

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/1825
Karar No : 2015/154

REKABET KURUMU
Tarih : 03.06.2015
Sayı : 2711

Davacı : Veygi MÜNGAN
Ethem Efendi Cad. Camlı Köşk Sok. No:12/10
Erenköy - Kadıköy / İSTANBUL

Davalı : Rekabet Kurumu
Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 Bilkent / ANKARA

Vekili : Av. Ayperi SAMANTIR - Aynı adreste.

Davanın Özeti : 30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) kararının; şikâyete konu şirket hakkında daha önce alınan Kurul kararları döneminde mevcut olmayan bilgi ve belgelerin Kurum'a ibraz edilmesine rağmen herhangi bir inceleme yapılmaksızın şikâyetin reddedildiği, eksik incelemeye dayalı olarak karar alındığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Usul yönünden, davacının dava açma ehliyeti bulunmadığından davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği; esas yönünden ise, Roche hakkındaki şikâyetin, rekabet ihlâline neden olabilecek tüm hususların ve iddiaların göz önüne alınarak değerlendirildiği, inceleme sonunda, 4054 sayılı Kanun anlamında yeni bir değerlendirme yapılmasını gerektirecek hususun bulunmadığının saptandığı, işlemin tesisi tarihinde var olan bilgi ve belgelere göre karar alındığı, daha sonra ortaya çıkabilecek belgelerin ihtimali göz önüne alınarak karar verilemeyeceği ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Emre ERMAN'ın Düşüncesi : Dava konusu kararın iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'un Düşüncesi : Dava, Roche Müstahzarları A.Ş'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiğinden bahisle yapılan şikâyetin reddine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 30.10.2006 tarih ve 08-61/996-388 sayılı önaraştırma kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Rekabet Kurumu'na intikal eden çeşitli şikâyet dilekçelerinde; biyoteknoloji ürünlerinde (özellikle Neorecormon, Neupogen, Roferon-A, Kytril ve Setron isimli ilaçlarda) Roche'nin, Beşer Eczacı Deposu dışındaki diğer depoların SSK ihalelerine katılmasına engel olduğu, böylece hâkim durumunu kötüye kullandığı, Roche'un pazar paylaşımı içine girdiğinin ve fiyat belirlediği, depolar arasında ayrımcılık yaptığı, ihalelerde ulusal rekabet mevzuatına aykırı davrandığı, Roche'un iç denetim raporunda da rekabet kurallarının ihlâl edildiğinin belirlendiği, Başbakanlık Teftiş Kurulu'nun 29.11.2005 tarih ve 18/2005-3 sayılı konu ile ilgili hazırlamış olduğu raporda da bu durumların teyit edildiğinin iddia edildiği, belirtilen iddialara yönelik olarak 4.5.2006 tarih ve 06-32/396-M sayılı Kurul kararının alındığı, Kurul tarafından belirtilen iddiaların biyoteknoloji ürünler olarak sayılan Neorecormon, Neupogen, Roferon-A, Kytril ve Setron isimli ilaçlarla ilgili olarak iki başlık altında ayrı ayrı değerlendirildiği, değerlendirme sonucunda, Kurul kararıyla; Roferon-A, Neupogen ve Neorecormon adlı biyoteknoloji ürünlere ilişkin olarak dilekçelerde yer verilen iddiaların, Rekabet Kurulu'nun 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, şikâyet dilekçelerinde yer verilen iddiaların dikkate

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/1825
Karar No : 2015/154

alındığı ve bu kararlarda yapılan şikâyetlerin reddine karar verildiği, dolayısıyla Roferon-A, Neupogen ve Neorecormon adlı ilaçlarla ilgili olarak şikâyetle ilgili olarak herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına, şikâyetlerin reddine, Kytril ve Setron adlı ürünlere ilişkin olarak ise, 21.04.2005 tarih ve 05-26/298-M sayılı Kurul kararı ile yürütülmekte olan soruşturma kapsamında şikâyetin değerlendirilmesine karar verildiği, anılan kararın iptali istemiyle açılan dava sonucu;

