

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2015-3-46 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 15-39/643-223
Karar Tarihi : 03.11.2015

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK,
Üyeler : Arslan NARİN, Fevzi ÖZKAN, Dr. Metin ARSLAN
Doç. Dr. Tahir SARAÇ, Kenan TÜRK

B. RAPORTÖRLER: Bahar ERSOY, Ferhat BOZKAYA

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : İmir Kimya Tıbbi Cihaz Ecza Deposu Ticaret ve San. A.Ş.
Mahfesiğmaz Mahallesi 79070. Sokak No:27A Kemal Dikici
Apartman Zemin Kat Çukurova, Adana

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : Optik Medikal Tic. A.Ş.
Valikonağı Caddesi Valikonağı Plaza B Blok No:173/5 34363
Nişantaşı, İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Optik Medikal Tic. A.Ş.'nin Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazına ait lazer kontrol kartı için yüksek bir bedel talep ederek, ilgili yedek parçayı İmir Kimya Tıbbi Cihaz Ecza Deposu Ticaret ve San. A.Ş.'ye temin etmediği iddiası.
- (2) **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 26.06.2015 tarihinde giren başvuru üzerine hazırlanan 07.07.2015 tarih ve 2015-3-046/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, 28.07.2015 tarihli Kurul toplantısında görüşülmüş ve 15-32/468-M sayı ile önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. İlgili karar uyarınca düzenlenen 13.10.2015 tarih ve 2015-3-46/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **G. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle;
- İmir Kimya Tıbbi Cihaz Ecza Deposu Ticaret ve San. A.Ş.'nin (İMİR KİMYA) İzmir bayisi A-Med Tıbbi Malzeme ve Ticaret (A-MED) aracılığıyla 02.05.2014 tarihinde İzmir Ekol KBB Hastanesi'ne 1 adet Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazı¹ satıldığı ve bu cihaza 1 yıl garanti verildiği,
 - Garanti bitim süresinden bir hafta önce anılan cihazın arızalandığı ve İMİR KİMYA teknik ekibi tarafından yapılan kontrollerde cihazın lazer kontrol kartının değiştirilmesiyle arızanın giderilebileceğinin tespit edildiği,
 - Söz konusu yedek parçanın yalnızca üretici firmadan temin edilebilecek bir yedek parça olduğu,
 - Cihazın üretici firması olan Topcon Europe Medikal B.V. (TOPCON) ile yapılan e-posta görüşmelerinde yedek parçanın ancak TOPCON'un Türkiye'deki tek yetkili

¹ Şikâyete konu lazer cihazı, gözün arkasında oluşan bazı ödemleri gidermek üzere kullanılan bir cihaz olup, ortalama ömrü 10 yıldır.

distribütörü olan Optik Medikal Tic. A.Ş.'den (OPTİK MEDİKAL) temin edilebileceğinin belirtildiği,

- OPTİK MEDİKAL yetkilisi ile yapılan görüşmede €(.....) Euro)+KDV bedel ile söz konusu yedek parçanın temin edilebileceğinin ifade edildiği,
- İMİR KİMYA'nın şikâyeteye konu cihazın tek yetkili distribütörü olduğu dönemde yedek parçanın bedelinin \$(.....) ABD doları) olduğu,
- OPTİK MEDİKAL'in söz konusu yedek parça için talep ettiği fiyatın aşırı olduğu ve bu nedenle İzmir Ekol KBB Hastanesi'nde bulunan cihazın yaklaşık iki aydır çalışmadığı ve hastaların tedavi edilemediği²

iddia edilmektedir.

