

T.C.

DANI TAY

DAR DAVA DA RELER KURULU

Esas No : 2020/1552

Karar No : 2021/1376

TEMYZ EDENLER : 1- **(DAVALI)**: Rekabet Kurumu

UETS Kodu: 35495-15945-49388 (E-Tebligat)

VEK L : Av. Makbule Nazlı Önal

2- **(DAVALI YANINDA MÜDAH L)**: Roche Müstahzarları Sanayi A. .

VEK LLER : Av. İmutluhan Selçuk, Av. Ozan Gökce

UETS Kodu: 16286-82783-07219 (E-Tebligat)

KAR I TARAF (DAVACI) : Veysi Mungan

Erenköy Mah. Dr. Süer Sokak No:9/2 Oran Kaya Apt.

No:9/10 Kadıköy/ STANBUL

STEM N KONUSU : Danı tay Onüçüncü Dairesinin 04/12/2019 tarih ve E:2018/1785, K:2019/4095 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜREC :

Dava konusu istem: Roche Müstahzarları San. A. .'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlâl etti inden bahisle yapılan ikâyetin reddine ili kin Rekabet Kurulunun 30/10/2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı kararının iptali istenilmi tir.

Daire kararının özeti: Danı tay Onüçüncü Dairesinin, Danı tay dari Dava Daireleri Kurulunun 08/11/2017 tarih ve E:2015/3659, K:2017/3489 sayılı usule ili kin bozma kararına uyularak verilen 04/12/2019 tarih ve E:2018/1785, K:2019/4095 sayılı kararıyla;

Rekabet Kurumuna intikal eden çe itli ikâyet dilekçelerinde, biyoteknoloji ürünlerinde (özellikle Neorecormon, Neupogen, Roferon-A, Kytril ve Setron isimli ilaçlarda) Roche Müstahzarları San. A. .'nin Be er Ecza Deposu dı ndaki di er depoların SSK ihalelerine katılmasına engel oldu u, böylece hâkim durumunu kötüye kullandı ı, pazar payla ımı içine girdi i ve fiyat belirledi i, depolar arasında ayrımcılık yaptı ı, ihalelerde ulusal rekabet mevzuatına aykırı davrandı ı; Roche Müstahzarları San. A. .'nin iç denetim raporunda da rekabet kurallarını ihlâl etti inin belirlendi i, Ba bakanlık Tefti Kurulunun 29/11/2005 tarih ve 18/2005-3 sayılı konu ile ilgili hazırlamı oldu u raporda da bu durumların teyit edildi i hususlarının iddia edildi i,

Belirtilen iddialara yönelik olarak 04/05/2006 tarih ve 06-32/396-M sayılı Kurul kararının alındı ı; Kurul tarafından belirtilen iddiaların biyoteknoloji ürünler olarak sayılan Neorecormon, Neupogen, Roferon-A, Kytril ve Setron isimli ilaçlarla ilgili olarak iki ba lık altında ayrı ayrı de erlendirildi i; neticesinde Kurul kararıyla Roferon-A, Neupogen ve Neorecormon adlı biyoteknoloji ürünlere ili kin olarak dilekçelerde yer verilen iddiaların, Rekabet Kurulunun 20/09/2004 tarih ve 04-60/866-205 sayılı ve 19/11/2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı kararları ile aynı kapsam ve nitelikte olması ve adı geçen kararlarda ikâyet dilekçelerinde yer verilen iddiaların dikkate alınarak yapılan ikâyetlerin reddedilmesi

T.C.

DANI TAY

DAR DAVA DA RELER KURULU

Esas No : 2020/1552

Karar No : 2021/1376

gerekçeleriyle Roferon-A, Neupogen ve Neorecormon adlı ilaçlarla ilgili olarak ikâyetlerin reddine, Kytril ve Setron adlı ürünlere ili kin olarak ise, 21/04/2005 tarih ve 05-26/298-M sayılı Kurul kararı ile yürütülmekte olan soru turma kapsamında ikâyetin de erlendirilmesine karar verildi i,