Danıştay Onüçüncü Dairesinin E:2006/3795 sayılı kararı ile Kytril ve Selron adlı ilaçlarla ilgili olarak Kurul tarafından şikâyete konu iddiaların açılmış bir soruşturmaya birlikte değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmadığı, ancak Neorecormon, Neupogen, Roferon-A adlı ilaçlarla ilgili olarak şikâyete konu iddialara bakıldığında; ilaç ihaleleriyle ilgili olarak yürütülen emniyet soruşturmasındaki mahkeme ve polis ifadeleri, Roche firmasının iç denetim raporu ve davacının Başbakanlığa yaptığı şikâyet sonucunda Başbakanlık Teftiş Kurulu'nun 29.11.2005 tarih ve 18/2005-3 sayılı konu ile ilgili hazırlamış olduğu rapor bulunduğu, Tüm bunların yeni durumlar teşkil etmesi karşısında, Rekabet Kurulu'nun 20.09.2004 tarih ve 04-607866-205 sayılı ve 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı kararlarında bu hususların değerlendirilmediği, herhangi bir şikâyet ya da başvuru olmasa dahi, rekabet ihlâlini ortaya çıkarmak amacıyla re'sen harekete geçmek ve re'sen araştırma yapmak konularında Kurul'a Kanunla verilmiş görev ve yetkisi kapsamında, bu yeni durumların, soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte olup olmadığı yönünden değerlendirilmesi gerekirken, davacının şikâyet başvurusunun eski kararla değerlendirildiğinden bahisle reddine ilişkin Rekabet Kurulu kararının iptaline karar verildiği, bu karar üzerine yapılan inceleme sonucu;

Roche Müstahzarları A.S. hakkında ileri sürülen iddiaların tamamının önceki Kurul kararlarında sonuçlandırılmış iddialarla aynı olduğu, dilekçelerde ve eklerinde yer alan Başbakanlık Teftiş Kurulu Raporu, Roche firmasının iç denetim raporları, mahkeme ve polis ifade tutanakları ile basın ve yayın organlarında yer alan çeşitli haber ve yorumlarda ve diğer belgelerde, Rekabet Kurulu kararlarının yeniden ele alınmasını gerektirecek yeni bir delilin bulunmadığı, Roche Müstahzarları A.Ş.'nin şikâyete konu eylem ve davranışlarının 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında ihlal teşkil etmediğine, şikâyetlerin reddine ilişkin dava konusu kararın verildiği;

Dava konusu karardan sonra, davacı tarafından bakılmakta olan dava dosyasına eklenen Yargıtay E:20087/15433 sayılı kararından; konuya ilişkin İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi kararının, 2003 yılında Neorecormon adlı ilacın % 99.25'inin Beşer Ecza Deposu kanalıyla SSK Hastanelerine satıldığı hususu da göz önüne alınarak, ihalelere girmeme konusunda baskı ve yaptırım uygulanıp uygulanmadığının saptanması gerektiği gerekçesiyle bozulduğu bu karardan sonra karar verilip verilmediği hususunda dosyada bilgi bulunmadığı görülmektedir.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/1825
Karar No : 2015/154

Bu durumda; davacının şikayeti ile ilgili olan yargılamada, rekabet hukuku açısından da bilgi belge olarak kabul olabilecek durumların saptanması olasılığı karşısında, yargılamâ sürecinde belge elde edilip edilmediğinin araştırılıp, şikayetin bu yönden de incelenmesinin hukuka uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu işlemin iptali gerekeceği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; Roche Müstahzarları A.Ş'nin (Roche) 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiğinden bahisle yapılan şikâyetin reddine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule yönelik itirazları yerinde görülmeyerek işin esasına geçildi:

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; "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan doğruya 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 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; "Önaraştırma" 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 önaraştırma yapılmasına karar vereceği, önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurul'a yazılı olarak bildireceği; "Önaraştırmanın Sonuçlanması" başlıklı 41. maddesinde, önaraştırma 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,

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/1825
Karar No : 2015/154

tarafların bilgilendirilmesi, tebligat ve cevap verme ve sözlü savunma toplantısına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

Kanun'un bu 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 önaraştırma yapılabileceği ve önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgi ve deliller ile önaraştırma 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, önaraştırma sonucunda rekabet kurallarını ihlâl eden eylem, karar ve anlaşmaların söz konusu olmadığına hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkması hâlinde Kurul'ca soruşturma açılmamasına karar verileceği, ancak önaraştırma 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 önaraştırmaya 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 idari usulün uygulanması sonucunda yapılacak değerlendirmenin 48. maddede öngörülen nihai kararlar sonuçlandırılması gerekir.

