

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2008-2-190 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 10-23/326-114
Karar Tarihi : 16.3.2010

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, Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : Hakan Suat ÖLMEZ, İbrahim AYDEMİR, Nur Seda KÖKTÜRK

C. ŞİKAYET EDEN : - Siemed Tıbbi Cihazlar Tic. Ltd. Şti.
Prof. Dr. Muammer Aksoy Cad. No:28/1
06500 Bahçelievler-Ankara

20

D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN:

- Siemens San. ve Tic. A.Ş.
Temsilcileri: Dr. Kemal Tahir SU, Dr. Aydın ÖZTUNALI
Turan Güneş Bulvarı No: 63 Kat: 1 Yıldız-Ankara

E. DOSYA KONUSU: Siemens San. ve Tic. A.Ş. (Siemens)'nin Siemens markalı tıbbi cihazların teknik servisi pazarında şifre uygulaması ve yedek parça teminindeki davranışlarıyla 4054 sayılı Kanun'a göre hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası.

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Şikayet dilekçesinde özetle, Siemens firmasının;

30

- Siemens markalı tıbbi cihazların teknik servisinde % 95'in üzerinde pazar payı ile hakim durumda bulunduğu,
- Kamu ve özel hastanelere satışını gerçekleştirdiği tıbbi cihazların garanti sürelerinin bitiminden sonraki süreçte sistemlerde uygulamakta olduğu şifre uygulaması ve yedek parça temini konusundaki tutumları ile rakip teşebbüsleri piyasanın dışına çıkarmaya yönelik eylemlerde bulunduğu,
- Pazardaki müşterileri kendisi ile anlaşma yapan ve rakipleri ile anlaşma yapanlar şeklinde ikiye bölerek tek üreticisinin kendisinin olduğu yedek parçaların fiyatlandırmasında müşteriler arasında ayrımcılık yaptığı,
- Bazı (tube insurance (tüp güvence sistemi) ve evolve gibi) ürünleri sadece kendisi ile anlaşma yapan müşterilerine sunduğu,

40

- Bu eylemleri ile eşit durumdaki alıcılara farklı şartlar uygulamak sureti ile rakiplerini piyasa dışına itmeyi amaçladığı

belirtilerek, anılan iddiaların 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesi talep edilmektedir.

50 **G. DOSYA EVRELERİ:**

Kurum kayıtlarına 28.8.2008 tarih ve 5699 sayı ile intikal eden başvuru üzerine yapılan inceleme sonucunda hazırlanan 14.10.2008 tarih ve 2008-2-190/İİ-08-HSÖ sayılı İlk İnceleme Raporu, Kurul'un 23.10.2008 tarih ve 08-60 sayılı toplantısında görüşülerek Siemens hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Yapılan önaraştırma kapsamında 27.11.2008 tarih ve 2008-2-190/ÖA-08-HSÖ sayılı önaraştırma raporu 1.12.2008 tarih REK.0.06.00.00-110/399 sayılı Başkanlık önergesi ile 4.12.2008 tarih ve 08-69 sayılı Kurul toplantısında görüşülmüş ve 08-69/1120-M(1) sayı ile Siemens hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

60 Siemens hakkında soruşturma açıldığına ve 4054 sayılı Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca ilk yazılı savunmalarını göndermelerine dair bildirim, 24.12.2008 tarih ve 5492 sayılı yazı ile yapılmış; ilk yazılı savunma ise 27.1.2009 tarih ve 0710 sayı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına girmiştir. Rekabet Kurulu, 3.6.2009 tarih ve 09-26/568-M sayılı kararıyla yürütülmekte olan soruşturmanın süresinin bitiminden itibaren 4 ay uzatılmasına karar verilmiştir.

Soruşturma heyeti tarafından hazırlanan 5.10.2009 tarih ve SR-09/7 sayılı soruşturma raporu Siemens'e ve Kurul üyelerine tebliğ edilmiştir.

Siemens'in ikinci yazılı savunması 4.12.2009 tarih ve 8594 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiş, raportörlerce hazırlanan 21.12.2009 tarihli Ek Görüş, Siemens'e ve Kurul üyelerine tebliğ edilmiştir.

70 Siemens'in üçüncü yazılı savunması 19.1.2010 tarih ve 538 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir.

Siemens'in yazılı savunmalarında yer alan sözlü savunma toplantısı yapılması yönündeki talep, Rekabet Kurulu tarafından değerlendirilmiş, Kurul'un 28.1.2010 tarihli kararı uyarınca sözlü savunma toplantısının 16.3.2010 tarihinde yapılması kararlaştırılmıştır. Sözlü savunma toplantısı davetiyeleri Kanun'un 46. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilgililere gönderilmiştir. Belirtilen tarihte yapılan sözlü savunma toplantısının ardından, Rekabet Kurulu tarafından, 16.3.2010 tarih ve 10-23/326-114 sayılı nihai karar alınmış, söz konusu karar 26.3.2010 tarihinde tefhim edilmiştir.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:

80 Soruşturma süreci sonunda Raportörlerce;

1. Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin "*Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik yedek parça*" ile "*Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik servis*" pazarında hakim durumda bulunduğu,
2. Siemens'in şifre uygulamalarına ilişkin olarak, Rekabet Kurulu'nun 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Kararı'ndan sonra Siemens tarafından şifre konusundaki Kurul'un belirlediği yükümlülükler aynen uyulması ve Kurum ile olumlu bir işbirliği halinde yapıcı düzenlemelere gidilmesi, rakip servis sağlayıcılara yönelik sistemli bir ayırıcı veya dışlayıcı uygulamada

90 bulunulmaması ve Kurul'un 28 Ekim 2005 tarihli kararı ile Siemens'in savunma metninde yer verdiği açıklamaların soruşturma heyeti tarafından makul karşılanması nedenleriyle, Siemens'in şifre uygulamaları konusunda cezalandırılmaması gerektiği,

100 3. Yedek parça ve bununla bağlantılı uygulamalar konusunda, Siemens'in getirdiği açıklamaların ve şikayet dilekçesinde yer verilen belgelere yönelik savunmaların soruşturma heyetince makul karşılanması ve ihlal sonucuna varılabilmesi için yeterli bilgi ve belge bulunmaması nedeniyle, Siemens'in, Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarının yedek parça satışında sistematik olarak bağlayıcı, dışlayıcı ve/veya ayırmacı uygulamalarda bulunmadığı kanaatine ulaşılarak, Siemens'in Kanun'un 6. maddesini bu manada ihlal etmiş sayılmayacağı, dolayısıyla adı geçen teşebbüsün bu bağlamda cezalandırılmasına yer olmadığı

sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmektedir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Taraf – Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Siemens)

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

110 Yönetim Kurulu Dr. Ali Zafer İNCECİK (Başkan), Dr. Siegfried Russwurm, Hüseyin Geliş, Mustafa V. KOÇ, Brigitte EDERER Ve Reinhard PINZER'den oluşan Siemens'in ortaklık yapısı ise şu şekildedir:

Tablo 1: Siemens Hissedarlık Yapısı (%)

Hissedarlar	Hisse Oranları
Siemens AG	(.....)
Dr. Nusret ARSEL	(.....)
Hüseyin GELİS	(.....)
Martin Dieter KRAUSS	(.....)
Mehmet Celal SAVAŞ	(.....)
Toplam	100

Siemens, tek bir tüzel kişilik bünyesinde, endüstri, enerji, sağlık ve bilişim teknolojileri alanlarında faaliyet göstermektedir.

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 (Hastane Biyomedikal Hizmetler İşletmeciliği) hizmeti sunulmakta, sağlık yatırımları konusunda da danışmanlık hizmeti verilmektedir.

120 2007 yılında Siemens'in tıp cihazları pazarında elde ettiği net satışlar toplamı yaklaşık (.....), bu cihazların bakım ve onarımı pazarında elde ettiği net satışlar toplamı ise yaklaşık (.....) olarak gerçekleşmiştir.

I.1.2. Şikayet Eden Taraf - Siemed Tıbbi Cihazlar Tic. Ltd. Şti. (Siemed)

İstanbul'da kurulu olan şirket, Genel olarak tıbbi cihazların bakım ve onarımı hizmeti vermek üzere kurulmuştur. Faaliyetinin büyük kısmını Siemens cihazlarına yönelik olarak gerçekleştirmektedir.

130 Siemens Marka MR (Manyetik Rezonans), CT (Bilgisayarlı Tomografi), X-Ray (Anjiyo, Röntgen, Dijital Röntgen, Mamografi) cihazlarına bakım-onarım anlaşmaları, yedek parça tedariki, x-ışın tüpü tedariki ve montajı, sarf malzeme tedariki, demontaj, montaj ve devreye alma, adsorber ve displacer değişimi gibi konularda destek hizmeti verebilmektedirler.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Bu bölümde Siemens'in faaliyette bulunduğu ve şikayet edilen ürünlerin yer aldığı tıbbi cihazlar pazarının (ve bu cihazlara ilişkin servis ve yedek parça pazarının) içeriğine ilişkin genel bilgiler verilecektir.

Tıbbi cihaz yönetmeliklerinde, tıbbi cihaz;

“üretici tarafından amaçlanan uygulama için gerekli olan donanım da dahil olmak üzere, insanlar üzerinde;

140 - Hastalığın teşhisi, önlenmesi, izlenmesi, tedavisi veya hafifletilmesi, Her hangi bir yaralanma veya sakatlığın teşhisi, izlenmesi, tedavisi, hafifletilmesi veya telafi edilmesi,

- Anatominin veya fizyolojik prosesin incelenmesi, değiştirilmesi veya modifikasyonu,

- Gebeliğin kontrolü

amacıyla tek başına veya beraber kullanılan ve insan vücudu üzerinde esas kullanım amacını farmakolojik, immünolojik veya metabolik vasıtalarla gerçekleştirmeyen ancak bu vasitalardan yardım alan her türlü alet, aparat, cihaz veya başka bir madde”

150 şeklinde tanımlanmıştır.

Anlaşılabacağı üzere, tıbbi cihaz tanımının genişliği sebebiyle tıbbi cihaz sektörü de çok sayıda ve çok çeşitli alanlarda çalışan teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir sektör konumundadır.

Soruşturma kapsamında incelenen pazar, Siemens'in faaliyet gösterdiği alanlardan biri olan ve tıbbi cihazlar sektörünün bir alt kolu olarak tanımlanabilecek olan görüntüleme ve teşhis cihazları pazarıdır.

160 Şikayetlerin temelinde Siemens'in, Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarının bakım ve onarımı hizmeti ve yedek parça pazarındaki eylemleri yer almaktadır. Bu durumda, faaliyette bulunan ürün pazarının yanında, bu pazarla ilişki içerisinde olan bir yedek parça ve servis pazarı bulunmaktadır. Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları, “dayanıklı mallar/ürünler” olarak adlandırılabilirler. Zira dayanıklı mallar, uzun dönemli kullanım ve fayda elde etme amacıyla satın alınırlar ve bu sebeple kullanım ömürleri boyunca tamir, bakım, yedek parça ve/veya sarf malzemesi gibi ürün ve hizmetlere ihtiyaç duyarlar.

170 Ana ürün ile o ürüne ilişkin yedek parça, servis ve bakım gibi ürün ve hizmetler, farklı zamanlarda ihtiyaç duyulan tamamlayıcı nitelikteki ürünlerdir. Dayanıklı malların oluşturduğu ve tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının da içerisinde yer aldığı pazarlar, zamanla tamamlayıcı ürün ve hizmetlere ihtiyaç duymaları sebebiyle, “birincil” veya “öncül” pazarlar olarak isimlendirilirler. Yedek parça, sarf malzemesi, tamir, bakım-onarım hizmetleri gibi birincil ürünle birlikte kullanılan ve birincil ürünün

satın alınmasından belli bir süre sonra ihtiyaç duyulan ürün ve hizmetlerin bulunduğu pazarlar ise “ikincil” veya “ardıl” pazarlar olarak tanımlanır.

Rekabet hukuku literatüründe, birincil ve ikincil ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların tanımlanmasında i) söz konusu ürün ve hizmetlerin aynı pazara dahil edilip edilemeyeceği, ii) edilmezse ikincil ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların *marka-spesifik* tanımlanıp tanımlanamayacağı hususlarının analizi ön plana çıkmaktadır. Bu kapsamdaki analiz ve değerlendirmelere aşağıda yer verilmektedir.

180 Avrupa Birliği rekabet hukuku içtihatları çerçevesinde bu konuda alınmış kararlar mevcuttur. Bunlardan ilki 08.05.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı Hewlett Packard Bilgisayar ve Ölçüm Sistemleri A.Ş. (HP) kararıdır. Söz konusu kararda Kurul, HP marka yazıcılarda kullanılan yedek parçaların sadece HP tarafından üretiliyor olmasını, üretimin ileri teknoloji ve başlangıç maliyeti gerektirmesi nedeniyle başka teşebbüslerce üretilmesinin zor olmasını ve bu sebeple HP markalı yazıcıların yedek parçaları ve servis hizmetlerinin *yakın ikamesinin bulunmamasını* göz önüne alarak ilgili pazarları “*HP markalı yazıcıların satış sonrası servis hizmetleri, HP markalı yazıcılarda kullanılan yedek parça ve sarf malzemeleri pazarı*” olarak tanımlamıştır.

190 8.7.2005 tarih ve 05-144/618-155 sayılı Karar’da ise, Kone Asansör Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Kone) tarafından, kendi markasını taşıyan asansörlerdeki elektronik kartlara şifre girilmesi suretiyle diğer asansör tamir firmalarının faaliyetlerinin engellendiği iddiası çerçevesinde yapılan değerlendirmede, iddia konusu eylemlerin bir kötüye kullanma olması sonucuna varılması halinde bir pazar tanımı yapılacağı ifade edilmiş ancak şikayetlere temel teşkil eden şifreleme fiiline yönelik somut bir kanıt bulunmadığından soruşturma açılmasına gerek olmadığına hükmedilmiştir. Dolayısıyla söz konusu kararda bir ilgili pazar tanımlanmamıştır.

200 Vestel Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin Vestel Angel ev güvenlik sistemleri bakım, onarım hizmetlerinin sağlanmasında şifreleme uyguladığı iddiası üzerine yürütülen inceleme sonucunda Kurul, 14.8.2008 tarih ve 2008-2-115 sayılı kararında, pazarda herhangi bir markanın ürünlerinin bakım onarım servis hizmetlerinin başka bir firmaca sağlanması önünde teknik ya da ticari olarak benzer bir imkânsızlık olmaması (belli bir düzeyde teknik donanıma sahip olduktan sonra, bir “reset”leme işlemi ile sisteme ulaşımın mümkün olması) sebebiyle ilgili ürün pazarını “*Vestel Angel ürünlerine yönelik bakım, onarım ve servis hizmetleri pazarı*” olarak değil, “*ev güvenlik sistemleri bakım ve tamir hizmetleri*” olarak tanımlamıştır.

Görüldüğü üzere, ilgili ürün pazarı ile ilgili değerlendirmeler, değerlendirilen dosya kapsamına göre değişiklik gösterebilmektedir. Ardıl pazarların marka-spesifik tanımlanıp tanımlanamayacağına karar verilirken ürün veya hizmetin gerek üretimde gerekse kullanımdaki ikame edilebilirliği, tüketici talebi ve başka teşebbüslerce üretimin önünde herhangi bir engel olup olmadığı gibi faktörlerin göz önüne alındığı anlaşılmaktadır.

210 AB Komisyonu tarafından 2005 yılında yayınlanan “*EU Discussion Paper on Modernization of Article 82*” başlıklı tartışma metninde (Tartışma Metni) ardıl pazarın değerlendirilmesiyle ilgili bir bölüm yer almaktadır. Söz konusu bölümde Komisyon’un ikincil piyasalarda ilgili pazar tanımlanırken, normal bir pazar tanımında kullanılan yaklaşımı kullanacağı ifade edilmektedir. Bunun anlamı, ardıl pazarda yer alan ikincil ürünlerin ayrı bir pazar oluşturup oluşturmadığı incelenirken, birincil ürünün satışları üzerindeki (o ardıl pazarın oluşmasına neden olan) etkilerin dikkate alınmayacağıdır. Bir diğer deyişle pazar tanımının odağında gelecekte birincil ürünü alma olasılığı olan

potansiyel müşterilere değil, hâlihazırda birincil ürünü satın almış olan müşterilere yapılan ikincil ürün ve hizmet satışları yer almaktadır.

