

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Yargı Kararları Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2009-1-93
Karar Sayısı : 18-10/185-88
Karar Tarihi : 05.04.2018

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Dr. Metin ARSLAN,
Adem BİRCAN, Şükran KODALAK, Mehmet AYAN

B. RAPORTÖRLER : Burak SAĞLAM, Bilge YILMAZ, Musa ÇOKUR, Ahmet YALÇIN

C. TARAF : -Türk Eczacıları Birliği
Willy Brandt Sokak No:9 06690 Çankaya/Ankara

(1) **D. DOSYA KONUSU:** Türk Eczacıları Birliğinin eczanelerin alım koşullarını piyasa dışında belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine ilişkin 08.07.2010 tarih ve 10-49/912-321 sayılı Kurul kararının idari para cezası takdirine ilişkin 3. maddesinin Danıştay 13. Dairesinin 16.12.2014 tarih ve 2010/4769 E., 2014/4294 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine yeniden karar alınması.

(2) **E. İDDİALARIN ÖZETİ:** Türk Eczacıları Birliği'nin (TEB), eczanelerin alım koşullarını piyasa dışında belirleyerek 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası.

(3) **F. DOSYA EVRELERİ:** TEB'in eczanelerin alım koşullarını piyasa dışında belirlemek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal ettiğine ilişkin aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca yürütülen soruşturma sonucunda 08.07.2010 tarih ve 10-49/912-321 sayılı ile Rekabet Kurulu (Kurul) tarafından;

- *Türk Eczacılar Birliği'nin (TEB) eczanelerin alım koşullarını piyasa dışında belirlemesinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,*
- *Anılan teşebbüs birliği karar ve uygulamalarının Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan şartları karşılamaması nedeniyle aynı Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulamayacağına,*
- *Kanun'un 4. maddesi kapsamında olan ve 5. maddesinde düzenlenen muafiyetten yararlanamayan karar ve uygulamalarından dolayı TEB'e, Kanun'un 16. maddesi ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca 2009 mali yılı sonunda oluşan 12.039.676,55 TL tutarındaki gayrisafi gelirlerinin %3 (yüzde üç)'ü oranında olmak üzere 361.190,30 TL (üçyüzaltmışbirbinyüzdoksan lira otuz kuruş) idari para cezası verilmesine,*
- *Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, eczanelerin alım koşullarının piyasa dışında belirlenmesi yönündeki karar ve uygulamalara, ayrıca bu şekilde belirlenen alım koşullarının elde edilmesi için sağlayıcı teşebbüslere yönelik her türlü eyleme son verilmesi yükümlülüğünün TEB'e bildirilmesi için Başkanlığı görevlendirilmesine OYBİRLİĞİ ile*

karar verilmiştir.

