

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

10 **Dosya Sayısı** : 2009-2-60 (Soruşturma)
Karar Sayısı : **10-80/1687-640**
Karar Tarihi : 23.12.2010

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ (İkinci Başkan)
Üyeler : Mehmet Akif ERSİN, İsmail Hakkı KARAKELLE,
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Murat ÇETİNKAYA,
Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : E. Ebru ÖZTÜRK, Sinan ÇÖRÜŞ, Can TANERİ

C. BAŞVURUDA BULUNANLAR : - Gizlilik talebi bulunmaktadır.

20 **D. HAKKINDA SORUŞTURMA**

YAPILANLAR : - Diakan Tıbbi Cihaz ve Malzemeleri Tic. Ltd. Şti.
Çınar Mah. Yıldırım Beyazıt Cad. No:11 Bornova/İzmir

- Diamar Sağlık Ürünleri Tic. Ltd. Şti.
Rıfki Tongsir Cad. Dik Sok. No:15 Kat:5 İdealtepe-Maltepe/
İstanbul
Temsilcisi: Av. Muhammed TOKPINAR
Atatürk Cad. Beşevler Sokak Kökçin Apt. No:10 Kat:1 Daire:1
Maltepe/İstanbul

30 - Diamed Medikal San. Tic. A.Ş.
Yıldız Cad. Yenidoğan Sok. Erol Apt. No:3 D:1 80700
Beşiktaş/İstanbul

- Dinamik Bilgisayar ve Medikal Ürünler San. Tic. Ltd. Şti.
Hasanpaşa Eğitim Mah. Poyraz Sok. No:20 Detay İş Merkezi
Kat: 2 D: 8 Kadıköy/İstanbul

- Diya-tek Diyaliz Tekstil Medikal Bilgisayar Pazarlama San. ve
Tic. Ltd. Şti.
Bosna Hersek Cad. 90. Sok. No: 35 F Blok D:11 Emek/Ankara

40 - Ece Tıbbi Ürünler ve Sistemleri Ticaret Ltd. Şti.
Koza Sok. No: 138/8 Gaziosmanpaşa/Ankara
Temsilcileri: Dr. Kemal Tahir SU ve Dr. Aydın ÖZTUNALI
Midas Danışmanlık A.Ş. Turan Güneş Bulvarı 63/1 Yıldız/Ankara

- Egemar Dış Ticaret Ltd. Şti.
Kadir Has Cad. Panorama Sok. Değirmen Apt. No:37
İdealtepe/Maltepe/İstanbul
Temsilcisi: Av. Muhammed TOKPINAR
Atatürk Cad. Beşevler Sokak Kökçin Apt. No:10 Kat:1 Daire:1
Maltepe/İstanbul

- 50 - Farmasol Tıbbi Ürünler San. ve Tic. A.Ş.
Organize Sanayi Bölgesi 18. Cad. No:7 Melikgazi/Kayseri
Temsilcileri: Av. S. Murat ÇELİKTEN ve Av. Elif SEVİNÇ
454. Sokak Ulusoy Plaza Kat:7 No:9/26-27 06520 Çukurambar
Çankaya/Ankara
- Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş.
Eski Büyükdere Cad. Ayazağa Yolu No:7 Giz 2000 Plaza Kat: 18
34398 Maslak/İstanbul
Temsilcileri: Dr. Kemal Tahir SU ve Dr. Aydın ÖZTUNALI
Midas Danışmanlık A.Ş. Turan Güneş Bulvarı 63/1 Yıldız/Ankara
- 60 - Gambrotürk Tıbbi Ürünler ve Sağlık Ticaret Ltd. Şti.
Turan Güneş Bulvarı 71. Sok. No:13/3 Çankaya/Ankara
Temsilcisi: Av. R. Müfit SONBAY
Cinnah Cad. Farabi Sokak No:32/1 Çankaya/Ankara
- Gelişim Endüstriyel Analitik Tıbbi Ürünler Tic. Ltd. Şti.
Cumhuriyet Bulvarı No:234/2 Alsancak/İzmir
Temsilcileri: Av. Emre İNCULA ve Av. Özge BAYIR
Atatürk Bulvarı 231/19 Ata Apt. Kat:5 Kavaklıdere/Ankara
- Medikocan Tıbbi Ürünler San. Tic. Ltd. Şti.
Korutürk Mah. Kestane Sok. No: 60 Balçova/İzmir
Temsilcileri: Av. Umur UĞUR- Av. Fettah TÜRK
70 Hürriyet Bulvarı No:4/1 Kavala İş Merkezi Kat:5/506
Çankaya/İzmir
- Met-Har Sağlık Hizmetleri A.Ş.
Kennedy Cad. No:49/2 Kavaklıdere/Ankara
- Nefrotıp Tıbbi Ürünler Elekt. ve Sağ. Hiz. Ltd. Şti.
Medrese Mahallesi Parsana Caddesi Mediko İş Merkezi Kat:1
No:4 Selçuklu/Konya
- Pozitif Medikal Turizm Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Çünür Mah.102 Cad.Süleyman Demirel Bulvarı Özyavuz Gaziler
Apt. No:255 Kat:1/6 Isparta
80 Temsilcisi: Av. Ülkem BAŞ
Pirim Mehmet Mahallesi S. Demirel Bulvarı Uzunhasanoğlu Apt.
No:77/2 Isparta
- Renal İlaç Kimya ve Sağlık Ürünleri San. ve Paz. Ltd. Şti.
Hacı Yusuf Mescit Mah. Kısmet Sok. No:1 Karatay/Konya
- Renka Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.
Güzeloba Mah. 2136. Sok No:28 Güzeloba/Antalya
Temsilcileri: Ali İLİCAK ve Hilal UTKU
Maya Akar Center Büyükdere Cad. No:100/10 34394
Esentepe/İstanbul
- 90 - Sasan Sağlık Hizmetleri Üretim ve Pazarlama A.Ş.
Tuna Cad. 30/A Yenışehir 06420 Ankara
Temsilcisi: Av. Olcayto ERTUĞRUL
Konur Sokak No: 39/9 06440 Bakanlıklar/Ankara

- Türkamed Medikal San. ve Tic. Ltd. Şti.
Örnek Mah. Ercüment Batanay Cad. No: 31/6 Üsküdar/İstanbul
Temsilcisi: Av. İbrahim DURSUN
Serçeönü Mahallesi Ahmet Paşa Caddesi İkizler İş Merkezi
A Blok No:20 Kat:7/701 Kayseri

100 **E. DOSYA KONUSU: Diyaliz cihazı ve diyaliz sarf malzemeleri pazarlarında faaliyet gösteren bazı teşebbüslerin anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiası.**

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından gönderilen yazıda Başbakan'a hitaben yazılan ve Başbakanlık Özel Kalem Müdürlüğü tarafından kendilerine intikal ettirilen dilekçede yer alan iddiaların Kurumumuzca değerlendirilmesinin uygun olacağına mütalaa edildiği ifade edilmektedir. Anılan yazıda;

- 110 – Fresenius'un yetkili teknik servisleri (YTS) ile yapmış olduğu Hemodiyaliz Sistemleri YTS Sözleşmesi'nin 2.12 maddesinde; *"Garanti süresi veya servis sözleşmesi süresi sona ermiş müşteriler için servis bedeli 70 Euro'dur"* hükmü yer almasına rağmen, devlet hastanelerinin tamamına yakını ile bu fiyatın çok üzerinde bir fiyatta anlaşıldığı,
- 110 – Sağlık Bakanlığı tarafından 1997 ve 2001 yıllarında hemodiyaliz cihazları ile ilgili hazırlanan Teknik Şartname'nin 41. maddesinde *"Garanti süresi sonunda cihazın bakım bedeli yıllık olarak KDV hariç ihale bedelinin %3'ünü, parça dahil ihale bedelinin %5'ini geçmeyecektir"* hükmü bulunmasına rağmen, YTS'lerin tekel olmalarından ötürü bu maddeye uyulmadığı

ifade edilmektedir.

Aynı başvuru sahibi tarafından gönderilen dilekçede bu hususlara ek olarak;

- 120 – Cihaz satış ihalelerinde firmaların birbirleriyle anlaşarak, ihalenin mutabık kalınan firmada kalmasını sağladıkları,
- Fresenius YTS'lerinin hemodiyaliz cihazları bakım hizmetlerine ilişkin fiyatlarının ilden ile kayda değer oranda değiştiği,
- Fresenius'un YTS'lere belirli bölgeler verdiği, müşteri memnun olmasa bile başka bir YTS ile anlaşmadığı, hatta diğer YTS'lerin cihazlar için yedek parça bile tedarik edemediği,
- Kendi YTS'leriyle anlaşması olmayan devlet ve üniversite hastaneleri ile özel diyaliz merkezlerine yedek parça satışının daha yüksek fiyattan gerçekleştirildiği, özel olarak talep edilmedikçe yedek parça fiyat listesinin müşteriye verilmediği, yedek parça tedarikinin de mümkün olduğunca geciktirildiği

130 iddia edilmektedir.

Sağlık Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından gönderilen yazıda kendilerine intikal ettirilen dilekçede yer alan iddiaların Kurumumuzca değerlendirilmesinin uygun olacağına düşünüldüğü ifade edilmektedir. Dilekçede özetle;

- Ege ve Marmara Bölgeleri'nde diyaliz sarf malzemesi satışı yapan firmalar arasında anlaşma sağlanarak, ihalelerin paylaşılmaya başlandığı, kamu kurumlarının açmış olduğu ihalelerde normal satış fiyatlarının %50 oranında arttırılarak ihalelerin alındığı ve devletin büyük zarara uğratıldığı,
- Ege Bölgesi'nde mutabakatın 2009 yılı başında sağlandığı, anlaşma sağlanan bu 11 ilin İzmir, Manisa, Çanakkale, Uşak, Afyon, Kütahya, Aydın, Denizli, Burdur,

140 Isparta ve ilçeleri olduğu, aynı durumun Marmara Bölgesi'nde de geçerli olduğu, Marmara'da yaklaşık 4-5 yıldır firmalar arası münasebetin var olması sebebiyle fiyatların hep üst düzeyde seyretmiş olduğu

ifade edilerek, gereğinin yapılması talep edilmektedir.

Kurum kayıtlarına intikal eden ve gizlilik talebi bulunan e-postalarda ise Gambrotürk Tıbbi Ürünler ve Sağlık Ticaret A.Ş. ile piyasada diyaliz malzemeleri satan bazı firmaların ihalelerde anlaşma yaparak devleti zarara uğrattıkları ifade edilerek, bazı hastane ihaleleri örnek olarak verilmekte ve gereğinin yapılması talep edilmektedir.

G. DOSYA EVRELERİ:

150 1. Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından gönderilen yazı 2.2.2009 tarih ve 804 sayı ile, aynı başvuru sahibi tarafından gönderilen ve gizlilik talebi bulunan dilekçe 10.4.2009 tarih ve 2653 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

2. Rekabet Kurulu'nun 29.04.2009 tarih ve 09-20/399-M sayılı kararı ile Fresenius Medical Care A.Ş.; Fresenius Medical Care A.Ş., Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş. ve Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş.'nin tüm bayi, ana bayi ve servisleri; Gambrotürk Tıbbi Ürünler ve Sağlık Ticaret A.Ş. ile bu şirketin tüm bayi ve servisleri hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

160 3. Rekabet Kurumu kayıtlarına 30.3.2009 tarih ve 2257 sayı ile intikal eden ve gizlilik talebi bulunan şikayet dilekçesi üzerine düzenlenen 28.04.2009 tarih ve 2009-2-74/İİ-09-İA sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 06.05.2009 tarih ve 09-21 sayılı toplantısında görüşülerek, anılan önaraştırma kapsamına Renka Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.'nin de dahil edilmesine karar verilmiştir.

170 4. Yapılan önaraştırma sonunda hazırlanan 15.06.2009 tarih ve 2009-2-60/ÖA-09-EÖ sayılı Önaraştırma Raporu, Rekabet Kurulu'nun 18.06.2009 tarihli ve 09-29 sayılı toplantısında görüşülerek; Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş. (Fresenius), Gambrotürk Tıbbi Ürünler ve Sağlık Ticaret Ltd. Şti. (Gambro), Renka Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti. (Renka), Ece Tıbbi Ürünler ve Sistemleri Ticaret Ltd. Şti. (Ece), Medikocan Tıbbi Ürünler San. Tic. Ltd. Şti. (Medikocan), Diamed Medikal San. Tic. A.Ş. (Diamed), Met-Har Sağlık Hizmetleri A.Ş. (Methar), Pozitif Medikal Turizm Gıda San. Tic. Ltd. Şti. (Pozitif), Diamar Sağlık Ürünleri Tic. Ltd. Şti. (Diamar), Egemar Dış Ticaret Ltd. Şti. (Egemar), Türkamed Medikal San. ve Tic. Ltd. Şti. (Türkamed), Farmasol Tıbbi Ürünler San. ve Tic. A.Ş. (Farmasol), Diakan Tıbbi Cihaz ve Malzemeleri Tic. Ltd. Şti. (Diakan), Nefrotıp Tıbbi Ürünler Elekt. ve Sağ. Hizm. Ltd. Şti. (Nefrotıp), Renal İlaç Kimya ve Sağlık Ürünleri Sanayi ve Paz. Ltd. Şti. (Renal), Dinamik Bilgisayar ve Medikal Ürünler San. Tic. Ltd. Şti. (Dinamik), Gelişim Endüstriyel Analitik Tıbbi Ürünler Tic. Ltd. Şti. (Gelişim) ve Diya-tek Diyaliz Tekstil Medikal Bilgisayar Pazarlama San. ve Tic. Ltd. Şti. (Diyatek) hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespiti amacıyla soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

180 5. 4054 sayılı Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca soruşturma kararı ve teşebbüsler ile ilgili olarak ileri sürülen iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgi, 03.07.2009 tarih ve 2723, 2724, 2725, 2726, 2729, 2730, 2731, 2732, 2733, 2734, 2735, 2736, 2737, 2738, 2739, 2740 sayılı, 6.7.2009 tarih ve 2775 sayılı, 8.7.2009 tarih ve 2793 sayılı yazılar ile hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslere tebliğ edilerek 30 gün içinde ilk yazılı savunmalarını yapmaları talep edilmiştir.

- 190 **6.** Türkamed, Renka, Renal, Pozitif, Nefrotip, Methar, Gelişim, Gambro, Medikocan, Ece, Diamed, Fresenius, Farmasol, Egemar, Dinamik, Diyatek, Diamar ve Diakan'ın ilk yazılı savunmaları Kurum kayıtlarına sırasıyla 27.07.2009 tarih, 5344 sayı; 28.7.2009 tarih, 5347 sayı; 28.7.2009 tarih, 5358 sayı; 28.7.2009 tarih, 5359 sayı; 28.7.2009 tarih, 5363 sayı; 28.7.2009 tarih, 5366 sayı; 29.7.2009 tarih, 5381 sayı; 30.7.2009 tarih, 5420 sayı; 31.7.2009 tarih, 5424 sayı; 31.7.2009 tarih, 5437 sayı; 31.7.2009 tarih, 5458 sayı; 04.8.2009 tarih, 5534 sayı; 5.8.2009 tarih, 5574 sayı; 06.8.2009 tarih, 5583 sayı; 6.8.2009 tarih, 5595 sayı; 11.8.2009 tarih, 5678 sayı; 13.8.2009 tarih, 5719 sayı ve 17.8.2009 tarih, 5777 sayı ile intikal etmiştir.
- 7.** Soruşturma heyetinin talebi üzerine, Rekabet Kurulu'nun 11.11.2009 tarih ve 09-54/1286-M sayılı kararı ile soruşturma süresinin altı ay uzatılmasına karar verilmiştir.
- 8.** Gizlilik talebi bulunan e-postalar 21.12.2009 tarih, 9091 sayı ve 5.1.2010 tarih, 65 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- 200 **9.** Rekabet Kurulu'nun 8.4.2010 tarih ve 10-29/444-M sayılı kararı ile Sasan Sağlık Hizmetleri Üretim ve Pazarlama A.Ş. (Sasan)'nin de soruşturma kapsamına dahil edilmesine karar verilmiştir.
- 10.** Sasan'ın ilk yazılı savunması 3.5.2010 tarih ve 3558 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- 11.** Tarafların ikinci yazılı savunmaları süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan Ek Yazılı Görüş, Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca tüm Kurul Üyeleri ve ilgili taraflara gönderilmiştir.
- 12.** Tarafların Ek Görüş'e karşı cevap yazıları süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- 210 **13.** Tarafların talebi üzerine, Rekabet Kurulu'nun 10.11.2010 tarih ve 10-71/1481-M tarihli kararı ile 21.12.2010 günü saat 10.00'da sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiştir. Sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46/2. maddesi uyarınca ilgililere gönderilmiştir.
- 14.** Fresenius Kurum kayıtlarına 2.11.2010 tarih ve 8353 sayı ile intikal eden Ek Görüş'e karşı cevap yazısı ile, Renka ise 10.12.2010 tarih ve 9352 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal eden yazı ile sözlü savunma toplantısının gizli yapılmasını talep etmiştir.
- 220 **15.** Rekabet Kurulu 17.12.2010 tarihli toplantısında bu talepleri değerlendirmiş ve 4054 sayılı Kanun'un 47. maddesi ve 2010/2 sayılı Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ'in 9. maddesinde öngörülen koşulların karşılanmadığı gerekçesiyle söz konusu taleplerin reddine karar vermiştir.
- 16.** 21.12.2010 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısında Fresenius, Gambro, Renka, Ece, Sasan ve Gelişim savunmalarını yapmışlardır.
- 17.** Rekabet Kurulu 23.12.2010 tarihinde 10-80/1687-640 sayı ile nihai kararını vermiş ve karar Kanun'un 49. maddesi uyarınca 28.12.2010 tarihinde teahhüt edilmiştir.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

230 Raportörler tarafından;

1. Fresenius, Gambro, Renka, Sasan ve Ece'nin anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri,
2. Anılan teşebbüslere aynı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" uyarınca idari para cezası uygulanması gerektiği,
3. Nefrotıp, Türkamed, Renal, Pozitif, Methar, Gelişim, Medikocan, Diamed, Farmasol, Egemar, Diamar, Dinamik, Diyatek ve Diakan'ın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiklerine dair yeterli bulguya ulaşamadığı,
- 240 4. Fresenius'un YTS'leri ile imzaladığı Hemodiyaliz Sistemleri YTS Sözleşmesi'nin Kanun'un 4. maddesinde belirtilen "belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği,
5. Fresenius'un ilgili ürün pazarındaki pazar payı dikkate alındığında, bu anlaşmanın "2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında grup muafiyetinden yararlanmasının mümkün olmadığı,
- 250 6. Aynı anlaşmanın Kanun'un 5. maddesinde belirtilen bireysel muafiyet koşullarını yerine getirmediği, anlaşmaya bireysel muafiyet tanınamayacağı, anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği ve cezai yaptırıma tabi olduğu,

görüşleri belirtilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Taraflar

I.1.1. Fresenius

260 Almanya merkezli Fresenius Medical Care (FMC), dünyanın 150'den fazla ülkesinde faaliyet gösteren diyaliz cihaz ve sarf malzemeleri üreticisi ve diyaliz hizmeti tedarikçisidir. FMC'nin %50 oranındaki hissesi bir vakfın yönetimindedir; diğer %50'lik hissesi ise halka arz edilmiştir.

1981 yılında kurulan ve 1989 yılında Fresenius'un Türkiye temsilcisi olan Ece Uluslararası Ticaret A.Ş. ünvanlı şirket, 1996 yılında FMC tarafından satın alınmış ve şirket Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş. adıyla faaliyet göstermeye başlamıştır. Fresenius bünyesinde faaliyet gösteren diğer şirketler, kan seti üretimi yapan Novamed GmbH, diyaliz hizmetleri alanında faaliyet gösteren Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş. ve periton solüsyonlarının eczanelere dağıtım ve satışını yapan Fresenius Ecza Deposu A.Ş.'dir.

I.1.2. Gambro

270 Gambro, hem diyaliz cihazları, hem diyaliz sarf malzemeleri alanlarında faaliyet göstermekte ve Gambro markasının satışını yapmaktadır.

I.1.3. Renka

Renka, hem diyaliz cihazları, hem diyaliz sarf malzemeleri alanlarında faaliyet göstermekte ve Braun markalı ürünlerin satışını bayi olarak yapmaktadır.

I.1.4. Türkamed

280

Türkamed, diyaliz sarf malzemeleri alanında faaliyet göstermekte ve Haidylena markalı ürünlerin satışını gerçekleştirmektedir. Diyaliz cihazı alanında faaliyeti bulunmamaktadır. 2003-2008 yılları arasında, Haidylena Medikal San. ve Tic. A.Ş.'nin bayisi olarak faaliyet göstermiştir. 2009 yılı başından itibaren ise Haidylena markalı ürünlerin distribütörü olarak faaliyet göstermektedir.

I.1.5. Farmasol

Farmasol, diyaliz sarf malzemeleri alanında faaliyet göstermektedir. Baxter tarafından ithal edilen Nipro markalı ürünlerin satışını bayi olarak gerçekleştirmektedir. Ayrıca hemodiyaliz solüsyonları ve su arıtma cihazları üretimi de yapmaktadır. Farmasol'ün diyaliz cihazı alanında faaliyeti bulunmamaktadır.

I.1.6. Medikocan

290

Medikocan, hem diyaliz cihazları, hem diyaliz sarf malzemeleri alanlarında faaliyet göstermekte ve Fresenius markalı ürünlerin satışını yetkili satıcı olarak gerçekleştirmektedir.

I.1.7. Ece

Ece, hem diyaliz cihazları, hem diyaliz sarf malzemeleri alanlarında faaliyet göstermekte ve Fresenius markalı ürünlerin satışını yetkili satıcı olarak gerçekleştirmektedir.

I.1.8. Diamed

Diamed, hem diyaliz cihazları, hem diyaliz sarf malzemeleri alanlarında faaliyet göstermekte ve Fresenius markalı ürünlerin satışını yetkili satıcı olarak gerçekleştirmektedir.

I.1.9. Egemar

300

Egemar, diyaliz sarf malzemeleri alanında faaliyet göstermekte ve Asahi markalı ürünlerin satışını gerçekleştirmektedir. Diyaliz cihazı alanında faaliyeti bulunmamaktadır. Diamar ile aynı ekonomik bütünlük içindedir.