- 220 Tartışma Metni'nde marka-spesifik ardıl pazar tanımlanmasının hangi durumlarda söz konusu olamayacağından da bahsedilmektedir. Bunlardan birincisi başka üreticilerin ikincil ürünlerine geçişin mümkün olması durumudur. Eğer ikincil ürün başka üreticiler tarafından da piyasaya sürülebiliyorsa, belli bir markanın birincil ürününü alan müşteri ardıl pazarda o markanın ikincil ürünlerine kilitlenmeyecektir ve böyle bir durumda (marka-spesifik olmayan) ortak bir ardıl pazar belirlemek gerekir. Tartışma Metni'nde ikinci olarak, başka marka bir birincil ürüne geçiş ve böylece ardıl pazardaki yüksek fiyatlardan kaçınabilme olasılığında bahsedilmektedir. Böyle bir durumda geçiş maliyetlerinin yüksek olmaması gerekir. Geçiş maliyetleri ise iki türde olabilir. İlk olarak kullanılmış birincil ürünü, geçişin ekonomik olduğu cazip bir fiyattan
- 230 satmak/satın almak mümkün olmayabilir. Bu, eğer birincil ürünün fiyatı ikincil ürüne göre yüksekse, daha da önemli hale gelmektedir. İkinci tür geçiş maliyetleri ise fiyat hariç yatırımlar ile ilgilidir. Bunlar eğitim, rutini değiştirme, yüklemeler, yazılım vb. olabilir. Sonuçta ancak ayrı bir ardıl pazarın olmadığına karar verildiği durumlarda analiz, (birincil ve ikincil ürünlerin birlikte yer aldığı) toplam sistem pazarı üzerinden yapılacaktır.

- Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının üreticileri, ürünlerine ait yedek parça ve sarf malzemesinin büyük kısmını kendileri üretmektedirler. Ancak belli parçaların üretimi, özel olarak başka firmalara yaptırılabilir. Bu durumun söz konusu olduğu hallerde, genellikle, fason üretim yapan firmaya, bu parçaları başka birine satmama
- 240 yükümlülüğü getirilmektedir. Nadir durumlarda ise cihazlara ait bazı yedek parça ve sarf malzemeleri başkaca firmalar tarafından üretilebilmekte ve bunlara erişim cihaz üreticisi haricindekiler tarafından da mümkün olabilmektedir. Bu gibi parçalar genelde monitör, keyboard gibi cihazların bilgisayar kısmı ile alakalı olan parçalardır. Bunun yanında sarf malzemesi niteliğinde olan tüp de cihaz üreticisi veya yalnızca cihaz üreticisine satış yapan teşebbüsler haricindekiler tarafından üretilip satılmaktadır. Ancak tüplerin de orijinalleriyle ikame edilebilirliği sınırlı düzeydedir.

- İşbu dosya kapsamında da Siemens tarafından üretilen veya ürettirilen parçaların oranının $\%(\dots)\text{-}\%(\dots)$ kadar olduğu görülmektedir. Bunun yanında herhangi bir Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazında, o cihazın muadili olabilecek
- 250 rakip cihazlarda kullanılan yedek parçalar kullanılmamakta, yani rakip markalı cihazların yedek parçaları birbirleriyle ikame edilememektedir. Ayrıca, Siemens markalı yedek parçaların bir kısmı patent haklarıyla korunduğundan, bu parçaların başka teşebbüslerce üretimi de mümkün değildir. Diğer bir deyişle Siemens markalı bir cihaza sahip olan müşteri, rakip markaların ikincil ürününe geçememekte ve Siemens markalı ikincil ürünlere kilitlenmektedir.

- Yukarıda yer verilen analizler, yalnızca yedek parça için değil Siemens markalı cihazlara verilen servis için de geçerlidir. Her ne kadar Siemens markalı cihazlara verilecek servis ile rakip markalı cihazlara verilecek servis ikame gibi görünse de söz konusu cihazların ileri teknoloji içermesi, pazarda yeni ürünlerin çıkış hızının
- 260 yüksekliği ve her cihaz için, genelde üretici firmanın ana merkezinde (Siemens için Siemens Almanya'da) verilen eğitimleri almak gerektiğinden bu ikisinin yakın ikame olduğunu söylemek zordur. Siemens markalı cihazlara servis veren bir mühendisin, rakip markalı cihazlar üzerinde yapabilecekleri sınırlıdır. Hatta belli bir markanın, örneğin MR cihazına bakan bir mühendisin, aynı markanın tomografi cihazına servis veremeyeceği soruşturma sürecinde birçok teşebbüs yetkilisi tarafından raportörlere

ifade edilmiştir. Siemens'in cihazlardaki şifre uygulaması da teknik servis hizmetinin BSS'ler tarafından verilmesinin önünde teknik bir engel yaratmaktadır.

270 Tüm bunların yanında, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları oldukça maliyetli cihazlardır. Bu sebeple, cihazların bir kez satın alındıktan sonra ikincil ürünlerinin fiyatlarının yüksekliği yüzünden (kullanım ömrünün sonuna kadar) değiştirilmesi çok zordur. Geçiş maliyetlerinin yüksekliğine tekabül eden bu durum, ikincil ürünlerin fiyatlarının birincil ürüne göre düşük olması da göz önüne alındığında daha da önem kazanmaktadır.

Sonuç olarak, Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, ilgili ürün pazarları "*tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarı* (birincil pazar), "*Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik servis*" ve "*Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik yedek parça*"¹ pazarı olarak belirlenmiştir.

I.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

280 Tanımlanan ürün pazarındaki ürünlerin satışının tüm Türkiye genelinde gerçekleşmesi ve pazar farklılaşması yaratacak faktörlerin bulunmaması nedeniyle ilgili coğrafi pazar "*Türkiye*" olarak kabul edilmiştir.

I.3. Hakim Duruma İlişkin Değerlendirme

Önceki bölümde de yer verilen 2005 tarihli Tartışma Metni'nin ardıl pazarlarda hakim durum ile ilgili bölümünde şu noktalara vurgu yapılmıştır:

290 Birincil ürünlere ait ikincil ürün ve hizmetlerin oluşturduğu ardıl pazarların tanımlandığı durumlarda, bu pazarlarda hakim durum, hem birincil hem ikincil pazarlardaki rekabetin analiz edilmesinden sonra ortaya konabilir. Ardıl pazardaki hakim durumun birincil ürünü alma olasılığı olan müşteriler ve birincil ürünü almış olan müşteriler üzerindeki etkisinin ayırt edilmesi gerekir. Birincil pazardaki rekabet, ikincil pazarda, yüksek fiyatlar sebebiyle potansiyel müşterilerin zarar görmesini engelleyebilir. Ancak hâlihazırda birincil ürünü satın almış olanlar, üreticinin politika değiştirerek fiyatları yükseltmesinden (veya kaliteyi düşürmesinden) etkileneceklerdir.

300 Üreticinin, ikincil pazardaki fiyatları düşük tutmasının veya birincil ürünün fiyatlarını düşürerek ikincil pazardaki yüksek fiyatlardan kaynaklanan tüketici zararını telafi etmek istemesinin iki sebebi olabilir: Bunlardan ilki müşterilerin birincil ürün pazarındaki seçimlerini yaparken yalnızca birincil ürünün fiyatını değil, ardıl pazardaki ürün ve hizmetlerin fiyatını da hesaba katmasıdır. İkinci olarak, müşteriler tercihlerini, ürünün toplam ömür maliyeti üzerinden yapmalar da rakiplerin bu hesaplamaları yaparak birincil pazardaki rekabeti kızıştırmalarıdır. Bu iki durumda, üretici, ardıl pazarlardaki yüksek fiyata rağmen sistemden yüksek karlar elde edemeyebilir.

Müşterilerin, birincil ürünü alırken sistemin toplam maliyetini hesaplayarak tercih yapmaları, elde edebildikleri bilginin miktarına bağlıdır. Geçerli hesaplamalar yapabilmek için gerekli olan bilgiye müşterinin ulaşabilmesi gerekir. Ayrıca söz konusu toplam ömür maliyet hesaplamalarını yeterli miktarda müşterinin yapabiliyor olması ve üreticinin bu hesaplamaları yapan ve yapmayan müşteriler arasında ayırım yapmıyor olması gerekir.

¹ Bu tanıma Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik sarf malzemeleri de dahil edilmiştir.

310 Rekabet hukuku içtihadına bakıldığında ise Rekabet Kurulu'nun 08.05.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı kararında HP ürünlerinin satış sonrası hizmetlerinin çok büyük oranda HP servis ağı kapsamında gerçekleştirilmesinden hareketle, HP'nin söz konusu servis ağı sebebiyle, kendisi tarafından satışı yapılan ve kendi markasını taşıyan ürünlerin satış sonrası servisleri açısından hakim durumda olduğuna hükmedildiği görülmektedir.

Rekabet Kurulu tarafından Xerox marka yazıcıların tonerlerinin yüksek fiyata satıldığı ve bu nedenle tüketicilerin zor durumda bırakıldığı iddiası üzerine verilen 15.05.2008 tarih ve 08-33/417-143 sayılı kararda ise;

320 “- Şikâyetçinin almış olduğu yazıcının ve kullanmak istediği tonerin fiyatı arasında yaklaşık üçte birlik bir oran olduğu, bu nedenle yazıcının ekonomik ömrü süresince kullanılacak tonerin toplam maliyetinin, yazıcı maliyetine oranının yüksek olduğu,

- Toner fiyatlarına ilişkin bilginin ulaşılabilir olduğu,

- Toner fiyatlarının artması halinde başka marka yazıcıya geçişte ciddi bir maliyetin söz konusu olmadığı”

anlaşıldığından, yazıcı almayı düşünen ve henüz tercih aşamasında olan kullanıcıların, ödeyecekleri toplam maliyetlerini düşünerek bir marka seçmelerinden, bu seçim sırasında yazıcı piyasasındaki firma sayısı kadar seçenek bulunduğu ve yazıcı pazarının rekabetçi yapısından dolayı Xerox firması için, yazıcı ve toner pazarlarında hâkim durum tespitinin yapılamayacağı ve bu nedenle şikâyet ile ilgili olarak herhangi bir işlem tesis edilmesine gerek olmadığı sonucuna varılmıştır.

330 Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına ait ikincil ürünlerden oluşan yedek parça ve teknik servis pazarlarının ayrı birer ilgili ürün pazarı olarak tanımlanmasından sonra, söz konusu pazarlarda bir hakim durumun varlığı, birincil ve ikincil pazarlar arasındaki ilişkinin analiz edilmesiyle ortaya konacaktır. Bu çerçevede, üreticinin birincil pazardaki davranışlarının ardıl pazardaki davranışlarından etkilenip etkilenmediğinin anlaşılması için değerlendirmeye alınacak başlıca unsurlar şunlardır:

- Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının fiyatı ve ömrü,

- Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının maliyeti içerisinde yedek parça ve teknik servis maliyetlerinin payı,

340 - Ardıl pazarlar (yedek parça ve teknik servis) fiyatlarındaki şeffaflık,

- Başka bir cihaza geçişin maliyeti,

- kilitlemiş ve yeni müşteriler arasında fiyat farklılaştırması imkanının mevcut olup olmadığı.

350 Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları, üretim maliyetleri içerisinde Ar-Ge faaliyetlerinin büyük yer kapladığı yüksek teknoloji ürünlerdir. Günümüzde teknolojinin gelişme hızı da dikkate alındığında, piyasaya sürekli yeni modellerin sürüldüğü görülmektedir. Ar-Ge faaliyetlerinin önemi ve ileri teknoloji gereksinimi, bu cihazların fiyatına da yansımaktadır. Zira tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları fiyatları milyon dolarları bulabilmektedir. Örneğin; 2008 yılı fiyatları ile Siemens tarafından üretilen Magnetom serisi MR cihazlar (.....)-(.....) Avro, Somatom serisi BT cihazlar (.....)-(.....) TL, Biograph serisi PET/CT cihazlar (.....)-(.....) Dolar, Eclipse serisi PET Moleküler Görüntüleme (Cyclatron solutions) cihazları ise yaklaşık

(.....) Dolara satılmıştır. Bunun yanında, bir cihazın Türkiye’de ortalama ömrünün 10-12 yıl olduğu birçok sektör temsilcisi tarafından soruşturma sürecinde raportörlere ifade edilmiştir.

Her ne kadar tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının yedek parça ve servis maliyetleri yüksek olsa da, bunların cihazın maliyeti içerisindeki payı düşük kalmaktadır. Bunun sebebi de, cihaz maliyetlerinin yüksekliğidir. Siemens’ten gelen bilgiye göre, her cihaz için farklı olabilmekle birlikte bakım-onarım ve yedek parça maliyeti, cihaz maliyetinin yaklaşık %(.....)-(.....)’una denk gelmektedir. Siemens’in Uludağ Üniversitesi Hastanesi ile imzaladığı “Yüksek Enerjili Lineer Hızlandırıcı Sistemi Alımına” ait sözleşmede, garanti süresinin bitiminden sonra parça dahil bakım anlaşmasında yer alan hükme göre anlaşmanın bedeli cihaz bedelinin %(.....)’sını geçmeyecektir. Uygulamaya bakıldığında ise, Siemens’in (.....) ile imzaladığı 05.03.2008’de başlayıp 31.12.2010’da biteceği öngörülen parça dâhil bakım-onarım sözleşmesinde, (.....) sistem numaralı bir adet Magnetom Avanto ve (.....) sistem numaralı bir adet Leonardo adlı cihazların yıllık toplam parça dahil bakım-onarım ücreti (.....) olarak belirlenmiştir. Yalnızca Magnetom Avanto cihazının 2008 yılında farklı müşterilere (.....),(.....),(.....),(.....) gibi fiyatlara satıldığı göz önüne alındığında, bakım-onarımın (yedek parça dahil) cihaz fiyatının yaklaşık %(.....)-(.....) civarına denk geldiği görülmektedir.

Bunun yanında, cihaz üreticisi teşebbüslerin elde ettikleri gelirlerin yaklaşık %80’i cihaz satışından, ancak %20’si ise yedek parça ve servisten elde edilmektedir. Hatta yıllık gelir içerisinde yalnızca ilgili yılda satışı yapılan cihazlar sayılmakta iken, servis ve yedek parçadan elde edilen gelir hâlihazırda kurulu olan ve Siemens’ten yedek parça ve/veya bakım-onarım hizmeti alan tüm cihazlar için geçerlidir. Sonuç olarak tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının maliyeti, yedek parça ve teknik servis hizmetlerine kıyasla yüksektir.

Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarında kullanılan yedek parçaların fiyatları 18.2.2009 tarih ve 09-07 sayılı Kurul kararı öncesinde ilan edilememekteydi. Müşteri bu fiyatlara ancak ihtiyaç olduğunda üreticiye sorarak, nadiren de cihaz alım esnasında sözleşmeye ekleterek ulaşabilmekteydi. Bir özel hastane yetkilisi ile yapılan görüşmede “*Yedek parça fiyat listesinin şeffaf olmaması belirsizliğe yol açıyor. Bize verilen yedek parçaların fiyatlarının makul olup olmadığını görmek için yurtdışındaki toptancılarla iletişime geçip onlardan fiyat alıyoruz ve bu şekilde (cihaz üreticilerinin) fiyat indirdikleri çok oluyor. Biz grup olarak bu güce sahibiz ama daha küçük, tek başına hareket eden hastanelerin bunu yapması pek mümkün olmayabilir.*” ifadesini kullanmıştır. Yedek parça fiyat listelerinin yayınlanmaması, müşterilerin cihazın toplam sahip olma maliyetini hesaplamaları önünde bir engel teşkil edebilir. Her ne kadar, toplam ömür maliyetini hesaplamak isteyen bir müşterinin, cihaz alımı esnasında üreticiden garanti sonrası belli yılları kapsayacak şekilde yedek parça ve servis fiyat listesini talep ettiği görülse de bu uygulamanın çoğunlukla büyük özel hastaneler tarafından yapıldığı ve henüz yaygınlaşmadığı bilinmektedir. Belirli özel hastaneler, yalnızca tıbbi cihaz alımıyla uğraşan departman ve personele sahip olabilmekte ve alım esnasında yalnızca cihazın fiyatına değil, garanti sonrası, örneğin 10 yıl boyunca yedek parça ve bakım-onarım fiyatlarının ne olacağı ile ilgili taahhüdü üretici firmadan alarak, buna göre hesaplama yapabilmektedirler.

Oysa tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarını talep eden ağırlıklı grup olan kamu hastaneleri, ürün ve hizmet alımında kamu ihale mevzuatına göre hareket etmekte

yükümlüdürler. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 40. maddesinde yer alan "...ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır." hükmü sebebiyle cihaz alım ihaleleri sonucunda, ihaleyi kazanan taraf genellikle cihaz için en uygun fiyatı veren firma olmaktadır. Her ne kadar "ekonomik açıdan en avantajlı teklif" ile en düşük fiyatın kastedilmediği iddia edilebilse de, hükümden anlaşılanın ve uygulamada gerçekleşenin ihalenin en düşük fiyat verende bırakılması olduğu görülmektedir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin tespitinde belirli kriterlerin olmaması, bu hesaplamayı yapacak personel eksikliği ve bu kriterleri belirlemenin de ihaleyi gerçekleştirenin uhdesinde olmaması, garanti sonrası yedek parça ve servis fiyatlarının cihaz alımı esnasında dikkat edilen bir husus olmasını ve dolayısıyla toplam sahiplik maliyetinin hesaplanmasını engellemektedir. Zira GATA Biyomedikal Mühendislik Merkezi Başkanı'nın 14.9.2009'da gerçekleştirilen "Tıp Cihazları, Bu Cihazların Servisi ve Yedek Parça Satışlarında Rekabet ve Regülasyon" başlıklı Çalıştay'da yaptığı konuşmada yer verdiği "4734 sayılı Kanuna göre en düşük fiyatı verenle çalışmak zorundayız" ifadesi de bu durumu destekler niteliktedir.

Bir tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazının satın alınmasından sonra, yedek parça veya servis fiyatlarının yüksekliğinden dolayı bu cihazın değiştirilmesi zordur. Söz konusu cihazların değiştirilmesinde öncelikle cihazın maliyetinden kaynaklı bir geçiş maliyeti bulunmaktadır. Bunun yanında cihazların kurulumu, teknik personel tarafından kullanımının öğrenilmesi gibi maliyetler de söz konusudur. Sonuç olarak belli bir marka cihazdan başka bir cihaza geçişte, müşteriler yüksek maliyetlerle karşılaşmaktadır.

Ek olarak, toplam sahip olma maliyetini hesaplayarak cihaz alımı gerçekleştiren bir alıcı, bu kriterini başta üreticiye sunmakta ve üretici de müşteriye buna uygun teklif vermektedir. Dolayısıyla yeni müşteriye verilen teklifin duruma göre revize edilmesi olasılığı vardır. Ancak cihaz alımı esnasında garanti sonrası şartların pazarlık konusu edilmediği ve cihaz alım sözleşmesine yansıtılmadığı durumlarda kilitlemiş müşterilere verilen yedek parça ve bakım-onarım fiyatları daha yüksek olabilmektedir. Dolayısıyla üreticinin elinde fiyat farklılaştırması yapabileceği olanağı mevcuttur. Belirtilmesi gereken son husus ise sözlü savunma toplantısında, Siemens tarafından, toplam 196 tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazı kullanıcısı (112 özel, 84 kamu) ile (.....) araştırma şirketinin yapmış olduğu ankettir. Söz konusu anketin sonuçlarına göre tıbbi görüntüleme cihazlarının ekonomik ömrü dolmadan değiştirme fikri deneklerin %38'i tarafından kabul görmektedir, bu oran kamu hastanelerinde %23'te kalmaktadır. Cihazın ekonomik ömrü dolmadan değiştirme fikrine olumlu bakan %38'lik bölümün ancak %11'i, bakım-onarım ve yedek parça fiyatlarının yüksekliği sebebiyle bir değişime gidebileceklerini ifade etmişlerdir. Diğer bir ifade ile toplam deneklerin (kamu+özel) yalnızca %4,1'i (0,38*0,11), cihazı, ekonomik ömrü dolmadan, ikincil pazardaki fiyatların yüksekliği sebebiyle değiştirebileceklerini belirtmişlerdir. Geriye kalan yaklaşık %96'lık kısım için ise ikincil pazardaki (yedek parça ve bakım-onarım) fiyatların yüksekliği, birincil ürünü yani cihazı değiştirmek için bir sebep değildir; ardıl pazarlardaki yüksek fiyatlardan dolayı ürünün ömrü dolmadan başka bir ürüne geçilememektedir.

Yukarıda detaylıca incelenen tüm hususlar dikkate alındığında;

- 450
- cihazın ömrü süresince kullanılan yedek parça ve teknik servisin toplam maliyetinin cihazın maliyetine oranının düşük olması,
 - Yedek parça fiyatlarına ilişkin bilginin şeffaf olmaması,
 - Toplam sahiplik maliyetinin özellikle kamu hastaneleri tarafında hesaplanmıyor olması, bu hesaplamanın önünde hukuki belirsizliğin bulunması,
 - ikincil ürünlerin fiyatının artması halinde başka marka cihaza geçişteki maliyetlerin yüksekliği,
 - kilitlenmiş ve yeni müşteriler arasında fiyat farklılaştırması imkanının mevcut olması

460

sebepleriyle Siemens'in kendi markasını taşıyan cihazların ardıl pazarlarında iktisadi parametreleri belirleyici güce ulaşabildiği ve "Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik yedek parça" ile "Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik servis" pazarlarında hakim durumda olduğu sonucuna varılmıştır.

I.4. Siemens'in Şikayet Konusu Olan Uygulamaları

Şikayet dilekçelerinde yer verilen hususlar ana başlıklar itibariyle iki kapsamda değerlendirilebilecek iddiaları içermektedir. İlki, Siemens'in cihazlarına yönelik uyguladığı şifre dolayısıyla oluşan ihlal iddiaları, ikincisi ise yedek parça uygulamaları sebebiyle piyasada oluşan rekabet ihlallerine yönelik iddialardır. Bu nedenle bu bölümde bu iki temel iddianın ayrı ayrı değerlendirilmesi yoluna gidilecektir.

I.4.1. Tıbbi Cihazlardaki Şifre Uygulamasına Yönelik İddialar

470 I.4.1.1. Genel Olarak İlgili Pazarda Şifre Uygulamaları

480

Sektörde yapılan incelemelerden, tıbbi görüntüleme cihazları pazarında rekabet ihlali oluşturma potansiyelinin yüksek görüldüğü hususların başında söz konusu cihazların teknik servis bölümüne erişim için şifre ve benzeri erişim kısıtlamaları gelmektedir. Cihazlara ait çeşitli ayarların (kalibrasyon vb.), arıza tespitinin, yedek parça değişimlerinin ve benzeri uygulamaların yapılabilmesi için söz konusu şifreye veya benzer işlev gören cihaza sahip olmak gerekmektedir. Bu erişim engelleri, belli rakamlardan oluşan bir kod, dongle veya key adı verilen ve cihaza harici olarak eklenen bir aygıt şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bunların, cihazın ayar menüsüne ulaşmak isteyen kişi ve kurumlara verilmediği veya yüksek bir ücret karşılığında satıldığı görülmüştür.

Cihazların garanti süresi boyunca makul görülebilecek şifre ve benzeri uygulamaların garanti süresi sona erdikten sonra, cihazların sahibi ve sorumlusu olan hastanelerin, bu cihazlar üzerindeki tasarrufunu kısıtlayıcı hale dönüşmekte ve hastaneleri cihazların servis ve bakımı için kullanım süresi boyunca üreticilere bağımlı hale getirmektedir. Bu durumun rekabete olumsuz etkisi bağımsız servis sağlayıcıların servis pazarına girememeleri veya girseler dahi pazarda tutunamamaları şeklinde kendini göstermektedir.

490

Raportörler tarafından sektörde yapılan incelemelerde şifre uygulamasının çeşitlilik gösterdiği görülmüştür. Bazı firmaların cihazlarında şifre bulunmamakta, bazılarında şifre bulunduğu halde ücretsiz olarak verebileceklerini ifade etmekte, bazı firmalarda ise şifreler ücreti mukabili verilmektedir. Şifre uygulamaları dolayısıyla sektörde bazı firmalar sorun yaşasa dahi, diğer firmalara bu yönde talep dahi gelmediği

500 görülmüştür. Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus, bazı markalar yönünden şifre verilmediğinden dolayı sorun yaşanmaması aslında bu markalara yönelik olarak ikincil piyasa dediğimiz bakım ve servis hizmetlerinin gelişmemesinden kaynaklandığı düşünülmektedir. Cihazların üretici firmaları müşterileri kendilerine şifre veya sair suretlerde bağladıkları durumlarda bu ikincil piyasanın gelişmesi de mümkün görülmemektedir. Bu nedenle potansiyel rekabet ciddi şekilde zarar görmektedir. Soruşturma sürecinde raportörlerce yapılan görüşmelerde bağımsız servis sağlayıcılar ve müşteri konumundaki hastaneler, şifre ve benzeri uygulamaların kendi faaliyetleri ve davranışları üzerinde sınırlayıcı/bağlayıcı bir etkisinin olduğunu ifade etmişlerdir.

510 Tıbbi görüntüleme cihazlarının ardıl pazarı olan servis pazarında bağımsız servis sağlayıcıların sayısı oldukça azdır. Bu sayının azlığı iki ana nedene bağlanabilir. Birincisi söz konusu cihazların karmaşık ileri teknoloji ürünü olmaları ve insan sağlığına doğrudan etki ettikleri için dünya genelinde ciddi düzenlemeye (regülasyon) tabi olmaları nedenleriyle, bunlara bakım yapacak mühendislerin özel eğitimlere tabi tutulmaları gereğidir. Bu eğitimleri sadece cihaz üreticileri verebilmektedir. Türkiye’de ise bu konuda bir düzenleme olmadığından firmalar bu eğitimi sadece kendi mühendislerine vermektedir. Dolayısıyla üretici firmalara rakip olacak bağımsız servis firmaları ancak bu mühendislerin kendi şirketlerini kurmasıyla ya da bu amaçla kurulmuş şirketlerde istihdam edilmesi yoluyla mümkündür. İkinci neden, eğitim sorunu halledilse ve ardıl piyasaya mühendis girişi olsa dahi, yukarıda da değinildiği gibi cihazların teknik servis bölümüne erişimin şifre veya dongle cihazı ile sağlanabilmesinin yarattığı giriş engelleridir. Bunların yüksek bedel karşılığı verilmesi, ya da bunların elde edilmesinin önündeki diğer potansiyel engeller, müteşebbislerde pazara girme konusunda tereddüde yol açmaktadır.

520 Dolayısıyla, cihazların teknik servisinin verilebilmesi için gerekli olan şifrenin ve erişim için gerekli dongle ve benzeri aparatların makul sürede temini, rekabetin tesisi açısından gerekli olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Zira bir müteşebbisin (bu pazarda genellikle bir mühendisin), bu piyasaya giriş yapabilmesi için öncelikle piyasada rekabetçi şartlarda faaliyet gösterilebileceğini düşünmesi ve görmesi gerekmektedir. Piyasaya giriş yapıldığı zaman teknik servis verme hususunda karşılaşacağı sıkıntıları bilen bir girişimci bu sektöre giriş yapmaktan imtina edecektir. Bu açıdan bakıldığında piyasada yoğun şikayetler olmasa dahi, mevcut uygulamaların potansiyel rekabet üzerinde ciddi baskılar yaratabileceği görülmektedir

I.4.1.2. Siemens’in Tıbbi Cihazlardaki Şifre Uygulamalarına Yönelik İddialar

530 Raportörlerce Siemens ile yapılan görüşmelerden ve yerinde incelemelerde elde edilen bilgi ve belgelerden, Siemens’in sattığı tıbbi cihazlarda şifre bulunduğu, cihazların teknik servislerinin yapılabilmesi için bu şifrenin girilmesinin gerekli olduğu bilgisine ulaşılmıştır. Siemens’in soruşturma öncesinde şifreleri ücreti mukabilinde ve belli bir süreliğine talep edenlere verdiği görülmüştür. Siemens kendisinden şifre talebinde bulunulduğunda, intranet üzerinden interaktif yazılımı kullanarak Almanya merkezden bu şifreyi alarak karşı tarafa iletmektedir.

540 Siemens'ten istenen şifre taleplerine verilen cevap genellikle aşağıdaki şekilde olmaktadır.

"Sayın yetkili,

Tarafımıza bildirmiş olduğunuz (...TİCARİ SIR....) cihazının 3 gün geçerli olmak üzere şifresi (...TİCARİ SIR....) olarak üretilmiştir..."

Soruşturma öncesinde Siemens'in kendisinden talepte bulunulması halinde bu şifreleri vermekten imtina etmediği, bedeli karşılığı da olsa bunu müşterilere verdiği anlaşılmaktadır.

550 Bununla birlikte şifre verip vermeme konusunda tüm inisiyatifin Siemens'te olması ve istemediğine bu şifreyi vermeme gibi bir ihtimalin bulunması piyasada potansiyel olarak rekabeti bozucu etkiye sahiptir. Örneğin, soruşturma sürecinde Siemens'te elde edilen bir belgede, 16 Haziran 2008 tarihinde şirket çalışanlarından birisinin bir diğer çalışana gönderdiği kendilerinden şifre talebinde bulunan bir müşterisine ilişkin olarak "... buna göre şifre verecek miyiz? Teklifimiz tüm sistemleri kapsayacak mı?" diye sorulan e-postada, 18 Şubat 2009 tarihli Rekabet Kurulu kararı öncesinde şifre konusunda net bir politikalarının olmadığı ve bir belirsizliğin hakim olduğu gerçeği anlaşılmaktadır.

560 Siemens, cihazlarında şifre uygulaması yapmasının gerekçesini, cihazlarının ileri teknoloji ürünler olduğu ve bu ürünlerde meydana gelebilecek en küçük problemde dolayı insan sağlığının ciddi tehlikeye girebileceği, cihazlarının yanlış servisten dolayı çeşitli sorunlar çıkarabileceği ve bunun sonucunda doğabilecek risklerden kendi firmalarının da sorumlu tutulabileceği şeklinde açıklamaktadır. Ayrıca kendilerinin bu şifreler için Almanya Siemens'e yıllık ücret ödedikleri ve bu ücretin cihaza bakım yapmak isteyen üçüncü şahıslara da yüklenmesi gerektiğini belirterek, şifrelerin ücreti mukabilinde verilmesinin gerekçesini açıklamaktadırlar.

Siemens'in yetkisiz kişiler tarafından cihazlarına bakım yapılması durumunda çeşitli riskler ortaya çıkabileceği makul bir gerekçe olmakla birlikte, uygulamada ücretini ödeyen servis firmalarına bu şifrelerin ehliyet değerlendirilmesi yapılmadan verildiği görülmektedir. Bunun anlamı, bu cihazlar her ne kadar riskli olsa da şifrenin ücreti mukabilinde alınması durumunda sorun çıkmadığı yönündedir ki, bu da kabul edilebilir bir gerekçe olarak görünmemektedir.

