

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Danıştay'ın Kararları Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D1/1/M.Ö.-98/10 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 10-56/1078-407
Karar Tarihi : 26.8.2010

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, Mehmet Akif ERSİN,
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Murat ÇETİNKAYA,
Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER: E. Cenk GÜLERGÜN, Harun ULU

**C. BAŞVURUDA
BULUNANLAR :**

- İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası
Büyükdere Cad. No:185 Kanyon Ofis Bloğu Kat:4
34394 Levent/İstanbul
- Ecz. Zübeyde YİĞİTALP
Esaipaşa Mah. Atatürk Cad. No:66 Menemen/İzmir

D. İLGİLİ TARAF :

- Türk Eczacıları Birliği
Willy Brandt Sokak No:9 06690 Çankaya/Ankara

E. DOSYA KONUSU : Türk Eczacıları Birliğinin 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında ve 31. Olağan Büyük Kongresinde eczanelerin alımlarıyla ve sürşarjla ilgili aldığı kararların ve bu doğrultudaki uygulamaların 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu iddiaları ile ilgili olarak verilen 18.9.2000 tarih ve 00-35/393-220 sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Dairesinin 16.6.2010 tarih ve 2009/4592 E., 2010/5125 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine dosya konusunun yeniden değerlendirilmesi.

F. İDDİALARIN ÖZETİ: İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikasının (İEİS) Kurum kayıtlarına 8.5.1998 tarih ve 1214 sayıyla intikal eden şikayet başvurusunda; İEİS Yönetim Kurulunun, üyesi olan firmaların satışlarını artırmaya yönelik uygulamalarıyla ilgili olarak Türk Eczacıları Birliği (TEB) ve bazı eczacı odalarının şikayetlerini değerlendiren Sağlık Bakanlığının göndermiş olduğu uyarı yazılarını dikkate alarak 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı kararı aldığı ve bunun üzerine TEB'in bu kararı boykot etme amacıyla eczanelerin alım koşullarını belirleyen bir teşebbüs birliği kararı aldığı ve böylece 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerini ihlal ettiği ileri sürülmüştür.

Ecz. Zübeyde YİĞİTALP'in Kurum kayıtlarına 15.3.1998 tarihinde 868 sayılı intikal eden başvurusunda ise, İzmir Eczacı Odasının Sağlık Bakanlığınca onaylanan yeni fiyatlara geçmemesiyle ilgili kendisi hakkında işlem başlattığından bahisle, belirtilen uygulamanın 4054 sayılı Kanun açısından incelenmesi talep edilmiştir.

G. DOSYA EVRELERİ: İEİS'nin Kurum kayıtlarına 8.5.1998 tarihinde giren şikayet başvurusunda;

- İEİS üyesi firmaların satışlarını artırmaya yönelik uygulamalarıyla ilgili olarak TEB ve bazı eczacı odalarının şikayetlerini değerlendiren Sağlık Bakanlığının göndermiş olduğu uyarı yazıları üzerine, İEİS Yönetim Kurulunun 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı kararı aldığı,
- TEB ve bağlı eczacı odalarının 102 sayılı kararı boykot etme amacıyla, eczanelerin alım koşullarını düzenleyen bir teşebbüs birliği kararı aldığı ve bunu yaşama geçirdiği, söz konusu kararın 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Rekabet Kurulunun 2.7.1998 tarih ve 72 sayılı toplantısında, başvuruya ilgili olarak önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

Önaraştırma döneminde yapılan incelemelerde, 27.2.1998 tarihinde Ankara'da gerçekleştirilen TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında İEİS Yönetim Kurulunun 102 sayılı kararıyla ilgili olarak bir karar alındığı tespit edilmiştir. Eczacı odalarına TEB tarafından gönderilen 2.3.1998 tarihli yazıda bu karara şu şekilde yer verilmiştir:

"...Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyeti ve 39 Eczacı Odası Başkanı ilaç ve eczacılık alanında, kendileri dışında alınan kararların mesleğin yürütülmesinde ve hizmet sunumunun niteliklerinin artırılmasında engeller oluşturduğu tespitinden hareketle, kendi dışında alınan kararlardan etkilenmeyi asgariye indirmek amacıyla; eczanede bulunan ilaç stoklarını azaltmaya, firma kampanyalarına katılmamaya, piyasaya yeni verilen ilaçların talep olunca alınmasına, kamu kurumu ödeme gecikmeleri nedeniyle vadeli alımlara yönelmeye, kendi kurumları olan kooperatifleri tercih etmeye, giderek ilaç pazarında büyük yer tutan ithal ilaçların durumunun tartışmaya açılmasına karar vermişlerdir..."

Rekabet Kurulu, 6.7.1999 tarih ve 99-33 sayılı toplantısında, önaraştırma raporunu görüşmüş ve TEB hakkında soruşturma açmıştır.

Diğer yandan, Rekabet Kurumu kayıtlarına 15.3.1998 tarihinde giren, Ecz. Zübeyde YİĞİTALP imzalı şikayet başvurusunda; İzmir Eczacı Odası tarafından kendisi hakkında, eczanesinde sattığı ilaçların fiyatlarına Sağlık Bakanlığınca onaylanan zamları yansıtmayarak haksız rekabete yol açtığı gerekçesiyle işlem başlatıldığı ve konunun Oda Haysiyet Divanına intikal ettiği belirtilerek, bu uygulamanın 4054 sayılı Kanun açısından incelenmesi talep edilmiştir. Rekabet Kurulunun 12.10.1999 tarih ve 99-47 sayılı toplantısında, konunun, TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Toplantısı sonunda alınan teşebbüs birliği kararı hakkında yürütülen soruşturma kapsamına alınarak incelenmesine karar verilmiştir.

