

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,
(Yargı Kararları Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2004-1-121
Karar Sayısı : **14-29/588-255**
Karar Tarihi : 20.08.2014

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Kenan TÜRK (İkinci Başkan)
Üyeler : Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR, Fevzi ÖZKAN,
Dr. Metin ARSLAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER : Mehmet Selim ÜNAL, Muhammed Safa UYGUR

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Veysi MUNGAN
Ethem Efendi Cad. Çamlı Köşk Sok. 12/10 Erenköy
Kadıköy/İstanbul

D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR

- EİP Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.
Temsilcisi: Av. Dr. İ. Yılmaz ASLAN
Gazi Umur Paşa Sok. Bimar Plaza No:38/8 Balmumcu
Beşiktaş/İstanbul
- Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş.
Temsilcisi: Av. İlmutluhan SELÇUK
Ebulula Mardin Cad. No:57 Akatlar Beşiktaş/İstanbul
- Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Orkun AĞAOĞLU
Güneş Sok. No:8 K:2 06690 Kavaklıdere/Ankara

- (1) **E. DOSYA KONUSU: Beşer Ecza Deposu San. Ltd. Şti. ile Roche Müstahzarları A.Ş. hakkında verilen 18.02.2010 tarih ve 10-18/207-78 sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Dairesinin 06.05.2014 tarih, 2014/1718 K.; 06.05.2014 tarih, 2014/1719 K. sayılı kararları ile ve 13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı Kurul kararının EİP Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.'ye ilişkin kısmının Danıştay 13. Dairesinin 11.03.2014 tarih ve 2014/826 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine dosyanın yeniden değerlendirilmesi.**
- (2) **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 15.10.2004 ve 25.11.2004 tarihlerinde giren şikayet başvuruları üzerine hazırlanan 23.02.2005 tarih ve 2004-1-121/İİ-05-ECG sayılı ilk inceleme raporu, Rekabet Kurulu'nun 03.03.2005 tarih ve 05-12 sayılı toplantısında değerlendirilmiş; Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. (Roche) ve Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti. (Beşer) ile Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. (EİP), Eczacıbaşı İlaç Ticaret A.Ş. ve Eczacıbaşı İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. hakkında iddialarla ilgili olarak önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (3) Önaraştırma sonucu raportörlerce düzenlenen 13.04.2005 tarih, 2004-1-121/ÖA-05-ECG sayılı rapor, 21.4.2005 tarih, 05-26 sayılı Kurul toplantısında ele alınmış ve Roche, EİP ve Beşer hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine, 04.05.2005 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca taraflara soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunulmuştur.
- (4) Kurulun 13.10.2005 tarih ve 05-67/951-M sayılı kararı ile süresi 21.10.2005 tarihinden itibaren 3 ay uzatılan soruşturmanın sonunda hazırlanan 20.01.2006 tarih ve SR/06-2 sayılı rapor taraflara ve Kurul üyelerine tebliğ edilmiştir. Taraflar soruşturma raporunun tebliğinin ardından ikinci yazılı savunmalarını, Soruşturma Heyeti'nin bu savunmalara

14-29/588-255

karşı hazırladığı 17.4.2006 tarihli ek yazılı görüşün tebliğinin ardından ise son yazılı savunmalarını göndermiştir.

- (5) Son olarak 26.05.2006 tarih, 06-36/475-M sayılı Kurul kararı gereğince 30.06.2006 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmıştır. Sözlü savunma toplantısının ardından 12.07.2006 tarih, 06-50 sayılı Kurul toplantısında, 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesinde öngörülen karar yeter sayısı oluşmadığından anılan maddenin ikinci fıkrasında öngörülen yöntemin izlenmesine karar verilmiştir. 13.07.2006 tarih ve 06-51 sayılı Kurul toplantısında ise, Kanun'un 51. maddesi uyarınca yapılan ikinci oylama sonucunda konuya ilişkin 06-51/655-183 sayılı nihai karar alınmış olup bu karar aynı tarihte ilgililere teahhüt edilmiştir.
- (6) Söz konusu kararda, Roche ve EİP'; SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı "kytril" ve "setron" ihalelerinin tamamına yakınına Beşer ile katılmalarının rekabetin engellenmesine yol açtığına, bu durumun 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine karar verilmiş ve anılan teşebbüsler hakkında idari para cezası verilmesine hükmedilmiştir.
- (7) Roche, EİP ve Beşer tarafından söz konusu kararın yürütülmesinin durdurulması ve iptali talebi ile Danıştay 13. Dairesi'nde davalar açılmıştır. Danıştay 13. Dairesi 15.01.2007 tarih, 2006/4685 E. sayılı, 15.01.2007 tarih, 2006/4742 E. Sayılı ve 04.11.2008 tarih, 2006/5325 E. sayılı kararlarıyla anılan Kurul kararının yürütülmesini durdurmuştur. Kurumumuzun bu kararlara karşı yaptığı itirazlar ise, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından 05.04.2007 ve 07.06.2007 tarihlerinde YD. İtiraz No: 2007/196, 2007/197 ve 2007/277 sayılı kararlarıyla reddedilmiştir.
- (8) Takiben Danıştay 13. Dairesinin verdiği 16.12.2008 tarih, 2008/7694 K. ve 2008/7695 K. sayılı kararlarla, *"sözlü savunma toplantısında hazır bulunmuş olan üyelerin karar toplantısına katılmaları zorunluluğunun Kanun'un 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca alınan Kurul kararları yönünden aranmayacağı, bu nedenle ikinci toplantıya sözlü savunma toplantısında bulunmadığı için katılmayan bir Kurul üyesinin katılımı sağlanmadan dava konusu kararın alınmasının hukuka uygun olmadığı"* gerekçesiyle Kurul kararının Roche ve Beşer'e ilişkin kısımları iptal edilmiştir.
- (9) Anılan Danıştay kararları üzerine Roche ve Beşer hakkında Kurulumuz tarafından yeni bir karar alınması gereği doğmuş, 18.02.2010 tarihli toplantıda 10-18/207-78 sayılı ile bu defa Roche ve Beşer hakkında idari para cezası verilmesine hükmedilmiştir.
- (10) Bu esnada EİP bakımından ise süreç farklı bir seyir izlemiştir. EİP, 06-51/655-183 sayılı Kurul kararına karşı, Danıştay 13. Dairesinde itirazda bulunurken, bir taraftan da Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesinde de dava açmıştır. Davanın sonunda Sulh Ceza Mahkemesi, başvurunun reddine 27.04.2007 tarih ve 2006/2655-2655 Müt. sayılı karar vermiştir Bu karara karşı yapılan itiraz da, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 06.08.2007 tarih, 2007/1159-1159 Müt. sayılı reddedilmiştir. Bunun ardından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının söz konusu karar aleyhine "kanun yararına bozma" isteminde bulunması üzerine Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 24.12.2008 tarih ve 2008/3965 E., 2008/22286 K. sayılı kararıyla, bozma istemini yerinde bulmuş ve Ağır Ceza Mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin kararında, 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinden bahisle, Rekabet Kurulunca verilen para cezalarına karşı itiraz yerinin Danıştay olduğu belirtilerek görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden karar verilmesi isabetli bulunmamıştır.
- (11) Danıştay 13. Dairesi yukarıdaki yargı kararlarını dikkate alarak davayı 04.11.2008 tarih ve 2006/5325 E., 2008/7073 K. sayılı kararı ile reddetmiştir. EİP'nin temyiz talebi üzerine, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu; 13. Dairenin, EİP'nin itirazının Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesi ve İstanbul 6. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmesi üzerine ortada olan kesin hüküm karşısında davanın esasını inceleme olanağını bulamadığı, ancak Yargıtay 7. Ceza Dairesinin Ağır Ceza Mahkemesinin kararını bozduğu tespitlerinden hareketle, 13. Dairenin adli yargıdaki davanın aşamalarını dikkate alarak yeniden karar vermesi gerektiğini değerlendirmiş ve Dairenin 04.11.2008 tarihli kararını 26.2.2009 tarih ve 2009/98 E., 2009/149 K. sayılı bozmuştur.

14-29/588-255

- (12) Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun bu kararının ardından gelinen noktada, 13. Dairenin EİP'ye ilişkin olarak yeni bir karar alması gerekmekte olduğundan Kurulumuz 18.02.2010 tarihi itibarıyla sadece Roche ve Beşer hakkında yeniden karar almış, EİP bakımından 13.07.2006 tarihli karara ilişkin yargı süreci devam etmiştir.
- (13) Bu yargı sürecinin sonunda Danıştay 13. Dairesi, 11.03.2014 tarih ve 2010/2218 E., 2014/826 K. sayılı kararı ile 13.07.2006 tarihli kararı EİP yönünden de iptal etmiştir. İptal gerekçesinin 16.12.2008 tarih, 2008/7694 K. ve 2008/7695 K. sayılı kararlardaki ile aynı olduğu görülmektedir.
- (14) Bu esnada Kurulumuzun 18.02.2010 tarih, 10-18/207-78 sayılı kararıyla ilgi olarak Roche ve Beşer tarafından yargı nezdinde yapılan itirazlara ilişkin süreçte, 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 yönünden idari para cezası oranının belirlenmesinde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle Kurul kararı iptal edilmiştir.
- (15) Sonuç olarak, Rekabet Kurulunun 13.07.2006 tarihli kararı da, bu kararın Danıştayca iptali üzerine alınan 18.02.2010 tarihli kararı da Danıştay tarafından her üç teşebbüs bakımından iptal edilmiş bulunmaktadır.
- (16) Konuya ilişkin olarak hazırlanan 14.08.2014 tarih, 2004-1-121/BN sayılı Bilgi Notu, görüşülerek dosya konusu karara bağlanmış olup, Kurul Başkanı Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, 05-26/298-M sayılı Kurul kararı ile başlatılan soruşturmada Soruşturma Heyeti Başkanı olması sebebiyle, karar görüşmelerine ve oylamaya katılmamıştır
- (17) **G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** Danıştayın iptaline konu olan, 18.02.2010 tarih ve 10-18/207-78 sayılı karara ilişkin olarak raportörlerce;
- Roche ve EİP'nin SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer ile katılmasının bu ihalelerde rekabetin engellenmesine yol açtığı,
 - 2003 yılı granisetron ihalelerinde rekabetin engellenmesinin Roche ve EİP'nin Beşer'le olan dikey ilişkileriyle meydana geldiği, bu ilişkilerin ayrı ayrı 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden faydalandığı,
 - Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 13. maddesi ve 2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesi uyarınca, soruşturma konusu eylemlerle ilgili olarak söz konusu Tebliğ ile tanınan muafiyetin geri alınması gerektiği, ancak 2003 yılında ortaya çıkan soruşturma konusu eylemler 2004 yılı itibarıyla ortadan kalktığından, taraflar arasındaki dikey ilişkilerle ilgili olarak muafiyetin geri alınmasının herhangi bir sonuç doğurmayacağı, bu nedenle soruşturma konusunda taraflar hakkında bu aşamada herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği sonucuna varılmıştır.
- (18) Öte yandan, mevcut aşamada hazırlanan Bilgi Notu'nda özetle,
- Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği) çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiği,
 - Tebliğ kapsamında, "diğer ihlaller" içinde bulunan faaliyetlere yönelik temel para cezasının Kurul tarafından binde 5 ile yüzde üç arasında belirlenebileceği,
 - Temel para cezasını artırıcı ya da ağırlaştırıcı herhangi bir unsur bulunmadığı,
 - İhlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içindeki payının çok düşük olması halinin hafifletici unsur olarak değerlendirilmesi ve temel para cezasında, Ceza Yönetmeliği'nin 7/1. maddesi uyarınca dörtte bir ile beşte üç arasında bir indirim yapılmasının uygun olacağı,

14-29/588-255

- Bu şekilde hesaplanan ceza oranının önceki Kurul kararlarında belirlenen %1'lik oranla kıyaslanarak daha düşük olan oranın teşebbüs lehine uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.

