

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2008-1-78 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 08-69/1113-430
Karar Tarihi : 4.12.2008

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Tuncay SONGÖR, M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN,
Mehmet Akif ERSİN, Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE

B. RAPORTÖRLER: Müge ÖZERCAN PAŞAOĞLU, Fatma ATAÇ,
Cemal Ökmen YÜCEL

C. ŞİKAYET EDEN : Gizlilik talebi bulunmaktadır.
Temsilcisi: Av. Dr. İ. Yılmaz ASLAN
Barbaros Bulvarı Tan Apt. 60/5 Balmumcu-Beşiktaş/İstanbul

20

D. HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA

YAPILANLAR : - Abdi İbrahim İlaç San. ve Tic. A.Ş.
Reşitpaşa Mahallesi, Eski Büyükdere Caddesi No: 4
Maslak - Sarıyer 34467 İstanbul
- Abdi İbrahim İlaç Pazarlama A.Ş.
Reşitpaşa Mahallesi, Eski Büyükdere Caddesi No: 4
Maslak - Sarıyer 34467 İstanbul

30

E. DOSYA KONUSU: Abdi İbrahim İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nin botoks pazarındaki hakim durumunu kötüye kullanarak hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri pazarındaki rakip şirketleri pazar dışına çıkarmayı amaçladığı iddiası.

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Şikayet dilekçesinde özetle;

40

- Botox markalı botulinum toksin ürününün Türkiye'deki tek ithalatçısı durumunda bulunan Abdi İbrahim İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin, botoks¹ pazarında %90 paya sahip olduğu ve teşebbüsün Mart 2008'den itibaren hyaluronik asit bazlı dolgu malzemelerinin dağıtım faaliyetine de başladığı,
- Bu tarihten itibaren botoks ve dolgu malzemeleri satın alan estetik cerrahlara kutu bazında 200-250 Euro tutarındaki bu ürünleri, ücretsiz olarak ve bu cerrahların tüm ihtiyaçlarını karşılayacak miktarda verdiği ve bu uygulamanın dolgu malzemeleri pazarındaki rakiplerin pazar dışına çıkarılmasıyla sonuçlanacak bir yıkıcı fiyat uygulaması olduğu

iddia edilmekte; bu nedenlerle anılan teşebbüsün şikayet konusu uygulamasının tedbiren durdurulması ve teşebbüs hakkında soruşturma açılması talep edilmektedir.

G. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 3.7.2008 tarih, 4206 sayı ile giren ve gizlilik talebi içeren şikayet dilekçesi üzerine hazırlanan 10.10.2008 tarih ve 2008-1-78/İİ-08-ECG sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 16.10.2008 tarihli toplantısında görüşülmüş ve anılan iddialara ilişkin olarak Abdi İbrahim İlaç San. ve Tic. A.Ş. ve Abdi

¹ Şikayet dilekçesinde "botoks" kelimesi botulinum toksin ürününü ifade etmek üzere kullanılmıştır.

50 İbrahim İlaç Pazarlama A.Ş.² hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Söz konusu karar uyarınca yapılan önaraştırma sonucu hazırlanan 28.11.2008 tarih ve 2008-1-78/ÖA-08-MÖ sayılı Önaraştırma Raporu, 1.12.2008 tarih ve REK.0.05.00.00-110/215 sayılı Başkanlık Önergesi ile 08-69 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; Abdi İbrahim İlaç San. ve Tic. A.Ş. ve Abdi İbrahim İlaç Pazarlama A.Ş.'nin şikayete konu uygulamalarının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla dosya konusuna ilişkin olarak anılan teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı ifade edilmektedir.

60

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1 İlgili Pazar

I.1.1 İlgili Ürün Pazarları

Dosyanın konusunu Abdi İbrahim'in ithalatını gerçekleştirdiği Botox marka ürün ile botulinum toksin pazarında sahip olduğu hakim durumunu, yeni girdiği hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri pazarındaki rekabeti bozmaya yönelik biçimde kullandığı iddiası oluşturmaktadır.

70 Dosyada yer alan bilgilere göre, hem botulinum toksin, hem de hyaluronik asit bazlı dolgu malzemelerinin bir çeşidini oluşturduğu dolgu malzemeleri, ameliyatsız estetik müdahaleler alanında kullanılan ürünlerdendir. Botulinum toksin, Botulinum bakterisinin çok sayıdaki toksinlerinden Tip-A olarak adlandırılan toksininin laboratuarda işlenmiş ve zayıflatılmış halinden elde edilmektedir. İlk kez 1949 yılında saf halde elde edilen botulinum toksin, öncelikle, kasları felç etme özelliği sebebiyle spastik kaslara müdahalelerde, felçlilerdeki kas spazmlarının düzeltilmesinde ve şaşılığın tedavisinde kullanılmaya başlanmıştır. Sonraki dönemlerde ise, botulinum toksinin kırışıklıkların yok edilmesi gibi estetik amaçlarla ya da koltuk altlarındaki terlemenin tedavisi gibi alanlarda da kullanılabileceği keşfedilmiştir.

