

T.C.
ANKARA
13. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2021/778

KARAR NO : 2022/966

DAVACI : JOHNSON AND JOHNSON SIHHİ MALZEME SANAYİ VE TİCARET
LİMİTED ŞİRKETİ

VEKİLİ : AV. ŞAHİN ARDIYOK, AV. REŞİT GÜRPINAR
-UETS[16273-72443-48625]

DAVALI : REKABET KURUMU

VEKİLİ : AV.PELİN ERDOĞAN

DAVANIN ÖZETİ : Davacı şirket tarafından, sahibi olduğu 4 ilacın (Imbruvica, Zytiga, Stelera, Darzalex) dağıtımını için 9 ecza deposu ile nicel seçici dağıtıcı sistemi kurmak için imzalanması planlanan Beşeri İlaç Depo Satış Sözleşmesi'nin öncelikle grup muafiyetinden yararlandığının tespit edilmesi mümkün olmaması halinde ise sözleşmeye bireysel muafiyet tanınmasına yönelik 24/06/2019 tarihinde yapılan başvurunun; sözleşmeye konu ürünlerin pazar payları son üç yıl için ciro bazında %40 eşliğinin altında kalmakla birlikte sözleşmeye konu ürünler için getirilmek istenen seçici dağıtım sisteminin beşeri ilaç piyasası için geçerli olmadığı, sözleşme konusu ürünlere benzer çok sayıda ürün olduğu için dağıtıcı seçiminde dayanılan ölçütlerin söz konusu dört ürünün özelliği ile açıklanamayacağı, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4/b maddesine göre münhasırlık ve seçici dağıtım sistemi söz konusu olmadığı gerekçesiyle grup muafiyeti tespiti yapılamayacağı, imzalanması planlanan sözleşmenin 7.maddesi ile kurgulanan sistemin esasen seçici dağıtım sistemi olarak kabul edilemeyeceği, bu madde ile getirilen kısıtlamanın hizmet ettiği etkinlik artışı ve fayda olmadığı, yalnızca dağıtıcıların yeniden satışlarına zorunlu olandan daha kısıtlayıcı bir müdahale getirdiği gerekçesiyle bireysel muafiyet tanınmamasına yönelik **Rekabet Kurulu'nun 03/09/2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı kararının**; Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da açıkça belirtildiği üzere teşebbüsler tarafından öngörülen nicel veya nitel seçici dağıtım sistemlerine konu ürünlerin pazar payı % 40'ın altında yer alıyorsa muafiyet değerlendirmesi "ürünün niteliğine" bakılmaksızın yapılması gerektiği, dava konusu işlem ile başvuruya konu ürünlerin pazar payının %40'ın altında kaldığı tespit edildikten sonra başvuruya konu ürünlerin seçici dağıtım sistemine nitelik itibarıyla uyumları incelenmiş, akabinde ise ürünlerin niteliğinin seçici dağıtım sistemini gerektirmeyeceğinden bahisle başvuruya konu sözleşmeye muafiyet tanınmadığı, davalı idarenin mevzuatı ve kendi geçmiş içtihatları ile çeliştiği, davalı idareye sunulan veriler ile başvuruya konu sistemin uygulanması ile birlikte tüketici refahı bakımından herhangi bir azalmanın söz konusu olmayacağı, hatta eczanelerin eski düzene göre ilgili ürünlere daha hızlı ve efektif bir şekilde ulaşım sağlayacağı, başvuruya konu dağıtım sistemine izin verilmezse söz konusu 4 ürün bakımından ürün bulunabilirliğinin ciddi bir tehlike altında olduğu iddialarına hukuka aykırı olduğundan bahisle iptali istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz hükümleri uyarınca ürünün niteliğinin seçici dağıtım sistemi gerektirip gerektirmediği hususunu denetlemenin Kurul'un yetki ve görev alanında olduğu, başvuru konusu dört ürünün belirtilen özellikleri itibarıyla istisna teşkil etmediği, bunlara benzer nitelikte çok sayıda ürün bulunduğu, tabii olduğu dağıtıma ilişkin yasal düzenlemeler yönüyle de bu ilaçların piyasadaki diğer ürünlerden farklılaşmadığı salt paralel ihracatın önlenmesine yönelik neden ile ürünlerin seçici dağıtım sistemine konu edilmeleri makul olmadığı gibi paralel ihracatın önlenmesinde tek yolun seçici dağıtım sistemi olmadığı, ilaç piyasasında ürünleri nihai tüketicilere sunuların eczaneler olduğu 6197 sayılı Kanun ile eczacılık bir sağlık hizmeti olarak tanımlanmış ve eczane açmak için belirli şartlar getirilmiş olup tüketici sağlığını doğrudan etkileyen ilaçların, doğru bir şekilde, bu alanda yetkin

