

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D1/1/M.Ö.-98/5 (SORUŞTURMA)
Karar Sayısı : 00-1(b)/11-5
Karar Tarihi : 12.01.2000

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU (Başkan)
Üyeler : Dr. Kemal EROL, Mehmet Zeki UZUN, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK, A.Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER

B- SORUŞTURMA HEYETİ:

Soruşturma Heyeti Başkanı: Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU
Raportörler: Şahin YAVUZ, E.Cenk GÜLERGÜN, Kürşat ÜNLÜSOY

C- ŐİKAYETÇİLER:

- 1- Ege Eczacılar Vakfı (Ziya Gökalp Caddesi, Emlak Bankası Blokları, B Blok No:27/2 Alsancak-İZMİR),
- 2- TEB 6.Bölge Samsun Eczacı Odası (Kale Mahallesi, Afitap Sokak, No:16/5 SAMSUN)

D- HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR:

- 1- İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası (Talatpaşa Caddesi, No:98/B 80640 Gültepe-İSTANBUL),
- 2- Türkiye İlaç Sanayii Derneği (Yıldız Posta Caddesi, Vefa Bayırı Sokak, İş Bankalılar Sitesi B Blok Daire 1 BeŐiktaŐ-İSTANBUL),
- 3- Yerli İlaç Sanayicileri Derneği (Otello Kamil Sokak, No:16 Kat 3 Mecidiyeköy-İSTANBUL)

E- SORUŞTURMANIN KONUSU: İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası Yönetim Kurulu'nun 19.12.1997 tarih, 102 sayılı kararı ve söz konusu sendika ile Türkiye İlaç Sanayii Derneği ve Yerli İlaç Sanayicileri Derneği yönetim kurulu başkanlarının imzaladığı "Protokol" başlıklı metnin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal edip etmediği.

F- SORUŞTURMA HEYETİNİN GÖRÜŐÜ: İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası (İEİS) Yönetim Kurulu'nun üyeleri ile ecza depolarının satış koşullarına sınırlamalar getiren 102 sayılı Kararı'nın 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6 ncı maddelerine aykırı olduğu ve 4 üncü madde hükümlerinin uygulanamasından muaf tutulamayacağı, 102 sayılı Karar'ın 4054 sayılı Kanun'a aykırı olması nedeniyle İEİS'e Kanun'un 16 ncı maddesi gereğince idari para cezası verilmesi gerektiği; 102

sayılı Karar'la büyük ölçüde benzer olmakla birlikte, Türkiye İlaç Sanayii Derneği (TİSD) ve Yerli İlaç Sanayicileri

Derneği (YİSD) üyelerinin ekonomik çıkarlarıyla uyuşmayan, oluşturulma sürecine bu teşebbüs birliklerinin katkıda bulunmadığı ve üye firmalarca uygulanmamış "Protokol" başlıklı metnin varlığından dolayı TİSD ve YİSD'in sorumlu tutulamayacağı, dolayısıyla anılan teşebbüs birlikleri hakkında yürütülmekte olan soruşturmaya son verilmesinin doğru olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

G- SAVUNMALARIN ÖZETİ: İEİS'in savunmalarında; 102 sayılı Karar'ın ilaç mevzuatı doğrultusunda olduğu ve bu nedenle incelemenin esas itibarıyla 4054 sayılı Kanun'un ilaç mevzuatıyla çelişkisinden kaynaklandığı, dolayısıyla anılan Karar'ın 4 üncü madde kapsamında sayılamayacağı, kamu müdahaleleriyle şekillenen bir piyasa düzenine sahip beşeri ilaç pazarında rekabetin sınırlanmasının söz konusu olamayacağı, Karar'a İEİS üyelerinin katılımının tam olarak sağlanmadığı ve Karar'a uygun hareket etmeyen teşebbüslere karşı getirilen yaptırımların uygulanmadığı, 102 sayılı Karar'ın 4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüştür.

"Protokol" başlıklı metinle ilgili haklarında soruşturma açılan TİSD ve YİSD'in savunmalarında ise; söz konusu metne atılan imzaların yalnızca dernek yönetim kurulu başkanlarının kişisel tasarruflarını yansıttığı, yönetim kurullarının bu çerçevede herhangi bir karar almadığı, böyle bir metnin oluşturulması sürecine yönetim kurullarının ve üyelerin katkıda bulunmadığı ve üyelerin "Protokol" ile belirlenen sınırlamalar çerçevesinde satış koşulları uygulamadığı, nitekim metnin de esas itibarıyla üyelerinin çıkarlarına aykırı olduğu, bunlara bağlı olarak haklarında yürütülen soruşturmaya son verilmesi gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME :

1. İNCELEME SÜRECİNİN ÖZETİ

- Ege Eczacılar Vakfı'nın 11.02.1998 tarih, 259 sayılı ve TEB 6. Bölge Samsun Eczacı Odası'nın 13.02.1998 tarih, 278 sayılı şikayet başvurularında; İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası (İEİS) Yönetim Kurulu tarafından imza altına alınarak, Eczacı Depocuları Derneği ve Tüm Eczacılar Üretim, Temin, Dağıtım Kooperatifleri Birliği'ne gönderilen ve 01.01.1998 tarihinde uygulamaya konulan "Protokol" ile, ilaç üreticilerinin ve ecza depolarının satış koşullarına sınırlamalar getirildiği ve getirilen sınırlamalara uygun hareket etmeyen ecza depolarına karşı mal verilmemesi yaptırımının öngörüldüğü belirtilerek, söz konusu "Protokol"ün amacı ve pazarda yarattığı etki yönüyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesine aykırı olduğu öne sürülmüştür.

- Söz konusu başvuru üzerine ve 4054 sayılı Kanun'un 40/1 inci maddesi uyarınca, soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için Rekabet Kurulu'nca 01.04.1998 tarih, 60/449-67 sayı ile önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

- Konuya ilişkin önaraştırma yapılması kararının alınmasından sonra gönderilen, Rekabet Kurumu kayıtlarına 17.04.1998 tarih ve 822 sayıyla giren, İEİS Yönetim Kurulu Başkanı Kaya Turgut imzalı bildirimde; önaraştırma kapsamındaki Karar'ın, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulması talep edilmiştir.

İEİS'den alınan bireysel muafiyet bildiriminde sunulan bilgi ve belgelerden, önaraştırmaya konu olan Karar'ın, İEİS Yönetim Kurulu'nun 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı Yönetim Kurulu Kararı olduğu anlaşılmıştır. Bildirimin ekinde sunulan Karar, aynen aşağıdaki gibidir:

“ ...

PROMOSYON

Promosyon etkinliklerinde mutlak surette etik kurallara uyulmasının sağlanması. Bunun için de;

- *Satış hacmine bağlı olarak Eczanelere, Ecza Depolarına ayrıca Ecza Depoları kanalıyla eczanelere hediye verilmemesi veya etik olmayan başka bir işlemde bulunulmaması,*
- *Firmalar tarafından ilacın tanıtımı amacıyla dağıtılan hatırlatıcı tanıtım malzemelerinin tıbbi ve mesleki kullanımına ve ahlaki değerlere uygun olması ve parasal değerlerinin mütevazı sınırlar içinde kalması,*
- *Yurtiçi ve yurtdışı bilimsel kongre ve tanıtım gezilerinin mutlaka bilimsel ve eğitsel bir programa bağlı olarak gerçekleştirilmesi ve bu geziler sırasında konukseverliğin ölçüsünün aşılmamasına ve etik kuralların dışına çıkılmamasına azami özen gösterilmesi,*
- *Bilimsel kongrelerde eşlerin masraflarının karşılanmaması,*

VADELER

- *Normal satışlarda vadelerin en fazla 90 gün, kampanya döneminde ise azami 120 günü geçmemesi,*

MAL FAZLASI

- *Mal fazlasının ürün bazında %10'u aşmaması,*

İSKONTO

- *Yıl sonunda performans bazında verilen ciro iskontosu (veya ciro primi) ile birlikte toplam iskontonun (peşin iskonto dahil) %10'u aşmaması,*

YENİ FİYATLARIN UYGULANMASI

- *Fiyat alındıktan sonra en fazla 30 gün içinde yeni fiyatlarla satışa geçilmesi,*

İHALELER

• Firmaların ihaleye verdikleri ilaçların ambalajları üzerinde "İhale malıdır-satılamaz" ibaresini koymaları,

YAPTIRIMLAR

Yukarıda uygulanması gereken koşulların tümünün başarısı sadece ilaç sektörünün sorunu olarak görülmeyip bu koşulların hayata geçirilmesi ilaç sektörü, depo, eczane ve hekim camiasının birlikte hareket etmesiyle mümkündür. Bu nedenle bu ilkeye aykırı hareket eden firmalarla ve diğer kesimlerle ilgili olarak;

- Sendika üyeliğinden ihraç,
- Fiyat verilmemesi gibi yaptırımlar uygulanması amacıyla Sağlık Bakanlığına bildirme,
- Diğer ilgili devlet kurum ve kuruluşlarına, yabancı orjinli firmaların merkezlerine bildirme,
- EFPIA, IFPMA, AESGP gibi kuruluşlara ve Scrip, Market Letter gibi yabancı yayın organlarına duyurma,
- Basın yoluyla kamuoyuna açıklama,
- Rekabet Kurulu Başkanlığına bildirme,
- Yukarıda öngörülen şartlara uygun çalışmayan ve firmaların mutabakatı dışında kampanyalar ve satış koşulları düzenleyen dağıtım kanallarıyla çalışılmaması."

- Rekabet Kurulu'nun 01.04.1998 tarihli Kararı uyarınca yapılan önaraştırma sırasında; 102 sayılı Karar ile büyük ölçüde benzer, ancak bu Karar'dan bazı noktalarda farklılaşan ve İEİS, TİSD ve YİSD yönetim kurulu başkanlarının imzaladığı "Protokol" başlıklı başka bir metin tespit edilmiştir. "Protokol" başlıklı metnin 102 sayılı Karar'dan farklı olarak içerdiği sınırlamalar aşağıdaki gibidir:

"MAL FAZLASI

• Mal fazlasının uygulamasının kaldırılması eğer bu yapılamıyor ise mal fazlasının ürün bazında %10'u totalde %5'i aşmaması."

"KLİNİK ARAŞTIRMA BENZERİ ARAŞTIRMALAR

• Hastane ve sağlık ocaklarında çalışan hekimlerle anlaşma yapılarak ilaç araştırmaları hakkında yönetmelik ve İyi Klinik Uygulamaları (İKU) Klavuzu hükümlerine aykırı olarak ilaçların reçeteye yazımını arttırmaya yönelik, pazarlama sonrası izleme araştırmalarına benzer çalışmaların yaptırılmaması."

"SOSYAL SİGORTALAR KURUMU

• Farmasötik Eşdeğer İlaçlarda üretimi olan ve pazarda mevcut ürünlerin tasdikli güncel en düşük fiyatından daha ucuz satılamaz."

"İHALELER

• Sosyal Sigortalar Kurumu için yukarıda öngörülen koşullarda ve ambalajının üzerinde 'ihale malıdır satılamaz' ibaresinin yer alması şartıyla ihalelere mal satılması."

- 18.06.1998 tarih ve 70 sayılı toplantıda, Rekabet Kurulu; 08.06.1998 tarih ve D1/2/M.Ö.-98/8 sayılı Öneri Raporu'nu değerlendirerek,

i. 102 sayılı Karar ve "Protokol" başlıklı metnin Kanun'u ihlal eder nitelikte olması nedeniyle İEİS, TİSD ve YİSD hakkında soruşturma açılmasına,

ii. 102 sayılı Karar'ın aynı Kanun'un 10 uncu maddesinin ilk fıkrasında belirtilen süre içinde (1 ay) -19.01.1998 tarihine kadar- bildirilmemesi nedeniyle, İEİS'e Kanun'un 16. Maddesinin (c) bendi uyarınca üçmilyaryüz milyon TL. (1998/1 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile değişik), İEİS Yönetim Kurulu üyelerine ise Kanun'un 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrası gereğince ayrı ayrı üçyüz milyon TL. idari para cezası verilmesine,

karar vermiştir.

- Rekabet Kurulu'nun almış olduğu 18.06.1998 tarihli Karar üzerine, Kanun'un 43/2 nci maddesi uyarınca taraflara bildirimler yapılmış (02.07.1998 tarihinde); İEİS'den Kurum kayıtlarına 31.07.1998 tarihle giren, TİSD ve YİSD'den ise 03.08.1998 tarihli ilk yazılı savunmaları alınmıştır.

- Kurul'un 10.12.1998 tarih ve 94 sayılı toplantısında; yürütülmekte olan soruşturmanın 18.12.1998 tarihinde sona eren süresinin, 4054 sayılı Kanun'un 43/1 inci maddesi çerçevesinde 6 ay uzatılmasına karar verilmiştir.

