

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2007-1-22 (Muafiyet)
Karar Sayısı : 07-63/774-281
Karar Tarihi : 2.8.2007

10 **A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Tuncay SONGÖR (İkinci Başkan)
Üyeler : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, M. Sıraç ASLAN
Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN

B. RAPORTÖRLER: Mustafa Oğuzcan BÜLBÜL, Harun GÜNDÜZ

**C. BAŞVURUDA
BULUNAN**

20 : - Pfizer İlaçları Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Gönenç GÜRKAYNAK,
Av. K. Korhan YILDIRIM
Çitlenbik Sok. No:12 Yıldız Mahallesi Beşiktaş-İstanbul

D. TARAFLAR

30 : - Pfizer İlaçları Ltd. Şti.
Muallim Naci Cad. No:55 34347 Ortaköy - İstanbul
- Dilek Ecza Deposu İthalat ve İhracat Ticaret A.Ş.
Yıldız Mahallesi Hamidiye Caddesi No: 42
Dilek Ecza Deposu Plaza - Antalya

E. DOSYA KONUSU: Pfizer İlaçları Limited Şirketi ile Dilek Ecza Deposu İthalat ve İhracat Ticaret Anonim Şirketi arasındaki Ürün Tedarik Sözleşmesi'ne menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi.

40 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 2.3.2007 tarih, 1516 sayı ile giren ve en son 10.7.2007 tarih, 4674 sayılı yazı ile eksiklikleri tamamlanan başvuru üzerine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4., 5. ve 8. maddeleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 20.7.2007 tarih ve 2007-1-22/MM-07-MOB sayılı Muafiyet Raporu, 20.7.2007 tarih, REK.0.05.00.00-130/141 sayılı Başkanlık önergesi ile 07-63 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; Pfizer İlaçları Limited Şirketi (Pfizer) ile Dilek Ecza Deposu İthalat ve İhracat Ticaret Anonim Şirketi arasında imzalanan "Ürün Tedarik Sözleşmesi" ile ilgili olarak;

1) Sözleşme'nin,

- 50
- 4.3. maddesinde Pfizer'ın Türkiye'deki pazar payı %2,5'in üzerinde olan ecza depolarıyla çalışacağı konusunda hüküm getirilmesi,
 - 8.7. maddesi ile Dilek Ecza Deposu'nun müşterilerince yapılacak satışlara kısıtlama getirilmesi,

nedeniyle menfi tespit belgesi verilmesinin mümkün olmadığı,

2) Sözleşme'nin

- 60
- 4.3. maddesi ile Pfizer'in, Informational Medical Statistics (IMS) verilerine göre % 2.5 oranının altında pazar payına sahip olan ecza depolarına ilaç satmayacak olması,
 - 8.7. maddesi ile Dilek Ecza Deposu'nun müşterilerince yapılacak satışlara kısıtlama getirilmesi,

nedeniyle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı,

- 70
- 3) Sözleşme'nin 8.7. maddesinin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını taşıması sebebiyle bireysel muafiyetten yararlanabileceği ancak, Sözleşme'nin aynı Kanun maddesinde sayılan koşulları karşılayamayan 4.3. maddesine bireysel muafiyet verilmesinin de mümkün olmadığı,

4) Sözleşme'nin 4.3. maddesinin anlaşmadan çıkarılması durumunda, Sözleşme'nin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında Bireysel Muafiyet almasının mümkün olduğu,

ifade edilmektedir.

80

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Pfizer İlaçları Limited Şirketi (Pfizer)

90

Pfizer, dünya çapında faaliyet gösteren Pfizer şirketler grubunun bağlı ortaklıklarından bir olup beşeri ve hayvan sağlığı ürünlerinin üretimi, alımı, satımı ile bu ürünlerin yurt dışına ihracı ve yurt dışından ithali işi ile iştigal etmektedir.

H.1.2. Dilek Ecza Deposu İthalat ve İhracat Ticaret Anonim Şirketi (Dilek Ecza Deposu)

Dilek Ecza Deposu, her türlü tıbbi, ispençiyari biyolojik, zirai ve veterinerliğe ait ve müstahzarların alım satımı alanında faaliyet göstermektedir. Dilek Ecza Deposu, üretici firmalardan aldığı beşeri ve hayvan sağlığı ürünlerinin tüm Türkiye'de dağıtımını ve satışı faaliyetini yapmakta, ayrıca kamu ihale mevzuatı kapsamında devlet ve üniversite hastaneleri ile 6.1.2005 tarih ve 5283 sayılı

100 Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun uyarınca Sağlık Bakanlığı'na devredilen eski Sosyal Sigortalar Kurumu Hastaneleri tarafından açılan beşeri ilaç ihalelerine katılmakta ve bu birimlere ilaç temin etmektedir.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında,

110

- Başvuru konusu işlemin tarafı olan Pfizer'in ilaç üreticisi bir teşebbüs olduğu,
- Başvurunun diğer tarafı olan Dilek Ecza Deposu'nun da T.C. Sağlık Bakanlığı'nın ilgili mevzuat hükümleri uyarınca kurulmuş, yerli ve yabancı ilaç üreticisi teşebbüslerden aldığı ilaçların Türkiye pazarında dağıtımını yapmakta olan bir ecza deposu olduğu,
- Başvuru konusu işlemin tarafları arasında akdedilmek istenen "Ürün Tedarik Sözleşmesi"nin aslında bir *tip sözleşme* olduğu ve bu sözleşmeye Rekabet Kurulu tarafından menfi tespit veya muafiyet verilmesi durumunda, bu kararın verilmesine müteakip söz konusu Ürün Tedarik Sözleşmesi'nin Pfizer tarafından başka ecza depolarıyla da akdedileceği dikkate alındığında,

120

söz konusu işlemin etkilerinin, yerli ve yabancı ilaç üreticisi teşebbüslerden aldıkları ilaçların Türkiye'de dağıtımını yapan ecza depolarının faaliyet gösterdiği pazarda olacağı görülmektedir. Bu bağlamda, ilgili ürün pazarı "*ilaç dağıtım*" pazarı olarak tanımlanmıştır.

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

130

Başvuru konusu işlem taraflarının satışlarını tüm Türkiye genelinde gerçekleştirmesi ve dosya konusu olayda bölgesel pazar tanımı yapılmasını gerektirecek bir durumun söz konusu olmaması tespitlerinden hareketle, ilgili coğrafi pazar "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları*" olarak belirlenmiştir.

H.3. Sektörel Bilgiler

H.3.1. Türkiye Pazarına İlişkin Bilgiler

140

İlaç sektöründe ürünlerin nihai tüketiciye ulaşmasında üretici-ecza deposu-eczacıdan oluşan bir dağıtım ağı mevcuttur. Sektördeki anılan aktörlerin ticari faaliyetleri, gerek en büyük alıcı olması gerekse de kamu sağlığından sorumlu olması nedeniyle devlet tarafından düzenlenmekte ve bu çerçevede kontrol edilmektedir. T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından 14.2.2004 tarih ve 25373 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılmasına Dair Karar uyarınca, ilaçların azami fiyatları söz konusu Bakanlık tarafından tespit edilmektedir. Devletin üretici fiyatlarının azami sınırının belirlenmesinin yanı sıra ecza depoları ile eczacıların bu fiyata ilave edilen kar marjlarının azami limitini belirleme gibi yetkileri de bulunmaktadır. Buna göre, Beşeri Tıbbi Ürünlerin

- 150 Fiyatlandırılmasına Dair Karar'ın 10. maddesine uyarınca yerli ve ithal ilaçlarda aynı olmak üzere depocu ve eczacı kar oranları şu şekilde belirlenmiştir:

Tablo 1: Depocu ve Eczacı Kar Oranları

Depocuya satış fiyatının;	Depocu (%)	Eczacı(%)
10 Milyon TL'ye kadar olan kısmı için (10 Milyon dahil)	9	25
10- 50 Milyon TL arasında kalan kısmı için (50 Milyon dahil)	8	24
50-100 Milyon TL arasında kalan kısmı için (100 Milyon dahil)	7	23
100-200 Milyon TL arasında kalan kısmı için (200 Milyon dahil)	4	16
200 Milyon TL üstünde kalan kısmı için	2	10

- 160 Her ne kadar ilaçların üzerinde yer alan fiyat etiketleri Sağlık Bakanlığı'nın izni olmaksızın değiştirilememekteyse de dağıtım zincirlerinde yer alan aktörlerin kurumsal tüketicilere kar marjlarından yaptıkları indirimler, sektörde rekabet ortamının oluşmasına neden olmaktadır. Bu çerçevede yapılan indirimler iskonto veya mal fazlası indirimleri olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun yanında daha uzun vadeler ile ürün satışı da sektördeki rekabetin önemli bir unsurudur. Özellikle aynı pazarda yer alan üreticiler arasındaki rekabetin bir sonucu olan ve yukarıda değinilen rekabet araçları, ecza depoları vasıtasıyla çoğu zaman aynı şekilde eczanelere intikal ettirilmekte, hatta kimi zaman depolar kendi karlarından feragat etmek suretiyle eczanelere ilave fiyat ve vade avantajları sağlamaktadır.

- 170 Ecza depoları ülke genelinde üreticiden eczanelere ilaçları ulaştıran, anılan sistem çerçevesinde üreticilerden almış oldukları ve pazardaki rekabet koşulları çerçevesinde ortaya çıkan avantajlı alım koşullarını dağıtım zincirinin son halkası olan eczacılara aktaran teşebbüslerdir. Son yıllarda özellikle ilaç sayısının artması nedeniyle stok bulundurma maliyetleri oldukça artan eczaneler, bu maliyetleri azaltabilmek için ecza depolarından gün içinde telefonla sipariş vererek ilaç almak yolunu tercih ederek, stok bulundurma maliyetlerinin önemli bir kısmını depolar üzerine yüklemekte ve kendilerine mali anlamda bir avantaj sağlamaktadır. İlaç dağıtım pazarında mevcut olan rekabetin bir sonucu olarak depolar, istenilen ilaçları eczanelere en kısa sürede ulaştırma ve bu çerçevede eczanelerin stok maliyetlerini azaltma hususunda da birbirleri ile rekabet etmektedirler.

- 180 Türkiye ilaç dağıtım pazarında yaklaşık doksan ecza deposu faaliyet göstermektedir. Bu ecza depolarından en büyük yirmisinin 2006 yılı ciroları ve pazar payları aşağıda gösterilmiştir:

Tablo 2: Ecza Depolarının 2006 Yılı Ciroları ve Pazar Payları

Ecza Deposu	2006 Yılı	
	Ciro (YTL)	Pazar Payı (%)
Hedef Ecza Deposu Tic. A.Ş.	(.....)	(....)
Selçuk Ecza Deposu Tic. A.Ş.	(.....)	(....)
Ecza Kooperatifleri	(.....)	(....)

Nevzat Ecza Deposu Tic. Ve San. A.Ş.	(.....)	(....)
EN BÜYÜK DÖRT DEPO ARA TOPLAM	8.196.179.718	83.12
Galenos Ecza Deposu ve Tic. A.Ş.	(.....)	(....)
Dilek Ecza Deposu İth. İhr. Tic. A.Ş.	(.....)	(....)
EN BÜYÜK ALTI DEPO ARA TOPLAM	8.709.636.635	88.32
Meltem Ecza Deposu ve Tic A.Ş.	(.....)	(....)
Emek Ecza Deposu A.Ş.	(.....)	(....)
Vet-İş Ecza Deposu ve Ticaret A.Ş.	(.....)	(....)
Sihhat Ecza Deposu Pazarlama ve Ticaret A.Ş.	(.....)	(....)
Vetilpa Ecza Deposu	(.....)	(....)
Yusufpaşa Ecza Deposu Ltd. Şti	(.....)	(....)
Melis Ecza Deposu Ltd. Şti.	(.....)	(....)
Birlik Ecza Deposu Ltd. Şti	(.....)	(....)
Afyon Ecza Deposu San. Tic. A.Ş.	(.....)	(....)
Çınar Ecza Deposu ve Dış Ticaret A.Ş.	(.....)	(....)
Akay Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret A.Ş.	(.....)	(....)
İnanç Ecza Deposu Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti	(.....)	(....)
Hizmet Ecza Deposu	(.....)	(....)
Genç Ecza Deposu Tic. Ltd. Şti.	(.....)	(....)
EN BÜYÜK YIRMİ DEPO ARA TOPLAM	9.173.049.803	93.02
DİĞER ECZA DEPOLARI	(.....)	(....)
GENEL TOPLAM	9.861.070.237	100

190 Yukarıdaki tablodan da anlaşıldığı üzere, en yüksek pazar payına sahip ilk dört ecza deposunun Türkiye ilaç dağıtım pazarındaki 2006 yılı ciroları toplamı 8.196.179.718 YTL ve pazar payları toplamı ise % 83.12'dir. Bu bağlamda, Türkiye'de faaliyet gösteren ecza depolarının grup ecza depoları (Hedef Ecza Deposu Tic. A.Ş. ve Selçuk Ecza Deposu Tic. A.Ş.), kurumlar vergisinden muaf ve kar amacı olmayan ecza kooperatifleri ve yerel depolar olarak üç başlık altında sınıflandırılması mümkündür.

200 Rekabet hukuku davalarının analizinde yaygın olarak kullanılan, bir ilgili pazarda faaliyet gösteren ve en fazla pazar payına sahip olan ilk 4 teşebbüsün toplam pazar paylarını gösteren CR4 oranları, bahse konu işlem için de hesaplanmıştır. Yukarıda yer verilen tablodan da görüleceği üzere 2006 yılı için CR4 oranı % 83.12 seviyesindedir. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) rekabet hukuku uygulamalarında, % 75'i aşan bir CR4 oranına sahip bir pazarın rekabetçi olmayan bir yapıda olduğu kabul edilmektedir¹.

Türkiye ilaç dağıtım pazarının % 93.02'lik kısmını oluşturan yirmi adet ecza deposunun sahip olduğu pazar payları dikkate alınarak, rekabet hukuku uygulamalarında pazarın ne ölçüde rekabetçi bir yapıya sahip olduğunu test

¹ Hovenkamp, H. (1999), "Federal Antitrust Policy", s. 511.

210 etmek için kullanılan HHI (Herfindhal-Hircshman Index) testi çerçevesinde bir değerlendirme yapılması da yararlı olacaktır. Bu bağlamda, pazardaki en büyük yirmi depo haricinde kalan yaklaşık yetmiş ecza deposunun sahip olduğu % 6.88'lik pay ihmal edilerek HHI değeri hesaplandığında, geriye kalan yirmi ecza deposunun oluşturduğu pazarda 2006 yılı rakamlarına göre 2.471 olarak hesaplanan HHI değerinin, "oldukça yoğunlaşmış pazar" değeri olan 1,800'ün üzerinde olduğu görülmektedir².

Bu çerçevede, Türkiye ilaç dağıtım pazarının HHI ve C4 testlerinin sonuçları dikkate alınarak rekabet hukuku perspektifinden bir değerlendirmesi yapıldığında, söz konusu pazarın mevcut yapısının çok da sağlıklı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

H.2.2. Avrupa Pazarına İlişkin Bilgiler

220 Avrupa'da ilaç dağıtımını yapan ecza depolarının durumuna bakıldığında ise ilaç dağıtımını yapan ecza depolarının sayısının ve bunların sahip olduğu pazar paylarının ülkeden ülkeye farklılık göstermekte olduğu görülmektedir.

230 Avrupa'daki ilaç dağıtım alanında faaliyet gösteren üç önemli teşebbüs Alliance UniChem (Birleşik Krallık), Celesio (Almanya), ve Phoenix (Almanya) Avrupa'daki dağıtım pazarının %60'ından fazlasını kontrol etmektedir ve söz konusu üç teşebbüsün toplam satışları 50 milyar Avronun üzerindedir. Bu teşebbüsler yerel pazarlardaki birleşmeler (yerel rakiplerin devralınması) ve yatay bütünleşme (sınır ötesi devralmalar) sonucunda büyümüşlerdir. Bunlara örnek olarak Alliance UniChem'in Avrupa'nın en önde gelen perakende eczane grubunu kurmak amacıyla İngiliz Boots Grubuyla birleşmesi; Celesio'nun Alman bir aracı satış şirketi olan Pharmexx'in hisselerinin %30'unu devralması ve Phoenix'in 2003 yılında İskandinavya'da faaliyet gösteren bir ilaç toptancısı olan Tamro'yu devralması işlemleri gösterilebilir.