T.C.
ANKARA
13. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2021/778

KARAR NO : 2022/966

kişilerce temin edilmesi olduğu açık olduğundan aynı faydanın toptan seviyesinde uygulanacak bir seçici dağıtım sistemi ile elde edilip edilemeyeceği noktasında, ikna edici gerekçeler bulunmadığı gibi davacının bu yönde somut bir değerlendirme sunmadığı, seçici dağıtım sistemi genellikle otomobil, kozmetik ve dayanıklı tüketim malları gibi ürünler için uygulandığı, davacı tarafından belirlenen depo kriterlerini karşılayan başkaca depolar da bulunduğu, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nun "İlaçların Piyasada Bulunabilirliği Hakkındaki Genelge" ile ithal ürünlerin ülkemizde bulunurluğunun sağlanması açısından paralel ticaretin engellenmesine yönelik düzenleme yaptığı kaldı ki sözleşmenin 8.maddesi ile yurt dışına satışa yönelik yasak getirildiği gözetildiğinde sözleşmenin 7.maddesi ile getirilen sistem dışındaki depolara ilişkin satış yasağına dair düzenlemenin ilaçların Türkiye'de bulunurluğunun sağlanması için elzem olmadığı, tesis edilen işlemin hukuka uygun olduğu, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 13. İdare Mahkemesi'nce önceden belirlenen 25/04/2022 tarihinde yapılan duruşmaya davacı vekili Av. Reşit Gürpınar'ın ve Av.Hazar Başar'ın, davalı idare vekili Av. Pelin Erdoğan'ın geldiği görülerek, taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek duruşma gerçekleştirildikten sonra gereği görüldü:

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4.maddesinde "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.Bu haller, özellikle şunlardır: a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tesbit edilmesi, b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü, c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi, d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi, e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması, f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder. Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir." hükmüne, "Muafiyet" başlıklı **5.maddesinde** " (Değişik birinci fıkra:16/6/2020-7246/1 md.) Aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muafur: a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması, c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması, d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlandırılmaması. (Ek ikinci fıkra:16/6/2020-7246/1 md.) İlgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri, 4 üncü madde kapsamındaki

T.C.
ANKARA
13. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2021/778

KARAR NO : 2022/966

anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının muafiyet şartlarını taşıdığı Kurul tarafından tespit edilmesi amacıyla Kuruma başvuruda bulunabilir. (Değişik fıkra: 2/7/2005-5388/1 md.) Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir. Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir." hükmüne, "Muafiyet ve Menfi Tespit Kararlarının Geri Alınması" başlıklı **13.maddesinde** "Aşağıdaki hallerde muafiyet ve menfi tespit kararları geri alınabilir ya da tarafların belirli davranışları yasaklanabilir: a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, b) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi,c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması.Geri alma kararı (a) bendinde değişikliğin olduğu tarihten, diğer hallerde ise muafiyet veya menfi tespit kararının verildiği tarihten itibaren geçerlidir. (c) bendinde belirtilen yanlış ve eksikliğin ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleşmesi halinde karar hiç alınmamış sayılır." hükmüne yer verilmiştir.