I.1.10. Diamar

Diamar, diyaliz sarf malzemeleri alanında faaliyet göstermekte ve Asahi markalı ürünlerin satışını gerçekleştirmektedir. Diyaliz cihazı alanında faaliyeti bulunmamaktadır. Egemar ile aynı ekonomik bütünlük içindedir.

I.1.11. Renal

310

Renal, hem diyaliz cihazları, hem diyaliz sarf malzemeleri alanlarında faaliyet göstermekte ve Bellco markalı ürünlerin satışını gerçekleştirmektedir. Ayrıca Bikardi adı altında diyaliz solüsyonu üretimi de yapmaktadır.

I.1.12. Methar

Methar, hem diyaliz cihazları, hem diyaliz sarf malzemeleri alanlarında faaliyet göstermektedir. Gambro markalı ürünlerin satışını bayi olarak gerçekleştiren Methar'ın, Gambro ile olan bayilik sözleşmesi 6.3.2010 tarihi itibarıyla sona ermiştir.

I.1.13. Pozitif

Pozitif, hem diyaliz cihazları, hem diyaliz sarf malzemeleri alanlarında faaliyet göstermekte ve Gambro markalı ürünlerin satışını gerçekleştirmektedir. Gambro ile olan bayilik sözleşmesi 6.3.2010 tarihi itibarıyla sona ermiştir.

I.1.14. Nefrotıp

320 Nefrotıp, hem diyaliz cihazları, hem diyaliz sarf malzemeleri alanlarında faaliyet göstermektedir. B-Braun'un Türkiye dağıtıcısı olarak faaliyet gösteren Renka ile aralarında bulunan bayilik sözleşmesi kapsamında B-Braun markalı ürünlerin satışını gerçekleştirmektedir.

I.1.15. Diyatek

Diyatek, diyaliz sarf malzemeleri alanında faaliyet göstermektedir. Hanaco markalı ürünlerin ve Vaksan A.Ş. tarafından ithal edilen Allmed ve Etropal markalı ürünlerin satışını gerçekleştirmektedir. Diyaliz cihazı alanında faaliyeti bulunmamaktadır.

I.1.16. Gelişim

330 Gelişim, diyaliz sarf malzemeleri alanında faaliyet göstermektedir. Asahi ve Hanaco'nun Türkiye distribütörü olan Sesa firmasının bayisi olarak faaliyet göstermektedir. Diyaliz cihazı alanında faaliyeti bulunmamaktadır.

I.1.17. Diakan

Diakan, hem diyaliz cihazları, hem diyaliz sarf malzemeleri alanlarında faaliyet göstermektedir. B-Braun'un Türkiye dağıtıcısı olarak faaliyet gösteren Renka ile aralarında bulunan bayilik sözleşmesi kapsamında B-Braun markalı ürünlerin satışını gerçekleştirmektedir.

I.1.18. Dinamik

340 Dinamik, diyaliz sarf malzemeleri alanında faaliyet göstermektedir. IBP markalı ürünlerin satışını distribütör olarak yapmaktadır. Diyaliz cihazı alanında faaliyeti bulunmamaktadır.

I.1.19. Sasan

Sasan, diyaliz sarf malzemelerinden sadece arter ven seti üretimi alanında faaliyet göstermektedir. Diğer sarf malzemelerinin üretim ya da satışını yapmamaktadır. 2006 yılının sonuna kadar Braun'un distribütörü olarak faaliyet göstermiştir.

I.2. Sektöre İlişkin Genel Bilgiler ve İlgili Pazar

350 Kronik böbrek yetmezliği tedavisinde hemodiyaliz, periton diyalizi ve böbrek nakli olmak üzere üç farklı yöntem uygulanmaktadır. Bunlardan en yaygın hemodiyalizdir. Hastanede veya diyaliz merkezinde hasta kanının bir makine yardımıyla alınarak temizlenip tekrar hastaya verilmesi yöntemine hemodiyaliz adı verilmektedir. Hemodiyaliz ile amaçlanan, böbrek yetmezliği sebebiyle böbrek fonksiyonlarını kaybeden hastaların, hayatlarını devam ettirebilmeleri için vücutta oluşan zehirli madde ve sıvıların vücuttan atılmasını sağlamaktır. 2008 yılı itibarıyla Türkiye genelinde yaklaşık olarak 50.000 böbrek yetmezliği hastası bulunduğu tahmin edilmektedir. Bu hastaların yaklaşık %70'i özel diyaliz merkezlerinde, %30'u ise kamuya ait diyaliz merkezlerinde sunulan hizmetlerden faydalanmaktadır.

Hemodiyaliz işlemi sırasında cihaza ek olarak diyalizör, arter ven seti, iğne, tuz ve solüsyon gibi sarf malzemeleri kullanılmaktadır. Diyaliz tedavisinde kullanılan

cihazların tamamı, sarf malzemeleri ve ilaçların ise çok önemli bir bölümü ülkemizde üretilmemekte, ithal edilmektedir.

360 Cihaz piyasasında Fresenius açık ara pazar lideri iken, sarf malzemelerinde daha yoğun bir rekabet söz konusudur. Cihaz piyasasında Fresenius, Gambro ve Braun öne çıkan markalar iken, sarf malzemeleri pazarında bu markaların yanı sıra Asahi, Haidylena, Baxter'ın piyasada kayda değer bir pazar payı bulunmaktadır. Markaların pazar paylarına aşağıda yer verilmektedir.

Tablo-1: Hemodiyaliz cihazı pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler ve 2009 yılı pazar payları

| Marka | Toplam Satış (Adet) | Pazar Payı (%) |
|-----------|---------------------|----------------|
| Fresenius | (.....) | (.....) |
| Gambro | (.....) | (.....) |
| B. Braun | (.....) | (.....) |
| Bellco | (.....) | (.....) |
| Toplam | (.....) | 100 |

Tablo-2: Diyalizör pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler ve 2009 yılı pazar payları

| Marka | Toplam Satış (Adet) | Pazar Payı (%) |
|-----------|---------------------|----------------|
| Fresenius | (.....) | (.....) |
| Gambro | (.....) | (.....) |
| Asahi | (.....) | (.....) |
| B. Braun | (.....) | (.....) |
| Xenium | (.....) | (.....) |
| Allmed | (.....) | (.....) |
| Haidylena | (.....) | (.....) |
| Bellco | (.....) | (.....) |
| Toray | (.....) | (.....) |
| IBP | (.....) | (.....) |
| Diğer | (.....) | (.....) |
| Toplam | (.....) | 100 |

370 Diyaliz hastalarının sürekli bu hizmetten faydalanma ve bakım zorunlulukları olması nedeniyle diyaliz hizmeti veren birimler, ülkenin çeşitli bölgelerine yayılmıştır. 2008 yılı itibariyle Türkiye'de bu birimlerin toplam sayısı 837'dir. Bunların 52'si üniversite, 385'i devlet hastaneleri bünyesinde faaliyet göstermekte olup, 400'ü özel diyaliz merkezidir. Yıllık seans sayısı yaklaşık 6.600.000'dir.

380 Soruşturma kapsamında diyaliz cihazı ve sarf malzemeleri pazarlarında faaliyet gösteren teşebbüslerin kartel kurdukları iddiası incelenmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi sarf malzemeleri diyalizör, arter ven setleri, iğne, tuz ve solüsyon gibi ürünlerden oluşmaktadır. Bunların her biri için ayrı ilgili ürün pazarı tanımlamak mümkün olmakla birlikte, ilgili ürün pazarını alt başlıklara ayırmanın inceleme kapsamında ulaşılabilecek sonuçları etkilemeyeceği göz önünde bulundurularak, ilgili ürün pazarları, "diyaliz cihazları pazarı" ve "diyaliz sarf malzemeleri pazarı" olarak belirlenmiştir. Ülke içinde rekabetin farklılaşmasına neden olacak bir unsurun bulunmaması sebebiyle, ilgili coğrafi pazar ise "Türkiye" olarak tespit edilmiştir.

I.3. Yapılan İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

Belge 1: Fresenius Almanya yetkilisi Sebastian Knoll tarafından 24.4.2009 tarihinde Fresenius Yönetim Kurulu Başkanı Şenol Taşdelen'e gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“... 2 – Piyasadaki Fiyat Dinamiklerinin yönetimi:

390 Piyasadaki fiyat dinamiklerinin yönetimi için sağlam bir analizin yanında iyi bir iletişimin de gerekli olduğunu vurgulamak isteriz. Rakiplerimiz bizim fiyatlandırma saiklerimizi anlamadığı takdirde, ‘barışçıl’ bir şekilde davranmamaları muhtemeldir. Dahası, rakipler fiyat artışına giderse -ki bazıları iyi olmayan kur koşullarından ötürü gidebilir- siz de onların bu hamlesini takip etmeyi ciddi bir şekilde düşünmelisiniz. Kimi zamanlar bir dağıtıcıyı piyasa dışına itebilirsiniz, ancak genellikle durum böyle olmaz.”

Belge 2: Fresenius yetkilisi Sinan Uzunlar tarafından Fresenius üst düzey yöneticilerine 12.1.2009 tarihinde gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Nurhayat Hanım merhaba,

9.10.2008 Cuma günü Ankara’da Tamer Bey ve Bölge Satış Müdürümüz Erkan Bey ile birlikte Sasan’dan Mehmet Ali Bey ile öğle yemeği yiyerek sektörde yaşanan sorunlar hakkında konuşma fırsatı bulduk.

400 Kendisine Market Survey’e koymak üzere B-Braun olarak 2008 yılında yapmış oldukları satışlar hakkında da sorular yönelttik. Buna göre B-Braun olarak 2008 yılında (.....) adet diyalizer satışı gerçekleştirmişler. Bu adetler B-Braun’un Renka’ya satmış oldukları adetler. Ancak bayileri Renka’nın elinde (.....)-(.....) bin stok olabileceğini de söylüyor.

(.....) adet HD cihaz satışı gerçekleştirmişler. Burada da (.....)-(.....) adet stok Renka’da bulunabilir diyor. Kendilerini Renka’ya cihazı (.....) Euro olarak ve genelde (.....) yıl içinde ödemeli olarak verdiğini söyledi. Bunun dışında Renka’nın yaptığı indirim, uzun vadeler veya üçüncü yıla garanti verilmesi gibi diğer olaylara karışmadığını söyledi.

410 Sasan olarak 2008 yılında (.....) civarı A/V satmışlar.

A/V set satış fiyatları ortalama olarak (.....) Euro ile (.....) Euro arasında değişiyormuş. Bu fiyatların, ödemenin döviz veya TL bazında olması veya ödeme vadesi ile yakından alakalı olduğunu söyledi. Hatta (.....) Euro’luk bir alımda fiyatı (.....) Euro’ya da çekebileceğini söyledi. İğnenin fiyatlarının da çiftinin (.....) Euro- (.....) Euro civarında olduğunu söyledi.

Mehmet Ali Bey, 2009 yılında da diyalizer satış adetlerinin değişmeyeceğini aynı miktarları korumayı hedeflediklerini söyledi. Nipro’nun yakın bir gelecekte bir distribütör kanalıyla Türkiye’ye giriş yapacağını ve çok uygun fiyatları olduğunu söyledi.

420 Bunun yanı sıra Gambro’nun yetkililerinin de kendisine bu yıl 450 civarında cihaz sattıklarını ifade ettiklerini söyledi.”

Fresenius yöneticisi Tamer Soyulmaz tarafından cevaben gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Sayın Şenol Bey,

Aşağıda Sinan Bey’in Ankara’da Sasan’dan Mehmet Ali Bey ile yaptığımız görüşmeden aktardığı birtakım detaylar bulunmaktadır. Bu yazdıklarına ilaveten görüşmemizde Mehmet Ali Bey’in belirttiği birtakım kritik noktaları da ben aktarmak istedim.

- 430
- (.....TİCARİ SIR.....)
 - Bayilerine TL olarak satış yaptıklarını belirtti.
 - (.....TİCARİ SIR.....)
 - Şirketi kurarlarken sermaye yatırmadıklarını, Braun'un kendilerine yıllık %(.....) faizli (.....) Euro uzun vadeli kredi verdiğini,
 - Bayilerini satış konusunda serbest bıraktıklarını, kaçta satmışlar, kaç ay vadeli satmışlar, cihazlara 3 yıl garanti vermişler onların bileceği iş dedi.
 - Bu yıl cihaza zam yapmayacaklarını, diyalizörlere de (.....)-(.....) cent zam yaptıklarını belirtmiştir.

Bilgilerinize sunarım.”

440 Fresenius Yönetim Kurulu Başkanı Şenol Taşdelen'in cevaben gönderdiği e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Sevgili Tamer,

Emircan Bey ile yaptığım telefon görüşmesinde aşağıdaki bilgileri edindim:

2008 yılında kendileri (.....) cihaz satmışlar. Sasan'ın (.....) civarında da doğrudan RTS vs kliniklerine satmış olduğunu tahmin ediyor. Kendilerinin (.....) diyalizer sattıklarını ve Sasan'ın doğrudan satışlarının (.....) civarında olduğunu tahmin ediyor.

Diyalizerlerin alış fiyatlarının Euro bazında olduğunu ancak fatura tarihinde TL'ye dönerek ödeme vadesi olan 150 gün boyunca sabit kaldığını ifade ediyor ancak bu durumun 2009 yılında değişebileceğini yani tamamen Euro'ya endeksli olabileceğini söylüyor.

450 Cihazları tamamen Euro'ya endeksli ve (.....) ayı ödemesiz olmak üzere ve (.....) aydan sonra (.....) eşit taksit şeklinde aldıklarını ifade ediyor ancak çok özel projelerde vadenin uzayabildiğini belirtiyor. Cihazlara 2 yıl garanti aldıklarını ancak satın alırken (.....) Euro ilave ödemeyi kabul ederlerse 3 yıl garanti alabildiklerini belirtiyor.”

Belge 3: Fresenius İcra Kurulu üyesi Hakan Göker'in 1.3.2007 tarihli el yazısı notlarında aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

- 460
- Kota değil hedef olmalı, beni fiyatta sürekli düşmeye zorluyor.
 - Rakiplerle centilmenlik anlaşmaları (ortak şartname oluşturulması)
 - Marmara Bölgesi: rakiplerle “paylaşım” planlanmış
 - Marmara modelini diğer bölgelerde uygulamak (kamuda ihalelerde centilmenlik)
 - Fiyatları yukarıya çekebilmek
 - FMC olarak “tekelleşme” algısına sahip bir grup ile karşı karşıyayız.
 - DİADER algısı/ fiyat odaklı, devlet politikaları değişiklik, Rekabet Kurumu, geri ödeme
 - DİADER: imajı, etkisi ve gücü, kotasyon ve fiyat, Rekabet Kurumu ile ilişki
 - DİADER çalışması
 - Fiyatlandırma yöntemleri:
 - Maliyet + (**)
 - Hedef fiyatlandırma
 - 470 - Rekabete yönelik fiyatlı. ! (-)

10-80/1687-640

- Piyasa fiyatını esas alma
- İhale yöntemi
- Talebe yönelik fiyatlı. (-)
- Müşteriye göre farklı.
- Mamule göre farklı.
- Yere göre farklı.
- Zamana göre farklı.
- Yeni merkez açılışlarını sıkı şartlara bağlamak
- Rekabet- kısıtlama nedenselleştirme

480 - DİADER'e hakimiyet: yönlendirme, yönetme, sektörel birlik kalkanı, içerideki rekabeti düzenleme (disiplin, yaptırım)
- "Fresenius tekel olmaya çalışıyor."

Belge 4: Fresenius'da bulunan Diamed antetli belgede aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Verilecek Fiyatlar:

1,3 1,4 m² 14t
1,6 1,7 m² 15t
1,8 2,1 m² 16t

4 Temmuz Pazar Crowne Plaza

NOTLAR:

- 1- Set Fiyatları 2,75'e çıkartılacak
- 2- Özel merkezlerin fiyatlarının yukarı çekilmesi
- 3- Vade ve bunun dispiendirilmesi

(Çek – Senet alınması)

490 Özel:

Emircan Abi : 100.000

Yüksel Abi : 360.000

Biz : 140.000

(Toplam) : 600.000

Olmazsa Olmaz!!!

| | 8250 * 12 | | 10800 * 12 | | 21000 * 12 | |
|------------------|-------------|--------------|-------------|-----------------|-----------------|------|
| | ALPER | | EMİRCAN ABİ | | YÜKSEL ABİ | |
| 400 | 4200 | Eşraf | 1250 | Orhan Varol | Nefromed | 1500 |
| | Bilge Akabe | | 2200 | Damla | Gop | 2100 |
| | Pendik | | | Tolga? | Kahraman | 1200 |
| | Kemalpaşa | | 1200 | Diamed | Renin | 2500 |
| | 800 | Belde | 1500 | Onur | Bayraktar | 2500 |
| 900 (Esenler) | 900 | Çamlıca ? | 1500 | Emed (Erbey) | Akraz | 2800 |
| Esenler Şart | 3900 | Erdem | 1500 | Eralp | Nurettin Abi | 1600 |
| | 800 | Maruf | 1000 | Kozyatağı | ? | 2300 |

| | | | | | | |
|--|-----|-------------|-----|------------|----------|------|
| | 800 | ? Çapa Hst. | 500 | Gop (Umut) | Gür | 1500 |
| | | | | | Otim | 100 |
| | | | | | Fatih | 1000 |
| | | | | | Öge | |
| | | | | | Diamed | 2000 |
| | | | | | Dardenel | |

Belge 6:¹ Fresenius yetkilisi Tamer Soyulmaz'ın el yazısı notlarında aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Karadeniz – Ozan:

- 500
- Asahi malzemelerdeki (kuru diyalizör) iyileşme bizi şartnamelerde zorluyor
 - Asahi & Gambro & Fresenius bir araya gelmeli (Vedat Bey ile görüşelim)"

Belge 8: Fresenius'da bulunan belgede Yalvaç Devlet Hastanesi'ne ilişkin olarak aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Cihaz: 5 Kawasumi, 1 Gambro
Hasta Sayısı 21, Aylık 200
2005'de 4 cihaz alındı
Gambro Polyflux – Bikardi – Sentetik
Nisan 2005 ihale
(İhale Gambro'ya bırakıldı)"

510 **Belge 9:** Fresenius yetkilisi Tamer Soyulmaz'ın el yazısı notlarında aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Fiyat Açılımı

1 – Piyasanın lideri

- a) Daha az şeffaflık
- b) Daha fazla fiyat farklılaştırması ister

A. Kusursuz fiyatlandırmanın 12 temel direği

1. Rekabet

Vereceğin kavgaları akıllıca seç. Fiyat savaşının kazananı olmaz."

Belge 11: Gambro bayisi Methar'ın yetkilisi Özer Fırat tarafından Gambro yetkililerine gönderilen 7.1.2010 tarihli e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

520 "Sevgili Ciaran,

Hüseyin ile az önce konuştuk. Bana 26 Ocak'da bir toplantı planladığını söyledi. Ancak ben sana dün verdiğim bilgilere bazı eklemeler yapmak istiyorum.

Birincisi, ihaleden önce meslektaşlarım, Gül Ecza'nın işverenine bu ihaleye girmeleri için nasıl yetkilendirildiklerini sordular. Gambro'dan bazı kişilerin ihale gününden önceki gün kendisiyle bir toplantı yaptıkları cevabını verdi. Bu nedenle bu durum hakkında Gambro'dan birilerinin bir bilgisi olmalı.

¹ Soruşturma Raporu'yla aynı olması ve savunmalarda yapılan belge numaralarına atıflarda karışıklık olmaması için, numaralarda değişiklik yapılmamıştır.

530 Bu durum sadece ihalede değil, piyasada da Gambro'nun imajına zarar veriyor. İhale komisyonunun başkanı diğer firmalar tek bir dağıtıcıyla ihaleye girerken Gambro'nun neden ihaleye iki dağıtıcı ile beraber girdiğini anlayamadığını söyledi. Bunun dışında Gül Ecza bu ihale şemasının temelini bilmemekte çünkü fistül iğneleri için çok düşük bir fiyat attı ve diğer şirketlerden bazı çalışanlar fiyatları düşürmemesi ve sistemi öğrenmesi konusunda kendilerini uyardılar. (...)

Gambro Pazarlama ve Satış Müdürü Bülent Çimenci'nin cevaben gönderdiği e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Herkes sevgiler,

[Yukarıdaki] e-postada mevcut ihale sistemine ilişkin hassas ve tehlikeli bazı bilgiler bulunmaktadır. Bu yüzden benim hepimize şiddetli tavsiyem [yukarıdaki] e-postayı tüm bilgisayarlarınızdan silmeniz yönündedir. Ben bu e-postanın tüm kopyalarını kişisel bilgisayarımın sileceğim."

540 **Belge 12:** Gambro'da bulunan bir belgede aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"İBN-İ SİNA HASTANESİ: 20.000 takımlık ihalenin diyalizör şartnamesi polysülfan, polyamix olarak yazılmıştı. İhaleye hazırlandı (A Grubu). Ancak Vaksan diyalizör kalemlerine fiyat attı. High Flux diyalizörler, A/V Set ve Fistül iğneleri fiyat ile bizde görünüyordu. A/V set ve fistül iğneleri Mehmet Ali'nin Niyazi'ye söylemine göre fiyatlar yüksek olduğundan iptal edildi. Sonraki ihale için Mehmet Ali bana, "ihaleye kendinin direk gireceğini" söyledi. Ben de; "önceki senelerdeki gibi olursa problem olmayacağını" söyledim. Daha sonra Niyazi bana "Mehmet Ali ihaleyi alacakmış, 0.20 € set başına avanta verecekmiş" dedi. Nitekim ihale Sa-San firmasında bir önceki ihaleye çok yakın bir fiyattan kaldı. Mehmet Ali ne Gambro ile hesabını geçen seneki gibi halletti, ne de Niyazi'ye bahsettiği 0.20'lik avantajı verdi.

550 DIŞKAPI YILDIRIM BEYAZIT HASTANESİ: 4 adet cihaz rekabet ile bizde kaldı.

SİNOP ATATÜRK DEVLET HASTANESİ: 2 adet cihaz ihalesi Etlik Yüksek İhtisas Hastanesi'ne karşılık Sa-San'a bırakıldı.

