

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/13
Karar No : 2016/4244

REKABET KURUMU
Tarih : 07.03.2017
Sayı : 1536

Davacı : Farmakom Eczane Bilgisayar Hizmetleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Vekili : Av. Kemal ŞAHİN

Paris Cad. No:54/4 Kavaklıdere / ANKARA

Davalı : Rekabet Kurumu

Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 Bilkent / ANKARA

Hukuk Müşaviri : Salim AYDEMİR - Aynı adreste

Davanın Özeti : Türk Eczacıları Birliği'nin hazırlatmış olduğu eczane bilgisayar yazılım programının ücretsiz olarak dağıtılması sonucu rekabet koşullarının bozulduğu ileri sürülerek yapılan şikâyetin reddine ilişkin 15.07.2009 tarih ve 09-33/741-177 sayılı Rekabet Kurulu kararının; Türk Eczacılar Birliği'nin (TEB) yazılım programları üreterek yazılım piyasasında bir teşebbüs olarak yer almasına kuruluş Kanunu uyarınca olanak bulunmadığı, sadece eczane işletmeciliği ile ilgili programın TEB'in yazılımcılık piyasasında yer almasını gerektirmediği, Rekabet Kurumu'nun incelemesini yüzeysel ve hatalı yaptığı, TEB'in kamu gücü ve olanaklarına dayanan ayrıcalıklı konumda bir teşebbüs olduğu, piyasaya egemen olmasının kabul edilemeyeceği, TEB'in hiyerarşik gücünü kullanarak kendi ürünlerinin satışını gerçekleştirmesinin piyasada rekabeti olumsuz etkileyeceği, kamu gücünün özel çıkar hâline dönüşeceği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet ASYA'nın Düşüncesi : Davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Berrin KARINCA'nın Düşüncesi : Davacı şirket tarafından Türk Eczacılar Birliğinin hazırlatmış olduğu eczane bilgisayar yazılım programının ücretsiz olarak dağıtılması sonucunda rekabet koşullarının bozulduğu gerekçesiyle yapılan şikâyetin reddi ile soruşturma açılmasına gerek olmadığı yolundaki 15.07.2009 gün ve 09-33/741-177 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istenilmektedir.

4054 sayılı Yasa'nın 40. maddesinde, Kurul'un re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına, 41. maddesi gereğince de Kurul'un ön araştırma raporu üzerine soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği kuralına yer verilmiştir.

Olayda, davacı şirketin Türk Eczacılar Birliği'nin hazırlatmış olduğu eczane yazılımını ücretsiz olarak dağıtması nedeniyle 4054 sayılı Yasa'nın 4. ve 6. maddesinin ihlal edildiği ileri sürülerek yaptığı şikâyetin ilk önce Rekabet Kurulu'nun 08.11.2007 gün ve 07-85/1054-413 sayılı kararı ile reddedildiği, bu kararın iptali istemiyle açılan davada Dairenin 26.05.2008 gün ve E:2008/2142 sayılı kararı ile davacı şirketin iddialarıyla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken ilk inceleme raporu üzerine doğrudan karar verilmesinin 4054 sayılı Yasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulduğu ve İdari Dava Dairelerine yapılan itirazın reddedilmesi üzerine davalı idarece yapılan ön araştırma sonucunda 4054 sayılı Yasa'nın 41. maddesi

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/13
Karar No : 2016/4244

uyarınca Türk Eczacılar Birliği hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı yolunda verilen 15.07.2009 gün ve 09-33/741-177 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle dava açıldığı anlaşılmıştır.

Davacı şirketin şikâyeti üzerine düzenlenen 03.07.2009 günlü ön araştırma raporunda; faaliyetin gerçekleştiği eczane yazılım pazarının, eczacıların faaliyet gösterdiği pazara doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir etkisinin olmadığı, çünkü yazılımın kullanılması yönünde baskı ve zorlamanın yapılmadığı, programlar arası geçişin bulunduğu, eczacıların yaklaşık üçte birinin eczane yazılımı kullanmadığı, bu durumun da yazılımların eczaneler için elzem olmadığını gösterdiği, söz konusu programın ilgili pazarda hâlihazırda somut bir sonuç doğurmadığı, programı talep eden eczane sayısının düşük olduğu, 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 bulunmadığı, hazırlanan yazılım programınının 4054 sayılı Yasa'nın 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmış ve TEB hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Davacı şirket tarafından ise, kamu kurumu niteliğinde meslek teşekkülü olan Türk Eczacılar Birliği'nin Eczane Otomasyon Sistemi ve İlaç Bilgi Kaynağı projesi ihalesini açtığı yazılıma ilişkin rekabetin olduğu bir piyasada teşebbüs hâline geldiği, bu durumu TEB ile aralarında kanuni ve zorunlu üyelik bağı olan eczacıların, eczane programı satın alırken piyasada ürün seçme hakkını serbestçe kullanamayacağından rekabetin bozulacağı, ihalede adı geçen bütün yazılımların herhangi bir entegre yapıya bağlı olmadan da bağımsız olarak çalışabildiği, ihale şartnamesinde, TEB'e bağlı olarak hizmet veren eczaneler tarafından kullanılacak olan Eczane Otomasyon Sistemi ifadesinin özellikle kullanıldığı, TEB'in bu ihale ile elde edeceği yazılımları başta doktor ve eczacılar olmak üzere sağlık sektöründe çalışan tüm sağlık profesyonellerine sunacağı yolundaki ifadenin diğer piyasalardaki rekabeti de bozacağı, TEB tarafından ihale edilen ve eczacılara bedelsiz olarak dağıtılan bilgisayar programınının ticari bir ürün olduğu iddia edilmiştir.

