

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/3180
Karar No : 2014/1718

REKABET KURUMU
Tarih : 24.07.2014
Sayı : 4283

Davacı : Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.
Vekilleri : Av. Ahmet Murat MALKOÇ, Av. Orkun AĞAOĞLU
Güneş Sok. No:8 K:2 Kavaklıdere / ANKARA

Davalı : Rekabet Kurumu
Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 Bilkent / ANKARA
Vekili : Av. Ayperi SAMANTIR - Aynı adreste.

Davanın Özeti : Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş. ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.'nin, SSK, Devlet ve Üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. ile katılmasının rekabetin engellenmesine yol açtığı ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğinden bahisle, aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca söz konusu teşebbüslere idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulunun 18.2.2010 günlü, 10-18/207-78 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısımlarının; uyumlu eylemin aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında mümkün olduğu, Roche ve EİP'den farklı olarak alt pazarda yer alan davacı şirketin iddia olunan uyumlu eylemde payı olamayacağı, davacı şirketin rekabeti ihlal eden hiçbir işlem ya da eylemi bulunmadığı, Roche ve EİP'nin ilaçlarının davacı şirket tarafından ihalelerde teklif edilmiş olmasının davacı şirket dışında oluşması muhtemel bir anlaşmanın ürünü olabileceği, soruşturma heyetinin davacı şirket hakkında hukukten herhangi bir işlem yapılamayacağını ortaya koyduğu, ihlal olduğu ileri sürülen anlaşmaların muafiyetten yararlandığı, idari para cezasının takdirinde hiçbir hafifletici unsurun davacı şirket lehine dikkate alınmadığı, idari para cezasının üzerinden hesaplandığı ciro açısından, ilgili ürün cirolarının davacı şirketin toplam satışları içerisindeki payının %0,9 olmasına rağmen toplam ciro üzerinden idari para cezası verildiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Olayda idari para cezaları yönetmeliğinin uygulanma olanağı bulunmadığı, hukuka uygun olarak yürütülen soruşturma süreci sonucunda Roche ve EİP'nin SSK, Devlet ve Üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. ile katılmasının rekabetin engellenmesine yol açtığı hususunun usulüne uygun olarak tespit edilerek davacının da aralarında bulunduğu teşebbüslere idari para cezası verilmesine ilişkin Kurul kararının hukuka uygun olduğu ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

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



T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/3180

Karar No : 2014/1718

Danıştay Savcısı Kumru ÖRNEK DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi : Dava; Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş. ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.'nin, SSK, Devlet ve Üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına Beşer Eczacıbaşı Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. ile katılmasının rekabetin engellenmesine yol açtığı ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğinden bahisle, aynı Yasanın 16. maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulunun 18.2.2010 günlü, 10-18/207-78 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısımlarının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesinde, "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma yada kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

...

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonominin ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir" hükmüne yer verilmiştir.

Kanun'un 16. maddesinde de; "...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. " hükmüne bağlanmıştır.

Öte yandan 4054 sayılı Kanunun 4. Madde gerekçesinde; "... Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tesbit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır. Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir. Çoğu zaman teşebbüsler ortak sorunlarıyla ilgilenmek üzere aralarında tüzel kişiliği olan veya tüzel kişiliği olmayan birlikler oluştururlar. Bu birlikler zaman zaman üyeleri arasında rekabeti önleyerek üyelerinin daha fazla kazançlar elde etmelerine hizmet edici kararlar alabilirler. Bu gibi kararlar da rekabet sistemine aykırıdır ve yasaklanmıştır.

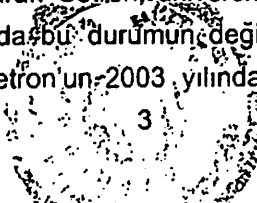
Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar dikey veya yatay anlaşmalar şeklinde olabilmektedir. Aynı seviyede yapılan anlaşmalara yatay anlaşma denmekte ve bu tür anlaşmaların bizatihi rekabeti bozucu etkilerinin olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşten hareketle Maddenin ikinci fıkrasında en sık rastlanan rekabeti sınırlama anlaşmaları örnek olarak sayılmış ve bu tür

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/3180
Karar No : 2014/1718

anlaşmaların bizatihi yasak olduğu vurgulanmıştır. Şuna da dikkat çekilmelidir ki bu fıkrada zikredilen örnekler tahdidi değil tadadidir. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç, bazen de imkansız olmaktadır. Bu nedenle Maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları karinesi kabul edilmiştir. Böylelikle uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü ilgili teşebbüslere geçirilmiş bulunmakta ve ispat güçlüğü nedeniyle Kanunun işlemez hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmıştır." belirtilmiştir.

