

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

**(Yargı Kararı Üzerine)**  
**REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2012-3-147 (Soruşturma)  
Karar Sayısı : 22-41/594-248  
Karar Tarihi : 08.09.2022

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

**Başkan** : Birol KÜLE  
**Üyeler** : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,  
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN,  
Cengiz ÇOLAK, Berat UZUN

**B. RAPORTÖRLER** : Cumhuriyet Atalay HATİPOĞLU, Beyza BAHADIRHAN,  
Zeynep KUŞDEMİR

**C. BAŞVURUDA**

**BULUNAN** : - Ulusal Ecza Tıbbi Cihazlar Deposu–Uğur GÜMÜŞ  
(Yeni unvanı Ulusal Ecza Deposu İlaç ve Estetik Ürünleri  
İthalat İhracat San. ve Tic. AŞ)  
Şükrü Karaduman Cad. No:35-39/A Yeşilyurt  
Karabağlar/İzmir

**D. HAKKINDA SORUŞTURMA**

**YAPILAN** : Allergan İlaçları Tic. AŞ  
Temsilcileri: Av. İlmutluhan SELÇUK, Av. Artun ATAK,  
Av. Gizem EDİN  
Ebulula Mardin Cad. No:57 Akatlar Beşiktaş/İstanbul

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Allergan İlaçları Tic. AŞ'nin (ALLERGAN) Botox markalı ürününü Ulusal Ecza Tıbbi Cihazlar Deposu–Uğur GÜMÜŞ'e tedarik etmeyerek hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasına ilişkin olarak Rekabet Kurulunun 03.01.2013 tarihli ve 13-01/3-3 sayılı kararının Ankara 10. İdare Mahkemesi tarafından 22.09.2021 tarih ve 2021/961 E., 2021/1452 K. sayılı karar ile iptali üzerine, Rekabet Kurulunun 28.10.2021 tarih ve 21-53/732-M sayılı kararı ile yürütülen soruşturma kapsamında nihai kararın görüşülmesi.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Ulusal Ecza Tıbbi Cihazlar Deposu–Uğur GÜMÜŞ (ULUSAL)<sup>1</sup> tarafından Kurum kayıtlarına iletilen şikâyet dilekçesinde özetle;

- Beşeri ilaç üretimi ile iştigal eden ALLERGAN'ın 2009 yılında İzmir'de kurulan ULUSAL'ın talebi üzerine Botox marka ürününü 2010 yılından itibaren ULUSAL'a tedarik etmeye başladığı,
- ULUSAL'ın sipariş adetlerinin artması ile birlikte ALLERGAN'ın ULUSAL'a mal tedarikinde aksamalar meydana geldiği ve ULUSAL'a ihtiyacı olan miktardan çok daha az miktarda mal tedarik ettiği,

<sup>1</sup> İlk başvurunun yapıldığı 2012 yılında Ulusal Ecza Tıbbi Cihazlar Deposu – Uğur GÜMÜŞ olan ticaret unvanının, Ulusal Ecza Deposu İlaç ve Estetik Ürünleri İthalat İhracat San. ve Tic. A.Ş. şeklinde değiştirildiği 22.04.2019 tarih ve 9814 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmiştir.

- 2012 yılının Mayıs ayında şikâyet konusu ürün ile birlikte ilaç statüsünde olmayan Juvederm ve Surgiderm markalı dolgu malzemelerinin ULUSAL'a sevkiyatının durma noktasına geldiği,
- Dağıtımın belirli ecza depoları üzerinden yapıldığı, belirli bölgelerde bazı firmaların kayırıldığı, ULUSAL tarafından 162 TL + KDV fiyata alınan ürünün 172 TL + KDV ile satışının yapıldığı, İzmir'deki diğer dağıtıcı olan Yıldız Ecza Deposu İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti. (YILDIZ) tarafından bu fiyatin çok üzerinde fiyatlandırma yapıldığı,
- YILDIZ'ın İzmir haricinde Antalya, Adana, Mersin, Bursa ve daha birçok ilde faaliyet göstermesine müsaade edildiği, ULUSAL'ın sadece İzmir'de faaliyet göstermesine izin verildiği,
- ALLERGAN'ın ULUSAL'a botox ürününü vermeyerek ve bu ürünü sadece belirli kanallardan dağıtarak hakim durumunu kötüye kullandığı

iddia edilerek gereğinin yapılması talep edilmiştir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 16.08.2012 tarih ve 6469 sayılı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 03.09.2012 tarih ve 2012-3-147/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulunun (Kurul) 20.09.2012 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 12-44/1373-M sayılı ile ALLERGAN hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (4) Bu karar üzerine yapılan inceleme sonucunda hazırlanan 27.12.2012 tarihli ve 2012-3-147/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu Kurulun 03.01.2013 tarihli toplantısında görüşülerek, 13-01/3-3 sayılı kararı ile soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve başvurunun reddine karar verilmiştir.
- (5) Söz konusu kararın iptali istemiyle açılan davada, Ankara 10. İdare Mahkemesince verilen 16.09.2013 tarihli ve 2013/618 E., 2013/1370 K. sayılı ret kararı, Danıştay 13. Daire Başkanlığının 07.07.2020 tarihli ve 2014/7119 E., 2020/1774 K. sayılı kararı ile bozulmuştur. Bunun üzerine Ankara 10. İdare Mahkemesince bozma kararına uyularak işin gereği görüşülmüş ve 22.09.2021 tarihli ve 2021/961 E., 2021/1452 K. sayılı karar ile dava konusu işlem olan Kurul kararı iptal edilmiştir.
- (6) Danıştay'ın iptal gerekçesinde, *"...şikâyet başvurusunda ileri sürülen iddiaların, taraflar arasında süregelen bir ticari ilişki mevcutken mal verilmesinin reddedildiği, bu eylemin haklı bir gerekçesinin bulunup bulunmadığı, anılan dönemde başka alıcılara sağlanan tedarikin devam ettiği dikkate alındığında, söz konusu eylemle alıcılar arasında bir ayrımcılık yapıp yapılmadığı, dağıtımın belirli kanallar üzerinden yapılarak fiyatin belirli bir seviyede tutulmasının söz konusu olup olmadığı hususları ile pazarda jenerik isim olarak kullanılacak bir bilinirliğe ulaşmış "Botox" markalı ürünün davacının ticari faaliyetinde önemli bir yere sahip bulunduğu, alternatif kaynaklardan temininin sınırlı olduğu ve davacının rekabet gücünü önemli ölçüde azaltacağı, sözleşme yapmayı reddetme davranışının, hâkim durumdaki teşebbüsün kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan teşebbüslere yönelik de olabileceği hususunun yeterince araştırılmadığı görülmektedir."* ve *"... rekabet hukukunun amaç ve ilkeleri ile 4054 sayılı Kanun'da öngörülen usul açısından, 4054 sayılı Kanun'un ihlâl edildiği iddiasına dayanan bir şikâyet hakkında soruşturma açılmasına gerek olup olmadığını anlamak için yapılan ön araştırma sonucunda, söz konusu eylemin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlâl olup olmadığının tespit edilmesi suretiyle soruşturma açılıp açılmayacağına karar verilmesi gereken somut olayın; şikâyet konusu eylemin Allergan'ın tek taraflı davranışı olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında incelenmesi ve davalı idarece araştırmanın genişletilmesi suretiyle elde edilecek bilgi, belge ve deliller*

*ışığında değerlendirilmesi ve her türlü şüpheden uzak bir şekilde açıklığa kavuşturulması için soruşturma açılması gerekirken, eksik incelemeye dayalı şikâyetin ön araştırma aşamasında reddi ile soruşturma açılmasına gerek olmadığına...”* denilmek suretiyle Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı belirtilmiştir.

- (7) Söz konusu mahkeme kararı üzerine hazırlanan 21.10.2021 tarihli ve 2012-3-147/BN-01 sayılı Bilgi Notu, Kurulun 28.10.2021 tarihli toplantısında görüşülmüş ve bu toplantıda alınan 21-53/732-M sayılı karar ile başvuru konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 6. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca ALLERGAN hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (8) Anılan soruşturma kararına ilişkin olarak Kurumun 11.11.2021 tarihli ve 34271 sayılı yazısı ile ALLERGAN'a soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunulmuş ve 30 gün içinde ilk yazılı savunmanın gönderilmesi talep edilmiştir. Bu kapsamda, tarafın birinci yazılı savunması 16.12.2021 tarih ve 23805 sayı ile Kurum kayıtlarına süresi içerisinde intikal etmiştir.
- (9) Ayrıca ULUSAL'dan 07.04.2022 tarihli ve 41895 sayılı yazı ile bilgi talebinde bulunulmuş, buna istinaden teşebbüsten gelen cevabi yazı 15.04.2022 tarihli ve 27283 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Anılan yazıda, ULUSAL tarafından, ilk başvuru kapsamında verilen bilgilere ek olarak;
- ALLERGAN'ın Botox ürününün satış ve dağıtımını yalnızca Yıldız Ecza Deposu aracılığı ile gerçekleştirdiği, ULUSAL'ın ticari faaliyetinin kısıtlandığı, tek bir satıcı üzerinden yapılan dağıtım ve pazarlama ile alıcıların fiyat ve ödeme koşulları üzerinde pazarlık etme olanağının ortadan kaldırıldığı, dolayısıyla hekim, klinik, hastane ve en son kullanıcı olan tüketicilerin zarara uğradığı,
  - Türkiye'nin dünya genelinde Botox tüketen ülkeler arasında ilk beş sırada yer aldığı, Botox ürününün estetik kullanım haricinde tıbbın her alanında uygulanan tedavilerde yaygın olarak kullanıldığı,
  - Botox satışlarının, Botox ürününün yanı sıra birçok sarf malzemesinin (kanül, mezoterapi iğnesi, botox enjektörü, spanc vb gibi) satışına da imkan doğurduğu, bu nedenlerle Botox satılmadığında piyasada var olma ve ticari faaliyette bulunma olanağının ortadan kalktığı,
  - Dolayısıyla ALLERGAN'ın Botox, Juvederm ve Surgiderm ürünlerinin satış hakkını ULUSAL'a tanımayarak, ticari faaliyetin kısıtlanmasına yol açtığı, rakip firma ile rekabet edemez duruma geldiği ve piyasa dışına çıkmaya zorlandığı
- ifade edilmiştir.
- (10) Yürütülen soruşturma kapsamında hazırlanan 28.04.2022 tarihli ve 2012-3-147/SR-01 sayılı Soruşturma Raporu, tarafa tebliğ edilmiş ve 30 gün içinde ikinci yazılı savunmasının sunulması gerektiği bildirilmiştir. ALLERGAN 11.05.2022 tarihinde Soruşturma Raporu'nu tebellüğ etmiş ve teşebbüsün ikinci yazılı savunması 08.06.2022 tarih ve 28649 sayı ile Kurum kayıtlarına süresi içinde intikal etmiştir.
- (11) Tarafın ikinci yazılı savunmasına karşı hazırlanan 21.06.2022 tarihli ve 2012-3-147/EG numaralı Ek Görüş, ALLERGAN'a gönderilerek teşebbüsten üçüncü yazılı savunması talep edilmiştir. İlgili yazı 23.06.2022 tarihinde ALLERGAN tarafından tebellüğ edilmiş ve Ek Görüş'e karşı ALLERGAN tarafından gönderilen üçüncü yazılı savunma 07.07.2022 tarih ve 46462 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

- (12) Kurul; yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a, Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre 08.09.2022 tarih ve 22-41/594-248 sayı ile nihai kararı tesis etmiştir.
- (13) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Rapor ve Ek Görüş'te; Allergan tarafından ULUSAL'a Botox tedarik edilmemesinin, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlal olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

## I. YAPILAN İNCELEME VE TESPİTLER

### I.1. Taraflar Hakkında Bilgi

#### I.1.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Taraf: ALLERGAN

- (14) ALLERGAN dünya çapında faaliyet gösteren beşeri ilaç üreticisi Allergan Grubu'nun Türkiye iştirakidir. Allergan Grubu esas olarak göz bakımı, nöroloji, medikal dermatoloji, medikal estetik, üroloji ve obezite alanlarına yönelik ilaçların üretimi ile öne çıkmaktadır<sup>2</sup>. Teşebbüsün en bilinen ve tüketilen ürünü, bulunduğu pazarda jenerik isim olarak kullanılacak bilinirliğe ulaşmış olan "Botox"tur.

#### I.1.2. Başvuru Sahibi: ULUSAL

- (15) 2009 yılında İzmir'de kurulan şirket ecza deposu olarak faaliyet göstermektedir. Temel olarak plastik ve estetik cerrahi dalına yönelik ürünlerin satışını gerçekleştirmekte olduğu ULUSAL tarafından ifade edilmiştir.

