

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

**REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2009-1-93 (Geçici Tedbir)  
Karar Sayısı : 10-19/230-M  
Karar Tarihi : 25.2.2010

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI  
Üyeler : Mehmet Akif ERSİN, İsmail Hakkı KARAKELLE,  
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Murat ÇETİNKAYA

**B. RAPORTÖRLER:** E. Cenk GÜLERGÜN, Cumhuriyet HATİPOĞLU,  
Seda Nurtaç BAYRAMOĞLU, Burak SAĞLAM

**C. BAŞVURUDA  
BULUNAN**

: Araştırmacı İlaç Firmaları Derneği  
Barbaros Bulvarı No:149 TEV Orhan Birman İş Merkezi  
Balmumcu/İstanbul  
Temsilcileri: Av.Turgan GÜRMENT, Ali Cihangir TOPKAR  
Mete Cad. 12/7 34437 Taksim/İstanbul

**D. İLGİLİ TARAF** : Türk Eczacıları Birliği  
Willy Brandt Sokak No:9 06690 Çankaya/Ankara

**E. DOSYA KONUSU:** Türk Eczacıları Birliği ve bağlı eczacı odalarının üyelerini organize ederek Araştırmacı İlaç Firmaları Derneği üyesi firmaların ürünlerinin alınmaması ve stoklarda bulundurulmaması yönündeki eylemleri sonucunda oluşan ve hukuka aykırı olduğu iddia edilen durumun eski haline iadesi talebi.

**F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Araştırmacı İlaç Firmaları Derneği (AİFD) temsilcileri tarafından gönderilen dilekçede özetle;

- Rekabet Kurulunun 16.9.2009 tarih ve 09-42/1058-M sayılı kararı ile başlatılan soruşturmaya rağmen Türk Eczacıları Birliği (TEB) ve bağlı eczacı odalarının hukuka aykırı boykot ve tehdit eylemlerine devam ettiği,
- Boykota uğradığı için veya boykota maruz kalma korkusu nedeniyle AİFD üyesi firmalar tarafından verilen iskontolar neticesinde firmaların yıllık yaklaşık (.....) TL zarara uğradıkları, bu zarar miktarının 90 gün vade şartından kaynaklanan finansman maliyetini içermediği ve yalnızca sekiz firma için hesaplandığı,
- 18.9.2009 tarihli İlaç Fiyat Kararnamesinin 4 Aralık'ta yürürlüğe girmesi sonucunda eczanelerin uğradığı stok zararlarının gerçekleşen de ötesinde telafi edilmeye çalışıldığı,
- TEB ve bağlı eczacı odaları tarafından başlatılan boykot eylemlerinin, orijinal ilaçların talebinin kısılması ve orijinal ilaç sağlayan firmaların pazar dışına itilmesi amaçlarını taşıdığı, bu tür dışlayıcı uygulamaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre ihlal niteliği taşıyabileceği,

- Bu nedenle Rekabet Kurulunun TEB hakkında soruşturma başlattığı, ancak nihai karara kadar geçecek yaklaşık sürede ilaç firmalarının zararlarının büyüyeceği,
- TEB'in 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği sonucuna varılması halinde uygulanması muhtemel ceza miktarının, başvuru konusu eylemler sonucunda eczaneler tarafından elde edilen/edilecek olan kazanç ile karşılaştırıldığında caydırıcı olamayacağı,
- Kanun'un 58. maddesi uyarınca tazminat davası açılabilmesi düşünülse bile çok sayıda eczaneye ayrı ayrı dava açılmasının mümkün olmadığı, bu nedenlerle AİFD üyelerinin uğradıkları zararları tazmin edebilmelerinin imkânsız olduğu,
- TEB ve bağlı eczacı odalarının boykot tehdidi ile elde edilen ticari iskontoların hala uygulanıyor olmasının telafisi imkânsız zararlar meydana getirdiği, buna bağlı olarak bazı ilaçların piyasadan çekilmesinin ve hastaların ihtiyaç duydukları ilaçlara ulaşamamasının söz konusu olabileceği,
- Sonuç olarak, geçici tedbir kararı alınabilmesi için gerekli olan ve Kanun'un 9. maddesinin son fıkrasında ifade edilen şartların mevcut olduğu

ileri sürülmekte, TEB'in soruşturma konusu eylemlerinden önceki durumun tesisi için, boykot tehdidi ile uygulanmakta olan iskontoların kaldırılması yönünde tedbir kararı verilmesi talep edilmektedir.