Dava dosyası ile işlem dosyasında yer alan bilgi ve belgeler ve Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. (Roche), Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. (EİP) ve Beşer Ecz. Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti.'nin (Beşer) SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinde 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiası üzerine yapılan soruşturma da, şikâyet konusu, Roche'un kanser tedavisinde kullanılan Kytril adlı ilacı ve bunun rakibi Setron (EİP) için SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı ihalelerine yalnızca Beşer'in katıldığı, Roche ve Beşer'in, SSK hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerini TL bazında % 65 (Kytril) - % 35 (Setron) oranlarında paylaştığı, bunun yanında üniversite hastanelerine Kytril ve devlet hastanelerine Setron verildiği, 2003 yılında, Roche'un isteği üzerine Beşer'in, Kytril ve Setron'un 3 mg 1 ampul formlarına 25.000.000-25.500.000-TL fiyat verdiği, 2003 yılında uygulanan pazar paylaşımı anlaşmasının yenilenememesi üzerine, 2004 yılında rekabet ortamının oluştuğu ve Setron'un SSK hastanelerine satış fiyatlarının düştüğü iddialarının incelenmesinden,

Beşer'e ait ihale dosyaları, 16.03.2005 ve 17.03.2005 tarihlerinde raportörlerce yapılan görüşmelerde EİP ve Roche yetkililerinin ifadeleri, SSK veri tabanı üzerinde yapılan inceleme, taraflardan alınan 2003-2004 yılları ihale satışları tablolarının incelenmesi sonucunda, SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerine granisetron etken maddesi belirtilerek çıktığından, bu ihalelerde Kytril ve Setron için teklif verilebildiği, üçüncü bir rakibin olmadığı, EİP ve Roche yetkililerinin ifadelerinden de granisetron etken maddesi dışındaki ilaçların pazar payının çok düşük olduğunun anlaşıldığı, 2003 yılında SSK ünitelerinin ilaç alımlarını ihalelerle yapmaya başladıkları, SSK hastaneleri ihalelerinin yanı sıra devlet ve üniversite hastaneleri ihaleleri için de bu durumun geçerli olduğu, Roche ve EİP'nin ihale satışlarının toplamı içinde Beşer'in payının yaklaşık % 98 olduğu, 2003 yılında, Roche ve EİP ile düzenli olarak çalışan Beşer'in granisetron ihalelerine Kytril veya Setron'dan sadece biri için teklif vererek katıldığı, bu iki ürünün aynı kalemde dahi karşı karşıya gelmemesi sonucunda rekabet ortamının oluşmadığı, dolayısıyla granisetron ihalelerinde rekabet ortamının oluşmamasının, Roche ve EİP'nin aynı depoya çalışmayı tercih etmesinden kaynaklandığı, 2003 yılında, Beşer'in katıldığı devlet hastaneleri ihalelerinde ağırlıklı olarak Setron, üniversite hastaneleri ihalelerinde ise ağırlıklı olarak Kytril satılırken; 2004 yılında bu durumun değiştiği, Devlet/Üniversite hastanelerine satışlarda 2004 yılında Kytril ile Setron'un 2003 yılındaki pazar paylarının çapraz olarak yer



T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/3180
Karar No : 2014/1718

değiştirdiği, bu kez, Kytril'in devlet hastaneleri ihalelerinde büyük ağırlığa sahip olduğu, Setron'un ise üniversite hastanelerine satışlarda çoğunluğu ele geçirdiğinin görüldüğü, Roche ve EİP'nin Beşer'le olan ilişkilerinin bazı koşullarla 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında olduğu düşünülebilir ise de, söz konusu ilişkilerin toplamda Roche ve EİP arasındaki rekabetin sınırlanmasına hizmet ettiği ve 2003 yılı granisetron ihalelerinin hiçbirinde Kytril ve Setron'un karşı karşıya gelmediği, iş bu soruşturma konusu ilişkilerin yatay bir sınırlama olarak değerlendirilerek, bunların iki bağımsız dikey ilişki olduğu ve grup muafiyetinden faydalandığı savının kabul edilemeyeceği, öte yandan Roche ve EİP'nin satışları içinde ilgili ürünlerin payının düşük olmasının da, ne ihlalin varlığı ne de ihlalin ağırlığı bakımından bir anlam ifade etmeyeceği,