### I.2. İlgili Pazar

- (16) Soruşturma konusu inceleme, ALLERGAN'ın Botox markalı ürününü ULUSAL'a tedarik etmeyerek hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasına ilişkindir. Bu nedenle dosya kapsamında yapılacak ilgili pazar tanımlaması ALLERGAN'ın hakim durumda olup olmadığının tespit edilebilmesi bakımından önem taşımaktadır.
- (17) ALLERGAN'ın tanımlanacak ilgili pazardaki davranışlarının alt pazardaki olası etkilerinin anlaşılabilmesi bakımından ecza depoculuğu faaliyetlerinin niteliği ve kapsamı da kısaca ele alınmıştır.

#### I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (18) Botox<sup>3</sup>, Türkiye'de ilk defa 06.10.2010 tarihinde ALLERGAN tarafından ruhsatlandırılmış olan ve etkin maddesi "onabotulinumtoksinA" olan beşeri tıbbi bir üründür<sup>4</sup>.
- (19) Botulinum toksin, ameliyatsız estetik müdahaleler alanında kullanılan bir ürün olup Botulinum bakterisinin çok sayıdaki toksinlerinden Tip-A olarak adlandırılan toksinin laboratuvarında işlenmiş ve zayıflatılmış halinden elde edilmektedir.
- (20) Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (TİTCK) tarafından yayımlanan kullanma talimatına<sup>5</sup> göre, Botox, kas içine, mesane duvarına veya cilde enjekte edilen kas gevşetici bir maddedir. Ürün enjekte edildiği kaslara gelen sinir uyarılarını kısmen engelleyerek kaslardaki aşırı kasılmayı azaltmakta, kas üzerinde geçici ve geri dönüşü olan bir felç oluşturmaktadır. Söz konusu kullanma talimatına göre, Botox, kronik

<sup>2</sup> <https://www.allerganaesthetics.com.tr/> Son Erişim Tarihi: 18.04.2022

<sup>3</sup> Botox, piyasada enjeksiyonluk çözelti için liyofilize toz formunda ve 100'lük flakonda sunulmaktadır.

<sup>4</sup> Botox Kısa Ürün Bilgisi. <https://titck.gov.tr/storage/kubKtAttachments/RwZ7JT21AfCdZ.pdf> Son Erişim Tarihi: 24.04.2022.

<sup>5</sup> Botox Kullanma Talimatı: <https://titck.gov.tr/storage/kubKtAttachments/biFU9CISAM0Vfb.pdf> Son Erişim Tarihi: 24.04.2022.

migreni önlemede, idrar kaçağını azaltmada, serebral palsy hastalarının inatçı kas kasılmalarının sebep olduğu ayakta şekil bozukluğunun kontrol altına alınmasında, bacaklardaki kas spazmlarının giderilmesinde, irade dışı göz kırpmasının, göz kapaklarındaki ve yüzdeki kas spazmlarının, şaşılığın, boyun ve omuzlardaki kas spazmlarının, inme geçirmiş hastaların el ve ayaklarında ortaya çıkan inatçı kasılmaların tedavisinde, koltuk altı aşırı terlemenin tedavisinde, göz ve kaş çevresi ile alındaki çizgilerin geçici olarak giderilmesinde kullanılabilir.

- (21) Dünya çapında botulinum toksin üretimi ve satışı alanında faaliyet gösterdiği tespit edilen dört firma bulunmaktadır. Allergan Grubu dışında piyasadaki diğer bir önemli oyuncu, Dysport markalı ürünle Fransız menşeli Ipsen grubudur. Ayrıca dünya piyasasında Alman Merz ve Güney Koreli Evolus firmalarının sırasıyla Xeomin ve Jeuveau<sup>6</sup> markalı ürünleri de bulunmaktadır.
- (22) Botulinum toksin, daha önce ifade edildiği gibi, beşeri tıbbi ürün (ilaç) statüsündedir. Beşeri ilaçların ithalatı ve pazarlanması ancak TİTCK tarafından ruhsat verilmesi halinde mümkündür. Türkiye'de satışı gerçekleştirilen ve TİTCK tarafından ruhsatlandırılmış botulinum toksin içeren ürünler Botox ve Dysport<sup>7</sup>'tan ibarettir. Dysport'un kullanım amaçları Botox ile örtüşmekte olup ikisinin birbirinin yerine kullanılabilirliğini kabul etmek mümkündür<sup>8</sup>. Zira TİTCK tarafından her iki ürün için yayımlanan kullanma talimatları bu ürünlerin kullanım alanlarının çakıştığını göstermektedir. Botulinum toksin bazlı ürünlere ikame olabilecek ve botox ile benzer amaçlarla kullanılabilen bir diğer ürün de hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleridir. Ancak iki ürün kullanım alanı bakımından farklılaşmaktadır. Dolgu malzemeleri, botulinum toksine nazaran estetik müdahalelerde daha eskiden beri kullanılan malzemelerdir. Kimyasal yollarla sentetik olarak, hayvansal kaynaklı canlı dokulardan ya da insan vücudundan elde edilebilen dolgu maddeleri olduğu gibi, bakteriyel fermantasyon ile elde edilen dolgu maddeleri de bulunmaktadır.
- (23) Dolgu malzemeleri, botulinum toksinden farklı olarak beşeri tıbbi ürün olarak değil, tıbbi cihaz olarak kabul edilmekte olup ilaç ruhsatı ile değil, CE belgesi ile ithal edilip satılabilmektedir.
- (24) Hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri, beşeri tıbbi ürün olarak nitelendirilmediğinden, söz konusu ürünlerin ecza depoları kanalıyla satılmasını zorunlu kılan herhangi bir durumun söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.
- (25) Hem botulinum toksin, hem de dolgu malzemeleri, genelde yüze yönelik, ameliyatsız estetik müdahalelerde kullanılmakta ve bu tip müdahaleler için plastik cerrah, medikal estetisyenler ve dermatologlar tarafından talep edilmektedir. Bununla birlikte, farklı etki yöntemleri olan söz konusu ürünlerin odaklandıkları sorunlar ve uygulandıkları yüz bölgeleri de farklılaşmaktadır. Deri altına enjekte edilerek uygulanan botulinum toksin, kas dokusunu felç ederek kırışıklıkların azaltılmasını sağlarken, dolgu malzemelerinin deri altına yerleştirilmesiyle estetik kaygıların hacim yaratılarak giderilmesi amaçlanmaktadır. Botulinum toksin, esas olarak, alın kırışıklığı, göz çevresi, kaz ayağı

<sup>6</sup> Söz konusu ürünün bazı ülkelerde NewTox markası ile piyasada yer aldığı anlaşılmaktadır.

<sup>7</sup> Dysport, Türkiye'de ilk defa 31.07.2002 tarihinde Gen İlaç ve Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. tarafından ruhsatlandırılmıştır.

[https://titck.gov.tr/storage/Archive/2021/kubKtAttachments/TTCKOnayIKBDYSPORT\\_4f2abd1c-c760-484d-a5c9-8c2d619a2da6.pdf](https://titck.gov.tr/storage/Archive/2021/kubKtAttachments/TTCKOnayIKBDYSPORT_4f2abd1c-c760-484d-a5c9-8c2d619a2da6.pdf) Son Erişim Tarihi: 24.04.2022

<sup>8</sup> Dysport Kullanma Talimatı

[https://titck.gov.tr/storage/Archive/2021/kubKtAttachments/TTCKOnayIKTDYSPORT\\_8e9e0414-dfdb-4789-baac-f0fee355620e.pdf](https://titck.gov.tr/storage/Archive/2021/kubKtAttachments/TTCKOnayIKTDYSPORT_8e9e0414-dfdb-4789-baac-f0fee355620e.pdf) Son Erişim Tarihi: 24.04.2022

kırıxıklığının tedavisinde kullanılırken, dolgu maddeleri, zamanla kolajen kaybına bağlı olarak çöküntüye uğrayan, büzülen cilt altındaki dokularda sarkan yerleri dolgun göstermek için, yüz bölgesinde özellikle yanaklar ve dudaklarda kullanılmaktadır.<sup>9</sup>

- (26) Kullanım alanı bakımından farklılaşan bu iki ürün, Kurulun 04.12.2008 tarihli ve 08-69/1113- 430 sayılı kararında da, botulinum toksinin yüzün üst kısmına uygulandığı, dolgu malzemelerinin ise ağırlıkla yüzün alt kısmında kullanıldığı belirtilerek ayrı ürün pazarları olarak tanımlanmıştır.
- (27) Amerika Federal Ticaret Komisyonu da ALLERGAN'ın tarafı olduğu bir devralma işlemini değerlendirirken yaptığı analizde ilgili pazarı "Kozmetik amaçlı botulinum toksin araştırma, geliştirme, üretimi ve satımı pazarı" olarak tanımlamış ve botulinum toksinin etki mekanizmasının, ürünü kırıxıklık tedavisinde kullanılan diğer kozmetik ürün ve işlemlerden ayrı kıldığını ve dolayısıyla diğer ürün ve işlemlerin botulinum toksininin yakın ikamesi olmadığını ifade etmiştir<sup>10</sup>.
- (28) Botulinum toksinin ilaç statüsünde olması, etken maddelerinin ve dağıtım aşamalarının farklılaşması nedeniyle "botulinum toksin pazarı" ve "hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri pazarı" ayrı ilgili ürün pazarlarını oluşturmaktadır. Yukarıda yer verilen değerlendirmeler doğrultusunda, ilgili ürün pazarı "*botulinum toksin pazarı*" olarak belirlenmiştir.

### I.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (29) ALLERGAN'ın Botox ürününe ilişkin faaliyetlerinin tüm Türkiye çapında gerçekleştirilmesi ve botulinum toksin içeren ürünler arasındaki rekabetin ülke içerisinde bölgeselleşmesine neden olacak bir unsurun bulunmaması sebebiyle ilgili coğrafi pazar "*Türkiye*" olarak tespit edilmiştir.

### I.3. Ecza Depolarının Faaliyetleri

- (30) Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulanan Ürünler Hakkında Yönetmelik'in (Ecza Depoları Yönetmeliği)<sup>11</sup> 4/c maddesinde ecza deposu "*2 nci maddede belirtilen madde ve ürünlerin sadece toptan ticaretini yapmasına ve/veya şahsî tedavi amacıyla yurtdışından ilaç temin etmesine Bakanlıkça izin verilen gerçek veya tüzel kişiye ait olan işyeri*" olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu yönetmeliğin 2. maddesinde beşeri ilaçların da dahil olduğu bir dizi tıbbi ürün çeşidi, ecza depolarının toptan ticaretini yapabileceği ürünler arasında sayılmaktadır. Aynı yönetmeliğin 9. maddesinde ise ecza depoları tarafından yalnızca mezkur yönetmelik kapsamındaki ürünlerin toptan alım-satımının yapılabileceği, dağıtım haricinde bir faaliyette bulunmalarının yasak olduğu ifade edilmektedir. Aynı maddede ecza depolarından satış/dağıtım yapılabilecek yerler arasında eczaneler, ilaç üreticileri ve diğer ecza depoları sayılmıştır.
- (31) Ecza depoları, sağlayıcı teşebbüsler ile eczaneler ve hastaneler arasındaki ürün akışını sağlamakta ve ilaçların dağıtıma çıkıncaya kadar stoklanması işlevini görmektedir. Nüfus yoğunluğunun yüksek olduğu illerde sayıca fazla olmakla birlikte ecza depoları sağlayıcı firmalardan aldıkları ilaçları ülke çapında dağıtmaktadır. Bu dağıtım ağında ülke çapında çok sayıda şubesi bulunan ecza depoları ile birlikte yerel ecza depoları da bulunmaktadır. İlaç sektöründeki tüm teşebbüsler gibi ecza depoları

<sup>9</sup> 04.12.2008 tarih ve 08-69/1113- 430 sayılı Kurul kararı.

<sup>10</sup> [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2006/03/0610031allerganameddecisionorder\\_pr.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2006/03/0610031allerganameddecisionorder_pr.pdf)

<sup>11</sup> Resmî Gazete Tarihi: 20.10.1999 Resmî Gazete Sayısı: 23852

da açılış izninden depolama ve dağıtım faaliyetlerine kadar sıkı mevzuat düzenlemelerine tabidir. İlaçların nihai kullanıcıya ulaşıncaya kadar geçtiği tüm dağıtım aşamalarında olduğu gibi ecza depolarının kâr marjları da kamu otoritesi tarafından belirlenmektedir.

- (32) Beşeri ilaçların fiyatları, 06.02.2017 tarih 2017/9901 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren “Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılmasına Dair Karar” ve bu karara dayanılarak çıkarılan “Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılması Hakkında Tebliğ” hükümleri çerçevesinde belirlenmektedir. Anılan düzenlemeye göre beşeri ilaçların satışında ecza depoları ve eczaneler için belirlenen azami kâr marjları aşağıdaki gibidir.

