

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Yargı Kararı Üzerine)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2005-1-170 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 25-16/378-176
Karar Tarihi : 24.04.2025

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN, Cengiz ÇOLAK,
Rıdvan DURAN

B. RAPORTÖRLER : Barış BİRCAN, Beyza BAHADIRHAN, Zeynep Özge AĞRI

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Veysi MÜNGAN
Erenköy Mah. Dr. Mithat Süer Sk. No:9-2 İç Kapı No:10
Kadıköy, İstanbul

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILANLAR :- Roche Müstahzarları AŞ
Büyükdere Caddesi No:181 Levent, İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Roche Müstahzarları AŞ'nin, biyoteknoloji ürünleri için Beşer Ecza Deposu dışındaki depoların SSK ihalelerine katılmasına engel olarak hakim durumunu kötüye kullandığı, pazar paylaşımı içine girdiği ve fiyat belirlediği, depolar arasında ayrımcılık yaptığı, ihalelerde ulusal rekabet mevzuatına aykırı davrandığı yönündeki iddialar hakkında alınan Rekabet Kurulunun 25.02.2021 tarih ve 21-10/130-35 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada Ankara 13. İdare Mahkemesinin 31.01.2023 tarih ve 2022/302 E., 2023/225 K. sayılı kararı ile davanın reddine karar verilmiş olup karara karşı davacı tarafından istinaf başvurusunda bulunulması üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesinin 21.03.2024 tarih ve 2023/1084 E., 2024/663 K. sayılı kararı ile istinaf başvurusunun kabulüne, Ankara 13. İdare Mahkemesinin 31.01.2023 tarih ve 2022/302 E., 2023/225 K. sayılı kararının kaldırılmasına ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi üzerine açılan soruşturma.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Özetle, Roche Müstahzarları AŞ'nin (ROCHE), biyoteknoloji ürünleri için Beşer Ecza Deposu (BEŞER ECZA) dışındaki depoların Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK) ihalelerine katılmasına engel olarak hakim durumunu kötüye kullandığı, pazar paylaşımı içine girdiği ve fiyat belirlediği, depolar arasında ayrımcılık yaptığı, ihalelerde ulusal rekabet mevzuatına aykırı davrandığı iddia edilmektedir.
- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 2004 yılı içinde muhtelif zamanlarda intikal eden şikâyet yazılarında ROCHE hakkında ileri sürülen iddiaların tamamının önceki Rekabet Kurulu (Kurul) kararlarında sonuçlandırılmış iddialarla aynı olduğuna, şikâyet dilekçelerinde 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 haberlerin, Kurul kararlarının yeniden ele alınmasını gerektirecek yeni bir delil içermediğine, ROCHE'un şikâyete konu eylem ve

davranışlarının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. ve 6. maddeleri kapsamında ihlal teşkil etmediğine karar verilmiştir.

- (4) Anılan Kurul kararı, Danıştay 13. Dairesinin 26.01.2015 tarih 2009/1825 E. 2015/154 K. sayılı kararı ile "...10.Ağır Ceza mahkemesinin 09.04.2013 tarih ve 2009/150 E. 2013/91 K. sayılı kararıyla, bir kısım suçlar yönünden zamanaşımı nedeniyle düşme, bir kısım suçlar yönünden ise beraat kararı verildiği anlaşılmakla birlikte, ceza yargılamasının sonucunun rekabet soruşturmasının sonucunu kural olarak etkilemeyeceği, ceza soruşturmasında gerçek şahıs faillerin, 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 bulunmadığı..." gerekçesiyle iptal edilmiştir.
- (5) İptal kararı üzerine 20.04.2016 tarih ve 16-14/224-M sayılı Kurul kararıyla, 4054 sayılı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca, ROCHE hakkında önaraştırma açılmasına karar verilmiştir. Önaraştırma süreci sonunda düzenlenen rapor Kurulun 13.10.2016 tarihli toplantısında görüşülmüş, anılan toplantıda İstanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesi Kararının temin edilerek dosya konusu şikâyetlerin tekrar değerlendirilmek üzere Kurul gündeminde incelemeye alınmasına 13.10.2016 tarih ve 16-33/572-Mİ sayı ile karar verilmiştir.
- (6) Süreç devam ederken, önaraştırma kararına dayanak teşkil eden Danıştay 13. Dairesi kararının, temyiz aşamasında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun (İDDK) 08.11.2017 tarih, 2015/3659 E. ve 2017/3489 K. sayılı kararı ile bozulması üzerine Kurul tarafından önaraştırmanın sonlandırılmasına karar verilmiştir.
- (7) İDDK'nin anılan bozma kararı üzerine yeniden görülen davada, Danıştay 13. Dairesi 04.12.2019 tarih, 2018/1785 E. ve 2019/4095 K. sayılı kararı ile 30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı Kurul kararını yeniden iptal etmiştir.
- (8) İptal kararı üzerine Kurul tarafından başlatılan önaraştırma neticesinde; Danıştay 13. Dairesinin iptal kararına dayanak teşkil eden 2009/150 E., 2013/91 K. sayılı İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin kararına yansıyan gerekçe ve deliller ile 2014/310 E., 2016/69 K. sayılı İstanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesi kararında yer alan iddia ve delillerin aynı olduğu dikkate alınarak, soruşturma açılmasını gerektirecek yeni hususlar bulunmadığı sonucuna ulaşılmış ve Kurulun 25.02.2021 tarih ve 21-10/130-55 sayılı kararı ile 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikâyetin reddine ve soruşturma açılmamasına karar verilmiştir.
- (9) Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada Ankara 13. İdare Mahkemesinin 31.01.2023 tarih ve 2022/302 E., 2023/225 K. sayılı kararı ile davanın reddine karar verilmiş olup, davacı tarafından istinaf başvurusunda bulunulması üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesinin, 21.03.2024 tarih ve 2023/1084 E., 2024/663 K. sayılı kararı ile ilgili Kurul kararında Danıştay 13. Dairesinin iptal gerekçesinde belirtilen, "özellikle zamanaşımı nedeniyle düşürülen suçlar ile ilgili olarak rekabet soruşturması kapsamında değerlendirilmeyen hususların saptandığı" tespiti yönünden açık bir değerlendirme yapılmadığı, bu çerçevede dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle Ankara 13. İdare Mahkemesince

verilen 31/01/2023 tarih ve 2022/302 E., 2023/225 K. sayılı kararın kaldırılmasına ve 25.02.2021 tarih ve 21-10/130-55 sayılı Kurul kararının iptaline hükmedilmiştir.