Roche ve EİP, granisetron etken maddesi başlığı altında çıkılan ihalelerde farklı depolarla katılım sağlasaydı, bu ihalelerde 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'in dışında diğer depolarla da çalışmaya başlamasıyla, söz konusu ürünler için çok sayıda deponun teklif verdiği ve bu ürünlerin ihalelerde karşı karşıya gelmesiyle rekabet ortamının oluştuğunun görüldüğü, dolayısıyla üçüncü bir alternatifi olmayan iki rakip ürünün aynı depo üzerinde buluşturulmasının doğal sonucunun, ihale sürecinde karşı karşıya gelmeyecek iki rakip ürün için rekabetin engellenmesi amacını taşıdığı, işbu Kurul Kararının konusunun uyumlu eylem olduğu ve diğer 04-52/697-179 ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararlarının konusunu oluşturan anlaşmaların içeriklerinin farklı olduğunun da kabulü gerektiği, üçüncü bir alternatifi olmayan iki rakip ürün için tek bir dağıtıcı ile anlaşılması neticesinde, rekabetin ve tüketici tercihlerinin kısıtlandığı, Beşer Genel Müdürü'nün EİP Satış Hizmetleri Müdürü'ne gönderdiği 06.06.2003 tarihli ve "SSK Durum Raporu" başlıklı yazısında; böyle bir ilişki sonucunda, depo üzerinden sağlayıcı firmalara bilgi akışı gerçekleşebileceği ve ayrıca firmaların ihale satışlarını düzenli olarak izlediğini gösterdiği, 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, 2003 yılında Beşer'in katıldığı SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerinin sayısının 100'ü aştığı gerçeği karşısında, ihlalin süreklilik arz ettiği, Roche, EİP ve Beşer arasındaki ilişkinin kısa bir süreyle sınırlı kalmadığı ve 2003 yılı boyunca devam ettiği, bu çerçevede, 2003 yılı granisetron ihalelerinde rekabetin engellendiği ve ihlalin bu yıl boyunca süreklilik arz ederek devam ettiği dikkate alınarak, ihlalin ağır olduğu sonucuna varıldığı, Beşer üzerinde iki rakip ürünün buluşturulmasıyla ihalelerde rekabet ortamının oluşmasının engellenmesinde Beşer'in ihlaldeki payının en az diğer taraflarınki kadar olduğu, öte yandan, 2003 yılı boyunca, rakipsiz kalan Beşer'in granisetron ihalelerinin tamamına yakınına kazanmış olmasının da, deponun rekabetin engellenmesinden kaynaklanan çıkarına işaret ettiği anlaşıldığından Roche ve EİP'nin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'le

T.C.

**DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2010/3180

Karar No : 2014/1718

katılmasının başlı başına 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu, dolayısıyla söz konusu ürünlerin ihale satışlarındaki paylarının bu durum sonucunda olduğu değerlendirilerek, Kanun'un 5. maddesinde sayılan dört koşulun tamamının varlığı halinde, bu eylemin Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulması mümkün olmakla birlikte, 2003 yılı granisetron ihalelerine yalnızca Beşer'in katılımıyla bu ihalelerde rekabet ortamının oluşmasının engellenmesinin, Kanun'un 5(c) maddesinde sayılan muafiyet koşullarından biri "ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması" olduğuna göre, soruşturma konusu eylemin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulamayacağı, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde de, aynı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı davrandığı belirlenen teşebbüs ve teşebbüs birliklerine para cezası verileceği düzenlendiğinden ve Kanun'un 16. maddesinde 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesiyle yapılan değişiklikle, esastan verilecek para cezalarında "nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan" cironun esas alınması öngörüldüğünden, Kanun'un 16. maddesinin bu değişiklikten önceki halinin Danıştay tarafından yorumunun ise, son ihlal tarihinden bir önceki yılın cirosunun dikkate alınması şeklinde olduğu dikkate alınarak nihai kararın alındığı tarih itibarıyla karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ciro 2008 yılına ait iken, ihlal 2003 yılında ortaya çıkıp 2004 yılında sürmemesi nedeniyle son ihlal tarihinden önceki yılın cirosu da 2002'ye ait olduğundan, lehe olan düzenlemenin uygulanması ilkesi doğrultusunda, söz konusu yılların ciroları her iki teşebbüs bakımından da karşılaştırılmış ve para cezasının takdirinde daha düşük olan 2002 yılı ciroları esas alınarak 2002 yılında oluşan yıllık net satışlarının taktiren % 1'i oranında olmak üzere; Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş.'ye 3.505.784,18-TL ve Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.'ye 404.768,67-TL idari para cezası verilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Dava dosyası, soruşturma dosyasında yer alan bilgi, belge ve grafikler ile ilgili mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda; SSK, Devlet ve Üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinde, Roche ve EİP firması tarafından kendilerine ait olan ve ihalelerde rakip ürün olabilecek granisetron etken maddesi içeren Kytril ve setron ilaçlarının dağıtımında sadece tek bir ecza deposuyla Beşer'le anlaşma yapmaları, Beşer'in, 2003 yılı ihalelerine girerken sadece bir ilaç için teklif vermesi, bu iki ürünün aynı ihalede karşı karşıya gelmemesi sonucunda rekabet ortamının oluşmaması, diğer ecza depolarının etken maddesi aynı olan ürüne sahip olmamaları ve bu depolarla anlaşmada yapılmamış olması nedeniyle zaten ihaleye girememeleri sonucunda rekabetin ve tüketici tercihlerinin kısıtlandığı, pazar paylaşımı ve ihalelerde danışıklı hareket olan yatay uzlaşmaların rekabete zarar verdiğinin anlaşıldığı, Roche ve EİP'nin uyumlu eylemi sonucunda, Beşer üzerinde iki rakip ürünün buluşturulması, Beşer'in de ihalelere her iki ürünle katılmayarak tek ürünle ihalelere girmesi sonucunda rekabetin ve tüketici tercihlerinin kısıtlanmasına yol açtığı, Beşer'in ihlaldeki payının en az diğer taraflarınki kadar olduğu, öte yandan, 2003 yılı boyunca, rakipsiz kalan Beşer'in

T.C.

**DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2010/3180

Karar No : 2014/1718

granisetron ihalelerinin tamamına yakınını kazanmış olmasının da, deponun rekabetin engellenmesinden kaynaklanan çıkarına işaret ettiği anlaşıldığından, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin ihlal edildiği açık olduğundan davacı adına kesilen ve davacı lehine davranılarak 2002 yılı cirosu esas alınarak verilen dava konusu idari para cezasında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı şirketin diğer iddiaları da geçerli bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Rekabet Kurulunun 18.02.2010 günlü, 10-18/207-78 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısımlarının iptali isteminin reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 06.05.2014 tarihinde, davacı vekili Av. Orkun Ağaoğlu'nun ve davalı idare vekili Av. Ayperi Samantır'ın geldikleri, Danıştay Savcısı'nın hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüldü:

Dava, Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş. ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.'nin, SSK, Devlet ve Üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer Ecz Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. ile katılmasının rekabetin engellenmesine yol açtığı ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğinden bahisle, aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca söz konusu teşebbüslere idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 18.02.2010 günlü, 10-18/207-78 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısımlarının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde, "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu hâller, özellikle şunlardır:

- Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,
- Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,
- Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,



T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/3180
Karar No : 2014/1718

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

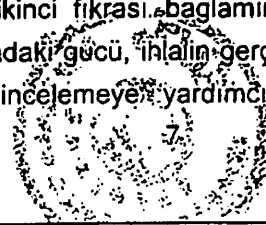
Ekonominin ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir" hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümlerle, belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı bulunarak açıkça yasaklanmıştır.

Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrasında ise, 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 gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verileceği öngörülmüştür:

Kurul'un teşebbüs veya teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verebileceği yolundaki kural ile Kurul'a idari para cezasının hangi oran üzerinden verileceği hususunda bir takdir yetkisi verildiği açık olmakla birlikte bu takdir yetkisinin öncelikle ilgili mevzuatta belirlenen sınırlar çerçevesinde, 4054 sayılı Kanun'un öngördüğü amaçlar doğrultusunda ve objektif kriterlere dayanılarak ve bu suretle takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının yargısal denetimine imkân verecek şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

Bu noktada, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 5. fıkrasında; Kurul'un, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 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



T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/3180

Karar No : 2014/1718

gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususların dikkate alınacağı, 6. fıkrasında; Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen cezaların verilmeyebileceği veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabileceği, son fıkrasında ise; bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, işbirliği halinde para cezasından bağımsızlık veya indirim şartlarının, işbirliğine ilişkin usul ve esasların Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği hükme bağlanmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin son fıkrası çerçevesinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanunun 16'ncı maddesi gereğince verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in "Para cezasının belirlenmesine ilişkin ilkeler" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasında; teşebbüs ile teşebbüs birliklerine veya bu birliklerin üyelerine verilecek para cezası belirlenirken;

a) Bu Yönetmeliğin 5'inci maddesi çerçevesinde temel para cezası hesaplanacağı, temel para cezasının, Kanun'un 4'üncü veya 6'ncı maddelerinde yasaklanmış, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birden fazla bağımsız davranışın saptanması hâlinde, her bir davranış için ayrı ayrı hesaplanacağı,

b) Temel para cezasının hesaplanmasından sonra, bu Yönetmeliğin 6'ncı ve 7'nci maddeleri çerçevesinde, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurularak arttırma ve/veya indirme yapılacağı kuralı yer almış, "Temel para cezası" başlıklı 5. maddesinde; temel para cezası hesaplanırken, Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan 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 gayrisafi gelirlerinin; a) karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü, b) diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü, arasında bir oran esas alınacağı, birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususların dikkate alınacağı, birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarının; bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında, beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında arttırılacağı, "Ağırlaştırıcı unsurlar" başlıklı 6. maddesinde; temel para cezasının; ihlalin tekerrürü hâlinde, her bir tekrar için, soruşturma kararının tebliğinden sonra kartele devam edilmesi hâlinde yarısından bir katına kadar arttırılacağı, temel para cezasının, Kanun'un 4'üncü veya 6'ncı maddeleri kapsamında ortaya