- (4) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 41. maddesi uyarınca OPTİK MEDİKAL hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Hakkında İnceleme Yapılan Teşebbüs

I.1.1. OPTİK MEDİKAL

- (5) 11.01.1983 tarihinden itibaren faaliyet göstermekte olan OPTİK MEDİKAL, hâlihazırda oftalmoloji sektörüne yönelik olarak optik ürünlerin ve bu ürünlere ilişkin yedek parçaların satışı ve bakım-onarımı ile iştigal etmektedir. TOPCON ile OPTİK MEDİKAL arasındaki distribütörlük sözleşmesi gereği, 23.05.2014 tarihinden itibaren OPTİK MEDİKAL Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazlarının Türkiye'deki tek yetkili distribütörü konumundadır.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (5) Önerştirmaya konu şikâyetin temelinde OPTİK MEDİKAL'in Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazına ait yedek parça pazarındaki eylemleri yer almaktadır. Bu noktada şikâyeteye konu eylemlerin, satışı gerçekleştirilen cihaza ait ürün pazarından ziyade, bu pazarla ilişki içerisinde olan yedek parça pazarına yönelik olduğu görülmektedir.
- (6) Dayanıklı malların oluşturduğu ve fotokoagülatör lazer cihazlarının da içerisinde yer aldığı pazarlar, zamanla tamamlayıcı ürün ve hizmetlere ihtiyaç duymaları sebebiyle "birincil" veya "öncül" pazarlar olarak isimlendirilmektedir. 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 tanımlanmaktadır.
- (7) Tıbbi cihazlara ilişkin pazarlar, zamanla tamamlayıcı ürün ve hizmetlere duyulan ihtiyaç sebebiyle "öncül" ve "ardıl" pazarlar şeklinde ikiye ayrılabilir. Bu kapsamda yedek parça, sarf malzemesi, tamir, bakım-onarım hizmetleri gibi öncül

² Fırat Üniversitesi Hastanesi'nin aynı konuda yaptığı ve Kurum kayıtlarına 24.10.2014 tarihinde intikal eden başvuru, somut bilgi ve belge içermediği gerekçesiyle, Kurulumuzun 03.12.2014 tarih, 14-47/873-M sayılı kararı ile 2012/2 sayılı Rekabet İhlallerine İlişkin Başvuru Usulüne Dair Tebliğ'in 5. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmiştir.

ürünle birlikte kullanılan ve öncül ürünün satın alınmasından belli bir süre sonra ihtiyaç duyulan ürün ve hizmetlerin bulunduğu pazarlar "ardıl" pazarlar olarak tanımlanmaktadır.

- (8) Rekabet hukuku literatüründe, öncül ve ardıl ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların tanımlanmasında i) söz konusu ürün ve hizmetlerin aynı pazara dahil edilip edilemeyeceği, ii) eğer bu sonuca ulaşılamazsa ardıl ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların marka-spesifik tanımlanıp tanımlanamayacağı hususları değerlendirilmektedir.
- (9) Pazarda şikâyete konu tıbbi cihazla eş değer nitelikte cihazların bulunması öncül pazar için tanımlanacak olan ilgili ürün pazarı tanımlamasında dikkate alınacak bir unsur olarak değerlendirilmektedir. Bunun yanında şikâyete konu tıbbi cihaza ait yedek parçalar ile bu cihazın rakibi konumunda olan tıbbi cihazlara ait yedek parçaların birbiriyle ikame edilip edilemeyeceği hususu da ardıl pazarlara yönelik olarak yapılacak pazar tanımlamasında önem arz etmektedir. Dosya mevcudu bilgilerden, OPTİK MEDİKAL yetkilileri tarafından, pazarda şikâyete konu cihazla benzer işlevi gören Valon, Quantel Medical, Zeiss ve Nidek markalı cihazların bulunduğu, fakat bu cihazların şikâyete konu cihazla eş değer nitelikte olmadığı; anılan markaların lazer cihazlarına ait yedek parçalarla Pascal marka lazer cihazının yedek parçalarının da birbiriyle ikame edilebilir nitelikte olmadığı ifade edildiği, aynı hususun başvuru sahibi tarafından da dile getirildiği anlaşılmaktadır.
- (10) Dosya mevcudu bilgi ve belgelere göre yukarıda yer verilen hususlar yalnızca yedek parçalar için değil, Pascal markalı lazer cihazlarına verilen bakım-onarım ve servis için de geçerlidir. Pascal marka lazer cihazı için verilecek olan servisle rakip markalı lazer cihazlar için verilecek olan servis arasında bazı farklılıklar olduğu anlaşılmaktadır. Öneri kapsamında raportörler tarafından OPTİK MEDİKAL yetkilileri ile yapılan görüşmede, Pascal marka lazer cihazı ile bu cihazın rakip ürünleri arasında üretim teknolojileri, kalibrasyon ölçüm aletleri, cihazın teknik servisi için verilecek olan eğitim gibi noktalarda önemli farklılıklar olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla birincil pazarda rakip olarak değerlendirilebilecek olan cihazlar ile Pascal marka lazer cihazı eş değer nitelikte cihazlar olmadığı gibi, ilgili cihazların yedek parça, bakım-onarım hizmetleri de birbirinden farklılaşmaktadır. Bu nedenle Pascal marka lazer cihazına ait olan öncül pazar ile bu cihazın yedek parça, bakım-onarımını içeren ardıl pazarda ilgili cihazın rakip markalı cihazlarla aynı pazarda değerlendirilmesi mümkün değildir.
- (11) Bu çerçevede öncül ürüne özgü bir ardıl pazar tanımından hareket edilmesinin yerinde olduğu değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda, ilgili ürün pazarı "Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazı yedek parça pazarı" şeklinde tanımlanmıştır.