**G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun 16.9.2009 tarih ve 09-42/1058-M sayılı kararı ile TEB'in eczanelerin alım koşullarını piyasa dışında belirleyerek 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediğinin tespiti amacıyla soruşturma açılmıştır. Soruşturma devam ederken, AİFD temsilcileri tarafından soruşturma konusu karar ve eylemler sonucunda oluşan durumun eski haline iadesi talep edilmiştir. 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrası çerçevesinde geçici tedbir talebinde bulunulan dilekçe, Kurum kayıtlarına 16.12.2009 tarih ve 8914 sayıyla intikal etmiştir. Söz konusu başvuruyla ilgili olarak düzenlenen 23.2.2010 tarih ve 2009-1-93/BN-10-CG sayılı Bilgi Notu, 23.2.2010 tarih ve REK.0.05.00.00-110/46 sayılı Başkanlık önergesi ile 10-19 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

**H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda, TEB'in soruşturma konusu karar ve uygulamaları sonucunda hedef alınan sağlayıcı teşebbüslerin zarara uğradığı belirlenmiş olmakla birlikte, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrasında belirtilen şartların tamamının gerçekleşmemesi nedeniyle, geçici tedbir kararı alınması yönündeki talebin bu aşamada reddedilmesi gerektiği görüşü ifade edilmiştir.

## **I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME**

Yapılan tespitlere göre, 2009 yılının Nisan ve Mayıs aylarında TEB, sağlayıcı teşebbüslerden, eşdeğeri olmayan ürünlerde en az %4 ve eşdeğeri bulunan ürünlerde en az %7 indirim yapmalarını ve satışlarını en az 90 gün vade ile gerçekleştirmelerini talep etmiş, buna uygun hareket etmeyen teşebbüslere karşı "önlem" alınacağını bildirmiştir. Bu talebe rıza göstermeyen sağlayıcı

teşebbüslerin istenen satış şartlarını vermesi amacıyla bir dizi baskı aracı belirleyen teşebbüs birliği, bu araçları da;

- eşdeğeri bulunan ürünlerde talebin diğer ürünlere yönlendirilmesi,
- eşdeğeri olmayan ürünlerde reçete sahiplerini ikna yoluna gidilmesi,
- geçmişte satın alınmış ürünlerin ecza depolarına iade edilmesi,
- yeni alımların yapılmaması ve stokların en az düzeyde tutulması,
- teşebbüs kampanyalarına dahil olunmaması

şeklinde maddeleştirmiştir.

Yukarıda sıralanan “önlemlere” muhatap olan ilk firma Servier olmuştur. Boykota uğradığı Haziran-Temmuz 2009 döneminde Servier önemli miktarda satış kaybına uğramış ve en sonunda boykota dayanamayarak TEB’in talep ettiği satış koşullarını yerine getirmiştir. Servier’in ardından boykota maruz kalan ikinci firma ise Pfizer olmuştur. Boykotun sonucunda Pfizer’in de direnemeyerek istenen koşulları 10.9.2009 tarihi itibarıyla uygulamak zorunda kaldığı tespit edilmiştir. Ayrıca, Servier ve Pfizer’in ard arda boykota maruz kaldığı Haziran, Temmuz ve Ağustos aylarında aynı akıbete uğramaktan çekinen bazı ilaç firmalarının da TEB’in talep ettiği koşulları uygulamaya koyduğu görülmüştür.

İnceleme konusu boykot eylemlerinin somut etkilerinin görülebilmesi amacıyla, raportörlerce, sağlayıcı firmalardan satışlarıyla ve ecza depolarından ürün iadeleriyle ilgili bilgi istenmiştir. Anılan teşebbüslerin yanıtları incelenerek TEB’in ilgili karar ve uygulamalarının Servier ve Pfizer üzerinde yarattığı etkilere ilişkin raportörlerce oluşturulan ve dosyada yer alan grafiklerden; Servier’in Nisan 2009’da (.....) kutu olan satışlarının yaklaşık %47 oranında sert bir düşüşle Haziran 2009’da (.....) kutuya indiği, bir önceki yılın aynı dönemindeki (Haziran 2008) satışlara göre de %40,65 daha düşük olduğu, Haziran ve Temmuz aylarında ise ecza depolarına iade edilen Servier ilaçlarının sayısının da (yine kutu bazında) ortalama değer yaklaşık 10 katı olarak gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Hemen hemen aynı çarpıcı satış ve iade verileri Ekim 2009’da görülmektedir. Ancak, bu satış ve iade verilerine Fiyat Kararnamesinin<sup>1</sup> yol açtığı,<sup>2</sup> bir başka ifadeyle, kararname sonucunda 4.12.2009 tarihi itibarıyla fiyatları düşen ilaçların stok zararına katlanmak istemeyen eczaneler tarafından ecza depolarına iade edildiği anlaşılmaktadır. Konu Pfizer açısından incelendiğinde, firmanın uğradığı boykotun yoğunlaştığı Ağustos 2009’da satışların –Servier’inki kadar olmasa da- bir önceki yılın aynı dönemine göre yaklaşık %20,46, bir önceki aya göre ise %24,36 daha düşük gerçekleştiği görülmektedir. Pfizer ilaçlarının depolara iade eğilimine bakıldığında daha çarpıcı bir grafik ortaya çıkmaktadır. Zira firmaya yönelik boykotun yoğunlaştığı Ağustos 2009 döneminde depolara iade edilen Pfizer ilaçları oldukça dikkat çekici bir artışla (.....) kutuya çıkmış ve Pfizer ilaçları

