

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2014/462
Karar No:2020/1774

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : Ulusal Ecza Tıbbi Cihazlar Deposu-Uğur Gümüş
VEKİLİ : Av. Ersoy ŞAHİN
Haydar Aliyev Bulv., No:61, Kızılata Apt., A Blok, K:3, D:9
Bayraklı/İZMİR [16915-19671-18683] Uets

KARŞI TARAF (DAVALI) : Rekabet Kurumu
Üniversiteler Mah., 1597. Cad., No:9 Çankaya / ANKARA
[35495-15945-49388] Uets

VEKİLİ : Av. Nuran İNAN - Aynı adreste

İSTEMİN KONUSU : Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 27/09/2013 tarih ve E:2013/618, K:2013/1370 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Allergan İlaçları Tic. A.Ş'nin (Allergan) Botox markalı ürünü tedarik etmeyerek hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasıyla davacı tarafından yapılan şikâyet başvurusunun reddi ile soruşturma açılmamasına ilişkin 03/01/2013 tarih ve 13-01/3-3 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Ankara 10. İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; Allergan'ın eyleminin rekabet hukukunda mal vermeyi reddetme eylemi olup olmadığını irdelenmesi gerektiği, kural olarak mal vermeyi reddetme eyleminin rekabet hukuku bağlamında ihlâlâ neden olan bir eylem olarak nitelendirilebilmesi için verilmeyen/ticari olarak daha kötü şartlarla verilen malın, nihaî ürünün ortaya çıkarılması için vazgeçilemez nitelikte olması ve eylemin temin edilmeyen malın kullanıldığı alt pazardaki firmanın pazar dışına itilmesi gibi rekabete önemli ölçüde zarar vermesi gibi hususların gerçekleşmesi gerektiği, ancak olayda bu şartların gerçekleştiği noktada herhangi bir bilgi ve belgenin dava dosyasına sunulmadığı, bunun yanı sıra davacı şirketin ilgili idare tarafından verilen ruhsatlı bir ecza deposu olduğu, niteliği itibarıyla davacının faaliyetinin tamamen tek bir ürüne bağımlı olduğunun kabul edilmesine olanak bulunmadığı, ayrıca davacının Botox ürününe yönelik en yüksek satış hacmine ulaştığı 2011 yılında dahi ürün satışlarının toplam cirosu içerisindeki payının yaklaşık %7 olduğu, toplam ciro içerisindeki yeri dikkate alındığında ise davacının ticari faaliyetinin sürdürülebilirliği üzerinde de anılan ürünün sınırlı bir etkisinin olduğu, diğer taraftan davacı şirketin ana ithalatçı Allergan dışında diğer daha büyük çapta faaliyet gösteren ecza depolarından da bu ürünü her zaman temin imkânı bulunduğu, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca hâkim durumun kötüye kullanıldığından bahsedebilmek için teşebbüsün ilgili ürün pazarında hâkim durumda bulunması ve eylemin rekabet hukuku açısından kötüye kullanma teşkil etmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesinin gerektiği, şikâyet olunan firmanın eyleminin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde bir kötüye kullanma olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2014/462
Karar No:2020/1774

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, şikâyet edilen firmanın belirli bölgedeki alıcı firmalar arasında çıkar amaçlı ayrımcılık yaptığı, İzmir ilindeki hâkim ecza deposu tarafından ilacın daha yüksek fiyattan satıldığı, kendisinin piyasaya girmesiyle bu durumun zarar gördüğü, bunun üzerine şikâyet edilen firma tarafından kendisine mal verilmesinin önce azaltılıp sonra tamamen durdurulduğu, ödemelerini ve yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen kendisinin piyasadan çıkarılmasının amaçlandığı, ürünü diğer ecza depolarından daha pahalı almaya zorlandığı, ilaç vermeme eylemi nedeniyle faaliyetlerinin ciddi zarar gördüğü, temin edilmeyen ilacın ikamesi bir ürünün bulunmadığı, söz konusu ilacın cirodaki payının düşük olmasının ürünün yeterli miktarda tedarik edilmemesinden kaynaklandığı, ilacın diğer ecza depolarından veya eczanelerden temin edilmesi hâlinde rekabet etme imkânının ortadan kalkacağı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, kararın eksik incelemeyle alındığı iddiasının gerçeği yansıtmadığı, bir teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiğinden bahsedilebilmesi için anılan teşebbüsün piyasada hâkim durumda olması ve eylemin rekabet hukuku anlamında kötüye kullanma teşkil etmesi gerektiği, mal vermeyi reddetme eyleminin rekabet hukuku kapsamında ihlâl olarak değerlendirilebilmesi için verilmeyen malın nihai ürünün ortaya çıkması için vazgeçilmez nitelikte olması ve eylemin temin edilemeyen malın kullanıldığı alt pazardaki rekabete önemli ölçüde zarar vermesi gerektiği, davacı teşebbüsün faaliyetlerini tek bir ürüne dayandırdığının kabul edilemeyeceği, anılan ilacın davacı şirketin ticarî faaliyetlerini sürdürmesinde sınırlı bir etkiye sahip olduğu, ürünün başka firmalardan da temininin mümkün olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ABDULLAH ATAY'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

