T.C.
UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ

ESAS NO : 2020 / 258
KARAR NO : 2020 / 317
KARAR TR : 28.5.2020

ÖZET : Uşak ilinde faaliyet gösteren ve kendisiyle ilaçların indirimli alınması hususunda sözleşme imzalanan … Eczanesinin sahibi ve mesul müdürü olan davacının vekili tarafından; 01.02.2012 tarihli "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol'ün Uşak ilinde davalı idarece uygulanması kapsamında; davalı Oda'nın, protokolün uygulanması adı altında, limit uygulamasıyla hukuka aykırı işlemler yaptığı ve mağduriyet yaşandığından bahisle; adli yargı yerinde; davalı tarafça belirlenen aylık toplam 89.000 limitle grup gözetmeksizin reçete karşılaması ve bu reçeteler için oda onayı aranmaması yönünde teminatsız/teminatlı olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesine ve tedbirin dava sonuna kadar devamına; sözleşme ek i protokol maddesinde sayılan reçete grupları bakımından davalı oda uygulaması ile oluşturulan muarazanın giderilmesine veya aylık limitin, davalı tarafça belirlenen aylık limitlerin grup gözetmeksizin toplam tutarı kadar belirlenmesine ve bu limit için oda onayı aranması ile oluşturulan muarazanın giderilmesine; davalı oda uygulaması ile oluşturulan muarazanın usul ve yasaya aykırılığının tespitine; idari yargı yerinde ise; Mor ve turuncu reçeteye yazılması zorunlu olan ilaçların yer aldığı reçete dağılım listesine ait tur'un 2015 yılı Haziran ayında başlayan döngüsünde, müvekkilinin eczanesinin döngüye dahil edilmemesi işleminin iptali istemiyle açılan davanın, ADLİ YARGI YERİNDE görülmesi gerektiği hk.

K A R A R

Davacı : E. D.G.
Vekilleri : Av. H.U. U., Av. C.Y.- Av. A. S.
Davalı : 46.Bölge Uşak Eczacılar Odası Başkanlığı
Vekili : Av. M. K.

O L A Y : Davacı vekili dilekçesinde; eczacılık mesleğini sürdüren müvekkilinin, Eylül Eczanesinin sahibi ve mesul müdürü olduğunu; mesleğini özveriyle sürdürdüğünü, toplum içerisinde, samimi ve sağlam sosyal ilişkiler kurduğunu; ancak davalı Uşak Eczacılar Odasının uygulamaları ile ticari hayatının sürdürülemez hale getirildiğini; müvekkilinin, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 5502 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu çerçevesinde faaliyet gösterdiğini; Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlık yardımları karşılanan ve Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde tanımlanan kişilere, serbest eczanelerden ilaç ve provizyon sisteminde yer alan tıbbi malzemelerin teminine ilişkin, Türk Eczacıları Birliği ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında, 5510, 5502 ile 6643 sayılı Kanun hükümlerince, 01.02.2012 ile 01.07.2015 tarihleri arasında geçerli olmak üzere (3,5 Yıl İçin) protokol(Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol) imzalandığını; sonrasında işbu protokole ek protokoller imzalandığını; bu protokol doğrultusunda Sosyal Güvenlik Kurumu ve Eczaneler arasında Tip Sözleşmeler imzalandığını; Tip Sözleşmeleri imzalayan serbest eczanelerin, Kurum sigortalı ve hak sahiplerinin reçete karşılığı ilaçlarını karşılayabildiklerini; tip sözleşmelerin davalı Uşak Eczacılar Odasından satın alınmasının gerektiğini, sözleşmeyi imzalamayan eczanelerin ilaç satımı yapabilmesinin mümkün olmadığını; Tip Sözleşmelerin, kapsam ve içeriğine etki ve müdahalede bulunamadıklarını; Protokol Hükmü gereği, sisteme dâhil olmak için ön şart olarak ortaya konulan 2012 yılına ilişkin Tip sözleşmenin müvekkilince imzalandığını, ihtirazi kayıt koymasının engellendiğini; 'Protokol hükümlerini okudum ve kabul ettim.' şeklinde imza altına alınmasının sağlandığını; Tip Sözleşmelerin 2013 ve 2014 yıllarında da aynı şekilde imzalandığını; henüz 2015 Yılı için Tip Sözleşmenin imzaya sunulmadığını, 2014 Yılı Tip sözleşmesine göre uygulamaya devam edildiğini; ticari hayatını devam ettirmek zorunda olan müvekkilinin, sektörün tekeli durumunda olan Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sunulan tip sözleşmeyi tartışmaksızın imzalamak dışında bir alternatifi bulunmadığını; 01.02.2012 tarihinde imzalanan PROTOKOL ün 3.7 nci maddesinde;"Protokol ekinde(EK-4) belirtilen reçeteler Türk Eczacıları Birliği sorumluluğunda ve ilgili Bölge Eczacı Odası koordinasyonunda eczanelere eşit paylaşım esasına dayanarak üst limitli olarak karşılanır. Söz konusu reçeteler eczacı tarafından Bölge Eczacı Odasına onaylatıldıktan sonra