I.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (12) OPTİK MEDİKAL'in faaliyetlerini tüm Türkiye çapında gerçekleştirmesi ve ülke içerisinde farklı coğrafyalarda rekabet koşullarının değişmesine neden olacak herhangi bir unsurun bulunmaması sebebiyle ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

I.3. Yapılan İnceleme ve Tespitler

I.3.1. İMİR KİMYA'dan Elde Edilen Bilgi ve Belgeler

- (13) Öneri kapsamında İMİR KİMYA tarafından gönderilen yazılardan, İMİR KİMYA'nın İzmir bayisi A-MED aracılığıyla 2014 yılında İzmir Ekol KBB Hastanesi'ne

Pascal Classic marka fotokoagülatör lazer cihazı satıldığı³, cihazın İMİR KİMYA'nın distribütör olduğu dönemde stoğunda bulunan 2009 yılı üretilmiş bir cihaz olduğu, cihaza ait 1 yıllık garantinin İMİR KİMYA tarafından verildiği, arızalanan cihaz için ihtiyaç duyulan yedek parçanın temini için üretici firma TOPCON ile iletişime geçildiği, TOPCON'un yönlendirmesi akabinde OPTİK MEDİKAL'den arızalanan yedek parçanın ücretsiz değişimi için talepte bulunulduğu, ancak OPTİK MEDİKAL yetkilileri tarafından 2009 yılına ait lazer cihazının TOPCON garantisi kapsamında olmadığı belirtilmiştir, bunun üzerine OPTİK MEDİKAL'den fiyat teklifi alındığı, ancak OPTİK MEDİKAL'in söz konusu yedek parçanın temini için talep ettiği fiyatın İMİR KİMYA tarafından yüksek bulunması sebebiyle cihazın tamir edilemediği anlaşılmıştır.

- (14) İMİR KİMYA tarafından sunulan bilgi ve belgelerde ayrıca, şikâyet konusu lazer cihazına ve bu cihazın yedek parçalarına ilişkin ana üretici firma (OPTIMEDICA) tarafından İMİR KİMYA'ya sunulan bir tavsiye fiyat listesi olmadığı, ilgili cihazın çok ender arızalandığı, İMİR KİMYA'nın kısa süreliğine distribütörlük yapması nedeniyle bu dönemde arızalanan cihazların yedek parçalarının garanti süresi içerisinde ücretsiz olarak değiştirildiği, dolayısıyla söz konusu dönemde anılan yedek parçaların temini bakımından İMİR KİMYA'nın herhangi bir gelir elde etmediği ifade edilmiştir. Bununla birlikte yedek parçanın bedelinin \$(.....) olduğu dikkate alındığında, işçilik maliyeti ile birlikte OPTİK MEDİKAL'in katlanması gereken toplam maliyetin \$(.....) tutarını geçmemesi gerektiği ve bu fiyat üzerinden satış yapması gerektiği iddia edilmiştir.