570 Siemens cihaz satım anlaşması yaparak sağlık merkezlerine fiyatı oldukça da yüksek olan cihazlarını satmaktadır. Genel ticari hayatta bir ürün satıldıktan sonra o ürünün mülkiyeti ve üzerinde tasarruf yapma yetkisi tamamen alıcıya geçmektedir. Alıcı isterse bu ürünü her gün bakım yaparak kullanır isterse de bir süre kullandıktan sonra atıl hale getirebilir. Bu nedenle cihazların teknik servislerinin kime yaptırılacağı da cihazları alanlar tarafından karar verilecek bir durumdur. Normal ticari hayatta bir cihaz satıldıktan sonra, bu cihazın bakımı için bir yetkili servisle anlaşıldığında ayrıca bir de satıcıya ücret ödenmesi kabul edilebilir bir durum değildir. Bu ücretin müşteriden değil de teknik servis verenden alınıyor olması da, bunun müşterinin servis maliyetine yansıyan bir kalem olmasından dolayı, müşteriden direkt istenmesinden herhangi bir farkı bulunmamaktadır.

580 Ayrıca Siemens, servis şifresinin arızayı daha hızlı tespiti yarayan yazılımın şifresi olduğu ve bu şifre olmadan da servis verilebildiği beyanında bulunmaktadır. Bu beyanın doğruluğu kabul edilse dahi, bu tür çok yüksek maliyetli cihazların arızalarının tespitine yarayan bir yazılımın zaten cihazın satımıyla birlikte alıcıya geçtiği, bu yazılımın cihazın bir mütemmim cüz-ü durumunda bulunduğu, alıcı istediği

590 takdirde bundan faydalanarak cihazın arıza tespitini yaptırabileceği düşünülmektedir. Eğer bu şekilde olmadığı düşünülürse, yani cihaza yüklenen yazılımın sadece üretici firma kontrolünde olan bir unsur olduğu varsayılırsa, bu durum üreticinin cihazın kullanım süresi boyunca her hal ve şartta müşteriyi kendisine mecbur bırakması anlamına gelecektir ki, normal ticari hayat bakımından kabul edilebilir bulunmamaktadır.

600 Siemens kendilerinin de Almanya'daki ana şirkete bu şifre bedelini ödediklerini bu nedenle kendilerinden talep eden servislere de bu bedeli yüklemek durumunda olduklarını belirtmektedirler. Öncelikle Türkiye Siemens'in Almanya'daki ana şirkete yazılım ücreti ödemesi sadece bir muhasebe kaydından öteye geçmemektedir. Diğer bir ifadeyle grup şirketlerinin kendileri arasında mahsuplaşmasını ifade etmektedir. Bu ödenen yazılım bedelleri ise cihazların maliyetlerinde göz önüne alınacak hususlar olup, ürün satılırken fiyata yedirilmesi gereken bir maliyet kalemidir ve her şeyden önemlisi, bu cihazları alan müşterilerin bunu bilerek ve farkında olarak o cihazı almaları gerekmektedir.

Siemens tarafından ifade edilen şifre bedellerinin Almanya'daki ana şirkete ödendiğinden dolayı şifre bedellerinin tahsil edilmesi gerektiğine ilişkin olarak yapılan incelemelerde, Siemens Türkiye'nin Siemens AG'ye iki türlü yazılım bedeli ödediği anlaşılmıştır. Bunlar; yazılım bedeli (software fee) ve geliştirme bedeli (evolve fee) adı altında iki başlıkta ele alınmaktadır. Yazılım bedeli şifre ile ilgili olmayıp yazılımda periyodik olarak yapılan versiyon yükseltmeleri (upgradeler) için ödenmektedir. Bu, isteğe bağlı bir ödemedir. Evolve ise garanti süresi sona erdikten sonraki 5 yıl için yazılım ve donanım versiyon yükseltmelerinin yapılması işlemidir.

610 Siemens tarafından yaptırılan bir çalışmada, evolve ödemelerinin ABD, Japonya, Kanada ve Batı Almanya'da zorunlu iken Türkiye'yi de içine alan diğer ülkelerde ihtiyari olduğu görülmüştür. Yani Siemens eğer bir müşteri ile evolve dahil bir bakım anlaşması yapmışsa ödenir. Çünkü cihazlar evolve yapılmadan da çalışmaya devam eder.

Siemens'in bu yazılımlar için ödediği bedeller ancak cihazın satımında veya evolve anlaşma yapmak isteyen müşterilere belli periyot içerisinde fatura edilerek ücretlendirilebilir. Bu husus şifre uygulaması ile alakalı değildir. Bu sistemlere ücret istenmesi satıcı ve müşterinin karşılıklı istekleri ve gönüllülük prensibine göre yapılacak ticari bir işlemdir.

620 Siemens'in kendi yazışmalarında da bu ücretler şifre bedeli olarak değil lisans bedeli olarak geçmektedir. Siemens Türkiye ile Siemens Almanya merkez arasında "competition law issues in Turkey" (Türkiye'de rekabet hukuku konuları) başlıklı e-posta trafiğinde bu konular tartışılmış, Siemens Türkiye'deki bir çalışandan Siemens Almanya'daki bir çalışana gönderilen e-postada kendilerinin 3 gün, 1 ay, 3 ay ve 1 yıllık lisans bedellerine ilişkin fiyat listesi çıkardıkları ifade edilmiştir. Diğer bir deyişle, ödenen şifre bedeli değil, cihaza ilişkin lisans bedelidir. Ancak bu lisans bedelleri müşterilerden talep edilecek ise ilk satım anında cihazın maliyetine yüklenerek, öncesinde müşterinin bunu bilerek almasını sağlayarak olmalıdır. Bir cihazı alan müşteri o cihazla ilgili hem donanım hem yazılım tüm haklara sahip olmalıdır.

630 Cihazların hassas ürünler olduğu ve yetkin olmayan kişiler tarafından servis edilmesi durumunda ciddi sakıncalar ortaya çıkabileceği argümanı daha önce ifade edildiği gibi kabul edilebilir bir argümandır. Ancak bu husus müşterilere değil, üçüncü taraf olarak görülen teknik servislere yönelik olmalıdır. Herhangi bir teknik servis Siemens'e veya benzer durumdaki başka bir tıbbi cihaz üreticisine gelip herhangi bir

640 cihazın şifresini talep ettiğinde, yukarıda belirtilen çekincelerden dolayı kabul edilmeyebilir. Ancak, cihazların teknik servisi ile ilgili karar verme yetkisi her hal ve şartta cihazı satın alan sağlık kuruluşu üzerinde olmalıdır. Bu nedenle şifrelerin de cihazı satın alan müşterinin talep etmesi halinde verilmesi makul bir yol olarak görülmektedir. Böylece cihazlara teknik servis verme konusunda inisiyatif müşteriye geçeceği için, cihazların yetkisiz kişiler tarafından kurcalanarak problemler yaratılması riski de en aza ineceği gibi, bu riske de tamamen cihazı satın alan müşteri katlanacaktır.

Tıbbi cihazlar sektöründeki bazı rakip firmalarla da görüşülmüş ve şifre uygulamasıyla ilgili aşağıdaki gibi farklı uygulamalarla karşılaşılmıştır.

Piyasada tıbbi cihaz konusunda önemli bir üreticinin Türkiye yetkili satıcısının proje müdürü ile yapılan görüşmede şu ifadeler yer verilmiştir:

650 *“Rekabeti şifre uygulamasında görmemek gerektiğini düşünüyorum. Bizim cihazlarımızda da şifre vardır, söz konusu olan sağlıkla doğrudan ilgili cihazlar olduğundan bunlara herkesin erişmesi hem tehlikeli hem de olası yanlış kullanımda bizim markamızın imajı zedelenir. Bizden şimdiye dek şifre talebi olmadı, çünkü servis fiyatlarımız makul düzeydedir. Fakat olur da bir servis firması bizden şifreyi isterse ehil olup olmadığını anlamadan vermeyiz. Fakat müşterim isterse veririm. Müşterimiz resmi yazıyla isterse bunu veririz. Ben değil müşteri o risk altına girmelidir.”*

Görüldüğü üzere bu firmada şifre uygulaması söz konusudur. Bazı sağlık çekinceleri ve cihazların hassasiyeti dolayısıyla servis firmalarına şifre verilmesine sıcak bakılmadığı, ancak müşterinin talebi olduğunda bunun verileceği belirtilmektedir.

660 Firmaların şifrelerini kullandırmama yoluyla cihazlara teknik servis verilmesini engellemeleri, o cihaz üzerinde garanti süresi sonrasında da mutlak hakimiyet kurarak, yedek parça ve bakım fiyatlarında rekabetçi baskıyla karşılaşmamalarını, böylece bu pazarlarda önemli bir avantaj elde etmelerini temine yöneliktir.

Örneğin Siemens'in müşterilerinden olan ve İstanbul'da önemli hastanelerden birisinin satın alma müdürü, raportörler tarafından kendisiyle yapılan görüşmede aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

“Siemens'in cihazlarındaki şifreyi rakip servis firmalarının girişini engellemek ve tekelleşmek amacıyla kullandığını düşünüyoruz. Biz de müşteri olarak bu konuda mağduruz. Siemens firması çok küçük bir kart için inanılmaz fahiş fiyat talebinde bulundu. Fiyat üzerinde anlaşamayınca başka bir firmadan ve hatta Almanya'dan uzman getirterek yapmak istedik. Siemens'in politikaları bizi bu noktaya kadar getirmiştir....”

670 *“Şifre uygulamasının cihazların hassasiyeti ve yetkisiz kişilerin eline geçme ihtimali olduğu için yapıldığını sanmıyorum. Türkiye'de çok önemli üniversitelerin medikal servis alanında bölümleri var ve bu cihazların kalibrasyonunu yapabiliyorlar. Bu tipik bir sömürü araçlarından birisidir. Aynı kalitede servis hizmeti verebilecekken, bunu yaparak kendilerine bağımlılık yaratmak istiyorlar. Aksi halde en azından şifreyi yetkili doktorlara verebilirler.”*

Görüldüğü üzere, Siemens'in satış sonrasında ürünleri üzerinde sağlamış olduğu mutlak hakimiyet sonucu, müşteriler Siemens firmasının servisinden veya ticari anlayışından memnun olmasalar dahi başka alternatifleri pek bulunamamaktadır.

680 Raportörlerce Siemens'te yapılan yerinde incelemede bu görüşü destekleyen bir e-posta bulunmuştur. 22 Ocak 2008 tarihinde Siemens'te teknik birimdeki bir çalışan tarafından başka bir çalışana gönderilen yazıda (**...TİCARİ SIR...**) bulunan bir cihaza yönelik olarak;

*"Bu cihazın bakım onarımını biz yapmıyoruz. Bu tüpü başka bir yerden de bulma şansları var mıdır? Bu tüpü cihazlarına takıp ayar ve kalibrasyonlarını yapabilmek için servis şifresine kesin ihtiyaçları var mıdır? **Şartnameye bunu önleyecek maddeleri mutlaka koydurtmamız gerekir.** Üreticiden eğitim sertifikalı mühendis olması, Servis şifresi olması, montajı müteakip kalibrasyon vs vs. .. **En azından adama bunları satalım da bu iş ona pahalıya mal olmuş olsun.**"*

690 Bu e-postadan da görüldüğü üzere, servis şifresi ve başkaca yükümlülükler için doğası gereği değil, kendilerine rakip olabilecek teşebbüslerin maliyetlerini artırıcı veya müşterilerin başka sağlayıcılardan alacağı teknik servisi zorlaştıran bir maliyet kalemi olarak düşünülmekte ve bir rekabet kozu olarak kullanılabilir.

Ayrıca bu uygulamalar teknik servis piyasasına yeni girişleri de caydırıcı özelliktedir. Piyasa incelendiğinde teknik servis hizmeti veren firmaların genellikle daha önce bu cihazları satan teşebbüslerde teknik servis elemanı olarak çalışan mühendisler tarafından kurulmuş oldukları görülmektedir. Cihaz satan teşebbüslerin şifre uygulamaları ve başka servis veren firmaları dışlayıcı bazı faaliyetleri, teknik servis piyasasına yeni girişlerde caydırıcı unsur olabilmektedir. Ayrıca üniversite hastanelerinde biyomedikal bölümleri bulunmakta ve bazı önemli hastaneler oldukça pahalı olan teknik servis hizmetlerini kendi bünyelerinde oluşturacakları birimler vasıtasıyla halletmek istemektedirler. Cihazı satın alan müşterilerin istediklerinde şifrelerin kendilerine bedelsiz verileceğini bilmeleri bu yönde yatırım yapmalarını da teşvik edebilecektir.

700 Şifre konusunda bazı devlet hastanelerinin de rahatsızlık duyduğu ve bu konuda Siemens ile anlaşmazlığa düştüklerine ilişkin ifadeler, Siemens'te raportörlerce yapılan yerinde incelemede elde edilen bazı belgelerde mevcuttur. 17 Temmuz 2008 tarihinde bir teknik eleman tarafından Siemens'e gönderilen bir e-posta da katıldığı (**...TİCARİ SIR...**) ilişkin olarak aşağıda yer verilen notları aldığını ifade etmektedir.

710 *"Biyomedikalle anladığım Turna ve Siemed konuşmuş (rakip servis veren teşebbüsler). Seneye bunlarla da pazarlık edeceklerini açıkça söylediler... servis vermekle ilgili şifre sorununun olduğunu sanırım bizden ayrılan arkadaşlar söylemişler. Bu konuda çok agresif olarak passwordleri (şifreleri) bedelsiz kayıtsız şartsız istediklerini, devlet olarak sistemleri satın aldıklarında şifreleriyle her yere girmeye yetkili olmaları gerektiğini vs söylediler. Gerekirse yasal yollara başvuracaklarını bile dile getirdiler.*

Normal servis verdiğimiz sistemlerle ilgili şifreler için aldıkları cevaplara pek itiraz etmediler ama EOS olmuş, bizim servis sağlamadığımız sistemlerle ilgili passwordleri bedelsiz olarak istediklerini bu konudaki görüşlerimizi kesinlikle istediklerini söylediler. "

720 Görüldüğü üzere büyük bir üniversite hastanesi Siemens'in şifre uygulamaları dolayısıyla oldukça rahatsız olduğunu yapılan görüşmelerde dile getirmiş ve haklı olarak cihazları satın aldıktan sonra cihazla ilgili her türlü hakka sahip olduklarını ifade etmişlerdir.

Şifre uygulamasının kaldırılması büyük üniversitelerin kendi teknisyenlerini istihdam etmesi veya daha uygun fiyatla dışarıdan hizmet satın alması imkanını artıracaktır. Örneğin, Siemens Amerikan Hastanesi, ortak servis (share service) yöntemi ile, hastanenin kendi teknisyenleri vasıtasıyla servis hizmeti sunmaktadır. Şifre konusu çözüldüğünde bunun gibi başkaca anlaşmaların da olacağı öngörülebilmektedir.

730 Konuyla ilgili olarak piyasada önemli rakip üreticilerden birisi olan GE firmasının bir yetkilisi ile görüşülmüş, kendisi anılan görüşmede raportörlere aşağıdaki hususları anlatmıştır.

“Biz ABD kökenli bir kuruluş olduğumuzdan antitröst yasaları gereği herhangi bir şifre uygulamamaktayız. Dışarıdan herhangi bir firma bizim ürünlerimize rahatlıkla servis verebilir. FDA'nın bir deklarasyonu dolayısıyla ABD de şifre uygulaması bulunmamaktadır. Satıcının geliştirdiği işi kolaylaştırıcı bazı yazılımlar haricinde bakım onarım konusunda şifre uygulanmaması gereklidir.

740 *Biz Türkiye’de Siemens’e servis vermekteyiz. Servis anında bazı konularda şifreye gerek duyulmuyor. Ancak şifre gerektiği zaman Siemens’ten alıyoruz. Bazı cihazlarda da kendi yazılımımızı yükleyerek sorunu çözüyoruz.*

Şifre konusunda en katı uygulamayı Siemens yapmaktadır. Diğer firmalarda kısmen şifre uygulanmakta ancak onlar da sadece yüksek tanısal cihazlarda bulunmaktadır.”