H. İNCELEME ve DEĞERLENDİRME

- (19) Dosya mevcudu bilgilere göre, ilgili dönem itibarıyla Beşer, EİP ve Roche beşeri ilaç pazarında etkinlikte bulunmaktadır. Yabancı sermayeli bir şirket olan Roche ve Eczacıbaşı Grubuna bağlı olan EİP, pazarın sağlayıcı seviyesinde üretici/ithalatçı olarak, Beşer ise pazarın toptancı seviyesinde ecza deposu olarak yer almaktadır.
- (20) Başvuruya konu ürünler EİP tarafından satılan Setron ve Roche'a ait Kytril'dir. Granisetron etken maddeli olan bu ürünler, kanser tedavisinde güçlü bulantı ve kusma ilacı olarak kullanılmakta ve aynı ticari formlarda satılmaktadır. Ondansetron ve tropisetron etken maddeli ilaçlar da benzer amaçlı tedavilerde kullanmakta olup ATC-3 sınıflandırmasına göre bu ürünlerin de dahil olduğu A04A başlığı altında 10'dan fazla ilaç bulunmaktadır. Ancak granisetron içeren ürünler yalnızca Kytril ve Setron'dur ve ihalelere granisetron etken maddesi belirtilerek çıkıldığından, bu ihalelerde yalnızca söz konusu iki ürün için teklif verilebilmektedir.
- (21) Bu genel açıklamanın ardından, soruşturma dönemi sonu itibarıyla eldeki bilgi ve belgeler değerlendirilerek yapılan tespitlere aşağıda yer verilmiştir.
- Kytril ve Setron için teklif verilen ihalelere granisetron etken maddesi belirtilerek çıkmıştır.**
- (22) Beşer'a ait ihale dosyalarının incelenmesi sonucunda görüldüğü üzere, Kytril ve Setron için teklif verilebilen SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerine granisetron etken maddesi belirtilerek çıkıldığından, bu ihalelerde söz konusu ürünlerin üçüncü bir rakibi olamamıştır. 16.03.2005 ve 17.03.2005 tarihlerinde raportörlerce yapılan görüşmelerde EİP ve Roche yetkilileri de bu yönde ifade vermiştir. 16.03.2005 tarihli görüşmede Beşer yetkilileri "*etken maddeleri farklı olmakla birlikte, zaman zaman bu ürünlerle aynı grupta ihale edilen, ondansetron ve tropisetron isimli etken maddeleri ihtiva eden başka ürünler*" bulunduğunu belirtmişse de; Beşer'in ihale dosyaları incelenirken, ihaleye granisetron etken maddesinden daha geniş bir grupla çıkıldığına dair yalnızca bir örnekle karşılaşılmıştır (Ege Doğum ve Kadın Hastalıkları Hastanesi'nin 07.11.2003 tarihli ihalesi). Taraflar da, yazılı savunmalarında, bunun dışında herhangi bir ihaleyi örnek gösterememiştir. Yine aynı inceleme sonunda, bazı ihalelere doğrudan ürün adı belirtilerek çıkıldığı ve fakat bu ihalelerin diğer ürün için teklif verilerek kazanılabildiği anlaşılmıştır.
- SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı ihalelerinin tamamına yakınına Kytril ve Setron'da Beşer katılmıştır.**
- (23) SSK veri tabanı üzerinde yapılan inceleme;
- 2003 yılında SSK üniteleri ilaç alımlarını ihalelerle yapmaya başladıktan sonra, Kytril ve Setron'da ihalelere Beşer'in katıldığını,
- 2004 yılında ise, Beşer'in Kytril satışlarının epeyce azaldığını ve EİP'nin, Beşer'in yanında Yusufpaşa, Hürriyet, Cansu, Hemofarma ve Mertsel Ecza Depolarıyla da çalıştığını göstermiştir.
- (24) Taraflardan alınan 2003-2004 yılları ihale satışları tabloları, bu tespitlerin SSK hastaneleri ihalelerinin yanı sıra devlet ve üniversite hastaneleri ihaleleri için de geçerli olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre, Roche ve EİP'nin ihale satışlarının toplamı içinde Beşer'in payı yaklaşık %98'dir. Vet-İş ve As gibi diğer ecza depolarının bu toplamdan aldığı paylar ise göz ardı edilebilecek düzeydedir. 2004 yılına bakıldığında ise, yukarıda belirtilen gelişme gözlenmektedir.
- (25) Öte yandan, Roche ve EİP yetkilileri rakip ürünler olan Kytril ve Setron'da tek bir ecza deposuyla çalışılmasına benzer açıklamalar getirmiştir. Şöyle ki, EİP yetkilileri, "*EİP, rakiplerinin ürünleri için teklif veren depolarla çalışmamaktadır. Aksi taktirde böyle bir*

durum anlaşmalı hareket edilmesi anlamına gelir. Roche firması ile çakışan tek ürünümüz Setron'dur. Ancak, Roche ile birçok üründe çakışma söz konusu olmadığından ve Setron'un satışlarımız içindeki payı sınırlı olduğundan, Beşer Ecza Deposu ile anlaşmakta sakınca görmedik." derken; Roche yetkilisi, "2003 yılı başında bildiğimiz kadarıyla Setron piyasaya yeni giriyor idi ve biz Roche olarak bu depolarla çalışmaya başlamıştık. Birçok ürünümüz bulunmasına rağmen, sınırlı sayıda ürünümüz Eczacıbaşı teşebbüsünün ürünleri ile çakıştığından depo değiştirmeye gerek görmedik. Kaldı ki, Kytril'in toplam ciromuzdaki payı düşük olduğundan, bu meseleyi önemsemedik. Hatta Kytril'in ihale satışlarının kendi cirosu içindeki payı da düşüktür. 2003 yılına dönüp baktığımızda, granisetron etken maddesi özelinde açılan SSK ihalelerinin sayısının toplam SSK ihale sayısındaki payının da düşük olduğu görülebilecektir." şeklinde konuşmuştur.

- Beşer, 2003 yılı ihalelerinde Kytril ve Setron'dan biri için teklif vermiştir.

- (26) 2003 yılında, Roche ve EİP ile düzenli olarak çalışan Beşer, granisetron ihalelerine Kytril veya Setron'dan biri için teklif vererek katılmıştır. Şöyle ki, ihalelerde granisetron etken maddesi başlığı altında satın alınacak form belirtilmiş ve Beşer bu formda Kytril ve Setron'dan biri için teklif vermiştir. Beşer bazı ihalelere granisetron formlarından biri için Kytril ve diğeri için Setron'la katılması, bu iki ürünün aynı kalemde karşı karşıya gelmesi sonucunu doğurmadığından rekabet yaratmamıştır. Dolayısıyla granisetron ihalelerinde rekabet ortamının oluşmaması, Roche ve EİP'nin aynı depoyla çalışmayı tercih etmesinden kaynaklanmıştır.

- 2003 yılında SSK ihalelerinde granisetron etken maddeli ilaçların satışlarının toplamı içinde Kytril'in payı %(.....)'in üzerindeyken, bu pay 2004 yılında epeyce gerilemiştir.

- (27) Şikayetçinin iddialarından biri, 2003 yılında SSK hastanelerinin Kamu İhale Kanunu'nun 19 ve 21. maddelerine göre açtığı ihalelerinin ciro bazında %65 (Kytril) - %35 (Setron) oranlarında paylaşıldığı şeklindedir. SSK verileri incelendiğinde, başvuruda belirtilenlere yakın değerler bulunmuştur. Bu veriler içinde toplam satışlar ile Beşer satışları arasındaki farklar, 2003 yılı başlarında SSK hastaneleri ihalelerle ilaç almaya başlayıncaya kadar geçen sürede Roche ve EİP'nin SSK'ya tip sözleşmelerle yaptığı satışları yansıtmaktadır.

Tablo 1 - 2003 yılı SSK ihale satışlarında ve Beşer kanalıyla yapılan satışlarda ilgili ürünlerin payları

Ürün	Satış (YTL)	Beşer Satış (YTL)
Kytril 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg / 3 ml 1 ampul	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg / 3 ml 5 ampul	(.....)	(.....)
Kytril Toplam	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı	(.....)	(.....)
Setron 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)
Setron 1 mg/ml 3 ml 1 ampul	(.....)	(.....)
Setron 1 mg/ml 3 ml 5 ampul	(.....)	(.....)
Setron Toplam	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)

- (28) 2004 yılında, ilgili ürünlerin SSK hastanelerine satışlarında önemli değişiklikler olmuştur. Şöyle ki, 2004 yılında, Kytril'in SSK ihalelerine satışlardaki payı ile Beşer eliyle yapılan Kytril satışları epeyce gerilemiştir. Kytril ve Setron'un payları EİP ve Roche'dan alınan verilerle aşağıdaki gibi hesaplanmıştır:

Tablo 2 - 2003-2004 yılları SSK ihale satışları (YTL)

Ürün	2003	2004
Kytril 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg/3 ml 1 amp	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg/3 ml 5 amp	(.....)	(.....)
Kytril Toplam	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı (%)	(.....)	(.....)
Setron 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)

Setron 1 mg/ml 1 amp	(.....)	(.....)
Setron 1mg/ml 5 amp	(.....)	(.....)
Setron Toplam	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı (%)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)

- 2003 yılında, Beşer'in katıldığı devlet hastaneleri ihalelerinde ağırlıklı olarak Setron, üniversite hastaneleri ihalelerinde ise ağırlıklı olarak Kytril satılırken; 2004 yılında bu durum değişmiştir.

- (29) Devlet/üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron etken maddeli ilaç alımlarının ilgili ürünlere dağılımına bakıldığında, şikayetçinin iddia ettiğine benzer bir şekilde, üniversite hastanelerine ağırlıklı olarak Kytril, devlet hastanelerine ise çoğunlukla Setron verildiği görülmektedir.

Tablo 3 - 2003 yılında devlet/üniversite hastanelerine ihale satışlarında ve Beşer kanalıyla yapılan satışlarda ilgili ürünlerin payları

Ürün	Devlet Hastaneleri		Üniversite Hastaneleri	
	Toplam Satış (YTL)	Beşer Satış (YTL)	Toplam Satış (YTL)	Beşer Satış (YTL)
Kytril 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg/3 ml 1 amp	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg/3 ml 5 amp	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kytril Toplam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Setron 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Setron 1 mg/ml 3 ml 1 amp	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Setron 1mg/ml 3 ml 5 amp	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Setron Toplam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Tablo 4 - 2004 yılı devlet/üniversite hastanelerine ihale satışlarında ilgili ürünlerin payları

Ürün	Devlet	Üniversite
Kytril 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg/3 ml 1 amp	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg/3 ml 5 amp	(.....)	(.....)
Kytril Toplam	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı (%)	(.....)	(.....)
Setron 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)
Setron 1 mg/ml 3 ml 1 amp	(.....)	(.....)
Setron 1mg/ml 3 ml 5 amp	(.....)	(.....)
Setron Toplam	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı (%)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)

- (30) Tablo 4 göstermektedir ki, devlet/üniversite hastanelerine satışlarda 2004 yılında Kytril ile Setron'un 2003 yılındaki payları çapraz olarak yer değiştirmiştir. Yeni resme göre bu kez, Kytril devlet hastaneleri ihalelerinde büyük ağırlığa sahip olmuş, Setron ise üniversite hastanelerine satışlarda çoğunluğu ele geçirmiştir.

I. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

- (31) 03.03.2005 tarih ve 05-12 sayılı Kurul toplantısında alınan kararla yürütülen önaraştırma sonucunda; Roche, EİP ve Beşer'in SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerinde 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hareket edip etmediğinin belirlenmesi amacıyla soruşturma açılmıştır. Bu çerçevede, 2003 yılında, granisetron ihalelerine yalnızca Beşer'in katıldığı, tarafların SSK ihalelerini ciro bazında %65 (Kytril) - %35 (Setron) oranlarında paylaştığı, üniversite hastaneleri ihalelerine Kytril ve devlet hastaneleri ihalelerine Setron verildiği, Roche'un isteği üzerine Beşer'in söz konusu iki ürünün fiyatını yüksek seviyelerde belirlediği ve 2004 yılında pazar paylaşımı anlaşmasının yenilenememesiyle bu ilaçların ihale fiyatlarının düştüğü iddiaları değerlendirilmiştir.

