

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2010-2-148 (Menfi Tespit)
Karar Sayısı : 10-63/1315-492
Karar Tarihi : 7.10.2010

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 **Başkan** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, Mehmet Akif ERSİN, İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : İbrahim AYDEMİR, Nur Seda KÖKTÜRK

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20 : - Siemens San. ve Tic. A.Ş.
Temsilcisi: Dr. Kemal Tahir SU
Turan Güneş Bulvarı No: 63/1 Yıldız/Ankara

**D. BAŞVURUDA
BULUNANLAR**

20 : - T.C. Sağlık Bakanlığı Dr. Abdurrahman Yurtaslan
Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastenesi
Mehmet Akif Ersoy Mah. 13. Cad. No:56
Yenihamalle/Ankara

- Siemed Tıbbi Sistemler Tic. Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Cem ERKAT
Halk Sok. 19/7 Sıhhiye/Ankara

30 **E. TARAF** : - Siemens San. ve Tic. A.Ş.
Yakacık Yolu No: 111 Kartal/İstanbul

F. DOSYA KONUSU :Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına bakım hizmeti verebilmek için gerekli olan şifreleri talep eden müşteriler ile imzalanması planlanan "Servis Yazılımı Kullanım Anlaşması"na menfi tespit belgesi verilmesi/muafiyet tanınması talebi ve söz konusu anlaşma ile ilgili iddiaların değerlendirilmesi.

40 **G. DOSYA EVRELERİ** : Kurum kayıtlarına 25.5.2010 tarih ve 4163 sayılı ile giren bildirim ile 4.5.2010 tarih, 3585 sayılı; 3.6.2010 tarih, 4378 sayılı; 17.6.2010 tarih, 4740 sayılı ve 9.8.2010 tarih, 6293 sayılı başvurular üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4., 5. ve 8. maddelerinin ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucu düzenlenen 25.9.2010 tarih ve 2010-2-148/MM-10-151.İA sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Raporu, 30.9.2010 tarih ve REK.0.06.00.00-130/463 sayılı Başkanlık Önergesi ile 10-63 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- 50 a) Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından menfi tespit talebiyle sunulan “Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi”ne menfi tespit belgesi verilebileceği,
- b) Başvuru tarihinden sonra sözleşmenin değişikliğe uğraması ve son haliyle sözleşmeye menfi tespit belgesi verilmesi nedeniyle T.C. Sağlık Bakanlığı Dr. Abdurrahman Yurtaslan Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesi ve Siemed Tıbbi Sistemler Tic.Ltd. Şti. tarafından yapılan başvuruların reddedilmesi gerektiği

ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Konu

- 60 Siemens tarafından yapılan başvuruda, Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına bakım hizmeti verebilmek için gerekli olan şifreleri talep eden müşteriler ile imzalanması planlanan “Servis Yazılımı Kullanım Anlaşması”na (Sözleşme) menfi tespit belgesi verilmesi/muafiyet tanınması talebinde bulunmaktadır. Söz konusu başvurudan sonra 21.6.2010 tarih ve 4827 sayı ile Kuruma intikal eden yazıda ise ilgili sözleşmede değişiklikler yapıldığı ifade edilerek yeni sözleşmenin değerlendirmeye esas alınması talep edilmiştir.

Rekabet Kurumu kayıtlarına 4.5.2010 tarih ve 3585 sayı ile giren T.C. Sağlık Bakanlığı Dr. Abdurrahman Yurtaslan Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından gönderilen başvuruda özetle;

- 70 - Kullanmakta oldukları Siemens marka tomografi ve röntgen cihazların bakım yapılabilmesi için gerekli olan şifrelerin Siemens tarafından servis yazılım anlaşmasının imzalanması şartıyla verilmek istendiği,
- Söz konusu protokolün idarece imzalanmasının uygun görülmediği,
- Siemens’in, bu anlaşmayı ön koşul olarak müşteriye sunmasının 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Rekabet Kurulu kararına uygun olduğunu iddia ettiği

ifade edilerek konunun incelenmesi talep edilmektedir. Ayrıca aynı hastaneden gönderilen ve Kurum kayıtlarına 9.8.2010 tarih ve 6293 sayı ile giren başvuruda aynı iddialar tekrarlanmakta ve tomografi cihazının arızalı olarak kalmaması için söz konusu sözleşmenin Siemens ile imzalandığı ancak şifrenin bir yıllığına verilmesi sebebiyle sorunun çözülmediği yalnızca bir yıl ertelendiği ifade edilmektedir.