kuruma fatura edilecektir. (Reçetelerin eşit paylaşım esasına dayalı olarak üst limitli olarak karşılanacağına dair değişikliğin 19.09.2013 tarihinde imzalanan 2013/1 protokolüyle getirilmiş olduğunu, halihazırda başkaca bir değişiklik bulunmadığını.)/ Kurum sağlık yardımlarından faydalanan kişiler, bu madde kapsamındaki REÇETELERİ İLE İSTEDİKLERİ ECZANEYE BAŞVURABİLİRLER.. Bu madde hükmüyle ilgili düzenlemeler protokol ekinde(EK-4) belirtilmiştir./ Bölge Eczacı Odaları tarafından hizmetin yürütümü için gerekli olan katkı payı, bu sistemin işleyişi için yapılan masrafları geçmeyecek şekilde TEB Merkez Heyeti tarafından belirlenir. Bölge Eczacı Odaları üçer aylık dönemlerde sistemin gelir ve giderlerini gösteren belgeleri TEB aracılığıyla Kuruma rapor eder…"denildiğini; protokolün işbu hükmüne göre katkı payı ya da komisyon ücretinin TEB'nce değil odalarca belirlendiğini; Protokol ekinde yer alan Ek-4 de; "Bu protokolün (3.7.) numaralı maddesi kapsamında yer alan reçeteler, Kurumla tip sözleşme imzalayan eczaneler tarafından aşağıda belirtilen esas ve usuller çerçevesinde karşılanacaktır./ 1-Eczacılar, protokolün (3.7.) numaralı maddesinde yer alan reçeteleri karşılarken, TEB Merkez Heyeti tarafından oluşturulan yazılım programında yer alan farklı grup uygulaması ve sıralama sistemi uyarınca işlem yapacaklardır./ 2-Sıralamaya girmek istemeyen eczacılar, Bölge Eczacı Odasına yazılı başvuruda bulunur. Bunun dışındaki eczacılar, kota üst limiti esasına göre kapsamdaki reçeteleri karşılar./3-Bu reçetelerde kota üst limiti, bölgesel kriterler göz önünde bulundurularak her grup için Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyeti tarafından belirlenir. Reçetelerin bölünememesi nedeniyle sıralama limitinin aşılması halinde limit üstü tutar, eczanenin bir sonraki sırasının kotasından düşülecektir./ 4- Sıralama, eczane isimlerinin o il/ilçedeki alfabetik dizilişi esas alınarak oluşturulur ve kura ile belirlenecek harften başlar. Sıralamanın oluşturulmasından sonra sisteme dahil olacak eczacılar mevcut sıranın sonuna eklenir./……/6-Sıralamaya dahil olup kotası dolmayan ve Kurumla sözleşmesi bulunan her eczacı bu kapsamdaki reçeteyi karşılar./…../9-Eczacı, o an için eczanesinde mevcut olmayan reçete muhteviyatı ilacı bulabilmek için azami gayreti gösterir. Ecza depolarından sorulan ve depolarda bulunmadığı faks veya yazılı olarak eczacıya bildirilen ilacın yer aldığı reçete eczacı tarafından eczacı odasına/bürosuna veya temsilcisine bildirilir. Reçete muhteviyatı ilacın depolarda da bulunmadığı ve bu nedenle temin edilemediği hastaya/hasta yakınına bildirilir./10-Medula Eczane Programında bu sıralamaya tabi reçetelerin ayrı fatura edilmesi için gerekli düzenleme yapılır. Ayrıca Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyeti tarafından hazırlanan yazılım programı ile sistemin sağlıklı işlemesinin takip ve kontrolü yapılır./ 11-İlaçların hastaya tesliminden sonra eczacı, karşıladığı reçeteyi onay için eczacı odasına teslim eder. Onay işlemleri eczacı tarafından yapılır, kesinlikle hastaya/hasta yakınına yaptırılmaz. Eczacı odası onayı bulunmayan bu sistem kapsamındaki reçete bedelleri Kurum tarafından ödenmez./ 12-Kapsam dâhilindeki reçetelerin karşılama usul ve esaslarına uymayan eczacılar ilk tespitte yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde sisteme dahil tüm sıralardan 6 (altı) ay süreyle çıkarılır./13- Bu esas ve usullere uymadığı tespit edilen eczacılara reçete bedeli tutarında para cezası verilir./14-Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyeti Kurumla mutabakat sağlayarak aşağıdaki sıralı dağıtım listesine ilaç eklemesi yapabilir./15-Sıralı Dağıtım sistemine tabi reçete GRUPLARI aşağıda belirtilmiştir.