I.1. Roche ve EİP'nin 2003 Yılı Granisetron İhalelerinin Tamamına Yakınına Beşer'le Katılmasının Değerlendirilmesi

- (32) 2003 yılında SSK, devlet ve üniversite ihalelerinin tamamına yakınına Kytril ve Setron'la Beşer katılmıştır. Roche ve EİP'nin, granisetron etken maddesi başlığı altında çıkılan ihalelere farklı depolarla katılmaları durumunda, söz konusu ürünler karşı karşıya gelebilecek ve böylece rekabet ortamı oluşabilecekti. Nitekim 2004 yılında, Roche'un Beşer'le çalışmaya son vermesi ve EİP'nin de Beşer dışında diğer depolarla da çalışmaya başlamasıyla, söz konusu ürünler için çok sayıda deponun teklif verdiği ve bu ürünlerin ihalelerde karşı karşıya gelmesiyle rekabet ortamının oluştuğu görülmektedir. Dolayısıyla üçüncü bir alternatifi olmayan iki rakip ürünün aynı depo üzerinde buluşturulmasının doğal sonucu, iki rakip ürünün ihalelerde karşı karşıya gelmemeleri, dolayısıyla rekabetin engellenmesidir. Bu noktada, işbu kararın konusu uyumlu eylem ile 04-52/697-179 ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararlarının konusunu oluşturan anlaşmaların içeriklerinin farklı olduğunun altı çizilmelidir.
- (33) Diğer yandan, mevcut durumun, iki rakip sağlayıcının ortak bir dağıtıcı ile çalıştığı sıradan örneklerden farklı olduğu vurgulanmalıdır. Sözelimi gıda pazarında faaliyet gösteren iki rakip teşebbüsün ürünlerinin aynı dağıtıcılar tarafından satılması, buna rağmen perakende seviyesinde (örneğin bir süpermarkette) iki ürünün de rekabet halinde olması ve tüketici tercihlerinin kısıtlanmaması pek tabii ki mümkündür. Halbuki ihaleler özelinde, üçüncü bir alternatifi olmayan iki rakip ürün için tek bir dağıtıcı ile anlaşılması neticesinde, rekabetin ve tüketici tercihlerinin kısıtlanmadığını söylemek mümkün değildir.
- (34) Sonuç olarak, rekabetin engellenmesi sonucunu doğuran bu uyumlu eylem 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında açık bir ihlal teşkil etmektedir.
- (35) Taraf teşebbüslerin yetkilileri, yapılan görüşmelerdeki ifadeleriyle, rakipleriyle çalışan depolarla ihaleye katılmanın rekabet üzerinde olumsuz etki doğuracağını bilincinde olduklarını göstermiştir. Önaraştırma döneminde yapılan ilk görüşmelerde; EİP yetkilileri, rakip ürünler için teklif veren depolarla çalışmanın anlaşmalı hareket edilmesi anlamına geleceğini, Beşer yetkilileri ise, eşdeğer ilaçlarda ilke olarak rakip ürünler için teklif vermediklerini belirtmiştir. Beşer yetkilileri, 2003 yılında Roche ve Beşer'le çalışmalarının bu anlamda istisna teşkil ettiğini ifade edip bunu Setron'daki arz sıkıntısı ile gerekçelendirmeye çalışmış; Roche ve EİP yetkilileri ise iki teşebbüsün sınırlı sayıda ürünü çakıştığından ve bu teşebbüslerin satışlarında ilgili ürünlerin payları düşük olduğundan depo değiştirmeye gerek görmediklerini ifade etmiştir. Bunların yanı sıra, Beşer Genel Müdürü'nün, EİP Satış Hizmetleri Müdürü'ne gönderdiği 06.06.2003 tarihli ve "SSK Durum Raporu" başlıklı yazı; böyle bir ilişki sonucunda, depo üzerinden sağlayıcı firmalara bilgi akışı gerçekleşebileceğini ve ayrıca firmaların ihale satışlarını düzenli olarak izlediğini göstermektedir.
- (36) Roche ve EİP'nin, ihalelere yönelik olarak aynı depoyla çalışmalarının, bazı ihalelere ürünleri için teklif verilmemesi ve ürünlerinin bu ihalelerin dışında kalması sonucunu doğuracağını bilmemeleri olanaksızdır. Sağlayıcıların, yıl içinde gerçekleştirilen yüzlerce ihalenin her birini yakından izlemesi mümkün olmasa da, ürünlerinin ihalelerin önemli bir kısmının dışında kalmasını makul karşılamalarını ve buna karşı önlem almamalarını rekabetçi bir bakışla anlamak mümkün değildir. Dolayısıyla eldeki bilgiler ve yapılan bu değerlendirmeler ışığında, tarafların iradelerinin ihlalin yaratılması ve sürdürülmesi aşamalarına yansdığı açıktır.
- (37) İhlalin varlığının ve bunun oluşumunda/sürdürülmesinde tarafların iradelerinin belirlenmesinin ardından, ihlalin üçüncü tarafı olan Beşer'in bu ilişkinin yürümesindeki rolü ve 4054 sayılı Kanun karşısındaki hukuki statüsünün ve sorumluluğunun üzerinde durulmalıdır. Öncelikle belirtilmelidir ki, Beşer soruşturmanın diğer taraflarıyla aynı seviyede faaliyet göstermese de, her iki dikey ilişkinin de tarafı olarak inceleme konusu ilişki üçgeninin yürümesinde asli aktör durumundadır. Roche ve EİP'nin uyumlu eylemi

14-29/588-255

sonucunda, Beşer üzerinde iki rakip ürünün buluşturulmasıyla, ihalelerde rekabet ortamının oluşması engellenmiştir. Bu nedende, Beşer'in ihlaldeki payı en az diğer taraflarınki kadardır. Öte yandan, 2003 yılı boyunca, rakipsiz kalan Beşer'in granisetron ihalelerinin tamamına yakınına kazanmış olması, deponun rekabetin engellenmesinden kaynaklanan çıkarına işaret etmektedir.

- (38) İhlalin ağırlığının saptanması için öncelikle, tarafların pazardaki ağırlığı ve muhtemel zararın büyüklüğü değerlendirilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, üçüncü bir alternatifi olmayan bu iki ürünle 2003 yılı ihalelerine yalnızca Beşer'in katılması sonucunda, rekabet engellenmiş ve alıcı hastanelerin tercih hakkı ortadan kaldırılmıştır. Oysa Roche ve EİP'nin, rekabet etme güdüsüyle hareket etmesi halinde, hem tüm ihalelere katılabilmek hem de fiyatlarının rakiplerince bilinmesini önlemek için, farklı depolarla çalışacakları ve ortaya çıkan rekabetin doğal bir sonucu olarak fiyatın düşeceği ve hastanelerin granisetron alımlarında iki alternatifi olacağı kuşkusuzdur.
- (39) İhlalin ağırlığının belirlenmesinde ayrıca, ihlalin ne sıklıkta ve ne süreyle tekrar ettiği dikkate alınmıştır. 2003 yılında Beşer'in katıldığı SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerinin sayısının 100'ü aştığı gerçeği karşısında, ihlalin süreklilik arz ettiği ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Roche, EİP ve Beşer arasındaki ilişki kısa bir süreyle sınırlı kalmamış ve 2003 yılı boyunca devam etmiştir. Bu çerçevede, 2003 yılı granisetron ihalelerinde rekabetin engellendiği ve ihlalin bu yıl boyunca süreklilik arz ederek devam ettiği dikkate alınarak, ihlalin ağır olduğu sonucuna varılmıştır.

I.2. SSK, Devlet ve Üniversite Hastanelerinin 2003 Yılı Granisetron İhalelerinin Paylaşıldığı İddiasının Değerlendirilmesi

- (40) Soruşturma açılmasına neden olan diğer iddialar; 2003 yılında, SSK hastaneleri ihalelerinin ciro bazında %65 (Kytril) - %35 (Setron) oranlarında paylaşıldığı ve üniversite hastanelerine Kytril, devlet hastanelerine ise Setron satıldığı şeklindedir.
- (41) Dosyada yer alan bilgiler doğrultusunda yapılan hesaplamalar neticesinde, Beşer eliyle SSK hastanelerine yapılan 2003 yılı ihale satışlarında Kytril'in payının %(.....) ve Setron'un payının %(.....) olarak gerçekleştiği, aynı yılda üniversite hastanelerine çoğunlukla Kytril ve devlet hastanelerine ağırlıkla Setron verildiği görülmektedir. Daha da çarpıcı olan, 2004 yılında bu durumun çapraz olarak yer değiştirmesi ve bu sefer Setron'un üniversite ve SSK, Kytril'in ise devlet hastaneleri ihale satışlarında ağırlığı ele geçirmesidir.
- (42) Sonuç olarak, eldeki bilgiler kullanılarak yapılmış tespitler ile tarafların savunmalarında ve diğer yazılı açıklamalarında karşılaşılan çelişkiler SSK, devlet ve üniversite hastanelerinde pazar paylaşıldığına işaret etmektedir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi, Roche ve EİP'nin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'le katılmasının başlı başına 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu, dolayısıyla söz konusu ürünlerin ihale satışlarındaki paylarının bu durum sonucunda oluştuğu değerlendirilmiştir.

I.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

- (43) Roche ve EİP'nin ilgili ürünlerinde 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'in katılmasıyla bu ihalelerde rekabet engellenmiş olup, bu eylem 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlaldir. Kanun'un 5. maddesinde sayılan dört koşulun tamamının varlığı halinde, bu eylemin Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulması mümkündür. Ne var ki, ayrıntılarıyla açıklandığı gibi, 2003 yılı granisetron ihalelerine yalnızca Beşer'in katılmasıyla bu ihalelerde rekabet ortamının oluşması engellenmiştir. Kanun'un 5(c) maddesinde sayılan muafiyet koşullarından biri "ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması" olduğuna göre, soruşturma konusu eylemin, yukarıdaki değerlendirmelerden anlaşılacağı üzere, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulamayacağı açıktır.

J. SAVUNMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

- (44) Tarafların yazılı ve sözlü savunmalarında ortaya attığı iddiaların özeti ile bunların

değerlendirilmesine aşağıda yer verilmiştir.

- 2003 yılında Roche ve EİP Kytril ve Setron'da yalnızca Beşer'le çalışmamıştır.

- (45) Yukarıda tespit edildiği üzere, Roche ve EİP söz konusu ürünlerde 2003 yılı ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'le katılmıştır. Deponun savunmasında sözü edilen diğer ecza depolarının bu satışlar içindeki payı oldukça düşüktür. Roche'un, Beşer'le EİP'nin sonradan çalışmaya başladığı ve dolayısıyla rakibinin davranışından dolayı sorumlu tutulduğu yönündeki ifadesi ise haklı değildir. Şöyle ki, rekabet ederek ihale satışları içinde mümkün olan en büyük payı almak ve böylece karını artırmak güdüsüyle hareket eden bir firmanın, rakibiyle çalışan bir depoyu aracı olarak kullanmayacağı açıktır. Ayrıca Roche ile EİP'nin böyle bir çakışmadan ve bunun rekabeti engelleyeceğinden haberdar olmaması mümkün değildir. Bu çerçevede, Beşer'le ilk hangi teşebbüsün çalışmaya başladığından bağımsız olarak, granisetron etken maddeli ürünlerin aynı depo üzerinde çakışması ve bunun 2003 yılı boyunca sürmesi, tarafların sorumlu tutulmasını gerektirmektedir.
- (46) Öte yandan, Roche'un yazılı savunmasında, Roche ve EİP'nin 2003 yılı granisetron ihalelerine aynı depoyla katılmasının rekabeti engellediğine işaret etmediği ve firmaların depo tercihlerini etkilemek için rekabet halinde oldukları belirtilmiştir. Oysa ihalelerde teklif edilecek fiyatın rakiplerince bilinmesini istemeyen firmaların rakipleriyle çalışan depolarla ihaleye katılmaktan kaçınacakları açıktır. Rekabet ederek karını artırma güdüsüyle hareket eden hiçbir teşebbüsün, münhasır çalıştığı bir toptancının bazı ihalelerde (örneğin devlet hastaneleri ihalelerinin tamamına yakınında ve SSK hastaneleri ihalelerinin önemli bir kısmında) kendi ürünü için teklif vermezken rakip ürünü satmasını makul karşılaması ve üstelik bu depoyla yıl boyunca aynı şekilde çalışmayı sürdürmesi düşünülemez. O halde, Roche ve EİP'nin ihalelere katılabilmek için rekabet ettiğini, bunun sonucunda bir ecza deposunun tercihiyle taraflardan birinin ihale dışı kaldığını söylemek gerekçeden yoksundur.

- Roche ve EİP'nin Beşer'le yaptıkları anlaşmaların değerlendirildiği 04-52/697-179 ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararları işbu soruşturma bakımından hukuki güvence sağlamaktadır.