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

Dava dosyasının incelenmesinden, Rekabet Kurumu'na intikal eden çeşitli şikâyet dilekçelerinde; biyoteknoloji ürünlerinde (özellikle Neorecormon, Neupogen, Roferon-A, Kytril ve Setron isimli ilaçlarda) Roche'nin, Beşer Ecza Deposu dışındaki diğer depoların SSK ihalelerine katılmasına engel olduğu, böylece hâkim durumunu kötüye kullandığı, Roche'un pazar paylaşımı içine girdiği ve fiyat belirlediği, depolar arasında ayrımcılık yaptığı, ihalelerde ulusal rekabet mevzuatına aykırı davrandığı, Roche'nin iç denetim raporunda da rekabet kurallarının ihlâl edildiğinin belirtildiği, Başbakanlık Teftiş Kurulu'nun 29.11.2005 tarih ve 18/2005-3 sayılı konu ile ilgili hazırlamış olduğu raporda da bu durumların teyit edildiğinin iddia edildiği, belirtilen iddialara yönelik olarak 4.5.2006 tarih ve 06-32/396-M sayılı Kurul kararının alındığı, Kurul tarafından belirtilen iddiaların biyoteknoloji ürünler olarak sayılan Neorecormon, Neupogen, Roferon-A, Kytril ve Setron isimli ilaçlarla ilgili olarak iki başlık altında ayrı ayrı değerlendirildiği, değerlendirme sonucunda, Kurul kararıyla; Roferon-A, Neupogen ve Neorecormon adlı biyoteknoloji ürünlere ilişkin olarak dilekçelerde yer verilen iddiaların,

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/1825
Karar No : 2015/154

Rekabet Kurulu'nun 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, şikâyet dilekçelerinde yer verilen iddiaların dikkate alındığı ve bu kararlarda yapılan şikâyetlerin reddine karar verildiği, dolayısıyla Roferon-A, Neupogen ve Neorecormon adlı ilaçlarla ilgili olarak herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına, şikâyetlerin reddine, Kytril ve Setron adlı ürünlere ilişkin olarak ise, 21.04.2005 tarih ve 05-26/298-M sayılı Kurul kararı ile yürütülmekte olan soruşturma kapsamında şikâyetin değerlendirilmesine karar verildiği, anılan kararın iptali istemiyle açılan dava sonucu; Dairemizin 31.03.2008 tarih ve E:2006/3795, K:2008/3413 sayılı kararı ile, Kytril ve Setron adlı ilaçlarla ilgili olarak Kurul tarafından şikâyet konu iddiaların açılmış bir soruşturmaya birlikte değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmadığı, ancak Neorecormon, Neupogen, Roferon-A adlı ilaçlarla ilgili olarak şikâyete konu iddialara bakıldığında; ilaç ihaleleriyle ilgili olarak yürütülen emniyet soruşturmasındaki mahkeme ve polis ifadeleri, Roche firmasının iç denetim raporu ve davacının Başbakanlığa yaptığı şikâyet sonucunda Başbakanlık Teftiş Kurulu'nun 29.11.2005 tarih ve 18/2005-3 sayılı konu ile ilgili hazırlamış olduğu rapor bulunduğu, tüm bunların yeni durumlar teşkil etmesi karşısında, Rekabet Kurulu'nun 20.09.2004 tarih ve 04-60/866-205 sayılı ve 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı kararlarında bu hususların değerlendirilmediği, herhangi bir şikâyet ya da başvuru olmasa dahi, rekabet ihlâlini ortaya çıkarmak amacıyla re'sen harekete geçmek ve re'sen araştırma yapmak konularında Kurul'a Kanunla verilmiş görev ve yetkisi kapsamında, bu yeni durumların, soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte olup olmadığı yönünden değerlendirilmesi gerekirken, davacının şikâyet başvurusunun eski kararla değerlendirildiğinden bahisle reddine ilişkin Rekabet Kurulu kararının iptaline karar verildiği, bu karar üzerine yapılan inceleme sonucu; Roche hakkında ileri sürülen iddiaların tamamının önceki Kurul kararlarında sonuçlandırılmış iddialarla aynı olduğu, dilekçelerde ve eklerinde yer alan Başbakanlık Teftiş Kurulu Raporu, Roche firmasının iç denetim raporları, mahkeme ve polis ifade tutanakları ile basın ve yayın organlarında yer alan çeşitli haber ve yorumlarda ve diğer belgelerde, Rekabet Kurulu kararlarının yeniden ele alınmasını gerektirecek yeni bir delilin bulunmadığı, Roche'nin şikâyete konu eylem ve davranışlarınının 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında ihlâl teşkil etmediğine, şikâyetlerin reddine ilişkin dava konusu kararın verildiği, bu kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu karardan sonra, davacı tarafından bakılmakta olan dava dosyasına eklenen Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 02.06.2009 tarih E:2008/15433, K:2009/8116 sayılı kararından; konuya ilişkin İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi kararının, 2003 yılında Neorecormon adlı ilacın % 99.25'inin Beşer Ecza Deposu kanalıyla SSK Hastanelerine satıldığı hususu da göz önüne alınarak, ihalelere girmeme konusunda baskı ve yaptırım uygulanıp uygulanmadığının saptanması gerektiği gerekçesiyle bozulduğu, bu karar üzerine ise İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 09.04.2013 tarih ve E:2009/150, K:2013/91 sayılı kararıyla, bir kısım suçlar yönünden zamanaşımı nedeniyle düşme, bir kısım suçlar yönünden ise beraat