Yapılan yerinde incelemeler sırasında; 4-7.12.1997 tarihlerinde yapılan 31. Olağan Büyük Kongre'de TEB Genel Kurulunun,

“Eczanelerin Sağlık Bakanlığı'nın belirlediği fiyatların altında ve üstünde, yani dışında ilaç satmaması hususunda TEB Merkez Heyeti'ne çalışma yapması için görev verilmesine...”

şeklinde bir karar aldığı ve bunun ikinci şikayet konusu ve benzer uygulamaların temelini oluşturduğu görülmüştür.

Soruşturma raporu, yazılı savunmalar, ek görüşler ve 13.9.2000 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısındaki açıklamaları değerlendiren Rekabet Kurulu, 18.9.2000 tarihinde yaptığı toplantıda;

- TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında alınan kararın ve bu karar doğrultusundaki eylemlerin alım koşullarının pazar dışında belirlenmesi amaçlı ve bu etkileri doğurabilecek nitelikte olması,
- TEB 31. Olağan Büyük Kongresinde sürşarjla ilgili alınan kararın ve bu karar doğrultusundaki uygulamaların, eczanelerin bağımsızca ticari karar alma özgürlüğünü kısıtlaması ve bu yönüyle ilacın perakende satış seviyesindeki rekabeti sınırlama amaçlı olması

itibarıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna ve bu nedenle TEB'e 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi gereğince 2.433.600.000 TL. para cezası verilmesine 00-35/393-220 sayılı karar vermiştir.

TEB, Rekabet Kurulu kararına karşı Danıştay 10. Dairesinin 2001/4801 E. sayılı dosyasına kayden dava açmıştır. Yüksek Mahkeme, 9.3.2004 tarih ve 2004/2386 K. sayılı kararıyla, Kurul kararının, İEİS'nin şikayetiyle ilgili kısmını hukuka uygun bulmuş, Ecz. Zübeyde YİĞİTALP'in şikayetiyle ilgili kısmını ise iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme, Kurul kararının hukuka uygun bulunduğu kısmı bakımından, *“4054 sayılı Kanunun 11/b maddesi uyarınca 2000/1 sayılı Tebliğ ile belirlenen en az tutar olan 2.433.600.000.- lira olarak verilen idari para cezasının iptali istemi yönünden davanın reddine”* hükmetmiştir.

10. Dairenin kararına Kurumumuzca itiraz edilmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle, 10. Daire kararını bozmuş ve dosyayı 13. Daireye göndermiştir. Bu kararın üzerine, Danıştay 13. Dairesi, aynı gerekçe ile 18.9.2000 tarih ve 00-35/393-220 sayılı Kurul kararını iptal etmiştir.

Bunun üzerine anılan dosya üzerinde yapılan değerlendirmeler doğrultusunda düzenlenen 22.7.2010 tarihli Bilgi Notu, 20.8.2010 tarih ve REK.0.05.00.00-110/316 sayılı Başkanlık önergesi ile Kurul gündemine gelmiş, Rekabet Kurulu, önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm savunmaları, ek savunmaları, sözlü savunma tutanaklarını, sözlü savunma toplantısının ses kayıtlarının yazılı açılımını, raporları, Danıştay kararlarını, tüm dosya münderecatında yer alan bilgi ve belgeleri inceleyerek 26.8.2010 tarihinde 10-56/1078-407 sayılı nihai kararını vermiştir.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ : İlgili raporda;

- 27.2.1998 tarihinde yapılan TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında alınan kararın ve bu karar doğrultusundaki eylemlerin, alım koşullarının piyasa dışında belirlenmesi amaçlı ve bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olduğu,
- 4-7.12.1997 tarihlerinde yapılan TEB 31. Olağan Büyük Kongresinde sürşarjla ilgili alınan kararın, eczanelerin bağımsızca ticari karar alma özgürlüğünü kısıtladığına, dolayısıyla ilacın perakende satış seviyesindeki rekabeti sınırlama amaç ve etkisini taşıdığı,
- Bu çerçevede, söz konusu teşebbüs birliği kararlarının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu ve TEB'e aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca para cezası verilmesi gerektiği

sonucuna varılmıştır.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

Şikayet tarihleri itibarıyla sayıları yaklaşık 19.000 olan eczacıların çoğunluğu eczane sahibidir. Eczane sahibi olmayan eczacıların bir kısmı ecza depolarının sahibi veya mesul müdürü konumundayken, geriye kalanlar sağlayıcı firmaların yanı sıra Sağlık Bakanlığı ve üniversiteler gibi kurumlara bağlı olarak çalışmaktadır. Görülmektedir ki, eczacıların büyük çoğunluğu pazarda hizmet sunumunda bulunan birimlerin (eczanelerin veya ecza depolarının) sahibi veya temsilcisi konumundadır. Buna bağlı olarak, eczacı odaları ve bunların üst kuruluşu olan TEB'in bünyesinde, teşebbüslerin iradesi temsil edilmektedir. Bu çerçevede, TEB ve bağlı eczacı odalarının 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs birliği olduğu açıktır.

Teşebbüs birliği sayılan TEB'in soruşturma konusu kararları hakkında açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.