- (4) Anılan Kurul kararı hakkında, Danıştay 13. Dairesinin 18.02.2011 tarih ve 2010/4769 E. sayılı kararıyla; Kurul'un dosya konusu kapsamında karar alma yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına hükmedilmiştir.
- (5) Rekabet Kurumunun yürütmenin durdurulmasına itirazı üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK) tarafından 17.11.2011 tarih ve 2011/225 sayılı hüküm ile yürütmenin durdurulması kararı kaldırılmıştır. Ancak, daha sonra dosyayı tekrar ele alan Danıştay 13. Dairesinin 02.04.2012 tarih ve 2010/4769 E. sayılı kararı ile; mezkûr kararda verilen idari para cezasının Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği) hükümlerine uyulmadan, yargısal denetime imkân vermeyecek şekilde belirlendiği gerekçesiyle tekrar yürütmeyi durdurma kararı alınmıştır¹. Kurum tarafından yapılan yürütmenin durdurulması itirazı, 23.01.2013 tarih ve 2012/468 sayı ile DİDDK tarafından reddedilmiştir.
- (6) Diğer taraftan söz konusu Kurul kararı hakkında; kararda ilgili pazarın belirlenmediği, TEB'in kuruluş kanunundan kaynaklı yetkilerini kullanmasına ilişkin tasarrufları hususunda hüküm tesis etmeye Kurul'un yetkili olmadığı, para cezası takdirinin nasıl oluşturulduğunun karardan anlaşılamadığı ve soruşturma konusu eylemlerin ihlal niteliğinde olmadığı gerekçeleriyle TEB tarafından açılan iptal davasına ilişkin alınan Danıştay 13. Dairesi'nin 16.12.2014 tarih ve 2010/4769 E., 2014/4294 K. sayılı kararında;
 - TEB'in ve bağlı eczacı odalarının soruşturma konusu olan "eczanelerin alım koşullarını piyasa dışında belirlemek" amacıyla firmaların kolektif olarak boykot edilmesine yönelik karar ve uygulamalarının 6643 sayılı TEB Kanunu'nun 39. maddesinde yer alan herhangi bir görevinin kapsamında olmadığı, dolayısıyla TEB'in ve bağlı ecza odalarının söz konusu karar ve uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabet ihlali sonucunu doğurup doğurmadığının incelenerek Kurul tarafından bir işlem tesis edilmesinde yetki yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı,
 - TEB ve ona bağlı olan ecza odaları tarafından, eczanelere sundukları ticari iskonto ve vadeleri azalttıkları için bazı ilaç üreticileri/ithalatçılara karşı boykot yapılması yönünde, internet siteleri vasıtasıyla üye eczacılara çağrıda bulunduğu tespit edilmesi üzerine, TEB'in, eczanelerin alım koşullarını piyasa dışında belirleyerek 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediğinin tespit edilebilmesi amacıyla, aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca başlatılan soruşturma kapsamında elde edilen bilgi ve belgeler doğrultusunda, eczanelerin alım koşullarının piyasa dışında belirlenmesi amacıyla TEB bünyesinde toplantılar yapıldığı, bu toplantılarda, Sağlık Bakanlığı tarafından başlatılan sağlıkta dönüşüm projesi kapsamında ilaç fiyatlarının düşürülmesi sonucu, pazar payı yüksek olan ilaçların ticari iskontolarının düşürülmesinin/kaldırılmasının ve vade sürelerinin kısaltılmasının serbest eczacıların ilaç alım koşullarında yaşadığı en temel sorunlar olarak ele alındığı, ilaç firmaları/ithalatçıları ve dağıtım kanallarının kendi karlılıklarını artırma adına girişmiş oldukları bu değişiklikler nedeniyle eczacıların karşılaştığı maddi sorunların çözülebilmesi için, alım koşullarının, eşdeğeri

¹ Danıştay'ın söz konusu kararı kapsamında ayrıca, Kurul tarafından idari para cezasının belirlenmesi bakımından, kartellere ilişkin yaptırımı düzenleyen Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin esas alınmasında hukuka uygunluk bulunmadığı ifade edilmektedir.

olmayan ürünlerde en az %4 ve eşdeğeri bulunan ürünlerde en az %7 indirim ve en az 90 gün vade ile gerçekleştirilmesi olarak belirlendiği, bu koşulların TEB ve bağlı ecza odalarının internet siteleri ve SMS'ler yoluyla tüm üye eczacılara duyurulduğu, koşullara uymayanlara karşı boykot çağrısında bulunulduğu, ayrıca toplantılarda belirlenen bu koşullarla ilaç satmaları için yüz yüze görüşmelerin yanı sıra telefon görüşmeleri yoluyla firmalar üzerinde baskı kurulmaya çalışıldığı, koşullara uygun olarak hareket etmeyen teşebbüslere karşı önlem alınacağına bildirildiği, sonuç almaya yönelik söz konusu önlemlerin, eşdeğeri bulunan ürünlerde talebin diğer ürünlere yönlendirilmesi, eşdeğeri olmayan ürünlerde reçete sahiplerine bir kutu ilaç verilerek ikna yoluna gidilmesi, geçmişte satın alınan ürünlerin ilaç depolarına iade edilmesi, yeni alımların yapılmaması, stokların en az düzeyde tutulması ve teşebbüs kampanyalarına dahil olunmaması şekillerinde kararlaştırıldığı ve uygulandığı, bu karar ve uygulamalar sonucunda, bir kısım teşebbüslerin zarar ettiği, bir kısım teşebbüslerin ise olası bir boykot eyleminin hedefi olmaktan çekinerek, TEB'in talebi doğrultusunda satış koşullarında değişikliğe gittiği hususlarının usulüne uygun olarak yürütülen soruşturma neticesinde saptandığının anlaşıldığı, bu durumda eczanelerin alım koşullarını piyasa dışında belirlemek amacıyla firmaların kolektif olarak boykot edilmesine yönelik TEB karar ve uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlal teşkil ettiği,

