

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D1/1/F.Y.A.-01/3 (Önaraştırma)

Karar Sayısı : 01-28/278-82

Karar Tarihi : 19.6.2001

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler : Dr. Kemal EROL, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER, Mustafa PARLAK, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL

B- RAPORTÖRLER: F. Yeşim AKCOLLU, Mustafa M. ÖZKARABÜBER

C- ŞİKAYET EDEN: Hasan Organgil

İskele Eczanesi, Atatürk Cad. 35/A Karataş-Adana

D- HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA YAPILANLAR

- TEB 4. Bölge Adana Eczacı Odası

Reşat Bey Mah. 1. Sok. No: 1 Adana

- Çukurova Üniversitesi Balcalı Hastanesi

Balcalı - Adana

E- DOSYA KONUSU: TEB 4. Bölge Adana Eczacı Odası ve Çukurova Üniversitesi Balcalı Hastanesi'nin imzaladıkları bir protokol ile ilaç piyasasında rekabeti ihlal ettikleri iddiası

F- İDDİALARIN ÖZETİ: TEB 4. Bölge Adana Eczacı Odası (Oda) ile Çukurova Üniversitesi Balcalı Hastanesi (Hastane) arasında imzalanan protokol gereğince, hastane eczanesinde bulunmayan yatan hasta ilaçlarının, Oda'nın hastane içinde açtığı irtibat bürosu tarafından Oda'ya üye eczacılar arasında paylaşılması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddia edilmektedir.

G- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 9.1.2001 tarih, 149 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 16.3.2001 tarih, D1/1/F.Y.A.-01/3 sayılı İlk İnceleme Raporu, 17.4.2001 tarih, 01-19 sayılı Kurul toplantısında görüşülmüş ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 6. maddelerinin ihlaline ilişkin bir soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca, 17.4.2001 tarih, 01-19/173-M sayı ile önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

İlgili karar uyarınca düzenlenen 29.5.2001 tarih D1/2/F.Y.A.-01/6 sayılı Önaraştırma Raporu 15.6.2001 tarih, REK.0.05.00.00/54 sayılı Başkanlık önergesi ile 01-28 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; TEB 4. Bölge Adana Eczacı Odası ile Çukurova Üniversitesi Balcalı Hastanesi arasında imzalanan protokol gereğince, Hastane'de yatan hasta ilaçlarından Hastane eczanesinde bulunmayanların, Oda'nın

Hastane içinde açtığı irtibat bürosu tarafından Oda üyesi eczacılardan dileyenlerin arasında paylaşılması suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal eden bir eylemde bulunulmadığı ve bu nedenle Ecz. H... O...'in şikayeti ile ilgili olarak bir soruşturma açılmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir.

I- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar

I.1.1. Ürün Pazarı

Önaraştırmaya konu olan Hastane ile Oda arasında yapılan protokollerin amacı, eczanelerde satışı yapılan ilaçlara yönelik olarak, Hastane'de yatan hastaların ilaç talebinin oluşturulan bir tevzi yöntemi ile karşılanmasıdır. Bu nedenle, ilgili ürün pazarı "eczanelerde satılan farmasötik (doğrudan insan sağlığıyla ilgili) ilaç pazarı" dır.

I.1.2. Coğrafi Pazar

Önaraştırmanın konusu olan protokoller gereğince Oda'nın Hastane'deki bürosu, gelen ilaç taleplerini, ilaçları kısa sayılabilecek sürede hastaneye ulaştırabilecek Adana İl merkezinde bulunan eczanelere iletmek durumundadır. Adana İl merkezi dışındaki herhangi bir eczane bu sistemde ilaç satışı yapamamaktadır. Bu nedenle ilgili coğrafi pazar "Adana İli merkezi" dir.

I.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, Oda ile Hastane arasında 1.6.2000 tarihinde il içinden gelip Hastane'de yatarak tedavi gören hastaların reçetelerindeki ilaçlardan Hastane eczanesinde bulunmayanların karşılanmasına yönelik olarak bir protokol (Protokol-1) imzalandığı, benzer şekilde, il dışından gelip Hastane'de yatarak tedavi gören hastaların reçetelerindeki Hastane eczanesinde bulunmayan ilaçların tedarikine ilişkin olarak Oda ve Hastane arasında 12.11.2000 tarihinde bir protokol (Protokol-2) daha imzalandığı, söz konusu iki protokol arasında; kapsadıkları hasta grupları (il içi/il dışı) ve Oda İrtibat Bürosu'nun bu reçetelerden aldığı katılım payları (il içi için %1, il dışı için %2) dışında bir farklılığın bulunmadığı anlaşılmıştır. Protokoller uyarınca Hastane'de yatarak tedavi olan ve tedavi ücretleri Bütçe Uygulama Talimatı'nda belirlendiği şekilde kurumlarınca ödenen hastaların ilaçlarının karşılanmasına ilişkin bir sistemin oluşturulduğu görülmüştür.