Anılan kararın iptali istemiyle açılan dava sonucunda Dairelerinin 31/03/2008 tarih ve E:2006/3795, K:2008/3413 sayılı kararı ile, Kytril ve Setron adlı ilaçlarla ilgili olarak Kurul tarafından ikâyete konu iddiaların açılmı bir soru turmayla birlikte de erlendirilmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmadı ı; ancak Neorecormon, Neupogen, Roferon-A adlı ilaçlarla ilgili olarak ikâyete konu iddialara bakıldı ında, ilâç ihaleleriyle ilgili olarak yürütülen emniyet soru turmasındaki mahkeme ve polis ifadeleri, Roche firmasının iç denetim raporu ve davacının Ba bakanlı a yaptı ı ikâyet sonucunda Ba bakanlık Tefti Kurulunun 29/11/2005 tarih ve 18/2005-3 sayılı konu ile ilgili hazırlamı oldu u raporun bulundu u; tüm bunların yeni durumlar te kil etmesi kar ısında, Rekabet Kurulunun 20/09/2004 tarih ve 04-607866-205 sayılı ve 19/11/2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı kararlarında bu hususların de erlendirilmedi i; herhangi bir ikâyet ya da ba vuru olmasa dahi, rekabet ihlâlini ortaya çıkarmak amacıyla re'sen harekete geçmek ve re'sen ara tırma yapmak konularında Kurula Kanunla verilmi görev ve yetkisi kapsamında, bu yeni durumların, soru turma açılmasını gerektirecek nitelikte olup olmadı ı yönünden de erlendirilmesi gerekirken, davacının ikâyet ba vurusunun eski kararlarla de erlendirildi inden bahisle reddine ili kin Rekabet Kurulu kararının iptaline karar verildi i,

Dairelerinin anılan bu kararı üzerine yapılan inceleme sonucunda, Roche hakkında ileri sürülen iddiaların tamamının önceki Kurul kararlarında sonuçlandırılmı iddialarla aynı oldu u, dilekçelerde ve eklerinde yer alan Ba bakanlık Tefti Kurulu Raporu, Roche firmasının iç denetim raporları, mahkeme ve polis ifade tutanakları ile basın ve yayın organlarında yer alan çe itli haber ve yorumlarda ve di er belgelerde, Rekabet Kurulu kararlarının yeniden ele alınmasını gerektirecek yeni bir delilin bulunmadı ı gerekçeleriyle Roche'nin ikâyete konu eylem ve davranı larınının 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında ihlâl te kil etmedi ine, ikâyetlerin reddine ili kin tesis edilen 30/10/2006 tarih ve 08-61/996-388 sayılı ön ara tırma kararının iptalinin istenildi i belirtilerek,

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesine, "Tanımlar" ba lıklı 3. maddesine, "Rekabeti Sınırlayıcı Anla ma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" ba lıklı 4. maddesine, "Kurulun Görev ve Yetkileri" ba lıklı 27. maddesinin (a) bendine, "Önara tırma" ba lıklı 40. maddesine ve "Önara tırmanın Sonuçlanması" ba lıklı 41. maddesine yer verilerek,

Kanun'un yukarıda yer verilen düzenlemelerine göre, soru turma açılması için yeterli bilgi ve belge varsa do rudan soru turma açılmasına karar verilebilece i; do rudan soru turma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadı ı hâllerde ise daha fazla bilgi veya belge elde edebilmek için ön ara tırma yapılabilece i ve ön ara tırma yapmakla

T.C.

DANI TAY

DAR DAVA DA RELER KURULU

Esas No : 2020/1552

Karar No : 2021/1376

görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgi ve deliller ile ön ara tırma raporunun Kurul'ca değerlendirilerek soru turma açılmasına veya açılmamasına karar verilebileceği; bu iki karar türünden birini verme hususunda Rekabet Kurulunun takdir yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin 4054 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirme hedefi doğrultusunda kullanılması gerektiği,

Bu bağlamda, ön ara tırma sonucunda rekabet kurallarını ihlâl eden eylem, karar ve anlaşmaların söz konusu olmadığına hiçbir kuşuya yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkması hâlinde Kurul'ca soru turma açılmamasına karar verileceği, ancak ön ara tırma sonucu elde edilen bilgi ve delillerin bu sonuca ulaşmaya elverişli olmaması veya yetersizliği hâlinde ise soru turma açılmasına karar verilmesi gerektiği konusunda duraksamaya yer olmadığı,

Bağka bir anlatımla, ihbar ve şikâyet başvurularında ileri sürülen iddia ve deliller ile re'sen ara tırma sonucunda elde edilen bilgi ve bulguların noksan olduğu ve dolayısıyla ön ara tırmaya konu edilen olayın soru turma açılmasına gerek bulunmadığı yönünde kesin bir kanaate ulaşmaya yetecek ölçüde aydınlatılmadığı hâllerde, Kurul'ca soru turma açılmasına karar verilerek 4054 sayılı Kanun'un 43. ve devamı maddelerinde düzenlenen idarî usulün uygulanması sonucunda yapılacak değerlendirilmenin 48. maddede öngörülen nihai kararlar sonuçlandırılması gerektiği,