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/3180
Karar No : 2014/1718

çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak verilen taahhütlere uyulmaması hâlinde, yarısından bir katına kadar, incelemeye yardımcı olunmaması hâlinde yarısına kadar, diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması gibi hâllerde dörtte bire kadar arttırılabileceği, "Hafifletici unsurlar" başlıklı 7. maddesinde ise; temel para cezasının, 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 hâller ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından ispatlanırsa, dörtte bir ile beşte üç arasında indirilebileceği, yürütülen bir soruşturmada Aktif İşbirliği Yönetmeliğindeki para cezası verilmemesine ilişkin düzenlemeden yararlanamayan bir teşebbüse verilecek cezanın, başka bir karte ile ilişkin olarak Kurulun önaraştırma yapmaya karar vermesinden önce, Aktif İşbirliği Yönetmeliğinin 6'ncı maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunması hâlinde, dörtte bir oranında indirileceği, Aktif İşbirliği Yönetmeliğinin para cezası verilmemesine ve verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin hükümlerinin saklı olduğu, diğer ihlalleri gerçekleştiren teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin ihlallerini kabul ederek, aktif işbirliğinde bulunmaları hâlinde, para cezası altında bir ile dörtte bir arasında indirileceği hükme bağlanmış, bu suretle Kurul'un idari para cezası verirken dikkate alınması gereken hususlar belirlenmiş, bu suretle sahip olduğu takdir yetkisinin kullanımı getirilen objektif kriterler doğrultusunda sınırlanmıştır.

Öte yandan, söz konusu Yönetmeliğin zaman bakımından uygulanması açısından öngörülen Geçici 1. maddesinde; Yönetmelik hükümlerinin, Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanacağı kuralı yer almış olup, belirtilen hükümden hareketle soruşturma raporu tebliğ edilmiş olan soruşturmalar bakımından Yönetmelikte ilgilinin lehine sonuç doğurması muhtemel hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı meselesinin tartışılması gerekmektedir.

Konu hakkında, Dairemizin 01.11.2013 tarih ve E:2010/2490, K:2013/2706 sayılı kararında Yönetmeliğin Geçici 1. maddesi değerlendirilmiş olup, söz konusu kararda; "Geriyeye yürümezlik ilkesi, hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili temel bir ilke olup gerek yargısal kararlar gerekse öğretide kabul edilmiştir. Kural olarak düzenleyici işlemler yürürlüğe girdikleri andan başlayarak hukuki etkilerini doğurur ve yürürlük tarihinden sonraki olaylara uygulanır. Diğer yandan, kabahatlerde zaman bakımından uygulamanın düzenlendiği 5326 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı, ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralının geçerli olduğu kuralı yer almıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde; "İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/3180
Karar No : 2014/1718

tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra 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 kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır." hükmü yer almıştır.

Zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerden, suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunmayan bir Kanun'un faile uygulanmayacağı ve sonradan yürürlüğe giren Kanun'un failin lehine ise uygulanacağına ilişkin hükümler, maddi ceza hukukuna ilişkin kurallardır. Bir hususun maddi ceza hukukuna ilişkin olup olmadığını tespit açısından, söz konusu hükmün sonuç cezaya nihai olarak tesir eden, onun miktar ve/veya süresini değiştirebilecek nitelikte hükümler ihtiva etmesi gerekmekte olup, muhakeme veya infaz hukukunu ilgilendiren hususlarda derhal uygulama kuralı geçerlidir.

Dava konusu Yönetmelik, yeni bir kabahat ya da yaptırım öngörmediğinden ve Kanun'da yer alan yüzde on sınırı dışında sonuç yaptırımı değiştirecek nitelikte hükümler ihtiva etmediğinden, salt Kanun'da yer alan idari para cezasının belirlenmesine ilişkin kıstasları içeren ve idarenin her bir somut olayda sahip olduğu takdir yetkisinin geleceğe dönük olarak benzer nitelikteki tüm olaylar bakımından somutlaştırılmasını öngören hükümler ihdas edildiği anlaşıldığından, Yönetmeliğin eylem tarihinde yürürlükte olmamasına rağmen henüz haklarında nihai karar verilmemiş ilgililere uygulanmasının, aleyhte bir sonuç doğurması söz konusu olmadığından, Yönetmelik hükümlerinin, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanmasına yönelik Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır." gerekçesiyle anılan maddenin iptali isteminin reddine hükmedilmiştir.

Karardan da anlaşılacağı üzere salt Yönetmelik hükmünün lehe ya da aleyhe sonuçlar doğurmadığı, bu çerçevede maddi ceza hukukuna ilişkin olmadığı, bu bağlamda idari usul hukukuna ilişkin bir düzenleme olduğundan eylem tarihinden bağımsız olarak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki soruşturmalar bakımından uygulanmasının hukuken mümkün olduğu, lehe veya aleyhe sonuç doğurma meselesinin her somut olay bağlamında idari para cezası uygulayan makam tarafından değerlendirilmesi gerektirdiği açıktır.

Bu noktada, bu durumun istisnası olarak düzenlemede esasında aleyhe sonuç doğurması muhtemel durumların bertaraf edilmesini sağlamak ve hukuki belirlilik ilkesinin gerçekleşmesini sağlamak üzere henüz soruşturma raporu tebliğ edilmiş olan soruşturmalar bakımından Yönetmelik hükümlerinin uygulanmayacağı kurala bağlanmış olmakla birlikte, Yönetmeliğin ilgililer lehine sonuç doğurması muhtemel hükümlerinin soruşturma raporu tebliğ edilmiş olsa dahi uygulanması gerekmektedir.

