

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2011-1-104 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 11-45/1084-378
Karar Tarihi : 17.08.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

- 10 **Başkan** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,
Prof. Dr. Metin TOPRAK

B. RAPORTÖRLER : Çiğdem TUNÇEL, Emine TOKGÖZ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Özge DEMİRBİLEK
Metroport Eczanesi Bahçelievler Mah. Kültür Sok. No 60/1
Bahçelievler/İstanbul

D. HAKKINDA İNCELEME YAPILAN:

- 20 - Nil Eczanesi (Ecz. Nil KIVANÇ)
Ressam Halim Sok. Erkam Apt. No 8/2 Bahçelievler/İstanbul
- Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti.
Büyükdere Caddesi No:127 Astoria Kuleleri B Blok Kat:8
34394 Esentepe/İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Nil Eczanesinin Medical Park Bahçelievler Hastanesi dışındaki hastanelerde tedavi gören hastalardan gelen Pregnyl taleplerini karşılamadığı ve stokunda olduğu halde bu hastalara Pregnyl adlı ilacı satmadığı ve Nil Eczanesinin Pregnyl adlı ilacın sağlayıcısı olan Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. ile anlaşarak depolara sınırlı miktarda ilaç gönderilmesini sağlamak suretiyle yakındaki eczanelerin söz konusu ilacı temin etmesini engellediği iddiası.

- 30 **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** İlgili raporda; Nil Eczanesinin Medical Park Bahçelievler Hastanesi dışındaki hastanelerde tedavi gören hastalardan gelen Pregnyl taleplerini karşılamadığı ve stokunda olduğu halde bu hastalara Pregnyl adlı ilacı satmadığı ve Nil Eczanesinin Pregnyl adlı ilacın sağlayıcısı olan MSD firmasıyla anlaşarak depolara sınırlı miktarda ilaç gönderilmesini sağlamak suretiyle yakındaki eczanelerin söz konusu ilacı temin etmesini engellediği iddia edilmiştir.

- 40 **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 8.3.2011 tarih ve 1806 sayı ile intikal eden başvuru üzerine hazırlanan 28.6.2011 tarih ve 2011-1-104/İİ-11-375.ÇT sayılı İlk İnceleme Raporu, Kurulun 6.7.2011 tarih ve 11-41 sayılı toplantısında değerlendirilmiş ve söz konusu iddialara ilişkin olarak Nil Eczanesi ve MSD hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. İlgili karar uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 10.08.2011 tarih ve 2011-1-104/ÖA-11-375.ÇT sayılı Önaraştırma Raporu 15.08.2011 tarih ve REK.0.15.00.00-110/246 sayılı Başkanlık önergesi ile 11-45 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; önaraştırma konusu iddialar ile ilgili olarak Nil Eczanesi ve/veya Merck & Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve/veya 6. maddesini ihlal ettiğine ilişkin herhangi bir

bulguya ulaşamadığından Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı, şikâyetin reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

I. YAPILAN İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

50 I.1. Şikayet Konusu Taraflar ve Pregnyl Hakkında Genel Bilgi

I.1.1. Nil Eczanesi

Dosya mevcudu bilgilere göre, Nil Eczanesi, İstanbul Bahçelievler'de mukim bir eczane olup Nil KIVANÇ tarafından işletilmektedir. Nil Eczanesinden elde edilen bilgilere göre, Medical Park Hastanesi Avrupa yakasının en büyük özel hastanelerindendir ve Nil Eczanesi bu hastanenin hemen karşısında yer almaktadır. İstanbul'un Bahçelievler semtinde Nil Eczanesi dışında 133 eczane daha bulunmaktadır.

I.1.2. Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. (MSD)

60 Schering-Plough Corporation ve Merck & Co., Inc.'in dünya çapında birleşmesinin ardından Schering-Plough Tıbbi Ürünler Ticaret A.Ş.'nin unvanı Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. olarak değiştirmiştir. Anılan birleşmeye 21.10.2009 tarihli ve 09-48/1203-304 sayılı Rekabet Kurulu kararıyla da izin verilmiştir.