I.1. TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı Sonucunda Alınan Karar

İEİS'nin şikayet başvurusunda; Sendikanın almış olduğu 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı yönetim kurulu kararını boykot üzere TEB ve bağlı eczacı odalarının teşebbüs birliği kararları aldığı ve yasama geçirdikleri bu kararların 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Başvurunun ekinde Samsun, Antalya ve İstanbul Eczacı Odası Başkanlarının bölgelerinde faaliyet gösteren eczacılara yönelik, eczanelerin alım koşullarına ilişkin düzenlemeler içeren ve sırasıyla 10.2.1998, 11.2.1998 ve 18.2.1998 tarihli yazıları sunulmuştur. Samsun Eczacı Odası Başkanı imzalı diğer bir yazıda, 27.2.1998 tarihinde Ankara'da TEB ile eczacı odaları başkanlarının yaptığı bir toplantıda alındığı belirtilen ve yine eczanelerin alım koşullarına yönelik olan birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. İstanbul Eczacı Odası Başkanının bölgedeki eczacılara yönelik 30.3.1998 tarihli yazısında ve Pendik bölgesi eczacılarından İstanbul Eczacı Odasına gönderilen yazıda; 26.3.1998 tarihinde Kültür Merkezinde bir toplantı yapıldığı, ayrıca bölgedeki

eczacıların bir araya geldiği ve bunların sonucunda eczanelerin alımlarını konu alan kararlar alındığı ifade edilmiştir.

TEB hakkında açılmış olan önaraştırmada, Samsun Eczacı Odası Başkanı imzalı yazıda da belirtildiği gibi, 27.2.1998 tarihinde yapılan ve TEB Merkez Heyeti ile bağlı eczacı odaları başkanlarının katıldığı TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında konuyla ilgili karar alındığı belirlenmiştir.

Bu noktada, başvuru konusu teşebbüs birliği kararının oluşum sürecinin açıklanması gerekmektedir.

IEIS Yönetim Kurulu, 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı kararı ile, mal sağlayıcılarının ve ecza depolarının satış koşullarına bazı sınırlamalar getirmiş ve bunları uygulamayan işletmelere karşı birtakım yaptırımlar öngörmüştür. Mal sağlayıcılarının ecza depolarına ve depoların eczanelere sunduğu satış artırıcı unsurlardan vade, mal fazlası ve iskontoya dair sınırlar belirleyen, Sağlık Bakanlığının onayladığı yeni fiyatlara bir ay içinde geçilmesini öngören ve tanıtım etkinliklerine yönelik kurallar getiren 102 sayılı karardaki en önemli yaptırım, sınırlamalara uygun hareket etmeyen depolara mal verilmemesidir.

102 sayılı karar, 1998 yılı Ocak ayı basından itibaren yürürlüğe girmek üzere alınmıştır. Ancak özellikle bazı ecza depolarının karardan haberdar olmasının zaman alması nedeniyle, kararın etkili uygulanması Şubat ayı basından itibaren ve birkaç aylık bir dönem için söz konusu olmuştur. Ayrıca depoların karar öncesinde daha esnek koşullarla mal alması, eczanelere satışların öngörülenin dışında koşullarla kısa bir süre daha sürmesini sağlamış ve bu sürede satış koşullarının sınırlandırılması eczaneler seviyesinde fazlaca hissedilmemiştir. Buna ek olarak, eczanelerin 1997 yılındaki alımlarından oluşan stokların henüz erimemiş olması nedeniyle, yeni alımların gerçekleştiği zamana kadar kararın yansımaları tam olarak anlaşılammıştır.

102 sayılı kararın etkili bir şekilde uygulanmaya başladığı Şubat ayında; Ege Eczacılar Vakfı ve Samsun Eczacı Odasından, Kurum kayıtlarına sırasıyla 11.2.1998 ve 13.2.1998 tarihlerinde giren ve bu kararın 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğunun ileri sürüldüğü şikayet başvuruları alınmıştır. Bu başvurular üzerine başlatılan inceleme süreci, 102 sayılı kararın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunduğu 12.1.2000 tarih ve 00-1(b)/11-5 sayılı Kurul kararıyla sonuçlandırılmıştır.

102 sayılı kararın kısa süreli uygulanması sonucunda, bu dönemde; ecza depolarına sunulan satış koşullarının sınırlandırılması, depoların eczanelere sunduğu satış artırıcı unsurlara kısıtlamalar getirilmesi ve bu kısıtlamalara uymayan ecza depolarına mal verilmemesinin kararlaştırılmasına bağlı olarak eczanelerin alım koşulları kötüleşmiştir. Eczaneler, uygulayıcısı veya doğrudan muhatabı olmadığı bu karardan olumsuz yönde etkilenmiştir.

Eczacılar, 102 sayılı kararın alım koşulları üzerindeki somut etkilerini hissetmeye başlayınca, bağlı buldukları bölge eczacı odalarına şikayetlerini

bildirmiştir. Odalar ise, eczacıların şikayetlerini TEB'e ileterek konuyla ilgili toplantı yapılmasını istemiştir. TEB Merkez Heyeti Başkanından alınan belgelere göre; Adana Eczacı Odası Genel Sekreterinin 28.1.1998, Antalya Eczacı Odası Başkanının 11.2.1998, Zonguldak Eczacı Odası Başkanı ile Konya Eczacı Odası Genel Sekreterinin 12.2.1998 tarihli yazılarında, IEIS tarafından alınan kararın TEB bünyesinde görüşülmesi talep edilmiştir. TEB Merkez Heyeti Başkanı ile 26.5.1998 tarihinde yapılan görüşmede; yazılı başvuruda bulunmayan diğer bazı eczacı odaları yetkililerinin de, konuyla ilgili karar alınması gerektiğini sözlü olarak ifade ettiği belirtilmiştir.

