

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2017-3-38 (Öneraştırma)
Karar Sayısı : 18-09/156-76
Karar Tarihi : 29.03.2018

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Adem BİRCAN, Şükran KODALAK, Mehmet AYAN

B. RAPORTÖRLER: Cumhuriyet Atalay HATİPOĞLU, Necla SÜMER ÖZDEMİR,
Mehmet GERÇEK, Cansu TOPAK KORKMAZ, Pelin TEBER

C. BAŞVURUDA

BULUNAN :- Rad Ecza Deposu Tıbbi Kozmetik Ürünler İç ve Dış Tic. Ltd. Şti.
Şerifali Mah. Yunus Sok. No:38/A Ümraniye/İstanbul

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : - Sanofi Sağlık Ürünleri Ltd. Şti.
Esentepe Mah. Büyükdere Cad. No:193 K:4-10
Levent Şişli/İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Sanofi Sağlık Ürünleri Ltd. Şti.'nin Rad Ecza Deposu Tıbbi Kozmetik Ürünler İç ve Dış Tic. Ltd. Şti. ile sözleşme yapmayı reddederek 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiası.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Yapılan başvuruda özetle;
- Rad Ecza Deposu Tıbbi Kozmetik Ürünler İç ve Dış Tic. Ltd. Şti.'nin (RAD) ecza deposu olarak faaliyet gösterdiği, şikayet olunan Sanofi Sağlık Ürünleri Ltd. Şti.'nin (SANOFİ) ise ilaç üreticisi olduğu,
 - Halihazırda 94 ilaç sağlayıcısı teşebbüs ile teminat senedi veya peşin ödeme karşılığında çalışılmasına rağmen RAD tarafından SANOFİ ürünlerinin temin edilemediği, gerçekleştirilen görüşmelerden de sonuç alınamadığı ifade edilmiştir.
- (3) Dilekçe ekinde yer alan belgelerden RAD tarafından 24.01.2017 tarihinde noter kanalı ile SANOFİ'ye çekilen ihtarnamede bu durumun nedeninin sorulduğu, SANOFİ tarafından 31.01.2017 tarihinde gönderilen cevapta ise halihazırda çok sayıda ecza deposu ile çalışıldığı ve yeni bir ecza deposu ile çalışma ihtiyacı duyulmadığının RAD'a iletildiği anlaşılmaktadır.
- (4) SANOFİ ilaçlarının, diğer ecza depolarından tedarik edilmeye çalışıldığı, ancak depolardan cevap alınamadığı, cevap veren depoların ise sağlayıcılarla yapılan anlaşma gereğince sadece eczanelere satış yapılabileceğini kendilerine ilettiği ifade edilmiş, bu hususlar e-posta yazışmaları ile desteklenmiştir.
- (5) SANOFİ'nin 330'un üzerinde ilacı bulunduğu, ilaçların bir kısmının jeneriğinin bulunmadığı, eczanelerden gelen ürün taleplerinde SANOFİ ilaçlarının karşılanamaması nedeniyle müşteri kaybı yaşandığı ifade edilerek konunun 4054 sayılı Rekabetin Korunması hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) kapsamında incelenmesi talep edilmiştir.