a- Mor ve turuncu reçeteye yazılması zorunlu olan ilaçların yer aldığı reçeteler,/b- İşyeri hekimi tarafından yazılan reçeteler,/c- Eritropoietin ve darbepoetin preparatlarını ihtiva eden reçeteler,/d- Diyaliz solüsyonlarını ihtiva eden reçeteler,/e- Eczacı Odalarınca dağıtım protokolü yapılan ünitelerdeki yatan hasta reçeteleri,/f- 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümlerine göre korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz faydalanan kişilere ait reçeteler ile özel ve kamu huzurevlerinde kalan kişilere ait reçeteler ile 5378 sayılı Özürlüler Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanuna göre özel rehabilitasyon merkezlerinde kalan kişilere ait reçeteler,/g- Eczane olmayan yerleşim bölgelerindeki sigortalı ve hak sahiplerine ait reçeteler,/h- Organ nakli sonrasında kullanılan ilaçlar/ı- Tüp bebek ve tüp bebek öncesi tedavisinde kullanılan ilaçları içeren reçeteler,/i- Oral beslenme solüsyonlarını ihtiva eden reçeteler/j- Harp Okulları, Askeri Liseler, Polis Meslek Yüksek Okulları, Fakülte ve Yüksek Okullarda TSK namına okuyanlar ve Astsubay Yüksek Okullarında okuyan öğrencilerin reçeteleri/k- Yurt dışı sigortalılarına ait reçeteler/1- Evde bakım hizmetleri çerçevesinde düzenlenen reçeteler/ 2013 EK PROTOKOL İLE EKLENENLER,/m-Talasemi endikasyonunda kullanılan ilaçlar(Deferipron, Deferasiroks) / n-TNFalfa blokeri olarak kullanılan ilaçlar /o- Majistral formül ihtiva eden reçeteler." denildiğini; yukarıda sıralı dağıtıma tabi reçete gruplarının sayıldığını; buna göre sayılan reçetelerin her birinin bir grup sayıldığını, protokolün 3.7 nci maddesi gereğince eşit paylaşım esasına dayanılarak üst limitli olarak karşılanması gerektiğini; ancak Uşak Eczacı Odasının, protokolün işbu hükümlerine aykırı olarak anılan reçete gruplarını da kendi içerisinde iki ayrı gruba ayırdığını, sıralı kotalı ve aylık kotalı olmak üzere ikili bir sistem uygulamaya başladığını; davalı tarafın eczacıları mecbur ettiği limitli satış rakamları ve dağıtım için belirlenen ikili usulün mevzuatta ya da Tip Sözleşmelerde yer almadığını; yine davalı tarafça, limitlere dair belirlenen bu rakamların hangi esaslar gözetilerek belirlendiğinin de bilinmediğini; zira şehrin en ücra köşesine, merkez ya da hastane karşısındaki bir noktayla, yıllarca mesleğine yatırım yaparak bir hizmet alarak ve hasta portföyü oluşturmuş eczacıyı, bu yönde çalışması olmayan, emeği kıyaslanamayacak meslektaşıyla eşit tutan limitlerin ticaret hayatının gereklerine uymadığını; Anayasa ile korunan girişim serbestisini ortadan kaldırdığını; uygulamanın, adil olmayan sonuçları nedeniyle sözleşmenin ruhuna aykırı olduğunu; müvekkilinin eczanesine gelen limit uygulaması dahilindeki reçeteleri eğer davalı odaca takip edilen farma-ınbox adlı tevzi ekranı reçete girmeye müsait ise karşıladığını ve reçete tevzi sistemine kayıt ettiğini; farma-ınbox ekranı reçete girişine kapalı ise reçeteyi odaya gönderdiğini; bu sistemde uygulama dahilindeki reçeteler için limitler tanımlandığını, reçete tevzi sisteminin limit aşımına izin vermediği gibi sıralı kotalı reçete gruplarında reçete girişine de izin vermediğini; Protokol ekinde belirtilen reçetelerin sıralı üst limitli sisteme dayanılarak karşılanması nedeniyle, müvekkilinin yıllara dayalı emeğiyle sahip olduğu hasta portföyünü haksız ve hukuka aykırı uygulama dahilinde geri çevirmek durumunda kaldığını; müvekkilin hasta/müşteri portföyünün özellikle limit uygulaması yapılan reçete gruplarını kapsadığını; öte yandan, Sözleşme 2012 yılında imzalanmasına karşın, müvekkilin 2012 yılı sözleşme öncesi verdiği reçetelerin de sıralı üst limitli sistem içinde değerlendirilmesi nedeniyle, müvekkilinin bir kısım reçete gruplarında yıllarca sıralamaya dahil edilmediğini ve ciddi mağduriyet ortaya çıktığını; önceden öngörülemeyen bu durumun hukuki korumadan yararlanamayacağını; müvekkilinin