Dosyada mevcut belge ve bilgiler ile davalı idarece ön araştırma raporu düzenlendikten sonra davacının dosyaya sunduğu 28.06.2010 tarihli cevaba cevap dilekçesi ve eki belge ve TEB duyurularında; Türk Eczacılar Birliği'nin görev ve yetki alanında olmamasına karşın eczanelerin faaliyetlerini sürdürürken gerçekleştirdikleri işlemleri elektronik ortamda kayıt ve takip olanağı sağlayan EOS, ilaç bilgi kaynağı (İBK), duyuru sistem modülü ve eczane iletişim modülü (EİM) özelliklerinin tümünün eczane yazılımı adı altında geliştirildiği, bu konuda Türk Eczacılar Birliği'nce 24.05.2010 tarihinde genel duyuru yapıldığı, TEBEOS'un eczacıların temel çalışma platformunu oluşturacağına beyan edildiği, şartnamede TEB'e bağlı olarak hizmet veren eczaneler tarafından kullanılacak olan EOS ifadesinin çeşitli şekillerde vurgulandığı, piyasada var olan eczane programlarını kullananların da EOS'u yüklediği, kısa sürede ulaştığı kurulum ve kullanıcı sayısının bu durumu doğruladığı, EOS'un dağıtımını hakkında web sayfasında duyurular yapıldığı, Birliğin eczaneler üzerindeki yasal denetim

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/13
Karar No : 2016/4244

yetkisinden doğan kamu gücünü kullanarak bilgisayar yazılım programı ve dağıtımını gibi serbest piyasa koşullarına tabi ticari bir alanda rekabeti engellendiği, faaliyet gösteren 24.000 adet eczaneden, hâlen 12.000 eczanenin bu programı kullanmayı kabul ettiği iddialarına yer verildiği dikkate alındığında, bu konuların da açıklığa kavuşturulması ve 4054 sayılı Yasa'nın 4. ve 6. maddelerinin ihlal edilip edilmediğinin somut olarak ortaya konulması amacıyla soruşturma açılmasına karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenle, davacı şirket tarafından Türk Eczacılar Birliği'nin hazırlanmış olduğu eczane bilgisayar yazılım programının ücretsiz olarak dağıtılması sonucunda rekabet koşullarının bozulduğu gerekçesiyle yapılan şikâyet üzerine soruşturma açılmasına gerek olmadığı yolunda tesis edilen 15.07.2009 gün ve 09-33/741-177 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, Türk Eczacıları Birliği'nin hazırlanmış olduğu eczane bilgisayar yazılım programının ücretsiz olarak dağıtılması sonucu rekabet koşullarının bozulduğu ileri sürülerek yapılan şikâyetin reddine ilişkin 15.07.2009 tarih ve 09-33/741-177 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

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 belirtilmiş olup; anılan Kanun'un 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışların, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin bu Kanun kapsamına girdiği belirtilmiş; 3. maddesinde, "Hâkim Durum", belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde, "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.

Bu hâller, özellikle şunlardır:

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/13
Karar No : 2016/4244

- a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,
- b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,
- c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,
- d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,
- e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,
- f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi..." hükmüne yer verilmiştir.

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 hâlinin hukuka aykırı ve yasak olduğu kurula bağlanmış; anılan maddede bu hâller tadadi olarak:

- a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,
- b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırmacılık yapılması,
- c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış hâlinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,
- d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,
- e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması." olarak sayılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmında yer alan 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