- Soruşturmanın sonunda hazırlanan, Soruşturma Heyeti'nin tespit ve değerlendirmelerinden oluşan SR/99-4 sayı ve 16.06.1999 tarihli Soruşturma Raporu'nda; İEİS Yönetim Kurulu'nun 102 sayılı Kararı, sağlayıcıların satış koşullarının birlikte belirlenmesi yönüyle 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında, ecza depolarının satış koşullarına sınırlamalar getirilmesi ve sınırlamalar çerçevesinde satışta bulunmayan depolara "mal vermeme" yaptırımının öngörülmesi yönüyle ise aynı Kanun'un 6 ncı maddesine aykırı olarak değerlendirilmiştir. Rapor'da ayrıca; başta İEİS Yönetim Kurulu kararları olmak üzere, pazardaki teşebbüs ve teşebbüs birlikleri yetkilileriyle yapılan görüşmelerin tutanakları, Karar'ın oluşturulma sürecinde yapılan toplantıların tutanakları, firmaların satış faturaları ve ecza depolarının satış listeleri 102 sayılı Karar'ın uygulandığını gösteren deliller olarak sunulmuştur. Rapor'da; TİSD ve YİSD üyesi firmaların ekonomik çıkarlarını ve iradelerini yansıtmayan, bu firmalar tarafından yaşama geçirilmemiş "Protokol" başlıklı metinden dolayı TİSD ve YİSD'in sorumlu tutulamayacağı ortaya konulmuştur.

Soruşturma Raporu'nda;

i. 102 sayılı Karar'ın Kanun'un 4 ve 6 ncı maddelerine aykırı olduğu,

ii. 102 sayılı Karar için Kanun'un 5 inci maddesinde sayılan koşulların varlığının söz konusu olmaması nedeniyle, Karar'a muafiyet verilemeyeceği,

iii. 102 sayılı Karar'ın 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6 ncı maddelerine aykırı olması nedeniyle İEİS'e ve/veya bu teşebbüs birliğinin üyelerine 16 ncı maddenin ikinci fıkrası uyarınca para cezası verilmesi gerektiği,

- iv. Ceza miktarının takdirinde Karar'ın kısa süre uygulanması ve uygulamaya tüm üyelerin katılmaması gibi unsurların göz önünde bulundurulması gerektiği,
v. TİSD ve YİSD hakkında yürütülen soruşturmaya son verilmesi gerektiği,

sonucuna ulaşılmıştır.

- Soruşturma Raporu'nun 18.06.1999 tarihinde taraflara ve Kurul üyelerine tebliğ edilmesi üzerine; Kurum kayıtlarına sırasıyla 15.07.1999 tarih, 2276 sayı ve 17.08.1999 tarih, 2655 sayıyla giren ikinci yazılı savunmalar YİSD ve İEİS'den alınmış, TİSD ise ikinci yazılı savunma göndermemiştir. İEİS'in ikinci yazılı savunması; söz konusu teşebbüs birliğinin talebinin, Rekabet Kurulu'nun 06.07.1999 tarih ve 99-33 sayılı toplantısında uygun görülmesi üzerine, 4054 sayılı Kanun'un 45/2 nci madde uyarınca verilen ek süre içinde yapılmıştır.

- Soruşturma Heyeti, Kanun'un 45/2 nci maddesi uyarınca, ikinci yazılı savunmalara karşı 01.09.1999 tarihli yazılı Ek Görüş hazırlamıştır. TİSD'den ikinci yazılı savunma alınmaması ve YİSD'in yazılı savunmasında, Soruşturma Raporu'nda kendisiyle ilgili yer verilen değerlendirmelere YİSD'in de katıldığına görülmesi ve yeni iddialar ileri sürülmemesi nedeniyle, Ek Görüş Kurul üyeleri ile taraflardan yalnızca İEİS'e 01.09.1999 tarihinde gönderilmiştir.

- Rekabet Kurulu'nun 21.09.1999 tarih ve 99-43 sayılı toplantısında; İEİS'in talebi uygun bulunarak, anılan teşebbüs birliğinin son yazılı savunmasının bildirilmesine ilişkin 30 gün ek süre verilmiştir. Haklarında soruşturma açılan teşebbüs birliklerinden yalnızca İEİS son yazılı savunmasını göndermiş ve bu savunma 03.11.1999 tarih, 3585 sayıyla Kurum kayıtlarına girmiştir.

- Rekabet Kurulu'nun 24.11.1999 tarih ve 99-54 sayılı toplantısında; Kanun'un 46 ncı maddesi uyarınca, konuyla ilgili olarak sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri 26.11.1999 tarihinde Kanun'un 46/2 nci maddesi gereğince ilgililere gönderilmiştir.

- 29.12.1999 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısında, taraflardan İEİS ve YİSD savunmalarını yapmış, konuyla ilgili diğer kişiler dinlenmiştir.

- 12.01.2000 tarihinde alınan nihai karar, 13.01.2000 tarihinde tarafların yüzlerine okunmak suretiyle tefhim edilmiştir.

2. İLAÇ PAZARI

İlaç pazarı, ilacın insan sağlığıyla doğrudan ilgili bir ürün olması nedeniyle, diğer pazarlardan birçok noktada farklıdır. Mevzuat hükümleri çerçevesinde Sağlık Bakanlığı'nın gerçekleştirdiği denetim, talebin oluşumu ve pazara giriş engellerinin yüksekliği gibi hususlar, ilaç pazarının diğer pazarlardan farklı yönlerini oluşturmaktadır. Buna bağlı olarak, ilaç pazarının değişik seviyelerindeki rekabet, yalnızca pazar koşulları çerçevesinde değil, başta mevzuatın getirdiği sınırlamalar olmak üzere diğer faktörlerin de etkisiyle oluşmaktadır.

Mevzuatta, ilacın üretiminden perakende satışına kadar olan sürecin çeşitli aşamalarına yönelik bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar, Sağlık Bakanlığı'nın denetimi ile yaşama geçirilmektedir. Satışa sunulacak yeni ilaçlar için Bakanlık'tan ruhsat alınması zorunluluğu ve üretim sırasında uyulması gereken bazı kuralların varlığı, ilacın kalitesinin ve tedavi edici özelliklerinin kontrolünün başlıca araçlarıdır. Diğer yandan, doktorlara ve eczacılara yapılan tanıtımlarda uyulması gereken -ilaç tanıtımının topluma yönelik ortamlarda yapılamaması ve tanıtım sırasında hediye verilememesi gibi- bazı etik kurallar bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, mal sağlayıcı (üretici ve ithalatçı) firmalara, tanıtım giderlerinin yıllık net satış hasılatının %3'ünü geçemeyeceği sınırlaması getirilmiştir. İlaç mevzuatında ayrıca; mal sağlayıcıları, ecza depoları ve eczaneler için azami kar hadleri belirlenmiştir. Azami kar hadleri kullanılarak hesaplanan ve Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanan tavan fiyatların üstünde fiyatlarla satış yapılması mümkün değildir.

İlaç pazarını farklı kılan hususlardan bir diğeri de, ürün tercihinin tüketici tarafından değil doktor tarafından yapılmasıdır. İlaç satışlarının oldukça büyük bir kısmı doktor tarafından düzenlenen resmi ve özel reçetelerle gerçekleşirken, eczacı önerisi ve tüketici tercihiyle yapılan alımlar toplam satışların önemsiz bir kısmını oluşturmaktadır. Bu nedenle, doktorun yazacağı reçetede ilacın yer alması, satış üzerinde büyük ölçüde belirleyicidir. Eczane sahibi eczacıların resmi reçetede yazılı olan ilaç yerine ucuz eşdeğerini verme yetkisinin bulunmasına karşın, bu yetkinin nadiren kullanıldığı bilinmektedir. Bu çerçevede, doktorlara yönelik tanıtım etkinlikleri satışlar açısından büyük önem taşımaktadır.

İlaç pazarında araştırma geliştirme (AR-GE) etkinlikleri, oldukça yüksek maliyetli, uzun ve riskli bir süreci ifade etmektedir. Bir molekülün keşfedilip nihai ürüne dönüştürülerek pazara sunulması, 10 yılı aşan bir sürede ve ortalama 300 milyon dolarlık bir maliyetle mümkün olabilmektedir. Denenen molekülün nihai ürüne dönüştürülemez olma olasılığı hayli yüksektir. AR-GE etkinliklerinin yüksek maliyetli oluşu dünya çapında büyük birleşmelerin olmasının önde gelen nedenlerinden olup uluslararası dev ilaç firmaları bütçelerinin önemli kısımlarını AR-GE harcamalarına ayırmaktadır.

İlaçta patente ilişkin yasal düzenlemelerin getirilmesi, yeni ilaçların bulunması ve mevcut ilaçların geliştirilmesini ifade eden AR-GE etkinliklerinin önemini artırmıştır. Etkinliklerini ağırlıklı olarak orijinal ilaçların kopyalanıp eşdeğerlerinin üretilmesiyle sürdüren yerli firmaların pazardaki ağırlığını yitirmesinin nedenlerinden biri, yerli firmaların AR-GE etkinliklerinin mevcut ilaçların geliştirilmesiyle sınırlı olmasına karşın yabancı firmaların, ana teşebbüslerince keşfedilen ilaçları satışa sunmasıdır. Ayrıca, AR-GE etkinliklerinin patent uygulamasına geçişle artan önemi ve yüksek maliyetli oluşu, pazarın sağlayıcı seviyesine giriş engellerindedir.

İlaç mevzuatı, beşeri ilaç pazarında yaşanan rekabetin sınırlarını çizmektedir. Sağlayıcı firmalar arasındaki rekabet mevzuatın serbest bıraktığı alanda gerçekleşmektedir. İlaç mevzuatında firmaların bağımsızca karar almasını kısıtlayan düzenlemeler bulunmakla birlikte, sağlayıcı teşebbüsler arasında yoğun rekabet

yaşanmakta ve bu rekabet çerçevesinde özellikle yerli firmaların geniş satış koşulları uyguladığı ve çoğunlukla yabancı firmalardan oluşan büyük firmaların tanıtım etkinliklerine ağırlık verdiği bilinmektedir. Ecza deposu seviyesinde de, çok sayıda firma bulunması nedeniyle, özellikle eczanelere sunulan satış koşulları noktasında yoğun rekabet yaşanmaktadır.

İlaç pazarı malın sağlandığı, toptan dağıtımının yapıldığı ve perakende satışının gerçekleştirildiği seviyelerden oluşmaktadır. Malın sağlandığı seviyede, üretici ve ithalatçı firmalar bulunmaktadır. Bazı üretici firmalar, satışa sundukları ürünlerin bir kısmını ithal etmektedir. Etkinlikleri ithalatla sınırlı olan firmaların çoğu yabancı firmalardır ve bunlar ürünlerini yurt dışındaki ana firmalarından almaktadır. İthalatçı yerli firmaların sayısı oldukça sınırlı olup yabancı firmaların ülkemize satış teşkilatıyla ithalatçı olarak gelmesiyle, bunların sayısı ve pazardaki gücü iyice azalmıştır. Genellikle büyük ölçekli olmayan işletmelerden oluşan yerli firmalar, çoğunlukla orijinal ilaçların eşdeğerlerini üretmektedir.

Mal sağlayıcılarının oluşturduğu başlıca üç birlik bulunmaktadır. Bunlardan İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası (İEİS), üyeleri arasında yabancı teşebbüsler olan tek birliktir. 4054 sayılı Kanun anlamında bir teşebbüs birliği olan İEİS'in bünyesindeki firmalar pazarın önde gelen firmalarıdır ve bunların pazar payları toplamı 1997 yılı itibarıyla yaklaşık %90'dır. Sağlayıcıların oluşturduğu diğer teşebbüs birlikleri Türkiye İlaç Sanayii Derneği (TİSD) ve Yerli İlaç Sanayicileri Derneği (YİSD)'dir. Bu derneklerin üyelerinin tamamına yakını, küçük işletmeler olan yerli ilaç firmalarıdır.

İlacın toptan dağıtımının yapıldığı seviyede ecza depoları bulunmaktadır. Ecza depolarının arasında, eczanelerin ortak olduğu ve yalnızca ortaklarına satış yapan eczacı kooperatifleri de bulunmaktadır. Eczacı kooperatiflerinin üst kuruluşu Tüm Eczacılar Üretim, Temin, Dağıtım Kooperatifleri Birliği'dir. Kooperatifler dışındaki ecza depolarının bir kısmı Ecza Depocuları Derneği'ni kurmuştur. Ecza deposu seviyesinde çok sayıda işletme olmakla birlikte, birden fazla şubesiyle ülke çapında etkinlik gösteren ve sektörde "dağıtım kanalı" olarak adlandırılan ecza depolarının dağıtımdaki ağırlığı artmakta, diğer taraftan tek şubeli yerel ecza depolarının pazardan çekilmeye başladığı görülmektedir.

İlacın perakende satışını gerçekleştiren eczanelerin sayısı şikayet tarihinde 18,000 civarındadır. 6643 sayılı "Türk Eczacıları Birliği Kanunu"nun 1 inci maddesi gereğince eczacıların kaydolmak zorunda olduğu eczacı odaları ve bu odaların bağlı olduğu Türk Eczacıları Birliği, eczanelerin birlikleridir.

3. DEĞERLENDİRME

4054 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3 üncü maddesinde, "...Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler" teşebbüs birliği sayılmaktadır. Bu bağlamda, İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası, Türkiye İlaç Sanayii Derneği ve Yerli İlaç Sanayicileri Derneği 4054 sayılı Kanun 3 üncü maddesi anlamında birer

teşebbüs birliği olup faaliyetlerinin ve aldığı kararların söz konusu Kanun'a aykırı olmaması gerekmektedir.

İEİS'in 102 sayılı Kararı ve İEİS ile diğer teşebbüs birliklerinin (TİSD ve YİSD'in) yönetim kurulu başkanlarının imzaladığı "Protokol" başlıklı metin soruşturma kapsamında incelenmiştir. Öneri ve soruşturma dönemlerinde yapılan görüşme ve incelemeler sonucunda edinilen bilgiler ışığında, soruşturmaya konu olan Karar ve Protokol'un oluşturulma ve gelişim süreci şu şekilde gerçekleşmiştir.

