

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,**

**REKABET KURULU KARARI**

**Dosya Sayısı** : 2019-3-032  
**Karar Sayısı** : 21-13/166-71  
**Karar Tarihi** : 11.03.2021

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

**Başkan** : Birol KÜLE  
**Üyeler** : Arslan NARİN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,  
Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN

**B. RAPORTÖRLER:** E. Cenk GÜLERGÜN, Ebru ÖZAKTAŞ, İbrahim ŞAHİN

**C. BİLDİRİMDE**

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

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 03.09.2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi çerçevesinde geri alınması ve 24.06.2019 tarih, 4109 sayılı muafiyet başvurusunun yeniden değerlendirilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 24.06.2019 tarih ve 4109 sayılı 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 kurulacak olan seçici dağıtım sistemi kapsamında, 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. Başvuru konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu, SÖZLEŞME'nin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin (2002/2 sayılı Tebliğ) 4. maddesi uyarınca grup muafiyetinden yararlanamadığı ve Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen şartı karşılamaması nedeniyle, söz konusu SÖZLEŞME'ye bireysel muafiyet tanınamayacağı yönündeki 24.08.2020 tarih, 2019-3-32/MM sayılı muafiyet-menfi tespit raporu, Rekabet Kurulunun 03.09.2020 tarihli toplantısında görüşülerek 20-40/553-249 sayılı kararla işlemin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna ve grup muafiyetinden yararlanamadığına ve Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen koşulların tamamını sağlamaması nedeniyle, işleme bireysel muafiyet de tanınamayacağına hükmedilmiştir.
- (3) Söz konusu karar JOHNSON tarafından 28.12.2020 tarihinde tebellüğ edilmiştir. JOHNSON temsilcisi tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 25.01.2021 tarih, 14659 sayılı ile intikal eden yazıda ise; Kurulun 03.09.2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı

<sup>1</sup> Selçuk Eczacı Deposu, As Eczacı Deposu, Alliance Eczacı Deposu, S.S. İstanbul Eczacılar Üretim Temin ve Dağıtım Kooperatifi, S.S. Güney Eczacıları Üretim Temin ve Dağıtım Kooperatifi, Dilek Eczacı Deposu, Yusufpaşa Eczacı Deposu, S.S. Bursa Eczacılar Üretim Temin ve Dağıtım Kooperatifi ve Nevzat Eczacı Deposu.

kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi çerçevesinde geri alınması ve söz konusu karara konu menfi tespit/muafiyet başvurusunun esas yönünden yeniden değerlendirilmesi talep edilmiştir.

- (4) Başvuru üzerine düzenlenen 03.03.2021 tarih ve 2019-3-32/BN-01 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda; İYUK çerçevesinde yapılan başvurunun yeni bir hukuki durum ortaya çıkarmadığı ve söz konusu başvuru kapsamında dile getirilen iddiaların Kurul kararında değerlendirildiği dikkate alındığında, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığı ifade edilmiştir.

## G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

### G.1. BAŞVURUNUN KONUSU

- (6) Başvuruda özetle;
- Pazar payı %40'ı aşmayan ürünler bakımından seçici dağıtım sistemine ilişkin muafiyet incelemesinin, ürünün niteliği üzerinden yapılmasının Kurulun içtihatlarına ve mevzuata aykırı olduğu, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3. maddesinde tanımlanan seçici dağıtım sistemlerine ilişkin yönlendirici açıklamaların yer aldığı Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un (Kılavuz) 172. paragrafının; *"Nitel ve nicel seçici dağıtım anlaşmaları %40 pazar payı eşiğine kadar rekabet etmeme ya da münhasır dağıtım gibi bir takım ağır olmayan sınırlamalarla birleşmesi durumlarında dahi, yetkili dağıtıcıların birbirleri arasındaki ve bunların son kullanıcılara yapacakları aktif satışların kısıtlanmaması kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabilir. Tebliğ ile ürünün niteliğine bakılmaksızın seçici dağıtım ağına muafiyet tanınır."* hükmünü haiz olduğu, başvuru konusu dört ürünün de pazar payının %40 eşiğinin altında olduğu, bu nedenle ürünlerin niteliğinin (ilaç) muafiyet değerlendirmesinde bir koşul olarak ele alınmaması gerektiği, zira bu uygulamanın mehz mevzuat ve geçmiş tarihli Kurul kararları ile çeliştiği,
  - Kararda seçici dağıtım sistemi ile sağlanması amaçlanan faydanın karşı olgusal (counterfactual) bir bakış açısıyla değerlendirilmediği, başvuru dilekçesinde ve cevabi yazılarda sunulan verilerle tüketici refahı bakımından herhangi bir azalmanın söz konusu olmayacağına ortaya konduğu, hatta eczanelerin ilgili ürünlere daha hızlı ve efektif bir şekilde ulaşım sağlayabileceğinin ve başvuru konusu uygulamanın hayat geçirilmemesi durumunda bahsi geçen dört ürüne erişimde sıkıntı yaşanacağına gösterildiği, bu durumun ileride tüketici refahı açısından olumsuz sonuçlar doğuracağına vurgulandığı, buna karşın kararda JOHNSON tarafından sunulan verilerin detaylı incelemesine yer verilmediği, karşı olgusal bir analizle sözleşmeye muafiyet tanınması halinde pazarda ne gibi bir tüketici refahı kaybı yaşanacağına değerlendirilmediği, depoların refahının ön plana çıkarıldığı ve tüketici refahı bakımından uygulamanın ilaç bulunurluğuna ve fiyatlara nasıl bir etkisinin olacağına değerlendirilmediği, başvuru konusu uygulamanın Kurulun geçmiş tarihli kararlarında muafiyet tanımadığı uygulamalardan farklı olduğu, seçici dağıtım sisteminin yalnızca pazar payı %40 altında olan dört ürünü kapsadığı

ifade edilmiştir.