Söz konusu sistem aşağıdaki şekilde işlemektedir:

- Hastane'de Oda tarafından bir irtibat bürosu kurularak, reçete çalışmaları burada yapılmaktadır.
- Bu sisteme katılmak isteyen eczaneler ile Oda arasında protokoller imzalanmış ve eczaneler alfabetik olarak sıralanmışlardır. Hastane'deki irtibat bürosu tarafından sıradaki eczanelerden ilaç sipariş edilmektedir.
- Protokolü kabul eden eczaneler, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı'nın da arasında olduğu en az 7 kurum ile ilaç sağlama sözleşmesi yapmak zorundadır.

- Yatan hasta reçeteleri, klinik sorumlu hemşiresi tarafından Hastane eczanesine getirilmekte, Hastane eczanesinde olmayan ilaçlar işaretlenip onaylandıktan sonra Oda irtibat bürosuna teslim edilmektedir.
- Oda İrtibat bürosu görevlileri sistemde yer alan eczanelere sıraya göre telefon/faks ile ilaç siparişlerini iletmekte, söz konusu eczane de 1-1.5 saat içerisinde bu siparişleri büroya teslim etmektedir.
- Büroya gelen ilaçlar servisin sorumlu hemşiresi tarafından teslim alınmaktadır.

Adana genelinde faaliyet göstermekte olan 420 eczananın yaklaşık 330'u söz konusu protokolleri imzalamıştır. Dosya mevcudu bilgilerden, ilgili protokollerin amacının, Hastane'de yatan hasta reçeteleri üzerinden yapılan yolsuzlukları engellemek, Hastane çalışanlarını şaibe altında kalmaktan kurtarmak ve yatan hasta reçetelerinin düzenli olarak karşılanmasını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.

Söz konusu protokollerin 2000 yılında imzalandıkları ve 2001 yılında halen yürürlükte oldukları göz önüne alınarak, 2000 ve 2001 yıllarında geçerli olan hukuki alt yapıya ilişkin hükümler aşağıda açıklanmıştır.

6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği (TEB) Kanunu'nda Merkez Heyeti'nin görevlerinin sıralandığı 39. maddenin (j) bendinde aşağıdaki hüküm yer almaktadır:

“Eczanelerden sağlık hizmeti satın alacak bütün kamu ve özel kurum ve kuruluşlarla anlaşmalar yapmak, imzalanan protokole uygun tip sözleşmeleri bastırmak ve belirleyeceği bedel karşılığı eczanelere dağıtmak” .

Söz konusu bentte bahsedilen Merkez Heyeti 6643 sayılı Kanun'un 33-35. maddelerine istinaden kurulan ve Türkiye çapında faaliyet gösteren TEB'i içeride ve dışarıda temsile yetkili organ mahiyetindedir.

Her yıl bütçe kanunlarında hastane ve tedavi giderlerinin ne şekilde karşılanacağı hükme bağlanmaktadır. 30.12.1999 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4494 sayılı 2000 Mali Yılı Bütçe Kanunu ile 20.12.2000 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4611 sayılı 2001 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun aynı olan 14. maddeleri aşağıdaki şekildedir:

“Devlet memurları, diğer kamu görevlileri ve bunların emekli, dul ve yetimlerinin (bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri dahil) genel ve katma bütçeli daire ve idareler ile döner sermayeli kuruluşlara ait tedavi kurumlarında yapılan tedavilerine ilişkin ücretler, Sağlık Bakanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca tespit edilecek miktar ve esaslar çerçevesinde ödenir.”

Yukarıda yer verilen madde çerçevesinde her yıl Maliye Bakanlığı ile TEB arasında o mali yıl için Bütçe Uygulama Talimatı hazırlanmaktadır.

20.3.2000 tarih ve 23995 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2000 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatı ve 22.3.2001 tarih ve 24350 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2001 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatı'nın aynı olan 1. maddelerinde, söz konusu Talimatlar kapsamına giren kişiler aşağıdaki şekilde sayılmıştır:

- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 1. ve ek geçici 9 ile 16. maddeleri kapsamına giren personel ve bunların bakmakla yükümlü buldukları aile fertleri,

- 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu kapsamında bulunan personel (erbaş ve erler hariç) ile bunların bakmakla yükümlü buldukları aile fertleri,

- 5434 sayılı TC Emekli Sandığı Kanunu'nun geçici 139. maddesi gereğince (tüzüklerindeki özel hükümler ve Sandıkça bu Talimat ve eki listelerdeki fiyatları aşmamak üzere Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine yapılacak sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla) tedavi giderleri karşılanan kişiler,

- 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamında bulunan kurumlarda çalışan devlet memurları ve diğer kamu görevlileri ile bunların bakmakla yükümlü buldukları aile fertleri.