Tablo 1- Ecza Deposu ve Eczane Kâr Oranları

Depocuya Satış Fiyatının;	Depocu Karı (%)	Eczacı Karı (%)
0-10 TL'ye kadar olan kısım için	9	25
10-50 TL arasında kalan kısım için	8	25
51-100 TL arasında kalan kısım için	7	25
101-200 TL arasında kalan kısım için	4	16
200 TL üstünde kalan kısım için	2	12

Kaynak: Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılmasına Dair Karar

- (33) İlaçların nihai tüketiciye ulaşmasındaki zincirde sağlayıcılardan sonra gelen ecza depoları satışların gerçekleştiği müşteri grubuna göre iki farklı kategoride sınıflandırılabilir. Bunlardan ilki ihaleci ecza depoları olup anılan depolar kamu hastaneleri ile özel hastanelerin ihalelerine katılım sağlamakta, kazandıkları ihaleleri ihale şartnameleri ile belirlenen koşul ve sürelerde temin etmektedir. İkinci kategori, sağlayıcılardan alınan ilaçların serbest eczanelere iletilmesi üzerine uzmanlaşmış depolardan oluşmaktadır. Bu depolar eczanelere yönelik vade, indirim, mal fazlası ve diğer hizmet alanlarında kendi kategorisinde yer alan rakipleriyle rekabet etmektedir.
- (34) Diğer taraftan botulinum toksin içeren ürünler, serbest eczane satışı olmayan, Sağlık Bakanlığı tarafından “depocu fiyatlı ilaçlar” şeklinde tanımlanan ürünler olup söz konusu ürünlerin satışları yalnızca ecza depolarından gerçekleştirilmektedir<sup>12</sup>. ALLERGAN tarafından Botox dağıtımı yapan ecza depolarının arasında hem serbest eczane kanalına hem de hastane kanalına yönelik dağıtımda bulunan ecza depolarının bulunduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla botulinum toksin içeren ürünlerin nihai kullanım noktalarına dağıtımı bakımından ecza depoları arasında herhangi bir ayırım bulunmadığı tüm ecza depolarının ilgili pazardaki ürünlerin dağıtımı ile iştigal edebileceği anlaşılmaktadır.

#### I.4. Değerlendirme

- (35) Dosya konusu iddia ALLERGAN'ın mal vermenin reddi olarak nitelendirilen tek taraflı davranışını içermektedir. Bu tür tek taraflı davranışlar 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yer alan “*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır*” hükmüyle hakim durumun kötüye kullanılması ihlal olarak nitelendirilmiştir. Bu tanıma göre iki şartın birlikte varlığı halinde ihlalden bahsedilebilmektedir: 1) Hâkim durum ve

<sup>12</sup> <https://www.titck.gov.tr/duyuru/botox-preparatlari-hakinda-duyuru-27122018173114>



2) kötüye kullanma. Dolayısıyla çeşitli yargı kararlarına<sup>13</sup> da yansıdığı üzere, bu koşullardan birinin eksikliği halinde 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlalin varlığını ileri sürmek mümkün değildir.

- (36) Dosya kapsamında esas olarak ALLERGAN'ın ULUSAL'a mal vermeyi reddetmesi davranışının kötüye kullanma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği irdelenmiş olmakla birlikte ALLERGAN'ın botulinum toksin pazarında hakim durumda olup olmadığı genel hatlarıyla aşağıda değerlendirilmiştir.

#### I.4.1. Hakim Durum Değerlendirmesi

- (37) İlgili pazar bölümünde ifade edildiği gibi, botulinum toksin pazarında Türkiye'de ruhsatlandırılmış yalnızca iki ilaç bulunmaktadır. Bunlar Botox ve Dysport'tur. Soruşturma konusu tek yanlı davranışın değerlendirilebilmesi için ULUSAL'ın şikâyette bulunduğu 2012 yılındaki pazar koşullarının dikkate alınması gerekmekte olup aşağıdaki tabloda önaraştırma döneminde tespit edilen pazar yapısı sunulmaktadır.

Tablo 2- Botulinum Toksin Pazarındaki Ürünlerin Payları

	2011				2012 (10 Aylık)			
	Kutu	Kutu PP (%)	Ciro (TL)	Ciro PP (%)	Kutu	Kutu PP (%)	Ciro (TL)	Ciro PP (%)
Botox	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Dysport	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
TOPLAM	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: ALLERGAN tarafından sunulan bilgiler

- (38) Tablo incelendiğinde, botulinum toksin pazarındaki satışların miktar bazında yaklaşık olarak %(.....), tutar bazında ise yaklaşık %(.....) ALLERGAN tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Botox'un Türkiye'deki tek rakibi Dysport ise ilgili pazardaki satışların miktar bazında %(.....), tutar bazında ise %(.....) oluşturmaktadır.
- (39) ALLERGAN'ın botulinum toksin pazarındaki konumuna bakıldığında, teşebbüsün duopol bir piyasada rakibinin yaklaşık (.....) katı oranındaki payla ilgili pazarda lider olduğu görülmektedir. Ayrıca ALLERGAN'ın ürünü Botox'un, pazarda jenerik isim olarak kullanılacak düzeyde biliniyor olması da teşebbüsün pazardaki konumuna ve gücüne ilişkin önemli bir gösterge durumundadır.
- (40) Bu dosya özelinde yapılacak temel değerlendirmeyi değiştirmeyecek olması nedeniyle, botulinum toksin pazarında ALLERGAN'ın hakim durumda olup olmadığının kesin bir şekilde tespit edilmesinin gerekli olmadığı değerlendirilmiş, ALLERGAN'ın şikâyet konusu eyleminin bir kötüye kullanma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesi uygun görülmüştür.
- (41) Bu aşamada öncelikle mal vermenin/sözleşme yapmanın reddi davranışının teorik olarak hangi şartlarda kötüye kullanma olarak değerlendirildiği incelenmiş, ardından ALLERGAN'ın dosya konusu davranışının ortaya koyulan teorik çerçeveye uyup uymadığı analiz edilmiştir.

<sup>13</sup> Danıştay Onüçüncü Dairesinin 03.04.2014 tarih, 2013/3606 E., 2014/1284 K. sayılı ve 27.05.2014 tarih, 2009/5608 E., 2014/2054 K. sayılı kararları; Ankara 14. İdare Mahkemesinin 02.10.2014 tarih, 2012/1803 E., 2014/1065 K. sayılı kararı.



## I.4.2. ALLERGAN'ın Davranışının Kötüye Kullanma Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceğine Dair Değerlendirme

### I.4.2.1. Mal Vermenin/Sözleşme Yapmanın Reddi Davranışının Kötüye Kullanma Olarak Değerlendirilebilmesine Dair Teorik Çerçeve

- (42) Soruşturma konusu incelemeye esas oluşturması bakımından öncelikle mevzuat ve literatürde mal vermenin reddinin ne şekilde yer aldığına yönelik incelemelere aşağıda yer verilmektedir.

#### I.4.2.1.1. Mevzuat ve Literatür Kapsamında Sözleşme Yapmanın Reddi

- (43) Sözleşme yapmanın reddi, Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'da (Kılavuz) dışlayıcı davranışlardan biri olarak kabul edilmektedir. Kılavuz'da (para. 38), *“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.”* denilmektedir.
- (44) Kılavuz'un 43. paragrafında belirtildiği gibi Kurul, sözleşme yapmayı reddetme iddialarını değerlendirirken ihlalin tespiti için üç koşulun birlikte varlığını aramaktadır. Buna göre;
1. Reddetme, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olmalı,
  2. Reddetmenin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırması muhtemel olmalı ve
  3. Reddetmenin tüketici zararına yol açması muhtemel olmalıdır.
- (45) Hemen belirtmek gerekir ki, hakim durumda da olsa her teşebbüs birlikte çalışmak istediği teşebbüsleri seçerken temel kural olarak özgürdür<sup>14</sup>. Ancak bu özgürlük yukarıda sayılan şartların varlığı halinde rekabet hukuku açısından kısıtlanabilmektedir. Kılavuz<sup>15</sup> ve Avrupa Komisyonunun (Komisyon) Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında 82. madde Uygulama Önceliklerine İlişkin Rehber<sup>16</sup> (AB Kılavuzu), hakim durumdaki teşebbüsün dışlayıcı davranışlarını, rekabet karşıtı pazar kapama olarak nitelendirilebildiği ölçüde kötüye kullanma olarak tanımlamakta ve yalnızca rekabet karşıtı pazar kapamanın önlenmesi amacıyla hakim durumdaki teşebbüsün davranışının kısıtlanabileceğini öngörmektedir. Rekabet karşıtı pazar kapama fiili ise özellikle dışlayıcı davranışın hakim durumdaki teşebbüsün rakibi aleyhine yapılması halinde ortaya çıkmaktadır.
- (46) Komisyonun 2005 yılında yayımladığı *“DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”* başlıklı metinde (Tartışma Metni) de dışlayıcı davranışlar değerlendirilirken ortaya çıkan asıl endişenin

<sup>14</sup> Bkz. Kılavuz, para. 35.

<sup>15</sup> Para. 25.

<sup>16</sup> Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2009, para. 20

rekabete ve dolayısıyla tüketiciye zarar veren pazar kapama olduğu belirtilmiştir<sup>17</sup>. Ayrıca, hakim durumdaki firmanın dışlayıcı davranışının her şeyden önce pazarı rakiplere kapama kabiliyetinde olması gerekmektedir<sup>18,19</sup>. Tartışma Metninde, hakim durumdaki firma ile aynı seviyede faaliyet gösteren rakiplere pazarın kapanması durumu yatay kapama, hakim durumdaki firmanın aynı zamanda müşterisi olarak alt pazarda faaliyet gösteren rakiplerine pazarı kapaması ise dikey kapama olarak açıklanmaktadır<sup>20</sup>.

- (47) Diğer taraftan Kılavuz, rakip olmayan müşterilere yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışlarını da “sözleşme yapmanın reddi” hallerinden biri olarak saymış ve fakat hemen ardından rakiplere yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışının rekabeti kısıtlama ihtimalinin daha kuvvetli olduğunu vurgulamıştır.
- (48) 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. Kılavuz’un bu açıklamalarında dikkati çeken önemli bir ifade ise rekabet içinde bulunulmayan müşterinin talep ettiği halde elde edemeyeceği ürünün alt pazarda mal veya hizmet üretiminde girdi olarak kullanılabilir nitelikte olmasıdır.
- (49) Kılavuz’un bu açıklamalarının ardından sözleşme yapmanın reddi davranışlarının rakiplere yönelik olduğu alternatif pazar kapama örneklerine yer verilmiş, sözleşme yapmayı reddetme davranışının hangi hallerde hakim durumdaki teşebbüs ile rekabet halinde olmayan müşterilere yönelik de olabileceği belirtilmemiştir. Ancak aşağıda yer verilen literatür değerlendirmeleri ile bu değerlendirmelerin dayandırıldığı dosya örnekleri ve mehz Avrupa Birliği mevzuatı dikkate alındığında, sözleşme yapmanın reddi davranışının dışlayıcı kötüye kullanma sayılabilmesi için, her ne kadar müşterilere uygulansa da, nihayetinde rakipleri dışlamaya yönelik bir teoriye oturtulabilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.
- (50) Literatürde, hakim durumdaki teşebbüsün rakibi olmayan müşterilerine yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışları nihai olarak hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerini dışlama etkisi gösterebildiği ölçüde dikkate alınmıştır<sup>21, 22</sup>.
- (51) Yukarıda da ifade edildiği gibi, Tartışma Metni sözleşme yapmanın reddi dosyalarında pazar kapamanın odak noktası olduğunu belirttikten sonra bunları dikey ve yatay pazar

---

<sup>17</sup> Tartışma Metni, para. 56.

<sup>18</sup> Tartışma Metni, para. 58.

<sup>19</sup> Bu durumun istisnası olarak Tartışma Metninin 222. paragrafında, rakip olmayan müşteriye yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışının koordinasyon riski doğurmadığı takdirde rekabete etkisinin küçük olabileceği ifade edilmektedir.

<sup>20</sup> Tartışma Metni, para. 69-73.

<sup>21</sup> WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, ve O'DONOGHUE, R. ve A. J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Second Edition, Hart Publishing, Oregon.

<sup>22</sup> Komisyon'un Tartışma Metni'nde (para. 217-236), mevcut müşterilerle sözleşmenin sona erdirilmesi ile yeni müşterilere mal vermenin reddi durumları farklı başlıklar altında değerlendirilmiş olsa da nihai değerlendirme kriterleri bakımından önemli farklar bulunmamaktadır.

kapama olarak ikiye ayırmıştır. Buna göre dikey kapama hakim durumdaki firmanın alt pazarda da faaliyet gösterdiği ve rakip konumdaki müşterilerine karşı sözleşme yapmayı reddettiği durumlarda söz konusu olabilmektedir<sup>23</sup>. Örneğin, daha sonra Komisyon tarafından verilen birçok kararda referans alınacak olan *Commercial Solvents*<sup>24</sup> kararında; tüberküloz tedavisinde kullanılan *ethambutol* isimli maddenin üretimi için gerekli hammaddelerin tedarikçisi olan ve hakim durumda bulunan CSC<sup>25</sup> alt pazarda *ethambutol* üretimine başlamış, bu nedenle artık rakip haline gelen müşterisine ihtiyaç duyduğu hammaddeleri vermeyi reddetmiş, bu davranışı ise ihlal olarak nitelendirilmiştir.