I.3.2. A-MED'den Elde Edilen Bilgi ve Belgeler

- (15) Öncelikle raportörler tarafından 28.07.2015 tarihinde A-MED yetkilisi ile gerçekleştirilen telefon görüşmesinde, 2014 yılında İzmir Ekol KBB Hastanesi'ne Pascal Classic marka lazer cihazının satışının gerçekleştirildiği, hastane tarafından ilgili cihaza yönelik garanti talebinde bulunulması akabinde İMİR KİMYA tarafından söz konusu cihaza yönelik bir garanti verildiği, İMİR KİMYA'nın yedek parçayı temin edememesinin ardından OPTİK MEDİKAL ile bizzat iletişime geçildiği, ancak OPTİK MEDİKAL yetkililerinin İMİR KİMYA'ya yöneltilen teklif üzerinde herhangi bir indirim uygulamadığı, yeni yedek parçanın yurt dışından getirilip cihaza takılması durumunda cihazın çalışıp çalışmayacağına belli olmadığı, cihazın halen kullanılmadığı ve bu nedenle hastane ile ilişkilerin bozulma noktasına geldiği ifade edilmiştir.

I.3.3. OPTİK MEDİKAL'den Elde Edilen Bilgi ve Belgeler

- (16) Öncelikle raportörler tarafından OPTİK MEDİKAL yetkilileri ile 17.09.2015 tarihinde yapılan görüşmede, TOPCON ile OPTİK MEDİKAL arasındaki distribütörlük sözleşmesi gereği Pascal marka lazer cihazlarının ve bu cihazların yedek parçalarının Türkiye'de satışını ve bakımını yapan tek yetkili firmanın OPTİK MEDİKAL olduğu, Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazlarının TOPCON'dan önceki ana üreticisinin OPTIMEDICA olduğu, OPTIMEDICA firmasının TOPCON tarafından devralınmasından bir süre sonra distribütörlük yetkisinin TOPCON tarafından OPTİK MEDİKAL'e verildiği belirtilmiştir.
- (17) Görüşmede, Türkiye'de Pascal marka lazer cihazının hâlihazırda 18 hastanede kullanıldığı; bunlardan bir kısmının Pascal Classic, bir kısmının Pascal Streamline, bir kısmının ise Pascal Synthesis modele ilişkin olduğu; şikâyete konu Pascal Classic lazer cihazının üretimden kalkan bir cihaz olması nedeniyle, OPTİK MEDİKAL'in distribütörlüğü döneminde Pascal Classic modele ilişkin herhangi bir satış gerçekleştirmediği; OPTİK MEDİKAL tarafından Pascal Streamline ve Pascal

³ Başvuru dilekçesinin ekinde yer alan belgelerden söz konusu cihazın satış fiyatının KDV dâhil €(.....) tutarında olduğu anlaşılmaktadır.

Synthesis modellerinin satışının yapıldığı; ancak Pascal Classic model lazer cihazlarının arızalanması durumunda, talep üzerine ücret karşılığında üretim tarihinden itibaren 10 yıl boyunca yedek parça satışı ve bakım-onarımının yapılabileceği; satışını gerçekleştirdikleri Pascal Streamline ve Pascal Synthesis modelleri bakımından muayene ve kabul tarihinden itibaren cihazların fabrikasyon hatalarına karşı 2 yıl boyunca garanti kapsamında tutulduğu; söz konusu sürenin bitiminden itibaren 8 yıl süreyle ücret karşılığında her türlü yedek parça değişimi ve bakımın yapılabileceği ifade edilmiştir.