560 ETLİK YÜKSEK İHTİSAS HASTANESİ: 4 adet cihaz ihalesi fiyat ile bizde görünüyordu. Ancak F.M.C. ihaleyi bozmak için uğraşıyordu. Hastanede demo yapıldı ve gayet başarılı geçti. Buna rağmen bizim idareden aldığımız bilgiler hep çelişkiliydi. Bu da bizim ihalenin onaylanmayacağını anlamamızı sağlamıştı. İhale yaklaşık 15-20 gün sonra iptal edildi. Bir önceki şartnameye AK 95 uyuyordu. Ancak Nefrolog Gönül Hanım yeni yazdığı şartname AK95'e uygundu. İhale FMC'ye kaldı. Sasan fiyatı FMC'ye yakındı. Erol'a daha sonra bu ihalede verdiğiniz sözü tutmadınız dedim. Aşkın'ın talimatı olduğunu ve Yüksel Bey'in arayıp Aşkın'ı, konuşması gerektiğini söyledi.

DIŞKAPI ÇOCUK HASTANESİ: Etlik ihalesi sonuçlanmadan yapılacak ihaleyi Sa-San alacaktı. Ancak ihalenin karıştırılmış olması ve bizde kalma ihtimalinin düşük olması bizim bu ihalede geri adım atmamıza sebep oldu. Bu durum aynen Niyazi tarafından Mehmet Ali'ye iletildi. İhale fiyat ile bizde kaldı. Hastane tarafından hayırlı olsun denilirken Mehmet Ali orayı karıştırdı. Çocuk Nefroloğu Dr. Nilgün Hanım'ın isteği ile ihale Sa-San'a onaylandı. Başhekim Yardımcısı Dr. İbrahim Bey'in itiraz edin demesine rağmen yazılı itirazda bulunmadık ve ihale resmen Sa-San'a verildi.

570 HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ HASTANESİ: 2 adet cihaz ihalesinde Mehmet Ali, Niyazi'den ihaleyi istemiş. Bende Niyazi'ye "10 adet Etlik, 4 adet Çorum SSK, 4 adet Fırat Üniversitesi (ihaleyi Renal'e) paslamış, 2 adet Sinop Atatürk Devlet

580 Hastanelerini verdik aldığımız ihaleler o kadar yok, o bize bıraksın dedim. İhale sonrasına kadar Mehmet Ali'yle görüşmem olmadı. İhale fiyat ile bizde kaldı. Akşam beni aradı. Hesap sorar bir tarzda konuştu. Her şeye rağmen Etlik ihalesini de düşünerek “abi sonra görüşürüz” dedim. O da bana “görüşmesek de olur seni Yüksel Bey'e şikayet edeceğim” dedi. Ben de “edebilirsin” dedim. Daha sonra Hacettepe Üniversitesi hastanesi Nefrolog Dr. Bülent Bey, Mehmet Ali Bey'in itirazda bulunduğu, AK 95 S'in eski cihaz olduğu gibi iddialarda bulunmuş. Bunun üzerine hastane bizden demo istemiş. Demo yapılırken Prof. Dr. Güner Bey bize destek verdi. Ancak gelen komisyonun elindeki şartnamede Dr. Bülent Bey'in daha önceden bahsettiği maddelerin tamamı işaretli idi. Hatta Güner Bey, “sizin yeni cihazınız AK 95 Ultra S'miş diye soru yöneltti. Ankara içerisindeki eğitim ve üniversite hastanelerine cihaz satmamız birilerini baya rahatsız etmiş olmalı.

ECE TIBBİ: Her ne kadar ılımlı yaklaşılsa da Erol, Durağan ve Türkeli devlet hastaneleri cihaz ihalelerinde verdiği sözleri tutmadı. Her iki hastanede de yerel bayi gücünü kullanmaya çalışıp ikisini de almaya kalktı. Her iki ihaleye de idareye danışarak şikayet dilekçesi yazıldı. Genel anlamda şu an aramızda problem yok havası var.”

590 **Belge 13:** Gambro'da bulunan belgede aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

| 2006 A GRUBU | Gambro | Ece |
|-----------------------|--------|------|
| G. ANTEP ÜNİVERSİTESİ | 3000 | |
| BULANCAK | 1500 | 2500 |
| POLATLI | 1000 | 4000 |
| BEYPAZARI | 1200 | |
| KIRŞEHİR | 7000 | 3000 |
| 70. YIL TARSUS | 4000 | |
| ANK. ETLİK | 5500 | |
| MARDİN | 4000 | 4000 |
| CEYHAN | | 3500 |
| KARS | 1000 | 2500 |
| ÇORUM | 5000 | |
| ANK. NUMUNE | | 2800 |
| 19 MAYIS | | 6000 |
| ELAZIĞ | 9000 | |
| ÜNYE | 500 | 900 |
| BOYABAT | | 6500 |
| NEVŞEHİR | 3000 | 1000 |
| SÜRMENE | 3000 | 1000 |
| HAVZA | | 4000 |
| SUNGURLU | 3000 | |
| AMASYA | 8000 | |
| VAKFIKEBİR | 2200 | |
| ERDEMLİ | 700 | 1300 |
| ŞAŞAT | 650 | 650 |
| DEVZEKANİ | 1100 | |
| NUSAYBİN | 1250 | 1250 |
| TRABZON NUMUNE | | 4000 |
| DÜZCE | 5000 | |
| ISLAHİYE | 3000 | 1000 |

KALE

500

74100 49900

“TOPLAM

GRP²: 74100 Adet

ECE: 49900 Adet

10.000 adet Ece satacak hesap kapatılacak.”

Belge 14: Methar ve Gambro yetkilileri arasında 7.3.2008 tarihinde yapıldığı anlaşılan toplantı sırasında tutulan el yazısı notlarda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“- Gambro yalnız bırakıldı.

- Marmara’da her bölgeye gidildi. (Methar)

600 - Adapazarı ihalesi!

- Biz Methar’a yardımcı olalım.”

Belge 16: Sasan çalışanı Mehmet Ali Özer tarafından 6.9.2006 tarihinde Gambro çalışanı Hüseyin Kütük’e gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Pazartesi günü yaptığımız toplantıda konuştuğumuz konuları detaylandırdım. İnceleyip dönerseniz memnun olurum. Sonucu ilgili arkadaşlara daha sonra bildiririm.”

1) Fiyatlar (...)

610 2) Gambro SASAN’dan 2006 yılı sonuna kadar en az (.....) adet tek hazneli Gambro AV Seti satın alacaktır. Fakat aşağıdaki liste incelenirse; Temmuz 2006 ayı sonuna kadar yaklaşık (.....) adet fiyat farkı olmadan serum setli AV seti alınırken yaklaşık (.....) adet tek hazneli standart Gambro AV seti alınmıştır. Bilginize...

3) İhalelerde Gambro’nun yazdırdığı ETO Steril, standart veya serum setli ve/veya torbalı Üniuersal + Gambro setleri dışındaki (bunlar çoğunlukla ithalatçının zaten halihazırda ithal ettiği AV seti çizimleridir) çizimlerde Gambro öncelikli satıcıdır.

4) Gambro 2006 yılı sonuna kadar en az (.....) adet AV setini SASAN’dan satın alacaktır.”

Belge 17: Gambro’nun aylık ve haftalık satış raporlarının yer aldığı CD’de 2006 Nisan ayına ilişkin olarak aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

620 “FMC Marmara Bölgesinde bu hastanelerde %35 pay teklif ederek Asahi ve Helbio ile işbirliği yapmaya başladı. Şu anda şartnamelere “Polysulphane” maddesini dahil etmeye ve şartnamelerden “Polyamide” maddesini çıkartmaya çalışıyorlar. FMC’nin bu stratejisine karşı ilk bakışta bizim iki alternatif eylem planımız bulunmakta:

– Böylesi şartnamelerle karşılaştığımızda B. Braun filtreler kullanmak

– Asahi’yi belirli bir sayıda filtreyi bize satmak noktasında işbirliğine ikna etmek.

Asahi (agresif fiyatlarla) Türkiye’deki kamu ve özel merkezlerde piyasa payını arttırmaya çalışıyor. Özellikle Marmara bölgesindeki müşterilerimiz açısından bir tehdit oluşturmaya başladılar.”

Belge 18: Gambro’nun aylık ve haftalık satış raporlarının yer aldığı CD’de 2006 Temmuz ayına ilişkin olarak aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

² Gambro Renal Products (Gambro’nun eski ünvanı)

630 “Marmara Bölgesi’nde FMC bazı rakiplerle (Haidylena, Asahi, Helbio) anlaşma yapmaya devam ediyor.”

“Şu an itibariyle, Marmara Bölgesi’nde Asahi’yi kontrol altına almış bulunmaktayız. Bizim müşterilerimizden uzak duracaklar, ancak ülkenin kalanı açısından kendilerini ikna edemedik. Ashai kuru tip ve low-flux sentetik membranlarını Türkiye piyasasına sundu. Müşterilerimize yaklaşip akıllarını karıştırmaktalar. Biz de müşterilerimizin bize bağlı kalmasını sağlamak adına daha uzun ödeme vadeleri, fiyat ayarlamaları gibi çeşitli çözümler sunmaktayız.”

Belge 20: Renka’da bulunan bir belgede aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

| Kurum | Hasta Sayısı | Seans Sayısı | Yorum |
|------------------------------------|--------------|--------------|--------------------------------------------------------------|
| Ank. Dr. Sami Ulus Çocuk Hastanesi | 12 | 1728 | 0.7 m ² Ece yetki verecek, 1.0-1.2 uyuyoruz. |
| Kızılcahamam Devlet Hastanesi | 9 | 1296 | HF ile uyuyoruz. Niyazi’ye yetki vereceğiz. |
| Rize Devlet Hastanesi | 76 | 10994 | Sorun var. Ece ile ortak giriyoruz. 2009’da kesin değişecek. |
| Trabzon Numune Hastanesi | 85 | 12240 | Ece ile ortak girdik. |
| Antalya Atatürk Devlet Hastanesi | 35 | 5040 | Braun, Fresenius, Gambro |

Belge 22: Ece’de bulunan bir belgede aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

640 “Elazığ Devlet Hastanesi:

Hedeflenen Satış: 4000

Hikayesi: “Konjuktör Dengeler” 5040 seansı olan bir merkezdir.

İslahiye Devlet Hastanesi (Antep – Sertaç):

Hedeflenen Satış: 2000

Hikayesi: Geçen sene Gambro’ya (Konjuktör) bıraktık. Bu yılki hedefimiz 2000. Gambro’yla yarı yarıya paylaşacağız.

Kızıltepe Devlet Hastanesi:

Hedeflenen Satış: 1500

650 Hikayesi: 4 tane cihazın ihalesini aldığımız bu merkez yeni açılan bir merkez olup, Mardin’den çekeceği hasta sayısı ile birlikte 30 hastaya ulaşmıştır. İhale Gambro + Fresenius olarak düşünülebilir. 3000 seansın yarısının alınması hedeflenmektedir.

Şanlıurfa Devlet Hastanesi:

Hedeflenen Satış: 4000

Hikayesi: 8000 seansın yarısını hedefliyoruz. Gambro’yla yarı yarıya paylaşabiliriz.

Akdağmadeni Devlet Hastanesi:

Hedeflenen Satış: 1500

Hikayesi: Bu merkezde çıkan şartname Gambro + Fresenius olarak çıkacaktır.

SB Giresun Kale Devlet Hastanesi:

Hedeflenen Satış: 5000

660 Hikayesi: İl genelinde yapılacak olan 20.000 takımlık ihale için şartname çalışması yapılmıştır. İhalenin 10.000’lik kısmı için şartname Gambro (Polyamix) ve bize (Helixone) uygundur. Diğer 5000’lik kısmı genel olarak çıkacaktır. Geriye kalan 5000 adetlik kısmı ise SMC olarak çıkacaktır. Biz çıkacak bu ihaleden toplamda 5000 adetlik bir pay almayı planlıyoruz.

Kars Devlet Hastanesi:

Hedeflenen Satış: 1000

Hikayesi: Sertaç Bey'in hikayesi olan bu merkez 2006'da 6200'lük bir ihale çıktı. 10-15 hastası olan bu merkezin ihalesi biz ve Gambro arasında paylaşılacaktır. Bu nedenle hedefimiz 3000 olarak saptandı.

670 Sürmene Devlet Hastanesi:

Hedeflenen Satış: 3000

Hikayesi: 2006 yılında Renal aldılar ancak memnun değiller. Yaklaşık olarak yıllık 6000 seansı var. Gambro ve Fresenius arasında paylaşıyor.

Gazipaşa Devlet Hastanesi:

Hedeflenen Satış: 2000

Hikayesi: Tulum. Kapasitesi 4000 olan merkezi Gambro ve Fresenius yarı yarıya paylaşıyor.

Kırşehir Devlet Hastanesi:

Hedeflenen Satış: 3000

680 Hikayesi: Gambro + Fresenius yarı yarıya

Alanya Devlet Hastanesi:

Hedeflenen Satış: 4000

Hikayesi: Kapasitesi 8000 olan bu merkez Gambro'yla paylaşılabilir de, paylaşılmayabilir de. Paylaşılmadığı takdirde hedef yükseltilecektir."

Belge 27: Medikocan yetkilisi İzzet Can tarafından 21.2.2007 tarihinde Fresenius yetkilisi Aşkın Korkusuz'a gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

690 "Medikocan Bölgesinde Denizli ilinde bulunan ERPA DİYALİZ MERKEZİ'ne Ocak 2007 tarihi itibarıyla (.....) adet F7 HPS Diyalizörün Emircan Altunış grubu tarafından satışı yapılarak teslim edildiğini üzümlere saptadık. Bahsi geçen kurum Medikocan'ın sürekli müşterisi olup, yıllar boyunca Fresenius ürün ve cihazlarını alan ve kullanan bir merkezdir. Adedi belirtilen F7 HPS diyalizörlerin Bölgemize satışı konusunda Medikocan depolarından çıkmadığına eminiz.

Fresenius Ana Bayisi olarak sorumlu olduğumuz bölgeye, bilgimiz ve onayımız olmadan, üstelik rakip bir firma tarafından (.....) adet gibi ciddi bir miktar F7 HPS diyalizörün üstelik (.....) bir fiyata satılması çok ciddi bir durum olarak değerlendirilmelidir. Edinmiş olduğumuz bilgilerin yönetim olarak değerlendirilip tarafımıza bilgi verilmesini rica ederiz. (bahsi geçen ürün Türkiye'de kimden çıkmış, lot no.'su nedir?)"

700 Aşkın Korkusuz tarafından cevaben gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"İzzet Bey,

Bahse konu satış 2006 yılı sonunda FMH tarafından direk yapılmış olup satış şekli ve kullanım şekli vs. detaylar Emircan Bey ile tarafımca konuşulmuş ve üst yönetimimizce uygun bulunarak gerçekleştirilmiştir. Bizim ve bayilerimiz dışında ürünlerimizin satışı (üçüncü şahıslarca) pek mümkün olmayan bir durumdur.

Renka'nın 2006 yılı son döneminde içinde bulunduğu özel durum vesilesi ile (distribütörlüğünün değişim sürecinde) Renka'nın satış yaptığı özel merkezlere olmak

kaydı ile kendileri ile konuşulup bayilerimizi zora sokmayacak şekilde olması planlanmıştı.

710 *Erpa diyaliz merkezinin FMH veya bayileri ile çalışma şekli ve bu müşterinin hangi grupta olduğunun karşılıklı konuşup değerlendirdikten sonra Emircan Bey ile konuyu değerlendirmek uygun olacaktır.”*

Belge 28: Alp Özkan'ın 17.8.2007 tarihli el yazısı notlarında aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“... 3- Rakipleri high-flux'a ve yüksek fiyata alıştırmalıyız. Çünkü bu onların da işine geliyor.”

Belge 29: Rekabet Kurulu'nca alınan 07-83/1011-M sayılı Soruşturma Kararı'nın bildirimine dair Renka'ya gönderilen tebligat metni, Fresenius'da yapılan yerinde incelemede bulunmuştur.

720 **Belge 30:** Fresenius'da bulunan Ekim 2008 tarihli bir sunumda “Fiyat Politikası” ve “Fiyatlandırma” başlıkları altında aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“- Satış fiyatlarımızı, pazardaki rakiplerin fiyatlarının en az %(.....) daha fazlası olarak tespit etmekteyiz.

- Nihai tüketiciye sunulan fiyatlar tavsiye edilen satış fiyatlarından %(.....)-(.....) daha düşük olarak gerçekleşmektedir.

- Pazar dinamiklerini yakından takip etmekteyiz. Yani, katılsak da katılmasak da ihaleleri analiz etmekte ve dağıtıcılarımız ile bölge satış ofislerimiz aracılığı ile bilgi toplamaktayız.

730 - Hatta pazardaki bazı başka oyuncularla da fiyatları denetlemek amacıyla iletişim kurmaktayız.

- Buna ek olarak, rakip ürünleri kullanan özel kliniklerden fiyat bildirimleri almaktayız.

- Pazardaki değişimleri (çıkış ve inişler) her yönüyle değerlendirmekte ve gerekli ise bu hareketlere ilişkin olarak önlem almakta ve ihtiyaç olduğunda fiyatları değiştirmekteyiz.”

Belge 31: El yazısı notlarda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“- İlgili yerlere sertifikaların geçerliliğinin bittiği bildirilecek.

... - İhalelerde YP hariç %3, YP dahil %6 YTS bakım fiyatı (cihaz fiyatının %3-%6'sı arasında). Bu bedel kurtarmıyor. Bu koşullarda biz, Gambro ve Braun ihalelere girmeyecek.”

740 Fresenius'da bulunan ve 26.6.2007 tarihinde yapılan 2007 yılı 2. YTS toplantısına ilişkin tutanaklarda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“İhalelerde cihaz şartnamelerinde yedek parça hariç %3 - dahil %6 şeklinde çıktığı söylendi. Bakanlık yetkililerinden muhatap bulunamadığı, böyle şartnamelerde market lideri 3 firmanın bu tip ihalelere girmeme kararı aldığı ama böyle bir şeyden nasıl vazgeçebileceği tartışıldı.”

I.4. Değerlendirme

Bu bölümde;

- Diyaliz cihazı ve sarf malzemeleri pazarlarının yapısı, bu pazarların “örtülü işbirliği”ne müsait olup olmadığına ilişkin kriterler bakımından değerlendirilmiş,

- 750 - Yerinde incelemede elde edilen belgeler çerçevesinde taraflar arasında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşma olup olmadığı incelenmiş,
- Teşebbüslerin savunmaları ve bunlara ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

I.4.1. Piyasa Yapısının Değerlendirilmesi

760 Teşebbüslerin faaliyet gösterdiği piyasanın nitelikleri bir anlaşmanın sağlanabilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Piyasanın ve ürün ya da hizmetin niteliğine göre rekabetin temel unsurları farklılaşabilmektedir. Anlaşma sonucu alınan kararlardan sapma saikinin düşük olduğu, gerçekleşen sapmaların kolaylıkla tespit edilebildiği ve etkin bir şekilde cezalandırılabilirdiği piyasaların örtülü işbirliğine uygun piyasalar olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede piyasadaki rakip sayısı, giriş engelleri, ürün

770 homojenliği, simetrik maliyetler, piyasanın olgunluk döneminde olması/talep istikrarı, alım sıklığı/miktarı, diğer piyasalarla etkileşim kriterleri çerçevesinde ilgili ürün pazarlarının bu nitelikte olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bir piyasanın işbirliğine elverişli olup olmadığının değerlendirmesinde önem taşıyan bir diğer unsur piyasa aktörleri arasındaki bilgi akışıdır. Soruşturma tarafları arasında yoğun bilgi akışı olması nedeniyle, bu kriter bakımından yapılan değerlendirmeye daha detaylı olarak yer verilmiştir.

770 Diyaliz cihazı ve sarf malzemeleri pazarlarında belli başlı rakiplerin sayısının az olduğu görülmektedir. Cihaz pazarında Fresenius, Gambro ve Braun'un pazar payları toplamı yaklaşık %98'dir. Sarf malzemeleri pazarında cihaz pazarına göre daha fazla sayıda teşebbüs faaliyet gösteriyor olmakla birlikte, Fresenius, Gambro, Braun ve Asahi'nin en önemli sarf malzemesi kalemi olan diyalizörde pazar payları toplamı %80'i aşmaktadır.

780 Her iki piyasada da yasal bir giriş engeli söz konusu değildir. Ancak her piyasada olduğu gibi bir teşebbüsün "fili" olarak piyasaya girebilmesi ve piyasada kayda değer bir güce ulaşabilmesi belirli bir süreci gerektirmektedir. Son yıllarda sarf malzemeleri pazarına giriş yapan birçok Mısır, Çin, Bulgaristan ve Uzakdoğu markası bulunmaktadır. Bunlardan Asahi kayda değer bir pazar payına ulaşmıştır. Ayrıca yerli üretim yapan ve pazardan pay alan birçok firma bulunmaktadır. Cihaz piyasasında ise yerleşik firmaların, özellikle Fresenius'un kemikleşmiş %60-65 civarındaki pazar payı nedeniyle bu sürecin daha uzun ve daha zor olacağını söylemek mümkündür.

780 Cihaz piyasasında Fresenius markasının nisbeten daha üstün olduğu yönünde bir algı bulunmaktadır. Bununla birlikte diğer markaların da diyaliz cihazı satın alma aşamasındaki bir merkez için alternatif teşkil edebildikleri gözlemlenmiştir. Sarf malzemeleri pazarında ise farklı markalar tarafından üretilen ürünler birbirlerine kolaylıkla alternatif teşkil edilmektedir. Diyaliz cihazları farklı marka sarf malzemeleriyle uyumlu olarak çalışabildiğinden, diyaliz merkezleri kullandıkları sarf malzemelerini kolaylıkla değiştirebilmektedir. Bu durum, sarf malzemeleri pazarındaki farklılaşmanın sınırlı ve ürünün homojen olduğu anlamına gelmektedir.

790 Yukarıda da belirtildiği gibi Türkiye'de diyaliz cihazlarının tamamı, sarf malzemelerinin ise önemli bir bölümü ithaldir. Pazardaki oyuncular, yurtdışındaki üreticilerin yavru şirketi veya distribütörü olarak faaliyet gösteren firmalardan oluşmaktadır. Bu pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin tamamının maliyetlerinin belirlenmesinde döviz kurlarının önemi büyüktür.