Soruşturmaya konu olan teşebbüs birliği kararının alınmasından önce, bazı eczacı odaları bölgelerindeki eczacılara yönelik yazılar göndermiştir. Samsun Eczacı Odası Başkanı imzalı 10.2.1998 tarihli yazıda aynen;

*“...Eczanelerin varlığını sürdürmesinde önemli boyutta olumsuz etkileri olacağı kesin olan tüm bu gelişmelere karşılık;
Eczanelerde bulunan ilaç stoklarının en az düzeye indirilmesinde,
Eczane ilaç siparişlerinde mal fazlasının önemsenmeyerek, en az sayıda sipariş verilmesinde,
Bu en az sayıda siparişlerde bile (peşin ıskontolarda büyük fark olmadığı takdirde) olabildiğince vadeli listelerin tercih edilmesinde,
fayda görülmektedir...”*

denilmiştir.

Antalya Eczacı Odası Başkanı imzalı ve aynı tarihli yazıda, aynı konuya şu ifadeyle dikkat çekilmiştir:

“...1) Bazı ilaç depoları ile ilaç firmalarının ilaç fiyatlarındaki artışı bahane ederek eczacılara vermiş olduğu ıskonto ve mal fazlalarını kısmak istediği öğrenilmiştir. Bu tür uygulama yapanlara karşı direnç göstermemiz, gerekirse mal almamız ve ortak tepki oluşturmamız gerektiğini önemle hatırlatırım...”

İstanbul Eczacı Odası Başkanı imzalı 18.2.1998 tarihli yazıda ise,

“...Bu dönem uzun süreli özverili çalışmalar sonucu kurup güçlendirdiğimiz ve bizim için yaşamsal kurumlarımız olan ECZACI KOOPERATİFLERİMİZE her zamandan daha fazla sarılma ve güç verme dönemidir...”

ifadesi bulunmaktadır.

Bu gelişmeler üzerine, TEB Merkez Heyetinin 14.2.1998 tarihli toplantısında; 102 sayılı karar ile ilgili olarak Tüm Eczacılar Üretim Temin Dağıtım Kooperatifleri Birliği (TEKB) ile görüşülmesi ve Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısının 27.2.1998 tarihinde, söz konusu karar ve TEB Çalışma Programı gündemi ile gerçekleştirilmesi kararlaştırılmıştır. Belirtilen tarihte, Ankara'da yapılan ve TEB yetkilileri ile 39 bölge eczacı odası başkanının katıldığı TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında; 102 sayılı karar tartışılmış ve eczanelere yönelik bazı kararlar alınmıştır. Toplantıda, TEKB Başkanı ve II. Başkanı konuyla ilgili görüşlerini sunmuştur. TEKB Başkanı, 31.5.1999 tarihinde yapılan görüşmede; eczacı odası

başkanlarına konuyla ilgili bilgi vermek için toplantıya katıldığını, TEB iradesiyle oluşan kararın alınma aşamasında toplantıda bulunmadığını, ancak karara kişisel olarak katıldığını ifade etmiştir. "TEB Aylık Yayın Organı Haberler" adlı derginin Ocak-Şubat 1998 tarihli sayısında da; toplantı sonucunda alınan karara yer verilirken, kararın TEB Merkez Heyeti ve 39 bölge eczacı odası başkanı tarafından alındığı ifade edilmiştir.

TEB Merkez Heyetinin 26-27.2.1998 tarihli toplantılarında; Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında alınan kararın eczacı odalarına gönderilmesi uygun bulunmuştur. Bu çerçevede hazırlanan ve odalara gönderilen 2.3.1998 tarihli yazıda karara yer verilmiştir:

"...Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyeti ve 39 Eczacı Odası Başkanı ilaç ve eczacılık alanında, kendileri dışında alınan kararların mesleğin yürütülmesinde ve hizmet sunumunun niteliklerinin artırılmasında engeller oluşturduğu tespitinden hareketle, kendi dışında alınan kararlardan etkilenmeyi asgariye indirmek amacıyla; eczanede bulunan ilaç stoklarını azaltmaya, firma kampanyalarına katılmamaya, piyasaya yeni verilen ilaçların talep olunca alınmasına, kamu kurumu ödeme gecikmeleri nedeniyle vadeli alımlara yönelmeye, kendi kurumları olan kooperatifleri tercih etmeye, giderek ilaç pazarında büyük yer tutan ithal ilaçların durumunun tartışmaya açılmasına karar vermişlerdir..."

27.2.1998 tarihinde yapılan toplantıda; yalnızca eczanelerin alım koşullarına yönelik kararlar alınmamış, ithal ilacın durumunun tartışmaya açılması gibi genel konular da gündeme gelmiştir. Bu nedenle, söz konusu toplantının düzenlenmesinin tek amacının 102 sayılı kararın tartışılması olmadığını, ancak toplantının önemli gündem konularından birisinin bu olduğunun altı çizilmelidir.