- (10) Anılan iptal kararı üzerine Kurul, 21.05.2024 tarih ve 24-23/534-M sayılı kararıyla, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca, ROCHE hakkında soruşturma açılmasına karar vermiştir.
- (11) Soruşturma raporu Kurulun 24.04.2025 tarihli toplantısında 25-16/378-176 sayı ile karara bağlanmıştır.
- (12) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda, Roche Müstahzarları AŞ ünvanlı teşebbüsün dosya konusu iddialar çerçevesinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği tespit edilemediğinden 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca idari para cezası verilmesine gerek olmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İncelenen Teşebbüsler Hakkında Bilgi

- (13) Hoffmann-La Roche & Co., 1896 yılında İsviçre'nin Basel şehrinde kurulmuş olup başta onkoloji, hematoloji, immünoloji, bulaşıcı hastalıklar, oftalmoloji, nadir hastalıklar ve nöroloji alanlarında faaliyette bulunmaktadır. Beşeri ilaçların geliştirilmesi ve üretimi ile diagnostik cihazları alanında faaliyet gösteren F. Hoffmann-La Roche Ltd. ünvanlı teşebbüsün Türkiye'deki iştiraklerinden biri olarak 1958 yılında İstanbul'da kurulan ROCHE; onkoloji, hematoloji, immünoloji, bulaşıcı hastalıklar, oftalmoloji, nadir hastalıklar ve nöroloji alanlarında beşeri tıbbi ürün tedarikçisi olarak faaliyet göstermektedir. ROCHE'un bağlı bulunduğu ekonomik bütünlüğün Türkiye'de sağlık sektöründe faaliyet gösteren, tıbbi cihaz ve kit sarf temini gerçekleştiren Roche Diagnostics Turkey Anonim Şirketi ünvanlı bir iştiraki daha bulunmaktadır. ROCHE'un hissedarlık yapısına aşağıda yer verilmektedir.

Tablo1: ROCHE hissedarlık yapısı

Pay Sahibi	Payların Oranı (%)
ROCHE HOLDING LTD	(.....)
F. HOFFMANN-LA ROCHE LTD	(.....)
ROCHE FINANZ AG	(.....)
BIOPHARM AG	(.....)
PHAOR AG	(.....)

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (14) ATC sınıflandırmasında, etkin maddeler etkili oldukları ve tedavi ettikleri organlara veya sistemlere göre, ayrıca terapötik, farmakolojik ve kimyasal özelliklerine göre gruplandırılmaktadır. Hiyerarşik bir yapı içeren bu sınıflandırmada, gruplar genelden özele doğru sıralanmakta ve 16 temel kategoriden oluşmaktadır (A, B, C, D, ... olarak). Her bir kategoride dörder seviye bulunmaktadır. Bunlardan birinci seviye en genel (ATC-1), dördüncü seviye ise en detaylı olanıdır (ATC-4). Pazar tanımı çoğunlukla, ilacın tedavi edici özelliklerine dayanan ATC-3 sınıflandırmasına göre yapılmaktadır. Ancak daha detaylı inceleme yapılmasının gerektiği durumlarda, pazarın ATC-4¹ sınıflandırmasına göre veya etkin madde² seviyesinde olmak üzere daha dar

¹ Kurulun 01.04.2021 tarih ve 21-18/216-89 sayılı Kararı.

² Kurulun 22.05.2018 tarih ve 18-15/280-139 sayılı Kararı.

tanımlanması da mümkündür. Avrupa Komisyonu, beşeri ilaç sektörüyle ilgili kararlarında pazar tanımı yaparken, European Pharmaceutical Marketing Association (EphMRA) tarafından oluşturulan ATC sınıflandırmasını esas almaktadır. Kurul kararları bakımından da aynı yaklaşım benimsenmiştir.

- (15) İlaç alımı ihaleleri, farklı etkin maddeli ilaçların yarışmasına dayanmamakta, etkin madde seviyesinde (form/doz belirtilerek) açılmaktadır. Bu durumda, bir ihale kaleminde farklı etkin maddeli ürünler için teklif verilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, Kurum nezdinde yürütülen ve ilaç alımı ihalelerini konu alan dosyalarda³, olası pazar tanımları ilgili etkin maddelere göre yapılmaktadır.
- (16) Dosya kapsamındaki iddiaların değerlendirildiği ve iptal edilen ilk karar olan 04.05.2006 tarih ve 06-32/396-M sayılı Kurul kararında şikâyeteye konu olan ürünler, ruhsatları o dönemde ROCHE'a ait olan Neorecormon, Neupogen ve Roferon-A adlı ürünler olup sırasıyla eritropoietin, filgrastim ve interferon alfa-2a etkin maddelidirler.
- (17) İlgili kararda ayrıca Kytril ve Setron isimli iki ilaçla ilgili iddialara da değinilmiş olup söz konusu iddiaların 20.01.2006 tarihinde tamamlanmış bulunan başka bir soruşturma kapsamında incelendiği ifade edilmiş ve o soruşturmanın kapsamını etkileyecek nitelikte yeni bir bilginin bulunmadığı değerlendirilmiştir. 06-32/396-M sayılı Kurul kararını iptal eden Danıştay 13. Dairenin E: 2006/3795 K:2008/3413 sayılı kararında *"Diğer yandan Kytril ve Setron adlı ürünlerle ilgili olarak yürütülen soruşturma sonucunda; Rekabet Kurulu'nun 13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı kararıyla; Roche'un SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı Kytril ve Setron ihalelerine Beşer Ecza Deposu ile bu ihalelerin tamamına yakınına katılmaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiğine karar verilerek, ilgili şirket hakkında Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ceza uygulanmış, Roche tarafından da anılan Kurul kararının iptali istemiyle Dairemizin E:2006/4742 esasında dava açılmıştır. Dolayısıyla, Kytril ve Setron adlı ilaçlarla ilgili olarak Kurul tarafından şikâyeteye konu iddiaların açılmış bir soruşturmaya birlikte değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Ancak Neorecormon, Neupogen, Roferon-A adlı ilaçlarla ilgili olarak şikâyeteye 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 bulunmaktadır. 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 anlaşılmaktadır"* ifadeleri ile Kurulun Kytril ve Setron adlı ilaçlara yönelik iddiaları açılmış başka bir soruşturma kapsamında⁴ değerlendirmesi hukuka aykırı bulunmamış ve bu ilaçlara ilişkin iddiaların ayrıca tekrar değerlendirilmesine gerek olmadığı ifade edilmiştir. Bu

³ Kurulun 07.07.2015 tarih ve 15-28/334-106 sayılı Kararı.

⁴ Konuya ilişkin 13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı Kurul kararı Danıştay 13. Dairesinin 16.12.2008 tarih, 2008/7694 K. ve 2008/7695 K. sayılı kararları ile, ROCHE ve BEŞER ECZA'ya ilişkin kısımları yönünden; Danıştay 13. Dairesinin 11.03.2014 tarih ve 2010/2218 E., 2014/826 K. sayılı kararı ile EİP Eczacıbaşı İlaç Pazarlama AŞ (EİP) yönünden iptal edilmiştir. Danıştay 13. Dairesinin 16.12.2008 tarih, 2008/7694 K. ve 2008/7695 K. sayılı kararları üzerine 18.02.2010 tarihli ve 10-18/207-78 sayılı Kurul kararı ile ROCHE ve BEŞER ECZA hakkında idari para cezası verilmesine hükmedilmiştir. Bahse konu Kurul kararı Danıştay 13. Dairesinin 06.05.2014 tarih ve 2010-3090 E., 2014-1719 K. sayılı kararı ile ROCHE; 06.05.2014 tarih ve 2010-3180 E., 2014-1718 K. sayılı kararı ile de BEŞER ECZA yönünden iptal edilmiştir. 20.08.2014 tarihli ve 14-29/588-255 sayılı Kurul kararı ile Kytril ve Setron ilaçlarına konu eylemler bakımından ROCHE, BEŞER ECZA ve EİP'e idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.

nedenle işbu dosya kapsamında; Neorecormon, Neupogen ve Roferon-A adlı ilaçlara ilişkin iddialar değerlendirilmiştir. Bu kapsamda ilgili ürün pazarlarının “eritropoietin”, “filgrastim” ve “interferon alfa-2a” olarak tanımlanabileceği değerlendirilmekle birlikte, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz’un 20. paragrafında yer alan *“İnceleme konusu işlem, gerek ürün gerekse de coğrafi açıdan olası alternatif pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmıyor ya da alternatif tüm tanımlar açısından rekabeti bozucu bir etki söz konusu oluyorsa pazar tanımı yapılmayabilir.”* ifadesine istinaden mevcut dosya kapsamında ulaşılan sonuç bakımından ilgili ürün pazarı tanımı yapılmasına gerek görülmemiştir.