80 Dolgu malzemeleri ise botulinum toksine nazaran estetik müdahalelerde daha eskiden beri kullanılan malzemelerdir. Dolgu maddeleri temel olarak vücutta hacim artışı sağlanmak istenen bölgeye yerleştirilmekte ya da enjekte edilmektedir. Kimyasal yollarla sentetik olarak, hayvansal kaynaklı canlı dokulardan ya da insan vücudundan elde edilebilen dolgu maddeleri olduğu gibi, bakteriyel fermantasyon ile elde edilen dolgu maddeleri de bulunmaktadır. Katı halde olanlar cerrahi müdahale ile yerleştirilirken, sıvı ya da jel formunda olanlar enjeksiyon yöntemi ile yerleştirilebilmektedir.

90 Hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri, kimyasal yollarla elde edilen sentetik ürünler olmakla birlikte, insan vücudunda başta kıkırdak doku, kemik doku, cilt olmak üzere tüm diğer dokularda temel bir yapı maddesi olarak bulunan ve görevi deriye suyu taşımak ve sabitlemek olan hyaluronik asitten elde edilmektedir. Şikayet başvurusunda hyaluronik asit bazlı dolgu malzemelerinin, insan organizmasına uyumlu bu yapısı ile

² Kararın bundan sonraki kısımlarında, Abdi İbrahim İlaç San. ve Tic. A.Ş. ve Abdi İbrahim İlaç Pazarlama A.Ş. firmalarının her ikisi birden Abdi İbrahim olarak anılmaktadır. İncelemeye konu pazarlarda bu teşebbüslerin faaliyet alanlarının oluşturan ürünlerden Botox, Abdi İbrahim İlaç Pazarlama A.Ş. tarafından, Juvederm, Surgiderm, Surgilips ise Abdi İbrahim İlaç San. ve Tic. A.Ş. tarafından ithal edilmektedir. Tüm bu ürünlerin ecza depolarına satışı ise Abdi İbrahim İlaç Pazarlama A.Ş. tarafından gerçekleştirilmektedir.

100 hayvansal, estetik ameliyat gerektirmemesi sebebiyle de insan vücudundan elde edilen dolgu malzemelerinden ayrıldığı belirtilmekte ve hyaluronik asit bazlı ürünlerin en yaygın olarak kullanılan dolgu malzemesi türü olduğu vurgulanmaktadır. Raportörlerce Abdi İbrahim yetkilileri ile yapılan görüşmede de dolgu malzemelerinin içeriğindeki maddelere göre çeşitli türlerinin bulunduğu, bu türler arasındaki en önemli farklılığın, ürünün kalıcılığı olduğu, ancak bu pazarın büyük ölçüde hyaluronik asit bazlı dolgu malzemelerinden (%70-80 oranında) oluştuğu ifade edilmiştir. Bu bilgiler ışığında ve ulaşılacak sonucu etkilemeyeceği de dikkate alınarak, hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri, mevcut dosya özelinde, diğer dolgu malzemelerinden ayrı bir ilgili ürün pazarı olarak tanımlanmıştır.

110 Hem botulinum toksin, hem de dolgu malzemeleri, genelde yüze yönelik, ameliyatsız estetik müdahalelerde kullanılmakta ve bu tip müdahaleler için plastik cerrah, medikal estetisyenler ve dermatologlar tarafından talep edilmektedir. Bununla birlikte, dosya kapsamında elde edilen bilgiler, farklı etki yöntemleri olan söz konusu ürünlerin odaklandıkları sorunların ve uygulandıkları yüz bölgelerinin de farklılaştığını ortaya koymaktadır. Deri altına enjekte edilerek uygulanan botulinum toksin, kas dokusunu felç ederek kırışıklıkların azaltılmasını sağlarken, dolgu malzemelerinin deri altına yerleştirilmesiyle estetik kaygıların hacim yaratılarak giderilmesi amaçlanmaktadır. Şikayet başvurusunda yer alan bilgilere göre botulinum toksin, esas olarak, alın kırışıklığı, göz çevresi, kaz ayağı kırışıklığının tedavisinde kullanılırken, dolgu maddeleri, zamanla kolajen kaybına bağlı olarak çöküntüye uğrayan, büzülen cilt altındaki dokularda sarkan yerleri dolgun göstermek için, yüz bölgesinde özellikle yanaklar ve dudaklarda kullanılmaktadır. Bu husus, hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri ithalatı ve satışı alanında faaliyet gösteren (.....) Ltd. Şti. yetkilisi (.....) ve Deri Hastalıkları Uzmanı (.....) ile yapılan görüşmelerde de, sırasıyla, aşağıdaki ifadelerle teyit edilmiştir:

“...Halk arasında Botulinum Toksin Tip A adlı ürün ile karıştırılmakla birlikte bu ürün yüzün üst bölgesine uygulanmakta iken, bizim faaliyet alanımız olan dolgu malzemeleri yüzün alt kısmına uygulanmaktadır...”

“...Botulinum Toksin Tip A ile dolgu malzemesi arasında herhangi bir ilişki yoktur. Botulinum Toksin Tip A yüzün üst kısmı ile ilgili uygulamalarda kullanılmakta iken dolgu malzemeleri genellikle alt kısmında kullanılmaktadır...”