Her iki pazar da özellikle son yıllarda istikrarlı bir seyir izleyen ve büyümenin öngörülebildiği pazarlardır. Diyaliz sektörü tüketicilerin ürünlerle yeni tanışmaya başladığı ve piyasada büyük değişimlerin yaşanmasının mümkün olduğu bir yapı

800 sergilememektedir. Bu durum özellikle cihaz alanında istikrarlı bir şekilde seyreden pazar paylarından da görülmektedir. Fresenius'un pazar payı son 3 yılda %(.....)-(.....), Braun'un pazar payı %(.....)-(.....), Gambro'nun pazar payı %(.....)-(.....) arasında değişmekte olup, piyasanın yoğunlaşma oranlarında kayda değer bir değişiklik görülmemektedir.

Alımların büyük miktarda olduğu ve öngörülebilir bir sıklıkla yapılmadığı piyasalarda işbirliklerinin güçleştiği kabul edilmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, hastaların diyaliz hizmetinden sürekli faydalanma ve bakım zorunlulukları olması nedeniyle hizmet veren birimler ülkenin çeşitli bölgelerine yayılmış durumdadır. Bu ise çok fazla bölgede çok sayıda alım anlamına gelmektedir. Alımlar genellikle küçük hacimli, alıcılar ise küçük ölçekli birimlerdir.

810 Diyaliz piyasasına ilişkin olarak birbiriyle ilişkili üç pazar bulunmaktadır: diyaliz cihazları pazarı, diyaliz sarf malzemeleri pazarı ve diyaliz hizmetleri pazarı. Diyaliz hizmetleri pazarında faaliyet gösteren özel diyaliz merkezlerinin bir araya gelerek oluşturdukları DİADER adlı teşebbüs birliği bulunmaktadır. Cihaz ve sarf malzemeleri pazarlarının önde gelen teşebbüsleri, aynı zamanda diyaliz merkezi sahipleridir. Bunlardan Fresenius'un Türkiye çapında toplam 50 adet diyaliz merkezi bulunmaktadır. Cihaz ve sarf malzemeleri pazarında rakip olan teşebbüsler bu dernek çatısı altında bir araya gelmektedir. Böyle bir platform taraflara önemli bir iletişim imkanı sağlamaktadır.

820 Bir piyasanın işbirliğine elverişli olup olmadığının değerlendirmesinde önem taşıyan bir diğer unsur piyasa aktörleri arasındaki bilgi akışıdır. Taraflar arasındaki bilgi akışının koordinasyon doğurabileceği ve piyasayı sosyal açıdan daha az optimal bir dengeye getirebileceği kabul edilmektedir. Bunun sonucunda ise piyasadaki "stratejik belirsizlik" ortadan kalkacak ve taraflar rakiplerin hareketlerini daha etkin ve daha hatasız olarak öngörebilecektir. Hatta bazı durumlarda salt bilgi değişimleri ile dahi rekabetçi baskıları tamamen ortadan kaldırmak mümkün olabilmektedir. Taraflar arasında gerçekleşen bilgi akışının ve iletişimin bir diğer, belki de en önemli işlevi taraflar arasında bir güven tesis edilmesine zemin hazırlamasıdır.

830 Avrupa Birliği Komisyonu'nun bilgi değişimine ilişkin bazı kararlarında bilgi değişimlerinin rekabete etkisine ilişkin değerlendirmelere yer verildiği görülmektedir. Kararlar incelendiğinde, Komisyon'un, rekabetçi pazarlarda bilgi değişimini rekabeti daha da arttıran bir unsur olarak algıladığı görülmektedir. Öte yandan, piyasalardaki yoğunlaşma seviyesi arttıkça ve bilgi akışı sadece üretici ya da sağlayıcılara yönelmeye başladığında, bilgi değişiminin ihlal olarak değerlendirilebildiği dikkat çekmektedir.

Aşağıda Türkiye diyaliz piyasasında taraflar arasında bilgi değişimi olup olmadığı örneklerle açıklanmaya çalışılacaktır.

Taraflar arasındaki yoğun ticari ilişkiler: Diyaliz sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler arasında çok yoğun ticari ilişkiler söz konusudur. Aşağıdaki tabloda hakkında soruşturma yürütülen bazı teşebbüslerin ihalelerde kendi ürünlerini satmak üzere yetki verdiği diğer teşebbüsler görülmektedir:

Tablo- 3: Bayiler ve ürünlerinin satılması için yetki veren teşebbüsler

| BAYİ | YETKİ VEREN TEŞEBBÜSLER |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| Medikocan | Haidylena Fresenius Ece Renka Sasan Sesa Ren-Med Kumsal Vaksan |
| Ece | Renka B-Braun Avitum Turkey Ren-Med Fresenius Sasan Sesa Methar |
| Diamed | Fresenius Ece |
| Methar | Ren-Med |
| Pozitif Medikal | Methar Ren-Med Gambro Sasan |
| Nefrotıp | Renka Sasan B-Braun Kalyon Ren-Med Farmasol Braun Avitum Turkey Deren İlaç |
| Diyatek | Vaksan Haidylena Methar Sesa |
| Farmasol | Eczacıbaşı-Baxter Renka |
| Türkamed | Haidylena Gambro |

Görüldüğü gibi teşebbüsler bir yandan birbirinin rakibi iken, diğer yandan birbirlerinden mal alıp satmaktadır. Belge 16'da da bunun bir örneğine yer verilmektedir. Belgede Gambro'nun o tarihte Braun'un distribütörü olan Sasan ile *"yıl sonuna kadar en az (.....) adet AV setini Sasan'dan almak üzere"* anlaşığı görülmektedir.

850 Yukarıda da belirtildiği gibi piyasa aktörlerinden bazıları aynı zamanda diyaliz merkezi sahibidir. Dolayısıyla rakipler arasında bir yandan alıcı-sağlayıcı ilişkisi kurulurken, diğer yandan diyaliz merkezlerinin son kullanıcı olması nedeniyle satıcı-müşteri ilişkisi kurulmaktadır. Örneğin Farmasol, diyalizörde Renka ile rekabet halindedir. Ancak aynı zamanda diyaliz solüsyonu üreticisi olan Farmasol, Renka'nın sahibi olduğu diyaliz merkezlerine solüsyon satışı yapmaktadır.

Taraflar arasındaki yoğun iletişim: Yapılan yerinde incelemelerde teşebbüslerin iletişim halinde olduklarını gösteren çok sayıda belge bulunmuştur. Bu kapsamda öncelikle Belge 2'ye dikkat çekilmelidir. Belgede yer alan ifadelerden 2008 yılında;

- 860
- Sasan'ın (B-Braun olarak) kaç adet diyalizör, kaç adet cihaz satışı gerçekleştirdiği, ayrıca Renka'nın elindeki tahmini stok miktarı, Renka'ya satış fiyatları ve vadeleri, (geç ödemede bayilerine vade farkı yansıtıp yansıtmadıkları)
 - Sasan olarak kaç adet arter ven seti sattıkları, satış fiyatları, ödeme vadesi ve ödeme birimine (Euro ya da TL) göre fiyatın ne oranda değiştiği (örneğin (.....) Euro'luk bir alımda fiyatı (.....) Euro'ya kadar çekebildikleri)
 - Gambro'nun cihaz satış rakamları,
 - 2009 yılında öngördükleri satış rakamları, cihaza zam yapıp yapmayacakları (yapmayacakları ifade ediliyor), diyalizöre (.....)-(.....) cent zam yaptıkları,
 - Hatta yurtdışındaki ana şirketin, şirketin kuruluşu aşamasında Sasan'a verdiği kredi miktarı ve kredinin faiz oranı ve vadesi

gibi bilgilerin Fresenius yetkilileri ile paylaşıldığı görülmektedir.

- 870
- Pazarın iki önemli oyuncusu arasındaki bu yazışmadan, rekabet etmeleri durumunda öngöremeyecekleri birbirlerine ilişkin birçok bilgiyi (satış miktarları, bayilerine satış koşulları, bayilerin müşteriye satış koşulları, ürünlere zam yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa ne oranda yapılacağı, borç miktarları ve bunun faizinin miktarı) birbirleriyle paylaştıkları anlaşılmaktadır.

Taraflar arasındaki iletişime ilişkin diğer örneklere aşağıda yer verilmektedir:

- 880
- Diakan'da bulunan belgede; *“Ben Eczacıbaşı-Baxter firmasından Melih Çerçi. Okan Bey'le erken saat olduğu için görüşemedim, size mail aracılığıyla ulaşayım istedim. Eğer katıldıysanız Muğla Devlet Hastanesi ihalesine katılan tüm firmaların fiyatları gerekli. Bu konuda bana yardımcı olabilir misiniz”*
 - Sadık Çetin tarafından 25.6.2008 tarihinde gönderilen ve Asahi'nin bayi alış fiyatlarına yer verilen e-postada; *“Arkadaşlar bu fiyatları Fresenius'dan aldım. İhale ve varsa özel merkezlerde test ederseniz iyi olur.”*
 - Gambro'da bulunan belgede; *“HL Sabri ara!” “Asahi Ceyhun ara!”, “FMC Aşkın bir daha ara!”*
 - Fresenius'da bulunan belgede; *“Pazar dinamiklerini yakından takip etmekteyiz. Yani, katılsak da katılmasak da ihaleleri analiz etmekte ve dağıtıcılarımız ile bölge satış ofislerimiz aracılığı ile bilgi toplamaktayız. Hatta pazardaki bazı başka oyuncularla da fiyatları denetlemek amacıyla iletişim kurmaktayız.”*
 - Gelişim'de bulunan belgede; *“İtiraz etmeniz için tüm ortamı hazırladım. Gambro ile bile görüştüm. Artık itiraz etmemek sizin için ayıp olur.”*
 - Fresenius yöneticisi Tamer Soyulmaz'ın el yazısı notlarında; *“Gambro ile görüşülecek.”*
 - Methar'da bulunan belgede; *“Ece Medikocan ara.”*
 - Renka'da bulunan belgede; *“Bu hafta cuma Ece ile görüşmek için Ankara programı yaptım.”*

890

Bu kapsamda Fresenius'da yapılan yerinde incelemede, Rekabet Kurulu'nca alınan ve Fresenius'un tarafı olmadığı 07-83/1011-M sayılı Soruşturma Kararı'nın bildirimine dair Renka'ya gönderilen tebligat metninin elde edildiği de belirtilmelidir.

900 Piyasadaki oyuncular arasında -sosyal yaşamlarını da kapsayan- yoğun bir iletişim olduğu, sıkça gerçekleşen etkinliklerde bir araya geldikleri ve birbirleriyle bilgi alışverişinde bulunma imkanını elde ettikleri anlaşılmıştır. Bu imkanı sağlayan platformlardan biri de yukarıda da belirtildiği gibi DİADER'dir. Bu tür iletişimler, oyuncuların birbirlerine ilişkin hassas bilgileri elde etmesine zemin hazırlamaktadır.

910 Taraflar arasındaki yakın kişisel ilişkiler: Piyasadaki bilgi değişimine ilişkin olarak vurgulanması gereken bir diğer husus, sektöre çok yakın kişisel ilişkilerin hakim olduğudur. Pazarın en önemli oyuncusu olan Fresenius'a ait "FMC Türkiye Stratejik Analizi" başlıklı raporda bu hususa ilişkin olarak şu ifadeler yer almaktadır: "FMH'nin bayileri ve teknik servisleri, diğer sektörlerdeki büyük gruplarda olduğu gibi temel ticari kurallardan ziyade, duygusal bağlılık ve vefa ilişkisi üzerine kurulmuştur. Hem bu durum, hem de bu firmaların sürekli kazanan, tekelci kimlikleri, onları kurumsallaşma gayreti içine sokmamış, FMH'nin güçlü yönleri yavaş yavaş yumuşak karnı olmaya başlamıştır."

920 Pazarda çalışanların şirketler arası transferi de oldukça sık görülmektedir. Aşağıda yakın kişisel ilişkilerin, sektörün çok belirgin ve dikkat çeken özelliklerinden biri olduğunu gösteren bir örnek yer almaktadır. Taraflara gönderilen soruşturma tebligatında yer verilen ve Renka çalışanları olan Sadık Çetin tarafından 14.4.2008 tarihinde Çiğdem Akkurt'a gönderilen e-postada; "... Bafra Devlet daha çok açık şartname ile çıkar. Yani senin Samsun'da bu firmaya çok fazla ihtiyacın yok gibi. Şayet olur ise komisyon vererek işi çözebiliriz. Bu bilgileri Baxter bölge müdürü ile paylaşır mısın bilmiyorum." ifadeleri yer almaktadır.

920 Çiğdem Akkurt'un cevaben gönderdiği e-postada şu ifadeler yer almaktadır: "... 19 Mayıs Üniv. sorunumuz yok. Havza devlet bir sonraki ihale için bana söz verdi. Mehmet Aydın Devlet/Samsun ihalesi çok açık bir ihale sizinle konuşmuştuk. Girmemeye karar vermiştik. Sanırım FRS da girmeyecek. Orada Baxter DCA ile çok ucuz fiyat atacak..."

930 Belgeye ilişkin olarak Renka'nın ilk yazılı savunmasında ise aşağıdaki ifadelere yer verilmektedir: "... muhtemelen Samsun'da müvekkil şirketin hazırlamış olduğu şartnameyi çalışmak isteyen bir firma (elinde hemodiyaliz ürünü bulunmayan) Bölge Müdürü Çiğdem Hanım'a ... başvuruda bulunmuştur. ... Çiğdem Hanım daha önce Baxter'da çalışan bir kişi olduğu için firma ile ilgili daha önce birlikte çalıştığı ve müvekkil şirketin piyasa duyumlarına göre bu firmayı tanıyan Baxter Bölge Müdürü ile konuyu değerlendirmesinin iyi olacağı şeklinde bir yazı yazılmıştır. ..."

Diğer Unsurlar: Piyasanın şeffaf niteliğini güçlendiren bir başka unsur pazarın - kamuya yapılan satışlar bakımından- bir ihale pazarı niteliği taşımasıdır. İhale mevzuatı gereği her ihale sonrası, kazanan ve kaybeden teklifler ilan edilmektedir. Bu ise yoğun ilişki içindeki teşebbüsler arasındaki bilgi değişiminin etkisini artıran bir başka unsur olmaktadır.

940 İhalelere ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus, teşebbüslerin bizzat ihale şartnamelerinin hazırlığında yer almalarıdır. İhaleyi yapan kurum teknik şartname taslağını teşebbüslere gönderebilmekte, talebine göre çalışma yapılmasını, örneğin ihaleye sadece daha kaliteli bulunduğu markaların girmesini istiyorsa, şartnameye bu cihazların teknik özelliklerinin yazılmasını isteyebilmektedir. Kimi

zaman da teşebbüsler, hastane yetkililerini ihale kriterlerinin kendi ürünlerinin ihale kapsamında kalmasını ya da rakip ürünlerin dışarıda bırakılmasını sağlamak üzere etkilemeye çalışmaktadır. Bu durum teşebbüsler arasındaki koordinasyonu kolaylaştırmaktadır.

950 Yapılan yerinde incelemelerde bu hususa ilişkin çok sayıda belge bulunmuştur. 23.6.2008 tarihinde Fresenius yetkilisi Ozan Hasançebi tarafından Sinan Uzunlar'a gönderilen e-postada; "... ile önümüzdeki günlerde yapacak oldukları ihale için şartname çalışması yaptık. Şartnamesine Haidylena ve Vaksan gibi rakipleri sokmaması yönünde uyardığımız ... Bey şartnamesini netleştirmeden önce bu gibi firmaları ihale dışı bırakmak için bizlerden yardım beklemektedir. ..."

Gambro çalışanı Demet Özdemir tarafından 20.4.2009 tarihinde Hüseyin Kütük'e gönderilen e-postada şu ifadeler yer almaktadır: "Ekteki şartname sadece bize uymaktadır. 33. madde 300_700 ml/dk maddesi kaldırılarak fmc'nin de ihaleye girmesini uygun gördük. Siz de incerseniz tekrar göndereceğim, bu şartname ile ihaleye çıkacaklar"; "Mustafa Bey, bu şartname sadece bize uyuyor. 33. maddeyi ben düzelttim. Kırmızıyla işaretledim. O şekilde çıkarsanız FMC de girebiliyor. İki firma için uygun bir şartname. Bu şekilde hiçbir sorun yaşamayacaksınız."

960 Gambro'nun aylık ve haftalık satış raporlarının yer aldığı CD'de 2006 Şubat ayına ilişkin olarak; "10.000 takım malzeme alacak olan hastaneye şartname bazında çalışma yapıldı. Fresenius ve Gambro uyacak şekilde çalışma yapılıyor. Diğer firmaların sıkıştırması yüzünden bu durum zor görünüyor." ifadeleri yer almaktadır.

Yukarıda yer verilen tespitler çerçevesinde;

- Her iki piyasada da belli başlı rakiplerin sayısının az ve yoğunlaşma oranlarının yüksek olduğu,
- Piyasaya girişlerin cihaz açısından güç, sarf malzemeleri açısından nisbeten daha kolay olduğu,
- Diyaliz cihazları pazarında Fresenius açısından bir ölçüde farklılaşmadan söz edilebilirse de, sarf malzemelerinin homojen bir nitelik sergilediği,
- Piyasanın özellikle cihaz açısından doygun bir piyasa niteliği taşıdığı, talebin istikrarlı ve öngörülebilir olduğu,
- Alıcıların küçük ölçekli ve alımların küçük miktartlı olduğu,
- Tarafların birbiriyle ilişkili diyaliz cihazları pazarı, diyaliz sarf malzemeleri pazarı ve diyaliz hizmetleri pazarında etkileşim içinde olduğu,

tespit edilmiştir. Bunların yanı sıra bilgi değişimi kapsamında,

- Teşebbüslerin ihalelerde kendi ürünlerini satmak üzere rakip teşebbüslere yetki vermesi,
- Takım halinde ürün sunmak amacıyla ya da müşteriler tarafından özellikle talep edildiğinde tarafların birbirlerinden mal alıp satması,
- Tarafların ticari faaliyetlerine ilişkin detaylı bilgileri birbirleriyle paylaşması,
- Piyasadaki oyuncular arasında çok yakın kişisel ilişkiler bulunması,
- Diyaliz merkezleri tarafından kurulan DIADER'in teşebbüsler arasındaki etkileşimi kolaylaştırması,
- Teşebbüsler arasında çalışan transferinin sık görülmesi,
- İhale yoluyla yapılan alımların piyasada önemli bir yeri olması, teşebbüslerin ihalede sundukları fiyatlar, ihaleyi kimin kazandığı gibi bilgilerin açık olması,

- Tarafların özellikle ihale şartnamelerinin oluşturulması sırasında etkileşim içinde olmaları,

990 hususlarının taraflar arasında bilgi akışı sağladığı ortaya konmuş ve bu tespitler çerçevesinde piyasanın “örtülü işbirliği”ne uygun bir piyasa niteliği taşıdığı anlaşılmıştır.

I.4.2. Teşebbüslerin Anlaşma Yaptıkları İddiasının Değerlendirilmesi

4054 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre “*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.*”

1000 Yapılan yerinde incelemelerde teşebbüslerin rekabet ettiklerini gösteren ve özellikle 2008 yılı sonrasında yoğunlaşan bazı belgeler de bulunmuş olmakla birlikte, yukarıda yer verilen ve ağırlıklı 2008 yılı öncesine ait olan belgelerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, öncelikle kamu ihalelerine ilişkin belgelere (Belge 3, 6, 8, 11, 12, 13, 14, 20, 22) dikkat çekilmelidir:

Belge 3: Fresenius İcra Kurulu Üyesi Hakan Göker’in, Fresenius bayisi Ece’nin sahibi Vedat Güler ile 1.3.2007 tarihinde yaptığı görüşmede tuttuğu notlarda yer alan;

- Rakiplerle centilmenlik anlaşmaları (ortak şartname oluşturulması)
- Marmara Bölgesi: rakiplerle “paylaşım” planlanmış
- Marmara modelini diğer bölgelerde uygulamak (kamuda ihalelerde centilmenlik)
- Fiyatları yukarı çekebilmek

1010 ifadeleri planlanan bir paylaşım ve tarafların fiyatları yükseltme niyetine ilişkin bilgi içermektedir.

Belge 6: Fresenius yöneticisi Tamer Soyulmaz’ın toplantı notları, Karadeniz Bölge Müdürü Ozan Hasağçebi’nin bölgesinde gerçekleşen bazı ihalelere ilişkin değerlendirmelerini içermektedir. Bu değerlendirmelerde kuru diyalizör başta olmak üzere Asahi malzemelerdeki iyileşmenin kendilerini zorladığı ifade edilmekte ve “Asahi, Fresenius ve Gambro’nun bir araya gelmesi” önerilmektedir.

1020 Belge 8: Fresenius İzmir Bölge Müdürlüğü’nde yapılan yerinde incelemede bulunan belgede Yalvaç Devlet Hastanesi’ne ilişkin cihaz, hasta ve ürün bilgilerine yer verildikten sonra, 2005 yılında düzenlenen ihalenin “Gambro’ya bırakıldığı” ifade edilmektedir. Belge, söz konusu ihalenin taraflar arasındaki anlaşma uyarınca paylaşıldığını açıkça ortaya koymaktadır.

1030 Belge 11: Belgede Gambro bayisi Methar tarafından Gambro’nun yeni bayisi Gül Ecza’nın ihalelerdeki fiyatlandırma davranışları değerlendirilmektedir. Methar sahibi Özer Fırat tarafından gönderilen e-postada Gül Ecza’nın ihalede rakiplere göre düşük fiyat verdiği, ihale şemasının temelini bilmediği, fistül iğneleri için çok düşük bir fiyat attığı ve diğer şirketlerden bazı çalışanların fiyatları düşürmemesi ve sistemi öğrenmesi konusunda Gül Ecza’yı uyardığı ifade edilmektedir. Gambro Pazarlama ve Satış Müdürü Bülent Çimenci ise cevaben; e-postanın mevcut ihale sistemine ilişkin hassas ve tehlikeli bazı bilgiler içerdiğini ve bu e-postanın tüm kopyalarını kişisel bilgisayarından sileceğini belirtmekte, e-postayı alan diğer kişilere de bunu yapmalarını şiddetle tavsiye etmektedir.

