

T.C.
ANKARA
5. İDARE MAHKEMESİ
ESAS NO : 2015/3067
KARAR NO : 2016/2218

REKABET KURUMU
Tarih : 26.07.2016
Sayı : 4581

DAVACI : EİP ECZACIBAŞI İLAÇ PAZARLAMA AŞ
VEKİLİ : AV. SEMRA YENER
Barbaros Bulvarı Ertuğrul Sitesi No:131/4 Balmumcu
Beşiktaş/İSTANBUL

DAVALI : REKABET KURUMU /ANKARA
VEKİLİ : AV. AYPERİ SAMANTIR - Aynı Yerde

DAVANIN ÖZETİ : 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 20.08.2014 günlü, 14-29588-255 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 hukuken herhangi bir işlem yapılamayacağını ortaya koyduğu, ihlal olduğu ileri sürülen anlaşmaların muafiyetten yararlandığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : 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.

TÜRK MİLLETİ ADINA

* Karar veren Ankara 5. İdare Mahkemesi'nce duruşma için önceden belirlenen 07/07/2016 günü belirli yer ve saatte davacı şirket vekili Av. Semra Alkanat ile davalı idare vekili Av. Ayperî Samantır'ın katılımı ile gerçekleştirilen duruşmanın ardından dava dosyası incelenerek işin 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 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 20.08.2014 günlü, 14-29588-255 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısımlarının iptali istemiyle açılmıştır.

T.C.

ANKARA

5. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2015/3067

KARAR NO : 2016/2218

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:

a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

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

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

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin 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 hükümle, 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

T.C.

ANKARA

5. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2015/3067

KARAR NO : 2016/2218

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 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 bağışıklık 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 Resmî 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 artırma 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 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.

T.C.

ANKARA

5. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2015/3067

KARAR NO : 2016/2218

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 karteğe 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 altıda bir ile dörtte bir arasında indirileceği hükmüne 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 sınırlandırılmıştır.

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 doğuması muhtemel hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı meselesinin tartışılması gerekmektedir.

Konu hakkında, Danıştay 13. Dairesi'nin 01.11.2013 tarih ve E:2010/2490, K:2013/2706 sayılı kararında Yönetmeliğin Geçici 1. maddesi değerlendirilmiş olup, söz konusu kararda; "Geriye 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 idarî 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 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 hükmolünmüşse 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 tekkerrüle 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 faili uygulanmayacağı ve sonradan yürürlüğe giren Kanun'un failin lehine ise uygulanacağına ilişkin hükümler, maddi ceza hukukuna ilişkin

T.C.

ANKARA

5: İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2015/3067

KARAR NO : 2016/2218

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 gerektiği 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.

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 olduğu 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 Beşer ve Roche yönünden Danıştay tarafından usul yönünden iptali sonrası yeniden ele alınan dosya kapsamında; Beşer'e ait ihale dosyaları, 16.03.2005 ve 17.03.2005 tarihlerinde raportörlerce yapılan görüşmelerde EİP ve Roche yetkililerinin ifadeleri, SSK

5. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2015/3067

KARAR NO : 2016/2218

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'in 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 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 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 içine 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 ürünlerin karşı karşıya gelebileceği ve böylece rekabet ortamının oluşabileceği, nitekim 2004 yılında, Roche'un Beşer'le çalışmaya son vermesi ve EİP'in 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 yazısının da; böyle bir ilişki sonucunda, depo üzerinden sağlayıcı firmalara bilgi akışı gerçekleştirilebileceği 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

T.C.
ANKARA
5. İDARE MAHKEMESİ
ESAS NO : 2015/3067
KARAR NO : 2016/2218

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 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 cirolarının 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 ve Roche firmalarına idari para cezası verilmesine karar verildiği, bu kararın iptali istemiyle Danıştay 13. Dairesinin E: 2010/3180, ve E:2010/3090 esasına kayden açılan davalarda, 06.05.2014 gün ve K:2014/1718 ve K:2014/1719 sayılı kararlar ile yukarıda alındısına yer verilen yasa hükümleri gereği lehe olan kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğinden bahisle iptal kararları verildiği, davacı hakkındaki yargı sürecinin devam etmesi nedeniyle bu aşamada davacı şirket hakkında yeni bir ceza uygulamasına gidilmediği, ancak davacı şirket hakkındaki yargı sürecinin de aynı Dairenin 11.03.2014 tarih ve E:2010/2218, K:2014/826 sayılı şekil yönünden iptal kararı ile sonuçlanması üzerine, bu kararın ve diğer şirketler hakkındaki iptal kararlarının davalı idarece uygulanması sonucunda davacı şirkete 2002 cirosuna kıyasla işlem tarihinden bir önceki yıl olan 2013 yılı cirosunun lehine olduğu gözetilerek 2013 yılı gayri safi gelirlerinin %07,5 oranında olmak üzere 929.985,81-TL para cezası verilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda; Kurul tarafından 2003 yılında granisetron bazlı ilaç ihalelerinde Roche ve EİP'in yalnızca Beşer ecza Deposu 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'in ihalelere yönelik olarak aynı depoyla çalışmalarının, bazı ihalelere ürünleri için teklif verilmemesi ve ürünlerinin bu ihalelerin dışında kalması sonucunu doğuracağını bilmemelerinin olanaksız

T.C.