240 Pek çok Avrupa ülkesinde jenerik ilaçların kullanımının yaygınlaştırılmasına yönelik hükümet politikaları sonucunda, paralel ithalat ürünlerini ve hızlı satılan jenerik ilaçların dağıtımını üstlenen ve tam ürün yelpazesine sahip olmayan daha çok ecza deposu ilaç dağıtım pazarına girmiş ve gelişmiştir. Avrupa'da satılan ilaçların dörtte üçü ecza depoları aracılığıyla dağıtılmaktadır. Söz konusu ecza depoları ise perakende seviyesinde faaliyet gösteren eczanelere ve dispanser hekimlere satış yapmaktadırlar. Diğer taraftan, ilaç şirketleri Almanya, İtalya ve Fransa gibi büyük pazarların yanı sıra Türkiye'nin de dahil olduğu birçok ülkede doğrudan hastanelere de dağıtım yapmaktadırlar. Bu durum ülkeler bazında incelendiğinde, aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

Birleşik Krallık:

250 1979 ile 2007 yılları arasında Birleşik Krallık'taki ecza depolarının sayısı 32'den 16'ya düşmüştür. Birleşik Krallık pazarındaki bütünleşme son iki yılda da devam etmiş ve Phoenix 2005 yılında en büyük yerel toptancılardan birisini satın almıştır. Ayrıca büyük yerel şirketlerden ikisi de tam ürün yelpazeli faaliyetlerini

² HHI değerinin 1,000'in altında olması "yoğunlaşmamış"; 1,000-1,800 arasında olması "orta dereceli yoğunlaşmış pazar" ve 1,800'ün üzerinde olması "oldukça yoğunlaşmış pazar" olarak sınıflandırılmaktadır.

durdurmuşlardır. Halihazırda Celesio'nun %40, Alliance UniChem'in %30 ve Phoenix'in %14 oranında pazar payı bulunmaktadır. Daha küçük çaplı yerel ecza depolarının toplam pazar payı %16 düzeyindedir.

260 Ayrıca Birleşik Krallık'ta, yüksek miktarda ürün satın alınmasına yönelik sözleşmelerde hızlı bir artış ve münferit müşterilerin sayısında da azalma meydana gelmektedir. Diğer pek çok Avrupa pazarında olduğu gibi Birleşik Krallık'ta da görece küçük eczane portföyüne (örneğin 100-200 eczane) sahip küçük çaplı ecza depolarının sayısı azalmaktadır. 90'lı yıllar boyunca eczane zincirlerinin sahip oldukları eczane sayısında olağanüstü bir artış ve buna bağlı olarak da bağımsız eczane sayısında son derece yüksek bir düşüş meydana gelmiştir. Bağımsız eczanelerin sayısı her yıl %4 oranında azalmaktadır. Eczane zincirleri alımlarını (alım avantajları nedeniyle) tek bir ecza deposundan alım yoluyla bütünleştirmişler ve bunun sonucunda ulusal ve büyük çaplı yerel ecza depoları büyürken küçük ecza depoları rekabet güçlerini kaybetmeye başlamışlardır.

270 Ayrıca pazarda çok önemli bir değişiklik daha devreye girmiş ve ecza depolarıyla eczane zincirleri birleşmişlerdir. Celesio Lloyds zincirini, Phoenix Rowlands'ı satın almış ve Alliance UniChem, Moss ve Boots'la bağlantı kurmuştur. Bunun sonucunda Birleşik Krallık'taki eczanelerin %40'ı bağlı oldukları ecza depolarıyla aynı teşebbüs içinde yer alır hale gelmiştir. Birleşik Krallıkta faaliyet gösteren en büyük üç ecza deposu, tüm eczanelerin yaklaşık %85'ine ürün vermektedirler. Ayrıca ilaç üreticileri de eczane ve uzman kliniklere ürün sağlamaktadır.

Fransa:

280 1979 ile 2005 yılları arasında Fransa'daki ecza depolarının sayısı 25'ten 10'a düşmüştür. 1999 ve 2000 yıllarında Alliance UniChem yerel ecza depolarını devralmış ve Celesio da Fransız menşeli en büyük ecza deposu olan OCP ile birleşmiştir. Dolayısıyla Fransa'da halihazırda tam ürün yelpazesine sahip on adet ecza deposu bulunmakta ve bunlardan dördünün toplam pazar payı %99'u bulmaktadır. Pazar, üç büyük Pan-Avrupalı ecza deposu tarafından domine edilmektedir: Celesio (%40), Alliance UniChem (%28) ve Phoenix (%4). Fransız bir kooperatif derneği olan CERP'nin %26'lık bir pazar payı bulunmakta ve diğer 6 deponun pazar payı %1 düzeyinde kalmaktadır. Fransız pazarında ayrıca 290 yalnızca ihracatla uğraşan ecza depoları da bulunmaktadır (bu ecza depolarının özel lisansları bulunmaktadır). Ancak bu ecza depolarının yerel pazarda herhangi bir pazar payları bulunmamakta ve ilaç ürünlerini gerek AB ülkelerine, gerekse AB toprakları dışına ihraç etmek amacıyla satın almaktadırlar.

Almanya:

300 1979 ile 2005 yılları arasında Almanya'daki ecza depolarının sayısı 41'den 16'ya düşmüştür. Almanya'da, Celesio ve Phoenix tüm ilaç dağıtımının %47'sini gerçekleştirmektedirler ve pazara hakimdirler. Ayrıca yerel iki şirket olan Sanacorp ve Anzag'ın toplam pazar payları %31 düzeyindedir. Bu nedenle pazar yüksek bir bütünleşme arz etmektedir.

İspanya:

İspanya'da, her ne kadar 140 ecza deposu bulunmakta ve bu nedenle ecza depoları bölünmüş bir görünüm sergilemekteyse de, söz konusu ecza depolarından beşinin toplam pazar payı %56 düzeyinde bulunmakta ve bu ecza depoları çok geniş bir coğrafi alana hitap edebilmektedirler. Pazardaki satışların yaklaşık %85'i kooperatif şeklinde yapılanan toptancılara gerçekleştirilmektedir. İspanya'da halihazırdaki büyük ecza depolarının pazar payları aşağıdaki gibidir:

- Cofares: %19
- Safa (Alliance Unichem): %13
- Hefame: %10
- Federacio: %8
- Cecofar: %6
- Diğer: 44%

Portekiz:

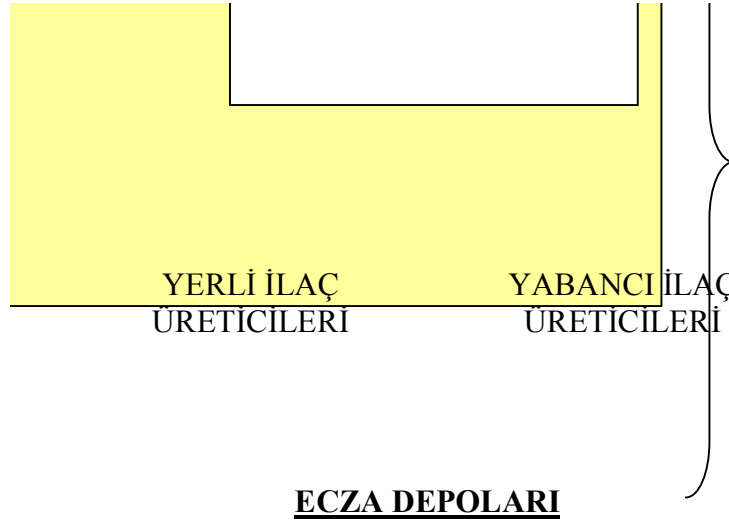
Portekiz pazarında 33 adet ecza deposu bulunmaktadır. En büyük ikisi olan Alliance-Unichem ve Celesio'nun pazar payları sırasıyla %24 ve %19'dur ve en büyük 10 şirketin toplam pazar payı %96 düzeyindedir.

İtalya:

Her ne kadar İtalya'da ecza depoları ve pazar bölünmüş bir görünüm sergilemekteyse, 2002 ile 2007 yılları arasında ecza depolarının sayısında yıllık %8 oranında düşüş meydana gelmiştir. İtalya'da halihazırda 224 ecza deposu bulunmaktadır. Ancak üç büyük Pan-Avrupalı teşebbüsün her biri İtalya'da faaliyet göstermektedir ve bu üç teşebbüs perakende kanalı toplam cirosunun %31'ini, toplam ardiye sayısının da %30'unu kontrol etmektedirler.

H.4. Değerlendirme

Menfi tespit ve muafiyet değerlendirmesine geçmeden önce, bu değerlendirmenin daha sağlıklı yapılabilmesi için Pfizer ile kendisinden ilaç alımı yapan depolardan IMS verilerine göre pazar payı % 2,5'luk eşiğin üzerinde olanlarla akdedilmesi planlanan Sözleşme'nin, üretici-ecza depoları-eczaneler dağıtım zincirinin özellikle depolar ve eczaneler kısmında yoğun olarak görüleceği düşünülen etkilerinin bir değerlendirmesi yapılmıştır. Bu etki değerlendirmesi yapılırken, dağıtım zincirinin ecza depoları ayağında hem eczanelere satış yapan depoların bulunması, hem de ihaleci depoların bulunması nedeniyle, zincirin ecza depoları kısmı "ihaleci ecza depoları" ve "eczanelere satış yapan ecza depoları" olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Etki değerlendirmesinin diğer ayağı ise eczaneler olarak ele alınmıştır:



İHALEÇİ ECZA
DEPOLARI

ECZANELERE SATIŞ
YAPAN ECZA
DEPOLARI

- Grup Depoları- % (...)
- Ecza Kooperatifleri- % (...)
- Yerel Ecza Depoları- % (...)

Etki Değerlendirmesi

ECZANELER

H.4.1. Eczanelere Satış Yapan Ecza Depoları

H.4.1.1. Mevcut Durum ve Pazar Yapısı

360

İlaç dağıtım zincirinin en önemli halkası olan ecza depoları, ülke genelinde yerli ve yabancı üreticilerden aldıkları ilaçları eczanelere ulaştıran, üreticilerden almış oldukları ve pazardaki rekabet koşulları çerçevesinde ortaya çıkan avantajlı alım koşullarını dağıtım zincirinin son halkası olan eczacılara aktaran teşebbüslerdir.

370

Son yıllarda özellikle grup ecza depoları ile ecza kooperatifleri ve yerel ecza depoları arasındaki rekabetin artması, bir ürün olarak ilacın satış koşullarının, fiyatının, kar marjlarının, standartlarının, muhafazasının ve eczanelere ulaştırılmasının devlet tarafından katı kurallara bağlanmış olması, ürün üzerinden birbirleriyle rekabet edemeyen ecza depolarının, müşterileri konumundaki eczanelere verdikleri hizmet ile birbirleriyle rekabet etmeye başlamasına neden olmuştur. Eczanelerin bir anlamda bu rekabet ortamından faydalanmasının en çarpıcı sonuçlarından birisi, son yıllarda ilaç sayısının da

oldukça arttığı ve bu ilaçların her birinin miat sorunu olduğu da göz önüne alındığında, eczanelerin ilaç stoklama ve ilaçların miat sorununu bir anlamda depoların üzerine yüklemiş olmasıdır. Şöyle ki, eczanelerin, minimum miktarda ilaç stoku bulundurmamak ve gün içinde gelen ilaç taleplerinden o an için eczanede bulunmayanlarını da depolardan telefon siparişi ile karşılamak suretiyle önemli bir stok maliyeti avantajı sağladığı görülmektedir. Eczaneler ve ecza depoları arasındaki tedarik sisteminin bir anlamda telefonla temin sistemi haline dönüşmüş olması, birbirleriyle rekabet halinde bulunan ecza depolarının gün içerisinde rutin olarak 2–5 defa eczanelere ilaç servisi yapmaya başlamalarına (bu ilaç talebi bir kalem dahi olsa), bu servis için de belirli sayıda araç ve eleman bulundurmalarına ve gelen acil ilaç talepleri içinde motor-kuryeler kullanmalarına neden olmaktadır. Dolayısıyla, ecza depoları (özellikle de grup ecza depoları), dağıtım pazarındaki rekabet nedeniyle önemli maliyetlere katlanmak zorunda kalmaktadır.

Halihazırda ülkemizde faaliyet gösteren yaklaşık 23.000 eczaneden her birisinin sahip olduğu müşteri potansiyeli, ilaç satış miktarı ve dolayısıyla ekonomik gücü birbirinden farklıdır. Bu 23.000 eczane arasından, şehir merkezleri ya da hastane karşısı gibi müşteri potansiyelinin yüksek olduğu yerlerde faaliyet gösteren veya öz sermayesi güçlü olan eczanelerin önemli ciro rakamlarına ulaştığı; sayılan yerlerde bulunmayan veya öz sermayesi yeterli olmayan eczanelerin de ekonomik açıdan zor durumda olduğu görülmektedir. Buna ilaveten, eczaneler satışlarının çok büyük bir kısmının kamu tarafından finanse edilen zorunlu sağlık sigortaları³ mensuplarına gerçekleştirmektedirler. Bu çerçevede, ilaç bedellerinin %80'i söz konusu zorunlu sağlık sigortaları tarafından karşılanmaktadır⁴. Sosyal güvenlik kuruluşları eczanelerle yaptıkları protokollerde ödemeleri belirli vadelerde gerçekleştirmektedirler. Ancak çoğu zaman fiili ödeme vadesi protokollerle belirlenen ödeme vadesinin üzerine çıkmakta, bu nedenle de eczaneler bakımından önemli bir tahsilat belirsizliği doğmakta ve ekonomik gücü iyi olmayan ve ecza depolarına olan vadesi gelmiş borçlarını kendi öz sermayelerinden karşılayamayan eczanelerin, ecza depolarına karşı ödemelerini zamanında yerine getirememesi durumuyla karşı karşıya olduğu görülmektedir.

İlgili ürün pazarındaki rekabetin belki de en önemli faydalarından birisi tam da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Birbiriyle kıyasıya rekabet halinde olan ecza depoları, hâlihazırda olduğu gibi yaklaşık doksan deponun faaliyet gösterdiği bir pazar olmasaydı belki de hiç yapmayı düşünmeyecekleri şekilde, sosyal güvenlik kuruluşlarının zamanında yapmadığı geri ödemeler nedeniyle veya başka bir nedenle ödeme gücünü çeken eczaneleri ekonomik açıdan "idare etmektedir". Mali açıdan zor durumda olan eczanelerin temerrüde düşmesi engellenerek ya da bu eczanelerden olan alacakların tahsil edilmesi için yasal işlemler başlatılmayarak, söz konusu eczanelerin faaliyetlerine devam etmesi sağlanmaktadır.

Nitekim bu husus, *"...Büyük ölçekli depolar, eczanelerden çeşitli teminatlar olarak çalışmaktadırlar. Tarafların ticari ilişkilerinde bir sorun yaşanması halinde*

³ Geçmişte bu hizmeti Emekli Sandığı, Bağ-Kur, SSK sunmakta iken günümüzde her üç kurumu da tek çatı altında birleştiren Sosyal Güvenlik Kurumu sunmaktadır.

⁴ Raporlu hastalarda ilaç bedelinin tamamını zorunlu sağlık sigortası karşılamaktadır.

ise eczaneler küçük ölçekli depolara yönelmektedir. Çünkü küçük ölçekli depolar eczanelerle bu şekilde bir teminat olarak çalışmamaktadırlar...” şeklindeki görüşü ile (.....) Ecza Odası yetkilisi ve “...Zira piyasada yer alan biz ve bizim gibi depolar piyasanın denge unsurunu oluşturmakta ve satışları nispeten daha az olan eczanelerin de piyasada yer alabilmesine imkan tanımaktadırlar...” şeklindeki beyanı ile (.....) ve Ticaret A.Ş. yetkilisi tarafından da doğrulanmaktadır.