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/1825
Karar No : 2015/154

kararı verildiği anlaşılmakla birlikte, ceza yargılamasının sonucunun rekabet soruşturmasının sonucunu kural olarak etkilemeyeceği, ceza soruşturmasında gerçek şahıs failerin, rekabet soruşturması özelinde ise tüzel kişi faaliyetlerinin rekabet hukuku esasları çerçevesinde değerlendirildiği, ancak ceza soruşturmasında elde edilmesi muhtemel delillerin rekabet soruşturması açısından dikkate alınması gerektiği hususları göz önüne alındığında, özellikle zamanaşımı nedeniyle düşürülen suçlar ile ilgili olarak rekabet soruşturması 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 uygunluk bulunmamaktadır.

Öte yandan, davalı idare tarafından Kurulca gerçekleştirilen önaraştırma sırasında elde edilemeyen bilgi ve belgelerin ortaya çıkması ihtimali göz önüne alınarak karar verilemeyeceği ileri sürülmüşse de, bizihi bu durum bir eksik incelemeye işaret ettiğinden bu iddia yerinde görülmemiştir. Ayrıca, yargı merciinin ortaya çıkan yeni deliller ışığında önaraştırma sırasında açıklığa kavuşturulamayan hususların dava dosyasına sunulması ihtimalinde, idari yargılama usulü kaideleri çerçevesinde bu delillerin değerlendirilmesini teminen idari işlemin iptaline veya doğrudan bu delilleri esas alarak işlemin esasına yönelik iptal kararı verebileceği de izahtan varestedir.

Bu kararın uygulanması açısından ise yukarıda anılan ceza mahkemesi kararının gerekçesi dikkate alınarak önaraştırma sürecinin tekrarlanması gerektiği de açıktır.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu 30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı Kurul kararının **İPTALİNE**, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 129,20-TL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 26.01.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan Vekili	Üye	Üye	Üye	Üye
H. Neşe	Ahmet	Zeki	Dr. Hasan	Fatih Mehmet
SARI	EĞERCİ	YİĞİT	GÜL	ALKIŞ

YARGILAMA GİDERLERİ :

Başvuru Harcı :23,90-TL
Karar Harcı :32,30-TL
Posta Gideri :73,00-TL
Toplam :129,20-TL