Yerinde incelemeler sırasında Gambro ve Methar yetkilileri belgenin, ihalede verilen fiyatın çerçeve ihale sisteminin özümüyle bağdaşmadığının ve iki yıl süresince tavan fiyat vazifesini görececek bir fiyat için çok düşük bir seviyede olduğunun tespit edilmesi ile ilgili olduğunu belirtmişlerdir. Bu açıklamaların doğruluğu kabul edilse dahi, e-postada yer alan ifadelerin Gambro Pazarlama ve Satış Müdürü tarafından, ihalelerde paylaşım sağlayan bir sisteme atıf yapıldığı şeklinde yorumlandığı açıktır. Diyaliz sektörünün en önemli oyuncularından biri olan Gambro'da pazarlama ve satış müdürü olarak görev yapan bir kişinin kaygısının ve tepkisinin boyutunun, piyasa oyuncuları arasında hiçbir işbirliği çabasının bulunmadığı ve rekabetçi koşulların söz konusu olduğu bir piyasa yapısı ile bağdaşmadığı açıktır.

1040

Belge 12: Belgede Anadolu'daki bazı hastane ihalelerine, ihale süreçlerindeki gelişmelere, rakiplerle ve düzenleyici idarelerle yapılan görüşmelere ilişkin bilgilere yer verilmektedir. Belgede yer alan ifadeler incelendiğinde;

- Gambro, bayisi Nefro ve Sasan'ın İbni Sina Hastanesi ihalesini birbirlerine açıktan para vermek suretiyle paylaşmayı planladıkları, bunun bir önceki yılda da yapıldığı,

- Sinop Atatürk Devlet Hastanesi'nde Gambro'nun iki cihazlık ihaleyi, Etlik Yüksek İhtisas Hastanesi ihalesi karşılığında Sasan'a bıraktığı,

1050

- Etlik Yüksek İhtisas Hastanesi ihalesi öncesinde ihalenin paylaşılmasına ilişkin bir anlaşma sağlandığı, ancak taraflardan birinin fikir değiştirmesi nedeniyle bunun uygulamaya geçmediği, Fresenius ve Gambro üst düzey yöneticilerinin de paylaşımdan haberdar oldukları ve bu konuda birbirleriyle iletişime geçtikleri,

- Dışkapı Çocuk Hastanesi ihalesinin Sasan'da kalması noktasında anlaşma sağlandığı, ihalenin Gambro'ya kalması üzerine Sasan yetkilisinin ortalığı karıştırdığı ve bir doktorun isteği ile ihalenin Sasan'a onaylandığı, Gambro'nun itiraz etmek yönündeki yasal hakkını kullanmadığı ve ihalenin resmen Sasan'a verildiği,

1060

- Hacettepe Üniversitesi Hastanesi ihalesinde ise Sasan'ın Gambro'dan ihaleyi "istediği", ancak Gambro'nun aldığı ihalelerin Sasan'ın aldığı ihalelerden az olması nedeniyle bir anlaşma sağlanamadığı,

- Bu ihalelere ek olarak Etlik, Çorum SSK, Sinop Atatürk Devlet ve Fırat Üniversitesi Hastaneleri cihaz ihalelerinin Sasan'a bırakıldığı,

- Ece'nin Durağan ve Türkeli ihalelerinde anlaşmayı bozduğu, anlaşılmaktadır.

Belge 13: Belgede 2006 yılına ilişkin 30 hastane ihalesi ile Gambro ve Ece için ayrı ayrı olmak üzere ürün sayıları bilgisini içeren bir tablonun yer aldığı görülmektedir. Tablonun sonunda Gambro ve Ece'nin toplam satış miktarlarına yer verilmekte, Ece'nin 10.000 adet daha satmasıyla birlikte taraflar arasındaki hesabın kapatılacağı ifade edilmektedir. Söz konusu tablonun bir paylaşımına ilişkin olduğu ve anlaşma şartlarına uyum sağlamak için Ece'nin eksik kalan satış miktarının telafi edilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

1070

Belge 14: Belgede yer alan ifadelerden Gambro yöneticilerinin yalnız bırakıldıklarını düşündükleri, buna karşı bir strateji arayışı içinde oldukları ve bayileri olan Methar'a daha fazla destek vermeye karar verdikleri anlaşılmaktadır. Bu ifadeler, bozulmaya başlayan anlaşmanın bir göstergesi olarak yorumlanmaya müsaittir.

Belge 20: Renka'da bulunan belgede, Anadolu'nun çeşitli yerlerindeki hastanelerin isimleri, bu hastanelere ilişkin yorumlar, hasta sayıları ve seans sayılarına ilişkin

1080 bilgiler içeren bir tablo yer almaktadır. Rize Devlet ve Trabzon Numune Hastanesi ihalelerine “Ece ile ortak girileceği” ifade edilmektedir.

Belge 22: Bazı hastane isimleri, mal alım miktarları ve bu hastanelere ilişkin hedef ve değerlendirmelerin yer aldığı belgedeki “Gambro’yla yarı yarıya paylaşacağız.”, “Gambro’yla yarı yarıya paylaşabiliriz”, “Biz çıkacak bu ihaleden toplamda 5.000 adetlik bir pay almayı planlıyoruz”, “... biz ve Gambro arasında paylaşılacaktır.”, “Gambro ve Fresenius arasında paylaşılıyor”, “Gambro ve Fresenius yarı yarıya paylaşıyor”, “... bu merkez Gambro’yla paylaşılabilir de, paylaşılmayabilir de” ifadeleri taraflar arasındaki ihale paylaşımını çok net olarak ortaya koymaktadır.

1090 Taraflar arasındaki anlaşmanın ihalelerle sınırlı kalmadığını, daha geniş kapsamlı bir anlaşmanın söz konusu olduğunu ortaya koyan belgelerin (Belge 1, 4, 9, 17, 18, 27, 28, 31) değerlendirilmesine ise aşağıda yer verilmektedir.

Belge 4: Belgede Gambro, Fresenius ve Braun dağıtıcıları arasında özel diyaliz merkezlerine yönelik bir paylaşımın detayları yer almaktadır. Toplantıda üç temel konunun karara bağlandığı görülmektedir. Bunlardan ilki set fiyatlarının 2,75’e çıkarılması, ikincisi özel merkez fiyatlarının yukarıya çekilmesi, üçüncüsü ise vade politikalarının diyaliz merkezlerinden çek, senet talep edilmesi gibi yollarla sıkılaştırılmasıdır. Bunun dışında ‘Olmazsa olmaz!!!’ başlıklı tabloda Renka sahibi Emircan Altuniş, Fresenius Marmara Bölgesi bayisi Alper Taş ve Gambro Genel Müdürü Yüksel Bolayır’ın isimlerinin altında, Marmara Bölgesi’nde yer alan bazı diyaliz merkezleri yer almaktadır. Tablonun Marmara Bölgesi’ndeki diyaliz merkezlerinin paylaşımına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Belge 1 ve Belge 9: Belge 1’de Fresenius Almanya’nın bir yetkilisi tarafından Şenol Taşdelen’e gönderilen e-postada piyasadaki fiyat dinamiklerinin yönetimi açısından iletişimin önemi ve rakip firmaların ‘barışçıl’ davranmalarının kendi fiyatlandırma saiklerinin rakipler tarafından anlaşılmasına bağlı olduğu ifade edilmiş, bu kapsamda rakipler fiyat artışı yaptığında onları izlemenin iyi bir strateji olacağı vurgulanmıştır. Belge 9’da yer alan toplantı³ notlarında ise fiyatları en uygun şekilde belirlerken rekabetin önemli bir parametre olduğu, verilecek kavgaların akıllıca seçilmesi gerektiği, fiyat savaşının bir kazananı olmadığı değerlendirilmesine yer verilmektedir.

1110 Bu belgeler anlaşma delili olarak değerlendirilmemekle birlikte, Fresenius Almanya’nın, faaliyet gösterdiği ülkelerdeki dağıtıcılarını fiyat rekabetine girmemeleri ve bunun kendilerine bir şey kazandırmayacağı konusunda uyardığı dikkat çekmektedir. Fresenius’un hiyerarşik ilişki içinde bulunduğu yurtdışı merkezinden bu nitelikte bir görüş almasının, daha ‘anlaşmacı’ bir tutum sergilemesini kolaylaştırabileceği değerlendirilmektedir.

Belge 17 ve Belge 18: Belgelerde Asahi’nin Marmara Bölgesi’ndeki bazı uygulamaları Gambro tarafından değerlendirilmektedir. Fresenius’un bu bölgedeki bazı hastanelerde %35 pay teklif ederek Asahi ve Helbio markalarıyla işbirliği yapmaya başladığı, bir ‘tehdit’ oluşturmaya başlayan Asahi’nin Marmara Bölgesi’nde Gambro müşterilerinden uzak durması noktasında bir anlaşma sağlandığı, Gambro’nun anlaşmanın ülke genelinde uygulanmasını istediği, Asahi’nin bunu kabul etmediği anlaşılmaktadır. Gambro yetkililerinin bu durumu yurt dışına raporlarken “...Marmara Bölgesi’nde Asahi’yi kontrol altına almış bulunmaktayız” ifadesini

³ Fresenius yetkilileri tarafından, toplantının Fresenius Almanya tarafından düzenlendiği ifade edilmiştir.

kullandığı görülmektedir. Bu ifadeler tarafların ticari stratejileri ve müşteri grupları üzerinde anlaşmaya vardıklarını açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

1130 Belge 27: Fresenius bayisi Medikocan'ın satış bölgesinde yer alan Denizli'deki Erpa Diyaliz Merkezi'ne Braun marka ürünlerin dağıtıcısı Renka üzerinden (.....) adet Fresenius marka diyalizör satılması üzerine, Medikocan Fresenius'dan bir açıklama istemiş ve kendisine ürünlerin Renka'ya doğrudan Fresenius tarafından sağlandığı, bu satışın Renka'ya "distribütörlüğünün değişim sürecinde içinde bulunduğu özel durum" nedeniyle destek olmak amacıyla ve "Fresenius bayilerini zora sokmayacak şekilde" yapıldığı bildirilmiştir.

Şüphesiz ki, bir teşebbüsün, rakibinin içinde bulunduğu zor koşulları değerlendirerek ona "destek olması" rekabetçi bir pazarda söz konusu olmaz. Dosya kapsamında bu desteğin, maddi sıkıntı içinde olan bir rakibi rahatlatmak amacıyla, kendi dağıtım kanalı üzerinden gerçekleşmesi gereken bir kısım satışı rakibe yönlendirmek noktasına kadar vardığı görülmektedir. Bu şekilde ilişkilerin kurulabildiği bir pazarda gerçek anlamda bir rekabetten söz edilemeyeceği açıktır.

1140 Belge 28: Belgede yer alan "Rakipleri high-flux'a ve yüksek fiyata alıştırmalıyız. Çünkü bu onların da işine geliyor" ifadeleri dikkat çekicidir. Fresenius tarafından tasarlanan 'alıştırma' politikasının neyi kapsayacağı, nasıl uygulanacağı, rekabet kısıtlanmadan nasıl gerçekleştirileceği hususları belirsizdir.

Belge 31: Fresenius YTS toplantısı tutanaklarında, Fresenius, Gambro ve Braun'un, şartnamesinde cihaz başına teknik servis bedelinin, cihaz bedelinin yedek parça hariç %3, yedek parça dahil %6'sını geçemeyeceği hükmünün yer aldığı bakım ihalelerine katılmama kararı aldığı belirtilmektedir.

1150 Markaların birbirlerinin cihazlarına teknik servis hizmeti verememeleri nedeniyle, teşebbüsler teknik servis açısından doğrudan bir rekabet içinde değildir. Ancak, teşebbüslerin bu hükmün yer aldığı ihalelere bireysel olarak girmemek gibi bir yol izlemek yerine eylemlerini uyumlaştırmayı tercih ettikleri ve ticari hayatta karşılaştıkları zorluklara karşı ortak karar alma eğiliminde oldukları görülmektedir.

Yukarıda da yer verildiği üzere dosya konusu iddialar değerlendirilirken, öncelikle piyasa yapısının örtülü işbirliğine uygun bir nitelik taşıyıp taşımadığı incelenmiş ve ilgili pazarların örtülü işbirliğine müsait piyasalar olduğu tespiti yapılmıştır. Ancak vurgulanmalıdır ki piyasa yapısına ya da bilgi değişimine ilişkin olarak herhangi bir ihlal tespiti yapılmamaktadır.

1160 Taraflar arasındaki ilişkilerin bu kadar sıkı ve bilgi akışının bu derece yüksek olduğu piyasalarda söz konusu olabilecek işbirliklerinin piyasadaki rekabet düzeni üzerindeki etkileri de büyük olacaktır. Normal işleyişi olan bir piyasada rekabeti sınırlı ölçüde kısıtlayacak bir uygulamanın, bu gibi piyasalarda ciddi etkileri olabilecektir. İncelemelerde elde edilen bilgi ve belgeler, piyasanın bu nitelikleri ortaya koyulduktan sonra değerlendirilmiştir.

Yukarıdaki belgelerin değerlendirilmesi sonucunda, başvurularda yer verilen kamu ihaleleri paylaşımının taraflar arasındaki daha geniş bir işbirliğinin bir sonucu olduğu ve işbirliğinin kamu ihaleleri ile sınırlı olmadığı anlaşılmıştır. Bu işbirliği kimi dönemlerde kamu ihalelerinde, kimi dönemlerde özel sektöre yapılan satışlarda ortak hareket etmek şeklinde tezahür etmektedir. Bu çerçevede işbirliğinin genel ticari stratejilerin belirlenmesi ve uygulanmasına ilişkin olduğu söylenebilir. Bu nedenle işbirlikleri kimi zaman sağlayıcılar arasında, kimi zaman bayiler arasında, kimi zaman da sağlayıcı ve bayiler arasında tesis edilmektedir.

- 1170 Yapılan değerlendirmeler sonucunda Fresenius, Gambro, Sasan, Renka ve Ece'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında *'rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisi olan anlaşma'* olarak değerlendirilen davranışları belgeleriyle ortaya konmuştur. Hakkında soruşturma yürütülen diğer 14 teşebbüsün ise bu anlaşmanın tarafı olup olmadığının tespit edilmesinin mevcut belge ve bilgiler ışığında mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Kanun'u ihlal ettiği tespit edilen Fresenius, Gambro, Renka, Sasan ve Ece'ye verilecek idari para cezasının Kanun'un 16. maddesine dayanılarak çıkarılan "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" hükümlerine göre tespit edilmesi gerekmektedir.
- 1180 Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; kartellerde temel para cezası belirlenirken 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 %2'si ile %4'ü arasında bir oranın esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Maddenin 2. fıkrasında ise oranlar belirlenirken ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücünün, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususların dikkate alınacağı belirtilmektedir. Bu çerçevede Fresenius, Gambro, Renka, Sasan ve Ece'nin 2009 yılı gayri safi gelirlerinin %2'si esas alınmıştır.
- 1190 Aynı maddenin 3. fıkrasına göre para cezası miktarı bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında artırılır. Yapılan incelemelerde elde edilen ve ihlal tespitine dayanak yapılan en eski tarihli anlaşma belgesi 4.7.2004 tarihlidir. Anlaşmanın başlangıç tarihini kesin olarak tespit etmek mümkün olmamıştır ancak eldeki belgeler 4.7.2004 tarihinden başlayarak anılan teşebbüsler açısından hukuki sorumluluk doğuracak niteliktedir. İhlal tespitine dayanak yapılan belgeler, anlaşmanın en azından 2007 yılına kadar sürdüğünü belgeleyen kesinliktedir. Bu çerçevede Yönetmeliğin anılan hükmü çerçevesinde anılan teşebbüslere verilecek temel para cezası, teşebbüslerin 2009 yılı gayri safi gelirlerinin %3'ü olarak belirlenmiştir.
- 1200 Yönetmeliğin "Hafifletici Unsurlar" başlıklı 7. maddesine göre *"Temel para cezası, ..., ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi haller ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından ispatlanırsa, dörtte bir ile beşte üç arasında indirilebilir."* Anılan madde hükmü uyarınca Renka'ya verilecek olan para cezasında 2/5 oranında, Sasan'a verilecek olan para cezasında ise 3/5 oranında indirim yapılmıştır. Bu çerçevede Renka'ya verilecek olan para cezası bu teşebbüsün 2009 yılı gayri safi gelirlerinin %1,8'i, Sasan'a verilecek olan para cezası bu teşebbüsün 2009 yılı gayri safi gelirlerinin %1,2'si olarak belirlenmiştir.
- 1210 Fresenius'un YTS'leri ile imzaladığı anlaşma da soruşturma kapsamında incelenmiş, Fresenius'un diyaliz cihazları pazarındaki pazar payının son 3 yılda %58-64 arasında olduğu görülmüş ve "2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" ile belirlenen %40'lık pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle bu anlaşmanın anılan Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığına, ancak söz konusu anlaşmaya aktif satış yasağı bakımından bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.
- Son olarak Fresenius ve Renka'nın sözlü savunma toplantısının gizli yapılmasına ilişkin taleplerinin red gerekçesi belirtilmelidir. 4054 sayılı Kanun'un 47. maddesine göre *"Sözlü savunma toplantıları açık olarak yapılır. Genel ahlakın ve ticari sırların*

1220 *korunması gerekçesi ile Kurul, sözlü savunma toplantısının gizli olarak yapılmasına karar verebilir.”* 2010/2 sayılı Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ’in 9. maddesinin 5. fıkrasında ise *“Ticari sırların korunması gerekçesiyle gizlilik talebinde bulunan taraf, işaretlenen bütün bilgiler bakımından, bunların neden ticari sır olarak kabul edilmesi gerektiğini, söz konusu ticari sırların açıklanmasının kendisi bakımından nasıl bir zarara yol açacağını ve bunların korunması için sunumun hangi kısımlarının gizli yapılması gerektiğini gerekçeleriyle açıklamakla yükümlüdür”* hükmü yer almaktadır.

1230 Fresenius’un Ek Görüş’e karşı cevap yazısında toplantının kartel iddialarına ilişkin bölümü ile Fresenius’un dikey ilişkilerinin incelendiği bölümlerin gizli yapılması talep edilmiştir. Görüldüğü gibi talep çok genel niteliklidir, herhangi bir açıklama ya da gerekçe içermemektedir. Renka vekilleri tarafından ise sözlü savunmaya katılımın bildirildiği yazı ile sözlü savunmada fiyat grafiklerini sunacakları bölüm ile savunmanın 3. ve 4. bölümlerinin gizli yapılması talep edilmiştir. Renka’nın sunmuş olduğu fiyat grafikleri 2004’ün 3. çeyreği ile 2008’in 2. çeyreği arasında kalan döneme ilişkindir. Bunlar bugün itibariyle ticari sır olarak nitelendirilemeyecektir. Savunmanın 3. ve 4. bölümlerinin gizli yapılması talebi de aynı şekilde çok genel niteliklidir, herhangi bir açıklama ya da gerekçe içermemektedir. Bu çerçevede 4054 sayılı Kanun’un 47. maddesi ve 2010/2 sayılı Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ’in 9. maddesinde öngörülen koşulların karşılanmadığı anlaşılmış ve söz konusu taleplerin reddine karar verilmiştir.

I.4.3. Savunmalar ve Değerlendirilmesi

1240 Aşağıda hakkında para cezasına hükmedilen teşebbüslerin savunmaları ve bunlara ilişkin değerlendirmeler yer almaktadır.

I.4.3.1. Fresenius ve Ece adına yapılan savunmalar

- İlgili piyasanın açık veya örtülü işbirliğine uygun bir yapıya sahip olmadığına ilişkin savunmalar:

Bu kapsamda ilk olarak, piyasanın örtülü işbirliğine uygun bir nitelik taşıdığı tespitinin 1.11.2007 tarih, 07-83/1011-395 sayılı ve 25.12.2008 tarih, 08-75/1198-463 sayılı Kurul kararları ile açık bir biçimde çeliştiği iddia edilmektedir.

1250 Söz konusu kararlarda, dosya kapsamında yapılan değerlendirmeleri temelden sakatlayacak herhangi bir unsur bulunmamaktadır. Öncelikle dosya kapsamında *“diyaliz cihazları”* ve *“diyaliz sarf malzemeleri”* pazarları incelenirken, anılan kararlarda sadece *“diyaliz sarf malzemeleri”* pazarına ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı belirtilmelidir. İki dosya arasındaki fark, ilkinde incelenen iddialara bakıldığında dahi görülmektedir. Başvuruda cihaz ve sarf malzemeleri ihalelerine katılan bayi ve alt bayi düzeyindeki bazı firmaların bir araya gelerek pazar paylaştıkları ve ihalelerde teklif edilecek fiyatları belirledikleri iddiaları yer almaktadır. İddia konusu kamu alımları ve hakkında iddiada bulunulanlar bayi ve alt bayiler olduğundan, incelemeler bu teşebbüsler ve kamu alımları üzerinde yoğunlaşmış, pazarda sağlayıcı olarak faaliyet gösteren teşebbüsler ve diyaliz hastalarının 2008 yılı itibariyle %70’ine yakın bir kısmını oluşturan özel sektör alımlarına ilişkin değerlendirmeler sınırlı kalmıştır.

1260 Dosya kapsamında da benzer şekilde ilk olarak kamu alımlarında anlaşma iddiası incelenmiş, başvurularda yer verilen kamu ihaleleri paylaşımının taraflar arasındaki daha geniş bir işbirliğinin bir sonucu olduğu, işbirliğinin sadece kamu ihaleleri ile sınırlı olmadığı, genel ticari stratejilerin belirlenmesi ve uygulanmasına ilişkin olduğu

1270 anlaşılmiştir. Soruşturma kapsamında bazı bayilerin yanı sıra Fresenius, Gambro, Sasan gibi ana tedarikçi konumundaki firmaların da faaliyetleri incelenmiş, piyasa kamu alımları odaklı olarak değil, bir bütün olarak değerlendirilmiştir. Bu çerçevede piyasadaki rakip sayısı, giriş engelleri, ürünlerin ne derece homojen olduğu, maliyetlerdeki benzerlik, piyasa talebinin durumu, alım sıklıkları/büyüklikleri ve piyasadaki bilgi akışı ve iletişim bir arada değerlendirilmek suretiyle piyasanın örtülü işbirliğine müsait olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Kamu alımlarıyla sınırlı iddiaların ve bu alımlarda teklif veren bayi ve alt bayilerin incelendiği bir dosyada, Kurul'un pazarın hasta sayısı açısından %30'luk bir kısmına ilişkin değerlendirmesinin, piyasanın ana tedarikçileri de içerecek şekilde bir bütün olarak incelendiği bir başka incelemede yapılan değerlendirmeleri temelden sakatlayacağı iddiasının dayanaktan yoksun olduğu görülmektedir. Kaldı ki, vakayı isabetli bir şekilde tahlil etmek ve tespitlerini makul gerekçelere dayandırmak kaydıyla, Kurul kararlarında da bir değişiklik olması mümkündür.