I.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (18) İlgili coğrafi pazar, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen olduğu coğrafi alan olarak ifade edilebilir. Bu pazarların belirlenmesinde; teşebbüslerin ürün ve hizmetlerin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri bölgeler baz alınmakla birlikte, rekabet koşullarının ilgili bölge içinde homojen olması ile bu koşulların komşu bölgelerden kolayca ayrılabilirliği sağlayacak ölçüde ve hissedilir derecede farklı olması aranmaktadır. ROCHE’un faaliyet göstermekte olduğu soruşturma konusu ilgili ürün pazarlarında yer alan ilaçların Türkiye çapında satışa konu olduğu dikkate alınarak ilgili coğrafi pazar “Türkiye” olarak tespit edilmiştir.

I.3. DEĞERLENDİRME

- (19) Şikayetçi Veysi Mungan tarafından 2005-2006 yıllarında Kuruma gönderilen şikâyet dilekçelerine konu olan; biyoteknoloji ürünlerinde ROCHE’un, BEŞER ECZA dışındaki depoların SSK ihalelerine katılmasına engel olarak hâkim durumunu kötüye kullandığı, ROCHE’un pazar paylaşımı içine girdiği ve fiyat belirlediği, depolar arasında ayrımcılık yaptığı, ihalelerde ulusal rekabet mevzuatına aykırı davrandığı yönündeki iddiaların değerlendirildiği 04.05.2006 tarih ve 06-32/396-M sayılı Kurul kararı Danıştay 13. Dairesinin 31.03.2008 tarih ve 2006/3795 E. 2008/3413 K. sayılı kararıyla iptal edilmiş, bunun üzerine alınan 30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı Kurul kararı ise Danıştay 13. Dairesinin 26.01.2015 tarih 2009/1825 E. 2015/154 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bunun akabinde Kurul tarafından alınan 25.02.2021 tarih ve 21-10/130-55 sayılı kararda (i) ilaç fiyatlarının mevzuata uygun belirlenmemesi, (ii) ihalelerde rekabet ortamının oluşmaması, (iii) ROCHE’un biyoteknoloji ürünleri için tek depo ile çalışması, (iv) ihaleye fesat karıştırmak suretiyle rekabetin bozulması iddiaları değerlendirilmiş ve 4054 sayılı Kanun kapsamında soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte bir husus bulunmadığı sonucuna varılarak şikâyetin reddi ile soruşturma açılmamasına karar verilmiştir. Anılan Kurul kararı Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi tarafından; yapılan önaraştırmanın, yetersiz ve eksik incelemeye dayalı olması gerekçesiyle 21.03.2024 tarih ve 2023/1084 E., 2024/663 K. sayılı karar ile iptal edilmiştir. Bu çerçevede öncelikle Kurul kararını iptal eden mahkeme kararındaki iptal gerekçelerinin neler olduğu göz önüne alınarak, ROCHE’un 4054 sayılı Kanun’u ihlal edip etmediği yeniden irdelenmiştir.

I.3.1. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesinin 21.03.2024 tarih ve 2023/1084 E., 2024/663 K. sayılı Kararı

- (20) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesinin, 21.03.2024 tarih ve 2023/1084 E., 2024/663 K. sayılı kararında:

“... Rekabet Kurulu’nun 25.02.2021 tarih ve 21-10/130-55 sayılı kararıyla, Danıştay 13. Dairesinin iptal kararına dayanak teşkil eden İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi’nin kararına yansıyan gerekçe ve deliller ile İstanbul 17. Ağır Ceza

Mahkemesi kararında yer alan iddia ve delillerin aynı olduğu dikkate alınarak, soruşturma açılmasını gerektirecek yeni hususlar bulunmadığı sonucuna ulaşılarak, 4054 sayılı Kanunun 41.maddesi uyarınca şikâyetin reddine ve soruşturma açılmamasına karar verilmiş ise de; inceleme raporunda, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararına yansıyan dört iddia yönünden ayrı ayrı inceleme ve değerlendirme yapıldığı, ancak Danıştay 13. Dairesinin iptal gerekçesinde belirtilen, "...özellikle zamanaşımı nedeniyle düşürülen suçlar ile ilgili olarak rekabet soruşturması kapsamında değerlendirilmeyen hususların saptandığı,..." tespiti yönünden açık bir değerlendirme yapılmadığı ve ROCHE yetkilileri ve Beşer Ecza Deposu yetkililerinin "ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak" eylemleri sabit görülerek indirimlerden sonra 4 yıl 2 ay hapis cezasıyla cezalandırılmalarına hükmedilen İstanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesi kararında, "delillerin değerlendirilmesi" kısmında bir çok tespitlere yer verildikten sonra, "...Dosya kapsamına göre devlet hastanelerince yapılan alım satım ihalelerinin incelenmesinde, yapılan ihalelerde Eprex ilacına ilişkin birden fazla ecza deposunun yapılan ihalelere teklif verdiği, Neorecormon ilacına ise sadece Beşer Ecza Deposunun teklif verdiği, ROCHE firması ile çalışan diğer ecza depolarının söz konusu ihalelere teklif vermedikleri ve bu haliyle ROCHE'un Beşer Ecza Deposu lehine uygulamış olduğu politikalar doğrultusunda piyasada rekabet ortamını kaldırdığı ve bu şekilde ROCHE firması lehine kartel oluşturduğu ve rekabet kurulu hükümlerine aykırı davrandığı da açıktır."..."Mahkememizce oluşan kabul ve kanaat hep birlikte değerlendirildiğinde ihale başlama süreci ve öncesinde ROCHE AŞ yetkililerinin gerek şirket bünyesi içerisinde ve gerekse şirket dışındaki faaliyetlerinde Beşer Ecza Deposu lehine ayrıcalıklı girişimlerde bulundukları, sözleşme yaptıkları diğer Ecza Depo firmalarına gerek fiili ve gerekse firmalara mal alımı hususunda kısıtlama ve baskı uygulamaları sonucu Beşer Ecza Deposu lehine firmalarına ait ilaçlarda kartel oluşturdukları, kamu ve kuruluşlarına ilişkin girilecek ihalelere Beşer Ecza Deposunun girmesini sağladıkları, dolayısıyla ROCHE AŞ firması lehine piyasadaki rekabet ortamını bozdukları, ihale aşaması ve öncesinde müşterinin birbirleriyle çelişmeyen savunma ve beyanları da dikkate alındığında,..." tespit ve değerlendirmelerinin yer aldığı, şikâyet konu eylemlerin 2003 yılında gerçekleştiği, şikâyetçi ve davacı tarafından şirketin grup muafiyeti başvurusunun 2004 yılında olduğunun iddia edildiği, dava konusu Kurul kararında, muafiyet tanınan kararlardan birinin 16.11.2016 tarihli olduğunun belirtildiği görülmektedir.

