

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2012-3-82 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 12-48/1416-477
Karar Tarihi : 04.10.2012

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Prof. Dr. Metin TOPRAK, Doç. Dr. Mustafa ATEŞ,
İsmail Hakkı KARAKELLE, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : Pelin ERDOĞAN, Didem ULUÇ, Mazlum YALÇINKAYA

C. BAŞVURAN : Arsel Medikal Tıbbi Malzemeler Yazılım İth. İhr. Dan. San. ve Tic. Ltd. Şti.
Mimar Emir Sinan Mah. Gedikpaşa Hamam Cad. Ülkü İşhanı
No:27/11 Beyazıt Fatih/İstanbul

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : ADS Elektronik Tıbbi Cihazlar İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti.
Kıbrıs Sok. No:19/1 Aşağı Ayrancı/Ankara

(1) **E. DOSYA KONUSU: ADS Elektronik Tıbbi Cihazlar İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti. (ADS)'nin, ürodinami alanında kullanılan havalı kateterde T-DOC Company LLC'nin Türkiye münhasır distribütörü olduğunu ileri sürerek, ürünlerin Türkiye'de yeniden satışını engellemeye yönelik davranışlarda bulunmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun)'u ihlal edip etmediğinin tespiti.**

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle,
- Arsel Medikal Tıbbi Malzemeler İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti. (ARSEL)'in, ürodinamik ve gastroentolojik cihazlar ve sarf malzemeleri alanında faal Laborie Medical Technologies, Inc. (LABORIE) firması ile akdettiği distribütörlük anlaşmasına istinaden sağlayıcının ürünlerinin Türkiye'de yeniden satışını gerçekleştirdiği,
- ARSEL'in ürodinami alanında kullanılan diğer ürünler gibi, "havalı kateter"leri de LABORIE'den temin ettiği,
- Bahse konu havalı kateterlerin dünyada sadece T-DOC Company LLC. tarafından üretildiği ve gerek cihaz üreticileri gerekse T-DOC'un distribütörleri tarafından satışının gerçekleştirildiği, kimi ülkeler için birden fazla firma yetkilendirilebildiği,
- ARSEL'in, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi üroloji kliniğinin havalı kateter ve sarf malzemeleri ihtiyacına yönelik olarak 02.04.2012 tarihinde yapılması planlanan ihaleye katılmak üzere gerekli prosedürleri yerine getirdiği,
- Söz konusu ihalede ADS'nin, ihale tarihinden sonra düzenlenmiş T-DOC yetki belgesini ihale komisyonuna sunarak, T-DOC'un Türkiye'deki tek distribütörü olduğu gerekçesiyle, ARSEL'in ihaleye girmesini engellemeye çalıştığı, bunun üzerine ihalenin iptal edilerek sürecin yeniden başlatıldığı,
- İhale tarihine kadar T-DOC ürünlerini temin ettiği LABORIE ile görüşülerek sorunun iletildiği, LABORIE tarafından 04.04.2012 tarihinde kendilerini arayan T-DOC firmasının Ekim 2012 tarihine kadar Türkiye'de yeniden satışı için ARSEL'e ürün gönderilmesinin durdurulmasını talep ettiği yönünde sonucun bildirildiği,

12-48/1416-477

- ADS'nin T-DOC markalı ürünleri distribütörü olduğu LABORİE ile aynı alanda faal MMS Medikal Measurement Systems B.V.'den temin etmek yerine T-DOC'dan doğrudan temin yoluna gittiği,
- Rekabet Kurumunun 20.04.2009 tarih ve 09-16/373-87 sayılı kararına konu ADS hakkında yürütülen soruşturmaya ait gerekçeli kararda (729-733. satır) da ADS'nin, T-DOC'un Türkiye'de münhasır olmayan dağıtıcısı olduğu yönünde beyanda bulunduğu görüldüğü,
- Aynı biçimde, Sağlık Bakanlığı Ulusal Bilgi Bankası (UBB) kayıtlarında da ADS'nin T-DOC'un münhasır olmayan dağıtıcısı olduğu bilgisinin yer aldığı,
- ADS'nin bu davranışı ile ARSEL'in distribütörü olduğu LABORİE'nin portföyünde yer alan T-DOC markalı ürünleri Türkiye'ye getirmesini engellediği, dolayısıyla ARSEL'i piyasa dışına iterek pazarda tekel olma yönünde adımlar attığı

