

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

**REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2014-3-60 (Önaraştırma)  
Karar Sayısı : 14-46/845-385  
Karar Tarihi : 26.11.2014

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI  
Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,  
Fevzi ÖZKAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

**B. RAPORTÖRLER:** Necla SÜMER ÖZDEMİR, Name AKÇA

**C. BAŞVURUDA**

**BULUNAN** :- Gizlilik Talebi Bulunmaktadır.

**D. HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA YAPILANLAR:**

Berko İlaç ve Kimya Sanayi A.Ş.  
Yenişehir Mah. Özgür Sokak. No:16 Ataşehir / İstanbul

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Berko İlaç ve Kimya Sanayi A.Ş.'nin mal vermeyi reddetmek suretiyle başvuru sahibinin ticari faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiası.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Yapılan başvuruda özetle;

- İlaç üreticisi Berko İlaç ve Kimya Sanayi A.Ş. (Berko) ile birçok kez sözlü ve yazılı iletişime geçilerek mal talebinde bulunulduğu,
- Her defasında teşebbüsün bu talebinin Berko tarafından reddedildiği ve halihazırda Berko'nun teşebbüse mal tedarik etmediği,
- Berko'nun, başvuru dilekçesi ekinde de yer verilen bazı ilaçlar bakımından tekel konumunda bulunduğu,
- Başvuru sahibi tarafından, kendisiyle çalışan/çalışmak isteyen eczanelerin Berko'nun ürün portföyünde bulunan ilaçlara yönelik talebinin karşılanmadığı,
- Anılan teşebbüs ile çalışan veya çalışmak isteyen bazı eczanelerin, söz konusu ilaçların tedarik edilememesi sebebiyle başka ecza depoları ile çalışmak zorunda kaldığı,
- Berko'dan başka söz konusu ilaçların temin edilebileceği bir üretici firmanın bulunmadığı,
- Eczaneler tarafından talep edilen tüm ilaçları bulundurma gayreti içinde olan şikayetçinin bu durum nedeniyle müşteri kaybına uğradığı ve faaliyetlerinin ciddi anlamda zorlaştırıldığı,
- Bunun yanı sıra, Berko'nun temsilcilerinin eczaneleri gezerek sipariş topladığı, sipariş alma esnasında söz konusu ilaçları başvuru sahibi teşebbüs üzerinden almak isteyen eczanelere, söz konusu teşebbüs ile çalışılmadığı ifade edilerek teşebbüsün ticari yeterliliği hususunda piyasada olumsuz bir algı oluşturulduğu

belirtilmiş ve Berko'nun şikayetçiyi kazanç kaybına uğrattığı iddia edilen bu eylemlerine karşı 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) çerçevesinde gereğinin yapılması talep edilmiştir.

## 14-46/845-385

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 13.08.2014 tarih ve 4581 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 26.08.2014 tarih ve 2014-3-60/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu'nun görüşülmesi sonucunda önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (4) İlgili karar uyarınca düzenlenen 19.11.2014 tarih ve 2014-3-60/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle;
- önaraştırma konusu iddialar ile ilgili olarak Berko'nun, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine ilişkin herhangi bir bulgu veya belgeye ulaşılmadığı ve bu nedenle aynı Kanun'un 41. maddesi gereğince bahse konu teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına yer olmadığı
  - haksız rekabete ilişkin iddiaların 4054 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığı sonucu ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

## I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

### I.1. Taraflar

#### I.1.1. Hakkında Önaraştırma Yürütülen Taraf: Berko

- (6) 1984 yılında sağlık alanında faaliyetine başlayan Berko, ilaç sektöründe jenerik ürünler üreten yerli bir ilaç firmasıdır. Berko'nun üç ana ürün grubu ve toplamda 43 çeşit ürünü bulunmaktadır. Bu ürünler ağırlıklı olarak; çinko, demir, magnezyum, balık yağı, soğuk algınlığı ve dermatoloji alanındadır. Toplamda beş yüze yakın çalışanı, on bin metrekare kapalı alanlı iki üretim tesisi ve halen inşası devam eden üçüncü üretim tesisi ile faaliyetlerine devam etmektedir.

#### I.1.2. Başvuruda Bulunan Taraf

- (7) 01.01.1991 tarihinden itibaren Kayseri'de ecza depocusu olarak faaliyet göstermektedir. Teşebbüsün müşterileri ağırlıklı olarak Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti olmak üzere eczaneler, hastaneler ve yurt dışındaki müşterilerdir.
- (8) Başvuru sahibi tarafından ilaç sektöründe en büyük pazar payına sahip (.....) depo (.....). Keza Rekabet Kurumunun İlaç Sektörü Raporu'nda (Sektör Raporu) da ilgili tarih itibarıyla beşeri ilaç piyasasının toptan dağıtım seviyesinde çok sayıda ecza deposunun faaliyet gösterdiği, ancak özellikle üç büyük grubun pazar paylarının toplamının (.....)'in üzerinde olduğu, bu grupların ülke genelinde çok sayıda şube ile geniş dağıtım ağına bulunduğu, diğer ecza depolarının ise ağırlıklı olarak yerel seviyede ve küçük ölçeklerde faaliyet gösterdiği belirtilmiştir. (.....).