- Bu karar ve uygulamaların 5. maddedeki bireysel muafiyet koşullarını da taşımadığı anlaşıldığından dava konusu Kurul kararının ihlal tespitine ve bu ihlallerin sona erdirilmesine yönelik olarak Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca TEB'e görüş bildirilmesine ilişkin kısımlarında hukuka aykırılık saptanmadığı,
- Ancak, TEB'in ihlal oluşturan, karar ve uygulamalarının tespiti üzerine, bu karar ve uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğundan bahisle, aynı Kanun'un 16. maddesi ve Ceza Yönetmeliği uyarınca 2009 mali yıl sonunda oluşan gayrisafi gelirlerinin %3'ü oranında idari para cezası verildiği anlaşılmakta ise de; dava konusu Kurul kararında idari para cezası oranının ne şekilde belirlendiğine ilişkin hiçbir husus yer almadığı, her ne kadar Kurul kararının ihlalin ağırlığı başlıklı bölümünde, TEB'in idari para cezası verilmesine konu eylemlerinin ağırlığı konusunda değerlendirmeler yer almışsa da, bu değerlendirmelerin idari para cezası oranının belirlenmesi noktasında ne şekilde dikkate alındığının anlaşılamadığı, 4054 sayılı Kanun'da ve Ceza Yönetmeliği'nde yer alan idari para cezası oranının belirlenmesinde dikkate alınması gereken hususların, kararda dikkate alınıp alınmadığının belli olmadığı, bu çerçevede; temel para cezasının belirlenmediği, olayda ağırlaştırıcı veya hafifletici unsurların bulunup bulunmadığı, var ise oranın belirlenmesinde etkisinin ne olduğu hususlarına kararda yer verilmediği, bu durumda; 4054 sayılı Kanun ve Ceza Yönetmeliği'nde belirlenen idari para cezası oranlarının belirlenmesine ilişkin ilke ve esaslara uyulmaksızın, bu suretle idari para cezası miktarı açısından yargısal denetime imkân vermeyecek şekilde belirlenen %3 oranı üzerinden TEB'e idari para cezası verilmesine ilişkin Kurul kararının sonuç kısmının TEB'e idari para cezası takdirine ilişkin 3. maddesinde hukuka uygunluk bulunmadığı,

ifade edilerek, bahse konu Kurul kararının sonuç kısmının 3. maddesinin iptaline, kararın diğer kısımları açısından davanın reddine hükmedilmiştir. Mezkûr yargı kararı, Kurum tarafından 08.05.2015 tarihinde tebellüğ edilmiştir.

- (7) Danıştay'ın söz konusu kısmi iptal kararının yerine getirilmesine ilişkin hazırlanan 03.04.2018 tarih ve 2009-1-93/BN sayılı Bilgi Notu, Kurul'un 05.04.2018 tarihli toplantısında görüşülerek işbu nihai karar tesis edilmiştir.
- (8) **G. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda, mezkûr iptal kararının gereğinin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 28. maddesi uyarınca yerine getirilmesine ilişkin alınacak Kurul Kararında;
- 4054 sayılı Kanun ve Ceza Yönetmeliği'nde yer alan ilke ve esaslara uyularak idari para cezasının belirlenmesi gerektiği; bu kapsamda öncelikle temel para cezasının belirlenmesi, daha sonra ağırlaştırıcı veya hafifletici unsurların bulunup bulunmadığının tespiti, bu türden unsurların varlığı halinde ceza oranının belirlenmesinde etkisinin ne olduğu hususlarına yer verilmesi gerektiği,
 - Akabinde, Ceza Yönetmeliği çerçevesinde saptanacak oranın TEB'in 2014 yılı cirosu üzerinden hesaplanması, neticede ortaya çıkacak tutarın iptal edilen Kurul kararında hükmedilen para cezasından düşük çıkması durumunda bu tutara hükmedilmesi; aksi durumda aleyhe bozma yasağı ilkesi gereğince iptal edilen Kurul kararındaki meblağa hükmedilmesi gerektiği

sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir.