- Mal sağlayıcısı firmaların temsilcileri 1997 yılının sonlarına doğru Sağlık Bakanlığı'ndan yeterli fiyat alınamaması, Hükümetin 6 ay zam yapmayacağını açıklaması, ilaç firmalarının son yılları zararla kapatması gibi gerekçelerle yapılan seri toplantılar sonucunda, belirli şartlarda anlaşmaya varmış ve 1997 yılının Aralık ayında olduğu düşünülen, satış şartlarında bazı kısıtlamaların öngörüldüğü kararlar almıştır.

- İEİS Yönetim Kurulu, bu kararlarla ilgili ancak küçük farklılıklar içeren, 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı Kararı imza altına almıştır.

- İEİS, 102 sayılı Karar metnini 23.12.1997 tarihinde üyelerine göndererek, üyelerinden Karar'a uymalarını istemiştir. Bunun üzerine, bazı üyeler şartlara uyacaklarını taahhüt ederek Sendika'ya cevap yazısı göndermiştir.

- 102 sayılı Karar'la büyük ölçüde örtüşen ve altında her üç teşebbüs birliğinin yönetim kurulu başkanlarının imzalarının bulunduğu "Protokol" başlıklı bir metin hazırlanmıştır. Tam olarak bilinmemekle birlikte, Protokol'ün 102 sayılı Karar'ın alındığı 1997 yılı Aralık ayında oluşturulduğu tahmin edilmektedir. Nitekim, sağlayıcıların tamamının görüş birliğiyle alındığı ifade edilen kararlar (sınırlama ve yaptırımlar) ecza depolarının teşebbüs birlikleri olan Tüm Eczacılar Üretim Temin, Dağıtım Kooperatifleri Birliği (TEKB) ve Ecza Depocuları Derneği'nin temsilcilerine 30.12.1997 tarihinde bildirilmiş ve kararların 01.01.1998 tarihinden itibaren uygulamaya konulacağı ifade edilmiştir.

- TİSD ve YİSD'in yönetim organları, hazırlanan Protokol doğrultusunda herhangi bir karar almamış ve konuyla ilgili üyelerine tebligat yapmamıştır.

- İEİS alınan Karar'ı ecza depolarına 27.01.1998 tarihinde duyurmuştur.

- Karar'ın yürürlüğe giriş tarihi 01.01.1998 olarak belirlenmiş olmasına karşın, bir geçiş dönemi yaşanmış ve fiilen 1998 yılının Ocak ayı sonları ile Şubat ayı başlarından itibaren uygulamaya geçilmiştir. Görevi Karar'ın uygulanmasını denetlemek olan, çalışmalarını esas olarak İEİS tarafından yürütülen "Satış ve Pazarlama Uygulamaları Denetleme Komisyonu" faaliyete geçmiş ve çeşitli zamanlarda toplantılar yapmıştır.

- TEKB, 31.03.1998 tarihinde yaptığı toplantı sonucunda, "sektördeki istikrarın daha da bozulması, bazı üretici ve dağıtım kanallarının Karar'a uymayarak kendileri

açısından kısa vadeli önemli yararlar sağlamaları” gibi gerekçelerle Karar’a uyulmayacağını 13.04.1998 tarihli bir yazı ile İEİS’e bildirmiştir. Bunun ardından, eczacı kooperatiflerinin yayınladıkları satış sirküleri ile sınırlamalar dışında koşullara dönülmüş ve böylece uygulama son bulmuştur.

3.1. 102 Sayılı Karar

Soruşturmaya konu 102 sayılı İEİS Yönetim Kurulu Kararı, mal sağlayıcılarının münferiden belirlemesi gereken satış koşullarının birlikte belirlenmesine yönelik olup, aynı zamanda ecza depolarının satış koşullarına kısıtlamalar getirerek bunların bağımsızca ekonomik karar alma özgürlüğünü büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Bu sınırlamaların yaşama geçirilmesini sağlamak üzere birtakım yaptırımlar öngörülmesi -özellikle mal vermeme yaptırımı-, Karar’ın alınmasında etkili olan ortak iradenin temsil ettiği gücün belirleyiciliğine ve uygulamayla ilgili başlangıçtaki kararlılığına işaret etmektedir. 102 sayılı Karar’da öngörülen yaptırımlar ve “Promosyon” başlığı dışındaki başlıkların altındaki sınırlamalar, ilaç mevzuatında yer alan düzenlemeler doğrultusunda değildir. Kaldı ki, İEİS’in kaynağını mevzuattan alan düzenleme yetkisi bulunmamaktadır.

Bu aşamada, 102 sayılı Karar’ın başlıklar halinde ve bütün olarak rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.1.1. 102 sayılı Karar’ın 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü Maddesi Karşısında Değerlendirilmesi

4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinde; belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun’un 56 ncı maddesinde, 4 üncü maddeye aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararlarının geçersiz olduğu, bu anlaşma ve kararlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, teşebbüslerin rekabeti kısıtlama amaçlı birlikte davranışları, bu amacı taşımasalar bile ortaya çıkan ekonomik sonucun rekabeti kısıtlayıcı olması veya potansiyel rekabetin kısıtlanma ihtimalinin bulunması hukuka aykırılık açısından ayrı ayrı yeterli sayılmıştır.

İEİS Yönetim Kurulu’nun 102 sayılı Kararı’nda, mal sağlayıcılarının ve ecza depolarının satış koşullarına sınırlamalar getirilmiş ve mal sağlayıcıları tarafından belirlenen sınırlamaların yaşama geçirilebilmesi için birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Bunların arasında, Karar’la çizilen sınırların dışında satış koşulları uygulayan ecza depolarına mal verilmemesi yönündeki yaptırımın oldukça ciddi olduğu açıktır. Söz konusu yaptırımların uygulanmaması durumunda bile mal sağlayıcılarının satış koşullarına düzenlemeler getirilmesi, ecza depolarının eczanelere sunduğu satış koşulları üzerinde etkili olmaya yetecektir.

102 sayılı Karar, ilaç pazarında bulunan teşebbüslerin mevzuatın çizdiği sınırlar içinde, piyasa koşulları çerçevesinde özgürce karar vermelerini zorlaştırmakta olup getirilen sınırlama ve yaptırımlar, pazarın tüm seviyelerini ilgilendirmektedir. Bu çerçevede, rekabeti sınırlayıcı unsurlar taşıyan 102 sayılı Karar gerek amacı, gerekse yaklaşık 3 aylık uygulanması sırasında doğurduğu etkileri bakımından 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında bir teşebbüs birliği kararıdır.

102 sayılı Karar'da yer alan başlıklar aşağıda ayrı ayrı değerlendirilmiştir:

"PROMOSYON"

Promosyon etkinliklerinde mutlak suretle etik kurallara uyulmasının sağlanması. Bunun için de;

• *Satış hacmine bağlı olarak Eczanelere, Ecza Depolarına ayrıca Ecza Depoları kanalıyla eczanelere hediye verilmemesi veya etik olmayan başka bir işlemde bulunulmaması,*

...

Reçeteli ilaçlarda ürün tercihinin tüketici tarafından yapılmadığı ilaç pazarında, doktor ve eczacılara yönelik gerçekleştirilen tanıtım, satışlar üzerinde büyük etkiye sahiptir. Bu yönüyle, tanıtım etkinliklerine yönelik söz konusu sınırlamanın, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin (a) bendindeki, "...her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi." şeklindeki örnek çerçevesinde anılan maddeye aykırı olduğunu söylemek ilk bakışta mümkündür.

Diğer taraftan, insan sağlığıyla doğrudan ilgili bir ürün olan ilacın, ancak tıp ve eczacılık alanlarında yeterli bilgi birikimine sahip kişilerce seçilmesinin gerekliliği ve talebin tüketici tercihlerine bağlı olarak piyasada oluşmasının yaratabileceği sorunlar, tanıtım etkinliklerine birtakım sınırlamalar getirilmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Bu sınırlamalardan biri, Sağlık Bakanlığı'nın 07.09.1990 tarih ve 20628 sayılı "Beşeri İspençiyari Tıbbi Müstahzarların Tıbbi Tanıtım Yönetmeliği"nin 27 nci maddesindeki, "Ecza depoları, eczanelere satışlarında, satışlarını arttırmak amacı ile, hediye ve benzeri namı altında hiçbir vaatte bulunamaz." şeklindeki hükümle belirlenmiştir. Sağlık Bakanlığı uygulamalarından, satışlarda hediye verilmemesi sınırlamasının mal sağlayıcıları için de geçerli olduğu anlaşılmıştır.

Hediye verilerek satış yapılması veya ilaç mevzuatına ve Sağlık Bakanlığı uygulamalarına aykırı diğer şekillerde tanıtım etkinliklerinde bulunulması, ilaç pazarında yaşanan rekabetin istenmeyen boyutlara taşmasına yol açacak ve 4054 sayılı Kanun'da öngörüldüğü gibi sağlıklı rekabet ortamı oluşmayacaktır. Bu bakımdan söz konusu sınırlama 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmemiştir.

102 sayılı Karar'ın "Promosyon" bölümünde yer alan diğer hususlar, 4054 sayılı Kanun'a aykırı değildir.

“VADELER

- *Normal satışlarda vadelerin en fazla 90 gün, kampanya döneminde ise azami 120 günü geçmemesi.”*

Mal sağlayıcılarının ve ecza depolarının ilaç satışlarında uygulayacakları vadeler konusunda getirilen sınırlama, ilaç pazarının sağlayıcı ve toptan satış seviyelerindeki rekabeti kısıtlamaktadır. Söz konusu sınırlama; sağlayıcı seviyesindeki etkisi yönünden 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinde sayılan yasak hallerden, (a) bendinde yer alan “...her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi.”, ecza depoları seviyesindeki etkisi yönünden ise aynı maddenin (f) bendindeki “...arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi.” şeklindeki hallere örnek oluşturmaktadır.

İlaç satışlarında uygulanan vadelere ilişkin, ilaç mevzuatında herhangi bir kısıtlayıcı düzenleme getirilmediği gibi, uygulamada Sağlık Bakanlığı’nın denetimi de söz konusu değildir.

“MAL FAZLASI

- *Mal fazlasının ürün bazında %10’u aşmaması.”*

Mal sağlayıcılarının ecza depolarına, ecza depolarının ise eczanelere sunduğu mal fazlası uygulamasına kısıtlama getiren bu başlık, Kanun’un 4 üncü maddesinde sayılan yasaklı haller kapsamındadır.

Sağlık Bakanlığı’nın "İlaç Fiyatları Hakkında Tebliğ"inin “Tanımlar” başlığını taşıyan 1 inci maddesinin (c) bendi, “iskonto ve indirimler; ilaç imalatçıları ve ithalatçılarınca yapılacak her türlü harç ve mal iskontoları ile bedelsiz (mal fazlası) olarak verilecek ilaçlar ve her ne adla olursa olsun yapılacak diğer iskonto ve indirimleri ifade eder.” şeklindedir. Buna göre, mal fazlası iskonto ve indirimlerden sayılmaktadır. Diğer yandan, aynı Tebliğ’in 4 üncü maddesinde, “İskonto oranları: Karlılık hesabında brüt satış hasılatlarının azami % 10’una kadar olan iskontolar dikkate alınır.” hükmü yer almaktadır. Tebliğ’de; %10’un üzerinde yapılan iskonto ve indirimlerin mali tablolara yansıtılarak karlılıkların düşük çıkması önlenmek istenmektedir. İşletmelerin, mal fazlasının da dahil olduğu iskonto ve indirimleri, karlılık hesaplarına yansıtılmaksızın, brüt satış hasılatının %10’unun üzerinde yapmalarının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. İşletmeler bu oranın üzerindeki iskontoları kendi gelirlerinden ödün vererek karşılayabilmektedir. Bu çerçevede, mal fazlasıyla ilgili sınırlamanın ilaç mevzuatı düzenlemeleri doğrultusunda olduğunu söylemek mümkün değildir.

“İSKONTO

- *Yıl sonunda performans bazında verilen ciro iskontosu (veya ciro primi) ile birlikte toplam iskontonun (peşin iskonto dahil) %10’u aşmaması.”*

Bu kısıtlama da, mal sağlayıcıları ile ecza depolarının satışlarına yönelik getirilmiştir. Sağlayıcılar bakımından değerlendirildiğinde, yatay seviyedeki rekabetin engellenmesi sonucunu doğuran, Kanun'un 4 üncü maddesinin (a) bendinde sayılan "...fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi." şeklindeki örneğe uygunluk gösteren kısıtlama, ecza depoları yönünden, aynı maddenin (f) bendinde yer bulmaktadır.

Mal fazlasına ilişkin başlıkla ilgili yapılan değerlendirmeler, bu sınırlama için de geçerlidir. İşletmeler %10'un üzerinde iskonto yapabilmekte, ancak %10'u aşan kısım karlılık hesabında dikkate alınmamaktadır.