Bazı eczacı odaları, TEB bünyesinde alınan kararı bölgelerindeki eczacılara yazılı olarak bildirmiştir. İstanbul Eczacı Odası bünyesinde üye eczacıların da katılımıyla 26.3.1998 tarihinde bir toplantı yapılmıştır. Bu toplantı hakkında eczacılara gönderilen yazıda şu ifadelere yer verilmiştir:

*"...3- İlaç stoklarımızı ve ilaç alımlarımızı mümkün olan en alt düzeye çekeceğiz.
4- Promosyonlu ya da promosyonsuz tüm firma kampanyalarını sorun çözülmüncelere kadar boykot ediyoruz.
5- Yeni çıkan ilaçları 'gerekmedikçe' almayacağız.
6- İlaç alımlarımızı mümkün olan en uzun vadelere yönlendireceğiz.
7- İlaç alımlarımızda kendi kurumlarımız olan kooperatifleri tercih edeceğiz.
8- Eczanelerimize gelen ilaç firması temsilcilerine tepkilerimizi belirteceğiz.
9- Eğer gerekirse, eczacı aleyhine kararlarda 'ısrarcı' olduğunu bildiğimiz iki-üç ilaç firmasını 'DAHA ETKİN BİR BİÇİMDE' uyaracağız..."*

I.2. TEB 31. Olağan Büyük Kongresinde Sürşarjla İlgili Alınan Karar

Ecz. Zübeyde YİĞİTALP'in şikayet başvurusunda; eczanesinde sattığı ilaçların fiyatlarına Sağlık Bakanlığınca onaylanan zamları yansıtmayarak haksız rekabete yol açtığı gerekçesi ile İzmir Eczacı Odası tarafından kendisi hakkında işlem başlatıldığı ve konunun Oda Haysiyet Divanına intikal ettiği belirtilerek bu uygulamanın 4054 sayılı Kanun açısından incelenmesi talep edilmiştir. Rekabet Kurulunun 12.10.1999 tarih ve 99-47 sayılı toplantısında, konunun TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında alınan karar hakkında yürütülen soruşturma kapsamına alınarak incelenmesine hükmedilmiştir. Diğer yandan, YİĞİTALP'in Kurum kayıtlarına 5.11.1999 ve 3611, 22.11.1999 ve 3847 tarih ve sayılarla intikal eden yazılarda, İzmir Eczacı Odası Haysiyet Divanının kendisine verdiği yazılı ihtar cezasının TEB Yüksek Haysiyet Divanı tarafından aynen onaylandığı bilgisi sunulmuştur. Soruşturma kapsamında yapılan yerinde incelemeler sırasında; 4-7.12.1997 tarihlerinde yapılan 31. Olağan Büyük Kongrede, TEB Genel Kurulunun,

“Eczanelerin Sağlık Bakanlığı'nın belirlediği fiyatların altında ve üstünde, yani dışında ilaç satmaması hususunda TEB Merkez Heyeti'ne çalışma yapması için görev verilmesine...”

şeklinde bir karar aldığı tespit edilmiştir. Bu kararın, ikinci şikayet konusunun temelini oluşturduğu anlaşılmaktadır.

J. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

J.1. TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında Alınan Kararın Değerlendirilmesi

İEİS'nin şikayetinin konusunu oluşturan teşebbüs birliği kararındaki başlıkların, 102 sayılı kararla ilgisi ve eczane davranışları üzerinde yaratabileceği etkiler aşağıda değerlendirilmiştir.

“İlaç stoklarının azaltılması”

Satış artırıcı unsurlar, sağlayıcı teşebbüsler seviyesinde önemli bir rekabet aracıdır. Eczaneler ise, kendilerine sunulan mal fazlası ve uzun vade gibi koşullardan faydalanarak stoklarında ürün bulundurabilmektedir. Stokta ürün bulundurulması, Sağlık Bakanlığınca ilaç fiyatlarının artırılması durumunda stoktaki ürünlerin kendiliğinden değer kazanmasını sağlayabilmektedir. Ancak, stokta yüksek seviyede mal bulundurmak, stok maliyetini artırmakta ve kısa vadede nakit sıkıntısı yaratabilmektedir. Eczaneler alım koşullarının yanında nakit durumlarını ve stok seviyelerini göz önünde bulundurarak alım politikalarını belirlemektedir.

İlaç stoklarının azaltılması mal sağlayıcılarının satışlarının belirli bir süre için düşmesine neden olacaktır. Şikayet konusu olayda, stokların azaltılması ile, sağlayıcıların eski satış koşullarına yönlendirilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. O halde, eczanelerin alım koşullarının birlikte belirlenmesi anlamına gelen bu sınırlamanın, 102 sayılı kararın ortadan kaldırılması için sağlayıcılar üzerinde rekabetçi olmayan bir baskının kurulmasına yönelik olduğu açıktır.

“Firma kampanyalarına katılmama”

Sağlayıcı firmalar yılda birkaç kez kampanya düzenleyerek daha geniş satış koşulları uygulamaktadır. Kampanyalarda vadeler uzatılmakta ve mal fazlası ile iskonto artırılmaktadır. Eczaneler, kampanyalar sırasında daha yüksek seviyede alımda bulunabilmektedir. Eczanelerin birlikte, kampanyalara katılmaması, sağlayıcıların geçici bir süre için nakit sıkıntısına girmesine neden olabilecektir. Dolayısıyla, bu başlık da, sağlayıcılar üzerinde baskı oluşturulmasına yöneliktir.

“Yeni ilaçların talep olunca alınması”

Yeni ilaçların talep olunca alınması, bu ürünlerde stoklu çalışılmaması anlamına gelmektedir. Bunun sonucunda da, yine alımların aşağı çekilmesi söz konusu olacaktır. Ancak 102 sayılı kararın etkili olduğu yaklaşık 3 aylık dönemde, sınırlı sayıda ürünü ifade eden bir gruba yönelik bu sınırlamayla sağlayıcılar üzerinde ciddi düzeyde bir baskı kurulamayacağı beklenmelidir.

“Vadeli alımlara yönelme”

Eczanelerin vadeli alımlara yönelmesi, peşin alımları azaltacak ve kısa vadede sağlayıcıların nakit akışında sıkıntıya yol açabilecektir.