- (52) Diğer taraftan, rakip olmayan müşteriye yönelik sözleşme yapmanın reddi fiilinin nadiren de olsa yatay kapamaya yol açma ihtimalinin değerlendirildiği istisnai kararlar bulunmaktadır<sup>26</sup>. Literatürde değerlendirilen iki karardan ilki hakim durumdaki teşebbüsün -rakiplerinin promosyonunu yapmayı bırakması için- distribütörüne mal vermeyi reddetmesi, diğeri ise sağlayıcı seviyesindeki potansiyel rakibe mal verilmemesi durumlarını içermektedir<sup>27</sup>.
- (53) İlk duruma, dikey kapama kapsamında değerlendirilen Komisyonun *United Brands*<sup>28</sup> kararı örnek gösterilmektedir. Buna göre hakim durumdaki United Brands, rakibine yönelik bir reklam kampanyasına katılan distribütöre mal vermeyi kesmiş, bu durum ise Avrupa Adalet Divanı (AAD) tarafından distribütörün rakip ürünleri satmasını önleme olarak değerlendirilmiştir. Bir başka ifadeyle, hakim durumdaki teşebbüs sözleşme yapmanın reddi davranışını disipline edici bir şekilde kullanmış ve distribütörünü tek marka satmaya zorlayarak rakip ürünlerin dağıtımını engellemeye çalışmıştır. AAD, United Brands'ın bu davranışıyla diğer distribütörlerini de rakip ürünleri satmamaya yönlendireceğini, böylece hakim durumunu güçlendirerek rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştıracaklarını ifade etmiştir.
- (54) Yatay kapama amacıyla potansiyel rakibe mal verilmemesi durumu ise *Boosey and Hawkes*<sup>29</sup> kararına konu olmuştur. Bu kararda, hakim durumdaki teşebbüsün, temel faaliyetlerini rakip marka müzik enstrümanlarının tanıtımına kaydıran bir müşterisine mal vermeyi kesmesi incelenmiştir. Komisyon, her ne kadar mal tedarikinin aniden ve bütünüyle kesilmesi sebebiyle davranışın orantısız olduğunu tespit etmiş olsa da hakim durumdaki teşebbüslerin kendisine yönelen rekabeti desteklemek gibi bir yükümlülüğünün olmadığı, temel faaliyetini rakip markanın tanıtımına dönüştüren bir müşteri söz konusu olduğunda, hakim durumdaki üreticinin dahi makul süre tanımak kaydıyla söz konusu müşteri ile ticari ilişkilerini sona erdirmeye hakkı olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Aslında, nihai olarak bir kötüye kullanma tespiti içermemesine rağmen bu karar, rakip olmayan müşteri ile sözleşme yapmanın reddedilmesi davranışının potansiyel rakipleri dışlama ihtimalinin ele alındığını göstermesi bakımından önemlidir<sup>30</sup>.

<sup>23</sup> Whish 2009, s.688.

<sup>24</sup> Commercial Solvents v. Commission, C-7/73 [1974] ECR 223, para.25.

<sup>25</sup> Commercial Solvents Corporation.

<sup>26</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s. 468-470.

<sup>27</sup> Whish 2009, s.699-700.

<sup>28</sup> United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission, Case 27/76 [1978] ECR 207.

<sup>29</sup> BBI/Boosey & Hawkes-Interim Measures, OJ 1987 L 286/36.

<sup>30</sup> Komisyon bu dosyada, distribütörün kendi üretimine başlayıncaya kadar hakim durumdaki teşebbüsten ürün tedarik edebilmesi için geçici tedbir kararı vermiştir.

#### I.4.2.1.2. Geçmiş Kurul Kararlarında Sözleşme Yapmanın Reddi

- (55) Kurulun, mevcut dosyaya benzer nitelikteki mal vermenin reddi dosyalarında aldığı kararlardan bazılarında aşağıda özetle yer verilmektedir.
- (56) 18.02.2016 tarihli ve 16-05/116-51 sayılı Solgar kararında, Solgar Vitamin ve Sağlık Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.nin (Solgar) Anadolimed Ecza Deposu Tic. AŞ'ye (Anadolimed) ürün vermeyi reddetmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal edip etmediğinin tespiti için inceleme yapılmıştır. Kararın 6. madde kapsamında yapılan değerlendirmesinde, vazgeçilmezlik unsuru bakımından, deponun alımları içinde Solgar'ın payına ve ilgili ürünlerin alternatif kaynaklardan temininin mümkün olup olmadığına bakılmıştır. Bu çerçevede, Solgar ürünlerinin muadillerinin bulunduğu ve Anadolimed'in yalnızca bu ürünlerin yeniden satışıyla iştiğal ettiğine işaret edilmiştir. Ayrıca Solgar'ın faaliyetinin bulunmadığı alt pazardaki oyuncuları dışlamasının söz konusu olmayacağı, Solgar ürünlerinin temin edilebileceği başka depo ve internet siteleri de dahil olmak üzere kanalların bulunduğu, dolayısıyla tüketici zararının da oluşmayacağı öngörülmüştür.
- (57) 29.03.2018 tarihli ve 18-09/156-76 sayılı Rad kararında, Sanofi Sağlık Ürünleri Ltd. Şti.nin Rad Ecza Deposu Tıbbi Kozmetik Ürünler İç ve Dış Tic. Ltd. Şti. ile sözleşme yapmayı reddederek 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiası incelenmiştir. Kararda; Kılavuz, AB mevzuatı ve ilgili literatürden bahisle, sözleşme yapmanın reddi davranışının, dışlayıcı kötüye kullanma sayılabilmesi için, her ne kadar müşterilere uygulanırsa da, nihayetinde rakipleri dışlamaya yönelik bir teoriye oturtulabilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Kararda, rakip olmayan müşteriye yönelik sözleşme yapmanın reddi fiilinin nadiren de olsa yatay kapamaya yol açma ihtimalinin değerlendirildiği istisnai kararların bulunduğu belirtilmiştir. Kılavuz'un 43. paragrafında yer verilen ve sözleşme yapmanın reddinin kötüye kullanılmasının şartları bakımından, aşağıda özetlenen 18-34/577-283 sayılı kararda yapılan ayrıntılı değerlendirmelere benzer bir değerlendirmeye yer verilmiştir.
- (58) 26.09.2018 tarihli ve 18-34/577-283 sayılı Roche kararında, Roche Müstahzarları San. AŞ'nin; ecza depolarına ihracat yasağı hükmü içeren sözleşmenin imzalanmasını şart koştuğu, bu şartı kabul etmeyen Co-Re-Na Ecza Deposu Dış Tic. Ltd. Şti.ye 2010 yılından itibaren mal vermeyi reddettiği ve Roche ürünlerinin anılan depoya satılmaması yönünde diğer ecza depolarına baskı yaptığı iddialarına ilişkin 17.06.2010 tarih ve 10-44/785-262 sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Dairesinin 16.12.2016 tarihli ve 2010/4617 E., 2016/4241 K. sayılı kararı ile iptali üzerine 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediği incelenmiştir.
- (59) Şikâyet reddedilirken;
- Corena alımları içinde ROCHE ürünlerinin payına bakılarak bu ilaçların anılan Depo için vazgeçilmez olmadığı, kaldı ki Corena'nın ROCHE ürünlerini başka kaynaklardan temin edebildiği,
  - ROCHE ve Corena'nın faaliyetlerine göre, bunlar arasında mevcut veya potansiyel rekabetten söz edilemeyeceği, ROCHE'un üst pazarda sahip olduğu pazar gücünü kendisinin faal olmadığı alt pazardaki Corena'yı dışlamak için kullanmasının söz konusu olmayacağı,
  - Corena'nın tedarik ettiği ürünleri yeniden sattığı ve bunlara katma değer sağlamadığı, dolayısıyla rekabetin zarar görmesinden de bahsedilemeyeceği
- tespitlerine yer verilmiştir.

- (60) Yukarıda detaylarına yer verilen mevzuat ve literatür kapsamında sözleşme yapmanın reddi ile ilgili olarak bir kötüye kullanmadan bahsedilebilmesi için hakim durumdaki teşebbüsün davranışının doğrudan veya dolaylı olarak alt veya üst pazardaki mevcut ve/veya potansiyel rakibine yönelmiş olması gerektiğine işaret etmektedir.
- (61) Sözü edilen teorik çerçeve içinde değerlendirildiğinde, ALLERGAN'ın ULUSAL'a mal tedarik etmeyişi, alt veya üst pazardaki rakiplerin pazara erişiminde zorlaştırıcı bir etki ortaya çıkarıp çıkarmadığının incelenmesi gerekmektedir.
- (62) Alt pazardaki ecza depoculuğu pazarında rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasından söz edebilmek için öncelikle ALLERGAN'ın alt pazarda faaliyet gösteriyor olması beklenmelidir. Ne var ki ALLERGAN'ın ecza depoculuğu pazarında herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla alt pazardaki rakiplere yönelik dikey kapama niteliğinde değerlendirilebilecek bir davranıştan söz etmek mümkün değildir.
- (63) Diğer taraftan, rakip olmayan ecza depolarına mal verilmemesi nedeniyle üst pazardaki ilaç sağlayıcılarının pazara erişimini zorlaştıracak nitelikte bir yatay kapamanın varlığı ise ancak ALLERGAN ile ecza depoları arasında imzalanacak satış sözleşmelerinde, ALLERGAN ürünleri ile rekabet eden ürünlerin ecza deposu tarafından satılamayacağını düzenleyen bir rekabet yasağı bulunması halinde söz konusu olabilecektir. Oysa ULUSAL o dönemde botulinum toksin pazarında rakip markanın ürününü satabilmekte ve hatta -sonraki bölümlerde ilgili verilere yer verileceği üzere- cirosunun büyük çoğunluğunu rakip markanın satışından elde etmektedir. Ayrıca, ALLERGAN'ın, Dysport satışlarını engellemek amacıyla kendisine Botox tedarik etmediğine dair herhangi bir iddia ULUSAL tarafından dile getirilmemiştir. Dolayısıyla, ALLERGAN'ın dosya konusu eyleminin üst pazardaki rakiplere yönelik yatay kapamaya yol açabilecek bir niteliğinin de bulunmadığı anlaşılmaktadır.
- (64) Her ne kadar mal vermenin reddi davranışının kötüye kullanma olarak kabul edilmesini gerektirecek teorik çerçeveye oturmasa da, ALLERGAN tarafından ULUSAL'a Botox ürününün tedarik edilmeyişi, hâkim durumdaki teşebbüse sözleşme yapma görevi yüklenmesini gerektirecek şartlar bakımından da incelenmiştir.

#### **I.4.2.2. Dosya Konusu Davranışın “Kötüye Kullanma Niteliğindeki Mal Vermenin Reddi Şartları” Çerçevesinde Değerlendirilmesi**

- (65) Esasen hâkim durumdaki firmaya sözleşme yapma görevi yükleyen gerekçeler zorunlu unsur doktrinine dayandırılmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, hâkim durumdaki teşebbüs birlikte çalışacağı tarafları belirlerken özgürdür. Ancak hâkim durumdaki teşebbüsün sağladığı ürün veya hizmet rakiplerin faaliyetleri için zorunlu unsur haline gelmiş ise hâkim durumdaki firmaya sözleşme yapma ödevi yüklenebilmektedir. Bu ödev rakiplere her durumda yardım edilmesini gerektiren genel bir yükümlülük anlamına gelmemektedir<sup>31</sup>.
- (66) Hâkim durumdaki firmaya sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesini gerektirebilecek şartları, Kılavuz'un 43. paragrafında yer bulan ve sözleşme yapmanın reddinin kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için birlikte sağlanması beklenen üç şartı farklı şekilde ifade ederek ortaya koymak mümkündür. Buna göre, (1) hâkim durumdaki firma tarafından sağlanan ürün veya hizmetin alt pazarda rekabet edebilmek için vazgeçilmez bir girdi niteliğinde olması, (2) girdiye erişilememesinin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldıracak nitelikte olması ve (3) bu durumun tüketici zararına yol açabilecek olması.

<sup>31</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006. s.407-408.

- (67) Bu noktada, hakim durumdaki ilaç sağlayıcısına sözleşme yapma ödevi yüklenip yüklenemeyeceği, dosya konusu eylem bakımından ve yukarıda sıralanan üç şart dikkate alınarak teorik çerçevede değerlendirilmiştir.