iddia edilerek, gereğinin yapılması talep edilmiştir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 24.04.2012 tarihinde giren başvuru üzerine hazırlanan 09.05.2012 tarih ve 2012-3-82/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu 16.05.2012 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Söz konusu karar uyarınca düzenlenen 28.09.2012 tarih ve 2012-3-82/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (4) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda, başvuru konusuna ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı görüşüne yer verilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Teşebbüsler

- (5) ADS, ürodinami cihazları konusunda uluslararası alanda faaliyet gösteren MMS Medical Measurement Systems B.V. (MMS)'nin Türkiye'deki distribütörüdür. Bununla birlikte, ADS ürodinami cihazlarının bazı parçaları ile sarf malzemelerini MMS dışındaki şirketlerden doğrudan ithal etmektedir. Bu çerçevede ADS, MMS dışında PB Medikal (İngiltere) ve T-DOC (Amerika) şirketlerinin ürünlerinin Türkiye'de satış ve pazarlamasını yapmaktadır.
- (6) İstanbul merkezli olarak faaliyet gösteren ARSEL ise, her türlü tıbbi alet makine ve cihazlar ile tıbbi laboratuvar malzemelerinin satışını yapmakta ve ayrıca, 24.01.2011 tarihinden itibaren Kanada merkezli LABORİE ile akdetmiş olduğu distribütörlük anlaşması çerçevesinde söz konusu şirketin ürodinami ve gastroentroljik cihazlar ve bu cihazlara uyumlu sarf malzemelerinin satışını gerçekleştirmektedir.

I.2. İlgili Pazar

- (7) Ürodinami sistemi, idrar kesesinin dolumu ve boşaltımı sırasında gelişen rahatsızlıkların analizini yaparak tedavinin şeklini ve yönünü belirlemektedir. Ürodinami testinde amaç, mesane dolarken mesane ve karın içindeki basıncın ölçülmesidir. Bu ölçümlerin yapılmasında ürodinami kateterleri kullanılmaktadır. Basınç ölçümünde dünya üzerinde 4 ayrı teknoloji kullanılmaktadır. Bunlar; fiberoptik kateter, *solid state* kateter, sulu kateter ve havalı kateter teknolojileridir. Bunlardan kullanımı en yaygın olanı sulu kateterlerdir.
- (8) Temel çalışma prensipleri ölçüm yaptıkları bölgedeki basıncın ölçüm cihazına iletilmesidir. Türkiye pazarında sadece havalı ve sulu kateterler kullanılmaktadır. Havalı ve sulu kateterlerin temelde ölçüm prensibi aynı olmakla birlikte, bu iki teknolojinin tek farkı basınç

12-48/1416-477

ölçümünde kullanılan aracıdır. Aracının farklı olması ölçüm sonuçlarında bilimsel farklılaşmaya olmamakta, kısaca havalı kateterde hastanın konforu ya da hazırlık sürecinin kısa olması gibi ergonomik ayrıcalıklar nedeniyle tercih sebebi söz konusu olabilmektedir.

- (9) Kullanıcı maliyeti açısından sulu sistemde hasta başı aynı anda 2 adet kateter ve 2 adet güç çevirici (*transducer*) kullanılmakta, ortalama maliyet (.....) arası olmaktadır. Havalı sistemde ise, cihaz kurulurken cihaz ile birlikte çok kullanımlık güç çeviriciler demirbaş olarak teslim edilmekte ve bir hasta için sadece 2 adet kateter gerekmektedir. Diğer bir deyişle, maliyetler bakımından havalı kateter kullanımı sulu kateterden tek kullanımlık güç çevirici sarfiyatına ihtiyaç duyulmaması noktasında ayrılmaktadır. İki adet havalı kateterin ortalama maliyeti (.....) arasındadır. Havalı ve sulu sistemlerde ilgili güç çeviriciler tüm cihazlara uyumludur. Bu nedenle her iki sistemi tüm cihazlarda kullanmak mümkündür.
- (10) Bu dosya özelinde hukuki değerlendirmeyi etkilemeyeceğinden ilgili ürün pazarı tanımı yapılmasına gerek duyulmamış, ilgili coğrafi ise "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