### I.2. İlgili Pazar

#### I.2.1. İlgili Pazara İlişkin Ön Bilgi

- (9) İlaç sektörü, çok sayıda alt pazardan oluşan bir yapıya sahiptir. Bu pazarların oluşturulmasında çeşitli kriterlere başvurulmaktadır. Bunlardan bazıları: ilaçların içerdikleri etken madde/maddeler, tedavi edici özellikleri, orijinal olup olmaması (orijinal-jenerik ilaç ayırımı), dozaj formu, reçeteli veya reçetesiz satılabilmesi ve ilaçta yer alan etken maddenin miktarıdır. Her bir kriter, değerlendirmenin kapsamına göre ele alınmakta ve pazar tanımları rekabet otoriteleri tarafından bu çerçevede oluşturulmaktadır.
- (10) AB'de ilaç sektörü birleşme/devralma analizlerinde European Pharmaceutical Marketing Association (EphMRA) tarafından oluşturulan ATC sınıflandırılması esas alınmaktadır. Kurum da bugüne kadar olan uygulamalarında AB Komisyonunun (Komisyon) kullandığı ATC sınıflandırılmasını esas almıştır.

## 14-46/845-385

- (11) ATC sınıflandırması, hiyerarşik bir yapı içermektedir. Buna göre gruplar genelden özele doğru sıralanmakta ve 16 temel kategoriden oluşmaktadır (A, B, C, D, ... olarak). Her bir kategoride 4'er seviye bulunmaktadır. Bunlardan 1. seviye en genel (ATC-1), 4. seviye ise en detaylı olanıdır (ATC-4). Kurumun yararlandığı 3. seviyede (ATC-3) ise ilaçlar tedavi edici/farmasötik özelliklerine göre gruplandırılmaktadır. Diğer ATC gruplarında da olduğu gibi ATC-3 gruplarında da yatay olarak ikame söz konusu değildir.
- (12) Türkiye'de reçeteli-reçetesiz ilaçların satım koşullarına ilişkin bir farklılık söz konusu değildir. Bununla birlikte ilaç harcamalarının %80'ine yakını kontrol eden Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ve Maliye Bakanlığı gibi kuruluşların ilaç geri ödemelerinde oluşturduğu eşdeğer fiyat uygulaması, ilaçları ATC-3'ten daha farklı ve dar bir çerçevede sınıflandırmaktadır. Daha çok ATC-4<sup>1</sup>'e uygun olan bu sınıflandırmada ilaçlar, içerdikleri etken maddeye ve bu etken maddenin miktarına göre sınıflandırılmaktadırlar. Ancak hangi ilacın tüketileceğine karar veren merci olan doktorlar açısından sınıflandırma daha çok ATC-3'e (farmakolojik alt grup, örneğin ağızdan alınan kandaki glukozu düşüren ilaçlar) uygun düşmektedir. SGK tarafından yapılan sınıflandırma ise ancak doktor ilacı yazdıktan sonra etkin olabilmektedir.

### I.2.2. İlgili Ürün Pazarı

- (13) Berko ağırlıklı olarak çinko, demir, magnezyum, balık yağı, soğuk algınlığı ve dermatoloji alanlarında olmak üzere üç ana ürün grubu ve toplamda 43 çeşit ürünün üretim ve satışı ile faaliyette bulunmaktadır. Berko ile yapılan görüşmede, ürettikleri ilaçlarla gerek etken maddeleri gerekse endikasyon modülleri dikkate alınarak, aynı yaştaki aynı hasta popülasyonuna aynı tedaviyi veren ilaçların neler olduğunun tespit edildiği, buna göre de teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarların ve rakiplerinin belirlendiği ifade edilmiştir. Teşebbüs tarafından bunun paralelinde yapılan ATC-3 veya ATC-4 sınıflandırmasına aşağıdaki tabloda yer verilmektedir:

Tablo 1: Berko İlaçlarının ATC-3 veya ATC-4 Sınıflandırması

ATC SINIFI	Adı	Açıklama
B03A	Demir içeren antianemik ürünler	Demir eksikliği anemisi pazarı
B03A	Demir içeren antianemik ürünler	Demir pazarı 100 mg solu. pazarı
A01A	Ağız içi ürünler	Ağız sağlığı pazarı
A12CB	Mineral takviyeleri; çinko	Çinko şurup pazarı
YOK		Balık yağları pazarı
A03A	Fonksiyonel gastrointetinal bozukluklar için ürünler	Gaz giderici pazarı
B03A	Demir içeren antianemik ürünler	Demir pazarı yetişkin pazarı
A12C	Mineral takviyeleri; diğer	Çinko ve magnezyum pazarı
A11J	Vitaminler; diğer kombinasyonlar	Pediyatrik damla pazarı
R01AX	Topikal nazal ürünler; diğer	Okyanus suyu flakon pazarı
R01AX	Topikal nazal ürünler; diğer	Okyanus suyu baby pazarı
R01AX	Topikal nazal ürünler; diğer	Burun jelleri pazarı
R01AX	Topikal nazal ürünler; diğer	Okyanus suyu sprey pazarı
R05X	Öksürük ve soğuk algınlığı ürünleri; diğer	Soğuk algınlığı şurup pazarı
R05X	Öksürük ve soğuk algınlığı ürünleri; diğer	Soğuk algınlığı tablet pazarı
A12CB	Mineral takviyeleri; çinko	Çinko kapsül pazarı
A07F	Antidiyareik mikroorganizmalar	Yetişkin probiyotik pazarı
A07F	Antidiyareik mikroorganizmalar	Pediyatrik probiyotik pazarı
R01AD	Topikal nazal ürünler; kortikosteroidler	Topikal nazal kortikosteroid pazarı
D04A	Antiprütikler	Topikal antiprütik pazarı
D01A	Topikal antifungaller	Topikal antifungaller pazarı
D10A	Topikal anti-akne ürünleri	Topikal antiakne kremler pazarı
YOK		Bağışıklık sistemi tablet pazarı
YOK		Bağışıklık sistemi şurup pazarı

<sup>1</sup> ATC-4 sınıflandırmasında ilaçlar içerdikleri etken maddenin yer aldığı kimyasal maddelerin sınıflarına göre alt gruplara ayrılmışlardır (örneğin biguanid grubundaki kimyasal maddeleri-etken madde- içeren ağızdan alınan kandaki glukozu düşüren ilaçlar)

- (14) Mevcut dosya çerçevesinde varılan sonucu değiştirmeyeceğinden hareketle kesin bir ilgili ürün pazarı tanımı yapılmamıştır.