#### I.4.2.2.1. Vazgeçilmezlik Şartı

- (68) Literatürdeki zorunlu unsur doktrini ile yukarıda sözü edilen “vazgeçilmezlik” şartı büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. Zira zorunlu unsur doktrini, AB mevzuatı çerçevesinde, hangi durumlarda hâkim durumdaki teşebbüse sözleşme yapma zorunluluğu getirilebileceğinin belirlenmesinde kullanışlı bir şablon sunmaktadır<sup>32</sup>. Zorunlu unsur doktrini de vazgeçilmezlik şartını temel olarak rakiplerin dışlanmasını içeren bir zarar teorisine oturtmaktadır.
- (69) Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sağlanan ürün veya hizmet “girdi” olarak üretime sokulduğu ve bu sayede katma değer oluşturularak yeni ve rekabetçi bir nihai ürüne dönüştüğü ölçüde zorunlu unsur olarak değer kazanmaktadır. Dolayısıyla anılan doktrin, zorunlu unsurun bir girdi olarak kullanılacağını, böylece katma değer sağlanarak farklılaştırılmış bir ürün sunulacağını, bunun ise rekabeti artıracığını varsaymaktadır. Ancak, alt pazardaki müşterilerin hâkim durumdaki teşebbüsün ürünlerini yalnızca dağıtmaları veya yeniden satışa konu etmeleri halinde sözü edilen katma değerden ve farklılaştırılmış ürünler yoluyla rekabet artışından bahsetmek mümkün değildir<sup>33</sup>. Keza Lang, üst pazardan tedarik edilen ürünün salt yeniden satışının veya dağıtımının söz konusu olduğu hallerde, ortada korunmaya değer bir rekabetin olmadığı altını çizmiş, alt pazardaki faaliyetlerin katma değerli hizmet içeren gerçek bir piyasa oluşturması gerekliliğinin zorunlu unsur doktrininin bir şartı olduğunu belirtmiştir<sup>34</sup>. Kılavuz’un 42. paragrafında, hâkim durumdaki teşebbüsün rekabet içinde olmadığı müşterisine yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışının rekabeti kısıtlayıcı nitelikte kabul edilebilmesi için “...sözleşme yapma talebine konu olan unsurun mal veya hizmet üretiminde girdi olarak...” kullanılmasının gerektiği ifade edilmiştir.
- (70) Bu noktada, herhangi bir ilaç sağlayıcısının ürünlerinin ecza depolarının faaliyetleri bakımından vazgeçilmez nitelikte olup olmadığı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi ecza depolarının faaliyetleri, ürünlerin ilaç sağlayıcısı teşebbüslerden alınması, belirli koşullarda saklanması ve eczanelere/hastanelere dağıtılmasından ibarettir. Beşeri ilaç statüsündeki ürünlerin fiyatlandırılmasına dair kararların kamu otoritelerinin düzenlemeleri çerçevesinde şekilleniyor olması nedeniyle, ecza depolarının aralarındaki rekabet, büyük ölçüde eczanelere/hastanelere sunulan hizmet alanındadır.
- (71) Sözü edilen faaliyetleri dikkate alındığında, ecza depolarının beşeri ilaçları herhangi bir üretim sürecinde kullanmadığı, dolayısıyla katma değer yaratan herhangi bir etki ortaya çıkarmadığı, bu nedenle beşeri ilaçların -eczade depolarının yeniden satış faaliyetleri bakımından- zorunlu unsur doktrininin “katma değer yaratan girdi” olma koşulunu sağlamadığı değerlendirilmektedir<sup>35</sup>. Bu çerçevede, katma değer yaratarak

<sup>32</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.407-408.

<sup>33</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.467-468.

<sup>34</sup> Lang, J. Temple 2000, *The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law - The Position Since Bronner*, 1 *Journal of Network Industries*, s.395, 397.

<sup>35</sup> Eczade depolarının yeniden satış faaliyetlerinin, katma değer yaratan girdi olma koşulunu sağlamaması durumu, beşeri ilaç piyasası haricindeki sektörlerle ilgili Kurul kararlarına da yansıyan bir değerlendirmedir. Bu kararlara; 23.02.2017 tarih 17-08/99-42 sayılı, 18.3.2010 tarih ve 10-24/330-118

rekabeti artıran bir nitelik arz etmemesi nedeniyle, sağlayıcı ilaç firmalarının ürünlerinin ecza depolarının yeniden satış faaliyetleri için vazgeçilmez nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.

- (72) Teorik olarak vazgeçilmez olmadığı değerlendirilen ürünlerin ilgili mevzuat çerçevesinde de ecza depoculuğu faaliyetleri bakımından vazgeçilmez olmadığı gösterilmesi mümkündür.
- (73) Ecza Depoları Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, ecza depolarının faaliyetlerinin sınırı ile ilgili olarak, *"Ecza deposunda, sadece bu Yönetmelik kapsamındaki madde ve ürünlerin toptan alımı ve satımı yapılır. Ecza deposunda dağıtım haricinde bir faaliyette bulunulması yasaktır."* düzenlemesine yer verilmiştir. Aynı Yönetmelik'in 12. maddesine göre ise; *"Bakanlıkça belirlenen veya belirlenecek olan listede yer alan ve bulundurulması halk sağlığı için hayati önemi haiz olan ürünlerin üretimlerine veya ithaline devam edildiği müddetçe, buldukları ildeki en az beş eczaneye yetecek miktarda ecza depolarında stok yapılması ve talep edilen yerlere uygun şartlarda ve en kısa sürede ulaştırılması için her türlü tedbirin depolarca alınması mecburîdir."*
- (74) Buna göre ecza depolarının Türkiye'de ruhsatlandırılan tüm ilaçları bulundurmasını ve dağıtmasını zorunlu kılan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yalnızca söz konusu Yönetmelik'in 12. maddesi uyarınca TİTCK tarafından "Eczanelerde Bulundurulması Zorunlu İlaçlar ile Tıbbi Malzemeler" listesi ilan edilmektedir. Ecza depolarının mecburi hizmet yükümlülüğü, TİTCK tarafından belirlenen listedeki ürünlerin en az beş eczaneye yetecek miktarda bulundurulmasından ibarettir. TİTCK'nın en son 08.11.2018 tarihinde yayınladığı listede 25 kalem ilaç ve tıbbi malzeme bulunmaktadır<sup>36</sup>. Bu ürünler haricindeki ürünlerin ecza depolarının faaliyetleri bakımından vazgeçilmez olduğunu ileri sürmek, ilgili mevzuat göz önünde bulundurulduğunda, mümkün görünmemektedir.

#### **I.4.2.2.2. Alt Pazardaki Etkin Rekabetin Ortadan Kalkması İhtimali**

- (75) Hâkim durumdaki firma ile distribütörleri veya yeniden satıcıları arasında korumaya değer anlamlı bir rekabet bulunmuyorsa, rekabet hukuku altında sözleşme yapmanın reddinden kaynaklı bir zararın da söz konusu olmadığı kabul edilebilecektir<sup>37</sup>. İlaç sağlayıcısı teşebbüslerin alt pazar niteliğindeki ecza depoculuğu pazarında faaliyet göstermedikleri sürece ortada korunmaya değer bir rekabet bulunmadığı değerlendirilmektedir. Bir başka ifadeyle, alt pazarda rakip olmayan ecza deposuna mal vermeme fiili, eninde sonunda rakibe yönelik bir pazar kapama etkisi göstermediği sürece, kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyecektir. Burada önemli olan iki husustan ilki, ecza depolarının zaten ilaç sağlayıcıları ile rakip olmaması, ikincisi ise ilaç sağlayıcısının depoya mal vermemesi nedeniyle, rakip niteliğindeki bir ilaç sağlayıcısının olumsuz etkilenmemesidir. Bu hususlar dışındaki bir gerekçeyle mal temininde sıkıntı yaşayan bir ecza deposu için ortaya çıkabilecek dezavantajdan, ilaç sağlayıcısının rekabet kuralları kapsamında sorumlu tutulması yerinde değildir.

#### **I.4.2.2.3. Tüketici Zararına Yol Açma İhtimali**

- (76) Hakim durumdaki teşebbüs, dikey bütünleşik olarak alt pazarda da faaliyet göstermiyorsa kendi menfaati için rakiplere pazarı kapatmasından

sayılı, 8.4.2010 tarih ve 10-29/446-169 sayılı, 2.9.2010 tarih ve 10-57/1155-439 sayılı Kurul kararları örnek gösterilebilir.

<sup>36</sup><https://titck.gov.tr/storage/Archive/2018/announcement/1aa359b8-08a5-4239-b984-bac9627e55e8.pdf>

<sup>37</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.467-468



bahsedilemeyecektir. Böyle bir durumda tek bir tedarik ilişkisinin sona erdirilmiş olmasının doğrudan tüketici zararı ile sonuçlanacağını ileri sürmek de mümkün değildir<sup>38</sup>. Ancak dosya konusu eylemde olduğu gibi ilaç sağlayıcısı teşebbüsün çalıştığı ecza depolarından birine mal tedarik etmeyi bırakmasının tüketicilere yönelik potansiyel etkiler açısından değerlendirmeye alınmasında fayda bulunmaktadır.

- (77) Tüketici zararı; fiyat artışı, ürün kalitesindeki ve yenilik düzeyindeki düşüşler, mal ve hizmet çeşitliliğinde azalışlar şeklinde gerçekleşebilmektedir<sup>39</sup>. Beşeri ilaçlar söz konusu olduğunda, tüketiciler için önemli olan hususlar ürünlerin fiyatları, seçeneklerin yeterliliği/çokluğu, ürünlere erişimin kolay ve zamanında olmasıdır.
- (78) Beşeri ilaçların fiyatları kamu otoritesince tespit edilmekte, ürünlerin tüketiciye ulaşıncaya kadar geçtiği her aşamadaki kar marjları da yine kamu tarafından belirlenmektedir. Yasal düzenlemelerle belirlenen kar marjları haricinde, ilaç sağlayıcılarının ecza depolarına yansıttığı bazı indirim veya avantajlar bulunuyorsa da bunların tüketicilere genellikle yansımadağı bilinen bir husustur. Bir başka ifadeyle; ilaç sağlayıcıları tarafından sunulan mal fazlası, indirim, vade vb. avantajlar zaten tüketicilere yansımamaktadır. Dolayısıyla, mevcut işleyiş dikkate alındığında dağıtım içinde küçük bir paya sahip olan tek bir ecza deposunun ürün tedarik edememesinin, beşeri ilaçların perakende fiyatlarına yönelik etkiler nedeniyle, tüketicilere zarar olarak etki etmesi mümkün görünmemektedir.
- (79) Ürün çeşitliliği ve seçeneklerin yeterliliği ise daha ziyade ilaç sağlayıcısı teşebbüsler arasındaki rekabet ile etkilenen hususlardır. Bir ecza deposuna mal tedarik edilmeyişi tüketicilerin kullanımına sunulan ürün portföyünde değişikliklere yol açacak bir husus değildir. Bir ecza deposuna mal tedarik edilmeyişinin tüketicilerin ilaca erişiminde herhangi bir zorluk çıkarıp çıkarmayacağına yönelik olarak piyasa verileri doğrultusunda yapılan değerlendirmelere ise sonraki bölümde yer verilmektedir.
- (80) Bu noktaya kadar teori ve mevzuat çerçevesinde yapılan değerlendirmeler doğrultusunda; ALLERGAN'ın ULUSAL'a mal tedarik etmeyi bırakmasının "kötüye kullanma niteliğinde bir mal vermenin reddi davranışı" olarak kabul edilebilmesini gerektirecek teorik çerçeveye uymadığı değerlendirilmektedir. Nitekim dosya konusu eylemin, hakim durumdaki teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesini gerektirecek üç şartı da karşılamadığı görülmektedir.
- (81) ALLERGAN'ın ULUSAL'a mal tedarik etmeyi bırakmasının kötüye kullanma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine dair yukarıda yer verilen teorik değerlendirmeler konu hakkında kesin bir kanaat oluşturulması için yeterli olmakla birlikte, faydalı olabileceği öngörülerek piyasa verileri çerçevesinde de konu değerlendirmeye alınmış ve hakim durumdaki teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesini gerektirecek üç şart aşağıda piyasa verileri çerçevesinde ele alınmıştır.

#### **1.4.2.3. Dosya Konusu Uygulamanın Piyasa Verileri Çerçevesinde Değerlendirilmesi**

- (82) ULUSAL, kendisi tarafından da ifade edildiği gibi, ecza depoculuğu yapmak üzere Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırılmış ve ilgili coğrafi pazarda beşeri ilaç statüsündeki tüm ürünleri dağıtabilecek yeterliliğe sahip olduğu tescil edilmiş bir teşebbüstür<sup>40</sup>. Önceki bölümlerde değinildiği üzere Ecza Depoları Yönetmeliği'nin

<sup>38</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.464.

<sup>39</sup> Kılavuz, para. 25.

<sup>40</sup> Söz konusu teşebbüsün Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırılmış ecza depoları arasında olduğu TİTCK'nın ilgili listesinden teyit edilebilmektedir. <https://ebs.titck.gov.tr/Ecza/DepoBilgi/RuhsatliDepolar>

ikinci maddesinde beşeri ilaçların da dahil olduğu bir dizi tıbbi ürün çeşidi, ecza depolarının toptan ticaretini yapabileceği ürünler arasında sayılmaktadır. ULUSAL'ın, tüm bu ürünler içinde plastik ve estetik cerrahi dalına yönelik belirli bir ürün kategorisinin dağıtımını tercih ediyor olması, ecza depoculuğu faaliyetinin gerçekleştirilebileceği ürün kapsamını değiştirmemektedir. Dağıtım yapılan kanala göre Türkiye beşeri ilaç piyasasının büyüklüğü aşağıdaki tabloda sunulmaktadır<sup>41</sup>.