Bu itibarla, rekabet hukukunun amaç ve ilkeleri ile 4054 sayılı Kanun'da öngörülen usul açısından, 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ihlâl edildiği iddialarına dayanan somut deliller içeren şikâyet başvuruları hakkında, Danıştay 13.Dairesinin iptal kararı üzerine, soruşturma açılmasına gerek olup olmadığını belirlemek için yapılan ön araştırmanın, yetersiz ve eksik incelemeye dayalı olması ve bununla birlikte raporda da belirlenen, yukarıda değinilen tespitlerle ihlal bulunduğu şüphesinin güçlenmesi nedeniyle, söz konusu fiillerin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlâl oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesi için soruşturma açılmasına karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır."

ifadeleri yer almaktadır. İptal kararı incelendiğinde iki iptal gerekçesine yer verildiği görülmektedir. Bu gerekçelerden ilki; "... İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin

kararına yansıyan dört iddia⁵ yönünden ayrı ayrı inceleme ve değerlendirme yapıldığı, ancak Danıştay 13. Dairesinin iptal gerekçesinde belirtilen, "...özellikle zamanaşımı nedeniyle düşürülen suçlar ile ilgili olarak rekabet soruşturması kapsamında değerlendirilmeyen hususların saptandığı..." tespiti yönünden açık bir değerlendirme yapılmadığı..." şeklinde ifade edilmiştir.

- (21) İlgili kararda yer alan ikinci iptal gerekçesi olarak "... şikâyetle konu eylemlerin 2003 yılında gerçekleştiği, şikâyetçi ve davacı tarafından şirketin grup muafiyeti başvurusunun 2004 yılında olduğunun iddia edildiği, dava konusu Kurul kararında, muafiyet tanınan kararlardan birinin 16.11.2016 tarihli olduğunun belirtildiği görülmektedir." ifadelerine yer verilmiştir. Her ne kadar mahkeme kararında yer verilen değerlendirmeler muafiyete konu sözleşme ile ilgili Kurul tarafından eksik inceleme yapıldığını açık bir biçimde belirtmese de, söz konusu ifadelerden ROCHE'un 2003 yılında ecza depoları arasında ayrımcılığa neden olduğu iddia edilen fiillerinin, ROCHE ile BEŞER ECZA arasındaki sözleşmeye dayanıp dayanmadığının, şikâyetçinin dile getirdiği biçimde 2004 yılında grup muafiyeti başvurusu yapılan ROCHE ve BEŞER ECZA arasındaki sözleşmenin 2003 yılında kurulup kurulmadığının, kurulması halinde ise bunun rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesinin istendiği anlaşılmaktadır.

1.3.2. Zamanaşımı Nedeniyle Düşürülen Suçlar İle İlgili Olarak Rekabet Kurumu Soruşturması Kapsamında Değerlendirilmeyen Hususlara İlişkin Değerlendirme

- (22) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesinin ilgili iptal kararında Kurulun 25.02.2021 tarih ve 21-10/130-55 sayılı kararına ilişkin olarak: "...Danıştay 13. Dairesinin iptal gerekçesinde belirtilen, "...özellikle zamanaşımı nedeniyle düşürülen suçlar ile ilgili olarak rekabet soruşturması kapsamında değerlendirilmeyen hususların saptandığı..." tespiti yönünden açık bir değerlendirme yapılmadığı..." hususu ifade edilmiştir.
- (23) Danıştay 13. Dairesinin 26.01.2015 tarih ve 2009/1825 E., 2015/154 K. sayılı kararında yer alan bu tespit, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 09.04.2013 tarih ve 2009/150 E., 2013/91 K. sayılı kararına dayanmakta olup ilgili kararda: "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 kararı verildiği anlaşılmakla birlikte, ceza yargılamasının sonucunun rekabet soruşturmasının sonucunu kural olarak etkilemeyeceği, ceza soruşturmasında gerçek şahıs faillerin, 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 kararın 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." değerlendirmelerine yer verilmiştir.
- (24) Bahsi geçen İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi kararında SSK'nin üst kademelerinde yönetici görevinde bulunan sanıklar hakkında "Sanıklar Orhan CANPOLAT, Hülya

⁵ İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi kararına yansıyan ve 25.02.2021 tarih ve 21-10/130-55 sayılı Kurul kararında değerlendirilen dört iddia şu şekildedir: (i) ilaç fiyatlarının mevzuata uygun belirlenmemesi, (ii) ihalelerde rekabet ortamının oluşmaması, (iii) ROCHE'un biyoteknoloji ürünleri için tek depo ile çalışması, (iv) ihaleye fesat karıştırmak suretiyle rekabetin bozulması.

ÖZDEMİR, Servet Rüştü KARAHAN, Sait ERSOY, Nazmi GÜLEYÜPOĞLU, Gülşen TERAKYE, İhsan Yener KAYA, Zehra İnci KOYUNCU, İsmail Şeref SÜMER, Azmi ARSLAN, Nazmi Celal GÜLER'in 765 sayılı TCK'nun 314. maddesi kapsamında "örgüte yardım" olarak nitelendirilmesi gereken suçların zamanaşımı yönünden lehe olan 765 sayılı TCK 102/4, 104/2 maddeleri gereğince 7 yıl 6 aylık olağanüstü dava zamanaşımı süresi dolduğundan haklarında "422 sayılı Kanun 1/1 maddesine muhalefet" suçundan açılan kamu davalarının CMK 223/8 maddesi gereğince DÜŞÜRÜLMESİNE" karar verilmiştir⁶. Anılan Kanun'un 1/1 maddesi ise şu şekildedir:

"Doğrudan veya dolaylı biçimde bir kurumun, kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde, ihale imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetim elde etmek, ekonomik faaliyetlerde kartel ve tröst yaratmak, madde ve eşyanın azalmasını ve darlığını, fiyatların düşmesini veya artmasını temin etmek, kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak, seçimlerde oy elde etmek veya seçimleri engellemek maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt kuranlara veya örgütü yönetenlere veya örgüt adına faaliyette bulunanlara veya bilerek hizmet yüklenenlere sadece bu nedenle üç yıldan altı yıla kadar; örgüte üye olanlara iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası verilir."