### **I.2.3. İlgili Coğrafi Pazar**

- (15) Mevcut dosya kapsamında sonucu değiştirmemesi nedeniyle kesin bir coğrafi pazar tanımlamasına gerek duyulmamıştır.

## **I.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme**

### **I.3.1. Taraflardan Elde Edilen Bilgiler**

#### **I.3.1.1. Başvuru Sahibi ile Berko Arasında Mal Talebine Yönelik Gelişmeler**

- (16) Berko ile başvuru sahibinden elde edilen bilgiler çerçevesinde, söz konusu iki teşebbüs arasında mal talebine yönelik olarak;
- Berko ile birçok kez sözlü ve yazılı iletişime geçilerek mal talebinde bulunduğu,
  - 15 Ocak 2014 tarihinde başvuru sahibinin Berko Ticaret Müdürüne telefonda Berko ile çalışma talebini iletildiği, Berko'nun talep edeceği teminatın sağlanabileceği veya peşin ödeme yapabileceğinin de belirtildiği ve işlemleri hızlandırmak adına şirketin kuruluş evraklarının aynı tarihte e-posta, daha sonra posta yoluyla Berko'ya gönderildiği,
  - Buna karşılık, Berko Ticaret Müdürü tarafından gönderilen 16 Ocak 2014 tarihli cevabi e-postada, Berko'nun ticari planlamaları çerçevesinde 2014 yılı içerisinde yeni bir ecza deposu ile çalışmayacağını bildirildiği,
  - Bunun üzerine, Berko Genel Müdürü ile bir görüşme yapıldığı, bu görüşmenin sonucunda konunun Berko tarafından incelenip şikayetçiye bilgi verileceğinin belirtildiği, sonrasında çalışma talebinin Berko tarafından tekrar reddedildiği,
  - 06.02.2014 tarihinde Berko'ya Türkiye Eczacılar Birliği 12. Bölge Kayseri Odası tarafından gönderilen yazıda "firmanız ürünlerinin yerel depolarla çalışan eczaneler tarafından temin edilemediği bilgisinin taraflarına ulaştığı, taraflarınca yapılan araştırma neticesinde Berko'nun yerel depolara düzenli satış yapmadığının anlaşıldığı, depoların ürün temini için Berko'ya başvurduğunda, 2014 yılında bu depolara satış yapılamayacağı şeklinde olumsuz yanıt verildiği, bu uygulamanın oda altındaki eczanelerin mağduriyetine sebebiyet verdiğinin, haksız rekabete neden olduğunun ve ulaşılabilirliği de zorlaştırdığının düşünüldüğü, söz konusu sorunun çözümü için gereken hassasiyetin gösterilmesinin rica edildiğinin belirtildiği,
  - Söz konusu yazıya cevaben Berko tarafından gönderilen 12.02.2014 tarihli yazıda "halihazırda ürettikleri ürünleri talebe yetiştirmekte zorlandıkları, özellikle yerel depolara mal vermeme gibi genel bir uygulamalarının bulunmadığı, hiçbir ticari şirketin mal satışı yapmaktan kaçınmayacağı, aksi bir durumun ticaretin mantığına ters olacağı, genel olarak ecza depolarının gerek ulusal ecza depolarından gerekse de direk üreticilerden tedarik ettikleri çeşitli ilaçları eczanelere veyahut hastanelere direk veya ihalelere katılım suretiyle satarak faaliyet gösterdikleri, ecza depolarının pazardaki ticaretin gereği olarak tek bir marka ilacın satışını gerçekleştirmediği, belirli bir portföy taşıdıkları, herhangi bir katma değer katmayan sadece bir ürünü alıp tekrar satan ecza depoları gibi teşebbüsler açısından ilgili ürünün faaliyetlerinin devamı için zorunlu kabul edilmesinin mümkün gözükmediği, şirketlerinin ürettiği ilaçların tamamının jenerik ilaçlar olup piyasada birçok benzerinin satıldığı, şirketin halk sağlığı veya kamu menfaati açısından satılması zorunlu ilaçları üretmediği"nin belirtildiği,