I.3. Değerlendirme

- (11) Yapılan başvurunun temelini, 02.04.2012 tarihinde İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesince Kamu İhale Kanunu'nun 22/a maddesinde düzenlenen "Doğrudan Temin" yöntemi usulüne göre düzenlenen alım ihalesi oluşturmaktadır. Buna göre özetle; söz konusu madde uyarınca alıma çıkmayı planlayan idare alıma çıkmadan önce detaylı bir inceleme yaparak istenen malzemenin tek bir kaynaktan temin edilip edilemeyeceğini tespit etmekte, ihtiyacın teminine ilişkin alternatif satıcıların bulunmadığı, eş deyişle ilgili firmanın tek temsilci olduğu durumlarda alıma teklif vermek üzere firmayı davet etmektedir.
- (12) İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesinin bu çerçevede düzenlenen anılan ihalesine ADS'nin yanı sıra ARSEL de iştirak etmiş ve LABORIE firmasının Türkiye temsilcisi olarak diğer ürünleri ile birlikte T-DOC havalı kateterlerini de Türkiye'de aktif olarak satmaya yetkili olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine; ihale komisyonu, birden fazla firmanın teklif verme talebinin Kamu İhale Kanunu'nun 22/a maddesi ile çeliştiği gerekçesinden hareketle alımı iptal etme yoluna gitmiştir.
- (13) İptal kararının akabinde ADS tarafından ihale komisyonuna T-DOC tarafından verilmiş 9.4.2012 tarihli "ADS'nin Türkiye'de T-DOC markalı ürünlerin münhasır distribütörü olduğu, diğer T-DOC distribütörlerinin Türkiye'ye satış yapamayacağı" ifadelerini içeren yetki belgesi sunulmuş; ancak idarenin alıma konu ürünü temin edebilen iki firma görmesi üzerine ihale usulü genel ihaleye çevrilmiş ve 19.06.2012 tarihinde ilgili alım tamamlanmış, ADS'den (.....), ARSEL'den (.....) olmak üzere iki ürün temin edilmiştir.
- (14) Önaraştırma kapsamında, şikayetçi tarafından yukarıda yer verilen süreçte ADS'nin T-DOC nezdindeki girişimleri sonucunda LABORIE firmasının, ARSEL'e havalı kateter sağlamayı durdurduğu iddiasına dayanak olarak sunulan ARSEL-LABORIE arasındaki yazışmalarda LABORIE tarafından "*T-DOC ile ADS arasında münhasır dağıtım anlaşması bulunduğu, buna istinaden T-DOC markalı havalı kateterleri Türkiye'ye satamayacakları*"nın ifade edildiği görülmüştür.
- (15) Konuya ilişkin olarak, raportörlerce edinilen ADS ile T-DOC arasındaki dağıtım anlaşmasının 1. maddesine göre ADS'nin, T-DOC'un münhasır yetkili dağıtıcısı olduğu saptanmıştır. Diğer taraftan, ADS tarafından sunulan ve geçmiş tarihli ihaleler için T-DOC tarafından ADS adına düzenlenmiş tek yetkili dağıtıcı olduğunu gösterir belgeler de taraflar arasındaki münhasır dağıtıcılık ilişkisini doğrular niteliktedir.