- (25) İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi kararında zamanaşımı nedeniyle düşürülen "örgüte yardım" suçuna konu eylemlere ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte anılan mahkeme kararında:

"Roche ve yetkililerin; Türkiye'de faaliyet gösteren ilaçla ilgili imtiyaz ve ruhsat sahibi diğer kişiler üzerinde herhangi bir cebir şiddet olayının kullanıldığı hususunda dosyada buna dair bir delil bulunmamaktadır. Sözü edilen ticari ve manevi baskılar ile cebir şiddetin söz konusu olabileceği hususu ile bağlantı kurulduğu (Roche İlaç Şirketi ile aralarında SSK ihalelerine girmek konusunda gizlilik anlaşması yapılan Galenos, Yeni Dicle, Mert el, Medifar, Selçuk, Koç Med Ecza Depoları ile ayrıca Özsel, Dilek Ecza Depoları yönetici ve sahipleri ve Afyon, Akay, Vetilpa Ecza depoları yöneticisi ve sahipleri Mustafa Gül, Zeynep Şevik, Oğuz Akgün, Ahmet Hilmi Ayhan, Ahmet Kumrulu'nun e-mail ve faks kayıtları ile 2003 yılında Neorecormon adlı ilacın %99,25'inin Beşer Ecza Deposu kanalıyla SSK Hastaneleri'ne satıldığı hususu da nazara alınarak tanık sıfatı ile dinlenmiş ve kendilerine ihalelere girmemeleri konusunda herhangi bir baskı ve yaptırım uygulanıp uygulanmadığı hususu sorulmuş ve tanıklar kesin biçimde bu yönde kendilerine baskı uygulanmadığını belirtmişler...) ancak manevi ve ticari baskıların da bu ticarethaneler üzerinde kurulduğu hususunda belge bulunmadığı, böyle bir baskının olması halinde aralarında yapmış oldukları anlaşmaya aykırılıktan yetkili ve görevli Mahkemelerde dava açabilecekleri ve haklarını arayabilecekleri muhakkaktır. Yine bu şirketin Türkiye'de faaliyet gösteren ilaçla ilgili imtiyaz ve ruhsat sahibi işletmeler üzerinde kendilerine ve yandaşlarına çıkar sağlamak için Roche ile ilaç dağıtımı konusunda anlaşma yapmış olan ecza depolarına ilaç vermeme veya bu depolarda çalışanlarının tehdit edildiğine dair (Roche Firması'nın 2004 yılı ve öncesinde bir kısım firmaların ihaleye girmesine organize

⁶ Anılan kararın devamında ROCHE ve BEŞER ECZA yetkilileri "FARUK YÖNEYMAN, GÖKHAN DEMİR, ÜMİT CEYLAN, TAHİR ÜNSAL, AHMET SARIBAY, BURAK MEHMET SARIBAY'ın "Suç işlemek amacıyla örgüt kurup yönetmek"; sanık VEYSİ MUNGAN'ın "4422 sayılı Kanun kapsamında örgüt adına faaliyette bulunmak" olarak iddianame kapsamına göre nitelendirilebilecek suçları işledikleri sabit bulunmadığından CMK 223/2-e maddesi gereğince BERAATLERİNE" karar verilmiştir.

ettiği, istediği firmaya ilaç verip katılmasını sağladığı, istediği firmaya da ilaç vermeyerek ilgili ihaleye girmesini engellediği hususunda kuşku sınırında kanaat oluşmuş ise de; bu kanaat mahkumiyet için yeterli olmadığı gibi ...) dosyada herhangi bir delil bulunmamaktadır. TCK 220. maddesinde yer alan örgütün oluşum şartlarının; "hiyerarşik yapı; kim kime emir veriyor - alt-üst ilişkisi-/süreklilik (...)" dosyada her haliyle gerçekleşmediği görülmektedir."

değerlendirmelerine yer verilmiş olup "suç işlemek amacıyla örgüt kurup yönetmek" suçu ile yargılanan sanıkların beraatine karar verilmiştir.

- (26) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesinin kararında 25.02.2021 tarih ve 21-10/130-55 sayılı Kurul kararını iptal etme gerekçelerinden biri olarak sayılan İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi kararında *"zamanaşımı nedeniyle düşürülen"* örgüte yardım suçuna konu eylemler, SSK'nin üst kademelerinde yönetici görevinde bulunanlar tarafından ihale şartnamelerinde yapıldığı iddia edilen usulsüzlüklerden oluşmaktadır. Ceza soruşturması kapsamında verilen ifadelerde, ihale şartnamelerinde yapılan birtakım usulsüzlükler nedeniyle eşdeğer sayılan rakip ilaçların yarışmadığı, dolayısıyla ihalelerde rekabet ortamının oluşmadığı bunun sonucunda ilaçların yüksek fiyatlarla ihale edildiği ve bu suretle kamu zararının oluştuğu ileri sürülmektedir.
- (27) Tanık (.....)⁷, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 14.06.2012 tarihli oturumundaki ifadesinde *"Örneğin; Hemofili rahatsızlığında (Faktör 8) olarak belirleyip alım yapacağımızda çözücünün 10 cc ya da 20 cc veya farklı miktarda olmasının bir anlamı olmadığından; çözücü belirtmeden alım yapardık. Çözücünün belirtilmesi; firmalar farklı cc ürün çıkardıkları için belirlenen ihale kalemine fiyat veremediklerinden bir anlamda rekabeti etkiliyor... ROCHE firmasının faktör üretimi yok. Bu firmanın Eritropoitin üretimi vardır. Bu Eritropoitin de -alfa/beta- şeklinde ihale listesinde ayrımı vardı. Her firma kendi üretimine fiyat verdi. Dolayısıyla bir üretime birden fazla firma fiyat vermediği için rekabet oluşmadı. Eritropoitin etken maddesi için iki firma ihaleye katılmıştı. Bunlar; ROCHE ve Gürel⁸ olarak hatırlıyorum. Aradan zaman geçtiği için depo kanalı ile de katılmış olabilirler. Bu etken maddesi -alfa/beta- olarak ayrılıp ihaleye çıktığında herkes kendi üretimine fiyat verdiler."* şeklinde beyanda bulunmuştur. İlgili tanık ayrıca, bu şekilde ihaleye çıkıldığında rekabetin sağlanamayacağını da şerh olarak düşüğünü ifade etmiştir.
- (28) Aynı şekilde Okmeydanı Eğitim ve Araştırma Hastanesinde eczacı olarak çalışan tanık (.....) İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 14.06.2012 tarihli oturumundaki ifadesinde *"ihalenin yapılma sürecinde teknik açıdan gördüğümüz hususları şerh olarak yazdık. Eczacı olarak bilgim dâhilinde gördüğümüz hususları belirttik. Biz hastanede alım yaparken örneğin; faktörleri ünite bazında alırsak ancak o ihale listesinde sanırım sarfiyatlara göre belirleme yapılmış; rekabeti engeller bir durum vardı. İhaleye katılan firmalar kendi fiyatını verince rekabet oluşmadı. Yine hatırladığım kadarı ile bizim kendi genelgelerimizde de Eritropoitin etken maddesini de biz -alfa/beta- ayrımı yapmaksızın Eritropoitin olarak alıma giriyorduk ancak ihale alım listesinde -alfa/beta- şeklinde ayırım yapılmıştı. Biz bu hususları şerh olarak yazdık."* şeklinde beyanda bulunmuştur. Dolayısıyla tanık ifadelerinden, normalde birbiriyle rekabet edebilecek ürünlerin şartnamede ortaya çıkan birtakım farklılıklar nedeniyle ayrı ayrı ihale edildiği, bu nedenle de ihalelerde beklenen rekabetin sağlanamadığı anlaşılmaktadır.

⁷ Dosya konusu eylemler sırasında Vakıf Gureba Hastanesinde baş eczacı olarak çalışmaktadır.

⁸ Eprex marka ilacın üreticisi Gürel İlaç Ticaret AŞ ifade edilmektedir.

