

T.C.
ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

REKABET HUKUKU BAKIMINDAN İLAÇ SEKTÖRÜNDEKİ DAĞITIM
SÖZLEŞMELERİNE YÖNELİK SINIRLAMALAR



Gültekin Can Gökalp

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol

İstanbul, Ocak 2024

T.C.
ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

REKABET HUKUKU BAKIMINDAN İLAÇ SEKTÖRÜNDEKİ DAĞITIM
SÖZLEŞMELERİNE YÖNELİK SINIRLAMALAR



Gültekin Can Gökalp

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol

İstanbul, Ocak 2024

Özyeğin Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü

Gültekin Can Gökalp'in tezi,
aşağıda belirtilen jüri tarafından onaylanmıştır.

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol
Jüri Üyesi
(Tez Danışmanı)

Dr. Öğr. Üyesi Sami Kocabıyık
Jüri Üyesi

Doç. Dr. Özge Uzun Kazmacı
Jüri Üyesi
(Üniversite Dışından)

Ocak 2024

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	v
ÖZET	vi
ABSTRACT.....	vii
GİRİŞ	9

BİRİNCİ BÖLÜM

İLAÇ SEKTÖRÜNDE SERBEST ECZANELERE İLAÇ TEMİNİNE İLİŞKİN DAĞITIM SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ VE TARAFLARI

I. Serbest Eczanelere İlaç Teminine İlişkin Dağıtım Sözleşmeleri	8
1.Genel Olarak Dağıtım Sözleşmeleri	8
2.Sözleşmenin Hukuki Niteliği	11
II. Sözleşmenin Özellikleri	13
1.Genel Olarak	13
2.Sürekli Borç Doğuran Bir Sözleşme Olması	15
3.Dağıtıcının Kendi Adına ve Hesabına Hareket Etmesi.....	17
4.Çerçeve Nitelikli Bir Sözleşme Olması	18
5.Satış ve Sürümü Artırma Faaliyetinde Bulunması.....	21
6.Uygulamada Standart Sözleşme Olması	22
III. Sözleşmenin İhale Kanalı Üzerinden İlaç Dağıtım Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması.....	24
IV. Sözleşmenin Tarafları ve Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri	27
1.Genel Olarak	27
2.Sağlayıcı ve Sağlayıcının Yükümlülükleri	28
3.Ecza Deposu (Ecza Ticarethanesi) ve Yükümlülükleri	31

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKU BAKIMINDAN İLAÇ SEKTÖRÜNDEKİ DAĞITIM SÖZLEŞMELERİNE YÖNELİK SINIRLAMALAR VE MUAFİYETLER

I. Genel Olarak.....	40
II. İlaç Sektöründeki Dağıtım Sözleşmelerine Yönelik Rekabet Hukukundan Kaynaklanan Sınırlamalar.....	41
1.Fiyat ve Diğer Ticari Koşulların Tespiti	43
2.Pazar Paylaşma.....	46
3.Üretimin Sınırlandırılması	47
4.Pazara Girişlerin Engellenmesi	49
5.Ayrımcılık	52
6.Ek Yükümlülük Yükleme	56
III. İlaç Sektöründeki Dağıtım Sözleşmelerine Yönelik Muafiyetler	57
1.Dikey Anlaşmaların Kapsamı	57
2.İlgili Coğrafi Pazar ve İlgili Ürün Pazarı Kavramları	59
A.İlgili Coğrafi Pazar	59
B.İlgili Ürün Pazarı	60
C.İlaç Sektöründeki Dağıtım Sözleşmelerinde İlgili Coğrafi Pazar ve İlgili Ürün Pazarı	62
3.Bireysel Muafiyet ve Grup Muafiyeti	65
A.Bireysel Muafiyet	66
a.Muafiyetin Koşulları	68
aa.Yararlı Olma	69
bb. Tüketicinin Yararı.....	71
cc. Sınırlamanın Zorunlu Olması.....	72
dd. İlgili Pazarın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması	73
B.Grup Muafiyeti	74
a.2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Uyarınca Ecza Depolarıyla Yapılan Anlaşmalara Yönelik Sınırlamalar	75
aa. Fiyat Belirlenmesine Yönelik Sınırlamalar.....	78
bb. Aktif Satış Yasağı	80
cc. Pasif Satışların Yasaklanamaması	82
çç. Seçici Dağıtım Ağı Dışındaki Dağıtıcılara Satışların Yasaklanması	83
dd. Rekabet Etmeme Yükümlülükleri	87

b.Paralel Ticaretin Yasaklanması.....	91
c. Grup Muafiyetinin Ecza Depolarıyla Yapılan Dağıtım Anlaşmalarındaki Önemi.....	94
SONUÇ	97
KAYNAKÇA	102



KISALTMALAR

ATA	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
K.	: Karar
KILAVUZ	: 29.03.2018 tarihli Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz
Md.	: Madde
RKHK	: 4054 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TEBLİĞ	: 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği
TİTCK	: T.C. Sağlık Bakanlığı Türkiye Tıbbi İlaç ve Cihaz Kurumu
Vb.	: Ve benzeri
Vd.	: Ve devamı

ÖZET

Ülkemizde ilacın üretimi, pazarlanması, satışı ve dağıtımı regülasyonlara tabii olarak gerçekleşir. Dağıtım, üretimi takip eden süreçte ürünlerin ihtiyaç sahiplerine ulaşmasını sağlayan bir ticari faaliyettir. Türkiye’de ilaçlar bizzat ilaç üreticileri tarafından değil, bağımsız dağıtıcılar olan ecza depoları tarafından aralarındaki sözleşmeler uyarınca serbest eczanelere veya ihale kanalıyla kamu/özel sağlık kuruluşlarına dağıtılır. Bu iki kanal bakımından yapılan sözleşmelerin tarafları, konusu ve sonuçları birbirine benzese de söz konusu sözleşmelerin hukuki nitelikleri birbirinden farklıdır.

Dağıtım anlaşmaları bir ürün pazarının sağlayıcı konumundaki ilaç firmaları ile dağıtım kademesinde faaliyet gösteren ecza depoları arasında alım-satım veya yeniden satıma ilişkin hükümler içermesi nedeniyle rekabet hukuku bakımından “dikey anlaşma” olarak nitelendirilirler. Bu yönüyle, dağıtım anlaşmalarına RKHK md. 4’teki sınırlamalar uygulanır. Öte yandan, bu anlaşmalar yarattıkları faydalar nedeniyle bireysel muafiyet ve özellikle grup muafiyeti düzenlemeleri bakımından da incelenir.

Biz bu çalışmamızda, birinci bölümde, ilaç firmaları ile ecza depoları arasında serbest eczanelere ilaç teminini konu alan dağıtım sözleşmelerini inceledik. Bu sözleşmenin özelliklerini dikkate alarak hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerimize yer verdik. Ayrıca, Rekabet Kurulu kararlarında sıkça rastlandığından ihale kanalındaki sözleşmeleri de kıyasen inceledik. İkinci bölümde ise ilaç sektöründeki dağıtım sözleşmelerine yönelik rekabet hukukundan ileri gelen sınırlamalar üzerinde durduk ve bu sözleşmeleri muafiyet rejimi bakımından kurul kararları ışığında ele aldık.

Anahtar Kelimeler: Dağıtım anlaşmaları, ilaç sektörü, bireysel muafiyet, grup muafiyeti.

ABSTRACT

In Türkiye, the production, marketing, sale and distribution of medicines are subject to regulations. Distribution is a commercial activity that ensures the delivery of products to end-users following the manufacturing process. The pharmaceuticals are distributed by independent distributors known as pharmaceutical warehouses to pharmacies or through tenders to public/private healthcare institutions based on distribution agreements. Although the parties to the contract, its subject and the results of the commercial activity are similar between these two channels, the legal qualities of the contracts are different from each other.

Distribution agreements are considered "vertical agreements" in terms of competition law because they contain provisions regarding purchase-sale or resale between pharmaceutical companies that are providers of a product market and pharmaceutical warehouses operating at the distribution level. Consequently, distribution agreements are subject to restrictions outlined in Article 4 of the Competition Law. However, these agreements are also examined for individual exemption and especially group exemption regulations based on the benefits they bring.

In this study, we examined the distribution agreements between pharmaceutical companies and pharmaceutical warehouses regarding the supply of drugs to independent pharmacies in the first section. We included our evaluations regarding the legal nature of this contract, taking into account its characteristics. Additionally, we comparatively analyzed contracts in the tender channel, commonly encountered in decisions of the Competition Board. In the second section, we focused on the restrictions arising from competition law limitations on distribution agreements and analyzed these contracts in the light of exemption regulations based on decisions of the Competition Board.

Keywords: Distribution agreements, pharmaceutical sector, individual exemption, group exemption.



GİRİŞ

Sağlık, bir toplumun refahında önemli bir rol oynar. Toplumu oluşturan bireylerin sağlıklı bir hayat sürdürebilmesi, hastalıklar ile etkili bir şekilde mücadele edilmesi, hastalıkların tedavi edilmesi veya önlenmesine bağlıdır. Bu bakımdan, hekim gözetimi altında kullanılan ilaçlar, hastaların yaşam kalitesini artırdığı gibi hastalıkların tedavi edilmesinde veya semptomların hafifletilmesinde önemli bir rol oynar. Dolayısıyla, ilaçların güvenli ve etkili bir şekilde sağlık kurum ve kuruluşları ile hastalara ulaştırılması, toplum için kritik bir öneme sahiptir.

İlaçların kamu sağlığı bakımından kritik öneme sahip olması nedeniyle ülkemizde ilaç sektörü sıkı bir regülasyona tabiidir. Öyle ki ilacın üretimi ve pazarlamasından hastalara ulaştırılmasına kadar uzanan tedarik zincirindeki tüm halkalar regüle edilir. Bu alandaki tüm yasal düzenlemeler esasen ilaçların kalitesini ve güvenliğini sağlamayı amaçlar. Söz konusu yasal düzenlemelerin Türkiye’deki uygulayıcısı T.C. Sağlık Bakanlığı ve onun bağlı kuruluşu olan Türkiye Tıbbi İlaç ve Cihaz Kurumu (TİTCK)’dur.

İlaç Türk hukukunda “beşeri tıbbi ürün”¹ veya “tıbbi müstahzar”² olarak ifade edilir ve “hastalığı tedavi etmek veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal kaynaklı veya sentetik etkin madde/maddeler kombinasyonu” şeklinde tanımlanır³. Dolayısıyla, ilacın günlük dilde kullanımıyla mevzuattaki karşılığı birbirinden farklıdır⁴.

¹ Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik, RG. 03.07.2015/29405, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20880&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, e.t. 11.11.2023, Md. 4-1.B.

² İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu, Kanun Numarası: 1262, Kabul Tarihi: 14.05.1928, RG. 26.05.1928/898, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1262&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>, e.t. 11.11.2023, Md. 1: “Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir.”

³ İlaç sektöründe hem beşeri hem veteriner ilaçlar üretilmekte olup, çalışma kapsamında beşeri ilaçlarla ilgili değerlendirmelere yer verilecek ve ilaç terimi bu anlamda kullanılacaktır.

⁴ H. Hakeri, İlaç Hukuku, Astana Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 23.

İlaç sektöründeki yasal düzenlemeleri incelenecek olursa; öncelikle düzenlemelerin anayasal temeli olan T.C. Anayasası'nın⁵ 56. maddesi sağlık hizmetleri ve çevrenin korunmasına ilişkin olarak "herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir" hükmünü amirdir. Bu alandaki ilk kapsamlı kanuni düzenleme 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'dur. Bu kanun uyarınca reçeteli veya reçetesiz ilaçlar eczaneler dışında satılamamaktadır. Diğer bir önemli düzenleme ise ülkemizde ilaçların üretimi, ithalatı ve pazarlanması ruhsata tabii olduğundan bu alandaki sürecin detaylandırıldığı 31686 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'dir⁶. İlaçların güvenli ve etkili şekilde kullanılması ancak sağlık profesyonellerinin hastalarını yönlendirmesiyle mümkündür zira ilaçların yan etkileri, kullanım talimatları ve endikasyonları gibi önemli bilgiler toplumun geneli bakımından anlaşılması zor olabilir. Bu nedenlerle ilaçların pazarlaması yani tanıtımı da regülasyona tabiidir. 29405 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik⁷ ilaçların tanıtımı bakımından ilke ve kuralları öngörmektedir. Bu yönetmeliğin 5/3 maddesine göre ilaçların sağlık meslek mensupları haricindeki kişilere (topluma tanıtım yasağı) tanıtımı yasaktır. İlaveten, aynı yönetmelik ile ruhsat sahibi ilaç firmaları ile sağlık meslek mensupları arasındaki ilişki çok sıkı kurallara tabi olacak şekilde sınırlandırılmıştır. Örneğin, ilaçların tıbbi-bilimsel özelliklerinin anlatıldığı bilimsel toplantılara⁸ ilaç firmaları sponsor olabilmektedir ve fakat anılan yönetmelikte ruhsat sahibi olarak tanımlanan ilaç firmaları sağlık meslek mensuplarına⁹ yönelik bazı katkılar sunabilmekle beraber kısıtlamalar da ortaya konmuştur. Mezkûr yönetmeliğin 7/2(a) maddesine göre "bir sağlık meslek

⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG. 09.11.1982/17863.

⁶ Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, RG. 11.12.2021/31686, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=39102&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, e.t. 11.11.2023.

⁷ Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik, RG. 03.07.2015/ 29405, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20880&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, e.t. 11.11.2023.

⁸ 03.07.2015 tarihli ve 29405 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik md. 4/1'ye göre bilimsel toplantı: Bilimsel bir konuda bilgi vermek amacı ile Bakanlık, sağlık meslek mensuplarının üyesi bulundukları ulusal ve uluslararası dernekler, sağlık kurum ve kuruluşları, üniversiteler, hekim/dış hekim/eczacı meslekî örgütleri veya ruhsat/izin sahipleri tarafından düzenlenen yurt içi veya yurt dışı kongreleri, sempozyumları, çalıştayları, seminerleri, kursları ve toplantıları ifade eder.

⁹ 03.07.2015 tarihli ve 29405 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik md. 4/1'ye göre sağlık meslek mensupları: Hekim, dış hekim, eczacı, hemşire, ebe ve 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun Ek 13 üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensuplarını ifade eder.

mensubu aynı yıl içerisinde toplam dört kez ruhsat/izin sahiplerinin desteğinden yararlanabilir; bu dört desteğin sadece iki tanesini aynı ruhsat/izin sahibi sağlayabilir ve yine bu desteğin yalnızca ikisini yurt dışında yapılan toplantılarda kullanabilir.” Bu kısıtlamaya uygulamada 4-2-2 kuralı adı verilir.

İlaçların perakendeye satışı 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun’un¹⁰ 28. maddesi gereği münhasıran eczanelerde yapılabilmektedir. Bu bakımdan, ilaçların son kullanıcısı (hastalar) ile bulunduğu yer ülkemizde sadece eczanelerdir. İlaçların son kullanıcılara ulaşmasında, yerli ve yabancı ilaç üreticilerinin bulunduğu tedarik seviyesini, eczanelere satış yapan ve/veya ihalelere katılan ecza depolarının oluşturduğu toptan dağıtım aşaması izlemektedir. Son aşamada ise, ilacı yatarak ve ayakta tedavi gören hastalara ulaştıran hastane ve piyasa eczaneleri yer almaktadır. Özetle, yoğun düzenlemelere sahip ilaç sektöründeki aktörler üreticiler/sağlayıcılar olan ilaç firmaları, dağıtımda ecza depoları ve tüketiciler (hastaneler ve eczaneler) olarak sayılabilir.

İlaç üreticileri yani sağlayıcılar, bilimsel araştırmalara dayalı olarak yeni ilaçlar geliştirme ve mevcut tedavi yöntemlerini iyileştirme amacıyla çalışırlar. Bu noktada, ilaç üreticilerini 31686 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği uyarınca referans tıbbi ürün¹¹ üreticisi ve eşdeğer tıbbi ürün¹² üretimi yapan firmalar olarak sınıflandırmak mümkündür. Referans tıbbi ürün üreticileri, uzun soluklu ve maliyetli AR-GE süreci sonrası ilk kez piyasaya sürülen ve belirli bir etken maddeyi içeren ilaçları

¹⁰ Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6197, Kabul Tarihi: 18.12.1953, RG. 24.12.1953/8591, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6197&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>, e.t. 11.11.2023.

¹¹ 11.12.2021 tarihli ve 31686 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’ne göre referans tıbbi ürün: Bilimsel olarak kabul edilebilir etkililik, kalite ve güvenliliğe sahip olduğu kanıtlanmış, etkin madde/maddeler açısından Kurum, ICH (Uluslararası Harmonizasyon Konseyi) kurucu veya daimi üyesi yetkili otoriteleri, Avustralya Ulusal İlaç Otoritesi (TGA) veya İngiltere Ulusal İlaç Otoritesi (MHRA) tarafından idari, kalite, klinik dışı ve klinik veriler ile birlikte tam dosya ile ruhsatlandırılmış veya izin verilmiş beşeri tıbbi ürünü ifade eder.

¹² 11.12.2021 tarihli ve 31686 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’ne göre eşdeğer tıbbi ürün: Etkin madde/maddeler açısından referans tıbbi ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasötik şekle sahip olan ve biyoeşdeğerliğinin uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlandığı tıbbi ürünü ifade eder.

üreten şirketlerdir. Bu üreticiler söz konusu ürünlerin patent haklarına sahiptirler. Diğer taraftan, eşdeğer tıbbi ürün üreticileri, patent hakları süresi sona eren referans tıbbi ürünlerin benzerlerini üreten şirketlerdir. Dolayısıyla, sağlayıcı konumunda bulunan ilaç firmaları ya referans tıbbi ürün üreticileri ya da eşdeğer ürün üreticileridir. Ancak bu farkın dağıtım sözleşmesinin sağlayıcı tarafı bakımından bir önemi yoktur zira bu fark ürünün bir buluşa konu olup olmamasıyla ilgilidir.

İlaçların dağıtım kanalı incelenecek olursa; ilaçların dağıtımını ecza depoları üzerinden yapıldığından yasa koyucu tarafından ecza depolarına yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamdaki ilk kanuni düzenleme 984 sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müessir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanun'dur¹³. Bu kanunun birinci maddesi ecza ticarethanelerinin (depolarının) ilacı toptan olarak satabilmesinin T.C. Sağlık Bakanlığı'nın (Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâleti'nin) oluru ile mümkün olabileceğini, md. 11'de ise "ecza ticarethanelerinden yalnız eczanelere ve ilaç üreticilerine toptan veya perakende ecza ve mevaddı kimyeviye" satılabileceğini düzenlemektedir. Bu kanuna dayanılarak hazırlanan 20.10.1999 tarihli Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelik¹⁴te ise beşerî tıbbi ürün dahil bazı ürünlerin depolanması, nakliyesi ve piyasadan çekilmesine dair usul esaslar düzenlenmişti. Ancak, 15.06.2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 31867 sayılı Ecza Ticarethaneleri ve Ecza Ticarethanelerinde Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelik¹⁵ ile önceki yönetmelik mülga edilmiştir. Anılan yönetmelik 2.3.1927 tarihli ve 984 sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müessir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanuna, 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununa,

¹³ Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müessir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanun, Kanun Numarası: 984, Kabul Tarihi: 02.03.1927, RG. 12.03.1927/575,

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=984&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3> , e.t. 11.11.2023.

¹⁴ Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelik (mülga), RG. 20.10.1999/23852, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/yonetmelikler/ecza-depolari-ve-ecza-depolarinda-bulundurulan-urunler-hakkinda-yonetmelik> , e.t. 11.11.2023.

¹⁵ Ecza Ticarethaneleri ve Ecza Ticarethanelerinde Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelik, RG. 15.06.2022/31867, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=39572&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> e.t. 11.11.2023.

7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun¹⁶ 3 üncü maddesinin (k) bendine, 12.6.1933 tarihli ve 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'a¹⁷ ve 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne¹⁸ dayanılarak hazırlanmıştır. Bu yönetmelik ecza depoları tarafından ilaçların doğrudan nihai tüketiciye satışı hariç olmak üzere tedarik edilmesi, saklanması ve saklanmasına ilişkin tedarik zincir yapısını düzenlemektedir. Ayrıca, mezkûr yönetmelikte ilaçların depolanması ve nakliyesiyle ilgili bir tedarik zinciri yapısı tasarlanmıştır. Dolayısıyla, ülkemizde bugüne kadar yapılan tüm hukuki düzenlemelerde ecza depolarının ilacın ilaç firmalarından tedariki ve toptan satış yapmak suretiyle dağıtımı konusunda yetkilendirildiği öngörülmüştür. Nitekim, Türk Eczacıları Birliği'nin Türkiye Serbest Eczane Sektör Analizi'ne¹⁹ göre Türkiye'de 2019 sonu itibarıyla 26.558 adet serbest eczanenin faaliyet göstermesi ve bunların hemen hemen tüm yerleşim yerlerinde bulunması, ecza depolarının en uzak yerlere kadar hizmet götürmesinin önemini ortaya çıkarmaktadır. Bu bakımdan, ecza depoları ülkenin belirli bir noktasında toplanmış olan üreticilerden aldıkları ilaçları ülkenin farklı bölgelerinde faaliyet gösteren eczanelere dağıtmak gibi önemli bir ilaç tedarik fonksiyonunu yerine getirmektedir.

Dağıtım faaliyeti pek çok farklı yolla gerçekleştirilebilir ve farklı sözleşmeler kurulabilir. Bu bağlamda, şube, tellâl, pazarlamacı, komisyoncu, acente, franchise alan, bayi veya sözleşmesel anlamda onun özel bir alt türü olan tek satıcı ile bu faaliyet

¹⁶ Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Kanun Numarası: 3359, Kabul Tarihi: 07.05.1987, RG. 15.05.1987/19461, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=3359&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, e.t. 11.11.23.

¹⁷ Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2313, Kabul Tarihi: 12.06.1933, RG. 24.06.1933/2435, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2313&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3> e.t. 11.11.2023.

¹⁸ Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 15.07.2018/30479, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/cumhurbaşkanligi-kararnameleri/bakanliklara-bagli-ilgili-iliskili-kurum-ve-kuruluslar-ile-diger-kurum-ve-kuruluslarin-teskilati-2>, e.t. 11.11.2023.

¹⁹ [https://www.teb.org.tr/versions/latest/1147/eczanelerdearastirma2019#:~:text=nas%C4%B1l%20etki%20led%C4%9Fi%20de%C4%9Feri%20lendirilebilmektedir,-.1..mesul%20m%C3%BCd%C3%BCr%C3%BCB\)%20olarak%20g%C3%B6rev%20yapmaktad%C4%B1r](https://www.teb.org.tr/versions/latest/1147/eczanelerdearastirma2019#:~:text=nas%C4%B1l%20etki%20led%C4%9Fi%20de%C4%9Feri%20lendirilebilmektedir,-.1..mesul%20m%C3%BCd%C3%BCr%C3%BCB)%20olarak%20g%C3%B6rev%20yapmaktad%C4%B1r), e.t. 09.11.2023.

gerçekleştirilebilir ve buna göre dağıtıcının ismi ve taraflar arasında kurulan sözleşme değişebilmektedir²⁰. Biz çalışmamızda “dağıtım” ve “dağıtım sözleşmesi” kavramlarını kullanmayı tercih ettik zira Rekabet Kurulu dikey anlaşmaları RKHK bakımından değerlendirirken "dağıtım" terimini kullanmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda "dağıtım" ve “dağıtım sözleşmesi” ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

Çalışmamız bakımından; Türkiye’de ecza depolarının temelde iki fonksiyonu bulunduğu söylenebilir. Birincisi; mevzuat ile çerçevesi çizilen tedarik zinciri alt yapısıyla sağlayıcı ilaç firmalarından temin ettikleri ilaçların serbest eczanelere dağıtılmasıdır. İkincisi ise Türkiye sınırları içerisinde devlet ve üniversite hastaneleri ile kamu kurumlarının ilaç ihtiyaçlarına ilişkin alımlar için Kamu İhale Kanunu²¹ hükümlerine uygun olarak düzenlenen ihaleler ve doğrudan temin kapsamında yapılacak satın alımların karşılanması doğrultusunda ruhsat sahibi ilaç firmalarını temsil etme ve ihalenin kazanılması halinde hastaneler gibi sağlık kuruluşlarına ilaç satışlarıdır. Biz çalışmamızın birinci bölümünde serbest eczane kanalına dağıtım yapan ecza depolarıyla ilaç firmalarının dağıtım sözleşmelerini inceleyeceğiz. Bu sözleşmenin özellikleri ve hukuki niteliğine yer vereceğiz. Buna ek olarak, Rekabet Kurulu kararlarına sıklıkla konu olmaları nedeniyle ihale kanalında uzmanlaşmış ecza depolarıyla ilaç firmaları arasındaki sözleşmesel ilişkiyi serbest kanaldaki dağıtım sözleşmeleri ile kıyaslayarak ele alacağız. Bu kanal serbest eczane kanalından farklı olarak ilaçların kamu-özel sağlık kurum ve kuruluşlarına temin edildiği kanaldır. İkinci bölümde ise, taraflar arasındaki ilişkinin rekabet hukuku bağlamında bir dikey anlaşma olması nedeniyle ecza deposu-ilac firmaları arasındaki sözleşmesel ilişkiyi RKHK ve ilgili tebliğ ve kılavuzlarda yer alan kısıtlamalar özelinde inceleyeceğiz. Bu bölümde, hem RKHK md. 4’ye yer alan yasakları sektör özelinde inceleyeceğiz hem de ".....İlaç Sektöründeki Dağıtım Sözleşmelerine Yönelik Muafiyetler" başlığı altında dikey anlaşmaların kapsamını, ilgili coğrafi pazar ve ilgili ürün pazarı kavramlarını ilaç sektörü özelinde inceleyeceğiz. Yine bu bölümde

²⁰ B. Sak, Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 6; M. Küçükayhan Aşçıoğlu, Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 3.

²¹ Kamu İhale Kanunu, Kanun Numarası: 4734, Kabul Tarihi: 04.01.2002, RG. 22.01.2002/24648, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4734&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> , e.t. 11.11.2023.

bireysel muafiyet, grup muafiyeti ve bu muafiyetlerin özellikleri ele alınacaktır. Bununla beraber, bu çalışmada Rekabet Kurulu'nun ilaç sektöründeki dağıtım sözleşmelerine ilişkin kararları göz önüne alınarak, RKHK'den kaynaklanan sınırlamaların açıkça belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda, her ne kadar RKHK'dan doğan sınırlamaların sonuçları, konunun ele alınması bakımından önem taşımakla birlikte, tezin kapsamı ilaç sektöründeki dağıtım sözleşmelerine yönelik kısıtlamalar ile sınırlı tutulması nedeniyle bu sonuçlara yer verilmemiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

İLAÇ SEKTÖRÜNDE SERBEST ECZANELERE İLAÇ TEMİNİNE İLİŞKİN DAĞITIM SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ VE TARAFLARI

I. Serbest Eczanelere İlaç Teminine İlişkin Dağıtım Sözleşmeleri

1. Genel Olarak Dağıtım Sözleşmeleri

Üreticiler mallarını son kullanıcıya ulaştırırken iki şekilde hareket edebilir. Birincisi; mallarını doğrudan kendileri son kullanıcıya tedarik eder. Bu ihtimalde mallar son kullanıcıya bir dağıtıcı olmadan ulaştığından bir dağıtım faaliyetinden söz edilemeyecektir. İkincisi; üreticiler mallarını doğrudan kendileri değil, dağıtıcılar aracılığıyla son kullanıcıya ulaştırabilir. Bu durumda bir dağıtım faaliyetinden söz edilebilir ve üretici dağıtıcıyla bir dağıtım sözleşmesi yapar²². Üretici yaptığı bu dağıtım sözleşmeleriyle bir dağıtım ağı oluşturur²³. Acente, komisyoncu, ticari tellal, franchise sözleşmeleri, bayilik ve tek satıcılık sözleşmesi bu dağıtım ilişkileri içinde yer alan sözleşme tipleridir.

Kanun koyucu bazı sözleşme türlerini ya Türk Borçlar Kanunu'nun²⁴ özel borç ilişkileri bölümünde ya da özel bir kanunda düzenlemiştir. Bunlar isimli sözleşmeler

²²A. Karakurt, “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar”, Lisansüstü Tez Serisi No: 11, Ankara, 2005, S. 8; T. Tatlı, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Tek Satıcının Tekel Hakkının Rekabet Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.4.

²³ C. Demir Gökyayla, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 32.

²⁴ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG. 04.02.2011/27836, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6098&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> , e.t. 12.11.2023.

olarak adlandırılır²⁵. Bazı sözleşme türleri ise unsurlarıyla birlikte herhangi bir kanunda düzenlenmemiştir. Taraflar Borçlar Kanunu md. 26'da yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde ihtiyaç duydukları sözleşmeyi ya kanunlarda düzenlenen sözleşme türlerine ait öge ve özelliklerini bir araya getirerek ya da hiçbir kanunda düzenlenmeyen birkaç sözleşme türünü bir araya getirerek yeni bir sözleşme şeklinde oluşturabilirler²⁶. İşte bu sözleşmelere ise isimsiz (atipik) sözleşmeler denir²⁷. Dağıtım sözleşmeleri üst başlığı olarak kabul ettiğimiz bu sözleşmelerin çoğu isimsiz sözleşmelerdir.

Dağıtım sözleşmelerine ilişkin olarak öğretide yazarların mutabık kaldığı tek bir tanım bulunmamaktadır. Bu dağıtım ilişkileri içinde yer alan farklı sözleşmelere ilişkin olarak öğretide incelemeler ve tanımlamalar yapılmıştır.

Demir Gökyayla'ya göre²⁸ dağıtım sözleşmeleri, üretici – toptancı – perakendeci sisteminde bir üst dağıtım seviyesindeki ile onun altındaki seviyedekiler arasında, pazarlama aşamasındaki ortaklaşa çalışmaya uzun vadeli sözleşmesel bir temel verebilmek için imzalanan iş birliği anlaşmalarıdır. Yazar, Türk hukuku bakımından acente, komisyoncu, ticârî tellal, franchising ve bayilik sözleşmelerini Türk hukuku bakımından da dağıtım sözleşmeleri olarak kabul etmektedir.

Topçuoğlu²⁹ dağıtım sözleşmesini tanımlarken Gökyayla'dan farklı olarak ortak çalışmaya dönük iş birliğinden ziyade taraflardan birinin diğerine sürekli olarak yeniden satmak amacıyla mal (ürün) temin etme yükümlülüğünü üstlendiği sözleşme olarak tanımlamaktadır. Yazar, dağıtım sözleşmesini tanımlarken borçlar hukuku bağlamında esaslı unsurlarını saymıştır. Bu tanıma göre ilk unsur sağlayıcının mallarının dağıtıcı

²⁵ S. Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 263.

²⁶ K. Şenol, Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 2, (2016), s. 719.

²⁷ A. Zevkliler / E. Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara 2019, s.11.

²⁸ Demir Gökyayla, s. 32.

²⁹ M. Topçuoğlu, Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s. 49-50.

tarafından alınması ve kendi nam ve hesabına yeniden satılmasıdır. İkinci unsur; satışa ilişkin riskin dağıtıcı tarafından üstlenilmiş olmasıdır. Üçüncü unsur, dağıtıcının sözleşme konusu dağıtım faaliyetini bağımsız tacir olarak sürdürmesidir. Son unsur ise taraflar arasındaki ilişkinin süreklilik arz etmesidir.

Ay'ın yapmış olduğu tanımda³⁰ dağıtım sözleşmesinde dağıtıcının kendi adına ve hesabına sözleşme konusu malların üçüncü kişilere yeniden satışını gerçekleştirmesi gerektiği öne çıkar ve sözleşmenin isimsiz ve çerçeve bir sözleşme olduğu tespit edilir.

Genç ise³¹ distribütörlük ilişkisinin bir dönüşüm sürecinde olduğunu ve yeni ihtiyaçlar karşısında dağıtım sözleşmesinin tanımının klasik tanımlardan ayrılarak sözleşmeyi genelde distribütörün edimlerinin öncelikli ve ağırlıklı olarak mal ve hizmetlerin tüketiciye ulaştırılması amacıyla taşıma, depolama ve dağıtım yapılarak mal ve hizmetler için genel satış şartlarının belirlendiği çerçeve sözleşme türü olarak tanımlar. Genç'e göre "distribütörün görevinin sadece depolama, taşıma ve dağıtım olarak yalınlaşması" kaçınılmaz olup yakın bir gelecektir³². Şenol ise sözleşme taraflarının müşterilerin ihtiyaçlarını gözeterek sözleşme özgürlüğü çerçevesinde diledikleri tipte sözleşme yapabileceklerini, yalnızca depolama veya taşıma yapılması amacıyla yapılacak sözleşmelerin distribütörlük sözleşmesi sayılamayacağı, bu takdirde yapılacak sözleşmenin bir iş görme sözleşmesi, nakliye veya farklı bir atipik sözleşme olacağını ileri sürerek bu görüşe katılmamaktadır³³.

Dağıtım sözleşmesinin doktrinde pek çok tanımla yer almakla birlikte konumuz açısından ilaç sektöründe 29405 sayılı Beşerî Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri

³⁰ Ö. Ay, Otomotiv Sektöründeki Dağıtım Sözleşmelerinden Kaynaklanan Hukuki İlişkilerin Rekabet Hukuku Düzenlemeleri Açısından İncelenmesi, İstanbul 2017, s.46.

³¹ Y. Genç, "Türk Hukukunda Distribütörlük Sözleşmeleri", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 13, Şubat-Mart 2001, Ankara, S. 150-152.

³² Genç, s. 151-152

³³ A. N. Şenol, Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011, s 12, dn: 36.

Hakkında Yönetmelik’te “ruhsat sahibi”³⁴ olarak tanımlanan ilaç firmaları ile dağıtıcılar yani ecza depoları arasında serbest eczanelere yönelik ilaç satışı ve dağıtımını konu alan sözleşmeler bakımından benimsediğimiz en kapsamlı tanımı Şimşek yapmıştır. Şimşek’e göre dağıtım sözleşmesi ürünlerin sağlayıcı tarafından dağıtıcıya yeniden satması amacıyla ve bir pazarlama sistemi çerçevesinde temin edildiği dağıtıcının da bu ürünleri sürekli olarak satmayı ve dağıtmayı üstlendiği sözleşmedir. Yazara göre dağıtım sözleşmesinin unsurları; sağlayıcı tarafından temin edilen veya üretilen malların dağıtıcının kendi adı ve hesabına yeniden satması, dağıtıcının satışların ekonomik riskini üstlenmesi (Örneğin, ürünlerin kaybı, zarar görmesi, hırsızlık, taşıma sırasında hasar vb.), faaliyetlerini bağımsız bir tacir olarak yürütmesi ve sağlayıcı ile dağıtıcı arasındaki ilişkinin sürekli bir ilişki olmasıdır³⁵.

2. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Bir sözleşmenin hukuki niteliğinin saptanması sözleşmenin yorumlanmasında ve boşlukların doldurulması noktasında önem arz eder³⁶.

Üst kavram olarak dağıtım sözleşmesi ne Türk Borçlar Kanunu’nda ne de diğer kanunlarda tüm unsurlarıyla düzenlenen bir sözleşmedir, bu nedenle de dağıtım sözleşmesinin isimsiz sözleşme olduğunun kabulü gerekir³⁷. Öğretide farklı tasnifler

³⁴ Ruhsat/izin sahibi: Kurumca ürünleri için adlarına, ruhsat/izin belgesi düzenlenen gerçek veya tüzel kişileri ifade eder.

³⁵ B. Şimşek, Franchising Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 63.

³⁶ Sak, s. 87; Yargıtay İBHGK, E. 1958/15, K. 1958/6, T. 04/06/1958 (LEXPORA – Hukuk Bilgi Sistemi). “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 19 ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 33. maddeleri uyarınca yargıç tarafların hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Yargıç aradaki sözleşmesel ilişkiyi yorumlar, sözleşme türünü ve içeriğini kendisi belirler. Tarafların gerçek ve ortak iradelerini esas alır. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşmenin nitelendirilmesi yargıca aittir.”, bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2015/28742, K. 2016/5393, T. 09/03/2016 (LEXPORA – Hukuk Bilgi Sistemi); “Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 74 ve 75 inci maddeleriyle 76 inci maddesi hükümleri karşılaştırılınca hakim bir davada sadece tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve netice i taleplerle bağlı olup dayandıkları kanun hükümleriyle ve onların hukuki tasvirleriyle bağlı olmadığı ve kanunları resen tatbik ederek iddia ve müdafaadaki, netice i talepleri karara bağlamakla mükellef bulunduğu neticesine varılır.”, bkz. Yargıtay İçtihatı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E. 1958/15, K. 1958/6, T. 04/06/1958 (LEXPORA – Hukuk Bilgi Sistemi).

³⁷ Şenol, s. 32.

olmakla birlikte, isimsiz sözleşmeler de genel olarak, karma ve kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak ayrılır.

Geniş anlamda karma sözleşmesi³⁸ tanımını benimseyen yazarlar dağıtım sözleşmelerinin satış ve acenteliğe ilişkin bazı unsurları içerdiğinden dağıtım sözleşmelerini karma sözleşme olarak kabul etmektedir³⁹.

Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında çoğunluk bayılık, tek satıcılık, franchise sözleşmeleri gibi dağıtım sözleşmelerini kendine özgü yapısı olan sözleşme olarak kabul etmektedir⁴⁰.

Bizim görüşümüze göre de kendine özgü yapısı olan sözleşmeler unsurları kısmen dahi olsa kanunlarda öngörülen sözleşme tiplerinin unsurlarını barındırmayan sözleşmeler olarak tanımlandığından dağıtım sözleşmelerini kendine özgü yapısı olan sözleşme olarak kabul ediyoruz⁴¹. Bu açıdan, dağıtım sözleşmesi satış veya acenteliğe ilişkin bazı unsurlar taşısa dahi karma sözleşme sayılamayacaktır⁴². Nitekim doktrinde örneğin tek satıcılık sözleşmesi bakımından yapılan değerlendirmelerde, sözleşmenin karma sözleşmenin çeşitleri olarak sayılan çift tipli karma, kombine veya edimlerin birbirinden ayrılamaz şekilde karıştığı kaynaşık sözleşme olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir⁴³. Dağıtıcı kendi adına ve hesabına sözleşme konusu ürünleri sürümünü artırma gayesi güderek ve yeniden satmak için münferit satış sözleşmeleri ile satın alır. Buradaki sürüm artırma yükümlülüğü asli bir yükümlülük olduğundan dağıtım

³⁸ Karma sözleşmelerin tanımı konusunda doktrinde temelde iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüş dar anlamda karma sözleşmelerden söz eder ve bu sözleşmeleri “kanunda düzenlenen sözleşme tiplerine ait unsurların, taraflarca, kanunda öngörülmeyle şekilde bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir” şeklinde tanımlar. İkinci görüş ise geniş anlamda karma sözleşmelerden söz eder ve kanunlarda düzenlenen sözleşme tiplerine ait unsurların yanında kanunlarda düzenlenmeyen sözleşmelere ait unsurların bir araya getirilmesiyle de karma sözleşme oluşturulabileceğini kabul eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Soylu, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması – Borçlar Hukuku Monografiler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 56; Şenol, s.31.

³⁹ Görüşler için bkz. Tandoğan, s. 39; Şenol, s. 33.

⁴⁰ Şenol, s. 34; Tandoğan, s. 39-40.

⁴¹ Şenol, s. 34; Tandoğan, s. 39.

⁴² H. Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa ve Bağışlama, Vedat Kitapçılık, C: I/1, İstanbul 2008, s. 39.

⁴³ A.g.e., s. 39-40.

sözleşmeleri yabancı yan edimi içeren karma sözleşmeler olarak da nitelendirilemeyecektir.

Bu bağlamda konumuz bakımından inceleyeceğimiz serbest eczanelere ilaç teminine ilişkin dağıtım sözleşmesinin de temel unsurlarından biri belirli bir bölgede satış hakkı tanınması (bu bölge bir il veya mahalle olabilir⁴⁴) ve diğeri de dağıtıcıya sürüm artırma yükümlülüğü getirilmesidir. Bu iki yükümlülük kanunda hiçbir sözleşme tipinde düzenlenmemiş unsurlardır. Açıklanmaya çalışılan görüşler ve kanaatimiz uyarınca, serbest eczanelere ilaç teminine ilişkin dağıtım sözleşmelerinin kendine özgü bir sözleşme türü olarak nitelendirilmesinin doğru olacağı düşüncesindeyiz⁴⁵. Aşağıda gerek bu sözleşmenin özellikleri gerekse taraf yükümlülükleri altında bu unsurlar da serbest eczanelere ilaç teminine ilişkin dağıtım sözleşmesi özelinde incelenecektir.

II. Sözleşmenin Özellikleri

1. Genel Olarak

İlaç sektörü, üretiminden pazarlamasına, dağıtımından satışına kadar regülasyonlara tabii bir sektördür. İlk olarak 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu karşımıza çıkmaktadır. Bu kanun uyarınca reçeteli veya reçetesiz ilaçlar eczaneler dışında satılamamaktadır. Yine, ilaçların TİTCK tarafından onaylanan endikasyonu dışında pazarlanması ve satışı bu kanun ile yasaklanmaktadır. İlaveten, 1262 sayılı Kanuna dayanarak çıkarılan ve ilaçların kullanıma hazır şekilde, belirli bir ambalajda ve belirli bir isim ile piyasaya sunulmasına ilişkin ruhsat sürecinin tarif edildiği, kurallarının konduğu 31686 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği bulunmaktadır.

⁴⁴ A.g.e., s. 29.

⁴⁵ Şenol, s. 34; Tandoğan, s. 39-40; Genç, s. 159.

Öte yandan, ilacın ilaç firmaları tarafından ne şekilde, hangi yolla, kimlere tanıtılabileceği hususunda ise 29405 sayılı Beşerî Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik ilke ve kurallar öngörülmektedir. Bu yönetmeliğe göre ilaçların sağlık meslek mensupları haricindeki kişilere tanıtımı yasaktır. İlaveten, aynı yönetmelik ile ruhsat sahibi ilaç firmaları ile sağlık meslek mensupları arasındaki ilişki çok sıkı kurallara tabi olacak şekilde sınırlandırılmıştır. İlaçların dağıtımı da regülasyonlara tabiidir. Bu noktada, 31867 sayılı Ecza Ticarethaneleri ve Ecza Ticarethanelerinde Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelik ihdas edilmiştir. Anılan yönetmelik, 984 sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müessir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanuna, 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununa, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3 üncü maddesinin (k) bendine, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanuna ve 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne dayanılarak hazırlanmıştır. Bu yönetmelik ecza depoları tarafından ilaçların doğrudan nihai tüketiciye satışı hariç olmak üzere tedarik edilmesi, saklanması ve saklanmasına ilişkin tedarik zincir yapısını düzenlemektedir. Dolayısıyla, ilaçların üretimi, pazarlanması, depolanması ve dağıtımı regülasyonlara tabii olarak gerçekleşmektedir. Bu bağlamda, ecza depoları ile ilaç firmaları arasında bu sistemin gereklilikleri doğrultusunda dağıtım sözleşmeleri akdedilmektedir.

Esas itibarıyla dağıtım; üretim sonucu ortaya çıkan ürünün nihai tüketicisine (son kullanıcıya) ulaşması amacını taşıyan faaliyettir⁴⁶. Bu faaliyette, aynı mal veya hizmet, yeniden satışı amacıyla pazarlama ağının farklı seviyelerinde (sağlayıcı-ithalatçı, ithalatçı-toptancı, toptancı-perakendeci) el değiştirir⁴⁷. Dağıtıcı ise üreticinin dağıtım

⁴⁶ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku: Teori ve Uygulama, Ekin Basım Yayın Dağıtım Yayınevi, 6. Baskı, Bursa 2021, s. 353; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 1; İ. Y. Aslan, "Rekabet Kurallarının Dağıtım Anlaşmalarına Uygulanması ve Rekabet Kurulu'nun Bu Konuya İlişkin Tebliğleri", Rekabet Bülteni, C: 1, S: 2, (2019), s. 19-20.

S. E. Sarıakçalı Alkaç, Akaryakıt İstasyonu Bayilik Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.17.; Şenol, s. 14.

⁴⁷ Demir Gökyayla, s. 32.

ağına dahil olarak ürünlerini uzun süreli sözleşme temeline dayalı bir ilişki kuran toptancılardır⁴⁸.

Dağıtım faaliyetinde iki model benimsenebilir. Ya üretici-sağlayıcı firma ürünlerini ticari mümessiller veya seyyar tüccarlar üzerinden yani bağlı yardımcılardan oluşan bir ağ ile dağıtır ya da dağıtımda bağımsız dağıtıcılardan oluşan bir ağ kurmak suretiyle nihai tüketiciye ulaştırır⁴⁹. İlk modelde üretici-sağlayıcı ile nihai tüketici arasında bir dağıtım ilişkisi kurulmaz, bunun yerine bir satım ilişkisi kurulmuş olur. İkinci modelde ise üretici-sağlayıcı ürünlerinin dağıtımını bizzat gerçekleştirmez, toptancı üzerinden yaptırır ve bu halde bir dağıtım ilişkisinden söz edilir⁵⁰. Konumuzu oluşturan ecza depoları ile serbest eczaneler arasındaki dağıtım faaliyetlerinde işte bu ikinci model benimsenir ve dağıtım toptan ve perakende olmak üzere iki seviyede gerçekleştirilir. Toptan dağıtım seviyesinde ecza depoları, perakende satış seviyesinde ise eczaneler bulunmaktadır⁵¹.

Yukarıda doktrinde yapılan tanımlardan da anlaşılacağı üzere dağıtım sözleşmelerinin özellikleri sürekli borç doğuran, çerçeve sözleşme niteliği taşıyan, dağıtıcının bağımsız bir tacir olarak kendi adına ve hesabına hareket ettiği, bu yönüyle dağıtıcının satışların ekonomik riskini taşıdığı, üreticinin dağıtım kanalı olarak konumlanan ve dağıtıcının sürüm artırım faaliyetleri yürüttüğü sözleşmelerdir. Aşağıda bu özellikler ilaç sektöründeki dağıtım sözleşmeleri bakımından incelenecektir.

2. Sürekli Borç Doğuran Bir Sözleşme Olması

Borç ilişkisinin taraflar açısından doğurduğu yükümlülükler bakımından tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler; ani borç yükleyen sözleşmeler, sürekli borç doğuran sözleşmeler ve dönemli sözleşmeler olmak üzere doktrinde üçlü sınıflandırmaya tabii

⁴⁸ T. Vural, “Seçici Dağıtım Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Açısından Bu Sözleşmenin Geçersizliği”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 10.

⁴⁹ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 2.

⁵⁰ A.g.e., s. 2.

⁵¹ <https://www.rekabet.gov.tr/dosya/sektor-raporlari/8-rekabet-kurumu-ilac-s>, e.t. 16.01.2023.

tutulmuştur⁵². Bununla beraber, söz konusu sınıflandırmanın ölçütü veya karakteristik edimin ne zaman sürekli sayılacağı bağlamında bir görüş birliği sağlanamamıştır. Bir sözleşmenin sürekli borç doğuran nitelikte olup olmadığının tayininde öne sürülen görüşler temelde üçe ayrılmaktadır: Birinci görüş “karakteristik edim alacaklısının ifaya olan menfaatinin”⁵³, ikinci görüş “karakteristik edim borçlusunun ifa hareketlerini”⁵⁴, üçüncü görüş ise karakteristik edimin kapsamının sözleşmenin süresi dikkate alınarak belirlenmesini⁵⁵ savunmaktadır.

Bir sözleşmenin sürekli borç doğuran nitelikte olması ile anlaşılması gereken taraflardan birinin sözleşme konusu borcunu aralıksız şekilde yerine getirmesidir⁵⁶. Diğer bir anlatımla, sürekli borç ilişkisi alacaklının menfaatinin bir defada, anlık surette gerçekleştirilemediği⁵⁷, belirli bir süre zarfında tatmin edildiği yani ifa menfaatinin zamana yayıldığı⁵⁸ ilişkiyi ifade eder⁵⁹. Taraflar arasındaki sözleşmede taraflardan birinin ediminin sürekli olması halinde sözleşme borç ilişkisi sürekli olarak nitelendirilebilecektir⁶⁰.

İlaç sektöründe serbest eczanelere satış yapan ecza depolarıyla ruhsat sahibi ilaç firmalar arasında yapılan dağıtım sözleşmeleri sağlayıcı ilaç firmasının birel (münferit) satış sözleşmeleriyle ecza depolarına sürekli olarak mal teslim etmeyi borçlandığı ve bu nedenle her zaman sürekli borç doğuran sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde ani edimli sözleşmelerde olduğu gibi tek bir edim ve ifanın tek bir ifa hareketiyle

⁵² M. Tümerdem, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (Tbk Md. 126), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 35.

⁵³ Ö. G. Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 53; B. Sak, Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 67-68.

⁵⁴ R. Serozan, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 164, dn. 24.

⁵⁵ P. Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 13.

⁵⁶ İ. Kayar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler / Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, İstanbul 2019, s. 38., Şenol, s. 13.

⁵⁷ Barış Demirsatan, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 69.

⁵⁸ Demirsatan, s. 69.

⁵⁹ Ö. Seliçi, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 7 vd.

⁶⁰ Şenol, s. 13.

gerçekleştirilmesi⁶¹ mümkün olmaz. Bu ilişkide ilaç firması büyük çapta üretim yapan, bu ürünlerinin dağıtılmasını ve satın alınmasını teminen söz konusu ürünlerinin düzenli ve sürümünü sağlayacak sağlam bir yol bulma çabası içindedir⁶². Bu bağlamda, ilaç firması bir dağıtım ağı kurarken güvenli, sürekli ve ürünlerinin sürümünü artıracak bir sistem arayışında olduğundan sözleşmenin ifası ani bir edimle son bulmayacaktır. Taraflar sözleşme ilişkilerinin belli bir süre devam edeceği inancıyla hareket ederler. Bu süre uygulamada en az bir yıl olarak gözlemlenmektedir. Ancak, sürenin bir yıl olması sözleşmenin sürekli olma niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. Bu süre zarfında, serbest eczanelerin ihtiyaç duyduğu adet ve grupta ilaç temin etme borcu, bu ürünlerin sürümünü artırma ve birbirlerinin menfaatlerini koruma borcu sözleşmeye süreklilik niteliği kazandırmaktadır.

3. Dağıtıcının Kendi Adına ve Hesabına Hareket Etmesi

Dağıtım sözleşmelerinde dağıtıcı sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satar⁶³. Bununla anlaşılması gereken dağıtıcının yaptığı işin ticari riskini tam olarak üstlenmesi, mali olarak üretici veya sağlayıcıdan bağımsız olması ve yürüttüğü faaliyete yönelik vergi gibi maliyetlere de kendisinin katlanmasıdır⁶⁴. Ecza deposu, ilaç firmasının dağıtım ağına dahil olur fakat kendi adına ve hesabına hareket etme özgürlüğü ortadan kalkmaz; sözleşme konusu ilaçları kendi adına ve hesabına, rizikosu (kar ve zararı) kendisine ait olmak üzere, ilaç firmasından satın alır ve serbest eczanelere satar. Aynı şekilde, ecza deposu ilaç firmasından talimat almaz, kendi çalışma düzenine ve organizasyonuna sahiptir⁶⁵. Bu husus ecza deposunu kanunda düzenlenen acente ve komisyoncu tiplerinden ayırır⁶⁶.

⁶¹ Altınok Ormancı, s. 29.

⁶² Sarıakçalı Alkaç, s. 41.

⁶³ Şenol, s. 19; Demir Gökyayla, s. 46-47.

⁶⁴ U. Yeniocak, Franchise Sözleşmeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.150.

⁶⁵ Sarıakçalı Alkaç, s. 47.

⁶⁶ A.g.e., s. 45.

Dağıtım sözleşmelerinde dağıtıcı bir temsilci değildir. Dağıtıcı kendi adına ve hesabına hareket ettiğinden yaptığı hukuki işlemler doğrudan kendi malvarlığında etki doğurur⁶⁷. Bu anlamda, sağlayıcıyı bir dağıtım sözleşmesi yapma yoluna sevk eden hususlardan biri bir temsilciden farklı olarak dağıtıcının tüm rizikoları üstlenmesidir. Yani, sağlayıcı ürünleri kendi organizasyonunda dağıtmak yerine bir dağıtıcı ile iş birliği yaparak ürünlerin kaybı, zarar görmesi, hırsızlık, taşıma sırasında hasar, ürünün kullanımından kaynaklanan zararlar vb. tüm riskleri taşıma ve yönetme sorumluluğunu dağıtıcıya vererek kendini bu tür risklerden korumayı amaçlar. Öte yandan, dağıtıcı da yürüteceği ticari faaliyetler sonucunda ürünlerin sürümünün artmasını ve bunun mali sonuçlarının kendi malvarlığında sonuç doğurmasını ister.

İlaç sektöründeki ecza depoları ile sağlayıcı olarak nitelendirilen ilaç firmaları arasındaki dağıtım sözleşmeleri incelendiğinde ecza depolarının, sağlayıcı ilaç firmalarına sipariş verdikleri ürünleri daha sonra serbest eczanelere satmak amacıyla satın aldığı görülmektedir. İlk işlemde ecza depoları ilaçları yeniden satmak amacıyla ilaç firmasından satın alır yani mülkiyet el değiştirir. Diğer bir deyişle, dağıtım sözleşmesi uyarınca satın aldığı ürünlerin serbest ecza depolarına satış ve dağıtımını yapma sorumluluğu depoya ait olacaktır. İlaç firması ise söz konusu dağıtım sözleşmesi ile satın alınan ürünlerinin serbest eczanelere kolaylıkla satışı için sürüm artırma dahil tüm sorumluluğu deponun üzerinde bırakmış olur.

4. Çerçeve Nitelikli Bir Sözleşme Olması

Ecza depolarıyla ilaç firmaları arasında serbest eczanelere ürün tedariki amacıyla yapılan dağıtım sözleşmeleri çerçeve sözleşme niteliğindedir. Çerçeve sözleşmeler tarafların, ileride yapacakları sözleşmelerin şartlarını belirledikleri sözleşmelerdir⁶⁸.

⁶⁷ Şenol, s. 21.

⁶⁸ Altınok Ormancı, s. 26.

Çerçeve sözleşmelerin temelini Türk Hukuk sistemine hâkim ilke olan sözleşme serbestisi oluşturmaktadır⁶⁹. Bu sözleşmeler ile amaçlanan ticari hayatın her geçen gün hızlanması ve ihtiyaçların çeşitlenmesi nedeniyle⁷⁰ tarafların her bir sözleşmenin kuruluşu sırasında ayrıca kararlaştırmaya gerek kalmaksızın, bazı şartlarda anlaşmalarını sağlayarak, bu şartların sonradan kurulacak sözleşmeler bakımından da geçerli olacağını önceden kararlaştırmalarıdır⁷¹. Dolayısıyla, ticari ve ekonomik hayatın getirdiği ihtiyaçlar karşısında çerçeve sözleşmeler ortaya çıkmıştır. Ancak bu ihtiyaca rağmen ne İsviçre Borçlar Kanunu'nda ne de Türk Borçlar Kanunu'nda çerçeve sözleşmelere ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır⁷².

Çerçeve sözleşme kavramı, genel işlem şartları ve standart sözleşme kavramları ile karıştırılabilmektedir. Gerçekten, bu üç kavramın birbirlerine benzer özellikleri bulunmaktadır. Bilindiği üzere, genel işlem şartları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 20-25 arasında düzenlenmektedir. TBK md. 20 uyarınca genel işlem şartları *“bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”* Standart sözleşme ise içeriğini tamamen veya kısmen genel işlem şartlarının oluşturduğu sözleşmelerdir⁷³. Genel işlem şartlarının standart sözleşmelerde kullanılması mümkündür. Bu şekilde üretici-sağlayıcının alıcılarla olan sözleşmelerinde standartlaşma sağlanmış olmaktadır.

⁶⁹ H. Şen Doğramacı, "Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı ve Ekonomik Fonksiyonu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 30, S. 3, s. 1043.

⁷⁰ Şenol, s. 14.

⁷¹ N. Barlas, "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı. s. 805- 828; B. C. Cantürk, Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme İstemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 18-19.

⁷² Şenol, s. 15.

⁷³ O. G. Antalya, Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 472; C. A. Yılmaz, Türk Borçlar Hukuku Kapsamında Çerçeve Sözleşmeler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 83; M. Topuz, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 180.

Ecza depolarıyla ilaç firmaları arasındaki dağıtım sözleşmelerinde genel işlem şartlarına yer verilebilir fakat asıl olan çerçeve sözleşmedeki hükümlerin taraflarca müzakere edilmiş olması ve mutabık kalınan hükümlerin sözleşmeye eklenmesidir⁷⁴.

Çerçeve sözleşmelerle ilgili doktrinde tartışmalı olan husus çerçeve tarafları karşılıklı edimlerin düzenlendiği münferit sözleşmeler yapmaya zorunlu kılıp kılmayacağı hususudur⁷⁵. Doktrindeki tanımlar incelendiğinde çerçeve sözleşmeler ile ilgili benimsenen tanımın şu olduğu görülecektir: Çerçeve sözleşme, “ileride kurulacak birel sözleşmelerle ilgili bazı hükümlerin önceden belirlendiği, fakat taraflara münferit sözleşmeyi yapma yükümlülüğü yüklemeyen sözleşmedir”⁷⁶. Bu bağlamda, doktrinde Antalya, çerçeve sözleşmelerin taraflara münferit sözleşme akdetme borcu yüklememekle beraber böyle bir borca çerçeve sözleşmede yer verilebileceğini belirtmektedir⁷⁷. Kocayusufpaşaoğlu’na göre ise münferit sözleşme yapma borcu doğuran bir çerçeve sözleşmeden söz ediliyorsa bu artık bir ön sözleşme niteliğindedir⁷⁸. Ancak, çerçeve sözleşmeler ön sözleşmelerden sürekli borç ilişkisi niteliği taşıması ve ön sözleşmenin asıl sözleşme yapılmakla kural olarak, sona ermeleri noktalarında ayrılır⁷⁹.

Bir başka görüşe göre çerçeve sözleşmelerin tamamlayıcı fonksiyonu vardır, asli hükümler içermemektedir ve ileride yapılacak münferit sözleşmelerde istikrar sağlanması amacıyla akdedilmektedir⁸⁰. Bu görüş, çerçeve sözleşmelerin zorunlu olarak münferit sözleşme yapma borcu yükleyip yüklemediği hususunda bir saptamada bulunmamaktadır. Yazar, çerçeve sözleşmelerin bir ya da daha çok sayıda münferit sözleşme ile tamamlanacağını belirtmekle yetinmektedir.

⁷⁴ Şenol, s. 15-16.

⁷⁵ Sak, s. 49; Şen Doğramacı, s. 1049; Şenol, s. 16.

⁷⁶ Barlas, s. 808-809.

⁷⁷ Sariaçalı Alkaç, s. 62-63; Antalya, Marmara Hukuku Yorumu, s. 230.

⁷⁸ N. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul 2014, s. 100.

⁷⁹ Şenol, s. 19.

⁸⁰ Şen Doğramacı, s. 1051.

İlaç sektöründe serbest ecza depolarına ürün satışı ve dağıtımını amacıyla yapılan dağıtım sözleşmeleri bakımından münferit sözleşme(ler) akdetme borcu sözleşmenin tarafları bakımından incelenmelidir. Ecza deposunun sürüm artırım yükümlülüğü bulunması dikkate alındığında çerçeve sözleşmenin sağlayıcı bakımından münferit sözleşme yapma yükümlülüğü doğuracağı kabul edilmelidir. Aksi takdirde, ecza deposunun sürüm artırma ve malı kendi deposu ve serbest eczanenin ani ihtiyaçlarına göre sürekli olarak tedarik etmesi mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde, ecza deposunun da asgari alım taahhüdünü veya sürüm artırma edimini yerine getirmesi için bir münferit sözleşmeye taraf olması zorunludur. Dolayısıyla, fikrimizce, ilaç firmalarıyla serbest eczanelere satış ve dağıtım yapan ecza depoları arasındaki çerçeve sözleşme her iki tarafa da münferit sözleşme yapma zorunluluğu getirmektedir. Diğer türlü tarafların çerçeve sözleşme görüşmelerine girip müstakbel bir sözleşme yükümlülüklerinde anlaşmalarının bir anlamı olmayacaktır⁸¹.

5. Satış ve Sürümü Artırma Faaliyetinde Bulunması

Sağlayıcı ilaç firmalarının dağıtım kanalı olarak konumlanan ecza depoları ile serbest eczanelere ürün temini maksadıyla kurulan dağıtım sözleşmelerinde ecza deposunun en önemli yükümlülüklerinden biri dağıtımını üstlendiği ürünlerin sürümünü artırmaktır. Taraflar sürüm artıma hedefi belirlerken ürün pazarını dikkate alır ve buna göre bu faaliyetin nasıl gerçekleştirileceğini sözleşmede kararlaştırır. Söz konusu ürünlerin sürümünü sağlama ve artırma yükümlülüğü sözleşme süresince devam eden, süreklilik arz eden ve aynı zamanda kanundaki hiçbir sözleşme tipi için açıkça öngörülmemiş bir yükümlülüktür⁸². Bu yükümlülük deponun menfaatleriyle de uyumludur çünkü satacağı her üründen bir kar elde edecektir⁸³.

Sürüm artırma unsuru bir vekalet unsuru mu yoksa bir iş görme unsuru mu bunun tartışılması mümkündür. Bununla beraber, biz, deponun sürüm artırma yükümlülüğünü

⁸¹ Şenol, s. 18; Sariaçalı Alkaç, s. 65.

⁸² Sariaçalı Alkaç, s. 226-227; Şenol, s. 26.

⁸³ Şenol, s. 26; Sariaçalı Alkaç, s. 226.

ifa ederken kendi adına ve hesabına hareket etmesi nedeniyle sözleşmedeki sürüm artırma unsurunun vekalet unsurundan ayrılarak isimsiz iş görme unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz⁸⁴.

İlaç sektöründe dağıtım sözleşmeleri temelinde sürüm artırma faaliyetlerinde kullanılan temel araçlar kampanyalardır. Bu kampanyalar ilaç firmaları tarafından eczanelere yönelik düzenlenir ve kampanya ürününün belli bir adette sipariş verilmesine bağlı olarak ecza deposuna mal fazlası verilmesi veya satış hedefinin tutturulmasına bağlı olarak elde edilecek cirodan depoya pay verme şeklinde faydalar içerir. Deponun sürüm artırma faaliyetlerinde başarılı olması bu kampanyaları portföyündeki serbest eczanelere duyurabilme ve ürün siparişine çevirebilmesi ile sağlanabilmektedir. Bu bağlamda, ecza depoları uygulamada serbest eczanelere kampanyalardan söz etmek için özel çalışanlar istihdam eder. Bu çalışanlara depo plasiyeri denir. Plasiyerler ürün, etken madde ve serbest eczanelerle iletişim konularında eğitimli çalışanlardır. Dolayısıyla, ecza depolarının sürüm artırma yükümlülüğünü yerine getirebilmesi temelde firması nezdinde kuracağı plasiyer kadrosunun kampanyaları duyurma ve ikna kabiliyetine bağlıdır. Ek olarak, söz konusu çalışanlar serbest eczanelerin stok durumunu takip etmekle de görevlidir. Stoklarında yeteri kadar ürün bulunmayan eczanelere ivedi şekilde ürün tedarik etmeleri, serbest eczane nezdinde hem depo bakımından hem de üretici-sağlayıcı konumdaki ilaç firması bakımından bir güven oluşturmaktadır. Uygulamadaki bu güven ecza deposunun ve dolayısıyla da ilaç firmasının siparişlerine olumlu manada yansımaktadır.

6. Uygulamada Standart Sözleşme Olması

İçeriğini tamamen veya kısmen genel işlem şartlarının oluşturduğu sözleşmelere standart sözleşmeler denir⁸⁵. Bununla beraber, çerçeve sözleşme başlığı altında kısaca belirttiğimiz gibi genel işlem şartları ile standart sözleşmeler farklı iki kavramdır.

⁸⁴ Şenol, s. 26.

⁸⁵ Antalya, Marmara Hukuku Yorumu, s. 472; Yılmaz, s. 83; Topuz, s. 180.

Genel işlem şartları 19. yüzyılda endüstri devrimi neticesinde seri üretim ve sürüm faaliyetlerinin hızlanmasıyla ortaya çıkmış ve tıpkı önceleri münferit üretim yapan makinaların yerini seri üretim kapasitesine sahip makinaların alması gibi birel/münferit sözleşmelerin de yerini koşulları birden çok sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan genel işlem şartlarına geniş şekilde yer verilen standart sözleşmeler almıştır. Gerçekten, modern ekonomik hayatta üreticilerin alıcılar ile bir araya gelerek ticari ilişkilerini konu alan sözleşmelerin şartlarını bireysel olarak belirlemeleri beklenemez. Bunun yerine, üreticiler müşterileri ile akdetmek amacıyla önceden sözleşme şablonları hazırlama yoluna gitmiştir⁸⁶. Bu şekilde sözleşmelerde standartlaşma oluşmuştur. Uygulamada, konunun uzmanı ve genellikle ekonomik yönden güçlü durumda olan kişilerce sözleşmelere eklenen genel işlem koşulları, sadece kendilerini hazırlatan kişinin çıkarlarını korumaktadır⁸⁷.

İlaç sektöründeki ecza depoları ile ruhsat sahibi ilaç firmaları arasındaki dağıtım sözleşmesinin şartlarını ilaç firması dağıtım ağını ve pazarlama stratejisini planlarken oluşturur. Bir kere oluşturulan içerik kampanya koşulları ve vade gibi somut iş ilişkisi çerçevesinde değişebilecekler hariç, aynen diğer depolar ile olan ilişkide de kullanılır. Bu şekilde oluşturulan dağıtım sözleşmeleri standart sözleşmelerdir. Bu standart sözleşmelerde güçlü konumda olan ilaç üreticileridir. Bunun sonucu olarak ilaç firmaları hazırladıkları sözleşmelerin koşullarını tek yanlı olarak ecza depolarına sunmaktadır. İşte bu noktada sözleşmenin görece zayıf tarafını korumak ve sözleşme içeriğinin adil olmasını sağlamak amacıyla genel işlem şartlarının içerik denetimi devreye girer⁸⁸. Bu sayede sözleşmenin ecza deposunun menfaatlerini dürüstlük kuralına aykırı biçimde ihlal edici hükümlerin denetlenmesi sağlanır⁸⁹.

⁸⁶ Şenol, s. 28.

⁸⁷ Sarıakçalı Alkaç, s. 71.

⁸⁸ Tuzcuoğlu, s. 160.

⁸⁹ A.g.e., s. 161.

III. Sözleşmenin İhale Kanalı Üzerinden İlaç Dağıtım Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması

Ülkemizde ilaç dağıtımının iki kanal üzerinden sağlandığından ve ilk kanalın serbest eczanelere ilaç teminini konu alan ecza depolarıyla ilaç firmaları arasındaki dağıtım sözleşmeleri uyarınca gerçekleştirildiğinden yukarıda söz etmiştik. Bu başlık altında ise ilaçların ikinci dağıtım kanalı olan ihale kanalını ve sağlayıcı ilaç firması ile dağıtıcı ecza deposu arasındaki sözleşmesel ilişkiyi inceleyeceğiz. Bunu yaparken serbest eczane kanalına yönelik akdedilen dağıtım sözleşmesiyle benzerlik ve farklılıklarını ortaya koyacağız.

Belirtmeliyiz ki Rekabet Kurumu incelemelerine en çok konu olan piyasalardan biri ilaç sektörü olmuştur⁹⁰. Bu piyasayı ilgilendiren dosyaların içeriğine bakıldığında; ilaç ihalelerine katılım koşullarını belirleyen dikey anlaşmaların, eczacı meslek örgütlerinin karar ve uygulamalarının öne çıktığı görülmektedir⁹¹.