Görüldüğü gibi GE firması hiç şifre kullanmadığını beyan etmektedir. Bunun anlamı ise yine Siemens tarafından ifade edilen cihazlara yetkin olmayan kişilerce servis verilmesini engelleme savunmasının bu açıdan pek geçerli olmadığıdır. GE gibi oldukça büyük firmalar da şifre uygulaması yapmadığına göre bu uygulamaların daha ziyade şirket politikası olduğu anlaşılmaktadır.

750 Konuyla ilgili Siemens cihazlarına da hizmet veren bir servis firması yetkilisi ile yapılan görüşmede;

“... Siemens şifre uygulamasını geliştiren ve devam ettiren bir firmadır. Diğer firmalarda böyle bir durumla karşılaşmıyoruz. Şifre uygulaması cihaza ulaşmamızı engellemektedir. Şifreyi satın alabiliyorsunuz ancak bu da maliyeti artıran bir unsurdur. Şifre olmadan tamir ve bakım yapılması mümkün olmamaktadır. Bir ürüne sahip olduğunuzda o ürün ile ilgili tüm haklar size geçmektedir. Bu nedenle ihtiyaçlarınızı serbestçe piyasadan da edinebilmelisiniz. Ancak Siemens hem şifreyi parayla satarak hem de parası verilse dahi geciktirerek engel yaratmaktadır.”

760 *“Şifre uygulaması kalksa bile yeni nesil cihazlara başka servislerin girmesi çok zor olacaktır. Hiç bilmediğiniz bir sisteme çok bilgili olsanız dahi anında servis vermeniz mümkün değildir.”*

ifadelerini kullanmaktadır.

Konuya ilişkin olarak raportörlerce Türk Philips Ticaret A.Ş.’nin Servis Bölge Müdürü ile yapılan görüşmede aşağıdaki hususlar anlatılmıştır;

“Cihazlarımızda şifre uygulamız mevcuttur. Bunun nedeni yetkisiz kişiler tarafından müdahale edilmesidir. Yetkisiz kişiler tarafından müdahale edildiği ve onaylı olmayan yedek parça kullanıldığı zaman cihazın CE sertifikası iptal oluyor.

770 *Philips'te şifre kendi çalışanlarımızın da her zaman ulaşamayacakları bir şifredir. Anjiyo servisi veren bir mühendisin MR'a servis verme şansı yoktur. Bizim kendi içimizde de böylesi katı kurallarımız vardır. Şifre gerektiren şeyler; cihaz yanlış kalibre edildiği zaman yanlış sonuçlar verebilecek uygulamalardır.*

Başlangıçta çok ucuza anlaşma yaparak sonrasında servis hizmetini çok pahalı satılması uygulaması yapıyordu ancak müşteriler artık bunu bilerek ihaleye çıkıyorlar. Sağlık kuruluşu parçaları kaç yıl boyunca ne kadara alabileceğini bilerek ihaleye çıkılıyor.

Garantisi bittikten sonra tamamen inisiyatif piyasaya bırakılabilir ki zaten bırakıyoruz. İkinci el Philips marka cihazlar getirilmiştir ve bunlar ne şekilde kullanılıyor bu konuyu bilemiyoruz.

780 *Şifrenin maliyeti bizim için de geçerli. Türk Philips olarak biz bu şifreyi satın alıyoruz. Ancak bu tabii ki bir cepten diğer bir cebe durumu gibi”*

Görüldüğü gibi şifre uygulaması Philips firmasında da mevcuttur. Philips şifreyi hiç vermediğini servisleri kendi elemanlarının yaptığını belirtmektedir. Ancak raportörlerle yapılan görüşmede garanti sonrasında inisiyatifin piyasaya bırakabileceği yönünde beyanatları olmuştur.

790 Soruşturma sürecinde raportörlerce yapılan incelemelerde görüldüğü üzere tıbbi cihaz üreticileri oldukça güçlü firmalar olmalarına rağmen teknik servis konusunda genellikle kendi cihazlarına servis verme yoluna gitmektedirler. Sadece GE firması Siemens cihazlarına da hizmet verdiğini söylemektedir. Eğer tüm piyasada cihazlardaki şifre uygulaması kaldırılırsa (garanti süresi sonrası) bu firmaların da kendileri arasında teknik servis konusunda bir rekabet oluşabileceği düşünülmektedir. Bunun sonucunda hem şirketler daha uygun fiyatlarla müşteri karşısına çıkacaklar, hem de garanti süreleri konusunda daha önemli iyileştirme yapma yoluna gidebileceklerdir.

800 Ayrıca şifre nedeniyle hastanelerin biten servis anlaşmalarının yerine çıktıkları yeni cihaz ihalelerinde üretici firma karşısında teknik servis firmaları yeterli teklif sunamamakta, eksik rekabet şartları nedeniyle ihale sonucu oluşan fiyat seviyesi yüksek kalabilmektedir. Bunun sonucunda hem müşteriler fazladan para ödemek durumunda kalmakta, hem de teknik servis hizmetleri piyasasında diğer oyuncuların rekabet şansları azalmaktadır.

Şifre uygulamasının bedeli mukabilinde yapılması ise her halükarda piyasada sorunlar oluşturma potansiyeli taşıyacaktır. Şöyle ki şifrenin bedeli mukabilinde verilmesi kabul edildiği takdirde, bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmamış olduğundan, inisiyatif bu konuda da üretici firmanın elinde bulunacak, üretici firma hastanelerle teknik servis anlaşması yapan servis şirketlerine istediği anda fahiş fiyatlar sunarak faaliyetlerini ciddi bir şekilde sekteye uğratabilecektir. Bu durum ayrıca teknik servis ihalesine girecek olan bağımsız servis sağlayıcılara ek maliyet yüklediğinden, onları ihalelerde dezavantajlı durumda bırakacaktır.

810 Yine bu uygulama cihaz tamir bakımında üretici firmaya bağımlı kalan müşterilerin yedek parça konusunda ihtiyaç olması halinde yine aynı firmaya bağlı kalmaları sonucunu doğurmaktadır. Zira, cihazın teknik servisini üretici firmadan başkasına yaptıramayan müşteri mecburen o firmanın istediği tarife üzerinden yedek parça teminine razı olmaktadır.

Müşterilerin Siemens'e bağımlı hale geldiğine örnek olarak yerinde incelemede raportörlerce elde edilen iki Siemens çalışanı arasında geçen e-posta'da;

" geçen hafta (....) ile görüştüm (...TİCARİ SIR.... Hastanesi) Siremobil cihazına 1 yıl oldu servis yapılmadı, bakım anlaşması yapmanın anlamı yok vs. der ve şifreleri ister"

Bu e-postaya gelen cevapta ise;

820 *"herhalde garanti süresince bakımların zamanında yapılması contract capture rate'i (kontrat bağlama/bağımlı kılma oranı) artırmasına olumlu katkısını anlatan bundan daha iyi bir mesaj olmazdı diye düşünüyorum... dolayısıyla bu dönemde bakımların vaktinde yapılması..."*

ifadeleri bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere bu bağımlılık nedeniyle Siemens'in garanti süreci boyunca sattığı cihazların bakımına özen gösterilmediğine ilişkin bir şikayet mevcuttur. Bu yazışmalardan da anlaşılacağı üzere müşterinin memnuniyetsizliği durumunda Siemens'ten şifre talebinde bulunulması (şifrenin verilmemesi halinde bile) rekabetçi bir baskı yaratabilmekte ve Siemens'in bakımlara ve servis kalitesine özen göstermesini sağlayabilmektedir.

830

Yukarıda yer verilen bilgi ve belgeler ışığında, bu sektörde şifre uygulaması yapılması ve şifrenin rakiplere verilmemesi piyasaya giriş engeli oluşturmaktadır.

Yukarıda yer verilen nedenler dolayısıyla, hakim durumdaki bir firmanın sattığı cihazlara şifre koymak suretiyle rakiplerin pazara girişini engellemeyi amaçlaması ve bu yönde eylemlerde bulunması 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir rekabet ihlali olarak değerlendirilmesi gereken bir davranıştır.

- 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 Sayılı Kurul Kararında Şifre Yükümlülükleri ve Siemens'in bu Karar Ertesindeki Şifre Uygulamaları

840

Siemens'in piyasadaki uygulamalarına yönelik olarak Kurul tarafından açılan soruşturma ile birlikte, piyasadaki diğer teşebbüslerin de benzer uygulamalarda bulunduğuna yönelik çeşitli bilgiler dolayısıyla, 20.10.2008 tarihli Kurul Kararı ile tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarında faaliyet gösteren firmaların, bu cihazların teknik servisi pazarında şifre uygulaması ve yedek parça teminindeki davranışlarıyla 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediklerinin incelenmesi amacıyla bir önaraştırma yapılması kararı alınmıştır. Bu önaraştırma neticesinde 18.2.2009 tarihinde alınan 09-07/128-39 sayılı Rekabet Kurulu Kararı ile sektöre yönelik olarak çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Anılan Kurul Kararı'nın şifre uygulamaları bakımından sektöre getirdiği yükümlülükler aşağıdaki şekildedir:

"Tıbbi görüntüleme ve teşhis pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından;

850

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,

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

860 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...”

870 Daha önce de belirtildiği üzere, yazılım veya harici aparatlar şeklinde ortaya çıkan şifre uygulamalarının rekabet üzerindeki olumsuz etkisi, bunların makul bir süre içerisinde talep eden müşteriye temini ile bertaraf edilebilir. Ancak temin süresi ve maliyet açısından, sistemlerin (şifre yazılımı veya dongle aleti gibi) farklılığından dolayı, üretici firmalara farklı yükümlülükler getirilmesi işleyişin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Belirli sayıda rakam veya harfin bir araya gelmesi ile oluşan bir şifrenin, müşterinin sahip olduğu bir cihaza girilmesi için temin edilmesi herhangi ek bir maliyet gerektirmediğinden, söz konusu şifrelerin müşteriye bedelsiz olarak sağlanmasının esas olduğu Kurul kararı ile hükme bağlanmıştır.

880 Rekabet Kurulu Kararı'nda ifade edildiği şekilde, cihazların insan sağlığı ile birebir alakalı olmaları ve hızlı müdahalenin gerekliliği sebebiyle müşterinin yazılı talebi olması durumunda veya müşteriden bu yazılı talebi almış olan teknik servislerin yazılı talepte bulunması halinde bu cihazlara ilişkin şifrelerin 24 saat içerisinde (tatil günler hariç) temin edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu yazılı başvuru elden verilecek yazılı ve imzalı bir talep belgesi olabileceği gibi, faks veya elektronik posta ile yapılan başvuruların da bu anlamda yazılı bir talep olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Müşterilerin yazılı talebi, üretici firmaların gereksiz meşgul edilmesini önlemek ve çeşitli çekincelerini azaltmak amacıyla gerekli görülmüştür.

890 Anılan Kurul Kararı'nda, cihazlara sonradan takılarak bakım onarım yapılmasına imkan veren aparatlar için ise, bu aparatların bir üretim maliyetinin olması, bozulma riski taşımaları, bu aparatlar için üretici firmaların (Türkiye'deki distribütör veya şirketlerinin) da belli bir bedel ödemeleri gibi nedenlerle, talepte bulunulması halinde bunların bedeli mukabilinde satılmasının veya kiralanmasının makul olacağı ve uygulanacak fiyat ve diğer şartların ayrımcı olmayacak şekilde ve maliyet esaslı tespit edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu cihazların karşı tarafa temininin süresi ise; aparatların istendiği an temin edilmesinin olası güçlüğü sebebiyle makul bir süre olarak düşünülen 3 (üç) gün olarak belirlenmiş ve bunların verilmesi yine yukarıda belirtilen yazılı talep şartına bağlanmıştır.

Kurul Kararı'nda bu aparatların kiralanması öngörülüyor olmakla birlikte, üretici firma tarafından makul gerekçeler ileri sürülerek bunun mümkün olmadığını kanıtlanması durumunda ya da bunları talep eden müşteri ve/veya teknik servis firmasının talebi halinde bu aparatların satın alınması olanağı da tanınmıştır. Satış fiyatının belirlenmesinde de yukarıda kiralamaya ilişkin yer verilen hususların dikkate alınması gerektiği de vurgulanmıştır.

900 Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, talep halinde temin edilmesi yükümlülüğü getirilen şifre ve erişim aparatlarının sadece bakım ve onarım hizmeti kapsamında cihazların teknik servis bölümüne erişim için zorunlu olan, yokluğunda tamir ve bakım yapılamayan şifre ve aparatlar olduğudur. Üretici firmalar tarafından geliştirilen ve cihazlara bakım onarım amaçlı erişim için şart olmayan, kolaylaştırıcı yazılımları edinmek için yapılan taleplere cevap verilip verilmemesi ve bunun koşulları, rakipler ve müşteriler arasında objektif kriterlere dayanmayan ayrımcılık

yapılmaması genel kuralı dışında, üreticinin inisiyatifine bırakılmaktadır. Ancak esasen tamir bakım için gerekli olan yazılımları kolaylaştırıcı yazılım kapsamına alınarak vermektan imtina etmek Kurul Kararı'na uymamak anlamını taşıyacağı da belirtilmiştir

910 Ayrıca, yukarıda yer verilen hususların etkin sonuç doğurması açısından, müşterilerin Kurul Kararı'nda getirilen yükümlülükler hakkında bilgilendirilmesi önemli bir konudur. Bu cihazları satın alacak müşteriler garanti sonrası bu cihazlarda şifre uygulaması yapılamayacağını ve dolayısıyla servis konusunda özgür hareket ederek istedikleri teşebbüs ile sözleşme yapabileceklerini önceden bilerek bu cihazları almaları, ticari özgürlük açısından önemli bir husustur. Bu nedenle Rekabet Kurulu Kararı ile sektörde faaliyet gösteren üretici firmaların cihaz satım anında müşterileri yukarıdaki hususlar hakkında bilgilendirmeleri mecburi tutulmuştur.

920 Rekabet Kurulu'nun yukarıda bahsedilen kararı, özellikle tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarında genel anlamda ise tüm tıbbi cihazların ikincil piyasası konumundaki servis ve bakım piyasasında rekabeti daha da artırmaya, ayrıca üretici firmaların birbirlerinin cihazlarına servis verebilmelerinin önünü açmaya yönelik olarak alınmıştır.

Tıbbi görüntüleme ve teşhis pazarı, insan sağlığını doğrudan etkileyen ürünler içeren ve bu nedenle davranış kodlarının sıkı regülasyonlarla belirlenmesi gereken bir piyasadır. Rekabet Kurulu her ne kadar rekabet perspektifinden piyasaya yaklaşmış olsa da, rekabet kuralları ile düzenlenemeyecek ancak piyasanın rekabetçi yapısının da sağlıklı bir şekilde devamı için mutlaka düzenlenmesi gereken bazı hususların varlığı görülmüştür.

930 Rekabet Kurulu Kararı'nda tıbbi görüntüleme cihazlarına ilişkin bakım onarıma yönelik şifrelerin ücretsiz olarak verilmesi öngörülmüş ve üretici firmaların hukuk açıdan güvencede olmaları için şifre taleplerinin müşteriler tarafından yapılması durumunda verilebilmesi hükme bağlanmıştır. Bu koşul yetkin olmayan kişiler tarafından cihazlara verilebilecek zararlarda cihaz üreticilerinin sorumluluğunu kaldırmaya matuftur.

Anılan Kurul Kararı ertesinde Siemens bakım onarım için daha önce bedeli mukabilinde verdiği şifreleri bedelsiz olarak vermeye başlamış, şifre talepleri süresi, içinde cevaplandırılmış, bu hükümlerle ilgili de cihaz satış sözleşmelerine açıklayıcı hükümler eklemiştir.