430 İlaç dağıtım faaliyetinde bulunan depolar arasındaki rekabetin bir diğer önemli sonucu da, ecza depolarının bünyesinde tüm ilaç firmalarına ait ilaçların tam olarak bulundurulması, diğer bir deyişle ürün gamının mümkün olduğunca en geniş biçimde tutularak ilaç siparişi için telefon açan eczaneye “hayır” denmemesidir. Bu durum kimi zaman öyle ileri gitmektedir ki, ecza depoları, kendilerine telefonla sipariş veren eczanelere hiçbir konuda hayır dememek için asıl faaliyet konuları olan ilaç yanında çok çeşitli itriyat ve hatta kırtasiye malzemesi bile bulundurarak, hizmet verdiği eczanelerini kendi müşteri portföyünde tutmaya çalışmaktadır. Bunun en önemli nedeni, sipariş için telefonla depoyu arayan bir eczanenin siparişlerini tam olarak aradığı depodan temin edememesi durumunda listesindeki diğer siparişlerini de iptal etmek suretiyle tüm siparişlerini bir bütün olarak başka depolardan temin yoluna gitmesidir. Dolayısıyla pazarın arz tarafını oluşturan grup depolar, yerel ecza depoları ve ecza kooperatifleri arasında kısmi de olsa bir geçiş maliyeti (switching cost) bulunurken, aynı sınıflandırma içerisinde (örneğin yerel ecza depoları) arasında çok yüksek bir talep ikamesi bulunmakta ve siparişlerini tam olarak bir depodan alamayan eczanelerin bu taleplerini karşılamak için hemen başka depolara yönelmesi söz konusu olmaktadır. Nitekim çeşitli ecza depoları ve ecza odaları ile raportörler tarafından yapılan görüşmelerde bu tespitleri doğrular nitelikte görüşler beyan edilmiştir:

- 450 - (.....) Eczacı Odası yetkilisi: “...Eczaneler ürün portföyü geniş olan depolarla çalışmayı tercih etmekte ve siparişlerini bölerek tedarik etme yolunu tercih etmemektedirler. Bunun nedeni ise siparişin tümünün tek depodan tedarik edilmesi halinde daha uzun vadeler almamızdır...”
- (.....) Ecza Deposu yetkilisi: “...Ayrıca eczaneler de mümkün olduğu kadar siparişini bölmemek, tüm ihtiyacını tek bir depodan karşılayarak daha fazla bindirim ya da vade almak istemektedirler. Depoların kuruluş amacı da ürün portföyünde tüm ilaçları bulundurmak, eczanelerin tüm ihtiyacını karşılayarak pazar payını arttırmaktır...”
- 460 - (.....) Ecza Deposu yetkilisi: “...Eczaneler de mümkün olduğu kadar siparişini bölmemek, tüm ihtiyacını tek bir depodan karşılayarak daha fazla bindirim ya da vade almak istemektedirler. Dolayısıyla çok köklü müşterim bile olsa, tüm ilaçları depoda bulundurmamam halinde bu müşterilerimi dahi kaybedeceğimi düşünüyorum...”
- (.....) Eczacılar Odası yetkilisi: “...Eczaneler, depoların sattıkları ilaçlara göre çalışacakları eczaneleri seçmekte ve genellikle alacağı tüm ilaçları tek bir depodan tedarik etme yolunu tercih etmektedirler...”
- (.....) Ecza Deposu yetkilisi: “...(.....) Ecza Deposu olarak amacımız mümkün olduğu kadar fazla ürün çeşidi satmaktır. Zira eczanelerde ürün portföyü geniş olan depolarla çalışmak isterler. Bu şekilde ürün portföyümüzü genişleterek piyasada daha da büyüebiliriz...”
- 470

- 480
- (.....) Eczacı Odası yetkilisi: “...Eczaneler ürün gamı geniş olan depolarla çalışmayı tercih etmekte ve siparişlerini bölerek tedarik etme yolunu tercih etmemektedirler...”
 - (.....) Ecza Deposu yetkilisi: “...Çünkü aradığı tüm ilaçları bizim depomuzda bulamayan eczanelerin siparişleri başka depolara kayacaktır. Zira depoların sahip olduğu ürün çeşidi çok önemlidir...”
 - (.....) Ecza Deposu yetkilisi: “...Çünkü eczanenin istediği ilaçlardan birinin depoda olmaması halinde eczane muhtemelen o depoyu tercih etmeyecektir. Zira eczanelerde ürün portföyü geniş olan depolarla çalışmak ve tüm ürünlerini tek bir depodan alma yolunu tercih etmek isterler...”
 - (.....) Ecza Deposu yetkilisi: “...Eczanelerle çalışan ilaç depoları bakımından ürün çeşidi çok önemlidir. Çünkü eczanenin istediği ilaçlardan birinin depoda olmaması halinde eczane muhtemelen o depoyu tercih etmeyecektir...”
 - (.....) Ecza Deposu yetkilisi: “...İlaç sektöründe ürün çeşitliliği önemli bir unsurdur...Müşteri (eczane) aradığı her ürünü (ilacı) bulduğu yerden mal almayı sürdüreceğinden dolayı tüm firmalarla çalışıyor olmak depo için satış avantajıdır...”

490

 - (.....) Ecza Deposu yetkilisi: “...Hem (.....) Ecza Deposu'nun sahibi olarak hem de geçmiş yıllarda 15 yıl eczane sahibi olarak izlenimlerim, çeşidi tam olmayan ecza depolarının yaşama şansı olmadığıdır. Nitekim çeşitli ortamlarda eczane sahibi meslektaşlarımla yaptığım görüşmelerde de eczanelerin çalışacağı depoyu seçerken en önemli etkenin tam çeşit istekleri olduğu doğrultusundadır...”
 - (.....) Ecza Deposu yetkilisi: “...Tüm eczaneler, çalıştıkları ecza depolarında bol ve istenilen ilaçların her an ellerinin altında olmalarını isterler. Böylelikle müşterilerine daha iyi hizmet sunmayı arzularlar. Ecza depoları da bu yolda ilerleyerek tüm ilaç üreticileri ile anlaşmak, ilaç çeşidini sürekli üst seviyede tutmak için çalışmalar yaparlar...”

500

 - (.....) Ecza Deposu: “...Talebi olan en küçük ilacı bile depomuzda bulundurmamız zorundayız...”
 - (.....) Ecza Deposu yetkilisi: “...Eczanelerin temel isteği, bütün ürünlere bir anda, bir yerden ulaşmaktır...”
 - (.....) Ecza Deposu yetkilisi: “...Eczaneler öncelikle çalışmış oldukları depoda aradıkları tüm ilaçları bulmak isterler. Eczanelerle birebir görüşmelerimizde bize sordukları ilk soru çeşidimizin nasıl olduğu, daha sonra da vade, hizmetlerimiz v.s.dir...”

510 Eczanelere satış yapan ecza depoları açısından belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, bu depoların yerli ya da yabancı ilaç üreticilerinden aldıkları promosyonları bugünkü mevcut yapıda birebir olarak, hatta zaman zaman kendi karlarının bir kısmından da feragat etmek suretiyle depolara yansıtılmalarıdır. Bu bağlamda, promosyonların tamamı eczaneler lehine kullanılmakta ve depolara açısından ilave bir avantaj yaratmamaktadır.

520 Özetle, dağıtım zincirinin son halkası olan eczanelere satış yapan ecza depoları, verdikleri hizmet ile eczanelerin stok maliyetlerini önemli ölçüde azaltmakta, ilaçların miadı ile ilgili olarak çıkabilecek problemleri üstlenmekte, ekonomik açıdan güçlü olmayan ve çoğu küçük ölçekli olarak nitelendirilebilecek bazı

eczanelerin zaman zaman ödeme gücünü çekmesi halinde onların bu durumlarını atlatabilmesi için çeşitli ödeme kolaylıkları ve vade imkanları yaratarak söz konusu eczanelere yardımcı olmakta ve eczanelere geniş bir ürün portföyü sunarak eczanelerin istedikleri ilaçları istedikleri zaman bulabilmelerini sağlamaktadırlar. Bu noktada ecza depoları bakımından belki de en dikkate değer husus, kar marjlarının alt ve üst limitleri devlet tarafından %2 ile %9 olarak tespit edilmiş olan ecza depolarının her biri aslında birer masraf kalemi niteliğinde olan hizmetleri eczanelere vermesinin ya da onlara çeşitli kolaylıklar sağlamasının en önemli nedeninin, ecza depoları arasındaki mevcut rekabet ortamıdır.

530

H.4.1.2. Olası Bir Menfi Tespit/Muafiyet İzni Sonrasında Sözleşme'nin 4.3. ve 8.7. Maddelerinin Pazardaki Etkileri

Pfizer tarafından Kurumumuza yapılan başvurunun ekinde yer alan ve gerekli izinlerin alınmasının ardından başvurunun diğer tarafı olan Dilek Ecza deposu yanında, Sözleşme'nin öngördüğü şartlara haiz diğer ecza depoları ile de imzalanması düşünülen Sözleşme'nin ilgili ürün pazarındaki rekabeti etkileyebilecek iki maddesi bulunmaktadır. Bu maddelerden ilki *"İşbu Sözleşme konusu Ürünleri, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde satış için paketlenmiştir. Müşteri işbu Sözleşmeye konu Ürünleri, Türkiye dışına satacağını veya satabileceğini bildiği veya Türkiye dışına satacağı veya satabileceği yönünde makul sebepler bulunan herhangi bir kişiye, ilk olarak söz konusu kişinin Ürünlerin ihracına yönelik kısıtlamaya uymasını sağlamadıkça satmayacak, devretmeyecek veya dağıtmayacaktır. Müşterinin söz konusu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda Pfizer, takdir münhasıran kendinde olmak üzere, Müşterinin söz konusu yükümlülüğüne bir kez daha aykırı davranmayacağına kanaat getirdiği ana kadar Müşteriye ürün tedarikini kesme hakkına sahiptir."* şeklinde düzenlenmiş 8.7. maddedir. Bu madde ile Dilek Ecza Deposu'na, Sözleşme konusu ürünleri Türkiye dışına satacağını bildiği veya satacağı yönünde makul sebepler bulunan herhangi bir müşteriye satmama yükümlülüğü getirilmektedir. Ancak bu maddenin, ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren ve eczanelere satış yapan ecza depoları arasındaki rekabeti doğrudan etkilemesi söz konusu değildir. Bu nedenle, değerlendirmeler, söz konusu depoları doğrudan etkileyecek olan % 2.5'lük pazar payı eşliğinin düzenlendiği 4.3. madde çerçevesinde yapılacaktır.

540

550

Sözleşme'nin 4.3. maddesinin, ilgili ürün pazarındaki olumsuz etkilerinin neler olabileceğine ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce, Pfizer'in bu maddenin getiriliş nedenine ilişkin olarak görüşlerine yer verilmiştir:

560

"...1. Menfi tespit veya bireysel muafiyet başvurumuzda da ortaya konduğu gibi Pfizer'in başlıca önceliği, sözleşme konusu ürünlerin yurt çapında ve yurdun her yerinde yeterli miktarda, kolay ulaşılabilecek şekilde ve sürekli olarak bulunmasının en etkin biçimde sağlanması hedefinin gerçekleştirilebilmesidir. Bu husus, menfi tespit veya bireysel muafiyet başvurumuzda açıklanan sebeplerle, Pfizer'in tabii olduğu ve gayet sıkı düzenlemeler içeren ilgili mevzuatın bir gereği olduğu gibi, kamu sağlığı açısından birincil derecede öneme sahip olan sözleşme konusu Ürünlerin tüm

570 yurt çapında bulunabilirliğini en etkin biçimde sağlamak ve buna bağlı olarak da tüketici refahını artırmak açısından son derece büyük önem taşımaktadır.

Ürün Tedarik Sözleşmesinin 4.3. maddesi hükmü, bu temel amaca yönelik olarak, Ürünlerin dağıtımının Pfizer bakımından ve müşterisi konumunda bulunan ecza depoları bakımından daha verimli ve maliyet açısından tasarruflu olmasını sağlamak amacını güden objektif bir düzenlemeye sevk etmektedir. Bu noktada öncelikle belirtilmesi gereken husus, söz konusu düzenlemenin bağımsız bir araştırma kuruluşu olan IMS'nin verilerini temel almasından hareketle objektif bir nitelik taşıdığı ve IMS veri tabanı hükümlerine göre 580 Türkiye'de en az %2,5 pazar payı koşulunu hâlihazırda yerine getiren veya ileride yerine getirecek olan tüm ecza depolarının Pfizer'le çalışma olanağına sahip olduğudur.

Söz konusu hüküm, yukarıda ifade edilen ve Pfizer'in başlıca önceliğini teşkil eden hedefin özünde ve etkisinde hiçbir değişikliğe sebebiyet vermemektedir. Söz konusu hüküm Ürünlerin Türkiye çapındaki bulunabilirliğini hiçbir biçimde azaltmayacak, yaratacağı maliyet etkinliğine bağlı olarak verimliliği artıracaktır. Gerçekten Ürünler tüm Türkiye çapında sürekli ve kesintisiz olarak ve Ürünlerin yurdun her yerinde yeterli miktarda ve kolay ulaşılabilecek şekilde bulunmasını 590 sağlayacak şekilde dağıtıma konu edilmeye devam edecek ve Ürünlerin arzında, Ürün Tedarik Sözleşmesinin 4.3. maddesi kapsamında yer verilen düzenleme sayesinde, yalnızca iyileştirmede bulunulmuş olacaktır.

Adı geçen düzenlemenin tek amacı, ilgili sözleşme maddesinin lafzından da anlaşılacağı üzere, Pfizer'in çalışma modeli ve verimlilik ilkeleri çerçevesinde şekillendirilen ekonomik bir tercih doğrultusunda, Ürünlerin dağıtımının bugüne kadar uygulanmış olan sistemden daha verimli ve maliyet yönünden tasarruflu bir şekilde odaklanarak gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır.

600 2. Ürün Tedarik Sözleşmesinin 4.3. maddesinde öngörülen pazar payı koşulunu yerine getiren, diğer bir deyişle IMS veri tabanı hükümlerine göre Türkiye'deki pazar payları %2,5 veya daha fazla olan ecza depoları, Türkiye'de ilaç dağıtımına ilişkin pazarın tamamına yakını (yaklaşık %95'ini) oluşturmaktadır. Gerçekten, IMS veri tabanı hükümlerine göre Türkiye'deki pazar payı %2,5 veya üzeri olan yedi ecza deposu, yurt çapına yaygın ve etkin dağıtım ağları ve verimli çalışma yöntemleri sayesinde Türkiye'nin tamamında ilaç dağıtım faaliyetlerini gerçekleştirmekte ve satış yapmadıkları hiçbir satış noktası bulunmamaktadır. Dolayısıyla, pazar payı bakımından zaten Türkiye'deki satışların neredeyse tamamını içeren bu muhatapların hizmet ettiği 610 alan da Türkiye'nin tamamıdır. Pfizer, bu ecza depolarının sahip oldukları dağıtım ağından ve etkin çalışma yöntemlerinden daha fazla yararlanarak Ürünleri yurt çapında daha verimli bir şekilde dağıtacak ve pazar payı %2,5'in altında bulunan diğer ecza depolarının hem toplam ilaç arzının %5'ini ifade ediyor olmaları hem de yalnızca onların hizmet verdiği hiçbir satış noktası bulunmaması sebebiyle pazarda hiçbir etki yaratmaksızın odaklandığı yeniden satış ağı ile önemli maliyet etkinliklerini sağlamış olacaktır. Nitekim, yukarıda yer verilen oranlar da sözleşmede getirilen objektif kriterin son derece makul bir düzeyde tutulduğunu açıkça göstermektedir.

620 Pfizer halihazırda, sayıları sekseni bulan ancak faaliyetleri diğer daha büyük ölçekli ve profesyonel ecza depolarıyla karşılaştırıldığında önemsiz düzeyde kalan söz konusu ecza depolarının yaklaşık yarısıyla çalışmakta ve bunların her biri için kaynak ve istihdam ayırmaktadır. Dolayısıyla, tüketiciler nezdinde pazarda hiçbir etki doğmaksızın sağlayıcının malları etkin bir dağıtım ağıyla tüketicilere ulaştırabilmesi sayesinde yaratılacak olan maliyet etkinliği son derece belirgindir.

630 3. Söz konusu pazar payı koşulunu yerine getirmeyen ecza depoları tarafından gerçekleştirilen dağıtım faaliyetlerinin çoğu zaman gerekli profesyonel istikrarı sağlayamaması dolayısıyla, bu muhatapların Pfizer ile çalışabilmek için %2,5'ü aşkın IMS Pazar payını aşkın bir düzeye gelmelerinin talep edilmesi son derece makul ve yalnızca sınırlı ölçüde de olsa ölçek ekonomisine yönelik bir basiretli tavrın sonucu olacaktır. Bu yönden, Pfizer ilgili düzenleme sayesinde daha kurumsal, profesyonel ve çalışma tarzı itibarıyla daha etkin teşebbüslerle çalışma fırsatını değerlendirmiş olacaktır.

640 Kaldı ki, yukarıda açıklandığı üzere, Ürün Tedarik Sözleşmesi'nin 4.3. maddesinde öngörülen pazar payı eşiğinin nesnel ölçütlere dayanan ve gayet düşük bir eşik olması dolayısıyla, herhangi bir ecza deposunun gelecekte ilgili pazar payı koşulunu yerine getirmesinin ve Pfizer'in bu koşulu yerine getiren ecza depolarıyla çalışmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu yönden, getirilen performans kriteri de tüm yönleriyle amacı gerçekleştirmeye uygun, rekabeti sınırlamayan, beklenen etkinlik faydaları ile kıyaslandığında son derece düşük ölçüde etki yaratan, bu etkiyi de yalnızca bazı direkt mal alan araçlar nezdinde yaratıp tüketiciye hiçbir yansımaları olmayan bir kriterdir.