2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin "Kapsam" başlıklı 2.maddesinde "Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar -dikey anlaşmalar- bu Tebliğde belirtilen koşulları taşıması kaydıyla, Kanunun 4 üncü maddesindeki yasaklamadan Kanunun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak grup olarak muaf tutulmuştur. (Değişik: 2021/4 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; **RG- 05.11.2021**, 31650) Bu Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %30'u aşmaması durumunda uygulanır. (Değişik: 2021/4 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; **RG- 05.11.2021**, 31650) Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda muafiyet, alıcının dikey anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %30'u aşmaması koşuluyla uygulanır." düzenlemesine,"**Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamalar**" başlıklı **4.maddesinde** "Aşağıda sayılan, rekabeti doğrudan veya dolaylı olarak engelleme amacı taşıyan sınırlamaları içeren dikey anlaşmalar bu Tebliğ ile tanınan **muafiyetten yararlanamaz**. a) Alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi. Şu kadar ki; taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür. b) Aşağıdaki haller dışında, alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi.

1) Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması,

2) Toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara yönelik satışlarının kısıtlanması,

3) Bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmalarının kısıtlanması,

4) Birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların sözkonusu olması halinde, alıcının bunları üretici konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının kısıtlanması.

c) Seçici dağıtım sisteminde, bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkı saklı kalmak kaydıyla, perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışların kısıtlanması.

d) Seçici dağıtım sisteminde, sistem üyelerinin kendi aralarındaki alım ve satımın engellenmesi.

T.C.
ANKARA
13. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2021/778

KARAR NO : 2022/966

e) Parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan malların söz konusu olması halinde, bu parçaları satan sağlayıcı ile birleştiren alıcı arasındaki anlaşmalarda, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya malların bakımı ya da onarımıyla alıcı tarafından yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satmasının yasaklanması" düzenlemesine yer verilmiştir.