- (29) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun (4734 sayılı Kanun) "Temel İlkeler" başlıklı 5.maddesi "*İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur*" hükmünü haizdir. Dolayısıyla ihale şartnamesinin rekabeti engelleyecek şekilde hazırlanmış olması, bu şartnameyi hazırlamış olanların 4734 sayılı Kanun ve Türk Ceza Kanunu kapsamında hukuki/cezai sorumluluklarına yol açabilecektir.
- (30) 4054 sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı 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 hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.*" denilmektedir. Bu doğrultuda bir eylem, teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşmalar ya da hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanması şeklinde değerlendirilebilecek tek taraflı bir davranış ile rekabet ortamının bozulmasına sebep oluyorsa 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmektedir. Diğer bir ifade ile piyasada rekabeti bozucu her eylem 4054 sayılı Kanun kapsamına girmemekte, ortaya çıkan eylemlerin Kanun'un 4. veya 6. maddesinde yasaklanan davranışlara uyması veya Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir yoğunlaşma işlemiyle rekabetin azaltılmasına yol açması beklenmektedir. Örnek vermek gerekirse, sigortasız işçi çalıştırmak fiili sigortalı işçi çalıştıran teşebbüslere karşı rekabeti bozucu bir etki doğursa da 4054 sayılı Kanun kapsamında bir yaptırım bulunmamakta, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 102. maddesi uyarınca cezalandırılmaktadır. Yine benzer şekilde gıda ürünlerinde taklit ve tağşiş yapan firmaların fiilleri de piyasadaki rekabet ortamını bozmakta, bu eylemleri gerçekleştirmeyen firmaları rekabette dezavantajlı konuma düşürmesine karşın 4054 sayılı Kanun kapsamında değil Gıda ve Yemlerde Taklit ve Tağşiş Fiili ve İdari Para Cezalarının Hesaplanmasına Dair Yönetmelik'in 4. maddesi uyarınca idari yaptırma tabi tutulmaktadır.
- (31) Yukarıda yer verilen örneklere benzer biçimde ihale şartnamelerinin ihalede rekabet ortamını sağlayacak şekilde hazırlanmamış olmasının, ihaledeki rekabet koşullarını olumsuz etkilediği muhakkak olmakla birlikte bahse konu eylemlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Söz konusu şartnamenin hazırlanmasında ROCHE'un, SSK çalışanlarına bir müdahalesinin olması da rekabet hukuku anlamında sonucu değiştirmeyecektir. Zira ROCHE'un bu anlamdaki herhangi bir müdahalesinin de rakipler arası anlaşma veya hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilebilecek tek yanlı bir davranış olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi kararında zamanaşımı nedeniyle düşürülen suçlara yönelik yapılan tespitler, ortaya konulan deliller ve tanık ifadelerinin; ROCHE'un 4054 sayılı Kanun'un 4. veya 6. maddesini ihlal ettiğini ortaya koyacak herhangi bir husus oluşturmadığı anlaşılmaktadır.
- (32) Bu sebeple mahkeme kararında SSK üst yöneticileri hakkında zamanaşımı nedeniyle düşürülen "örgüte yardım" suçuna konu eylemlerin ihale şartnamelerinin ihalede rekabet ortamını sağlayacak şekilde hazırlanmamış olmasına yönelik olduğu, zamanaşımı nedeniyle hakkındaki suçlamaların düşürüldüğü kişilerin kamu personeli olup ROCHE ve BEŞER ECZA çalışanı olmadığı dikkate alındığında ilgili eylemlerin

4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

I.3.3. ROCHE'un 2003 Yılında Ecza Depoları Arasında Ayrımcılığa Neden Olduğu İddia Edilen Fiillerinin Dayandığı Muafiyet Kararına İlişkin Değerlendirme

- (33) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesinin iptal kararında ikinci iptal gerekçesi olarak şu ifadelerle yer verilmiştir: "... *şikâyetle konu eylemlerin 2003 yılında gerçekleştiği, şikâyetçi ve davacı tarafından şirketin grup muafiyeti başvurusunun 2004 yılında olduğunun iddia edildiği, dava konusu Kurul kararında, muafiyet tanınan kararlardan birinin 16.11.2016 tarihli olduğunun belirtildiği görülmektedir.*" Söz konusu ifadelerden ROCHE'un 2003 yılında ecza depoları arasında ayrımcılığa neden olduğu iddia edilen fiillerinin, ROCHE ile BEŞER ECZA arasındaki sözleşme için tanınmış bir muafiyet kararına dayanıp dayanmadığının tespit edilmesinin talep edildiği anlaşılmaktadır.
- (34) ROCHE, 19.04.2004 tarihinde SSK ve devlet/üniversite hastanelerinin, Kamu İhale Kanunu kapsamında düzenlediği ihalelere ilaç depoları kanalıyla ilaç temini konusunda altı adet ecza deposu ile akdetmiş olduğu anlaşma ve uygulamalara menfi tespit belgesi verilmesi talebiyle Kuruma başvurmuş ve 02.01.2004-31.12.2004 tarihleri arasındaki süre için imzalanmış olan bir sözleşme örneğini sunmuştur. Kurulun 08.07.2004 tarih ve 04-46/593-144 sayılı kararında; başvuruya konu sözleşmelerin, ROCHE'un gerek üretimini yaptığı gerek ithal ettiği ilaçların depoya satışına ilişkin olduğu göz önüne alındığında niteliği itibarı ile 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002 sayılı Tebliğ) anlamında bir dikey anlaşma olduğu değerlendirilmiştir. Anılan Kurul kararında "*Sözleşme'nin 4.5. maddesi ile depolar bakımından bölge sınırlaması getirilmekte ve deponun kendisi için belirlenen bölge dışında ihaleye katılması yasaklanmaktadır. Bölge kısıtlaması, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde sayılan kısıtlama hallerinden birisi olmakla birlikte, Tebliğ'in 4. maddesinin (b) bendinin birinci fıkrasına göre, sağlayıcının kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışları kısıtlaması Tebliğ kapsamında değerlendirilmektedir. Sözleşme'nin 4.2. maddesinde, Roche'un, SSK ünitelerine doğrudan ya da KİK aracılığı ile yapılan ihalelere katılarak mal temin etme hakkının saklı olduğu ifade edilmektedir. Yine, 4.2. maddede atıf yapılan ve hangi deponun hangi bölgedeki ihalelere katılacağını gösteren listede, kimi iller için herhangi bir deponun yetkilendirilmediği anlaşılmaktadır. (Söz konusu liste toplam 66 ili kapsamaktadır.) Dolayısıyla, herhangi bir deponun yetkilendirilmediği bölgeler bakımından herhangi bir münhasırlıktan bahsedilemeyeceği gibi, Roche'un SSK ünitelerine kendi temin hakkını tutması sebebiyle esasen hiçbir bölge bakımından bir münhasırlık getirilmediği anlaşılmaktadır. Bu halde Sözleşme'nin 4.5. maddesinde getirilen bölge kısıtlamasına ilişkin hüküm nedeniyle ilgili Sözleşme'nin bu haliyle 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacağı kanaatine varılmıştır.*" değerlendirilmesine yer verilmiş ve sözleşmeleri grup muafiyeti kapsamı dışında bırakan hükümlerin grup muafiyeti tebliğine uygun hale getirilmesi koşuluyla ilgili sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanabileceğine karar verilmiştir.
- (35) Bahse konu muafiyet kararından sonra ROCHE'un, ihalelerde rakip ürünler için teklif veren ecza depolarına mal vermediği, biyoteknoloji ürün ihalelerine yalnızca BEŞER ECZA ile katıldığı, BEŞER ECZA haricindeki diğer ecza depoları ve bazı kooperatiflerden risklerine oranla yüksek miktarda teminat isteyerek onların faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiaları ile ilgili olarak ROCHE'un hâkim durumunu kötüye

kullanıp kullanmadığının tespiti amacıyla 20.09.2004 tarih ve 04-60/866-M sayılı Kurul kararı ile ROCHE hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