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/13
Karar No : 2016/4244

verildiği takdirde önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak bildireceği; 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, Kurulun soruşturmaya başlaması hâlinde uygulanacak idari usul çerçevesinde delillerin toplanması, tarafların bilgilendirilmesi, tebligat ve cevap verme ve sözlü savunma toplantısına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirketin, Türk Eczacılar Birliği'nin hazırlanmış olduğu eczane yazılımını ücretsiz olarak dağıtması nedeniyle 4054 sayılı Yasa'nın 4. ve 6. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürerek yaptığı şikâyetin ilk önce Rekabet Kurulu'nun 08.11.2007 gün ve 07-85/1054-413 sayılı kararı ile reddedildiği, bu kararın iptali istemiyle açılan davada Dairemizin 26.05.2008 gün ve E:2008/2142 sayılı kararı ile davacı şirketin iddialarıyla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken ilk inceleme raporu üzerine doğrudan karar verilmesinin 4054 sayılı Yasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulduğu ve İdari Dava Daireleri Kurulu'na yapılan itirazın reddedilmesi üzerine davalı idarece yapılan ön araştırma sonucunda 4054 sayılı Yasa'nın 41. maddesi uyarınca Türk Eczacılar Birliği hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı yolunda verilen 15.07.2009 gün ve 09-33/741-177 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin uygulanmasında bir teşebbüsün hâkim durumda olması tek başına ihlâl olarak değerlendirilmemekte, hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak gerçekleştirdikleri tüketici refahını azaltıcı nitelikteki eylemleri Kanun tarafından yasaklanmaktadır. Buna göre Kanun'un 6. maddesi kapsamında incelenen bir davranışın ihlâl teşkil edebilmesi için davranışı gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olması ve davranışın bir kötüye kullanma niteliği taşıması gerekmektedir. Davacının gerek Rekabet Kurumu'na sunduğu şikâyet dilekçesinde gerekse dava dilekçesinde TEB hakkında ileri sürdüğü rekabet ihlâli iddialarının değerlendirilebilmesi için söz konusu teşebbüsün ihlâl iddialarının gündeme geldiği dönem içerisinde ilgili pazarda hakim durumda olması gerekmektedir. Ancak ne var ki şikâyet iddialarının gerçekleştiği iddia edilen dönemde TEB tarafından piyasaya sürülen uygulamanın kullanıcı sayısı dikkate alındığında, TEB'in ilgili pazarda hakim durumda olduğu yönünde bir değerlendirme yapmak olanaklı görünmemektedir. Ayrıca, Rekabet Kurumu tarafından gerçekleştirilen önaraştırma sürecinde yapılan incelemeler kapsamında, şikâyetçinin kullanıcı sayısında bir azalma olmadığı, piyasaya yeni teşebbüslerin girdiği ve piyasadaki herhangi bir çıkışın yaşanmadığı da dikkate alındığında, TEB tarafından hazırlatılan program sonucunda herhangi bir dışlayıcı etkinin doğmadığı ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek bir uygulamanın bulunmadığı da anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan Kanun'un 4. maddesinin ihlâl edildiğinin öne sürülebilmesi için

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/13
Karar No : 2016/4244

rekabete aykırılık amacı veya etkisi olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir. Rekabet Kurumu tarafından yapılan incelemelerde; *TEB tarafından üye eczacılara hazırlanan yazılımın kullanılması yönünde herhangi bir baskının ya da zorlamanın yapıldığına dair herhangi bir bulguya rastlanmadığı, piyasadaki uygulamalara bakıldığında, eczane yazılım programları arasındaki geçişin önünde herhangi bir engelin bulunmadığı ve programlar arasında geçişin var olduğu, ayrıca, Mart 2007'den beri kullanımda olan ve Kurul kararının alındığı tarihte kullanımda olan yazılımın sadece 613 eczane tarafından talep edilmiş olması ve faal kullanıcı sayısının daha da az olma olasılığı bulunmasının da baskı ya da zorlama olmadığı tespitini güçlendirdiği, 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, programlar arası geçişin olanaklı olması, TEB tarafından üyelerine kendi programının kullanılması yönünde herhangi bir baskı ve zorlama yapılmaması ve ihalenin piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler de dâhil olmak üzere herkese açık olmasının TEB'in ilgili pazarda rekabeti bozma gibi bir amacının olmadığı şeklinde değerlendirilebileceği yönündeki tespitleri de dikkate alındığında, davacının bu konudaki itirazları geçerli görülmemiştir.*

Bu itibarla; davacının Rekabet Kurumu'na sunduğu şikâyet dilekçesinde ileri sürdüğü iddialar ve bu iddialara ilişkin Kurul kararında yer alan değerlendirmeler dikkate alındığında şikâyet edilen teşebbüsün incelenen dönem içerisinde rekabeti ihlâl ettiğinden söz etmek mümkün görünmemektedir.

Açıklanan nedenlerle; davanın **REDDİNE**, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 260,30-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve 5018 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri gereği davalı idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesine olanak bulunmadığına, posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra istemi hâlinde davacıya iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 16.12.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan Vekili	Üye	Üye	Üye	Üye
Zümrüt	Dr. Hasan	Doç. Dr. Gürsel	Mürteza	İlker
ÖDEN	GÜL	ÖZKAN	GÜLER	SERT

Yargılama Giderleri	:	
Toplam Harç	:	176,30-TL
Posta Gideri	:	84,00-TL
Toplam	:	260,30-TL