650 4. Etki bakımından tekrar tekrar vurgulanması gereken husus, Ürün Tedarik Sözleşmesinin 4.3. maddesinde öngörülen koşulu yerine getiren ecza depolarının Türkiye'nin tamamına dağıtım yaptıkları ve IMS verilerine göre pazar payları %2,5'in altında olan ecza depolarının hizmet verdiği tüm noktalara da zaten satış gerçekleştirdikleri hususudur. Diğer bir deyişle, yukarıda açıklanan ve sayıları sekseni bulan ecza depolarının hizmet verdiği, ancak IMS verilerine göre pazar payları %2,5'in üzerinde olan yedi adet ecza deposunun hizmet vermediği hiçbir satış noktası bulunmamaktadır. Bu nedenle, Ürün Tedarik Sözleşmesinin 4.3. maddesinde öngörülen düzenleme, Ürünlerin herhangi bir noktaya ulaştırılmaması gibi hiçbir sonuç doğurmayacağı gibi, Ürünlerin yurt çapına yaygın biçimde, sürekli olarak ve kolay ulaşılabilecek şekilde bulunabilirliği bakımından herhangi bir tedarik kesintisine yol açmayacak ve buna bağlı olarak da tüketici refahı ve kamu sağlığı açısından hiçbir eksilmeye yol açmayacaktır. Söz konusu düzenleme, bunun aksine, yaratacağı maliyet etkinliği ve yukarıda açıklanan dağıtım verimliliği sayesinde Ürünlerin daha etkin bir şekilde dağıtılabilmelerine olanak verecektir.

660 5. Ayrıca, Ürün Tedarik Sözleşmesinin objektif nitelik taşıyan ve son derece düşük ve makul bir pazar payı eşiği öngören hükmü, Pfizer'e dağıtım faaliyetlerine ilişkin olarak sayıca daha az ve ancak daha kurumsal ve daha verimli kimliklere sahip teşebbüslerle muhatap olma olanağı sağlayacağı için, bu durum kamu sağlığı açısından büyük bir tehlike arzeden ve ne yazık ki ülkemizde çok sık rastlanan sahte, sahte prospektüslü ve ruhsatsız ilaç

670 ürünleriyle ve son kullanma tarihi geçmiş ürünlerle mücadelenin çok daha etkin bir şekilde yürütülmesini sağlayarak nihai olarak tüketici refahını artıracaktır.

Bu mücadelede gereken eşgüdüm çok daha kolay ve verimli bir şekilde ve daha az maliyetle sağlanabileceği gibi Pfizer'in ve müşterisi konumunda bulunan teşebbüslerin ilgili mevzuattan kaynaklanan son derece ciddi cezai, idari ve hukuki sorumluluklarının önüne de daha etkin biçimde geçilmiş olacaktır.

680 Ayrıca, muhatapların belli bir kalibrede olması sayesinde, Ürünlerin ilgili mevzuat gereği (örneğin Farmasötik ve Tıbbi Müstahzar, Madde, Malzeme, Terkipler ile Bitkisel Preparatların Geri Çekilmesi ve Toplatılması Hakkında Yönetmelik hükümleri veya Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik hükümleri çerçevesinde) veya başkaca herhangi bir sebepten ötürü piyasadan çekilmesinin gerektiği durumlarda atılacak adımlar ve gereken eşgüdüm de kolaylıkla sağlanabilecek ve hastaların piyasadan çekilmesi gereken Ürünlerden zarar görmeleri riski en aza indirilebilmiş olacaktır.

690 Tüm bu açıklamalar dolayısıyla, Ürün Tedarik Sözleşmesinin 4.3. maddesi hükmü, Pfizer'in ticari muhataplarını serbestçe belirleyebilme serbestisi çerçevesinde kaleme alınan, tercih edilen çalışma modeli ve verimlilik ilkeleri çerçevesinde ekonomik açıdan makul ve rasyonel sebeplere dayanan, tüketiciler nezdinde hiçbir olumsuz etkiye yol açmadığı için tüketici refahını hiçbir biçimde azaltmayan vefakat dağıtım aşında önemli iyileşmelere ve maliyet etkinliğinin artırılmasına vesile olduğu için toplumsal refahın ençoklaştırılmasına olanak sağlayan ve Ürünlerin arzında kamu sağlığını tehdit eden unsurların kolaylıkla tespiti ve önlenmesi hususunda da önemli iyileştirmeler sağlamak suretiyle aslında tüketici refahını da artıran, tamamen objektif ve makul bir düzenleme niteliği taşımaktadır...".

700 Pfizer'in, Sözleşme'nin 4.3. maddesine ilişkin olarak ayrıntılarına yukarıda yer verilen görüş yazısında, Sözleşme'nin 4.3. maddesinde getirilen % 2,5 oranındaki eşğin;

- Birinci amacının, "...Pfizer'in başlıca önceliği, sözleşme konusu ürünlerin yurt çapında ve yurdun her yerinde yeterli miktarda, kolay ulaşılabilecek şekilde ve sürekli olarak bulunmasının en etkin biçimde sağlanması hedefinin gerçekleştirilebilmesi..." olduğu,
- Bu amaca ulaşabilmek için getirilen ve "...son derece düşük ve makul..." olarak nitelenen % 2.5'lük pazar payı eşğinin "...bağımsız bir araştırma kuruluşu olan IMS'nin verilerini temel almasından hareketle..." objektif bir nitelik taşıdığı,
- Faydasının "...Söz konusu pazar payı koşulunu yerine getirmeyen ecza depoları tarafından gerçekleştirilen dağıtım faaliyetlerinin çoğu zaman gerekli profesyonel istikrarı sağlayamaması dolayısıyla...Pfizer'in çalışma modeli ve verimlilik ilkeleri çerçevesinde şekillendirilen ekonomik bir tercih doğrultusunda, Ürünlerin dağıtımının bugüne kadar uygulanmış olan sistemden daha verimli ve maliyet yönünden tasarruflu bir şekilde odaklanarak gerçekleştirilmesinin sağlama..." ve "...sahte, sahte prospektüslü ve ruhsatsız ilaç ürünleriyle ve son kullanma tarihi geçmiş

720 *ürünlerle mücadelenin çok daha etkin bir şekilde yürütülmesini sağlama”*
olduğu,

iddia edilmektedir.

730 Söz konusu % 2.5'luk pazar payı eşiğinin Pfizer'den ilaç almak isteyen ecza depoları açısından rakamsal anlamı, 2006 yılı IMS verilerine göre yaklaşık 246 milyon YTL'dir. Bir başka deyişle, Pfizer'den ilaç alabilmek için bir ecza deposunun 2006 yılı IMS verilerine göre sahip olması gereken ciro miktarı 246 milyon YTL'dir. Bu ciro sınırı ise sadece grup ecza depoları, bir bütün olarak değerlendirilirse ecza kooperatifleri ve birkaç tane de yerel ecza deposu tarafından aşılabilir.

740 Sözleşme'nin 4.3. maddesinin ilgili ürün pazarındaki etkilerinden en önemlisi, ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren depolardan yaklaşık seksen tanesinin Pfizer'den ilaç alamayacak olmasıdır. İlk bakışta onlarca ilaç firması arasında sadece Pfizer'in ilaçlarının olmamasının bir ecza deposunun faaliyetlerini olumsuz etkilemeyeceği düşünülebilirse de, gerçekte böyle bir durumun eczanelere satış yapan depolara etkisi çok büyük olacaktır. Şöyle ki, nedenlerine yukarıda detaylı biçimde yer verilen telefonla sipariş usulünün yaygın olduğu günümüz dağıtım sisteminde eczaneler, ilaç siparişlerini mümkün
750 olabildiğince bölmeden tek bir ecza deposundan karşılama yolunu tercih etmektedirler. İlgili ürün pazarında böyle bir talep yapısı olması, işin arz kısmında bulunan ecza depolarının da buna kayıtsız kalmamasına neden olmuş ve ecza depoları, kendilerini ilaç siparişi için arayan eczanelere hayır dememek için itriyat ya da kırtasiye malzemesi bile bulundurur hale gelmişlerdir. Dolayısıyla, Pfizer gibi çok önemli moleküllere ve eş değeri olmayan ilaçlara sahip, marka değeri oldukça güçlü olan ve doktorlar tarafından tercih edilen bir ilaç firmasının, herhangi bir ecza deposunun ürün gamında bulunmaması⁵, Pfizer gibi önemli bir firmanın ilaçlarını sipariş verdiği ecza deposunda bulamayan eczanelerin zamanla bu depolardan tamamen vazgeçmesine ve bu
760 ecza depolarının pazar dışına çıkmasına neden olacaktır. Çünkü aradığı ilaçların tamamını aynı ecza deposunda bulamayan ve talep esnekliği yüksek olan eczaneler, verdikleri diğer ilaç siparişlerini de iptal ederek, siparişlerinin tamamını kendisine sağlayabilecek depolara yönelecektir. Bu durumda, eczaneler tarafından “Pfizer ilaçları olmayan depolar” olarak adlandırılacak yerel ecza depolarının iş kaybı, sadece kendi satışları içerisindeki Pfizer ürünlerinin miktarı kadar değil, diğer siparişlerin de iptal olmasıyla birlikte önemli olan boyutlara varacaktır.

760 Ayrıca, Pfizer ilaçları grup ecza depolarının, ecza kooperatiflerinin ya da eşik üstü kalan yerel ecza depolarının; siparişlerini (Pfizer ilaçlarının kendi çalıştıkları yerel depoların neredeyse tamamında olmaması nedeniyle) bölerek karşılamak yolunu tercih edecek eczaneleri Pfizer ilaçları almak istiyorlarsa diğer ilaç siparişlerini de kendi depolarına kaydırmaları hususunda zorlama riski bulunduğu da göz ardı edilmemelidir ki bu durum, Pfizer ilacı satmadan pazarda tutunmaya çalışan yerel depoların daha da zor durumda kalması ve

⁵ Nitekim bu konuda, (....) Ecza Deposu A.Ş. yetkilisi şu görüşleri beyan etmiştir: “...Pfizer'in bazı ilaçlarının alternatifleri olsa da marka olarak çok güçlü konumdadır. Ayrıca bazı durumlarda, tedavinin etkinliği için doktorlar tarafından Pfizer'in belirli bir ilacının kullanılması da olarak istenebilmektedir...”

770 önemli ciro kayıpları yaşamaları anlamına gelmektedir. Buna ilaveten, ortalama yıllık karlılık oranları % 3 - %5 civarında olan ve Pfizer ilacını doğrudan Pfizer'den alamayan yerel ecza depolarının, bu ilaçları Pfizer'in mal verdiği eşik üstü depolardan temin ederek satması da, söz konusu eşik üstü depoların satış koşullarının birebir olarak üreticinin (Pfizer'in) satış koşulları kadar avantajlı olamayacağı ve bu depoların Pfizer ilaçlarının üzerine belirli bir kar koymak suretiyle ilaç satışı yapacağı düşünüldüğünde, eşik altında kalacak yerel depolar açısından eşik üstü depoların alternatif bir temin kaynağı olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

780 Konunun başka bir boyutu da, her biri Araştırmacı İlaç Firmaları Derneği (AİFD) üyesi olan yabancı ilaç firmalarından birisinin (Pfizer'in) böyle bir pazar payı eşiğine muafiyet alması durumunda, AİFD üyesi diğer yabancı ilaç firmalarının da ecza depolarıyla pazar payı eşliği içeren sözleşmeler imzalamak istemesi ihtimalinin bulunmasıdır. Muhtemeldir ki bu durum, Pfizer ile birlikte diğer ilaç firmalarının da bu yöndeki uygulaması neticesinde hiçbir yabancı ilaç firmasından ilaç alamayacak yerel ecza depolarının kesin olarak bu pazardan çıkması anlamına gelecek ve ilgili ürün pazarının grup depolarına, ecza kooperatiflerine ve birkaç yerel depoya kalmasına neden olacaktır.

Nitekim bu hususlar, ecza depoları ve ecza odaları ile raportörlerce yapılan görüşmelerde de dile getirilmiş ve yukarıda yapılan tespitleri doğrular nitelikte şu yorumlar yapılmıştır:

- 790 - (.....) Ecza Deposu Yönetim Kurulu Başkanı ve şirketin Yönetim Kurulu Üyesi: *"...Pfizer'in IMS verilerine göre pazar payı % 2,5'in altında olan ecza depolarıyla çalışmaması durumunda, Pfizer ilaçlarını satamayan depolar yavaş yavaş piyasadan çekileceklerdir. Diğer ilaç firmalarının böyle bir uygulama içerisine girmesi halinde ise bu süreç çok daha hızlanacaktır. Bir ilaç deposunda sadece Pfizer ilaçlarının bulunmaması bile o deponun satışlarını oldukça olumsuz yönde etkileyecektir. Bu uygulama sonrasında mevcut durumda Pfizer'in tüm satışlarımızın içerisindeki payından daha fazla müşteri kaybı yaşarız..."*
- 800 - (.....) Ecza Deposu Genel Müdürü: *"...Pfizer'in IMS verilerine göre pazar payı % 2,5'in altında olan ecza depolarıyla çalışmaması durumunda biz piyasadan çıkmak durumunda kalırız. Bir ilaç deposunda sadece Pfizer ilaçlarının bulunmaması bile o deponun satışlarını oldukça olumsuz yönde etkileyecektir..."*
- (.....) Ecza Deposu Genel Müdürü ve Genel Müdür Yardımcısı: *"...Pfizer'in IMS verilerine göre pazar payı % 2,5'in altında olan ecza depolarıyla çalışmamasının...eczanelerle çalışan depoları önemli ölçüde etkileyeceğini düşünmekteyiz. Pfizer'in bu uygulamasının diğer büyük ilaç firmaları tarafından da takip edilmesi, eczanelerle çalışan küçük ecza depolarının belki de tamamen piyasadan silinmesi anlamına gelecektir..."*
- 810 - (.....) Ecza Deposu sahibi: *"...(.....) Ecza Deposu olarak eczanelere, telefonla gelen siparişler üzerine satış yapmaktayız. Pfizer'in IMS verilerine göre pazar payı % 2,5'in altında olan ecza depolarıyla çalışmaması, eczanelerle çalışan depoları çok kötü yönde*

etkileyecek ve kapanmamıza yol açacaktır. Pfizer'ın bu uygulamasının diğer büyük ilaç firmaları tarafından da takip edilmesi halinde ise eczanelerle çalışan ecza depoları tamamen piyasadan silinecektir...”

820

- (.....) Ecza Deposu ortağı: “...Pfizer'ın IMS verilerine göre pazar payı % 2,5'in altında olan ecza depolarıyla çalışmaması ve bu uygulamanın diğer ilaç şirketlerince de takip edilmesi halinde biz piyasadan silinmek durumunda kalırız. Bizim Pfizer ürünlerini % 2.5 üzerinde paya sahip olan depolardan alıp satmamız da mümkün değildir çünkü kar edemeyiz. Buna ilaveten, %2.5 üzerinde pazar payına sahip depoların da bizim gibi depolara mal vermesi söz konusu değildir...”

830

- (.....) Ecza Deposu Yönetim Kurulu Başkanı: “...Pfizer'ın IMS verilerine göre pazar payı % 2,5'in altında olan ecza depolarıyla çalışmaması halinde biz piyasadan çıkmak durumunda kalacağımız gibi bu uygulama sonrası yeni depo açmak da mümkün olmayacaktır. Çünkü Pfizer ilaçlarını bizim depomuzda bulamayan eczanelerin siparişleri başka depolara kayacaktır. Zira depoların sahip olduğu ürün çeşidi çok önemlidir. Piyasada yer alan küçük depolar piyasanın denge unsurunu oluşturmakta ve satışları nispeten daha az olan eczanelerin de piyasada yer alabilmesine imkan tanımaktadırlar. Dolayısıyla sadece Pfizer'ın ürünlerinin bile bizim gibi depolarda olmaması, bizim çok büyük satış kaybına uğramamıza ve bu pazardan çıkmamıza neden olacaktır...”

840

- (.....) Ecza Deposu sahibi: “...Yusufpaşa Ecza Deposu eczanelere ilaç satışı yapmaktadır. İlaç firmaları bizim gibi daha küçük ölçekli depolarla teminat usulüyle çalışmasına rağmen büyük depolarla bu şekilde çalışmamakta, büyük depolara ciro primi vermekte ve fiilen bizim piyasadan çıkmamız yönünde uygulamalar yapılmaktadır. Mevcut durumda zaten bizim pazar payımızı arttırmamız mümkün değildir. Pfizer'ın IMS verilerine göre pazar payı % 2,5'in altında olan ecza depolarıyla çalışmaması halinde ise biz piyasadan çıkmak durumunda kalacağımız gibi bu uygulama sonrası yeni depo açmak da mümkün olmayacaktır. Bu uygulamanın diğer ilaç şirketlerince de takip edilmesi halinde birçok depo piyasadan silinmek durumunda kalacaktır...”