"YENİ FİYATLARIN UYGULANMASI"

- *Fiyat alındıktan sonra en fazla 30 gün içinde yeni fiyatlarla satışa geçilmesi."*

"Türkiye'de İmal Edilen Tıbbi ve İspençiyari Müstahzarlarla Galenik Preparatlar ve Kodeks Ampullerinin Fiyatlarına Dair Karar"da; ilaç üreticilerinin yıllık karının, firmanın yıllık satış gelirinin %15'ini, münferit ilaçlar için ise yıllık satış tutarının %20'sini aşamayacağı ve ithalatçı satış fiyatının ithalat maliyetine azami %14 kar ilave edilerek bulunacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca aynı Karar'da, ecza deposu satış fiyatının üretici/ithalatçı satış fiyatına azami %9, eczane satış fiyatının ise depocu satış fiyatına azami %25 kar haddi eklenerek bulunacağı belirtilmiştir. Diğer yandan, "Maliye Bakanlığı, Türk Eczacıları Birliği, İlaç Sanayi ve Ecza Depoları Temsilcilerinin de Hazır Bulunduğu Toplantıda, Sürşarja Dair Müştereken Alınan Kararla İlgili Tebliğ"e göre; Sağlık Bakanlığı'nca ilaç fiyatlarının ayarlanması sonucu ortaya çıkan fiyat değişikliklerinin satış fiyatlarına yansıtılması üretici firmalar, ecza depoları ve eczaneler açısından bir zorunluluk değil, bir haktır.

Bu çerçevede, azami kar hadleriyle hesaplanan ilaç fiyatlarının tavan fiyatlar olduğu ortaya çıkmaktadır. İşletmeler tavan değerlerin altında, eski fiyatları uygulamak suretiyle karlarından ödün vererek rekabet etmekte serbesttir. Mevcut durumda, malın sağlandığı ve toptan dağıtımın yapıldığı seviyelerde etkinlik gösteren teşebbüsler arasında, özellikle ihaleler ve yeni fiyatlara geçmeme noktalarında fiyat rekabeti yaşanmaktadır.

Sürşarj uygulamasına yönelik olarak getirilmiş sınırlamada, yeni fiyatlara 30 gün içinde geçilmesi sağlanarak, ilaç pazarında yaşanan fiyat rekabetinin engellenmesi amacı taşınmaktadır. Hem mal sağlayıcıları hem de ecza depolarına yönelik olan bu sınırlama, 4 üncü maddeye aykırılık oluşturmaktadır.

"İHALELER"

- *Firmaların ihaleye verdikleri ilaçların ambalajları üzerinde "ihale malıdır-satılmaz" ibaresini koymaları."*

Devlet ve üniversite hastaneleri ilacı toplu miktarlarda ve genellikle ihalelerle almaktadır. İhalelere mal sağlayıcıları doğrudan veya ecza depoları aracılığıyla

katılmaktadır. İhale ile ilaç alan hastaneler, bu ilaçları ya kendi bünyesindeki eczanelerde satmakta ya da tedavi amaçlı kullanmakta olup, eczanelere ilaç satmamaktadır. Böylece, devlet ve üniversite hastanelerinin yeniden satıcı konumunda olmadığı, “İhaleler” başlığı altındaki sınırlamayla yeniden satış koşullarının belirlenmesinin söz konusu olamayacağı anlaşılmaktadır.

SSK hastaneleri, toplu miktarlarda ilaç alımlarını ihale açarak değil, pazarlık usulüyle gerçekleştirmektedir. Devlet ve üniversite hastanelerinde olduğu gibi, SSK hastanelerinin aldığı ilaçların da eczanelere satımı söz konusu değildir. Ayrıca, SSK'nın ilaç alımlarına ilişkin firmalarla yapılan sözleşmelerde, firmalara ilaç ambalajlarına yukarıdaki ibareye benzer bir ifadenin konulması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bağlamda, “İhaleler” başlığı altındaki hususun, SSK açısından da sınırlayıcı olmadığı görülmektedir.

“İhaleler” başlığı altındaki sınırlama ile, ecza depolarının sağlayıcılardan ihalelere yönelik daha ucuza aldığı ilaçları eczanelere satmasının önlenmeye çalışıldığını, dolayısıyla depoların yeniden satış koşullarına müdahale edildiğini söylemek ilk bakışta mümkündür. Ancak, ihale öncesinde sağlayıcı ile depo arasında yapılan anlaşmada belirlenen ve piyasa koşullarına göre daha avantajlı olan alım koşullarının yalnızca ihalenin kazanılması durumunda ve ihaleye verilecek miktarda ilaç için geçerli olması, ihaleye yönelik daha ucuza alınacak ilacın piyasaya satılmasının zaten mümkün olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla, “İhaleler” başlığı altındaki sınırlama, ecza depolarının yeniden satış koşullarının belirlenmesiyle de ilişkilendirilemeyeceğinden, 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlal sayılmamıştır.

“YAPTIRIMLAR

Yukarıda uygulanması gereken koşulların tümünün başarısı sadece ilaç sektörünün sorunu olarak görülmeyip bu koşulların hayata geçirilmesi ilaç sektörü, depo, eczane ve hekim camiasının birlikte hareket etmesiyle mümkündür. Bu nedenle bu ilkeye aykırı hareket eden firmalarla ve diğer kesimlerle ilgili olarak;

- *Sendika üyeliğinden ihraç,*
- *Fiyat verilmemesi gibi yaptırımlar uygulanması amacıyla Sağlık Bakanlığına bildirme,*
- *Diğer ilgili devlet kurum ve kuruluşlarına, yabancı orjinli firmaların merkezlerine bildirme,*
- *EFPIA, IFPMA, AESGP gibi kuruluşlara ve Scrip, Market Letter gibi yabancı yayın organlarına duyurma,*
- *Basın yoluyla kamuoyuna açıklama,*
- *Rekabet Kurulu Başkanlığına bildirme,*
- *Yukarıda öngörülen şartlara uygun çalışmayan ve firmaların mutabakatı dışında kampanyalar ve satış koşulları düzenleyen dağıtım kanallarıyla çalışılmaması,”*

Bu yaptırımlardan, “...öngörülen şartlara uygun çalışmayan ve firmaların mutabakatı dışında kampanyalar ve satış koşulları düzenleyen dağıtım kanalları ile çalışılmaması” şeklinde olanı, ecza depoları bakımından doğurabileceği sonuçlar itibarıyla, 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında sayılan

yasaklanmış hallerden “Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması...” şeklindeki (d) bendine uygunluk göstermektedir. Anılan yaptırımın yaşama geçirilmemiş olması, ihlalin oluşmadığı anlamına gelmemektedir. “Mal vermeme” yaptırımının, toptan satış seviyesindeki rekabetin kısıtlanması amaçlı ve bazı ecza depolarının pazar dışına itilmesi sonucunu doğurabilecek nitelikte olması, 4 üncü maddeye aykırı sayılması için yeterlidir. Ayrıca söz konusu yaptırım, uygulanmamakla birlikte, ecza depolarının belirli bir süre Karar’da öngörülen sınırlar çerçevesinde satış koşulları uygulamasında etkili olmuştur. Dolayısıyla, “mal vermeme” yaptırımıyla ilgili, rekabetin sınırlanması amacının yanında etkisinin de olduğu görülmektedir.

102 sayılı Karar başlıklar halinde tartışılırken yapılan açıklamalardan anlaşılmaktadır ki, getirilen sınırlamalar (“Promosyon” başlıklı sınırlama hariç) ve “mal vermeme” yaptırımı ilaç mevzuatındaki düzenlemeler doğrultusunda değildir. İlacın insan sağlığıyla doğrudan ilgili bir ürün oluşu ve beşeri ilaç pazarında tüketici yararına gerçekleşecek sağlıklı bir rekabet ortamının tanıtım etkinliklerine bazı sınırlar getirilmesiyle yaratılabilecek oluşu, “Promosyon” başlıklı sınırlamanın değerlendirilmesinde dikkate alınmıştır. Bunun yanı sıra, satışlar üzerinde büyük etkiye sahip ilaç tanıtımının mevzuatın öngördüğü sınırlar aşarak yapılması durumunda fiyatın düşmesi, ürünün reçete sahibine ulaşmasının kolaylaşması ve satış koşullarının genişlemesi gibi sonuçların rekabet araçları olmaktan çıkabileceği de göz önünde bulundurulmuştur. Böylece, ilaç mevzuatı doğrultusunda olan “Promosyon” başlıklı sınırlamanın rekabeti sınırlayıcı olmadığı görülmüştür. Diğer yandan, “İhaleler” başlıklı hususun yeniden satış koşullarının sınırlandırılması ekseninde düşünülemez görülmüştür.

“Promosyon” ve “İhaleler” başlıkları dışındaki başlıklar altındaki sınırlamalar ile “mal vermeme” yaptırımı sağlayıcı ve depo seviyelerindeki rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olup, dayanağını ilaç mevzuatından ve Sağlık Bakanlığı uygulamalarından almamaktadır.

102 sayılı Karar, İEİS üyesi işletmelerin, beşeri ilaç pazarında yaşanan rekabet nedeniyle alıcılarına sunduğu satış artırıcı unsurlara ortak bir şekilde sınırlama getirmiştir. Diğer bir deyişle, soruşturmaya konu teşebbüs birliği kararı, satış koşullarının birlikte belirlenmesi amacıyla alınmıştır. Karar’ın ecza depolarına yönelik sınırlamaları, depoların eczanelere ilaç bazında geniş satış koşulları uygulama şeklindeki finansman ve pazarlama aracını büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Mal sağlayıcılarından eskisinden daha dar koşullarla alımda bulunan ecza depolarının, bağımsız satış stratejileri çerçevesinde bazı ürünlerde geniş koşullar uygulayabilmesi, 102 sayılı Karar’ın getirdiği sınırlamalara uygun hareket etmeyen depolara mal verilmeyeceğinin duyurulmasıyla önlenmek istenmiştir. Bu bağlamda, 102 sayılı Karar’ın ecza depolarının bağımsızca ekonomik karar alma özgürlüğünü kısıtladığı açıktır.

Bu değerlendirmeler ışığında; üye firmaların satış şartlarının birlikte belirlenmesi, ecza depolarının yeniden satış koşullarına müdahalede bulunulması ve

sınırlamalara uygun hareket etmeyen ecza depolarına faaliyetlerinin zorlaştırılması, hatta bunların pazar dışına itilmesi hususlarını içeren 102 sayılı İEİS Yönetim Kurulu Kararı, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamındadır.

4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde, rekabetin sınırlandırılması sonucunu doğuran işlemlerin yanı sıra rekabeti sınırlama amaçlı veya rekabeti sınırlandırabilecek nitelikteki işlemler de yasaklanmıştır. Dolayısıyla, pazarda herhangi bir etki yaratmamakla birlikte amacı veya doğurabileceği sonuç itibarıyla bir işlemin 4 üncü madde kapsamında sayılabileceği açıktır. Bu itibarla, 102 sayılı Karar'ın uygulanmamış olması durumunda bile 4 üncü maddeye aykırılık olduğu gerçeği değişmeyecektir. Diğer bir ifadeyle, pazarda etki yaratılmış olması ihlalin varlığının değil, ağırlığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır. Kaldı ki, başlıklar halinde ve bütün olarak yapılan değerlendirmelerde 4 üncü maddeye aykırı bulunan 102 sayılı Karar'ın uygulandığını gösteren somut unsurlar söz konusudur.

3.1.2. 102 Sayılı Karar'ın Bildirilmemesi

4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında bir teşebbüs birliği kararı olan 102 sayılı Karar, İEİS Yönetim Kurulu tarafından 19.12.1997 tarihinde alınmıştır. Aynı Kanun'un 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar alındıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirilir..." hükmü gereğince, söz konusu 102 sayılı İEİS Yönetim Kurulu Kararı'nın alındığı tarih olan 19.12.1997'den itibaren 1 ay içerisinde Kurul'a bildirilmesi gerekirken, Karar 17.04.1998 tarihinde bireysel muafiyet alınması amacıyla bildirilmiştir.

Bu nedenle, Rekabet Kurulu'nun 18.06.1998 tarih ve 70 sayılı toplantısında; 102 sayılı Kararı alan ve teşebbüs birliği niteliğindeki İEİS'ye, Kanun'un "İdari Para Cezaları" başlıklı 16 ncı maddesindeki "Kurul...4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların süresi içinde bildirilmemesi halinde elli milyon lira, ...Para cezası verir." hükmü gereğince İEİS'ye 3,100,000,000 TL. (1998/1 sayılı Tebliğ ile değişik) idari para cezası verilmesine ve ayrıca aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "Tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin birinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde, bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanır." şeklindeki hüküm uyarınca, 102 sayılı Karar'ın alındığı tarihte İEİS Yönetim Kurulu üyesi olan şahıslara ayrı ayrı yukarıdaki ceza miktarının (3,100,000,000 TL.) yüzde onu oranında (310,000,000 TL.) para cezası verilmesine karar verilmiştir.

3.1.3. 102 Sayılı Karar'ın Uygulanması

İEİS'den alınan yazılı savunmaların belirli bölümlerinde iddia edilenin aksine, soruşturmaya konu 102 sayılı Karar uygulanmış ve bundan beşeri ilaç pazarının tüm seviyeleri doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmiştir. Karar'ın uygulandığını gösteren delillerin başında İEİS Yönetim Kurulu'nun 105, 106 ve 107 sayılı Kararları gelmektedir. Önaraştırma ve soruşturma dönemlerinde yapılan incelemeler sırasında

edinilen, ecza depolarının satış listeleri ve faturalarından; özellikle İEİS'nin bazı ecza depolarını Karar'a uymaları konusunda uyarması üzerine depoların satış koşullarını Şubat ayının başından itibaren 102 sayılı Karar'da belirtilen sınırlamalar doğrultusunda değiştirdiği görülmüştür. Ayrıca, ilaç pazarının değişik seviyelerinde etkinlik gösteren işletmeler ile bu işletmelerin oluşturduğu teşebbüs birliklerinin yetkilileriyle yapılan görüşmeler ve sağlayıcı firmaların faturaları üzerinde yapılan incelemeler de, Karar'ın yaşama geçirildiğini belgelemiştir.