<sup>1</sup> 3.12.2009 ve 4.12.2009 tarihli kararnamelerle değişik, 18.9.2009 tarihli ve 27353 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2009/15434 sayılı Beşeri İlaçların Fiyatlandırılmasına Dair Kararda Değişiklik Yapılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı.

<sup>2</sup> Kararnamede, eşdeğeri olan orijinal ilaç ile bunun jeneriklerinin fiyatının en fazla referans fiyatının %66’sı oranında olabileceği düzenlenmiştir. Eski kararnameye göre ise, jeneriğin piyasaya girmesi orijinal ilacın fiyatını etkilememekte ve jeneriğe en fazla referans fiyatın %80’i oranında fiyat verilmekte idi. Kararname değişikliğiyle birlikte, geri ödeme kuralları da gözden geçirilerek orijinal ilacının kamu indirimi de artırılmıştır. Tüm bunların sonucunda, ilaçların resmi ve fiili fiyatlarında ciddi indirimler söz konusu olmuş, buna bağlı olarak da eczanelerin stok zararlarının oluştuğu ileri sürülmüştür.

için hesaplanan aylık iade ortalamasının yaklaşık 15 katına ulaşmıştır. Bu değer, Pfizer için ne anlam ifade ettiğini gösterebilmek için, aynı ayın satış miktarıyla karşılaştırılması yeterlidir. Buna göre, Ağustos 2009'da kutu bazında, iade edilen Pfizer ürünlerinin o aya ait satış miktarına oranı %10.78'dir. Bu oranın Ağustos 2009 hariç 23 aylık ortalama miktarına göre hesaplanmış hali ise %0.075'dir.

Eczacı meslek örgütlerinin konuya ilişkin duyurularında ve yazışmalarında adı sıklıkla geçen diğer teşebbüslerin kutu bazında satışlarında ilgili dönemde boykot iddiasıyla ilişkilendirilebilecek değişiklik gözlenmemiştir. TEB'in talep ettiği satış koşullarını uygulamayı ilk etapta veya sonradan kabul eden ya da boykot eylemine hedef olarak seçilmeyen söz konusu teşebbüsler bakımından, bu tablonun ortaya çıkması şaşırtıcı değildir. Şöyle ki, boykot tehdidi karşısında TEB'in istediği satış koşullarını uygulamayı kabul eden ve bu nedenle boykota hedef olmayan teşebbüslerin ilgili dönemde kutu bazında satışlarında, Servier ve Pfizer örneklerindeki gibi bir düşüş gerçekleşmemiştir.

Servier ve Pfizer'ın da dahil olduğu çok sayıda teşebbüs TEB'in talep ettiği satış koşullarını uygulamayı kabul etmiştir. Bu durumda boykot tehdidi ve teşebbüslerin eczaneler gözündeki imajlarıyla ilgili endişeleri belirleyici olmuştur. Böylece vade ve ticari indirimleri artıran bazı teşebbüsler bakımından bir kayıp meydana gelmiş ve eczanelere kaynak transferi söz konusu olmuştur. İhtiyati tedbir talebi çerçevesinde, bazı sağlayıcı firmaların katlanmak durumunda kaldığı ve piyasa dışında oluşan bir iradeden kaynaklanan bu kaybın da telafisi mümkün olmayan zarar olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Diğer bir deyişle, geçici tedbir talebiyle telafi edilmesi istenen zararlar, boykota uğrayan iki teşebbüsün satışlarındaki düşüşün yanında, TEB'in istediği koşulları uygulamayı kabul eden teşebbüslerin maliyetlerindeki artışı da kapsamaktadır.