mağduriyet yaşadığı konulara ilişkin olarak davalı Odaya yaptığı başvurulardan bir sonuç alınamadığını; müvekkilinin, yürürlükteki protokol hükümleri ve Tip Sözleşmeler gereği odaca uygulanan keyfiyet dolayısıyla herhangi bir eczaneden farkının kalmadığını, yıllara dayanan mesleki, bilimsel, teknik ve hukuki bilgisi ve sosyal ilişkilerinin, davalı odanın haksız ve hukuka aykırı uygulamaları ile etkisizleştirildiğini, büyük oranda sıfırlandığını; özellikle; özellikli hastalıklar ve spesifik rahatsızlıklarda fark yaratacak ayrıntılı mesleki bilgisi, konumu, tecrübesi, işine olan katkısına bağlı olarak; somut şekilde net bir kazanç kaybına da uğradığını; limit koyma uygulamasının, müvekkilinin Anayasa ve yasalar ile güvence altına alınan çalışma ve sosyal güvenlik hakkını elinden aldığını; ayrıca, reçete dağıtımı uygulamasında hangi reçetelerin hangi eczaneler tarafından karşılanacağının belli olması nedeniyle, eczanelerin bu reçeteleri karşılamak amacıyla hizmet rekabetine girmesini de yok ettiğini; bunun 4054 sayılı kanun anlamında teşebbüs sayılan eczaneler bakımından rekabeti engelleyici nitelikte olduğunu; bunun yanında, hasta veya hasta yakınının sağlık kuruluşundan reçeteyi aldıktan sonra, başvurduğu eczaneden limitin dolduğu cevabını aldığında, limiti dolmayan eczaneyi bulmak için araştırma yapmak zorunda kalacağını, bu durumun da Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün 7. maddesi ve meri mevzuat hükümlerine aykırı olacağını; SGK İl Müdürlüğü ve Uşak Eczacı Odası arasında düzenlenen ve müvekkilinin önce 2012, sonra 2013 ve 2014 Yılı için imzaladığı tip sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu; müvekkilinin sözleşmenin ifasını yerine getirdiğini ancak 3.7 maddenin uygulamasının neden olduğu haksız sınırlandırma nedeniyle uğradığı zarar gözetilerek mevcut çekişmenin giderilmesini talep ettiğini; mevcut şartlar dahilinde var olabilmek için sisteme dahil olmak zorunda kalan müvekkilinin, Uşak Eczacı Odasının belirlediği limitler nedeni ile ticari hayatını sürdüremez hale geldiğini; özetle; doğrudan taraf olmadığı ve bu nedenle etkin olamadığı protokol ile sınırlandırılmanın, müzakere edilmeksizin kayıtsız şartsız imzalamaya icbar edilen sözleşmeye dayanılarak oluşturulan Oda uygulamasının; Uluslararası Sözleşmelere, Hukukun Genel İlkelerine, Hukuk Devleti İlkesine, Anayasa Hükümlerine, Borçlar Kanununa, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna,Ticaret Kanununa ve diğer mevzuata aykırı olduğunu ifade ederek; 1-öncelikle müvekkilinin davalı tarafça belirlenen aylık toplam 89.000 TL(davalı tarafça belirlenen limitlerin toplam tutarı kadar) limitle grup gözetmeksizin reçete karşılaması ve bu reçeteler için oda onayı aranmaması yönünde teminatsız/teminatlı olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesine ve tedbirin dava sonuna kadar devamına; 2- Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin 2013 yılı tip sözleşmesinin 3.7 maddesi uygulamasını gösteren sözleşme eki(Ek-4) 15. maddede sayılan reçete grupları bakımından davalı oda uygulaması ile oluşturulan muarazanın giderilmesi anlamında, uygulamadan önceki ciro gözetilerek müvekkile tüm reçete gruplarını kapsayacak şekilde/grup gözetmeksizin aylık toplam yeni bir satış limiti belirlenmesine ve reçete limiti için oda onayı aranması ile oluşturulan muarazanın giderilmesine; 3- Mahkeme aksi kanaatte ise aylık limitin, davalı tarafça belirlenen aylık limitlerin grup gözetmeksizin toplam tutarı kadar belirlenmesine ve bu limit için oda onayı aranması ile oluşturulan muarazanın giderilmesine; 4- Davalı oda uygulaması ile oluşturulan muarazanın usul ve yasaya aykırılığının tespitine, karar verilmesi istemiyle 24.6.2015 tarihinde adli yargı yerinde dava açmıştır.

Uşak 1.Asliye Hukuk Mahkemesi:13.12.2016 gün ve E:2015/445, K:2016/709 sayı ile, uyuşmazlığın esasını inceleyerek; "(…)Dava murazaanın giderilmesine ilişkin olup; tüm dosya kapsamı, toplanan deliller ve itibar edilen bilirkişi raporuna göre; davaya konu murazaanın önlenmesine ilişkin talebin adli yargının görevine girdiği, idari yargı konusu olabilecek işlemlerden olmadığı, bu nedenle davalının görev itirazının yerinde olmadığı, davanın esasına gelince; itibar edilen 31.10.2016 tarihli uzman bilirkişiler kurulu raporu ve toplanan delillere göre; Eylül Eczanesi sahibi davacıya düzenlenen protokoller gereğince ayrıca bir uygulamanın söz konusu olmadığı, tüm eczacılar için uygulanan hükümler olduğu, herhangi bir mağduriyetin de söz konusu olmadığı, murazaanın giderilmesini gerektirir bir uygulamanın da bulunmadığı(…)" gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş; istinaf yoluna başvurulması üzerine;

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 1.Hukuk Dairesi: 8.3.2017 gün ve E:2017/242, K:2017/250 sayı ile,istinaf başvurusunun HMK nın 353/1-b-1 maddesi uyarınca esastan reddine, temyiz yolu açık olmak üzere reddine karar vermiş; anılan kararın temyiz edilmesi üzerine;