Yukarıda hükümlerine yer verilen Tebliğ uyarınca yayımlanan **Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un** "Anlaşmaları Grup Muafiyeti Dışına Çıkaran Sınırlamalar" başlıklı 2.bölümünün "2.3 Seçici Dağıtım Sistemler" başlıklı maddesinde "(36) Tebliğ'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtildiği üzere, seçici dağıtım sistemi üyelerine son kullanıcılara yapılacak satışlar bakımından aktif veya pasif satış yasağı getirilememektedir. Sağlayıcı konumundaki teşebbüs belirli bir bölgede sınırlı sayıda alıcıya mal vereceğini belirtmek suretiyle münhasır bölgeler oluştursa dahi, alıcıların bölge dışındaki son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışlar engellenemez. Başka bir ifadeyle, seçici dağıtım sistemi üyesi alıcılar, internet kanalı da dâhil olmak üzere, diledikleri bölgedeki son kullanıcıya aktif veya pasif satış yapabilirler. Ancak, sistem üyesi bir alıcının faaliyetlerini sürdürdüğü satış noktasının yerini değiştirmesi veya yeni bir satış noktası açması sağlayıcı tarafından engellenebilir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, seçici dağıtım sisteminde, satış noktasının fiziki özellikleri dağıtım sisteminin başarısını etkileyen en önemli unsurdur. Ancak, sistem üyesi bir alıcının internet satışları için internet sitesi açması, yeni bir fiziki satış noktası açmak olarak kabul edilmeyecektir. Seçici dağıtım sistemini kısmen de olsa rekabete açan diğer düzenleme Tebliğ'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yapılmıştır. Buna göre, dağıtım sistemi olarak seçici dağıtım sistemini tercih eden teşebbüsler, sistem üyesi alıcılara tek elden satın alma yükümlülüğü getiremez. Başka bir ifadeyle, sistem üyelerinin ürünleri sağlayıcıdan alma zorunlulukları bulunmamaktadır; sistem üyelerinin, ürünleri diğer üye teşebbüslerden alabilmeleri engellenemez. " düzenlemesine "9.5.2.4. Seçici Dağıtım " başlıklı bölümünde " (170) Seçici dağıtım anlaşmaları, münhasır dağıtım anlaşmaları gibi bir yandan yetkili dağıtıcıların sayısını ve diğer yandan yeniden satış olanaklarını sınırlar. Münhasır dağıtım ile arasındaki fark, satıcıların sayısının sınırlandırılmasının bölge sayısına bağlı olmayıp ürünün niteliğine bağlı olarak belirlenen seçim kriterlerine bağlı olmasıdır. Bir diğer fark ise, yeniden satışa yönelik kısıtlamanın münhasır bölgelere aktif satışların kısıtlanması şeklinde değil de, yetkili olmayan dağıtıcılara her türlü satışın sınırlandırılması şeklinde olmasıdır. Diğer bir ifade ile bu anlaşma türünde yalnızca atanmış dağıtıcılara ve son müşterilere satış serbesttir. Seçici dağıtım hemen hemen her zaman markalı nihai ürünlerin dağıtımını için kullanılır. (171) Seçici dağıtım durumunda ortaya çıkması olası rekabet riskleri, marka içi rekabetin azalması ve özellikle birikimli etki durumunda belirli tipteki dağıtıcılara pazarın kapatılması ve sağlayıcılar ya da dağıtıcılar arasındaki rekabeti sınırlayıcı işbirliğine yardımcı olmasıdır. Rekabeti sınırlayıcı muhtemel etkilerinin değerlendirilmesinde nicel seçici dağıtım ile nitel seçici dağıtım arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Tam anlamıyla nitel seçici dağıtımda dağıtıcılar, satış personelinin eğitilmesi, verilen hizmet, belirli ürün yelpazesinin satılması gibi ürünün niteliği gereği objektif kriterlere dayalı olarak seçilir. Bu kriterlerin uygulanması dağıtıcıların sayısını doğrudan kısıtlamaz. Saf nitel seçici dağıtım genellikle aşağıdaki üç koşulu karşılaması halinde rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurmadığından Kanun'un 4. maddesinin kapsamı dışında kabul edilir. Bunlardan ilki, ilgili ürünün niteliği, kalitenin korunması ve uygun kullanımının temini için, bir seçici dağıtım sisteminin gerekli olması, diğer bir ifade ile ürünün niteliği gereği meşru bir gereklilik durumunun bulunması gerekir. İkincisi, yeniden dağıtıcılar kalite temelli objektif kriterlere göre seçilmelidir. Bu kriterler tüm potansiyel yeniden satıcılar için yeknesak bir şekilde ve ayrımcılıktan uzak olarak uygulanmalıdır. Üçüncüsü, uygulanan kriterler gerekli olandan daha fazla olmamalıdır. Nicel seçici dağıtım ise, örneğin asgari ya da azami satış miktarı şartı ya da satıcıların sayısının doğrudan tespit edilmesi gibi doğrudan satıcıların potansiyel sayısını sınırlayan ilave bir takım kriterlerin kullanıldığı bir sistemi ifade eder.

T.C.
ANKARA
13. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2021/778

KARAR NO : 2022/966

(172) Nitel ve nicel seçici dağıtım anlaşmaları %40 pazar payı eşiğine kadar, rekabet etmeme ya da münhasır dağıtım gibi bir takım ağır olmayan sınırlamalarla birleşmesi durumunda dahi, yetkili dağıtıcıların birbirleri arasındaki ve bunların son kullanıcılara yapacakları aktif satışların kısıtlanmaması kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabilir. Tebliğ ile ürünün niteliğine bakılmaksızın seçici dağıtım ağına muafiyet tanınır. Diğer taraftan ürünün niteliğinin seçici dağıtım gerektirmediği durumlarda seçici dağıtım sistemi marka içi rekabetteki azalmayı dengelemeye yetecek ölçüde etkinlik ortaya çıkarmaz. Seçici dağıtım anlaşmasının Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde muafiyetin geri alınması söz konusu olacaktır. Sağlayıcının pazar payının %40'ı aştığı veya paralel ağlardan kaynaklanan bir birikimli etkinin olduğu seçici dağıtım anlaşmalarında aşağıdaki hususlar yol gösterici olacaktır." düzenlemesine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirket tarafından, sahibi olduğu 4 ilacın (Imbruvica, Zytiga, Stelera, Darzalex) dağıtımını için 9 ecza deposu ile nicel seçici dağıtım sistemi kurmak için imzalanması planlanan Beşeri İlaç Depo Satış Sözleşmesi'nin öncelikle grup muafiyetinden yararlandığının tespit edilmesi mümkün olmaması halinde ise sözleşmeye bireysel muafiyet tanınmasına yönelik 24/06/2019 tarihinde yapılan başvurunun; sözleşmeye konu ürünlerin pazar payları son üç yıl için ciro bazında %40 eşiğinin altında kalmakla birlikte sözleşmeye konu ürünler için getirilmek istenen seçici dağıtım sisteminin beşeri ilaç piyasası için geçerli olmadığı, sözleşme konusu ürünlere benzer çok sayıda ürün olduğu için dağıtım seçiminde dayanan ölçütlerin söz konusu dört ürünün özelliği ile açıklanamayacağı, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4/b maddesine göre münhasırlık ve seçici dağıtım sistemi söz konusu olmadığı gerekçesiyle grup muafiyeti tespiti yapılamayacağı; imzalanması planlanan sözleşmenin 7.maddesi ile kurgulanan sistemin esasen seçici dağıtım sistemi olarak kabul edilemeyeceği, bu madde ile getirilen kısıtlamanın hizmet ettiği etkinlik artışı ve fayda olmadığı, yalnızca dağıtıcıların yeniden satışlarına zorunlu olandan daha kısıtlayıcı bir müdahale getirdiği gerekçesiyle bireysel muafiyet tanınmamasına yönelik Rekabet Kurulu'nun 03/09/2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı kararına karşı bakılan dava açılmıştır.