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/3180

Karar No : 2014/1718

Bu durumun öncelikli sebebi, Yönetmelikte ihdas edilen kuralların esasında Kanun'un idari para cezalarının objektifleştirilmesi için öngörülen ve Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinde de yer alan hükümlere dayanılarak düzenlenmiş olmasıdır.

Başka bir anlatımla, söz konusu Kanun hükümleri çerçevesinde Kurul her zaman idari para cezası oranının tayininde sahip olduğu takdir yetkisini objektifleştirme yetkisine sahip olup bu durum belirlilik ve alenilik ilkelerinin gerçekleşmesi bakımından da gereklidir.

Dosyanın incelenmesinden; Roche'un kanser tedavisinde kullanılan Kytril adlı ilacı ve bunun rakibi Setron (EİP) için SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı ihalelerine yalnızca Beşer'in katıldığı, Roche ve Beşer'in, SSK hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerini TL bazında % 65 (Kytril) - % 35 (Setron) oranlarında paylaştığı, bunun yanında üniversite hastanelerine Kytril ve devlet hastanelerine Setron verildiği, 2003 yılında, Roche'un isteği üzerine Beşer'in, Kytril ve Setron'un 3 mg 1 ampul formlarına 25.000.000-25.500.000-TL fiyat verdiği, 2003 yılında uygulanan pazar paylaşımı anlaşmasının yenilenememesi üzerine, 2004 yılında rekabet ortamının oluştuğu ve Setron'un SSK hastanelerine satış fiyatlarının düştüğü iddiaları üzerine yapılan şikâyet başvurusu üzerine başlatılan soruşturma kapsamında alınan 13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı Kurul kararının Danıştay tarafından usul yönünden iptali sonrası yeniden ele alınan dosya kapsamında; Beşer'e ait ihale dosyaları, 16.03.2005 ve 17.03.2005 tarihlerinde raporlarla yapılan görüşmelerde EİP ve Roche yetkililerinin ifadeleri, SSK veri tabanı üzerinde yapılan inceleme, taraflardan alınan 2003-2004 yılları ihale satışları tablolarının incelenmesi sonucunda, SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerine granisetron etken maddesi belirtilerek çıktığından, bu ihalelerde Kytril ve Setron için teklif verilebildiği, üçüncü bir rakibin olamadığı, EİP ve Roche yetkililerinin ifadelerinden de granisetron etken maddesi dışındaki ilaçların pazar payının çok düşük olduğunun anlaşıldığı, 2003 yılında SSK ünitelerinin ilaç alımlarını ihalelerle yapmaya başladıkları, SSK hastaneleri ihalelerinin yanı sıra devlet ve üniversite hastaneleri ihaleleri için de bu durumun geçerli olduğu, Roche ve EİP'nin ihale satışlarının toplamı içinde Beşer'in payının yaklaşık % 98 olduğu, 2003 yılında Roche ve EİP ile düzenli olarak çalışan Beşer'in granisetron ihalelerine Kytril veya Setron'dan sadece biri için teklif vererek katıldığı, bu iki ürünün aynı kalemde dahi karşı karşıya gelmemesi sonucunda rekabet ortamının oluşmadığı, dolayısıyla granisetron ihalelerinde rekabet ortamının oluşmamasının, Roche ve EİP'nin aynı depoyla çalışmayı tercih etmesinden kaynaklandığı, 2003 yılında, Beşer'in katıldığı devlet hastaneleri ihalelerinde ağırlıklı olarak Setron, üniversite hastaneleri ihalelerinde ise ağırlıklı olarak Kytril satılırken; 2004 yılında bu durumun değiştiği, Devlet/Üniversite hastanelerine satışlarda 2004 yılında Kytril ile Setron'un 2003 yılındaki pazar paylarının çapraz olarak yer değiştirdiği, bu kez, Kytril'in devlet hastaneleri ihalelerinde büyük ağırlığa sahip olduğu, Setron'un ise üniversite hastanelerine satışlarda çoğunluğu ele geçirdiğinin görüldüğü, Roche ve EİP'nin Beşer'le olan ilişkilerinin bazı koşullarla 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında olduğu düşünülebilir ise de, söz konusu ilişkilerin toplamda Roche ve EİP arasındaki rekabetin sınırlanmasına hizmet ettiği ve