- (18) Görüşmede ayrıca, Pascal marka lazer cihazların yedek parçalarına ilişkin olarak TOPCON tarafından önerilen herhangi bir fiyat listesinin söz konusu olmadığı; cihazların bozulması durumunda, OPTİK MEDİKAL'in TOPCON'dan söz konusu yedek parçaya ilişkin fiyat talep ettiği, TOPCON'dan gelen fiyat sonrasında müşterilere teklif yöneltildiği; ikili ilişkiler dâhilinde yedek parça fiyatlarına ilişkin dönem dönem müşterilere indirim yapıldığı belirtilmiştir.
- (19) Görüşmenin devamında, kamu hastanelerine yapılan satış ve bakım-onarımların ihaleler dâhilinde gerçekleştirildiği; özel hastanelere ve polikliniklere yapılan satışların talep üzerine OPTİK MEDİKAL tarafından sunulan fiyat teklifleri üzerinden yapıldığı; şikâyet başvurusu özelinde gerek İMİR KİMYA gerekse de İzmir'de bulunan Ekol KBB Hastanesi'nin talebi üzerine OPTİK MEDİKAL tarafından 09.06.2015 tarihinde İMİR KİMYA'ya ve 29.07.2015 tarihinde İzmir Ekol KBB Hastanesi'ne €(.....) (KDV hariç) tutarında bir fiyat teklif edildiği; ancak söz konusu teklifin İMİR KİMYA'ya pahalı geldiği; sözlü olarak yapılan indirimlere rağmen yedek parça satışının İMİR KİMYA tarafından kabul edilmediği; diğer yandan İMİR KİMYA'nın bayisi olan A-MED firma yetkilisi tarafından şifahi fiyat indirimi ve vade talep edildiği; OPTİK MEDİKAL tarafından sözlü olarak bir fiyat teklifinde bulunularak indirim yapıldığı; buna rağmen söz konusu firma yetkilisi tarafından herhangi bir geri dönüş yapılmadığı ifade edilmiştir.
- (20) Diğer yandan, OPTİK MEDİKAL tarafından daha sonra Kurumumuza gönderilen yazı ve eklerinden, günümüze kadar şikâyete konu Pascal Classic model cihaza ilişkin sadece bir defa yedek parça satışı gerçekleştirildiği, söz konusu parçanın (lazer kontrol kartı ve kablosu) İMİR KİMYA tarafından değişimi talep edilen yedek parçanın aynısı olduğu, bu bağlamda Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Göz Polikliniği'ne anılan yedek parçanın servis hizmeti dâhil (.....) TL'ye satıldığı, İMİR KİMYA'ya yöneltilen teklifte de yedek parça fiyatının yanı sıra servis hizmet bedelinin yer aldığı, İMİR KİMYA ile mutabakat sağlanması halinde değişimi talep edilen yedek parçanın yurt dışında bulunan ana üretici firmadan temin edileceği anlaşılmıştır.
- (21) Bunun yanı sıra, önaraştırma kapsamında OPTİK MEDİKAL tarafından gönderilen ek bilgilerde Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Göz Polikliniği'ne sunulan teklif ile İMİR KİMYA'ya sunulan teklif arasındaki fiyat farklılığının birtakım nedenlerden kaynaklandığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda, her iki müşterinin coğrafi yer itibarıyla OPTİK MEDİKAL'e uzaklıklarının farklı olduğu; bu işlemler için teknik servisin, en az üç defa hastaneye gitmesi gerektiği, Kocaeli'ne gününbirlik gidilmesinin mümkün olduğu, ancak İzmir'e uçakla ulaşılması gerekeceği; İzmir'de duruma göre konaklama ihtiyacı doğabileceği; mesai saatlerinin aşılmasından dolayı personel maliyetlerinin bu şehir özelinde yüksek olacağı; satılan cihazların ya da sonradan doğabilecek yedek parçaların ihtiyaçlarının OPTİK MEDİKAL garantisi kapsamında olacağı ve daha sonraki arızaların firma tarafından ücretsiz olarak giderileceği düşünüldüğünde, gelecekte İzmir'de yapılması muhtemel harcamaların da Kocaeli'nde bulunan cihaza göre yüksek olacağı belirtilmiştir. Buna ilaveten, Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi

Hastanesi Göz Polikliniği'nin kamu kurumu olması, kamuya hizmet etmesi ve kâr amacı gütmemesi sebebiyle, OPTİK MEDİKAL tarafından kamu yararının gözetildiği; ihale yoluyla mal tedarik eden kamu hastaneleri nezdinde OPTİK MEDİKAL'in rakip firmalarla yüksek rekabet içinde olduğu ve bu nedenle ihalelerde minimum kâr oranıyla teklif verildiği; OPTİK MEDİKAL'in portföyündeki diğer tıbbi cihazlar bakımından Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Göz Polikliniği'nin potansiyel bir müşteri olduğu; satılan tıbbi cihazların daima firma personelinin gözetimi altında olduğu ifade edilmiştir.