- (6) Aynı dosya kapsamında 07.02.2018 tarih ve 1151 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal eden ek beyanda ise, RAD ve Anadolu Eczacı ve Depocular Derneği (DERNEK) tarafından Kuruma hitaben ayrı ayrı yazılmış iki dilekçe bulunmaktadır. RAD tarafından gönderilen ilk dilekçede, SANOFİ'nin yanı sıra Astrazeneca İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti. (ASTRAZENECA), Novo Nordisk Sağlık Ürünleri Tic. Ltd. Şti. (NOVO NORDISK), Pfizer Pfler İlaçları A.Ş. (PFIZER) ve Shire İlaç Ticaret Ltd. Şti. isimli ilaç üreticilerinin de ürün vermeyi reddettiği ifade edilerek konu hakkında gerekli incelemenin yapılması talep edilmiştir.
- (7) DERNEK tarafından yazılan ikinci dilekçede ise özetle;
- 2012 yılında kurulan DERNEK'in ecza depolarından ve eczanelerden gelen şikayetlerle ilgili olarak resmi kurumlara başvurularda bulunduğu,
 - Sektörde 2012 yılında 280 ecza deposu faaliyet gösterirken günümüzde bu sayının 160 civarına düştüğü,
 - Depoların eczane kanalındaki pazar paylarının birçok deponun aleyhine seyrettiği, örneğin bir deponun %45, diğer deponun %30, kooperatifin %15 pazar payı olduğu ve geri kalan %10'luk pazarın küçük çaplı 157 depo tarafından paylaşıldığı,
 - Uluslar arası ilaç üreticilerinin küçük depolarla çalışmak istememesi sebebiyle dağıtım seviyesinde rekabetin ve istihdamın azaldığı, ticari zararlar yaşandığı,
 - PFIZER, SANOFİ, NOVO NORDISK, ASTRAZENECA ve bunlar gibi Türkiye satışlarında ilk 10 üretici arasına giren teşebbüslerin küçük ecza depolarını reddettiği ifade edilerek konu hakkında gereğinin yapılması talep edilmiştir.
- (8) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 13.04.2017 tarih ve 2595 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 02.06.2017 tarih ve 2017-3-38/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu'nun görüşülmesi sonucunda, 08.06.2017 tarih ve 17-19/301-M sayı ile önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (9) İlgili karar uyarınca düzenlenen 14.03.2018 tarih ve 2017-3-38/ÖA sayılı Öneraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (10) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle; SANOFİ hakkında, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi gereğince soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (11) Dosya kapsamında RAD'dan bilgi talebine istinaden gelen cevabi yazılar 12.03.2018 tarih ve 2085 sayı, 12.03.2018 tarih ve 2065 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Ayrıca SANOFİ yetkilileri ile Kurumda 28.02.2018 tarihinde yapılan görüşmede yöneltilen sorulara ilişkin cevabi yazı 07.03.2018 tarih ve 1925 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

I.1. Hakkında İnceleme Yapılan Teşebbüs: SANOFİ

- (12) Merkezi İstanbul'da bulunan SANOFİ, 60 yıldır Türkiye sağlık sektöründe diyabet, onkoloji, aşı ve kalp-damar hastalıkları başta olmak üzere 16 ana tedavi ve ilaç üretim alanında faaliyet göstermektedir. SANOFİ çatısı altında aşı üretiminde Sanofi Pasteur Aşı Ticaret A.Ş., biyoteknoloji alanında "Sanofi Genzyme" ve tüketici sağlığı alanında "Sanofi Tüketici Sağlığı" iş bölümleri bulunmaktadır. Ayrıca üretim tesislerinin büyük bir bölümü Lüleburgaz'da bulunan ve jenerik ilaç üretimi yapan "Zentiva" da SANOFİ grubu şirketlerindedir. SANOFİ'nin toplam 214 marka ürünü olup bunlardan 67'sinin jeneriği (eşdeğeri) yoktur. Üretim seviyesinde faaliyet gösteren SANOFİ'nin dağıtım seviyesinde herhangi bir ecza deposu bulunmamaktadır. Teşebbüs 2013 yılından itibaren çok sayıda ecza deposu ile çalışmış olup son olarak 2017 yılında eczane kanalında (.....) farklı ecza deposu ile çalışmıştır.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (13) Ecza depoları, ilaçların sağlayıcı teşebbüsler ile eczaneler ve hastaneler arasında ürün akışını ve ilaçların stoklanması işlevini de sağlayan dağıtım kanallarıdır. Mevcut durumda Türkiye'de yaklaşık 25.000 eczane faaliyet göstermektedir. Nüfus yoğunluğunun yüksek olduğu noktalarda sayıca fazla olmakla birlikte ecza depoları sağlayıcı firmalardan aldıkları ilaçları ülkede dağıtmaktadır. Bu dağıtım aşısında ülke çapında çok sayıda şubesi bulunan ecza depoları ile birlikte yerel ecza depoları da mevcuttur. İlaç sektöründeki tüm teşebbüsler gibi ecza depoları da açılış izninden depolama ve dağıtım faaliyetlerine kadar sıkı bir biçimde düzenlenmektedir. Diğer taraftan tıpkı eczaneler gibi ecza depolarının da kâr marjları kamu otoritesi tarafından belirlenmektedir.
- (14) Beşeri ilaçların fiyatları, 06.02.2017 tarih ve 2017/9901 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren "Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılmasına Dair Karar" ve bu karara dayanılarak çıkarılan "Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılması Hakkında Tebliğ" hükümleri çerçevesinde belirlenmektedir. Anılan düzenlemeye göre beşeri ilaçların satışında ecza depoları ve eczaneler için belirlenen azami kâr marjları aşağıdaki gibidir.

