

T.C.  
DANIŞTAY  
ONÜÇÜNCÜ DAİRE  
Esas No : 2008/2142

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen : Farmakom Eczane Bilgisayar  
Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş.

Vekili : Av. Kemal Şahin  
Paris Cad. No:54/4 Kavaklıdere/ANKARA

Davalı : Rekabet Kurumu  
Bilkent Plaza B-3 Blok Bilkent/ANKARA

İstemin Özeti : Türk Eczacıları Birliği (TEB)'nin hazırlatmış olduğu eczane yazılımını ücretsiz olarak dağıtması nedeniyle rekabet koşullarını bozduğu ileri sürülerek yapılan şikâyetin reddine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 08.11.2007 tarih ve 07-85/1054-413 sayılı kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi : Rekabet Kurulu tarafından şikâyetin, Kanun kapsamında olmadığına saptanması hallerinde, 4054 sayılı Kanun'un 42/2. maddesi uyarınca reddedilmesi mümkün bulunmakla beraber, Rekabet Kurumu'na şikâyet edilen hususlarla ilgili olarak, eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. veya 6. maddesi anlamında bir ihlâl olup olmadığına nitelendirilebilmesi için; Kurum tarafından Kanun'un "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmındaki, Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usullerin uygulanması ve önaraştırma kararının verilmesi gerekli bulunmaktadır.

Bu durumda, davacı iddialarının Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında bulunması nedeniyle, davalı idarece davacının iddialarıyla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığına tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken, belirtilen prosedüre uyulmaksızın Kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinde 4054 sayılı Kanun'a uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle yürütmenin durdurulması isteminin kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'un Düşüncesi : Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

### TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce davalı idarenin savunması alındıktan sonra incelenmesine karar verilen yürütmenin durdurulması istemi, savunmanın geldiği görülmekle yeniden incelendi, gereği görüldü:

Dava, TEB'in hazırlatmış olduğu eczane yazılımını ücretsiz olarak dağıtması nedeniyle rekabet koşullarını bozduğu ileri sürülerek yapılan şikâyetin reddine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 08.11.2007 tarih ve 07-85/1054-413 sayılı kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılmıştır.

T.C.  
DANIŞTAY  
ONÜÇÜNCÜ DAİRE  
Esas No : 2008/2142

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27. maddesinin (a) bendinde, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlâllere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görevleri arasında sayılmış; Kanun'un 4. maddesinde de, 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 eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu kurala bağlanarak en çok rastlanılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma örnekleri belirtilmiş; Kanun'un hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesinde ise, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması halinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş, (a-e) bentlerinde kötüye kullanma halleri sayılmıştır.

Davacı şirket tarafından, TEB'in "Eczane Otomasyon Sistemi ve İlaç Bilgi Kaynağı Projesi" ihalesi ile aynı ürünlerin var olduğu ve rekabetin olduğu bir piyasada teşebbüs haline geldiği, bu durumun, TEB ile aralarında kanuni ve zorunlu üyelik bağı olan eczacıların, eczane programı satın alırken normal alıcılar gibi piyasada ürün seçme hakkını serbestçe kullanamaması nedeniyle piyasada rekabetin bozulması sonucunu ortaya çıkaracağı, orta ve uzun vadede şikâyet konusu sisteme başka programların da eklenecek olmasının, eczacıların serbestçe program seçme hakkını ortadan kaldıracak nitelikte olduğu, ihalede adı geçen bütün yazılımların herhangi bir entegre yapıya ya da sisteme bağlı olmaksızın kendi işlevleri ile bağımsız olarak çalışabildikleri, ihale şartnamesinde yer alan "TEB'e bağlı olarak hizmet veren eczaneler tarafından kullanılacak olan Eczane Otomasyon Sistemi..." ifadesinin özellikle kullanıldığı, böylelikle ancak ihale edilen ürünle tüm eczanelerde sağlık hizmetinin verilebileceğinin ortaya konmaya çalışıldığı, ihale şartnamesinde yer alan, TEB'in bu ihale ile elde edeceği yazılımları, "başta doktor ve eczacılar olmak üzere, sağlık sektöründe çalışan tüm sağlık profesyonellerine..." sunacağına dair ifadenin başka piyasalarda da rekabetin bozulmasını kaçınılmaz kılacağı, ilgili ihaleyle ilgili olarak TEB faaliyetlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a), (c), (d) ve (f) fıkralarına ve 6. maddesinin (a) ve (d) fıkralarına aykırı olduğu belirtildiğinden, şikâyetle ilgili olarak; Kanun'un 4. ve 6. maddelerine aykırılık teşkil eden davranışların bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirketin şikâyeti üzerine düzenlenen 30.10.2007 tarih ve 2007-2-187/İİ-07-FT sayılı ilk inceleme raporunun Rekabet Kurulu tarafından değerlendirilmesi sonucu, TEB Merkez Heyeti tarafından meslekleriyle ilgili hizmetlerde çalışan eczacıların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini

**T.C.**  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No : 2008/2142**

kolaylaştırmak, eczacılığın genel menfaatlerine uygun olarak gelişmesini sağlamak, eczacılık mesleğinin icrası hakkındaki kanunların ve bunlarla ilgili mevzuatın gereği gibi uygulanmasına yardım etmek, eczacıların etkin bir sağlık hizmeti sunulabilmesi gereksinimi gibi amaçlarla Eczane Otomasyon Sistemi (EOS) ve İlaç Bilgi Kaynağı Projesi için ihale açıldığı, şikâyetçi de dâhil olmak üzere, tüm ilgililere duyurulduğu, ihaleye hem pazarda faaliyet gösteren firmaların hem de daha önce eczane yazılım pazarında herhangi bir faaliyeti olmayan yazılım firmalarının davet edildiği, Türkiye'de yaklaşık 23.000 eczanenin bulunduğu bilindiği, bu eczanelerden yaklaşık her üç eczaneden birinde herhangi EOS benzeri bir programın kullanılmadığı, bu bağlamda eczane yazılımının bir eczane için zorunlu olmadığı, eczanelerin faaliyetlerini kolaylaştırmak amacıyla tercih edildiğinin anlaşıldığı, test çalışmalarına Mart 2007'de başlanan TEB'in ihale ettiği yazılımın hâlihazırda 30 adet kullanıcı tarafından test amaçlı kullanıldığı, projenin 2007 yılı sonuna kadar tamamlanmasının planlandığı ve hazırlanan yazılımın mülkiyetinin TEB'e ait olacağı, yazılımın maliyetinin karşılanmasında kendi kaynaklarının yanı sıra Sanofi-Aventis Group'un sponsorluk desteğinden de yararlandığı, bu noktada Kurul tarafından kararda, yazılım pazarındaki fiyatlandırma ve programlar arasındaki geçiş olanaklarına ilişkin işleyiş ve uygulamalar hakkında bilgilere yer verildiği, buna göre, fiyatlamaya ilişkin, hâlihazırda pazarda faaliyet gösteren firmalar tarafından iki temel uygulamanın bulunduğu, her iki uygulamada da firmaların programın ilk satış anında belirli bir ücreti talep etmekte oldukları, değişikliğin güncellemeler esnasında ortaya çıktığı, TEB tarafından hazırlanan yazılımın ise eczanelere ücretsiz dağıtılmakta olduğu ve eczane başı yıllık 25 YTL kullanım ücretinin talep edildiği, dolayısıyla, TEB tarafından pazara yeni bir fiyatlandırma modeli sunulduğunun görüldüğü, eczane yazılımları arasında geçişlerin mümkün olduğu, sektörde faaliyet gösteren firmalar ve TEB yetkilileri tarafından ifade edildiği, yazılımların veritabanında bulunan bilgilerin çeşitli yöntemlerle program dışına alınabilmekte ve bu verilerin de kullanılacak olan yeni programa aktarılabilen olduğu, aktarımın mümkün olmadığı durumlar olsa bile, eczanelerin diğer programa geçmeleri için yapmaları gerekenin, hâlihazırda herhangi bir yazılım kullanmayan eczanelerin yapması gerekenden farklı olmayacağı, bu durumda eczanelerin stok sayımı yapmaları ve bu bilgiyi programa aktarmalarının gerekeceği, TEB tarafından eczacılara kendi ürettiği yazılımın kullanılması konusunda bir baskı ya da zorlama yapıldığına ya da yazılımın entegre olarak düzenlenmek suretiyle eczacıların başka eczane programlarını seçme haklarının engellendiğine yönelik herhangi bir bilgiye rastlanılmadığı, eczacıların, bir eczane yazılımı kullanıp kullanmayacakları ve bir yazılım kullanılması halinde hangi yazılımı kullanacakları hakkında bir baskı veya zorlamayla karşılaştıklarına dair herhangi bir kanıt ulaşılmadığı, bu bağlamda TEB'in faaliyetlerinin 4. maddeyi ihlâl ettiğinin öne sürülebilmesi için rekabete aykırılık amacı veya etkisi olup olmadığının ortaya konmasının gerekmekte olduğu, şikâyet konusu faaliyetlerin gerçekleştirildiği eczane yazılım pazarının, eczacıların faaliyet gösterdiği pazara doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir etkisinin olmadığı