940 Görüldüğü üzere Siemens şifre uygulamaları bakımından rekabet ihlaline son vererek Rekabet Kurulu'nun almış olduğu karara halihazırda riayet etmeye başlamıştır.

- 28 Ekim 2005 tarih ve 05-75 sayılı Rekabet Kurulu Kararı ve Siemens

2005 yılında Siemens hakkındaki bir şikayet üzerine yapılan önaraştırma sonrasında, Siemens'in şifre uygulamalarıyla ilgili olarak Rekabet Kurulu'nun 28 Ekim 2005 tarih ve 05-75 sayılı Kararı'nda aşağıdaki hususlara yer verilmiştir:

950 *"Şifre uygulamalarının gerekçesi olarak cihazların ehil olmayan kişilerce tamir edilmesi ve böylelikle hastalara, kullanıcılara, çevreye ve cihaza zarar vermesini önlemek ve telif haklarını korumak amacıyla yapıldığı, bu gerekçeleri ileri teknoloji ürün üreten teşebbüsler açısından haklı bulunmuştur. Ehil olmayan kişilerin cihazlara müdahalesi, ürünün kullanılamaz hale gelmesine, ürün hakkındaki bazı gizli içerikli bilgilerin açıklanmasına ve ürün tutundurmasında*

çeşitli sorunlara sebep olabilecektir. Bununla birlikte, şifrelerin servis hizmeti veren diğer teşebbüslerin kullanımına hiç açılmaması durumunda Siemens Tıp Çözümleri dışında hiçbir teşebbüsün bu ürünlere yedek parça temininde bulunması veya servis hizmeti vermesi mümkün olmayacaktır. Raportörlerce bu konuda yapılan incelemede Siemens Tıp Çözümleri'nin şifreyi belli bir meblağ karşılığında kullanılabileceği anlaşılmıştır. Bu nedenlerle, şifre uygulamasının bu aşamada bir ihlal teşkil etmediği ve bu konuda bir soruşturma açılmasına gerek olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.”

960 Yukarıda yer verilen Kurul kararı ile Siemens'in cihazlarında şifre uygulamasının ve bu şifrelerin ücreti mukabilinde verilmesinin o günkü şartlar altında makul karşılandığı görülmektedir. Dolayısıyla Siemens tarafından 18 Şubat 2009 tarihine kadarki süreçte cihazlarına şifre uygulanması ve bunun bedeli mukabilinde verilmesi Rekabet Kurulu'nun anılan kararıyla uyumlu olması sebebiyle bu dönem açısından bir ihlal unsuru taşımadığı ve bu sebeple teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

1.4.1.3 Şifre Uygulamalarına İlişkin Genel Değerlendirme

970 Yukarıda da belirtildiği üzere, Siemens'te elde edilen bazı bilgi ve belgeler, Siemens'in şifre politikası ile rakip servis sağlayıcıların piyasadaki davranışlarını zorlaştırıp zorlaştırmadığı ve bu şekilde bilinçli bir strateji yürütüp yürütmediğinin değerlendirilmesine yönelik olarak incelenmiştir.

Hem 18 Şubat 2009 tarihli karar kapsamında hem de işbu soruşturma sürecinde Siemens'in, Siemens markalı cihazlara yönelik yedek parça ve bakım onarım pazarlarında, cihazlarında uyguladığı şifreleri ücreti mukabilinde de olsa servis sağlayıcılara verdiği, bu nedenle Siemens markalı görüntüleme ve teşhis cihazlarının ardıl pazarlarının oluşabildiği ve dolayısıyla diğer bazı rakip cihaz üreticilerine kıyasla daha yoğun bir rekabetle karşılaşabildiği görülmüştür.

980 Kurul'un 18 Şubat 2009 tarihli kararında da cihazlarına şifre uygulayan Siemens'in de içinde bulunduğu tıbbi görüntüleme ve teşhis pazarındaki teşebbüslere bu şifreleri belirli şartlar çerçevesinde rakip servis sağlayıcılarına açmaları hükmü getirilmiş, fakat Siemens'in dışındaki teşebbüslerle ilgili herhangi bir şikayete ya da yazılım şifresinin talep edilmesine rağmen verilmemesi gibi bir uygulamalarına rastlanmadığından soruşturmaya gerek görülmemiştir. Rekabet Kurulu'nun 18.2.2009 tarihli kararı öncesinde cihazlarında şifre uyguladıkları tespiti yapılan sektördeki bu teşebbüsler, Rekabet Kurulu'nun kararı sonrasında bu şifrelerin verilmesi yönünde çabalarını başlatarak Kurul'un bu kararına uyum göstermişlerdir.

990 28 Ekim 2005 tarihli Kurul kararında ise Siemens'in cihazlarında şifre uygulaması ve bu şifreyi ücreti mukabilinde vermesi hususuna Kurul tarafından cevaz verilmiştir. Bu Kurul kararı nedeniyle Siemens, hakkındaki soruşturmaya kadar bu uygulamasının rekabet sorunu yaratmadığı düşüncesine sahip olmuştur. Ancak 18 Şubat 2009 tarihli Kurul kararı ile şifrelerin bedeli mukabilinde verilmesinin rekabet üzerinde çeşitli riskler doğurduğu tespit edilerek, şifrenin bedelsiz verilmesi gerektiği hükme bağlanmış, bu hükme de diğer teşebbüsler gibi Siemens de uymuştur.

Dolayısıyla, 28 Ekim 2005 tarihli Kurul Kararı'nın Siemens'e şifrelerini bedeli mukabilinde verebilme imkanı tanıması ve 18.2.2009 tarihli Kurul kararında yer verilen şifre konusundaki yükümlülüklerle Siemens'in uyum göstererek, Kurul ile olumlu bir işbirliği halinde şifre konusunda yapıcı düzenlemelere gitmesi ve rakip servis sağlayıcılara yönelik sistemli bir ayrımcı veya dışlayıcı uygulamada

1000 bulunduğuna yönelik ciddi deliller bulunmaması nedeniyle Siemens'in, şifre uygulamaları dolayısıyla cezalandırılmasının uygun olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

I.4.2. Yedek Parça ve Servis Pazarındaki Uygulamalar

I.4.2.1. Siemens'in Yedek Parça ve Servis Uygulamalarına İlişkin Tespitler

Sarf malzemesi olarak kabul edilen X-ışın tüpleri haricinde Siemens markalı medikal cihazlara ait yedek parçaları Siemens firması ya doğrudan kendisi üretmekte ya da kendi adına fason ürettirmektedir. Şikayet konusu iddialardan biri Siemens'in bu pazardaki hakimiyetini, Siemens markalı medikal cihazların servis pazarında kötüye kullandığıdır.

1010 Bu konudaki iddialar genel olarak Siemens'in yedek parça fiyat listesini yayımlamaması ve alıcılardan gizlemesi, yedek parça alıcılarını kendisi ile servis anlaşması yapanlar ve rakipleri ile anlaşma yapanlar şeklinde ikiye bölerek farklı fiyatlar uygulaması ve böylece eşit durumdaki alıcılar arasında farklı fiyat ve satış şartları ileri sürmesidir. İddialara göre, her müşteriye farklı fiyat teklifi verebilmesinin başlıca sebeplerinden birisi de yedek parça fiyatlarının şeffaf olmaması ve yedek parça fiyat taleplerine geç cevap verilmesidir. Bu uygulamalarla Siemens'in rakiplerinin müşteriler nezdinde itibarını düşürmeye ve faaliyetlerini zorlaştırmaya çalıştığı iddia edilmektedir.

1020 Aşağıdaki Siemens markalı yedek parça satışı piyasasında, Siemens'in iddia edilen uygulamaları gerçekleştirip gerçekleştirmediği, eğer gerçekleştiriyorsa bu uygulamaların piyasadaki etkileri değerlendirilecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Sanayi Bakanlığı'nın çıkardığı "Sanayi Mallarının Satış Sonrası Hizmetleri Yönetmeliği" yedek parça fiyat listelerinin müşterilere gösterilmesini zorunlu kılmaktadır. Madde şu şekildedir:

"Servis istasyonları, Yedek Parça Fiyat Listesi'ni tüketicilerin görebileceği bir yere asmak veya katalog halinde ya da bilgi işlem ortamında ise tüketiciye göstermek zorundadır."

Önaraştırma safhasında Siemens'in yedek parçalara ilişkin listesinin ilan edilmediği görülmüştür. Kendileri tarafından konuyla ilgili gönderilen yazıda şu ifade yer almaktadır:

1030 *"Mevcut kurulu Siemens cihazlarının yüzbinlerle ifade edilebilecek çok sayıda yedek parçaları mevcut olup sürekli değişiklikler göstermektedir. Bu sayılar gün geçtikçe değişmekte, bazı parçalar listelerden çıkarılmakta bazı parçalar listelere eklenebilmekte ve bu malzemeler sürekli olarak değişiklikler göstermektedir. Yüksek teknoloji içeren görüntüleme teşhis ve tedavi sistemlerinde bu kaçınılmazdır. Siemens bu malzemelerin bazılarını kendileri üretmekte bazılarını binlerle ifade edilebilecek sayıda dünyanın değişik yerlerinde mevcut küçüküklü büyüklü tedarikçilerden temin etmektedir. Bu tedarikçilerde oluşan değişiklikler, malzemenin artık üretilmemesi ya da başka bir tedarikçiden temin edilmeye başlanması veya tedarikçinin fiyat değişiklikleri nedeniyle bu büyük database sürekli değişikliklere maruz kalmaktadır. Bu nedenle bu bilgiler basılı ortamlarda olmayıp sadece elektronik ortamlarda tutulabilmektedir"*.

1040

Siemens tarafından ifade edilen bu gerekçe, tıbbi cihazların oldukça komplike ve teknoloji yoğun cihazlar olmalarından dolayı makul görünmektedir. Bununla birlikte, tıbbi cihazlara ait çok sayıda parçanın olması ve bunlara ait fiyatların değişken olması basılı katalog çoğaltarak bunu güncel tutmayı zorlaştıran bir unsur olsa da elektronik ortamda bu fiyatların ilan edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

1050 Parçaların tamamının ilan edilmesinin teknik zorlukları var ise de, her cihaz için en çok kullanılan parça fiyatlarının internet ortamında yayımlanması, öncelikle rakip servis sağlayıcıların hastanelerin bakım ihalelerine girerken ve servis için fiyat verirken bilgi eksikliğinden kaynaklanan rekabet edememe dezavantajlarını ortadan kaldıracaktır. Zira fiyat listelerinin şeffaf olmaması, Siemens'in fiyatın tek belirleyicisi olmasından dolayı alıcıların sömürülmesine zemin hazırlamaktadır.

Bu konu, sadece teknik servis firmaları için değil, hastaneler ve bu cihazları kullanan diğer sağlık merkezleri için de önem arz etmektedir. Zira bunlar aldıkları cihazın kullanım ömrü boyunca kendilerine maliyetinin ne olacağını ancak bu sayede tahmin edebileceklerdir.

1060 Tıbbi cihaz bakım ihalelerine giren teknik servislerin bu listeleri bilmeleri, ihalede teklif vermeleri açısından da oldukça önemlidir.

Fiyatların internet ortamında yayınlanması yükümlülüğü Siemens tarafından yerine getirilmiştir. 18 Şubat 2009 tarihli Kurul kararı ile sektördeki üreticilere/satıcılara getirilen en az 100 yedek parça fiyatının yayımlanması yükümlülüğü, Siemens tarafından yerine getirilmiş olup, diğer üretici firmaların üzerinde yedek parçanın bulunduğu bir fiyat listesi teşebbüsün internet sitesinde yayınlanmıştır.

Soruşturma esnasında bu konuda Siemens'in soruşturma heyetiyle işbirliği içinde hareket etmesi ve 18 Şubat 2009 tarihli Kurul kararından sonra vakit geçirmeden bu hususlara uyulması, ilk aşamada ilan edilmeyen X-ışın tüpü fiyatlarının da ilan edilmeye başlaması göz önüne alındığında, fiyatların ilanı konusunda Siemens'in Rekabet Kurulu'nun aldığı karara uyumlu olduğu görülmektedir. Geline nokta yedek parça fiyatlarının ilanı konusunda bir sorun kalmadığı görülmüştür.

1070

İnternette listelerin yayınlanmaması yanında, bağımsız servisler tarafından bazı parçaların fiyatları talep edildiğinde de gecikmeler veya hiç cevap vermeme söz konusu olabilmektedir.

Önaraştırma safhasında, Siemens'in bazı fiyat taleplerine cevap vermede çeşitli nedenlerle tereddüt ettiğini gösteren e-posta yazışmalarına rastlanmıştır.

Yedek parça fiyatlarının istendiğinde verilmesi, teknik servis sağlayıcıları için hayati önem taşımaktadır. Bu nedenle yedek parçalar için de fiyat teklif taleplerinin ivedilikle karşılanması gereklidir.

1080

Yerinde inceleme esnasında Siemens yetkilileri yedek parça politikası ile ilgili şu hususları dile getirmişlerdir:

"Bizim üç tür satışımız var:

Parça dahil: Ne kadar parça giderse gitsin, risk bizim olmak üzere ve servis de dahil tek fiyat üzerinden anlaşma yapılıyor.

Parça hariç: Koruyucu bakım ve onarım. Müşteri sadece mühendislik almak isterse bu müşteriye parça ayrıca satılıyor.

- 1090 *Anlaşmasız (on call): hem işçiliği hem de parçayı satıyoruz.
Müşterinin cihazları alırken yaptığı anlaşmaya ve ölçüğe, ödeme koşullarına, müşteri geçmişine, iş ilişkisine göre değişiyor indirim yapıp yapmama ...”.*

Rakip servis firmaları ise yedek parçayı Siemens'den almayı tercih etmekle birlikte, kendilerine ithalat maliyetlerine katlanmayı göze aldırarak derecede yüksek fiyatlar sunulması ya da fiyat taleplerine geç cevap verilmesi halinde yurtdışından aracı firmalar vasıtasıyla yedek parça alma yoluna gitmektedirler.

- 1100 Görüldüğü üzere, Siemens'in, Siemens markalı yedek parçalardaki tek sağlayıcı durumu, Siemens markalı tıbbi cihazlara hizmet vermeye çalışan teknik servisler açısından her zaman bir tehdit niteliğindedir. Bu durum sadece teknik serviste rakip olan firmalar açısından değil, hem serviste hem de yedek parça satışında müşterileri konumundaki teşebbüsler açısından da sorun teşkil edebilmektedir. Bu nedenlerle rakip servis sağlayıcıların piyasa dışına çıkmasına yol açacak ayrımcı fiyat uygulanmaması ilgili pazarda rekabetin sağlanması açısından hayati önemi haizdir. Teknik servis firmalarının faaliyetleri açısından yedek parça fiyatlarının bilinebilir olması ve talep edildiğinde geciktirmeden kendilerine verilmesi de bunun sağlanabilmesi için gerekli unsurlardır.

Soruşturma aşamasında Siemens, aşağıda ayrıntılı değinilecek olan sektörel önaraştırma sonucunda alınan 18 Şubat 2009 tarihli kararda bu konuda getirilen kritere uyararak fiyat taleplerine üç işgünü içinde cevap vermeye başlamıştır.

- 1110 Siemens'in yedek parça fiyatı belirlerken rakip bağımsız servis sağlayıcılar aleyhine, objektif ve makul kriterlere dayanmayan uygulamalarda bulunduğu iddiası soruşturmanın bir diğer konusudur. Örneğin kendi müşterisi olan (*....TİCARİ SIR....*) Hastanesi'ne sunduğu istisnai yedek parça fiyat listesinde Siemens yedek parça katalog numarası (*....TİCARİ SIR....*) tüp için (*....TİCARİ SIR....*) teklif verirken, rakip Siemed firmasına aynı tüp için (*.....*) fiyat teklifi vermiştir. Aradaki fark % (*....*)'dir.