Yargıtay 4.Hukuk Dairesi: 20.3.2018 gün ve E:2017/3212, K:2018/2075 sayı ile, "(…)Uyuşmazlıkta; öncelikle yargı yolu sorunu irdelenmelidir. Davacı, eczacı olup eldeki bu davayı mensubu olduğu oda başkanlığına karşı açmıştır. Aralarındaki ilişkinin başlangıcı, kapsamı ve sınırı ise yasa ile belirlenmiştir. Bu anlamda, aralarında bağımlılık (tabiiyet) ilişkisi söz konusudur. Diğer yandan, davalı bir kamu tüzel kişiliği olup: işlemlerinin, kural olarak kamusal nitelik taşıdığı da tartışma dışıdır. Davacının zarar görmesine neden olarak gösterilen işlem ve eylemler, davalı Oda Başkanlığının TEB ile SGK arasındaki protokolün uygulanması sırasında meydana gelmiştir. Şu durumda, dava dilekçesindeki açıklamalar ve ileri sürülen zararın gerçekleşme biçimi gözetildiğinde uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekir. Bu nedenle, mahkemece dava dilekçesinin dava şartı yokluğundan yargı yolu bakımından reddine karar verilmesi gerekirken işin esası incelenerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığından davacının istinaf başvurusunun reddine dair Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılarak ilk derece mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle 6100 sayılı HMK'nın 373/1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesi kararı kaldırılarak ilk derece mahkemesi kararının BOZULMASINA…" karar vermiştir.

UŞAK 1.ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ: 20.9.2018 gün ve E:2018/413, K:2018/470 sayı ile, "(…)mahkememizce usul ve yasaya uygun bulunan Yargıtay bozma ilamına uyulmasına karar verilerek yargılamaya devam olunmuştur.

Uyulan Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 20/03/2018 tarih ve 2017/3212 Es,2018/2075 Kr.sayılı kararı gereği açılan davanın taraflar arasındaki uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğinden dava şartı yokluğundan davanın reddine karar vermek gerekmiştir.

HÜKÜM : Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Açılan davanın uyulan bozma ilam doğrultusunda dava şartı yokluğundan yargı yolu bakımından reddine…" karar vermiş, bu karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

Davacı vekili bu kez, 01.02.2012 tarihli "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol'ün Uşak ilinde davalı idarece uygulanması sırasında "Mor ve turuncu reçeteye yazılması zorunlu olan ilaçların yer aldığı reçete dağılım listesine ait tur"un 2015 yılı Haziran ayında başlayan döngüsünde, müvekkilinin eczanesinin döngüye dahil edilmemesi işleminin iptali istemiyle idari yargı yerinde dava açmıştır.

Manisa 2.İdare Mahkemesi; 5.9.2019 gün ve E:2019/21, K:2019/716 sayı ile,2577 sayılı Kanunun 15. maddesinin l/a bendi uyarınca davanın yetki yönünden reddine, dava dosyasının yetkili Uşak İdare Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

UŞAK İDARE MAHKEMESİ: 11.2.2020 gün ve E:2019/36 sayı ile, 2009 yılına ilişkin "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol"hükümlerine; Protokol eki "Tip Sözleşme"deki hususlara yer verdikten sonra; "Gerek protokolün gerekse de sözleşmenin, taraflara karşılıklı olarak çeşitli hak ve yükümlülükler getirdiği, tarafların serbest iradelerine dayandığı, ticari nitelikli olduğu, Kamu Hukukunun ve dolayısıyla kamu gücünün bu sözleşmede yerinin bulunmadığı; Protokolde, tarafların karşılıklı fesih yetkilerinin bulunduğu, belirlenen oranda indirim yapan her eczane ile anlaşma yapılacağı gibi hususlara yer verildiği görülmektedir.

Bu durum karşısında, sözleşme kamu hukuku ağırlıklı değil, tarafların serbest iradesi ile oluşmaktadır. İdarenin sözleşmedeki fesih ve diğer yetkilerinin karşı taraftan fazla bulunması, bu sözleşmenin özel sözleşme niteliğini etkilemediği gibi; kamu hizmetine ilişkin bulunsa da idarenin üstün yetkilerle donatıldığı sonucunu doğurmamaktadır. Yapılan protokol, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlık yardımları karşılanan kişilere eczaneden indirimi ilaç alınması koşullarını belirlediğine göre; sözleşmenin devamı aşamasında ortaya çıkan, Uşak ilinde davalı idarece uygulanması sırasında "Mor ve turuncu reçeteye yazılması zorunlu olan ilaçların yer aldığı reçete dağılım listesine ait tur"un 2015 yılı Haziran ayında başlayan döngüsünde, eczanesinin döngüye dahil edilmemesi işleminin iptali istemiyle açılan davanın görümü ve çözümünde; anılan sözleşme ve protokol hükümleri ile özel hukuk kuralları uyarınca adli yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, yukarıda yer verilen Kanun hükmü uyarınca dava konusu uyuşmazlığın çözümünün adli yargının görevine girdiği ve davanın görev yönünden reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 05.06.2017 tarihli E:2017/227, K:2017/352 sayılı kararı ve 08.04.2013 tarih ve E:2012/131, K:2013/471 sayılı kararı da bu yöndedir.