- (47) Roche'un savunmasında sözü edilen Kurul kararında; diğer bir önaraştırma sırasında yapılan yerinde incelemede bulunan ve Roche ile Beşer'in SSK hastaneleri ihalelerine yönelik olarak çalışma koşullarının belirlendiği 09.05.2003 tarihli bir anlaşma değerlendirilmiştir. Kurul, söz konusu anlaşmanın 08.07.2004 tarih ve 04-46/593-144 sayılı kararına konu ve yine Roche ile 6 ecza deposu arasında imzalanan anlaşmayla büyük ölçüde aynı olduğuna, 09.05.2003 tarihli anlaşmanın diğerinden farklı olarak içerdiği hükümlerden birinin 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu olduğuna ve öteki hükmün de 08.07.2004 tarihli kararda getirdiği koşul doğrultusunda değiştirilmesi halinde anlaşmanın grup muafiyetinden faydalanacağına karar vermiştir.
- (48) Öte yandan, 12.08.2004 tarih ve 04-52/697-179 sayılı Kurul kararı ile, EİP ve Eczacıbaşı İlaç Ticaret A.Ş.'nin Beşer'in de dahil olduğu 6 ecza deposuyla yaptığı anlaşmaya menfi tespit vermiştir. Söz konusu anlaşmada münhasırlık öngörülmediği gibi, yeniden satış koşullarına yönelik herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Dolayısıyla bu anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil etmediği, anılan Kurul kararı ile belirlenmiştir.
- (49) Taraflar, 04-52/697-179 ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararları ile işbu soruşturma bakımından hukuki güvence sağladığını, dolayısıyla soruşturma konusu eylemden dolayı 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin uygulanamayacağını ileri sürmüştür.
- (50) Yukarıda da özetlendiği gibi, 08.07.2004 tarih ve 04-46/593-144 sayılı Kurul kararına konu anlaşmanın tarafları arasında Roche bulunmamaktadır. Roche ile Beşer arasında 09.05.2003 tarihinde imzalanan anlaşma, ayrı bir önaraştırma kapsamında Roche'da yapılan bir yerinde incelemede bulunmuştur. Kurul, 08.07.2004 tarihli kararda getirdiği koşul doğrultusunda değiştirilmesi halinde anlaşmanın grup muafiyetinden faydalanacağına karar vermiştir. Kararın 1.3.2005 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine, Roche,

Kurum kayıtlarına 19.04.2005 tarihle giren yazısında “kamunun ilaç temini ve geri ödeme politikalarındaki değişiklikler dikkate alınarak” anlaşmanın 15.04.2005 tarihinde feshedildiğini bildirmişse de, anlaşmanın bu tarihe kadar hangi koşullarda uygulandığı belirtilmemiştir.

(51) Roche ve EİP; SSK, devlet ve üniversite hastanelerine 2003 yılı granisetron ihale satışlarının tamamına yakınına Beşer aracılığıyla yapmıştır. Dolayısıyla söz konusu dikey ilişkilere ayrı ayrı bakıldığında, 2003 yılı uygulamalarının münhasırlık esasına dayalı olarak yürüdüğü anlaşılmaktadır. Oysa yukarıda belirtilen iki karara konu anlaşmalar bakımından, Roche ile Beşer arasındaki ilişkide devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerine, EİP ve Beşer arasındaki ilişkide ise tüm ihalelere yönelik olarak münhasırlık öngörülmemiştir. Bu durumda, Kurulun geçmiş tarihli kararlarına konu anlaşmalar ile soruşturma konusu eylemler örtüşmediği gibi, söz konusu kararlarla işbu soruşturma konusu eylemlerin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında sayılması veya bunlara menfi tespit verilmesi söz konusu değildir.

(52) Son olarak, ayrı ayrı ele alındıklarında Roche ve EİP'nin Beşer'le olan ilişkilerinin bazı koşullarla 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında olduğu düşünülebilir. Ancak söz konusu ilişkiler toplamda Roche ve EİP arasındaki rekabetin sınırlanmasına hizmet etmiş ve 2003 yılı granisetron ihalelerinin hiçbirinde Kytril ve Setron karşı karşıya gelmemiştir. Bu çerçevede, işbu soruşturma konusu ilişkiler yatay bir sınırlama olarak değerlendirilerek, bunların iki bağımsız dikey ilişki olduğu ve grup muafiyetinden faydalandığı savı kabul görmemiştir.

- Roche ve EİP'nin satışları içinde Kytril ve Setron'un payı oldukça düşüktür.

(53) Roche ve EİP'nin satışları içinde ilgili ürünlerin payının düşük olması, ne ihlalin varlığı ne de ihlalin ağırlığı bakımından bir anlam ifade etmektedir. Burada önemli olan, soruşturma konusu satışların ne kadarının söz konusu ürünlerin satışlarından oluştuğudur. Granisetron ihalelerinde yalnızca bu iki ürün için teklif verilebileceğinden, Roche ve EİP'nin aynı depoya çalışmasıyla bu ihalelerde rekabet ortamının oluşması engellenmiştir.

- Ondansetron ve tropisetron etken maddeleri granisetron ile biyoeşdeğer olup bazı ihalelere granisetrondan daha geniş bir grup belirtilerek çıkmaktadır.

(54) Beşer'in ihale dosyaları üzerinde yapılan incelemede, yalnızca 07.11.2003 tarihli SSK Ege Doğum Hastanesi ihalesinde granisetrondan daha geniş bir grubun belirlendiği, sayısı 100'den fazla olan diğer ilgili ihalelerin tümünün söz konusu etken madde üzerinden açıldığı belirlenmiştir. Savunmalarda da, buna dair ikinci bir örnek gösterilememiştir. Dolayısıyla tarafların bu iddiası kabul görmemiştir.

- Setron'da arz sıkıntısının söz konusu olduğu 2003 yılında, teslim sürelerine büyük önem veren üniversite hastanelerine ağırlıklı olarak Kytril satılmıştır. İlan, ihale ve teslim süreleri uzun olan devlet hastanelerine ise, Setron verilmiştir.

(55) Taraflar, 2003 yılında Setron arzında sıkıntı yaşandığını, bu nedenle teslim sürelerine önem veren üniversite hastaneleri ihalelerinde Kytril'in ağırlığa sahip olduğunu, süreler yönüyle daha esnek olan devlet hastanelerine satışlarda ise taahhütlerin yerine getirilebilmesi sayesinde çoğunlukla Setron satıldığını öne sürmüştür. Arz sıkıntısı iddiası, ilk kez önaraştırma döneminde Beşer ve Roche yetkilileri tarafından ortaya atılmıştır. Ancak EİP yetkilileri, dikkat çekici bir şekilde, aynı dönemde yapılan ilk görüşmede konuya değinmemiş ve ikinci görüşmede 2003 yılına yönelik belirgin gözlemlerinin bulunmadığını belirtmiştir. Diğer yandan, çok daha kısa sürelerde ihale sürecini tamamlayıp ilacı teslim alan SSK hastanelerine 2003 yılında devlet hastanelerine olanın üç katından fazla Setron satışı yapılmış olması, ihale sürecinin esnekliği sayesinde devlet hastaneleri ihalelerine Setron'un daha çok satılabildiği yönündeki taraf ifadelerini tartışılır hale getirmektedir. Üstelik rapörtörlerce yapılan ikinci görüşmede Roche yetkilileri, alım yöntemine ve alıcı kuruluşa bağlı olarak Kytril ve Setron'dan birinin diğerine karşı tercih edilmesinin söz konusu olmadığını belirtmiş, devlet hastaneleri ihalelerinde Setron'un ya da pazarlık yöntemiyle yapılan alımlarda Kytril'in avantajlı olması gibi genellemeler yapılamayacağını

14-29/588-255

eklemiştir.

- (56) EİP ve Beşer, önaraştırma döneminde yapılan görüşmelerde ve yazılı savunmalarında, Setron'da 2003 yılında arz sıkıntısı yaşandığı iddiasını ürünün bu yılda ithal ediliyor olmasıyla açıklamış ve ürünün Türkiye'de üretimine geçilmesiyle bu sıkıntının aşıldığını, bunun da satışlara yansıdığını dile getirmiştir. Ne var ki, EİP yetkilileri, önaraştırma döneminde yapılan ilk görüşmede, ilacın tüm formlarının Eylül 2004'e kadar ithal edildiğini, Türkiye'de ampul formlarının üretimine 13.09.2004 tarihinde başladığını ve tablet formun halen ithal edilmekte olduğunu ifade etmiştir. Yetkililer, ikinci görüşmede, ampul formlarının üretimine 2004 yılında geçildiğini yinelemiştir. Bu çerçevede, 2004 yılı son çeyreğindeki bir gelişmenin ardından, bu yılın başında arz sıkıntısının aşıldığı ve buna bağlı olarak da 2003 yılı ile 2004 yılının bütünüyle farklılaştığı yönündeki açıklamalar inandırıcı bulunmamıştır.

- Kamu ihalelerinde oluşan pazar 4054 sayılı Kanun kapsamında değildir ve ayrıca hastanelerin ilaç alımları ekonomik faaliyet oluşturmamaktadır.

- (57) İktisat yazını ve rekabet otoritelerinin içtihatları göstermektedir ki, rekabet hukukunun en önemli alt başlıklarından biri ihalelerde danışıklı tekliftir (*bid rigging*). Rekabet kurallarına tabi olunması anlamında, ihalelerin herhangi bir mal veya hizmet pazarından bir farkı yoktur. Nitekim ihale piyasasındaki rekabeti kısıtlayıcı eylemler, rekabet otoritelerince incelenmekte ve ilgililer cezalandırılabilir. Kurumumuz da ihale pazarlarına yönelik incelemeler yürütmüş ve bunların bir kısmını sonuçlandırmıştır. Diğer yandan, konusu taraf teşebbüslerin ihale satışları olan soruşturma kapsamında, hastanelerin tasarrufları değil, teşebbüslerin eylemleri değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, ihaleyle ilaç alımının ekonomik faaliyet sayılıp sayılmaması meselesi, tarafların 4054 sayılı Kanun karşısında sorumlu olduğu gerçeğini değiştirmedeği gibi, soruşturma konusuyla hiçbir ilgisi yoktur.

K. Danıştay Kararları

- (58) Danıştay 13. Dairesinin; 11.03.2014 tarih ve 2014/826 K. sayılı kararında usule ilişkin inceleme yapılmış olmakla birlikte, 06.05.2014 tarihli 2014/1718 K. ve 2014/1719 K. sayılı kararlarında dosya konusu ayrıntılı olarak incelenmiştir.
- (59) Daire, Kurulumuz kararının ihlalin varlığına ilişkin bölümüne katılmakla birlikte, idari para cezasının tespitine yönelik kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varmıştır. Danıştay'a göre, *"davacı şirket tarafından soruşturma kapsamında ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayrisafi gelirler içerisindeki payının çok düşük olduğunun iddia edilmesine rağmen Ceza Yönetmeliği Yönetmelik hükümlerinin somut olayda uygulama olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davacı şirkete yargısal denetime de imkan vermeyecek şekilde %1 oranında idari para cezası verildiği anlaşılmakta olup, ... ilgili Yönetmelik hükümlerinin lehe sonuç doğurması muhtemel hükümlerinin yürürlük tarihinden sonraki verilecek kararlarda uygulanması önünde bir engel bulunmadığından, davacının iddialar ve/veya re'sen tespit edilecek hafifletici unsurlar hususunda değerlendirme yapılarak ve yargısal denetime imkan verecek şekilde idari para cezası oranının belirlenmesi gerekirken, belirtilen hususlar dikkate alınmaksızın soruşturma kapsamında yer alan teşebbüslere idari para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararının davacı şirkete ilişkin kısımlarında hukuka uygunluk görülmemiştir."* Bu çerçevede, söz konusu husus yeniden değerlendirilmiştir.

L. Tarafların Ciroları

- (60) Karar yeniden tesis edilirken öncelikli olarak hangi yıla ait cironun cezaya esas teşkil edeceği belirlenmelidir. 4054 sayılı Kanun'un mevcut 16. maddesinin üçüncü fıkrası; *"... 4, 6 ve 7 nci maddelerde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilir."* şeklindedir.