80

Kurum kayıtlarına 3.6.2010 tarih ve 4378 sayı ile giren ve Siemed Tıbbi Sistemler Tic. Ltd. Şti. (Siemed) tarafından gönderilen başvuruda özetle;

- Siemens’in 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Kurul kararı gereği servis şifresini ücretsiz temin etmesinin zorunlu olduğu,
- Bu şifrenin verilmesi sırasında Siemens’in, Kurul kararlarında yer almayan bir servis şifresi kullanım sözleşmesinin imzalanmasını mecbur tuttuğu,
- Türk Silahlı Kuvvetlerine (TSK) sattıkları tüplerin kalibrasyonunun yapılması için şifreye ihtiyaç duydukları ancak TSK bünyesinde Siemens’in mecbur

- 90 tuttuğu sözleşmeyi imzalayacak yetkili bulunmamasından dolayı şifrelerin temin edilemediği,
- Siemens'in kendi bakım müşterilerine şifreleri ücretsiz ve şartsız vermesine rağmen diğer müşterilere sözleşme imzalatmasının anlamı olmadığı,
 - Söz konusu şifreleri müşterinin değil servis organizasyonlarının kullanacağından hareketle, Siemens'in sözleşmeyi servis organizasyonu ile imzalamasının hukuki açıdan daha doğru olacağı

ifade edilerek gereğinin yapılması talep edilmiştir.

100 Rekabet Kurumu kayıtlarına 17.6.2010 tarih, 4740 sayı ve 1.7.2010 tarih ve 5102 sayı ile giren ve Siemed tarafından gönderilen başvurularda özetle, 3.6.2010 tarih ve 4378 sayılı başvuruda yer alan iddialar tekrarlanarak;

- Siemens'in İmge Medikal adlı şirketin bakımını yaptığı sistemler için gerekli olan şifreleri söz konusu şirkete sözleşme olmadan temin ettiği,
- Kurul kararından önce, Siemens'in müşterilere servis şifresini ücreti mukabilinde sattığı dönemde herhangi bir sözleşme imzalatmadığı, kişinin ehil olup olmadığını araştırmadığı,
- Kurul kararı sonrası verilmeye başlanan servis şifresi düzeyinin, Kurul kararlarında belirtilen düzeyde olmadığı ve bu konuda müşterilerin yanıltıldığı,
- Güvenlik testlerinin yapılabilmesi için gerekli olan 'test tools'ların Siemens tarafından kolaylaştırıcı yazılım kapsamına alındığı ancak teknik servis dökümanlarında bu işlem için başka bir yol önerilmediği,
- Dolayısıyla 'test tools'ların, Kurul kararında ifade edilen "bakım ve onarım hizmeti kapsamında cihazların teknik servis bölümüne erişim için zorunlu olan, yokluğunda tamir ve bakım yapılamayan şifre" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği,
- Müşterilerin sistemlerine yüklenen yeni yazılım nedeniyle oluşan servis şifresi değişikliği hakkında müşteriye bilgi verilmediği, gerçeklerin saklandığı

ifade edilerek, konu ile ilgili gerekli tedbir ve kararların alınması ve Siemens ile firma yetkililerinin cezalandırılması talep edilmektedir.

1.2. Taraflar

120 1.2.1. Siemens

Şirket Almanya merkezli Siemens AG'nin genel temsilcisidir. Siemens'in hisselerinin tamamına yakını Siemens AG'ye aittir.

Siemens, tek bir tüzel kişilik bünyesinde, farklı iş alanlarında faaliyet göstermektedir. Siemens'in faaliyet gösterdiği temel iş alanları; iletişim sistemleri, otomasyon ve kontrol enerji üretimi, enerji iletimi ve dağıtımı, endüstriyel çözümler ve teknolojiler, ulaşım sistemleri, tıp çözümleri, bina yönetimi ve hizmetleri, epcos-elektronik devre elemanları ve danışmanlık hizmetleri olarak belirtilmiştir.

130 Siemens bünyesinde faaliyet gösteren "tıp çözümleri" birimi, tıbbi cihazların ve yedek parçalarının satışı ve bu ürünlerin bakım ve onarım hizmetlerini sunmaktadır. Buna ilave olarak; bu birim tarafından, hastane ve sağlık merkezlerine yönelik entegre servis yönetimi hizmeti sunmakta, sağlık yatırımları konusunda da danışmanlık hizmeti vermektedir.

I.2.2. Başvuranlar

I.2.2.1. T.C. Sağlık Bakanlığı Dr. Abdurrahman Yurtaslan Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesi

Sağlık Bakanlığına bağlı bir kamu hastanesidir.