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/3180

Karar No : 2014/1718

2003 yılı granisetron ihalelerinin hiçbirinde Kytril ve Setron'un karşı karşıya gelmediği, soruşturma konusu ilişkilerin yatay bir sınırlama olarak değerlendirilerek, bunların iki bağımsız dikey ilişki olduğu ve grup muafiyetinden faydalandığı savının kabul edilemeyeceği, öte yandan Roche ve EİP'nin satışları içinde ilgili ürünlerin payının düşük olmasının da, ne ihlalin varlığı ne de ihlalin ağırlığı bakımından bir anlam ifade etmeyeceği, Roche ve EİP, granisetron etken maddesi başlığı altında çıkarılan ihalelerde farklı depolarla katılım sağlasaydı, bu ihalelerde söz konusu ürünlerin karşı karşıya gelebileceği ve böylece rekabet ortamının oluşabileceği, nitekim 2004 yılında, Roche'un Beşer'le çalışmaya son vermesi ve EİP'nin de Beşer'in dışında diğer depolarla da çalışmaya başlamasıyla, söz konusu ürünler için çok sayıda deponun teklif verdiği ve bu ürünlerin ihalelerde karşı karşıya gelmesiyle rekabet ortamının oluştuğunun görüldüğü, dolayısıyla üçüncü bir alternatifi olmayan iki rakip ürünün aynı depo üzerinde buluşturulmasının doğal sonucunun, ihale sürecinde karşı karşıya gelmeyecek iki rakip ürün için rekabetin engellenmesi amacını taşıdığı, Kurul kararının konusunun uyumlu eylem olduğu ve diğer 04-52/697-179 ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararlarının konusunu oluşturan anlaşmaların içeriklerinin farklı olduğunun da kabulü gerektiği, üçüncü bir alternatifi olmayan iki rakip ürün için tek bir dağıtıcı ile anlaşılması neticesinde, rekabetin ve tüketici tercihlerinin kısıtlandığı, Beşer Genel Müdürü'nün EİP Satış Hizmetleri Müdürü'ne gönderdiği 6.6.2003 tarihli ve "SSK Durum Raporu" başlıklı yazısında; böyle bir ilişki sonucunda, depo üzerinden sağlayıcı firmalara bilgi akışı gerçekleşebileceği ve ayrıca firmaların ihale satışlarını düzenli olarak izlediğini gösterdiği, Roche ve EİP'nin, rekabet etme güdüsüyle hareket etmesi hâlinde, 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, 2003 yılında Beşer'in katıldığı SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerinin sayısının 100'ü aştığı gerçeği karşısında, ihlalin süreklilik arz ettiği, Roche, EİP ve Beşer arasındaki ilişkinin kısa bir süreyle sınırlı kalmadığı ve 2003 yılı boyunca devam ettiği, bu çerçevede, 2003 yılı granisetron ihalelerinde rekabetin engellendiği ve ihlalin bu yıl boyunca süreklilik arz ederek devam ettiği dikkate alınarak, ihlalin ağır olduğu sonucuna varıldığı, 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 olduğu değerlendirilerek, Kanun'un 5. maddesinde sayılan dört koşulun tamamının varlığı hâlinde, bu eylemin Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulması mümkün olmakla birlikte, 2003 yılı granisetron ihalelerine yalnızca Beşer'in katılmasıyla bu ihalelerde rekabet ortamının oluşmasının engellenmesinin, Kanun'un 5(c) maddesinde sayılan muafiyet koşullarından biri "ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması" olduğuna göre, soruşturma konusu eylemin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulamayacağı, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde de, aynı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı davrandığı belirlenen teşebbüs ve teşebbüs

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/3180

Karar No : 2014/1718

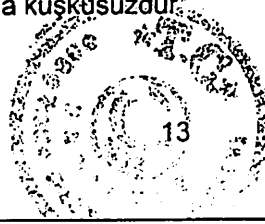
birliklerine para cezası verileceği düzenlendiğinden ve Kanun'un 16. maddesinde 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesiyle yapılan değişiklikle, esastan verilecek para cezalarında "nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan" cironun esas alınması öngörüldüğünden, Kanun'un 16. maddesinin bu değişiklikten önceki hâlinin Danıştay tarafından yorumunun ise, son ihlal tarihinden bir önceki yılın cirosunun dikkate alınması şeklinde olduğu dikkate alınarak nihai kararın alındığı tarih itibarıyla karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ciro 2008 yılına ait iken, ihlal 2003 yılında ortaya çıkıp 2004 yılında sürmemesi nedeniyle son ihlal tarihinden önceki yılın cirosu da 2002'ye ait olduğundan, lehe olan düzenlemenin uygulanması ilkesi doğrultusunda, söz konusu yılların ciroları her iki teşebbüs bakımından da karşılaştırıldığı ve para cezasının takdirinde daha düşük olan 2002 yılı ciroları esas alınarak 2002 yılında oluşan yıllık net satışlarının takdiren % 1'i oranında olmak üzere; Beşer Ecz Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.'ye 404.768,67 TL idari para cezası verilmesine karar verildiği, bu kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda; Kurul tarafından 2003 yılında granisetron bazlı ilaç ihalelerinde Roche ve EİP'nin yalnızca davacı şirket ile çalıştıkları hususu ihtilafsız olup bu davranışın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında bir ihlale işaret edip etmediğinin irdelenmesi gerekmektedir.