14-29/588-255

- (61) Maddenin 2008 yılında yapılan değişiklikten önceki halinde ise para cezasının takdirinde hangi yılın temel alınacağı belirsizdir. Bu döneme ait Kurul kararlarında soruşturma açılması kararının alındığı yıldan bir önceki yıla ait net satışlar esas alınmıştır. Ancak Danıştay 13. Dairesinin kararlarında bu yorum kabul edilmemiş ve para cezasının hesaplanmasında son ihlal tarihinden bir önceki yılın cirosunun esas alınması gerektiğine hükmedilmiştir.
- (62) Kurulun o dönemki uygulaması çerçevesinde, 13.07.2006 tarihli kararda da soruşturmanın başladığı yıl olan 2005 senesinden bir önceki yıla, yani 2004'e ait cirolar üzerinden %1 oranında ceza takdir edilmiştir.
- (63) 18.02.2010 tarihli kararda ise ihlalden bir önceki yılın (2002) ciroları ile karar tarihine en yakın mali yıl sonunda (2008) oluşan cirolar karşılaştırılmış ve lehe olan ciroların 2002 yılında gerçekleşmesi sebebiyle teşebbüslere 2002 yılı ciroları üzerinden %1 oranında ceza takdir edilmiştir¹.
- (64) Bu aşamada, dosya konusu bilgiler çerçevesinde, Roche ve Beşer bakımından 2002 yılı cirolarının, EİP bakımından ise 2013 yılı cirosunun tarafların lehine olduğu ve ceza takdirinde bu ciroların esas alınmasının yerinde olacağı kanaatine ulaşılmıştır.

M. Ceza Oranı

- (65) Danıştay 13. Dairesinin yukarıda yer verilen kararları dikkate alınarak, soruşturma konusu faaliyetler Ceza Yönetmeliği kapsamında değerlendirilmiştir.
- (66) Yapılan incelemede, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal olarak kabul edilen eylemlerin, dosya mevcudu bilgiler göz önünde bulundurulduğunda, Ceza Yönetmeliği'nde düzenlenen "diğer ihlaller" kapsamında bulunduğu belirlenmiştir. Buna göre, Yönetmelik dikkate alınarak ihlalin taraflarına takdiren %1 oranında para cezası öngörülmüştür.
- (67) Temel para cezasının belirlenmesinin ardından dosya kapsamında temel para cezasının artırılmasını gerektirecek unsurların ve sonrasında temel para cezasını ağırlaştırıcı veya hafifletici unsurların var olup olmadığı değerlendirilmiştir. İhlal niteliğindeki eylemler 2003 yılında gerçekleşmiş olup, 2004 yılının başından itibaren son bulmuştur. İhlalin tekerrüründen, incelemeye yardımcı olunmamasından veya başka teşebbüsleri ihlale zorlayıcı herhangi bir eylemden de bahsedilemeyeceğinden, dosya kapsamında temel para cezasını artırıcı ya da ağırlaştırıcı herhangi bir unsur bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.
- (68) Hafifletici unsurlar yönünden ise ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içindeki payının çok düşük olması dikkate alınmıştır. Buna göre, 2002 yılında Roche'un toplam cirosu (.....) TL iken, aynı yıl için ihlale konu "Kytril" isimli ürünün satış geliri (.....) TL olarak gerçekleştirmiş ki bu da Roche'un toplam cirosu içerisinde %3,27'lik bir orana tekabül etmektedir. İhlalin gerçekleştiği 2003 yılında bu oran %2, 2013 yılında ise %1 seviyesindedir. EİP bakımından 2002 yılında ihlale konu "Setron" isimli ürünün toplam net satışlarına oranı %1,27 seviyesindedir. Dosya mevcudu bilgilere göre, Beşer'in örneğin 2004 yılı için toplam satışları içerisinde "Kytril" ve "Setron" satışlarından elde ettiği gelirin oranının %1'in de altında olduğu anlaşılmaktadır.
- (69) Yukarıdaki oranlar oldukça düşük olduğundan, Ceza Yönetmeliği kapsamında ilgili teşebbüsler hakkında takdir olunacak temel para cezasında, Ceza Yönetmeliğinin 7/1. maddesi uyarınca dörtte bir oranında indirim yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.
- (70) Bu şekilde hesaplanan ceza oranını, önceki Kurul kararlarında belirlenen %1'lik oranla kıyaslandığında, daha düşük olup, teşebbüs lehine oluşan söz konusu oranın uygulanması gerektiği kanaatine varılmıştır.

¹ Teşebbüslerin ilk cezada temel alınan 2004 yılı ciroları da 2002 yılı cirolarından yüksektir. Roche: (.....) TL; Beşer: (.....)TL; EİP: (.....)TL.

N. SONUÇ

- (71) Öneri ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, raporlar, yargı kararı ve dosya içeriğinde yer alan tüm bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda ve Danıştay 13. Dairesinin 06.05.2014 tarih, 2014/1719 K.; 06.05.2014 tarih, 2014/1718 K. ve 11.03.2014 tarih, 2014/826 K. sayılı kararlarının gereğinin yerine getirilmesini teminen;
- 1- Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.'nin SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer Eczacıbaşı Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. ile katılmalarının, rekabetin engellenmesine yol açtığına ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna OYÇOKLUĞU ile,
- 2- Bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, ikinci fıkrası ve 7. maddesinin birinci fıkrası uyarınca
- (a) 2002 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen gayri safi gelirlerinin %07,5 oranında olmak üzere Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş.'ye 2.629.338,14 TL, Beşer Eczacıbaşı Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.'ye 303.576,51 TL
- (b) 2013 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen gayri safi gelirlerinin %07,5 oranında olmak üzere Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.'ye 929.985,81 TL idari para cezası verilmesine Kurul Üyesi Reşit GÜRPINAR'ın farklı gerekçesi ve OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

(*) 05-26/298-M sayılı Kurul kararı ile başlatılan soruşturmada Soruşturma Heyeti Başkanı olması sebebiyle karar görüşmelerine ve oylamaya katılmamıştır.

**Rekabet Kurulu'nun 20.08.2014 Tarih ve 14-29/588-255 Sayılı Kararına
KARŞI OY**

İdari yaptırım içeren soruşturma konusu eylem bakımından zamanaşımını düzenleyen 5326 sayılı Kabahatler yasının 20 ve eylem tarihinde yürürlükte bulunan 4054 sayılı yasanın mülga 19 ncu maddesinde öngörülen zamanaşımı sürelerinin karar *tarihi itibarıyla dolduğundan Kurul Çoğunluğunun görüşlerine katılmıyorum.*

Zamanaşımı, ceza hukukunda sanık lehine konulmuş bir kuraldır. Devletin, belirli bir süre içinde suç teşkil eden eylem hakkında soruşturma yapması, başladığı soruşturmayı ya da açtığı davayı tamamlaması gerekir. Aksi halde soruşturmanın/davanın muhatabı olan kişi hakkında belirsizlik hali hakim olur. Bu nedenle zamanaşımı sürelerinin önceden belli olması bir nevi güvence teşkil etmektedir.

Ceza soruşturmalarında olduğu gibi kurulun görev alanına giren kabahat içeren idari soruşturmalar için de belli zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Rekabet Kurulunun verdiği para cezaları da idari soruşturma sonucunda hükmedilen birer idari para cezası olmakla çeşitli zamanaşımı sürelerine tabidir. Bu süreler soruşturma zamanaşımı süresi ve yerine getirme zamanaşımı süresi olarak ikiye ayrılır. Soruşturma zamanaşımı süresinin dolması, zamanaşımına uğrayan eylem hakkında idari para cezası verilmesini engellerken yerine getirme zamanaşımı süresinin dolması kesinleşmiş idari para cezasının infaz edilmesine engel teşkil etmektedir

Rekabet ihlallerinin zamanaşımına uğrayıp uğramadığının tespitinde karşımıza iki önemli yasal düzenleme ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 19 uncu maddesi olup bu hüküm 2008 yılında yapılan Kanun değişikliğiyle ilga edilmiştir. İkinci önemli hüküm ise 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun soruşturma zamanaşımına ilişkin 20 nci maddesidir. 4054 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesinin yürürlükten kaldırılmasıyla bu madde rekabet ihlallerinde zamanaşımı konusunda uygulanacak tek hüküm olarak kalmıştır. Zamanaşımı konusunu değerlendirmek üzere bu hükümlerin detaylarına bakılmalıdır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce rekabet ihlallerinin soruşturulmasına ilişkin zamanaşımına ilişkin tek düzenleme yine 4054 sayılı Kanun'da yer almaktaydı. Bu Kanun'un mülga 19 uncu maddesi şöyleydi:

“ MADDE-19.-Kurulun para cezası ve süreli para cezası verme yetkisi aşağıdaki zamanaşımı sürelerine tabidir:

a) Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlali halinde üç yıl,

b) Diğer hallerde beş yıl.

Süre, ihlalin vuku bulduğu gün işlemeye başlar. Sürekli veya tekrarlanan ihlaller söz konusu ise süre, ihlalin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren başlar.

Bu ihlalle ilgili olarak Kurulun inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlem, bu işlemin ilgili taraflardan birine tebliği anından itibaren zamanaşımını keser.

Karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olması zamanaşımı süresini keser.”

14-29/588-255

Madde metninden anlaşıldığı gibi üç ve beş yıl olarak belirlenen zamanaşımı süreleri ihlalin vuku bulduğu tarihte yahut temadi eden bir eylem ise temadinin kesildiği tarihte işlemeye başlamaktaydı. Anılan hükümde soruşturma zamanaşımını kesen iki neden öngörülmüştür: Kurulun inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı bir işlemin ilgili taraflara tebliğ edilmesi ile karar aleyhine yargı yoluna başvurulması.

23.01.2008 tarihinde 4054 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesinin ilga edilmesiyle rekabet ihlallerinde zamanaşımı süreleri 5326 sayılı Kanun'a tabi olmuştur. Bu Kanun'un 3 üncü maddesi uyarınca, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri hariç, genel hükümleri idarî para cezası gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacaktır. Kanun, kendi uygulama alanı hakkında sadece yargı yoluna ilişkin istisna tanımış; diğer hususlarda ise kendi maddi hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20 nci maddesinde soruşturma zamanaşımı süresi, nispi cezalar için 8 yıl olarak öngörülmüştür. 5326 sayılı Kanunun 20 nci maddesi şu şekildedir:

"MADDE 20.- (1) Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez.

(2) (Değişik fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.33.md) Soruşturma zamanaşımı süresi;

a) Yüzbîn Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş,

b) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört,

c) Ellibin Türk Lirasından az idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç, yıldır. (Ek cümle: 13/02/2011-6111 S.K 22.mad.) Ancak (Ek ibare: 31/03/2011-6217 S.K 27 mad.) , 89 uncu maddesi hariç olmak üzere 1111 sayılı Askerlik Kanunu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemez, verilmiş olanlar düşer.

(3) Nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

(4) Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar.

(5) Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanır."

Zamanaşımına ilişkin olan bu hükümde dikkat edilmesi gereken husus, zamanaşımına uğramış eylem hakkında ceza vermeye yetkili otoritenin idari para cezası verme yetkisini ortadan kaldırmasıdır. Dolayısıyla zamanaşımının öncelikli etkisi idari para cezası veren idare nezdinde ortaya çıkacak ve zamanaşımına uğramış eylem hakkında ilgili idare cezaya hükmedemeyecektir.

Somut soruşturma dosyasında eylem tarihinin 5326 sayılı Kabahatler yasasından önceki bir tarihe ait olması nedeniyle burada tartışılması gereken başka bir konuda, hangi yasanın ihlale taraf olan teşebbüs hakkında uygulanacağıdır.

5326 sayılı Kanun'un 5 inci maddesi 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerine atıf yapmaktadır. 5237 sayılı Kanun'un zaman bakımından uygulanmaya ilişkin 7 nci maddesi şu şekildedir:

"MADDE 7. - (1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra

14-29/588-255

yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.

(3) Güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır.

(4) Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir.”

Her iki düzenleme birlikte ele alındığında 5326 sayılı Kanun'un 5'nci maddesi uyarınca bir eylem hakkında uygulanacak maddi ceza kurallarının zaman bakımından lehe olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ceza kanunlarının geriye yürümezliği ilkesinin istisnası olan lehe kanun uygulaması (*lex mitior* prensibi) maddi ceza kuralları bakımından geçerli olup zamanaşımı konusu maddi kurallar arasında yer almakla rekabet ihlalinin zamanaşımına uğrayıp uğramadığı hususunda hangi düzenlemenin lehe olduğu yönünde bir değerlendirme yapılacaktır. Eğer sonraki kanun failin lehine ise fiilin işlendiği tarihe de etki ederek cezaya esas teşkil eden ihlal bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, hangi zamanaşımı süresinin failin lehine olduğunu değerlendirmek için her iki sürenin de somut olaya uygulanması ve ortaya çıkan iki sonuç arasında kıyaslama yapılması gerektiğidir. Teorik olarak bir sürenin diğerinden kısa olması lehe Kanun değerlendirmesi yapılması bakımından yeterli olmayacaktır. Zamanaşımı süresinin uzamasına yol açan - varsa - durma ve kesilme nedenleri de lehe kanun değerlendirmesinde dikkate alınacaktır.