I.2.2.2. Siemed

140 Faaliyetlerinin büyük bir kısmı Siemens cihazlarına yönelik bakım ve onarım hizmeti vermek olan şirkettir.

I.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

I.3.1. Sözleşmenin Konusu ve Niteliği

150 Siemens tarafından, Rekabet Kurulu'nun 18.2.2009 tarihli kararıyla tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazı üreticilerine, bu cihazlara bakım hizmeti verilmesi için gerekli olan seviyede şifrelerin müşterilerine tedarik edilmesi konusunda yükümlülük getirilmesi üzerine, erişimle ilgili olarak ortaya çıkabilecek yükümlülüklerin hukuki zeminde cihaz sahibi müşteriye yansıtılmasına yönelik olarak bir protokol hazırlandığı ifade edilmiştir. Söz konusu sözleşmenin, talepte bulunan bütün müşterilerle imzalanacağı, müşterinin protokolü imzalamaktan imtina etmesi halinde, talep edilen şifrelerin tedarik edilmeyeceği belirtilmiştir.

Sözleşmede özetle;

- Bakım hizmeti verilebilmesi için gerekli servis yazılımının (şifre dahil olmak üzere) müşteri veya onun yetkilendirdiği kişilerin kullanımı için 12 ay boyunca geçerli olacak şekilde verileceği,
- Müşterinin, yazılımın kullanımından kaynaklı sonuçlardan sorumlu olacağı,
- Müşterinin, cihaza bakım hizmeti verecek kişilerin ehil olduğu konusunu beyan ve taahhüt etmiş sayılacağı ve
- Servis yazılımının kullanımı esnasında ortaya çıkabilecek zararlardan Siemens'in sorumlu olmayacağı

160 ifade edilmiştir.

I.3.2. 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

Rekabet Kurulu 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı kararı ile, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından;

1. Tıbbi cihazların garanti sürelerinin bitiminden sonra, cihazları satın alan müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, cihazlara ilişkin şifrelerin veya bu anlama gelecek her türlü dahili sistemin firmalar tarafından mücbir sebepler haricinde, çalışma günlerinde olmak kaydıyla, 24 (yirmidört) saat içerisinde ücretsiz olarak temin edilmesi,
- 170 2. Cihaz harici takılan ve anılan cihazlara ilişkin teknik servis verilmesine olanak sağlayan aparatlar/cihazların, müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, talep anından itibaren en çok 3 (üç) gün içerisinde müşteriye tesliminin yapılması,

3. Bu aparatlara ilişkin kiralama ücretlerinin, ayrımcı olmayacak şekilde ve aparatın maliyetiyle orantılı bir biçimde belirlenmesi,
4. Cihazların ilk satımı aşamasında yukarıda yer verilen hususlar konusunda müşterilerin yazılı olarak bilgilendirilmesi,
5. Tıbbi cihazların, son 3 (üç) yıllık satış verilerine dayanarak, en çok kullanılan 100 (yüz) yedek parçanın güncel fiyat listelerinin internet ortamında herkesin ulaşabileceği şekilde ilan edilmesi,
6. Müşterilerden ve rakip servis sağlayıcılardan gelen yedek parça fiyat taleplerinin en geç 3 (üç) işgünü içerisinde cevaplandırılması,
7. Yedek parça satışında rakip servis sağlayıcılara ve onların müşterilerine yönelik, objektif kriterlere dayanmayan ayrımcı uygulamalar yapılmaması,

aksi takdirde 4054 sayılı Kanun çerçevesinde haklarında işlem başlatılacağına söz konusu teşebbüslere bildirilmesi hususlarında aynı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca görüş yazısı gönderilmesi için Başkanlığa yetki verilmesine hükmetmiştir.

1.3.3. Menfi Tespit Değerlendirmesi

4054 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre bir anlaşmaya menfi tespit belgesi verilebilmesi için bildirilen anlaşmanın Kanun'un 4, 6 ve 7. maddeleri kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilecek hükümler taşımaması gerekmektedir.

Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının servisini özel kılan iki ana unsur bulunmaktadır. Birincisi, tıbbi cihazların bakımı teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmektedir. Bu bakımı yapacak kişilerin ilgili dallarda üniversite eğitimi görmesinin yanı sıra söz konusu cihazların her biri, hatta her cihazın farklı modelleri için ayrı eğitim alması şarttır. Bu eğitimi de ancak ilgili cihazın üreticisi verebilmektedir. İkincisi, bu cihazların doğru çalışmasının insan sağlığı açısından hayati önem taşımaktadır. Kalibrasyonların doğru yapılmaması ve benzeri hatalar, çok küçük oranlarda dahi olsa, ölümlere ya da sakatlıklara yol açabilmektedir. Bu durumda zincirleme olarak hastane yönetimlerinin ve cihaz üreticilerinin de sorumluluğu doğmaktadır.