Yapılan incelemeler sırasında; Karar'a uygun hareket etmeyen ecza depolarına karşı getirilen "mal vermeme" yaptırımının uygulandığına ilişkin herhangi bir delile rastlanılmamıştır. 01.01.1998 tarihinden İEİS'nin bazı ecza depolarına uyarı yazıları gönderdiği Şubat ayı başına kadar olan sürede, getirilen sınırlamalar dışında satış koşulları uygulayan az sayıda ecza deposuna sağlayıcılar tarafından mal verilmesinin kesildiği yönünde hiçbir somut belge veya bilgi bulunmamaktadır. Ancak, 102 sayılı Karar'ın alınmasından sonra ecza depoları seviyesindeki teşebbüs birliklerinin (Ecza Depocuları Derneği ve Tüm Eczacılar Üretim, Temin, Dağıtım Kooperatifleri Birliği'nin) yetkililerinin katıldığı toplantılarda ve bu birliklere gönderilen yazılarda, Karar aynen iletilmiş ve birlikler "mal vermeme" yaptırımı hakkında bilgi sahibi olmuştur. Buna bağlı olarak, ecza depoları, alım koşulları kötüleşen eczanelerin daha az mal almaya yönelmesiyle satışlarının düşmesine ve finansman aracı olarak kullanılan esnek satış koşulları uygulama olanağını yitirmeleri itibarıyla bağımsız karar alma özgürlükleri sınırlanmasına karşın Karar doğrultusunda hareket etmek zorunda kalmıştır.

Bu aşamada, 102 sayılı Karar'ın yaşama geçirildiğini gösteren deliller sayılacaktır.

- 12.05.1998 tarihinde, T.E.B. 3. Bölge Eczacı Odası Başkanı Mustafa Sezen, tutanağa bağlanan yazılı ifadesinde aynen, "... İskonto sınırlaması, mal fazlası sınırlaması, vade sınırlaması depoların ve eczanelerin alışageldiği çalışma düzenini ve ekonomik yapısını bozmuştur..." demiştir.

- 13.05.1998 tarihinde, EDAK SS. İzmir Eczacılar Üretim, Temin, Dağıtım Kooperatifi Yönetim Kurulu Başkanı Ecz. N.İşık Boyacıgiller, tutanağa bağlanan yazılı ifadesinde aynen, "...toplam satışımızda verdiğimiz iskontolarda azalma olduğu gibi alış iskontolarımız da büyük ölçüde azaldı...Protokol hükümlerine aşama aşama olmak kaydıyla uymak zorunda kaldık..." ifadesini kullanmıştır.

- 13.05.1998 tarihinde, Sıhhat Ecza Deposu ortaklarından Yusef VARON, tutanak altına alınan yazılı ifadesinde aynen, "...İEİS'den alınan fax yazısı ile aşırı vade, aşırı iskonto yapamayacağımız, uymadığımız takdirde bizimle çalışmayacağını bildirdiler. Biz de mecburiyet karşısında bu yaptırımlara uyduk. Anlaşmadan sonra vadeler, mal fazlası ve iskontolar standart hale getirildi..." demiştir.

- 14.05.1998 tarihinde, SS. Samsun Bölge Eczacıları Üretim, Temin, Dağıtım Kooperatifi İşletme Müdürü Ecz. M.Kaya Ergezen, tutanakla tespit edilen yazılı

ifadesinde aynen, “...üreticilerin ecza depolarına uyguladıkları satış koşullarına getirdikleri sınırlamalar büyük ölçüde devam etmektedir...” şeklinde görüş bildirmiştir.

- 15.05.1998 tarihinde, Meydan Eczanesi sahibi Ecz. Mehmet Kaynar, tutanağa bağlanan yazılı ifadesinde, “Ocak başlarından itibaren İEİS’nin talimatı doğrultusunda, ecza depoları bize karşı uyguladığı satış koşullarını değiştirdi. Örneğin, mal fazlası kaldırıldı, iskontolar sınırlandırıldı...” demiştir.

- 15.05.1998 tarihinde, Bestaş Birlik Ecza Sanayi ve Ticaret A.Ş. Genel Müdürü ve hissedarı Ecz.Vural Okman, tutanağa bağlanan yazılı ifadesinde aynen, “...Bu sınırlamalar, satışlarımızı azaltıcı etki yarattı...” demiştir.

- 20.05.1998 tarihinde, Nevzat Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş. Satış Müdürü Saner Akakçe, tutanak altına alınan yazılı ifadesinde aynen, “...Biz protokol’e uyduk. Protokol’e uymayan ecza depolarına karşı pazar payı kaybettiğimiz oldu...” ifadesini kullanmıştır.

- 27.05.1998 tarihinde, T.E.K.B. Yönetim Kurulu Başkanı Ecz. Sait Yücel, tutanağa bağlanan yazılı ifadesinde aynen, “...1998 yılı Ocak başında yaşanan ilaç sıkıntısının üzerine, Protokol’ün bize sunulduğu zamanda ürün alamayacak olmanın bizi sokacağı sıkıntısından dolayı, Protokol’e uymamız durumunda üreticilerin bizlerle çalışmayacak olması yaptırımını da göz önünde bulundurarak belli bir süre Protokol’ün gereklerini yerine getirmek ve sektörün Protokol’e tepkisini değerlendirmek için üreticilere zaman tanımak durumunda kaldık...” demiştir.

- 27.05.1998 tarihinde, AYEK Anadolu Yakası Eczacılar Kooperatifi Yönetim Kurulu Başkanı Uzm. Ecz. Ulvi Ergün, tutanak düzenlenen yazılı ifadesinde aynen, “...18.02.1998 tarihinden itibaren eczanelere yapılan satışlarda üreticilerden ekstra vadeli ve iskontolu satışlar yapılamamıştır. Bu uygulama 01.04.1998 tarihine kadar sürmüştür...” şeklinde görüş bildirmiştir.

- 28.05.1998 tarihinde, İEİS hizmetlerinden yararlanan firma konumundaki Atabay İlaç Fab. A.Ş.’nin Yönetim Kurulu Başkanı Bülent Atabay verdiği ifadede aynen, “... Herkesin uyduğu kadar biz de uyduk.... Uygulama 2-3 ay devam etti. Bu dönemde satışlarımız az da olsa olumsuz etkilendi...” demiştir.

- 28.05.1998 tarihinde, İEİS üyesi Abdi İbrahim Holding A.Ş.’nin Genel Müdürü Dr.Pharm. Yusuf Nur Kalav, tutanağa bağlanan yazılı ifadesinde aynen, “... Bizim satış koşullarımız zaten aşırı değildir. Ancak, duruma uymak için birkaç ayarlama yaptık. Gönüllü bir uygulama devam etmektedir...” sözleriyle tespitini ortaya koymuştur.

- İEİS üyesi Toprak İlaç A.Ş.’den alınan faturalar incelendiğinde, Karar’ın uygulanmasından önceki dönemlerde 180 gün vade ve %10’un üzerinde mal fazlası ile satış yapıldığı, Karar’ın uygulanmasından sonra ise belirlenen sınırlamalar çerçevesinde vadelerin 90 günün, mal fazlasının da %10’un altına çekildiği görülmüştür.

- 29.05.1998 tarihinde, İEİS üyesi Glaxo Wellcome Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı A.Muhtar Tanrıöver, tutanağa bağlanan yazılı ifadesinde aynen, "... Söz konusu Karar Nisan 1998'e kadar rakiplerimizin birçoğunun uymasıyla iyi uygulandı..." demiştir.

- 01.06.1998 tarihinde Türk Eczacılar Birliği Başkanı Ecz. Mehmet Domaç tutanak düzenlenen yazılı görüşünde aynen, "...Eczanelerin karlılıklarının, Karar'ın uygulandığı sürede %2-3 azaldığını düşünüyorum... Şubat ayında yürürlüğe girip Nisan ayında bozulan kararlar eczaneler için sona ermiştir..." ifadesini kullanmıştır.

- İEİS Yönetim Kurulu'nun 03.02.1998 tarih ve 105 sayılı Kararı'nın 3 üncü maddesinde; *"Piyasa Uygulamaları Protokolü ile ilgili son durum gözden geçirildi ve ufak bazı istisnai uygulamaların dışında genellikle sektörün protokol hükümlerine uyduğu belirlendi. Ancak uyum göstermeyen birkaç ecza deposu ile ilgili olarak kendileriyle görüşülerek (Galenos, Nevzat, Farma, İstanbul Koop. ve Ayek) 2 Şubat 1998 tarihinden itibaren kesin olarak uyum göstereceklerine dair yazılı belge alınmasına ve bu konuda üyelere duyuru yapılmasına karar verildi"* ifadesi bulunmaktadır.

- İEİS Yönetim Kurulu'nun 09.02.1998 tarih ve 106 sayılı Kararı'nın 4 üncü maddesi; *"Piyasa uygulamaları ile ilgili olarak 19.12.1997 tarihli protokol, üyelerimiz ile dağıtım kanallarımızın uyumu açısından gözden geçirildi. Gerek üyelerimizin, gerekse dağıtım kanallarının karşılıklı işbirliği içinde adı geçen protokole uydukları gözlemlendi"* şeklindedir.

- İEİS Yönetim Kurulu'nun 17.02.1998 tarih ve 107 sayılı Kararı'nın 5 inci maddesinde; *"19.12.1997 tarihli protokol ile ilgili olarak Ecza Depocuları Derneğinden Sendikamıza gönderilen 17.02.1998 tarihli yazı ve ekinde yer alan bazı Ecza Depoları ve Koop'ların satış sirküleri ve faturaları incelendi. Gerek üyelerimizin, gerekse dağıtım kanallarının karşılıklı işbirliği içinde adı geçen protokole genelde uydukları, kuralları ihlal ettiği belirlenen iki depo ile Genel Sekreter Sayın Tandoğan Tokgöz'ün telefonla görüşerek protokole uyum sağlamaları gereğini bildirmesi uygun görüldü."* ifadesi yer almıştır.

- İEİS'e bazı ecza depolarından gelen yazılarda, bu teşebbüslerin protokole uydukları ya da uymayı taahhüt ettikleri görülmüştür. Söz konusu ecza depolarının adları ve taahhüt yazılarının tarihleri aşağıda verilmiştir:

İstanbul Galenos Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş.- 04.02.1998

Nevzat Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş.- 03.02.1998

Farma Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş.- 03.02.1998

Hedef Grubu – 03.02.1998

Aras Ecza Deposu San. ve Tic. A.Ş.- 03.03.1998

- İEİS'de yapılan yerinde incelemede bulunan, İEİS tarafından oluşturulan "Satış ve Pazarlama Uygulamaları Denetleme Komisyonu"na yapılan toplantıların

tutanaklarında yer alan, 102 sayılı Karar'ın uygulandığını gösteren bölümler aşağıdaki gibidir.

- *16.03.1998 Tarihli Toplantı Tutanağı*

Ecza Depocuları Derneği Başkanı Ahmet Keleşoğlu, çoğunluğun uymaya çalıştığı Karar'a uyan ecza depolarının satışlarında düşüşler olduğuna işaret etmiştir.

İEİS Yönetim Kurulu Üyesi Faruk Yöneymen (Roche), Karar'a uyduğu için firmasının Aralık 1997'de %10.2 olan pazar payının Ocak 1998'de %8.6'ya düştüğünü ifade etmiştir.

TEKB Başkanı Sait Yücel, Karar'ın uygulanması sonucunda satışların düştüğünü ve sektörün daraldığını ifade etmiştir.

İEİS Genel Sekreteri Tandoğan Tokgöz, Karar dışında hareket edilmesinin önemsiz seviyelerde kaldığından Sendika'nın gündemine gelmediğini, uygulamaya devam etme kararının alındığını ve protokolün uygulandığını söylemiştir.

- *31.03.1998 Tarihli Toplantı Tutanağı*

TEKB Yönetim Kurulu Başkanı Sait Yücel, protokolün uygulanması ile satışlarda sıkıntılar oluştuğunu ifade etmiştir.

Bülent Eczacıbaşı (Eczacıbaşı İlaç San. ve Tic. A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı), yarım uygulanan protokolün yaptırımlarıyla tam olarak uygulanması gerektiğini savunmuştur.

- 22.10.1998 tarihinde yapılan ve tutanakla tespit edilen görüşmede, İEİS üyesi olan Roche Müstahzarları San. A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı Faruk Yöneymen, "...Alınan Kararlara uyan firmalar olmuştur, uymayan firmalar olmuştur. Örneğin, 150 gün vade uygulayan mal sağlayıcıları, vadelerini öngörülen sınırın altına çekmiş olabilirler ..." şeklinde görüş bildirmiştir.

- 23.10.1998 tarihinde, İEİS üyesi olan Novartis Ürünleri A.Ş.'nin Genel Müdürü Erman Atasoy, tutanağa bağlanan yazılı ifadesinde, "...İlaç sektöründe, kapasite fazlasından kaynaklanan yoğun bir rekabet yaşanmaktadır. Bu nedenle, alınan kararlar kısa bir süre uygulandıktan sonra firmalar eski tutumlarını sürdürmüşlerdir. ...Ecza depolarının eczanelere uyguladığı satış koşulları, üreticilerin ecza depolarına uyguladığı satış koşullarına paralel olmak durumundadır. Bundan hareketle ecza depolarının satış listelerinde aşırı ödümler olmadığı bu dönemde, üreticilerin ecza depolarına aşırı ödümler vermediği söylenebilir..." demiştir.