12-48/1416-477

- (16) Söz konusu münhasırlık anlaşmasının tarafları, üretim ya da dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösterdiğinden anılan anlaşmanın, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ) çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Değerlendirmede öncelikle anlaşma konusu malların yer aldığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşmış olmadığı, bu itibarla anılan Tebliğ kapsamında olup olmadığı ve söz konusu anlaşmanın maddelerinin anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlamalar içerip içermediği irdelenmiştir.
- (17) Yukarıda da vurgulandığı üzere, dosya özelinde değerlendirmeyi değiştirmeyeceğinden ilgili ürün pazarı belirlenmesine gereksinim duyulmamıştır. Başka bir deyişle, pazarın havalı kateter olarak dar biçimde belirlenmesi ile havalı kateterin sulu kateterle aynı pazarda kabul edilerek geniş olarak belirlenmesi aşağıda ayrıntılandırıldığı üzere, Tebliğ'deki %40 pazar payı eşiğine ulaşılmadığından, münhasırlık anlaşmasının Tebliğ kapsamında değerlendirilmesini etkilememektedir. Havalı kateterler münferit bir pazar olarak kabul edildiğinde, piyasada mevcut ürodinami cihazlarının sayısından hareketle bulunan ve tarafların iyi niyetli tahminlerine dayanan havalı kateterlere ilişkin pazar payının (.....) civarında olduğu görülmüştür. Pazarın havalı kateter olarak en dar biçimde belirlenmesi halinde dahi havalı kateterlerin pazar payının 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen %40 pazar payı eşiğinin altında kalması sebebiyle, bahse konu anlaşmanın grup muafiyetinden yararlandığı ifade edilebilir. Kaldı ki; halihazırda kullanılan iki teknolojiden biri olan havalı kateterlerin sulu kateterlerden çok sonra piyasaya sürülmüş olmaları, elde edilen veriler bakımından havalı kateterler ile sulu kateterlerin hemen hemen aynı doğrulukta ölçüm yapması ve iki ürünün sadece hasta konforu hususunda farklılaşması bulguları karşısında; havalı kateterleri ayrı bir pazar olarak nitelendirmek de mümkün görünmemektedir. Bu durumda havalı kateter ve sulu kateterlerin ikame edilebilirliğinden hareketle, tek bir pazar belirlenmesi durumunda münhasırlık anlaşmasına konu ürünlere ilişkin pazar payı çok daha düşük olduğundan, %40 pazar payı eşiğini aşmayacağı, dolayısıyla Tebliğ kapsamında değerlendirilebileceği kanısına varılmıştır. Sonuç olarak, şikayete konu anlaşma pazar payı bakımından 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde öngörülen %40'lık pazar payı sınırını aşmadığından kapsam itibarıyla Tebliğ'in tanıdığı grup muafiyetinden yararlanmaktadır.
- (18) İkinci olarak, ilgili anlaşma hükümleri içerdiği sınırlamalar açısından incelenmiştir. Şikayet konusu özelinde pasif satışların engellenip engellenmediği hususu önem taşımaktadır. Bilindiği gibi, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi uyarınca teşebbüsler arası anlaşmalarda yer alan aktif satışı engelleyen hükümler grup muafiyeti kapsamında makul bulunurken; pasif satışların engellenmesine yönelik hükümler, anlaşmayı grup muafiyeti sınırları dışına çıkarmaktadır. İlgili anlaşmada, bu hususa ilişkin herhangi bir iddia yer almamakla beraber, pasif satışların engellenmesine yönelik herhangi bir düzenlemenin yer almadığı görülmüştür.
- (19) Bu noktada, ARSEL'in, LABORIE ile olan anlaşması kapsamında LABORIE ürünleri haricinde T-DOC ürünlerini aktif olarak Türkiye'de satış ve pazarlama yetkisinin bulunmaması, T-DOC firmasının ADS ile akdetmiş bulunduğu münhasır distribütörlük anlaşması doğrultusunda sözleşmeden kaynaklı bir hakkın sonucu olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla ADS'nin rakip firmaların T-DOC markalı havalı kateterleri satışını engellemeye dönük girişimlerinin, ADS ile T-DOC arasında akdedilen münhasırlık içeren dağıtım anlaşmasına dayandığı, söz konusu anlaşmanın 2002/2 sayılı Tebliğ'in tanıdığı muafiyetten yararlandığı, bu nedenle ADS hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

12-48/1416-477

J. SONUÇ

- (20) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, başvuru konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.