130 Yukarıda yer verilmekte olan bilgiler, botulinum toksin ile genel olarak dolgu malzemelerinin, özel olarak da, hyaluronik asit bazlı dolgu malzemelerinin ayrı ilgili pazarlar oluşturduğuna işaret etmektedir. Nitekim, Amerika Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission-FTC), Botox adlı ürünün üreticisi olan Allergan Inc (Allergan)'ın yüz estetik ürünlerinin araştırma ve geliştirilmesi, üretimi ve satışı işleri alanında faaliyet gösteren Inamed Corporation'u devralma işlemine ilişkin olarak yaptığı analizde ilgili pazarı “Kozmetik amaçlı botulinum toksin araştırma, geliştirme, üretimi ve satımı pazarı” olarak tanımlamış ve botulinum toksinin benzersiz etki mekanizmasının, ürünü, kırışıklık tedavisinde kullanılan diğer kozmetik ürün ve işlemlerden ayrı kıldığını ve dolayısıyla bu diğer ürün ve işlemlerin botulinum toksinin yakın ikamesi olmadığını ifade etmiştir³. Bu bilgiler ışığında, botulinum toksin, hyaluronik asit bazlı dolgu malzemelerinden ayrı bir ilgili ürün pazarı olarak kabul edilmiştir. Botulinum toksin pazarı bakımından medikal ve kozmetik amaçlı kullanım alanlarına göre herhangi bir ayrıma gidilmesinin gerekli olup olmadığı hususu ise,

³ <http://www.ftc.gov/opa/2006/03/allergan.shtm>

böyle bir ayırımın önaraştırma kapsamında yapılan değerlendirmeleri ve ulaşılan sonucu değıştirmeyeceği dikkate alındığında, mevcut dosya bakımından herhangi bir önem taşımamaktadır.

150 Yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde, mevcut dosya özelinde, ilgili ürün pazarları, “*hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri pazarı*” ve “*botulinum toksin pazarı*” olarak belirlenmiştir.

I.1.2. İlgili Cođrafi Pazar

Söz konusu ürünlerin dağıtım ve pazarlamasına ilişkin bölgesel pazar tanımını gerektirecek hususlar olmadığından, ilgili coğrafi pazar “*Türkiye*” olarak belirlenmiştir.

I.2. İncelemeye Konu Pazarlara İlişkin Bilgiler

I.2.1. Botulinum Toksin Pazarı

160 Elde edilen bilgilere göre, dünya çapında botulinum toksin üretimi ve satışı alanında faaliyet gösteren belli başlı üç firma bulunmaktadır. Bunların içerisinde piyasanın en eskisi olan Allergan, Botox markalı ürünüyle başı çekmektedir. Allergan dışında piyasadaki diğer bir önemli bir oyuncu, Dysport marka ürünüyle Fransız menşeli Ipsen grubudur. Piyasaya en son giriş yapan firma ise Xeomin markalı ürünüyle Alman menşeli Merz'dir. Bunun yanı sıra, Çin üretimi bazı botulinum toksin ürünleri mevcut olmakla birlikte, bu ürünlere gerek ülkemizde, gerekse de dünya genelinde ruhsat verilmediği bilgisine ulaşılmıştır.

170 Önaraştırma kapsamında raportörlerce yapılan görüşmelerde, botulinum toksinin beşeri tıbbi ürün (ilaç) statüsünde bir ürün olduğu ve dolayısıyla bu ürünlerin ithalat ve pazarlamasının ancak bu ürünlere Sağlık Bakanlığı'ndan ilaç ruhsatı alınmak suretiyle gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Ülkemizde satışı gerçekleştirilen Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlı botulinum toksin markaları Botox ve Dysport'tan ibarettir. Botox'u ithal eden ve pazarlayan Abdi İbrahim, markanın Türkiye'deki tek distribütörü konumundadır. Dysport'un ülkemizdeki satışı ise, 2002 yılından beri, söz konusu ürünün Türkiye distribütörü olan Gen İlaç ve Sağlık Ürünleri Ltd. Şti. (Gen İlaç) tarafından gerçekleştirilmektedir. Piyasada raportörlerce yapılan görüşmelerde, Xeomin markalı ürüne ruhsat alınması amacıyla Sağlık Bakanlığı'na başvuru yapılmış olduğu ve anılan ürünün 2009'da Türkiye piyasasına sunulmasının beklendiği bilgisine ulaşılmıştır. Elde edilen bilgiler, yasal olmamakla birlikte, Çin menşeli bazı botulinum toksin markalarının da ülkemize girişinin söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır.

180 Önaraştırma kapsamında yapılan görüşmelerde elde edilen bilgilere göre, botulinum toksin, söz konusu ürünün ilaç statüsünde olması sebebiyle, doğrudan uygulayıcılara ya da kullanıcılara tedarik edilmemekte, söz konusu ürüne ilişkin satışlar sadece ecza depolarına gerçekleştirilebilmektedir. Bu durum, (.....) tarafından da “*Bu ürün ilaç ruhsatlı olduğundan yasal olarak ecza deposu kanalıyla dağıtılması zorunluluğu bulunmaktadır ve gerek Dysport gerekse de Abdi İbrahim bu ürünleri ecza depoları kanalıyla dağıtmaktadır.*” ifadesiyle dile getirilmiştir.