Açıklanan nedenlerle, adli yargının görev alanına giren davada Mahkememizin görevli olmadığına, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun 19. maddesi uyarınca görevli yargı yerinin belirlenmesi için dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine ve dosya incelemesinin bu konuda Uyuşmazlık Mahkemesince karar verilinceye kadar ertelenmesine…" karar vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Hicabi DURSUN'un Başkanlığında, Üyeler: Şükrü BOZER, Mehmet AKSU, Birol SONER, Aydemir TUNÇ, Nurdane TOPUZ ve Ahmet ARSLAN'ın katılımlarıyla yapılan 28.5.2020 günlü toplantısında:

I-İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre; İdare Mahkemesince, idari yargı dosyası ile birlikte adli yargı dosyası da gönderilmek suretiyle 2247 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde öngörülen şekilde başvurulduğu ve usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından, adli ve idari yargı yerleri arasında doğan görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oy birliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim Taşkın ÇELİK'in, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Halil İbrahim ÇİFTÇİ ile Danıştay Savcısı Yakup BAL'ın davada adli yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, Uşak ilinde faaliyet gösteren ve kendisiyle ilaçların indirimli alınması hususunda sözleşme imzalanan Eylül Eczanesinin sahibi ve mesul müdürü olan davacının vekili tarafından; 01.02.2012 tarihli "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol'ün Uşak ilinde davalı idarece uygulanması kapsamında; davalı Oda'nın, protokolün uygulanması adı altında, limit uygulamasıyla hukuka aykırı işlemler yaptığı ve mağduriyet yaşandığından bahisle; adli yargı yerinde; davalı tarafça belirlenen aylık toplam 89.000 limitle grup gözetmeksizin reçete karşılaması ve bu reçeteler için oda onayı aranmaması yönünde teminatsız/teminatlı olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesine ve tedbirin dava sonuna kadar devamına; sözleşme eki protokol maddesinde sayılan reçete grupları bakımından davalı oda uygulaması ile oluşturulan muarazanın giderilmesine veya aylık limitin, davalı tarafça belirlenen aylık limitlerin grup gözetmeksizin toplam tutarı kadar belirlenmesine ve bu limit için oda onayı aranması ile oluşturulan muarazanın giderilmesine; davalı oda uygulaması ile oluşturulan muarazanın usul ve yasaya aykırılığının tespitine; idari yargı yerinde ise; Mor ve turuncu reçeteye yazılması zorunlu olan ilaçların yer aldığı reçete dağılım listesine ait tur'un 2015 yılı Haziran ayında başlayan döngüsünde, müvekkilinin eczanesinin döngüye dahil edilmemesi işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Bir kamu hizmetinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan mal veya hizmet temini sırasında, "idarede kanunilik" ilkesi gereğince idarenin belirli usul ve esaslara uyması zorunlu olup; işin sözleşmeye bağlanmasından önce geçen bu süreçte tesis edilen işlemlerin, kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olması nedeniyle idari işlem niteliğini taşıması karşısında, yargısal denetiminin idare hukuku ilkelerine göre idari yargı yerlerince yapılacağı tartışmasızdır. Ancak, işin sözleşmeye bağlanmasından sonraki işlemlerin hangi hukuki rejime tabi olacağının tespiti için, yapılan sözleşmenin konusu ile içerdiği hüküm ve koşulların niteliğinin ayrıca incelenmesi gerekecektir.

İdari sözleşme, idarenin kamusal yetkisine dayanarak, kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı nedeniyle yaptıkları

sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı ve üstün hak ve yetkilerini içerirler. İdare, bu sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir, Bu nitelikte olmayan diğer sözleşmeler ise, genelde özel hukuk alanında, özel hukuk kurallarına göre düzenlenir.

Dava dosyalarının incelenmesinden; Uşak İli'nde eczane işleten davacı ile Sosyal Güvenlik Kurumu ile Türk Eczacıları Birliğinin ortaklaşa imzaladıkları protokol esaslarına uygun Tip Sözleşmenin/Sözleşmelerin, Davacı, SGK ve davalı Oda tarafından imzalandığı; davacı tarafça; 01.02.2012 tarihli "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol ün3.7. maddesine göre reçete gruplarının her birinin bir grup olarak kabulü ve eşit paylaşım esasına dayanılarak üst limitli olarak karşılanması gerekirken, davalı Oda'nın protokol hükümlerine aykırı olarak reçete gruplarını da kendi içinde iki ayrı gruba ayırarak sıralı kotalı ve aylık kotalı olmak üzere ikili bir sistem uygulamaya başladığı; davalının eczacıları mecbur ettiği limitli satış rakamları ve dağıtım için belirlenen ikili usulün mevzuatta ya da tip sözleşmelerde yer almadığı, iş yapmayan eczacı ile çok çalışanın eşit kabulünün ticari hayatın gereklerine uymadığı, davacının söz konusu sözleşmeyi özgür iradesi ile imzalamadığı, aksi takdirde SGK'ya ilaç satışı yapılamayacağı; sözleşme 2012 yılında imzalandığı halde bu tarihten önce verilen reçetelerin de sıralı üst limitli sistem içinde değerlendirildiği iddia edilerek; adli yargı yerinde, kendilerine, tüm reçete gruplarını kapsayacak şekilde grup gözetmeksizin aylık toplam yeni bir satış limiti belirlenmesi ve reçete limiti için oda onayı aranması ile oluşturulan muarazanın giderilmesi; mahkeme aksi kanaatte ise aylık limitin davalı tarafça belirlenen aylık limitlerin grup gözetmeksizin toplam tutarı kadar belirlenmesi ve bu limit için oda onayı aranması ile oluşturulan muarazanın giderilmesi; oda uygulaması ile oluşturulan muarazanın usul ve yasaya aykırılığın tespitine karar verilmesi istemiyle; idari yargı yerinde ise; anılan Protokol "ün Uşak ilinde davalı Oda'ca uygulanması sırasında "Mor ve turuncu reçeteye yazılması zorunlu olan ilaçların yer aldığı reçete dağılım listesine ait tur'un 2015 yılı Haziran ayında başlayan döngüsünde, eczanelerinin döngüye dahil edilmemesi işleminin iptali istemiyle dava açıldığı; davalı Oda tarafından, davacı tarafın iddialarına karşılık verilen cevap dilekçelerinde ise; sağlık sektöründeki usulsüzlükler nedeniyle suistimaller yaşandığı için protokoller düzenlenerek haksız kazançların önlenmesinin ve başlatılan uygulama ile eczacılar arasındaki haksız rekabetin, gereksiz ilaç sarfiyatının önlenmesinin amaçlandığı, sıralı reçete dağıtım uygulamasının yatan hasta reçetelerinde Sağlık Bakanlığı ile Eczacılar Birliği arasında imzalanarak yaygınlaştırıldığı; sağlık hizmetlerine kolay ve eşit ulaşım hakkının sağlandığı, davacının protokol imzalayarak uygulamayı kabul ettiği belirtilerek, davanın reddinin gerektiğini savunduğu anlaşılmıştır.

Diğer taraftan, 2012 yılına ilişkin "SOSYAL GÜVENLİK KURUMU KAPSAMINDAKİ KİŞİLERİN TÜRK ECZACILARI BİRLİĞİ ÜYESİ ECZANELERDEN İLAÇ TEMİNİNE İLİŞKİN PROTOKOL" hükümleri incelendiğinde; Protokolün taraflarının Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türk Eczacıları Birliği olduğu; konusunun, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlık yardımları karşılanan ve bu protokolün (2) numaralı maddesinde belirtilen kişilere, serbest eczanelerden ilaç ve provizyon sisteminde yer alan tıbbi malzemelerin teminine ilişkin usul ve esaslar ile karşılıklı hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi olarak belirtildiği; dayanak olarak, protokolün; 5510 sayılı Kanunun 73 üncü maddesi, 5502 sayılı Kanun ile 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanununun 39 uncu maddesinin (j) fıkrası hükümlerinin gösterildiği; protokolün (2) numaralı maddesinde, protokole göre hizmet alacak kişilerin, SUT'un (1.2) numaralı maddesinde belirtilen kişiler şeklinde belirleme yapıldığı; Uygulanacak Usul ve Esaslar genel başlıklı 3.maddenin, 3.1. alt bendinde; sayılan merkez, kurum hekimleri ve işyeri hekimleri tarafından düzenlenen reçetelerin sözleşmeli eczaneler tarafından bu protokol ve bu protokolün imzalandığı tarihteki SUT hükümleri çerçevesinde karşılanacağının; 3.7.alt bendinde, protokol ekinde (EK-4) belirtilen reçetelerin Türk Eczacıları Birliği sorumluluğunda ve ilgili Bölge Eczacı Odası koordinasyonunda eczanelerce eşit paylaşım esasına dayanarak karşılanacağının, söz konusu reçetelerin eczacı tarafından Bölge Eczacı Odasına onaylatıldıktan sonra Kuruma fatura edileceğinin; 3.14.'te, Kurumca belirlenecek bazı medikal malzemelerin bu Protokol kapsamında sözleşmeli eczanelerden temin edileceğinin; 4.1.maddede; Sözleşmeli eczanelerce protokolde belirtilen esaslar çerçevesinde karşılanan ve her ayın ilk ve son gününü kapsayan döneme ait reçetelerin, o aya ait son günün tarihini taşıyacak şekilde provizyon sistemi üzerinden dönem sonlandırması yapılarak faturalandırılacağının; "SÖZLEŞMENİN FESHİ VEEZAİ ŞARTLAR" başlığını taşıyan 5.maddesinde; 5(1.) tarafların bir ay önceden yazılı bildirimde bulunmak şartıyla sözleşmeyi her zaman feshedebileceğinin belirtildiği; Protokolün "PROTOKOLE İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLER" başlıklı 7.maddesinde; (7.1.) Kurumla eczane arasında bu protokol esaslarına göre sonraki her yılın Nisan ayında sözleşme yenileneceği, Kurum ile TEB arasında yapılacak ek protokol veya protokollerle düzenleme yapılması halinde, sözleşmeli eczacının bu düzenlemelere uymakla yükümlü olduğu; Kurumun, protokol hükümlerini kabul eden ve başvuru formunu getiren her eczacı ile (feshi gerektirecek hususlar nedeniyle sözleşmeleri feshedilenlerin fesih süreleri boyunca ve muvazaalı olarak açıldığı kanıtlanan eczaneler hariç) sözleşme yapacağı; Eczacının sözleşmede protokol hükümlerini okuduğunu ve kabul ettiğini el yazısı ile yazacağı; (7.5.) Eczanenin kapanması halinde; kapanma tarihinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği, kapanış işleminin 15 (onbeş) gün içinde Kuruma bildirileceği; (7.15.) Eczacıların, sözleşme yaparken 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanununun 39 uncu maddesine dayanılarak, bu protokolün tüm maddelerini, sayfalarını ve eklerini içeren TEB tarafından bastırılmış ve her sayfası eczacı tarafından imzalanmış "Tip Sözleşmesini" (EK-1) kullanacakları; Eczanenin yapacağı indirim oranının tespiti amacıyla Protokolün eki (EK-5) formunun bir örneğinin Kurum taşra teşkilatına ibraz edileceği; (7.16.) Sözleşmelerin 01/03/2012 tarihine kadar imzalanarak Kuruma teslim edileceği, bu tarihe kadar sözleşme yapılmaması halinde eczacının mevcut sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı; "YÜRÜTME" başlıklı 10.maddesinde; (10.1.) bu protokolün yürütümünün Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türk Eczacıları Birliği tarafından yapılacağı; Kurum ve TEB arasında 3'er kişilik yetkililerden oluşan bir komisyon kurulacağı; Komisyonun Ocak, Mayıs, ve Eylül aylarının ilk haftasında toplanacağı; Protokolün/sözleşmenin yürütülmesindeki aksaklıkları ve itirazları değerlendirerek karara varacağı; Komisyonun, protokolde revizyon yapılması halinde söz konusu hususları yazılı olarak tutanak altına alacağı; tarafların bir ay önceden yazılı bildirimde bulunmak şartıyla, bu protokolü feshetme hakkına sahip oldukları; (10.2.) bu protokol içeriği sözleşmenin yürütümünün Kurum taşra teşkilatı tarafından yapılacağı hususlarına yer verilmiş; bu