ANKARA

5. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2015/3067

KARAR NO : 2016/2218

olduğu, sağlayıcıların, yıl içinde gerçekleştirilen yüzlerce ihalenin her birini yakından izlemesi mümkün olmasa da, ürünlerinin ihalelerin önemli bir kısmının dışında kalmasını makul karşılamlarını ve buna karşı önlem almamalarını rekabetçi bir bakışla anlamının 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, Roche ve EİP'in uyumlu eylemi sonucunda, Beşer üzerinde iki rakip ürünün buluşturulmasıyla, ihalelerde rekabet ortamının oluşmasının engellendiği, 2003 yılı boyunca, rakipsiz kalan Beşer'in granisetron ihalelerinin tamamına yakınına kazandığı görülmektedir.

Alternatifi olmadığı saptanan iki ürünle 2003 yılı ihalelerine yalnızca Beşer'in katılması sonucunda alıcı hastanelerin tercih hakkı da ortadan kaldırılmış olup Roche ve EİP'in, 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 kuşkusuzdur.

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 anlaşılmak suretiyle, hastanelerin açtığı ihalelere yalnızca bir ürünün girmesi sonucunu doğuracak şekilde ilgili pazarda rekabetin teşebbüslerin bu uyumlu eylemi neticesinde sınırlandırıldığı anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, daha önce verilen cezanın zamanaşımı süresi içinde verildiği ve yargı kararı ile iptali üzerine kararda belirtilen gerekçeler gözetilmek suretiyle yeniden ceza verilmesi yoluna gidildiği görüldüğünden bu durumun zamanaşımını kestiği ve cezai işlemde bu yönüyle de hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan 298,15 TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, AAÜT uyarınca belirlenen 1.500,00 TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta ücretinin istek halinde davacıya iadesine, kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içerisinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere 01/07/2016 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan
ZÜLAL ÖZTÜRK
38010

Üye
ÖMER ALKAN
41159

Üye
AHMET ÖZKAN
138928
(x)

KARŞI OY:

Davacı şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, idari para cezasına esas alınan fiillerin cezalandırılabilmesi açısından, soruşturma zamanaşımı süresinin dolup dolmadığı hususunun irdelenmesi gerekmektedir.

Zamanaşımına ilişkin olarak, 4054 sayılı Kanun'un dava konusu olay tarihinde

T.C.

ANKARA

5. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2015/3067

KARAR NO : 2016/2218

yürürlükte bulunan "Para Cezaları ve Süreli Para Cezalarında Zamanaşımı" başlıklı 19. maddesinde; Kurulun para cezası ve süreli para cezası verme yetkisinin madde devamında belirtilen zamanaşımı sürelerine tabi olduğu, zamanaşımı sürelerinin; teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlali hâlinde üç yıl, diğer hâllerde beş yıl olduğu; sürenin, ihlalin vuku bulunduğu gün işlemeye başlayacağı; sürekli veya tekrarlanan ihlaller söz konusu ise sürenin, ihlalin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren başlayacağı; bu ihlalle ilgili olarak Kurulun inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlemin, bu işlemin ilgili taraflardan birine tebliği anından itibaren zamanaşımını keseceği; karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olmasının zamanaşımı süresini keseceği hükümleri yer almakta iken, anılan madde 23.01.2008 tarih ve 5728 nolu Kanun ile yürürlükten kaldırılmış, zamanaşımına ilişkin hükümlere madde metninde yer verilmediği gibi, gerek bu yeni düzenlemede, gerekse 5728 sayılı Kanun'da zamanaşımına ilişkin eski hükümlerin geçerli olacağı yönünde bir hüküm de yer almamıştır.

5728 sayılı Kanun'un gerek genel, gerekse madde gerekçesinde bu değişikliklerin nedeni, "İdarî yaptırım kararlarının tebliği, kesinleşmesi, takip ve tahsili ile zamanaşımı konuları Kabahatler Kanunu'nun genel hükümler kısmında ayrıntılı olarak düzenlendiğinden buna ilişkin düzenlemelere madde metninde yer verilmemiştir." denilerek açıklanmıştır.

