizmet edeceği, bu bakımdan, ürünlerin dağıtımı ve hizmetlerin sunulmasında bir katkı sağlayabileceği söylenebilecek ise de, sözleşmenin bütün yönleriyle hayata geçirilmesi halinde oluşacak yapının değerlendirilmesi gerektiği, sözleşmenin 7.maddesi uyarınca, ilgili depoların sistem dışındaki depolara ürün satamayacağı, tedarik edemeyeceği, takas yapamayacağı, bu durumda, 7.maddenin getirdiği bir etkinlik artışından ve faydadan söz edilemeyeceği, bu durumda, yalnızca dağıtıcıların yeniden satışına müdahale edilmesi sonucunu doğurmuş olacağı, diğer yandan, ürünlerin Türkiye'deki bulunabilirliğinin sağlanması için de elzem olmadığı, söz konusu ürünlerin yurt dışına satışının yasaklanması amacı doğrultusunda sözleşmenin 8.1 maddesinin düzenleme getirmiş olduğu, nihai olarak (a) bendindeki koşulun karşılanmadığı sonucuna varıldığı, b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması koşulu yönünden; acil dağıtım sistemi ile desteklenmiş olmasının kısmi fayda sağlayacağı ancak 9 deponun diğer depolara satış yasağının hastalara ilaca ulaşımını zorlaştıracığı veya geciktirebileceği, dolayısıyla bu koşulun da sağlanmadığı sonucuna varıldığı, c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması koşulu yönünden; Johnson'un söz konusu ürünlerde hakim durumda olmadığı, serbest eczane piyasasındaki toplam satışlarının payının düşüklüğü, dolayısıyla, bazı ecza depolarının bu ürünleri portföyünde bulunduramayacak olmasının, ilgili pazardaki rekabet üzerinde etkisinin oldukça sınırlı olabileceği hususları dikkate alındığında, bu koşulun sağlandığı sonucuna varıldığı, d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması koşulu yönünden; sözleşmenin 7.maddesiyle getirilen kısıtlamanın hizmet ettiği bir etkinlik artışından ve faydadan söz edilemeyeceği, yalnızca dağıtıcıların yeniden satışlarına müdahale sonucunu doğurmuş olacağı, ürünlerin Türkiye'de bulunabilirliği yönünden de elzem olmadığı, 7.maddenin sözleşmenin esas amacını aşacak şekilde geniş kapsamlı düzenlendiği ve dağıtımda iyileşme ve tüketici faydası sağlamadığı hususları dikkate alındığında, bu koşulun sağlanmadığı sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır.

Rekabet hukuku alanında tesis edilen işlemlerin kendi koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, ilaç gibi tüketicileri yönünden hayati öneme sahip bir ürünün, kamu yararı bakımından otomobil veya başka lüks tüketim maddeleri gibi başka ürünlerle aynı kategoride değerlendirilemeyeceği, ilaç gibi hayati öneme sahip bir ürünün dağıtım ağının mümkün olduğu kadar geniş tutulmasının kamu yararına olacağı, sınırlı sayıda ecza deposuyla çalışılmasının ancak kanunda aranılan koşulların gerçekleşmesi halinde mümkün olabileceği sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, Rekabet Kurumunca yapılan inceleme sonucunda, mevzuatta aranılan muafiyet koşullarını taşımadığı anlaşılan davacı şirketin muafiyet tanınması yolundaki başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

İdare Mahkemesince, "davalı idarece de dava konusu işleme gerekçe gösterilen Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nca çıkarılan 20/11/2014 tarihli Genelge'de de Türkiye'de ilaç piyasasında fiyatların Devletçe regüle edilmesi sebebiyle diğer ülkelere göre ülkemizde daha uygun fiyatla halka sunulan ve hayati öneme sahip olan bazı ilaçların piyasada bulunmadığına yönelik sorun tespit edilmekle birlikte bu sorunun çözümüne yönelik somut bazda bir tedbire yer verilmediği, dava konusu işleme gerekçe gösterilen

T.C.
ANKARA
BÖLGE İDARE MAHKEMESİ
8. İDARİ DAVA DAİRESİ
ESAS NO : 2022/894
KARAR NO : 2022/1032

Genelge'nin "tedbir alınmasına " ilişkin olduğu gibi davalı idarece davacının talebi bazında Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'ndan bir görüş alınmadığı da anlaşıldığından savunmaya itibar edilmediği " belirtilmekte ise de; paralel ihracatın önlenmesi hususundaki idari faaliyetlerin yeterince etkin olup olmadığı hususunun ilgili idarelere yapılabilecek başvurularla çözüme kavuşturulması gerektiği, rekabet hukuku alanında özel koşullara bağlanmış olan ve piyasadaki rekabet ile tüketici faydası üzerinde olumsuz etkiler yaratacak şekilde davacı şirkete "muafiyet tanınması" nı gerektirmeyeceği gibi, davalı Rekabet Kurumunu, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'ndan bir görüş almaya hukuken zorlayacak bir düzenleme de bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali gerekçeleri arasında yer verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı tarafın istinaf başvurusunun **KABULÜ** ile Ankara 13. İdare Mahkemesi'nce verilen 27/04/2022 tarih ve E:2021/778, K:2022/966 sayılı kararın **KALDIRILMASINA**; 2577 sayılı Yasanın değişik 45. maddesinin 4. fıkrası uyarınca esastan incelenen davada, davanın **REDDİNE**; aşağıda dökümü yapılan mahkeme safhasına ait 289,30 TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, istinaf safhasında davalı idare tarafından karşılanan 264,70 TL yargılama gideri ile yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 11.000,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, posta gideri avansından artan miktarın ve ve istinaf aşamasında kullanılmayan 133,00TL yürütmeyi durdurma harcının istenilmesi halinde istinaf başvurusunda bulunan tarafa iadesine, 2577 sayılı Yasanın değişik 46. maddesi uyarınca kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içerisinde **Danıştay ilgili Dairesine temyiz yolu açık** olmak üzere, 23/09/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan
ERGÜN ÖZCAN
32728

Üye
YAHYA ŞAHİN
37901

Üye
TUĞBA SÜRÜCÜ
101135

YARGILAMA GİDERLERİ :

(Mahkeme Safhası)

Başvuru Harcı	: 59,30 TL
Karar Harcı	: 59,30 TL
Vek. Tasdik H.	: 8,50 TL
YD Harcı	: 97,70 TL
Posta Gideri	: 64,00 TL
TOPLAM	: 289,30 TL

(İstinaf Safhası) (Davalı)

Başvuru Harcı	: 220,70 TL
Tebliğat Gideri	: 44,00 TL
TOPLAM	: 264,70 TL