190 Elde edilen bilgilere göre, botulinum toksinin satışı bir çeşit tavan satış fiyatı uygulamasına tabi bulunmaktadır. Gen İlaç yetkililerinin ifadesiyle bu uygulamada “*söz konusu ürünün tavan fiyatının belirlenmesi için Bakanlık, 5 adet referans ülke ve bu ülkeler arasında değilse o ilacın üretildiği ülkedeki fiyatlar içerisindeki en düşük fiyatı Türkiye için tavan fiyat*” olarak belirlenmektedir. Bu düzenleme uyarınca, söz konusu

ilaçların bir sonraki haftadan itibaren geçerli olacak KDV hariç depocuya satış fiyatı T.C. İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü tarafından ilan edilmektedir.

Abdi İbrahim'in 2003 senesinden itibaren yıllık Botox satış miktarlarına aşağıdaki tabloda yer verilmekte olup; teşebbüsün 12.11.2008 tarih ve 7430 sayılı yazısında bu satışların tahminen % (...-...)'ının kozmetik, % (...-...)'inin medikal amaçlı kullanım için olduğu belirtilmektedir.

Tablo 1- Abdi İbrahim'in Yıllar Bazında Botox Satış Miktarları

Sene	Kutu
2003	(.....)
2004	(.....)
2005	(.....)
2006	(.....)
2007	(.....)
2008	(.....)

Gen İlaç'ın Dysport satış miktarlarına ise aşağıda yer verilmekte olup; teşebbüs yetkililerinin tahminine göre, kozmetik amaçlı kullanıma ilişkin satışlar, toplam satışların en fazla % (...)'unu oluşturmaktadır:

Tablo 2- Gen İlaç'ın Yıllar Bazında Dysport Satış Miktarları

Sene	Kutu
2003	(.....)
2004	(.....)
2005	(.....)
2006	(.....)
2007	(.....)
2008	(.....)

210 Yukarıda yer verilen tablolar, Abdi İbrahim'in botulinum toksin pazarındaki güçlü konumunu açıklıkla ortaya koymaktadır. Görüleceği üzere, Abdi İbrahim'in pazar payı 2006 senesinden itibaren % (...) seviyesindedir.

I.2.2. Hyaluronik Asit Bazlı Dolgu Malzemeleri Pazarı

Önaraştırma kapsamında raportörlerce yapılan görüşmelerde elde edilen bilgiler, dolgu malzemelerinin üretimi çok kolay ürünler olduğu ve dünya çapında bu sektörde faaliyet gösteren onlarca firmanın bulunduğu yönündedir.

220 Dolgu malzemeleri, botulinum toksinden farklı olarak beşeri tıbbi ürün olarak değil, tıbbi cihaz olarak kabul edilmekte olup; ilaç ruhsatı ile değil, CE belgesi ile ithal edilip satılabilmektedir. Raportörlerce, Abdi İbrahim yetkilileri ile yapılan görüşmede, bu durumun, ürünün doğrudan ithal edilebilmesine olanak sağladığı, ancak ithalat sonrası herhangi bir sorundan ithalatçı firmanın sorumlu olduğu belirtilmiştir. Elde edilen bilgilerden, ruhsat alınması gibi bir zorunluluğun bulunmamasının, dolgu malzemelerinin ithalatı bakımından önemli bir kolaylık teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim, önaraştırma kapsamında yapılan görüşmelerde, hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri pazarında, belli başlı firmaların haricinde, bazı küçük firmaların da faaliyet gösterdiği ve bu pazara ani giriş çıkışların olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, botulinum toksin, 230 soğuk olarak muhafaza ve sevk edilmesi gereken bir ürün iken, dolgu malzemelerinin sevkiyatı için böyle bir soğuk zincir oluşturmaya gerek bulunmamaktadır.

Dosyada yer alan bilgilerden, yakın zamana kadar Türkiye hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri pazarındaki belli başlı teşebbüslerin, Neomed Sağlık Ürünleri Paz. Dış Tic. Ltd. Şti. (Neomed), Seltek İlaç Pazarlama Dış Ticaret Ltd. (Sel-tek) ve Mediatür Turizm, Tanıtım, Yapımcılık, Bilgisayar ve Tıbbi Gereçler San. ve Tic. Ltd. Şti. (Mediatür)'den oluştuğu anlaşılmaktadır. 1999 yılından beri faaliyette bulunan ve söz konusu firmaların en eskisi olan Neomed, Q-MED AB adlı bir firma tarafından üretilen "Restylane" markalı ürünü ithal edip pazarlamaktadır. Neomed'den sonra, Sel-Tek ve Mediatür piyasaya giriş yapmış ve Sel-tek, "Teosyal" marka, Mediatür ise, Anteis SA tarafından üretilen Fortelis, Esthelis, Mesolis markalı dolgu malzemelerinin Türkiye'de dağıtımını üstlenmiştir.