**T.C.**  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No : 2008/2142**

anlaşıldığı, yapılan incelemelerde TEB tarafından üye eczacılara hazırlanan yazılımın kullanılması yönünde herhangi bir baskının ya da zorlamanın yapıldığına dair herhangi bir bulguya rastlanılmadığı, piyasadaki uygulamalara bakıldığında, eczane yazılım programları arasında geçişin önünde herhangi bir engelin bulunmadığı, programlar arasında geçişin var olduğunun da tespitler arasında yer aldığı, ayrıca, Mart 2007'den beri kullanımda olan ve hâlihazırda Türkiye çapında tanıtımları ve aktif dağıtım çalışmaları devam eden bir yazılımın sadece 30 kullanıcı tarafından kullanılıyor olmasının da baskı ya da zorlama olmadığı tespitini güçlendirdiği, bunun yanında, eczacıların yaklaşık üçte birinin herhangi bir eczane yazılımı kullanmamasının da eczane yazılımlarının eczaneler için elzem olmadığını gösterdiği, bu bakımdan, TEB'in şikâyet konusu faaliyetlerinin teşebbüs birliği üyelerinin faaliyette bulunduğu pazardaki rekabet koşullarına doğrudan veya dolaylı bir etkisinin bulunmadığı, bunun yanında programlar arası geçişin olanaklı olduğu, TEB tarafından üyelerine kendi programının kullanılması yönünde herhangi baskı ve zorlama yapıldığına ilişkin herhangi bir bulguya rastlanmadığı ve ihalenin piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler de dâhil olmak üzere herkese açık olduğu, bütün bunların TEB'in ilgili pazarda rekabeti bozma gibi bir amacının olmadığı yönünde değerlendirilebileceği, ilgili pazar açısından şikâyet değerlendirildiğinde ise, oluşturulan programın ilgili pazarda hâlihazırda herhangi bir somut sonuç doğurduğundan bahsedilemeyeceği, programın kullanıcı sayısının 30 civarında olduğundan, diğer programların kullanıcı sayıları ile karşılaştırılmayacak kadar az olduğu, öte yandan, gerek gelen şikâyetin içeriğinden gerek yapılan incelemelerden, programın ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler üzerinde "rekabetçi baskı" oluşturduğunun anlaşıldığı, Rekabet Kurulu'nun benzer bir şikâyeti değerlendirdiği 07-53/583-194 sayılı kararında yer alan "Amaç ve etki incelemesinin ötesinde, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile yasaklanan teşebbüs birliği kararlarının, birlik üyeleri arasındaki ya da birlik üyelerinin faaliyet gösterdikleri pazarın alt ve üst pazarlarındaki rekabeti olumsuz etkileyen kararlar olduğu; bu açıdan yaklaşıldığında ise, söz konusu şikâyet konusunun 4. madde kapsamında değerlendirilmesinin Kanun'un lafzını zorlayıcı bir durum ortaya çıkardığı da ileri sürülebilecektir." şeklindeki değerlendirmesinin dosya konusu şikâyet için de geçerli bulunduğu, öte yandan şikâyet konusu faaliyetlerin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine de aykırı olduğunun iddia edildiği, TEB'in sahibi olduğu program aracılığıyla ilgili pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüs olduğu kabul edilse bile kullanıcı sayısı dikkate alındığında, TEB'in ilgili pazarda hâkim durumda olduğu yönünde bir değerlendirme yapmanın olanaklı görünmediği nedenleriyle şikâyetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinde, Kurul'un, resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, 41. maddesi gereğince de Kurul'un, önaraştırma raporu üzerine soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği, Kanun'un 43., 44., 45., 46. ve 47. maddelerinde öngörülen süreç yürütülerek,

T.C.  
DANIŞTAY  
ONÜÇÜNCÜ DAİRE  
Esas No : 2008/2142

hakkında soruşturma yürütülenin savunması alındıktan sonra nihaî karar verileceği hükümleri yer almıştır.

Rekabet Kurulu'nun; ihbar, şikâyet veya re'sen başka kaynaklardan öğrendiği bir rekabeti sınırlayıcı anlaşma ya da hâkim durumun kötüye kullanılması eylemleri hakkında ya doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açmaya gerek olup olmadığını anlamak için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, soruşturma açmaya karar vermesi halinde tarafları bu durumdan haberdar edeceği, böylece yazılı iddia ve savunmaların ileri sürülmesi aşamasına gelineceği, daha sonra taraflarca talep edilmesi halinde ya da Kurul'ca re'sen sözlü savunma toplantısı yapılmasından sonra, nihaî karar aşamasına gelineceği hususları Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Rekabet Kurulu tarafından şikâyetin, Kanun kapsamında olmadığı saptanması hallerinde, 4054 sayılı Kanun'un 42/2. maddesi uyarınca reddedilmesi mümkün bulunmakla beraber, Rekabet Kurumu'na şikâyet edilen hususlarla ilgili olarak, eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. veya 6. maddesi anlamında bir ihlâl olup olmadığı nitelendirilebilmesi için; Kurum tarafından Kanun'un "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmındaki, Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usullerin uygulanması ve önaraştırma kararının verilmesi gerekli bulunmaktadır.

Bu durumda, davacı iddialarının Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında ihlâl iddialarına ilişkin bulunması nedeniyle, davalı idarece davacının iddialarıyla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığı tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken, belirtilen sürece uyulmaksızın Kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinde 4054 sayılı Kanun'a uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesindeki koşulların birlikte olduğu anlaşıldığından, Rekabet Kurulu'nun 08.11.2007 tarih ve 07-85/1054-413 sayılı kararının dava sonuçlanıncaya kadar yürütülmesinin durdurulmasına 26.05.2008 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Ali	Orhun	Turan	Zümrüt
ÖZTÜRK	ÖZTÜRK	YET	KARAKAYA	ÖDEN
		(X)		

**(X) Karşı Oy :** Dava konusu uyuşmazlıkta; 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesindeki koşulların birlikte oluşmadığı anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

Üye  
Orhun YET