- 26.10.1998 tarihinde tutanak altına alınan görüşmede, İEİS üyesi olan Hoechst Marion Raussel San. ve Tic. A.Ş.'nin Satış ve Propoganda Müdürü Ecz. Tuğrul Pekin Moral, "...Bu doğrultuda çok aşırı miktarlarda taviz veren firmalar kendilerine çeki düzen verdiler. Bunu ecza depolarının eczanelere gönderdiği satış

listelerinden gözlemedik. Ecza depolarının üreticilerinden aldıkları satış koşullarının dışında satış koşulları sunmaları söz konusu oluyor. Ancak bu istisnadır. Sektörün kendine çeki düzen vermesi anlamında bazı firmaların kendini (satış koşullarını) disipline etmesi 1-1,5 ay süresince olmuştur..." ifadesini kullanmıştır.

- 02.11.1998 tarihinde, İEİS üyesi olan Fako İlaçları A.Ş.'nin Genel Müdür Yardımcısı M.Tunç Turgut, tutanakla belirlenen yazılı ifadesinde, "...102 sayılı Karar'ın öngördüğü sınırların üzerinde koşullar uygulayan diğer firmalar ise, satış koşullarını 1998'in başında bir ölçüde geri çektiler ve bu durum ecza depolarına ve eczanelere yansımış oldu. Alınan tavsiye kararına, İEİS üyeleri ve ecza depoları günün ekonomik koşulları çerçevesinde, uygun hareket etmişlerdir..." demiştir.

- Fako İlaçları A.Ş.'nin faturaları üzerinde yapılan inceleme sonucunda, söz konusu firmanın satış koşullarında 1998 yılı başlarında oluşan bir daralma tespit edilmiştir. Fako İlaçları A.Ş.'nin 1997 yılı Ekim, Kasım ve Aralık aylarına ait olan faturalarda; mal fazlasının zaman zaman %20'ye, vadenin ise 5 aya ulaştığı görülmüştür. 1998 yılı başlarına ait faturalardan ise; vadelerin 120 gün ile sınırlı kaldığı, %15-20 seviyelerinde olan mal fazlası uygulamasının ise oldukça azaldığı anlaşılmıştır. Sonuç olarak, 102 sayılı Karar'ın yürürlüğe giriş tarihiyle (01.01.1998) birlikte, Fako İlaçları A.Ş.'nin satış koşulları, büyük ölçüde Karar'ın öngördüğü sınırlar içinde gerçekleşmiştir.

- 02.11.1998 tarihinde yapılan ve tutanağa bağlanan görüşmede, İEİS üyesi Bilim İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nin Yönetim Kurulu Üyesi ve Murahhas Azası Adil Karaağaç, "...Alınan Kararlara uyanlar oldu, uymayanlar oldu. 1998 yılının ilk 3-4 ayında ecza depolarının satış koşullarında bir daralma yaptığı yönünde duyumlar aldık. Belki de bu daralmada 102 Karar'ın etkisi olmuştur..." ifadesini kullanmıştır.

- Bilim İlaç San. ve Tic. A.Ş.'ye ait 1997 yılı Aralık ve 1998 yılı Ocak, Şubat ve Mart aylarına ilişkin faturaları incelendiğinde; 1998 yılı başlarında, iskonto ve mal fazlası oranlarında fazla değişiklik yapılmadığı, ancak 1997 yılında 6-7 aya varan vadeli satışların 1998 yılının ilk üç ayında geriye çekildiği ve 102 sayılı Karar'da öngörüldüğü şekilde en fazla 4 ay vade verildiği gözlenmiştir.

- 03.11.1998 tarihinde, İEİS'nin üyesi Eczacıbaşı İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nin bünyesinde bulunduğu Eczacıbaşı İlaç Grubu'nun Koordinatörü Oktay Tulpar ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. Genel Müdürü Bilgehen İleri, tutanağa bağlanan yazılı ifadelerinde aynen; "...Bu kararın öngördüğü koşullara tamamen uyulduğunu düşünmemekle beraber göstermelik olarak uyulmuştur" demiştir.

- Eczacıbaşı firmasının 1997 yılı Kasım, Aralık ve 1998 yılı Ocak, Şubat, Mart aylarına ait faturaları üzerinde yapılan incelenmede; 1997 yılının sonlarında 120 günü aşan (genellikle 5 ay) şekilde uygulanan vadelerin, 1998 yılının ilk üç ayında 120 günün altına çekildiği görülmüştür.

- 03.11.1998 tarihinde yapılan ve tutanak altına alınan görüşmede, İEİS üyesi Bayer Türk Kimya San. Ltd. Şti.'nin Sağlık Ürünleri Bölümü Başkanı Bülent Becan,

"...Mal sağlayıcılarının satış koşulları ecza depolarının satış koşulları üzerinde genellikle belirleyicidir. 1998 yılı başlarında, ecza depolarının satış listelerindeki koşulların daha sınırlı gerçekleştiği görülmüştür. Bu çerçevede, firmalar genel olarak Protokol'den sonra, satış koşullarında kısıtlamaya gitmişlerdir. Örneğin, 150-180 gün vadeler veren firmalar vadelerini 120 güne çekmişlerdir. Protokol'e bir süre uyulduktan sonra, Nisan ayında fiyat alınmasıyla bu uygulama sona ermiştir. Bu tarihten sonra, eski satış koşullarını sürdüren firmalar olmuştur; ancak genelde Protokol öncesine göre, satış koşulları bir ölçüde disiplin altına alınmıştır..." ifadesini kullanmıştır.

- 04.11.1998 tarihinde, İEİS üyesi Sanovel İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nin bağlantılı teşebbüsü konumunda bulunan Galenos Ecza Deposu San. ve Tic. A.Ş. Genel Müdürü Zafer Toksöz, tutanağa bağlanan yazılı ifadesinde, *"...Biz de bu Karar'ın alınmasından itibaren aynen uyduk... Biz bir süre daha Karar'ın öngördüğü sınırlar dahilinde satış yapmakla birlikte, diğer ecza depolarının Karar'a uymaması dolayısıyla rekabette geri kalmamak için biz de bozduk..."* demiştir.

- Galenos Ecza Deposu'nda yapılan yerinde inceleme sırasında firmanın 1997 yılı Kasım ve Aralık ile 1998 yılı Ocak, Şubat ve Mart aylarına ait faturaları incelenmiş ve özellikle 1998 yılı Şubat ayından itibaren, verilen ifadeye uygun olarak satış koşullarında bir daralma gözlenmiştir.

- 05.11.1998 tarihinde, İEİS üyesi Liba Laboratuvarları A.Ş.'nin Yönetim Kurulu Üyesi ve Genel Müdür Yardımcısı Celal Belek, tutanak düzenlenen görüşmede, *"...Bu Karar'a kısa süreli uyum gösterilse de, karar uzun vadede yürümemiştir... 1998 yılının başında, ecza depolarının satış listelerindeki satış koşullarının gerilemesi, söz konusu Karar'a bağlı olarak gerçekleşmiş olabilir."* ifadesini kullanmıştır.

- 06.11.1998 tarihinde, İEİS üyesi Pfizer İlaçları A.Ş.'nin Genel Müdürü Alev Sonat, tutanak altına alınan ifadesinde aynen, *"...Bildiğim kadarıyla 102 sayılı Karar çerçevesinde satış koşullarına sınırlamalar getiren firmalar olmuştur... 1998 yılı başında (Nisan ayına kadar), ecza depolarının satış listelerine yansıyan satış koşullarındaki sınırlama, alınmış Karar'a bağlı olarak gerçekleşmiş olabilir..."* şeklinde görüş bildirmiştir.

- İEİS üyesi Bristol Myers Squibb İlaçları Inc. firmasının faturaları üzerinde yapılan incelemede; 1997 yılının Kasım, Aralık aylarında ecza deposu ve SSK satışlarında zaman zaman %10'un üzerinde iskonto, 120 günün üzerinde vade uygulandığı, 1998 yılının ilk üç ayında ise SSK'ya zaman zaman %10'dan fazla iskonto verilmesinin sürdürüldüğü, ancak ecza depolarına yapılan satışların 102 sayılı Karar'da öngörülen sınırlar çerçevesinde gerçekleştiği görülmüştür.

- 12.11.1998 tarihinde, Farma Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş. Genel Müdür Yardımcısı Abdullah Boztürk, tutanağa bağlanan yazılı ifadesinde aynen, *"... Karar bir süre -özellikle 1998 yılının ilk üç ayında en katı şekilde- uygulandıktan sonra gevşemiştir... Karar'ın uygulandığı dönemde bizim satış koşullarımız da geriledi."*

Satış listelerimizi bu doğrultuda değiştirmek durumunda kaldık. Alınan kararlarla birlikte hem küçük ölçekli hem de büyük ölçekli depoların alış koşulları kötüleşmiştir...” demiştir.

- Farma Ecza Deposu'nda yapılan yerinde incelemede, firmanın 1997 yılı Kasım ve Aralık ile 1998 yılı Ocak, Şubat ve Mart aylarına ait faturaları incelenmiş, Karar'dan önce uygulanan nispeten esnek satış koşullarının 1998 yılı Ocak ayından itibaren daraldığı ve özellikle Şubat ayından sonra çok büyük ölçüde Karar'la öngörülen sınırlar dahiline çekildiği belirlenmiştir.

- 12.11.1998 tarihinde yapılan ve tutanak düzenlenen görüşmede, Ankara Hedef Ecza Deposu Ticaret Anonim Şirketi Genel Müdürü Necat Sancak, *“...Bu yıl da önceki yıllarda olduğu gibi satış koşullarında gerilemeler yaşanmıştır. Bir ay süren (Şubat ayında sona eren) bu dönemde; satış koşulları sıkı olan firmalar satış koşullarını aynen sürdürürken, bazı firmaların satış koşullarına sınırlamalar geldiği görülmüştür. Örneğin, 10+2, 10+3 mal fazlası veren firmalar 10+1 vermeye başlamışlardır..... Karar'daki üst sınırdan 120 günün üzerinde vade veren (150-180 gün) firmalar ki bunlar piyasanın ancak %10'unu oluşturur, vadelerini 120 güne çekmişlerdir...”* ifadesini kullanmıştır.

- Ankara Hedef Ecza Deposu'nun 1997 yılı Kasım ve Aralık aylarına ait faturalarından; bu iki ayda vade, iskonto ve özellikle mal fazlası uygulamalarında 102 sayılı Karar'ın öngördüğü sınırların üzerinde satışlar yapıldığı görülmüştür. Karar'ın yürürlükte olduğu 1998 yılının Ocak ayında, 120 günün üzerinde vade sunulması azalmakla birlikte sürmüş ve %10'un üzerinde mal fazlası verilmesi söz konusu olmuştur. Şubat ayı başından itibaren, firmanın satış koşullarının Karar'ın belirlediği sınırlar çerçevesinde gerçekleştiği tespit edilmiştir.

- 12.11.1998 tarihinde, (Ankara) Galenos Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş. Yönetim Kurulu Üyesi Yücel Yıldırım, tutanak altına alınan ifadesinde aynen, *“...Geçen yıl böyle bir uygulama olmuştur. Bu uygulama 1998 yılı başından Mart ayına kadar sürmüştür. Sonuç olarak o dönemde satış koşullarında sınırlamalar olmuştur. Bu sınırlamalara da herkes uymuştur...”* şeklinde görüş bildirmiştir.

- 13.11.1998 tarihinde, Filiz Ecza Deposu Satış Müdürü Hakan Akın, tutanağa bağlanan ifadesinde aynen, *“...1998 yılı başlarında, 1-1.5 aylık bir sürede, satış koşullarında bir daralma yaşanmıştır. Alınan ortak bir karar sonucunda; mal fazlası, iskonto ve vadeler sınırlı gerçekleşmiştir. Bu dönemde, ecza depoları birbirlerini sıkı bir şekilde denetlemişlerdir...”* demiştir.

- 13.11.1998 tarihinde yapılan ve tutanak düzenlenen görüşmede, Apaydın-Er Ecza Deposu sahibi Mehmet Apaydın, *“...Bu karar tekelleşmeye yönelik bir karar oldu. Ecza depoları ve eczaneler üzerinde baskı kurulmuştur. Bizim gibi küçük depoların piyasadan çekilmesi ve piyasanın birkaç dağıtım kanalı eline bırakılmasına yönelik bir karardır...”* şeklinde ifade kullanmıştır.