850

- (.....) Ecza Deposu: “...Pfizer firmasının ilaçları depomuz açısından olmazsa olmazlardandır. Firmanın depomuza ilaç vermemesi durumunda depomuzun bundan olumsuz etkileneceği şüphesizdir...”

860

- (.....) Ecza Deposu Yönetim Kurulu Başkanı: “...Şayet Pfizer % 2.5 IMS payının altındaki depolara ilaç vermezse: Pazar liderlerinden olan ve reçete gücüyle ilaç satan, yaklaşık % 5 Pazar payına sahip Pfizer ilaçları satamamaktan dolayı ilk anda otomatikman ciro kaybı; Pfizer'i takip edebilecek başka firmaların da ilavesiyle kaybın matematik olarak artacağı; daha da önemlisi eczaneler üzerindeki imajımızın menfi etkilenmesi sonucu ticari saygınlığımız azalacak buna olarak da gerek müşteri sayımız gerekse de eczanedeki payımız hızla düşecektir. Bu durumda IMS payı % 2.5'dan az olan tüm depoların olduğu gibi Meltem Ecza Deposu'nun da yaşaması mümkün olmayacaktır...”

- (.....) Ecza Deposu yetkilisi: “...Pfizer İlaçları limited Şirketi'nin IMS verilerine göre pazar payı % 2.5'dan az olan ecza depolarına ilaç

vermediği takdirde (.....) Ecza Deposu olumsuz yönde etkilenecektir...”

870

- *(.....) Ecza Deposu: “...Pfizer gibi firmalar piyasa belirleyici firmalardır. % 2.5 piyasa payına sahip olmayan depolara malın verilmemesine kurumunuzun müsaade etmesi durumunda diğer firmalarda bunu takip edecek bize de depomuzu kapatıp gitmek düşecektir...”*

- *(.....) Ecza Deposu: “...Pfizer ürünlerinin depomuzda olmaması, bie diğer kanaş depodan temin edilmesi vb. yöntemler hem bu firma ürünleri hem de diğer firmaların da bu uygulamaya geçebilmesine imkan tanımasından dolayı bizim gibi Pazar payı kısıtlı olan depoların piyasadan silinmesine sebep olacaktır...”*

880

- *(.....) Ecza Deposu: “...Pfizer ürünlerinin depomuz ürün gamında bulunmaması demek depoculuğumuzun riske girip kapanmasına kadar gitmesi demektir...”*

İlgili ürün pazarında aktif olan oyuncu sayısının yaklaşık doksan olan sayısının çok kısa sürede altı ya da yediye düşecek olması, ilgili ürün pazarının, toplam payları % (...) olan grup depolarının etkisi altına girecek olması anlamına gelmektedir. Böyle bir pazar yapısında grup depolarının karşısında kalan ecza depolarına bakıldığında, bunlardan en büyük olanının 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu hükümlerine göre değişir ortaklı, değişir sermayeli olarak kurulan ecza kooperatifleri olduğu görülmektedir. İstanbul, Bursa ve İzmir’de bulunan kooperatiflerin üyeleri eczanelerden oluşmaktadır. Ancak bu kooperatiflerin sermaye yapısının grup ecza depoları kadar güçlü olmadığı, kooperatiflerin kar amacı gütmeyeceği ve işletme masrafları hariç tüm karını üyeleri olan eczanelere aktardığı düşünüldüğünde, ecza kooperatiflerinin güçlü bir yabancı ortağa sahip Hedef-Alliance ecza deposu ve halka açılmış olan Selçuk ecza deposu karşısında önemli bir rakip olarak nitelenemeyeceği ve grup ecza depolarının yapacağı agresif satış kampanyalarına cevap verebilecek sermaye yapısına sahip olmadığı düşünülmektedir. Ecza kooperatifleri haricinde kalan Galenos Ecza Deposu, Nevzat Ecza Deposu ve Dilek Ecza Deposu’nun sahip oldukları toplam (...) milyon YTL’lik ciro, % (...)’lik pazar payı, sınırlı sayıdaki şube ve sınırlı miktardaki (yerli) sermayeleriyle, yaklaşık (.....) YTL ciro ve % (...)’lik pazar payına sahip, tüm Türkiye’de örgütlenmiş ve yabancı ortağı bulunan ya da halka açık olan grup ecza depoları karşısında yeterli rekabetçi baskıyı yaratamayacakları; bu nedenle, söz konusu yerel ecza depolarının, mevcut durumda olduğu gibi grup depoları ile kıyasıya rekabet etmek yerine, grup depolarını (pazar liderlerinin) izleyerek faaliyetlerine devam ettiği oligopol bir pazar yapısının oluşacağı görülmektedir.

890

900

Sözleşme’nin 4.3. maddesinde yer alan pazar payı eşiğinin ele alınması gereken bir diğer boyutu ise objektif olarak nitelendirilen % 2.5’luk pazar payı eşiğinin ulaşılabilir olup olmadığıdır. Dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde olan teşebbüslerden sağlayıcı konumda olanlar, zincirin daha alt kısımlarında bulunan piyasa oyuncularına yapacakları satışın çerçevesini çizicek nitelikte dikey anlaşmalar yaparlarken, sağlayıcı diğer bir deyişle güçlü taraf olmanın kendilerine verdiği avantajı kullanarak alıcı taraflara çeşitli şartlar empoze ederler. Bu şartlar tespit edilirken, sağlayıcı konumdaki teşebbüsler tarafından dikkat edilmesi gereken en önemli husus, bu şartların, objektif olduğu kadar aynı

910

920 zamanda ulaşılabilir nitelikte de olmasıdır. Bu bağlamda, Sözleşme'nin 4.3 maddesinde atf yapılan IMS verileri de esas itibarıyla objektif olmakla birlikte, bu kriterin ulaşılabilirliği hususunda ciddi soru işaretleri bulunmaktadır. Dolayısıyla bugün % 2.5 pazar payı eşiğinin objektif ve ulaşılabilir olduğu ve pazar dışına itilen yaklaşık seksen deponun bu durumunun söz konusu eşiğin olağan sonucu olduğu hususunda bir yorum yapılması durumunda, gelecekte % 5 (yaklaşık 480 milyon YTL ciroya tekabül etmekte), % 7.5 (yaklaşık 720 milyon YTL ciroya tekabül etmekte) hatta % 10 (yaklaşık 960 milyon YTL ciroya tekabül etmekte) gibi eşiklerin getirilmesi ve pazarda sadece iki ya da üç depo bırakılması durumunda, daha evvelden yaklaşık seksen deponun pazardan çıkmasına neden olabilecek bir eşiğe olumlu bakılması nedeniyle, getirilen yeni ve daha yüksek pazar payı eşiklerinin olumsuz etkileri olacağını ileri sürmenin mümkün demenin önünde bir engel kalmamaktadır.

930 Bununla beraber, ilgili ürün pazarında bu gibi bir pazar payı eşiği getirilecekse bu eşiğin adil, objektif ve ulaşılabilir olmasının sınırı nedir sorusunun cevabının da rekabet hukuku uygulamalarıyla verilmesi mümkün değildir. Diğer bir deyişle, bu eşiğin miktarının da rekabet otoritesi tarafından takdir edilmesi uygun değildir. Çünkü, Rekabet Kurulu tarafından böyle bir eşik tespiti yapılması durumunda Kurul'un, belirlenen eşiğin hemen altında kalan teşebbüslerin (örneğin eşik % 2.5 tespit edilmişse neden % 2.3 ya da % 2.1 olmadı; eşik % 2 olarak tespit edilmişse neden % 1.9 ya da % 1.6 olarak tespit edilmedi) her birinin aynı anda tatmin edilmesinin mümkün olmadığı bir tartışmanın içine çekilmesi kaçınılmazdır. Bu bağlamda, rekabet otoritelerinin görevi, eşik tespiti 940 uygulamasına salt rekabet hukuku penceresinden bakmak ve tespit edilen eşiğin objektif kriterlere dayanıp dayanmadığını, bu kriterlere ulaşıp ulaşılamayacağını, bu eşiğin pazardaki oyuncu sayısını azaltıp azaltmayacağını ya da bu eşiğin pazara giriş engeli yaratıp yaratmayacağını tespit edilmesi olmalıdır.

Konuya ilişkin olarak (.....) Ecza Deposu, (...) Ecza Deposu ve (...) Ecza Deposu yetkililerinin de bu konudaki ortak görüşü "*...küçük ecza depolarının veya pazara yeni girmesi muhtemel depoların bugünkü sağlık sistemi ve ilaç dağıtım pazarının mevcut kompozisyonunda 250 trilyon ciroyu aşması mümkün değildir...*" şeklinde raportörlerce tutanaklara geçirilmiştir. Sonuç olarak, her ne kadar Sözleşme'nin 4.3. getirilen pazar payı eşiği için atıfta bulunan IMS verileri objektif bir nitelikte olsa da, bu maddenin rakamsal ifadesi olan 246 milyon YTL'nin, böyle bir sisteme izin verilmesi durumunda Pfizer gibi önemli bir firmadan da mal alamayacak konuma gelecek olan "eşik altı" ecza depoları veya piyasaya yeni girecek olan ecza depoları tarafından ulaşılamayacak ölçüde yüksek olarak tespit edilmiş bir kriter olduğu; bu nedenle, söz konusu kriterin, yaklaşık doksan olan mevcut oyuncu sayısını kısa sürede altı ya da yedi ecza deposuna düşürmek suretiyle halihazırdaki rekabetçi yapının nedeni olan yerel ecza depolarını pazardan dışarı çıkarılmasına hizmet ettiği gibi, pazara yeni giriş yapmak isteyen depolar açısından da pazara önemli bir giriş engeli olduğu 960 görülmektedir.

Her ne kadar zamanla mevcut ecza depolarının sayısının azalması beklense de, bu azalmanın ekonominin olağan işleyişine (doğal seleksiyona) bırakılması gereken bir husus olduğu, etkin çalışmayan ya da kurumsallaşamayan ecza

970 depolarının da zamanla ekonominin çarkları içinde kendiliğinden pazardan çıkmasının kaçınılmaz olduğu düşünülmektedir. Nitekim 15 yıl önce yaklaşık üç yüz olan depo sayısının bugün doksan civarında olması, bugün sayısı doksan olan ecza deposu sayısının gelecekte on ya da on beşe düşebilecek olmasının en büyük kanıtıdır. Ancak burada gözde kaçırılmaması gereken noktanın, ecza depoların sayısındaki azalmanın doğal yollarla olması gerektiği, dolayısıyla, bu azalmayı suni biçimde, çok kısa bir sürede ve nerdeyse depoların tamamı için gerçekleştirebilecek düzenlemelerin ya da uygulamaların kabul edilemez olduğu anlaşılmaktadır.

H.4.2. Olası Bir Menfi Tespit/Muafiyet İzni Sonrasında Sözleşme'nin 4.3. Maddesinin İhaleci Ecza Depoları Bakımından Etkisi

980 İhaleci depolar, eczanelere satış yapan depolardan farklı olarak, devlet ve üniversite hastanelerinin açtığı ihalelere girmek ve ihalesini kazandıkları devlet veya üniversite hastanelerinin ihale konusu ihtiyaçlarını, belirlenen koşul ve sürelerde karşılamakla yükümlü olan depolardır.

Ülkemizdeki hastanelerin yatan hastaların ilaç ihtiyaçlarının temin edilmesine ilişkin olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanun'unda değişiklik yapılmasına ilişkin olan 5680 sayılı "Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi", 1.6.2007 tarihinde TBMM'de görüşülerek kabul edilmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesi şu şekildedir:

990 "...Madde Gerekçeleri:

*Madde 1-4734 sayılı Kamu İhale Kanununa ilave edilen ek madde ile mevcut halinde yer almayan ancak Avrupa Birliği direktiflerinde ve üye ülkelerde uygulama alanı bulunan çerçeve sözleşmeler imkanı sağlanmaktadır. Çerçeve sözleşmeler ile idarelerin sürekli biçimde ihtiyaç duydukları mal ve hizmet alımlarını her defasında ihale işlemlerinin bütün safhalarının tekrarlanması yerine, çerçeve sözleşmeye taraf olan isteklilerden **sadece fiyat teklifi almak suretiyle** daha çabuk ve gereken miktarda temin etmeleri imkanı sağlanmaktadır...*

1000 *Madde 2- 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 6. maddesinde yapılan değişiklik ile...çerçeve sözleşme ve kısa sözleşme, 4735 sayılı Kanun'daki sözleşme türlerine eklenmektedir..."*

1010 Söz konusu değişikliklerin uygulanmasıyla birlikte, başta devlet hastaneleri olmak üzere ilaç alımlarını 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri çerçevesinde yapmakta olan kamu sağlık kurum ve kuruluşları yatan hastalar için, çerçeve sözleşmeye taraf olan tedarikçi veya hizmet sunucuları (ihale depoları) tarafından sunulan iskonto teklifleri ekonomik açıdan en avantajlı olandan başlamak suretiyle en az üç en fazla yirmi beş teklif sahibi olacak şekilde yapılan listedeki sağlayıcılarla, süresi yirmi dört ayı geçmemek üzere çerçeve sözleşme imzalama olağına sahip olacaklardır.

Söz konusu değişikliklerin uygulama esaslarının henüz belirlenmemiş olmasına rağmen, değişiklik metninden ve değişiklik gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla, ihaleci depoların açılan ihalelere girmek ve çerçeve sözleşme imzalayabilmek için açtığı ihalelerde en yüksek iskontoyu veren ecza deposundan başlanacak

1020 şekilde en az üç ecza deposunun bulunacağı bir sıralama yapılacağı ve bu sıralamada birinci olan ecza deposu ile ihaleyi yapan hastane arasında, bugün eczaneler ile depolar arasında bulunan telefonla sipariş sistemi benzeri bir tedarik sistemi sistemi kurularak, hastane eczanelerinin hem ilaçların miat sorunu hem de stok maliyeti gibi maliyetlerden kurtarılmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

Ancak söz konusu değişikliklerin uygulanması aşamasında, başvuru konusu Sözleşme'nin 4.3. maddesinde öngörülen % 2.5'luk pazar payı eşiği sebebiyle;

- 1030 • 5680 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki "...İstekliler (ihaleci depolar) yeterliliklerinin devam ettiğini oniki ayda bir belgelenir. Yeterliliği devam etmeyenlerin...çerçeve sözleşmesi fesh edilir..." hükmünden yola çıkılarak, eşik altı kalmaları nedeniyle Pfizer'den mal alamayacak olan ihaleci depoların hastanelerin Pfizer marka ilaç ihtiyaçlarını karşılayamamak olmaları nedeniyle yeterliliklerini kaybetme durumunun ortaya çıkabileceği,
- 1040 • Söz konusu ihale depolarının % 2.5'luk pazar payı eşiği neticesinde yeterliliklerini kaybetmesi ve bu ihalelere girememeleri durumunda, pazardaki oyuncu sayısının hatırı sayılır biçimde düşecek olması nedeniyle ihale depoları arasındaki rekabetin önemli ölçüde azalacağı,
- 1050 • İhale depoları arasındaki rekabetin ortadan kalkması halinde, yaklaşık 1.8-2 milyar YTL büyüklüğü olan yatan hastaların ilaç ihtiyaçlarının karşılandığı pazarda (ortalama %1'lik bir iskontonun 18 milyon YTL anlamına geldiği düşünüldüğünde) kamunun önemli zararlara uğraması ihtimali bulunduğu,
- % 2.5'luk pazar payı eşiğinin, eşik üstünde kalan depolardan ilaç almanın ihalelerde teklif vermek için alternatif bir temin kaynağı olmaması nedeniyle, pazardaki ihale deposu sayısını azaltıcı bir etkisi olması yanında, potansiyel olarak ihale depoculuğu pazarına girmek isteyen teşebbüslerin de pazara girişlerini engelleyeceği,
- Pfizer'in başvurusuna verilecek olası bir muafiyet ile diğer yabancı ilaç firmalarının da ecza depoları ile belirli pazar payı eşikleri içeren düzenelemeler yapması durumunda bu depoların, Pfizer marka ilaçların temini için ihalelere girememelerine rağmen Kanun'da öngörülen yeterliliklerini kaybetmediği varsayılsa bile, hiçbir yabancı ilaç firması için ihalelere teklif verememe riskinin ortaya çıkabileceği,

1060 görülmektedir. Nitekim bu husus, "...Pfizer'in IMS verilerine göre pazar payı % 2,5'in altında olan ecza depolarıyla çalışmaması halinde daha çok eczanelerle çalışan ecza depoları bu uygulamadan olumsuz yönde etkilense de ihale usulüyle çalışan ecza depoları da olumsuz etkilenecektir. Bu uygulama hayata geçerse, Pfizer ürünleri bulunana ihalelere biz fiyat atamayız. Bizim Pfizer ürünlerini % 2.5 üzerinde paya sahip olan depolardan alıp satmamız da mümkün değildir. Zira bu durumda kar edemeyiz..." şeklindeki beyanı ile ihaleci bir ecza deposu olan (...) Ecza Deposu yetkilisi tarafından da doğrulanmaktadır.