“Alımlarda mümkün olduğu kadar eczacı kooperatiflerinin tercih edilmesi”

Eczaneler eczacı kooperatiflerinin hem ortağı hem de müşterisi konumundadır. İlgili mevzuat gereğince, kooperatiflerin karının bir kısmı yaptıkları alımların büyüklüğüne göre üye eczacılara dağıtılmaktadır. İnceleme döneminde görüşülen kooperatif yetkilileri; eczanelerle olan organik bağları nedeniyle, kooperatiflerin eczanelere mümkün olan en uygun koşulları sunmaya çalıştığını ifade etmiştir. Bu itibarla, kooperatiflerin tercih edilmesiyle 102 sayılı karardan fazla etkilenilmemesinin hedeflendiğini düşünmek mümkündür. Buna karşın, eczanelerin birbirlerinden bağımsız olarak hareket etmesi gereken bir konuda TEB bünyesinde karar alınması, amaç yönüyle talebin pazar dışında belirlenmesi durumuna örnek oluşturmaktadır.

“İthal ilacın durumunun tartışmaya açılması”

Somut bir yönlendirme içermeyen bu başlığın, 102 sayılı kararla ilgisi yönüyle değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

Yukarıda başlıklar halinde açıklanan teşebbüs birliği kararının bütün olarak değerlendirilmesine ise aşağıda yer verilmektedir.

IEIS'nin şikayet başvurusunda, TEB ve bağlı eczacı odalarının 102 sayılı karara karşı aldığı kararın ve bu doğrultudaki uygulamaların 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs birliği olan TEB'in soruşturma konusu

eylemi, teşebbüs birliği kararı olup bu nedenle aynı Kanun'un 4. maddesi karşısında değerlendirilmiştir.

Soruşturmaya konu olan kararın oluşum süreci ve başlıkları dikkate alındığında, 102 sayılı kararın uygulanmasına son verilmesi noktasında sağlayıcı firmalar üzerinde baskı kurulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Stokların azaltılması, firma kampanyalarına katılmaması ve vadeli alımlara yönelmesiyle belirli bir süre alım miktarının azaltılması ve sağlayıcılara olan nakit akışının geciktirilmesi amaçlanmıştır. Böylece sağlayıcıların 102 sayılı karardan önceki satış koşullarına dönmesi beklenmiştir. 102 sayılı kararın uygulanmasının 1998 yılı Nisan ayı ortalarında son bulması nedeniyle, aynı yılın Şubat ayının sonlarında TEB bünyesinde kararın yukarıda belirtilen amaca ne ölçüde hizmet ettiği sağlıklı olarak gözlenememiştir.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, rekabetin sınırlandırılması amacını taşıyan, bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek olan davranışlar yasaklanmaktadır. Söz konusu maddeye göre, yasama geçirilmemekle birlikte rekabetin kısıtlanması amacının taşınması, ihlalin varlığının kabulü için yeterlidir. Maddenin ikinci fıkrasının, (a) bendinde, "*Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartının tespit edilmesi*", (c) bendinde ise "*Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi*" rekabeti sınırlayıcı davranış örnekleri arasında sayılmıştır. TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında alınan karar ile, eczanelerin alım koşulları (vade ve alım miktarı) TEB bünyesindeki ortak iradeyle ve piyasa dışında belirlenmiştir. O halde, İEİS'nin başvurusuna konu olan kararın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu açıktır. Kararın pazarda doğurduğu etkinin tam olarak gözlenememesi ise, ihlalin varlığını değil, ağırlığını ilgilendirmektedir.

Yapılan görüşmelerin bazılarında, TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında alınan kararın uygulanmasıyla ilgili açıklamalarda bulunulmuştur. Şöyle ki,

- 26.5.1999 tarihinde yapılan görüşmede TEB Merkez Heyeti Başkanı, kişisel gözleminin, eczacıların karara uyduğu yönünde olduğunu belirtmiştir.
- 28.5.1999 tarihinde yapılan görüşmede İzmir Eczacı Odası Başkanı, "*Eczanelerin büyük bir kısmı tarafından bu kararların uygulandığını sanıyorum. Piyasadan böyle bir izlenim çıkarabiliriz. Eğer biz böyle kararlar almasaydık, serbest eczacıların bu kararlara uygun tavırlarla hareket etmeleri mümkün olmazdı.*" demiştir.

TEB'in yazılı savunmalarında, kararın basit eczane işletmecilik kurallarının hatırlatılmasına yönelik olduğu ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında sayılamayacağı ifade edilmiştir. Ne var ki, kararın başlıklarının çoğu, eczane işletmeciliğine ilişkin konuların ötesinde 102 kararla doğrudan ilgili noktalar içermektedir. Nitekim 26.5.1999 tarihinde yapılan görüşmede TEB Merkez Heyeti Başkanı, "*...Bu toplantıda, ilaç üreticilerinin söz konusu kararı alırken öne sürdükleri gerekçelerin gerçekçi bulunmadığı tespit edilmiş, eczacıların iradesi dışında alınan karardan görülebilecek*

zararın en alt seviyede kalmasını sağlamaya yönelik bazı önlemler alınmıştır...İlaç üreticileri kararlarını kararlılıkla uzun süre uygulasalardı, mal almamaya kadar eylemliliğimizi yükseltirdik..." şeklinde görüş belirtmiştir. Bu ifadeler, kararın genel nitelikli olmadığı ve 102 sayılı karara karşı alındığı tespitini doğrulamaktadır.

TEB'in yazılı savunmalarında, TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı sonucunda alınan kararın ilgili mevzuata dayandığı ifade edilmektedir. 6643 sayılı Türk Eczacılar Birliği Kanunu'na göre, eczacıların mesleki faaliyetlerinin kolaylaştırılması TEB'in görevleri arasında bulunmaktadır. Ancak, bu görevlerin hangi hususları içerdiği ilgili mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlenmiştir ve bunlar arasında talebin pazar dışında belirlenmesi yer almamaktadır. TEB'in bu görevleri yerine getirirken hem ilgili mevzuata hem de diğer Kanun ve sair düzenlemelere uyması gerekmektedir. Bu bağlamda, 6643 sayılı Kanun'da TEB'in görevlerinden biri olarak belirlenen bu hususa dayanılarak hareket edildiği geçerli bir savunma değildir.

İhlalin ağırlığının belirlenmesi bakımından, bazı hafifletici nedenler göz önünde bulundurulmuştur. Bununla ilgili olarak, kararın yaptırım içermemesi ve karar sonucunda oluşan etkinin oldukça sınırlı olması değerlendirilmiştir.

TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında; ilaç stoklarının azaltılması ve firma kampanyalarına katılmaması gibi eczanelerin alım koşullarını ilgilendiren kararlar alınmış, ancak alınan kararlara uygun hareket etmeyen eczacılara karşı herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. TEB ve bazı eczacı odalarında yapılan incelemelerde de, eczanelerin karar doğrultusunda hareket edip etmediğinin izlendiğini ve karara uyulmaması nedeniyle herhangi bir eczacıya yaptırım uygulandığını gösteren herhangi bir bulguya rastlanmamıştır. Eczane sahipleriyle yapılan görüşmeler de bu tespiti desteklemektedir.

Kararın pazardaki etkisi, 102 sayılı kararın uygulamasının 1998 yılı Nisan ayı ortalarında son bulması nedeniyle, oldukça sınırlı kalmıştır. Bazı yönleriyle mal sağlayıcıları üzerinde baskı kurulmasına yönelik olan karar bu etkiyi doğurmamış, IEIS Yönetim Kurulunun 102 sayılı kararının uygulanması ise Sağlık Bakanlığının ilaç fiyatlarını artırmasıyla, yani soruşturma kararından bağımsız bir nedenle sona ermiştir.

J.2. TEB 31. Olağan Büyük Kongresinde Sürşarjla İlgili Alınan Kararın Değerlendirilmesi

Ecz. Zübeyde YİĞİTALP'in başvurusunda, sahibi olduğu eczanenin Sağlık Bakanlığınca onaylanan yeni fiyatlara geçmeyerek -diğer bir deyişle sürşarj yapmayarak- haksız rekabete yol açtığı gerekçesiyle İzmir Eczacı Odasının kendisi hakkında işlem başlattığı belirtilmekte ve bu uygulamanın 4054 sayılı Kanun karşısında değerlendirilmesi talep edilmektedir. Şikayet Eczacı Odasının gerçekleştirdiği bir işleme yönelik olmakla birlikte, bu uygulamanın dayanağını TEB 31. Olağan Büyük Kongresinde sürşarjla ilgili alınan bir karardan aldığı belirlenerek soruşturma konularından biri olarak bu karar ele alınmıştır.

Öncelikle, TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında alınan kararla ilgili yapılan tespit doğrultusunda, soruşturmanın konusunu oluşturan bu kararın da 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs birliği sayılan TEB'in tasarrufu olduğu, dolayısıyla teşebbüs birliği kararı olarak değerlendirildiği belirtilmelidir.

TEB 31. Olağan Büyük Kongresi, eczanelerin Sağlık Bakanlığının belirlediği fiyatların dışında satış yapmaması konusunda çalışma yapmak üzere Merkez Heyetini görevlendirmiştir. TEB ve bağlı eczacı odalarının söylem ve uygulamaları, Kongrede alınan kararın eczacı meslek örgütlerinin iradesini yansıttığını ve yaşama geçirildiğini göstermektedir.

İlgili mevzuatta, eczanelerin Sağlık Bakanlığının belirlediği fiyatların üzerinde fiyatlarla satış yapılmasının yasaklandığı açıktır. Böylece, reçete sahibinin ilaca uygun koşullarda erişmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Ayrıca ilaç harcamalarının tamamına yakınının devlet tarafından karşılandığı düşünüldüğünde, azami fiyat düzenlemesinin kamu kaynakların etkin kullanılmasına da dolaylı olarak hizmet ettiği anlaşılmaktadır. İlgili mevzuatta yalnızca fiyata dair üst sınır belirlenip bunun aşılması yasaklanmasına karşın, soruşturma konusu karar ile eczanelerin satış fiyatları sabitlemek istenmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde "*Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartının tespit edilmesi*" rekabeti sınırlayıcı davranış örneklerinden biri olarak sayılmıştır. Buna göre, TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında alınan kararın aynı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu açıktır.