Aksi takdirde rekabet kurallarının ihlâl edilmesine ilişkin iddialar açıkla kavu madan soru turma açılmaması yönünde alınan kararın rekabetin korunması amacına hizmet etmeyeceğinden kuşku bulunmadığı,

Dava konusu karardan sonra, davacı tarafından dava dosyasına eklenen Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 02/06/2009 tarih E:2008/15433, K:2009/8116 sayılı kararıyla konuya ilişkin İstanbul 10. Aır Ceza Mahkemesi kararının, 2003 yılında Neorecorman adlı ilacın % 99.25'inin Beşer Eczası Deposu kanalıyla SSK Hastanelerine satıldığı hususu da göz önüne alınarak, ihalelere girmeme konusunda baskı ve yaptırım uygulanıp uygulanmadığının saptanması gerektiğinden bahisle bozuldu; bu karar üzerine ise İstanbul 10. Aır Ceza Mahkemesinin 09/04/2013 tarih ve E:2009/150, K:2013/91 sayılı kararıyla, bir kısım suçlar yönünden zamanaşımı nedeniyle düme, bir kısım suçlar yönünden ise beraat kararı verildiği; bununla birlikte, ceza yargılamasının sonucunun rekabet soru turmasının sonucunu kural olarak etkilemeyeceği; ceza soru turmasında gerçek ahlıs faillerin, rekabet soru turması özelinde ise tüzel kişiliği faaliyetlerinin rekabet hukuku esasları çerçevesinde değerlendirildiği; ancak ceza soru turmasında elde edilmesi muhtemel delillerin rekabet soru turması açısından dikkate alınması gerektiği hususları göz önüne alındığında, özellikle zamanaşımı nedeniyle düürülen suçlar ile ilgili olarak rekabet soru turması kapsamında değerlendirilmeyen hususların saptandığı, ceza mahkemesinin yukarıda anılan kararının temin edilerek, bu kararın dayandığı delillerin değerlendirilmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak tesis edilen dava konusu Kurul kararında hukuka

T.C.

DANI TAY

DAR DAVA DA RELER KURULU

Esas No : 2020/1552

Karar No : 2021/1376

uygunluk bulunmadı ı sonucuna varıldı ı,

Öte yandan, davalı idare tarafından Kurulca gerçekte tirilen ön ara tırma sırasında elde edilemeyen bilgi ve belgelerin ortaya çıkması ihtimali göz önüne alınarak karar verilemeyece i ileri sürülmü se de, bizatihi bu durumun bir eksik incelemeye i aret etti i; bu nedenle söz konusu iddianın yerinde görülmedi i; ayrıca, yargı merciinin ortaya çıkan yeni deliller ı ında ön ara tırma sırasında açıklı a kavu turulamayan hususların dava dosyasına sunulması ihtimalinde, idari yargılama usulü kaideleri çerçevesinde bu delillerin de erlendirilmesini teminen idari i lemin iptaline veya do rudan bu delilleri esas alarak i lemin esasına yönelik iptal kararı verebilece inin de ku kusuz oldu u gerekçesiyle, dava konusu i lemin iptaline karar verilmi tir.

TEMYZ EDEN N DD ALARI : **Davalı idare tarafından**, davaya konu Kurul kararının 30/10/2008 tarihinde alındı ı, temyize konu Daire kararında bahsi geçen ceza mahkemesi kararının 09/04/2013 tarihli oldu u, eksik inceleme nedeniyle Kurul kararının ancak inceleme yapılan dönemde var olan bilgi ve belgelerin dikkate alınmaması halinde söz konusu olabilece i, oysa davaya konu Kurul kararının alındı ı dönemde mevcut olan tüm bilgi ve belgelerin dikkate alındı ı, ceza yargılaması kapsamında Roche'nin hastane ihalelerinde kendi ürünleri için Be er Ecza Deposu dı ındaki depoların teklif vermemesi yönünde baskı ve yaptırım uygulayıp uygulamadı ı hususunun sorgulandı ı, Roche'nin bu yönde baskı uyguladı ının sabit olması halinde dahi, bu eyleminin 4054 sayılı Kanun ba lamında bir ihlal olu turmadı ı, somut olayda dava konusu Kurul kararının dayandı ı de erlendirmeleri de i tirebilecek nitelikte bir bilgi ve belgenin mevcut olmadı ı belirtilerek, temyize konu Daire kararının bozulması gerekti i ileri sürülmektedir.