Tablo 3- Depocuya Satış Fiyatları Bazında Türkiye Beşeri İlaç Pazarının Büyüklüğü (TL)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Serbest Eczane	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Hastane	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
TOPLAM	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: IQVIA

- (83) Tabloya göre, ecza depolarının dağıtım faaliyetlerine konu olabilecek ürünlerin değer karşılığı 2012 yılı için (.....) TL'nin üzerindedir. Her ne kadar tabloda yer almasa da söz konusu değer 2011 yılı için (.....) TL'den büyük olduğunu ifade etmek mümkündür<sup>42</sup>. ALLERGAN'ın ecza depolarına yaptığı Botox satışlarının 2010-2012 dönemindeki yıllara dağılımı ise aşağıdaki tabloda sunulmaktadır.

Tablo 4- ALLERGAN Tarafından Ecza Depolarına Yapılan Satışların TL Bazında Toplamı

	2010	2011	2012
Ecza Depolarına Botox Satışları	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: ALLERGAN tarafından sunulan bilgiler

- (84) Bir önceki tablo ile yukarıdaki tablo birlikte değerlendirildiğinde, ALLERGAN tarafından ecza depolarına yapılan Botox satışları toplamının ecza depolarına yönelik tüm beşeri ilaç satışlarına oranının, ULUSAL'ın tam olarak faaliyette olduğu 2011 ve 2012 yıllarında, (.....) dahi geçemediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, Botox, ecza depoculuğu faaliyetlerine konu olabilecek ürün portföyü içinde çok küçük bir yer teşkil etmekte olup tüm beşeri ilaç ürünleri içinde Botox'un tek başına ecza depoculuğu faaliyeti için vazgeçilmez olduğunu ileri sürmenin mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.
- (85) Konu botulinum toksin içeren ürünler özelinde incelendiğinde de Botox'un, ULUSAL'ın faaliyetleri bakımından elzem olmadığı kendi satış verilerinden dahi açıkça görülmektedir. Aşağıdaki tabloya göre, ULUSAL'ın, Botox satışı yapabildiği 2010-2012 döneminde, Botox'un muadili olan Dysport satışlarından daha fazla gelir elde ettiği anlaşılmaktadır.

Tablo 5- ULUSAL'ın Satış Verileri (TL)

Yıl	BOTOX	JUVEDERM	SURGIDERM	DYSPORT	PRINCESS ve SAYPHA (JUVEDERM Muadili)	TOPLAM
2010	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2011	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2012	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: ULUSAL tarafından sunulan bilgiler

<sup>41</sup> Tablodaki veriler depocuya satış fiyatları (sağlayıcı fiyatları) üzerinden hesaplanan büyüklükleri göstermektedir.

<sup>42</sup> Rekabet Kurumu İlaç Sektör Raporu'nda sunulan verilere göre, 2011 yılında Türkiye beşeri ilaç pazarının büyüklüğü perakende satış fiyatları bazında 16 milyar TL'nin üzerindedir (İlaç Sektör Raporu 2013, Syf. 61.) <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/8-rekabet-kurumu-ilac-s>

- (86) Diğer taraftan, Ecza Depoları Yönetmeliği'nin 12. maddesi uyarınca TİTCK tarafından ilan edilerek "Eczanelerde Bulundurulması Zorunlu İlaçlar ile Tıbbi Malzemeler" listesinde sayılan 25 ürün arasında Botox bulunmamaktadır. Dolayısıyla ecza depoculuğu faaliyetleri bakımından Botox'un vazgeçilmez olduğunu ileri sürmek ilgili mevzuat uyarınca da mümkün görünmemektedir.
- (87) ALLERGAN'ın ULUSAL'a mal vermemesinin marka içi ve markalar arası rekabet açısından herhangi bir olumsuz etkiye yol açıp açamayacağı değerlendirildiğinde; markalar arası rekabetin herhangi bir şekilde olumsuz etkilenmeyeceği açıkça anlaşılmaktadır. Zira ALLERGAN tarafından ULUSAL'a Botox temin edilmemesi sonucunda, Botox'a rakip ürünlerin pazara erişiminde herhangi bir engel ortaya çıkması söz konusu değildir. ULUSAL'ın Botox satışı yaparken Dysport satışı da yapabildiği, Botox satışı yapan ecza depolarının Dysport satışı yapmalarının önünde herhangi bir engel olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, botulinum toksin içeren rakip ürünlerin dağıtımını yapabilecek nitelikte olan ULUSAL'dan başka daha birçok ecza deposunun varlığı rakip ürünlere pazarın kapanması riskini ortadan kaldırmaktadır.
- (88) ULUSAL'ın ALLERGAN'dan Botox tedarik edememesinin, marka içi rekabete etki edip etmediği incelendiğinde; ULUSAL'ın Botox dağıtımındaki payının -en yüksek düzeye ulaştığı 2011 yılında dahi- tutar bazında %(.....), kutu bazında %(.....) oranında kaldığı, dolayısıyla, Botox'un dağıtımını ile iştirak eden ecza depoları arasında ULUSAL'ın dağıtım payının alt pazar niteliğindeki ecza depoculuğu pazarındaki rekabeti etkileyecek boyutta olmadığı anlaşılmaktadır.
- (89) 2010-2012 dönemindeki her bir yılda Botox dağıtımını yapan ecza depolarının listelendiği aşağıdaki tablodan da ULUSAL'ın Botox dağıtan diğer ecza depoları üzerindeki rekabetçi baskısının çok sınırlı kalacağı görülmektedir. ULUSAL'ın Botox dağıtımından aldığı payın en yüksek olduğu 2011 yılında dahi 45 depo arasında (.....) sırayı alabildiği tespit edilmiştir.

Tablo 6- 2011 Yılı Sıralamasına Göre Ecza Depolarının Miktar ve Tutar Bazındaki Botox Alımları

Sıra	Depo Adı	2010		2011		2012	
		Miktar	Tutar (TL)	Miktar	Tutar (TL)	Miktar	Tutar (TL)
1	Hedef	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2	Benzol	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
3	Çam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
4	Selçuk	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
5	Kızılay	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
6	Melis	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
7	As	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
8	Farmalojistik	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
9	İstanbul Ecza Koop.	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
10	Yıldız	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
11	Nevzat	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
12	Dilek	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
13	Galenos	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
14	İpek	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
15	Çakmak	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
16	Prestij	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
17	ULUSAL	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
18	Yaset	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
19	Anadolumed	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
20	Dekim	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Tablo 6'nın devamı							
21	Avrasya	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
22	Yusufpaşa	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
23	Simge	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
24	Boğaziçi	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
25	Aydoğan	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
26	İst.Galenos	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
27	Akgün	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
28	Denge	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
29	Lokman	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
30	Deniz	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
31	İrem	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
32	Özsel	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
33	Kerem			(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
34	Bedirhanoğlu	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
35	Beşer	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
36	Çınar	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
37	Asya	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
38	Medifar	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
39	Birlik	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
40	Gül	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
41	Boyut	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
42	Evren			(.....)	(.....)		
43	Dempa			(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
44	Yeni Dicle	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
45	Afyon			(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
46	Aksel					(.....)	(.....)
47	Edak					(.....)	(.....)
48	Gürcan					(.....)	(.....)
49	İmir					(.....)	(.....)
50	Marmara	(.....)	(.....)				
51	Seeay					(.....)	(.....)
52	Yeni Ecza					(.....)	(.....)
TOPLAM		(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kaynak: ALLERGAN'dan alınan veriler							

Tablo 7- 2011 Yılı Sıralamasına Göre Ecza Depolarının Miktar ve Tutar Bazındaki Botox Alımları (%)

Sıra	Müşteri Adı	2010		2011		2012	
		Miktar PP	Tutar PP	Miktar PP	Tutar PP	Miktar PP	Tutar PP
1	Hedef	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2	Benzol	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
3	Çam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
4	Selçuk	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
5	Kızılay	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
6	Melis	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
7	As	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
8	Farmalojistik	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
9	İstanbul Ecza Koop.	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
10	Yıldız	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
11	Nevzat	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Tablo 7'nin devamı							
12	Dilek	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
13	Galenos	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
14	İpek	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
15	Çakmak	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
16	Prestij	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
17	ULUSAL	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
18	Yaset	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
19	Anadolumed	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
20	Dekim	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
21	Avrasya	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
22	Yusufpaşa	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
23	Simge	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
24	Boğaziçi	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
25	Aydoğan	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
26	İst.Galenos	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
27	Akgün	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
28	Denge	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
29	Lokman	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
30	Deniz	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
31	İrem	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
32	Özsel	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
33	Kerem			(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
34	Bedirhanoglu	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
35	Beşer	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
36	Çınar	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
37	Asya	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
38	Medifar	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
39	Birlik	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
40	Gül	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
41	Boyut	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
42	Evren			(.....)	(.....)		
43	Dempa			(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
44	Yeni Dicle	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
45	Afyon			(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
46	Aksel					(.....)	(.....)
47	Edak					(.....)	(.....)
48	Gürcan					(.....)	(.....)
49	İmir					(.....)	(.....)
50	Marmara	(.....)	(.....)				
51	Seeay					(.....)	(.....)
52	Yeni Ecza					(.....)	(.....)
TOPLAM		100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Kaynak: ALLERGAN'dan alınan veriler							

- (90) Bir önceki bölümde tüketici zararının; fiyat artışı, ürün kalitesindeki ve yenilik düzeyindeki düşüşler, mal ve hizmet çeşitliliğinde azalışlar şeklinde gerçekleşebileceği ifade edilmiştir.
- (91) Tüketici zararının fiyat artışı şeklinde ortaya çıkıp çıkmayacağı incelendiğinde botulinum toksin içeren ürünler bakımından iki kategori ortaya çıkmaktadır. Bu kategorik ayırım, botulinum toksin ürünlerinin kullanım alanlarına göre geri ödeme

kapsamında olup olmamasına göre belirlenebilecektir. Botulinum toksin içeren ürünlerin kullanım alanları dikkate alındığında; göz ve kaş çevresi ile alındaki çizgilerin geçici olarak giderilmesi için estetik tedavi amacıyla kullanıldığı durumlar dışındaki kullanım amaçlarının geri ödeme kapsamında olduğu<sup>43</sup>, dolayısıyla söz konusu uygulamalar bakımından kamu otoritesi tarafından belirlenen depocu kar marjının aşamayacağı anlaşılmaktadır. Zira geri ödemeye tabi ilaçların SGK tarafından ödenecek bedelleri, çeşitli kamu iskontoları uygulandıktan sonra ortaya çıkmakta, üzerine iskonto uygulanacak fiyatlar ise ilgili mevzuattaki kar marjları dikkate alınarak hesaplanmaktadır.

- (92) Söz konusu ürünlerin geri ödeme kapsamında olmayan estetik amaçlı kullanım alanları dikkate alındığında ise, ULUSAL'ın (.....) geçmeyen Botox dağıtım payı ile rakip ecza depoları üzerinde fiyat rekabeti oluşturacak güçte olmadığı anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle, geri ödeme kapsamında olmayan estetik tedavi amaçlı kullanımlar için ULUSAL'ın Botox tedarik edememesinden kaynaklanabilecek fiyat rekabetindeki azalma, anılan ecza deposunun dağıtım payı dikkate alındığında ihmal edilebilir düzeyde kalacaktır. Ayrıca bu noktada belirtmek gerekir ki, ALLERGAN'ın tek bir depo ile dağıtımda bulunduğu dair iddianın da ilgili piyasa verileri doğrultusunda asılsız olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla estetik tedavi amaçlı Botox kullanımına yönelik fiyatlandırma davranışları bakımından da tüketici zararının ortaya çıkmayacağı değerlendirilmektedir.
- (93) Botox'un dağıtımından aldığı küçük pay oranı dikkate alındığında, tek bir deponun Botox tedarik edemiyor olmasının tüketicilerin ürünlere erişiminde ve erişilen ürünlerin çeşitliliğinde tüketici zararına sonuçlar ortaya çıkarmayacağı açıktır.
- (94) Tüm bu bilgi, tespit ve incelemeler doğrultusunda;
- Ecza depolarının -aynı zamanda da ULUSAL'ın- faaliyetleri içinde Botox'un yalnızca yeniden satış-dağıtım işlemlerine konu olduğu, tedarik edilen botulinum toksin ürünlerinin kayda değer bir katma değer sağlayacak şekilde ecza depolarınca bir üretim sürecine dahil edilmediği, dolayısıyla ecza depoculuğu faaliyetleri bakımından Botox'un vazgeçilmez bir ürün niteliğinde olmadığı, bu durumun ULUSAL için de geçerli olduğu,
  - ULUSAL'ın Botox dağıtımını yaptığı yıllarda kendisinden başka onlarca ecza deposunun Botox dağıtımını yapmakta olduğu, ULUSAL'ın Botox dağıtımından aldığı payın hiçbir yılda (.....) seviyesini geçemediği, bu nedenle ULUSAL'ın Botox dağıtım faaliyetleri bakımından gücünün diğer ecza depoları üzerinde rekabetçi baskı kurabilecek boyutta olmadığı,
  - Botox'un geri ödeme kapsamındaki kullanım amaçları bakımından herhangi bir tüketici zararı ortaya çıkmasının beklenemeyeceği, hem ilgili ürünlerin dağıtımını yapan çok sayıda ecza deposu bulunması hem de tüketicinin erişebileceği ürün çeşitliliğinin etkilenmeyeceği dikkate alındığında geri ödeme kapsamında olmayan kullanım amaçları bakımından da tüketici zararından bahsedilemeyeceği,
  - Küçük ölçekli bir ecza deposunun beşeri ilaç statüsündeki Botox ürününü dağıtımlarını yapmamasının tüketicilerin karşı karşıya olduğu fiyat ve hizmet düzeyine herhangi bir etkisinin olmayacağı, bu çerçevede piyasadaki rekabet ve tüketiciler bakımından rasyonel bir zarar teorisi oluşturmasının mümkün bulunmadığı