H. İNCELEME, GEREKÇE ve HUKUKİ DAYANAK

H.1. Ceza Yönetmeliği Kapsamında Değerlendirme

- (9) Mevcut kararın konusunu; yukarıda sonuç bölümüne yer verilen Kurul kararının idari para cezasına ilişkin 3. maddesi bakımından iptaline hükmeden ilgili Danıştay kararı gereğinin İYUK 28. madde uyarınca yerine getirilmesi doğrultusunda yeni bir karar tesis edilmesi ve alınacak karar kapsamında, 4054 sayılı Kanun ve Ceza Yönetmeliği'nde yer alan hususlar dikkate alınmak suretiyle idari para cezasının tekrar değerlendirilmesi oluşturmaktadır.
- (10) Kurul kararının iptal edilen 3. maddesi, "*Kanun'un 4. maddesi kapsamında olan ve 5. maddesinde düzenlenen muafiyetten yararlanamayan karar ve uygulamalarından dolayı TEB'e, Kanun'un 16. maddesi ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca 2009 mali yılı sonunda oluşan 12.039.676,55 TL tutarındaki gayrisafi gelirlerinin %3 (yüzde üç)'ü oranında olmak üzere 361.190,30 TL (üçyüzaltmışbinyüzdoksan lira otuz kuruş) idari para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.*" şeklinde kaleme alınmıştır.
- (11) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi gereğince verilecek idari para cezasının tayinine ilişkin usul ve esasları düzenleyen Ceza Yönetmeliği'ne göre; nihai para cezası miktarı hesaplanırken öncelikle temel para cezası belirlenmeli; ardından varsa ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar uygulanarak nihai ceza tespit edilmelidir. Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinde ise temel para cezasının hesaplanması bakımından karteller ve diğer ihlaller şeklinde bir ayırım yapıldığı görülmektedir.

- (12) Söz konusu ayırım başlangıç noktası alındığında; yukarıda aktarılan ve TEB'in ihlal konusu eylemlerinin kartel olarak nitelendirilemeyeceğini belirten 02.04.2012 tarih ve 2010/4769 E. sayılı Danıştay 13. Dairesi kararında da belirtildiği üzere, TEB'in soruşturma konusu eylemleri Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında "diğer ihlaller" kategorisinde ele alınmıştır. Bu bağlamda, anılan madde hükmü çerçevesinde ilk olarak, yıllık gayrisafi gelirin %0,5 ile %3'ü arasındaki bir oran baz olarak belirlenmelidir. Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin ikinci fıkrasında, bu oran belirlenirken ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususların dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.
- (13) Bu noktada bahse konu Kurul kararının "1.4.4. İhlalin Ağırlığı" başlığı altında yapılan değerlendirmelere yer verilmesinde fayda bulunmaktadır:
- "Son olarak, ihlalin ağırlığının belirlenmesi açısından, TEB'in beşeri ilaç piyasasındaki yeri ve gücünün değerlendirilmesi de önemlidir. 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu'na göre, eczacılar buldukları bölgenin eczacı odasına üye olmak durumunda olup TEB ise bu odaların üst birliği konumundadır. Dolayısıyla TEB, eczane sahibi ve mesul müdürü olan tüm eczacıları temsil etmektedir. Beşeri ilacın perakende satışının yapılabildiği tek kanalın eczaneler olması, TEB'i piyasada önemli bir konuma getirmektedir. Nitekim boykota maruz kalan Servier ve Pfizer'in ilgili dönemde eşdeğeri olmayan ilaçlarının bile satışının düşmüş olması, birçok firmanın satış koşullarını değiştirmek durumunda kalması, ortada ihlalin varlığına ve etkisine dair açık deliller bulunmasına karşın herhangi bir sağlayıcı teşebbüsün Kurumumuza ihbar başvurusunda dahi bulunamamış olması TEB'in bu konumunu destekler niteliktedir.*
- (14) Temel para cezasının tayinine yönelik aktarılan hükümler ve mezkûr Kurul kararında yapılan tespitler ışığında, TEB'in mevcut karara konu ihlal eylemleri bakımından esas alınacak oran %(.) olarak belirlenmiştir.
- (15) Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre temel para cezasının belirlenmesinde ikinci adım ihlalin süresidir. Anılan maddenin üçüncü fıkrasına göre; bu oran bir yıldan uzun beş yıldan kısa ihlallerde yarısı oranında, beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında artırılmalıdır.
- (16) Hakkında soruşturma yürütülen iddialara konu uygulamaların süresi bakımından adı geçen Kurul kararında; soruşturma konusuna ilişkin delillerin 09.03.2009-03.11.2009 tarihleri arasındaki döneme ait olduğu, bununla birlikte çok sayıda sağlayıcı firmanın boykot tehdidi ve uygulaması sonucunda satış koşullarını gözden geçirmek durumunda kaldığı ve satış konusunda 2010 yılına sarkacak şekilde TEB'in talepleri doğrultusunda hareket ettiği; dolayısıyla ihlal iradesi 2009 yılında oluşmasına karşın, bunun 2010 yılında da sonuç doğurduğunun anlaşıldığı ifade edilmektedir. Bununla birlikte, mevcut dosya kapsamında söz konusu ihlalin etkilerinin 2010 yılının hangi ayına dek sürdüğü konusunda bir bilgi yer almamaktadır. Bu bağlamda temel para cezasında süre açısından bir artırıma gidilmesine gerek bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