İlaç firmalarının ilaç cinsinden ürünlerinin kamu ve özel sağlık kuruluşlarına dağıtımını için idare tarafından ülke sathında gerçekleşen çok sayıda kamu ihaleleri düzenlenmektedir. İhale seviyesinde faaliyetler hakkında kısaca bilgi vermemiz gerekirse; ihale kanalında devlet ve üniversite hastaneleri ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla detayları şartnamelerinde yazılı ihaleler açmaktadır. Bu ihalelerin detayları Elektronik Kamu Alımları Platformu'nda⁹² ilan edilir. İlaç ihaleleri söz konusu olduğunda bu ihalelerin katılımcıları imalatçılar yani ilacı üretenler, ithalatçılar yani ilacı yurt dışından temin eden ruhsat sahipleri veya ecza depoları olabilmektedir. Katılımcıların yalnızca sayılan bu üçü olabileceğine dair yasal düzenlemeye rastlanmamakla birlikte sağlayıcıların ve ihale kanalında uzmanlaşmış dağıtıcıların ilaç ihalelerine katılması makul ve anlamlıdır; zira ihalenin kazanılması halinde sağlayıcı

⁹⁰ <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/8-rekabet-kurumu-ilac-s>, e.t. 16.11.2023.

⁹¹ <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/8-rekabet-kurumu-ilac-s>, e.t. 16.11.2023.

⁹² <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Default.aspx?ReturnUrl=%2fepak%2f>, e.t. 15.11.2023.

konumdaki ilaç firması ürünü dağıtıcı ecza deposuna temin edecektir ve depo, kurduğu güvenli tedarik zinciri üzerinden ilgili idareye ilaçların dağıtımını gerçekleştirecektir. Uygulamada ihale kanalında uzmanlaşan ecza depolarına "ihaleci ecza depoları" denmektedir. Bu isimle adlandırılmalarının sebebi, anlaşılabacağı üzere, gerçekleştirdiği dağıtımın niteliğidir. Söz konusu depolar hastane piyasasında geniş dağıtım ağına sahip, ihale takip mekanizmalarını geliştirmiş, bu alandaki mevzuata hâkim ve yeterli sayıda personeli istihdam eden depolardır. Özetle, ihaleci ecza depoları hastanelerin açtığı ihalelere katılmakta ve kazandıkları ihalelerdeki ürünleri şartnamede belirlenmiş olan koşul ve sürelerde temin etmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ecza depolarıyla ilaç firmaları arasındaki sözleşmeler rekabet hukukundaki sınırlamalar bağlamında incelenmektedir. Rekabet Kurulu'nun muafiyet açısından incelemesine sunulan sözleşmeler genellikle ihale kanalından dağıtımı konu alan sözleşmeler olduğundan ihale kanalından dağıtımı hedefleyen ve yine ilaç firmaları ile ecza depoları arasındaki sözleşmelerden söz edilmesi ve bunların yukarıda izah edilen dağıtım sözleşmeleri ile kıyaslanması gereği duyulmuştur. Bu sözleşmelerin rekabet hukuku radarına girmelerinin temel nedeni üretim ve dağıtım zincirinde birbirine rakip konumda bulunmayan iki teşebbüs arasında akdedilen dikey anlaşma niteliğinde olmaları ve iller veya bölgeler seviyesinde ya da ihaleci birimlerin niteliğine göre (devlet ve üniversite hastaneleri, özel hastaneler gibi) münhasırlık öngörülmesidir.

Kanaatimizce, ihale kanalından dağıtımı konu alan sözleşmeler satış sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Şöyle ki; bu sözleşmelerde ilaç firması ecza deposuna ürünlerinin kamu hastaneleri veya özel sağlık kuruluşlarının açacağı ihaleler yoluyla dağıtımı için sözleşmede belirlenen sabit fiyat karşılığında teslim eder. Bu yönüyle bir satış sözleşmesinin esaslı unsurları olan; mal (ilaç), semen (fiyat) ve paranın birbiriyle değiştirilmesi üzerine anlaşma⁹³ ihale kanalından dağıtılan sözleşmede sağlanmış olur.

⁹³ Tandoğan, s. 78; Yavuz, s. 51; M. A. Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 32; Zevkliler / Gökyayla, s. 34.

İhale kanalında, tıpkı serbest eczane kanalındaki dağıtım sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşme konusu ürün ilaçtır ve fakat ihale kanalındaki satış sözleşmelerinde ecza depoları ürünleri kamu hastaneleri veya özel sağlık kuruluşlarına dağıtmak üzere satın alırken, serbest eczane kanalında depolar perakende satış yapan serbest eczanelere dağıtmak amacıyla ilaçları satın alır. Bu açıdan, nihai alıcılar değişse de her iki sözleşmede de sağlayıcı ilaç firması ürünlerini belirli aralıklarla teslim etmek yükümlülüğü altındayken ecza deposu da bu ürünlerin bedelini ödeme borcunu üstlenmektedir. Ancak, yükümlülüklerin benzemesi serbest eczane kanalındaki dağıtım sözleşmesini bir satış sözleşmesi veya art arda teslimli bir satış sözleşmesi yapmaz⁹⁴, zira art arda teslimli satış sözleşmesi bir satış sözleşmesi çeşididir ve kural olarak semen yani malın bedeli peşin olarak ödenir fakat satım konusu mal tek seferde değil de birbirini izleyen partiler halinde teslim edilir⁹⁵. Bununla beraber, ücretin teslimlerin akabinde ödeneceğinin kararlaştırılması da mümkündür⁹⁶.

Bir diğer fark ise art arda teslimli satış sözleşmesinde asli edimin ifasının bir süreye yayılması yani taraflar arasında sürekli borç doğuran bir ilişki kurulması mecburi değildir⁹⁷. Her ne kadar art arda ifalar olsa da tek bir satış sözleşmesi vardır⁹⁸. Oysa, dağıtım sözleşmesinde bir çerçeve sözleşme vardır ve buna bağlı münferit sözleşmeler ile ayrı sözleşmeler akdedilmiş olur. Bu bakımdan, art arda teslimli satış sözleşmesinde malın teslimiyle borç ifa edilir ve borç ilişkisi sona erer⁹⁹. Ancak, dağıtım sözleşmesinde ilk teslimatın yapılması ile borç sona ermez, çerçeve sözleşmeye ek münferit sözleşmelerin akdedilmesi suretiyle sürekli borç devam edecektir¹⁰⁰.

Serbest eczanelere ilaç teminine ilişkin dağıtım sözleşmelerinin, ihale kanalı üzerinden dağıtımını konu alan satış sözleşmelerinden ayrıştığı özelliklerden bir diğeri, ihale kanalında ecza deposunun sürüm artırma yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Serbest

⁹⁴ Şenol, s. 38.

⁹⁵ Zevkliler / Gökyayla, s. 105.

⁹⁶ Şenol, s. 39; Zevkliler / Gökyayla, s. 105.

⁹⁷ Zevkliler / Gökyayla, s. 105; Şenol, s. 38-39.

⁹⁸ Şenol, s. 39.

⁹⁹ Şenol, s. 38.

¹⁰⁰ A.g.e., s. 39.

eczane kanalına ilaç dağıtımını konu alan dağıtım sözleşmelerinde depo, ilaçları sağlayıcı ilaç firmasından kendi adına ve hesabına satın alır ve bu ilaçların sürümünü artırma faaliyetleri yürütme borcu altına girer. Ecza deposunun sağlayıcı ilaç firmasından belli aralıklarla ürün alması, acil ihtiyaçlara yanıt verebilmek için stok yapması ve ürünlerin sürümünü artırmak için faaliyetlerde bulunması sürekli bir edimi gerektirir ve ani edim borcu doğuran satış sözleşmesi ilişkisinden ayrılır¹⁰¹.

IV. Sözleşmenin Tarafları ve Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri

1. Genel Olarak

Dağıtım sözleşmesinin tarafları sağlayıcı ile dağıtıcıdır. Sağlayıcı; üretici veya ithalatçı olabileceği gibi dağıtıcı da toptan satıcı veya perakendeci olabilir¹⁰². İlaç sektörü bakımından ilacı başkası adına üreten teşebbüsler dağıtım sözleşmesinin tarafı değildir. Bir başka deyişle, fason üreticiler bu sözleşme özelinde sağlayıcı sayılamayacaktır zira fason üretim yapan sağlayıcılar ecza depolarıyla dağıtım ilişkisine girmezler, bu firmalar Türkiye’de ruhsatlı bir ilacın ruhsat sahibi adına kendi tesislerinde üretiminden ve ruhsat sahibi ilaç firmasına tesliminden sorumludur. Dolayısıyla bu sektörde sağlayıcılar ruhsat sahibi ilaç firmalarıdır. Çalışmamızda bütünlük olması nedeniyle ilaç firmalarını üretici veya ithalatçı kavramları yerine “sağlayıcı” olarak anacağız. Dağıtıcılar ise aşağıda detaylandırılacak olan ihale kanalı üzerinden yapılan dağıtımlar için de geçerli olmak üzere her zaman ecza depolarıdır.

¹⁰¹ Şenol, s. 38; Zevkliler / Gökyayla, s. 31.

¹⁰² Sarıakçalı Alkaç, s.17.; Şenol, s. 3-4; Demir Gökyayla, s. 32.

2. Sağlayıcı ve Sağlayıcının Yükümlülükleri

İlaç firmaları çeşitli hastalıkların tedavisinde kullanılmak üzere ilaçlar üretir. Bunun yanı sıra, yeni ortaya çıkan sağlık sorunlarına ilişkin olarak da AR-GE çalışmaları yürütürler. Bu çalışmalar yeni moleküllerin keşfini, klinik çalışmaları ve yeni tedavi yöntemlerinin geliştirilmesini kapsamaktadır. Yeni bir ilacın satılabilir, pazarlanabilir hale gelmesi Türkiye’de TİTCK’nin onayına bağlıdır. Bu onay alındıktan sonra ticari amaçlı üretim başlar.

İlaç sektöründe sağlayıcılar ilaç firmalarıdır. Bununla beraber, Türkiye’de bir ilacın üretilmesi, satışı ve tanıtımı ruhsata dayalı olarak yapılabildiğinden ilaç firmaları 31686 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’nde “ruhsat sahibi” olarak “beşeri tıbbi ürünün ruhsatına sahip olan gerçek ya da tüzel kişi” şeklinde tanımlanır.

Ruhsat sahibi ilaç firmaları üretilen ürünün niteliği esas alınarak 31686 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği uyarınca referans tıbbi ürün¹⁰³ üreticisi firmalar olabileceği gibi molekülün patent ve koruma süreleri sona ermesini takiben eşdeğer tıbbi ürün¹⁰⁴ üretimi yapan firmalar da olabilmektedir¹⁰⁵. Bu ayrıma göre ilk kez piyasaya sürülen ve genellikle bir ilacın orijinal veya marka versiyonundan söz edildiği hallerde ilaç firması referans tıbbi ürün üreticisidir. Şayet bir referans tıbbi ürünün patent korumasının sona ermesinin ardından, aynı etken maddeyi içeren ve benzer kalite, güvenlik ve etkinlik özelliklerine sahip bir ürünü üreten ilaç firmasından söz edildiği hallerde bu firma eşdeğer (biosimilar) tıbbi ürün üreticisidir.

¹⁰³ 11.12.2021 tarihli ve 31686 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’ne göre referans tıbbi ürün: Bilimsel olarak kabul edilebilir etkililik, kalite ve güvenliliğe sahip olduğu kanıtlanmış, etkin madde/maddeler açısından Kurum, ICH (Uluslararası Harmonizasyon Konseyi) kurucu veya daimi üyesi yetkili otoriteleri, Avustralya Ulusal İlaç Otoritesi (TGA) veya İngiltere Ulusal İlaç Otoritesi (MHRA) tarafından idari, kalite, klinik dışı ve klinik veriler ile birlikte tam dosya ile ruhsatlandırılmış veya izin verilmiş beşeri tıbbi ürünü ifade eder.

¹⁰⁴ 11.12.2021 tarihli ve 31686 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’ne göre eşdeğer tıbbi ürün: Etkin madde/maddeler açısından referans tıbbi ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasötik şekle sahip olan ve biyoeşdeğerliğinin uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlandığı tıbbi ürünü ifade eder.

¹⁰⁵ <https://www.oftso.org.tr/indir/ilacsektorraporu2021.pdf>, e.t. 16.01.2023.

Mevzuat açısından bir ilaç firmasının hem referans tıbbi ürün üreticisi hem de eşdeğer tıbbi ürün üreticisi olması mümkündür. Buradaki temel fark ürünün molekülünü ilk kimin bulduğu ve patentlediği ile ilgilidir. Bu bağlamda, ister referans tıbbi ürün üreticisi isterse de eşdeğer tıbbi ürün üreticisi olsun bir ilaç firması Türkiye’de ürünlerini satıp pazarlama ruhsatına sahip ise sağlayıcı olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla, yürürlükteki yasal düzenlemeler uyarınca ecza depolarıyla yapılan dağıtım sözleşmelerinin niteliği bakımından sağlayıcının referans tıbbi ürün üreticisi ve/veya eşdeğer tıbbi ürün üreticisi olması bir fark yaratmamaktadır.

Sağlayıcının dağıtım sözleşmesindeki ilk asli edim yükümlülüğü ecza deposuna düzenli bir biçimde ürün, yani ilaç teslim etme yükümlülüğüdür¹⁰⁶. Bu yükümlülük sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi öngörülmemiş de olabilir¹⁰⁷. Öğretideki baskın görüşe göre, söz konusu yükümlülük sözleşmede öngörülmemiş olsa bile sadakat yükümlülüğünden doğan bir yan yükümlülük olarak sağlayıcının ecza deposuna düzenli biçimde ilaç teslim etme yükümlülüğü vardır¹⁰⁸. Bununla beraber, Alman Federal Mahkemesi sağlayıcı için böyle genel bir teslim yükümlülüğünü taraflar arasındaki sözleşmede açıkça düzenlemediği müddetçe kabul etmemektedir zira sağlayıcı dağıtıcının her siparişini karşılamak zorunda değildir ve fakat makul bir nedeni olmaksızın reddetmemelidir¹⁰⁹. İsviçre hukukunda ise bir görüşe göre dağıtım sözleşmesinde sağlayıcıya teslim yükümlülüğü yer, süre ve biçim (ort-zeit und art) olarak kesin surette belirtilmelidir ancak bu şekilde belirtilmemiş olsa bile sağlayıcının kendisine gelen siparişleri karşılamakla yükümlü olduğu kabul edilir¹¹⁰. Bizim de katıldığımız görüşe göre, dağıtım sözleşmesinin çerçeve sözleşme olması nedeniyle sağlayıcının birel satış sözleşmelerini kabul etme yükümlülüğü bulunmaktadır zira bu birel sözleşme çerçeve sözleşmenin ifasını sağlayan icrai sözleşmedir¹¹¹.

¹⁰⁶ S. Kaya, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Lykeion Yayınları, Ankara 2019, s. 86.

¹⁰⁷ H. İşgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1989, s. 85.

¹⁰⁸ C. Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, 11. Baskı, İstanbul 2022, s. 40; Tandoğan, s. 48; Şenol, s. 53-54.

¹⁰⁹ İşgüzar, s. 87.

¹¹⁰ A.g.e., s. 86.

¹¹¹ Yavuz, s. 40.

Sağlayıcının ikinci temel yükümlülüğü sadakat ve ecza deposunu destekleme yükümlülüğüdür. Taraflar dağıtım sözleşmesiyle uzun süreli bir sözleşme ilişkisine girerler ve tarafların güvene dayalı bu ilişkisi ile sürüm artırma yönündeki iş birlikleri sağlayıcının depoya sadakat ve destekleme yükümlülüğünü ortaya çıkarır¹¹². Bu bağlamda, taraflar arasındaki uzun süreli sözleşme ilişkisinin temeli güvene dayalı bir iş birliğine dayanır ve güven bu yükümlülüğün kapsamını belirler¹¹³. Bu yükümlülük sonucunda ilaç firması depoya belirli bir miktarda ilaç satma taahhüdünde bulunabilir. Destekleme yükümlülüğü kapsamında ise sözleşme ile kurulan ilişki kapsamında ecza deposunun çalışanlarını eğiterek deponun satış ve pazarlama faaliyetlerine katkıda bulunabilir¹¹⁴. Benzer şekilde, ecza deposuna özel promosyonlar düzenleme yoluyla destekleme faaliyetlerini içeren bir plan oluşturabilir.

Sağlayıcı ilaç firmasının bu bağlamdaki son yükümlülüğü ise ecza deposuna yeniden satış için teslim ettiği malların kalitesini garanti etme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün kapsamına iki husus girer: Birincisi, ürünlerin planlama ve üretim aşamalarına ilişkin uygun kontrol mekanizmalarının tesis edilerek dağıtım ve satışında bozulma vb. yaşanmadan taşınabilmelerinin sağlanabilmesine ilişkin ambalajlama yapılması; ikincisi ise ürünlerin piyasada gözlemlenmesidir¹¹⁵. Bu yükümlülüğe ilişkin öğretide bayilik sözleşmesi kapsamında şayet münhasır bir bayiden söz ediliyorsa üreticinin sadakat ve yardım borcunun asli bir yükümlülük olarak değerlendirilebileceği, münhasırlık verilmemişse yine bir sadakat yükümlülüğünden söz edilebileceği fakat bunun kaynağının dürüstlük kuralından ve taraflar arasındaki güven ilişkisinden doğacağı yönünde görüşler vardır¹¹⁶. Bizim görüşümüz; ilaç firmalarıyla ecza depoları arasındaki dağıtım sözleşmelerinde malların garantisini taahhüt etme yükümlülüğü sözleşmede münhasırlık olup olmadığına bakılmaksızın sağlayıcı ilaç firmasının asli edimidir; zira sözleşme konusu mallar özel üretim ve dağıtım koşullarına tabi ilaçlar olduğundan sağlayıcılar bu koşulların tümünü titizlikle bilmekte ve ilaçlarının kalitesini sağlamak

¹¹² Yavuz, s. 40-41; Tandoğan, s. 49.

¹¹³ İşgüzar, s. 89.

¹¹⁴ Şenol, s. 61.

¹¹⁵ Demir Gökyayla, s. 120.

¹¹⁶ Şenol, s. 58-59.

adına gereken garantileri vermeyi taahhüt etmelidir. Bu yükümlülük salt güven ilişkisinden ileri gelmez zira ilaç firmaları başta 1262 sayılı Kanun ve ona bağlı çıkarılan 29537 sayılı Geri Çekme Yönetmeliği'ne göre tüketicinin sağlığı ve emniyeti açısından, hatalı olduğundan şüphe edilen, hatalı bulunan ya da kullanılmasında sakınca görülen ürünlerin araştırılması bakımından sorumlu tutulmuştur. İlâveten, uygulamada ilaç firmaları, üretim süreçlerindeki standartları karşılamak için İyi Üretim Uygulamaları gibi (Good Manufacturing Practises) ilaçların üretildiği tesislerin tasarımından depolama ve dağıtımına kadar olan süreci düzenleyen, denetime tabii uygulamaları karşılamayı taahhüt ederler. Bu bağlamda, söz konusu yükümlülük sağlayıcının markasının kalitesini taahhüt etmenin yanında ilaçların planlama, üretim, ambalajlama ve taşıma koşullarını içeren asli edim yükümlülüğüdür¹¹⁷.

3. Ecza Deposu (Ecza Ticarethanesi) ve Yükümlülükleri

Ecza depoları ilaçların depolandığı ve dağıtımının gerçekleştirildiği özel tesislerdir. Ülkemizde depolara yönelik regülasyonlar oldukça kapsamlıdır ve ilaçların güvenli bir şekilde depolanmasını, dağıtılmasını, satışını ve takip edilmesini sağlamayı amaçlar. Aşağıda bu regülasyonlardan söz edeceğiz.

Yürürlükteki yasal düzenlemeler kapsamında, her ne kadar ruhsat sahibi ilaç üreticilerinin doğrudan eczaneye satış yapılmasını yasaklayan bir kural bulunmasa da ilaçların dağıtımı, depolanması, fiyatlandırılması, satışına ilişkin tüm mevzuat; ecza depolarının dağıtım kanalı olarak faaliyet göstermesi üzerine kurulmuş; özellikle İlaç Takip Sistemi'nin devreye girmesinden sonra özellikle tek dağıtım kanalının ecza deposu olduğundan yola çıkılarak ilgili düzenlemeler yapılmıştır. 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'a dayanılarak çıkarılan 28970 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik¹¹⁸'in "İlaç Takip Sistemi" başlıklı 27. maddesi uyarınca "eczaneler tarafından beşeri ilaçların alışı, satışı, alındığı ecza deposuna veya mücbir sebep halinde

¹¹⁷ Yavuz, s. 41.

¹¹⁸ Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik RG. 12.04.2014/28970, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=19569&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, e.t. 12.11.2023.

yahut eczanenin kapanması halinde diğer depolara iadesi, eczaneler arasındaki takası, miadı geçmiş ya da bozulmuş olanlarının imhası işlemlerinde Kurumca uygulanan ilaç takip sisteminin kullanılması ve bu sisteme bildirim yapılması zorunludur” şeklinde belirtilerek ürün alınan tek kanalın ecza deposu olduğundan yola çıkılmıştır. Paralel bir diğer düzenleme TİTCK’nin yayımladığı 12.12.2022 tarihli Beşeri Tıbbi Ürünler İçin İyi Dağıtım Uygulamaları (GDP) Kılavuzu¹¹⁹’nda yer almaktadır. Bu kılavuzun 6.1. maddesine göre “ecza ticarethaneleri, yürütülen tüm faaliyetlerde ürünlerin özelliklerinin kaybolmamasını ve dağıtım faaliyetlerinin üreticilerin belirlemiş olduğu koşullara uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlar. Ayrıca, yasal tedarik zincirine sahte ürünlerin girmesini engellemek amacıyla mevcut İlaç Takip sistemini (İTS) kullanır.”

31867 sayılı Ecza Ticarethaneleri ve Ecza Ticarethanelerinde Bulundurulanan Ürünler Hakkında Yönetmelik¹²⁰ uyarınca dağıtım “ürünlerin ve etkin maddelerin bu Yönetmelikte belirtilen istisnalar dışında doğrudan nihai tüketiciye satışı hariç olmak üzere tedarik edilmesi, saklanması, satılması ve yetkili kişi ve kuruluşlara ulaştırılması dâhil olmak üzere bütün işlemleri” olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre depolar ürünleri satabilir fakat nihai tüketicilere değil zira ürünlerin nihai tüketici olan hastalara satışı 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu md. 1 uyarınca münhasıran eczanelerde yapılabilir. Ancak depolama ve dağıtım konusunda mevcut düzenlemeler yasal tedarik zincirinin kurulması ve işlerliğinin sürdürülmesi noktalarında ecza depolarını yükümlü kılmaktadır.

Çalışmamızın konusu ecza depolarıyla ilaç firmaları arasındaki dağıtım sözleşmelerini rekabet hukuku bakımından incelemek olduğundan Rekabet Kurumu’nun ecza depolarına bakışına da burada yer vermenin faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Bu

¹¹⁹ <https://www.titck.gov.tr/mevzuat/ilaclar-ve-ecza-deposunda-bulundurulanan-urunler-ile-ilgili-iyi-dagitim-ve-muhafaza-uygulamaları-kilavuzu-27122018172820>, e.t. 12.11.2023.

¹²⁰ Bu yönetmelik; 2.3.1927 tarihli ve 984 sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müessir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanuna, 14.5.1928 tarihli ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununa, 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3 üncü maddesinin (k) bendine, 12.6.1933 tarihli ve 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanuna ve 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine dayanılarak hazırlanmıştır.

anlamda, Rekabet Kurumu İlaç Sektör Raporu'nda¹²¹ ilaç sektöründe toptan satış kanalının yalnızca ecza depoları olduğu ve hem stok hem dağıtım olarak görev yaptıkları belirtilmiş; yalnızca ilaç firmaları arasında depocuya dağıtım öncesinde lojistik bakımından kendilerinin bu lojistik ihtiyacını üstlenmesi ya da dışarıdan destek almaları konusunda farklılaşma olabildiği belirtilmiştir.

Yine, 31867 sayılı Ecza Ticarethaneleri ve Ecza Ticarethanelerinde Bulundurulanan Ürünler Hakkında Yönetmelik uyarınca ecza ticarethaneleri kendilerine verilen izin belgesinde belirtilen faaliyetleri yerine getirebilirler. Bu bağlamda, ilaçların ve etken maddelerin yönetmelikte belirlenen kurallar ve bir tedarik zinciri dahilinde hareketi zorunlu kılınmıştır.

İlaveten, ülkemizde ilaç fiyatları serbest piyasada belirlenmemektedir, bir fiyat regülasyonu vardır. 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, T.C. Sağlık Bakanlığı Türkiye'deki ilaç fiyatlarını denetler. Bakanlık söz konusu denetim yetkisini Bakanlar Kurulu'nca yayımlanan Fiyat Kararnameleri'ne dayanarak yerine getirmektedir. Bu kararnamelerde fiyatın nasıl belirlendiği izah edilir¹²². Bu sayede gerek ilaç firmasının ecza deposuna satış fiyatını gerekse de ilacın perakende fiyatı belirlenmiş olur. Özetle, tüm bu düzenlemeler ve uygulama göstermektedir ki ülkemizde ilacın dağıtımı noktasında belirlenen kanal ecza deposu kanalıdır. Bu nedenle de serbest eczanelere ilaç teminini konu alan dağıtım sözleşmeleri ecza depolarıyla ilaç firmaları arasında yapılmaktadır.

Ecza deposu ile dağıtım sözleşmesi akdedilmesi amaçlarından biri ürünlerin güvenli şekilde serbest eczanelere ulaşmasının sağlanmasıdır. Ecza depolarının asli edim yükümlülükleri bahsinde ilk olarak belirtilmesi gereken yükümlülük ürünleri satın almaktır. Ecza deposunun yeniden satmak üzere sağlayıcıdan mal alması onun asli

¹²¹ <https://www.Rekabet.Gov.Tr/Dosya/Sektor-Raporlari/8-Rekabet-Kurumu-Ilac-S>, e.t. 16.01.2023

¹²² P. Yalçın Balçık / S. Karsavuran, "Dünyada ve Türkiye'de İlaç Fiyatlandırması", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 15, S.2, (2012), s. 58.

yükümlülüklerindendir¹²³. Bu yükümlülük sözleşmede açıkça öngörülmemiş olsa dahi sözleşmenin niteliğinden ve amacından çıkarılabilir¹²⁴. Zira bu yükümlülük olmaksızın dağıtıcı ecza deposunun sağlayıcı ilaç firmasının ürünlerinin sürümünü artırması beklenemez¹²⁵. Uygulamada, ecza depolarına asgari alım taahhüdü getirildiği de görülmektedir. Bu bağlamda, depo yapılan piyasa analizlerine göre on iki ayı kapsayacak şekilde her ay için belli miktarda ürün satın almayı taahhüt etmektedir. Ancak genel olarak en az alınacak miktarın belirtilmesi sözleşmenin zorunlu bir unsur değildir¹²⁶. Satın alınan ürünler için deponun doğal olarak bedel ödeme borcu olacaktır¹²⁷. Burada belirtmek gerekir ki doktrinde alım yükümlülüğünün dağıtıcının “tekeli satış hakkı” karşılığı olarak nitelendirilebileceği¹²⁸ ifade edilmişse de biz bu görüşe iştirak edemiyoruz; zira dağıtım sözleşmesinin temel amacı ürünlerin sürümünü artırmaktır¹²⁹. Bu bağlamda, ister tekel satış hakkı tanınsın isterse de tanınmasın ecza deposunun yükümlülüğü ürünleri satın almasıdır.

Bir dağıtım sözleşmesinde dağıtıcı için en önemli borç sürümü artırma borcudur¹³⁰. Ecza deposunun ikinci ve en önemli asli edim yükümlülüğü sürüm artırmaktır. Bu yükümlülüğü sözleşme süresince devam eden sürekli nitelik arz eden bir borçtur¹³¹. Burada ecza deposunun bir iş görme borcu söz konusudur¹³². Sürüm artırma her iki tarafın da menfaatinedir. Ürünlerinin satışı ve ulaştığı serbest eczane sayısının artması sağlayıcı ilaç firmasının gelirlerini artırmasının yanında ürünlerinin bulunurluğunu da yukarı taşıyacaktır. Ecza deposu ise sağlayıcıdan regülasyon gereği imalatçı satış fiyatının üzerinde bir fiyattan ürünleri satın alamayacaksa da aldığı ürünlerin üzerine “depocu karı” ekleyerek serbest eczanelere sattığından ne kadar çok ürün satarsa o oranda gelir elde edecektir. Sürüm artırma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde temel araçlardan

¹²³ Şenol, s. 83.

¹²⁴ Tandoğan, s. 42; Şenol, s. 83; İşgüzar, s. 69.

¹²⁵ İşgüzar, s. 69.

¹²⁶ A.g.e., s. 70.

¹²⁷ Şenol, s. 82-83.

¹²⁸ Yavuz, s. 38; Tandoğan, s. 42.

¹²⁹ Şenol, s. 84.

¹³⁰ İşgüzar, s. 72.

¹³¹ Şenol, s. 88; İşgüzar, s. 72.

¹³² Yavuz, s. 39; Şenol, s. 88.

birisi reklamlardır¹³³. Ancak, ilaç sektöründe tanıtım yalnızca sağlık meslek mensuplarına yönelik yapılabilir¹³⁴. Diğer bir deyişle, bu sektörde topluma tanıtım yasağı bulunmaktadır¹³⁵. İlaç sektöründe ecza depolarının sürüm artırım yükümlülüğü sağlayıcı ilaç firmasının yaptığı kampanyalara katılması ve bunların duyurulması suretiyle gerçekleşir. Bu da yani ecza deposunun sürüm artırmaya yönelik faaliyetleri genellikle dağıtım sözleşmelerine yansır. Örneğin; sağlayıcının kampanyalarına iştirak edip bu kampanyaların portföydeki serbest eczanelere duyurusunun yapılması, bu anlamda, pazarlama aramalarının yapılması vb. hususlar sözleşmelerde detaylandırılmaktadır. Ancak bütün sürüm artırma faaliyetleri dağıtım sözleşmesinde düzenlenmeyebilir; zira ilaç piyasası dinamik bir pazar olması nedeniyle rakip davranışları ve T.C. Sağlık Bakanlığı uygulamalarına göre sözleşme süresi içerisinde farklı stratejilerin geliştirilmesi mümkündür. Yeni ve öngörülemeyen durumlar ortaya çıktığında uygulamada taraflar, sözleşme dönemi içerisinde yapacakları ihbar/bildirimlerle bu sürüm artırma faaliyetlerini gözden geçirebilmektedir.

İlaç sektöründe sürüm artırma noktasında en yaygın kullanılan faaliyetler kampanyalardır. İlaç firmaları belli dönemlerde, piyasa analizlerine göre, ürünlerinin sürümünün artırılması için mal fazlası veya ciro primi verilmesi gibi ek menfaatler sunabilmektedir. Örneğin, A ilaç firması B ürünün belli tarihler arasında en az on adet satın alınması karşılığında iki adet B veya bir başka üründen ücretsiz verileceğini belirterek bir kampanya yapabilir. Bu kampanyalar ecza depolarına gerçekleştirmeleri gereken hedefler olarak verilir. Depolar bu kampanyaları portföylerindeki serbest eczanelere duyurur, gerekli bilgilendirmeleri yapar ve eczanelerin sorularını yanıtlar. Ecza depoları nitelikli ürün olan ilaçların etkin madde ve terapötik alanları hakkında bilgi sahibi olan ve serbest eczaneler ile iletişime geçmesi maksadıyla tele-marketing ekipleri kurar. Bu ekipte çalışan ve serbest eczaneler ile söz konusu kampanyaları paylaşan, gerekli iletişimi sürdüren personellerine depo plasiyeri denir. Depo sürüm artırma

¹³³ İşgüzar, s. 73.

¹³⁴ Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik, md. 5/1: “Tanıtım, bu Yönetmelik kapsamındaki ürünlerin hekim, diş hekimi ve eczacıya tanıtım faaliyetlerini kapsar.”

¹³⁵ Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik, md. 5/3: “Ürünlerin internet dâhil halka açık yayın yapılan her türlü medya ve iletişim ortamında program, film, dizi film, haber ve benzeri yollarla doğrudan veya dolaylı olarak topluma tanıtımı yapılamaz.”

faaliyetleri için yeterli sayıda ve belli bir eğitimden geçmiş personel bulundurmak zorundadır¹³⁶.

Ecza deposu sürüm artırma faaliyetlerini satışa dönüştürmesi halinde sözleşmede kararlaştırılan dönemde ve oranda prime hak kazanır. Dolayısıyla, ecza depolarının en önemli borcu sürüm artırma ve geliştirmek için faaliyetlerde bulunma yükümlülüğüdür.

Ecza deposunun bir diğer yükümlülüğü sağlayıcı ilaç firmasının menfaatlerini koruma yükümlülüğüdür. Bu kapsamda, örneğin, dağıtıcı ecza deposunun sürüm artırma faaliyetinde bulunurken bir menfaat çatışması doğarsa kendi menfaatlerini geri planda tutması gerekir¹³⁷. Bu yükümlülüğün kaynağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur¹³⁸. Bir görüşe göre menfaatleri koruma yükümlülüğü sözleşmenin meydana getirdiği özel güven ilişkisinden doğarken¹³⁹, diğer bir görüş, bu yükümlülüğün münhasır satış hakkından doğduğunu¹⁴⁰, bizim de katıldığımız görüş ise dağıtım sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi yaratması nedeniyle taraflar arasında güven ve sadakat ilişkisinden söz konusu menfaat koruma borcunun doğduğunu kabul eder¹⁴¹. Fikrimizce bu yükümlülüğün sözleşmede açıkça düzenlenmese bile taraflar arasındaki karşılıklı güven ilişkisinden doğduğu kabul edilmelidir¹⁴². Zira ecza deposu gerek sürüm artırma faaliyetleri esnasında gerekse de serbest eczanelerle olan iletişimde sağlayıcının menfaatlerini koruma yükümlülüğüne uygun hareket etmelidir. Söz konusu yükümlülük kapsamında depo ilaç firmasının menfaatlerini basiretli bir tacirin özen borcu dairesinde korumakla mesuldür¹⁴³. Deponun diğer bazı temel yükümlülüklerinin bu temel yükümlülüğün doğduğu düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, sağlayıcının menfaatlerini koruma yükümlülüğü altında sır saklama ve sağlayıcıya bilgi verme yükümlülüklerinden söz edeceğiz.

¹³⁶ Şenol, s. 90.

¹³⁷ İşgüzar, s. 79.

¹³⁸ Şenol, s. 93-94.

¹³⁹ İşgüzar, s. 80.

¹⁴⁰ Demir Gökyayla, s. 159'da belirtilen yazarlar.

¹⁴¹ Şenol, s. 94.

¹⁴² A.g.e., s. 94.