102 sayılı Karar'ın oluşum ve gelişim süreci ile Karar'ın uygulandığını gösteren deliller birlikte değerlendirildiğinde, uygulama süresinin yaklaşık üç ay olduğu anlaşılmaktadır. Yapılan incelemeler sonucunda; 1998 yılı başından Nisan ayına kadar, İEİS üyesi firmaların çoğunun satış koşullarında 102 sayılı Karar'da öngörülen sınırlamalar çerçevesinde değişiklik yaptığı, ancak sayıları çok olmamakla birlikte bazı üye firmaların sınırlamalar dışında satış koşulları uygulamayı sürdürdüğü belirlenmiştir. Karar'ın 01.01.1998 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesinin öngörülmesine karşın, ecza depoları seviyesindeki etkinin özellikle, İEİS'nin bazı ecza depolarını Karar'a uymaları konusunda uyarılmasıyla, yani Şubat ayı başlarında olduğu görülmüştür. Dolayısıyla ecza depolarının tam anlamıyla Karar'da yer alan sınırlamalar doğrultusunda satış koşulları uygulaması, Şubat ayı başından Nisan ayı ortalarına kadar olan sürede söz konusu olmuştur. Eczacı kooperatiflerinin üst kuruluşu olan TEKB'nin İEİS'ye bir yazı göndererek kooperatiflerin Karar'a uymaya o tarihte son vereceğini bildirmesiyle, uygulama hem sağlayıcılar hem de ecza depoları açısından son bulmuştur. 3-4 aylık uygulama süresinde, ecza depolarının sunduğu satış koşullarının eskiye göre sıkılaşması sonucunda, 102 sayılı Karar'ın doğrudan muhatabı konumunda olmayan eczaneler olumsuz yönde etkilenmiştir.

Özetle, 102 sayılı Karar İEİS üyesi firmaların çoğunun katılımıyla uygulanmış ve ilacın toptan dağıtımı ile perakende satışının gerçekleştiği seviyelerde etki doğurmuştur.

3.1.4. Karar'ın Kanun'un 6 ncı Maddesi Karşısında Değerlendirilmesi

SR/99-4 sayılı Soruşturma Raporu'nda; pazar paylarının toplamı 1997 yılı satışlarına göre yaklaşık %90 olan İEİS üyesi işletmelerin söz konusu teşebbüs birliği çatısı altında birlikte hakim durumda olduğu ve 102 sayılı Karar'ın ecza depolarının satış koşullarına müdahalede bulunulması yönüyle birlikte hakim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Soruşturma Raporu'nda, birlikte hakim durum temelde iki unsurun varlığına bağlanmıştır. Bunlar ilacın reçeteye girmesinde -dolayısıyla satışlarda- belirleyici olan, doktorlara yönelik tanıtım etkinliklerinde İEİS üyesi firmaların büyük üstünlüğü ile yüksek teknoloji gerektiren ve eşdeğeri olmayan -yani aynı tedavi edici özelliğe sahip olma kriterine göre yapılan sınıflandırmada kendi grubunda tek el konumunda olan- ürünlerin sağlayıcılarının tamamına yakınının İEİS bünyesindeki yabancı firmalar olmasıdır.

Soruşturma Raporu'nda ayrıca; sermaye yapıları çoğunlukla zayıf olan, kar hadleri mevzuatta %9'la sınırlanan (Depoların gerçek karlarının işletmecilik maliyetleri nedeniyle daha düşük oranlarda olduğu bilinmektedir.), yüksek stok devir hızıyla çalışan ecza depolarının, sağlayıcılardan mal alışlarındaki aksaklıkların işleyişlerinde ciddi sıkıntılara yol açabileceği tespiti yapılmıştır. Bu bağlamda, getirilen sınırlamalara uygun hareket etmeyenlere mal verilmeyeceği yaptırımını içeren 102 sayılı Karar'la depoların iradesi dışında bunların satış koşullarına sınırlamalar getirilmesinin, 4054 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde yapılan hakim durum tanımına uygunluk gösterdiği, diğer bir deyişle rakiplerden (İEİS üyesi olmayan sağlayıcı firmalardan) ve alıcılardan (eczacı depolarından) bağımsız hareket

edilerek ekonomik değişkenlerin belirlenmesi anlamına geldiğinden İEİS bünyesinde somutlaşan birlikte hakim duruma işaret ettiği ifade edilmiştir.

4054 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde, hakim durum, "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" şeklinde tanımlanmıştır. Tanımın da cevaz verdiği üzere, birden fazla teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olması mümkündür. Daha açık bir ifadeyle, birden fazla teşebbüsün rakiplerinden ve alıcılarından bağımsız bir şekilde ekonomik değişkenleri belirleyebilmesi, bunların birlikte hakim durumda olduğunu göstermektedir. Bu noktada önemli olan, birden fazla teşebbüsün hakim durumdaki bir teşebbüsün hareket ettiği gibi hareket edebilmesini sağlayacak ortak iradenin sergilenmesi ve pazar koşullarının buna uygun olmasıdır.

Hakim durumda olan bir teşebbüsün kötüye kullanmacı davranışları pazardaki mevcut rekabetin kısıtlanması ve pazara giriş engellerinin yükselmesi (potansiyel rekabetin sınırlandırılması) gibi ciddi etkilerin doğmasına yol açacaktır. Aynı veya benzer nitelikteki davranışların birlikte hakim durumda olan teşebbüsler tarafından yapılması durumunda oluşacak sonuçların, yine belirtilen doğrultuda olması beklenecektir. Bu itibarla, 102 sayılı Karar'ın rekabet üzerinde doğurduğu veya doğurabileceği etki, büyüklüğü ve niteliği yönüyle birlikte hakim durumda bulunulup bulunulmadığının en önemli işaretidir.

102 sayılı Karar'ın uygulanma aşamasında İEİS üyesi firmaların tamamının katılımı sağlanamamış, bazı üye firmalar Karar'da öngörülen sınırlar dışında satış koşulları uygulamayı sürdürmüştür. Ecza depoları ise, hem kendilerine sunulan satış koşullarının eskisine göre daralması hem de getirilen mal vermeme yaptırımının etkisiyle, özellikle İEİS'den bazı ecza depolarına gelen yazılar üzerine, 1998 yılı Şubat ayının başlarından Nisan ayının ortalarına kadar 102 sayılı Karar çerçevesinde hareket etmiştir. Ecza depolarının mal sağlayıcılarına göre Karar'a daha kısa süreli uyduğu görülmekle birlikte, katılım açısından sağlayıcıların daha fazla fire verdiği belirlenmiştir. Sağlayıcıların ve depoların 102 sayılı Karar'da getirilen sınırlamalar dahilinde hareket etmesi 3-4 aylık bir dönemle sınırlı kalmış, uygulamanın etkisiyle pazardaki dengelerde önemli değişiklikler oluşmamıştır. Daha açık bir ifadeyle, İEİS üyesi olmayan sağlayıcı firmaların pazar dışına itilmesi veya faaliyetlerinin zorlaştırılması ya da bazı ecza depolarına mal verilmeyerek bunların işleyişlerinin aksatılması söz konusu olmamıştır.

Mal sağlayıcıları seviyesinde 102 sayılı Karar'ın uygulanmasına katılımın eksiksiz olarak gerçekleşmemesi, uygulamanın kısa bir süreyle sınırlı kalması ve bunlara bağılı olarak pazarda yaratılan etkinin yüksek seviyelerde oluşmaması, İEİS üyesi firmaların hakim durumdaki bir teşebbüs gibi hareket edemediğini göstermektedir. Bu bağlamda, 102 sayılı Karar'ın gelişim sürecinin değerlendirilmesi özelinde, İEİS çatısı altında somutlaşan birlikte hakim durumdan söz edilemez. Böylece, 102 sayılı Karar'ın, birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına uygunluk göstermediği, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesine aykırılık oluşturmadığı belirlenmiştir.

3.1.5. Bireysel Muafiyet Başvurusu

İEİS Yönetim Kurulu'nun 102 sayılı Karar'ında yer alan "Promosyon" ve "İhaleler" başlıkları dışındaki başlıklar ile "mal vermeme" yaptırımı rekabeti sınırlayıcı unsurlar taşımaktadır. Bu bağlamda, 102 sayılı Karar 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında bir teşebbüs birliği kararıdır.

4054 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde; belirli şartların tamamının varlığı halinde, ilgililerin talebi üzerine anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verilebileceği belirtilmiştir. Muafiyet koşulları özetle, malların üretim ve dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında ya da ekonomik ve teknik anlamda gelişmenin sağlanması, tüketicinin bundan faydalanması, ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması ve ilk iki amaca ulaşılırken rekabetin zorunlu olandan daha fazla sınırlanmaması olarak sıralanmıştır. Bu noktada, bireysel muafiyet koşullarının 102 sayılı Karar için var olup olmadığının, diğer bir deyişle söz konusu Karar'ın 4 üncü maddenin yasaklayıcı hükmünden muaf tutulup tutulmayacağı tartışılmasına geçilmiştir.

İlaç pazarında, yeni bir üretim sürecinin oluşturulması ya da var olan bir üretim sürecinin geliştirilmesi, yeni bir molekülün keşfedilip ilaç haline dönüştürülmesi süreciyle karşılaştırıldığında çok daha kolay ve düşük maliyetlidir. Yüksek yatırımlarla kurulmayan ve geniş organizasyonlara sahip olmayan küçük ve orta ölçekli yerli firmaların orjinal ilaçları kopyalayıp eşdeğerlerini üreterek pazardaki varlığını koruyabilmesi bu tespiti doğrulamaktadır. Bu nedenle, 5 inci maddenin (a) bendinde belirtilen üretimde gelişme sağlanması hususunun, yeni ilaçların keşfedilmesi yönüyle tartışılması doğru olacaktır.

Havacılık ve uzay sanayi ile telekomünikasyondan sonra araştırma-geliştirme (AR-GE) etkinliklerinin en yüksek maliyetli olduğu alan ilaç sanayidir. Bir molekülün keşfedilip nihai ürüne dönüştürülmesinin ortalama maliyeti 300 milyon dolar olup, bu süreç 10 yılı aşkın bir süreyi ifade etmektedir. Keşfedilen molekülün tedavi edici özellikten yoksun çıkması, yani bu sürecin belirli bir aşamasında başarısızlığa uğranılması olasılığı oldukça yüksektir. Araştırma geliştirme çalışmalarının yüksek maliyetli ve riskli oluşu, uluslar arası ölçekte etkinlik gösteren dev firmaları birleşme eğilimine itmiş ve son yıllarda dünya çapında pek çok büyük birleşme ve devralma gerçekleşmiştir. Dünyanın önde gelen ilaç üreticisi firmalarının, bütçelerinin önemli kısmını AR-GE etkinliklerine ayırdığı ve bu ayrılan miktarların Türkiye ilaç pazarının toplam büyüklüğünün yarısına yaklaşabildiği bilinmektedir.

Türkiye'de, yerli ilaç firmalarının AR-GE etkinlikleri yalnızca mevcut ilaçların kopyalanması ve geliştirilmesiyle sınırlıyken, ana firmalarının keşfettiği veya geliştirdiği ilaçları satan yabancı firmalar kapsamlı AR-GE çalışmaları yapmamaktadır. Diğer bir deyişle, ülkemizde bir molekülün keşfedilip çeşitli aşamalardan sonra ilaç haline dönüştürülmesini ifade eden araştırma etkinliklerinde bulunulmamaktadır. Bu durumun temel nedenleri, şikayet başvurusu tarihi itibarıyla toplam 2 milyar dolar büyüklüğündeki ilaç pazarında hiçbir yerli firmanın AR-GE

etkinliklerinin maliyetini karşılayabilecek durumda olmaması, yabancı firmaların ise ana teşebbüslerinin dışında araştırma yapmasının ekonomik olmamasıdır.

102 sayılı Karar ile, ecza depolarına sunulan avantajlı satış koşullarının sağlayıcıların bünyesinde kalması suretiyle AR-GE etkinliklerinde bulunmaya yetecek bütçe büyüklüklerine ulaşılması mümkün değildir. Yerli firmaların araştırma etkinliklerinde bulunabilmesi ancak ilaç pazarında yapısal değişikliklere gidilmesi ve ihraç olanaklarının genişletilerek üretimin çok daha geniş ölçekli ve planlı yapılması ile mümkündür. Özetle, AR-GE etkinliklerine yönelik ilerlemenin sağlanması 102 sayılı Karar ile ulaşılabilecek bir hedef değildir. Bu bağlamda, söz konusu teşebbüs birliği Kararı sonucunda üretimde gelişme sağlanmayacaktır.

102 sayılı Karar ile ecza depolarının alım koşulları daralmış, esnek satış koşulları uygulamak şeklindeki finansman araçlarının ellerinden alınması suretiyle bağımsız karar alma özgürlükleri kısıtlanmış ve alım koşulları kötüleşen eczanelerin daha düşük miktarlarda alıma yönelmesiyle satışları azalmıştır. 102 sayılı Karar'ın ilacın toptan dağıtımını gerçekleştiren ecza depolarının aleyhine unsurlar taşıması, Karar ile dağıtımda iyileşme sağlanamayacağını göstermektedir.

Yapılan açıklamalar ışığında; 5 inci maddenin (a) bendindeki, "Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması" şartının, 102 sayılı Karar için geçerli olmadığı anlaşılmıştır.

Bir anlaşma, eylem ya da karara muafiyet verilebilmesi, Kanun'un 5 inci maddesinde sayılan koşulların tamamının varlığı halinde mümkündür. 5 inci maddenin (a) bendinde yer bulan koşulun yokluğunda, diğer koşulların var olup olmadığına bakılmaksızın bireysel muafiyet verilemeyecektir. Kaldı ki, 102 sayılı Karar'ın etkisiyle üretim ve dağıtımda gelişmenin sağlanamayacak oluşu, (b) bendinde ifade edilen "tüketici faydası" şartının geçersizliği sonucunu kendiliğinden doğurmaktadır. İEİS'den alınan bireysel muafiyet başvurusu ve yazılı savunmalarda da; Karar'ın bu koşulları taşıdığına yönelik hiçbir somut açıklamaya yer verilmemiş, yalnızca Karar'ın ilaç mevzuatının ilgili hükümleri ve Sağlık Bakanlığı uygulamaları doğrultusunda hazırlandığı ileri sürülmüştür.