Merck'in hissedarlık yapısı Tablo 1'de verilmiştir:

Tablo 1. Merck'in hissedarlık yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
Merck Holdings LL.C.	99,99
Merck Sharp & Dohme Int. Ltd.	0.01
Toplam	100

MSD'nin yönetim kurulu Mustafa Muhittin Bilgütay, Karsten Clemens Meisloch ve Uğur Bingöl'den oluşmaktadır. Şirketin faaliyet alanları beşeri ilaçların ve biyolojik ürünlerin ve bunların aktif hammaddelerinin ithali, ihracı, toptan dağıtım ve pazarlaması olarak ifade edilmiştir.

I.1.3. Pregnyl

70 Pregnyl adlı ürün ATC-3 sınıflandırmasına göre "G03G Gonadotropinler" sınıfında yer almaktadır. Gebe kadınların idrarından elde edilen "koriyonik gonadotropin" etken maddesinden üretilen ilaç, tüp bebek tedavisinde kullanılmakta olup; erkekte hipogonadotrofik, hipogonadizm ve kadında folikül olgunlaşması ya da ovülasyonun olmamasına bağlı sterilite, kriptorkizm, puberte gecikmesinde endike olduğu belirtilmiştir.

Dosya mevcudu bilgilere göre; piyasada Pregnyl A.IM LYOP 5000 IU 1 1 ML ve Pregnyl A.IM LYOP 1500 IU 3 1 ML olmak üzere iki formda bulunduğu ve piyasada ilacın etken maddesi olan "koriyonik gonadotropin"i içeren birebir eşdeğer ürün bulunmadığı anlaşılmıştır.

MSD'den edinilen bilgilere göre ilacın satışı sadece eczaneler yoluyla gerçekleşmekte; ihale sistemiyle satışı bulunmamaktadır.

80 I.2. Değerlendirme

Dosya kapsamında incelenen iddialar iki kısımdan oluşmuştur. Birinci iddia, Nil Eczanesinin, Medical Park Bahçelievler Hastanesi dışındaki hastanelerde tedavi gören hastalardan gelen Pregnyl taleplerini karşılamadığı ve stokunda olduğu halde bu hastalara Pregnyl adlı ilacı satmadığı yönündedir. İkinci iddia ise Nil Eczanesinin Pregnyl adlı ilacın sağlayıcısı olan MSD firmasıyla anlaşarak depolara sınırlı miktarda ilaç gönderilmesini

sağlamak suretiyle yakındaki eczanelerin söz konusu ilacı temin etmesini engellediği yönündedir.

90 Bu anlamda, birinci iddia civar eczaneler arasında müşteri paylaşımına yönelik bir anlaşma olabileceği; ikinci iddia ise Nil Eczanesi ile MSD arasında bir anlaşma olduğu ya da MSD'nin bazı eczanelere mal vermeyi reddettiği ihtimallerine işaret etmiştir.

Söz konusu iddialara ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmelere aşağıda yer verilmiştir.

1.2.1. Kanun'un 4. Maddesi Açısından Yapılan Değerlendirme

100 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 'Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar' başlıklı 4 üncü maddesinde "belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar" yasaklanmaktadır. Aynı maddede tadadi olarak sayılan anlaşma halleri arasında (b) "Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü", (c) "Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi" bulunmaktadır.

110 Pazar paylaşımı ve arz-talep koşullarının piyasa dışında belirlenmesi hem Türk rekabet hukukuna mehzaz teşkil eden Avrupa Birliği uygulamalarında hem de ABD'de *per se* ihlal kabul edilmektedir. Anlaşma kavramı tüm dünya örneklerinde geniş bir çerçevede yorumlanmakta, yazılı bir metin aranmamakta ve teşebbüsler arasındaki karşılıklı anlayış bile ek faktörlerin varlığında teşebbüsler arasında anlaşma olduğu sonucuna götürmektedir. Özellikle ürünün homojen olduğu, az sayıda oyuncunun bulunduğu yoğunlaşmış piyasalarda bu şekilde bir anlaşmaya varmak, anlaşmayı uygulamak ve böylece piyasadaki rekabet koşullarını bozmak kolay olmaktadır. Bu anlamda, teşebbüsler arasında bir anlaşma olup olmadığı incelemesine piyasanın yapısı ve ürünün özelliklerinden başlanması dosya özelinde de uygun görülmüştür.