1280 Bu kapsamda ikinci olarak, teşebbüsler arası bilgi değişiminin her halükarda rekabet açısından zararlı olduğu ve kartel eğilimini arttırdığı gibi bir varsayımdan hareket edildiği, bilgi değişiminin olası olumlu sonuçlarının da söz konusu olduğu, daha geniş bir bilgi setiyle hareket eden teşebbüslerin stratejilerini daha doğru bir şekilde oluşturacağı, hatta mikro iktisadın temelinde yatan tam rekabet olgusunun da esasen tam bilgi varsayımına dayandığı, dosya kapsamında bilgi değişiminin ne şekilde değerlendirdiğinin açık olmadığı iddia edilmektedir.

1290 Dosya kapsamında piyasa yapısının incelenmesinin nedeni, piyasanın niteliklerinin, elde edilen bulguların değerlendirilmesinde büyük önem taşıyabilmesidir. Özellikle 4. madde incelemelerinde değerlendirme esas itibarıyla elde edilen belgeler üzerinden gerçekleştirilse de, bu belgelerin gösterdiği davranış biçimlerinin isabetli bir şekilde tahlil edilebilmesi için piyasanın öne çıkan bazı niteliklerinin ortaya konması gerekebilmektedir. Dosya kapsamında bilgi değişiminin ihlale dayanak yapılmadığı ve bu çerçevede değerlendirildiği son derece açıktır ve bu iddianın da herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır.

Bilgi değişime ilişkin olarak ayrıca ilgili piyasada teşebbüsler arasında gerçekleşen sistematik bir bilgi değişimi bulunmadığı, verilen örneklerin geçmişe yönelik ticari sır niteliği taşımayan koordinasyona neden olmayacak nitelikte davranışlar olduğu iddia edilmektedir. Bilgi değişimine dayanılarak bir ihlal tespiti yapılmadığından, değişilen bilgilerin ne ölçüde stratejik nitelik taşıdığı ya da ticari sır olarak nitelendirilebileceği gibi bir tartışma önem taşımamaktadır.

- Belgelere ilişkin savunmalar:

1300 Belge 1 ve Belge 9'un şirketin tek taraflı stratejisi olduğu ve rekabet ihlaline dayanak yapılamayacağı iddia edilmektedir. Bu belgelerin şirketin tek taraflı stratejisini gösteren belgeler olduğu muhakkaktır. Nitekim bu belgelere dayanılarak kartel tespiti yapılmamıştır. Burada vurgulanan husus, bu tek taraflı stratejinin, teşebbüsün kartele meyletmesini kolaylaştırabileceği hususudur.

Belge 3'te yer alan ifadelerin 4054 sayılı Kanun'un ihlali niteliğindeki fiillerle hiçbir ilgisinin bulunmadığı iddia edilmektedir. "Rakiplerle centilmenlik anlaşmaları", "Marmara Bölgesi: rakiplerle 'paylaşım' planlanmış", "Marmara modelini diğer bölgelerde uygulamak (kamuda ihalelerde centilmenlik)", "fiyatları yukarı çekebilmek" ifadeleri son derece açık ifadelerdir ve bu iddianın da kabulü mümkün değildir.

1310 Belge 4'ün kendileri ile ilgisiz olduğu iddia edilmektedir. Bu iddiaya ilişkin olarak belgenin, Fresenius'da yapılan yerinde incelemede elde edildiği hatırlatılmalıdır.

Belge 12'nin Ece bakımından aleyhe sonuç doğurmayacağı iddia edilmektedir. Önemli bir kartel belgesi olan Belge 12, teşebbüsler arasında ihalelerin paylaşıldığını çok açık olarak ortaya koymaktadır. Belgede yer alan *"ECE TIBBİ: Her ne kadar ılımlı yaklaşırsa da Erol, Durağan ve Türkeli devlet hastaneleri cihaz ihalelerinde verdiği sözleri tutmadı. Her iki hastanede de yerel bayi gücünü kullanmaya çalışıp ikisini de almaya kalktı. Her iki ihaleye de idareye danışarak şikayet dilekçesi yazıldı. Genel anlamda şu an aramızda problem yok havası var."* ifadeleri, Ece'nin anlaşmanın tarafı olduğunu, ancak Durağan ve Türkeli ihalelerinde anlaşmayı bozduğunu belgelemektedir.

1320 Belge 13'ün Gambro ve Ece'nin doğrudan rakip olmaması nedeniyle tutarsızlık taşıdığı, söz konusu illerde anlaşma yapılacaksa Ece'nin Gambro bayileri ile anlaşmış olmasının gerekeceği iddia edilmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi işbirlikleri kimi zaman sağlayıcılar arasında, kimi zaman bayiler arasında, kimi zaman da sağlayıcı ve bayiler arasında tesis edilmektedir. Piyasadaki ürünlerin dağıtımını bir tedarik zinciri aracılığıyla gerçekleştirildiğinden, Gambro gibi sağlayıcı konumdaki bir teşebbüse diğer markaların dağıtım kanallarında yer alan dağıtıcıların ve bayilerin rekabetçi baskı uygulayacağı ve Gambro gibi sağlayıcı konumda olan bir teşebbüsün, rakip dağıtıcı ve bayilerle yapacağı bir anlaşmanın da rekabeti sınırlandıracağı muhakkaktır.

1330 Belge 17'ye ilişkin olarak, belgede geçen Fresenius ifadesinin markayı ifade ettiği, ihalelere doğrudan girmedikleri için kendilerinin kast edilmiş olamayacağı, belgede adı geçen diğer teşebbüsler hakkında inceleme yapılmamasının muamma olduğu iddia edilmektedir. Öncelikle belgede "Fresenius" ifadesinin değil, "FMC" ifadesinin geçtiği belirtilmelidir. Belge Fresenius'un en büyük rakibi olan Gambro'da elde edilmiş olup, Gambro'nun satış raporlarından bir alıntıdır. Belgenin devamında Gambro yetkilisi tarafından *"FMC'nin bu stratejisine karşı bizim iki alternatif eylem planımız bulunmakta..."* ifadesi kullanılmaktadır. Bu çerçevede, belgede yer alan FMC ifadesi ile Fresenius'un değil, Diamed'in kastedildiği iddiası gerçekçi görünmemektedir. Ayrıca Fresenius satışlarını bayiler üzerinden gerçekleştirdiği için belgenin kendileriyle ilgisiz olduğu iddiası da dayanaksızdır. Bayiler ne kadar çok satış yaparsa Fresenius'dan o kadar fazla mal alacağından, Fresenius, bayilerine bölge müdürlükleri aracılığıyla destek vermekte ve bu bölge müdürlükleri aracılığıyla bayilerin faaliyetlerini ve bölgede yaşanan gelişmeleri takip etmektedir. Belgede adı geçen diğer teşebbüsler hakkında ise bu anlaşmanın tarafı olduklarını makul bir kesinlikle ortaya koyan destekleyici başka belge elde edilememiştir.

1340 Belge 20'de yer alan ifadelerin rekabeti kısıtlayıcı bir niteliğinin bulunmadığı iddia edilmektedir. Rize Devlet ve Trabzon Numune Hastanesi ihalelerine "Ece ile ortak girileceği" ifadesi karşısında bu iddianın da bir dayanağı bulunmamaktadır.

1350 Belge 22'de yer alan "... bırakıldı" ve "... ile paylaştık" ifadelerinin tüm sektörlerde kullanılan ifadeler olduğu iddia edilmektedir. Belgede yer alan ifadeler son derece açık ifadelerdir ve bu savunmanın da hiçbir dayanağı yoktur.

Belge 31'e ilişkin olarak ortaklaşa alınan bir kararın söz konusu olmadığı, bunun teşebbüslerin bireysel tercihleri olduğu iddia edilmektedir. Belgede yer alan *"Bu koşullarda biz, Gambro ve Braun ihalelere girmeyecek", "... market lideri üç firmanın bu tip ihalelere girmeme kararı aldığı"* ifadeleri karşısında bu iddianın da kabulü mümkün değildir.

- Hukuki değerlendirmede hata yapıldığına ilişkin savunmalar:

1360 Bu kapsamda soruşturmanın kamu ihalelerine ilişkin olarak başlatıldığı, kamu ihalelerine doğrudan girmeyen Fresenius'un neden incelemeye dahil edildiğinin anlaşılmadığı, Soruşturma Raporu'nda özel merkezlere yapılan satışlara odaklanıldığı ifade edilmektedir.

1370 Öncelikle dosya kapsamında kamu ya da özel sektör olmak üzere belirli bir odaklanmadan söz edilemeyeceği belirtilmelidir. Dosya kapsamında taraflar arasındaki işbirliğinin kamu ihaleleri ile sınırlı olmadığı, kamu ihalelerindeki paylaşımın daha geniş bir işbirliğinin bir sonucu olduğu tespit edilmiştir. Nitekim yukarıda yer verilen belgelerden Belge 3, 6, 8, 11, 12, 13, 14, 20 ve 22 kamu ihalelerine ilişkin belgeler iken, Belge 1, 4, 9, 17, 18, 27, 28 ve 31, taraflar arasındaki anlaşmanın ihalelerle sınırlı kalmadığını, daha geniş kapsamlı bir anlaşmanın söz konusu olduğunu ortaya koyan belgelerdir.

1380 Fresenius bayileriyle birlikte bir kartel oluşumu içerisinde yer alıyorsa, bu oluşumu bir tek bayiyle sınırlı tutmasının anlamsız olacağı iddia edilmektedir. Mevcut belge ve bulgular ortada bir anlaşma bulunduğunu ve bu anlaşmaya en azından Fresenius, Gambro, Renka, Sasan ve Ece'nin taraf olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle anlaşmanın bu teşebbüsler dışında da sağlayıcı veya bayi düzeyinde tarafları olması mümkündür. Bu çerçevede diğer Fresenius bayileri Medikocan ve Diamed de anlaşmaya taraf olabilirler. Ancak diğer bayilerin anlaşmanın tarafı olduğunu kanıtlayacak yeterli belge elde edilememişken, yukarıda yer verilen belgeler Ece'nin durumunu tüm açıklığıyla ortaya koymaktadır.

1380 Bu kapsamda ileri sürülen bir başka iddia tek bir kartelin mi, iki ayrı kartelin mi söz konusu olduğunun muğlak olduğu iddiasıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere dosya kapsamında tek bir kartelden söz edilmektedir.

Savunmalarda oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralellik ile anlaşma neticesinde ortaya çıkan paralellik ayrımı hatırlatılarak bilinçli paralelliğin ihlal olarak değerlendirilemeyeceği iddia edilmektedir. Yukarıda yer verilen belgelerde yer alan;

- *"Rakiplerle centilmenlik anlaşmaları",*
- *"Marmara Bölgesi: rakiplerle 'paylaşım' planlanmış",*
- *"Marmara modelini diğer bölgelerde uygulamak (kamuda ihalelerde centilmenlik)",*
- 1390 - *"Fiyatları yukarı çekebilmek",*
- *"Set fiyatları 2,75'e çıkartılacak",*
- *"Asahi & Gambro & Fresenius bir araya gelmeli",*
- *"İhale Gambro'ya bırakıldı"*
- *"Rakiplerle diyalogu bozup her tarafa saldırmak"*
- *"Rakipleri high-flux'a ve yüksek fiyata alıştırmalıyız. Çünkü bu onların da işine geliyor."*
- *"Market lideri 3 firmanın bu tip ihalelere girmeme kararı aldığı"*
- *"ETLİK YÜKSEK İHTİSAS HASTANESİ:... Ancak FMC ihaleyi bozmak için uğraşıyordu. ... İhale FMC'ye kaldı. Sa-San fiyatı FMC'ye yakındı. Erol'a daha sonra bu ihalede verdiğiniz sözü tutmadınız dedim. Aşkın'ın talimatı olduğunu ve Yüksel Bey'in arayıp Aşkın'ı, konuşması gerektiğini söyledi."*

1400

ifadelerinin bilinçli paralelliği değil, anlaşma neticesinde ortaya çıkan bir paralelliği gösterdiği kanaatine varılmıştır.

I.4.3.2. Gambro adına yapılan savunmalar

- Soruşturma konusunun kamu ihalelerine yönelik paylaşım olduğuna ve Gambro'nun kamu ihalelerine katılmadığına ilişkin savunmalar:

1410 Savunmada soruşturmanın kamu ihalelerine yönelik iddialar üzerine başlatıldığı, Rapor'da ihlal iddiasını kanıtlayıcı olarak yer verilen belgelerin tamamının kamu hastanelerinin malzeme alımlarına yönelik olduğu, anlaşmanın kamu ihaleleri ile sınırlı olmadığı belirtilmiş olsa da, bu hususa ilişkin hiçbir delil bulunmadığı iddia edilmektedir.

Taraflara gönderilen soruşturma tebligatında aynen şu ifadeler yer almaktadır: “Kurumumuz kayıtlarına 2.2.2009 tarih, 804 sayı ve 30.3.2009 tarih, 2257 sayı ile intikal eden dilekçeler incelenmiş; hazırlanan 15.6.2009 tarih ve 2009-2-60/ÖA-09-EÖ sayılı Öneri Raporu Rekabet Kurulu'nun 18.6.2009 tarih ve 09-29 sayılı toplantısında görüşülmüş ve şirketiniz hakkında 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un **4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti için aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.**”

1420 Görüldüğü gibi soruşturma, tarafların Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespiti amacıyla açılmıştır. Taraflara yapılan soruşturma bildiriminde “kamu ihalelerine yönelik bir paylaşım gidildiğine ilişkin ciddi kuşklar doğduğu” da bildirilmiş olmakla birlikte, soruşturma sürecinde yapılan incelemeler sonucunda taraflar arasındaki işbirliğinin kamu ihaleleri ile sınırlı olmadığı anlaşılmıştır. Savunmalarda yer alan iddianın aksine, yapılan incelemelerde özel sektöre yapılan satışlarda da işbirliğine gidildiğini gösteren belgeler elde edilmiştir. Sonuç olarak, 4. madde kapsamında yapılmış olan soruşturma sonucunda ihlal olduğu tespit edilen tüm hususlar yine 4. maddeye ilişkindir. Soruşturma Raporu'nda ve Ek Görüş'te bu tespitler tüm detaylarıyla yer almaktadır.

1430 Ancak Gambro adına yapılan savunmalarda “özel sektöre yapılan satışlarda da işbirliğine gidildiği ve işbirliğinin genel ticari stratejilerin belirlenmesi ve uygulanmasına ilişkin olduğu” tespitine yönelik olarak herhangi bir savunma yapılmadığı, bunun yerine soruşturmanın kamu ihalelerine yönelik iddialar üzerine başlatıldığı ve Gambro'nun da kamu ihalelerine katılmadığının tekraren ifade edildiği görülmektedir. Kaldı ki Gambro'nun kamu ihalelerine doğrudan katılmadığı için, kamu ihalelerine yönelik bir anlaşmanın tarafı olamayacağı iddiası da dayanaksızdır. Gambro markalı ürünler kamu ihalelerinde bayiler aracılığıyla da satılsa, kamu ihalelerine ilişkin olarak yukarıda yer verilen belgelerden de açık bir biçimde görüldüğü gibi Gambro anlaşmanın tarafıdır.

- Ceza miktarının Ceza Yönetmeliği hükümlerine göre belirlenmesine ilişkin savunmalar:

1440 Savunmalarda “cezaların kanuniliği” ilkesi gereğince cezaların ancak kanunla belirlenebileceği, Kanun'da asgari ceza miktarı belirtilmemiş iken Yönetmelik'te temel para cezasının asgari haddinin %2 olarak belirlenmesinin Kanun'a aykırı olduğu, ayrıca ihlal olduğu tespit edilen eylemin 2008 yılı ve öncesinde meydana geldiği belirtildiğine göre, bu tarihten sonra yürürlüğe giren Yönetmelik esas alınarak ceza talep edilmesinin doğru olmadığı iddia edilmektedir.

1450 Öncelikle ifade edilmelidir ki, Ceza Yönetmeliği ile yeni bir idari para cezası ihdas edilmiş ya da mevcut bir idari yaptırım daha da ağırlaştırılmış değildir. İdari yaptırım 4054 sayılı Kanun'da belirlenmiş olup, Yönetmelik'te sadece uygulamaya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Dolayısıyla, idari para cezasının kanuniliği bakımından Yönetmelik öncesi ve sonrası olmak üzere iki farklı durum söz konusu değildir. Kanun'da da idari para cezasının üst sınırı ve ceza tespitinde dikkate alınacak unsurlara genel olarak yer verilmiş olup, aynı Kanun'un 16. maddesinin son fıkrasında, idari para cezasının tespitinde dikkate alınacak hususların, çıkarılacak Yönetmelik ile belirleneceği hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, Kanun'da belirtilen sınırlar içinde, para cezasının ne şekilde uygulanacağına ilişkin ayrıntıların Yönetmelik ile düzenlenmesi hukuki olmanın ötesinde, şeffaflığı ve teşebbüsler bakımından belirliliği sağlaması nedeniyle modern idare anlayışının da bir gereğidir.

1460 İhlalin son bulunduğu tarihten sonra yürürlüğe girmesi nedeniyle de Yönetmeliğin uygulanamayacağı iddia edilmektedir. Bu iddia da dayanaktan yoksundur. Yönetmeliğin "Devam Eden Soruşturmalar" başlıklı geçici 1. maddesinde Yönetmelik hükümlerinin, soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olmak şartıyla devam eden soruşturmalara dahi uygulanacağı ifade edilmektedir.

- DİADER'e ilişkin savunmalar:

Gambro'nun DİADER'e üye olmadığı, dernekle hiçbir ilişkisinin bulunmadığı, Gambro'nun rakibi konumundaki diğer firmaların kendilerine ait özel diyaliz merkezleri işlettiği ve bu derneğe üye oldukları, Gambro'nun ise bu tür bir faaliyetinin bulunmadığı iddia edilmektedir.

1470 DİADER üyesi olmanın ihlal tespitine dayanak yapılmadığı, bu derneğe ilişkin değerlendirmelerin pazarın yapısal özelliklerine ilişkin olduğu, böyle bir platformun taraflara önemli bir iletişim imkanı sağladığı tespitinin yapıldığı ve bunun da belgelerle desteklendiği ifade edilmelidir. Cihaz ya da sarf malzemeleri alanında faaliyet gösteren teşebbüslerden bazıları diyaliz merkezi işlettiğinden, teşebbüsler cihaz ve sarf piyasasının yanı sıra diyaliz hizmetleri alanında da rakip konuma gelebilmektedir. Bu husus, sadece pazarın bu yapısal özelliğini ortaya koyabilmek için belirtilmiştir.

1480 Yerinde incelemelerde elde edilen bazı belgelerde DİADER faaliyetleri kapsamında, diyaliz merkezi yöneticileri arasında geçen yazışmalar yer almaktadır. Belgeler incelendiğinde Gambro yetkilisi Yüksel Bolayır, Fresenius yetkilileri Şenol Taşdelen, Alp Özkan ve Aşkın Korkusuz'un yazışmalara taraf olduğu görülmektedir.

- Gambro'nun pazar payının gizlenmesinin savunma hakkını kısıtladığına ilişkin savunmalar:

İkinci yazılı savunmada, Soruşturma Raporu'nda Gambro'nun pazar payının gizlenmiş olmasının savunma hakkını kısıtladığı iddia edilerek, bu bilgiler verildiğinde savunma yapma haklarının saklı olduğu ifade edilmektedir.

1490 Ek Görüş'de; Soruşturma Raporu'nun 19 ayrı teşebbüse tebliğ edilmesi nedeniyle bu bilgilerin gizlenmesinin pratik nedenlerden kaynaklandığı ve her teşebbüs kendi pazar payını yaklaşık olarak bilebileceği için savunma hakkının kısıtlanmadığı ifade edilerek, Soruşturma Raporu'nda Gambro'nun diyaliz cihazı pazarındaki pazar payının %(.....) olduğu ve pazarın üçüncü büyük teşebbüsü olduğu; diyalizör pazarındaki pazar payının %(.....) olduğu ve pazarın ikinci büyük teşebbüsü olduğu bilgisine yer verildiği bildirilmiştir.

Buna rağmen, Gambro adına yapılan sözlü savunmada Soruşturma Raporu'nda yer verilen pazar paylarının kendilerine bildirilmediği ifade edilmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu bilgiler Ek Görüş'de bildirilmiştir. Kaldı ki 4. madde incelemelerinde ilgili ürün pazarının ve teşebbüslerin bu pazarlardaki paylarının tespiti, öncelikli mesele değildir.

- Bir teşebbüsün kendisinden alınmayan belgenin onun aleyhine delil olamayacağına ilişkin savunmalar:

1500 Savunmada ihlal iddiasına dayanak yapılan belgelerin büyük bir kısmının Gambro dışındaki teşebbüslerden temin edildiği, teşebbüsün kendisinden alınmayan bir belgenin delil olarak değerlendirilemeyeceği, aksi halde rakibini kötü duruma düşürmek isteyen bir firmanın, onlarca belge düzenleyip, yapacağı ihbar ve pişmanlık talebi sonucu kendisi ceza almazken, rakiplerine ceza verdirebileceği iddia edilmektedir.

1510 Bilindiği gibi tarafların soruşturma konusu eylemleri, kartel iddiasını içermektedir. Kartel ise en az iki teşebbüsün varlığıyla söz konusu olabilecek bir ihlal türüdür. Bu iddia, kartellerin ortaya çıkarılması için uygulanan pişmanlık müessesesinin amacı ile çelişmektedir. Pişmanlık müessesesinin amacı, kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulması amacıyla, kartele taraf olan diğer teşebbüsler ile bu teşebbüslerin yöneticileri ve çalışanlarından bağımsız olarak Kurum ile aktif işbirliği yapanlara ceza verilmemesi veya verilecek cezalarda indirim yapılmasıdır. Bir başka ifadeyle kartelin tarafı olan bir teşebbüs, kartel belgelerini diğer teşebbüslerden bağımsız olarak Kurum'a sunarsa, kendisi ceza almaktan kurtulmaktadır. Dolayısıyla bir teşebbüsün elinde bulunan kartel belgeleri, kartelin tarafı olan diğer teşebbüsler için bağlayıcı sonuç doğuracaktır. Esasen pişmanlık müessesesinin amacı tam olarak budur.