- (17) Diğer taraftan Ceza Yönetmeliği'nin 6. ve 7. maddeleri kapsamında temel para cezasının artırılması veya hafifletilmesi bakımından Kurul'un takdir yetkisini haiz olduğu durumlar düzenlenmektedir. 6. maddede tahdidi şekilde sıralanan ağırlaştırıcı unsurlar; ihlalin tekerrürü, soruşturma kararının tebliğinden sonra kartelevat devam edilmesi, verilen taahhütlere uyulmaması, incelemeye yardımcı olunmaması ve diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması halleridir. 7. maddenin birinci fıkrasında 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 gayrisafi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi hallerin indirim sebebi olabileceği belirtilmektedir. Söz konusu hükümler çerçevesinde işbu dosya bakımından, baz alınan temel para cezasında değişikliğe gidilmesine yol açacak herhangi bir ağırlaştırıcı veya hafifletici unsur bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

H.2. Aleyhe Bozma Yasağı İlkesi Kapsamında Değerlendirme

- (18) Yukarıda yer verilen açıklamalar ve Ceza Yönetmeliği hükümleri ışığında mevcut dosya bakımından geçerli olacak idari para cezası oranı $\%(\dots)$ şeklinde belirlendikten sonra; söz konusu oranın, TEB'in hangi yıla ait gayrisafi geliri üzerinden uygulanacağı hususu açığa kavuşturulmalıdır.
- (19) Ceza yargılamasında aleyhe bozma yasağı ilkesi geçerli olup, ilgili ilke 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 307/4. maddesinde "*hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz*" şeklinde ifade edilmiştir. Ceza yargılamasında geçerli olan söz konusu prensip, Kurul tarafından verilen ve hukuki nitelik itibarıyla idari yaptırımlardan olan para cezaları bakımından da dikkate alınmalıdır.
- (20) Anılan ilke çerçevesinde öncelikle Kurul'un ulaştığı ceza oranını, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca TEB'in nihai karardan bir önceki mali yıl (veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, karar tarihine en yakın mali yıl) sonunda oluşan gayrisafi gelirine uygulaması ve neticede ortaya çıkacak miktarın, iptal edilen Kurul kararında hükmedilen meblağdan fazla olması durumunda bu meblağı uygulamayıp eski tutara hükmetmesi; daha az olması durumunda ise tarafın lehine olduğu gerekçesiyle yeni tutarı uygulaması gerekmektedir.
- (21) Diğer taraftan, aleyhe bozma yasağı ilkesi uyarınca ilk bakışta izlenecek yöntemin, işbu karar tarihinden bir önceki yıl olan 2017 yılı cirosu (veya 2017'ye en yakın mali yılın cirosu) üzerinden $\%(\dots)$ oranındaki bazın uygulanmasıyla hesaplanacak tutarın, iptale konu Kurul kararında hükmedilen tutarla karşılaştırılması ve söz konusu tutarlardan lehe olanının tercih edilmesi olduğu düşünülebilecekse de, işbu dosya bakımından özellik arz eden bir husus bulunmaktadır. Şöyle ki; belirlenen ceza oranının uygulanmasında esas alınacak yıllar bakımından Danıştay 13. Dairesi'nin 02.04.2012 tarih ve 2010/4769 E. sayılı yürütmenin durdurulması ve 16.12.2014 tarihli ve 2010/4769 E., 2014/4294 K. sayılı iptal kararları da dikkate alınmalı ve bu doğrultuda söz konusu kararlardan bir önceki mali yıllara tekabül eden 2011 ve 2014 yılı ciroları üzerinden hesaplanarak ulaşılan ceza tutarları da mevcut kararda lehe olan ekseninde yapılacak mukayeseye dahil edilmelidir.