Tüm bu yasal düzenlemeler ışığında somut dosya soruşturma zamanaşımı yönünden değerlendirildiğinde; eylem tarihinden bu yana 5326 sayılı Yasada durma ve kesme nedenleri de öngörülmediğinden karar tarihi itibarıyla anılan yasada öngörülen 8 yıllık soruşturma zamanaşımı süresinin gerçekleştiği , 4054 sayılı yasanın zamanaşımı hükümlerini düzenleyen mülga 19. maddesindeki zamanaşımının kesme nedeni olan *karar aleyhine yargı yoluna başvuru tarihinden son karar tarihine kadar zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşılmaktadır.*

Kurul Çoğunluğu, Danıştay'ın Rekabet Kurulu kararları aleyhine açılan birtakım davalarda verdiği kararlarda yasada öngörülen zamanaşımı süresinin idari soruşturmanın ilk aşamasının sonuçlanması için düzenlenmiş bir süre olduğu bu süre içinde verilmiş idari karardan sonra zamanaşımının işlemeyeceği yönünde görüş bildirmiş iseler de; bu görüş yasal dayanaktan yoksundur.

Şöyle ki:

a) Zamanaşımı hususunda 5326 sayılı Kanun'da, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun aksine, herhangi bir durma ya da kesilme nedeni öngörülmemiş ve bu hususta başka bir kanuna da atıf yapılmamıştır. Bu hususta Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin E. 2007/8577, K. 2009/12450 ve 22.6.2009 tarihli kararında, "(...) idari para cezası miktarı itibarıyla 5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın 20/2-d maddesi uyarınca 2 yıllık zamanaşımı süresine tabi olup yasada zamanaşımını durduran ve kesen nedenler de öngörülmediğinden fiilin olduğu tarihe göre temyiz süreci içinde soruşturma zamanaşımının gerçekleştiği" ne hükmetmiştir.

b) Hukuk güvenliği prensibi, kişilerin işlemiş oldukları eylemden dolayı kendilerine uygulanan hukuk kuralları uyarınca ne kadar süre ile sorumlu tutulacaklarını bilmelerini gerektirir. Nitekim ceza öngören yasalarda zamanaşımı süreleri ile bu süreleri kesen ve

durduran nedenler açıkça sayılmıştır. Bunun yokluğu halinde, kişileri yargılama süreci devam ettiği müddetçe sorumlu tutmak hukuk güvenliğine zarar verecektir. Çünkü ülkemizde yargılama süreçlerinin en geç ne zaman sonuçlandırılması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Davaya bakan yargı mercii iş durumuna göre yargılama sonuçlandırılmaktadır. Yargılama süreçlerini sonlandıran nedenler ise zamanaşımı süreleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna ek olarak soruşturma zamanaşımı dolmadan herhangi bir idari kararın alınması bu sürenin dolmamış sayılması için yeterli ise alınan idari kararın sakat olması – ki genellikle ilk bozma nedeni usuli sakatlıklar olarak karşımıza çıkmaktadır-, iptal edilmesi, yeniden karar alınması, onun da –esasa ilişkin sebeplerle- sakat olması ve yeniden iptal edilmesi ve her bir iptal kararı ile alınmış olan kararların geriye dönük olarak ortadan kalkması gibi durumlarda soruşturma zamanaşımı süresinin hala dolmadığını ileri sürmek mümkün görünmemektedir.

c) Zamanaşımı konusu maddi ceza hukukuna ilişkin olduğundan bu hükmün kıyasen uygulanması ya da geniş yorumlanması da mümkün değildir. Dolayısıyla hükmün lafzı dar yorumlanmalı ve soruşturma zamanaşımının herhangi bir nedenle durmadığı veya kesilmediği sonucuna ulaşmak gerekmektedir. Nitekim Danıştay 13. Dava Dairesince verilen 2009/4014 E., 2012/1136 K. ve 18.5.2012 tarihli kararda yargısal denetim esnasında geçen sürelerin de zamanaşımı hesabında dikkate alınacağına yönelik ifadeler bulunmaktadır. Bu anlamda Danıştay'ın verdiği son dönem kararlarda zamanaşımı konusunda bir yaklaşım farklılığı bulunduğu söylenebilir.

d) Aksinin kabulü, yasada öngörülmeleyen bir durma ve kesme nedeninin benimsenmesi anlamına gelir ki; bu durum hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmazlarından olan ve Anayasanın 13. maddesinde açıkça zikredilen “temel haklar ancak kanunla sınırlanabilir” ilkesiyle taban tabana çelişecektir. Kamu otoriteleri ile yargı mercilerinin, yapmış oldukları eylem ve işlemlerin meşruiyetleri yalnızca kanuna dayanabilir. Yasadan alınmayan bir yetki ile kişi ve hak ve hürriyetlerinin ucu açık bir şekilde sınırlandırılmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı izahıtan varestedir. Kurul çoğunluğunca kabul gören düşünceden hareket edildiğinde; idari otorite tarafından soruşturma zamanaşımı süresinde verilmiş bir karar yargı mercilerince iptal edildikten sonra (örneğin 20 yıl veya 30 yıl sonra bile) mezkûr düşünceye göre zamanaşımı oluşmayacak idarece bir idari yaptırım kararı verilebilecektir. Zamanaşımı dolma süresi yaklaşmış bir eylemde soruşturmayı zamanaşımına uğratmak istemeyen, yasal sorumluluktan kurtulmak isteyen idare yeterli araştırma, inceleme yapmadan, başka bir deyimle idari işlem ve eylemin tesis edilmesi için gerekli olan yasal hiçbir prosedüre uygun davranma ihtiyacı hissetmeden soruşturmayı tamamlayıp, bu işlemin idari yargıca iptalinden sonrada sınırsız bir zamanaşımı kolaylığı içerisinde yeni bir işlem tesis edecektir. Buradan yapılacak çıkarım idari otoritelerin ve yargı mercilerinin kanunda belirlenen sürelerde yasal usule uygun şu veya bu sebeple işlem tesis edememe sorumluluğunun bireylere yüklenmesidir. Anılan durumun yasa da yer alan zamanaşımı düzenlemesinin amacıyla uyuşmadığı aşikârdır. En temel insan hakkı olan yaşam hakkına müdahale teşkil eden kasten öldürme suçunda dahi zamanaşımı öngören kanun koyucunun nispeten daha küçük bir ihlal türü olan ve idari yaptırım gerektiren bir eylemde sınırsız zamanaşımı süresi belirlendiğinin düşünülmesi bu çelişkiyi daha da açık ortaya koymaktadır.

Nitekim yasa koyucu kendisinden beklenen biçimde bu durumu, suç ve cezada orantılılık ilkesini gözeterek ceza yasasından farklı olarak kabahat niteliğindeki idari yaptırımlarda zamanaşımı süresini kısa tutmuş, yine farklı olarak kesme ve durma nedenleri de yer vermemiş, ceza yargılamasında ki uygulamaya paralel biçimde idari işlemin yargıca iptal edilmesi halini de bir durma veya kesme nedeni olarak yasada öngörmemiştir. Bir başka deyişle kanun koyucu, suça nazaran kabahatlerde herhangi bir kesme ve durma nedeni öngörmeyerek ve daha kısa zamanaşımı süreleri benimseyerek

14-29/588-255

kabahatin daha çabuk zamanaşımına uğraması esasını benimsemiştir. Kurul çoğunluğunca kabul edilen nitelikteki bir uygulamanın kabulü, yasa koyucu tarafından öngörülmeleyen bir durma nedeninin fiili olarak uygulanması ve kabahatin hiçbir zaman zamanaşımına uğramaması sonucunu doğurur ki, bu durumun yukarıda bahsi geçen hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir.

Sonuç olarak somut soruşturma dosyasında eylem tarihinden bu yana gerek 5326 sayılı yasanın 20 ve gerekse 4054 sayılı yasanın mülga 19'ncu maddesinde öngürülen zamanaşımı süreleri dolduğundan ihlale taraf olan teşebbüsler haklarında zamanaşımı nedeniyle soruşturma yapılamayacağı ve dosyanın işlemde kaldırılması kanaatinde olduğumdan çoğunluğun görüşlerine katılmıyorum.

II. Başkan
Kenan TÜRK

Rekabet Kurulu'nun 20.08.2014 Tarih ve 14-29/588-255 Sayılı Kararına FARKLI GEREKÇE

Kurulumuz mezkur Kararıyla, 4054 Sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3. ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5.maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası, 7. maddesinin birinci birinci fıkrası hükümleri uyarınca; 2002 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen gelirlerinin takdiren %07,5 oranında olmak üzere üzere Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş.'ye ve Beşer Eczası Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.'ye idari para cezası verilmesine karar vermiş bulunmaktadır. Kurulumuz kararına aşağıda belirteceğim nedenlerle, kararın ceza oran ve miktarlarını belirleyen 2. maddesine ise farklı gerekçe ile katılmıyorum.

Farklı gerekçemiz, "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5.maddesi ile getirilen kabahat tipleri ve bu kabahat tiplerine verilecek idari para cezalarına alt sınır konulması suretiyle kanuna aykırı yönetmelik hükümlerinin uygulanması konusundan doğmaktadır.

1-Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin yönetmelik 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırıdır.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in; "Temel Para Cezası" başlığı altındaki 5.maddesinde;

(1) Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai

14-29/588-255

karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin;

- a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,
 - b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü,
- arasında bir oran esas alınır.

(2) Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır.

(3) Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

- a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında,
 - b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında,
- arttırılır.” denilmiş, yine 6.maddesinde Ağırlaştırıcı Unsurlar ve 7.maddesinde de Hafifletici Unsurlar ayrı ayrı sayılmıştır.

Aşağıda geniş olarak açıklanacağı üzere Yasa Koyucu 16.maddeye göre verilecek cezalarda; alt sınır koymayıp, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların yüzde ona kadar verileceğini hükme bağlamasına ve Rekabet Kurulu'na aşağıda geniş olarak açıklayacağımız gibi, yetki aşımı nedeniyle yönetmelikle düzenlenmesi mümkün olmayan bir konuda, yönetmelikle düzenleme yapılarak belli suçlar için, belirli cezalar getirilmiş, yine yönetmelikte, Kanunda olmayan bir kural konularak alt sınır ve yasada öngörülmemeyen bir üst sınır belirlenmiş ve karteller için yüzde iki ile dört arası, diğer ihlaller içinse binde beş ile yüzde üçü oranında şekilde ceza verilmesi öngörülmüştür.

Anayasamızın 13.maddesinde; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” hükmü bulunmakta, Anayasamızın 38.maddesinde ise; “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”hükmü yer almıştır. Bu hükümler kişilere maddi yaptırımlarında kapsamına girdiği, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasının ancak yasa ile söz konusu olabileceğini, yine yasa hükmü ile belirlenen bir cezadan daha ağır bir cezanın verilemeyeceğini belirlemiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi, yukarıda hükmü açıklanan anılan yönetmelik hükmü ile bu hükme aykırı maddi ceza hükümleri getirilerek, anayasal kurallar göz ardı edilmiştir.

Hiyerarşik normlar sistemine dayalı olan hukuk düzenimizde, alt düzeydeki normların dayanaklarını ve yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldığı kuşkusuzdur. Normlar hiyerarşisinin en üstünde evrensel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunmakta, daha sonra gelen kanunlar dayanağını ve yürürlüğünü Anayasa'dan, tüzükler dayanağını ve yürürlüğünü kanundan, yönetmelikler ise dayanağını ve yürürlüğünü kanun ve tüzükten almaktadır. Bir normun kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını teşkil eden bir norma aykırı ve bunu değiştirici veya ihmal edici nitelikte bir hükmü hukuk alemine getirmesi olanaklı bulunmamaktadır. Hukuk devletinde yönetimin işlem ve eylemlerine uygulanacak hukuki kurallarının şeffaf ve anlaşılabilir bir şekilde belirlenmesi kadar söz konusu normların normlar hiyerarşisine uygunluğu da, bu kuralların sağlığı için büyük bir önem taşımaktadır. Normlar hiyerarşisine aykırı düzenlenen bir norm, denetim aşamasını

14-29/588-255

da etkilemekte ve denetime esas kararlarda çoğu zaman normlar hiyerarşisinden sapmalar hukuka aykırılık nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu konuda onlarca Danıştay kararı bulunmaktadır.⁽²⁾

Bu nedenlerle, hukuk sistemimizde öngörülen hukuk hiyerarşisi kavramının sağlıklı işleyebilmesi için; gerek düzenleme yapımcıların, uygulayıcıların ve gerekse, yargısal denetimi yapan mercilerin anayasal ve yasal sınırlar içerisinde hareket etmeleri gerekli ve hatta zorunludur. Çünkü bu gereklilik ve zorunluluk Anayasa'mızın 2.maddesinde öngörülen devletin temel niteliklerinden en önemlisi olan "hukuk devleti ilkesinin" olmazsa olmazlarındanıdır.