Sonuç olarak, başvuru konusu Sözleşme'nin 4.3. maddesinde yer alan % 2.5'luk pazar payı eşiğinin, özellikle de yeni değişen sistem neticesinde, ihaleci depoları ve dolayısıyla da ilaç ihtiyaçlarını ihale karşılayacak devlet ve üniversite hastaneleri olumsuz yönde etkileyeceği anlaşılmaktadır.

H.4.3. Olası Bir Menfi Tespit/Muafiyet İzni Sonrasında Sözleşme'nin 4.3. Maddesinin Eczaneler Bakımından Etkisi

1070 Sözleşme'nin 4.3. maddesinin eczanelere satış yapan depolara olan etkisi anlatılırken detaylı biçimde bahsedildiği üzere, son yıllarda ilaç sayısının artması, ilaç sayısının artışına bağlı olarak stok maliyetlerinin artması ve ilaçların miat sorunu gibi nedenlerle eczaneler, ilaç dağıtım pazarında özellikle yerel ecza depolarının grup depoları karşısında yarattığı rekabet ortamından da faydalanarak minimum stokla çalışmak ve miat sorunuyla karşılaşmamak için ecza depolarıyla telefonla sipariş esasına dayanan bir tedarik sistemi kurmuştur. Bu sistem sayesinde, eczaneler, bir kalem ilaç siparişi için dahi ecza depolarını aramakta ve verilen sipariş bir kalem dahi olsa ecza depoları tarafından eczanelere kısa sürede ulaştırılmaktadır. Bu durum, eczanelerin üzerinden

1080 önemli bir mali yükün kalkmasına ve bu yükün, istemeseler de eczanelere satış yapan depolara geçmesine neden olmuştur.

Buna ilaveten, sosyal güvenlik kuruluşları tarafından yapılan geri ödemelerinin oldukça uzun zaman alması nedeniyle, öz sermayeleri yeterince güçlü olmayan ya da satış rakamları mütevazî ölçülerde olan eczanelerin, kendi sermayelerinden karşılayamadıkları bu ödemeleri ya banka kredisi almak suretiyle ödemelerine ya da banka kredisi de alamayanların borçlarını ödeyemeyerek temerrüde düşmesine neden olmaktadır. Bu noktada, ilaç dağıtım pazarındaki rekabet ortamının etkisi eczaneler lehine bir kez daha

1090 ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, yerel ecza depoları, ecza kooperatifleri ve grup depoların arasındaki yoğun rekabet nedeniyle, bu depolara karşı vadesi gelen ödemeleri bulunduğu halde ecza depolarına verdiği çekler, sosyal güvenlik kuruluşlarından geri ödeme yapılmaması nedeniyle bir anlamda karşılıksız olan eczanelerin bu çekleri işleme konmamakta veya bu eczanelerin borçları sosyal güvenlik kuruluşlarından geri ödeme yapılacak tarihe kadar ertelenmektedir. Bir anlamda bu tür eczaneler, ilgili ürün pazarındaki rekabet nedeniyle ecza depoları tarafından finanse edilmektedir.

Tüm bunlara ilaveten, ecza depoları, mevcut piyasa yapısında ilaç firmalarından aldıkları promosyonları bire bir olarak eczanelere yansıtmakta, hatta kimi zaman eczaneleri ellerinden kaçırmamak için bu promosyonların yanında kendi karlarından feragat ederek çeşitli ilave promosyonlar vermektedir. Dolayısıyla, ilacın satışına ilişkin depolar tarafından verilen hizmetlere ilaveten ilacın satış koşulları da (yoğun rekabet nedeniyle) eczaneler lehine olacak biçimde tespit

1100 edilmektedir.

Başvuru konusu Sözleşme'nin 4.3. maddesi ile getirilen pazar payı eşiği neticesinde, ilgili ürün pazarında grup depoları ve ecza kooperatifleri karşısında birer denge unsuru olan yerel ecza depolarının yaklaşık seksen tanesinin

1110 pazardan çıkması durumunda, eczanelerin;

- Satış hacmi veya öz sermaye açısından güçlü olmayanların finanse edilmelerinin son bulması yanında, ödemelerin zamanında yapılmasını sağlamak için eczanelerin risklerine göre belirli miktarlarda teminat mektubu vermesi,

- 1120
- Eczanelere sağlanan hizmetlerin maliyetlerinin tamamının ya da bir kısmının eczanelere yüklenmesi (örneğin eczanelere günde beş sefer yapılan ilaç servislerinin bire düşürülmesi, bir kalem için bile yapılan ilaç servisinin minimum sayıda ilaç siparişine bağlanması, belirli bir parasal miktarın altında kalan ilaç servisinin tamamen ortadan kaldırılarak ilaçların eczaneler tarafından alınması uygulaması getirilmesi vb.)
 - Satış hacmi ve ciro bakımından güçlü olan eczanelere farklı şartlar ve avantajlar sunularak, dolaylı olarak eczaneler arasında ayırım yapılması ve güçsüz eczanelerin pazar dışına itilmesi,

söz konusu olacaktır.

1130

Gerekli mali güce sahip olmayan belirli sayıda eczanenin, yerel depoların büyük bölümünün ilaç dağıtım pazarının dışında kalmasına müteakip, pazardan çıkması söz konusu olacaktır ki bu durum, ilacın mümkün olduğunca en yaygın biçimde ve kolaylıkla halk tarafından erişilebilir olması ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu konuda (.....), (.....) ve (.....) Eczacı Odası başkanları ve ecza depolarının görüşleri şu şekildedir:

- 1140
- (.....) Eczacılar Odası Başkanı: "...Pfizer'in IMS verilerine göre pazar payı % 2,5'in altında olan ecza depolarıyla çalışmaması halinde eczaneler de doğrudan etkilenecektir... bu uygulama sonrasında bu firmaların daha da güçlenecek olması nedeniyle çok küçük cirolar ile devletten alacağı ödemelere dayanarak çalışan eczaneler de çok zor durumda kalacaktır..."
- 1150
- (.....) Eczacılar Odası Başkanı: "...Pfizer'in IMS verilerine göre pazar payı % 2,5'in altında olan ecza depolarıyla çalışmaması halinde eczanelerin yanı sıra vatandaşlar da bu uygulamadan etkilenecektir. Çünkü bu uygulamanın sonrasında depoların ve eczanelerin sayısında azalma yaşanacağından, vatandaşa mevcut durumda olduğu kadar etkin bir hizmet sağlanamayacaktır. Ayrıca küçük ecza depoları tüm ilçelere hatta köylere kadar dağıtım yapmaktadırlar. Mevcut durumda ilaç firmaları küçük depolara zorlu ticari koşullar sunmakta ve bu depoları zaten zor durumda bırakmaktadırlar. Üstelik diğer ilaç firmalarının benzer bir uygulama yapması halinde birçok depo piyasadan çıkmak durumunda kalacaktır. Şu anda pazarın % 80'ine sahip olan iki depo daha çok cirosu yüksek eczanelerle çalışmakta ve bu eczanelerin sattıkları ürünlerin çoğunluğunu kendilerinden tedarik etmesi halinde özel indirimler veya vadeler tanımaktadırlar. Dolayısıyla bu uygulama sonucunda ilaç dağıtım pazarında tekelleşme ortaya çıkacaktır. Ayrıca eczanelerin bir kısmının da kapanacağını düşünmekteyim..."
- 1160
- (.....) Eczacılar Odası Başkanı: "...Pfizer'in IMS verilerine göre pazar payı % 2,5'in altında olan ecza depolarıyla çalışmaması halinde eczaneler doğrudan etkilenecektir. Büyük ölçekli depolar, eczanelerden çeşitli teminatlar alarak çalışmaktadırlar. Tarafların ticari ilişkilerinde bir sorun yaşanması halinde ise eczaneler küçük ölçekli depolara yönelmektedir. Çünkü küçük ölçekli depolar eczanelerle bu şekilde bir teminat alarak çalışmamaktadırlar. Söz konusu küçük ölçekli ecza depolarının piyasadan bu şekilde çıkarılması halinde,

ileride pazara hakim olacak depoların çok küçük cirolar ile çalışan ve devletten alacağı ödemelere dayanarak çalışan eczaneleri de çok zor durumda bırakacaktır...”

- 1170 - (.....) Ecza Deposu Yönetim Kurulu Başkanı ve şirketin Yönetim Kurulu Üyesi: “...Son olarak eczaneler de bu uygulamadan etkilenecektir. Zira şu anda sadece bizim depomuzla çalışan eczaneler bulunmaktadır. Özellikle tek depoyla çalışan eczaneler daha olumsuz etkilenecektir...”
- (.....) Ecza Deposu Genel Müdürü: “...Bu uygulamanın hayata geçmesi halinde ilaç dağıtım pazarında tekelleşme olacaktır. Zira piyasada yer alan biz ve bizim gibi depolar piyasanın denge unsurunu oluşturmakta ve satışları nispeten daha az olan eczanelerin de piyasada yer alabilmesine imkan tanımaktadırlar...”
- 1180 - (.....) Ecza Deposu sahibi: “...Pfizer’in bu uygulamasının diğer büyük ilaç firmaları tarafından da takip edilmesi halinde ise eczanelerle çalışan ecza depoları tamamen piyasadaki silinecektir. Hatta depoların piyasadaki bu şekilde çıkarılması halinde, ileride pazara hakim olacak depoların çok küçük cirolar ile çalışan ve devletten alacağı ödemelere dayanarak çalışan eczaneleri de çok zor durumda bırakacağı ve Türkiye’deki eczanelerin en az % 50’sinin batırılacağını düşünüyorum...”
- (.....) Ecza Deposu Yönetim Kurulu Başkanı: “...Ayrıca bu uygulama sadece ilaç depolarını değil Türkiye çapındaki eczaneleri de olumsuz yönde etkileyecektir...”
- 1190 - (.....) Ecza Deposu Yönetim Kurulu Başkanı: “...Piyasada yer alan küçük depolar piyasanın denge unsurunu oluşturmakta ve satışları nispeten daha az olan eczanelerin de piyasada yer alabilmesine imkan tanımaktadırlar...”
- (.....) Ecza Deposu sahibi: “...Bu uygulama sadece ilaç depolarını değil Türkiye çapındaki eczaneleri de olumsuz yönde etkileyecektir. Çünkü büyük depoların isteyeceği teminatları karşılayamayacak birçok eczane bulunmaktadır...”

1200 Bu bağlamda, Pfizer’in başvurusu için olası bir muafiyet izni verilmesi durumunda ilgili ürün pazarında yaşanacak değişim neticesinde grup depoları hariç % 2.5’lık eşik üstünde kalan depoların hiç birisinin, yanlarında pazardaki denge unsuru olarak nitelendirilebilecek yerel ecza depolarının yokluğunda, grup depoları gereken rekabetçi ortamı yaratamayacağı ve grup depolarının eczaneler açısından pazardaki koşulları tayin eden depolar haline geleceği görülmektedir. Bunun sonucunda, yerel depoların hâlihazırda yaratmış olduğu rekabet neticesinde eczanelere verilen ve depolar açısından her birisi ayrı birer maliyet kalemi olarak nitelendirilebilecek birçok hizmetin (örneğin telefonla ilaç siparişi, eczanelere sağlanan ödeme kolaylıkları vb.) verilmeyeceği veya koşulları ağırlaştırılarak verilir hale geleceği⁶ ya da daha mevcut durumda söz konusu olmayan bazı ekonomik taleplerin (örneğin eczanelerden teminat

⁶ İlgili ürün pazarının mevcut işleyişinde, ecza depoları, ilaç firmalarından aldıkları promosyonları birebir olarak eczanelere yansıtmakta, hatta kimi zaman yaşanan yoğun rekabet nedeniyle bu promosyonları kendi karlarından feragat etmek suretiyle artırmaktadır. Ancak ilgili ürün pazarında bahsi geçen değişiklikler yaşanması durumunda, zaman zaman kendi karlarından bile feragat edecek derecede promosyon yapan ecza depolarının, bu promosyonları eczanelere sınırlı olarak yansıtmaları ve bu sayede ilave karlar sağlamaları mümkün hale gelecektir.

istenmesi) ortaya çıkabileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda, ilgili ürün pazarının mevcut işleyişinde ecza depolarının eczanelere olan muhtaçlığının, yerel depoların dolayısıyla da rekabetin belirli bir süre sonunda büyük ölçüde ortadan kalkması ile eczanelerin ecza depolarına muhtaçlığı şeklinde değişime uğramasının kaçınılmaz olacağı görülmektedir.

H.4.4. Menfi Tespit Değerlendirmesi

Bildirime konu Sözleşme'nin,

1220

- 4.3. maddesinde Pfizer'ın Türkiye'deki pazar payı %2,5'in üzerinde olan ecza depolarıyla çalışacağı konusunda hüküm getirilmesi,
- 8.7. maddesi ile Dilek Ecza Deposu'nun müşterilerince yapılacak satışlara kısıtlama getirilmesi,

nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceği düşünülmektedir.

H.4.5. Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyeti Tebliği Açısından Yapılan Değerlendirme

1230

Başvuru konusu Sözleşme, Pfizer ve/veya bağlı şirketleri tarafından üretilen veya ithal edilen "Pfizer" markalı ilaçların Dilek Ecza Deposu'na satışı konusuna ilişkin tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir.

1240

Bilindiği üzere, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ) üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmaları kapsamaktadır. Dolayısıyla mevcut veya potansiyel rakip olan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar, kural olarak 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu çerçevede, Pfizer'ın beşeri ve hayvan sağlığı ürünlerinin üretimi, alımı ve satımı alanında faaliyet gösterdiği, Dilek Ecza Deposu'nun ise beşeri ve hayvan sağlığı ürünlerinin alım satımı alanında faaliyet gösterdiği dikkate alındığında, Pfizer ile Dilek Ecza Deposu arasında akdedilen Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Tebliğ'in "Kapsam" başlıklı 2. maddesindeki *"...Ancak sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil dağıtıcısı olduğu dikey anlaşmalar bu Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanır..."* şeklindeki tanıma uygun düştüğü ve söz konusu "Ürün Tedarik Sözleşmesi"nin mezkur Tebliğ kapsamında bir dikey anlaşma olarak değerlendirilebileceği görülmektedir.

1250

1260

Başvuru konusu Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Tebliğ hükümleriyle uyumlu olmayan iki maddesi bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, Pfizer'ın IMS verilerine göre % 2.5 oranındaki pazar payının altında paya sahip olan ecza depoları ile çalışmayacağını diğer bir deyişle bu depolara ilaç satmayacağını düzenleyen 4.3. maddesidir. Bu düzenleme ile, Pfizer'ın istediği teminat miktarı, ödeme şekli ve vade gibi tüm koşullara uyumlu olarak çalışmak suretiyle Pfizer'den ilaç alımı yapan bir çok deponun, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi durumunda Pfizer'den ilaç alamaz hale gelecektir. Dolayısıyla bu düzenlemenin,

Pfizer'den halihazırda ilaç alabilen ecza depolarının büyük bir bölümünün⁷ Sözleşme uygulanmaya başlandıktan kısa bir süre ilgili ürün pazarı dışında kalması noktasına kadar önemli etkileri olabileceği de dikkate alındığında, 2002/2 sayılı *Tebliğ'in* 4/b maddesinde yer alan ve taraflar arasında akdedilen dikey anlaşmalarda bulunmasına izin verilen düzenlemeler haricinde kalan ve ilgili ürün pazarında rekabeti büyük ölçüde ortadan kaldıracak nitelikte etkileri olabilecek bir düzenleme olduğu ve bu nedenle, Sözleşme'nin 4.3. maddesinin 2002/2 sayılı Tebliğ hükümleri çerçevesinde değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır.

1270

Başvuru konusu Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu olmayan diğer bir maddesi de, *"İşbu Sözleşme konusu Ürünleri, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde satış için paketlenmiştir. Müşteri işbu Sözleşmeye konu Ürünleri, Türkiye dışına satacağını veya satabileceğini bildiği veya Türkiye dışına satacağı veya satabileceği yönünde makul sebepler bulunan herhangi bir kişiye, ilk olarak söz konusu kişinin Ürünlerin ihracına yönelik kısıtlamaya uymasını sağlamadıkça satmayacak, devretmeyecek veya dağıtmayacaktır. Müşterinin söz konusu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda Pfizer, takdiri münhasıran kendinde olmak üzere, Müşterinin söz konusu yükümlülüğüne bir kez daha aykırı davranmayacağına kanaat getirdiği ana kadar Müşteriye ürün tedarikini kesme hakkına sahiptir."* şeklinde düzenlenmiş 8.7. maddesidir. Bu madde ile, Dilek Ecza Deposu'na Sözleşme konusu ürünleri Türkiye dışına satacağını bildiği veya satacağı yönünde makul sebepler bulunan herhangi bir müşteriye satmama yükümlülüğü getirilmektedir.