- (22) Gelineen noktada, işbu kararda nihai olarak hükmedilecek para cezasına ilişkin değerlendirmede; TEB'in 2011, 2014 ve 2017 (işbu dosya bakımından ise, hesaplanması mümkün en yakın mali yıl olan 2016) yılı ciroları üzerinden %(...) şeklinde tespit edilen oran uygulanarak para cezaları hesaplanmalı ve ulaşılan meblağlar ile iptale konu Kurul kararında hükmedilen ceza miktarı arasından tarafın lehine olacak tutar tercih edilmelidir.
- (23) Bu bağlamda dosya kapsamındaki bilgilere göre, TEB'in 2011, 2014 ve 2016 yıllarında gerçekleşen cirolarının sırasıyla (...) TL, (...) TL ve (...) TL olduğu görülmektedir. Buna göre, %(...) ceza oranının uygulanması bakımından söz konusu cirolardan en düşük olan 2014 yılı cirosu esas alındığında 129.316,12 TL tutarında idari para cezasına ulaşılmaktadır. Mezkûr tutar, kısmen iptal edilen 2010 tarihli Kurul kararında hükmolunan 361.190,30 TL'ye kıyasen tarafın lehine olan ve işbu karar özelinde hükmedilmesi gereken ceza tutarı olarak ortaya çıkmaktadır.

I. SONUÇ

- (24) Dosya kapsamındaki savunmaların, raporların, yargı kararlarının ve tüm bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda;

08.07.2010 tarih ve 10-49/912-321 sayılı Kurul kararı ile, eczanelerin alım koşullarını piyasa dışında belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği tespit edilen Türk Eczacıları Birliğine; aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası uyarınca 2014 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri sâfi gelirlerinin takdiren %(...) 'si oranında olmak üzere 129.316,12 TL idari para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

18-10/185-88

Dr. Metin ARSLAN'ın 05.04.2018 tarih ve 18-10/185-88 sayılı Kararın Toplantı Tutanağında Yer Alan Karşı Oy Gerekçesi

05.04.2018 tarih ve 18-10/185-88 sayılı Rekabet Kurulu kararına ilişkin kısa karar tutanağında Dr. Metin ARSLAN karşı oy gerekçesini;

“Kurul toplantılarına ait görüşmelerin Rekabet Kurumunun çalışma ilkelerinden olan şeffaflık ve açıklık ilkeleri doğrultusunda kayıt altına alınması gerekirken, bu yapılmadan alınan kararlara usul yönünden karşıyım.”

şeklinde ifade ederek imzalamıştır.

KARŞI GÖRÜŞ

30.07.2018

(18.10 ve 18.11 Sayılı Toplantılar)

Şeffaflık ve hesap verilebilirlik kamu adına denetim ve gözetim görevini yerine getiren kurumların temel çalışma esaslarındandır. Söz konusu prensiplerin Rekabet Kurulu tarafından sıklıkla göz ardı edilmek suretiyle ülke ekonomisi ve kamu menfaatleri açısından telafi edilemez tahribatlara yol açtığı müşahade edilmektedir.

Görev yaptığım gerek Nurettin Kaldırımcı gerekse de Ömer Torlak'ın başkanlık dönemleri boyunca, enflasyon, kurum organizasyonu ve FETÖ ile ilgili ısrarla dile getirdiğim hususlar dikkate alınmamıştır. Hatta 15 Temmuz akabinde dahi, FETÖ'nün Kurum ve Kurul içindeki mensupları hakkında gerekli işlemlerin yapılmamış olması nedeniyle Kurul toplantılarının meşru bir zeminde devam edemeyeceği ve bu kapsamda süreç tamamlanıncaya kadar Kurul toplantılarına katılmayacağım hususunda başkanlık makamına verdiğim 09.08.2016 tarihli dilekçem üzerine dahi konuyla ilgili gerekli adımlar atılmamıştır.

Serdettiğim görüşlerden duyulan rahatsızlık sebebiyle, Ömer Torlak'ın başkanlığı döneminde Kuruldaki görev süremi tüketmeyi amaçlayan bir buçuk yıla kadar uzanan bir yargı tuzağı kurulmuştur. Söz konusu yargı tuzağına zemin hazırlamak amacıyla, milletin temsilcisi olan Bakanlar Kurulu ve Cumhurbaşkanı'nın uhdesinde olan bir yetkiyi pervasızca ve aleni bir şekilde gasp ederek, şahsımın kurul üyeliğini sona erdirme zehabıyla Kurul tarafından utanç verici bir karar alınmıştır.