Raportörlerce yapılan görüşme ve incelemelerde, halihazırda Abdi İbrahim'in dağıtımını gerçekleştirmekte olduğu "Juvaderm" ve "Surgiderm" marka dolgu malzemelerinin, Abdi İbrahim'den önce de Türkiye'de, Komet Mümessillik ve Dış Ticaret Ltd. Şti. tarafından pazarlanmakta olduğu bilgisine ulaşılmıştır. Allergan'ın, 2007 yılında, anılan ürünlerin üreticisi olan Corneal grubunu devralmasını takiben, bu ürünlerin tek satış hakkı lisans devri suretiyle, Allergan'ın Botox ürününün de Türkiye distribütörü olan Abdi İbrahim'e verilmiştir. Böylece 2008 yılı Mart ayından itibaren Abdi İbrahim, Juvederm, Surgiderm ve Surgilips markalı hyaluronik asit bazlı dolgu malzemelerinin satışı alanında faaliyet göstermeye başlamıştır. Bahse konu bu ürünlerin dışında Perlane, Visagel gibi daha çok çeşitli marka dolgu malzemesinin söz konusu pazarda dağıtımının gerçekleştirildiği yapılan görüşmelerden anlaşılmıştır.

Hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri, beşeri tıbbi ürün (ilaç) olarak nitelendirilmediğinden, söz konusu ürünlerin ecza depoları kanalıyla satılmasını zorunlu kılan herhangi bir durumun söz konusu olmadığı anlaşılmıştır. Bununla birlikte, yapılan görüşmelerden, Abdi İbrahim'in bu ürünleri, aynı Botox'ta olduğu gibi, doğrudan uygulayıcılara değil, ecza depolarına sattığı ve müşterilerin Abdi İbrahim'in dağıtımını gerçekleştirdiği bu ürünleri ecza depolarından temin ettikleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Abdi İbrahim ile müşteriler arasında bu ürünlerin satışına ilişkin herhangi bir sözleşme de bulunmamaktadır. Elde edilen bilgiler, diğer teşebbüslerin daha ziyade kendi bölgesel dağıtım ağlarını kullandığını ve doğrudan müşterilere satış yaptıklarını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, bu teşebbüslerin de, söz konusu ürünlerin satışını ecza depoları kanalıyla yapmalarının önünde bir engel olmadığı anlaşılmıştır.

Dosya mevcudu bilgiler, ilgili pazardaki teşebbüslerin pazar paylarının değişken olabildiğini ve müşteriler bakımından söz konusu markalardan herhangi birine karşı ciddi boyutta bir marka bağımlılığının olmadığına işaret etmektedir. Görüşme yapılan doktorların açıklamaları, pazardaki belli başlı firmaların satışını gerçekleştirdiği ürünlerinin kalitelerinin birbirine yakın olarak kabul edildiğini, doktorların genelde bu markaların hepsini birden kullandıklarını ve ürünlerin kalitesinin birbirine yakın olması sebebiyle fiyatın da tercihte önemli bir rol oynayabildiği anlaşılmaktadır.

I.3. İnceleme, Tespit ve Değerlendirmeler

Mevcut önaraştırmaya konu teşkil eden iddia, Abdi İbrahim'in botoks pazarındaki hakim durumu sayesinde Botox müşterisi olan estetik cerrahlara, bu cerrahların tüm ihtiyaçlarını karşılayacak miktarda Juvederm ve Surgiderm marka dolgu malzemelerini bedelsiz olarak verdiği ve bu uygulamanın dolgu malzemeleri pazarındaki rakiplerin pazar dışına çıkarılmasıyla sonuçlanacak bir yıkıcı fiyat uygulaması olduğuna ilişkin olup; konuya ilişkin değerlendirmelere aşağıda yer verilmektedir.

I.3.1. Hakim Durum, İhlal ve Komşu Pazarlar

Topluluk mahkemelerinin içtihatları ve Avrupa Komisyonu'nun kararları ile de açıkça ortaya konulduğu üzere, hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, hakim durum, ihlal ve ihlalin etkilerinin aynı pazarda olması gerekmektedir. Birbirine komşu pazarlarda faaliyet gösteren ve bu pazarlardan birinde hakim durumda olan bir teşebbüs, bu pazarlardan birindeki eylemleri ile komşu pazarda fayda sağlamayı amaçlıyor olabilir. Commercial Solvents⁴, Télémarketing⁵ ve De Poste-La Poste⁶ kararları, hakim durumda bulunulan pazardaki ihlallerle komşu pazardaki, British Gypsum⁷ kararı ise komşu pazarda gerçekleştirilen ihlallerle hakim durumda bulunulan pazardaki rekabetin engellendiği durumlara örnek teşkil etmektedir. Tetra Pak II⁸ kararı ise, 82. maddenin uygulamasının kapsamını British Gypsum kararının da ötesine taşımış ve bir teşebbüsün hakim durumda olduğu pazara komşu bir pazardaki eylemleri ile yine komşu pazardaki rekabeti engellediği hallerde dahi hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilebileceğini ortaya koymuştur. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), söz konusu kararda, Tetra Pak'ın, aseptik olmayan sıvı yeniden paketleme makinaları ve aseptik olmayan kartonlar pazarındaki bağlama ve yıkıcı fiyat uygulamaları ile Roma Antlaşması'nın 82. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bununla birlikte, Tetra Pak, hakim duruma anılan pazarda değil, bu pazar ile yatay ilişkili bir pazar olan aseptik makina ve karton pazarında sahip bulunmaktaydı. ATAD, *özel koşulların varlığı halinde*, hakim olunan piyasadan farklı bir piyasada gerçekleştirilen eylemin o farklı piyasada çeşitli etkiler doğurduğu hallerde, hakim durumun ihlalinden söz edilebileceği sonucuna ulaşmıştır. Divan, anılan karar bakımından özel koşulları, Tetra Pak'ın her iki pazarda da müşteriye sahip olması ya da olabilecek olması, hakim durumda bulunduğu piyasadaki konumunun teşebbüse hakim durumda olmadığı piyasada da tercih edilen firma olma şansını tanıması ve aseptik piyasadaki konumu sayesinde diğer teşebbüslerden bağımsız olarak aseptik olmayan pazarda çabalarını yoğunlaştırabilmesi gibi, söz konusu pazarlar arasında mevcut olan 'yakın bağlar' ile açıklamıştır. Komisyon'un Tetra Pak II kararında yer alan ve sonrasında ATAD tarafından da onaylanan Tetra Pak'ın hakim durumda bulunmadığı aseptik olmayan karton pazarında yıkıcı fiyat uyguladığına ilişkin tespiti, teşebbüsün bu uygulamadan doğan zararları hemen hemen hiç rakibinin bulunmadığı aseptik kartonlar pazarında elde ettiği ciddi boyuttaki karlar ile sübvansede ederek karşılamasına dayandırılmıştır⁹.