Yasama yetkisi asli bir yetkidir. Yasama yetkisinin kullanımı şeklinde ortaya çıkan yasa yapımı yasa koyucunun istediği alanda düzenleme yapmasına cevaz vermektedir. Bir konu Anayasa da düzenlenmese bile yasa koyucu bu konuda yasa çıkarabilir. Bu nedenle Anayasa'ya dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, yasa yapılırken uyacağı mutlak kural, yapılan yasanın Anayasa'ya aykırı olmamasıdır. Buna karşılık idare, daha önce yasama organı tarafından yasa ile düzenlenmemiş bir alanda doğrudan doğruya bir düzenleme yapamaz. Bu nedenle idarenin bu düzenleme yetkisi yasadan kaynaklanan, yasayı izleyen (secundum legem) bir yetkidir. Başka bir deyişle idarenin tüm düzenleyici işlemleri yasaya dayanmak, yasayla düzenlenmiş bir alan içerisinde olmak zorunda olan, onun altında ve ona bağımlı bir yetkidir. Bu yetki idareye bir anlamda tam insiyatif vermeyen ve yasayla düzenlenmiş alanla sınırlı bir yetkidir.

Öte yandan, idarenin düzenleyici işlemler yönünden uyacağı bir diğer kural yasalara aykırı düzenleme yapamayacağıdır. İdarenin düzenleyici işlemlerinin dayandığı yasaya uygun olması ve bu yasanın çizdiği sınırların dışına çıkmaması zorunludur. İdarenin düzenleyici işlemlerinin yasaya aykırı (contra legem) olması olanaklı değildir. İdarenin düzenleyici işlemlerinin yasaya uygun olması, ve yasanın çizdiği sınırlar içerisinde kalması (intra legem) düzenleyici işlemlerin asli şartlarının en önemlilerinden birisidir.⁽³⁾

Anayasa'mızın "Yönetmelikler" başlığı altındaki 124. maddesinde; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabileceği ve hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağını kanunda belirtileceği Anayasa Koyucu tarafından vaz edilmiştir.

Yönetmelikler, Kamu Kuruluşlarının kendi görev alanlarına giren konularda yasa ve tüzük uygulanmasına yönelik yönetsel anlamdaki hukuk kurallarıdır. Yukarıda hükmü alınan Anayasanın 124.maddesine göre Başbakanlık, Bakanlıklar ve Kamu Kuruluşları görev alanları ile ilgili yasa ve tüzüklerin uygulanmasını belirleyen yönetmelik çıkarabilir. Anayasa'mızın 11.maddesinin 2.fıkrasına göre Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamayacağı gibi, bu kuraldan hareketle hukukun genel ilkelerine göre; yönetmelikler normlar hiyerarşisi kurallarının bir tekrarı niteliğinde olan anılan 124.madde hükmüne göre de yasa ve

⁽²⁾ Danıştay İ.D.D.K. 16.06.2005 gün ve E.2003/275 K.2005/2170 Sayılı Kararı

Danıştay 8.Dairesi 07.03.2007 gün ve E.2005/6261, K.2007/1246 Sayılı Kararı

Danıştay 10.Dairesi 16.03.2009 gün ve E.2006/5588, K.2009/1879 Sayılı Kararı

⁽³⁾ Kemal Gözler, "Yönetmelikler" www.anayasa.gen.tr/yonetmelikler.htm erişim tarihi 14.07.2013

14-29/588-255

tüzüklere aykırı olamayacağı gibi üst hukuk kurallarına da aykırı olamaz. Yönetmelikler yasanın açıkça yetki vermediği bir konuda yeni bir düzenleme yapamayacağı gibi, Yasa ile öngörülen kuralı sınırlayamaz, genişletemez ve yeni bir hüküm koyamaz.

4054 Sayılı “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 16.maddesinin 3.fıkrasında; “Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.” hükmü getirilmiş, 5.fıkrasında da; “Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.” denilmiş, son fıkrasında da; “Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.” hükmü ihdas edilmiştir.

Yukarıda hükmü açıklanan 16.maddenin 5.fıkrasının yollamada bulunduğu, Kabahatler Kanununun 17.maddesinin 2.fıkrasında ise; “ İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur. ” hükmü bulunmaktadır.

Bu hükümleri yorumlamaya çalışırsak; Yasa Koyucu, maddenin 3.fıkrası ile verilecek cezalarda alt sınır (asgari had) koymayıp, sadece üst sınırı (azami haddi) belirleyerek, cezaların nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar verilebileceğini hükme bağlamış, son fıkrasında ise sadece “cezanın tespitinde dikkate alınan hususlar” kavramını getirerek, Rekabet Kurulu’na sadece cezanın tespitinde dikkate alınacak hususların belirlenmesine ilişkin yönetmelik çıkarma konusunda sınırlı yetki vermiştir. Cezanın tespitinde dikkate alınacak hususlar derken yasa koyucu neyi kastetmektedir? Burada kastedilen hangi fiillere, ne miktarda ceza vereceğini tespit et demek anlamında değil, 16.madde ile verilen ceza sınırları içerisinde (% 10 ‘a kadar) ceza takdir ederken hangi unsurlara göre veya hangi şartların varlığı halinde cezayı ağırlaştıracağını veya hafifleteceğini, bir başka deyişle yasadaki öngörülen sınırlar içerisinde ceza tayin ederken, takdir yetkisini kullanma adına hangi unsurları dikkate alarak ceza tesis edeceğini anlamındadır. Yasa koyucu Rekabet Kurulu’na, Yönetmelik yaparken hangi fiillere ne oranda ceza verileceğini tespit etme yolunda bir yetki verseydi o zaman yasaya; “Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespiti ve maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar” kavramını ayrı ayrı yazarak birlikte getirirdi. Yasa koyucu bu görüşümüzü teyit eder mahiyette olmak üzere, anılan 16.maddenin 5.fıkrasında, verilecek cezanın üst sınıra kadar olmak koşuluyla tespit edilirken, bir başka deyişle Rekabet Kurulu takdir yetkisini kullanırken ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen

14-29/588-255

taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacağını işaret ederek Yönetmelik koyucuya, “idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar”ın nelerden ibaret olabileceğini söylemiş ve adeta bir anlamda Rekabet Kuruluna yol göstermiştir. Hatta bir adım daha giderek “GİBİ HUSUSLAR” kavramını getirerek bu hususların tahdidi değil tadadı olduğunu, bu unsurların çoğaltılabileceğini belirtmiştir. Yasa koyucu bir anlamda, son fıkrada belirtilen idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar kavramının ne olduğunu 5.fıkra ile önceden açıklamış ve bu kavramı son fıkrada yine tekrar ederek, bu ilkelere göre yönetmelik çıkarılabileceğini söylemiştir.

Amaçsal yorum (gai yorum) ilkelerinden hareketle yasa koyucunun gerçek amacını anlamaya çalışırsak, bizce yasa koyucu, yollamada bulunduğu, yukarıda hükmü açıklanan Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünün ceza verilirken öncelikle dikkate alınacağını belirterek, bu hükümde yer alan kanunlarca alt ve üst sınırı belirlenen idari para cezalarında kullanılacak takdir yetkisinin etkenlerini hatırlatarak ve adeta yönetmelik koyucuya da, bu şekilde yasalarda cezaların alt ve üst sınırı belirlenebilir, sen yönetmelikle alt ve üst sınır koyamazsın, sadece bu sınırlar içerisinde karar verirken bazı unsurları dikkate alınabileceği hususlarını düzenleyebilirsin anlamında yol göstermiştir.

Olayımızda 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile konulan kural, anılan yönetmelikle bir anlamda değiştirilmekte ve Kurulun hareket alanı daraltılmaktadır. Yasa ile getirilmeyen ve Yönetmelik Koyucuya ceza miktarlarını ve ceza sınırlarını saptama konusunda verilmiş bir yetki olmamasına rağmen, belirli suçlara verilecek cezaların saptanması, para cezasına yeni bir alt sınır ve yeni bir üst sınır konulması 4054 sayılı yasanın 16.maddesine aykırıdır. Öte yandan 5/1-a bendinde; karteller için yüzde ikisi ile yüzde dördü, (b) bendinde; karteller dışında kalan diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü oranında bir ceza öngörülmesi, Yasanın 16/son maddesinde Kurulca çıkarılması için verilen yönetmelik yetkisini aşmaktadır. Onu contra legem hale getirmektedir. Zira yönetmelik ile temel ceza tespiti mümkün değildir. Bu nedenle yasaya aykırı bulunan Yönetmelik hükümlerine göre ceza belirlenmesinin olanaklı olmadığı, hukuken sakat olduğu açıktır. Öte yandan bu karşı oy sahibinin 4054 sayılı yasa ile kendisine verilmiş bulunan yüzde on sınırları içerisinde kalmak kaydıyla, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurları dikkate alarak ceza miktarını tespit etme yolundaki takdir yetkisi, daha önce görev yapan ve aynı seviyede olan üyelerin çıkardığı bir düzenleme ile ipotek altına alınmakta, adeta onların düşünce ve kararlarını devam ettirme zorunluluğu gibi ve yasaya dayalı olarak özgürce karar vermesini engelleyecek şekilde asla kabulü mümkün olmayan hukukla bağdaşmayacak bir durum ortaya çıkarmaktadır.

Bu görüşe karşı bir sav getirilebilir. “Yönetmelik Danıştay’ca iptal edilmediğine göre hukuken geçerlidir ve zaten verilen cezada yönetmeliğin 6. ve 7. maddeleri uygulanarak sonuç olarak cezanın, yasanın öngördüğü alt ve üst sınırlara ulaşmaktadır.” Hukukun genel ilkeleri, hafifletici ve ağırlaştırıcı unsurların bulunmadığı olayda Rekabet Kurulu’nun anılan yönetmeliğe göre alt ve üst sınır belirleme yönünden bağlı olması karşısında bu savın bir geçerliliği olamaz.

Öte yandan 2577 sayılı İ.Y.U.K nun 7.maddesinin 4.fıkrasında “Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olamayacağı hükmü karşısında, açık olarak hukuka aykırı olduğuna inandığımız yönetmelik hükmünün tarafımızdan da uygulanmasının zorunlu olmadığına inanıyoruz. Bu hükme göre,

14-29/588-255

Kurul'umuzca tesis edilen kararın İdare Mahkemesi ve Danıştay'ca yapılacak olası bir yargısal denetiminde de dikkate alınacağı kanısındayız.

26.9.2004 gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" başlığı altındaki 2.maddesinde; "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz." hükmü getirilmiştir.

Yine 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun "Kanunilik İlkesi" başlıklı 4.maddesinde; "Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir." hükmü bulunmaktadır.

Kabahatler kanunun anılan maddesinin, gerekçesinde; suçta kanunilik ilkesine nazaran, kabahatler açısından daha esnek bir sistem kabul edilmiştir. Buna karşılık, ikinci fıkrada, idari yaptırımlar açısından, cezada kanunilik ilkesine paralel bir hükme yer verilmiştir.....denilmiştir⁽⁴⁾, idari ceza hukuku ile ceza hukuku arasındaki kanunilik ilkesindeki ayırım gösterilmiştir. Ancak her iki hukuktaki kanunilik ilkesinin değişmez kuralı ceza hukukunda suç ile cezanın, idari ceza hukukunda yaptırımın türü, süresi ve miktarının kanunla belirleneceği kuralıdır. Ayrıca, Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturur.

Rekabet Kurulu, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in; 5.maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 2.maddesinin 2.fıkrasına ve Kabahatler Kanunu'nun 4.maddesinin 2.fıkrasına aykırı olarak 4054 sayılı yasa ile yüzde ona kadar idari para cezası verilebilmesi hükmünü daraltarak, belli kabahatlere, yeni ceza oranları belirleyerek adeta kendisini Yasa Koyucu yerine koymuştur.