- Gambro'nun hukuki varlık kazanmasından önceki tarihli belgelerin iddiaya dayanak yapılamayacağına ilişkin savunmalar:

1520 Gambro'nun 10.9.2004 tarihinde Ankara Ticaret Siciline tescil edilmek suretiyle kurulduğu, bu tarihten önceki belgelerin Gambro yönünden hiçbir hukuki bağlayıcılığı bulunmadığı iddia edilmektedir. Bu iddianın anılan tarihten eski tarihli ve Gambro bakımından hukuki bağlayıcılığı bulunan tek belge olan Belge 4'e ilişkin olarak ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır. Bu belgede yıla ilişkin bir bilgi yer almamakta, "4 Temmuz Pazar" ibaresi bulunmaktadır. 4 Temmuz gününün 2004 yılı itibariyle pazar gününe denk gelmiş olması nedeniyle belgenin 2004 yılında hazırlanmış olabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

1530 "Gambro markası", 16 Ağustos 2002 tarihinde Belge 4'de adı geçen Yüksel Bolayır'a ait olan Bülten Diyaliz ve Sağlık Merkezi A.Ş.'yi satın almak suretiyle ve Gambro Diyaliz Hizmetleri A.Ş. ünvanıyla Türkiye pazarına girmiştir. Gambro Diyaliz Hizmetleri A.Ş., esas olarak diyaliz hizmetleri alanında faaliyet göstermekle birlikte, diyaliz cihaz ve sarf malzemesi satışı da yapmaktadır. Yüksel Bolayır, 16.8.2002 tarihinden itibaren Gambro Diyaliz Hizmetleri A.Ş.'de yönetici olarak çalışmaya başlamıştır. 4.7.2004 tarihi itibariyle Yüksel Bolayır, Gambro Diyaliz Hizmetleri A.Ş.'nin çalışanıdır. Gambro'nun 2004 yılında kuruluşundan sonra 2004-2009 yılları arasında bu şirkette üst düzey yöneticilik yapmıştır. Hukuki varlığı süresince Gambro Diyaliz Hizmetleri A.Ş., Gambro AB tarafından kontrol edilmiştir. Gambro da Gambro AB tarafından kontrol edilmektedir. Bu çerçevede iddia hukuki dayanaktan yoksundur.

1540 - Belgelere ilişkin savunmalar:

Belge 12'nin Gambro yetkilileri tarafından düzenlendiğine dair bir imza ya da tespitin bulunmadığı ve belgede adı geçen bazı ihale bilgilerinin yanlış olduğu iddia edilmektedir. Bazı ihale bilgileri yanlış olsa dahi, bu durum belgenin anlaşma ve ihlal delili olma niteliğini değiştirmez. Belgede yer alan ifadeler çok açık ifadelerdir ve rekabet hukuku çerçevesinde *per se* ihlal niteliğindedir. Belgede kullanılan ifadelere bakıldığında, bunun bir Gambro çalışanı tarafından yazıldığı da açıktır.

1550 Belge 13'de yer alan "Ece satacak" ifadesinin Ece'nin yapması muhtemel satış öngörüsü, "hesap kapatılacak" ifadesinin ise kamu hastanelerine yıl tamamlanmadan taahhüt edilen adetlerin hesaplanması anlamına geldiği iddia edilmektedir. Bu savunmanın da hiçbir dayanağı yoktur. Yukarıda da belirtildiği gibi bir paylaşım ilişkisi olduğu anlaşılan belgede yer alan tablonun sonunda Gambro ve Ece'nin toplam satış miktarlarına yer verilmekte, Ece'nin 10.000 adet daha satmasıyla birlikte taraflar arasındaki hesabın kapatılacağı ifade edilmektedir.

Belge 22'ye ilişkin olarak ihalelere girmeyen Gambro'nun markası ile ilgili ifadelerden, Gambro'nun herhangi bir oluşum içinde olduğu sonucunun çıkarılmayacağı ifade edilmektedir. Belgede yer alan ifadeler son derece açık ifadelerdir ve bu savunmanın da hiçbir dayanağı yoktur.

1560 Belge 31'e ilişkin olarak şartnamesinde bu hükmün bulunduğu ihalelere firmaların bireysel olarak katılmama kararı aldıkları iddia edilmektedir. Belgede yer alan "*Bu koşullarda biz, Gambro ve Braun ihalelere girmeyecek*", "*... market lideri üç firmanın bu tip ihalelere girmeme kararı aldığı*" ifadeleri karşısında bu iddianın da kabulü mümkün değildir.

I.4.3.3. Renka adına yapılan savunmalar

Ulaşılan tespitlerin 07-83/1011-395 sayılı Kurul Kararı'nda yer alan tespitlerle çeliştiğine, bilgi değişimine ve DiADER'e ilişkin savunmalara önceki bölümde yanıt verildiğinden, bu bölümde tekrar yer verilmemiştir.

- Rakiplerin bazı dönemlerde rekabet ettiklerini gösteren delillere ilişkin savunmalar:

1570 "*Bu bir savaş ve bunu geleceğimiz için yapmalıyız. Hiçbir savaş mücadele edilmeden kazanılmaz ve sonsuz değildir. Braun girmeseydi aslında savaş bitmişti. FMC, Gambro ve Asahi pazarın mutlak hakimiydiler. Ama şimdi biz de varız ve rakipleri ciddi anlamda rahatsız ediyoruz. ...*" ifadelerinin yer aldığı belgenin Soruşturma Raporu'nda, "rakiplerin bazı dönemlerde rekabet ettiklerini gösteren deliller" arasında değerlendirildiği, bu belgenin kartele üye olan bir teşebbüsün arada sırada rekabet ettiğini göstermekten ziyade, pazar payları %80-90'larda olan firmalara karşı var olma mücadelesini gösterdiği iddia edilmektedir.

1580 Savunmada da belirtildiği gibi, bu belge Soruşturma Raporu'nda tarafların rekabet ettiklerini gösteren belgeler arasında değerlendirilmiştir. Ancak belgede yer alan ifadeler, teşebbüsün kesinlikle bir kartelin tarafı olmadığı şeklinde yorumlanabilecek nitelikte değildir. "*Aşağıdaki tabloda detaylarını görebileceğiniz şekilde sizlerle 2007-2008- 2009 yıllarında yapmış olduğumuz ciro 14.700.000 Euro'dur*" cümlesiyle başlayan belgenin 2009 yılı tamamlandıktan sonra düzenlendiği anlaşılmaktadır. Dosya kapsamında, tarafların rekabet ettiklerini gösteren belgelerin özellikle 2008 yılı sonrasında yoğunlaştığı ve bu belgelerin tarafların rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar yaptıklarını gösteren ve ağırlıklı 2008 yılı öncesine ait belgelerin mevcut olduğu

gerçeğini ortadan kaldırmadığı tespiti yapılmaktadır. Bu çerçevede belgede yer alan ifadeler, yapılan tespitle çelişmemektedir.

- Renka'nın pazarın %80'ini kontrol eden Fresenius ve Gambro'yla aynı kefeye konulduğuna ilişkin savunmalar:

1590 Fresenius ve Gambro hakkında daha somut iddiaların yer aldığı, Renka'nın 2007 yılından itibaren B-Braun'un temsilciliğini yürüttüğü dikkate alındığında, Renka hakkında talep edilen para cezasının Fresenius ve Gambro ile aynı olmasının anlaşılacağı, şayet Renka'nın 2007 yılı öncesinde de anlaşmaya taraf olduğu iddia ediliyorsa Kawasumi marka cihazlara ilişkin delillerin de sunulması gerektiği ifade edilmektedir.

4.7.2004 tarihli Belge 4, taraflar arasında özel diyaliz merkezlerinin paylaşıldığını, ayrıca set fiyatlarının ve özel merkez fiyatlarının yükseltilmesi, vade koşullarının belirlenmesi gibi konularda Fresenius, Gambro ve Renka yetkililerinin anlaşmış olduğunu ortaya koymaktadır. Renka'nın o tarihte Braun değil, Kawasumi markasının distribütörü olması, belgenin ihlal niteliği bakımından bir önem taşımamaktadır.

1600 Bu çerçevede Renka'nın Fresenius ve Gambro'yla aynı kefeye konmaması gerektiği iddiası da dayanaksız kalmaktadır. Anlaşmanın başlangıç tarihini kesin olarak tespit etmek mümkün olmamakla birlikte, elde edilen en eski tarihli anlaşma belgesi 4.7.2004 tarihli Belge 4'dür. Bu belge, Fresenius ve Gambro'nun olduğu gibi Renka'nın da 4.7.2004 tarihinden itibaren bu anlaşmanın tarafı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

- Belgelere ilişkin savunmalar:

Belge 4'e ilişkin olarak, belirtilen fiyatların gerçekleşmemiş olduğu, ayrıca kararların hayata geçirilmesini teminen rakipler arasında başka yazışmaların da bulunması gerektiği iddia edilmektedir.

1610 Rekabet hukukunda, bir anlaşmanın Kanun'un 4. maddesi kapsamında hukuka aykırı sayılabilmesi için, amacının veya etkisinin rekabeti sınırlayıcı olması yeterlidir. Belge 4, taraflar arasında özel diyaliz merkezlerinin paylaşıldığını, ayrıca set fiyatlarının ve özel merkez fiyatlarının yükseltilmesi, vade koşullarının belirlenmesi gibi konularda tarafların anlaşmış olduğunu ortaya koymaktadır. Tarafların bu yöntem üzerinde anlaşmaları, rekabeti sınırlama "amacını" göstermektedir. Amacı rekabeti sınırlama olan bir anlaşmanın tespiti halinde, "etkisinin" gösterilmesine gerek yoktur. Kaldı ki, gerek fiyat tespiti, gerek mal ve hizmet piyasalarının bölüşülmesi rekabet hukukunda *per se* yasak olarak kabul edilmektedir. Bu tür bir ihlalin etki açısından olumsuz sonuçlar doğuracağı tartışmasızdır. Rakipler arasında daha fazla yazışma bulunması gerektiği iddiasına ilişkin olarak da Renka'nın daha önce soruşturma geçirmiş bir teşebbüs olduğu hatırlatılmalıdır.

Belge 20'de kastedilenin rakipten ürün temin ederek ihaleye girmek olduğu iddia edilmektedir. Rize Devlet ve Trabzon Numune Hastanesi ihalelerine "Ece ile ortak girileceği" ifadesi karşısında bu iddianın da bir dayanağı bulunmamaktadır.

Belge 27'ye ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerin ticaret hayatının gerçeklerinden uzak olduğu iddia edilmektedir. Tam aksine, ticaret hayatının gerçeklerine uymayan durum, Fresenius'un Renka'ya "distribütörlüğünün değişim sürecinde içinde bulunduğu özel durum" nedeniyle destek olmak amacıyla ve kendi bayilerini "zora sokmayacak şekilde" Renka üzerinden satış yapmasıdır.

1630

I.4.3.4. Sasan adına yapılan savunmalar

- Savunma hakkının kısıtlandığına ilişkin savunmalar:

Savunmalarda “gizlilik talebi” olduğu gerekçesiyle başvuruların isimlerinin ve “ticari sır” olduğu gerekçesiyle bazı bilgi ve belgelerin kendilerine bildirilmediği ve savunma hakkının kısıtlandığı iddia edilmektedir. Bu kapsamda ayrıca Sasan’a isnat edilen eylemlerin zaman itibarıyla sınırının belli olmadığı ve mahallinde tetkik yapılması ile soruşturmadan haberdar oldukları, bu hususların da savunma hakkının ihlali olduğu ifade edilmektedir.

1640 Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan 2010/3 sayılı “Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ”in 12. maddesine göre ticari sır; *“teşebbüslerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması halinde ilgili teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali bulunan her türlü bilgi ve belgedir.”* Madde hükmünden de görüldüğü gibi ticari sırların ifşa edilmemesi ile, esas olarak teşebbüslerin hakları korunmaktadır. Soruşturma sürecinde, hakkında soruşturma yürütülen diğer teşebbüslerin ticari sırları Sasan’a gönderilmediği gibi, Sasan’ın ticari sırları da diğer teşebbüslere gönderilmemiştir. Dolayısıyla bu uygulama Sasan’ın da haklarını koruyan bir nitelik taşımaktadır.

1650 Bununla birlikte, ihlal tespitine dayanak yapılan hiçbir belge ticari sır olduğu gerekçesiyle taraflara bildirilmemiş değildir. Nitekim anılan Tebliğ’in 12. maddesinin 3. fıkrasına göre *“Açıklanması halinde ilgili teşebbüs veya rakiplerinin zarar görme ihtimali bulunsa bile, rekabet hukuku mevzuatının ihlali niteliğinde olan sözleşme, anlaşma, uzlaşma ve eylemlere ilişkin bilgi ve belgeler ticari sır sayılmaz.”* Raporda ticari sır olduğu gerekçesiyle taraflara gönderilmeyen bilgiler, bu belgelerde yer alan satış adetleri gibi sayısal nitelikteki “ticari sır” niteliğindeki bilgilerdir. Bu çerçevede belgenin rekabet hukuku mevzuatını ihlal niteliğini ortaya koymak bakımından herhangi bir önemi olmayan bu bilgilerin gönderilmemiş olmasının savunma hakkını kısıtladığı iddiası hukuki dayanaktan yoksundur.

1660 Kurum’a başvuruda bulunan kişilerin isimlerinin belirtilmemesi de, benzer şekilde başvuruda bulunan kişilerin haklarını koruyan düzenlemelerin gereğidir. “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Yapılacak İşlemlerde Uygulanacak Usule İlişkin Yönerge”nin “3.1. Dosyanın Açılması” başlıklı maddesine göre *“İhbarlarda, ihbarcının kimliğinin gizli tutulması için azami özen gösterilir. Bu amaca uygun olarak ihbarcının kimliğini doğrudan ya da dolaylı olarak ifşa edecek hiçbir bilgiye yazışmalarda yer verilmediği gibi, raporda ve Kurul Kararında da yer verilmez.”*

1670 Isnat edilen eylemlerin zaman itibarıyla sınırının belli olmadığı savunmasına ilişkin olarak, Belge 12’nin 2006 yılına ilişkin olduğunun anlaşıldığı ve belgede yer alan *“Sonraki ihale için Mehmet Ali bana ... söyledi. Ben de; ‘önceki senelerdeki gibi olursa problem olmayacağını’ söyledim.”* ifadelerinin Sasan’ın en az 1 sene bu anlaşmanın tarafı olduğunu gösterdiği belirtilmelidir.

Sasan’ın, hakkında soruşturma açılmasından şirkette yerinde inceleme yapılması ile haberdar olduğu ve savunma hakkının ihlal edildiği iddiasının da hiçbir hukuki dayanağı yoktur. Bilindiği üzere Soruşturma Raporu 17.6.2010 tarihlidir. Rekabet Kurulu’nun Sasan’ın da soruşturmaya dahil edilmesine ilişkin kararı ise 8.4.2010 tarihlidir. 4054 sayılı Kanun’un 43. maddesi uyarınca tarafların ilk yazılı

1680 savunmalarını 30 gün içinde yapmaları gerekmektedir. Sasan'ın ilk yazılı savunması 3.5.2010 tarihinde, dolayısıyla Soruşturma Raporu tamamlanmadan ve yasal süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Kaldı ki Sasan başından beri bu soruşturmanın tarafı olsaydı dahi, yerinde inceleme yapmak üzere şirkete gidildiğinde elden tebligat yapılması söz konusu olabilirdi. Yerinde incelemenin amacı göz önünde bulundurulduğunda, teşebbüse önce hakkında soruşturma açıldığının bildirilmesi, daha sonra yerinde inceleme yapmak üzere gidilmesinin incelemenin etkinliğini azaltacağı açıktır. Bu nedenle kimi durumlarda elden soruşturma tebligatı yapılabilmektedir.

- Sasan'ın soruşturmanın tarafı olmaması gerektiğine ilişkin savunmalar:

1690 Savunmalarda Sasan'ın şu anda diyaliz sarf malzemeleri kalemlerinden sadece birinde faaliyet gösterdiği, 2006 yılından önce rekabet koşullarını etkilemesi mümkün olmayacak kadar düşük bir pazar payına sahip olduğu ve soruşturmanın kendileriyle ilgisiz olduğu iddia edilmektedir.

Sasan'ın 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiğini gösteren belge, Belge 12'dir. Anılan belgeye ilişkin değerlendirmeler, yukarıda yer almaktadır. Son derece açık ifadeler içeren ve Sasan'ın açık bir ihlalin tarafı olduğunu gösteren bu belge karşısında, soruşturmanın kendileriyle ilgisiz olduğu iddiasının hiçbir dayanağı bulunmamaktadır.

1700 Savunmalarda ayrıca B-Braun Avitum Turkey A.Ş.'nin soruşturma konusu pazarlarda 2007 yılından beri faaliyet gösterdiği, bu teşebbüsün soruşturma kapsamına alınmadığı ve aradaki illiyet bağının kopmuş olduğu iddia edilmekte ve B. Braun Avitum Turkey A.Ş. aleyhine Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde açmış oldukları davanın sonuçlanmasının beklenmesi talep edilmektedir.

Bu iddianın da hiçbir hukuki dayanağı yoktur. Bilindiği gibi Sasan, hakkında soruşturma yürütülen diğer teşebbüslerde yapılan bir yerinde incelemede elde edilen ve Sasan'ın rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın tarafı olduğunu çok açık bir biçimde gösteren Belge 12'nin değerlendirilmesi üzerine soruşturmaya dahil edilmiştir. B. Braun Avitum Turkey A.Ş.'nin rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın tarafı olduğuna ilişkin herhangi bir belge ya da bulguya ulaşılmış değildir. Dolayısıyla herhangi bir illiyet bağının kopması söz konusu değildir. B. Braun Avitum Turkey A.Ş. aleyhine Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde kendilerince açılmış olan davanın ise soruşturma konusuyla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır.

1710 - Anlaşmanın gerçekleşmediğine ilişkin savunmalar:

Kartele girmenin getirisi olan piyasa payının artması/değişmemesi ya da ortalama satış fiyatlarının korunması/yükselmesi hallerinin Sasan için geçerli olmadığı, Sasan'ın Sinop Devlet Hastanesi'nin ihalesine girmediği ve bu hastaneye ve Etilik Hastanesi'ne hiç cihaz satmadığı, Dışkapı Çocuk Hastanesi'ne 2006 yılında Sasan tarafından satış yapıldığı, ihalenin düşük fiyat teklif edildiği için kendilerinde kaldığı, belgenin Sasan'ın satış yaptığı 2005-2006 dönemine ilişkin olmadığını düşündükleri ifade edilmektedir.

1720 Bazı hastane bilgileri savunmada iddia edildiği gibi yanlış olsa dahi, bu durum belgenin anlaşma ve ihlal delili olma niteliğini değiştirmez. Belgede yer alan ifadeler çok açık ifadelerdir ve rekabet hukuku çerçevesinde *per se* ihlal niteliğindedir. Ayrıca sözlü savunma toplantısında bu ihaleleri almış olan firmaların ürünleri Sasan'dan almış olabilecekleri ifade edilmiştir.

- Sasan'ın 2005 yılı cirosunun ve sadece ilgili pazara ait olan bölümünün esas alınması gerektiğine ilişkin savunmalar:

Sasan'ın B. Braun ürünlerinin satışına dair ticari faaliyetinin 2006 yılı sonunda sona erdiği, bu tarihten sonra Braun'un, Türkiye piyasasına kendisinin girdiği, bu nedenle cezaya hükmedilmesi durumunda 2005 yılı cirosunun ve sadece ilgili pazara ait olan bölümünün esas alınması gerektiği ifade edilmektedir.

1730

Kanun'un ve Yönetmelik'in yukarıda yer verilen ilgili hükümlerinden görüldüğü gibi Sasan'ın 2009 yılı cirosunun ve bu cironun da tamamının esas alınmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Yönetmelik'in 7. maddesinde "ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayrisafi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması hali" hafifletici nedenler arasında sayılmıştır. Anılan madde hükmü uyarınca Sasan'a verilecek olan para cezasında 3/5 oranında indirim yapılmış ve Sasan'a verilecek olan para cezası bu teşebbüsün 2009 yılı gayri safi gelirlerinin %1,2'si olarak belirlenmiştir.