Tetra Pak II kararındakine benzer bir yıkıcı fiyat iddiası mevcut dosya bakımından da söz konusudur. Ayrıca yukarıda yer verilmekte olan bilgiler, ilgili pazarlar arasında yakın bağların varlığına işaret etmektedir. Abdi İbrahim'in botulinum toksin ürününün müşterisi olan estetik cerrah, medikal estetisyen ve dermatologlar aynı zamanda hyaluronik asit bazlı dolgu maddelerinin de müşterisi konumundadır. Ayrıca Abdi İbrahim'in botulinum toksin pazarında sahip olduğu güçlü konumu (Botox markasına duyulan güven ve alışkanlık, Abdi İbrahim'in Botox satışı gerçekleştirdiği süre zarfında müşterilerle geliştirmiş olduğu ilişkiler gibi), yine Botox markasının yaratıcısı olan Allergan firmasına ait ürünlerle girdiği hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri pazarında teşebbüse önemli bir avantaj sağlayabilecektir.

⁴ Case 6/73 etc [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.

⁵ Case 311/84 *Centre Belge d'Etudes de Marché Télémarketing v CTL* [1985] ECR 3261, [1986] 2 CMLR 558

⁶ OJ [2002] L 61/32, [2002] 4 CMLR 1426, paras 36-51

⁷ Case C-310/93 P [1995] ECR I-865, [1997] 4 CMLR 238.

⁸ Case C-333/94 P [1996] ECR I-5951, [1997] 4 CMLR 662

⁹ Whish, R. (2005), *Competition Law*, Fifth Edition, Oxford University Press Inc., New York.

330 Pazarlar arasındaki bu yakın bağların şikayet konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlali mümkün kılan özel koşulları oluşturması ise, ancak Abdi İbrahim'in botulinum toksin pazarında hakim durumda olması ve hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri pazarındaki uygulamanın bir kötüye kullanma hali içermesine bağlıdır. Zira bir eylemin Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlal teşkil edebilmesi hem söz konusu eylemin uygulayıcısı olan teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olması, hem de teşebbüsün giriştiği eylemin bir kötüye kullanma hali içermesi şartlarının her ikisinin birden mevcut olmasına bağlıdır. 15.6.2006 tarih ve 06-44/540-142 sayılı Rekabet Kurulu kararında hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yapılan değerlendirmelerde, incelemeye konu teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı analiz edilerek incelemeye başlanabileceği gibi, başlangıç olarak şikayete konu eylemin bir kötüye kullanma hali içerip içermediğinin irdelenebileceği tespitine yer verilmektedir.

Mevcut dosyada anılan Karar'da belirtilen yöntemlerden ikincisi benimsenmiş ve analize Abdi İbrahim'in şikayet konusu uygulamasının bir kötüye kullanma hali içerip içermediği, başka bir deyişle söz konusu uygulamanın bir yıkıcı fiyat uygulaması olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasından başlanmıştır.