Davacı tarafından ecza depoları ile **imzalanması planlanan Sözleşme'nin hükümlerinin incelenmesinden, 1.4 maddesinde** "Piyasadaki ürün arzını tehlikeye sokmamak ve Türkiye'de hastaların ihtiyacı olduğunda ürünlere ulaşmasını temin etmek amacıyla aynı zamanda bir Acil Dağıtım Sistemi -ADS kurulacağı, deponun ADS'de yer almak istemesi halinde %5 oranında ek ürün temin edileceği, ürünün depo stoğunda tükenmesi ve acil hasta ihtiyacı olması durumunda geç saatte fatura düzenleme-uçak-kargo gibi yükümlülüklerle J&J tarafından katlanılarak hastaya 24 saatin içinde ilacın ulaştırılacağı" düzenlemesine "Ürün Takas Bildirimi" başlıklı **7. maddesi**; "Depo, Ürünleri işbu Sözleşme kapsamındaki seçici dağıtım sistemi kapsamı dışında kalan diğer depolara satamaz, tedarik edemez ya da onlarla başka ürünler karşılığında takas edemez." düzenlemesi, **8.1. maddesinde**; "Depo Sözleşme kapsamındaki ürünlerin satışını sadece Türkiye sınırları içerisinde yapacaktır. Depo hiçbir koşulda Türkiye sınırları dışındaki gerçek veya tüzel kişilere veya yurt dışına satılmak maksadıyla Türkiye sınırları içerisindeki gerçek veya tüzel kişilere ürün satışı yapmayacak, tedarik etmeyecek ya da pazarlama faaliyetlerinde bulunmayacaktır. J&J ürünlerin yurt dışına gittiğini ilaç takip sistemi üzerinden kodları geri takip ederek tespit ederse ilgili ürün depodan çıkmışsa depoya, ilgili ürün eczandan çıkmışsa depo ve eczaneye uyarıda bulunulacağı, depoya ve eczaneye satışın durdurulabileceği" düzenlemesine, **8.3. maddesi**; "Depo, Türkiye'de pazara vermek üzere Ürünleri J&J'den veya sistem üyesi diğer depolardan alacağını kabul ve taahhüt eder. Bu maddenin ihlali, Sözleşme'nin esaslı bir ihlali teşkil eder ve iş bu Sözleşme'nin J&J tarafından derhal haklı sebeple fesih hakkını doğurur." düzenlemesine yer verilmiş olup yukarıda da yer verildiği üzere paralel ihracat yasağı getirmek adına ürünün yurt dışına çıkarılmasına sınırlamalar koyulmuş, aksi yönde davranışlar için fesih hakkı hükme

T.C.
ANKARA
13. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2021/778

KARAR NO : 2022/966

bağlanmıştır.