Yukarıda açıklandığı gibi, 102 sayılı Karar için bireysel muafiyet koşullarından "malın üretimi veya dağıtımında ya da hizmetin sunulmasında gelişme sağlanması" şeklindeki koşulun var olmadığı belirlenmiştir. Sonuç olarak, anılan Karar'ın 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulması mümkün değildir.

3.1.6. İhlalin Ağırlığı

4054 sayılı Kanun'un 16/2 nci maddesi, "Bu Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul Kararı ile sabit olanlara bu Kanunun 11 inci maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara iki yüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs

niteliğindeki gerçek ve tüzelkişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirin yüzde onuna kadar para cezası verilir.” şeklindedir. 16 ncı maddenin dördüncü fıkrasında ise; para cezasına karar verilirken kastın varlığı, kusurun ağırlığı, Kanun’u ihlal eden teşebbüslerin pazardaki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurların dikkate alınacağı belirtilmiştir. 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesine aykırı olan 102 sayılı Karar’la ilgili cezanın takdir edilmesine yönelik olarak, 16 ncı maddenin dördüncü fıkrası temelinde, ihlalin ağırlığıyla ilgili unsurlar değerlendirilmiştir.

İEİS Yönetim Kurulu’nun 102 sayılı Kararı ile, hem üye firmalar arasındaki rekabetin satış koşullarının birlikte belirlenmesi suretiyle sınırlandırılması öngörülmüş, hem de eczanelere sunulan koşullara kısıtlama getirilerek –yeniden satış koşulları belirlenerek- ecza depolarının bağımsızca ekonomik karar alma özgürlüğü önemli ölçüde ortadan kaldırılmıştır. 102 sayılı Karar “muhtemel zararın ağırlığı” yönüyle İEİS üyelerinin pazardaki büyük ağırlığı da göz önüne alınarak incelendiğinde; Karar’ın, özellikle belirlenen sınırlamalara uymayanların pazar dışına çıkarılacağı noktasında ecza depoları açısından, alım koşullarının daralması noktasında ise, eczaneler açısından büyük zararlar getirebilecek nitelikte olduğu görülmektedir. 102 sayılı Karar’ın uygulanması sonucunda oluşan etki, beşeri ilaç pazarının tüm seviyelerinde hissedilmiştir.

Diğer taraftan, İEİS üyelerinin tamamının uygulamaya katılımının sağlanamaması ve uygulamanın yaklaşık üç ayla sınırlı kalması nedeniyle, 102 sayılı Karar’ın rekabet üzerindeki etkisi büyük boyutlara ulaşmamıştır. Bu Karar’ın uygulanması bazı ecza depolarının pazar dışına çıkarılması sonucunu doğurmamış, eczanelerin alım koşullarının daralmasına bağlı olarak gördüğü zarar ise uygulama süresinin kısa olması nedeniyle ciddi ölçülerde olmamıştır. Ayrıca, 102 sayılı Karar’la ilgili –bir aylık yasal süre içinde olmamakla birlikte- bireysel muafiyet başvurusunda bulunulması, yerinde inceleme süresince aktif işbirliği yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve Kanun uygulamasının yeni olması hususları da ceza takdirinde dikkate alınmıştır.

3.2. “Protokol” Başlıklı Metin

İEİS Yönetim Kurulu’nun 102 sayılı Kararı ile büyük ölçüde benzer “Protokol” başlıklı metinden dolayı haklarında soruşturma açılan Türkiye İlaç Sanayi Derneği (TİSD) ve Yerli İlaç Sanayicileri Derneği (YİSD) gönderdikleri savunmalarda; söz konusu metne atılan imzanın yalnızca dernek yönetim kurulu başkanlarının kişisel tasarruflarını yansıttığını, yönetim kurullarının bu çerçevede herhangi bir karar almadığını, böyle bir metnin oluşturulması sürecine yönetim kurulları ile üyelerin katkıda bulunmadığını, üyelerin bu metne uygun hareket etmesine yönelik olarak Dernekler bünyesinde hiçbir karar alınmadığını ve üyelerin “Protokol” ile belirlenen sınırlamalar çerçevesinde satış koşulları uygulamadığını, nitekim söz konusu metnin de esas itibarıyla üyelerinin menfaatine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

İEİS, TİSD ve YİSD yönetim kurulu başkanlarının imzaladığı "Protokol" başlıklı metin, İEİS Yönetim Kurulu'nun 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı Kararı'na büyük ölçüde benzemektedir. 102 sayılı Karar'da yer alan kısıtlamaların ve yaptırımların çoğunu aynen içeren "Protokol", yeni olarak dört sınırlama getirmiştir.

Protokol'de, 102 sayılı Karar'dan farklı olarak yer verilen "Klinik Araştırma Benzeri Araştırmalar" başlıklı sınırlama, doktorlara yönelik yapılan tanıtımların ilaç mevzuatının getirdiği kurallar çerçevesinde gerçekleştirilmesi doğrultusunda olup, rekabet hukukuyla çelişmemektedir.

102 sayılı Karar'daki "İhaleler" başlıklı kısıtlamayla ilgili yapılan değerlendirme doğrultusunda, Protokol'de yer alan "İhaleler" başlıklı sınırlamanın da Kanun'a aykırı olmadığı belirlenmiştir.

Diğer taraftan, "Mal Fazlası" ve "Sosyal Sigortalar Kurumu" başlıkları altında getirilen sınırlamalarla, mal fazlası ve yeni fiyatlara geçilmesi uygulamalarıyla ilgili, 102 sayılı Karar'da olandan daha katı kısıtlamalar getirilmiştir. 102 sayılı Karar'da, mal fazlası yalnızca ürün bazında sınırlandırılırken; Protokol'de, mal fazlasının mümkünse kaldırılması öngörülmüş ve aynı zamanda toplamda %5'lik bir sınırlama getirilmiştir. "Sosyal Sigortalar Kurumu" başlığı ile, eşdeğer ilaçların onaylanmış güncel fiyatlardan daha ucuza satılamayacağı belirtilmiştir. Bu başlık SSK'ye yapılan satışlar yönüyle değerlendirildiğinde, SSK'ye yapılagelen fiyat indirimlerinin önlenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Bu aşamada, Protokol'ün metin olarak 102 sayılı Karar'dan daha sınırlayıcı olduğu görülen Protokol'ün TİSD ve YİSD üyesi firmalar açısından öneminin ve yansımalarının üzerinde durulmuştur.

TİSD ve YİSD üyeleri, tamamen yerli sermayeli ve İEİS üyesi ilaç firmalarına göre küçük ölçekli teşebbüslerdir. Söz konusu firmalar, ürün yelpazesi fazla geniş olmayan, tanıtım etkinliklerine kısıtlı kaynaklar ayırabilen ve ciroları düşük işletmelerdir. Bu işletmeler, yabancı sermayeli firmalar ve Eczacıbaşı, Fako, Abdi İbrahim gibi büyük yerli firmaların tanıtım etkinliklerindeki güçlerine bağlı olarak elde ettikleri reçete üstünlüğüne karşı pazardaki konumlarını koruyabilmek için esnek satış koşulları uygulamaktadır. Bu noktada, eczacının reçetede yazılı olan ilacın yerine ucuz eşdeğerini verebilme yetkisine sahip olmasına karşın bu yetkinin nadiren kullanıldığı, doktorun bir ilacı reçeteye yazmasının ilacın satışı üzerinde büyük ölçüde belirleyici olduğunun altı çizilmelidir. Böylece, doktorlara yönelik olarak yapılan tanıtım etkinliklerinin satışlar açısından büyük önem taşıdığı görülmektedir.

"İlaç Fiyatları Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" de, firmaların tanıtım harcamaları yıllık toplam net satışlarının %3'ü ile sınırlandırılmıştır. Buna bağlı olarak, daha büyük miktarlarda satış yapan firmalar tanıtım etkinliklerine daha büyük miktarlarda kaynak ayırabilmektedir. Tanıtım harcamalarının büyüklüğü firmaya daha tecrübeli tanıtım elemanlarını istihdam etme, daha etkili tanıtım malzemeleri verebilme ve daha geniş çaplı tıbbi kongre, seminer etkinliklerinde bulunabilme gibi satışlarla doğrudan ilgili avantajlar sağlamaktadır. Tanıtım

etkinliklerine büyük kaynaklar ayırabilen firmaların doktor nezdindeki olumlu imajları da, ürünlerinin reçeteye girmesini kolaylaştırmaktadır.

TİSD ve YİSD üyesi teşebbüsler, satışlarının nispeten düşük olması sonucunda doktorlara yönelik tanıtıma yeterli miktarda kaynak ayıramamakta, bu dezavantajı geniş satış koşulları uygulayarak gidermeye çalışmaktadır. TİSD ve YİSD üyesi teşebbüslerin faturaları üzerinde yapılan incelemeler ve bu teşebbüslerin yetkilileri ile yapılan görüşmeler bu tespiti desteklemiştir.

İEİS üyesi firmalar, özellikle yabancı sermayeli firmalar, ürünlerini reçeteye sokmak noktasındaki avantajları nedeniyle geniş olmayan satış koşulları uygulayabilmektedir. Buna bağlı olarak, İEİS bünyesindeki firmaların çoğunun önceden de, getirilen sınırlamaların altında satış koşulları uyguladığı için Protokol'e veya Karar'a uymasının daha kolay olduğu; TİSD ve YİSD üyesi firmaların ise, Protokol'e uyum noktasında satış koşullarında önemli değişiklikler yapması gerektiği ortaya çıkmıştır. Diğer bir deyişle, İEİS üyesi firmaların çoğunun uygulayageldiği satış koşullarına uygun sınırlamalar içeren Protokol, uyum noktasında TİSD ve YİSD üyesi firmalar açısından önemli değişikliklere gidilmesini gerektirmektedir.

TİSD ve YİSD üyesi firmaların Protokol'e uyarak sınırlı satış koşulları sunması; bu firmaların, satış hacminin daralmasına ve büyük ölçekli firmalara karşı pazar kaybına uğramasına, ayrıca zaman zaman karşılaştığı nakit sıkıntısını aşmak için satış koşullarını genişleterek kaynak yaratma olanağını yitirmesine neden olacaktır. Bunun yanı sıra, TİSD ve YİSD üyeleri, kendileri için büyük önem taşıyan ihaleler ve SSK alımları alanlarında, sundukları satış koşulları diğer büyük firmaların satış koşullarına yaklaşıcağından dezavantajlı konuma düşecektir. Özetle, Protokol TİSD ve YİSD üyelerinin süregelen satış koşullarıyla ve ekonomik çıkarlarıyla uyuşmamaktadır.

TİSD ve YİSD'de yapılan yerinde incelemede; yönetim organlarının, Protokol'ün oluşturulması ve uygulanması doğrultusunda herhangi bir kararına rastlanılmamıştır. Ayrıca, TİSD Yönetim Kurulu Başkanı Cengiz Celayir ve YİSD Yönetim Kurulu Başkanı Umran Uzbek dışındaki üye firma temsilcilerinin, Protokol'ün oluşturulması sürecindeki çalışmalara katkıda bulunduğu ya da üyelerin Karar'ı uyguladığı yönünde de herhangi bir delil söz konusu değildir. Nitekim, faturalar üzerinde yapılan inceleme, protokole bağlı olarak satış koşullarında değişiklik yapılmadığını ve öngörülen sınırların üzerinde satış koşulları uygulanmasının sürdürüldüğünü göstermiştir.

Bu açıklamalar ışığında, "Protokol" başlıklı metnin, 4054 sayılı Kanun'a aykırı unsurlar taşımakla birlikte, TİSD ve YİSD'in iradesinin ürünü olmadığı ve altında imzaları bulunan şahısların kişisel tasarruflarından öteye geçmediği; TİSD ve YİSD üyelerinin ekonomik çıkarlarıyla uyuşmayan ve iradelerini yansıtmayan, oluşturulma sürecine bu teşebbüs birliklerinin herhangi bir katkıda bulunmadığı ve üye firmalarca uygulanmamış bir Karar'ın varlığından dolayı TİSD ve YİSD'in sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

I- SONUÇ :

Yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında;

1. İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası Yönetim Kurulu'nun 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı Kararı'nın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesine aykırı olmadığına ,

2. İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası Yönetim Kurulu'nun 102 sayılı Kararı'nın 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında olduğuna ,

3. Anılan Karar'ın, 4054 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde sayılan koşulları taşımaması nedeniyle Kanun'un 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulamayacağına, bu itibarla İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası'nın bireysel muafiyet isteminin reddine ,

4. Türkiye İlaç Sanayii Derneği ve Yerli İlaç Sanayicileri Derneği'nin, 4054 sayılı Kanun'u ihlal eder nitelikte karar ve eylemi belirlenemediğinden, haklarında ceza tayinine yer olmadığına,

5. 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesini ihlal ettiği belirlenen İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası'nın aynı Kanun'un 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince, idari para cezası ile cezalandırılmasına ,

6. 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, ceza miktarının takdirinde ihlalin ağırlığını belirleyen unsurlar göz önünde bulundurularak, İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası'na (Talatpaşa Cad. No:98/B 80640 Gültepe/İSTANBUL) 3.243.000.000 TL. para cezası verilmesine,

OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.