Davacı tarafından 16/08/2012 tarihinde davalı idare kayıtlarına giren başvuruda, beşeri ilaç üretimi alanında faaliyet gösteren Allergan'dan "Botox" marka ürünün temininin talep edildiği, anılan şirket tarafından 2010 yılından itibaren söz konusu ilacın tedarik edilmeye başlanıldığı, ancak sipariş miktarının artması ile birlikte anılan firmanın mal tedarikinde aksamalar meydana

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2014/462
Karar No:2020/1774

geldiği, 2012 yılının Mayıs ayından itibaren de ürünün ve yanında satın alınan Juvaderm ve Surgiderm markalı dolgu maddelerinin sevkiyatının durma noktasına geldiğinden bahisle, Allergan'ın davacı şirkete bu ürünleri vermemek ve bu ürünü sadece belirli kanallardan dağıtmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığının iddia edildiği, söz konusu İddiaların incelenmesine yönelik olarak 27/12/2012 tarih ve 2012-3-147/ÖA sayılı ön araştırma raporunun düzenlendiği, söz konusu raporun görüşülmesi üzerine dava konusu Kurul kararıyla şikâyetin reddine ve soruşturma açılmamasına karar verildiği, anılan işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir; "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde, "teşebbüs", "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmış; "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 6. maddesinde, 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 kullanımının hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiştir.

Aynı Kanun'un "Kurulun Görev ve Yetkileri" başlıklı 27. maddesinin (a) bendinde, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukukî 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 idarî para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görevleri arasında sayılmış; "Ön araştırma" başlıklı 40. maddesinde, Rekabet Kurulu'nun re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar vereceği, ön araştırma yapılmasına karar verildiği takdirde ön araştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurul'a yazılı olarak bildireceği; "Ön araştırmanın Sonuçlanması" başlıklı 41. maddesinde, ön araştırma raporunun Kurul'a teslimini takiben Kurul'un elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği belirtilmiştir; 43., 44., 45., 46. ve 47. maddelerinde ise, Kurul'un soruşturmaya başlaması hâlinde uygulanacak idarî usul çerçevesinde delillerin toplanması, tarafların bilgilendirilmesi, tebligat ve cevap verme ve sözlü savunma toplantısına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Kanun'un aktarılan düzenlemelerine göre, soruşturma açılması için yeterli bilgi ve belge varsa doğrudan soruşturma açılmasına karar verilebileceği, doğrudan soruşturma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadığı hâllerde ise daha fazla bilgi veya belge elde edebilmek için ön

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2014/462
Karar No:2020/1774

araştırma yapılabileceği ve ön araştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgi ve deliller ile ön araştırma raporunun Kurul'ca değerlendirilerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verilebileceği, bu iki karar türünden birini verme hususunda Rekabet Kurulu'nun takdir yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin 4054 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirme hedefi doğrultusunda kullanılması gerektiği açıktır.

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

Başka bir anlatımla, ihbar ve şikâyet başvurularında ileri sürülen iddia ve deliller ile re'sen araştırma sonucunda elde edilen bilgi ve bulguların noksan olduğu ve dolayısıyla ön araştırmaya konu edilen olayın soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yönünde kesin bir kanaate ulaşmaya yetecek ölçüde aydınlatılmadığı hâllerde, Kurulca soruşturma açılmasına karar verilerek 4054 sayılı Kanun'un 43. ve devamı maddelerinde düzenlenen idarî usulün uygulanması sonucunda yapılacak değerlendirmenin 48. maddede öngörülen nihai kararlarla sonuçlandırılması gerekir.