Tablo 1- Ecza Deposu ve Eczane Kâr Oranları

Depocuya Satış Fiyatının;	Depocu Karı (%)	Eczacı Karı (%)
0-10 TL'ye kadar olan kısım için	9	25
10-50 TL arasında kalan kısım için	8	25
51-100 TL arasında kalan kısım için	7	25
101-200 TL arasında kalan kısım için	4	16
200 TL üstünde kalan kısım için	2	12

Kaynak: Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılmasına Dair Karar

- (15) İlaçların nihai tüketiciye ulaşmasındaki zincirde sağlayıcılardan sonra gelen ecza depoları satışların gerçekleştiği müşteri grubuna göre iki farklı kategoride sınıflandırılabilir. Bunlardan ilki ihaleci ecza depoları olup anılan depolar kamu hastaneleri ile özel hastanelerin ihalelerine katılmakta ve kazandıkları ihaleleri ihale şartnameleri ile belirlenen koşul ve sürelerde yerine getirmektedirler. Dosya konusunu oluşturan ikinci kategori, sağlayıcılardan alınan ilaçların serbest eczanelere iletilmesi üzerine uzmanlaşmış depolardan oluşmaktadır. Bu depolar eczanelere yönelik vade, indirim, mal fazlası ve diğer hizmet alanlarında kendi kategorisinde yer alan rakipleriyle rekabet etmektedirler. Bu çerçevede ilgili ürün pazarı "serbest eczanelere yönelik ecza depoculuğu" pazarı olarak belirlenmiştir.

I.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (16) İlgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak tespit edilmiştir.

I.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

I.3.1. Öneri Çerçevesinde Elde Edilen Bilgiler

I.3.1.1. RAD'dan Elde Edilen Bilgiler

- (17) RAD, Türkiye genelinde faaliyette bulunmakla birlikte satışlarını ağırlıklı olarak İstanbul, Gaziantep, Trabzon, Ankara ve Konya illerinde gerçekleştirmektedir. Teşebbüsün tek deposu İstanbul'dadır. RAD'dan gelen cevabi yazıya göre RAD'ın faaliyete başladığı yıldan itibaren yıllık cirolarına aşağıda yer verilmiştir:

Tablo 2- RAD'ın Yıllara Göre Cirosu (TL)

	2014	2015	2016	2017
Ciro	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

- (18) RAD'ın, sözleşme yapmayı reddetmesi nedeniyle SANOFİ'ye hitaben 24.01.2017 tarih ve 00993 sayı ile noter kanalıyla keşide ettiği ihtarnamede;

- RAD'ın SANOFİ'nin ruhsat sahibi olduğu ve ürettiği bazı beşeri ilaçları temin etmek amacıyla SANOFİ ile çalışmak istediğini sözlü ve yazılı olarak bildirdiği, SANOFİ'nin RAD'a olumsuz geri dönüş yaptığı ve teklifini reddetmesine gerekçe olarak yeni bir depo ile çalışmak istememesini ve lojistik yetersizliğini gösterdiği,
- Eczane ve ecza depolarında bulundurulması gereken ilaçlar arasında SANOFİ'nin "NİDİLAT" (nifedipin) ilacının olduğu ve RAD'ın bu ilaçtan en az 5 eczaneye yetecek kadar elinde bulundurması gerektiği,
- SANOFİ'nin makul sebepler olmadan RAD ile birlikte çalışmaktan kaçınmasının RAD'a yönelik eşitliğe aykırı bir tutum oluşturduğu, yeni firmaların pazara girişini zorlaştıracak bir davranış teşkil ettiği ve 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu

hususları yer almaktadır.

- (19) RAD tarafından sözleşme yapmayı reddetmesi nedeniyle NOVO NORDISK'e 12.04.2017 tarih ve 12043 sayı; PFIZER'e de 12.04.2017 tarih ve 12042 sayı ile noter aracılığıyla ihtarname çekilmiştir.