¹⁴³ Demir Gökyayla, s. 160.

Sır saklama sağlayıcının menfaatlerini koruma yükümlülüğü altında bulunmaktadır¹⁴⁴. Bu kapsamda, depo gerek sözleşme süresince gerekse de sözleşme bitiminden sonraki süreçte sağlayıcı ilaç firmasına ait sırları gizli tutmakla yükümlüdür¹⁴⁵. İşletme sırları gizli tutulmasında sağlayıcının menfaatinin bulunduğu, sözleşme konusu işle ilgili olarak o işin görülmesine ya da işlemeye özgü olan işletme açısından önemli olan bilgilerdir¹⁴⁶. Bu neviden bilgilere örnek olarak pazarlama ve fiyatlandırma stratejileri verilebilir. Dağıtım sözleşmesi sırasında gizli bilgilerin depo tarafından öğrenilmesi mümkün olabilir. Bu durumda, söz konusu bilgilerin yetkisiz üçüncü kişilerle veya rakiplerle paylaşılmaması gerekir. Aksi durum taraflar arasındaki güven ilişkisini ciddi ölçüde zedeleyecek ve sözleşmenin feshine neden olabilecektir¹⁴⁷.

Ecza deposunun sağlayıcı ilaç firmasına bilgi verme borcu vardır. Taraflar sözleşmede açıkça hangi konularda bilgi verileceğini düzenleyebilirler¹⁴⁸. Eğer sözleşmede düzenlenmiyorsa da fikrimizce bu yükümlülüğün varlığından söz edilebilecektir ancak bu durumda verilecek bilginin kapsamında sözleşmenin dayandığı temel noktalar ile tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin incelenmesi gerekir¹⁴⁹. Bu bağlamda, özel bir düzenleme yoksa dahi deponun bilgi verme yükümlülüğü kapsamında stok seviyeleri, ürün satışlarını ve satışa ilişkin diğer ilgili bilgileri sağlayıcı ile paylaşması gerekir. Bununla paralel olarak, sağlayıcının ürünlerinin belirli bir sürede ne kadar satıldığına dair detayları bilmesinde menfaati vardır, böylelikle ilaç firması piyasanın durumu hakkında da bilgi almış olur¹⁵⁰. İlaveten, bu başlık altında söz edilebilecek bir yükümlülük olarak ecza deposunun ilaçların geri çekme veya iade süreçlerine ilişkin sağlayıcıya bilgi vermesinden söz edilmelidir. Geri çekme kavramı ilaç sektörüne has bir kavramdır ve 29537 sayılı Geri Çekme Yönetmeliği'ne¹⁵¹ göre “hatalı veya hatalı olduğundan şüphelenilen ürünün, sorumlu firma tarafından belirli dağıtım

¹⁴⁴ Şenol, s. 97; İşgüzar, s. 80.

¹⁴⁵ Tandoğan, s. 47; Şenol, s. 97-98.

¹⁴⁶ Tandoğan, s. 47.

¹⁴⁷ Tandoğan, s. 47; Şenol, s. 96.

¹⁴⁸ Şenol, s. 95; İşgüzar, s. 75.

¹⁴⁹ Şenol, s. 95.

¹⁵⁰ İşgüzar, s. 75.

¹⁵¹ Geri Çekme Yönetmeliği, RG. 19.11.2015/29537, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=21262&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, e.t. 13.11.2023.

zincirlerinden toplanmasını” ifade eder. Buradaki ürün tanımına beşeri tıbbi ürünler yani ilaçlar da girmektedir. Ecza deposunun 31867 sayılı Ecza Ticarethaneleri ve Ecza Ticarethanelerinde Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelik md. 6’ya göre bir geri çekme planı oluşturması zorunludur. Söz konusu mecburiyet mevzuattan ileri gelse de ilaç firmasının bu planı incelemesinde menfaati vardır zira geri çekmede ana sorumluluk depoda olsa da bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde 29537 sayılı Geri Çekme Yönetmeliği’nin 20. Maddesi uyarınca 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu’nun, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun¹⁵² ve 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu¹⁵³,’nun ilgili hükümleri geri çekme kararını uygulamayan sorumlu firmaya yani sağlayıcı bakımından da uygulanır. Fikrimizce, geri çekme ve iade süreçlerine ilişkin inceleme ve denetleme, bilgi alma yükümlülüğü kapsamında sözleşmede açıkça düzenlenmeli ve detaylandırılmalıdır.

Ecza deposunun sağlayıcı ilaç firmasının talimatlarına uyma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük deponun sağlayıcının menfaatlerini koruma yükümlülüğünden de çıkarılabilir. Zira sağlayıcının menfaatlerini koruma ondan gelecek bilgi ve talimatlara uygun hareket etme ile sağlanabilir¹⁵⁴. Buna karşın, deponun talimatlara uyma yükümlülüğünün kapsamı acente veya alelade vekilinkinden farklıdır; çünkü ecza deposu kendi adına ve hesabına hareket eder ve yürüttüğü faaliyetlerin ekonomik riskini bizzat taşır¹⁵⁵. Dağıtım sözleşmesi çerçevesinde, bağımsız bir tacir olan ecza deposu sürüm artırma faaliyetlerinde sağlayıcının talimatını alır. Bu kapsamda, sağlayıcı düzenlediği kampanyalara deponun katılmasını ve portföyüne duyurmasını bekler. Yine, dağıtım konu ürün ilaç olduğundan depoya muhafaza ve dağıtımda dikkat edilmesi gereken koşullar hakkında talimat verebilir.

¹⁵² Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, RG. 12.10.2004/25611, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, e.t. 18.12.2023.

¹⁵³ Kabahatler Kanunu, Kanun Numarası: 5326, RG. 30.03.2005/25772 (Mükerrer), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5326&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, e.t. 18.12.2023.

¹⁵⁴ Şenol, s. 110.

¹⁵⁵ Tandoğan, s. 45; Şenol, s. 110.

Ecza deposunun bir diğer yükümlülüğü de müşteri hizmetlerini yerine getirme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün kaynağı noktasında bir görüş sürüm artırma yükümlülüğünü gösterirken diğer görüş sağlayıcının menfaatlerini koruma yükümlülüğünü işaret etmektedir¹⁵⁶. Bizim görüşümüze göre bu yükümlülük deponun sürüm artırma yükümlülüğünün bir uzantısıdır çünkü deponun müşteri hizmetlerini yerine getirmede birincil muhatabı serbest eczanelerdir ve depo, serbest eczanelere ürün ve kampanya tanıtımı için çoğunlukla arar veya ecza meslek örgütlerinin toplantılarına katılarak tanıtım yapar. Bu aramalarla maksadı eczaneleri kampanyalara katılmaya davet etmek ve bu surette ürünlerin satışını artırmaktır. Burada şunu belirtmemiz gerekir ki müşteri hizmetlerini yerine getirme yükümlülüğü dağıtıcı ile onun müşterileri arasındaki münferit sözleşmelerden doğan bir yükümlülük değil, ilaç firması ile arasındaki çerçeve nitelikli dağıtım sözleşmesinden ileri gelen bir yükümlülüktür¹⁵⁷.

Ecza depolarının bunlardan başka “diğer yükümlülükler” olarak değerlendirilebilecek farklı borçları da vardır. Bunlardan biri stok yapma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük deponun ürün alma yükümlülüğünün bir gereği olarak da değerlendirilebilir¹⁵⁸ ancak ilaç sektöründe ürünlerin bulunurluğu hem kamu sağlığı hem de serbest eczanelerin acil talepleri nedeniyle ayrı bir yükümlülük olarak değerlendirilmeli ve sözleşmede açıkça düzenlenmelidir. Uygulamada ilaç firmaları ürünlerinin her an eczanede bulunmasını arzu eder. Bu nedenle de ecza depolarından ihtiyaç anında derhal dağıtabilecekleri kadar ürünü stoklamalarını bekler. Öte yandan, bir serbest eczanenin siparişi üzerine bu siparişi stokta ürün olmaması nedeniyle deponun reddetmesi hem deponun hem de ilaç firmasının itibarını zedeler. Dolayısıyla, stok yükümlülüğü ürün alma yükümlülüğünden ayrı düşünülmeli ve sözleşmelerde açıkça düzenlenmelidir görüşündeyiz.

¹⁵⁶ Şenol, s. 113.

¹⁵⁷ İşgüzar, s. 77

¹⁵⁸ Şenol, s. 117.

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKU BAKIMINDAN İLAÇ SEKTÖRÜNDEKİ DAĞITIM SÖZLEŞMELERİNE YÖNELİK SINIRLAMALAR VE MUAFİYETLER

I. Genel Olarak

Dağıtım anlaşmaları üretici veya sağlayıcılar ile bir alt pazarda faaliyet gösteren dağıtıcılar arasındaki ilişkiyi konu alan anlaşmalardır¹⁵⁹. Bu anlaşmalar yoluyla üretici veya sağlayıcıların ürünlerinin dağıtım ve pazarlanması söz konusu olur¹⁶⁰. Dağıtım anlaşmaları üretim veya dağıtım zincirinde yer alıp birbirine rakip olmayan teşebbüsler arasında yapılması nedeniyle rekabet hukuku bağlamında dikey anlaşmalardır ve dikey anlaşmalar içerdikleri dikey sınırlamalar nedeniyle rekabeti bozucu etkiye sahip olabilirler¹⁶¹.

Teşebbüslerin kendi aralarında akdedecekleri gizli ya da açık anlaşmalarla veya uyumlu davranışlarla rekabeti kısıtlamaları veya bu yönde etki doğuracaklar eylemlere girişmeleri mümkündür¹⁶². Benzer şekilde, teşebbüslerin bir araya gelerek oluşturacakları teşebbüs birliklerinin alacağı kararlarla da rekabet sınırlandırılabilir¹⁶³.

İşte ilaç sektöründe dağıtıcı konumunda olan ecza depoları ile sağlayıcı konumunda bulunan ilaç firmaları arasındaki dağıtım anlaşmalarının rekabet hukuku bakımından dikey anlaşma sayılmaları nedeniyle bu anlaşmaların rekabet karşıtı amaçlara hizmet

¹⁵⁹ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 7-8.

¹⁶⁰ A.g.e., s. 9.

¹⁶¹ A.g.e., s.9.

¹⁶² Aslan, Teori, s. 205.

¹⁶³ A.g.e., s. 205.

etmelerinin önüne geçilmesi adına RKHK uyarınca tarafların birtakım sınırlamalara uygun sözleşme akdetmeleri gerekmektedir.

Çalışmamızda ecza depoları ile ilaç firmaları arasında yapılan anlaşmanın bir dikey anlaşma olması hasebiyle konu RKHK md. 4 çerçevesinde incelenecektir. RKHK'nin 4. maddesinde rekabete aykırı amaç veya etki taşıyan ve sıklıkla karşılaşılan anlaşma hükümleri örnek kabilinden sayılmıştır¹⁶⁴. Bunlar dışında rekabete aykırı amaç veya etki taşıyan başka anlaşmalar da RKHK md. 4 çerçevesinde yasaklanabilecektir. Her ne kadar bu sınırlamalara aykırılığın sonuçları da konunun ele alınması bakımından önem arz etse de bu çalışmamızda öncelikle ilaç sektöründeki dağıtım sözleşmelerine yönelik rekabet kurulu kararları dikkate alınarak sınırlamalar ortaya konulması amaçlanmış ve tezin kapsamı bu şekilde sınırlandırılmıştır. Aşağıda RKHK md. 4'te örnek olarak sayılan anlaşmalar ilaç sektörü özelinde incelenecektir.

II. İlaç Sektöründeki Dağıtım Sözleşmelerine Yönelik Rekabet Hukukundan Kaynaklanan Sınırlamalar

Farklı firmalara ait aynı türde ürünleri içeren dağıtım anlaşmaları firmalar arasında rekabete neden olmaktadır. Örneğin, farklı ilaç firmalarının aynı etken maddeye sahip pek çok ürünü vardır ve ecza depoları tarafından ihaleler yoluyla veya doğrudan serbest eczanelere satılması yoluyla dağıtımını gerçekleştirilir. Bu durum, sağlayıcılar ve dağıtıcılar bakımından rekabetçi bir süreç yaratarak etkin bir dağıtım ağı kurulmasını desteklemektedir¹⁶⁵.

Öte yandan, dağıtım anlaşmaları, yeniden satıcının sözleşme konusu ürünleri yeniden satarken uyması gereken kısıtlamaları içerdiğinden çoğu durumda RKHK'nin 4.

¹⁶⁴ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 76.

¹⁶⁵ Aslan, Teori, s. 87.

maddesine aykırı hükümler içermektedir¹⁶⁶. Bunun temel nedeni, sağlayıcı ile yeniden satıcının menfaatlerinin birbirinden farklı olmasıdır. Burada kastedilen, sağlayıcı, markasının uzun dönem menfaatini dikkate alarak ticari kararlar verirken; yeniden satıcının menfaati kısa dönemde olabildiğince kâr elde etmektir. Yeniden satıcının sağlayıcı aleyhine kendi kârını artıracak seçimi yapması sağlayıcı için dışsallığa neden olur.

Türk rekabet hukukunda rekabete aykırı amaç veya etki taşıdığı için yasaklanan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkin düzenleme RKHK'nin 4. maddesinde yer almaktadır¹⁶⁷. Bu maddede uygulamada sıklıkla karşılaşılan anlaşma hükümlerinin bir listesi bulunmaktadır. Bununla beraber, bu listede sayılmamakla beraber RKHK'nin 4. maddesi bağlamında yasaklanabilecek başka anlaşma hükümleri de olabilir. Nitekim, bu husus mezkûr maddenin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar dikey veya yatay anlaşmalar şeklinde olabilmektedir. Aynı seviyede yapılan anlaşmalara yatay anlaşma denmekte ve bu tür anlaşmaların bizatihi rekabeti bozucu etkilerinin olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşten hareketle Maddenin ikinci fıkrasında en sık rastlanan rekabeti sınırlama anlaşmaları örnek olarak sayılmış ve bu tür anlaşmaların bizatihi yasak olduğu vurgulanmıştır. Şuna da dikkat çekilmelidir ki bu fıkra da zikredilen örnekler tahdidi değil taddidir¹⁶⁸.”

Aşağıda RKHK md. 4/2 maddesinde düzenlenen ve ecza depoları ile sağlayıcı ilaç firmaları arasında akdedilen anlaşmalar gözetilerek rekabete aykırı amaç veya etki taşıyan yasaklar incelenmektedir.

¹⁶⁶ A.g.e., s. 86.

¹⁶⁷ S. Turgut, Rekabet Hukukunda Muafiyet, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 12, S: 46, (2021), s. 260.

¹⁶⁸ Rekabet Kanunu Madde Gerekçeleri, <https://www.Rekabet.Gov.Tr/Tr/Sayfa/Mevzuat/4054-Sayili-Kanun/Madde-Gerekceleri>, e.t. 01.02.2023.

1. Fiyat ve Diğer Ticari Koşulların Tespiti

RKHK md. 4/2 (a) bendi ile teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşmalar, aldıkları teşebbüs birliği kararları veya uyumlu eylemle yoluyla fiyat veya diğer ticari koşulları belirlemeleri yasaklanmıştır¹⁶⁹. Teşebbüslerin yaptıkları anlaşmalar ile bu amacı gütmeleri gerekmez, sonucunda rekabetin kısıtlanması veya kısıtlanabilecek etkinin oluşması yeterlidir. Yeniden satış fiyatının belirlenmesi bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁷⁰. Bilindiği üzere, pazar arz ve talebin karşılaşması sonucu oluşur ve rekabetin en önemli unsurunu teşkil eder. Şayet fiyat pazar koşulları dışında belirlenirse bu durum her zaman rekabete aykırı olarak değerlendirilir¹⁷¹. Uygulamada yeniden satış fiyatının belirlenmesi yoluyla rekabetin kısıtlanmasına sıklıkla rastlanmaktadır¹⁷². Örneğin, bir ürünün üreticisinin dağıtıcı ile yaptığı distribütörlük sözleşmesiyle ürünün satış fiyatını veya azami satış fiyatını belirlemesi¹⁷³ veya fiyat kontrolü sağlayan diğer anlaşmalar¹⁷⁴ RKHK md. 4/2(a)'ya aykırılık teşkil edecektir. Bunun gibi, bir dikey anlaşmada tarafların perakende satış fiyatına ilişkin doğrudan bir fiyat belirlemeleri yerine bir formülde mutabık kalarak dolaylı şekilde fiyatı belirlemeleri de yasaktır. Bu bağlamda, fiyat tespitinin doğrudan veya dolaylı şekilde yapılması sonucu değiştirmeyecektir. Bununla beraber, Aşçıoğlu isabetli olarak kâr marjının veya indirim oranlarının belirlenmesinin de fiyat oluşumunu etkilemesi nedeniyle fiyat belirlemesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁵.

Öte yandan, doğrudan veya dolaylı fiyat tespitinden ayrı olarak, teşebbüsler arasında bir taban fiyat veya tavsiye edilen fiyat belirlenmesi mezkûr maddeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Neticede, bu senaryoda alıcının ürünün fiyatını belirleme serbestisi

¹⁶⁹ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 77.

¹⁷⁰ P. Güven, Rekabet Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, İstanbul 2009, s. 92.

¹⁷¹ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 77.

¹⁷² Rekabet Kurulu'nun 03-73/876(A)-374 Sayılı ve 13.11.2003 Tarihli Kararı; Rekabet Kurulu'nun 03-73/876(B)375 Sayılı ve 13.11.2003 Tarihli Kararı; Rekabet Kurulu'nun 03-73/876(D)-377 Sayılı Ve 13.11.2003 Tarihli Kararı.

¹⁷³ Güven, s. 92.

¹⁷⁴ E. Badur, "Rekabet Hukukunda Fiyat Sınırlamaları", Rekabet Dergisi, S: 7, Temmuz-Ağustos-Eylül 2001, s.29.

¹⁷⁵ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 78.

engellenmemektedir. Bu bakımdan, taraflardan birinin baskısı ile asgari satış fiyatına dönmedikçe, sağlayıcının satış fiyatını tavsiye etmesi veya azami fiyat belirlemesi 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne¹⁷⁶ uygun olacaktır. Örneğin; Rekabet Kurulu'nun ilke kararlarından biri olduğu için yer vermek istediğimiz DiaSa'nın franchise sözleşmesiyle yeniden satış fiyatını belirlediği iddiasını incelediği kararında¹⁷⁷ franchise mağazalarına gönderilen kasaların DiaSa'ya teknik manada bağlı olduğu, firmanın her gece stokundaki ürünleri ve bu ürünlerin fiyatlarını kasalara yüklediği, bu yükleme neticesinde franchise mağazalarının satış fiyatında bir değişiklik yapılamadığı şikayetçilerce belirtilmiştir. Kurul yaptığı incelemede öncelikle sözleşmelerde fiyat indirimini engelleyen bir düzenleme olmadığını ve franchise mağazalarının fiyatta değişiklik yapabileceklerinin uygulamalı olarak kendilerine gösterildiğini ve somut olayda azami satış fiyatının DiaSa tarafından belirlendiği sonucuna vararak "2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinin (a) bendinde, alıcının satış fiyatının belirlenmesi eyleminin muafiyet kapsamında olmadığı, sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla sağlayıcının azami satış fiyatı belirlemesi ya da fiyat tavsiyesinde bulunmasının mümkün olduğu" vurgulamıştır. Rekabet Kurulu'nun yeniden satış fiyatı ile tavsiye fiyat arasındaki farkları incelediği ve benzer konuya ilişkin vermiş olduğu diğer kararlarında sıklıkla atıf yapması nedeniyle yer vermek istediğimiz Gilette kararında¹⁷⁸ distribütörlerin el terminallerinde bulunan fiyatlara müdahale edebildikleri, bu fiyatlarda özgürce iskonto yapabildikleri belirtilmiş ve Gilette tarafından distribütörlere gönderilen fiyat listesinin yalnızca tavsiye niteliğinde olduğu anlaşılmıştır.

Öte yandan, yeniden satış fiyatının bir yasal zorunluluk uyarınca tespit edilmesi halinde RKHK md. 4/2(a) uygulanamayacaktır¹⁷⁹. Bu bağlamda, ülkemizde ilaç fiyatları Beşerî Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılması Hakkında Tebliğ¹⁸⁰ uyarınca referans fiyat

¹⁷⁶ 2002/2 Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, RG. 14.07.2002/24815, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=39031&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>, e.t. 13.11.2023.

¹⁷⁷ Rekabet Kurulu'nun 09-57/1386-359 sayılı ve 25.11.2009 tarihli kararı.

¹⁷⁸ Rekabet Kurulu'nun 08-25/261-88 sayılı ve 20.03.2008 tarihli kararı.

¹⁷⁹ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 80.

¹⁸⁰ Beşerî Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılması Hakkında Tebliğ, RG. 29.09.2017/301, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=23924&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>, e.t. 20.11.2023.

sistemine göre Fiyat Değerlendirme Komisyonu’nca belirlenir. Bu tebliğin 12/2 maddesi “komisyon, ilaç fiyatlarının artırılması, azaltılması, aynı kalması veya bu Tebliğ hükümlerine göre fiyatı belirlenemeyen ürünlerin fiyatlarının belirlenmesi yönünde kararlar alır” şeklindedir. Tebliğin 13. maddesinde ise fiyatları komisyonca belirlenen ilaçların, ilaç firmalarınca ecza depolarına satışında uygulanacak en fazla kar oranı ile ecza depolarından eczanelere yapılacak ilaç satışlarında uygulanacak en fazla kar oranı tespit edilmiştir. Dolayısıyla, fiyatların ve yeniden satış fiyatlarının yasal düzenlemelerle belirlendiği sektörlerde RKHK md. 4/2(a)’daki sınırlama uygulama alanı bulamayacaktır. Nitekim, Rekabet Kurulu bir kararında¹⁸¹ ilaç firması (Pfizer) ile ecza deposu (Öz-Sel) arasındaki ürün tedarik sözleşmesinde ecza deposunun Sağlık Bakanlığı’nın belirlediği depocu fiyatını aşamayacağı yönündeki düzenlemenin ilgili mevzuatta öngörülen zorunluluk olması karşısında ilaç firmasının ecza deposunun fiyatlarına müdahalede bulunduğu sonucuna varılamayacağını belirtmiştir.

Diğer yandan, ilaç sektörü gibi kısmen regüle edilen pazarlarda teşebbüslerin bütünüyle bağımsız karar alma olanağı ortadan kalktığı da söylenemeyecektir. Rekabet Kurulu’nun verdiği bir kararda¹⁸² “ilaç pazarının perakendeci seviyesinde reklam yapılmasının yasaklanması, ilacın azami perakende satış fiyatının belirlenmesi gibi düzenlemeler, eczanelerin bağımsızca ekonomik karar alma olanağını sınırlandırmış olmakla birlikte, bunu tamamen ortadan kaldırmamıştır. Eczanelerin, Sağlık Bakanlığı’nca belirlenen azami perakende ilaç fiyatlarının altında bir fiyattan ilaç satışını da içermek üzere, mevzuatta açıkça yasaklanmayan konularda münferiden ve bağımsızca karar alma özgürlüğü bulunmaktadır. Bu çerçevede, Türk Eczacıları Birliği’nin 31. Olağan Büyük Kongresi’nde alınan, eczanelerin belirlenen azami fiyatların altında bir fiyattan ilaç satışı yapmasını, dolayısıyla eczanelerin münferiden ve bağımsızca ekonomik karar almasını engelleyen teşebbüs birliği kararı açıkça 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesine aykırıdır” değerlendirmesini yapmıştır. Son olarak, RKHK devlet

¹⁸¹ Rekabet Kurulu’nun 05-70/970-267 sayılı ve 20.10.2005 tarihli kararı.

¹⁸² Rekabet Kurulu’nun 00-35/393-220 Sayılı ve 18.09.2000 tarihli kararı.

ihalelerine de uygulanmaktadır¹⁸³. Rekabet Kurulu'nun bu yönde bir kararı¹⁸⁴ bulunmaktadır. Bu bakımdan, devletin ilaç alımı için açtığı ihalelere katılan teşebbüsler bakımından RKHK uygulanacaktır.

2. Pazar Paylaşma

RKHK 4/2(b) maddesinde sayılan rekabeti kısıtlayıcı etkisi bulunan örneklerden biri de pazar paylaşmadır. Bu maddede neyin rekabeti sınırlayıcı olduğu açık değildir fakat Rekabet Kurulu kararlarından anlaşıldığı kadarıyla pazar paylaşma ile kastedilen müşteri, toprak paylaşma ve kullanım sınırlamalarıdır. Bu bağlamda, iki teşebbüsün anlaşarak ülkeyi bölgelere ayırmak ve birbirlerinin bölgelerine girmemeyi kabul etmeleri pazar paylaşma anlaşmalarının örneği olarak sayılmaktadır¹⁸⁵. Konunun anlaşılması amacıyla Rekabet Kurulu'nun bir ilke kararından söz etmek isteriz. Rekabet Kurulu, Ege Bölgesinde faaliyette bulunan çimento fabrikalarının bölgeyi müteahhitler ile anlaşarak paylaştıkları, bu sayede belirli dönemlerde fahiş fiyat artışı yapıldığı ve ihaleleri kazanan müteahhitlerin çimento fabrikalarıyla çalıştıkları değerlendirilerek ilgili teşebbüslere 2001 yılı net satışlarının takdiren %1'i oranında ceza vermiştir¹⁸⁶.

Üreticilerin, dağıtıcılara sattığı ürünlerin dağıtıcılarca kimlere satılacağına veya satılamayacağına karar verilmesi amacıyla konan kısıtlamalara “müşteri paylaşma” denir¹⁸⁷. Örneğin, ürünlerin yalnızca otellere veya restoranlara satılması yönünde sınırlamalar bir malı satın alan kişinin bu mal ile serbestçe tasarruf edebileceğinden rekabeti bozucudur ve pazar paylaşmayla aynı etkiyi doğurur¹⁸⁸. Bu neviden sınırlamalara ilaç firmaları ile ecza depoları arasında yapılan anlaşmalarda yer almaz çünkü ilaç firmaları ürünlerinin hastalara ulaştırılmasını, satılmasını ister. Bu nedenle, dağıtıcı

¹⁸³ Aslan, Teori, s. 135.

¹⁸⁴ Rekabet Kurulu'nun 04-05/54-15 sayılı ve 19.01.2004 tarihli kararı. (Danıştay'ın 13. Dairesinin İptali Üzerine Rekabet Kurulu'nun Aynı Konuya İlişkin 26.05.2006 Tarihli ve 06-36/464-126 Sayılı Kararı Mevcuttur)

¹⁸⁵ Aslan, Teori, s. 320.

¹⁸⁶ Rekabet Kurulu'nun 07-62/740-268 Sayılı, 26.07.2007 Tarihli Kararı.

¹⁸⁷ Aslan, Teori, s. 321.

¹⁸⁸ A.g.e., s. 321.

konumdaki ecza depolarına ürünlerinin belirlenen eczanelere satılması yönünde kısıtlamalar ilaç firmalarının menfaatine sayılmayacaktır. Ancak ihale kanalı için akdedilen sözleşmelerde bu neviden sınırlamalara rastlanır, bu hususu aşağıda detaylandıracağız.

Rekabet Kurulu’nun ilaç sektörüne ilişkin oyçokluğu ile verdiği bir kararında¹⁸⁹ Roche ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. (EİP) kanser tedavisinde kullanılan, aynı etken maddeli ilaçlarının (Kytril ve Setron) ihale kanalından satışı konusunda aynı ecza deposuyla anlaşmalarının rekabeti kısıtladığı, “2003 yılında, Beşer’in katıldığı devlet hastaneleri ihalelerinde ağırlıklı olarak Setron, üniversite hastaneleri ihalelerinde ise ağırlıklı olarak Kytril satılırken; devlet/üniversite hastanelerine satışlarda 2004 yılında Kytril ile Setron’un 2003 yılındaki payları çapraz olarak yer değiştirdiğini” belirtmiş ve “Roche ve EİP’nin, ihalelere yönelik olarak aynı depoya çalışmalarının, bazı ihalelere ürünleri için teklif verilmemesi ve ürünlerinin bu ihalelerin dışında kalması sonucunu doğuracağını bilmemeleri olanaksızdır. Oysa rekabet etme ve bu yolla karını artırma güdüsüyle hareket eden bir piyasa oyuncusunun, fiziki bir engel olmadığı sürece tüm ihalelere katılmak istemesi beklenmelidir. Sağlayıcıların, yıl içinde gerçekleştirilen yüzlerce ihalenin her birini yakından izlemesi mümkün olmasa da ürünlerinin ihalelerin önemli bir kısmının dışında kalmasını makul karşılamalarını ve buna karşı önlem almamalarını rekabetçi bir bakışla anlamak mümkün değildir” tespitini yaparak devlet ve üniversite hastanelerinde pazar paylaşıldığına ve bu durumun RKHK md. 4’ü ihlal ettiğine karar vermiştir.

3. Üretimin Sınırlandırılması

RKHK md. 4/2(c) bendinde rekabeti sınırlayıcı bir durum olarak “mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi” sayılmıştır. Bu maddede iki veya daha fazla teşebbüsün anlaşarak ürün arz miktarını

¹⁸⁹ Rekabet Kurulu’nun 06-51/655-183 Sayılı ve 13.7.2006 tarihli Kararı.

sınırlayarak fiyatının artmasını sağlamaları söz konusu olur ve bu türden anlaşmalar rekabete sınırlayıcı anlaşmalardır¹⁹⁰.

Dikey anlaşmalarda sağlayıcının dağıtıcı ile olan anlaşmasına satış artırması amacıyla ürün siparişi verme yükümlülüğü öngörmesi bu sınırlama kapsamında değerlendirilebilir. Rekabet Kurulu menfi tespit talebiyle kendisine gelen bir başvurudaki¹⁹¹ araç bayilik anlaşmasındaki “bayi; sağlayıcı tarafından belirlenen aralıklarda, satışı artırma uygulamaları kapsamında, anlaşma konusu malları sipariş etmek ile yükümlüdür” ifadelerini bayiye belirli miktarlarda satış hedefleri koymakta ve o miktar malı sürekli satın alma yükümlülüğü getirmesini RKHK 4/2(a) ile 4/2(c) maddesinde bulunan, “Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü” kapsamında değerlendirmiştir.

İlaç sektöründe ise Rekabet Kurulu’nun incelediği ve “mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü”ne yönelik anlaşmalar olarak nitelendirilebilecek uygulamalara sık rastlanmamaktadır. Bununla beraber, bir teşebbüs birliği sayılan Türk Eczacılar Birliği’nin (TEB) 4-7.12.1997 tarihlerinde yapılan 31. Olağan Büyük Kongre’sinde aldığı “Eczanelerin Sağlık Bakanlığı’nın belirlediği fiyatların altında ve üstünde, yani dışında ilaç satmaması hususunda TEB Merkez Heyeti’ne çalışma yapması için görev verilmesine...” kararı Rekabet Kurulu’nun önüne gitmiştir¹⁹². İncelemelerde TEB’in üyeleri olan eczacılara gönderdiği yazılarda “İlaç stoklarımızı ve ilaç alımlarımızı mümkün olan en alt düzeye çekeceğiz”, “Promosyonlu ya da promosyonsuz tüm firma kampanyalarını sorun çözülünceye kadar boykot ediyoruz”, “yeni çıkan ilaçları ‘gerekmedikçe’ almayacağız”, “İlaç alımlarımızı mümkün olan en uzun vadelere yönlendireceğiz” ve “ilaç alımlarımızda kendi kurumlarımız olan kooperatifleri tercih edeceğiz” ifadelerine yer verilmesi Rekabet Kurulu tarafından “eczanelerin bağımsızca ticari karar alma özgürlüğünü kısıtlaması ve bu yönüyle ilacın perakende satış seviyesindeki rekabeti sınırlama amaçlı olması ve sağlayıcıların eski satış koşullarına

¹⁹⁰ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 84; Aslan, Teori, s. 319.

¹⁹¹ Rekabet Kurulu’nun 01-32/315-92 Sayılı ve 10.07.2001 tarihli kararı.

¹⁹² Rekabet Kurulu’nun D1/1/M.Ö.-98/10 sayılı ve 18.09.2000 tarihli kararı.

yönlendirilmeye çalışılması” nedeniyle RKHK md. 4/2(c) çerçevesinde değerlendirilmiştir.

4. Pazara Girişlerin Engellenmesi

Rakip teşebbüslerin gizli ya da açık anlaşmalarla pazara girişlerinin engellenmesi RKHK md. 4/2 (d) bendinde yasaklanmaktadır. Bu hüküm literatürde yeterince anlaşılır olmaması nedeniyle eleştirilmektedir¹⁹³. Gerçekten, ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin rakiplerine karşı yürütecekleri çalışmalarla onların faaliyetlerini zorlaştırmaları mümkündür. Hatta bu çalışmalar sonucu rakip söz konusu faaliyetlerinden vazgeçmek zorunda kalabilir. Bunlar ticaret hayatında olağandır. Fikrimizce, teşebbüslerin hareket serbestisinin desteklenmesi ve bu bağlamda tüm rekabetçi davranışların yasaklanmaması gerekmektedir¹⁹⁴. Ancak, bir malın üreticileri birliği ile bu birliğin üyesi olmayanlar arasında bir ayırım gözeterek üye olmayanlardan mal veya hizmet alınmamasının kararlaştırılması RKHK md. 4/2 (d) maddesi kapsamında sayılacaktır¹⁹⁵. Bununla birlikte, her teşebbüs birliği kararı da bu madde kapsamında değerlendirilemeyecektir. Örneğin, bir teşebbüs birliğinin tavsiye niteliğindeki kararı o tavsiyelerin talimat gibi görülüp uygulanmak zorunda olmadığı bir durumda rekabeti engelleyici nitelikte sayılamayacaktır¹⁹⁶. Ayrıca, bir teşebbüs birliği kararlarının madde kapsamında değerlendirilmesi için yazılı olması gerekmez, birliğin üyelerinin davranışlarını ortaklaştırmaya çalışan tüm fiiller rekabetin sınırlandırılması olarak değerlendirilecektir¹⁹⁷. Rekabet Kurulu bir kararında bu husus şu şekilde vurgulanmıştır:

“PÜİS ve TABGİS’in kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanmaya başlanması ve promosyon faaliyetlerinin kaldırılmasına ilişkin gerçekleştirdikleri basın duyuruları ve yazışmaların, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4 üncü maddesi

¹⁹³ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 87.

¹⁹⁴ A.g.e. s. 87.

¹⁹⁵ Aslan, Teori, s. 249.

¹⁹⁶ A.g.e., s. 253-254.

¹⁹⁷ A.g.e., s. 256.

kapsamında bir aykırılık teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Söz konusu teşebbüs birliklerinin karar defterlerinde konuya ilişkin bir kararın olmaması ya da bu kararı üyelerine resmi tebligat kurallarına göre göndermemiş olmaları, bu eylemlerin Kanun’un 4 üncü maddesi kapsamı dışına çıkması için yeterli bir gerekçe değildir¹⁹⁸.”

İlaç sektöründe pazara giriş engellenmesi yoluyla rekabetin sınırlandırılması çoğunlukla ilaç firmalarının çalıştıkları depo sayısını sınırlandırma kararları yoluyla gerçekleşmektedir. Bu bağlamda, ilaç firmaları ilaçlarının çeşitli kriterlere göre seçtikleri belirli sayıda ecza depoları eliyle dağıtılmasını tercih edebilmektedir. Bir ecza deposu tarafından Rekabet Kurulu’na yapılan başvuruda¹⁹⁹ ilaç firmasının dağıtım ağında ticari kararıyla bir sınırlamaya giderek bundan böyle seçtiği 15 ecza deposuyla çalışacağı, kendisi dahil diğer ecza depoları üzerinden ürünlerini dağıtmayacağından hareketle ayrımcılık yapıldığı ve hâkim durumun kötüye kullanıldığı iddia edilmiştir. Kurul, konuyu incelemiş ve ilaç firmasının seçim kriterlerinin “deponun finansal yapısı, yürürlükte bulunan mevzuata uygun faaliyet gösterip göstermediği, büyüklüğü ve kapasitesi gibi ticari açıdan makul kabul edilebilecek bazı hususların dikkate alındığı, bunun dışında herhangi bir kriter belirlenmediği ve satışların seyri ve pazar ihtiyaçları gözetilerek, ihtiyaç duyulması halinde başka depolarla da çalışılabileceği”ni belirtmiştir.

Öte yandan, Kurul, bir ilaç firması tarafından dört adet ürünü için “ecza depolarının dağıtım ve lojistik sistemlerinde efektif olması, depoculuk sektöründeki geçmiş yıl tecrübeleri, finansal açıdan belirli bir güce sahip olmaları ve kooperatifler ile ulusal ve yerel ecza depolarını da kapsayacak şekilde ecza depoları arasında çeşitliliğin sağlanması” kriterleri dikkate alınarak kurulmak istenen seçici dağıtım sistemine dair bireysel muafiyet başvurusuna ilişkin kararında ise²⁰⁰ başvuruya konu dört ürün için ecza depo sayısının 40’tan dokuza düşeceği ve firmanın seçici dağıtım sisteminin benimsenmesi amacıyla ileri sürdüğü paralel ihracat yoluyla ürünlerinin satılmasının önüne geçilmesi, söz konusu dört ürünün sevkiyatının özel koşullara tabi olması gerektiği

¹⁹⁸ Rekabet Kurulu’nun 00-35/392-219 sayılı ve 18.09.2000 tarihli kararı.

¹⁹⁹ Rekabet Kurulu’nun 2020-3-046 sayılı ve 25.02.2021 tarihli kararı.

²⁰⁰ <https://www.rekabet.gov.tr/karar?kararid=42368006-634f-4cdb-9ca9-187fec4e6ca9>, E.T. 24.01.2023.

ve tüketici sağlığını doğrudan etkileyen ilaçların, doğru bir şekilde hastalara ulaştırılması şeklindeki gereklerinin esasında seçici dağıtım sistemine geçilmesinin şart olmadığı belirterek firmanın savlarını ikna edici bulmamıştır. Kurul bir değerlendirme yaparken ürünün tüketiciler açısından önemini de dikkate almaktadır. Burada söz konusu ürün “ilaç” olduğundan Kurul’un tüketicilerin ilaca erişiminin zorlaştıracak eylemleri rekabeti sınırlandırıcı eylem olarak değerlendirmektedir. Nitekim, bir ilaç firmasıncı dağıtım ağındaki ecza depo sayısını “5’ten az olmayacak ancak 10’u açmayacak” şekilde sınırlandıran anlaşma için muafiyet talep edilmiş fakat Kurul, ilaç firmasının bu uygulamasının pazardaki rekabetin kısıtlanması etkisini doğurabilecek bir dikey ilişki tesisine neden olabileceğinden hareketle reddetmiřtir²⁰¹. Firma ise menfi tespit taleplerinin RKHK md. 6 çerçevesinde incelenmediğini, firmalarının eczane kanalındaki satışlarındaki pazar payının düşük olduğunu, Kurul’un kararında muafiyet başvurusunda bulunurken iletilen 19 ülke ve literatüre dair hususları değerlendirmedini savunarak kararın iptali istemiyle idare mahkemesine başvurmuştur. İdare mahkemesi, kararında²⁰²:

“Roche’nin 30’un üzerinde çalıştığı ecza depolarının çoğuyla çalışmayı bırakıp az sayıdaki ecza deposuyla yeni bir dikey ilişkiye söz konusu uygulama ile girmiş olacağı ve böylece sağlayıcı-dağıtıcı temelinde yeni bir sistem kurulmuş olacağı, her ilaç şirketinin Roche benzeri kararlar ile çalışmış olduğu ilaç deposu sayısını azaltması olasılığı düşünüldüğünde halihazırda oldukça yoğunlaşmış olduğu Karar’da ortaya konulmuş olan ilgili pazarda rekabetin azalmasının önüne geçilemeyecek bir durumun söz konusu olduğu, ayrıca karar ile küçük ecza depolarının yanısıra küçük ölçekli ilaç üreticileri, eczaneler gibi ilgili pazardaki birçok oyuncunun rekabetçi ortamının nihai olarak tüketicilerin refahının korunmaya çalışıldığı, "ilaç" gibi tüketiciler bakımından hayati öneme sahip bir ürünün dağıtım ağının mümkün olduğu kadar geniş tutulmasının kamu yararına olduğu anlaşıldığından, satış sözleşmesi çerçevesinde sınırlı sayıda ecza deposu ile çalışması uygulamasına menfi tespit belgesi verilmesi ya da muafiyet tanınması istemiyle yapılmış olan başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde

²⁰¹ Rekabet Kurulu’nun 12.12.2019 tarih ve 19-44/732-312 sayılı kararı.

²⁰² T.C. Ankara 3. İdare Mahkemesi, 2020/1034 E., 2021/241 K.

hukuka aykırılık görülmemiştir” değerlendirmesinde bulunmuş ve başvuruyu reddetmiştir.

5. Ayrımcılık

RKHK md. 4/2 (e) bendi, teşebbüslerin, teşebbüs birliklerinin anlaşma veya uyumlu eylem yoluyla ilgili pazarda diğer teşebbüsler arasında ayrımcılık yapmalarının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Bu madde Avrupa Birliği Anlaşması’nın²⁰³ 101/1 (d) bendi ile paralel olduğundan yer vermek isteriz. Söz konusu madde şu şekildedir:

“Üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır:

(d) Ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokan...”

Hem RKHK md. 4/2 (e) hem de Avrupa Birliği Anlaşması md. 101/1 (d) “eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki teşebbüslere farklı şartlar uygulamaları” yasaklamaktadır²⁰⁴.

Bununla beraber, her türlü aykırılık rekabeti sınırlayıcı sayılmamalıdır. Bu maddede kastedilen rasyonel olmayan nedenlerle teşebbüslerden birinin diğerine göre rekabette dezavantajlı duruma düşürülmesidir²⁰⁵. Nitekim, Rekabet Kurulu’nun Danıştay’ın da uygun bulduğu bir kararında²⁰⁶ rasyonel gerekçelere dair bir

²⁰³ <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, e.t. 05.03.2023.

²⁰⁴ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 90.

²⁰⁵ A.g.e., s. 90.

²⁰⁶ T.C. Danıştay 10. Daire, 24.05.2004, 2002/871 E., 2004/5103 K.

değerlendirme yapılmış ve uyumlu eylem karinesinin somut olay bakımından uygulanamayacağını belirtmiştir:

“Dosyada bulunan bilgi ve belgelere göre; banka kredi teminatlarının sigortalanması olarak belirlenen ürün pazarındaki uygulamalarının, davalı idarece yerinde araştırıldığı görüldüğünden davacının eksik inceleme yapıldığı yolundaki iddiasına itibar edilmemiştir. Anılan bilgi ve belgelerin incelenmesinden, bankaların uygulamalarının teşebbüsler arası bir anlaşma ya da teşebbüs birliği kararına dayanmadığı, piyasada ortaya çıkan fiili durumun ise; her bir bankanın rakiplerinden bağımsız, tek taraflı olarak, kredilerin geri dönüşünü olabilecek en uygun şekilde güvence altına almak, tahsilat kolaylığı sağlamak ve bu arada acentelik ve kar payı geliri elde etmek gibi ekonomik ve rasyonel nedenlerle hareket ettikleri anlaşılmakta olup, olayda, sonuçlardan hareketle uyumlu eylem karinesinin kabul edilmesi de mümkün değildir.”

Öte yandan, Rekabet Kurulu bir başka kararında²⁰⁷ rasyonel gerekçelerin bulunmadığını şu şekilde değerlendirmiştir: “Selçuk Ecza Deposu, Hedef Ecza Deposu ve Es Ecza Deposu’nun Antalya Eczacı Odası’nın etkisiyle ve rasyonel ekonomik gerekçelere dayanmaksızın 18.9.2002 tarihinde Kotan Eczanesi’ne vadeli satışlarını durdurarak ve bu sayede anılan eczanenin etkinliklerini güçleştirecek şekilde uyumlu hareket ederek 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası üzerine tesis edilen kararda; söz konusu davranışın herhangi bir rasyonel ve ekonomik gerekçeye dayanmadığı ve bu nedenle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. Maddesi anlamında uyumlu eylem neticesinde ortaya çıktığı sonucuna ulaşmıştır.”

İlaç sektörü özelinde baktığımızda Rekabet Kurulu kararlarında ilaç firmalarınca ecza depolarının seçimi ile depolar arasındaki ilişkide adil davranılmadığı veya ihaleler yoluyla hastanelere ürün tedarik eden bayilerin hastanelere eşit şartlarla ürün sağlamadığı iddialarının değerlendirildiği görülmektedir.

²⁰⁷ Rekabet Kurulu’nun 2003-1-39/BN-03-ECG sayılı ve 3.5.2004 tarihli kararı.

Rekabet Kurulu bir kararında²⁰⁸ ecza deposunca kendisine ürün tedarikinin kesildiği, ilaç firmasının ayrımcılık yaptığı ve hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasını incelemiştir. Bu olayda, ilaç firması organizasyonel nedenlerle ticari açıdan ihtiyaç duyulan sayıda depo ile çalışmaya karar vermiş ve bu nedenle sözleşmesi sona eren başvuru ecza deposuna ürün tedarikini kesmiştir. Bu kararda, Rekabet Kurulu ürün tedarikinin kesilmesi ile “markalar arası ve marka içi rekabeti etkileyecek nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesi”nin ecza depolarıyla yapılan sözleşmelerin RKHK’nin 4. Maddesini ihlal edip etmediği tespiti için yeterli olduğunu belirtmiştir. Kararda “sunulan sözleşmelerin, ALLERGAN ürünlerine rakip ürünler ile aynı etkin maddeye sahip eşdeğer ürünlerin pazara erişimini sınırlayacak/engelleyecek nitelikte herhangi bir münhasırlık veya rekabet yasağı hükmü içermediği, dolayısıyla sözleşmelerin markalar arası rekabeti etkileyebilecek bir yönünün bulunmadığı değerlendirilmektedir. Nitekim Depolara münhasır satış yetkisi verilmediği açıkça belirtilmiştir. Fiyat maddesi incelenmiş fakat bu madde de Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılması Hakkında Tebliğ’e uygun olduğundan ihlal tespit edilememiştir. Son olarak, Kurul sözleşmelerin deponun beyan ve yükümlülükleri maddesini incelemiş ve bu maddede “ALLERGAN ürünlerinin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde satılacağı, düzenlenerek yurt dışına satış yasağı getirilmektedir. İlgili maddenin ALLERGAN ürünlerinin yurtdışına çıkmasını önlemek amacıyla düzenlendiği açıktır. İhracat yasakları Türkiye pazarını doğrudan etkilememekte ve ilgili sektörde arzın devamlılığını sağlamaktadır. Bu nedenle paralel ihracata ilişkin olarak getirilen kısıtlamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı değerlendirilmektedir.” Sonuç olarak, sözleşmelerin marka içi rekabete etki etme ihtimalinin bulunmadığı, çalışılan depoların diğer depolara ürün sağlamasının önünde bir engel bulunmadığı tespit edilerek sözleşmelerin RKHK 4. maddesi kapsamında olmadığı değerlendirilmiştir. Burada bir hususa daha dikkat çekmek isteriz. RKHK’nin md. 4 kapsamındaki ayrımcılık yasağı ile md. 6’daki hakim durumun kötüye kullanılmasına bağlı olarak “eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması” kavramları karıştırılabilmektedir. RKHK md.4/2 (e)’nin amacı iki veya daha fazla teşebbüsün aralarında anlaşmak suretiyle ticari ilişkileri olan bir teşebbüse

²⁰⁸ Rekabet Kurulu’nun 21-10/129-54 sayılı ve 25.02.2021 tarihli kararı.

diğerinden farklı şartlar uygulanmasının önüne geçmektir.²⁰⁹ Hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin mezkur kanunun 6/2 (b) bendi ise bir teşebbüsün hakim durumundan faydalanarak bir ayrımcılık yapmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Bu bakımdan, ilk halden farklı olarak ikinci durumda bir teşebbüsün tek taraflı bir pazar kararı ve uygulaması söz konusudur²¹⁰. Somut olayda, “ALLERGAN’ın serbest eczanelere yönelik ecza depoculuğu alanında faaliyetinin bulunmadığı, dolayısıyla, DENGİ ile sözleşme yapmayı reddetme davranışının, kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan herhangi bir zarar teorisine uymadığı”, “DENGİ’nin ALLERGAN ürünlerini diğer ecza depolarından temin etmesi ya da yakın gelecekte ALLERGAN ile tekrar çalışmaya başlaması önünde herhangi bir engel bulunmaması” ve “ecza depoculuğu pazarında, serbest eczanelere yönelik dağıtım faaliyetinde bulunan birçok teşebbüsün faaliyet göstermesi neden”leriyle RKHK md. 6 bakımından bir ihlal sonucuna varılmamıştır.

Yine, Rekabet Kurulu bir hastanenin malzeme alımında distribütörün diğer bölgelere kıyasla kendisine yüksek fiyat uyguladığı iddiasını ele aldığı bir kararda²¹¹ konu özetle şu şekildedir:

“Adana Şehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından öne sürülen iddia, belirli ürünler için diğer hastanelere kıyasla yüksek satış fiyatları uygulandığı ve bu yolla hastane aleyhine ayrımcılıkta bulunulduğu yönündedir... Öte yandan rekabet hukuku içtihadında bu türden bir ihlalin gerçekleşebilmesi için ilgili eylemin pazardaki rekabetçi koşulları bozması” gerektiği vurgulanmış ve “ürünlerin sağlayıcısı konumundaki Deltamed’in söz konusu ürünleri bayilerine ortalama satış fiyatı ile Adana ve diğer illere yapılan ortalama satış fiyatı” incelenerek aradaki farkın ayrımcılık yapıldığı sonucuna götüremeyecek kadar düşük olduğunu belirtmiştir.

²⁰⁹ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 92.

²¹⁰ A.g.e., s. 92.

²¹¹ Rekabet Kurulu’nun 22-43/634-265 sayı ve 22.09.2022 tarihli kararı.

6. Ek Yükümlülük Yükleme

RKHK md. 4/1 (f) bendinde ticari teamüllere aykırı olarak teşebbüsler arasında anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararlarıyla bağlama anlaşması yapılması yasaklanmıştır. Anılan bent ile amaçlanan bir mal veya hizmetle birlikte başka bir mal veya hizmetin satın alınmasının veya teşhir edilmesinin zorunlu kılınması ve tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesinin önüne geçilmesidir.

Bir bağlama anlaşmasının RKHK md. 4 kapsamına girdiğinden söz edebilmek için iki veya daha çok teşebbüs arasında yapılmış bir anlaşma, teşebbüs birliği kararı veya uyumlu eylemin varlığı aranmalıdır²¹². Diğer bir deyişle, tek bir teşebbüsün şirket satış politikası çerçevesinde bir ürünün başka bir ürünle birlikte satması 4. md. kapsamında değil şartları varsa 6. madde kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu bent kapsamında verilebilecek bir örnek olarak Rekabet Kurulu’nun bankaların kullandıkları kredilerde kendi çalıştıkları veya seçtikleri sigorta şirketleri ile çalışma zorunluluğu getirmeleri verilebilir. Bu bağlamda, Kurul 6 Temmuz 2004 sayılı kararında²¹³; “bağlama anlaşmalarının 4. madde çerçevesinde ele alınabilmesi, bunlara temel teşkil eden rekabete aykırı başka bir anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin varlığını gerektirir. Diğer bir deyişle, 210 bağlama anlaşmalarının mezkur madde kapsamında değerlendirilebilmesi için, iki malın bağlanarak satılması yolunda iki veya daha fazla teşebbüsün karar alması ya da uyumlu eylem halinde bulunmaları ya da bir teşebbüs birliğinin bu doğrultuda karar alması zorunludur.” Dolayısıyla, bağlama anlaşmalarının doğrudan rekabeti ihlal ettiği söylenemeyecektir. Yukarıda sözü edilen diğer şartların da somut olay özelinde değerlendirilmesi gerekecektir.

Söz konusu maddenin ilaç sektöründe ecza depoları ile sağlayıcı ilaç firmaları arasındaki dağıtım sözleşmelerinde bir uygulamasına rastlanmamıştır.

²¹² Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 95.

²¹³ Rekabet Kurulu’nun 04-45/574-138 sayılı ve 6 Temmuz 2004 sayılı kararı.

III. İlaç Sektöründeki Dağıtım Sözleşmelerine Yönelik Muafiyetler

Rekabet hukuku bakımından ilaç sektöründe dağıtıcı niteliğindeki ecza depoları ile sağlayıcı konumundaki ilaç firmaları arasındaki ilişki “dikey anlaşma” olmasından ileri gelmektedir. Rekabet Kurumu dikey anlaşmalara özel önem vermiş olup bu hususta 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği’ni yayımlamıştır ve söz konusu tebliğde “dikey anlaşmalar”ı tanımlamıştır.

Taraflar bu Tebliğ’deki sınırlamalara uygun davranmak kaydıyla diledikleri şekilde anlaşmalarını kurgulayabilecektir. Rekabet Kurumu Tebliğ’in dışında dikey anlaşmaları ve sınırlamaları daha detaylı şekilde izah eden, Tebliğ’de düzenlenmeyen hususlarda hükümler içeren anlaşmaların nasıl analiz edilmesi gerektiğini belirten bir de Kılavuz²¹⁴ yayımlamıştır. Dolayısıyla, bu iki metin dikey anlaşmalara Rekabet Kurumu’nun bakış açısını ifade eden temel kaynaklardır.

Aşağıda dikey anlaşma, ilgili coğrafi pazar ve ilgili ürün pazarı kavramları ile RKHK md. 5’te sayılan muafiyet koşulları incelenmiştir.

1. Dikey Anlaşmaların Kapsamı

Türk rekabet hukukunda dikey anlaşmalara ilişkin yasal düzenlemelere bakıldığında 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile Tebliğ’in uygulanmasında ortaya çıkabilecek belirsizlikleri en aza indirmek ve Kurum’un Kanun’un 5. maddesinde düzenlenen grup muafiyeti değerlendirmelerinde dikkate aldığı hususları belirtmek amacıyla yayımladığı Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz²¹⁵ görülmektedir.

²¹⁴ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Kabul Tarihi: 29.03.2018, Karar Sayısı: 18-09/179-Rm(1).

²¹⁵ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 09.09.2015, <https://rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/dikeykilavuz2018-20180330155908926.pdf>, e.t. 13.11.2023.

Kural olarak mezkûr Tebliğ yeniden satışı konu alan tüm dikey anlaşmalar bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Ancak, Tebliğ'in 2. maddesinin 6. fıkrası uyarınca başka bir grup muafiyeti tebliği kapsamına giren dikey anlaşmalara bu Tebliğ'in uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda, örneğin motorlu taşıtlar sektöründeki dikey anlaşmalara 2017/3 sayılı tebliğ uygulanacaktır.

Tebliğ'in "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde dikey anlaşmalar şu şekilde tanımlanmaktadır: "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 anlaşmalardır." Bu tanımdan dikey anlaşmalara ilişkin üç unsur çıkarılabilir²¹⁶. Birincisi, dikey anlaşmanın tarafları üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren en az iki teşebbüs olmalıdır. Buna göre anlaşma taraflarından biri son kullanıcı veya tüketici olamayacaktır. İkincisi, üretim veya dağıtımın farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler olması gerekmektedir. Bu bağlamda, taraflardan birinin üretici/sağlayıcı olarak, diğer tarafın ise ürünlerin dağıtımından sorumlu toptancı veya ürünleri son kullanıcıya satan perakendeci olarak konumlanmalıdır. İlaveten, Kılavuz'a göre "toptancı teşebbüsün, birbirine rakip konumundaki sağlayıcılarla tek seferde aynı anlaşmayı akdetmek yerine, sağlayıcıların her biriyle söz konusu anlaşmayı ayrı ayrı akdetmesi gerekmektedir"²¹⁷. Üçüncüsü, anlaşmanın ürün veya hizmetleri yeniden satma amacıyla yapılmasıdır. Bu maksatla yapılan tedarik ve dağıtım sözleşmeleri dikey anlaşma niteliğinde kabul edilecektir²¹⁸.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, aynı Kanun'un 5. maddesindeki koşulların tamamının varlığı halinde 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. Bununla beraber, Tebliğ, Kanun'un 4. Maddesinde yazılı sınırlamalar tüm dikey ilişkilere değil, ekonomik açıdan bağımsız yeniden satıcılara uygulanacaktır. Ayrıca, mezkûr dikey anlaşmanın bağımsız yeniden satıcının ticari davranışını etkileyebilmesinden söz

²¹⁶ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 141.

²¹⁷ 29.03.2018 Tarih ve 18-09/179-Rm (1) Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s.3.

²¹⁸ 29.03.2018 Tarih ve 18-09/179-Rm (1) Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s.3.

edebilmek için taraflar arasındaki ilişkinin alelade satım sözleşmelerinde olduğu gibi kısa süreli değil sürekli borç ilişkisine dayalı olması gerekir²¹⁹.

2. İlgili Coğrafi Pazar ve İlgili Ürün Pazarı Kavramları

Türk rekabet hukukunda ilgili pazar ile anlaşılması gereken “ilgili ürün pazarı” ve “ilgili coğrafi pazar”dır²²⁰. Aşağıda önce ilgili coğrafi pazar ve ilgili ürün pazarı kavramları detaylandırılacaktır daha sonra da verilen bu bilgiler ışığında ilaç sektöründeki ilgili coğrafi pazar ve ilgili ürün pazarı kavramlarından söz edilecektir.

A. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili coğrafi pazarın tanımı RKHK’de yer almasa da kanunun 2. Maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde” ibaresi, 6. ve 7. maddelerinde ise “ülkenin tümünde veya bir bölümünde” ibareleri yer almaktadır. Paralel olarak, mezkûr kanunun 4. maddesinde doğrudan coğrafi bölge atfı bulunmasa da coğrafi bölgenin ülkenin tamamı veya bir kısmı olabileceği sonucu çıkmaktadır²²¹. Ancak bazı durumlarda, örneğin ithalat veya ihracat engellerinin olmadığı pazarlarda, ilgili coğrafya tüm dünya veya birkaç ülke olabilmektedir²²². Öte yandan, homojen pazar koşullarından söz edilebildiği ölçüde ülkenin yalnızca bir bölümünün de ilgili coğrafi pazar olarak kabul edilebilecektir²²³.

İlgili coğrafi pazarının tanımı RKHK’de yapılmamıştır ancak kanunun 6. maddesi kapsamında Türkiye Cumhuriyeti’nin tamamı veya bir bölümü coğrafi pazar olarak

²¹⁹ K. C. Sanlı, “Son 10 Yılda Ne Oldu? Rekabet Hukukçusu Gözüyle Dağıtım İlişkilerindeki İktisadi Gelişmeler Ve Rekabet Kurulu Kararları Işığında Dikey Sınırlamalara Yaklaşım”, Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmaların Son 10 Yılı, Kerem Cem Sanlı (Ed.), On İki Levha Yayıncılık, 2019, S.5-6.

²²⁰ 10.01.2008 tarihli İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz.

²²¹ Aslan, Teori, s. 153.

²²² A.g.e., s. 153.

²²³ A.g.e., s. 153.

sayılabilecektir. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da coğrafi pazar tanımlanmasındaki kriterler aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

“Tarafların ve rakiplerin pazar paylarının dağılımına ilişkin göstergelerden ve fiyat farklılıklarından hareketle bir ön görüş oluşturulması, değişik bölgelerdeki teşebbüslerin müşteriler için gerçekten birer alternatif arz kaynağı oluşturup oluşturmadığı incelenmesi ve incelenen teşebbüslerin müşterilerinin siparişlerini kısa dönemde ve ihmal edilebilir maliyetlerle başka yerlerdeki teşebbüslere kaydırıp kaydıramayacaklarıdır.”

Yine, Rekabet Kurulu ilgili coğrafi pazarı; “teşebbüslerin mal ve hizmetlerini arz ettikleri ve rekabet şartlarının makul ölçülerde benzer bulunduğu coğrafi sınırlar olarak tanımlanmaktadır”²²⁴ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuza göre ilgili coğrafi pazarın tespitinde taşıma maliyetleri, müşterilerin ve rakiplerin görüşleri, dağıtım sistemleri, ulaşım şekilleri, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasındaki pazar payları gibi birçok unsur dikkate alınmaktadır²²⁵.

B. İlgili Ürün Pazarı

İlgili ürün pazarının da tanımı RKHK’de yapılmamıştır ve fakat 2010/4 sayılı Tebliğ’in²²⁶ ekinde yer alan Bildirim Formu’nun 5. maddesinde yapılmıştır. Buna göre ürün pazarı, “tüketicinin gözünde fiyatları, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından birbiriyle değiştirilebilir veya ikame edilebilir olarak kabul edilen bütün mal veya hizmetlerden oluşan pazar” olarak tanımlanmaktadır.²²⁷ Buna ek olarak, 2002 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin 3. maddesinde rakip teşebbüsler tanımlanırken “ürün pazarı, anlaşma konusu mal veya hizmetler ile alıcı açısından ürün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından bunlarla değiştirilebilir ya da

²²⁴ Rekabet Kurulu’nun 93/750-159 sayılı ve 26.11.1998 tarihli kararı.

²²⁵ Güven, s. 175.

²²⁶ Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, RG. 07.10.2010/27722.

²²⁷ Kaya, s. 80.

bunları ikame edebilir kabul edilen mal veya hizmetleri kapsar” olarak ifade edilir. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz ilgili ürün pazarını tespit ederken takip edilmesi gereken adımları da şu şekilde belirlemiştir: “Mevcut bilgilere veya olaya taraf teşebbüsler tarafından sunulan bilgilere dayanarak, olası ilgili pazarlara ilişkin bir ön görüş oluşturma” ve “alternatif ürünlerin birbirinin ikamesi olup olmadığı”dır²²⁸. Mezkur kılavuz ilgili ürün pazarının tanımlanması kullanılabilecek unsurları da saymıştır: “Yakın geçmişte ürünlerin birbirini ikame ettiğine ilişkin bulgular, özel olarak pazarı belirlemek için geliştirilmiş nicel testler, Müşterilerin ve rakiplerin görüşleri, tüketici tercihleri, talebin potansiyel ikame ürünlerine kaydırılmasıyla ilgili maliyet ve engeller ve değişik müşteri kategorileri ve fiyat ayırmacılığıdır²²⁹.”

Türk rekabet hukukunda “ilgili pazar” tanımı ve tespiti bilhassa RKHK md. 6 ve 7’nin değerlendirilmesinde önem arz etmektedir²³⁰. RKHK md. 6 uyarınca “belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki” hâkim durumu kötüye kullanmak yasaklanmıştır. Yine, aynı kanunun 7. Maddesinde “belirli bir piyasada” hâkim durum yaratan veya güçlendiren birleşmeler yasaklanmıştır²³¹. Bununla beraber, RKHK md. 4 uyarınca da “belirli bir mal veya hizmet piyasasında” rekabeti sınırlayıcı anlaşma yapmak yasaklanmıştır.

Gürkaynak’a göre ilgili pazarın tanımlanmasının amacı birbiri üzerinde rekabetçi baskı yaratabilecek piyasa oyuncuları ile ürün ve coğrafi alanları ortaya koymaktır²³². Hal böyleyken, ilgili pazarın tespiti büyük önem arz etmektedir.

Rekabet Kurulu kararlarında analizlerine başlamadan önce ilk olarak ilaç sektörü özelinde ilgili ürün pazarına ve ilgili coğrafi pazara ilişkin tespit yaptığından bu kavramlara aşağıda kısaca yer verilecektir ve sonrasında ilaç sektöründeki dağıtım

²²⁸ Aslan, s. 164.

²²⁹ A.g.e. s. 164.

²³⁰ A. Kaya, Rekabet Hukukunda Ayrımcılık Suretiyle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 79.

²³¹ Aslan, Teori, s. 147.

²³² G. Gürkaynak, Rekabet Hukuku, Seçkin Yayınları, İstanbul 2022, s. 261.

sözleşmelerinde ilgili coğrafi pazar ve ilgili ürün pazarına ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

C. İlaç Sektöründeki Dağıtım Sözleşmelerinde İlgili Coğrafi Pazar ve İlgili Ürün Pazarı

Öncelikle belirtilmelidir ki ilaç sektöründe sağlayıcılar ilaç üretimi ve pazarlaması yapabilmek için TİTCK'den ruhsat almak zorundadır. Bu bağlamda, verilecek ruhsat sonucu yapılacak dağıtım dahil tüm faaliyetler tabiatıyla Türkiye coğrafi pazarını etkileyecektir.

İlaç sektöründeki ilgili ürün pazarına ilişkin Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde çok sayıda alt pazardan oluştuğu anlaşılmaktadır²³³. Kurulun ilgili ürün pazarı tespitinde kullandığı bazı kriterler şöyledir: İlaçların tedavi edici özellikleri, içerdikleri etkin maddeler, pazardaki sunum formları/miktarları (ilacın dozaj formu²³⁴), orijinal/jenerik olmaları ve reçeteli/reçetesiz satılabilmeleridir²³⁵. Her bir kriter, değerlendirmenin kapsamına göre ele alınmakta ve pazar tanımları rekabet otoriteleri tarafından bu çerçevede oluşturulmaktadır²³⁶. Bir ilacın aynı etken maddeyi içeren bir muadilinin olması bir ürün pazarı olarak değerlendirilmektedir. Reçeteli/reçetesiz satışı yapılan ilaçlar da yine ilgili ürün pazarı tespitinde Rekabet Kurulu'nca dikkate alınmaktadır. Öte yandan, Rekabet Kurulu ilgili pazarın tespitinde ATC (Anatomical Therapeutic Chemical) sınıflandırılmasından da hemen her kararda faydalanmaktadır. Bu sınıflandırma Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılmış olup tüm ilaçlar “etki gösterdikleri organ ya da sistemler ile terapötik, farmakolojik ve kimyasal özelliklerine göre basamaklı olarak”²³⁷ ayrılmıştır. Rekabet Kurulu'nun ilgili ürün pazarı tespitini

²³³ Aslan, Teori, s. 190.

²³⁴ Rekabet Kurulu'nun 06-36/455-118 sayılı ve 26.5.2006 tarihli kararı.

²³⁵ Bkz. Hakeri, s. 36.

²³⁶ Rekabet Kurulu'nun 4-32/647-284 sayılı ve 12.09.2014 tarihli kararı.

²³⁷ Rekabet Kurulu'nun 09-16/374-88 sayılı ve 20.04.2009 tarihli kararı.

yaptığı bir kararında²³⁸ ATC sınıflandırmasına/kategorilerine ilişkin açıklaması şu şekildedir:

“Beşeri ilaçlar, Dünya Sağlık Örgütü’nün tanımladığı Anatomik Tedavi Sınıflandırması’na (Anatomical Therapeutic Classification-ATC) göre çeşitli gruplara ayrılmıştır. ATC sistemi, birinci derecesi (ATC-1) en genel, beşinci derecesi (ATC-5) en detaylı olmak üzere beş kategoriden oluşmaktadır. ATC sınıflandırmasının üçüncü kademesinde (ATC-3) ilaçlar kullanım amaçlarına göre gruplandırılmakta ve birbirinin ikamesi olan ürünler bir araya getirilmektedir. Bu nedenle, ilaç sektörüne yönelik kararlarda pazar tanımı yapılırken başlangıç aşaması olarak ATC-3 sınıflandırması esas alınmaktadır.”

Bununla birlikte, ATC-3 sınıflandırmasının rekabetçi endişeleri gidermeye yetmediği durumlarda ATC-4 gibi daha detaylı sınıflandırmaların yer aldığı ATC grupları ile ilacın içerdiği etken madde, sunulduğu form, dozaj, orijinal olup olmaması (orijinal-jenerik ilaç ayrımı), ilacın reçeteli veya reçetesiz satılabilmesi gibi hususlar dikkate alınabilmektedir. Anılan kararda ilgili ürün pazarının tespitinde sıklıkla başvuru ATC-3 sınıflandırması ise AB Komisyonu’na göre²³⁹ “ilaçların terapötik özelliklerine göre yani, kullanım amacına göre sınıflandırılmasına imkân tanımakta ve bu bakımdan işlevsel bir pazar tanımı olarak kabul edilmektedir.” Gerçekten, Rekabet Kurulu’nun 27.03.2013 tarihli Sektör Araştırması Raporu’nda da belirtildiği gibi ATC-3 seviyesindeki rekabet, aynı terapötik grup içinde yer alan ancak farklı uygulama yöntemi ve etki alanına sahip ilaçlar arasında gerçekleşmektedir²⁴⁰.

Rekabet Kurulu’nun bir başka kararında ise²⁴¹ birbiri ile ikamesi mümkün olan sağlık ve bakım hizmetleri iki ayrı pazar olarak tespit edilmiştir:

²³⁸ Rekabet Kurulu’nun 15-41/679-241 sayılı ve 20.11.2015 tarihli kararı.

²³⁹ Rekabet Kurulu’nun 09-16/374-88 sayılı ve 20.04.2009 tarihli kararı.

²⁴⁰ <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/8-rekabet-kurumu-ilac-s>, s. 30., e.t. 11.02.2023.

²⁴¹ Rekabet Kurulu’nun 00-36/398-224 sayılı ve 26.09.2000 tarihli kararı.

“Hastanın kişisel bakımını uzun süreli olarak gerçekleştiremiyor olması, hasta ailesinin ve çevresinin olumsuz yönde etkilenmesine ve sosyal sorunların doğmasına neden olabilmektedir. Bu durumdaki hastaların tedavi maksatlı yer değiştirmeleri (ambülasyon) genellikle yüksek maliyetler doğurmaktadır. Hastanın evinde verilen sağlık ve bakım hizmetlerinin dolaylı olarak hastane hizmetleriyle ikame edilebilmesi mümkün olmakla birlikte ürünün fiyatı ve kalitesi bakımından hastane hizmetlerinden ayrı bir pazar olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Rekabet Kurumu bu nedenle, konunun değerlendirilmesinde ilgili ürün pazarı, hastanın evinde verilen sağlık ve bakım hizmetleri pazarı olarak belirlenmiştir.”

Yine, Rekabet Kurulu’nun bir ilaç firması ile ecza deposu arasındaki “ürün tedarik sözleşmesi”ne ilişkin muafiyet başvurusunda²⁴² yaptığı tespiti yer vermeyi önemli görüyoruz: “Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, başvuru konusu işlemin tarafı olan Pfizer’in ilaç üreticisi bir teşebbüs olduğu, başvurunun diğer tarafı olan Dilek Ecza Deposu’nun da T.C. Sağlık Bakanlığı’nın ilgili mevzuat hükümleri uyarınca kurulmuş, yerli ve yabancı ilaç üreticisi teşebbüslerden aldığı ilaçların Türkiye pazarında dağıtımını yapmakta olan bir ecza deposu olduğu, başvuru konusu işlemin tarafları arasında akdedilmek istenen “Ürün Tedarik Sözleşmesi”nin aslında bir tip sözleşme olduğu ve bu sözleşmeye Rekabet Kurulu tarafından menfi tespit veya muafiyet verilmesi durumunda, bu kararın verilmesine müteakip söz konusu Ürün Tedarik Sözleşmesi’nin Pfizer tarafından başka ecza depolarıyla da akdedileceği dikkate alındığında, söz konusu işlemin etkilerinin, yerli ve yabancı ilaç üreticisi teşebbüslerden aldıkları ilaçların Türkiye’de dağıtımını yapan ecza depolarının faaliyet gösterdiği pazarda olacağı görülmektedir. Bu bağlamda, ilgili ürün pazarı “ilaç dağıtım” pazarı olarak tanımlanmıştır.”

Son olarak, etkin (veya “etken”) madde bağlamında bir değerlendirme yapılacak olursa buradaki rekabetin orijinal ilaçlar ile muadil olarak adlandırılan jenerik ilaçlar arasında olduğu anlaşılabacaktır. Bunun nedeni, pazardaki jenerik ilaçların sayısının artması ile orijinal ilacın pazar payı kaybı arasında doğrudan bir ilişkidir. Diğer bir ifadeyle,

²⁴² Rekabet Kurulu’nun 07-63/774-281 sayılı ve 2.8.2007 tarihli kararı.

orijinal ürün ile aynı etken maddeli, aynı terapötik (kullanım amacı) özellikli jenerik ürün sayısı arttıkça orijinal ürünün payı tabiatıyla azalacaktır.

Rekabet Kurulu'nun ilgili pazarı etken maddeler göz önünde bulundurarak belirlediği bir kararında²⁴³ ilaç firmalarının dağıtım kanalları olan ecza depolarının sayısında önemli ölçüde azalmanın yaşanacağı hususu rekabetçi endişeler bakımından incelenmiştir:

“Arz ve talebin yapısı ilgili ürün pazarları belirlenirken göz önüne alınmalıdır. Şayet ilgili ürün pazarlarında farklı koşullar söz konusuysa pazarın daha dar ya da geniş tanımlanması mümkündür. Ecza depoculuğu faaliyeti bu bakımdan ele alındığında, burada faaliyet gösteren teşebbüslerin: Yasal sınırlamalar nedeniyle eczacılara istisnai durumlar hariç olmak kaydıyla farklı alternatifler sunamayacağı, üretici olmamaları ve Türkiye'de paralel ithalatın söz konusu olmaması nedeniyle arz ikamesine yönelemeyecekleri, yani üreticilere bağımlı oldukları, ilaçları üreticilerden eczanelere ileten teşebbüsler oldukları dikkate alındığında bu teşebbüslerin ilaç sektöründeki talep üzerinde de herhangi bir etkilerinin söz konusu olamayacağı açıktır... Yukarıda sayılan gerekçeler ve değerlendirmeler çerçevesinde ilgili ürün pazarının en geniş anlamda etken madde seviyesinde tanımlanması uygun görülmüştür.”

3. Bireysel Muafiyet ve Grup Muafiyeti

Muafiyet rejimi grup muafiyeti ve bireysel muafiyeti olarak iki şekilde düzenlenmektedir. Grup muafiyeti kapsamında Rekabet Kurulu, çıkardığı tebliğler ile belirli konulardaki anlaşma türlerini RKHK 4. maddesi uygulamasından grup (toplu) olarak muaf tutmaktadır. Aşağıda ecza depolarıyla ilaç firmaları arasında yapılan dağıtım sözleşmeleri bireysel muafiyet ve grup muafiyeti bakımından incelenecektir.

²⁴³ Rekabet Kurulu'nun 09-16/374-88 sayılı, 20.04.2009 tarihli kararı.

A. Bireysel Muafiyet

RKHK md. 5 uyarınca, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki bir anlaşmanın belirli koşullar altında muafiyetten yararlanarak yaptırımlardan muaf tutulması mümkündür²⁴⁴. Daha açık ifade etmek gerekirse; Türk rekabet hukukunda RKHK md. 4'e göre teşebbüsler arasındaki doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan ya da bu etkiyi doğurabilecek nitelikteki anlaşmalar yasaklanmış olsa da bu anlaşmaların taşıdığı değerlendirilecek bazı nitelikleri nedeniyle yasak kapsamı dışına çıkarılmıştır²⁴⁵.

Yukarıda sözü edildiği üzere muafiyet rejiminde iki muafiyet anlaşılmaktadır: Bireysel muafiyet ve grup (blok) muafiyeti²⁴⁶. Bireysel muafiyet türünde rekabeti kısıtlayıcı sayılan bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem, ilgili pazardaki müspet etkisi nedeniyle değerlendirilmektedir.

RKHK md. 5'te 4. maddeye aykırı olmakla beraber bireysel muafiyet alabilecek anlaşmaların koşulları sıralanmaktadır. Belirtilmelidir ki 4. madde kapsamında değerlendirilebilecek anlaşmaları rekabet denetiminden muaf tutabilecek bu muafiyet incelemesi hakim durumun kötüye kullanılması yasağına ilişkin değildir²⁴⁷. Burada temel amaç muafiyet tanınacak anlaşmanın yaratacağı faydanın, rekabetin kısıtlanmasından daha fazla olmasıdır²⁴⁸.

4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında muafiyetin koşulları şu şekilde sayılmıştır:

²⁴⁴ Aslan, Teori, s. 466; Güven, s. 130; Turgut, s. 262.

²⁴⁵ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 108; Turgut, s. 262.

²⁴⁶ A.g.e., s.108.

²⁴⁷ A.g.e., s. 109.

²⁴⁸ Aslan, Teori, s. 466.

“(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 daha fazla sınırlanmaması.

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.”

Bu madde uyarınca Kurul 4. madde kapsamında değerlendirilebilecek bir anlaşma sayet malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, tüketicinin bundan yarar sağlaması, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kalmaması ve rekabetin birinci ve ikinci fıkrada ifade edilen amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması şartlarının kümülatif olarak varlığı halinde muafiyet tanıyabilmektedir²⁴⁹. Dolayısıyla, şartlardan birinin varlığı bile muafiyet verilmesinin önüne geçecektir.

Denebilir ki bu sistemde rekabete aykırılık ile ortaya çıkan rekabeti destekleyici niteliklerin dengelenmesi amaçlanmaktadır. Nitekim, Avrupa Topluluğu Antlaşması’nın

²⁴⁹ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 109-110.

aşağıdaki 101/III. maddesinden de görüleceği üzere bireysel muafiyet koşullarını RKHK ile paralel düzenlemiştir²⁵⁰:

“(...) bununla birlikte, üretimde, malların dağıtımında ekonomik ve teknik gelişmenin arttırılmasında iyileştirme sağlayan ve buradan ortaya çıkan yararlardan tüketicinin de uygun bir pay aldığı, işletmeler arası anlaşma veya anlaşma gruplarına, işletme birliklerinin karar veya karar gruplarına, uyumlu davranış veya uyumlu davranış gruplarına (a) işletmelere yukarıdaki amaçlara ulaşma için kaçınılmaz olmayan sınırlamalar yüklenmemesi (b) bu gibi işletmelerin ilgili ürünlerin önemli bir bölümü bakımından rekabeti ortadan kaldırma fırsatı sağlamaması koşuluyla 1. paragrafın uygulanmayacağı ilan edilebilir.”

a. Muafiyetin Koşulları

Bireysel muafiyetin koşulları RKHK md. 5’te sıralanmaktadır. Buna göre bir anlaşma veya karara bireysel muafiyet tanınması için aşağıdaki koşullarının tamamının gerçekleşmesi gerekir:

- 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 ilk iki amacın elde edilmesi için zorunlu olandan daha fazla sınırlanmaması.

Aşağıda bu şartları Rekabet Kurulu’nun ecza depolarıyla ilaç firmaları arasındaki anlaşmalarına yönelik kararları ışığında inceleyeceğiz.

²⁵⁰ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 110.

aa. Yararlı Olma

Bir anlaşmanın RKHK'nin 4. Maddesi kapsamında değerlendirilmesine rağmen muafiyetten yararlanabilmesinin ilk koşulu söz konusu anlaşmanın rekabet üzerindeki kısıtlayıcı etkisine rağmen yararlı etkilerinin de bulunmasıdır²⁵¹. Bu anlamda, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların her şeyden önce ekonomiye müspet etki doğuracak nitelikte olmalıdır²⁵². Yararlı olma koşulu RKHK md. 5'te "malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması" biçiminde belirtilmiştir. Aynı koşul mehz ATA md. 101/III'de şu şekilde ifade edilmiştir: "Üretimde, malların dağıtımında ekonomik ve teknik gelişmelerin artırılmasında iyileşme sağlanması." Gerek RKHK md. 5 gerekse de ATA md. 101/III göstermektedir ki rekabeti kısıtlayıcı nitelikte hükümler içeren dağıtım anlaşmalarının ilgili pazarda ortaya çıkaracakları ekonomik yararları bu anlaşmaların yaratacağı kısıtlamalardan daha büyük olmalıdır²⁵³. Tabii burada kastedilen yararlar işlem taraflarının ticari kazançlarına ilişkin değil, ekonomiye somut katkıdır²⁵⁴. Örneğin, mal arzının ve devamlılığın artması, üretim ve dağıtım maliyetlerinin azalması gibi²⁵⁵. Peki üretim ve dağıtım maliyetleri azaldı fakat kalite bir miktar bozuldu. Bu durumda ilgili pazarda beklenen yarar sağlanmış olacak mıdır? Rekabet Kurulu son yıllardaki uygulamasında ekonomik gelişmenin objektif olması ve topluma yönelmiş olması gerekliliğine²⁵⁶ ek olarak somut ve rakamsal verilerle doğacak faydanın gösterilmesini istemektedir²⁵⁷. Bu bağlamda, Rekabet Kurulu'nun Bayer ile Medifar Ecza Deposu arasındaki devlet ve üniversite hastanelerine yapılacak Bayer ürünlerinin satışında Medifar'ın münhasır olarak yetkilendirilmesini konu alan ihale satış sözleşmesine muafiyet verilmesi talebini değerlendirdiği başvuruda, Kurul, Bayer'in ülke sathında gerçekleşen çok sayıda kamu ihalelerinin tamamına katılmak istemesine rağmen bunları takip etmesinin güç olması ve fakat bu alanda uzmanlaşmış ecza depolarının varlığı

²⁵¹ Aslan, Teori, s. 466.

²⁵² Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 114.

²⁵³ A.g.e., s. 114.

²⁵⁴ Aslan, Teori, s. 466; Turgut, s. 264.

²⁵⁵ A.g.e., s. 466.

²⁵⁶ Güven, s. 132; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 115.

²⁵⁷ Aslan, Teori, s. 466.

sayesinde “ihalelerin düzenli şekilde takip edilmesinin katılımı artırarak daha rekabetçi ihale süreçlerinin yaşanacağı”, “ilaçların hastanelerde bulunabilirliği, eksiksiz ve dengeli dağıtım ve arzının devamlılığının sağlanması hususunun, ilaç sektörünün yanı sıra kamu sağlığı açısından da önem arz ettiği” ve deponun uzmanlığı gözetildiğinde münhasır dağıtım sayesinde mezkur ilaç firmasının düşük hacimli alım yapılan ihalelere dahi katılımı sağlanmış olacağından “görece küçük hacimli alım yapan sağlık kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu ilaçların temininde kesinti yaşanmayacağı” değerlendirmesiyle başvuruda RKHK md. 5’teki “yarar”ın sağlanmış olacağına karar vermiştir²⁵⁸.

Bir diğer “yarar” değerlendirmesinin yapıldığı karar Astellas - Özsel Ecza Deposu arasında imzalanan Münhasır Depo Sözleşmesi’ne bireysel muafiyet tanınması talebidir²⁵⁹. Bu kararda uygulamada münhasırlık verilmeyen ecza depolarının ürünleri stoklarında tutmamayı tercih ettikleri, bunun da hastanelerin ilaç ihtiyaçlarının karşılanmasını olumsuz etkilediği, ayrıca, toplanan verilerden hastanelerin ihale sonrasındaki ödeme sürelerinin uzun olduğu bu nedenle münhasırlık verilmediği durumda deponun Astellas ürünleri için ihaleye girilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bu tespitlerden sonra Kurul münhasırlık halinde “Astellas’ın münhasır depoya sunacağı farklı vadeler veya indirim oranları sayesinde, ilgili ürünlerin bu tür ihalelerde temsil edilebilmesinin kolaylaşacağı” böylelikle arz devamlılığının sağlanacağı belirtilmiştir.

Sonuç olarak, ecza depolarıyla ilaç firmaları arasındaki dağıtım sözleşmelerinde RKHK md. 5’teki “yarar” koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde “ürünler bakımından arz devamlılığının sağlanmasının, ürünlerin sağlık kurum ve kuruluşlarına, dolayısıyla nihai olarak hastalara tam ve zamanında ulaştırılması” kriterinin ağır bastığı söylenebilecektir.

²⁵⁸ Rekabet Kurulu’nun 2020-3-005 sayı ve 28.07.2020 tarihli kararı.

²⁵⁹ Rekabet Kurulu’nun 19-40/637-269 sayı ve 4.11.2019 tarihli kararı.

bb. Tüketicinin Yararı

RKHK'nin 5. Maddesinde öngörülen ikinci koşul “tüketicinin bir yarar sağlamasıdır.” Bu kriter ATA md. 101’de “anlaşmanın sağladığı yararlardan tüketicinin adil bir pay alması” şeklinde ifade edilmiştir²⁶⁰. İki düzenleme birbirine çok benzer olmakla birlikte ATA’da “adil bir pay” ifadesi göze çarpmaktadır. Bu çalışmada RKHK md. 5 çerçevesinde bir inceleme yapıldığından detayına girilmeyecektir fakat “adil pay” kavramı ile kastedilen ilgili pazarda gerçekleşen rekabet kısıtlamasının tüketicilere olan etkilerini telafi edecek seviyede yarar sağlamasıdır²⁶¹.

Burada ikinci ve esas olarak açıklanması gereken kavram “tüketicisi” kavramıdır, bu kavrama kimlerin dahil olduğudur. “Tüketicisi” ile kasıt 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁶² anlamında tüketici değildir²⁶³. Tüketicisi yararı değerlendirilirken etkilenen pazardaki sözleşme konusu ürünleri girdi olarak kullanan doğrudan veya dolaylı tüm kullanıcılar anlaşılmalıdır²⁶⁴. Bu anlamda tüketiciler üreticiler, yeniden satıcılar, perakendeciler ya da bayiler olabilir²⁶⁵. Konumuz bakımından tüketiciler eczanelerden ilaç alan hastalardır.

Üçüncü olarak, tüketici yararı kavramının irdelenmesi gerekir. Bir anlaşmaya bireysel muafiyet tanınabilmesi için anlaşma ile sağlanan faydalı etkilerin teşebbüsler arasında kalmaması, bunun mal veya hizmetin fiyatının düşmesi veya ürün kalitesi ve çeşitliliğinin artmasında olduğu gibi tüketicilere uygun surette yansıtılması gerekir²⁶⁶.

²⁶⁰ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 117.

²⁶¹ A.g.e., s. 119.

²⁶² Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, RG. 07.11.2013/28835, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6502&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, e.t. 19.11.2023.

²⁶³ Aslan, Teori, s. 468; Turgut, s. 265.

²⁶⁴ A.g.e. s. 468; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 117.

²⁶⁵ Aslan, Teori, s. 468; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 117.

²⁶⁶ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 118.

Kurul'un ecza depolarıyla ilaç firmaları arasındaki dağıtım sözleşmelerine yönelik bireysel muafiyet kararları incelendiğinde tüketici faydası tespit edilirken Kurul şu hususlara değerlendirmesinde yer vermektedir: Hastaneler tarafından tedarik edilme sürecinde ortaya çıkabilecek aksaklıkların önüne geçilmesi, ilaçların hastanelere etkin ve zamanında ulaştırılması, ilaç arzının sürdürülebilirliğinin korunması, güçlü stok yapısının oluşturulması ve acil taleplerin en kısa sürede sonuçlandırılmasıdır²⁶⁷. Bütün bu kriterler ile ulaşılmak istenen tüketici faydası nihayetinde ilaçların hastalara ulaşması bakımından etkin bir ilaç tedarik sistemi kurulması suretiyle²⁶⁸ hastaların ilaçları eczaneden daha kısa sürede temin etmesidir.

cc. Sınırlamanın Zorunlu Olması

Bireysel muafiyet tanınması noktasında değerlendirilen diğer bir koşul anlaşmanın sağladığı yararlı etkilerin elde edilmesinin rekabetin kısıtlanmasına bağlı olmasıdır²⁶⁹. Diğer bir deyişle, rekabet kısıtlanmaksızın aynı kazanımdan bahsedilebiliyorsa muafiyet verilmesi mümkün olmayacaktır²⁷⁰. Rekabet kurulu her somut olayda rekabetin kısıtlanması ile elde edilen faydayı analiz etmektedir. Bu kapsamda, Kurul bir ilaç firması ile ecza deposu arasındaki münhasır depo sözleşmesine bireysel muafiyet verilmesi talebini rekabet etmeme yükümlülüğü bakımından incelediği kararında²⁷¹ "Sözleşme'nin 16.2 maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Hükme göre ÖZ-SEL'e, Sözleşme'nin geçerlilik tarihinden itibaren beş yıl süre ile ASTELLAS veya Astellas Grubu tarafından üretilebilecek/ithal edilebilecek olan ürünler ile rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiştir. Başvuru sahibi tarafından, ilgili ürün pazarının etkin madde bazında tespit edilmesi karşısında, rekabet etmeme yükümlülüğün de ilgili ürünlerin etkin maddeleri ile sınırlandırıldığı ifade edilmiştir. Ayrıca rekabet yasağının Sözleşme süresince geçerli olacağı belirtilmiştir. Bu durumda, rekabet yasağının süresinin de

²⁶⁷ Rekabet Kurulu'nun 2019-3-009 sayılı ve 14.11.2019 tarihli kararı.

²⁶⁸ Rekabet Kurulu'nun 2019-3-032 sayılı ve 03.09.2020 tarihli kararı.

²⁶⁹ Aslan, Teori, s. 471.

²⁷⁰ Turgut, s. 268.

²⁷¹ Rekabet Kurulu'nun 2019-3-009 sayılı ve 14.11.2019 tarihli kararı.

2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde öngörülen beş yıllık sınırlamayı aşmadığı ve dikey anlaşmadan beklenen faydalarla orantılı olduğu kanaatine varılmıştır" değerlendirmesini yapmıştır.

dd. İlgili Pazarın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

Bir anlaşmaya bireysel muafiyet tanınması bakımından incelenen son şart ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalmamasıdır. Buna göre anlaşmanın getirdiği sınırlamaların ilgili ürün pazarında ve ilgili coğrafi pazarda rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırmayacak olması gerekmektedir²⁷². Diğer bir deyişle, anlaşmanın varlığı nedeniyle kısa vadede olumlu kazanımlardan söz edilebildiği fakat uzun vadede inovasyonda azalma veya fiyatlarda artış gibi olumsuz etkilerin ortaya çıkabileceği değerlendirilebiliyorsa burada artık kamu yararının varlığından bahsedilemeyecek ve bireysel muafiyet tanınamayacaktır zira bu şartın temel amacı anlaşma sonrası durumda rekabetin devamlılığının sağlanmasıdır²⁷³.

Nitekim Kurul'un özel hastanelerin ilaç ihtiyacının karşılanması için bir ilaç firmasının sözleşme konusu ürünleri bakımından iki ecza deposuna münhasırlık verilmesine ilişkin bireysel muafiyet koşullarını incelediği kararında²⁷⁴ hastane kanalına erişimin normal şartlar altında rekabeti kısıtlayıcı etkisi olacağını ve fakat alternatif depoların bulunması karşısında bu endişeye mahal bulunmadığını şu şekilde belirtmiştir: "Dikey anlaşmalarda düzenlenen münhasırlık yükümlülüğünün rakip sağlayıcıların veya depoların hastane kanalına erişimini sınırlandırması rekabetçi endişelere sebep olabilecektir. Söz konusu durumun rekabetçi endişe doğurması için gerçekçi olması ve

²⁷² Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 122; Turgut, s. 267.

²⁷³ Aslan, Teori, s. 475.

²⁷⁴ Rekabet Kurulu'nun 2018-3-065 sayılı 14.11.2019 tarihli kararı; Rekabet Kurulu'nun 2017-3-17 sayılı 19.07.2017 tarihli kararında benzer olarak; "Münhasır dikey anlaşmaların gündeme getirebileceği rekabet sorunlarından biri rakip sağlayıcılar bakımından hastane pazarına erişimin engellenmesi veya sınırlandırılmasıdır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, Türkiye genelinde ve yerel seviyede, ihale satışlarına yönelik faaliyet gösteren birçok ecza deposu bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu endişe mevcut durumda gerçekçi değildir ve ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasının söz konusu olmayacağı kanaatine ulaşılmıştır" ifadelerine yer verilmiştir.

ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına neden olması gerekmektedir. IMS (International Medical Statistics) verilerine göre Türkiye’de hâlihazırda faaliyet gösteren 717 ilaç firması bulunmakta olup son üç yılda sekiz ilaç firması pazarda faaliyet göstermeye başlamıştır. Mevcut durumda 533 şube ile 240 ecza deposu bulunmaktadır. Bu doğrultuda bir ilaç firmasının çok sayıda alternatif depo ve her bir deponun çok sayıda alternatif ilaç firması ile çalışma imkânı olduğu ve 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen koşulu sağladığı kanaatine varılmıştır.”

B. Grup Muafiyeti

RKHK md. 5’in son fıkrası “Kurul, birinci fıkroda gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir” demektedir²⁷⁵. Buna göre Rekabet Kurumu’nun RKHK md. 4’teki sınırlamaların hangi anlaşmalara uygulanmayacağını söz konusu tebliğler eliyle göstermesi öngörülmektedir²⁷⁶. Bu madde Rekabet Kurumu’nun çok geniş ve yasama benzeri bir yetki ile donatılması bakımından eleştirilmiştir²⁷⁷.

Belirtildiği üzere grup muafiyeti tebliğleri RKHK’nin 5. Maddesi uyarınca Rekabet Kurulu’nca çıkarılır ve mezkûr kanunun 4. maddesinin hangi şartlara sahip anlaşmalara uygulanmayacağını ilan eder²⁷⁸. Kurul, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı tebliğleri yürürlükten kaldırmıştır. 2002/2 sayılı Tebliğ ile otomobil sektörü hariç tüm dikey anlaşmalar bakımından uygulanabilecek genel nitelikte bir grup muafiyeti sistemi öngörmüştür. Bu yeni yaklaşımda yürürlükten kaldırılan üç tebliğden farklı olarak hangi sözleşme şartlarının

²⁷⁵ Turgut, s. 274.

²⁷⁶ Aslan, Teori, s. 493; Turgut, s. 274.

²⁷⁷ Aslan, Teori, s. 493; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 136.

²⁷⁸ Aslan, Teori, s. 123.

Tebliğ kapsamında grup muafiyetine tabii olacağını açıkça belirtmiştir²⁷⁹. Nitekim, Rekabet Kurumu'nun 4. Yıllık Faaliyet Raporu'nda²⁸⁰ bu yenilik ifade edilmiştir.

Biz çalışmamızda yürürlükten kaldırılan önceki özel düzenlemelere yer vermeyeceğimiz gibi ecza depolarıyla ilaç firmaları arasındaki dağıtım sözleşmelerinin rekabet hukuku bağlamında dikey anlaşma sayılmaları hasebiyle yalnızca 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde yer alıp Rekabet Kurulu kararlarında atıf yapılan sınırlamalar bakımından bir inceleme yapacağız. Dolayısıyla, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde yer alan ve anlaşmayı grup muafiyeti kapsamına çıkaran tüm kıstaslara bu çalışmada yer vermeyeceğiz zira bizim amacımız, ecza depolarına ilişkin Kurul kararlarının 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği uyarınca incelemektir.

a. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Uyarınca Ecza Depolarıyla Yapılan Anlaşmalara Yönelik Sınırlamalar

Rekabet Kurulu'nun kendisine muafiyet başvurusu yoluyla iletilen anlaşmaları muafiyet bakımından değerlendirirken öncelikle ilgili ürün ve ürünlerin pazar payını inceler. Şayet bir üründe pazar payı eşiği aşılmışsa ilgili ürün grup muafiyetinin kapsamı dışında kalacaktır. Bu halde bireysel muafiyet şartları bakımından anlaşma incelenecektir²⁸¹.

²⁷⁹ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 138-139; Aslan, Teori, s. 125.

²⁸⁰ “Geçtiğimiz dönemdeki uygulamalar neticesinde; yürürlükten kaldırılan grup muafiyeti tebliğlerinin, oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmalarına rağmen, dikey anlaşmaların sınırlı bir kısmını kapsamış olduğu tespit edilmiştir. Bu nedenle Rekabet Kurulu, kapsamı daha geniş olan Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğini çıkarmayı uygun bulmuştur. Yürürlükten kaldırılan eski grup muafiyeti tebliğlerinin aksine, ikiden fazla teşebbüsün taraf olduğu dikey anlaşmalar, 2002/2 sayılı Tebliğ'deki grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Tebliğ, hem satın alma (tedarik) hem de dağıtım anlaşmalarını kapsamaktadır. Tebliğ ile getirilen diğer bir yenilik de sadece malların alım satımına değil, hizmetlerin alım satımına ilişkin dikey anlaşmaların da Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanabilmesidir. Mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı bir dikey anlaşmada, aynı zamanda, fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımıyla ilgili hükümlerin de yer alması durumunda, Tebliğ'de belirtilen koşulların sağlanması şartıyla söz konusu dikey anlaşma, grup muafiyetinden yararlanabilmektedir.” Rekabet Kurumu'nun 4. Yıllık Faaliyet Raporu, s. 110, <https://www.Rekabet.Gov.Tr/Dosya/Faaliyet-Raporlari/4-Pdf>, e.t. 31.01.2023.

²⁸¹ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 151.

Pazar payı eşiğı ile ilgili olarak; 2002/2 sayılı Tebliğ 5 Kasım 2021 tarihinde Resmî Gazete'deki düzenleme ile değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi Tebliğ ile sağlanan muafiyet için belirlenen %40'lık pazar payı eşiğinin %30'a düşürülmüş olmasıdır. Böylece 2002/2 sayılı Tebliğ'in ve grup muafiyetinin kapsamı daraltılmıştır. Burada atlanmaması gereken diğer bir husus pazar payı eşiğinin her bir ürün bakımından ayrı değerlendirileceğidir. Bu bağlamda, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un 46. paragrafında, "bir sağlayıcı aynı dağıtım anlaşmasını pek çok ürünün/hizmetin dağıtımında kullanıyorsa, pazar payı eşiğı nedeniyle bu ürünlerden bazıları grup muafiyetinden yararlanırken diğerleri yararlanmıyor olabilir. Bu durumda, grup muafiyetinden, sadece pazar payı eşiğı altında kalan ürünler veya hizmetler yararlanabilir"²⁸², ifadesi yer almaktadır²⁸³.

Üretici-ecza deposu arasındaki dağıtım anlaşmalarının dikey anlaşma olması hasebiyle dikey sınırlamaların değerlendirilmesi noktasında münhasırlıktan ve markalar arası-marka içi rekabet kavramlarından da söz edilmesi gerekmektedir zira bu kavramlar Kurul kararlarında gerek grup muafiyeti gerekse de bireysel muafiyet şartlarında değerlendirilmektedir.

Dağıtım sözleşmelerinde münhasırlık, üreticinin dağıtıcıya mal veya hizmetlerini sunacağı bir bölge tahsis etmesi şeklinde gerçekleşir²⁸⁴. Üretici söz konusu bölgede münhasırlık verdiği dağıtıcıyı diğer dağıtıcılardan korumaktadır²⁸⁵. Ecza depolarıyla üretici ilaç firmaları arasındaki münhasırlık içeren dağıtım anlaşmaları ise ihale kanalında söz konusu olur. İhale kanalındaki münhasırlık ecza depolarına belirli ürünlerde devlet ve üniversite hastaneleri, kamu kurumları ile özel sağlık kurumları tarafından açılacak olan ihaleleri münhasıran takip etme ve yine aynı deponun söz konusu ihalelere

²⁸² Bu atıf rekabet kurulu kararlarında da sıklıkla görülmektedir. Bkz. Rekabet Kurulu'nun 2018-3-065 sayılı ve 14.11.2019 tarihli kararı.

²⁸³ Örneğin Rekabet Kurulu'nun 2021-3-017 sayılı ve 22.09.2022 tarihli kararı: "Sözleşme'ye konu 11 ilacın beşinde ve iğne uçlarında NOVO'nun etkin madde bazında pazar payı %30'luk eşiğinin altında kalmaktadır. Dolayısıyla; İnsulatard, Actrapid, Mixtard, Norditropin/Nordiflex, Novoeight ve Novofine ürünleri bakımından Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde grup muafiyetinden yararlandığı sonucuna varılmıştır."

²⁸⁴ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 165; M. Topçuoğlu, İnhisar Kaydı, Rekabet Dergisi, S: 18, s. 5-6.

²⁸⁵ A.g.e., s. 165.

münhasıran katılması biçiminde olabilmektedir. İlaveten, üretici ilaç firması depo ile anlaşmasında hangi illerde bu münhasırlığı verdiğini de listelemektedir. Rekabet Kurumu ihale kanalındaki depolara verilen münhasırlığı hoş görmektedir. Bunun iki temel nedeni vardır. Bu nedenleri Kurul'un Astellas - Özsel Ecza Deposu kararı²⁸⁶ üzerinden ele alacağız. Buna göre ilk sebep, uygulamada ihaleci depolar münhasırlık tanınmadığı durumlarda depolarında ihale konusu ilaçları tutmamaktadır. Bu durumda yatan hastaların acil ilaç ihtiyacının karşılanması mümkün olamamaktadır. Münhasırlık verildiği taktirde depo ihale konusu ürünleri stoklamakta ve böylelikle ilaçların sağlık kurum ve kuruluşlarına, dolayısıyla nihai olarak hastalara tam ve zamanında ulaştırılması mümkün olmaktadır. Ek olarak, üretici ilaç firmasının yükümlülükleri ilaçların teslim edilmesinden sonra da devam etmektedir. Bu bağlamda, takip ve sorunların çözümü noktasında birden çok dağıtıcı yani depo ile çalışılması süreci zorlaştıracaktır. İkincisi sebep ise, ihale kanalında hastanelerin ihale vadeleri genellikle uzun olmasıdır. Bu nedenle, depoya ücretinin ödenmesi zaman almaktadır. Deponun geçen zamanda finansal durumunu koruması için üretici ilaç firmaları depolara farklı vade ve indirim oranları belirler. Böylelikle, depo hastaneden alacağını geç olsa dahi finansal manada zorluk çekmez. Söz konusu kolaylık uygulamada münhasır depoları tanınmaktadır. Günün sonunda münhasır depo bu sayede ilaç tedarikini hastanelere gerçekleştirir. Bu durum Kurul değerlendirmesinde “tüketici faydası”nı oluşturmaktadır. Sağlayıcı ile depo arasında serbest eczane kanalına yönelik yapılan dağıtım anlaşmalarında münhasırlık söz konusu olmaz. Bu kanalda olsa olsa seçici dağıtım sistemi benimsenerek ürünlerin belli sayıda depolar eliyle dağıtılmasına karar verilebilir. Bunun detaylarına aşağıda yer vereceğiz. Söz konusu serbest eczane kanalını hedefleyen dağıtım anlaşmalarında bir depoya münhasırlık verilmemesinin temel nedeni üreticilerin olabildiğince çok serbest eczaneye ürünlerini ulaştırabilme arzudur. Çalışılan depo sayısının çok olması, serbest eczanelere ilaç tedarikini lojistik anlamda kolaylaştıracaktır. Bağlantılı olarak söz etmek istediğimiz ikinci kavram markalar arası-marka içi rekabetin kısıtlanması kavramlarıdır. Marka içi rekabet aynı teşebbüse ait ürünlerin ilgili pazardaki farklı dağıtıcıları arasındaki rekabettir²⁸⁷. Markalar arası rekabet ise farklı teşebbüslerin farklı mallarının ilgili pazardaki rekabetidir. Bu neviden kısıtlamalar genel olarak bir ürünün üretici ilaç firması

²⁸⁶ Rekabet Kurulu'nun 2019-3-009 sayılı ve 14.11.2019 tarihli kararı.

²⁸⁷ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 163.

tarafından depoya tedarik edilmemesi²⁸⁸ veya ürünlerine rakip ürünler ile aynı etkin maddeye sahip eşdeğer ürünlerin pazara erişimin engellenmesi²⁸⁹ şekillerinde ortaya çıkar. Kurul, marka içi rekabete dair değerlendirme yaparken muadili olan/olmayan ilaç ayrımını gözetir. Bu anlamda, Kurul muadili bulunan ürünler bakımından münhasır depoyla çalışılmasının marka içi rekabeti artırdığını belirtmektedir²⁹⁰.

Aşağıda 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ndeki sınırlamalar Rekabet Kurulu'nun ecza depolarıyla ilaç firmaları arasındaki dikey anlaşmaları konu alan kararları ışığında incelenecektir.

aa. Fiyat Belirlenmesine Yönelik Sınırlamalar

2002/2 sayılı Tebliğ m. 4 (a) bendi yeniden satış fiyatı tespiti yasağını şöyle düzenlemiştir:

“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.”

Bu hüküm dağıtıcı teşebbüsün tüketicilere yönelik satış fiyatının üretici veya sağlayıcı tarafından belirlenmesinin önüne geçmeyi hedeflemiştir. Söz konusu hükümde ifade edildiği üzere buradaki yasak asgari satış fiyatının belirlenmesini de kapsamaktadır. Ancak, üretici veya sağlayıcı sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, dağıtıcının azami satış fiyatını belirleyebilir veya dağıtıcıya tavsiye satış fiyatı bildirebilir²⁹¹.

²⁸⁸ Rekabet Kurulu'nun 2012-3-147 sayılı ve 08.09.2022 tarihli kararı

²⁸⁹ Rekabet Kurulu'nun 2020-3-046 sayılı ve 25.02.2021 tarihli kararı.

²⁹⁰ Rekabet Kurulu'nun 2014-3-40 sayılı ve 12.11.2014 tarihli kararı.

²⁹¹ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 175.

Rekabet Kurulu ürün bedelinin üretici/sağlayıcı tarafından belirlendiği noktasında değerlendirmesini çok hassas bir şekilde yapmaktadır ve sözleşmelerde yer alan fiyatlara ilişkin hükümlerde muğlak veya şüphe yaratan tüm ifadeleri aleyhe şekilde yorumlamaktadır²⁹². Örneğin; bir kararında teşebbüsler arası sözleşmede “yetkili satıcının tüketim yeri maliyet fiyatını ve fabrika çıkış fiyatının tespiti” ifadesini mal bedelinin üretici tarafından belirlendiği şeklinde yorumlamıştır²⁹³.

Kurul, Gillette Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin dağıtıcılarının yeniden satış fiyatını belirlemek, “aktif ve pasif satışları engellemek ve mal vermeyi reddetmek suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasını” incelediği kararında, sistemde kullanılan el terminalinde yer alan yazılımın distribütörün inisiyatifine bağlı olarak ıskonto tanımlamaya elverişli olduğu, benzer şekilde müşteri listesine yeni isim eklenmesinin de teknik olarak mümkün olduğu ve bu işlem için Gillette’in bir izni veya onayına ihtiyaç duyulmadığını tespit etmiştir. Kurul, Gillette’nin el terminali yoluyla dağıtıcılarının yeniden satış fiyatının tespit ettiği ve pasif satışları engellediğini gösteren herhangi bir kanıt bulunmadığına kanaat getirmiştir²⁹⁴.

Ülkemizde ilaç fiyatları Beşerî Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılması Hakkında Tebliğ uyarınca referans fiyat sistemine göre Fiyat Değerlendirme Komisyonu’na belirlenir. Bu tebliğin 12/2 maddesi “Komisyon, ilaç fiyatlarının artırılması, azaltılması, aynı kalması veya bu Tebliğ hükümlerine göre fiyatı belirlenemeyen ürünlerin fiyatlarının belirlenmesi yönünde kararlar alır” şeklindedir. Tebliğin 13. maddesinde ise fiyatları komisyonca belirlenen ilaçların, ilaç firmalarınca ecza depolarına satışında uygulanacak en fazla kar oranı ile ecza depolarından eczanelere yapılacak ilaç satışlarında uygulanacak en fazla kar oranı tespit edilmiştir. Buna göre, fiyatların ve yeniden satış fiyatlarının yasal düzenlemelerle belirlenmesine rağmen üretici veya sağlayıcı tarafından yeniden satış

²⁹² Aslan, Rekabet Hukuku, s. 354.

²⁹³ Rekabet Kurulu’nun 04-01/9-6 sayı ve 8 Ocak 2004 tarihli kararı.

²⁹⁴ Rekabet Kurulu’nun 08-25/261-88 sayı ve 20 Mart 2008 tarihli kararı.

fiyatına müdahale edilmesi halinde anlaşma grup muafiyeti kapsamında değerlendirilemeyecektir²⁹⁵.

bb. Aktif Satış Yasağı

2002/2 sayılı Tebliğ md. 4/b fıkrasında sayılan ilk istisna “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”dır. Bilindiği üzere, münhasır dağıtımda dağıtıcılar üreticiler tarafından kendilerine tahsis edilen bölge veya müşteri gruplarına satış yapabilmektedir²⁹⁶. Tebliğ’e göre eğer bir bölge üretici veya sağlayıcı tarafından bir başka dağıtıcıya münhasıran tahsis edilmişse üretici veya sağlayıcı o bölgedeki diğer dağıtıcıların aktif satış yapmalarını yasaklayabilir²⁹⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus böyle bir kısıtlamanın muafiyetten yararlanabilmesi için dağıtım sistemindeki bölgenin münhasıran bir dağıtıcıya bırakılmış olması gerekliliğidir. Diğer bir ifadeyle, dağıtıcılara tahsis edilen bölgede üretici/sağlayıcının kendisi veya üçüncü kişilere satış yapma imkanı tanınmış olması durumunda, artık anılan bölgelere ilişkin diğer dağıtıcılara getirilen aktif satış yasağı grup muafiyeti kapsamında değerlendirilemeyecektir²⁹⁸.

İlaç sektöründe ecza depolarıyla ilaç firmaları arasındaki dağıtım sözleşmelerinde yer alan aktif satışların kısıtlanması hükümlerinin değerlendirilmesinden önce bir hususu açıklamakta fayda görüyoruz. İlaç sektöründe depolar ile yapılan dağıtım anlaşmaları temelde ikiye ayrılmaktadır: Ecza depolarının özel veya kamu hastanelerinin ilaç ihtiyacı bakımından ilaç firmaları adına ihalelere girerek ilaçların dağıtımını üstlendiği

²⁹⁵ Rekabet Kurulu, kararlarında yeniden satış fiyatına ilişkin bir müdahale olup olmadığını incelemektedir. Bkz. Rekabet Kurulu’nun 2021-3-017 sayılı ve 22.09.2022 tarihli kararı: “Bildirim konusu Sözleşme’de yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik herhangi bir hükme yer verilmemiş, Sözleşme’nin 10/c maddesi kapsamında ÖZSEL’in NOVO ürünleri için ihalelerde vereceği teklifleri, Sağlık Bakanlığınca onaylı fiyatların ve tavan fiyatlarının üzerinde olmaması koşuluyla, serbestçe belirleyebileceği belirtilmiştir.”

²⁹⁶ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 176.

²⁹⁷ A.g.e., s. 177.

²⁹⁸ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 177.

sözleşmeler ve serbest eczanelere ilaç temini sürecinin konu alındığı sözleşmeler olmak üzere. Bir ilaç firması serbest eczane kanalına satış yapan depolar bakımından bir münhasır bölge tahsisine girişmeyip ihale kanalı bakımından münhasırlık verebilir. Uygulamada depoların bir kısmının yalnız ihale süreçlerinde uzmanlaştığı ve bu depolara ağırlıklı olarak münhasırlık verildiği bilinmektedir. Bu bakımdan, aktif satışların kısıtlanması hususu genellikle ilaç firmalarının kamu veya özel hastane ilaç alım ihaleleri bakımından yetkilendirdiği ecza depolarıyla yaptıkları dağıtım sözleşmelerinde yer almaktadır.

Roche ile ecza depolarıyla yapılacak ve bildirim konu anlaşmaların muafiyet açısından değerlendirildiği kararda²⁹⁹ “Sözleşme’nin 2.2. maddesinde Sözleşme konusu Ürünlerin satılacağı bölge ve müşterilere ilişkin kısıtlama getirilmiş ve Ürünlerin serbest ecza kanalına dağıtılması öngörülmüştür. Buna göre kamu ve özel hastanelerce açılacak ihaleler bakımından, Sözleşme’ye taraf ecza depoları Ürünler’i aktif olarak dağıtmayacak, tedarik etmeyecektir.” Bu sözleşmeden anlaşılan Roche’un kamu ve özel hastanelerce açılacak ihalelere katılım bakımından bazı depolara münhasırlık verdiğidir. Serbest eczane kanalına dağıtım yapan depolar bakımından ise bir kısıtlama bulunmamaktadır. Kararda ayrıca “Sözleşme dışındaki düzenlemeler ile bölgeler ve müşteriler belirlenerek münhasırlık ilişkisi kurulmakta, kamu ve özel sektör ihalelerine 47 ilde dokuz adet bayi münhasır olarak atanmakta, kalan 34 ilde ise sadece ROCHE yetkilendirilmektedir” ifadelerine yer verilerek aktif satış kısıtlamasının yalnızca kamu ve özel hastanelere satış yapan depolara münhasırlık uygulaması çerçevesinde getirildiği belirtilmiştir.

2002/2 sayılı Tebliğ’in 4/b bendinde münhasır dağıtım sistemlerinde istisna dışında bırakılan iki kısıtlama yer almaktadır. İlki pasif satış yasağı getirilmesi, ikincisi ise paralel ticaretin yasaklanmasıdır³⁰⁰.

²⁹⁹ Rekabet Kurulu’nun 2020-3-063 sayılı ve 16.06.2022 tarihli kararı.

³⁰⁰ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 179.

cc. Pasif Satışların Yasaklanamaması

2002/2 sayılı Tebliğ md. 4'teki "alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydı" uyarınca dağıtıcılara pasif satışa ilişkin bir sınırlama getirilememektedir³⁰¹. Bu maddeye göre, münhasırlık içeren dağıtım anlaşmalarında her bir dağıtıcıya kendilerine tahsis edilen bölge veya müşteri grubuna aktif satış yapma hakkı tanınabilmektedir.

Maddedeki kuralın anlaşılabilmesi için kısaca aktif satış ve pasif satış kavramlarını incelemek gerekir. Aktif satışta, satıcı alıcı ile bir malın veya hizmetin tanıtılması noktasında doğrudan bir iletişim kurar. Bu iletişim yüz yüze olabileceği gibi elektronik araçlarla da gerçekleşebilir³⁰². Pasif satışta ise mal veya hizmetin satışında satıcı ile alıcı doğrudan bir iletişime geçmezler fakat mal veya hizmetin medya aracılığıyla yapılan genel nitelikli reklamlar veya promosyonlar sayesinde satışı söz konusu olur³⁰³.

İlaç sektöründe sağlayıcı konumundaki ilaç firmalarıyla dağıtıcı konumdaki ecza depoları arasındaki dağıtım anlaşmalarında pasif satış yasağı getiren hükümler bulunması halinde bu anlaşmalar 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesindeki kayıt nedeniyle grup muafiyetinden faydalanamayacaktır. Sektörde bu maddenin uygulaması depolar arasında yapılacak satışların engellenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Nitekim, Rekabet Kurulu'nun Johnson&Johnson Sıh. Mal. San. ve Tic. Ltd. Şti. ile dokuz ecza deposu arasında imzalanması planlanan "Beşeri İlaç Depo Satış Sözleşmesi'ne muafiyet tanınması talebini incelediği kararında³⁰⁴ "bildirime konu Sözleşme'nin 7. maddesinde

³⁰¹ A.g.e., s. 180.

³⁰² A.g.e., s. 180.

³⁰³ Başka bir alıcının bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilerden gelen ve alıcının aktif çabaları neticesi olmayan talepleri karşılamak, malın teslimatı müşterinin adresine götürülerek yapılsa dahi, "pasif satış" anlamına gelmektedir. Medya aracılığı ile yapılan genel nitelikli reklamlar veya promosyonlar, pasif satış yöntemi olarak değerlendirilmektedir. İnternet yoluyla yapılan satışlar da genellikle pasif satıştır. Ancak başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilere elektronik posta gönderilmesi, söz konusu müşterilerden böyle bir talep gelmediği sürece, aktif satış yöntemi olarak değerlendirilmektedir. Katalog gönderme suretiyle yapılan satışların değerlendirilmesinde de aynı yaklaşım uygulanmaktadır. (Bkz. Aktif Satışlar; Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, s. 10)

³⁰⁴ Rekabet Kurulu'nun 2019-3-032 sayılı ve 03.09.2020 tarihli kararı.

ilgili ecza depolarının uygulamaya dahil edilmeyen depolara ürün satması ya da takas etmesi yasaklanmaktadır. Dolayısıyla ilgili depolar, diğer depolardan kendilerine gelen ürün taleplerini reddedeceğinden, Sözleşme ile yalnızca aktif satışlar değil, pasif satışlar da sınırlandırılmış olmaktadır” ifadeleri ile anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanamayacağı belirtilmiştir.

çç. Seçici Dağıtım Ağı Dışındaki Dağıtıcılara Satışların Yasaklanması

2002/2 sayılı Tebliğ’in 4 (b) bendinde öngörülen ve anlaşmaları grup muafiyeti dışına çıkarmayan bir diğer hal “bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmalarının kısıtlanması”dır³⁰⁵. Tebliğ seçici dağıtım sistemini md. 3’te şöyle tanımlar:

“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 gelir.”

Seçici dağıtım sisteminin ilaç sektöründeki dağıtım uygulamalarında nasıl vücut bulduğunu izah etmeden önce bir üretici neden seçici dağıtım ağına ihtiyaç duyar, neden bu sistemi kurar kısaca bundan söz edelim.

Bilindiği üzere, özel uzmanlık gerektiren, yüksek marka değeri ve imajı bulunan ürünlerin dağıtımında seçici dağıtım sistemi kullanılır³⁰⁶. Sağlayıcılar bu sistemle özel niteliğe sahip ürünlerini yalnızca belli kriterleri sağlayan dağıtıcılar eliyle dağıtmayı amaçlamaktadır³⁰⁷. Bu amaç 2002/2 sayılı Tebliğ ile meşru bulunmuştur yani sağlayıcı tarafından seçilen dağıtıcıların seçilmemiş dağıtıcılara ürün satmasının yasaklanması

³⁰⁵ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 184-185.

³⁰⁶ A.g.e., s. 185; S. Uzunallı, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt 8, Sayı Özel, Haziran 2013, s. 2920.

³⁰⁷ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 185.

grup muafiyeti kapsamına alınmıştır. Bu noktada, seçici dağıtım sisteminin kurulması ve rekabete olan etkisinin değerlendirilmesinde kriterler ortaya konması önem arz eder. Bu kriterlere ilk olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Saba/Metro kararında³⁰⁸ yer verilmiştir ve Türk rekabet uygulamasında da benimsenmiştir. Karara göre bir seçici dağıtım anlaşması şu şartları sağlamalıdır:

- Dağıtıma konu ürünlerin niteliğinin seçici dağıtım sisteminin kullanılmasını haklı kılması,
- Seçim kriterlerinin yeknesak olarak belirlenmesi, bir diğer deyişle, ayrımcılığa yol açmayacak, tüm potansiyel dağıtıcılara uygulanabilecek nitelikte olması ve
- Dağıtıcıya yüklenen kısıtlamaların somut ürünlerin kalitesini korumayı amaçlaması, bu anlamda zorunlu olandan fazla kısıtlama içermemesi gerekmektedir.

Yukarıda sayılan kriterler gözetilerek seçici dağıtım anlaşmalarında ürün kalitesinin korunmasına hizmet edecek hükümler RKHK md. 4 kapsamında rekabeti kısıtlayıcı nitelikte değerlendirilmez³⁰⁹.

İlaç sektöründe ilaç firmaları özellikle paralel ihracatın önüne geçmek ve ilaç bulunurluğu sorununun önüne geçmek adına seçici dağıtım sistemini benimseme yolunda adımlar atmaktadır. Bu çerçevede, üreticiler çalıştıkları ecza deposu sayısını sınırlamayı hedeflemektedir. Biz burada Rekabet Kurulu'nun verdiği iki kararı inceleyeceğiz. Bu kararlar seçici dağıtım sisteminin ilaç sektörüne uygulanmasına yönelik Kurul'un bakış açısını anlatacaktır.

İlk olarak Kurul'un Johnson&Johnson kararı³¹⁰ incelenecektir. Buna göre, Johnson ruhsatına sahip olduğu bazı ilaçların serbest eczane kanalına dağıtımında çalıştığı kırk

³⁰⁸ Uzunallı, s. 2921. Karar için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61976CJ0026>, e.t. 31.10.2023.

³⁰⁹ Uzunallı, s. 2922.

³¹⁰ Rekabet Kurulu'nun 2019-3-032 sayılı ve 03.09.2020 tarihli kararı.

eczacı depolarının sayısını dokuz ile sınırlamayı planlamaktadır. Bu bağlamda, çalışmaya karar verdiği bu dokuz depo dışında kalan depolarla iş yapılmaması uygulamasının grup muafiyetinden faydalandığının tespitini, bunun mümkün olmaması halinde ise başvuru konusu Beşeri İlaç Depo Satış Sözleşmesi'ne bireysel muafiyet tanınmasını talep etmiştir. Belirtmek gerekir ki Johnson Türkiye'de dağıtımını yaptığı tüm ilaçlar için değil yalnızca dördü için dokuz depoyla çalışmak istemektedir. Bu dört ürünün özelliğinin ise ciddi hastalıkların tedavisinde kullanılmaları ve kutu başı fiyatları yüksek olduğundan paralel ticarete konu edilmeleri olduğu Johnson tarafından ifade edilmiştir. Kararda depo seçiminde “finansal güç, servis verilen il ve eczane sayısı, etkili bir dağıtım ve lojistik ağı, depoculuk sektöründeki geçmiş tecrübeler gibi kriterlerin dikkate alındığı, alternatif temin kaynaklarını kısıtlamamak amacıyla küçük ölçekli depoların ve kooperatiflerin de SÖZLEŞME imzalanacak depolar arasında yer almasına özen gösterildiği” belirtilmiştir. Ayrıca, ürün bulunurluğunu artırmak amacıyla sözleşmenin 1.4. maddesinde bir “acil dağıtım sistemi” uygulaması öngörülmüştür. Buna göre md. 1.4.'te “piyasadaki Ürün arzını tehlikeye sokmamak ve Türkiye'de hastaların ihtiyacı olduğunda Ürünlere ulaşmasını temin etmek amacıyla aynı zamanda bir Acil Dağıtım Sistemi (“ADS”) kurularak, ADS'de yer almak isterse Depo'ya kendisine atanan kotanın %(.....)'i oranında ek Ürün temin edilecektir” denmiştir. İlâveten, hastane alımlarının sağlandığı ihale ve doğrudan temin uygulamaları sözleşme kapsamının dışında tutulmuştur. Bununla beraber, sözleşme uyarınca, seçilen depolar diğer dağıtıcılara ürün satamayacak, tedarik edemeyecek ya da onlarla başka ürünler karşılığında takas yapamayacaktır. Anılan başvuru Kurul tarafından sözleşme konusu ürünlerin niteliğinin seçici dağıtımı gerektirmemesi, getirilen kısıtlamanın hizmet ettiği bir etkinlik artışı olmayacağı, paralel ihracat yoluyla ürünlerin satışının engellenmesi için seçici dağıtım sisteminin uygulanmasının şart olmaması ve ilaç bulunurluğu sorununun rekabet hukuku mevzuatının kapsamı dışında olması gerekçeleriyle RKHK md. 4 kapsamında olduğu değerlendirilen anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanamayacağı ve şartları sağlamaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınamayacağına karar verilmiştir. Bu karar Johnson tarafından idari yargıya taşınmıştır. Konuyu inceleyen T.C. Ankara 13. İdare Mahkemesi kararında³¹¹ sözleşme ile amaçlananın seçici dağıtım sistemi oluşturarak

³¹¹ T.C. Ankara 13. İdare Mahkemesi, 2021/778 Esas ve 2022/966 Karar numaralı kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Safahat?safahatId=7cc1695f-1f84-430f-90fc-a42a21e2d6c9>, e.t. 31.10.2023.

paralel ticaretin önlenmesi olduğunu, bu kapsamda serbest eczane kanalına satış yapan depolara yurt dışına satış yasağı getirildiğini, ecza depolarının finansal güç, servis edilen il ve eczane sayısı, etkili dağıtım ve lojistik ağı, depoculuk sektör tecrübeleri gibi objektif kriterlere göre belirlendiğini ve alternatif temin kaynaklarını kısıtlamamak amacıyla (giriş engeli yaratmamak) küçük ölçekli depoların ve kooperatiflerin de sisteme dahil edildiğini, depoların her bir ilde en az 2 ecza deposundan temin imkânı yaratacak şekilde seçildiğini, depoların yalnızca Türkiye içinde satış yapacağını ancak birbirleri arasında takas imkânı sağlandığını, böylelikle kapalı bir dağıtım sisteminde ilaç takip imkânının artırıldığını ve Acil Dağıtım Sistemi ile tüketicinin olası ilaca erişim sorunlarına çözüm getirildiğini tespit ederek Kurul kararının iptaline karar vermiştir. Biz de idare mahkemesinin bu kararını isabetli buluyoruz. Bu bağlamda, ilaç depolama ve dağıtımının da tıpkı seçici dağıtım sistemlerinin uygulama alanı kabul edilen otomotiv sektörü, kozmetik ve dayanıklı tüketim malları gibi uzmanlık gerektirdiği, yüksek teknolojili, endikasyon bakımından özel öneme haiz ve kutu başı fiyatı yüksek söz konusu ürünlerin nihai tüketicileri olan hastaların ilaca erişimi düşünüldüğünde yurt dışına satış yasağı getirilmesinin makul ve haklı olduğu, sözleşme ile belirlenen kuralların ayrımcılığa yol açmayacak kadar sarıh ve adil olduğu düşüncesindeyiz. Bununla beraber, idare mahkemesinin bu kararı istinaf yolu ile T.C. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi'ne³¹² gelmiş ve istinaf mahkemesi Rekabet Kurumu'nun kararını haklı bulmuştur. Kararda, mahkeme ilaca erişimin hastalar için hayati olması ve dağıtım ağının mümkün olduğu kadar geniş tutulmasında kamu yararı bulunduğunu belirterek idare mahkemesinin kararını Danıştay'a temyiz yolu açık olarak iptal etmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, buradaki uygulama ilacın Türkiye pazarında kalmasını ana odağına almaktadır. Dolayısıyla, ilaca erişim hakkında kamu yararı bulunduğu gözetildiğinde somut olaydaki seçici dağıtım sistemi ile ilaçların daha yüksek fiyatlara satılabileceği yurt dışına çıkışının engellenmesi suretiyle kamu yararı hilafına bir durumun oluşmayacağı ve başvuru konusu sözleşmenin muafiyet kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

³¹² T.C. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi, 2022/894 Esas ve 2022/1032 Karar numaralı karar, <https://www.rekabet.gov.tr/Safahat?safahatId=a34d07fa-bff8-4e0b-be84-5e21a7696e26>, e.t. 31.10.2023.

İkinci olarak inceleyeceğimiz karar 2021 yılında verilen Kurul'un Allergan kararıdır³¹³. Bu kararda özetle Allergan ilaç firmasının değişen satış ve pazarlama organizasyonu sonucunda 1 Temmuz 2020 tarihine dek ürünlerinin dağıtımını gerçekleştiren Denge Ecza deposu (Denge) ile ilişkisini sona erdirip alınan karar çerçevesinde Allergan'ın ürünlerinin dağıtımında on beş depodan hizmet alınması hususu ayrımcılık ve hakim durumun kötüye kullanılması incelenmiştir. Karar konusu yukarıda yer verilen Johnson kararına benzemektedir. Bu olayda da çalışılan depo sayısında bir sınırlamaya gidildiği ve bir deponun mal verilmemesi suretiyle dağıtım ağının dışında tutulduğu anlaşılmaktadır. Bununla beraber, sözleşme hükümleri incelendiğinde sözleşmelerde münhasırlık ve rekabet etmeme hükümlerinin yer almadığı dolayısıyla marka içi rekabeti kısıtlayan bir yönünün bulunmadığı ve RKHK md. 4 maddesi kapsamında olmadığı tespit edilmiştir. Burada ilk bakışta Kurul'un Johnson kararıyla çelişkili bir karara imza attığı söylenebilir ancak Kurul burada rekabeti etkileyen bir anlaşma olmadığı tespitinde bulunurken Kurul somut olayda ilaç firmasının “çalışma planları çerçevesinde pazar payı eşiği veya seçici dağıtım sistemi gibi belirli kriterleri sağlamayan depolara mal vermeyi reddedecek” minvalde bir hükmün sözleşmede yer almadığını belirtmiştir. Ayrıca, anılan sözleşmede depolar bakımından aktif veya pasif satış yasağı anlamına gelebilecek herhangi bir hükme yer verilmemektedir. Dolayısıyla, Kurul bu kararıyla münhasırlık ve belli kriterleri sağlamayan dağıtıcılara mal verilmemesi yönünde hükümlerin bulunmaması kaydıyla çalışılan ecza deposu sayısının aşağı yönde değiştirilmesinin RKHK md. 4 kapsamında değerlendirilmeyeceğini ifade etmiştir.

dd. Rekabet Etmeme Yükümlülükleri

RKHK'nin amacının piyasada rekabeti tesis etmek olduğu düşünüldüğünde sözleşmelere eklenecek rekabet etmeme yükümlülüklerinin söz konusu kanuna aykırı olarak rekabete sınırlama getireceği aşıkardır³¹⁴. Bununla beraber, 2002/2 sayılı Tebliğ'de bazı şartlar altında dikey anlaşmalarda rekabet etmeme yükümlülüklerine yer

³¹³ Rekabet Kurulu'nun 2020-3-046 sayılı ve 25.02.2021 tarihli kararı.

³¹⁴ Aslan, Rekabet Bülteni, s. 19-24.

verilebilmektedir³¹⁵. Bu noktada rekabet etmeme yükümlülüklerini ikiye ayırabiliriz: Sözleşme süresince rekabet etmeme yükümlülüğü ile sözleşme sona erdikten sonraki süreci kapsayan rekabet etmeme yükümlülükleri. Sözleşme süresi ile sınırlı getirilen rekabet etmeme yükümlülükleri genellikle muafiyet kapsamında değerlendirilmekte iken sözleşme sona erdikten sonraki süreci kapsayan rekabet etme yasaklarında daha dikkatli davranılmalıdır. 2002/2 sayılı Tebliğ'deki düzenlemeye baktığımızda md. 5'e göre muafiyet aşağıda belirtilen yükümlülüklerle uygulanmayacaktır:

“a) Rekabet etmeme yükümlülüğünün yukarıda belirtilen süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır.

b) Anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak, alıcıya getirilen, mal ya da hizmet üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını yasaklayan doğrudan ya da dolaylı herhangi bir yükümlülük.

Ancak yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması koşullarıyla, alıcıya, anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir. Kamuya mal olmamış know-how'ın kullanılması ve açıklanmasına ilişkin süresiz yasaklama hakkı saklıdır.

c) Seçici dağıtım sistemi üyelerine getirilen, belirlenmiş rakip sağlayıcıların markalı ürünlerini satmama yükümlülüğü.”

Tebliğ'in 5. Maddesinden anlaşılabileceği gibi prensip olarak belirsiz süreli veya beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülükleri anlaşmayı grup muafiyetinden

³¹⁵ A.g.e., s. 361; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 191.

çıkacaktır³¹⁶. Anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü ise kural olarak getirilemeyecektir. Ancak aşağıdaki şartlar altında ve sona ermeyi takip eden bir yıl ile sınırlı olması kaydıyla yasaklama getirilebilir:

- Anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal ve hizmetlere ilişkin olması,
- Anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması,
- Sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması.

Bununla beraber, kamuya mal olmamış know-how'ın kullanılması ve ifşa edilmemesi bir süre ile sınırlanmaksızın yasaklanabilir³¹⁷.

Rekabet etme yasağının belirli şartlar altında grup muafiyetinden yararlanabildiği anlaşılmalı beraber 2002/2 sayılı Tebliğ'e göre "rekabet etmeme yükümlülüğü" ile ne anlaşılması gerektiğini de açıklığa kavuşturmakta fayda vardır. Tebliğ'in "tanımlar" başlıklı 3. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü şu şekilde tanımlanır:

"Rekabet Etmeme Yükümlülüğü: Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülüktür. Ayrıca alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80'inden fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın alınmasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülük de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilir."

³¹⁶ Aslan, Teori, s. 361-362; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 191.

³¹⁷ Aslan, Teori, s. 362.

Bu tanım uyarınca rekabet etmeme yükümlülüğü alıcılara üretim ve tedarik aşamalarında rekabet yasağı getirmektedir³¹⁸. Bu bağlamda, rakip ürünlerin satın alınmaması, üretmemesi, anlaşma konusu hizmetlere rakip hizmetler sunmaması ve sağlayıcı dışında bir kaynaktan hizmet/ürün temin edilmemesi rekabet etmeme yükümlülüğünün mahiyetini oluşturur³¹⁹.

İhale kanalında hizmet veren ecza depoları ile üretici ilaç firmaları arasındaki ilişki değerlendirildiğinde ecza deposuna uygulamada anlaşmada belirlenen coğrafi sınırlarda üreticinin ürünlerinin etken maddesini içeren rakip ürünler ile ihalelere girmemesi düzenlenmektedir. Örneğin, rekabet yasağı içeren bir anlaşmada ecza deposu Devlet Malzeme Ofisi'nin açtığı “etodolac” etken maddeli ilaç teminine ilişkin bir ihalede yalnızca ilaç firması A'ya ait “etodolac” etken maddesini içeren ilaçları bakımından teklif verebilecektir. Bu etken maddeyi havi ilaç firması B ve C'nin de ürünleri bulunmaktadır ve bu ürünler rakip ürünlerdir. İşte, rekabet yasağı nedeniyle sözleşme süresince ecza deposu rakip ürünleri teklif edemeyecektir. Bu konuyu ele alan Rekabet Kurulu'nun Bayer - Medifar kararında³²⁰ depo ile ilaç firması arasında “MEDİFAR'ın açılacak ihalelere Sözleşme konusu ilaçların rakibi olan aynı etkin maddeli, aynı kontrast maddeli veya ihaleye çıkış şekline göre BAYER ürünlerine rakip olduğu kabul edilen ürünler için katılmayacağına dair ilgili hüküm” bulunmaktadır. Buna göre ecza deposu MEDİFAR, ihalelere yalnızca BAYER ürünleri için katılabilecektir. Bu durumun getirebileceği temel rekabet endişesi rakip ilaç firmalarının hastane kanalına erişimin engellenmesi veya sınırlandırılmasıdır fakat ihale kanalında uzmanlaşmış yerel seviyede pek çok ecza deposu bulunduğu değerlendirildiğinde ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalması söz konusu dahi olmayacaktır. Ayrıca, MEDİFAR ile olan sözleşmenin süresi beş yılın altındadır. Dolayısıyla feshedilmediği takdirde en fazla beş yıllık bir sözleşme vardır. Bu da grup muafiyet kurallarıyla uyumludur. Öte yandan, rakip ürün tedarik etme yasağı getiren maddenin devamında “Ancak BAYER'in stoklarının elverişsiz olması, mücbir sebepler nedeniyle ilaçları tedarik edemeyecek durumda olması halinde, BAYER'in yazılı onayını almak şartıyla Depo'nun rakip ürünler için ihalelere

³¹⁸ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 192.

³¹⁹ A.g.e., s. 192.

³²⁰ Rekabet Kurulu'nun 2017-3-66 sayılı ve 29.03.2018 tarihli kararı.

katılması mümkündür” düzenlemesine yer verilmiştir. Kurul, bu türden durumlarda ilaç firmasının yazılı onayının aranıyor olmasının, rekabeti zorunlu olandan daha fazla kısıtlayan bir şart olarak değil; piyasa şartları doğrultusunda oluşturulan münhasırlık sistemine aykırılıkları önleyen bir mekanizma olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla, rekabet etmeme yükümlülüğünün muafiyet kapsamında olduğuna karar verilmiştir.

b. Paralel Ticaretin Yasaklanması

Paralel ticaret (paralel ithalat) bir teşebbüs tarafından kurulan dağıtım ağının dışında gerçekleşen ticarete verilen isimdir³²¹. RKHK’de paralel ithalat konusunda doğrudan bir düzenleme olmamakla birlikte 4(d) ve 6(a) maddeleri kapsamında rakip teşebbüslerin piyasaya girişinin engellenmesi ve faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan fiiller yasaklanmış olduğundan paralel ticaretin engellenmesinin bu sonuçları dolaylı olarak doğurabileceğinden paralel ticaretin yasaklanmasına dair hükümler içeren dikey anlaşmaların grup muafiyetinden faydalanamayacağı söylenebilecektir. Nitekim, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’un 31. paragrafında “sağlayıcı ile alıcı arasındaki dikey anlaşmaya taraf olmayan ve mal veya hizmetleri alıcıdan sağlayan müşteriler, söz konusu mal veya hizmetleri aktif-pasif satış ayrımı olmaksızın dilediklerine satabilirler” ifadesine yer verilmiştir³²². Dolayısıyla, RKHK’nin 4(d) ve 6(a) maddeleri ve kanunun genel amacı bağlamında paralel ticaretin yasaklanması uygun olmayacaktır.

Ancak, paralel ticaretin yasaklanması bakımından ilaç sektöründeki uygulama farklıdır. Şöyle ki, paralel ticaretin ilaç sektöründeki uygulaması Türkiye’de dağıtım yapılan bir ilacın, Türkiye’den ilaç fiyatı daha pahalı bir ülkede satılması suretiyle gerçekleşmektedir. Bu durumun aşağıda yer vereceğimiz Kurul kararlarında da belirtildiği üzere özellikle hastalar ve sağlık sektörü açısından önemli sakıncaları vardır

321

<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?icerik=6a75a29f-910e-4eec-bf36-0c6a87275e17>, e.t. 29.10.2023.

322 Örneğin, sağlayıcı konumundaki bir üretici teşebbüs ile alıcı konumundaki bir bayi arasında akdedilen bir dağıtım anlaşması uyarınca, bayinin ürünleri bakkallara sattığını varsayalım. Böyle bir durumda, anlaşmaya taraf olmayan bakkalların, bayiden aldıkları ürünleri diledikleri bölgede aktif veya pasif olarak satma serbestisine sahip olmaları gerekmektedir. Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 12, paragraf 31.

zira Türkiye bakımından paralel ticaret konusu ilaçların bulunurluğunun azaldığı, bunun hastaların ilaca erişimini kısıtlaması nedeniyle hasta sağlığını doğrudan etkilediği, öte yandan, ithal edildiği ülkede bu ilaçların “kaçak” sınıfında değerlendirildiği, ürünlerin ambalajlarının değiştirilerek ürün bütünlüğünün bozulabildiği, kontrollü ve güvenli bir tedarik zinciri sağlanmadığından ilaçların yapısının zarar görerek hasta sağlığını tehdit eder hale gelmesi söz konusudur. Gerçekten, Türkiye’deki ilaç fiyat regülasyonu nedeniyle yüksek teknolojili, endikasyon bakımından özel öneme haiz ve kutu başı fiyatı yabancı ülkelerde yüksek ürünler Avro ve Amerikan Doları karşılığı düşük sayılabilecek tutarlardan satılmaktadır. Bu da kimileri için ilacı Türkiye’de ucuza alıp yabancı ülkelerde yüksek fiyatlardan satma noktasında bir fırsat yaratmaktadır. İlaç üreticilerinin sözleşmelerde paralel ticareti yasaklayıcı hükümlere yer vermesinin de bir sonraki başlık altında izah edeceğimiz seçici dağıtım sistemini benimsemelerinin altında da işte bu ilaçların yurt dışına çıkarılması endişesi yatmaktadır. Aşağıda Rekabet Kurulu’nun ecza depolarına yönelik ilaç firmalarınca getirilen paralel ticaret yasaklarına bakış açısını anlamak adına iki karara yer vereceğiz.

Kurul’un depo ile anlaşmasına ürünlerinin yurt dışına ihracatını/satışını/dağıtımını gerçekleştirmeme yükümlülüğü getiren Novartis - Çınar Eczanesi kararında³²³ “NOVARTİS; üreticisi olduğu ilaçların yapısı, bütünlüğü ve orijinalliği korunarak hastaya ulaştığına emin olmakla yükümlüdür. NOVARTİS’in Türkiye sınırları içerisinde söz konusu ürünleri iç talebe yetecek düzeyde temin ederek ürün bulunurluğunu sürdürmesi ve ilaçların dağıtım sürecinde yapılarının bozulmaması için gerekli lojistik şartların sağlandığına emin olması gerekmektedir. Bu nedenle NOVARTİS, üreticisi olduğu ilaçların kendi bilgisi ve onayı dışında yurt dışına satılmadığından emin olmak ve paralel ticaretin insan sağlığına ve NOVARTİS’in imajına vereceği zararı en aza indirerek hukuki açıdan doğabilecek sorumluluklardan kendini korumak için; ilaç temin ettiği ecza depoları ile akdettiği sözleşmelerde, ihracat yasağına ilişkin bir hükme yer vermektedir...” değerlendirmesinde bulunmuştur.

³²³ Rekabet Kurulu’nun 2018-3-11 sayılı ve 11.04.2019 tarihli kararı.

Kurul'un Roche ecza depolarına ihracat yasağı hükmü içeren sözleşmenin imzalanmasını şart koştuğu Roche/Co-Re-Na kararında³²⁴, bu şartı kabul etmeyen Co-Re-Na'ya mal vermeyi reddettiği iddiası incelenmiştir. Söz konusu kararda, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmede, "herhangi bir seçici dağıtım sisteminin belirlenmediği, Türkiye içinde münhasır bir bölge veya müşteri grubu tahsis edilmediği, alıcıların müşterilerince yapılacak satışlar bakımından ise herhangi bir sınırlama getirilmediği", bu çerçevede, doğrudan ve dolaylı ihracat yasağını aktif ve pasif satış yasağı kapsamında değerlendirmenin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan kararda, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında ele alınabilecek kısıtlamaların, "Türkiye sınırları içindeki bölge ve müşteri kısıtlamalarına ilişkin olması gerektiği" belirtilmiş ve sözleşme ile Türkiye içi satışları ve dolayısıyla ülke içi rekabeti kısıtlayan bir durum söz konusu olmadığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla, ihracat yasaklarının 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi kapsamındaki sınırlamalardan biri olarak ele alınma imkânının bulunmayacaktır³²⁵.

İlaveten, ilaçların Türkiye'de piyasaya arzından sonra ihracına ilaçların bulunabilirliğinin azalması nedeniyle kamu otoritesince sıcak bakılmamaktadır. Bu bağlamda, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından 20.11.2014 tarih ve 2014/11 sayılı İlaçların Piyasada Bulunabilirliği Hakkındaki Genelge'de "Ülkemiz için üretilen ve ithaline izin verilen beşeri tıbbi ürünlerin piyasaya arzından sonra başka ülkelere ihracı, ürünün piyasada bulunabilirliğine engel olmakta, dolayısıyla hastalarımıza yeterli sayıda ilaç temininde büyük sıkıntılar yaşatmakta ve kamu sağlığını ciddi anlamda tehlikeye sokmaktadır. Bu itibarla, Ülkemiz ihtiyacına istinaden ithalatına izin verilen beşeri tıbbi ürünlerin piyasada bulunabilirliğini sağlamak maksadıyla, kamu sağlığı ve hizmet gerekleri gözetilerek, söz konusu ithal ürünlerin ülke dışına çıkarılmak suretiyle başka

³²⁴ Rekabet Kurulu'nun 18-34/577-283 sayılı ve 26.09.2018 tarihli kararı.

³²⁵ Kurul'un 05.02.2015 tarih ve 15-06/71-29 sayılı Novo Nordisk kararında ise, Novo Nordisk ile ecza depoları arasında imzalanan başvuru konusu sözleşmeye benzer nitelikte bir sözleşme değerlendirilmiştir. Kararda; ecza depolarının ürünleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışına ve Türkiye Cumhuriyeti dışına sattığını veya satabileceğini bildiği, bilebileceği veya bu hususta makul sebepler bulunan üçüncü kişilere satamayacağını düzenlediği sözleşmeye 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamında menfi tespit verildiği görülmektedir. Benzer şekilde Kurulun 23.06.2016 tarih ve 16- 21/363-169 sayılı Servier/Zirve kararında da işbu dosya kapsamındaki ile birebir eşleşen bir ihracat yasağına menfi tespit belgesi verilmiştir.

ülke piyasalarına yönlendirilmesi uygun bulunmadığından, sistem üzerinden engellemeler dahil olmak üzere her türlü tedbir alınacaktır” ifadeleri yer almaktadır.

c. Grup Muafiyetinin Ecza Depolarıyla Yapılan Dağıtım Anlaşmalarındaki Önemi

Rekabet Kurulu kendisine gelen başvurular üzerine muafiyet incelemesini yaparken grup muafiyeti noktasında öncelikle ilgili ürün ve ürünlerin pazar payını inceler. Sözleşme konusu ürünlerin %30 ve daha az pazar payı bulunuyorsa bunlar grup muafiyetinin diğer şartları bakımından incelenmeye tabii tutulur.

Rekabet hukuku açısından üretici ilaç firması ile dağıtıcı ecza deposu arasındaki dağıtım anlaşmalarının dikey anlaşma olması Kurul, kararlarında sıklıkla münhasırlık ve marka içi rekabet bakımından bir değerlendirme yapar. Münhasırlık serbest eczane kanalında değil ihale kanalında söz konusu olur. Bu kanalda devletin açtığı ihaleler ve özel sağlık kuruluşlarının açtığı ihalelere katılacak ecza depolarına ürün ve bölge bakımından münhasırlık verilmektedir. Marka içi rekabet depolar arasında mal satışına izin verilip verilmediğine göre değerlendirilir.

Fiyat belirlemesine yönelik kısıtlamalar Beşerî Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılması Hakkında Tebliğ uyarınca ilaç fiyatlarının ülkemizde referans fiyat sistemine göre Fiyat Değerlendirme Komisyonu’na belirlenmektedir yani ilaç fiyatları regüle edilmektedir. Bu nedenle, ilaç sektöründe fiyat belirlemesine yönelik kısıtlamalar bakımından rekabetin ihlali söz konusu olmaz. Bu alanda olsa olsa ihaleler konusunda uzmanlaşan ecza depolarına ilaç firmaları tarafından ihale fiyatlarında müdahale edilmesi yoluyla rekabet kısıtlanabilir ancak buna ilişkin bir Kurul kararına rastlamadık.

Aktif satış yasakları ilaç sektöründeki dağıtım anlaşmalarında kendine yer bulmaktadır. Bunun uygulaması ürünlerin satılacağı bölge ve müşterilere ilişkin kısıtlama getirilmesi şeklinde gerçekleşir. Örneğin; ilaç firmasının yurt dışından serbest eczane

kanalı için ithal ettiği ürünlerinin yalnızca bu kanala satılmasını teminen kamu kurum ve kuruluşları ve özel sektör ihalelerine yapılacak aktif satışların kısıtlanması şeklindedir. Bu durumda kamu ve özel hastanelerce açılacak ihaleler bakımından sözleşmeye taraf ecza depoları ürünleri aktif olarak dağıtmayacak, tedarik etmeyecektir. Bu yasak depoya münhasırlık verilmediği takdirde rekabeti kısıtlayıcı bulunarak anlaşmayı tek başına grup muafiyeti kapsamında çıkaracaktır. Pasif satışlar ise yasaklanamayacaktır. Bu türden kısıtlamalar kendini, diğer depolardan ürün satın alınmasını yasaklayan hükümler ile göstermektedir.

İlaç sektöründe seçici dağıtım sistemi kurulmasının finansal güç, servis edilen il ve eczane sayısı, etkili dağıtım ve lojistik ağı, depoculuk sektör tecrübeleri gibi objektif kriterlerin belirlenmesi şartıyla paralel ticaretin engellenmesine ve ürün bulunurluğunun artırılmasına hizmet edecek bir uygulama olduğu düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, tıpkı otomotiv sektöründe olduğu gibi bu sektördeki dağıtımın da özel uzmanlık ve tedarik zinciri yapısı kurulmasını gerektiren bir alandır. Dolayısıyla, seçici dağıtım sistemine dahil olmayan dağıtıcılara mal verilmesinin yasaklanması nihai durumda hasta sağlığı açısından faydalı bir kısıtlamadır.

Ek olarak, Tebliğ'in 5. maddesinde prensip olarak belirsiz süreli veya beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülükleri anlaşmayı grup muafiyetinden çıkaracağı düzenlenmektedir. Anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü ise kural olarak getirilemeyecektir. Ancak belli şartlar altında ve sona ermeyi takip eden bir yıl ile sınırlı olması kaydıyla yasaklama getirilmesi mümkündür. Uygulamada ihale kanalında yapılan dağıtım sözleşmelerinde sözleşme konusu ilaçların rakibi olan aynı etkin madde ve forma sahip ürünlerin depo tarafından dağıtılmaması kararlaştırılabilmektedir. Bu neviden hükümler ihale kanalında münhasır kılınan depolar bakımından kabul edilmektedir. Rekabet etmeme yükümlülüklerinde temel rekabet endişe rakip ilaç firmalarının hastane kanalına erişimin engellenmesi veya sınırlandırılmasıdır fakat ihale kanalında uzmanlaşmış yerel seviyede pek çok ecza deposu bulunduğu değerlendirildiğinde ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalması söz konusu olmayacaktır.

Son olarak, paralel ticaretin yasaklanmaması rakip teşebbüslerin piyasaya girişinin engellenmesi ve faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan fiiller kapsamında değerlendirilmektedir. Gerçekten, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un 31. paragrafında “sağlayıcı ile alıcı arasındaki dikey anlaşmaya taraf olmayan ve mal veya hizmetleri alıcıdan sağlayan müşteriler, söz konusu mal veya hizmetleri aktif-pasif satış ayrımı olmaksızın dilediklerine satabilirler” ifadesine yer verilmiştir. Bununla beraber, ilaç sektöründe ilaç firmalarının üreticisi oldukları ilaçların kendi bilgileri ve onayları dışında yurt dışına satılmadığından emin olmak amacıyla paralel ticaretin yasaklanmasına ilişkin kısıtlamalar isabetli olarak grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmektedir zira ürünlerin depolarca satın alındıktan sonra yurt dışına çıkarılmasının engellenmesi insan sağlığına kritik etkisi bulunan bilhassa yüksek teknoloji ile üretilen ürünlerin bulunurluğunu sürdürmesi bakımından önem arz eder.

SONUÇ

İlaçlar insan sağlığı bakımından büyük öneme sahip ürünlerdir. Bu bağlamda, ilacın geliştirilmesi, mevcut ilaçların pazarlanması ve nihai tüketicisi olan hastalara ulaştırılması için dağıtımı sıkı regülasyon ve denetime tabidir. Bu regülasyonlar kaynağını başta T.C. Anayasası'nın 56. maddesi sağlık hizmetleri ve çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemeden ve Cumhuriyetimizin ilk yıllarında yayımlanan 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'ndan almaktadır. Yine, ülkemizde ilaçların üretimi, ithalatı ve pazarlanması ruhsata tabii olduğundan bu alandaki sürecin detaylandırıldığı 31686 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'dir. İlaçların güvenli ve etkili şekilde kullanılması ancak sağlık profesyonellerinin yönlendirmesiyle mümkündür zira ilaçların yan etkileri, kullanım talimatları ve endikasyonları gibi önemli bilgiler toplumun geneli bakımından anlaşılması zor olabilir. Bu nedenlerle ilaçların pazarlaması yani tanıtımı da 29405 sayılı Beşerî Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik çerçevesinde yapılabilmektedir. İlaçların perakendeye satışı 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 28. maddesi gereği münhasıran eczanelerde yapılabilmektedir. Bu bakımdan, ilaçların son kullanıcısı (hastalar) ile buluştuğu yer ülkemizde sadece eczanelerdir. İlaçların son kullanıcılara ulaşmasında, yerli ve yabancı ilaç üreticilerinin bulunduğu tedarik seviyesini, eczanelere satış yapan ve/veya ihalelere katılan ecza depolarının oluşturduğu toptan dağıtım aşaması izlemektedir. Son aşamada ise, ilacı yatarak ve ayakta tedavi gören hastalara ulaştıran hastane ve piyasa eczaneleri yer almaktadır.

Ülkemizde ilaç dağıtımı ecza depoları üzerinden yapılmaktadır. Bu bağlamdaki ilk kanuni düzenleme 984 sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müessir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanun'dur. Bu kanuna dayanılarak çıkarılan 15.06.2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 31867 sayılı Ecza Ticarethaneleri ve Ecza Ticarethanelerinde Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelik ile ecza depoları tarafından ilaçların doğrudan nihai tüketiciye satışı hariç olmak üzere tedarik edilmesi, saklanması ve saklanmasına ilişkin tedarik zincir yapısını

düzenlemektedir. Ayrıca, mezkûr yönetmelikle ilaçların depolanması ve nakliyesiyle ilgili bir tedarik zinciri yapısı tasarlanmıştır. Dolayısıyla, ülkemizde bugüne kadar yapılan tüm hukuki düzenlemelerde ecza depolarının ilacın ilaç firmalarından tedariki ve toptan satış yapmak suretiyle dağıtımını konusunda yetkilendirildiği öngörülmüştür.

Doktrinde dağıtım sözleşmeleri farklı şekillerde tanımlansa da kanaatimizce dağıtım sözleşmeleri, sözleşme konusu ürünlerin sağlayıcı tarafından dağıtıcıya yeniden satışı için sürekli olarak temin edildiği, dağıtıcının da bu ürünlerin sözleşmede tanımlanan iş birliği uyarınca sürüm artırarak kendi adına ve hesabına satışını ve dağıtımını üstlendiği sözleşmelerdir. İlaç sektöründe akdedilen dağıtım sözleşmelerinin tarafları sağlayıcı ilaç firmaları ile dağıtıcı ecza depoları iken sözleşme konusu ürünler ilaçlardır. Bize göre dağıtım sözleşmelerinin hukuki niteliği ise kendine özgü yapısı olan sözleşmedir; zira bu neviden sözleşmeler unsurları kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmeyen sözleşmelerdir.

Sağlayıcı ilaç firması ile dağıtıcı ecza deposu arasındaki serbest eczanelere ilaç dağıtımını konu olan dağıtım sözleşmesi sürekli borç doğuran, çerçeve nitelikli, ecza deposunun faaliyetlerini kendi adı ve hesabına yürüttüğü, ilaç firmasının ürünlerinin sürümünü artırmayı faaliyetlerinde bulunmayı taahhüt ettiği standart bir sözleşmedir. İhale kanalı üzerinden dağıtımını konu alan satış sözleşmelerinden ayrıştığı en temel özelliği ihale kanalında ecza deposunun sürüm artırma yükümlülüğünün bulunmaması ve teslimin tamamlanmasıyla borcun ifa edilmesi nedeniyle ani edim borcu doğuran sözleşme olmasıdır. Bu bağlamda, ihale kanalından dağıtımını konu olan sözleşmeler satış sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Her iki dağıtım kanalı bakımından geçerli olan temel hususlar ise başta tarafların aynı olması ve sağlayıcının ürün temin yükümlülüğüdür. Serbest eczane kanalında dağıtım sözleşmesinin çerçeve nitelikli olup birel sözleşme yapma yükümlülüğü doğurması nedeniyle sağlayıcının birel satış sözleşmelerini kabul etme yükümlülüğü bulunurken, ihale kanalında ani edimli bir sözleşme olduğundan böyle bir yükümlülük söz konusu değildir. Diğer bir önemli husus, sadakat ve deponun desteklenmesidir. Bu, sağlayıcı bakımından bir asli edim yükümlülüğüdür ve ürünlerin kalitesinin garanti edilmesini kapsar. Ecza deposunun ise

dağıtım sözleşmesi uyarınca sağlayıcının mallarını alma, sürüm artırma, sağlayıcının menfaatlerini koruma ve stok yapma gibi yükümlülükleri vardır.

İlaç sektöründe akdedilen dağıtım anlaşmaları ilaç firmaları ile bir alt pazarda faaliyet gösteren ecza depoları arasında ilaç firmalarının ruhsatlı ürünlerinin dağıtılıp pazarlanması amacıyla yapılması nedeniyle rekabet hukuku bağlamında dikey anlaşmalardır. Dikey anlaşmalara RKHK'nin 4. maddesine ek olarak tebliğ ve kılavuzlar ile çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Bu düzenlemelerin temel nedeni dağıtım sözleşmelerinde ekonomik gücü elinde tutan sağlayıcıların dağıtıcılarına ticari şartlarını dayatacağı düşüncesidir. Bunun ilaç sektöründeki karşılığını şöyle ifade edilebilir: Dağıtıcı ecza depoları, üretici olmamaları ve Türkiye'de paralel ithalatın söz konusu olmaması nedeniyle arz ikamesine yönelemeyeceklerinden ilaç firmalarına bağımlıdırlar. Bu bağlamda, depolar ekonomik güç olarak ilaç firmalarına kıyasla çok daha zayıftır. Bu alandaki kısıtlamalar tabiatıyla Türkiye'deki rekabetçi ortamı korumayı amaçlamaktadır zira ilaç sektöründe sağlayıcılara ilaç üretimi ve pazarlaması yapabilmek için verilen ruhsat sonucu yapılacak dağıtım dahil tüm faaliyetler Türkiye coğrafi pazarını etkilemektedir. İlgili pazarın tespitinde de sektöre has bir sınıflandırma kullanılmaktadır. Bu sınırlandırmaya ATC (Anatomical Therapeutic Chemical) denmektedir. Bu sınıflandırma Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan ve tüm ilaçların “etki gösterdikleri organ ya da sistemler ile terapötik, farmakolojik ve kimyasal özelliklerine göre basamaklı olarak” ayrıldığı bir sisteme dayanmaktadır.

Öte yandan, dikey anlaşmalar bazı koşulları sağlaması kaydıyla yaratacağı olumlu etkinin rekabetin kısıtlanması ile ortaya çıkacak olumsuz etkiden fazla olması nedeniyle RKHK'de sayılan yasakların kapsamı dışında tutulabilmektedir. Genel olarak bu yasaklar RKHK md. 4'te sayılmıştır. Yasak kapsamı dışında tutulması ile kastettiğimiz ise muafiyet rejimidir. Muafiyet rejimi grup muafiyeti ve bireysel muafiyeti olarak iki şekilde düzenlenmektedir. Grup muafiyeti kapsamında Rekabet Kurulu, çıkardığı tebliğler ile belirli konulardaki anlaşma türlerini RKHK 4. maddesi uygulamasından grup (toplu) olarak muaf tutmakta iken bireysel muafiyette rekabeti kısıtlayıcı anlaşma veya kararların ilgili pazarda yarattığı olumlu etki nedeniyle bireysel olarak değerlendirilirler. Muafiyet

RKHK md. 5'te düzenlenmekte ve anılan maddede dört koşul sayılmaktadır. Sayılan koşulları sağlayan anlaşmalar bireysel muafiyet alabilmektedir. Bunları şu şekilde özetleyebiliriz: İlk koşul söz konusu anlaşmanın rekabet üzerindeki kısıtlayıcı etkisine rağmen yararlı etkilerinin de bulunmasıdır. Bu anlamda, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların her şeyden önce ekonomiye müspet etki doğuracak nitelikte olmalıdır. Rekabet Kurulu'nun Bayer ile Medifar Ecza Deposu arasındaki devlet ve üniversite hastanelerine yapılacak Bayer ürünlerinin satışında Medifar'ın münhasır olarak yetkilendirilmesini konu alan ihale satış sözleşmesindeki değerlendirmesi "ihalelerin düzenli şekilde takip edilmesinin katılımı artırarak daha rekabetçi ihale süreçlerinin yaşanacağı", "ilaçların hastanelerde bulunabilirliği, eksiksiz ve dengeli dağıtımı ve arzının devamlılığının sağlanması hususunun, ilaç sektörünün yanı sıra kamu sağlığı açısından da önem arz ettiği" ve deponun uzmanlığı gözetildiğinde münhasır dağıtım sayesinde mezkur ilaç firmasının düşük hacimli alım yapılan ihalelere dahi katılımı sağlanmış sağlık kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu ilaçların temininde kesinti yaşanmayacağı" karşısında RKHK md. 5'teki "yarar"ın sağlanmış olacağı yönündedir olmuştur karar vermiştir. İkincisi, "tüketicinin bir yarar sağlamasıdır." Üçüncüsü, sınırlamanın zorunlu olmasıdır. Yani; anlaşmanın sağladığı yararlı etkilerin elde edilmesinin rekabetin kısıtlanmasına bağlı olmasıdır. Diğer bir deyişle, rekabet kısıtlanmaksızın aynı kazanımdan bahsedilebiliyorsa muafiyet verilmesi mümkün olmayacaktır. Rekabet kurulu her somut olayda rekabetin kısıtlanması ile elde edilen faydayı analiz etmektedir. Sonuncusu ise ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalmamasıdır. Buna göre anlaşmanın getirdiği sınırlamaların ilgili ürün pazarında ve ilgili coğrafi pazarda rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırmamasıdır. Bu bağlamda, Kurul hastane kanalına erişim normal şartlar altında rekabeti kısıtlayıcı etkisi olacaksa da alternatif depoların bulunması karşısında bu endişeye mahal bulunmadığı değerlendirmesini yapmıştır.

RKHK md. 5'in son fıkrasına göre "kurul, birinci fıkrafta gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir." Bu fıkra uyarınca dikey anlaşmalar özelinde Kurul, 2002/2 Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni yayımlamıştır. Söz konusu tebliğin "anlaşmaları grup muafiyeti

kapsamı dışına çıkaran sınırlamalar” başlıklı 4. maddesinde dikey anlaşmalar özelinde kısıtlamalar sayılmıştır. İlki fiyat belirlemesine yönelik kısıtlamalardır. Beşerî Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılması Hakkında Tebliğ uyarınca ilaç fiyatlarının ülkemizde regüle edildiğinden ilaç sektöründe bu sebebe dayalı muafiyet dışı kalınması söz konusu olmaz. İkincisi, aktif satışa yönelik kısıtlama getirilmesidir. Belli koşullar altında bu mümkün olmakla beraber pasif satışların yasaklanması anlaşmayı grup muafiyet dışına çıkarmaktadır. İkincisi, anlaşmalara aktif satış yasağı hükümleri eklenmesidir fakat her aktif satış yasağı anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkarmamaktadır. Bu yasak depoya münhasırlık verilmediği takdirde rekabeti kısıtlayıcı bulunarak anlaşmayı tek başına grup muafiyeti kapsamından çıkaracaktır. Pasif satışlar ise yasaklanamayacaktır.

Kural olarak, dağıtım sözleşmeleri sınırlayıcı etkiye sahip olmaları nedeniyle çoğu zaman RKHK md. 4’e aykırı yönleri olsa da aynı zamanda ekonomi üzerinde olumlu etkileri olduğu kabul edilmektedir. Bununla beraber, Tebliğ’in 5. maddesine göre prensip olarak belirsiz süreli veya beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülükleri ilgili anlaşmayı grup muafiyetinden çıkaracaktır. Anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü ise kural olarak getirilemeyecektir. Ancak Tebliğ’de şartlar altında ve sona ermeyi takip eden bir yıl ile sınırlı olması kaydıyla yasaklama getirilebilmektedir.

Son olarak, sektördeki uygulamasının farklı olması nedeniyle çalışmamızda yer verdiğimiz paralel ticaretin yasaklanabilmesine ilişkin olarak; her ne kadar RKHK’de açık bir düzenleme olmamakla birlikte paralel ticaretin yasaklanmaması rakip teşebbüslerin piyasaya girişinin engellenmesi ve faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan fiiller anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlamalardandır. Bununla beraber, ilaç sektöründe ilaç firmalarının üreticisi oldukları ilaçların kendi bilgileri ve onayları dışında yurt dışına satılmadığından emin olmak amacıyla paralel ticaretin yasaklanmasına ilişkin kısıtlamalar isabetli olarak grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Alp Kesercioğlu, “Bir Pazarlama Türü Olarak Bayilik Sistemi ve Rekabet Hukuku İlişkisi”, Bursa Barosu Dergisi, Cilt: 42, Sayı: 99, (2017), s. 71-72.

Alper Karakurt, “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar”, Lisansüstü Tez Serisi No: 11, Ankara, 2005.

Arslan Kaya, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Ayça Alkan, Motorlu Taşıtlar Sektöründe Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Aydın Zevkliler / Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara 2019.

Ayşe Nilay Şenol, Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011.

Bahar Şimşek, Franchising Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Barış Cihan Cantürk, Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme İstemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Barış Demirsatan, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Burak Sak, Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi, (TTK md. 122), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Cemile Demir Gökyayla, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, 11. Baskı, İstanbul 2022.

Cüneyt Arif Yılmaz, Türk Borçlar Hukuku Kapsamında Çerçeve Sözleşmeler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Emel Badur, “Rekabet Hukukunda Fiyat Sınırlamaları”, Rekabet Dergisi, S: 7, (Temmuz-Ağustos-Eylül 2001), s.26-74.

Feyzanur Soylu, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması – Borçlar Hukuku Monografiler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Gönenç Gürkaynak, “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları”, Terazi Hukuk Dergisi, C: 8, S: 85, (2013), s. 14-29.

Gönenç Gürkaynak, Rekabet Hukuku, Seçkin Yayınları, İstanbul 2022.

Hakan Hakeri, İlaç Hukuku, Astana Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2018.

Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa ve Bağışlama, Vedat Kitapçılık, C: I/1, İstanbul 2008.

Hasan İşgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1989.

Hayriye Şen Doğramacı, "Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı ve Ekonomik Fonksiyonu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 30, S. 3, (2022), s. 1043-1077.

İsmail Kayar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler / Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, İstanbul 2019..

İsmail Yılmaz Aslan, “Rekabet Kurallarının Dağıtım Anlaşmalarına Uygulanması ve Rekabet Kurulu’nun Bu Konuya İlişkin Tebliğleri”, Rekabet Bülteni, C: 1, S: 2, (2019), s. 19-27. (Rekabet Bülteni)

İsmail Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku: Teori ve Uygulama, Ekin Basım Yayın Dağıtım Yayınevi, 6. Baskı, Bursa 2021. (Teori)

Kerem Cem Sanlı, Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmaların Son 10 Yılı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Kübra Ercoşkun Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 2, (2016), s. 719-737.

Meltem Küçükayhan Aşçıoğlu, Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Metin Topçuoğlu, “İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık, Franchise Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar”, Rekabet Dergisi, S: 18, (2004), 3-60. (İnhisar Kaydı).

Metin Topçuoğlu, Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006.

Murat Topuz, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Murat Tümerdem, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (Tbk Md. 126), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

Mutlu Dinç, Türk Borçlar Kanunu (Karşılaştırmalı- Gerekçeli), Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, İstanbul 2017.

Nami Barlas, Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul 2014.

Osman Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

Osman Gökhan Antalya, Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019. (Marmara Hukuku Yorumu)

Özer Seliçi, “Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi”, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

Özge Ay, Otomotiv Sektöründeki Dağıtım Sözleşmelerinden Kaynaklanan Hukuki İlişkilerin Rekabet Hukuku Düzenlemeleri Açısından İncelenmesi, İstanbul 2017.

Pelin Güven, Rekabet Hukuku: Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, İstanbul 2009.

Pınar Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Pınar Yalçın Balçık / Seda Karsavuran, "Dünyada ve Türkiye'de İlaç Fiyatlandırması", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 15, S.2, (2012), s. 38-67.

Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2007.

Saibe Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LV, Sayı:1-2, (1995-1996), s. 263-296.

Serkan Turgut, "Rekabet Hukukunda Muafiyet", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 12, S: 46, (2021), s. 255-300.

Servecan Kaya, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Lykeion Yayınları, Ankara 2019.

Sevilay Uzunallı, "Yaşar Üniversitesi E-Dergisi", C: 8, S: Özel, (2013), s. 2915- 2960.

Sezin Ezgi Sariakçalı Alkaç, Akaryakıt İstasyonu Bayilik Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Tuğba Tatlı, "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Tek Satıcının Tekel Hakkının Rekabet Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2019.

Tuğba Vural, "Seçici Dağıtım Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Açısından Bu Sözleşmenin Geçersizliği", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2022.

Tuğçe Tuzcuoğlu, Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Umut Yeniocak, Franchise Sözleşmeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Yasemin Genç, “Türk Hukukunda Distribütörlük Sözleşmeleri”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, (Şubat 2001), s. 147-181.

Rekabet Kurulu Kararları

03-73/876(A)-374 Sayılı ve 13.11.2003 tarihli kararı.

03-73/876(B)-375 Sayılı ve 13.11.2003 tarihli kararı.

03-73/876(D)-377 Sayılı ve 13.11.2003 tarihli kararı.

09-57/1386-359 Sayılı ve 25.11.2009 tarihli kararı.

08-25/261-88 Sayılı ve 20.03.2008 tarihli kararı.

05-70/970-267 Sayılı ve 20.10.2005 tarihli kararı.

00-35/393-220 Sayılı ve 18.09.2000 tarihli kararı.

04-05/54-15 Sayılı ve 19.01.2004 tarihli kararı.

07-62/740-268 Sayılı, 26.07.2007 Tarihli kararı.

06-51/655-183 Sayılı ve 13.7.2006 tarihli kararı.

01-32/315-92 Sayılı ve 10.07.2001 tarihli kararı.

D1/1/M.Ö.-98/10 Sayılı ve 18.09.2000 tarihli kararı.

00-35/392-219 Sayılı ve 18.09.2000 tarihli kararı.

2020-3-046 Sayılı ve 25.02.2021 tarihli kararı.

12.12.2019 tarih ve 19-44/732-312 sayılı kararı.

2003-1-39/BN-03-ECG Sayılı ve 3.5.2004 tarihli kararı.

21-10/129-54 Sayılı ve 25.02.2021 tarihli kararı.

22-43/634-265 Sayı ve 22.09.2022 tarihli kararı.

04-45/574-138 Sayılı ve 6 Temmuz 2004 sayılı kararı.

93/750-159 Sayılı ve 26.11.1998 tarihli kararı.

06-36/455-118 Sayılı ve 26.5.2006 tarihli kararı.

4-32/647-284 Sayılı ve 12.09.2014 tarihli kararı.

09-16/374-88 Sayılı ve 20.04.2009 tarihli kararı.

15-41/679-241 Sayılı ve 20.11.2015 tarihli kararı.

00-36/398-224 Sayılı ve 26.09.2000 tarihli kararı.

07-63/774-281 Sayılı ve 2.8.2007 tarihli kararı.

2020-3-005 Sayı ve 28.07.2020 tarihli kararı.

19-40/637-269 Sayı ve 4.11.2019 tarihli kararı.

2019-3-009 Sayılı ve 14.11.2019 tarihli kararı.

2019-3-032 Sayılı ve 03.09.2020 tarihli kararı.

2018-3-065 Sayılı ve 14.11.2019 tarihli kararı.

2017-3-17 Sayılı ve 19.07.2017 tarihli kararı.

2012-3-147 Sayılı ve 08.09.2022 tarihli kararı.

2014-3-40 Sayılı ve 12.11.2014 tarihli kararı.

04-01/9-6 Sayı ve 8 Ocak 2004 tarihli kararı.

08-25/261-88 Sayı ve 20 Mart 2008 tarihli kararı.

2021-3-017 Sayılı ve 22.09.2022 tarihli kararı.

2020-3-063 Sayılı ve 16.06.2022 tarihli kararı.

2017-3-66 Sayılı ve 29.03.2018 tarihli kararı.

2018-3-11 Sayılı ve 11.04.2019 tarihli kararı.

18-34/577-283 Sayılı ve 26.09.2018 tarihli kararı.

09-16/374-88 Sayılı ve 20.04.2009 tarihli kararı.

2018-3-065 Sayılı ve 14.11.2019 tarihli kararı.

2017-3-17 Sayılı ve 19.07.2017 tarihli kararı.