Aksi takdirde rekabet kurallarının ihlâl edildiğine ilişkin iddialar açıklığa kavuşmadan soruşturma açılmaması yönünde alınan kararın rekabetin korunması amacına hizmet etmeyeceği kuşkusuzdur.

Rekabet hukuku uygulamasında, esas olarak, hâkim durumda olsun ya da olmasın tüm teşebbüslerin iş yapacakları teşebbüsleri özgürce seçme ve mülkiyetlerinde bulunan varlıklar üzerinde özgürce tasarruf edebilme hakları olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, istisnai bazı durumlarda hâkim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri rekabeti kısıtlayıcı bir davranış olarak değerlendirilebilmekte ve hâkim durumdaki teşebbüse rekabet hukuku çerçevesinde sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebilmektedir. Rekabet hukuku kuralları uyarınca, sözleşme hukukunun genel ilkelerinin aksine, hâkim durumdaki bir teşebbüs istediği firma ile sözleşme yapıp yapmama hususunda tam bir serbestiye sahip değildir. Hâkim durumda olunan mal ve hizmetleri temin edemeyen teşebbüs, ürünü sağlayabileceği başka bir kaynak olmadığından pazardan dışlanma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Ancak, hâkim durumdaki bir teşebbüs, haklı bir sebep gösterilebildiği durumlarda diğer teşebbüslere mal ve/veya hizmet sağlamaktan kaçınılabilir. Hâkim durumdaki teşebbüslere sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi, ilgili veya bağlantılı pazarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısını artırarak kısa vadede genellikle tüketicilerin yararına sonuçlar doğurmaktadır.

Bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi sözleşme yapmayı reddetme olarak ele alınmaktadır. Sözleşme yapmayı reddetme, potansiyel müşterilerin sözleşme taleplerinin reddedilmesi şeklinde olabileceği gibi söz konusu mal, hizmet ya da unsura ilişkin mevcut bir

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2014/462
Karar No:2020/1774

sözleşme ilişkisinin kesilmesi şeklinde de olabilmektedir. Öte yandan, hâkim durumdaki teşebbüs ile oluşturulan sözleşme ilişkisine özgü olarak müşteri, söz konusu sözleşme kapsamında tedarik edeceği girdiyi kullanmak üzere birtakım yatırımlar yapmış olabilir. Bu durum, söz konusu girdinin vazgeçilmez olarak değerlendirilmesinde önemli bir unsur olarak dikkate alınmalıdır.

Nitekim, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın *United Brands* davası ile ortaya koyduğu temel prensibe göre, hâkim durumdaki bir teşebbüsün objektif gerekçesi olmadan uzun süreden beri iş yaptığı müşterisiyle anlaşma yapmayı reddetmesi bir kötüye kullanmadır ve yasaktır. Hâkim durumdaki teşebbüs bir kez bir müşteriyle iş yapmaya başladıktan sonra, alıcının alternatif temin kaynakları kısıtlıysa ve alıcı sürdürülen ticari ilişki temelinde bir iş kurmuşsa, teşebbüs için anlaşma yapmayı reddetme özgürlüğü önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Mahkeme, *United Brands* firmasının, rakip firmaların reklam kampanyalarına katıldığı için *Olesen* adlı Danimarka kökenli distribütörüne mal vermeyi reddetmesini konu alan uyuşmazlıkta, müşterinin talebi her zamankinden farklı değilse, hâkim durumda olan firmanın, uzun süreden beri düzenli olarak ticari faaliyetini sürdüren müşterisine mal vermeyi reddedemeyeceğini belirterek hâkim durumdaki teşebbüsler için özellikle uzun süreden beri devam eden müşterileri bakımından geniş bir anlaşma yapma yükümlülüğü getirmiştir.

Öte yandan, sözleşme yapmayı reddetme davranışı, hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazarda kendisiyle rekabet hâlinde olan teşebbüslere yönelik olabileceği gibi, kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan müşterilerine yönelik de olabilmektedir.