- (36) Söz konusu önaraştırma kapsamında 13.10.2004 tarihinde ROCHE'da yapılan yerinde incelemede ROCHE ile BEŞER ECZA arasında 09.05.2003 tarihinde imzalanan ve firma ürünlerinin SSK hastanelerine BEŞER ECZA tarafından satışının düzenlendiği "Sözleşme" başlıklı bir anlaşma bulunmuştur. Kararda anlaşmanın rekabet kurallarını ilgilendiren düzenlemelerinin; *"DEPO Sosyal Sigortalar Kurumuna yapacağı her türlü satışta, Roche tarafından tek taraflı belirlenen liste fiyatından daha yüksek bir bedel ile satış yapılamaz."* şeklindeki 3.2.1. maddesi ile *"SSK ihalelerine katılmak üzere ROCHE ile sözleşme imzalamış olan DEPO'lar sözleşme ekinde kendileri için belirlenmiş olanların haricindeki SSK ünitelerinin ihalelerine ROCHE ürünleri için katılamazlar. ROCHE ile sözleşme imzalamış olan iki ayrı DEPO aralarında anlaşmak sureti ile birbirinin sorumlu oldukları SSK ünitelerinin ihalelerine girecek olurlarsa bu durumu yazılı olarak ROCHE'a bildirmek ve yazılı onay almak zorundadırlar."* şeklindeki 4.3. maddesi olduğu belirtilmiştir.
- (37) Önaraştırma kararında bu anlaşmanın, Kurulun 08.07.2004 tarih ve 04-46/593-144 sayılı kararında değerlendirilen menfi tespit başvurusuna konu ve ROCHE ile altı ecza deposu arasında imzalanan anlaşmayla büyük ölçüde aynı olduğu ve her iki anlaşmada da; temlikle çalışılması, firmanın depoya komisyon ödemesi, deponun kendi bölgesi dışında aktif satış yapmamasının öngörüldüğü tespit edilmiş, anlaşmalar arasında, rekabet kurallarını ilgilendiren şu iki farkın bulunduğu belirtilmiştir:
- "Menfi tespit başvurusuna konu anlaşmada, ihalede Sağlık Bakanlığı'nın belirlediği fiyatın üzerinde bedelle; önaraştırma sırasında bulunan anlaşmada ise, "Roche tarafından tek taraflı olarak belirlenen fiyattan daha yüksek bir bedel ile" satış yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.*
- 09.05.2003 tarihli anlaşmada, diğer anlaşmada olanın aksine, Roche'un SSK hastanelerinin ihalelerine doğrudan katılım veya bunlara doğrudan ilaç temini hakkına sahip olduğu yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır.
- (38) Bu farkların tespit edilmesinden sonra önaraştırma kararında; *"9.5.2003 tarihli anlaşmanın 4.3. maddesi, 8.7.2004 tarihli Kurul kararı ile değiştirilmesi istenen düzenlemelerden biriyle aynıdır. Anlaşmanın 3.2.1. maddesi ile, Roche'a ihalede teklif edilebilecek azami fiyatı belirleme hakkının tanınması ise; 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4(a) maddesinde yer bulmaktadır. Anlaşmanın diğer düzenlemeleri de, Tebliğ hükümleri ile uyumludur. O halde, 4.3. maddesinin 8.7.2004 tarihli Kurul kararı doğrultusunda değiştirilmesi koşuluyla, anlaşma grup muafiyetinden faydalanabilecektir."* değerlendirmesine yer verilmiştir.
- (39) İlgili kararın sonuç kısmında; *"gerekli değişikliğin 60 gün içerisinde yapılarak Rekabet Kurumu'na bildirilmesine; Kurulumuzca gerekli görülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve Kanun'un 16 ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağına taraflara bildirilmesine"* karar verilmiştir. İlgili kararın dosyası incelendiğinde, ROCHE'un süresi içinde gerekli değişikliği yaparak Kuruma sunduğu anlaşılmaktadır.
- (40) Yukarıda detaylarına yer verilen süreçten de anlaşıldığı üzere Kurul, yerinde incelemede elde edilen ROCHE ürünlerinin SSK hastanelerine BEŞER ECZA tarafından ihalelerle ve/veya doğrudan temin yoluyla satışını düzenleyen sözleşmenin başlangıç tarihinin 09.05.2003 olduğunun ve 13.10.2004 tarihinde yapılan yerinde incelemede elde edilinceye kadar yürürlükte bulunduğunun bilincinde olarak karar

almış; söz konusu süre bakımından ROCHE hakkında bir idari para cezası uygulanmasına gerek görmemiş yalnızca belirtilen değişikliklerin yapılmadan uygulanması halinde 4054 sayılı Kanun kapsamında idari para cezası uygulanacağına hükmetmiştir. Bahse konu Kurul kararına ilişkin idari yargı denetimine başvurulmadığı için 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararı kesinleşmiştir⁹.

- (41) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesinin 21.03.2024 tarih ve 2023/1084 E., 2024/663 K. sayılı kararında “*şikâyet konu eylemlerin 2003 yılında gerçekleştiği, şikâyetçi ve davacı tarafından şirketin grup muafiyeti başvurusunun 2004 yılında olduğunun iddia edildiği*” ifadelerinden, 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı kararla belirli değişikliklerin yapılması koşuluyla grup muafiyeti kapsamında olduğu tespit edilen eylemlerin 2003 yılında başlamış olmasının Kurul tarafından değerlendirilmediği ya da Kurulun bu eylemlerin 2003 yılında vuku bulduğu bilgisi olmadan karar verdiği şeklinde yorumlanabilecek şikâyetçi iddialarının gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Kurul, 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı kararında hem tadil koşuluyla idari para cezası uygulanmasına gerek görmediği 09.05.2003 tarihli sözleşme hükümlerini hem de ROCHE’un hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasına konu edilen eylemlerini incelemiş ve soruşturma açılmasına gerek görmemiştir. Bahse konu Kurul kararına ilişkin idari yargı denetimine başvurulmadığı için 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararı kesinleşmiştir.
- (42) Öte yandan yargı denetimine başvurulmadığı için kesinleşmiş bir kararın tekrar tartışmaya açılması hukuki belirlilik ve kesin hüküm ilkeleri gereğince mümkün değildir. Nitekim bu husus Kurulun 26.08.2021 tarih ve 21-40/595-290 sayılı kararında “*Ne bis in idem ilkesinin usule ilişkin etkisi sonraki yargılamaların/soruşturmaların yasaklanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Mükerrer yargılamanın yasaklanması, ilk yargılama sonucunda verilen kararın kesinleşmesi üzerine ikinci kez yargılama yapılmamasını ifade etmektedir. Ne bis in idem ilkesinin maddi hukukla ilişkisi ise yapılan yargılama/soruşturma sonucunda uygulanacak yaptırımın belirlenmesi sırasında ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda ilke, aynı eylemden dolayı ikinci kez ceza verilmesini yasaklamaktadır. Daha önce de vurgulandığı gibi, rekabet hukuku özellikle sonuçları itibarıyla idari ceza hukuku alanına dâhil olan bir hukuk dalıdır. Ne bis in idem ilkesinin rekabet hukuku üzerindeki usuli ve maddi yansımaları, kesin hüküm etkisi olarak adlandırılan ve geçmişte yapılan bir soruşturma neticesinde verilen hükmün, geleceğe yönelik olarak tarafları ve konusu aynı olan bir ihlal iddiası hakkında güvence işlevini görmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu ilkenin uygulanmasıyla kişilerin hukuki güvenlikleri sağlanmakta ve aynı hukuka aykırı davranış sebebiyle tekrar soruşturulmaları ve cezalandırılmaları önlenmiş olmaktadır. Bu çerçevede, daha önce soruşturulmuş ve karara bağlanmış olan bir rekabet ihlalinin, kararın taraf hakkında kesinleşmesinden sonra, yeniden soruşturulması ve cezalandırılması bahse konu ilkeye aykırılık teşkil edecektir. Buna göre, OPEL ve HONDA’nın durumu, kesin hüküm etkisi hakkındaki açıklamalar ışığında değerlendirilmelidir. Mevcut soruşturmanın taraflarından OPEL’in dağıtımını yaptığı OPEL markalı araçların o dönemdeki dağıtıcısı GENERAL MOTORS ile HONDA da Otomotiv dosyası kapsamında soruşturulmuş ve haklarında herhangi bir idari yaptırıma hükmedilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, ÖTV kararını da kapsayacak şekilde 2006-2009 dönemindeki HONDA ve GENERAL MOTORS’un eylemlerinin Otomotiv kararında incelendiği ve bu*