bağlamda, “SOSYAL GÜVENLİK KURUMU İLE ECZACI ARASINDA İMZALANACAK TİP SÖZLEŞME 4.KADEME-%3 İNDİRİM” de ise; Sosyal Güvenlik Kurumu ile Eczane sahibi ve mesul müdürü arasında, Sosyal Güvenlik Kurumu ile Türk Eczacıları Birliğinin ortaklaşa imzaladıkları protokol esaslarına uygun olarak hizmet sunulması amacıyla iş bu sözleşmenin yapılmış olduğu; bu sözleşmenin; Sosyal Güvenlik Kurumu sağlık yardımlarından yararlandırılanların tabi oldukları mevzuat hükümleri çerçevesinde muayene ve tedavileri sonucunda düzenlenecek reçetelerdeki muhteviyatın (sözleşme yapılan) eczaneden protokolde belirlenen hükümlere göre, belirlenen oranda indirim uygulanmak suretiyle alınmasını kapsadığı; Kurum ile Türk Eczacıları Birliği arasında yapılacak Ek Protokol/Protokollerle düzenleme yapılması halinde, sözleşmeli eczanelerin bu düzenlemelere uymakla yükümlü oldukları hususlarına yer verildiği ve anılan sözleşmenin davacı eczane, Sosyal Güvenlik Kurumu ve davalı Oda yetkililerince imza altına alındığı görülmüştür.

Serbest meslek erbabı olan eczacıların, mesleklerini icra edebilmeleri için Kurum ile sözleşme imzalaması gibi bir zorunluluk bulunmadığı; Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının sigortalılarına, ücretini daha sonra Kurumdan tahsil etmek şartı ile ilaç satışına aracılık etmesi için bağlı oldukları meslek örgütü olan Türk Eczacılar Birliği ile yapılmış olan ve ekinde Tip sözleşmeyi içeren protokol kurallarına ve sözleşme hükümlerine uymayı kendi rızaları ile kurumla karşılıklı sözleşme imzalayarak kabul edebilecekleri de açıktır.

Sözleşmenin ve protokolün, taraflara karşılıklı olarak çeşitli hak ve yükümlülükler getirdiği, tarafların serbest iradelerine dayandığı, ticari nitelikli olduğu, Kamu Hukukunun ve dolayısıyla kamu gücünün bu sözleşmede yerinin bulunmadığı; Protokolde, tarafların karşılıklı fesih yetkilerinin bulunduğu, belirlenen oranda indirim yapan her eczane ile anlaşma yapılacağı gibi hususlara yer verildiği görülmektedir

Bu durum karşısında, sözleşme kamu hukuku ağırlıklı değil, tarafların serbest iradesi ile oluşmaktadır. İdarenin sözleşmedeki fesih ve diğer yetkilerinin karşı taraftan fazla bulunması, bu sözleşmenin özel sözleşme niteliğini etkilemediği gibi; kamu hizmetine ilişkin bulunsa da idarenin üstün yetkilerle donatıldığı sonucunu doğurmamaktadır. Yapılan protokol, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlık yardımları karşılanan kişilere eczaneden indirimi ilaç alınması koşullarını belirlediğine göre; taraflar arasındaki sözleşmenin/protokolün uygulanmasından doğan uyuşmazlığın anılan sözleşme hükümleri ve özel hukuk kuralları uyarınca adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Uşak İdare Mahkemesi’nin başvurusunun kabulü ile Uşak 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin, 20.9.2018 gün ve E:2018/413, K:2018/470 sayılı görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

S O N U Ç:Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Uşak İdare Mahkemesi’nin BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile Uşak 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin, 20.9.2018 gün ve E:2018/413, K:2018/470 sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 28.5.2020 gününde OY BİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye
Hicabi	Şükrü	Mehmet	Birol
DURSUN	BOZER	AKSU	SONER

Üye	Üye	Üye
Aydemir	Nurdane	Ahmet
TUNÇ	TOPUZ	ARSLAN