## 14-46/845-385

- 12.03.2014 tarihinde, başvuru sahibi tarafından Berko ile çalışma talebinin noter kanalıyla ihtar edildiği, Berko tarafından gönderilen 26.03.2014 tarihli cevabi ihtarname ile
  - Şirketin ürettiği ilaçların tamamının jenerik ilaçlar olduğu, şirketin halk sağlığı ve kamu menfaati açısından satılması zorunlu ilaçları üretmediği,
  - Anayasanın 48. maddesinde belirtilen ‘Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir’ hükmü gereğince firmaların istediği firmayla çalışma hürriyetine sahip olduğu,
  - Rekabet Kurulunun 18.03.2010 tarih ve 10-24/330-118 sayılı Otis, 08.04.2010 tarih ve 10-29/446-16 Teknoform ve 02.09.2010 tarih ve 10-57/1155-439 sayılı Pasabahçe ile yine bir ecza deposunun şikayetlerini inceleyen Allergan kararları incelendiğinde görüleceği üzere, Kurulun bu yöndeki şikayetleri reddettiği ve bu konuda tartışmasız bir görüş birliğine vardığı,
  - Anılan kararlarda Kurul tarafından “hakim durumda olsun ya da olmasın teşebbüslerin başka teşebbüs ile tedarik ilişkisine girmesi ya da mevcut tedarik ilişkisine son vermesi Anayasa’nın 48. Maddesi kapsamında çalışma ve sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde korunduğundan, rekabet hukuku kapsamında sözleşme taraflarının iradelerine ancak çok sınırlı koşullar dahilinde müdahale edildiğinin, mal vermeyi reddetme eyleminin rekabet hukuku kapsamında ihlal olarak nitelendirilebilmesi için birtakım şartların varlığının gerektiğinin [...]” belirtildiği ifade edilerek bu talebin reddedildiği

bilgisi elde edilmiştir.

### I.3.1.2. Başvuru Sahibinden Edinilen Bilgiler

- (17) Başvuru dilekçesi ve akabinde başvuru sahibinden talep edilen bilgilere istinaden gönderilen yazılarda yukarıdaki bilgilere ilaveten;
- Başvuru sahibi ile Berko arasındaki ticari geçmişe ilişkin olarak;
    - 10.08.2005-14.03.2007 tarihleri arasında bir ticari geçmişin bulunduğu,
    - Anılan tarihlerde Berko mallarına talebin az olması sebebiyle başvuru sahibinin o dönemki ticari hedefleri doğrultusunda belirlediği iş stratejisi uyarınca Berko ile ticari faaliyetlerine ara verdiği,
    - 14.03.2007 tarihi sonrasında söz konusu iki taraf arasında başka herhangi bir ticari alışverişin gerçekleştirilmediği,
  - Alternatif tedarik kanallarına ilişkin olarak;
    - Berko ürünlerinin farklı kanallardan temininin teorik olarak mümkün olduğu,
    - Ancak, bu ürünlerin temin edilebileceği diğer yerlerin başvuru sahibinin rakipleri olduğu,
    - Örneğin başvuru sahibinin, Kurula başvurduğu 13.08.2014 tarihinden 27.10.2014 tarihine kadar geçen sürede, Berko ürünlerinden ancak (.....) kutu ve (.....) TL’lik malı diğer kanallardan temin edebildiği, oysa anılan tarihler arasında (.....)TL’lik satış yaptığı ve Berko ürünlerinden temin edilebilenlerin değerinin teşebbüsün aynı tarih aralığındaki cirosunun (.....) tekabül ettiği,
    - Berko’nun, zaman zaman satışlarında kampanyalar uyguladığı, başka firmalar ile çalışmak durumunda bırakıldığı için başvuru sahibinin bu ürünleri Berko’nun indirimli fiyatlarından temin edemeyerek zarara uğradığı; örneğin, eczanelere (.....)TL 'ye satılan bir ürünün başvuru sahibine maliyetinin, bu ürün Berko’dan

alındığında (.....)TL olmakta iken, diğer kanallardan alındığında (.....)TL olduğu,

- Başvuruda ileri sürülen iddialara ek olarak;
  - Berko'nun, başvuru dilekçesinin ekinde de yer verilen bazı ilaçlar bakımından tekel olduğu ve başvuru sahibinin Berko'dan mal alamaması sebebiyle eczanelerin taleplerini yeterince karşılayamadığı,
  - Başvuru sahibiyle uzun süredir çalışmakta olan eczanelerin Berko ilaçlarına yönelik talepleri karşılanamadığından başka depolarla çalışmaya yöneldiği,
  - Dolayısıyla sadece Berko tarafından üretilen ilaçlar bazında değil, diğer firmaların ürünlerinin satışlarının da kaybedildiği,
  - Berko tarafından üretilen ürünlerin bir kısmının SGK ödeme listesinde bulunduğu,
  - Başvuru sahibi ile çalışan eczanelerin bir kısmının internet veya telefon üzerinden sipariş verdiği ve eczanelerin siparişleri esnasında Berko ürünü talep ettiklerinde, söz konusu ürün şikayetçide bulunmadığından, Berko ürünü olan başka bir depoya yönelmekte oldukları ve internet üzerinden iki ayrı işlem yapmamak adına tüm siparişlerini bu diğer depolardan vermeyi tercih ettikleri,
  - Piyasada sadece başvuru sahibi ile çalışan eczanelerin bulunduğu ve Berko'nun bu tutumunun bahse konu eczanelerin ürün temin edememesine sebebiyet vererek bu eczanelerin de faaliyetlerini sürdürmelerini zorlaştırdığı
- Berko ürünlerinin başvuru sahibinin faaliyetleri içerisindeki yerine ilişkin olarak;
  - Berko ürünlerinin, başvuru sahibinin toplam satışları içindeki payının tabloda gösterilen şekilde olduğu:

Yıl	Ürünün Başvuru Sahibinin Toplam Satışları Üzerindeki Payı (%)
2010	(.....)
2011	(.....)
2012	(.....)
2013	(.....)

- Tablodan 2010 yılından 2013 yılına kadar Berko'nun pazar payında bir artış görüldüğü, bu artışın Berko ürünlerinin başvuru sahibi açısından önemini ortaya koyduğu ve başvuru sahibinin pazar payını bu denli artırabilen bir şirketin ilaçlarını başka kanallardan temin etmek zorunda kaldığı,
- Başvuru sahibinde Berko ürünlerinin bulunmaması sebebiyle siparişinden vazgeçilen diğer firmaların ürünleri dikkate alındığında, bu eczanelere yapılacak olan satışların toplam satışlar içerisindeki payın yaklaşık olarak % (.....) oranında olacağı; söz konusu açıklamalara yönelik teşebbüse yöneltilen soruya istinaden, %(.....) oranındaki zararın sadece eczanelere Berko ürünlerinin temin edilememesinden kaynaklı zarar olmayıp, bu zarar yanında, aynı zamanda, başvuru sahibinin Berko ürünlerini temin edemediği için eczanelerin siparişlerini diğer ecza depolarına yönlendirmesi nedeniyle, başvuru sahibinin satma imkanı olan ilaçları satamamasından kaynaklanan zararı olduğu

hususları ifade edilmiştir.

### I.3.1.3. Berko'dan Edinilen Bilgiler

- (18) Berko'dan talep edilen bilgiler neticesinde, Berko tarafından özetle;
- Ürettiği ilaçların tamamının muadilinin piyasada bulunduğu ve diğer ilaç firmaları tarafından da piyasaya sürüldüğü,

## 14-46/845-385

- Ürünlerin toptan dağıtım seviyesinde sadece ecza depolarına verildiği, buradan da perakende dağıtım seviyesinde eczanelere, son olarak da eczaneler aracılığıyla nihai tüketiciye ulaştığı,
- Bağımsız denetime ve kurumsal yönetime tabii olan şirkette, ticari ilişkilerin keyfi olarak sonlandırılmadığı, ancak şirket menfaatleri doğrultusunda ticari şartların gerektirdiği hallerde birtakım ticari ilişkilerin sonlandırılabilceği,
- Üretim fabrikasının tam olarak gelişme aşamasını tamamlamadığı, üretim kapasitesinin sınırlı olmasından dolayı iletilen mal alım taleplerinin tamamının karşılanamadığı,
- Berko ile ticari faaliyette bulunmak isteyen ecza depolarından ecza deposu ruhsatnamesi, vergi levhası, mesul müdürlük belgesi, ticaret sicili gazetesi, faaliyet belgesi, imza sirküleri, nüfus cüzdanı örneği, GLN numarası, iletişim bilgileri, teminat mektubu (vadeli alımlarda) gibi belgelerin ve ardından ürün satış bedellerinin tahsilini garanti etmek üzere, ticari alanda geçerli teminatların talep edildiği, bu koşulları gerçekleştiren ve şirket menfaatleri doğrultusunda ticari şartları uygun bulunan her ecza deposunun kendilerinden ürün temin edebildiği,
- Sınırlı sayıda üretilen jenerik ürünler bakımından, ticari açıdan Berko için güvenli olan, Berko'nun satış şartlarını kabul eden, sektörde sorun yaşanmayacağı düşünülen depoların taleplerinin öncelikle karşılandığı,
- Berko'nun şikayetçi ile direkt bir ticari ilişkisi bulunmasa bile şikayetçinin yakın bölgede bulunan başka ecza depolarından Berko'nun ürünlerini alıp sattığı (.....) hususları ifade edilmiştir.

### I.3.2. Hukuki Değerlendirme

#### I.3.2.1. Hakim Durum Değerlendirmesi

- (19) Alt pazar ayırımına gidilmediği halde, ilaç sektörü içerisinde Berko'nun genel olarak ilaç pazarında %(.....), yalnız üretim ve satışını yaptığı ilaçların dahil edildiği bir pazarda ise %(.....) pazar payına sahip olduğu dosya içeriği bilgilerden anlaşılmıştır.
- (20) Her ne kadar başvuru sahibi tarafından Berko'nun ürettiği ilaçlarda tekel olduğu iddia edilse de, Berko tarafından teşebbüsün ürettiği ilaçların tamamının piyasada muadilinin bulunduğu ve diğer ilaç firmaları tarafından da piyasaya sürüldüğü ifade edilmiştir. Teşebbüs tarafından ayrıca, teşebbüsün yalnızca jenerik ilaçlar ürettiği vurgulanmıştır<sup>2</sup>.
- (21) Berko'nun ATC-3 veya ATC-4 ayırımına giderek faaliyet gösterdiğini beyan ettiği pazarlarda pazar payının değişkenlik arz ettiği, 2013-2014 (ilk dokuz ayı) arasındaki kısa denilebilecek bir süreçte dahi pazar paylarının yükselip alçalabildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Berko ilaçlarının pazarda en yüksek paya sahip olduğu çinko şurup, pediatrik damla, okyanus suyu flakon, okyanus suyu (baby), burun jelleri, çinko kapsül gibi pazarlar bulunduğu görülmekle birlikte, oldukça düşük pazar payına sahip olduğu topikal antiakne kremler, topikal antifungaller, topikal antipruritik, topikal nazal kortikosteroid, pediatrik probiyotik, yetişkin probiyotik pazarları gibi çok sayıda pazar da dikkati çekmektedir. Diğer pazarlarda (demir eksikliği, balık yağları, gaz giderici, soğuk algınlığı gibi) ise Berko, ikinci veya daha gerideki sıralarda bulunmaktadır.
- (22) Diğer yandan teşebbüsün çinko kapsül pazarında sahip olduğu (.....) yakınlarındaki pazar payı da göze çarpmaktadır. Bununla birlikte, pazara 2014 yılında yeni girişlerin olduğu ve

<sup>2</sup> Teşebbüs tarafından, jenerik ilaçlardan kastın lisanslama süresi biten ilaçlar veya herhangi bir lisanslamaya tabi olmayan ilaçlar olduğu belirtilmiştir.



teşebbüsün söz konusu pazardaki payının bir önceki yıla göre düştüğü, keza soğuk algınlığı şurup ve tabletleri, antihistaminik şurup pazarlarında da 2014 yılında yeni girişlerin olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

- (23) Özetle, Berko'nun ilaç pazarında (.....)'in altında pazar payının olduğu, teşebbüsün faaliyet gösterdiği ilaç sınıfları özelinde ise kimi pazarlarda görece pazarın önde oyuncusuysen, kimi pazarlarda pazar payı itibarıyla pazarın gerisinde kalan bir konumda olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Ancak, her halde, teşebbüsün faaliyet alanlarının jenerik ürünlere yönelik olması sebebiyle pazardaki söz konusu pazar payı verilerinin geçici/değişken olduğu, pazara girişler açısından dosya konusu ilaçlar bakımından lisanslama gibi ciddi engellerin bulunmadığı söylenebilecektir. Dolayısıyla hakim durumun varlığından söz etmek güç görünmekle birlikte, varılan sonucu değiştirmemesinden hareketle hakim duruma yönelik kesin bir tespit yapılmamıştır.

### **1.3.2.2. Mal Vermenin Reddi İddialarının Değerlendirilmesi**

- (24) Mal vermeyi reddetme eylemi, Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'da (Kılavuz) dışlayıcı davranışlardan biri olarak kabul edilmektedir. Kılavuz'un 38. paragrafında; *"Bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi sözleşme yapmayı reddetme olarak ele alınmaktadır. Bu çerçevede hammadde niteliğindeki fiziksel ürünler, belirli hizmetlerin sağlanabilmesi için gerekli altyapılar, ürün dağıtım sistemleri ve fikri mülkiyet hakları ile korunan yahut korunmayan gayri maddi işletme unsurları ya da bilgileri ile teşebbüslerin sözleşme yapma talebine konu olabilecek diğer varlıklar anılan mal, hizmet ya da unsurlar arasında değerlendirilebilmektedir."*
- (25) Öncelikle, dosya kapsamında mal vermenin reddi şeklinde bir davranışın varlığını test etmek için, başvuru sahibi ile Berko arasında mal talebine yönelik gelişmeler incelenmiştir. Yukarıda ilgili bölümde yer verildiği üzere, başvuru sahibinin Berko ile birçok kez sözlü ve yazılı iletişime geçilerek mal talebinde bulunduğu şeklinde ifade ettiği süreç, esasında 15.01.2014 tarihi itibarıyla başlamıştır. Hemen sonrasında, 16.01.2014 tarihinde, Berko tarafından başvuru sahibine ticari planlamaları çerçevesinde "2014 yılı içerisinde" yeni bir ecza deposu ile çalışmayacağı bildirilmiştir. Berko, bu durumun sebebini üçüncü fabrikalarının henüz kurulmakta olduğu ve sınırlı üretim kapasitelerinin bulunduğu gerekçeleriyle açıklamıştır.
- (26) Söz konusu gerekçe, süre açısından iddia konusu eylemin yalnızca 2014 yılı için geçerli olduğu, başvuru sahibi ile Berko arasında 10.08.2005-14.03.2007 tarihleri arasında bir ticari geçmişin bulunduğu, bu ticari ilişkiyi -Berko mallarına talebin az olması sebebiyle- başvuru sahibinin sonlandırdığı, başvuru sahibinin 14.03.2007 sonrasında Berko'dan mal talebinde bulunmadığı bilgileriyle birlikte dikkate alındığında, Berko'nun davranışının mal vermenin reddi olarak değerlendirilemeyeceğini ortaya koymaktadır.
- (27) Kılavuz'un 42. paragrafında *"sözleşme yapmayı reddetme davranışı, hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazarda kendisiyle rekabet halinde olan teşebbüslere yönelik olabileceği gibi kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan müşterilerine yönelik de olabilmektedir. Burada alt pazar kavramı, sözleşme yapma talebine konu olan unsurun mal veya hizmet üretiminde girdi olarak kullanıldığı pazarı ifade etmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsün, sözleşme yapmayı reddettiği teşebbüs ile alt pazarda rekabet ediyor olması halinde sözleşme yapmayı reddetme davranışının rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar ortaya çıkarması daha muhtemeldir."* açıklaması yapılmıştır.
- (28) Dosya konusu pazarda, mal vermenin reddi yönündeki davranışların teorik olarak rasyonel hale geldiği, üst pazarda hakim durumda olan teşebbüsün bu gücünü alt



pazardaki rakiplerini dışlamak üzere kullanması söz konusu değildir. Nitekim Berko'nun ecza depoculuğu alanında faaliyeti bulunmamaktadır. Ayrıca, ecza depoculuğu faaliyeti için ilaç pazarından zorunlu bir girdinin tedarik edilmesi de söz konusu değildir. Aksine, iki pazar arasındaki ilişki yalnızca yeniden satış-dağıtım ilişkisinden ibaret olup tedarik edilen ilaçlara ecza depolarınca bu anlamda bir katma değer sağlanmamaktadır.

- (29) Diğer yandan, "Berko'nun iddia edilen eylemlerden sağlayabileceği faydanın ne olabileceği" sorusuna da, başvuru sahibi tarafından "Berko'nun keyfi bir tutum içinde olduğu" yönündeki cevap dışında somut bir teori sunulmamıştır. Şu halde, zaten sınırlı bir uygulama alanına sahip mal vermenin reddi incelemesine yönelik<sup>3</sup>, dosya çerçevesinde rasyonel bir zarar teorisi oluşturmak mümkün bulunmamaktadır.
- (30) Öte yandan, Kılavuz'un 43. paragrafında belirtildiği gibi Rekabet Kurulu, sözleşme yapmayı reddetme iddialarını değerlendirirken ihlalin tespiti için reddetmenin, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olması gerekmektedir. Başvuru sahibi, Berko ürünlerini sağlayamaması sebebiyle, eczanelerin diğer siparişlerini de başvuru sahibi üzerinden tedarik etmekten vazgeçtiğini iddia etmiştir. Bununla birlikte, kendisine söz konusu kaybedilen satışların toplam satışları içerisinde yer edeceği oran sorulduğunda, bu oranın %(.....) civarında olduğu belirtilmiştir. Berko ürünlerinin yalnızca yeniden satış amacıyla kullanılacak olmasının yanında, başvuru sahibinin faaliyeti açısından taşıdığı bu orandaki önem de, söz konusu ürünlerin bu açıdan vazgeçilmez olmadığına işaret etmektedir.
- (31) Reddedilen ürünlerin vazgeçilmez olabilmesi için alternatif kanallardan temin edilebilirliğinin de sorgulanması gerekmektedir. Dosya açısından bakıldığında, gerek başvuru sahibi gerekse Berko tarafından teyit edildiği üzere diğer ecza depoları veya eczanelerden de Berko ürünlerinin tedariki mümkündür. Hatta başvuru sahibi tarafından söz konusu kanallar vasıtasıyla 2010-2014 yıllarında (2010-2013 yıllarında satışlarının %(.....) ile (.....) arasında, 2014 yılında (.....) kutu) ilaç tedarik edilmiştir. Başvuru sahibi, söz konusu kanallardan tedarikin teorik olarak mümkün olduğunu, ancak söz konusu kanalların kendisinin rakibi olduğunu ve bu kanalların kullanılması halinde Berko tarafından sağlanan indirim vs. kampanyalarından faydalanamadığını iddia etmektedir. Bahsi geçen iddialar fiilen geçerli olsa bile, Berko ürünlerinin teşebbüsün satışları içerisindeki payı hesaba katıldığında, doğrudan Berko'dan ürün almanın vazgeçilemez unsur olduğu söylenememektedir.
- (32) Başvuru sahibi tarafından öne sürülen bir diğer iddia, eczanelerin salt Berko ürünlerinin bulunmaması gerekçesiyle, telefon veya internet üzerinden tek seferde sipariş vermek adına, tüm siparişlerini geri çektiği iddiasıdır. Başvuru sahibi tarafından bu anlamda ilaç portföyüne sahip olmanın ve arama maliyetlerinin önemine dikkat çekilmiştir. Bununla birlikte serbest eczane pazarında firmaların alımları içinde ilk 5 ve 10 ecza deposunun payının sırasıyla %91 ve %97 olduğu, firmaların fazla sayıda depoyla çalıştığı (ortalama 40 ve 16) bilinmektedir<sup>4</sup>. Bu bilgiler ışığında, piyasada her eczanenin yalnız bir ecza deposuyla çalışma şeklinde genel bir yaklaşımının bulunmadığı, bu şekilde bir eğilimleri olsa dahi, birden fazla ecza deposuyla çalışmanın faaliyetleri zorlaştıracak şekilde maliyetinin olmayacağı, hatta piyasa genelinde çok sayıda ecza deposu ile çalışıldığı anlaşılmıştır.
- (33) Dosya içeriği tüm bilgilerin değerlendirilmesi sonucunda, Berko'nun pazarda hakim durumda olduğuna ilişkin bir işaret bulunmadığı, ancak sonucu değiştirmemesi gerekçesiyle kesin bir hakim durum tespitine gerek bulunmadığı, nitekim Berko'nun iddia konusu eylemlerinin mal vermenin reddi olarak değerlendirilebilecek kadar uzun bir süreye dayanmadığı, Berko'nun yalnız 2014 yılı için başvuru sahibinin mal talebini

<sup>3</sup> Kılavuz para. 36, 37; 2.9.2010 tarih ve 10-57/1155-439 sayılı Kurul kararı.

<sup>4</sup> Sektör Raporu, para.927, dn. 242.

## 14-46/845-385

reddettiği, bunun da sınırlı üretim kapasitesi sebebiyle gerçekleştirilmesinin haklı gerekçe olarak sayılabileceği, Berko'nun ecza depoculuğu alanında faaliyetinin söz konusu olmadığı, bu anlamda mevcut dosyada mal vermeyi reddetme eyleminin katma değer sağlanmayan ve ilaçların yalnızca yeniden satış-dağıtım amaçlı talep edildiği bir pazarda makul bir zarar teorisine oturtulamadığı ve Berko ilaçlarının vazgeçilmez nitelikte olmadığı anlaşılmıştır.

- (34) Bu sebeple, Berko'nun 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine ilişkin herhangi bir bulgu veya belgeye ulaşılmamıştır.

### I.3.2.3. Haksız Rekabet İddialarının Değerlendirilmesi

- (35) Başvuru sahibi tarafından, mal vermenin reddi iddialarının yanı sıra, Berko'nun temsilcilerinin eczaneleri gezerek sipariş topladığı, sipariş alma esnasında söz konusu ilaçları başvuru sahibi teşebbüs üzerinden almak isteyen eczanelere, söz konusu teşebbüs ile çalışılmadığı ifade edilerek teşebbüsün ticari yeterliliği hususunda piyasada olumsuz bir algı oluşturulduğu iddia edilmiştir.
- (36) Haksız rekabete ilişkin söz konusu iddialar 4054 sayılı Kanun kapsamında incelemeye alınamamaktadır.

## J. SONUÇ

- (37) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

## KARŞI OY GEREKÇESİ

(26.11.2014 tarihli ve 14-46/845-385 sayılı Kurul Kararı)

Başvuru sahibinin Berko İlaç Kimya Sanayi A.Ş. ile sözleşme yapmayı reddetmek ve alıcısı konumundaki ecza depoları arasında ayrımcılık yapmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasına yönelik olarak düzenlenen Rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Kurul'ca alınan Berko İlaç ile ilgili olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmaması kararına aşağıdaki gerekçelerim nedeniyle karşıyım.

Bilindiği üzere hakim durum dosyalarında öncelikle iddialara konu teşebbüsün hakim durumda olup olmadığına ve ihlal konusu iddiaların haklı gerekçeye dayanılarak yapıp yapılmadığına bakılmaktadır, keza "*Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Tebliğ*"de mal vermenin reddi ya da sözleşme yapmanın reddi yoluyla hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığına yönelik dosyalarda **üç şartın** varlığı aranmaktadır. Bunlardan **birincisi** sözleşme konusu mal veya hakkın vazgeçilmez nitelikte olup olmadığı **ikincisi** red eyleminin ikincil piyasadaki rekabeti ortadan kaldırıp kaldırmadığı **üçüncüsü** ise haksız olduğu iddia olunan eylem için objektif bir gerekçenin olup olmadığı.

Rapor münderecatından anlaşıldığı üzere Berko İlaç bir kısım ürünleri bakımından hakim durumdadır. Berko'nun piyasaya arz ettiği ürünler bakımından yapılan incelemede (.....) üründe %(.....)'den %(.....)'ye kadar ulaşabilen pazar paylarının bulunduğu anlaşılmaktadır. En azından bu ürünler yönüyle Berko'nun hakim durumda olduğu söylenebilir. Bilindiği üzere hakim durumda olan teşebbüslerin haklı gerekçeler dışında sözleşme yapmayı reddetmemek ve alıcılar arasında ayrımcılık yapmamak gibi uymakla yükümlü olduğu mükellefiyetler bulunmaktadır.

Dosyada haklı gerekçe olarak belirtilen Berko İlac'ın 2014 yılı satış programı çerçevesinde başvuru sahibine satış yapma imkanının bulunmadığına yönelik sadece bir beyandan oluşan ancak bilgi ve belge ile desteklenmeyen iddiası bulunmaktadır. Keza Berko'nun ürettiği ilaçların jenerik olduğu bunların başka depolardan da temininin mümkün bulunduğu iddiasının da Berko'nun bir kısım ürün ve ilaçlarının Pazar paylarının %(.....) gibi oranlarda olduğu dikkate alındığında haklı gerekçe olarak kabul edilemeyeceği düşünülmektedir.

"Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu" nun 'haklı gerekçe' ile ilgili bölümünde haklı gerekçenin 'nesnel gerekliliklere' ve 'etkinliklere' dayanması halinde kabul göreceği belirtilmiştir. Dosyamızda bu iki hususun karşılandığını ilgili kararın hangi nesnel gerekliliklere göre ve sonucunda doğabilecek ne gibi etkinlikler dikkate alınarak verildiğini söyleyebilmek mümkün değildir.

Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzunda yer alan sözleşmeyi yapmayı red koşullarının da gerçekleştiği düşünülmektedir. Berko İlac'ın bir kısım ürünleri dağıtıcı açısından vazgeçilmez niteliktedir. Pazar payları yüksek bir kısım ürünleri ile birlikte ilgili teşebbüsün geniş bir yelpazeye yayılı portföy gücü de varsa bu ilaç ve ürünlerin bir ya da birden fazla teşebbüs tarafından dağıtılamaması rekabeti engelleyebilir niteliktedir. Özellikle ilaç dağıtım Sektöründe pazar paylarının lokal bazda farklılık gösterdiği dikkate alındığında, bazı ilaçların dağıtılamaması rekabet engelleyici nitelik arz edebilmektedir. Bu durum yani ilaç dağıtım sektöründe ilgili ürün pazarının lokal olarak belirlenmesi (Sanofi Aventis kararı) gereği kurul kararlarında belirtilmiştir. İlaç dağıtım sektörünün özellikleri dikkate alındığında bazı ilaçların bir dağıtıcı tarafından dağıtılamaması halinde hem eczanelerin ve hem de tüketicilerin zarar görebileceği aşikârdır.

Sonuç olarak, Berko'nun haklı gerekçe olmaksızın başvuru sahibi ile sözleşme yapmaması diğer bir ifade ile eşit durumda bulunan alıcılar arasında ayırım yapmamak yükümlülüğüne aykırı ve dolayısıyla 4054 Sayılı RKHK'nun 6(b) maddesine uyan davranışlar içerisinde bulunduğu ve hakkında soruşturma açılması gerektiği düşüncesiyle anılan karara olumlu oy vermemiz mümkün olmamıştır.

Fevzi ÖZKAN  
Kurul Üyesi