Bahse konu hazin kararlar ilgili olarak, Kalkınma Bakanlığı'nın yoklukla muallel olduğunu belirten cevabi yazısı (11.11.2016) ve Devlet Personel Başkanlığı'nın yetki gaspı yapıldığı şeklindeki tespiti (24.01.2017) kale alınmamıştır.

Mahkeme kayıtlarına girmiş ekteki 05.12.2016 tarihli kendi tutanağımda tafsilatıyla açıklandığı üzere, Ömer Torlak tarafından Kurula davet edilmem ve şahsımın söz konusu davete icabet etmesi kapsamında yapılan görüşmede 09.08.2016 tarihli dilekçemi geri çekmem durumunda kurul toplantılarına katılabileceğim tarafıma bildirilmiştir. Söz konusu dilekçeyi geri çekmeyi reddetmem üzerine, Kurul tarafından o gün yaşananlarla ilgili olarak yalan beyan niteliğinde bir tutanak tutulmuştur.

Diğer taraftan, eski bir Kurul üyesinin de ortağı olduğu FETÖ ile irtibatlı ve iltisaklı avukatlık şirketinin Kurul içindeki uzantısı gibi faaliyet gösteren Fevzi Özkan'ın, oğlunun Bank Asya'da üst düzey yönetici olması hasebiyle gözaltına alınması akabinde, olayın üzerini örtmek maksadıyla hakkında gerekli işlem yapılmaksızın Temmuz/2017'de emekli edilmesine müsaade edilmiştir. Bir önceki yönetimin son iki promosyonunda işe alınan 30 uzman yardımcısından 25'inin by-lock gerekçesiyle Kurumdan uzaklaştırılmasına rağmen, bunları planlı bir biçimde işe alan Kurumun eski yöneticileri hakkında da herhangi bir işlem tesis edilmemiştir.

Kurumun varlık sebebi olan rekabeti bozucu eylemlerin engellenmesi ve sonuçta tüketici refahının artırılması amacı çerçevesinde, 2016 yılı başında enflasyon henüz %8 düzeyinde iken enerji ve tarım sektörüne yapılacak müdahalelerle %5'lere

18-10/185-88

çekilmesinin mümkün olduğunu, aksi takdirde yıl içinde %10'u geçme tehlikesinin bulunduğunu dile getiren ikaz ve önerilerim Kurul gündemine alınmamıştır. Nitekim, tarım sektörüne dahi müdahale edemeyen, sadece bir ön araştırma yaptırmakla yetinen aciz durumdaki Rekabet Kurulu mevcut durumda enflasyonun %15 bandına dayanmasından mesuldür.

Kasıtlı bir şekilde işlenen ve çoğu da esasında ceza hukukunun kapsamına giren hukuk ihlallerine ilaveten, Kurul çarpık mantığı ile istifa ettiğimi varsaymasına rağmen, Kurumdan ayrılmam ile ilgili SGK Hizmet Takip Programına (HİTAP) "İstifa nedeniyle ilişkin kesilmesi" yönünde bilgi girişi yapılmamış, sicilimi bozma anlamına gelen "Mahkeme Kararı Gereği İlişik Kesme" şeklinde gerçeğe aykırı bildirimde bulunulmuştur.

Ne hazindir ki, tüm bu süreçlerden haberdar olan sözde ilişkili Bakanlık, hakemlik görevini yerine getireceğine, Cumhurbaşkanı'nın ve Bakanlar Kurulu'nun iradesini hiçe sayan, yalancı şahitlik yapan, gerçeğe aykırı yazılı beyanda bulunan ve karakter katliamı yapan Rekabet Kuruluyla beraber hukuk ihallerinin tarafı olmuştur.

Asli amacına hizmet etmeyen, gelecek nesillere de maliyetler yükleyen, görevlerini ihmal eden ve kötüye kullanan sorumluların, kamuoyu nezdinde sorgulanıp hesap vermeleri gerekir. Bürokrasi tarihinde benzeri görülmeyen bu hukuk rezaletinin tekrarının yaşanmaması için Kurumda şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerinin hayata geçirilmesi elzemdir. Bu anlamda Rekabet Kurulu toplantılarının kayıt altına alınması gerekmektedir.

Dr. Metin ARSLAN

Kurul Üyesi

Ek : 05.12.2016 Tarihli Kendi Tutanağım