Yukarıda taslağına yer verilen sözleşmeye dair davacının muafiyet başvurusunun koşullarının incelenmesinden; davacının Türkiye’de toplamda 37 farmakolojik ürünün dağıtımını gerçekleştirdiği, 37 farmakolojik üründen dördü olan Darzalex, Imbruvica, Stelara ve Zytiga’nın dokuz ecza deposu vasıtasıyla dağıtılması ve belirlenen depolar dışındaki depolarla iş yapılmaması uygulaması için başvuru yaptığı, başvuruya konu ürünlerin sınıflandırılmasının Avrupa Birliği Komisyonu (Komisyon), beşeri ilaç sektörüne ilişkin analizlerini European Pharmaceutical Marketing Association (EphMRA) tarafından oluşturulan Anatomik Terapötik Sınıflandırmayı (ATC) temel alarak yapıldığı, uygulama dahilindeki ürünlerinin ait olduğu ATC-3 ve ATC-4 sınıfları olduğu, ATC-3 ve ATC-4 bazında bakıldığında ise söz konusu dört ürünün de rakibi bulunduğu ve dört ürünün de ATC-3 sınıflandırmasına göre pazar paylarının ciro bazında %40’ın altında kaldığı (dava konusu işlem tesis edildiğinde yürürlükte olan mevzuata göre oran %40’tır karar tarihi itibarıyla bu oran %30’a düşürülmekle birlikte talep konusu ilaçların pazar payı %30’luk oranın da altında kalmaktadır), 3 ürünün kanser hastalıkları 1 ürünün ise sedef hastalığı tedavisinde kullanılan kutu başı fiyatı yüksek olan ürünler olduğu, davacının ürünlerinin dağıtımını ihale kanalına yönelik satışlar ile ecza depoları ile özel ve kamu hastanelerine ilaç dağıtımını konu alan ihale satış sözleşmeleriyle faaliyet gösterdiği, serbest eczane kanalı bakımından ise eczanelere yapılacak satışların rekabet kısıtlaması içermeyen depo satış sözleşmeleri gerçekleştiği bu kapsamda davacının eczane kanalına yapılacak satışlar için halihazırda 40 ecza deposuyla yürüttüğü çalışmayı yukarıda bahsedilen dört ürün (Darzalex, Imbruvica, Stelara ve Zytiga) için niceliksel seçici dağıtım sistemi vasıtasıyla, a) finansal güç, servis verilen il ve eczane sayısı, etkili bir dağıtım ve lojistik ağı, depoculuk sektöründeki geçmiş tecrübeler ve alternatif temin kaynaklarını kısıtlamamak amacıyla küçük ölçekli depoların ve kooperatifler olarak Türkiye’nin her ilinde en az iki ecza deposunun başvuruya konu ürünleri eczanelere sağlayabilecek şekilde seçildiği, bu 9 depodan 2 tanesinin 81 ilde faaliyet gösterdiği, hem ulusal hem yerel düzeyde faaliyet gösteren depoların tercih edilecek şekilde belirlenen kriterler çerçevesinde dokuz ecza deposu aracılığıyla dağıtım hedeflendiği, depoların ancak sistem içindeki depolar ile takas yapabileceği bu haliyle ilacın takip edilebilirliğinin artacağı, depoların sadece Türkiye içinde satış yapacağı b) Türkiye’de hastaların ihtiyacı olduğunda ürünlere ulaşmasını temin etmek amacıyla aynı zamanda bir Acil Dağıtım Sistemi (“ADS”) kurularak, ADS’de yer alan depoya ek ürün teminin sağlanacağı herhangi bir eczanenin ilgili dört üründen birini talep etmesi durumunda en geç 24 saat içerisinde söz konusu ilaca ulaşabileceği bir dağıtım sistemi planlandığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olayda davalı idarece düzenlenen inceleme raporuna göre; Türkiye’de faaliyet gösteren eczanelerin %98’inin 2 ecza deposu ile aynı anda çalıştığı, davacının başvurusuna konu ürünlerin grup muafiyeti için başvuru yapılan tarih itibarıyla pazar paylarının dava konusu işlem tarihinden sonra düzenlenen %30’luk oranının dahi altında olması sebebiyle ilaç piyasasında başkaca alternatifleri olduğu anlaşılmakta ise de, başvuru konusu ürünün niteliğine göre yapılan değerlendirme sonucunda dağıtıcıların seçiminin dayandığı ölçütlerin söz konusu dört ürünün özellikleriyle açıklanamayacağı anlaşıldığından dava konusu işlemin bireysel muafiyet şartları yönünden değerlendirilmesi gerektiği, 2002/2 sayılı Tebliğ’in 3. maddesine göre “seçici dağıtım sistemi; sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri sadece belirlenmiş kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da söz konusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistemi” anlamına geldiği nicel seçici dağıtım sistemi ise, 2017/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde “sağlayıcının, dağıtıcılarını seçerken doğrudan veya dolaylı olarak dağıtıcıların sayılarını sınırlandıracak kriterler kullandığı seçici dağıtım sistemi” olarak tanımlandığı,