<sup>43</sup> 21.04.2022 tarihli değişiklik tebliği işlenmiş güncel 2013 Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği. [https://www.teb.org.tr/versions\\_latest/700/sut\\_20190904](https://www.teb.org.tr/versions_latest/700/sut_20190904)

anlaşılmakta olup ALLERGAN tarafından ULUSAL'a Botox tedarik edilmemesinin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

### **I.4.3. Danıştay'ın İptal Gerekçesine Konu Olan Hususlar Hakkında Değerlendirme**

#### **I.4.3.1. Taraflar Arasında Süregelen Bir Ticari İlişki Mevcutken Mal Verilmemesinin Haklı Bir Gerekçeye Dayanıp Dayanmadığı Hususu**

- (95) Yukarıda ayrıntılarıyla değinildiği üzere, mal vermeme davranışının Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlal anlamına gelebilecek bir kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmesi, üç şartın birlikte varlığı halinde mümkündür. Haklı gerekçe ancak bu üç şartın sağlanması halinde aranacak bir husustur. Ne var ki soruşturma konusu olan ALLERGAN'ın mal vermeme davranışı, kötüye kullanma davranışlarında aranan üç şartı da sağlamamaktadır. Dolayısıyla, dosya konusu davranışta haklı gerekçe aranmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

#### **I.4.3.2. Başka Alıcılara Sağlanan Tedarik Devam Ettiği Halde, Söz Konusu Eylemle Alıcılar Arasında Bir Ayrımcılık Yapılıp Yapılmadığı Hususu**

- (96) 4054 sayılı Kanun'un 6 maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde "eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması" olarak tanımlanan ayrımcılık, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden birisi olarak sayılmaktadır. Tanımdan hareketle Kanun kapsamında ayrımcılık ihlalinin tespiti için alıcıların "eşit durumda" olmaları ve bu alıcılara "aynı hak, edim ve yükümlülükler" için farklı şartların öne sürülmüş olması aranmaktadır.
- (97) Ancak ULUSAL tarafından ayrımcılık iddiası olarak ileri sürülen husus yine mal vermenin reddi durumudur. Başka bir ifadeyle, başvuru konusu davranış sadece mal vermenin reddi davranışını içermektedir. Esasen soruşturma kapsamında mal vermenin reddi iddiası değerlendirmeye alınarak ULUSAL açısından ayrımcılık iddiasından daha ciddi bir durum değerlendirmeye alınmış olmaktadır. Zira ayrımcılık söz konusu olduğunda, diğer depolardan farklı/dezavantajlı koşullarla da olsa ALLERGAN'dan mal temin edilebildiği anlamı çıkarılabilecektir. Ne var ki şikâyet konusu edilen husus, aynı edimler için farklı koşullar talep edilerek mal temin edilmesi değil, bizzat mal vermenin reddi iddiasıdır.
- (98) Diğer taraftan, ALLERGAN'ın ecza depoları arasında ayrımcılık yaptığı iddiası depolara uygulanan ortalama birim fiyata bağlı olarak ileri sürülüyorsa da piyasada gerçekleşen veriler bu savı desteklememektedir. ALLERGAN'ın ecza depolarına yaptığı satışların ortalama birim fiyatları yıllar itibarıyla karşılaştırıldığında ULUSAL özelinde ayrımcı bir fiyat uygulandığından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Hatta 2011 yılı dikkate alındığında ULUSAL'a yapılan satışların fiyat ortalamasının diğer ecza depolarına yapılan satışlar sonucunda ortaya çıkan fiyat ortalamalarının birçoğundan daha düşük olduğu açıkça görülmektedir.



## 22-41/594-248

Tablo 8-ALLERGAN Tarafından Ecza Depolarına Uygulanan Yıllık Ortalama Fiyatlar (TL)<sup>44</sup>

Depo Adı	2010	2011	2012
Hedef	(.....)	(.....)	(.....)
Benzol	(.....)	(.....)	(.....)
Çam	(.....)	(.....)	(.....)
Selçuk	(.....)	(.....)	(.....)
Kızılay	(.....)	(.....)	(.....)
Melis	(.....)	(.....)	(.....)
As	(.....)	(.....)	(.....)
Farmalojistik	(.....)	(.....)	(.....)
İstanbul Ecza Koop.	(.....)	(.....)	(.....)
Yıldız	(.....)	(.....)	(.....)
Nevzat	(.....)	(.....)	(.....)
Dilek	(.....)	(.....)	(.....)
Galenos	(.....)	(.....)	(.....)
İpek	(.....)	(.....)	(.....)
Çakmak	(.....)	(.....)	(.....)
Prestij	(.....)	(.....)	(.....)
ULUSAL	(.....)	(.....)	(.....)
Yaset	(.....)	(.....)	(.....)
Anadolumed	(.....)	(.....)	(.....)
Dekim	(.....)	(.....)	(.....)
Avrasya	(.....)	(.....)	(.....)
Yusufpaşa	(.....)	(.....)	(.....)
Simge	(.....)	(.....)	(.....)
Boğaziçi	(.....)	(.....)	(.....)
Aydoğan	(.....)	(.....)	(.....)
İst.Galenos	(.....)	(.....)	(.....)
Akgün	(.....)	(.....)	(.....)
Denge	(.....)	(.....)	(.....)
Lokman	(.....)	(.....)	(.....)
Deniz	(.....)	(.....)	(.....)
İrem	(.....)	(.....)	(.....)
Özsel	(.....)	(.....)	(.....)
Kerem	(.....)	(.....)	(.....)
Bedirhanoğlu	(.....)	(.....)	(.....)
Beşer	(.....)	(.....)	(.....)
Çınar	(.....)	(.....)	(.....)
Asya	(.....)	(.....)	(.....)
Medifar	(.....)	(.....)	(.....)
Birlik	(.....)	(.....)	(.....)
Gül	(.....)	(.....)	(.....)
Boyut	(.....)	(.....)	(.....)
Evren	(.....)	(.....)	(.....)
Dempa	(.....)	(.....)	(.....)
Yeni Dicle	(.....)	(.....)	(.....)
Afyon	(.....)	(.....)	(.....)
Aksel	(.....)	(.....)	(.....)
Edak	(.....)	(.....)	(.....)
Gürcan	(.....)	(.....)	(.....)
İmir	(.....)	(.....)	(.....)
Marmara	(.....)	(.....)	(.....)
Seeay	(.....)	(.....)	(.....)
Yeni Ecza	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: ALLERGAN'dan alınan veriler

<sup>44</sup>(.....)

#### **I.4.3.3. Dağıtımın Belirli Kanallar Üzerinden Yapılarak Fiyatın Belirli Bir Seviyede Tutulmasının Söz Konusu Olup Olmadığı Hususu**

- (99) Önceki bölümlerde ayrıntılarıyla değinildiği üzere, Botox'un geri ödeme kapsamında olan tedavi alanları bakımından fiyat düzeyinin belirli bir seviyede tutulabilmesi söz konusu değildir. Zira geri ödemeye tabi kullanım alanları bakımından Botox'tan her aşamada elde edilebilecek kar marjı kamu otoritesi tarafından tespit edilmiş durumdadır. Geri ödemeye tabi olmayan kullanım alanları bakımından ecza depolarının kar marjlarının farklılaşabilme ihtimali bulunuyor olsa da, bu ihtimalin ULUSAL'ın mal tedarik edememesi sonucunda artması beklenemeyecektir. Şikayet başvurusunun yapıldığı dönemde ortaya çıkan piyasa verileri dikkate alındığında, ULUSAL'dan başka, şikayet konusu dönemin her bir yılında ilgili pazarda Botox dağıtımını yapan 40'tan fazla deponun bulunduğu görülmektedir. Bu durum dağıtımın belirli kanallar üzerinden yapıldığı iddiasını temelsiz bırakmaktadır. Diğer taraftan, geri ödeme kapsamında olmayan kullanımlar açısından da TİTCK tarafından Botox için her dağıtım aşaması için belirlenen kar marjları ve fiyat düzeyleri, kamuya ve ilgili her teşebbüsün erişimine açıktır. Bu durum, Botox fiyatının belirli bir seviyenin üstünde tutulması ihtimalini kaldırmaktadır.
- (100) Bu değerlendirmelerin yanı sıra belirtmek gerekir ki; ALLERGAN'ın ecza depolarına satış fiyatı her halde TİTCK tarafından belirlenen fiyat düzeyine tabidir. Botox dağıtımını yapan ecza depolarının sayısındaki azalma ALLERGAN'ın Botox satışlarından elde edeceği geliri pozitif yönde etkileyebilecek bir husus değildir. Nitekim yukarıda yer verilen tablodan açıkça görüldüğü üzere, ULUSAL'ın Botox tedarikinde sorun yaşamaya başladığı 2012 yılında ALLERGAN'ın ecza depolarına uyguladığı birim fiyat ortalaması bir önceki yıla göre düşmüş<sup>45</sup> ve ecza depoları arasında önemli farklar göstermemiştir.

#### **I.4.3.4. Botox Markalı Ürünün Davacının Ticari Faaliyetinde Önemli Bir Yere Sahip Bulunduğu, Alternatif Kaynaklardan Temininin Sınırlı Olduğu ve Tedarik Edilememesinin Davacının Rekabet Gücünü Önemli Ölçüde Azaltacağı Hususu**

- (101) Sınırlı kaynakların etkin dağılımı ve bunların en verimli şekilde kullanımını teminen çıkarılan 4054 sayılı Kanun, temel olarak teşebbüslerin değil rekabetin korunmasını amaç edinmektedir. Önceki bölümlerde ayrıntılı tespit ve değerlendirmelere yer verildiği üzere, ULUSAL, ecza depoculuğu yapmak üzere Sağlık Bakanlığı tarafından kendisine ruhsat verilmiş olan ve Türkiye beşeri ilaç piyasasındaki tüm ürünlerin dağıtımını yapma yeterliliğine sahip bir teşebbüstür. Ecza depoculuğu faaliyetleri bakımından ULUSAL'ın yalnızca belirli bir ürün grubunun dağıtımını tercih etmiş olması, tercih edilen ürün grubunu ecza depoculuğu faaliyetleri için vazgeçilmez hale getirmemektedir. Kaldı ki ULUSAL'ın ticari faaliyetleri içinde Botox'un, rakibi olan Dysport'a göre, çok daha küçük bir yer tuttuğu dosya kapsamındaki tespitler arasında yer almaktadır. ULUSAL tarafından Botox markasının ikamesi olan Dysport'a erişimde bir engelle karşılaşılmadığı ve Dysport'un ULUSAL'ın faaliyetleri arasında önemli bir yerinin bulunduğu daha önce yer verilen piyasa verilerinden görülmektedir.
- (102) Yine önceki bölümlerde değinildiği üzere, Ecza Depoları Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, ecza depolarının dağıtım yapabileceği yerler arasında diğer ecza depoları da sayılmıştır. ULUSAL'ın ALLERGAN'dan mal temin edememesi üzerine 2012 yılının Haziran ayında ALLERGAN'ın da yönlendirmesi ile başka bir ecza

<sup>45</sup> Söz konusu düşüşün önemli bir bölümü, TİTCK tarafından belirlenen depocuya satış fiyatının düşmesinden kaynaklanmaktadır.

deposundan distribütör satış fiyatı üzerinden mal temin edebildiği teşebbüs tarafından gönderilen faturadan anlaşılmaktadır.

- (103) Bu hususlar çerçevesinde, Botox markalı ürünün ULUSAL tarafından temin edilememesinin ilgili pazardaki rekabeti etkilemediği değerlendirilmektedir.

#### **I.4.3.5. Sözleşme Yapmayı Reddetme Davranışının, Hâkim Durumdaki Teşebbüsün Kendisiyle Rekabet İçerisinde Bulunmayan Teşebbüslere Yönelik De Olabileceği Hususu**

- (104) İlgili kılavuzda, sözleşme yapmayı reddetme davranışının hâkim durumdaki teşebbüsün kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan teşebbüslere yönelik de olabileceği ifade edilmekteyse de, bu reddetme davranışının ihlal olarak nitelendirilebilmesi için ortaya çıkan etkinin nihai olarak rakiplerin faaliyetlerini etkileyen bir zarar teorisine oturması gerektiği, hâkim durumdaki teşebbüsün rakibi olmayan müşterilerine yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışlarının nihai olarak hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerini dışlama etkisi gösterdiği takdirde ihlal olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir.