1280

2002/2 sayılı Tebliğ 'in 4/b maddesi uyarınca, ilgili hükümde belirtilen istisnai haller dışında, alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge ya da müşterilere ilişkin kısıtlama getirilmesi anlaşmayı 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinin dışına çıkaracaktır. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4/b-1 maddesinde belirlenen ilk istisna uyarınca, *"Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması"* yönünde bir düzenlemenin Sözleşme'de hükme bağlanması, Sözleşme'yi 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinin dışına çıkarmayacaktır ve bu bağlamda Sözleşme 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanabilecektir.

1290

Yukarıda anılan istisnai düzenlemede *"Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla..."* ifadesi yer almaktadır. 2002/2 sayılı Tebliğ'in Açıklanmasına Dair 30.6.2003 tarih ve 03-46/540-M sayılı Rekabet Kurulu Kararı'nın (Kılavuz) 2.2. bölümü uyarınca *"Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla..."* ifadesiyle anlatılmak istenen sağlayıcı teşebbüsün **sadece alıcı tarafından gerçekleştirilen aktif satışları** engelleyebileceği hususudur. Alıcının müşterileri tarafından gerçekleştirilecek aktif satışların sınırlandırılmasına yönelik alıcıya herhangi bir yükümlülük getirildiği takdirde, anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanması mümkün olmayacaktır. Bir başka ifadeyle, sağlayıcı ile alıcı arasındaki dikey anlaşmaya taraf olmayan ve mal veya hizmetleri alıcıdan sağlayan müşteriler, söz konusu

1300

⁷ Pazar payı % 2.5 oranının altında olan yaklaşık seksen ecza deposu.

1310 mal veya hizmetleri aktif-pasif satış ayırımı olmaksızın diledikleri gibi satabilme özgürlüğüne sahip olarak değerlendirilmektedir.

Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, başvuru konusu Sözleşme'nin 4.3. ve 8.7. maddelerinin, sırasıyla 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4/b ve 4/b/1. maddeleri ile uyumlu olmaması sebebiyle, 2002/2 sayılı Tebliğ hükümlerinden yararlanamayacağı sonucuna varılmıştır.

H.4.6. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

1320 4054 sayılı Kanun'un "Muafiyet" başlıklı 5. maddesinde, hangi şartların gerçekleşmesi halinde teşebbüsler arası anlaşmaların Kanun'un 4. maddesinden muaf tutulacağı belirtilmektedir.

a) Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması:

1330 Bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinden muaf tutulabilmesi için, öncelikle anlaşma konusu olan malın üretimi ve dağıtım ile ilgili olarak bir gelişme veya iyileşme olması ya da ekonomik veya teknik gelişme sağlanması gerekmektedir.

1340 Bentte kastedilen ekonomik fayda veya menfaat, sadece teşebbüslerin kendi açılarından sağlayacakları menfaat veya kazanç şeklinde değil, aynı zamanda bunların objektif anlamda ekonomiye yapacakları somut katkı şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Zira teşebbüsler arasında yapılan her anlaşmanın, en azından teorik olarak teşebbüsler açısından yarar sağlayacağını söylemek mümkündür. Bu fayda veya menfaatin bu şekilde anlaşılması gerektiği, bir sonraki bentten anlaşılmaktadır. Her ne kadar teşebbüslerin kendi yararlarına olan bir anlaşmanın, son tahlilde ekonomiye de yarar getirebileceğini iddia etmeleri mümkünse de, buradaki yarar, dolaylı menfaat değil, doğrudan ve somut yararadır.

1350 Hangi hallerde ekonomik yarar şartının yerine getirildiği, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gereken bir husus olmakla birlikte, AB Komisyonu uygulamalarına bakıldığında, üretim veya dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, malın arzının artırılması ve arzın devamlılığının sağlanması, yeni piyasalara girişlerin kolaylaştırılması⁸, kalitenin artırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması gibi haller, ekonomik yararın sağlandığı hususunda yeterli görülmektedir. Ayrıca Komisyon bu konuda değerlendirme yaparken, anlaşma taraflarının, rakiplerin ve bir bütün olarak Ortak Pazar ekonomisinin avantajlarını göz önüne almaktadır.

Sözleşme'nin 4.3. maddesinde getirilen % 2.5'lük pazar payı eşiği ile, Pfizer'den ilaç olarak eczanelere satış yapan ecza deposu sayısının, bu depoların yukarıda detaylı biçimde yer verilen nedenlerle sayısının yaklaşık olarak doksandan altı-yedi depoya kadar düşeceği; IMS verilerinin ihale satışlarını kapsamaması

⁸ Bu iyileşme ve gelişmelerle fiyatların düşmesi beklenmektedir.

1360 nedeniyle eczanelere satış yapan ecza depolarında yaşanacak azalma kadar kesin olarak ortaya konamamakla birlikte 246 milyon YTL ciroya sahip herhangi bir ihaleci depo tespit edilemediğinden, ihaleci depoların da tamamına yakınının belirli bir süre sonra pazar dışında kalacağı görülmektedir. Bu durum her ne kadar Pfizer tarafından işlem maliyetlerinin azaltılması anlamında bir iyileşme olarak nitelendirilse de, Türkiye çapında faaliyet gösteren ve bu güne kadar Pfizer ile Pfizer ilaçlarının Türkiye çapında dağıtım anlamında bir problem yaşamamış onlarca ecza deposunun pazar dışında kalmasının, malların dağıtım hizmetlerinin sunulmasında bir iyileşme yaratmayacağı anlaşılmaktadır.

1370 Buna ilaveten, Sözleşmenin 4.3. maddesindeki eşğin getiriliş nedenlerinden birisi olarak ileri sürülen bir diğer gerekçe ise, çalışılan ecza deposu sayısının azalmasına istinaden Pfizer'in işlem maliyetlerini azaltmak suretiyle elde edeceği ekonomik faydadır. Bu iddianın ne ölçüde geçerli olduğunun tespitine ilişkin olarak ecza depoları ile raportörlerce yapılan görüşmelerde, Pfizer ile çalışmakta olan depolarının işlem maliyeti anlamında Pfizer'e olan maliyetinin çok düşük olduğu, Pfizer'in depolardan alacağı çeklerin bile ecza depolarının kendi elemanları aracılığı ile ya da Pfizer'e postalayarak gönderildiği, Pfizer'in karakteristik olarak çalışma koşulları sıkı olan bir ilaç firması olduğu, çoğu ecza deposunun birebir teminatlar ile Pfizer'le çalıştığı ve ödemelerini en ufak şekilde bile aksatan ecza depolarının Pfizer ile çalışmasının söz konusu olamayacağı tespit edilmiştir.⁹ Bu bağlamda, Pfizer ile çalışmakta olan ecza depolarının Pfizer'e olan işlem maliyetinin ne olduğu ve yapılan bu düzenleme ile Pfizer'in bu maliyetlerden ne kadarlık bir tasarruf sağlayacağına ilişkin olarak detaylı ve yeterli bir açıklama getirilememiştir.

1380 Benden teorik açıklamalar bölümünde ifade edildiği gibi sağlanan yarar, sadece teşebbüsün kendisine yönelik olmamalı, ekonomiye, ilgili ürün pazarına, rakiplere ve tüketicilere de katkı sağlamalı; ayrıca sağlanan yarar objektif olmalıdır. Bu nedenle, Pfizer'in Sözleşme'nin 4.3. maddesi ile dağıtımda etkinlik ya da dağıtım maliyetlerinde tasarruf olacağına ilişkin olarak ileri sürdüğü gerekçelerin, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (a) bendinde ifade edilen "malların üretimi veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmeler" veya "ekonomik veya teknik gelişme" sağlanması şartının yerine getirilmesi için yeterli olmadığı görülmektedir.

Sözleşme'nin 8.7. maddesi anlamında bir değerlendirme yapıldığında ise, durum 4.3. maddenin değerlendirmesinden biraz farklılaşmaktadır. İlaç pazarındaki AR-GE faaliyetleri, bu pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin rekabet güçlerinin en önemli unsurlarından birini teşkil etmekte ve AR-GE'ye ayrılan bütçelerin korunması, artırılması ve bu sayede yeni ürünlerin geliştirilmesi ilaç sektöründeki üretici teşebbüsler açısından büyük önem taşımaktadır. AR-GE çalışmalarının pahalı ve riskli olması, söz konusu riskin maktu bir görünüm sergilemesi bir

⁹ Bu konuyla ilgili olarak (.....) Ecza Deposu yetkilisi "...Mevcut durumda Pfizer oldukça sağlam çalışma koşulları uygulamakta ve teminat usulüyle çalışmaktadır...", (.....) Ecza Deposu yetkilileri "...Pfizer ilaç firması ile şu sıra ticari olarak çalışmamız bire bir banka teminat mektubu karşılığı mal alınması şeklinde olmaktadır. Yani ticaretimiz teminat mektubuyla sınırlıdır. Talebimiz teminat miktarını geçtiğinde Pfizer firması depomuzla sevkıyatı durdurmaktadır. Kısacası Pfizer bizim depomuzla çalışmakla herhangi bir ticari risk taşımamaktadır..." ve (.....) Ecza Deposu yetkilisi "...bize satışlarını teminat mektubu (limiti dâhilinde) karşılığında çekle yapmakta, çekler tarafımızdan firmaya götürülmektedir..." şeklinde görüş beyan etmişlerdir.

- 1400 başka deyişle satılan ilaç adedine bağılı olmaması, söz konusu riskin tüm ilaç tipleri için geçerli olması ve belirli bir ülkeye özgü olmaması ilaç sektöründeki AR-GE çalışmalarının kendine özgü özellikleridir. Ülkeler arasındaki fiyat farklılıkları, AR-GE çalışmalarının finansmanının karşılanmasına katkıda bulunmaktadır. Paralel ithalat, ürünlerin son kullanıcılara satışından elde edilen ve AR-GE çalışmalarının finansmanında kullanılan gelirleri reel olarak düşürmektedir. Bu nedenle ilaç sektöründeki paralel ithalat son kullanıcıya artı bir menfaat getirmemekte, aksine AR-GE çalışmalarını sekteye uğratarak yeni veya gelişmiş ürünlerin son kullanıcılara sunulmasının önünde bir engel teşkil etmektedir. Bu nedenle yeni ürünlerin geliştirilmesine ve buna bağılı olarak
- 1410 tüketicilerin refahının artmasına olanak verecek AR-GE çalışmalarına daha büyük bütçelerin ayrılabilmesi için ilaç üreticisi teşebbüslerin yerleşik dağıtım düzenlerinin paralel ithalattan korunması büyük önem taşımaktadır.

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında, Sözleşmenin 8.7. maddesinde ürünlerin ihracatına getirilen sınırlamanın;

- Türkiye’de üretilen ilaçların, Türkiye’den daha yüksek fiyatla satıldığı pazarlara yönelmesi durumunda, yurt dışına satış nedeniyle karşılaşılan aşırı talep artışları karşısında, Pfizer tarafından Türkiye’nin bir önceki yıldaki ilaç tüketimi esas alınarak yapılan ilaç üretiminin yetersiz kalmasını ve Türkiye’deki dağıtım sisteminin ve dolayısıyla tüketicilerin bundan olumsuz etkilenmesini engelleyeceği ,
- Pfizer’ın, yeni ilaç molekülerinin geliştirilmesi için yürüttüğü AR-GE çalışmalarının maliyetlerini karşılayabilmek için Türkiye’den daha yüksek fiyatla ilaç sattığı pazarlarda faaliyet gösteren Pfizer şirketlerinin ekonomik durumlarının pazara giren “ucuz ithalat” nedeniyle bozulmasının engelleyerek AR-GE’ye daha fazla bütçe ve kaynak ayrılmasına neden olacağı¹⁰,
- Türkiye dışına yapılan ihracatın ne ölçüde sıhhi olduğu Pfizer tarafından kontrol edilemediğinden, ihracatı yapılan ilaçların sahte olması, son kullanma sürelerinin geçmesi ya da soğuk zincirle taşınması gereken ilaçlar gibi belirli koşullarda taşınması yapılması gereken ilaçların sağlıksız koşullarda taşınması gibi durumların ortaya çıkaracağı problemlerinin insan sağlığını tehdit edebileceği ve böyle bir durumda Pfizer isminin ve ticari markasının olumsuz yönde etkilenmesinin önünce geçilmesine neden olacağı,

- 1440 anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Sözleşme’nin 8.7. maddesi bakımından, 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (a) bendinde ifade edilen “*malların üretimi veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmeler*” veya “*ekonomik veya teknik gelişme*” sağlanması şartını yerine getirdiği görülmektedir.

10 Nitekim Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın (ATAD) 27.9.2006 tarih, T-168/01 sayılı GlaxoSmithKline v. Commission kararında da belirtildiği gibi, ilaç sektöründeki kar marjlarının dağıtım zincirinde yer alan bir teşebbüse gitmesi yerine üretici teşebbüste kalması durumunun, söz konusu karların dağıtıcı teşebbüslerle paylaşılması durumundan daha olumlu sonuçlar doğuracağı, zira üretici teşebbüsün dağıtıcı teşebbüsün aksine elde ettiği gelirleri AR-GE faaliyetlerine aktardığı ve böylelikle yeni ürünlerin bulunmasına veya mevcut ürünlerin geliştirilmesine katkıda bulunduğu tespiti yapılmıştır.

b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması:

1450 Kanun'un 4. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bir anlaşmanın muafiyet alabilmesi için aranan ikinci koşul, yukarıda ifade edilen ekonomik yararlıardan, tüketicilerin de faydalandırılmasıdır. Bir başka deyişle, ekonomik açıdan yarar sağladığı söylenebilecek olan bir anlaşma, bu yararı tüketicilere yansıtmadığı sürece, muafiyetten faydalanamaz.

Buradaki tüketici teriminden kastedilen sadece nihai tüketiciler değil, bunun yanında nihai tüketiciler dışında kalan satıcı, dağıtıcı ve hatta üretici gibi tüm kullanıcılarıdır. Nitekim Avrupa Birliği Hukukundaki uygulama da bu yöndedir. Bu nedenle tüketici teriminin geniş anlamda kullanıldığı kabul edilmelidir.

1460 Mehaz mevzuat olan Roma Anlaşması'nın ilgili hükmü sadece tüketicinin ortaya çıkan ekonomik faydadan yararlanmasını değil, bundan "adil bir şekilde pay almasını" şart koşmuştur. Komisyon, ne zaman adil bir yararlanmanın söz konusu olduğu hususunda ise, piyasada rekabet baskısının bulunmasını veya (bazen de) ekonomik gelişmenin niteliğini yeterli görebilmektedir. Fakat bu konuda Komisyon'un geniş bir takdir hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. 4054 sayılı Kanun'da yararlanmanın ölçüsü hakkında herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak Kanun'un ilgili maddesi olan 5. maddenin gerekçesinde aynen şu ifadeler yer almaktadır: *"Bu yararlı etkinin tüketiciye yansımayaarak, sadece firma karları olarak kalması halinde muafiyet uygulanamayacaktır. Ortaya çıkan yarardan tüketicinin **adil bir pay** alması suretiyle Rekabet Hukukunun sosyal yönü de ortaya çıkacaktır."*

1470 Ayrıca Komisyon, küçük bir azınlığın sağladığı yararı, tüketicinin adil bir pay alabilmesi için yeterli görmemektedir. Çünkü bir azınlığın aldığı pay, tüketici çoğunluğuna zarar olarak yansiyabilmektedir. Komisyon tüketici yararını incelerken, öncelikle tüketici genelinin, bu sağlanamasa bile çoğunluğunun faydalanmış olması şartını aramaktadır.

1480 Kanun'da yararlanmanın ölçüsü ve kapsamı konusunda herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olmakla birlikte, tüketicinin sağlayabileceği yararlıardan ilk akla gelen fiyatlarda sağlanacak düşüşlerdir. Bunun dışında, kalitenin artması, ürün çeşitliliğinin sağlanması, ekonomiye yeni malların kazandırılması, satış sonrası etkin hizmetler, malın arzında devamlılığının sağlanması gibi başkaca ekonomik faydalar da, tüketicilerin elde edeceği menfaat kapsamında değerlendirilebilir.