T.C.
ANKARA
13. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2021/778

KARAR NO : 2022/966

nitel seçici dağıtımda dağıtıcıların, satış personelinin eğitilmesi, verilen hizmet ve belirli ürün yelpazesinin satılması gibi objektif kriterlere dayalı olarak seçildiği; nicel sistemde ise, doğrudan satıcıların potansiyel sayısını sınırlayan kriterler öngörülen dağıtım sistemi olarak tanımlanabileceği, nicel seçici dağıtım sistemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesi kapsamında daha katı koşullarda denetleneceği anlaşılmakla mevzuatta nicel seçici dağıtım anlaşması yapılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır.

Davalı idarece dava konusu işlemin tesis edilmesine temel sebepler olarak seçici dağıtım sisteminin genellikle otomobil, kozmetik ve dayanıklı tüketim malları gibi ürünler için uygulandığı, amacın bu ürünlerin marka değerinin korunmasını sağlamak olduğu nitekim, ilgili ürünlerin pazarlanmasında satış noktasının ve elemanlarının belirli özelliklere sahip olması, mesleki ve teknik yeterlikler, satış sonrası tamir ve garanti hizmetleri sağlanmasına yönelik kriterler de bu amaca hizmet ettiği ancak beşeri ilaç sektörünün bahsi geçen çerçeveye, en azından dosya konusu toptan seviye bakımından uygun olmadığı ve paralel ihracatın önlenmesine dair Sözleşmenin 8.maddesinin tüketici refahını arttırabileceği anlaşılmakla birlikte bu alanda Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nca çıkarılan Genelge doğrultusunda işlem tesis edileceği, Sözleşmenin 7.maddesi ile getirilen sistem dışındaki depolara ilişkin satış yasağına dair düzenlemenin ilaçların Türkiye'de bulunurluğunun sağlanması için elzem olmadığı ve küçük depoların da söz konusu ilaçlara ulaşmasının piyasaya girişte doğacak engelleri kaldıracağı belirtilmiş ise de; davacı tarafından dava konusu işleme esas olan başvurusunda **belirlenen depoların farklı büyüklükte depolar olduğu, bu depoların içinde 81 ilde faaliyet gösteren depolar olduğu gibi 4-16-17 il gibi çeşitli ve daha az sayıda ilde ve çeşitli sayıdaki eczane ile anlaşmalı faaliyet gösteren depolar da olduğu**, söz konusu 9 depo arasındaki satış işlemleri kısıtlanmadığı gibi her il bakımından ilacın bulunurluğunun en az 2 depo seviyesinde sağlanacağı ve bu haliyle dahi nihai tüketiciler tarafından ilaca ihtiyaç duyulması halinde acil ilaç dağıtım sistemi kurularak tüketici mağduriyetinin engellendiği, **ilacın bulunacağı depoların belirli olduğu eczane kanalına yapılacak satışlar yönünden sözleşmede bir engel olmadığından başvuruya konu 4 ilacı satmak isteyen eczaneler ve sonuç olarak tüketici nezdinde sözleşmenin 7.ve 8.maddesinin bir engel doğurmadığı**, bu haliyle sistemin **öngörülemez bir yönü bulunmadığı** gibi söz konusu ilaçların pazar değeri yönünden yapılan değerlendirmede buldukları **pazarda baskın pazar hakimiyetleri bulunmadığı aksine başkaca emsalleri de olduğu**, ayrıca davalı idarece seçici dağıtım sistemlerinin genellikle otomobil gibi piyasalarda mesleki ve teknik yeterlikler, satış sonrası tamir ve garanti hizmetleri sağlanması için kabul edildiği belirtilmiş ise de 6197 sayılı Kanun ile Türkiye Cumhuriyeti'nde ilaç satışının sadece eczane kanalında eczacı sıfatını haiz kişilerce yapıldığı ilaçların farmakolojik özelliklerine göre hastalara sunumu ve hastalardan yapılan yan etkilere dair bildirimler de olmak üzere ilaç satışının başlı başına mesleki ve teknik yeterlik ve ilaç satışı sonrası geri bildirimler de dahil olmak üzere hizmet sağlanmasını gerektirdiği gibi davalı idarece de dava konusu işleme gerekçe gösterilen Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nca çıkarılan 20/11/2014 tarihli Genelge'de de Türkiye'de ilaç piyasasında fiyatların Devletçe regüle edilmesi sebebiyle diğer ülkelere göre ülkemizde daha uygun fiyatla halka sunulan ve hayati öneme sahip olan bazı ilaçların piyasada bulunmadığına yönelik sorun tespit edilmekle birlikte bu sorunun çözümüne yönelik somut bazda bir tedbire yer verilmediği dava konusu işleme gerekçe gösterilen Genelge'nin "tedbir alınmasına " ilişkin olduğu gibi davalı idarece davacının talebi bazında Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'ndan alınmış bir görüş alınmadığı da anlaşıldığından anılan savunmalara itibar edilemeyeceği açıktır.