Bu iki özellik nedeniyle tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına servis hizmeti verecek firmaların ve bunların çalışanlarının yeterliliklerinin tespiti ve belgelenmesi hayati önem arz etmektedir. Ülkemizde Sağlık Bakanlığı'nın bu konuda bir düzenlemeyi henüz hayata geçirmemiş olması tüm ilgili taraflar açısından bir belirsizliğe yol açmaktadır. Dolayısıyla hastane idarelerinin ve cihaz üreticilerinin, söz konusu cihazların bakımını üstlenecek firmalardan ilgili riskleri ortadan kaldıracak bir takım güvenceler talep etmeleri tabidir. Bunun yanında üretici firma da, bağımsız servis firması tarafından hizmet sunulan bir cihazdan kaynaklanan sorun sebebiyle hukuki sorumluluğu bulunmadığını taraflara bildirmek isteyecektir. İşbu Sözleşme de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Konuya ilişkin olarak raportörlerce görüşüne başvurulmuş (**.....TİCARİ SIR.....**) şu ifadeleri kullanmıştır:

“Sözleşmede sayılan risklerin tamamı gerçekleşmesi muhtemel risklerdir. Dolayısıyla servis yazılımı kullanıcı lisansını vermeden önce cihaz üreticisinin bu şartları öne sürmesi doğaldır. Bu riskleri almaya talip olan servis sağlayıcının da ilgili cihaza bakım ve onarımı sözleşmede belirtilen risklere mahal vermeden, gereği gibi

220 *verebilecek donanımda olması, bunun için sertifikaya edilmiş olması gerekir. Bunu da takdir edecek olan hastane yöneticisi (yani sözleşmeye göre “Müşteri”) olmalıdır. Bu nedenle, sözleşmeye imza atması gereken de hastane olmalıdır. Çünkü söz konusu risklerin gerçekleşmesi durumunda TCK’ya göre doğrudan sorumlu tutulacak olan idaredir. Bu sözleşmeyi servis sağlayıcının hastane adına imzalamasının koşulu hastane idaresinin de sorumluluk halinde servis sağlayıcıya rücu edebilmesini sağlayacak bir ikinci sözleşme olabilir. Onun dışında ben şahsen bir hastane yöneticisi olarak bu sözleşmeyi imzalayarak kullanıcı lisansını üçüncü kişi servis sağlayıcıya vermek istemem.”*

230 Sözleşme’nin “3. Sorumluluk” başlıklı maddesinin son paragrafında aşağıdaki ifade bulunmaktadır:

“(.....TİCARİ SIR.....).”

Sözleşme’nin ilgili maddesinde “söz konusu zararlardan bizzat sorumlu olacağı” ifadesi bulunsa da bu ifadenin tek başına Sözleşme’ye menfi tespit verilmemesini gerektirecek bir ihlal niteliğinde olmadığı, dolayısıyla başvuru konusu sözleşmeye menfi tespit belgesi verilebileceği sonucuna varılmıştır.

240 **I.3.4. Başvuruların Değerlendirilmesi**

Menfi tespit incelemesine konu Sözleşme’nin Siemens tarafından müşterilere şart koşulmasının rekabete aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruların yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında reddedilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

İlgili bölümde açıklandığı üzere bahse konu Sözleşme’nin imzalanmasının zorunlu tutulması tıbbi cihazların kullanımının doğuracağı sorumluluğun bir gereğidir. Böyle bir sözleşme yapma zorunluluğu tek başına rekabeti engelleyecek ya da zorlaştıracak bir eylem olarak kabul edilmemelidir. Nitekim Kurum tarafından tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazları pazarında yapılan önaraştırma neticesinde Kurul tarafından 18 Şubat 2009 tarihinde alınan kararda, cihazlara ait servis şifresinin üretici firma tarafından verilmesinin müşterinin yazılı onayına bağlı kılınarak, müşterinin cihazın bakım onarımından kaynaklanabilecek sorunların farkında olmasının ve bakım sözleşmesi yapmak istediği üçüncü taraf servis sağlayıcıya bu sorumluluğu bilinçli olarak yönlendirmesinin istendiği anlaşılmaktadır.

250 Bu noktada, başvuru tarihine kadar, söz konusu Sözleşme’yi imzalayarak servis yazılımını Siemens’den almış olan hastanelerin mevcut olduğunu da belirtmekte yarar görülmektedir. Kaldı ki başvurulara konu olan Sözleşme’de bazı değişiklikler bizzat Siemens tarafından yapılarak menfi tespit talebiyle Kurum’a sunulmuştur.

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- 260
1. Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından menfi tespit talebiyle bildirilen “Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi”ne menfi tespit belgesi verilmesine,
 2. Başvuru tarihinden sonra sözleşmenin değişikliğe uğraması ve son haliyle sözleşmeye menfi tespit belgesi verilmesi nedeniyle T.C. Sağlık Bakanlığı Dr.

10-63/1315-492

Abdurrahman Yurtaslan Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesi ve Siemed
Tıbbi Sistemler Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan başvuruların reddine
OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.