Tüketici davranışlarından da etkilenerek şekillenen pazar koşulları, eski fiyatlarla ilaç satışı yapmayı rekabet unsuru olmaktan önemli ölçüde çıkarmakta ve hatta eczanelerin yeni fiyatlara geçmesini ödüllendirmektedir. Bu nedenle, yeni fiyatlara geçmenin eczanelerden beklenen bir davranış olduğunu, dolayısıyla soruşturma konusu kararın mevcut rekabet ortamı üzerinde ciddi etkisinin olamayacağını söylemek mümkündür. Nitekim söz konusu kararın pazardaki rekabeti ne ölçüde etkilediğine dair sağlıklı bir tespit yapılamamıştır. Ancak bu durum, değerlendirilen teşebbüs birliği kararının amaç ve potansiyel etki yönüyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

TEB'in konuyla ilgili savunmalarında, ilacın Sağlık Bakanlığınca belirlenen fiyatla satılmasının zorunlu olduğu, ilacın eczanelerde farklı fiyatlarla satılmasının eczacılara olan güvenin sarsılmasına ve eczaneler arasında haksız rekabet yaratılmasına yol açacağı, yeni fiyatlara geçilmesinin eczanelerin enflasyonun karşısında zarara uğramaması açısından gerekli olduğu belirtilmiştir.

İlaç mevzuatında azami fiyatlar belirlenmekte olup ilgili savunma mevzuat karşısında dayanaktan yoksundur. Diğer konularda ise, eczanelerin birbirinden bağımsız hareket etmesi esastır. Eczanelerin satış koşullarının TEB bünyesinde oluşan bir ortak irade doğrultusunda belirlenmesinin 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal teşkil edeceği kuşkusuzdur.

İhlalin ağırlığı bakımından, TEB 31. Olağan Büyük Kongresinde alınan kararın piyasa üzerinde yaratmış olabileceği etki ve eczacı meslek örgütlerinin uygulamaları dikkate alınmıştır.

Teşebbüs birliği kararının pazardaki rekabeti ne ölçüde etkilediği tam olarak tespit edilememiş olmasına karşın, olası etkinin sınırlı olduğunu tahmin etmek güç değildir. Zira tüketici davranışlarının da etkilediği pazar koşulları nedeniyle, eczaneler arasında eski fiyatlarla satış yapma yaygın bir davranış değildir. Koşulların sürşarj yapmayı ödüllendirdiği bir ortamda, yine bu doğrultuda alınan bir kararın ciddi düzeyde etki doğurması beklenmemelidir. Diğer yandan, eczacı odaları haysiyet divanları ve TEB Yüksek Haysiyet Divanı tarafından sürşarj yapılmamasıyla ilgili verilen cezaların yazılı ihtarla sınırlı tutulması da hafifletici unsur olarak dikkate alınmıştır.

J.3 Genel Değerlendirme

Yukarıda, TEB'in 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında ve 31. Olağan Büyük Kongresinde eczanelerin alımlarıyla ve sürşarjla ilgili aldığı kararların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu belirtilmiştir. Her iki teşebbüs birliği kararı bakımından da, tüketicilerin faydalanacağı ekonomik gelişme veya iyileşmenin sağlanması söz konusu değildir. İlk kararda tek amaç, eczanelerin ortak hareket etmesiyle sağlayıcı teşebbüsler üzerinde baskı yaratılması ve İEİS Yönetim Kurulunun aldığı 102 sayılı karar öncesindeki satış koşullarına dönülmesinin sağlanmasıdır. TEB'in kararı sonucunda alım miktarlarının azaltılması ve sağlayıcılar cephesinde nakit sıkıntısı yaratılması durumunda, ilacın nihai tüketiciye sunulmasında aksaklık yaşanması mümkündür. İkinci kararın ise, eski fiyatlarla –yani Sağlık Bakanlığının belirlediği fiyatların altında- satış yapılmasının önlenmesi amaçlı olduğu ve bu yönüyle reçete sahibine fayda değil, zarar getirdiği açıktır. Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan koşulların karşılanmaması nedeniyle, soruşturma konusu teşebbüs birliği kararlarına muafiyet tanınması mümkün değildir.

4054 sayılı Kanun'da 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle hem 16. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen asgari ceza düzenlemesi kaldırılmış hem de anılan maddenin üçüncü fıkrasında "nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirin esas alınması" hükmü getirilmiştir. Bu bağlamda Soruşturma konusu teşebbüs birliği kararlarının aynı Kanun 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil etmesi nedeniyle, Kanun'un 16. maddesi çerçevesinde TEB'e verilecek olan cezanın belirlenmesinde, lehe olan düzenlemenin uygulanması ilkesi doğrultusunda yürürlükten kaldırılan asgari para cezası verilmesi ile meri nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirin esas alınması

düzenlemeleri karşılaştırılarak; takdiren teşebbüs için lehe olduğu anlaşılan 2.433,60 TL idari para cezası verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

K. SONUÇ

Önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, sözlü savunma toplantısının ses kayıtlarının yazılı açılımı, raporlar, Danıştay kararları, tüm dosya münderecatında yer alan bilgi ve belgeler okunup incelenerek yapılan görüşmeler sonucunda;

1. 27.2.1998 tarihinde yapılan Türk Eczacıları Birliği 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında alınan kararın ve bu karar doğrultusundaki eylemlerin alım koşullarının pazar dışında belirlenmesi amaçlı ve bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olması nedeniyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,

2. 4-7.12.1997 tarihlerinde yapılan Türk Eczacıları Birliği 31. Olağan Büyük Kongresinde sürşarjla ilgili alınan Karar'ın ve ilacın perakende satış seviyesindeki rekabeti sınırlama amaç ve etkisini taşıdığına, ayrıca eczanelerin bağımsızca ticari karar alma özgürlüğünü kısıtladığına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,

3. Bu nedenle, Türk Eczacıları Birliğine 4054 sayılı Kanun'un 23.1.2008 tarih, 5728 sayılı Kanun'la değişik 16. maddesi ve para cezasında lehe düzenlemeler ile 2009 yılı sonunda oluşan gayri safi geliri dikkate alınarak takdiren 2.433,60 TL idari para cezası verilmesine

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.