- (20) PFIZER tarafından RAD'a cevaben 19.04.2017 tarih ve 06145 sayı ile noter aracılığıyla çekilen ihtarnamede;

- PFIZER'in RAD'ın belli ilaçlar bakımından birlikte çalışmak yönündeki talebini mevcut pazar koşulları ile kendi meşru ticari öngörü ve beklentilerini dikkate alarak olumlu olarak yanıtladığını,
- PFIZER'in ürünlerini konu edinen sözleşmeleri kendi bağımsız ticari kararları doğrultusunda uygun gördüğü teşebbüslerle akdetmesinin rekabet hukuku anlamında herhangi bir ihlal niteliği taşımadığı,
- Her halükarda PFIZER ilaçlarının muadillerinin bulunduğu ve ilaçların farklı dağıtım yolları ile de elde edilebildiği, bu kapsamda RAD'ın da söz konusu ilaçları farklı kaynaklardan kolayca tedarik edebileceği ve söz konusu ürünlerin PFIZER'den tedarik edilmesinin zorunlu unsur teşkil etmediği

ifade edilmiştir.

- (21) NOVO NORDISK'in RAD tarafından çekilen ihtarnameye herhangi bir yanıt verdiğine ilişkin bir bilgi veya belge ise mevcut değildir.

I.3.1.2. SANOFİ'den Elde Edinilen Bilgiler

- (22) SANOFİ tarafından gönderilen yazıda; RAD'ın 2017 yılı başında SANOFİ ile çalışma isteğini belirttiği, RAD ile yapılan telefon görüşmesinde SANOFİ'nin hâlihazırda çok sayıda depo ile çalıştığı, çalışılan depo sayısının ticari açıdan yeterli olduğu, çalışılan depo sayısının artırılmasının lojistik açıdan da bazı zorluklar doğuracağı, bu nedenle RAD'ın talebinin olumlu yanıtlanamayacağını bildirildiği ifade edilmiştir.
- (23) Daha sonraki süreçte RAD tarafından sözleşme yapmayı reddetmesi nedeniyle SANOFİ'ye hitaben 24.01.2017 tarih ve 00993 sayılı ihtarname noter kanalıyla keşide edilmiştir. Söz konusu ihtarnameye binaen SANOFİ tarafından keşide edilen 31.01.2017 tarih ve 02221 sayılı cevabi ihtarnamede ise;
- SANOFİ'nin ruhsat sahibi olduğu ürünlerin eczanelere dağıtımının çok sayıda ecza deposu üzerinden sözleşmesel ilişki çerçevesinde gerçekleştirildiği,
 - Hâlihazırda çalışılan ecza depolarının gerek sayıca gerekse dağıtım kapasitesi ve bölgesel yaygınlığı bakımından ürünlerin eczanelere zamanında, etkin ve güvenli bir şekilde ulaştırılmasında yeterli düzeyde olduğu, bu bakımdan yeni bir ecza deposu ile çalışma ihtiyacının duyulmadığı ve bu sebeple çalışma talebine olumlu dönüş sağlanmadığı, ileride bu konuda ihtiyaç duyulması halinde çalışma talebinin dikkate alınacağı

hususları ihtar edilmiştir.

- (24) SANOFİ, hâlihazırda depolara yönelik sevkiyatları kendi bünyesinde Tuzla'da bulunan tesisinden yaptığını, bu tesisin lojistik kapasitesinin, özellikle çalışılan ecza deposu sayısının artması sebebiyle önemli bir doluluğa ulaştığını belirtmiş, bu sebeple yeni bir depo ile çalışıp lojistik kapasitesini daha da zorlamak yerine mevcut müşterilerine daha etkin bir hizmet sunma ve hizmet kalitesini artırma isteğinde olduğunu, yeni bir ecza deposuyla çalışma ihtiyacının ise bulunmadığını ifade etmiştir.
- (25) SANOFİ'den gelen cevabi yazıda; SANOFİ'nin yıllara göre çalıştığı ecza deposu sayısına aşağıda yer verilmektedir:

Tablo 3- SANOFİ'nin Yıllara Göre Çalıştığı Ecza Deposu Sayısı

	2013	2014	2015	2016	2017
Ecza Deposu Sayısı	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