J. SONUÇ

1740

18.6.2009 tarih, 09-29/603-M sayılı ve 8.4.2010 tarih, 10-29/444-M sayılı Kurul kararları uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre;

1- Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş., Gambrotürk Tıbbi Ürünler ve Sağlık Ticaret Ltd. Şti., Renka Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti., Sasan Sağlık Hizmetleri Üretim ve Pazarlama A.Ş. ve Ece Tıbbi Ürünler ve Sistemleri Ticaret Ltd. Şti.'nin anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine OYBİRLİĞİ ile,

2- Bu nedenle Kanun'un 16. maddesi ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" hükümleri uyarınca

a. 2009 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirleri dikkate alınarak takdiren %3'ü oranında olmak üzere;

1750

- Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş.'ye 3.560.295,06 TL

- Gambrotürk Tıbbi Ürünler ve Sağlık Ticaret Ltd. Şti.'ye 1.051.928,92 TL

- Ece Tıbbi Ürünler ve Sistemleri Ticaret Ltd. Şti.'ye 578.933,08 TL

b. 2009 yılı sonunda oluşan gayri safi geliri dikkate alınarak takdiren %1,8 oranında olmak üzere;

- Renka Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.'ye 465.716,55 TL

c. 2009 yılı sonunda oluşan gayri safi geliri dikkate alınarak takdiren %1,2 oranında olmak üzere;

- Sasan Sağlık Hizmetleri Üretim ve Pazarlama A.Ş.'ye 270.655,70 TL

idari para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile,

1760

3- - Nefrotıp Tıbbi Ürünler Ltd. Şti.,

- Türkamed Medikal San. ve Tic. Ltd. Şti.,

- Renal İlaç Kimya ve Sağlık Ürünleri Sanayi ve Paz. Ltd. Şti.,

- Pozitif Medikal Turizm Gıda San. Tic. Ltd. Şti.,

- Met-Har Sağlık Hizmetleri A.Ş.,

- Gelişim Endüstriyel Analitik Tıbbi Ürünler Tic. Ltd. Şti.,

- Medikocan Tıbbi Ürünler San. Tic. Ltd. Şti.,
- Diamed Medikal Hiz. A.Ş.,
- Farmasol Tıbbi Ürünler San. ve Tic. A.Ş.,
- Egemar Dış Ticaret Ltd. Şti.,
- 1770 - Diamar Sağlık Ürünleri Tic. Ltd. Şti.,
- Dinamik Bilgisayar ve Medikal Ürünleri San. Tic. Ltd. Şti.,
- Diya-tek Diyaliz Tekstil Medikal Bilgisayar Pazarlama San. ve Tic. Ltd. Şti. ve
- Diakan Tıbbi Cihaz ve Malzemeleri Tic. Ltd. Şti.'nin

4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiklerine dair yeterli bulguya ulaşılamadığına, bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi çerçevesinde ceza tatbikine yer olmadığına OYBİRLİĞİ ile,

4- Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş.'nin yetkili teknik servisleri ile imzaladığı Hemodiyaliz Sistemleri Yetkili Teknik Servis Sözleşmesi'nin Kanun'un 4. maddesinde belirtilen "belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar" kapsamında olduğuna OYBİRLİĞİ ile,

5- Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş.'nin ilgili ürün pazarındaki pazar payı dikkate alındığında bu anlaşmanın "2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığına OYBİRLİĞİ ile,

6- Söz konusu anlaşmaya bireysel muafiyet tanınmasına OYÇOKLUĞU ile,
Danıştay yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

1790

Kurulun 23.12.2010 tarih ve 10-80/1687-640 Sayılı Kararına Karşı Oy yazısı

Diyaliz cihazı ve diyaliz sarf malzemeleri pazarlarında faaliyet gösteren bazı teşebbüslerin anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanunu ihlal ettikleri iddiasıyla açılan soruşturma neticesinde Kurul tarafından verilen 23.12.2010 tarih ve 10-80/1687-640 sayılı Kararın Fresenius Medikal Hizmetler AŞ'nin Yetkili Teknik Servisleri (YTS) ile imzaladığı Sözleşmeye Kanunun 5 inci maddesi kapsamında bireysel muafiyet tanınmasına ilişkin sonuç kısmının 6 ncı maddesine aşağıda izah olunan sebeplerden dolayı iştirak etmiyorum.

1800

Bilindiği üzere, rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki anlaşmalara muafiyet tanınmasına ilişkin şartlar 4054 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde açıkça ortaya konulmuştur. Bu itibarla, dikey bir anlaşmaya bireysel muafiyet tanınabilmesi için, bu anlaşmanın Kanun'un 5 inci maddesinde belirtilen tüm şartları sağladığının ortaya konulması gerekmektedir. Bu çerçevede; Kanunda dört bend halinde hükme bağlanan

şartlardan hangilerinin somut olayda karşılanıp karşılanmadığının bakılması gerekmektedir.

1810 1. *Kanun 5 inci maddesinin (a) bendi bakımından:* Hemen belirtelim ki dosya konusu dikey anlaşma (a) bendindeki şartı sağlamaktadır. Zira Fresenius tarafından Yetkili Teknik Servislere (YTS) münhasır bölge tahsis edilmesi, müşterilerin ihtiyaçlarının daha yakından takip edilmesi suretiyle tüketici memnuniyetinin artırılması gibi bir sonuç doğurması mümkündür. Böyle bir etki de Kanunun 5 inci maddesinin (a) bendi kapsamında 'hizmetlerin sunumunda bir gelişme' olarak değerlendirilebilecek nitelikte görülebilir.

1820 2. *Kanun 5 inci maddesinin (b) bendi bakımından:* Bu bentte rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın muafiyet alabilmesi için 'tüketicinin yarar sağlanması' şart koşulmaktadır. Bu şartın karşılanıp karşılanmadığını tespit bakımından Soruşturma sürecinde yapılan tespitler büyük öneme sahiptir. Mamafih, Soruşturma Raporu'nda yer alan değerlendirmelerde, ilk olarak yerinde incelemede elde edilen bazı belgelere yer verildiği görülmektedir. Belgelerde yer alan;

(i) 2006 yılı itibariyle cihaz başına aylık 131 TL'lik bir ücretle %16 ile %20 arasında kâr elde etmenin mümkün olduğu,

(ii) 2007 yılı başında faaliyete başlayan ve Fresenius eski çalışanları tarafından kurulan TAŞMED isimli şirketin önemli sayıda diyaliz merkezine hizmet vermeye başladığı,

(iii) TAŞMED'in faaliyetlerinin YTS'lerin faaliyetlerini "kriz" boyutunda etkilediği,

(iv) Hatta bazı durumlarda YTS'lerin 185 TL gibi fiyatlardan 70 TL'ye kadar düşmek konumunda kaldığı,

yönündeki ifadeler dikkat çekicidir.

1830

Soruşturma Raporu'nda, bunu takiben, dikey kısıtlamaların etkisini daha açık bir şekilde ortaya koyabilmek amacıyla, 2008 ve 2009 yıllarında TAŞMED'in de teklif verdiği ancak Fresenius YTS'lerinin kazandığı ihalelerin incelendiği görülmektedir. Buna göre 2008 yılında 160 TL, 2009 yılında 170 TL seviyesinde seyreden yurt geneli teklif ortalamaları, TAŞMED tarafından teklif verilen ihalelerde 140 TL seviyesine düşmektedir. Bunun yanısıra 2008 yılında YTS'ler tarafından yurt genelinde 100 TL altında fiyat teklif edilen 8 adet ihalenin 7'sinde TAŞMED'in de teklif verdiği görülmektedir. Bu durum, YTS'lerin bu ihalelerdeki fiyatlandırma davranışlarının genel fiyatlandırma davranışlarından saptığını göstermektedir.

1840

TAŞMED'in, Fresenius'dan mal temininde ciddi sıkıntılar yaşayan, nisbeten küçük ölçekli ve Fresenius'dan düzenli bir eğitim alma imkânı olmayan bir teşebbüs olduğu dikkate alındığında, bu gibi sıkıntıları olmayan ve mevcut durumda bölgesel münhasırlık nedeniyle birbirlerinin bölgelerine teklif veremeyen YTS'lerin -aktif satış yasağının kalkması durumunda- birbirlerinin fiyatlandırma davranışlarında TAŞMED'e nazaran çok daha ciddi bir etki yaratacakları açıktır.

Bu tespit ve değerlendirmeler, münhasır bölge tahsisinin fiyatları ciddi ölçüde yukarıya çektiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu da, bahse konu uygulamanın Kanunun 5 inci maddesinin (b) bendinde yer alan şartı sağlamadığını göstermektedir.

1850 3. *Kanun 5 inci maddesinin (c) bendi bakımından:* Rekabet hukuku bakımından tek elden dağıtım anlaşmalarının 5 inci maddenin (c) bendi kapsamında pazardaki rekabeti büyük ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığının değerlendirilmesinde önem teşkil eden başlıca unsurlar; sağlayıcının pazardaki gücü, rakiplerin konumu, pazarın durumu ve ticaretin seviyesidir.

1860 Fresenius'un; pazar payının rakiplerinden çok daha yüksek olduğu, pazar gücünü yüksek kalite algısı, güçlü/geniş ürün portföyü gibi avantajlarla da pekiştirdiği ve dikey kısıtlamaları son satış noktası hüviyetindeki YTS'lere getirdiği dikkat çekmektedir. Bu çerçevede, bu kısıtlamaların piyasada rekabetin sağlanmasının önünde önemli bir engel teşkil ettiği görülmektedir. Buradan hareketle, YTS'lere münhasır bölge tahsis edilmesinin kanunun 5 inci maddesinin (c) bendinde yer alan şartı da sağlamadığı görülmektedir.

3. *Kanun 5 inci maddesinin (d) bendi bakımından:* Bahse konu uygulamanın bireysel muafiyet alabilmesi için aranan bir diğer şart ise, maddenin (d) bendi kapsamında yer alan, rekabetin bu amacın elde edilebilmesi için gerekenden fazla sınırlanmamasıdır.

1870 Dosya konusu olayda YTS'ler faaliyetlerini halihazırda münhasır olarak Fresenius ile çalışma yükümlülüğü altında sürdürdüğü tespit edilmiştir. Bu hususun söz konusu faydanın elde edilmesi için yeterli olduğuna kuşku yoktur. Zaten halihazırda bir münhasırlık sözkonusu iken, ayrıca münhasır bölge tahsisine gerek olmadığı aşikardır. Bu sebeple bölgesel münhasırlık uygulamasının rekabeti gereğinden fazla sınırladığını kanaatindeyim.

Sonuç olarak; rekabeti kısıtlayıcı hükümler içeren ve grup muafiyetinden de yararlanamayan bir anlaşmanın ancak Kanun'un 5. maddesinde belirtilen dört şartın tamamını karşılaması halinde bireysel muafiyetten yararlanması mümkün olacağından, mezkûr maddenin (b), (c) ve (d) benlerinde yer alan şartları sağlamayan YTS'lere münhasır bölge tahsis edilmesi şeklindeki uygulamanın bireysel muafiyetten yararlanmasının mümkün olmadığı düşüncesiyle, Kararın sonuç kısmında yer alan 6 ncı maddeyle ilgili çoğunluk görüşüne iştirak etmemiz mümkün olmamıştır.

1880

Doç. Dr. Mustafa ATEŞ
İkinci Başkan

Rekabet Kurulu'nun 23.12.2010 Tarih ve 10-80/1687-640 Sayılı Kararına

KARŞI OY GEREKÇESİ

1890

Kurulumuz mezkur kararıyla, Kararın 1. maddesinde belirtilen 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı uygulamaları nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca hakkında soruşturma yapılan taraflardan 2009 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirleri dikkate alınarak takdiren %3'ü oranında olmak üzere; Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş.'ye 3.560.295,06 TL, Gambrotürk Tıbbi Ürünler ve Sağlık Ticaret Ltd. Şti.'ye 1.051.928,92 TL, Ece Tıbbi Ürünler ve Sistemleri Ticaret Ltd. Şti.'ye 578.933,08 TL, Renka Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.'ye takdiren %1,8 oranında olmak üzere; 465.716,55 TL, Sasan Sağlık Hizmetleri Üretim ve Pazarlama A.Ş.'ye takdiren %1,2 oranında olmak üzere; 270.655,70 TL idari para cezası verilmesine karar vermiş bulunmaktadır. Anılan bu para cezası belirlenirken 4054 sayılı yasa ile birlikte, yukarıda anılan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in ilgili hükümlerinin uygulanarak verilen ceza miktarının hesaplanması ile ilgili bölümünü içeren sonuç cezaya aşağıda belirteceğim gerekçelerle katılmıyorum.

1900

1910

4054 Sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16.maddesinin 4.fıkrasında; "Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir." denilmiş, son fıkrasında da; "Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir." hükmü bulunmaktadır.

1920

Bu hükümleri yorumlarsak; Yasa Koyucu, maddenin 4.fıkrası ile verilecek cezalarda alt sınır koymayıp, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların yüzde ona kadar verileceğini hükme bağlamış, son fıkrasında ise sadece "cezanın tespitinde dikkate alınan hususlar" kavramını getirmiş ve Rekabet Kurulu'na sadece cezanın tespitinde dikkate alınacak hususların belirlenmesine ilişkin yönetmelik çıkarma konusunda sınırlı yetki vermiştir. Cezanın tespitinde dikkate alınacak hususlar derken yasa koyucu neyi kastetmektedir? Burada kastedilen hangi fiillere, ne miktarda ceza vereceğini tespit et demek anlamında değil, 16.madde ile verilen ceza sınırları içerisinde (% 10 'a kadar) ceza takdir ederken hangi unsurlara göre veya hangi şartların varlığı halinde cezayı ağırlaştıracaksın veya hafifleteceksin, bir başka deyişle yasada öngörülen sınırlar içerisinde ceza tayin ederken, takdir yetkini kullanma adına hangi unsurları dikkate alarak ceza tesis edeceksin anlamındadır. Yasa koyucu Rekabet Kurulu'na, Yönetmelik yaparken hangi fiillere ne ceza verileceğini tespit etme yolunda bir yetki verseydi o zaman yasaya; "Bu maddeye göre verilecek idarî

1930

para cezalarının tespiti ve maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar” kavramını birlikte getirirdi.

- 1940 “ Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik”in ; “Temel Para Cezası” başlığı altındaki 5.maddesinde ;
“(1)Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin;
a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,
b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü,
arasında bir oran esas alınır.
(2) Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır.
(3) Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;
a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında,
b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında,
arttırılır.” denilmiş, yine 6.maddesinde Ağırlaştırıcı Unsurlar ve 7.maddesinde de Hafifletici Unsurlar ayrı ayrı sayılmıştır.

- 1960 Yukarıda açıkça görüleceği üzere Yasa Koyucu 16.maddeye göre verilecek cezalarda; alt sınır koymayıp, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların yüzde ona kadar verileceğini hükme bağlamasına ve Rekabet Kurulu’na yukarıda geniş olarak açıkladığımız gibi, yetki aşımı nedeniyle Yönetmelikle düzenlenmesi mümkün olmayan bir konuda, Yönetmelikle düzenleme yapılarak belli suçlar için, belirli cezalar getirilmiş, yine Yönetmelikte, Kanunda olmayan bir kural konularak alt sınır ve yasada öngörülmeleyen bir üst sınır belirlenmiş ve karteller için yüzde iki ile dört arası, diğer ihlaller içinse binde beş ile yüzde üçü oranında şekilde ceza verilmesi öngörülmüştür.

- 1970 Yönetmelikler, Kamu Kuruluşlarının kendi görev alanlarına giren konularda yasa ve tüzük uygulanmasına yönelik yönetsel anlamdaki hukuk kurallarıdır. Anayasanın 124.maddesine göre Başbakanlık, Bakanlıklar ve Kamu Kuruluşları görev alanları ile ilgili yasa ve tüzüklerin uygulanmasını belirleyen yönetmelik çıkarabilir. Anayasa’mızın 11.maddesinin 2.fıkrasına göre Kanunlar Anayasa’ya aykırı olamayacağı gibi, bu kuraldan hareketle hukukun genel ilkelerine göre; Yönetmelikler de yasa ve tüzüklere aykırı olamayacağı gibi üst hukuk kurallarına da aykırı olamaz. Yönetmelikler yasanın açıkça yetki vermediği bir konuda yeni bir düzenleme yapamayacağı gibi, Yasa ile öngörülen kuralı sınırlayamaz. Yeni bir hüküm koyamaz.

- 1980 Olayımızda 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile konulan kural, anılan yönetmelikle bir anlamda değiştirilmekte ve Kurulun hareket alanı daraltılmaktadır. Yasa ile getirilmeyen ve Yönetmelik Koyucuya ceza miktarlarını ve ceza sınırlarını saptama konusunda verilmiş bir yetki olmamasına rağmen, belirli suçlara verilecek cezaların saptanması, para cezasına alt sınır konulması ve yeni, bir üst sınır konulması 4054 sayılı yasanın 16.maddesine aykırıdır. Öte yandan 5/1-a bendinde;

1990 karteller için yüzde ikisi ile yüzde dördü, (b) bendinde; karteller dışında kalan diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü, oranında bir ceza öngörülmesi, Yasanın 16/son maddesinde Kurulca çıkarılması için verilen yönetmelik yetkisini aşmaktadır. Zira yönetmelik ile temel ceza tespiti mümkün değildir. Bu nedenle yasaya aykırı bulunan Yönetmelik hükümlerine göre ceza belirlenmesinin olanaklı olmadığı, hukuken sakat olduğu açıktır.

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

2000 Öte yandan, yukarıda belirtilenlerin dışında anılan Yönetmeliğin hukukun genel ilkelerine ve kanuna aykırılıkları bulunmaktadır. Bunlar;

1-Ceza Hukukunun önemli konularından biriside, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasıdır. Zaman bakımından uygulama konusunda baz alınan husus suçun işlendiği tarihtir. Nitekim Türk Ceza Kanununun “ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA” başlıklı 7.maddesinin 2.fıkrasında “ Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.” hükmü getirilmiştir. Bu nedenlerle, bir ceza uygulamasında, soruşturma tarihini, kararın verildiği tarihi veya bir başka tarihi ceza uygulamasında esas almak mümkün değildir. Ceza miktar ve oranlarını belirleyen bu yönetmeliğin geçici birinci maddesi ile daha önce işlenen ve soruşturma aşamasında bulunan suçlara teşmil edilmesi de yasaya ve hukukun genel ilkelerine aykırıdır. Kaldı ki, kişilerin aleyhine sonuç doğuran idari işlemlerin geriye yürümeyeceği ve düzenleyici tasarrufların düzenledikleri konularda o konuya ilişkin kurallarının yayımlandıkları tarihten itibaren uygulanacağı açık olup, idari işlemlerin geriye yürümemesi hukuk devletinin de gereğidir. Böyle bir uygulamanın benimsenmesi, halinde aynı tarihte suç işleyenler yönünden soruşturma tarihinin farklı olması halinde farklı cezalar uygulanabilecektir. Bu durum da eşitsizliğe yol açacaktır. Öte yandan, İdari Para Cezaları Kabahatler Kanunu’na tabi olup, Kabahatler Kanun’un “Zaman Bakımından Uygulama” başlıklı 5.maddesinin (1) numaralı fıkrasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir.

2020 “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik” 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup, Anılan Yönetmeliğin Geçici 1.maddesinde Yönetmelik hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanacağı hükmü yer almaktadır.”

2030 Kurulumuz kararının çeşitli bölümlerinde görüleceği üzere suç tarihlerinin anılan Yönetmelik’in yürürlüğe girmesinden önceki tarihlere rastladığı açıktır. Olayımızda, Yönetmelik’in yürürlüğe girmesinden önceki yıllarında işlenen bir fiile, bu tarihten sonra yürürlüğe konulan bir düzenleme, yukarıda belirtilen geçici 1.madde kapsamında uygulanmakta olup, bu düzenleme ve dolayısıyla bu uygulama da yukarıda belirtilen 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun 7.maddesine aykırıdır.

2- Bir başka aykırılıkta şudur; Türk hukukunda, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte para cezası kalmamıştır. Bu yani rekabet otoritesinin verdiği "İdari Para Cezası"dır. Bu nedenle yönetmelikte geçen para cezası kavramı ceza kanununa aykırıdır.

2040 Karara karşı olduğum bir husus da şudur; Kurulumuz Kararının 2 nolu hüküm fıkrasında " Bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" hükümleri uyarınca, 2009 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirlerinin takdiren %3'ü oranında olmak üzere; Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş.'ye 3.560.295,06 TL, Gambrotürk Tıbbi Ürünler ve Sağlık Ticaret Ltd. Şti.'ye 1.051.928,92 TL, Ece Tıbbi Ürünler ve Sistemleri Ticaret Ltd. Şti.'ye 578.933,08 TL, Renka Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.'ye takdiren %1,8 oranında olmak üzere; 465.716,55 TL , Sasan Sağlık Hizmetleri Üretim ve Pazarlama A.Ş.'ye takdiren %1,2 oranında olmak üzere; 270.655,70 TL idari para cezası verilmesine karar vermiş bulunmaktadır. Bu hüküm fıkrası açık değildir. Ceza kararlarında hüküm

2050 fıkralarının açık olması bir başka deyişle ceza hükmünün hakkında soruşturma yapılan ve ceza verilen tarafça açıkça anlaşılması gerekir. Ceza hükümlerinde arttırım ve indirimlerin neler olduğu, Yönetmeliğin hangi maddelerinin uygulanarak sonuç cezanın verildiğinin açıkça anlaşılabilir bir şekilde yazılması gerekir. Olayımızda Kurulumuz Kararında hüküm fıkrasını bu şekilde yazmamış sadece yukarıda belirttiğim gibi 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" hükümleri uyarınca, 2009 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirlerinin % 3 , % 1.8 ve % 1.2 oranlarında olmak üzere; hesaplanan çeşitli miktarlarda idari para cezası verilmesine şeklinde belirtmiştir. Bu

2060 nedenle de karara katılmıyorum.

İdare hukuku kurallarına göre Yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere karşı iptal davaları iki halde açılabilmektedir. Yönetmeliklerin yayımlanması üzerine ilgililer tarafından iptali için dava açılabileceği gibi, bu düzenlemenin bir idari işleme dayanak olarak alınıp uygulanması ile menfaatleri haleldar olan kişiler tarafından da işlemlerle birlikte, yönetmeliğin ilgili hükümlerinin de iptali yolunda dava açılabileceği bilinmektedir. Bu nedenlerle ve yukarıda açıklamaya çalıştığım gerekçelerle, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in; 4054 sayılı yasaya aykırı bulunan ilgili hükümlerinin iptal davasına konu olması halinde iptal edilebileceği kanısını taşımaktayım.

2070

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Kurulun yasaya aykırı yönetmeliğin 5.maddesini uygulamaksızın, 16.maddeye göre ve yönetmeliğin 6 ve 7.maddesinde öngörülen olaydaki ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurları da göz önüne alıp, olayın oluş şekli, diyaliz sektörünün olay tarihindeki koşulları da göz ardı edilmeksizin takdir yetkisini kullanarak % 10 sınırı içinde kalmak koşuluyla hakkında idari para cezası verilen teşebbüsler için ayrı ayrı sonuç ceza olarak 2009 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirleri dikkate alınarak takdiren; Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş.'ye, Gambrotürk Tıbbi Ürünler ve Sağlık Ticaret Ltd. Şti.'ye ve Ece Tıbbi Ürünler ve Sistemleri Ticaret Ltd. Şti.'ye binde beş oranında, Renka Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.'ye takdiren binde dört oranında, Sasan Sağlık Hizmetleri Üretim ve Pazarlama A.Ş.'ye takdiren binde

2080

10-80/1687-640

2090 üç oranında idari para cezası verilmesi gerekirken, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 5.maddesinin ilgili fıkrasına göre temel cezayı baz alınarak Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş.'ye, Gambrotürk Tıbbi Ürünler ve Sağlık Ticaret Ltd. Şti.'ye ve Ece Tıbbi Ürünler ve Sistemleri Ticaret Ltd. Şti.'ye yüzde 3 oranında, Renka Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.'ye takdiren yüzde 1.8 oranında, Sasan Sağlık Hizmetleri Üretim ve Pazarlama A.Ş.'ye takdiren yüzde 1.2 oranında idari para cezası tesis edilmesi yolunda verdiği kararın 3.maddesine katılmıyorum.

Reşit GÜRPINAR
Kurul Üyesi

2100