- 1120 Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, müşterilere farklı fiyat sunulması tek başına ihlal teşkil edebilecek bir husus değildir. Müşterilerle yapılan pazarlıklarda farklı fiyatların ortaya çıkabilmesi ticari hayatın bir gereğidir. Ancak bu konuda hassasiyetle üzerinde durulan konu, Siemens'in bağımsız servis sağlayıcıların müşterilerine sırf bu nedenle farklı fiyat uygulayarak, teknik servis hizmetini başkasından alan müşterilerin bundan caydırılması veya cezalandırılması hususudur. Bunun gerçekleşmesi için de bu ayrımcı fiyat uygulamalarının sistemli bir şekilde ve belirli bir stratejinin parçası olarak ortaya çıkması gerekmektedir. Soruşturma sürecinde, Siemens'in farklı müşterilerine aynı ürünler için farklı fiyat uyguladığı bazı durumlar tespit edilmiştir. Ancak bu fiyatların sistemli bir şekilde ve servis piyasasındaki rakiplere yönelik ayrımcı uygulamalar olduğu yönünde yeterli delile ulaşılamamıştır. Kaldı ki şikayetçi servis firması da yıl içerisinde çok az Siemens yedek parçası almış, bu alımlarda da herhangi bir ayrımcı uygulama tespit edilememiştir.

- 1130 Fiyatların internet üzerinden ilan edilmeye başlanmasından sonra, fiyatların müşterinin alım miktarına, vadesine ve geçmiş kredibilitesine göre tespit edilmeye başlanması müşteriler arasında suni bir ayırım yaratılması yerine objektif kıstaslara dayanan bir fiyat ve indirim sisteminin yerleşmesi bakımından olumlu olarak değerlendirilmektedir.

Yukarıda yer verilen (.....) Hastanesi örneğinde olduğu gibi daha önceden verilmiş olan taahhütler nedeniyle, yapılmaya devam eden indirimlerle cihaz satışı esnasında pazarlık konusu yapılarak “cihaz+bakım+yedek parça” paketi kapsamında ileriye dönük taahhütlerin parçası olarak alımı gerçekleştirilen yedek parçaların fiyatlarının yukarıda yer verilen standart uygulamanın dışında gerçekleşmesi de makul karşılanabilecek bir uygulamadır.

- 1140 Şikâyetçinin Siemens'ten çok az parça alımı yaptığı, bu nedenle alım miktarından kaynaklı bir indirim elde etmesinin mümkün olmadığı hususu da makul kabul edilebilir bir argümandır.

X-ışın tüpü fiyatlamasında bağımsız servis sağlayıcılar aleyhine ayrımcılık yapıldığı iddiasına gelince, on-call fiyat ile servis müşterilerine uygulanan fiyat arasındaki farkın %(....)'un altında olması ve esas olarak bundan sonraki uygulamalarda tüp fiyatlamasının da yedek parça kapsamına alınarak, yedek parçalara uygulanan indirim sistemi dahilinde fiyatlandırılmasına karar verilmiş olması nedeniyle, tüp fiyatlandırmasıyla ilgili savunma metninde yer verilen açıklamalar yeterli görülmüştür.

- 1150 Yedek parça bağlamında rekabet ihlali teşkil ettiği iddia edilen bir diğer uygulama REP tabir edilen, tamir edilmiş parçalarla ilgilidir. Fiyat tekliflerinin yanına parantez içinde yazılan (rep) ibaresi arızalı parçanın iadesi halinde yenisinin normal liste fiyatından daha düşük bir bedelle verileceğini ifade etmektedir. Yedek parçaların REPlı bedeli ile REPsiz, yani orijinal parça bedeli arasında yüksek farklar olabilmektedir. Yerinde inceleme esnasında Siemens yetkilisi REPlı parça konusunda:

“REP parça tabiri, bir takım parçaların yenilenip gelmesidir ve bu parçaların fiyatı daha düşüktür. Almanya bize bunu eskisini geri almak şartıyla veriyor. Almanya'dan gelen maliyet fiyatları rep ve yeni için farklıdır. Müşteri bozuk parçayı bize iade ederse rep bedelli satabiliyoruz”

- 1160 ifadelerini kullanmıştır.

Ancak Siemens alıcılara REPlı fiyat için montajın kendi mühendisleri tarafından yapılması koşulunu ve bakım anlaşması yapılması halinde REPlı opsiyonun sunulacağı koşulunu getirmektedir. Bu koşulun objektif teknik kriterlerle izah edilmesi zordur.

Burada garantinin geçerliliğinin, montajın Siemens mühendislerince yapılmasına bağlanması bir koşulla makul karşılanabilecek bir uygulamadır. Montajın yetkisiz mühendislerce yapılmasının cihazın ve parçanın zarar görmesine yol açması muhtemeldir. Ancak yetkinliğini ispat eden ve müşteri tarafından da servis vermesi onaylanan bağımsız servis firması için böyle bir sakıncanın olmayacağı tabidir.

- 1170 Bu gerçek bir tarafa, burada asıl rekabet ihlali riski barındıran husus yedek parçanın REPlı bedel opsiyonuyla satışının da aynı koşula bağlanmasıdır. Yedek parçanın REPlı ya da REPsiz bedel üzerinden satılmasının cihazın montajını kimin yaptığı ile teknik anlamda ilgisi bulunmamaktadır. REPlı bedel uygulaması, bozuk parçanın iade edilmesi şartıyla sağlam parçanın liste fiyatından daha ucuza satılması uygulamasıdır.

1180 Burada önemle üzerinde durulan husus, REP uygulamasının müşterinin bakım anlaşması yapıp yapmamasına bağlı olmaması ve REP uygulaması kullanılarak müşterilerin bakım anlaşması yapmaya zorlanmamasıdır.

Savunma metninde, REP uygulaması için Siemens ile bir bakım anlaşması şartının olmadığı, sadece montajın Siemens mühendisleri tarafından yapılması şartının bulunduğu, bu şartın da soruşturma sürecinde Siemens Almanya ile yapılan görüşmeler sonrasında kaldırıldığı belirtilmektedir. Soruşturma döneminde Siemens'in REP parça fiyatlarını ilan etmeye başladığı ve rakiplere de REP opsiyonu sunulduğu tespit edilmiştir.

1190 Siemens'in yedek parça pazarındaki hakim durumunu kullandığı iddiasına dayanak olan bir diğer husus *Tube Insurance* (Tüp Güvence Sistemi) adı verilen ürünle ilgilidir. *Tube Insurance*, cihazlarda kullanılan tüplerin normal satış fiyatı yerine bundan çok daha düşük bir bedelin her yıl ödenmesi karşılığında gerektiğinde firma tarafından değiştirilmesi opsiyonunun satın alınmasıdır. Bu uygulama kapsamında tıbbi görüntüleme ve teşhis pazarının bir bölümünü oluşturan CT'lerde (bilgisayarlı tomografi) kullanılan tüpler güvence altına alınmaktadır. Bu müşterilerle "parça ve tüp dahil bakım anlaşması" imzalanmakta, tüp dahil olmadığına (.....) civarında olan anlaşma bedeli, tüp dahil olduğunda yıllık (.....) olarak belirlenmektedir.

1200 *Tube Insurance* (tüp sigortası) uygulaması, Siemens'in ifadesine göre halihazırda (....)-(....) adet hastanede bulunuyor olup, oldukça istisnai bir uygulama olarak ortaya çıkmaktadır. Rekabet hukukunda yer alan ve ihlal olarak kabul edilebilen bağlama anlaşmaları genellikle pazarı kapamaya ve rakipleri piyasa dışına çıkarmaya yönelik uygulamalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak anılan olayda, şikayetçinin de belirttiği gibi yalnızca belli tip tüpler için uygulanan bir güvence sistemi mevcuttur. Şikayetçi bunu, söz konusu tüplerin ayıplı ürün sayılabilecek derecede problemlerinin olmasına bağlamakta ve Siemens'in asıl amacının bu ayıbını gizlemek olduğunu ifade etmektedir. Sonuç olarak, tüp güvencesi, müşteriler tarafından da özellikle belirli tüplerde talep edilen ve bu talepten kaynaklanan bir hizmet sunumu olarak ortaya çıkmakta olup, bu uygulamanın rakip BSS'leri dışlama amacına yönelik olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

1210 İlgili uygulamanın, Siemens tarafından bakım-onarım hizmeti verilen hastane ve cihazların sayısı da göz önünde bulundurulduğunda, piyasayı bozucu etkisinin çok sınırlı olduğu, Siemens'in tüp güvence sistemini piyasayı manipüle etmek ve rakipleri dışlamak amacıyla kullandığına dair yeterli delilin bulunmadığı ve son olarak, Siemens'in Rekabet Kurulu tarafından ihlal tespit edilmesi halinde bu uygulamadan vazgeçebileceği taahhüdü dikkate alındığında, bu uygulama nedeniyle 4054 sayılı Kanun anlamında bu aşamada bir ihlal oluşmadığı değerlendirilmektedir.

1220 Bununla birlikte bu uygulamanın diğer tüp çeşitlerine de yaygınlaştırılarak genel bir bakım onarım anlaşması uygulamasına dönüştürülmesi durumunda ileride piyasa kapama etkisinin ortaya çıkma riski bulunmasından dolayı, bu uygulamanın genel bir uygulamaya dönüşmemesi, bu sistemin yaygınlaşması durumunda ise tüp güvencesinin bakım onarım anlaşması imzalaması şartı olmaksızın uygulanması gerekmektedir.

Ayrıca, bu uygulamanın rakip servis sağlayıcıları dışlayıcı bir boyuta gelmemesi ve onların piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırıcı bir politika aracı olarak kullanılmaması gerektiğinin altı çizilmelidir.

I.4.2.2. Siemens'in Yedek Parça Uygulamalarına Yönelik Değerlendirme

1230 Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, soruşturma raporunda Siemens'in hakim durumda bulunduğu yedek parça satışı konusundaki bazı uygulamalarıyla rekabeti ihlali oluşturabileceği yönünde tespitler yapılmıştır. Siemens'e açılan soruşturmanın hemen arkasından Kurul ilgili pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslere de önaraştırma açmış, bu önaraştırma sonunda sektörün genelinde Siemens'in soruşturma konusu uygulamalarına benzer uygulamaların mevcut olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Bu önaraştırma sonunda 18 Şubat 2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı karar ile Kurul ilgili pazarda rekabetin işleyişini ortadan kaldıran aksaklıkları gidermeye dönük bir dizi karar almıştır. Bunlar;

“... 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,

1240 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...”

1250 Tıbbi cihazların yedek parçalarının, bunlara ihtiyaç duyan teknik servis veya hastanelerin ulaşabileceği bir şekilde listelenmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle, bunun firmaların internet sitelerinde kolaylıkla yapılabileceği göz önüne alınarak, en çok kullanılan yedek parçaların güncel fiyat listelerinin internet ortamında herkesin ulaşabileceği şekilde ilan edilmesi gerektiği anılan Rekabet Kurulu kararı ile hükme bağlanmıştır. Bu yedek parçaların tespiti için son 3 (üç) yıllık satış verilerine bakılabileceği, zira hiç talep görmeyen parçaların listelenmesinin herhangi bir faydası olmayacağı açıktır. Örneğin cihazlarda kullanılan tüplerin fiyatlarının, bunların sık değiştirilmesi gereken yüksek bedelli parçalar olmaları sebebiyle, söz konusu listelerde olması gerekmektedir.

Bunun yanı sıra, yine üretici firmaların müşterilerden ve rakip servis sağlayıcılardan gelen yedek parça fiyat taleplerini en geç 3 (üç) işgünü içerisinde cevaplandırması, bağımsız servis sağlayıcıların cihazlara ilişkin hizmetleri zamanında verebilmeleri ve ayrıca hastaneler tarafından gerçekleştirilen ihalelere katılım koşullarını sağlayabilmeleri açısından önemlidir.

1260 Önaraştırma kararından önce tıbbi cihazlar sektöründe yapılan ve halen kısmen devam eden uygulamalar esasen bir regülasyon (düzenleme) sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. İlgili regülasyon, konunun hastaneleri ve insan sağlığını ilgilendiren boyutuyla Sağlık Bakanlığı, satışa sunulan cihazların standardı, garantisi ve diğer yönlerden Sanayi Bakanlığı, Atom Enerjisi Kurumu, Türk Standartları Enstitüsü gibi çok sayıda kurumu ilgilendirmektedir. ABD'de ve kısmen de AB'de uygulanan modern ve ayrıntılı standartların ülkemizde henüz benimsenmemiş olması, bu konuda gerekli çalışmaların henüz yapılmamış olması önemli belirsizliklere yol açmaktadır. Bunlardan biri servis sağlayıcıların hangi süreçle yetkilendirilecekleri ve hangi standartlara tabi olacakları konusu, diğeri ise tıbbi cihaz üretici ve/veya satıcılarının bunların servis ve yedek parçası bakımından hangi yükümlülükleri taşıması gerektiğidir. Yukarıda sayılan kurumların müşterek hareketiyle bu konular

1270

açıklığa kavuşturulmadan, olayları sadece rekabet hukuku yaklaşımıyla ele alıp değerlendirmek, soruşturmaya konu şikayetleri diğer boyutlarından soyutlayarak değerlendirmek oldukça güçtür.

Bu husus bir tarafa, bahse konu önaraştırma sonunda tüm sektöre yönelik verilen karar ertesinde Siemens bu kararlara uymaya başlamıştır.

1280 Soruşturma raporunda yer verilen ayrımcı uygulamalar içeren örneklere ilişkin Siemens'in birinci ve ikinci yazılı savunma ile getirdiği açıklamalardan hareketle rakip servis sağlayıcılarına yönelik sistemli bir ayrımcılık veya dışlayıcılık sonucuna ulaşmak mümkün görünmemektedir. Bu örnekler ve diğer şikayet konusu iddialar soruşturma açılmasını gerektirecek kadar ciddi bulunmuş olsa da, gerek soruşturma sürecinde bunları destekleyecek yeni verilere ulaşılamamış olması, gerek savunmalar ile birlikte daha önce ihlal olabileceği değerlendirilen hususlara makul gerekçeler getirilmesi, Siemens'in ihlal iddialarına mesnet teşkil eden uygulamalara son vermeye başlaması, yukarıda değinilen regülasyon belirsizliğinin sona ermemiş olması ve bu konunun sadece rekabet hukuku kapsamında ele alınmasının zorluğu gibi hususlar bir arada değerlendirildiğinde, halihazırda Siemens'in yedek parça satışı konusundaki uygulamalarının bir ihlal teşkil etmediği, adı geçen teşebbüs tarafından 18.2.2009 tarihli Kurul karar ile verilen ve sektöre yönelik getirilen yükümlülöklere de uyulduğu anlaşılmaktadır.

1290 **I.5. Savunmalar ve Savunmaların Değerlendirilmesi**

Soruşturma süreci sonunda alınan Kurul kararında Siemens hakkında Kanun'un 6. maddesi bağlamındaki faaliyetleri dolayısıyla ceza uygulanmasına gerek olmadığına hükmedildiğinden ve savunma tarafının Kurulun bu kararının sonucu ve içeriğine ilişkin nihai savunma anlamında herhangi bir farklı görüşü bulunmadığından bu bölümde ihlal iddialarına ilişkin savunmalara yer vermeye gerek görülmemiştir.

Ancak, Siemens soruşturma sürecinde belirlenen ilgili ürün pazarı ve hakim durum analizine yönelik savunmalar ileri sürmüş ve bu hususların farklı değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda soruşturma heyetiyle farklı görüşler içeren savunma bölümü aşağıda değerlendirilmiştir.