I.3.2. Değerlendirme

- (26) Dosya konusu başvuruda yer alan iddiaların temelini RAD'ın SANOFİ ürünlerini dağıtmak istemesine karşın, SANOFİ'nin bu talebe olumsuz yanıt vermesi oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle, RAD'ın SANOFİ ilaçlarının dağıtımını yapmak amacıyla sözleşme yapma talebi SANOFİ tarafından hâlihazırda çalıştığı ecza depolarının sayı, dağıtım kapasitesi ve bölgesel yaygınlık bakımından ürünlerin eczanelere zamanında etkin ve güvenli bir şekilde ulaştırılmasında yeterli düzeyde olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. SANOFİ tarafından da açıkça kabul edilen sözleşme yapmanın reddi kararının hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.
- (27) Başvuruda RAD tarafından şikayet edilen davranışlar ayrımcılık olarak da nitelendirilmiştir. Ancak RAD'ın ayrımcılık iddiası sözleşme yapmanın reddi iddiasından farklı bir davranış içermemektedir. Nitekim iddia konusu eylem ve davranışların temelini sözleşme yapmanın reddedilmesi oluşturmakta, dolayısıyla bu dosyada ayrı bir ayrımcılık değerlendirmesini gerektiren herhangi bir davranış bulunmamaktadır.

- (28) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde hakim durumun kötüye kullanılması tanımlanmıştır. Bu tanıma göre iki şartın birlikte varlığı halinde ihlalden bahsedilebilecektir: 1) hakim durum ve 2) kötüye kullanma. Dolayısıyla çeşitli yargı kararlarına¹ da yansıdığı üzere, bu koşullardan birinin eksikliği halinde 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlalin varlığını ileri sürmek mümkün değildir. Bu çerçevede, aşağıda SANOFİ'nin sözleşme yapmanın reddi kararının kötüye kullanma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği irdelenecektir. Ancak söz konusu incelemeye esas oluşturması bakımından öncelikle mevzuatta sözleşme yapmanın reddinin değerlendirilmesine yer verilmiştir.

I.3.2.1. Mevzuatta Sözleşme Yapmanın Reddi

- (29) Sözleşme yapmanın reddi, Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuzda (Kılavuz) dışlayıcı davranışlardan biri olarak kabul edilmektedir. Kılavuza göre (para. 38), *"Bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi sözleşme yapmayı reddetme olarak ele alınmaktadır. Bu çerçevede hammadde niteliğindeki fiziksel ürünler, belirli hizmetlerin sağlanabilmesi için gerekli altyapılar, ürün dağıtım sistemleri ve fikri mülkiyet hakları ile korunan yahut korunmayan gayri maddi işletme unsurları ya da bilgileri ile teşebbüslerin sözleşme yapma talebine konu olabilecek diğer varlıklar anılan mal, hizmet ya da unsurlar arasında değerlendirilebilmektedir."*
- (30) Kılavuzun 43. paragrafında belirtildiği üzere, sözleşme yapmayı reddetme iddiaları değerlendirilirken ihlalin tespiti için üç koşulun birlikte varlığı aranmaktadır. Bu çerçevede:
1. Reddetme, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olmalı,
 2. Reddetmenin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırması muhtemel olmalı ve
 3. Reddetmenin tüketici zararına yol açması muhtemel olmalıdır.
- (31) Hemen belirtmek gerekir ki, temel olarak hakim durumda da olsa bir teşebbüs birlikte çalışmak istediği teşebbüsleri seçmede özgürdür². Ancak bu özgürlük bazı şartların varlığı halinde rekabet hukuku açısından kısıtlanabilmektedir. Kılavuz³ ve esas aldığı Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında 82. Madde Uygulama Önceliklerine İlişkin Rehber⁴ (AB Kılavuzu), hakim durumdaki teşebbüsün dışlayıcı davranışlarını, rekabet karşıtı pazar kapama olarak nitelendirilebildiği ölçüde kötüye kullanma olarak tanımlamakta ve ancak rekabet karşıtı pazar kapamanın önlenmesi amacıyla hakim durumdaki teşebbüsün davranışı kısıtlanabilmektedir. Rekabet karşıtı pazar kapama fiili ise özellikle dışlayıcı davranışın hakim durumdaki teşebbüsün rakibi aleyhine yapılması halinde ortaya çıkmaktadır.

¹ Danıştay 13. Dairesinin 03.04.2014 tarih, 2013/3606 E., 2014/1284 K. sayılı ve 27.05.2014 tarih, 2009/5608 E., 2014/2054 K. sayılı kararları; Ankara 14. İdare Mahkemesinin 02.10.2014 tarih, 2012/1803 E., 2014/1065 K. sayılı kararı.

² Kılavuz, para. 35.

³ Para. 25.

⁴ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2009, para. 20

- (32) Avrupa Birliđi (AB) Komisyonu'nun (Komisyon) Tartışma Metninde de dışlayıcı davranışlar değerlendirilirken ortaya çıkan asıl endişenin rekabete ve dolayısıyla tüketiciye zarar veren pazar kapama olduğu belirtilmiştir⁵. Ayrıca, hakim durumdaki firmanın dışlayıcı davranışının her şeyden önce pazarı rakiplere kapama kabiliyetinde olması gerekmektedir^{6,7}. Tartışma Metninde, hakim durumdaki firma ile aynı seviyede faaliyet gösteren rakiplere pazarın kapanması durumu yatay kapama, hakim durumdaki firmanın aynı zamanda müşterisi olarak alt pazarda faaliyet gösteren rakiplerine pazarı kapaması ise dikey kapama olarak açıklanmaktadır⁸.
- (33) Diğer taraftan Kılavuz, rakip olmayan müşterilere yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışlarını da "sözleşme yapmanın reddi" hallerinden biri olarak saymış ve fakat hemen ardından rakiplere yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışının rekabeti kısıtlama ihtimalinin daha kuvvetli olduğunu vurgulamıştır.
- (34) Kılavuz'un 42. paragrafında, "*sözleşme yapmayı reddetme davranışı, hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazarda kendisiyle rekabet halinde olan teşebbüslere yönelik olabileceği gibi kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan müşterilerine yönelik de olabilmektedir. Burada alt pazar kavramı, sözleşme yapma talebine konu olan unsurun mal veya hizmet üretiminde girdi olarak kullanıldığı pazarı ifade etmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsün, sözleşme yapmayı reddettiği teşebbüs ile alt pazarda rekabet ediyor olması halinde sözleşme yapmayı reddetme davranışının rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar ortaya çıkarması daha muhtemeldir.*" açıklaması yapılmıştır.
- (35) Kılavuz'un bu açıklamalarının ardından sözleşme yapmanın reddi davranışlarının rakiplere yönelik olduğu alternatif pazar kapama örneklerine yer verilmiş ve fakat sözleşme yapmayı reddetme davranışının hangi hallerde hakim durumdaki teşebbüs ile rekabet halinde olmayan müşterilere yönelik de olabileceği belirtilmemiştir. Ancak dosya içeriği bilgilerin değerlendirilmesinden, sözleşme yapmanın reddi davranışının dışlayıcı kötüye kullanma sayılabilmesi için, her ne kadar müşterilere uygulansa da, nihayetinde rakipleri dışlamaya yönelik bir teoriye oturtulabilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.
- (36) Dosya içeriği bilgilerden, distribütörlere yönelik mal vermenin reddi eylemlerinin ancak distribütörler üzerinde tek marka satıcılığı veya fiili münhasırlık sağlama yoluyla üst pazardaki rakiplerin dışlanması gibi zarar teorileri üzerine kurgulanabildiğinde ihlal teşkil edebileceği anlaşılmaktadır.

1.3.2.2. Öneraştırma Kapsamında Mal Vermenin Reddi

- (37) Dosya içeriği bilgiler ışığında, sözleşme yapmanın reddi ile ilgili olarak bir kötüye kullanmadan bahsedilebilmesi için hakim durumdaki teşebbüsün davranışının doğrudan veya dolaylı olarak alt veya üst pazardaki rakibine yönelmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır.

⁵ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, para. 56.

⁶ Tartışma Metni, para. 58.

⁷ Bu durumun istisnası olarak Tartışma Metninin 222. paragrafında, rakip olmayan müşteriye yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışının koordinasyon riski doğurmadığı takdirde rekabete etkisinin küçük olabileceği ifade edilmektedir.

⁸ Para. 69-73.

- (38) Esasen hakim durumdaki firmaya sözleşme yapma görevi yükleyen gerekçeler zorunlu unsur doktrinine dayandırılmaktadır. Hakim durumdaki teşebbüs de birlikte çalışacağı tarafları belirlerken özgürdür. Ancak hakim durumdaki teşebbüsün sağladığı ürün veya hizmet rakiplerin faaliyetleri için zorunlu unsur haline gelmiş ise hakim durumdaki firmaya sözleşme yapma ödevi yüklenebilmektedir. Bu ödev rakiplere her durumda yardım edilmesini gerektiren genel bir yükümlülük anlamına gelmemektedir⁹.
- (39) Hakim durumdaki firmaya sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesini gerektirebilecek şartları, Kılavuz'un 43. paragrafında yer bulan ve sözleşme yapmanın reddinin kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için birlikte sağlanması beklenen 3 şartı farklı şekilde ifade ederek ortaya koymak mümkündür. Buna göre, (1) hakim durumdaki firma tarafından sağlanan ürün veya hizmetin alt pazarda rekabet edebilmek için vazgeçilmez bir girdi niteliğinde olması, (2) girdiye erişilememesinin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldıracak nitelikte olması ve (3) bu durumun tüketici zararına yol açabilecek olması şartlarının birlikte sağlanması halinde hakim durumdaki firmaya sözleşme yapma ödevi yüklenmesi mümkün olabilecektir. Bu noktada önaraştırma konusu başvuru da dikkate alındığında yalnızca dağıtım veya yeniden satışa konu olan ürünler bakımından yukarıda sıralanan üç şartın değerlendirilmesi gerekmektedir.

I.3.2.2.1. Vazgeçilmezlik Şartı

- (40) Literatürdeki zorunlu unsur doktrini ile yukarıda sözü edilen "vazgeçilmezlik" şartı büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. Zira zorunlu unsur doktrini, AB mevzuatı çerçevesinde, hangi durumlarda hakim durumdaki teşebbüse sözleşme yapma zorunluğu getirilebileceğinin belirlenmesinde yol gösterici konumundadır. Zorunlu unsur doktrini de vazgeçilmezlik şartını temel olarak rakiplerin dışlanmasını içeren bir zarar teorisine oturtmaktadır.
- (41) Hakim durumdaki teşebbüs tarafından sağlanan ürün veya hizmet "girdi" olarak üretime sokulduğu ve bu sayede katma değer oluşturularak yeni ve rekabetçi bir nihai ürüne dönüştüğü ölçüde zorunlu unsur olarak değer kazanmaktadır. Dolayısıyla anılan doktrin, zorunlu unsurun bir girdi olarak kullanılacağını, böylece katma değer sağlanarak farklılaştırılmış bir ürün sunulacağını, bunun ise rekabeti artıracığını varsaymaktadır¹⁰.
- (42) Ancak, alt pazardaki müşterilerin hakim durumdaki teşebbüsün ürünlerini yalnızca dağıtmaları veya yeniden satışa konu etmeleri halinde sözü edilen katma değerden ve farklılaştırılmış ürünler yoluyla rekabet artışından bahsetmek mümkün değildir¹¹.
- (43) Önaraştırma konusu ecza depoculuğu faaliyeti bakımından vazgeçilmezlik şartı değerlendirildiğinde, ecza depolarının beşeri ilaçları sağlayıcı ilaç firmalarından alarak herhangi bir üretim sürecine tabi tutmadan, dolayısıyla katma değer oluşturmadan eczanelere dağıtması zorunlu unsur doktrininin "girdi" niteliğinde olma koşulunun sağlanmadığını göstermektedir.

⁹ O'Donoghue ve Padilla 2006, s. 407-408.

¹⁰ O'Donoghue ve Padilla 2006, s.467-468.

¹¹ O'Donoghue ve Padilla 2006, s.468.

- (44) Bununla birlikte şikayetçi RAD'ın 2014 yılında faaliyete başladığı tarihten bu yana SANOFİ'den ürün tedarik edemediği, buna rağmen cirosunun anılan tarihten itibaren düzenli olarak arttığı anlaşılmakta, bu durum ise SANOFİ ürünlerinin RAD'ın faaliyetlerinin devamı için vazgeçilmez girdi niteliği arz etmediğini göstermektedir. Kaldı ki RAD'ın cirosu azalmış olsa dahi vazgeçilmezlik şartının karşılandığını ileri sürmek mümkün değildir.

I.3.2.2.2. Etkin Rekabetin Ortadan Kalkması İhtimali

- (45) Türkiye'de serbest eczane kanalına yönelik dağıtım ile iştigal eden yaklaşık 100 ecza deposu bulunmaktadır. RAD'ın, IMS verilerine göre, serbest eczane kanalına yapılan dağıtım içinde aldığı pay 2017 yılında %(...)'in altındadır. Dolayısıyla, RAD'ın SANOFİ ürünlerini tedarik edemiyor olması nedeniyle pazar dışında kalması dahi serbest eczane kanalına yönelik ecza depoculuğu pazarındaki rekabeti azaltabilecek boyutta bir etki göstermeyecektir. Kaldı ki SANOFİ ürünlerinin tedarik edilememesinin RAD'ın faaliyetlerine engel olmadığı yıllar itibarıyla cirosunda ortaya çıkan artıştan da anlaşılmaktadır. Öte yandan 4054 sayılı Kanun, piyasalardaki rekabeti korumak için uygulanmaktadır. Bireysel teşebbüslerin korunması rekabete katkıları çerçevesinde değerlendirilebilecek bir husustur.

I.3.2.2.3. Tüketici Zararına Yol Açma İhtimali

- (46) Hakim durumdaki teşebbüs dikey bütünleşik olarak alt pazarda da faaliyet göstermiyorsa kendi menfaati için rakiplere pazarı kapatmasından bahsedilemeyecektir. Böyle bir durumda tek bir tedarik ilişkisinin sona erdirilmiş olmasının doğrudan tüketici zararı ile sonuçlanacağını ileri sürmek de mümkün değildir¹².
- (47) Tüketici zararı; fiyat artışı, ürün kalitesindeki ve yenilik düzeyindeki düşüşler, mal ve hizmet çeşitliliğinde azalışlar şeklinde gerçekleşebilmektedir (Kılavuz, para. 25). Dosya konusunun sadece yeniden satış-dağıtım faaliyetlerinden ibaret olduğu, tedarik edilen ilaçlara ecza depolarınca gözle görülür bir katma değer sağlanmadığı, ilaç firmasının alt pazarda faaliyetinin bulunmadığı, ecza depolarının ve eczanelerin kâr marjlarının kamu tarafından belirlendiği dikkate alındığında, küçük ölçekli bir ecza deposunun SANOFİ ürünlerini dağıtmıyor olmasının tüketicilerin karşı karşıya olduğu fiyat ve hizmet düzeyine herhangi bir etkisinin bulunmadığı, bu çerçevede piyasadaki rekabet ve tüketiciler bakımından rasyonel bir zarar teorisi oluşturmanın mümkün bulunmadığı değerlendirilmektedir.
- (48) Dolayısıyla, hakim durumdaki teşebbüse sözleşme yapma görevi yüklenmesi için birlikte sağlanması gereken üç şartın da oluşmadığı anlaşılmaktadır. Sınırlı bir uygulama alanına sahip mal vermenin reddi değerlendirmesine 18.03.2010 tarih ve 10-24/330-118 sayılı, 17.06.2010 tarih ve 10-44/771-253 sayılı, 14.07.2011 tarih ve 11-43/942-306 sayılı, 2.9.2010 tarih ve 10-57/1155-439 sayılı, 26.11.2014 tarih ve 14-46/845-385 sayılı Kurul kararlarında da yer verilmiştir.
- (49) RAD ile sözleşme yapmayı reddetme davranışının kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan dikey ve yatay kapamaya yol açan herhangi bir zarar teorisi, SANOFİ'nin serbest eczanelere yönelik ecza depoculuğu alanında faaliyetinin bulunmaması nedeniyle de yeterince karşılanmamaktadır.

¹² O'Donoghue ve Padilla 2006, s.464.

- (50) RAD olmasa da SANOFİ'nin rakiplerinin çalışabileceği birçok ecza deposunun mevcut olması, serbest eczanelere yönelik dağıtım faaliyetinde bulunan birçok teşebbüsün faaliyet göstermesi nedeniyle tek bir teşebbüsün ecza depoculuğu pazarından dışlanması anılan pazardaki rekabeti önemli ölçüde azaltması ihtimalinin bulunmadığı değerlendirilmektedir. Bu nedenle tüketicinin bu durumdan zarar görme olasılığının söz konusu olmadığı, ayrıca sağlayıcı seviyesinden başlayarak nihai satış noktası olan eczanelere varıncaya kadar beşeri ilaçların her aşamada fiyat ve kâr marjının kamu tarafından belirleniyor olması ve SANOFİ ürünlerinin fiyatları bakımından yine tüketicilerin zarar görme ihtimalinin bulunmadığı tespitleri karşısında SANOFİ'nin RAD ile sözleşme yapmayı reddetmiş olmasınının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir kötüye kullanma olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

J. SONUÇ

- (51) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.