## G.2. DEĞERLENDİRME

- (7) İYUK'un "Üst makamlara başvurma" başlıklı 11. maddesinde, bir idari işleme karşı ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılmasının, geri alınmasının, değiştirilmesinin veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği hükmü yer almaktadır. JOHNSON tarafından yapılan başvurunun konusunu Kurulun 03.09.2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı kararı oluşturmaktadır.
- (8) İYUK'un 11. maddesi kapsamında bir başvuruda bulunulabilmesi için aranan şartlardan ilki başvurunun süresinde yapılması gerekliliğidir. Anılan madde kapsamında bir başvuruda bulunabilmek için başvurunun idari dava açma süresi içinde yapılması gerekmekte olup bu süre Danıştay ve idare mahkemelerinde açılacak iptal davaları için 60 gün olarak belirlenmiştir. İlgili Kurul kararı JOHNSON tarafından 28.12.2020 tarihinde tebellüğ edilmiş olup Kuruma 25.01.2021 tarihinde başvuru yapmıştır. Bu yönüyle başvurunun süresi içinde yapıldığı anlaşılmıştır.
- (9) Başvuruya konu olan 03.09.2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı Kurul kararında,
- JOHNSON'ın ithalatını yaptığı dört ürünün ihaleler dışında kalan kanala, seçici dağıtım sistemi olduğu belirtilen uygulama ile dağıtılmasının, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen şartı karşılamaması nedeniyle, söz konusu SÖZLEŞME'ye bireysel muafiyet tanınamayacağı,
  - Değerlendirmenin tek dayanak noktasının dört ürün özelindeki tespitler olmadığı,
  - Beşeri ilaçların toptan satışı faaliyetleri bakımından seçici dağıtım sisteminin makul bulunmadığı,
  - SÖZLEŞME'nin esas amacının ilgili ürünlerin yurt dışına satışlarının önlenmesi olup bu amacın rekabet hukuku karşısında makul bulunduğu ancak SÖZLEŞME'de yurt dışına satış yasağının özel bir hükümlerle düzenlenmiş olması karşısında seçici dağıtım sistemine olan ihtiyacın gerekçelendirilemediği,
  - Söz konusu uygulamanın seçici dağıtım sistemi olarak kabul edilmediği; dolayısıyla ilgili ürünlerin niteliğinin muafiyet verilmesine engel teşkil etmeyeceğine dair itirazın Kılavuz'un 172. paragrafının bütünü ile desteklenmediği; ortada bir seçici dağıtım sistemi bulunmadığı için de tamamen dayanaksız kaldığı,
  - Seçici dağıtım sisteminin, hangi şartların varlığında grup muafiyetinden faydalanacağına açıklandığı ancak bu şartların tartışılabilmesi için öncelikle ortada bir seçici dağıtım anlaşmasının olması gerektiği,
  - Anlaşma ile tesis edilmek istenen uygulamanın seçici dağıtım olarak kabul edilmediği,
  - Seçici dağıtım sisteminin varlığına dair tek emarenin tarafın beyanlarından ibaret olduğu,
  - Beşeri ilaçların toptan satışları faaliyeti kapsamında, seçici dağıtım sistemine ihtiyaç duyulduğu savının sözleşme konusu ürünlerin niteliği ve sözleşmenin esas amacı ile uyumlu olmadığı,
  - Bir yandan ilaçların bulunabilirliği ve uygun koşullarda saklanması/dağıtımı gibi konuların ilgili mevzuatta düzenlenirken, diğer yandan da sözleşme konusu

ürünlerin yurt dışına satışlarının önlenmesine doğrudan hizmet edecek hükümlere sözleşmede yer verilmesinin sistem dışında kalan, yetkilendirilmemiş depolara satışların yasaklanması uygulamasını gerekçesiz kıldığı,

- Sözleşmenin grup muafiyetinden veya bireysel muafiyetten yararlanması mümkün olmadığı

sonucuna varılmıştır.

- (10) Söz konusu karara ilişkin olarak, İYUK çerçevesinde yapılan başvuru yeni bir hukuki durum ortaya çıkarmamaktadır. Başvuru kapsamında dile getirilen iddialar ilgili Kurul kararında değerlendirilmiş olup, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

#### **H. SONUÇ**

- (11) Yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca Rekabet Kurulunun 03.09.2020 tarihli ve 20-40/553-249 sayılı kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.