⁹ İlgili Kurul kararında ROCHE’un söz konusu sözleşmenin 01.01.2004 tarihinden itibaren uygulanmadığına yönelik beyanına yer verilmiştir. Kurul kararını 01.03.2005 tarihinde tebliğ alan ROCHE, sözleşmeyi tadil için tanınan 60 günlük süre dolmadan 15.04.2005 tarihinde BEŞER ECZA ile aralarındaki sözleşmenin feshedildiğini Kuruma bildirmiştir.

teşebbüslerin herhangi bir rekabet ihlalinde bulunmadıklarının tespit edildiği anlaşılmıştır. Söz konusu Kurul kararının HONDA ve GENERAL MOTORS açısından idari yargıya gidilmeden kesinleştiği görülmektedir. Bu nedenle HONDA ve GENERAL MOTORS hakkında 2006-2009 dönemini ve mevcut dosyada incelemeye konu edilen belgeleri kapsayan bir kesin hüküm bulunması sebebiyle teşebbüsler hakkında idari para cezası verilmesine yer olmadığı sonucuna varılmaktadır” ifadeleri açık şekilde vurgulanmıştır.

- (43) Sonuç olarak Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesinin 21.03.2024 tarih ve 2023/1084 E., 2024/663 K. sayılı kararındaki ifadelerden ROCHE’un 2003 yılında ecza depoları arasında ayrımcılığa neden olduğu iddia edilen fiillerinin, ROCHE ile BEŞER ECZA arasındaki sözleşmeye dayanıp dayanmadığının, şikayetçinin dile getirdiği biçimde 2004 yılında grup muafiyeti başvurusu yapılan ROCHE ve BEŞER ECZA arasındaki sözleşmenin 2003 yılında kurulup kurulmadığının, kurulması halinde ise bunun rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesi gerektiği şeklinde anlaşılan bozma nedeni kapsamında yapılan inceleme neticesinde; 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararında eksiksiz bir değerlendirme yapıldığı, yapılan değerlendirme sonucunda bir ihlal tespitinde bulunulmadığı, ilgili sözleşmelerin grup muafiyeti kapsamı dışında kalan hükümlerin tadil edilmesi koşuluyla grup muafiyetinden yararlanacağına belirtiltiği, anılan kararın yargı yoluna gidilmemesi neticesinde kesinleştiği, hukuki belirlilik ilkesi gereği kesinleşmiş karar bulunan bir konuda yeni bilgi ve belge olmadan yeni karar tesis edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

I.3.4.Genel Değerlendirme

- (44) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesinin 21.03.2024 tarih ve 2023/1084 E., 2024/663 K. sayılı kararının yerine getirilmesi amacıyla ROCHE hakkında yürütülen soruşturma neticesinde;
- 25.02.2021 tarih ve 21-10/130-55 sayılı Kurul kararında eksik incelemeye yol açan iki hususun bulunduğu,
 - Bozma nedenlerinden ilkinin 10. Ağır Ceza Mahkemesi’nce görülen davalar kapsamında özellikle zamanaşımı nedeniyle düşürülen suçlar ile ilgili olarak rekabet soruşturması kapsamında değerlendirilmeyen hususların saptanması olduğu,
 - 10. Ağır Ceza Mahkemesi kararında SSK’nin üst kademelerinde yönetici görevinde bulunan sanıklar hakkında "4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun 1/1 maddesine muhalefet" suçundan açılan kamu davalarının, “örgüte yardım” olarak nitelendirilmesi gereken suçlar bakımından dava zamanaşımı süresi dolduğu gerekçesiyle düşürüldüğü,
 - Zamanaşımı bakımından düşürülen eylemlerin 4054 sayılı Kanun 4. ve 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi sonucunda, söz konusu eylemlerin 4054 sayılı Kanun’u ihlal eder bir nitelik taşımadığı,
 - Mahkemenin ikinci iptal nedeni olarak ROCHE’un 2003 yılında ecza depoları arasında ayrımcılığa neden olduğu iddia edilen fiillerinin, ROCHE ile BEŞER ECZA arasındaki sözleşme için tanınmış bir muafiyet kararına dayanıp dayanmadığının tespit edilmemesini işaret ettiği,
 - ROCHE ve BEŞER ECZA arasında 09.05.2003 tarihinde imzalanan anlaşmaya ilişkin Kurulun 08.07.2004 tarih 04-46/593-144 sayılı kararında bazı maddelerin

tadil edilmesi koşuluyla grup muafiyeti tanındığı, ilgili karara karşı yargı yoluna başvurulmadığı için söz konusu kararın kesinleştiği,

- ROCHE ve BEŞER ECZA arasındaki sözleşmeye ilişkin yeni bilgi ve belgeler olmadığı sürece hukuki belirlilik ve kesin hüküm ilkeleri gereğince aynı konuya ilişkin yeni bir karar tesis edilemeyeceği,
- Mahkemenin eksik inceleme olarak tespit ettiği iki hususa yönelik yapılan değerlendirmeler neticesinde, ROCHE'un 4054 sayılı Kanun'un 4. veya 6. maddesini ihlal ettiğine dair herhangi somut bir delile ulaşamadığı,
- Bu doğrultuda ROCHE'un 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmediği ve teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına gerek bulunmadığı

sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

- (45) 21.05.2024 tarih ve 24-23/534-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre, Roche Müstahzarları AŞ ünvanlı teşebbüsün dosya konusu iddialar çerçevesinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği tespit edilemediğinden 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca idari para cezası verilmesine gerek olmadığına gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.