2000 ve 2001 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatları'nın 12.2. maddelerinin birinci fıkralarında aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Yatarak tedavilerde kullanılan ilaçların hastane eczanesinden temini zorunludur. Ancak, ilacın kullanılmasının gecikmesinden dolayı hayati tehlike doğacak hallerde hastane eczanelerinde bulunmama nedeniyle dışarıdan aldırılan ilaçların bedelinin ödenebilmesi için, (Ek:1/B)'de gösterilen reçete örneği ile temini gerekmektedir. Emekliler için (Ek:1/C)'de yer alan reçete örneği kullanılacaktır.”

2001 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatı'nda aynı maddeye ilave edilen dördüncü fıkrada:

“Yukarıda belirtilen esaslara göre, hastanelerde yatan hastalar için düzenlenen reçete muhteviyatı ilaçların, rasyonel kullanımını sağlamak amacıyla, eczanelerden dönüşümlü olarak temini hususunda, hastaneler, bu Talimat ve eki protokol esaslarına bağlı kalınarak Türk Eczacıları Birliği ile işbirliği yapabilir.” ifadesi yer almaktadır.

Bu çerçevede, 2000 ve 2001 Mali Yılları Bütçe Kanunları'na göre çıkarılan 2000 ve 2001 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatları'na göre, yatarak tedavilerde kullanılacak ilaçların hastane eczanesinden temin edilmesi zorunlu kılınmaktadır. Ancak, uygulamada hastane eczanelerinde finansal sıkıntılar nedeniyle istenilen ilaçların tümü bulundurulamamaktadır. İlaçların hastane eczanelerinden temin edilememesi durumunda bu ilaçların hastane dışında bulunan eczanelerden sağlanması gereği doğmaktadır. 2001 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatı'nın yukarıda bahsedilen 12.2. maddesinin dördüncü fıkrasında, yatan hasta reçetelerinden hastane eczaneleri tarafından karşılanamayanların, söz konusu hastane ile TEB'in yapacağı işbirliği ile, eczaneler arasında paylaşılması öngörülmüştür. Bu maddeye paralel olarak Oda ile Hastane arasında yatan hasta reçetelerinin hastane eczanesinden karşılanamayanları için söz konusu protokoller imzalanmış ve ilaç temini bu protokollerdeki esaslara göre yapılmıştır.

Şikayet konusu olan protokollerin ve uygulamasının dayanağını özel bir hukuki düzenlemeden (2000 ve 2001 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatları) alması ve kamu tasarrufu niteliğinde olması nedeniyle, söz konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil etmediği kanaatine varılmıştır.

J- SONUÇ

Çukurova Üniversitesi Balcalı Hastanesi ile TEB 4. Bölge Adana Eczacı Odası arasında imzalanan protokol gereğince, Balcalı Hastanesi'nde yatan hasta ilaçlarının Hastane eczanesinde bulunmayanlarının, Adana Eczacı Odası'nın Hastane içinde açtığı irtibat bürosu tarafından Adana Eczacı Odası üyesi eczacılardan dileyenlerin arasında paylaşılmasına ilişkin uygulamanın, dayanağını özel bir yasal düzenlemeden alması ve kamu tasarrufu niteliğini taşıması nedeniyle bir soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine OY ÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

(19.06.2001 01-28/278-82 sayılı Kurul Kararına) KARŞI OY GEREKÇESİ

01-28/278-82 sayılı kararda sayın çoğunluğun görüşlerine aşağıdaki nedenlerle katılmak mümkün olmamıştır:

1- Önerştirmaya konu olan protokoller sadece, "Adana ili içinden (01.06.2000 tarihli Protokol-1) ve dışından (12.11.2000 tarihli Protokol-2) gelip Çukurova Üniversitesi Balcalı Hastanesinde yatarak tedavi gören ve Bütçe Kanunlarına göre giderleri devlet bütçesinden karşılanan hastaların tedavilerinde kullanılan ve üniversite hastanesinde bulunmayan" ilaçlara ilişkindir. Bu tanımın dışındaki ilaçları ilgilendirmemektedir. Bu nedenle protokoller Adana ilindeki eczanelerde satılan tüm farmasötik ilaç piyasasını da dolaylı bir şekilde etkilemiş olmakla birlikte, ilgili ürün pazarının protokollerin konusunu oluşturduğu kadarıyla daraltmış şekilde belirlenmesi doğru olmamıştır.