350 I.3.2. Yıkıcı fiyat iddiasına ilişkin tespitler

Yıkıcı fiyat uygulamasının nihai amacı, fiyatların mevcut ya da potansiyel rakiplerin katlanamayacağı düzeylere çekilmesi ile rakiplerin piyasa dışına itilmesi ve sonrasında fiyatların tekrar yükseltilmesidir. Dolayısıyla uygulamanın piyasa koşullarının zorlaması sonucu mu ortaya çıktığı, yoksa rakibi etkisizleştirmeye yönelik sistematik bir plan dahilinde mi gerçekleştirildiğinin ayırt edilebilmesi için maliyet altı satışın gerçek amacının ne olduğunun tespiti önem taşımaktadır¹⁰. Zira, hakim durumdaki teşebbüs, rakiplerini piyasa dışına itme amacıyla değil, stokların eritilmesi, ürün modelinde değişiklik, ekonomik konjonktür, indirim politikaları veya promosyon gibi saiklerle de fiyat düşürme yoluna gidebilmektedir¹¹. Raportörlerce Abdi İbrahim yetkilileri ile yapılan görüşmede, belli miktardaki dolgu malzemesinin doktorlara bedelsiz olarak verildiği hususu teyit edilmiş ancak bu uygulamanın yeni giriş yaptıkları dolgu malzemeleri pazarındaki ürünlerinin tanıtımına yönelik bir faaliyet olduğu belirtilmiştir. Raportörlerce doktorlarla yapılan görüşmelerde, Abdi İbrahim'in, Botox ve dolgu malzemesi satışlarını sadece ecza depolarına yaptığı, şikayet konusu uygulamanın, söz konusu ürünlerin tıbbi satış mümessilleri tarafından kendilerine tanıtım amacıyla teslim edilmesi şeklinde gerçekleştiği ve Botox alımları ile herhangi bir bağlantısının bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu husus, Abdi İbrahim'in dolgu malzemeleri sektöründeki rakiplerinden (.....)'in yetkililerinin "Abdi İbrahim piyasaya ilk girdiğinde ürünün tanıtımı için tanınmış doktorlara numune dağıtmıştır" ifadesi ile de doğrulanmaktadır. 370 Abdi İbrahim tarafından şikayet konusu uygulamaya ilişkin olarak yapılan açıklamalara ise aşağıda yer verilmektedir:

"Firmamız 2008 yılının Şubat ayı sonundan itibaren hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri sektöründe faaliyet göstermektedir. Söz konusu ürünler çoğu zaman Botulinum Toksin A'yı bütünleyici bir nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla Allergan

¹⁰ KARA, A. F. (2003), Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması ABD ve AT Uygulamalarından Dersler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 18, Ankara

¹¹ SANLI, K. C. (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:3

380 *firmasının Surgiderm ve Juvederm markaları ile hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri pazarına girmesiyle bu ürünlerin Türkiye’de ithal ve satışına firmamız tarafından başlanmıştır. Bu ürünlerin tanıtımı için yararlandığımız araçlardan biri numune dağıtımımızdır. ..bedelsiz olarak aldığımız (....-....) adet dolayındaki numuneyi potansiyel müşteriler olan plastik cerrah, dermatologlar ve medikal estetisyenlere tanıtım amaçlı olarak dağıtmaktayız. Numuneler tek bir doktorun denemesi amacıyla doktora tanıtım amacıyla bırakılabildiği gibi, birden fazla doktorun bulunduğu ortamlarda yapılan eğitim amaçlı uygulamalarla birden fazla doktorun aynı anda bilgilendirilmesi sağlanabilmektedir. Numuneler zaman zaman satılan bir ürünün kalitesiz çıkması halinde de müşteriye bu bozuk ürünün yerine verilebilmektedir. Dolgu malzemeleri enjektörle uygulanmakta ve miktarının azaltılması mümkün olmadığı için satılan ürünlerin aynıları numune olarak dağıtılmakta ancak üzerlerinde numune olduklarını belirten bir ibare bulunmaktadır.*

390 *...Bizim dolgu malzemelerimizin fiyatı yine de rakip ürünlere nazaran bir miktar yüksektir. Ancak bu fark, bizim ürünümüzün içeriğinde diğer ürünlerden farklı olarak Lidokain denilen lokal anestetik bir maddenin bulunmasından ve dolayısıyla ayrıca bir lokal anestezi uygulamasına gerek bırakmayarak hasta konforunu artıran bir ürün olmasından kaynaklanmaktadır. Numuneler dağıtılırken müşterilerin ürünün bu niteliğini de keşfetmeleri hedeflenmiştir.”*

Bedelsiz ürün temini uygulaması ile esas olarak ürünlerin uygulayıcılara tanıtılmasının hedeflendiği hususu (.....)’ün aşağıdaki ifadeleri ile de desteklenmektedir:

400 *“Abdi İbrahim, eğitim programlarına destek veren bir firmadır. Örneğin, şirket hyaluronik asit bazlı dolgu malzemelerinin tanıtımı için düzenlediği ve yurtdışından eğitimcilerin çağırıldığı toplantılara bizleri davet ederek söz konusu ürünlerin uygulaması hakkında bilgi edinmemizi sağlamaktadır. Bu uygulamalar esnasında ürünlerin numuneleri kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra, şirket, bizlere, aynı şekilde, eğitim amaçlı toplantılar gerçekleştirmemiz halinde, uygulamalar için numuneler verebilmektedir. Ayrıca zaman zaman bu toplantıların katılımcılarına deneme amaçlı olarak birer adet ürün bedelsiz olarak verilebilmektedir. Ancak çok miktarda ürünün tarafımıza verilmesi söz konusu olmamaktadır. Şirketin numuneleri özellikle bu eğitim toplantılarında kullanılmaktadır.”*

410 Yukarıda yer verilmekte olan açıklamalar, şikayete konu uygulamanın bir promosyon niteliği taşıdığına işaret etmektedir. Ancak, promosyon olarak nitelendirilen bir uygulamanın boyutları ve süresi itibarıyla hangi sınırlar içerisinde kalması gerektiğine ilişkin genel bir kuraldan söz etmek mümkün olmadığı için, böyle bir uygulamanın makul bir piyasa uygulaması olarak değerlendirilebilmesi, o uygulamanın, rakiplerin piyasa dışına itilmesini hedefleyen veya buna sebep olacak nitelikte olup olmasına bağlıdır.