Öte yandan davalı idarece Sözleşmenin 7.maddesi ile getirilen sistem dışındaki depolara ilişkin satış yasağına dair düzenlemenin ilaçların Türkiye'de bulunurluğunun sağlanması için elzem olmadığı savunulmuş ise de başvuruya konu ilaçların paralel ihracata konu edilmesine yönelik sorunun varlığı

T.C.
ANKARA
13. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2021/778

KARAR NO : 2022/966

ilaçlar üzerinde yer alan barkod numaralarıyla dahi ilaçların takip edilemeyerek yurt dışına çıkarılmasına yönelik maddi vakıanın doğruluğunu ortaya koyduğu başvuru konusu sözleşmenin amacının gerçekleşmesi için ilaç takibinin yapılabilmesi gerektiği gibi 4054 sayılı Kanun'un 13.maddesi kapsamında muafiyet kararının alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması halinde davalı idarenin muafiyet kararını geri alabileceği gözetildiğinde yukarıdaki gerekçeler ile davacının muafiyet başvurusunun reddine yönelik tesis edilen işlemlerde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin **iptaline**, aşağıda dökümü yapılan 289,30-TL yargılama giderinin ve Avukatlık Aşgari Ücret Tarifesi uyarınca 3.890,00 TL vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, davalı idare tarafından yapılan 8,50 TL vekalet harcı giderinin davalı idare üzerinde bırakılmasına, artan posta ücretinin talep edilmemesi halinde karar kesinleştikten sonra davacıya iadesine, kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içerisinde **Ankara Bölge İdare Mahkemesi'ne** istinaf yolu açık olmak üzere 27/04/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan YUSUF ÖZDEMİR 37775	Üye DİLEK KARA KAFTAR 182266	Üye DEMET ALTUNOK 216695
----------------------------------	------------------------------------	--------------------------------

<u>YARGILAMA GİDERİ</u> :	
Başvuru Harcı :	59,30 TL
Karar Harcı :	59,30 TL
Vekalet Harcı :	8,50 TL
YD Harcı :	97,70 TL
Posta Gideri :	64,50 TL
<u>TOPLAM</u> :	<u>289,30 TL</u>