- (105) Rakibe yönelik bir piyasa kapama etkisinin ortaya çıkıp çıkmadığının tespiti için üç şartın varlığının arandığı önceki bölümlerde ayrıntılarıyla açıklanmıştır. Bu noktada önemli olan husus öncelikle mal vermeme davranışının rakibe piyasa kapama etkisini gösterme potansiyeli taşımasıdır. Alt veya üst pazardaki rakibe etki etme niteliğine sahip bir mal vermeme davranışının kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi ancak ve ancak bahse konu üç şartın da sağlanması ile mümkündür. Dosya konusu olayda, ALLERGAN tarafından ULUSAL'a Botox verilmemesi davranışının, sözü edilen üç koşulu da karşılamadığı teorik bilgiler, literatürdeki çalışmalar ve piyasa verileri doğrultusunda ortaya konmuştur.

#### **I.4.4. ALLERGAN'ın Savunması**

- (106) ALLERGAN'ın savunmasının özetine aşağıda başlıklar halinde yer verilmiştir.

##### Zamanaşımına ilişkin savunmasında;

- Rekabet Kurulunun para cezası verme yetkisine ilişkin zamanaşımı sürelerini düzenleyen 4054 sayılı Kanun'un 19. maddesinin yürürlükten kaldırıldığı, 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'ndaki ilgili düzenlemeye tabi hale geldiği, bu nedenle bu Kanunun 20. maddesi uyarınca soruşturmanın zamanaşımına uğradığı,
- 4054 sayılı Kanun ya da soruşturma zamanaşımının düzenlendiği 5326 sayılı Kabahatler Kanunu altında soruşturma zamanının durmasına veya kesilmesine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmediği,
- Zamanaşımının maddi hukuka ilişkin bir müessese olduğu, Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesi altında yer alan "kanunilik ilkesi" gereğince zamanaşımı ile ilgili hususların ancak ve ancak kanun hükümleri ile düzenlenebileceği, bu nedenle zamanaşımının durmasına veya kesilmesine ilişkin kanunen bir düzenleme bulunmuyor iken, zamanaşımına ilişkin hususların yorum veya ekleme yoluyla genişletilemeyeceği,
- Kurumun mahkeme kararı ertesinde aynı konuda yeni bir karar alınabileceği yönünde bir işlem tesis ettiği, Kurumun bu yaklaşımına Danıştay'ın "*Zamanaşımı süresi geçirilmeden verilmiş bir idarî yaptırım kararının, idarî yargı yerince aynı konuda yeniden işlem tesisini gerektirecek biçimde iptali üzerine verilen idarî*

*yaptırım kararlarında, zamanaşımı süresinin işletilmesi mümkün değildir.”* yönündeki kararlarını dayanak gösterildiği,

- Kurumun ilgili teşebbüse soruşturma açmadığı kararlar ile teşebbüs aleyhine soruşturma açtığı ve idari para cezası uyguladığı kararlar arasında ayırım gözetmesi gerektiği, ilk halde mahkeme tarafından soruşturma açılmaması yönündeki Kurul kararının bozulması üzerine Kurumca yeni soruşturma açılmasına karar verildiğinde bu karar tarihi itibarıyla zamanaşımı süresi dolmuş ise, Kabahatler Kanunu madde 20 uyarınca iddiaların zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle reddedilmesi gerektiği, ikinci halde -Kurumun teşebbüs aleyhine soruşturma açtığı/idari para cezası uyguladığı kararlarda- ise Danıştay içtihatları doğrultusunda (mahkemenin soruşturma açılmaması yönünde kararı bozması üzerine) Kurum tarafından soruşturma açılacağı, ALLERGAN hakkında verilen kararın birinci hal kapsamında olduğu ve iddiaların zamanaşımına uğradığı

ifade edilmiştir.

#### Soruşturma konusu ürün ve ürünün dağıtımı hakkında savunmasında;

- Botox ürününün, hem medikal kullanım alanı olan hem de ameliyatsız estetik müdahaleler alanında kullanılan bir ürün olduğu, Botox'un etkin maddesinin "botulinum toksin" olduğu, Türkiye'de Botox ürünüyle aynı etken maddeyi içeren Dysport isimli ürünün de Botox ürününün kullanım alanlarına benzer alanlarda kullanıldığı, 2013 Kararı uhdesinde Botox ve Dysport ürünlerinin ikame ve aynı pazarda kabul edildiği,
- Botox ürününe ilişkin satışların sadece ecza depoları aracılığıyla gerçekleştirildiği, ALLERGAN'ın depoculuk faaliyetinin bulunmadığı, Botox ürünün ithalatçısı olduğu, ürünün depolara satış ve dağıtımının 01.04.2010 tarihli 10 yıllık Lojistik Dağıtım Anlaşması çerçevesinde Abdi İbrahim tarafından gerçekleştirildiği, ecza depolarına ürünleri faturalandıranın Abdi İbrahim olduğu

ifade edilmiştir.

#### Mal vermenin reddi iddiasına ilişkin savunmada;

- ALLERGAN'ın pazarda hâkim durumda olup olmadığına ilişkin herhangi bir iddiaya soruşturma bildiriminde yer verilmediği, bu sebeple hâkim durumda kabul edildiği varsayımına dayalı olarak savunma yapıldığı,
- Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz (Kılavuz) uyarınca mal vermenin reddi için reddetmenin, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olması gerektiği,
- Ecza depolarının beşeri tıbbi ürünlerde değişiklik yapmasının yasak olduğu, bu nedenle Botox ürününün mal veya hizmet üretiminde girdi olarak kullanılmadığı,
- İki pazar arasındaki ilişkinin yalnızca yeniden satış-dağıtım ilişkisinden ibaret olduğu, tedarik edilen ilaçlara ecza depolarınca bu anlamda bir katma değer sağlanmadığı, Kurulun geçmiş kararlarında malı alıp tekrar (herhangi bir katma değer eklemeksizin) satmak isteyen yeniden satıcı söz konusu ise mal vermeyi reddetme eyleminin rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmediği,
- Botox'un vazgeçilmez bir ürün olarak kabul edilemeyecek olmasının yanı sıra, ULUSAL'ın Botox ürününe ihtiyaç duymadan önce 10 yıldır ecza depoculuğu faaliyetine devam ettiği, ULUSAL'ın 2010, 2011 ve 2012 satış verilerine bakıldığında satılan ana (birincil) botulinum toksin ürününün Botox değil de rakip ürün Dysport olduğu, rakip ürün Dysport satışlarının Botox satışlarının oldukça üzerinde olduğu,

- ULUSAL'ın Dysport satışlarından elde ettiği ciro; 2011 yılında (.....) TL iken, soruşturmaya konu dönemde (yani 2012 yılında) (.....)TL olduğu, bu hususun da Botox ürününün ULUSAL'ın faaliyetlerinin devamı için vazgeçilmez nitelikte olmadığı, hatta ULUSAL'ın botulinum toksin pazarındaki stratejisinin Botox ürünü değil de Dysport ürünü satışları üzerine kurulu olduğu,
- ULUSAL'ın 2011 yılındaki tüm satış cirosu içinde botulinum toksin ürünlerinin payı %(.....) iken, Botox ürününün payının yalnızca %(.....) olduğu, Botox ürününün alt pazarda rekabet edebilmek için nesnel olarak gerekli olmadığı,
- ULUSAL'ın gerçekten de botulinum toksin ürünlerini tedarik etme ihtiyacı olsa, bu ihtiyacını, soruşturmaya konu dönemde de tedarik ettiği üzere, Botox'un ikame ve rakip ürününü (yani Dysport) satan Ipsen firmasından karşılayabileceği veya başkaca ecza depolarından Botox ürününü satın alabileceği, sonuç olarak ALLERGAN'ın pazar payından bağımsız olarak, ULUSAL'ın temin edebileceği alternatif ürün ve kaynaklarının bulunduğu,
- Kılavuz uyarınca mal vermeyi reddetme davranışının, alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırma şartını taşıması gerektiği,
- ALLERGAN'ın ecza depoculuğu seviyesinde faaliyeti bulunmadığı, ULUSAL ile arasında alt pazarda (yani depoculuk alanında) herhangi bir rekabetten bahsedilemeyeceği ve dikey kapamaya neden olmayacağı,
- ALLERGAN'ın, ecza depolarına uyguladığı rekabet etmeme yükümlülüğü veya benzeri herhangi bir ticari şartının bulunmadığı, depoculuk alanındaki oyuncu sayısının düştüğü veya rakiplerin piyasaya girişinin engellendiği yönünde Dysport tarafından gelen bir şikâyetin de olmadığı, soruşturmada yatay kapamaya yol açabilecek herhangi bir halin bulunmadığı,
- Botox ürününün 2012 yılındaki tüm satışları içerisinde ULUSAL'ın payının yalnızca %(.....) olduğu, bu payın Botox satışları içerisinde (yani alt pazarda) kayda değer öneme sahip olmadığı, hatta tüm botulinum toksin ürünleri gözetildiğinde bu oranın çok daha az olacağı, bu durumun alt pazarda rekabeti sınırlayabilecek bir etki yaratmayacağı,
- ULUSAL'ın Dysport satışlarından elde ettiği cirosu 2011 yılında (.....)TL iken, soruşturmaya konu dönemde (yani 2012 yılında) (.....)TL olduğu, Botox ürününün tedarik edilememesinin ULUSAL'ın ticari faaliyetlerine engel olmadığı,
- ULUSAL'ın 2010 botulinum toksin satışları içerisindeki Dysport payının %(.....) üzerinde, 2011 yılında %(.....)'in üzerinde olduğu, ULUSAL tarafından satılan birincil botulinum toksin ürününün Botox değil Dysport olduğu, bundan hareketle ULUSAL'ın iddia edildiği üzere Botox ürününe erişememiş olmasının alt pazarda rekabeti herhangi bir şekilde olumsuz yönde etkilemeyeceği,
- Kılavuz uyarınca mal vermeyi reddetme davranışı kapsamında reddetmenin tüketici zararına yol açması gerektiği,
- ULUSAL'ın Botox ürünü satışları içerisindeki payının yalnızca %(.....) olduğu, Botox alımlarının %(.....)'ünün diğer ecza depoları aracılığıyla gerçekleştirildiği, bu oranın pazarın arz ve talep yapısına herhangi bir somut etkisi olmayacak düzeyde olduğu,
- İptal Kararı altında İdare Mahkemesince “dağıtımın belirli kanallar üzerinden yapılarak fiyatın belirli bir seviyede tutulmasının söz konusu olup olmadığı” hususunun Kurum tarafından incelenmesi gerektiğine yönelik; ilaç sektörünün oldukça regüle bir piyasa olduğu, sektördeki ilaç fiyatlarının, tedarikçilerin (üretici

veya ithalatçıların) tavan fiyatlarının, ecza depolarının ve eczanelerin maksimum kar marjlarının yetkili otoritelerce (Sağlık Bakanlığı tarafından) belirlendiği,

- Sonuç olarak mal vermeyi reddetmenin üçüncü koşulu olan “tüketici zararı”nın da işbu soruşturma kapsamında mevcut olmadığı

yönünde savunma yapılmıştır.

Haklı gerekçeye ilişkin savunmasında ALLERGAN tarafından;

- Mal vermeyi reddetme davranışının bir rekabet ihlali oluşturabilmesi için Kılavuz altında yer verilen üç şartın (vazgeçilmezlik, etkin rekabetin ortadan kalkması ve tüketici zararı) varlığının kümülatif bir şekilde sağlanmadığı,
- ULUSAL tarafından ALLERGAN’a gönderilen İzmir 6. Noterliği’nin 19.07.2012 tarihli ve 8046 yevmiye numaralı ihtarnamesinde yer alan mal vermeyi reddetme iddiasına yönelik ALLERGAN’ın, 06.08.2012 tarihinde Üsküdar 9. Noterliği’nden gönderdiği cevabi ihtarnamede, ecza depolarının tüm taleplerinin karşılanmadığının, ürün teminlerinin ihtarnamede belirtilen unsurlara göre şekillendiği bir durumda ticari açıdan objektif gerekçelerinin bulunduğu açıklandığı,
- İptal Kararı altında “alıcılar arasında ayrımcılık yapıp yapılmadığının” da Kurulca incelenmesi gerektiğinin belirtildiği, buna karşılık; ayrımcılık yapıldığı iddia edilen taraflar/alıcılar eşit durumda olmadığı için ayrımcılık ihlalinden bahsedilmesinin mümkün olmadığı

yönünde savunma yapılmıştır.

**J. SONUÇ**

- (107) Rekabet Kurulunun 28.10.2021 tarih ve 21-53/732-M sayılı kararı ile yürütülen soruşturma kapsamında düzenlenen Rapor'a ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre, Allergan İlaçları Tic. AŞ'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmediğine bu nedenle anılan teşebbüs hakkında idari para cezası verilmesine yer olmadığına gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir