

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : Türk Eczacıları Birliği

Vekilleri : Av. Gökhan Pekcan, Av. Hüseyin Öğüşlü
Necatibey Cad. Uysal Apt. No:20/14
06430 - **Sihive/ANKARA**

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Rekabet Kurumu

Bilkent Plaza B-3 Blok- **Bilkent/ANKARA**

Vekili : Av. Meltem Türkoğlu - aynı adreste-

İstem Özet : Danıştay Onuncu Dairesinin 9.3.2004
günlü, E:2001/4801, K:2004/2386 sayılı kararının **temyiz** incelenerek bozulması davacı ve
davalı idare tarafından istenilmektedir.

Davalı İdarenin Savunmasının Özeti : Danıştay Onuncu Dairesince verilen
kararın redde ilişkin kısmının usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne
sürülen nedenlerin, kararın bu kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek
davacının temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

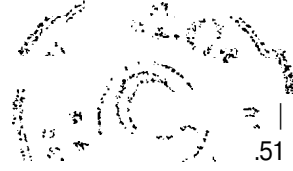
Davacının Savunmasının Özeti : Davalı idarenin **temyiz** isteminin reddi ile
Daire kararının iptale ilişkin kısmının onanması gerektiği **yolundadır**.

Danıştay Tetkik Hakimi Muhsin Yıldız'ın Düşüncesi : 4054 sayılı Yasa'da
belirtilen yetkileri kullanarak ilgili kişileri önemli ölçüde etkileyecek idari yaptırımlar uygulayan
Rekabet Kurulu'nun bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak faaliyette bulunması
hukukun genel ilkelerinin zorunlu bir sonucudur.

Bu zorunluluk karşısında, soruşturma raporu hazırlayan heyete başkanlık eden ve
soruşturmayı yürüten Kurul Üyesinin, soruşturma raporunun ve savunmanın nesnel bir şekilde
tartışılıp değerlendirileceği ve varılan sonuçlara göre nihai kararın verileceği toplantıya katılıp
oy kullanması tarafsızlık ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu nedenle, tarafların temyiz isteminin kabulü ile Daire kararının bozulması gerektiği
düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nevzat Özgür'ün Düşüncesi : 4054 sayılı Rekabetin
Korunması Hakkında Kanunun "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar"
başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasında "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya
dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi
doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve
teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır." kuralına yer verilmiş
ve madde devamında bu hallerin özellikle neler olduğu sayılırken mal veya hizmetlerin alım ya
da satım fiyatının, fiyatı oluşturan **maliyet, kar** gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım
şartlarının tespit edilmesinin ve mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya
bunların piyasa dışında belirlenmesinin hukuka aykırı ve yasak hallerden olduğu belirtilmiştir.



Aktarılan bu Yasa hükmünde belirtilen ve doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan teşebbüs birliği kararlarının ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu, keza bu amaç taşınmasa dahi rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisi doğuran yahut doğurabilme olasılığı bulunan karar ve eylemlerin yasaklandığı açıktır.

Başka bir anlatımla, bu tür karar ve eylemlerin sadece amacının rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama olması bile söz konusu karar ve eylemlerin hukuka aykırı sayılması için yeterli olup, bu karar ve eylemler sonucunda zararlı bir sonucun doğmuş olması şart değildir. Keza, bu kararlar alınırken ve uygulanırken böyle bir amaç taşınmasa dahi rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisinin doğma olasılığının mevcut olması bile söz konusu karar ve eylemlerin hukuka aykırı sayılması için yeterlidir.

Bu itibarla, 4054 sayılı Yasanın bu tür karar veya eylemlerin sadece amacını veya amaçtan bağımsız olarak doğurabileceği sonuçları gözönüne alan bir sistem oluşturduğu anlaşılmakta olup, dava konusu Rekabet Kurulu kararının hukuka uygun olup olmadığına irdelenebilmesi için davacının belirtilen amaçlara yönelen veya böyle sonuçlar doğurma olasılığı bulunan kararlar **alın**madığının veya eylemlerde bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanununun **4.maddesinin** (e) bendinde Sağlık Bakanlığınca tasdik edilen ilaç fiyat tarifelerinin uygulanıp uygulanmadığını kontrol etmek TEB'nin görevleri arasında sayılmış, **20.maddesinin** (b) bendinde eczacıların konulan kar hadlerine riayet etmeyerek ihtikara tevessül eylemelerini önlemenin eczacı odaları yönetim kurullarının görevlerinden biri olduğu belirtilmiş, **6197** sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun **39.maddesinde** eczanelerde hazırlanan reçetelerde yazılı ilaçların fiyatlarına ilişkin olarak Sağlık Bakanlığınca yapılacak tarifelerin üstüne çıktığı anlaşılmalara yazılı ihtar yapılacağı kurala bağlanmış, Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü'nün **12.maddesinde** ise eczacının tıbbi müstahzaratı Sağlık Bakanlığınca saptanmış olan fiyat ve tarife değeri üstünde **satamayacağı** belirtilmiştir.

Bu Yasa ve Tüzük hükümlerine göre eczacıların Sağlık Bakanlığınca onaylanan ilaç fiyat tarifelerinde yazılı bulunan fiyatın üstünde bir fiyatla ilaç **satamayacakları**, ancak tarifede yazılı fiyatın altında bir fiyatla satış yapmalarının önünde **hukuki** bir engel bulunmadığı açıktır.

Öte yandan, sürşarjla ilgili olarak Sağlık Bakanlığınca yayımlanan tebliğlerde sürşarj yapılmasını zorunlu kılan bir hükmün yer almaması itibariyle anılan tebliğlerin eski fiyattan ilaç satışını engelleyici yönlerinin bulunmadığı ise kuşkusuzdur.



Keza, 6643 sayılı Yasanın **39.maddesinin** (j) bendinde yer alan ve eczanelerden sağlık hizmeti satın alacak bütün kamu ve özel kurum ve kuruluşlarla anlaşmalar yapmanın, imzalanan protokole uygun tip sözleşmeleri bastırmanın ve bedel karşılığı eczanelere dağıtmanın Merkez Heyetinin görevleri arasında sayılmasının sadece kurum ve kuruluşlarla yapılacak anlaşmalara ilişkin olması ve gerçek kişilere yapılacak ilaç satışlarını düzenleyen bir yönünün bulunmaması nedeniyle bu Yasa hükmü de azami fiyattın altında bir fiyattan ilaç satışı yapılmasına engel teşkil etmemektedir.

Bu itibarla mevzuatta açıkça yasaklanmayan konularda tek başına karar alma özgürlüğü bulunan eczanelerin Sağlık Bakanlığınca belirlenen tarifenin üstüne çıkmamak kaydıyla diledikleri fiyattan ilaç satmalarının önünde hukuki bir engel bulunmadığı halde eczanelerin Sağlık Bakanlığınca belirlenen azami fiyatların altında bir fiyattan ilaç satışı yapmasını, dolayısıyla eczanelerin tek başına ve bağımsız olarak ekonomik karar almasını engelleyici yöndeki karar ve uygulamaların rekabeti sınırlayıcı etkiler doğuracağına kuşku bulunmaması bakımından, Davacı Birlikçe bu doğrultuda alınan karar ve yapılan uygulamaların 4054 sayılı Yasanın **4.maddesini** ihlal ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan, **27.2.1998** tarihinde yapılan Türk Eczacıları Birliği **31.Dönem** Birinci Başkanlar Danışma Kurulu toplantısında alınan kararın 4054 sayılı Kanunun **4.maddesi** kapsamında rekabet ihlali oluşturduğu gerekçesiyle davanın bu bölümünün reddine ilişkin olarak verilen Daire kararının bozulması için davacı temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar 2577 sayılı Kanunun **49.maddesinde** belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davacı temyiz isteminin reddine ve davalı idare temyiz isteminin ise kabulüne karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü **Kanunu'nun** 17. maddesi uyarınca davacının duruşma yapılması istemi uygun **görülmemek** dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava, Türk Eczacıları Birliğince 27.2.1998 tarihinde yapılan **31. Dönem 1. Başkanlar** Danışma Kurulu toplantısında alınan karar ve bu karar doğrultusundaki eylemler ile 4-7.12.1997 tarihlerinde yapılan Türk Eczacıları Birliği 31. Olağan Büyük Kongresi'nde alınan sürşarjla ilgili karar ve bir eczacıya İzmir Eczacı **Odası'nca** verilen cezanın Türk Eczacıları Birliği tarafından onaylanması uygulamasının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesi kapsamında ihlal oldukları ve Türk Eczacıları Birliği'nin 2.433.600.000.-lira para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 18.9.2000 günlü, 00-35/393-220 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.



Danıştay Onuncu Dairesi 9.3.2004 günlü, E:2001/4801, K:2004/2386 sayılı kararıyla; dava konusu işlemin, 27.2.1998 tarihinde yapılan Türk Eczacıları Birliği 31. Dönem 1. Başkanlar Kurulu toplantısında alınan kararın 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal olduğuna ilişkin kısmının hukuka uygun olduğu ve bu nedenle verilen idari para cezasının iptali istemi yönünden davanın reddine, 4 - 7.12.1997 tarihlerinde yapılan Türk Eczacıları Birliği 31. Olağan Büyük Kongresinde sürşarjla ilgili olarak alınan kararın ve bu kararla ilgili olarak bir eczacıya verilen cezanın onaylanması uygulamasının 4054 sayılı Kanununun 4. maddesi kapsamında bir ihlal olduğuna ilişkin kısmı yönünden ise iptaline karar vermiştir.

Davacı ve davalı idare, anılan kararın aleyhlerine olan kısımlarını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedirler.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 20. maddesinde, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumunun teşkil edildiği, Kurumun görevini yaparken bağımsız olduğu ve hiçbir organ, makam, merci ve kişinin Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Kanununun 21. maddesinde Rekabet Kurumu'nun Rekabet Kurulu, Başkanlık ve Hizmet Birimlerinden oluştuğu belirtilerek (işlem tarihinde yürürlükte bulunan) sonraki maddelerde 11 üyeli Rekabet Kurulu'nun teşekkülüne, üyelerin atanma şartlarına, görev sürelerine ilişkin hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanununun 27. maddesinin (a) fıkrasında ise, bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak, Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Kanunun yukarıda içeriği yazılı hükümleri ve dava konusu Rekabet Kurulu Kararı birlikte değerlendirildiğinde; Rekabet Kurulu'nun ilgili mal ve hizmet piyasasında 4054 sayılı Kanun'da öngörülen kurallara göre hem rekabetin ihlal edilip edilmediğini belirleyen hem de bu belirlemeye göre kişiler üzerinde önemli sonuçlara yol açan idari yaptırımlar uygulayan bir kurul olduğu görülmektedir. Belirtilen nitelikteki bu kurulun, yerine getirdiği görevle ve kullandığı yetkilerle orantılı olarak bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine göre faaliyette bulunması Kanun'un ve hukukun genel ilkeleri gereğidir.



Kanun'un 40. maddesinde, Kurulun resen veya başvuru üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verebileceği, işlem tarihinde yürürlükte bulunan 43. maddesinde, Rekabet Kurulu'nun soruşturma yapılmasına karar verdikten sonra, görevli raportör veya raportörlerle birlikte soruşturmayı yürütecek Kurul üyesi veya üyelerini de belirleyeceği; 44. maddesinde, Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen Kurul üyesi ve raportörlerden oluşan bir heyetin, soruşturma safhasında bu Kanununun 14. maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15. maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabileceği ve 45. maddesinde ise, soruşturma safhası sonunda hazırlanan raporun tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ edileceği, Kanunu ihlal ettiği belirlenenlere yazılı savunmalarını 30 gün içinde Kurula göndermelerinin bildirileceği, tarafların gönderecekleri savunmalarına karşı soruşturmayı yürütmekle görevlendirilenlerin 15 gün içinde ek yazılı görüş hazırlayacakları ve bu görüşün de tüm Kurul üyelerine ve ilgili taraflara bildirileceği öngörülmüştür.

Yukarıda belirtilen hükümlerin birlikte irdelenmesinden, soruşturma aşamasında görevlendirilen Kurul üyesi ve raportörlerden oluşan heyet, Kanun'un ihlali iddiasıyla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi toplayıp, bunları değerlendirerek soruşturma raporu hazırlamakta ve ayrıca tarafların bu rapora karşı gönderecekleri savunma üzerine de ek yazılı görüş hazırlayarak Kurul üyelerine ve ilgili taraflara bildirmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Kurul üyelerinden birinin başkanlığında yapılan soruşturma sonucunda hazırlanan raporda, davacı Birliğin kimi karar ve uygulamalarına yer verilip, elde edilen bilgi ve belgeler değerlendirilerek 4054 sayılı Kanununun 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmış olup, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin bu raporu Kurul Üyesi Soruşturma Heyeti Başkanı sıfatıyla imzaladığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, soruşturma raporunun oluşturulması aşamasında bulunmak, raporu imzalamak suretiyle görüşünü önceden oluşturduğu ve açıkladığı dikkate alındığında, aynı üyenin soruşturma raporunun ve savunmanın objektif bir şekilde tartışılıp değerlendirilmesinin gerekli olduğu nihai kararın verileceği toplantıya katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Diğer yandan; Kanunun toplantı ve karar yetersayısını belirleyen ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan 51. maddesinin birinci fıkrasında, Kurulun nihai kararlarında Başkan ya da ikinci Başkan dahil en az 8 üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar vereceği; ikinci fıkrasında ise, ilk toplantıda karar için gerekli nisabın

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ
KURULU
Esas No: 2005/81
Karar No: 2009/9

sağlanamadığı durumlarda, Başkanın ikinci toplantıya tüm üyelerin katılımını sağlayacağı, bunun mümkün olmaması halinde toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar alınacağı, bu durumda da toplantı nisabının birinci fıkrada belirtilenden az olamayacağı, başka bir deyişle en az 8 üyenin katılımı ile Kurulun toplanacağı belirtilmektedir.

Dolayısıyla, anılan Kanun maddesinde soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanması zorunlu görülmediği gibi, soruşturmayı yürüten üyenin nihai karar toplantısına katılmaması halinde, Kanunda öngörülen toplanma ve karar yetersayısının oluşmaması durumu da söz konusu değildir.

Sonuç olarak; soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai karar toplantısına katılarak oy kullandığı dava konusu Rekabet Kurulu Kararında hukuka uyarlık bulunmadığından, uyumsuzluğun esasının incelenmesi suretiyle verilen Daire kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacı ve davalı idarenin temyiz istemlerinin kabulüne, Danıştay Onuncu Dairesinin 9.3.2004 günlü, E:2001/4801, K:2004/2386 sayılı kararının BOZULMASINA, dava dosyasının Danıştay Onüçüncü Dairesine gönderilmesine, 29.1.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

Danıştay Başkanvekili
Semra Kayır

12. Daire Başkanı
Yücel İrmak

8. Daire Başkanı
Ayla Alkılıçım

2. Daire Başkanı
Kamuran Erbuğa

11. Daire Başkanı
Ahmet Hamdi Ünlü
X

6. Daire Başkan V.
Nazlı Koçer

5. Daire Başkan V.
Salih Er

12. Daire Üyesi
Ahmet Çetin Zöngür

5. Daire Üyesi
Günay Erden

5. Daire Üyesi
Esen Erol

8. Daire Üyesi
Dr.Tacettin Şimşek

5. Daire Üyesi
Mustafa Kılıçhan

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ
KURULU
Esas No: 2005/81
Karar No: 2009/9

2. Daire Üyesi
Ayfer Özdemir

8. Daire Üyesi
Alaattin Ögüş

6. Daire Üyesi
Levent **Artuk**

6. Daire Üyesi
Habibe Ünal

12. Daire Üyesi
Zeynep Kavlak

8. Daire Üyesi
Sıddık Yıldız

11. Daire Üyesi
Hüseyin Poroy

6. Daire Üyesi
Tülin Özgenç

2. Daire Üyesi
Nurben Ömerbaş

11. Daire Üyesi
M.Temel Koçaklar

12. Daire Üyesi
Mevlüt Çetinkaya

11. Daire Üyesi
Namık Kemal Ergani

2. Daire Üyesi
Yüksel Öztürk

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ
KURULU
Esas No: 2005/81
Karar No: 2009/9

4. 2009/9

401

KARŞI OY

X- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında **Kanun'un** 27/a maddesinde, bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak, bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin **saptanılması** üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli önlemleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezası uygulamak Kurulun görevleri arasında sayılmıştır. Kanunun Kurulun inceleme ve araştırmalarında uygulanacak yöntemi düzenleyen "Dördüncü Kısmı" nda yer alan 40. maddesinde, Kurulun, resen veya kendisine gelen başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının saptanılması için **önaraştırma** yapılmasına karar vereceği, 43. maddesinde de, soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, Kurulun, görevli raportör veya raportörler ile birlikte soruşturmayı yürütecek Kurul üyesi veya üyelerini de belirleyeceği kurala bağlanmıştır. Kanununun 51. maddesinin ilk fıkrasında ise, Kurulun nihai kararlarında Başkan ya da ikinci Başkan dahil en az 8 üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar vereceği; ikinci fıkrasında, ilk toplantıda karar için gerekli yetersayının sağlanamadığı durumda Başkanın ikinci toplantıya tüm üyelerin katılımını sağlayacağı, ancak bunun mümkün olmaması halinde kararın, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı, bu durumda da toplantı yetersayısının birinci fıkrada belirtilenden az olmayacağı, ikinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde Başkanın bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılacağı hususları düzenlenmektedir. Bu maddeye ilişkin gerekçede de; "Rekabet Kurulu nihai kararları hukuki ve iktisadi sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Kararların tarafları iktisadi hayatımızda önemli roller üstlenen teşebbüs veya teşebbüs birlikleri olacaktır. Bu itibarla, mümkün olduğu kadar fazla üyenin Kurulun nihai kararlarının alınmasında hazır bulunmasını sağlamak amacıyla toplantı ve kararlarda ağırlaştırılmış nisaplar aranmıştır. Ancak, karar için gerekli çoğunluğun sağlanamaması nedeniyle Kurulun karar alamaz duruma düşmesini önlemek amacıyla, ikinci fıkrada ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisapları yumuşatılmıştır." denilmiştir.

Kanunun Kurulun çalışma esaslarını düzenleyen 28. maddesinin son fıkrasında, Kurul üyelerinin kendileri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sihrî **hısımlarıyla** ilgili olaylarda görüşme ve oylamaya katılmayacakları belirtilerek Kurula katılmaya engel durumlar tek tek sayılmıştır. Bu maddenin gerekçesinde de: "Maddenin son fıkrası ile, Kurul üyelerinin kendileri ve yakınları ile ilgili olaylarda müzakere ve oylamalarda iştirak edemeyeceği belirtilmiştir. Toplantı ve karar nisaplarının ağırlaştırılmış olması üyelerin

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ
KURULU
Esas No: 2005/81
Karar No: 2009/9

hepsinin toplantılara iştirakinin önemini arttırmaktadır." denilmektedir. Yine, 4054 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan Rekabetin Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 19. maddesinde de, Kurul başkan ve üyelerinin bütün toplantılarda bulunmalarının asıl olduğu kuralı yer almıştır.

Yukarıda belirtilen Kanun hükümleri ve gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, yasa koyucunun, rekabet soruşturmasının teknik ve uzmanlık gerektiren niteliğini de gözönüne alarak, Kurul üyelerinden bir veya bir kaçının rekabet soruşturmasında Kurulca görevlendirilmesine ve bu kişilerin daha sonra Kurulun toplantılarına ve nihai kararlarına katılmalarında herhangi bir sakınca görmediği ve özellikle katılmalarını öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Rekabet Kurulu üyelerinden soruşturma yapanların "ağırlaştırılmış nisap" aranan Kurul kararlarına 28. maddenin son fıkrasında sayılan durumlar dışında katılmalarının yasal bir zorunluluğu olduğu açıktır.

Öte yandan, soruşturma kurulu tarafından hazırlanan raporun ve ek yazılı görüşün nihai karar toplantısından önce taraflara bildirildiği ve haklarında soruşturma yapılan tarafların Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenen yazılı ve sözlü savunma haklarını geniş bir şekilde kullanabildikleri (Md.43/2, 45/2), Kurulun tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamayacağı (Md.44/3) ve tarafların sözlü savunma isteminde bulunmaları durumunda, Kurulun takdir yetkisinin bulunmadığı (Md.46/1) gözönüne alındığında, soruşturma kurulunun başkanlığını yapan ve böylece soruşturmanın disiplin içinde ve zamanında bitirilmesinde **hiyerarşik** bir üst olarak eşgüdüm ve gözetim işlevini yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanması tarafsızlık ilkesini zedelemez.

Bu durumda, Kanununun 43. maddesi uyarınca Kurul tarafından soruşturmayı yürütmek üzere görevlendirilen üye veya üyelerin, Kurulun nihai karar toplantısına katılmasında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı Türk Eczacılar Birliği tarafından, soruşturmayı yürüten üye ile aralarında bir uyumsuzluğun ve husumetin olduğu yolunda bir sav da ileri sürülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, uyumsuzluğun esasının incelenerek bir karar verilmesi gerektiği görüşüyle, karara karşıyız.

11.Daire Başkanı
Ahmet Hamdi Ünlü

5. Daire Üyesi
Esen Erol

ş. Daire Üyesi
Mustafa Kılıçhan

A/B- 30.1.2009 - 2.2.