Beşeri ilaç piyasası dikey bir zincirden oluşmaktadır. İlaç şirketleri ithal ettikleri, ürettikleri ya da fason olarak ürettirdikleri ürünleri depolara, depolar da ya perakende seviyesinde faaliyet gösteren eczanelere ya da ihaleler yoluyla hastanelere dağıtmaktadır. Dosya kapsamındaki iddialara konu edilen Pregnyl adlı ilaç, eczaneler vasıtasıyla hastalara ulaşmakta, bir başka deyişle söz konusu ilacın ihale satışları bulunmamaktadır.

120 Dosya kapsamında, Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken iki iddia bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yukarıda açıklandığı üzere eczanelerin aralarında müşteri paylaşımına yönelik bir anlaşma gerçekleştirdikleri iddiasıdır. Şikâyetin ilgili olduğu İstanbul ili Bahçelievler semtinde hâlihazırda 130 civarında eczanenin faaliyet gösterdiği tespit edilmiştir. Dolayısıyla, çok sayıda oyuncunun bulunduğu böyle bir pazar yapısında, pazardaki oyuncuların müşteri paylaşımına yönelik bir anlaşma içerisinde bulunacakları olası gözükmemiştir. Nitekim Nil Eczanesi de, ilacın eczanelerinde mevcut olması halinde reçetesini ibraz eden her hastaya sunulduğunu belirtmiştir.

Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer iddia ise Nil Eczanesi ile Pregnyl adlı ilacın sağlayıcısı olan MSD'nin diğer eczanelere ürün sağlanmamasına yönelik bir anlaşma içinde oldukları iddiası olmuştur.

130 Bilindiği üzere, ilaçlar eczanelere doğrudan sağlayıcı firmalar tarafından değil, ecza depoları vasıtasıyla ulaştırılmaktadır. Nitekim MSD de Pregnyl adlı ilacı eczanelere yaklaşık (...TİCARİ SIR...) adet farklı ecza deposu kanalıyla dağıttığını bildirmiştir. Türkiye'de 23.000 civarında eczanenin faaliyet gösterdiği de göz önünde

bulundurulduğunda sağlayıcıların depolar kanalıyla eczanelere yapılacak satışları kontrol etmesi veya doğrudan eczanelerle muhatap olarak rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma içine girmeleri mümkün görülmemiştir.

140 Pregnyl adlı ilaca ait satış rakamları da bu durumun olanaksızlığını ortaya koymuştur. Şöyle ki; piyasada Pregnyl iki ayrı formda bulunmaktadır. Bunlardan şikâyete konu olan form, Pregnyl A.IM LYOP 1500 IU 3 1 ML formu olup ilaç bu formda 2009 yılında (...TİCARİ SIR...) kutu ve 2010 yılında (...TİCARİ SIR...) satılmışken 2011'in ilk 6 ayında (...TİCARİ SIR...) satılmıştır¹. İlacın diğer formu olan Pregnyl A.IM LYOP 5000 IU 1 1 ML ise 2009 yılında (...TİCARİ SIR...), 2010 yılında (...TİCARİ SIR...), 2011'in ilk 6 ayında ise (...TİCARİ SIR...) kutu satılmıştır². Nil Eczanesinden elde edilen bilgi ve belgelere göre 2010 yılında toplam 736 kutu satışı yapılmıştır. 2011 yılının ilk 6 ayında ise (...TİCARİ SIR...) Pregnyl satışı gerçekleşmiştir. Bu bilgilere göre, ilacın MSD ile yapılan bir anlaşma sayesinde sadece Nil Eczanesine temini gibi bir durumun söz konusu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

150 Kaldı ki, Hedef ve Selçuk Ecza Depoları yetkilileri ile yapılan görüşmelerde ilacın son zamanlarda üretiminin durdurulduğu ve bulunmakta zorluk çekildiği; ancak, ilaç ellerinde bulunduğu ayırım yapılmadan isteyen her eczaneye temin edildiği ifade edilmiştir. Nitekim Nil Eczanesine komşu olan Su Eczanesi ile yapılan telefon görüşmesinde de ilaçla ilgili olarak piyasada son aylarda genel bir arz sıkıntısı yaşandığı ancak istendiğinde ve depoda da bulunduğu takdirde ilacın tedarikinin reddi gibi bir durumun söz konusu olmadığı belirtilmiştir.