AİFD'nin yazısında yer alan ve sekiz sağlayıcı firmanın satış koşullarındaki değişiklikten kaynaklanan tahmini zararları aşağıdaki tabloda gösterilmektedir:

**Tablo 1 – AİFD temsilcilerinin dilekçesinde yer verilen tablo**

Firma Adı	Önceki İskonto (%)	Sonraki İskonto (%)	IMS Yıllık Satış (TL) <sup>3</sup>	Yıllık Kayıp (TL) <sup>4</sup>
Servier	(...)	(...)	(...)	(...)
GSK	(...)	(...)	(...)	(...)
MSD	(...)	(...)	(...)	(...)
Boehringer	(...)	(...)	(...)	(...)
AstraZeneca	(...)	(...)	(...)	(...)
Sanofi-Aventis	(...)	(...)	(...)	(...)
Novartis	(...)	(...)	(...)	(...)
Johnson&Johnson	(...)	(...)	(...)	(...)
<b>Toplam Zarar</b>				(...)

## J. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrası "*Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu*

<sup>3</sup> IMS verilerine göre Ekim 2009 itibarıyla yıllık satışlar.

<sup>4</sup> Tahmini satış kayıpları.

*durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir.”* şeklindedir. Avrupa Konseyi'nin 1/2003 sayılı ve 16.12.2002 tarihli Tüzüğü'nün 8. maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır.<sup>5</sup> Avrupa Komisyonunun anılan Tüzüğün uygulanmasıyla ilgili bir çalışmada<sup>6</sup> ise, geçici tedbirin zararın tek bir teşebbüse değil, rekabete karşı söz konusu olması durumunda gündeme geleceği açıklamasına yer verilmiştir.

Kanun'un 9. maddesinin son fıkrasında, geçici tedbire ilişkin olarak getirilen ölçüt “nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkması olasılığı”nın bulunmasıdır. Bu durumda başvurulabilecek geçici tedbirin ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte olması ve nihai kararın kapsamını aşmaması koşulları aranmaktadır. Geçici tedbir kararlarıyla ilgili AB ve Türkiye uygulamalarında; zararın varlığı, büyüklüğü ve niteliği ile olası bir tedbir kararının zamanlaması önemli ölçütler olarak öne çıkmaktadır. AİFD'nin geçici tedbir talebinin değerlendirilmesinde de, bu ölçütlere göre bir sistematik benimsenmiştir.

Konu zararın varlığı açısından ele alındığında, Servier satışlarında boykota bağlı olarak gerçekleşen %47 oranındaki düşüş ve Haziran 2009'da aylık ortalamanın yaklaşık 10 katı üzerinde gerçekleşen mal iadeleri zararın varlığı konusunda önemli göstergelerdir. Aynı şekilde Pfizer satışlarında bir önceki aya göre Ağustos 2009'da gerçekleşen %24,36 oranındaki düşüş ile Ağustos 2009 iade verisi dışarıda tutularak hesaplanan 23 aylık ortalamanın yaklaşık 15 katına çıkan mal iadeleri yine zararın varlığını gösteren önemli verilerdir.

Bu veriler, münferit olarak teşebbüslerin uğradığı somut zararların varlığının gösterilmesi için yeterlidir. Ancak, boykota uğrayan veya boykot tehdidi altındaki teşebbüslerin ticari indirimlerini artırmaları ve vadeleri uzatmalarının teşebbüsler üzerinde yük yaratacağı ve bunun da soruşturma konusu teşebbüs birliği kararından kaynaklanan zarar içinde düşünülmesi gerektiği açıktır.

Zararın varlığının ortaya konulmasının ardından, zararın büyüklüğü ve niteliği ele alınmıştır. Bu noktada, geçici tedbir kararının alınabilmesi için, teşebbüsler nezdinde oluşabilecek münferit zararlardan ziyade piyasanın rekabetçi yapısı üzerinde oluşabilecek kalıcı ve geri döndürülemez bir zararın varlığının arandığı belirtilmelidir.

Piyasanın normal işleyişi ve firmaların kendi satış seyirleri göz önünde bulundurulduğunda, boykot eylemine muhatap olmayan teşebbüslerin satışlarında önemli olarak nitelendirilebilecek sapmalara rastlanmamaktadır. Diğer taraftan, bilgi istenen firmalardan Servier'in 6.7.2009, GSK'nın 1.8.2009, MSD'nin 1.8.2009, Novartis'in 4.9.2009, Pfizer'in 10.9.2009, AstraZeneca'nın 15.9.2009, Zentiva'nın 19.9.2009, Boehringer'in 2.11.2009 tarihinden itibaren TEB'in istediği koşullarda ilaç satışı yapmayı kabul ettiği tespit edilmiştir.

<sup>5</sup> 4.1.2003, OJ L 1/1-25

<sup>6</sup> COMMISSION STAFF WORKING PAPER accompanying the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL Report on the functioning of Regulation 1/2003 {COM(2009)206 final}

Sonuç olarak firmaların çoğunun, TEB'in talep ettiği satış koşullarını en az 6 aydır uyguladıkları anlaşılmaktadır.

Gerek Türkiye gerekse AB uygulamasında, rekabet kurallarına aykırılık teşkil edebilecek olan davranış sonucunda pazarın terk edilmesi gibi geri döndürülemez durumlarda ve daha çok da hâkim durumun kötüye kullanılması başlığı altında anlaşma yapılmasının reddedilmesi halinde geçici tedbirlerin alınması gündeme gelmektedir. Ne var ki AİFD'nin yazısı, TEB'in talep ettiği koşullarla satışa devam edilemeyeceğine, buna bağlı olarak bazı teşebbüslerin pazar dışında kalabileceğine ya da faaliyetlerinin sekteye uğrayabileceğine, sözü edilen durumun Türkiye ve AB uygulamalarında geçici tedbir kararlarının alındığı örneklere benzediğine dair somut herhangi bir açıklama, bilgi ve belge içermemektedir.

Öte yandan, AİFD temsilcisinin yazısında; 4054 sayılı Kanun'un 58. maddesinde, Kanun kapsamındaki eylemlerden zarar görenlerin bu zararının tazmin edilmesinin yolunun gösterildiği ve fakat sayıları 24.000 civarında olan eczanelere karşı bu yola gidilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Geçici tedbir kararı alınmasını gerektirebilecek zararın nihai karara kadar telafisinin olmamasından, piyasanın rekabetçi yapısını olumsuz yönde etkileyebilecek ve bir teşebbüsün piyasa dışına çıkması gibi ciddi durumlara yol açabilecek nitelikte iktisadi sonuçlar anlaşılmalıdır. Oysa dilekçede, piyasadaki rekabetçi yapı üzerindeki olası etkiden ziyade, hukuk süreçlerinden kaynaklanan pratik zorluklar bakımından bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla dilekçede sözü edilen zorluğun, rekabet hukuku kapsamında geçici tedbir alınmasını gerektirebilecek telafi edilemez durumlara uygunluk göstermediği açıktır.

Bu çerçevede, varlığı belirlenen zararın büyüklüğü ve niteliğinin bu aşamada geçici tedbir kararı alınmasını gerektirmediği değerlendirilmiştir.

Diğer yandan, alınabilecek geçici önlemlerin zamanlaması da büyük önem taşımaktadır. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrasında, nihai kararın alınmasına kadar telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkması olasılığı vurgulanmaktadır. Bu nedenle, durumun aciliyet arz edip etmediği ve olası geçici tedbir kararının zamanlaması da ele alınmıştır.

Soruşturma konusu olayların Mart 2009 tarihinden bu yana yoğun bir şekilde gündemde olmasına, Mayıs 2009'dan bu yana iki teşebbüsün boykot eylemine maruz kalmasına ve adı geçen teşebbüslerin aylardır yeni satış koşullarını uygulamasına karşın, ihtiyati tedbir talebinin 16.12.2009 tarihinde Kurum kayıtlarına girmesi durumun aciliyeti noktasında tereddüt yaratmıştır. Ayrıca 16.9.2009 tarihli Kurul kararıyla başlatılan ve geçici tedbir talebine konu TEB karar ve eylemleri hakkındaki soruşturmanın safhası 16.3.2010 tarihinde tamamlanacak olup konuyla ilgili nihai karar -olası ihlalin tespiti ve olası zararların önlenmesi bakımından- makul bir tarihte alınabilecektir. Dolayısıyla soruşturmanın şu anki aşamasında geçici tedbir kararı alınması uygun bulunmamıştır.

## **K. SONUÇ**

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 9/4. maddesinde belirtilen şartların tamamının gerçekleşmemesi nedeniyle, Araştırmacı İlaç Firmaları Derneğinin 16.9.2009 tarih ve 09-42/1058-M sayılı Rekabet Kurulu kararıyla yürütölen soruşturma çerçevesinde geçici tedbir kararı alınması yönündeki talebin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.