1300 **I.5.1. İlgili Ürün Pazarı ve Hakim Durum Analizine İlişkin Savunmaların Değerlendirilmesi**

- Soruşturma raporunda yer alan ilgili ürün pazarı değerlendirmesinin eksik olduğu,
- Siemens markalı tıp cihazlarının servisi ve yedek parçalarını içeren ayrı bir ürün pazarının olmadığı,
- Tıp cihazlarının üretimi, satışı, kurulumu ve bakımı ile bu cihazların yedek parçalarını kapsayan bütüncül bir ürün pazarı bulunduğu,
- Söz konusu iddianın altında yatan sebebin, bu ürünlerin ortalama alıcısının, cihaz alımına, cihazların uzun dönemli bakım ve yedek parça fiyatlarını da dikkate alarak tek bir karar vermesi olduğu,

1310

- Siemens tarafından yapılan çalışmalara göre 2008 yılı itibariyle toplam cihaz alımlarının %90'ında cihaz fiyatına ilave olarak, cihazın garanti sonrası bakım-onarım hizmetleri ve yedek parçalarının fiyatları dikkate alınarak karar verildiği,
- Alıcıların cihazın ekonomik ömrü boyunca ortaya çıkacak toplam maliyeti hesaplamak suretiyle (total cost of ownership) bütüncül bir sistem alımı gerçekleştirdikleri,
- 1320 - Cihazların yatırım amaçlı alınması, satın alma ve işletme maliyetlerinin yüksek olması sebebiyle, sadece cihazın maliyetini değil, sistemlerin toplam maliyetini hesaba katarak alım yapmanın basiretli bir tacir yöntemi olduğu,
- Siemens'in kendi rakamlarına göre cihazların bir yıllık bakım-onarım maliyetinin cihaz satış fiyatının yaklaşık %8-10'una tekabül ettiği ve bu sebeple cihaz alımı sırasında göz ardı edilemeyeceği,
- Pazardaki en büyük alıcılar konumunda bulunan Sağlık Bakanlığı'na bağlı resmi sağlık kuruluşlarının ve üniversite hastanelerinin Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre alım yapmakta oldukları, ilgili mevzuatın cihaz alım ihalelerinde eşzamanlı olarak garanti sonrası bakım, onarım ve yedek parça satışlarıyla ilgili bağlayıcı yükümlülükler getirdiği ve duruma ilişkin düzenlemelere Kamu İhale Kurumu (KİK) tarafından çıkarılan Mal Alım Tip İdare Sözleşmesi'nin 41. maddesinde yer verildiği,
- 1330 - (Uluslararası meslek örgütü *COCIR* verilerine dayanılarak) Türkiye'deki kurulu tıbbi cihazların yaklaşık %70'inin 1-5 yaş arasında olduğu,
- İkinci el satışların söz konusu olmasının müşterinin elindeki cihaza bağımlılığının az olduğunun ve istendiğinde eldeki cihazın satılarak başka bir markaya geçilmesinin mümkün olduğunun bir göstergesi olduğu,
- (.....) araştırma şirketi tarafından 196 kurum (112 özel, 84 devlet hastanesi) ile yapılan ankete göre;
- 1340
 - o Kurumların ortalama 4,2 yılda bir tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazı alımı yaptığı,
 - o Deneklerin %87'sinin cihaz alırken yedek parça ve servis fiyatlarını sorduğu,
 - o Tıbbi görüntüleme cihazlarının ekonomik ömrü dolmadan değiştirme fikrinin deneklerin %38'i tarafından kabul gördüğü,
 - o İkinci el cihaz piyasasının varlığının deneklerin %52'si tarafından bilindiği (Kamu kurumlarında %36),
 - o Cihaz satın alımında;
 - Özel kurumların sırasıyla servis ekibi ve kalitesi, ürün kalitesi ve teknolojik özellikleri
 - Kamu kurumlarının ise ürün kalitesi, teknolojik özellikler ve kalitesi ve servis ekibi ve kalitesini
- 1350

göz önüne aldığı ifade edilmiştir.

Siemens'in yukarıdaki ifadelerinden anlaşıldığı üzere ilgili ürün pazarı ile ilgili açıklamalar, "total cost of ownership" (toplam sahip olma maliyeti) olarak adlandırılan ve alım esnasında cihazın ekonomik ömrü boyunca katlanılan maliyetlerin tamamının

1360 göz önünde bulundurulduğu satın alma şeklinin, Türkiye'deki tıp cihazları sektöründe de geçerli olduğu tezi üzerine kurulmuştur. Müşterilerin alım esnasında toplam sahiplik maliyetini hesaplayıp hesaplamadıkları ile ilgili analize, hakim durum değerlendirmesi kısmında yer verildiğinden bu husus burada ayrıca değerlendirilmeyecektir. Ekonomik ömür maliyeti hesaplamalarının, son zamanlarda cihaz alıcıları tarafından kullanılmaya başladığı gözlemlenmekle birlikte özellikle kamu hastanelerinin uymakla yükümlü olduğu kamu ihale mevzuatının da etkisiyle, cihaz alımı esnasında en düşük cihaz fiyat teklifini veren firmanın ihaleyi aldığı görülmektedir.

1370 Kamu İhale Kurumu'nun resmi internet sitesinden alınan bilgilere göre "Mal Alımlarına Ait Tıp Sözleşme"nin içinde bulunduğu Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (Yönetmelik) 3.7.2009 tarih ve 27277 sayılı ile Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Söz konusu tıp sözleşme incelendiğinde 41. maddesinde garanti sonrası bakım-onarım ve yedek parça ile hükümler barındırmadığı görülmektedir. Ayrıca sözleşmenin diğer bölümlerinde de garanti sonrasına ilişkin düzenlemelere rastlanamamıştır. Ancak birinci yazılı savunmanın Yönetmelik'in yayın tarihinden önce Rekabet Kurumu kayıtlarına girdiği göz önünde bulundurularak mülga yönetmelikler de incelenmiştir. 14.8.2007 tarih ve 26613 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Yönetmelik'in "Garanti ve Bakım, Onarım" başlıklı 41. maddesinde aşağıdaki dipnota yer verilmiştir:

1380 *"İdarelerce gerekli görülmesi halinde, bu hükme sözleşmelerinde yer verilebilecektir. İhale konusu mal ile ilgili olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen asgari garanti süresi, bakım-onarım ve satış sonrası servis hizmetlerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydı ile alınacak malın özelliğine göre idari şartnamede yer verilen hükümlere uygun olarak garanti ile ilgili hususlara burada yer verilecektir. İdari ve teknik şartnameler ile ihale dokümanında yer alan diğer belgelere ve işin özelliğine göre idarelerce bu maddeye başka hükümler de eklenebilir."*

1390 Aynı maddenin ikinci fıkrasının başlığı ise "Garanti Süresi Sonrası Bakım, Onarım ve Yedek Parça Temini"dir. Söz konusu fıkraya *"İdarelerce gerekli görülmesi halinde bu hükme sözleşmelerde yer verilecek olup Garanti Süresi boyunca ve sonrasında yedek parça temininde malzemeye ilişkin ödemenin hangi tarafa ait olduğu da belirtilecektir."* açıklamasının yer aldığı bir dipnot eklenmiş ve başlığın altı boş bırakılmıştır. Dolayısıyla tıp sözleşmeye garanti sonrası bakım, onarım ve yedek parçayla ilgili hükümler eklenmesi idarenin, konu bağlamında hastane yönetiminin iradesine bırakılmış, bu konuda taraflara, Siemens'in iddia ettiği gibi, cihaz alımı ile eşzamanlı olarak bağlayıcı yükümlülükler getirilmemiştir.

1400 Soruşturma kapsamında marka bazlı pazar tanımı yapılırken herhangi bir Siemens markalı görüntüleme ve teşhis cihazında rakip cihazlarda kullanılan yedek parçaların kullanılmaması ve rakip cihazlara servis veren bir kişi veya firmanın Siemens tarafından verilen gerekli eğitimlere sahip olmadan Siemens markalı cihazlara servis vermesinin imkânsız olmasa da çok zor olması, yani yedek parça ve bakım-onarım açısından ikame edilebilirliğin olmaması göz önünde bulundurulmuştur. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı gibi, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde ardıl pazarların tanımı marka bazında yapılabilir. Soruşturma kapsamında marka bazlı pazar tanımı yapılırken herhangi bir Siemens markalı görüntüleme ve teşhis cihazında rakip cihazlarda kullanılan yedek parçaların kullanılmaması ve rakip cihazlara servis veren bir kişi veya firmanın Siemens tarafından verilen gerekli eğitimlere sahip olmadan Siemens markalı cihazlara servis vermesinin imkânsız olmasa da çok zor olması, yani yedek parça ve bakım-onarım açısından ikame edilebilirliğin olmaması göz önünde bulundurulmuştur. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı gibi, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde ardıl pazarların tanımı marka bazında yapılabilir.

Siemens tarafından dile getirilen husus ise Siemens markalı tıp cihazlarının yedek parçalarının Siemens dışında alternatif tedarik kaynaklarından da temin edilebildiği, bazı parçaların alternatif üreticilerinin bulunduğu, alternatif üretici olmayanların ise

klon parçalar, çıkma parçalar, yurtiçi ve yurtdışı piyasada tamir edilmiş parçalarla ikame olanağının bulunduğudır.

- 1410 Daha önce de ifade edildiği üzere Siemens cihazlarında kullanılan yedek parça ve sarf malzemesinin birçoğu patent haklarıyla korunmakta olup üretimleri de yine Siemens tarafından veya Siemens tarafından yetkilendirilen firmalarca yapılmaktadır. Bu durumun istisnaları ise genelde monitör, keyboard gibi cihazların bilgisayar kısmı ile alakalı olan parçalar ve kısmen sarf malzemesi sınıfında yer alan tüplerdir. Tüplerde kullanılan kimyasal bileşim standart içeriğe sahip olduğundan alternatif üreticiler bulunabilmekte ve bu tüpler Türkiye’de az da olsa satılmaktadır. Ancak bu tüplerin de ikame olanağı kısıtlıdır. Yurtdışında faaliyet gösteren bazı firmaların tıbbi cihazlara ait ikinci el yedek parça veya birinci el orijinal yedek parça satışı yapması söz konusu olabilmektedir. Ancak devlet hastanelerinin kullanılmış yedek parça almasının uymakla yükümlü oldukları mevzuat gereği mümkün olmaması, orijinal yedek parça satan firmaların da parçaları üretici firmalardan aldıklarından, üreticilerin fiyatlandırma politikalarına bağımlı kalmaları ve yurtdışından yedek parça ithalinin zaman zaman alması nedeniyle uptime² süresinin önemli olduğu bu cihazların tamiri için ithal parça kullanımının zor olması gibi nedenlerle yurtdışında gelişen ikinci el pazarının ve paralel ithalat yoluyla ülkeye getirilen parçaların bu bağlamda bir ikame kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır.

- 1420 Savunma metninde coğrafi pazarın genişletilerek bilhassa AB bölgesinin ilgili pazara dahil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kapsamının “**Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren (...) her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler**” olması ve dosya kapsamında incelemeye konu olan faaliyetlerin tüm Türkiye çapında gerçekleştirilmesi ve ülke içerisinde rekabetin farklılaşmasına neden olacak bir unsurun bulunmaması sebebiyle ilgili coğrafi pazar Türkiye olarak tanımlanmıştır.

- 1430 Özellikle teknoloji yoğun olan ve yüksek maliyetle satılan tıbbi görüntüleme ve teşhis pazarındaki cihazları satın alan bir müşteri (genellikle hastaneler olmaktadır) bu cihazı satın aldıktan sonra aldığı cihazdan kolaylıkla vazgeçerek başka bir markaya geçemeyecektir. Türkiye’de en önemli sağlık kurumlarının özellikle devlet hastaneleri olduğu da düşünüldüğünde, bir kere satın alınan bir cihazın mevzuat gereği dahi ne kadar zor değiştirilebildiğine bakıldığında değiştirme maliyetlerinin sadece fiyat bazlı olmadığı, birçok faktöre bağlı olduğu da anlaşılacaktır.

- 1440 Türkiye’deki cihazların %70’inin 1-5 yaş arasında olması, son yıllarda tıbbi cihazlarda önemli alım gerçekleştirildiğine, sağlık hizmetleri alanına ciddi yatırımlar yapıldığına ve sağlık sektörünün büyüdüğüne işaret olarak alınabilecektir. Söz konusu verilerden, cihaz parklarının yenilendiği bilgisine ulaşılması mümkün görünmemektedir. Cihaz parklarının yenilendiğinin tespiti için, eski cihazların elden çıkarıldığının da gösterilmesi gerekmektedir. Örneğin Türkiye’de yeni kurulan bir hastane tüm cihazlarını satın aldığı ve tüm cihazlar 1-5 yaş arasında olduğunda, söz konusu bilgi hastanenin yeni bir yatırım yaptığının göstergesi olabilecektir.

Bir cihazın ikinci el olarak satılabilmesi, doğrudan geçiş maliyetinin düşük olduğunu göstermemektedir. Bir cihazın ilk el fiyatı ile ikinci el fiyatı arasında yüksek fark

² Bir cihazın belirli bir dönemde arızasız kullanıldığı zamanın toplam mesai zamanına bölünmesiyle elde edilen yüzde oran.

1450 olabilmektedir. Türkiye’de söz konusu cihazların bazı ikinci el satışları olmakla birlikte bunun istikrarlı ve sıklıkla rastlanan bir durum olduğu öne sürülemeyecektir.

(.....) tarafından yapılan anketin sonuçları ile ilgili olarak ise;

- Deneklerin %57’sini özel hastaneler ve/veya görüntüleme merkezleri, %43’ünü kamu hastaneleri oluşturmaktadır. Denekler, Siemens’in müşteri tabanından seçildiğinden, teşebbüsün müşteri dağılımını yansıtmaktadır. Oysa ki Türkiye genelinde özel ve kamu hastanelerinin oranına bakıldığında, kamu hastanelerinin üstün olduğu görülmektedir.
- Cihaz alımının 4,2 yılda bir yapılıyor olması, tek bir cihazın ortalama ömrünü veya kurumdaki tüm cihazların ortalama ömrünü değil, o kurumdaki cihaz satın alma sıklığını yansıtmaktadır. Dolayısıyla söz konusu bilgiden, herhangi bir cihazın ömrünün 10-12 yıldan kısa olduğu sonucuna varılamayacaktır.
- İkinci el piyasasının varlığının bilinmesi, bu pazardan alışveriş yapıldığını göstermemektedir. Bunun yanında, ilgili mevzuat gereği, kamu hastanelerinin ikinci el cihaz alımı yapamadıkları göz önüne alındığında özellikle bu hastaneler için ikinci el piyasasının varlığını bilmenin pratikte hiçbir faydası olmamaktadır.
- Toplam deneklerin (kamu+özel) yalnızca %4,1’inin, cihazı, ekonomik ömrü dolmadan, ikincil pazardaki fiyatların yüksekliği sebebiyle değiştirebileceklerini ifade etmeleri ise bu kurumlar için ikincil pazardaki (yedek parça ve bakım-onarım) fiyatların yüksekliğinin, birincil ürünü yani cihazı değiştirmek için bir sebep olmadığını ve ardıl pazarlardaki yüksek fiyatlardan dolayı ürünün ömrü dolmadan başka bir ürüne geçiş yapılmadığını göstermektedir.

J. SONUÇ

4.12.2008 tarih, 08-69/1120-M(1) sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor’a ve Ek Görüş’e, toplanan delillerle, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısındaki açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre;

1. Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin “Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik yedek parça” ile “Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik servis” pazarında hakim durumda bulunduğu,
2. Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin
 - Rekabet Kurulunun tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarına yönelik yaptığı önaraştırma neticesinde alınan 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı kararında yer verilen yükümlüklerin gereğini yerine getirdiğine,
 - Cihazların bakım onarımı için gerekli olan servis şifresi ile ilgili olarak, rakip servis sağlayıcılara yönelik sistemli bir ayırıcı veya dışlayıcı uygulamada bulunmadığına,
 - Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının yedek parça satışında rakip servis sağlayıcılara yönelik sistemli bir şekilde ayırıcı veya dışlayıcı uygulamada bulunduğuna yönelik yeterli delil bulunmadığına,

3. Dolayısıyla, Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilmediğine, bu nedenle adı geçen teşebbüs hakkında idari para cezası verilmesine gerek olmadığına

OYBİRLİĞİ ile, Danıştay yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.