1490 Sözleşme'nin 4.3. maddesi nedeniyle hem eczanelere satış yapan depoların hem de ihaleci depoların sayısının önemli ölçüde azaltılması; eczanelere satış yapan yerel ecza depolarının sayısının azalmasına istinaden bu depoların desteğine muhtaç eczanelerin de pazardan çıkması; Türkiye'nin batı bölgelerinde yoğunlaşmış olan yerel ecza depolarının da pazardan çıkması ile özellikle Doğu Karadeniz, Doğu ve Güney Doğu Anadolu bölgelerinin tamamen grup depolarına terk edilmesi, yeni ihale sistemi ile getirilen çerçeve sözleşme uygulamasında ihaleci ecza depolarının sayısının azalmasının ihalelerde rekabetin tesisi bakımından bir çok olumsuz etkisi olduğu göz önüne alındığında; Pfizer'in bu düzenleme ile ortaya çıkacağını iddia ettiği işlem maliyetlerine ilişkin tasarruftan tüketicilerin ne şekilde yararlanacağına,

dağıtıcıların sayısındaki dramatik azalmaya rağmen ilacın bulunabilirliğinin artırılacağına ya da bu işlem neticesinde ortaya tüm bu faydalardan tüketicilerin ne ölçüde yararlanacağına ilişkin açıklamaların yeterli olmadığı görülmektedir. Bu bakımdan, bu olumsuzluklara ilişkin hususların detaylı biçimde açıklamasına önceki bölümlerde yer verildiğinden, bu hususlar üzerinde daha fazla durulmayacak, daha önce değinilmeyen sahte ilaçla mücadelenin tüketici yararına olan etkisine değinilecektir.

Sözleşme'nin 4.3. maddesiyle getirilen % 2.5'lük Pazar payı eşiğine ilişkin olarak en önemli sebeplerden birisi olarak Pfizer tarafından defalarca dile getirilen husus sahte ilaçla mücadele edilmesidir. Ancak, sahte ilaçla mücadelenin, Pfizer tarafından istenen teminat, ödeme koşulları, ödeme şekilleri ya da ödemelerin vadesi gibi tüm şartları yerine getiren ve Pfizer'e yaptığı ödemelerde herhangi bir şekilde temerrüde düşmeyen, yıllardır verigisini ödeyerek devlete karşı yükümlülüklerini yerine getiren ve eczanelere ihtiyaç duydukları hizmetleri veren onlarca deponun, başvuru konusu Sözleşme'nin 4.3. maddesinde getirilen düzenleme ile bu depoların pazar dışına çıkarılmasına kadar varabilecek sonuçları olan bir süreç içerisinde sokulması suretiyle yapılmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, halk sağlığını ilgilendiren önemli bir konu olan sahte ilaçla mücadelede belirli seviyenin üstünde depolar ile çalışmak isteğini beyan eden Pfizer'ın, tespit ettiği eşiğin altında kalan onlarca kurumsal, güvenilir ve saygın ecza deposunun sahte ilaçla mücadeleye ne gibi olumsuz etkilerinin ya da sahte ilaçla mücadelede ne gibi yetersizliklerinin olduğu hususunda tatmin edici açıklaması bulunmamaktadır. Ayrıca sahte ilaçla mücadelenin, sahte ilaç bulundurma ya da dağıtma gibi bir faaliyet içinde olan ecza depoları varsa, bu depolarla münferiden çalışmamak, sadece bu depolara ilaç vermemek, bu depolar hakkında yasal takibat başlatmak ya da bu konuyla ilgili kurum ve kuruluşlara sahte ilaçla mücadele için gerekli müracaatları yapmak gibi alternatif yolları bulunurken; bu mücadelenin bugüne kadar çalışması, ödemeleri, kurumsal kimliği ve saygınlığı hususunda tereddüt olmayan birçok yerel ecza deposunun pazardaki varlığını tehdit edecek bir düzenleme ile yapılamayacağı ve tüketicinin de bundan mevcut durumdakinden farklı bir yarar sağlayamayacağı anlaşılmaktadır.

Bu değerlendirmeler ışığında, Sözleşme'nin 4.3. maddesinin, eşik üstünde kalan depolarla oluşturulan yeni dağıtım sistemi ile tüketicinin, sahte ilaçla mücadele yanında, (a) bendin ifade edilen gelişmelerden de yarar sağlamayacağı görülmektedir.

Sözleşme'nin 8.7. maddesi bakımından durum değerlendirildiğinde, sonuçlar yine 4.3. maddenin sonuçlarından farklılaşmaktadır. Şöyle ki, ilacın insan sağlığıyla doğrudan ilgili bir ürün niteliği taşıması ve bu nedenle kamu düzeni ve kamu sağlığını yakından ilgilendiriyor olması nedeniyle, "ilaçların bulunabilirliği" hususu gerek ilaç sektörü açısından, gerekse kamu sağlığı açısından ciddi önem arz etmekte ve bu durum ilaç sektörünü diğer sektörlerden ayırmaktadır. Dolayısıyla kamu sağlığı ve kamu düzeni açısından gerekli temel ürünlerin başında yer alan ilaç ürünlerinin herhangi bir tedarik sıkıntısı yaşanmaksızın eksiksiz ve dengeli olarak tüm yurt çapında dağıtımının sağlanması kamu sağlığı ve ülke açısından hayati önem arz etmektedir.

1550 Bildirim konusu Sözleşme'ye konu ürünlerin yurtdışına satılması halinde Dilek Ecza Deposu veya üçüncü bir kişi ilaç fiyatlarının kendileri için daha cazip olduğu ülkelere (özellikle Avrupa ülkelerine ve ABD gibi Kuzey Amerika ülkelerine) satış yapmayı tercih edip Türkiye pazarına yeteri ölçüde ilaç ürünü sunmayabileceklerdir. Bunun sonucunda ilaçlara ilişkin yurtiçindeki arz talep dengesi bozulacak ve yurdun tamamı veya bir bölümünde ilaçların hastalara tedarikinde sıkıntı ve zorluklar meydana gelebilecektir. Sözleşmenin 8.7. maddesi çerçevesinde ihracata yönelik getirilen sınırlama, Sözleşme'ye konu ürünlerin Türk pazarındaki bulunabilirliğine katkıda bulunmakta ve bu durum tüketicilerin, kamu sağlığı ve kamu düzeni açısından hayati önem arz eden ürünlere erişimini kolaylaştırmaktadır. Dolayısıyla başvuru konusu Sözleşme'nin 8.7. maddesinin, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (b) bendindeki şartın yerine getirildiği anlaşılmaktadır.

c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması:

1560 Bu koşulun temelinde, piyasada etkin rekabetin bulunmadığı durumlarda, anlaşmadan beklenen ekonomik yararların gerçekleşmeyeceği veya en azından, yararlarının zararlarından fazla olmayacağı varsayımı yatmaktadır. Gerçekten de, teşebbüslerin piyasadaki rekabet baskısından uzaklaşmaları, anlaşmadan beklenen ekonomik yararların, en azından uzun vadede gerçekleşmemesine yol açacaktır.

1570 Sözleşme'nin 4.3. maddesi ile getirilen % 2.5'luk pazar payı eşiği ile toplam pazar payları % 11.68 olsa da, ilgili ürün pazarının % 88.32'lik kısmına sahip olan altı deposunun karşısında önemli bir denge unsuru olan ve sayıları 80-85 civarı olan yerel ecza depoların belirli bir süre sonra tamamen piyasadan çıkacak olması yanında, ihaleci depoların ve eczanelerin de ilgili ürün pazarındaki bu değişimden oldukça olumsuz biçimde etkilenmesi söz konusu olacağından, Sözleşme'nin 4.3. maddesi ile getirilen düzenlemenin ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına neden olacağı görülmektedir.

1580 ATAD kararlarında da belirtildiği üzere paralel ithalat ilaç sektörünün geneli dikkate alındığında yurtiçi tüketime oranla çok büyük bir önem taşımamaktadır. Bu bağlamda, Komisyon kararları incelendiğinde, paralel ithalat engelleyen hükümlerin bulunduğu anlaşmalara muafiyetin istisnai hallerde verildiği görülmekle beraber, ilaç endüstrisinin kendine has özellikleri nedeniyle paralel ithalatın önemi ve korunması ikinci plana atılabilmektedir. Somut olayda da, paralel ithalatın göreceli olumlu etkisi Türkiye'de değil yabancı ülkelerde doğacak; olumsuz etkisi ise Türk ilaç tüketicisi için Pfizer ilaçlarının yoka düşmesi şeklinde ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, Sözleşme'nin 8.7. maddesindeki düzenlemenin, bu olumsuz etkinin önlenmesi bakımından gerekli olduğu ve ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabeti sınırlamadığı anlaşılmaktadır.

1590

d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması:

1600 Rekabet hukuku bazı anlaşmalara, sağladıkları faydalar nedeniyle muafiyet tanımaktadır. Rekabetin kısıtlanmasına, tüketicinin yararı göz önüne alınarak izin verilmişse de, bu kısıtlamanın asgari düzeyde tutulması gerekmektedir. Buna göre, tüketicilere yansıtılan ekonomik gelişme veya iyileştirmenin elde edilmesinde, rekabeti daha az sınırlayan bir yöntem mevcut ise, söz konusu anlaşmanın muafiyet alması mümkün değildir. Kısaca “ölçülülük” ya da “denge” ilkesi olarak ifade edilebilecek olan bu prensibe göre, sınırlama, elde edilmek istenen olumlu amaca uygun ve o amacın elde edilmesi için gerekli olmalıdır. Bu ilkeye aykırılık, izlenen amacın elde edilmesi için rekabetin gereğinden fazla sınırlanmasına veya rekabetin sınırlanması gereğinin dahi bulunmadığı halde sınırlanmasına yol açar. Teşebbüsler prensip olarak, anlaşma ile izledikleri ekonomik amaçların gerçekleştirilmesinde, rekabeti en az sınırlayıcı yöntemi tercih etmekle yükümlüdürler. Tespit edilen faydadan tüketicilerin de yararlandığı varsayımı ile sınırlamanın bu faydaların elde edilmesi için gerekli ve hatta zorunlu olması gerekir. Sınırlayıcı hükümler olmaksızın veya bu hükümler yumuşatılarak anlaşmadan beklenen faydanın elde edilmesi mümkün ise, o takdirde muafiyet verilmesi söz konusu olmaz.

1620 Getirilen rekabet sınırlaması ile elde edilen fayda arasında ne zaman ölçülülük ilkesine riayet edildiği hususunda genel bir kriter vermek mümkün değildir. Ölçü, anlaşma ile izlenen amaca bağlı olarak değişebileceğinden, öncelikli olarak anlaşmanın yorumlanarak amacının tespit edilmesi gerekir.

1620 Komisyon uygulamalarında, paralel ticareti engelleyen, Ortak Pazar'ın ulusal sınırlar boyunca bölünmesine yol açan, bölgesel korumaya ilişkin hükümler ve alıcıların fiyat ve benzeri şartlara ilişkin özgürlüğünü sınırlayan hükümler, genellikle amacın elde edilmesi için, gereğinden fazla sınırlama olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Komisyon sınırlamanın izlenen amacın gerçekleştirilmesinde gerekli olup olmadığını değerlendirirken, objektif bir tutum sergilemekte ve tarafların izledikleri öznel amacı değerlendirmede dikkate almamaktadır.

1630 4054 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin (d) bendi, (a) bendinde ifade edilen yarardan (b) bendine göre tüketicilerin yararlanması durumunda, sağlanan bu yararlar, getirilen rekabet sınırlaması arasında bir denge olmasını ve bu yararın sağlanabilmesi için söz konusu rekabet sınırlamasının zorunlu olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 4.3. maddesinin (a) ve (b) bentlerini sağlanmadığı sonucuna varıldığı bir durumda, varsayımsal olarak (d) bendinin değerlendirilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Ancak şu kadarı ifade edilmelidir ki, bu yeni sistemle Pfizer'in;

- 1640
- Her ecza deposu için kaynak ve istihdam yaratıldığı ve bu düzenleme ile bunlardan tasarruf sağlanacağı,
 - Çalışılan depo sayısının azaltılarak belirli ekonomik ölçeğin üstündeki depolar ile çalışılarak sahte ilaçla etkin biçimde mücadele edileceği,

- Sadece belirli kurumsal ölçekteki depolar ile çalışarak bugünkü mevcut dağıtım sisteminden daha farklı ve daha geniş kitlelere ulaşan bir dağıtım sistemi kurulacağı ve ilacın bulunabilirliğinin daha da artacağı,

1650 şeklindeki iddialarının geçerli olmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki bu iddianın bir an için geçerli olduğu varsayılsa bile, ortaya çıkan ve sadece Pfizer bakımından geçerli olan sınırlı faydanın elde edilebilmesi için, yaklaşık 10 milyar YTL'lik ilaç dağıtım pazarında Sözleşme'nin 4.3. maddesi ile rekabet hukuku anlamında yaratılacak olumsuz etki o kadar fazladır ki, bu sistemin sayesinde yaratıldığı iddia edilen tasarrufun savunulması olanaksız hale gelmektedir.

1660 Pfizer tarafından ecza depolarının yurt dışına satış yapmasına ilişkin getirilen 8.7. maddesinin asıl etkisi Türkiye'de değil yurtdışında ortaya çıkmaktadır. Ancak söz konusu kısıtlama, başvuru konusu Sözleşme ile sağlanması hedeflenen etkinliklerin ve tüketici açısından doğacak faydaların elde edilebilmesi için önemli ve gereklidir. Ayrıca bireysel muafiyet talebine konu edilen Sözleşme kapsamında ecza depolarına satılacak olan ürünler ilaç sektörüne yönelik olarak Türkiye'de geçerli olan düzenlemelere uygun olarak üretilen bitmiş ürünlerdir. Bu ürünlerin yurtdışına satılması durumunda satılan ülkenin ilaç düzenlemelerine uyum sağlamaması ve bu sebepten ötürü Pfizer, yurtdışında dağıtım yapan kuruluş veya Pfizer'in yurtdışındaki bağlı şirketlerinin son derece ağır cezai, hukuki ve idari sorumluluğu da söz konusu olabilecektir.

1670 Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında; başvuru konusu Sözleşme'nin 8.7 maddesinde belirlenen yükümlülük çerçevesinde getirilen sınırlamanın etkisi her ne kadar Türk pazarlarında görülmekteyse de, bu yükümlülüğün; yurtdışına satış yapacağı yönünde makul gerekçeler bulunan bir müşteriye satış yapıp yapmama inisiyatifinin ecza deposunda olması, bu konuda Pfizer'ın herhangi bir talimat ya da tavsiyesinin olmaması ve Pfizer'ın akdedilen Sözleşme ile ürünlerinin Türkiye çapında sözleşme imzalamayı düşündüğü ecza depolarının sahip olduğu tecrübe ve dağıtım kanalları kullanılarak daha fazla satılması yönündeki iradesini açıkça ortaya koyması nedeniyle, Kanun'un 5. maddesinde öngörülen koşulları karşılamakta olduğu anlaşılmaktadır.

I. SONUÇ

1680 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

1) Pfizer İlaçları Ltd. Şti. ile Dilek Ecza Deposu İthalat ve İhracat Ticaret A. Ş. arasındaki Ürün Tedarik Sözleşmesi Sözleşme'nin,

- 4.3. maddesinde Pfizer'ın Türkiye'deki pazar payı %2,5'in üzerinde olan ecza depolarıyla çalışacağı konusunda hüküm getirilmesi,
- 8.7. maddesi ile Dilek Ecza Deposu'nun müşterilerince yapılacak satışlara kısıtlama getirilmesi,

1690 nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine OYBİRLİĞİ ile,

2) Sözleşme'nin

- 4.3. maddesi ile Pfizer'in IMS verilerine göre % 2.5 oranının altında Pazar payına sahip olan ecza depolarına ilaç satmayacak olması,
- 8.7. maddesi ile Dilek Ecza Deposu'nun müşterilerince yapılacak satışlara kısıtlama getirilmesi,

nedeniyle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin kapsamında değerlendirilemeyeceğine OYBİRLİĞİ ile,

1700

3) Sözleşme'nin 8.7. maddesinin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını taşıması sebebiyle bireysel muafiyetten yararlanabileceğine,

ancak Sözleşme'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulları karşılamayan 4.3. maddesine bireysel muafiyet verilmesinin mümkün olmadığına,

1710

Sözleşme'nin 4.3. maddesinin anlaşmadan çıkarılması koşuluyla, Sözleşme'ye 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında bireysel muafiyet tanınmasına OYÇOKLUĞU ile

karar verilmiştir.

1720

02.08.2007 tarih ve 07-63/774-281 Sayılı Kurul Kararı'na

KARŞI OY GEREKÇESİ

İlgili ürün pazarında, rekabetin olumsuz yönde ve kayda değer oranda etkilenmeyeceği, yeni uygulamanın iktisâdi etkinlik amacına hizmet edeceği görüşüyle, Sözleşme'ye 4.3 madde ile birlikte bireysel muafiyet tanınabileceği kanaatini taşıyorum. Bu sebeple, Karar'ın 3. maddesine katılmıyorum.

Prof.Dr.Nurettin KALDIRIMCI
Kurul Üyesi