MSD, ürün arzında yaşanan sıkıntıyı, gebe kadınların idrarından elde edilen ve sadece Hollanda'da üretimi yapılan söz konusu ürünün üretim sürecindeki sorunlara ve Merck-Schering birleşmesinden sonra ürünün çok daha fazla ülkeye sunulması nedeniyle üretim tesisinin yetersiz kalması sonucunda oluşan arz darlığına bağlamıştır.

160 Bu tespit ve değerlendirmeler çerçevesinde, eczaneler arasında müşteri paylaşımına yönelik bir anlaşma yapılması yahut da Nil Eczanesi ile MSD arasında Pregnyl'in diğer eczanelere tedarik edilmemesine yönelik bir anlaşma yapılması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiğine dair herhangi bir bulguya ulaşılamamıştır.

I.2.2. Kanun'un 6. Maddesi Açısından Değerlendirme

Kanun'un 6. maddesinde "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır*" hükmü getirilmiştir.

170 Bilindiği üzere Kanun'un 6. maddesinin ihlalinden bahsedebilmek için; hem incelemeye konu olan davranışı gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olması hem de söz konusu davranışın kötüye kullanma niteliğinde olması aranmaktadır. Bu gereklilikten yola çıkarak Rekabet Kurulu, hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak yapılacak değerlendirmelere, incelemeye konu teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığından ya da incelemeye konu davranışın kötüye kullanma niteliğinde olup olmadığından başlanabileceği değerlendirmesini yapmıştır³.

Söz konusu dosya özelinde 6. maddenin ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirme yapılırken de, değerlendirmeye MSD'nin davranışının kötüye kullanma niteliğinde olup

¹ İlacın 2009, 2010 yıllarında ve 2011 yılının ilk altı ayında gerçekleştirilen toplam (...TİCARİ SIR...)

² İlacın 2009, 2010 yıllarında ve 2011 yılının ilk altı ayında gerçekleştirilen toplam (...TİCARİ SIR...)

³ 15.6.2006 tarihli, 06-44/540-142 sayılı ve 4.12.2008 tarihli, 08-69/1113-430 sayılı Rekabet Kurulu kararları

olmadığının değerlendirilmesi uygun görülmüştür. Bunun için öncelikle, MSD'nin Nil Eczanesinden başka bir eczaneye mal sağlayıp sağlamadığı üzerinde durulmuştur.

180 Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, MSD ürünleri eczanelere doğrudan MSD tarafından değil, ecza depoları kanalıyla sağlanmaktadır. MSD'nin Pregnyl adlı ilacın dağıtımını yaptığı depolar incelendiğinde sadece İstanbul ilinde dahi, (.....TİCARİ SIR.....) ecza deposuyla çalıştığı görülmektedir. Dolayısıyla MSD'nin, haklı ticari gerekçeleri olmadıkça, kendi ithalat imkânları çerçevesinde talep eden her ecza deposuna Pregnyl adlı ilacı sağladığını söylemek mümkündür. İlacın perakende satış ayağına bakıldığında ise, İstanbul'da yapılan Pregnyl satışları içinde Nil Eczanesinin payı düşünüldüğünde, ilacın sadece Nil Eczanesine sağlandığı ve MSD'nin diğer eczanelere ürünü sağlamayı reddettiği iddiaları gerçekçiliğini yitirmektedir. Nitekim Nil Eczanesinin komşusu olarak faaliyet gösteren Su Eczanesi yetkilisinin ilacı birkaç depodan temin edebildiği yönündeki ifadesi de bu tespiti destekler niteliktedir.

190 Sonuç olarak, MSD'nin bazı eczanelere mal vermeyi reddetmek suretiyle bir kötüye kullanma davranışı içerisinde olduğuna dair bir bulguya ulaşılamamış; bu nedenle, MSD'nin hâkim durumda bulunup bulunmadığına dair bir değerlendirme yapmak gerekli görülmemiştir.

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; söz konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.