Davalı yanında müdahil tarafından, temyize konu Daire kararının Dani tay dari Dava Daireleri Kurulunun bozma kararından önce aldı ı kararın birebir aynısı oldu u, davaya müdahalelerinin kabulünden sonra taraflarınca dosyaya ibraz edilen savunmaların dikkate alınmadı ı, bu haliyle bozma kararının amacına aykırı yargılama yapıldı ı, davaya konu Kurul kararında herhangi bir eksik inceleme ve hukuka aykırılık bulunmadı ı, davaya konu i lemin temin edilmeden tesis edildi i için eksik inceleme ile kusurlandırıldı ı ceza mahkemesi kararının Kurul kararından be yıl sonra alındı ı, bu çerçevede davaya konu i lemin eksik inceleme ihtiva etti inden söz edilemeyece i, öte yandan 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinde soru turmanın 1 ay içerisinde sonuçlandırılaca ını öngören düzenleme kar ısında davalı idarenin ceza yargılamasını beklemesinin mümkün olmadı ı, itham edildikleri eylemlerin 2003 yılında gerçekte ti i, bu haliyle zamana ımı bakımından daha lehe olan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca kendilerine izafe edilen eylemler yönünden soru turma zamana ımının doldu u, dolayısıyla haklarında soru turma yapılmasının mümkün olmadı ı, 2003 yılı için Be er Ecza Deposuyla imzaladıkları anla manın grup muafiyetinden yararlandı ı, bu nedenle Be er Ecza Deposuyla aralarında

T.C.

DANI TAY

DAR DAVA DA RELER KURULU

Esas No : 2020/1552

Karar No : 2021/1376

bulunan ili kinin 4054 sayılı Kanun'u ihlal edici nitelikte kabul edilmeyece i, nitekim davaya konu Kurul kararından evvel alınan 19/11/2004 tarihli Kurul kararıyla Be er Ecza Deposuyla olan ili kinin grup muafiyeti kapsamında bulundu u hususunun kabul edildi i, davaya konu Kurul kararına konu ikayetlerle ilgili önceden alınan ve rekabete aykırı eylemlerde bulunulmadı ını tespit eden 19/11/2004 tarihli Kurul kararının kesin oldu u, bu kesin karara ra men Kurulun yeniden inceleme veya soru turma ba latmasının hukuken olanaklı olmadı ı belirtilerek, Daire kararının bozulması gerekti i ileri sürülmektedir.

KAR I TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından, savunma verilmemi tir.

DANI TAY TETK K HÂK M MEHMET CELAL UZUNKAYA'NIN DÜ ÜNCES : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerekti i dü ünülmektedir.

TÜRK M LLET ADINA

Karar veren Danı tay dari Dava Daireleri Kurulunca, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gere i görü üldü

HUKUK DE ERLEND RME:

Danı tay dava dairelerinin nihai kararlarının temyizen incelenerek bozulması, 2577 sayılı dari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan;

"a) Görev ve yetki dı nda bir i e bakımı olması,

b) Hukuka aykırı karar verilmesi,

c)Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması" sebeplerinden birinin varlı ı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemi tir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1.Davalı idarenin ve müdahilin temyiz istemlerinin reddine,

2.Dava konusu i lemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptaline ili kin Danı tay Onüçüncü Dairesinin temyize konu 04/12/2019 tarih ve E:2018/1785, K:2019/4095 sayılı kararının **ONANMASINA**,

3.Bu kararın tebli tarihini izleyen 15 (onbe) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 01/07/2021 tarihinde oybirli i ile karar verildi.

Ba kan

Hasan
GÜZELER

Üye

Ali
KAZAN

Üye

Bilal
ÇALI KAN

Üye

Hasan
ODABA I

Üye

Muhsin
YILDIZ

T.C.

DANI TAY

DAR DAVA DA RELER KURULU

Esas No : 2020/1552

Karar No : 2021/1376

Üye

Bilge

APAYDIN

Üye

Ali

ÜRKER

Üye

Fatih

TERZ

Üye

Recep

KILIÇ

Üye

Ömer

C VR

Üye

Sami

KARATEK N