2- Tanımı daraltılarak yukarıda yapılan ilgili ürün pazarının arz tarafını serbest ticari esaslara göre çalışan eczaneler, talep tarafını ise, (devlet ya da gideri karşılayan kamu kuruluşları değil) bu ilacı hastane dışındaki eczanelerden temin etmek durumunda olan hasta (ya da hasta yakınları) oluşturmaktadır. Çoğunluğu yanılığa düşüren husus kanaatimizce, ilacın giderini ödeyen kuruluşun devlet (SSK, Emekli Sandığı, kamu kuruluşu gibi) olması sebebiyle alıcının devlet olduğu sonucuna varılması ve onun dilediği yerden alma hakkının ya da dilediği şekilde düzenleme yetkisinin olduğuna hükmedilmesidir. Oysa, devletin ilaç ve tedavi giderini karşılama sosyal görevini yerine getiriyor olması bu olayda, alıcının devlet olması demek değildir. Hastanede yatarak tedavi görmekte iken, kurumda bulunmayan ilacı alan hastadır. Tedavi kurumu hekimi aracılığıyla tedavide kullanılacak ilacı belirler, reçete yazar. Hastanede var olan ilacı da hastane karşılar ve bedelini fatura eder. Ancak hastanede bulunamayan ilacı hasta bedelini kendi ödeyerek dilediği yerden alır; kullanır. Devlet de, bu bedelin bir kısmını ya da tamamını sosyal amaçlarla sübvansiyeye eder. Devletin (bütçe kanunları ve onun uygulama talimatları ile) yapabileceği düzenleme, bu sübvansiyonun ödenme usul ve esaslarını belirlemekten ibarettir. Bu düzenlemeye elbette hakkı vardır. Bütçe giderlerinin belli usul ve esas kurallarıyla disiplin altına alınması bir zarurettir. Örneğin, ilaç giderinin bir yüzdesini (ya da tamamını) ödeyen devlet kuruluşunun, bu ödeyeceği miktara esas bir ilaç (fiyat listesini belirlemesi, ya da bu meblağ üzerinden belli bir iskonto karşılığında bazı eczanelerle anlaşma yapması) gibi düzenlemeler gerekli ve mazurdur. Ancak,

ilacın belli eczanelerden temin edilmesi şartına bağlanması, yani belli eczanelere imtiyaz tanınmasına ilişkin düzenleme yapılması mümkün değildir. Nitekim, Bütçe Uygulama Talimatlarında, anlaşmalı eczane dışından alınan ilaç bedellerinin de, fatura ve belgeleri olmak ve aynı iskonto oranı yapılmak şartıyla ödenmesi (sübvansiyeye edilmesi) imkanı getirilmiştir. Sonuç olarak, ilgili pazarın alıcısı ödemeye katkıda bulunduğu için devlet değil, her bir hastadır.

3- Öte yandan şikayet konusu her iki protokolün yapılmasını zorunlu kılan bir kanun hükmü olmadığı gibi, 6643 sayılı Kanunun 39(j) bendinde sözü edilen TEB Merkez Heyeti'nin yapabileceği protokoller, kamu kurum ve kuruluşlarının eczanelerden doğrudan alacağı sağlık hizmetlerine ilişkin olmak gerekir. Kaldı ki, bu Kanunla da protokolün yapılması emredilmekte olmadığına göre, TEB Merkez Heyeti'nin ve buna bağlı olarak Eczacı Odalarının, Kanunun öngördüğü yetkilerini kullanırken de, 4054 sayılı Kanuna aykırı olup olmadığını gözetmesi gerekmektedir. Aksine davranış, her biri birer teşebbüs olan eczanelerin, kanunla kurulmuş "birliği" olması dolayısıyla 4054 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi anlamında teşebbüs birliği niteliğinde olduğunda kuşku bulunmayan Eczacı Odası'nın kararı ve/veya diğer teşebbüslerle yaptığı anlaşmalar yoluyla 4054 sayılı Kanunu ihlal etmesine göz yumulması anlamına gelebilir ki, bunun da 4054 sayılı Kanunun ruhuna ve yapısına uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz.

Dr. Kemal EROL
II. Başkan

İsmet CANTÜRK
Kurul Üyesi

R. Müfit SONBAY
Kurul Üyesi

Murat GENCER
Kurul Üyesi