2-Yönetmeliğin Yasaya Aykırı Hükümlerinin Açılacak Olası Bir Davada İptal Edilebileceği Kanısını Taşıyoruz.

İdare hukuku kurallarına göre Yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere karşı iptal davaları iki halde açılabilir. Yönetmeliklerin yayımlanması üzerine ilgililer tarafından yasal süre içerisinde iptali için dava açılabilir gibi, bu düzenlemenin bir idari işleme dayanak olarak alınıp uygulanması ile menfaatleri haleldar olan kişiler tarafından da işlemle birlikte, yönetmeliğin ilgili hükümlerinin de iptali yolunda işlemin tabi olduğu dava açma süresi

⁽⁴⁾ Kabahatler Kanunu Hükümet Tasarısı ve Adalet Komisyonu madde gerekçesi

14-29/588-255

dava açılabilceği bilinmektedir. Bu nedenlerle ve yukarıda açıklamaya çalıştığım gerekçelerle, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in; 4054 sayılı yasaya aykırı bulunan ilgili hükümlerinin iptal davasına konu olması halinde iptal edilebileceği kanısını taşımaktayım.

3-4054 Sayılı Kanunun 16.Maddesinin İrdelenmesi, Anayasa'ya Aykırılık Sorunu ve Maddenin Yeniden Düzenlenmesi Gereği.

Yukarıda geniş olarak hükmünü açıkladığımız 4054 Sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16.maddesinin 3.fıkrasında; "Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir." hükmü bulunmaktadır. Bu hükümlerle Yasa Koyucu anılan 4054 sayılı Kanunun 4, 6 ve 7.madde de belirtilen rekabet ihlali olarak nitelendirilen kabahatler hakkında verilecek idari para cezalarında Rekabet Kuruluna geniş bir takdir yetkisi alanı bırakmış ve % 0-10 oranı arasında ceza takdir edebilmesi konusunda yetki vermiştir.

Yukarıda da, açıkladığımız gibi, cezanın takdirinde dikkate alınacak hususlar konusunda, anılan yasanın 16/5 fıkrası ile, Kabahatler Kanununun 17/2 fıkrasına yaptığı yollamayla birlikte (işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu) ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi kavramları getirmiş, yine yukarıda açıkladığımız, 16/son fıkrası ile "gibi" kavramı ile tadadı olarak bu unsurların çoğaltılması adına "cezanın tespitinde dikkate alınan hususlar" konusunda yönetmelik çıkarma yetkisi vermiştir. Yönetmeliğin çeşitli hükümleri ile, cezanın ağırlaştırıcı unsurları olarak; İhlalin süresi, Soruşturma kararının tebliğinden sonra kartele devam edilmesi, İncelemeye yardımcı olunmaması hali, diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması gibi davranışlar, cezanın hafifletilmesi unsurları olarak ise, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması, ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi haller olarak belirlenmiştir.

Sonuç olarak; Rekabet Kurulu Rekabet ihlalleri için vereceği nispi idari para cezasını tespit ederken % 0-10 oranı arasında kalmak koşulu ile yukarıda yasa hükmü ile belirtilen ve yine Yönetmelik hükmü ile yasa koyucunun işareti ile çoğaltılan unsurları dikkate alarak takdir yetkisini kullanacaktır.

Hukuk devleti ilkesi, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin fiil ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade eder. Hukukî güvenlik ilkesi, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutumunu ve davranışlarını buna göre güvenle düzene sokabilmesi anlamına gelir. Bu güvenliğin sağlanabilmesi her şeyden önce, devletin kendi koyduğu hukuk kurallarına kendisinin de uyması bağlıdır. Hukuk devletinin ön şartlarından biri olan hukuk güvenliği ilkesi ile bireylerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır.

14-29/588-255

Hukuk güvenliğinin unsurları, hukuki belirlilik ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi, eşitlik ilkesi ve cezaların yasallığı ile hukuksal güvenlik ilkeleridir. Bunun dışında konumuzla doğrudan ilgisi olmayan kazanılmış hak ilkesi ile geriye yürümezlik ilkeleri de Hukuk güvenliğini sağlayan diğer en önemli ilkelerdir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik" tir. Yasal düzenlemelerin nesnel olması, hukuk devletinde yasadan doğan sorumluluğunun eylem ve olgu, hukuksal sonuç, hak süjesi yönlerinden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, belli, anlaşılabilir olması en temel ilkedir. Bu nedenlerledir ki hukuksal güvenliğinin var olduğunun algılandığı otoritenin keyfilikten uzak olduğunun düşünüldüğü ortamda bireyde davranışlarını hukuka uyarlayabilecek ve kendine düşen ödevi yerine sorunsuz getirebilecek kamu düzeni ve hukuk devleti ilkesinin yerleşmesine katkı ile gereksiz uyuşmazlıkların oluşmasının önüne geçilmiş olabilecektir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir.

Hukuki belirlilik ilkesi gereği olarak Yasa Koyucu tarafından getirilen kuralın, kuralın muhatabı kişilerin olağan şartlar altında belirli işlem ve eylemlerin hangi sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini sağlayacak nitelikte düzenlenmesini gerektirir. Bu ilke ile kuralın, muhatap kişi bu kuraldaki takdir yetkisinin kapsamını, kendisi tarafından öngörülemez keyfi tutum ve davranışlardan koruyacak düzeyde açıklıkla anlayacak şekilde düzenlenmelidir. Bir başka deyişle kuralın hukuki öngörülebilirliği olmalıdır.

Yasa ile getirilen kural, Anayasamızın 10.maddesinde belirlenen eşitlik ilkesine uygun olmalıdır. Şöyle ki; alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüz olmamalı, cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında çok büyük oranda açılmış bir makas şeklinde makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek nitelikte düzenlenmemelidir.

Yasa koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, kabahatler hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi, 17.04.2008 gün ve E.2005/5, K.2008/93 sayılı kararıyla, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesini iptal etmiştir.

İptale konu 42.madde de "Ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500 000 TL. den 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir. Ayrıca fenni mesule bu cezaların 1/5'i uygulanır. Birinci fıkrada belirtilen fiiller dışında bu Kanununun 28, 33, 34, 39 ve 40 ıncı maddeleri ile 36 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen mal sahibine, fenni mesule ve müteahhide 500 000 TL.den 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir.

14-29/588-255

Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen fiillerin tekrarı halinde para cezaları bir katı artırılarak verilir.....hükmü bulunmaktaydı.

Anayasa Mahkemesi, yasa ile getirilen kuralın hukuk devleti ilkelerinden olan hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ilkesi ve cezaların yasallığı ile hukuksal güvenlik ilkelerine aykırı olduğundan bahisle anılan kuralı iptal etmiştir. Anayasa mahkemesi mezkur kararında; “3194 sayılı Yasa’nın 42. maddesinde düzenlenen idari para cezaları, imar ve kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi amacıyla, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve uygulanan yaptırımlardır. Maddenin birinci fıkrasındaki idari yaptırım, idarenin ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapının yapıldığı yönündeki tespiti ve bu konudaki değerlendirmesine bağlı olarak idarece uygulanmaktadır. Başka bir deyişle hem cezayı gerektiren eylemin işlendiğini saptamak hem de Yasa’da gösterilen alt ve üst sınırlar arasında cezanın tutarını belirlemek tamamıyla idari makamların, belediyeler veya en büyük mülki amirlerin kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir. Sonuçları belli ölçüde genel para cezalarına benzese de tümüyle idari işleme dayanan bir yaptırımdır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır.

İdari makamların Yasa’nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa’da gösterilmemiştir. Yasa’yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa’da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir.

Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir.

Yasa koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir. Cezanın Yasa’da gösterilen sınırlar arasında idarece belirlenmesinde, yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahsurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara yapılması; hangi amaçla yapıldığı, büyüklüğü ve konut, ticari, sanayi, otel, akaryakıt istasyonu gibi niteliği; fen ve sağlık kurallarına aykırılık taşıması; içinde oturacak veya çalışacak kişiler için tehlike oluşturması; çevresinde ya da aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılabilir durumda olması gibi ölçütlere yer verilmemiştir.

Bu tür idari işlemlere karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, bu güvencenin uygulama aşamasından sonra ve ancak itiraz yoluyla ortaya çıkacağı göz önünde bulundurulduğunda, yasa kurallarının yürürlükte olduğu sürece keyfiliği ortadan

14-29/588-255

kaldırmaya yeterli olduğu söylenemez. Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilir şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvence vermektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edilmiş olduğundan ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir. demiştir.⁽⁵⁾

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız, ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer nitelikteki kararı ışığında 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 16.maddesinin ilgili fıkralarını irdelediğimizde; Yasa Koyucunun bu maddede de, Hukuki belirlilik, hukuki öngörülebilirlik, eşitlik ilkesi ve cezaların yasallığı ile hukuksal güvenlik ilkelerine tam uyduğunu söylemek mümkün değildir. Yasa koyucu, bu hükümlerle cezanın alt ve üst sınırı arasında Rekabet Kuruluna büyük bir takdir yetkisi bırakmıştır. Yukarıda açıklanan, iptale konu 42.madde de alt üst sınır cezanın parasal miktarı konularak 50 kat şeklinde olmasına rağmen, 16.madde de nispi ceza oranı belirlenmiş olmakla bu fark şimdiye kadar ki uygulamalara göre 10.000 kat şeklindedir ve hatta Rekabet Kurulu bu katı daha fazla arttırabilme olanağına sahiptir.

Öte yandan, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Rekabet Kuruluna bu alt ve üst sınırlar arasında idari para cezasını tespit ederken dikkate alacağı hususlar gerek 4054 sayılı yasa, gerek Kabahatler Yasası ve gerekse Yasa Koyucunun verdiği yönetmelik yetkisi ile belirlenmiştir. Gerçekten belirlenen unsurlar, alt ve üst sınır arasında bu kadar büyük bir orandaki farklılık içinde hukuka ve adalete uygun bir şekilde idari para cezasını tespit etmeye yeterli midir? Biz bu konuda tam yeterlidir diyemiyoruz. Bu durumun, bir başka deyişle bu maddenin Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi halinde iptal edilebileceği kuşkusunu taşımaktadır.

Bilindiği gibi, Rekabet Hukuku 1900 lü yıllarda Sherman yasası ile ilk A.B.D de doğmuş, 1950 li yıllarda da Avrupa Devletleri bu hukuku kabul etmiştir. Ülkemizde ise 1994 yılında çıkarılan 4054 sayılı yasaya göre Rekabet Kurumu 1997 yılında faaliyetine başlamıştır. Dünyada epeyce yol alan Rekabet Hukuku, teorik anlamda dahil olmak üzere, Rekabet Kurumu ile pratik alanda da belirli ve üst bir seviyeye gelmiş bulunmaktadır. Artık Rekabet Hukukunda da, rekabete aykırı fiiller arasında ayırım yapılarak kabahat tiplerinin belirlenerek bir ayırma gidilmesi olanaklıdır. Öte yandan Anayasamızın 13.maddesinde vücut bulan ceza muhakemesi hukuku işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dâhilinde bulunan zarar arasında makul bir oranın bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ölçülülük ilkesi dikkate alınarak ceza miktarlarının belirlenmesi mümkündür.

Belirtilen nedenlerle, hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve eşitlik ilkeleri bağlamında, Yasa Koyucunun gelişen Rekabet hukuku ilkelerini dikkate alıp, kabahat tiplerinde bir ayırma giderek, cezada ölçülülük ilkelerini de göz ardı etmeksizin 16.maddeyi yeniden

⁽⁵⁾ http://anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2612&content=

14-29/588-255

düzenlemesi gerektiği ve halen komisyonda bulunan yeni yasa değişikliği çalışmasının bu konuda büyük bir fırsat olduğu inancını taşıyorum.

4-Sonuç

Açıklanan nedenlerle, farklı gerekçemiz, "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 5.maddesi ile getirilen kabahat tipleri ve bu kabahat tiplerine verilecek idari para cezalarına alt sınır konulması suretiyle kanuna aykırı yönetmelik hükümlerinin uygulanmasının olanaklı olmadığı gerekçesiyle kararımıza sonuç ceza oran ve miktarına katılmakla birlikte, gerekçe yönünden katılmıyorum.

Reşit GÜRPINAR
Kurul Üyesi