420 Diğer taraftan, mevcut dosya kapsamında yapılacak değerlendirme bakımından esas önem taşıyan nokta, şikayete konu uygulama kapsamında müşterilere bedelsiz olarak dağıtılan ürünlerin, Abdi İbrahim’e üretici firma tarafından bedelsiz olarak temin edilmesi ve dolayısıyla teşebbüse herhangi bir maliyetinin olmamasıdır. Abdi İbrahim tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 21.11.2008 tarih ve 7715 sayı ile giren belgede yer alan fatura örneği, (...) si Juvederm Ultra 4, (...)’i Juvederm Ultra 3 olmak üzere (....) kutu dolgu malzemesinin Abdi İbrahim’e Allergan Services Int. Ltd.

tarafından bedelsiz olarak temin edildiğini kanıtlamaktadır. The Wall Street Journal'da yayımlanmış olan Aralık 2007 tarihli bir makalede yer alan bilgilerden ise, Allergan'ın benzer bir bedelsiz ürün temini uygulamasını daha önce de Amerika Birleşik Devletleri'nde, burada yerleşik marka olan Restylane ile rekabet etmek amacıyla gerçekleştirmiş olduğu anlaşılmakta olup; uygulamanın promosyon niteliği taşıdığına ilişkin açıklamaları desteklemektedir. Daha da önemlisi, doktorlara dağıtılan ürünlerin Allergan tarafından Abdi İbrahim'e bedelsiz olarak temin edilmesi, söz konusu uygulama ile Abdi İbrahim'in botulinum toksin pazarındaki konumu arasındaki ilişkiyi ortadan kaldırmaktadır. Başka bir deyişle, Abdi İbrahim'in, dolgu malzemeleri pazarındaki uygulamalarını, botulinum toksin pazarında sahip olması muhtemel bir hakim durumun sağladığı finansal, teknolojik ve ticari avantajlara dayanarak gerçekleştirmediği ortaya çıkmakta ve hal böyle iken Abdi İbrahim'e atfedilebilecek bir kötüye kullanma halinden söz etmek mümkün olmamaktadır.

Kaldı ki, Abdi İbrahim'in hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri pazarına girişi sonrasında piyasada gerçekleşen satış rakamlarına ilişkin veriler, şikayetçi konumunda bulunan ve Abdi İbrahim'in uygulamasının rakiplerin satış yapmasını engellediğini iddia eden şikayetçi firmanın satış hacmini gerçekte artırdığını ortaya koymaktadır:

Tablo 3: Şikayetçi firmanın yıllar bazında hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri satış miktarı

	2005	2006	2007	2008 (10 ay)
Satış Miktarı	(....)	(....)	(....)	(....)

Yukarıdaki tablodan görüleceği üzere, teşebbüsün hyaluronik asit bazlı dolgu malzemesi satış miktarları, 2005 senesinde (.....), 2006 senesinde (.....), 2007 senesinde (.....), 2008 yılının ilk 10 aylık döneminde ise (.....) kutu olarak gerçekleşirken, bu miktarın (.....) kutuluk kısmı Abdi İbrahim'in piyasaya giriş yaptığı Mart ayından itibaren elde edilmiştir. Aynı dönemde Abdi İbrahim'in satış miktarı ise (.....) kutu olarak gerçekleşmiştir.

Piyasadaki diğer önemli oyuncuların yıl bazında satış miktarlarına ise aşağıda yer verilmektedir:

Tablo 4- ve firmalarının yıl bazında satış miktarları

Satış Miktarları	2005	2006	2007	2008 (10 ay)
..... Firması	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
..... Firması	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Yukarıdaki tabloda yer alan veriler, 2008 yılı itibarıyla, söz konusu teşebbüslerin satışlarında önemli bir düşüş olmadığını ortaya koymaktadır. Özetle, Abdi İbrahim'in piyasaya girişi sonrasında, teşebbüsün önde gelen rakiplerinden ve firmaları sadece düşük miktarda satış kaybına uğramış, firması ise satış miktarını artırırken, Abdi İbrahim (.....) kutuluk bir satış rakamına ulaşmıştır. Piyasadaki bu gelişmeler, piyasadaki rekabetin engellendiğine değil, piyasada rekabetçi bir yapının varlığına işaret eder niteliktedir. Dolayısıyla, şikayet konusu uygulamanın, müşterilerin tüm ihtiyaçlarını kendilerine bedelsiz olarak verilen ürünlerden sağlamaları sebebiyle rakipleri satış yapamaz duruma getirdiği ve piyasa dışına ittiği iddiasının da gerçeği yansıtmadığı ortaya çıkmıştır.

Yapılan bu değerlendirmelerin ışığında Abdi İbrahim'in hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri pazarında bir yıkıcı fiyat uygulaması gerçekleştirmediği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla, benimsenen yöntem doğrultusunda teşebbüsün herhangi bir

08-69/1113-430

pazarda hakim durumda olup olmadığına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmaya da gerek görülmemiştir.

J. SONUÇ

480 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; dosya konusu iddialarla ilgili olarak Abdi İbrahim İlaç San. ve Tic. A.Ş. ve Abdi İbrahim İlaç Pazarlama A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.