Ayrıca, kendisine mal/ürün verilmeyen teşebbüsün bu malı/ürünü elde edebileceği bir alternatif kaynağı yoksa ve bu malın/ürünün kendisine verilmemesi, rekabet gücünü azaltıyorsa, sözleşme yapmayı reddeden teşebbüsün eylemi, hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilecektir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirket ve *Allergan* firması arasındaki Botox ürününe ilişkin ticari ilişkinin 2010 yılının Ekim ayında başladığı, 2011 yılında en yüksek hacme ulaştığı ve 2012 Nisan/Mayıs döneminde azaldığı ve aynı yılın son çeyreğinde tamamen durduğu, Türkiye'de botulinum toksin pazarında satışı gerçekleştirilen iki markanın bulunduğu, pazardaki toplam satışların yaklaşık dörtte üçünün *Allergan* tarafından gerçekleştirildiği, Botox'un pazar payının 2011 yılında %78,27, Ekim ayı itibarıyla 2012 yılında %72,87, pazardaki diğer rakibinin pazar payının ise 2011 yılında %21,73, Ekim ayı itibarıyla 2012 yılında ise %27,13 seviyesinde olduğu anlaşılmaktadır.

Davacı şirket tarafından *Allergan*'ın 4054 sayılı Kanun'a aykırı olarak kendilerine satış yapmadığı iddia edilerek davalı idareye yapılan başvuru üzerine alınan dava konusu Kurul kararında, şikâyetin reddi ile soruşturma açılmaması sonucuna varılmışsa da, şikâyet başvurusunda ileri sürülen iddiaların, taraflar arasında süregelen bir ticari ilişki mevcutken mal verilmesinin reddedildiği, bu eylemin haklı bir gerekçesinin bulunup bulunmadığı, anılan dönemde başka alıcılara sağlanan tedarikin devam ettiği dikkate alındığında, söz konusu eylemle alıcılar arasında bir ayrımcılık yapıp yapılmadığı, dağıtımın belirli kanallar üzerinden yapılarak fiyatın belirli bir seviyede tutulmasının söz konusu olup olmadığı hususları ile pazarda jenerik isim olarak

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2014/462
Karar No:2020/1774

kullanılacak bir bilinirliğe ulaşmış "Botox" markalı ürünün davacının ticari faaliyetinde önemli bir yere sahip bulunduğu, alternatif kaynaklardan temininin sınırlı olduğu ve davacının rekabet gücünü önemli ölçüde azaltacağı, sözleşme yapmayı reddetme davranışının, hâkim durumdaki teşebbüsün kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan teşebbüslere yönelik de olabileceği hususunun yeterince araştırılmadığı görülmektedir.

Bu bağlamda, Allergan'ın davacı şirkete mal vermeyi reddetmesine ilişkin davranışının hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususlarının 4054 sayılı Kanun'un Kurul'a tanıdığı yetkiler çerçevesinde açılacak bir soruşturmayla araştırılarak ortaya konulması gerekmektedir.

Bu itibarla, rekabet hukukunun amaç ve ilkeleri ile 4054 sayılı Kanun'da öngörülen usul açısından, 4054 sayılı Kanun'un ihlâl edildiği iddiasına dayanan bir şikâyet hakkında soruşturma açılmasına gerek olup olmadığını anlamak için yapılan ön araştırma sonucunda, söz konusu eylemin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlâl olup olmadığını tespit edilmesi suretiyle soruşturma açılıp açılmayacağına karar verilmesi gereken somut olayın; şikâyet konusu eylemin Allergan'ın tek taraflı davranışı olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında incelenmesi ve davalı idarece araştırmanın genişletilmesi suretiyle elde edilecek bilgi, belge ve deliller ışığında değerlendirilmesi ve her türlü şüpheden uzak bir şekilde açıklığa kavuşturulması için soruşturma açılması gerekirken, eksik incelemeye dayalı şikâyetin ön araştırma aşamasında reddi ile soruşturma açılmasına gerek olmadığına ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

- Açıklanan nedenlerle;
1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;
 2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 27/09/2013 tarih ve E:2013/618, K:2013/1370 sayılı kararının **BOZULMASINA**,
 3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
 4. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 07/07/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat ÖZGÜR	Dr. Hasan GÜL	Mürteza GÜLER	Tayyibe KAYCIOĞLU	Ali ÖZGÜR