Dosya kapsamı bilgi ve belgelerin değerlendirilmesinden; Roche ve EİP'nin ihalelere yönelik olarak aynı depoyla çalışmalarının, bazı ihalelere ürünleri için teklif verilmemesi ve ürünlerinin bu ihalelerin dışında kalması sonucunu doğuracağını bilmemelerinin olanaksız olduğu, 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 anlamamanın mümkün olmadığı, tarafların iradelerinin ihlalin yaratılması ve sürdürülmesi aşamalarına yansıdığı açık olduğu yönündeki Kurul değerlendirilmesi yerinde olup, teşebbüslerin ayrı ayrı aynı depoyla aynı bazlı ürüne ilişkin anlaşma içerisinde olması rasyonel bir davranış değildir.

Bu noktada, davacı şirket soruşturmanın diğer taraflarıyla aynı seviyede faaliyet göstermese de, Roche ve EİP'nin uyumlu eylemi sonucunda, Beşer üzerinde iki rakip ürünün buluşturulmasıyla, ihalelerde rekabet ortamının oluşması engellendiği, 2003 yılı boyunca, rakipsiz kalan Beşer'in granisetron ihalelerinin tamamına yakınına kazandığı görülmektedir.

Alternatifi olmadığı saptanan iki ürünle 2003 yılı ihalelerine yalnızca davacı şirketin katılması sonucunda alıcı hastanelerin tercih hakkı da ortadan kaldırılmış olup Roche ve EİP'nin, rekabet etme güdüsüyle hareket etmesi hâlinde, hem tüm ihalelere katılabilmek hem de fiyatlarının rakiplerince bilinmesini önlemek için, farklı depolarla çalışacakları ve ortaya çıkan rekabetin doğal bir sonucu olarak fiyatın daha da düşeceği ve hastanelerin granisetron alımlarında iki alternatifi olacağı da şüphesizdir.



T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2010/3180
Karar No : 2014/1718

Bu hususların birlikte değerlendirilmesinden, ilgili teşebbüs davranışlarının 2003 yılı içerisinde gerçekleşen birçok ihalede sürekli olarak devam ettiği de gözönüne alındığında, aynı bazlı ürünler bakımından aynı depoyla anlaşılacak suretiyle, hastahanelerin açtığı ihalelere yalnızca bir ürünün girmesi sonucunu doğuracak şekilde ilgili pazarda rekabetin teşebbüslerin bu uyumlu eylemi neticesinde sınırlandığı anlaşılmaktadır.

Davacının bu hususta aksi yöndeki iddiaları da yerinde görülmemiştir.

Bununla birlikte, davacı şirket tarafından soruşturma kapsamında ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayrisafi gelirler içerisindeki payının çok düşük olduğunun iddia edilmesine rağmen Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik hükümlerinin somut olayda uygulama olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davacı şirkete yargısal denetime de imkân vermeyecek şekilde % 1 oranında idari para cezası verildiği anlaşılmakta olup, yukarıda da ifade edildiği üzere 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 imkân 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.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu 18.02.2010 tarih ve 10-18/207-78 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 218,15-TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 3.000,00-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacı şirkete verilmesine, posta giderleri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davacı şirkete iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 06.05.2014 tarihinde esasta oybirliği gerekçede oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan Vekili	Üye	Üye	Üye	Üye
Zümrüt	H. Neşe	E. Yücel	Zeki	Hamza
ÖDEN	SARI	SEYHAN	YİĞİT	EYİDEMİR
	(X)			

Yargılama Giderleri

Başvuru Harcı	: 26,25, TL
Karar Harcı	: 35,50-TL
YD Harcı	: 28,15-TL
YD İtiraz Harcı	: 49,25-TL
Posta Gideri	: <u>79,00, TL</u>
TOPLAM	:218,15-TL



(X) GEREKÇEDE KARŞI OY :

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde; "Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder. Ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir." hükmü yer almış olup, teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde olduklarının kabul edilebilmesi için piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik gösterdiğinin usulüne uygun olarak Kurul tarafından ispatlanması gerekmektedir.

Belirtilen çerçevede bir piyasanın rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik gösterdiğinin ortaya konulabilmesi açısından o piyasadaki fiyat rekabetinin araştırılması, bu bağlamda uyumlu eylem içerisinde buldukları iddia olunan teşebbüslerin sağlıklı işleyen bir piyasadakinin aksine yüksek oranlı kârlar veya avantajlar elde ettiğinin ispatlanması özellikle önem arz etmektedir.

Somut olayda üretici firmalar tarafından ilgili dönemde pazar payında ciddi düşüşler yaşandığı, ihlallerde yüksek oranlı indirimler gerçekleştirildiği ve maliyetin altında satışlar yapıldığı iddia edilmiş, ancak soruşturma kapsamında piyasadaki fiyat rekabeti hususunda herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde bulunduğu kabul edilmiştir.

Bu durumda, belirtilen hususlar araştırılmaksızın, eksik incelemeye dayalı olarak tesis edilen davacı şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararının bu gerekçeyle iptal edilmesi gerektiğinden çoğunluk gerekçesine katılmıyoruz.

Üye
H. Neşe SARI

Üye
E. Yücel SEYHAN