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, 19 Aralık 2006 tarih ve 26381 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5560 sayılı Kanun ile bazı maddeleri değiştirilen 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde, "Kabahat" deyiminin, Kanun'un karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlamına geldiği belirtilmiş; 3. maddesinde, bu Kanun'un; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer Kanunlarda aksine hüküm bulunmaması hâlinde; diğer genel hükümlerinin, idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı düzenlenmiş; anılan Kanun'un genel hükümleri arasında yer alan "Soruşturma Zamanaşımı" başlıklı 20. maddesinin 1. fıkrasında; soruşturma zamanaşımının dolması hâlinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemeyeceği, 3. fıkrasında; soruşturma zamanaşımı süresinin, nispi idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde sekiz yıl olduğu; 4. fıkrasında ise; zamanaşımı süresinin, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacağı ifade edilmiş, zamanaşımını kesen veya durduran herhangi bir düzenlemeye madde metninde yer verilmemiştir.

Diğer taraftan, 5326 sayılı Kanun'un "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 5. maddesinde ise; 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı belirtilmiş, bu maddenin atf yaptığı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasında; suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanunun uygulanacağı ve infaz olunacağı kurala bağlanmıştır.

Bu durumda, idarî yaptırımlar bakımından ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukukî durumun dikkate alınması veya fiilin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan düzenlemeye göre aleyhte hükümler getiren düzenlemelerin dikkate alınmaması gerekmekte olup; zamanaşımına ilişkin hükümler açısından da, zamanaşımı hükümlerinin, sonuçları bakımından yerine getirme (infaz) aşaması yönünden sonuçlar doğurduğu kuşkusuz olmakla birlikte, esas itibarıyla ceza verme ve cezayı infaz etme imkânını ortadan kaldırdığı ve bu anlamda maddî ceza hukukuna ilişkin olduğundan, lehe kanunun uygulanması bakımından

T.C.
ANKARA
5. İDARE MAHKEMESİ
ESAS NO : 2015/3067
KARAR NO : 2016/2218

dikkate alınması gerekmektedir.

Diğer yandan, "zamanaşımı engeli" olarak da ifade edilen zamanaşımını durduran veya kesen sebepler istisnai olup, kural zamanaşımı süresinin engelsiz devam etmesidir. Bu nedenle, zamanaşımı engelleri tahdidi olup, yorum yoluyla genişletilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı şirket hakkında başlatılan soruşturma sonucunda, 4054 sayılı Kanunun ihlal edildiği gerekçesiyle Rekabet Kurulu kararıyla idari para cezası verildiği, davacı şirketin bu karara karşı açtığı dava neticesinde Danıştay 13. Dairesi kararıyla bu kararın iptal edildiği, Kurul tarafından iptal edilen önceki kararın yeniden tesisi yoluna gidilerek idari para cezası uygulanmasına ilişkin 20.08.2014 günlü, 14-29/588-255 sayılı Rekabet Kurulu kararının alındığı, bu kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, somut olayda, ihlalin 2003 yılı içerisinde gerçekleştirilmiş olduğu göz önüne alındığında, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na göre zamanaşımı süresinin en geç 2011 yılı sonunda dolduğu, Kabahatler Kanunu'nun lehe olan hükmünün somut olayda uygulanması gerektiği sonucuna varılmış olup; zamanaşımı süresi dolduktan ve Kurul'un ceza verme yetkisi zamanaşımına uğradıktan sonra 20.08.2014 tarihinde tesis edilen dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Diğer yandan, anılan tarihte önceki Kurul kararına karşı açılan davanın derdest olduğu görülmekte ise de, 4054 sayılı Kanun'un mülga 19. maddesinde de 5326 sayılı Kanun'un 20. maddesinde de soruşturma zamanaşımını durduran herhangi bir neden öngörülmediğinden ve zamanaşımı engellerinin yorum yoluyla genişletilmesi mümkün olmadığından, önceki karara karşı açılan davanın yargılama sürecinin devam ediyor olmasının olayda zamanaşımının dolduğu gerçeğini değiştirmeyeceği sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Kurul kararının iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle aksi yönde oluşan çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
AHMET ÖZKAN
138928

YARGILAMA GİDERLERİ :	
Karar Harcı :	27,70 TL
Başvurma Harcı :	27,70 TL
YD Harcı :	45,60 TL
YD İtiraz Harcı :	79,70 TL
Vekalet Harcı :	4,10 TL
Posta Gideri :	113,35 TL
TOPLAM :	298,15 TL