I.4. Değerlendirme

- (22) Başvuruda özetle, İMİR KİMYA'nın İzmir bayisi A-MED tarafından 2014 yılında İzmir Ekol KBB Hastanesi'ne Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazı satıldığı, cihazın arızalanması üzerine kontrol kartının değişimi için cihazın Türkiye distribütörü OPTİK MEDİKAL'e başvuruda bulunduğu, ancak söz konusu yedek parça için OPTİK MEDİKAL'in aşırı fiyat talep ettiği iddia edilmiştir. Bu kapsamda başvuruda, İMİR KİMYA'nın anılan cihazın distribütörlüğünü yaptığı dönemde söz konusu yedek parçanın bedelinin \$(.....) olduğu, bununla birlikte OPTİK MEDİKAL tarafından söz konusu yedek parçanın değişimi için talep edilen bedelin €(.....) olduğu ifade edilerek, aradaki farkın aşırı olduğu belirtilmiştir.
- (23) Aşırı fiyat uygulaması 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında, hâkim durumun kötüye kullanılması davranışlarından birini teşkil etmektedir. Bir eylemin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi için teşebbüsün hâkim durumda bulunması ve hâkim durumdaki teşebbüsün eyleminin kötüye kullanma olarak kabul edilebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu bağlamda, OPTİK MEDİKAL'in halihazırda ana üretici TOPCON firması ile arasındaki distribütörlük sözleşmesi gereği Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazı ve bu cihaza ilişkin yedek parça satışı bakımından Türkiye'deki tek yetkili distribütör olduğu dikkate alındığında, anılan teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olduğu varsayımı altında başvuru konusu iddianın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir kötüye kullanma hali teşkil edip etmediği incelenmiştir.
- (24) Öncelikle dosya mevcudu bilgilere göre, şikâyet başvurusunda ifade edilen \$(.....) tutarındaki bedel, yedek parça değişim fiyatını yansıtmamaktadır. Şöyle ki, şikâyet başvurusunda \$(.....) olarak bahsi geçen tutar, İMİR KİMYA'nın Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazı distribütörlüğünü yaptığı dönemde, cihazın ana üreticisi konumundaki OPTIMEDICA firmasının uyguladığı 22.12.2008 tarihli yedek parça fiyat listesinde yer alan tutardır. Bir başka ifadeyle, anılan tutar İMİR KİMYA'nın yedek parça satış fiyatını yansıtmamakta, OPTIMEDICA firmasının distribütörlere uyguladığı yedek parça fiyatına karşılık gelmektedir. Diğer yandan, yedek parçanın değişimi için İMİR KİMYA'dan talep edilen €(.....) tutarındaki bedel (KDV hariç), cihazın kontrol kartı, kablosu ile servis hizmet bedelini içermektedir⁴. Bu nedenlerle şikâyet başvurusunda yer verildiğinin aksine, başvuruda karşılaştırmaya tabi tutulan tutarların içeriği aynı değildir.
- (25) Dosya kapsamında ikinci olarak dikkate alınması gereken husus, şikâyete konu yedek parçanın Pascal markasının Classic modeline ait olduğudur. Öneri kapsamında, şikâyete konu yedek parçanın Pascal marka lazer cihazların Classic modeline ilişkin olduğu gerek başvuru sahibi gerekse de şikâyete konu teşebbüs yetkilileri tarafından teyit edilmiştir. Bu bağlamda, dosya mevcudu bilgilerden İMİR

⁴ Söz konusu yedek parçalar, PA-01242 Laser Controller PCB kartı ve EC-00928 Cable I/O olarak geçmektedir.

KİMYA'nın tek yetkili distribütör olduğu dönemde Pascal Classic modeline ilişkin lazer cihazı sattığı, OPTİK MEDİKAL'in tek yetkili distribütör olduğu dönemde ise yalnızca Pascal Streamline ve Pascal Synthesis modellerine ilişkin lazer cihazlarının satışının yapıldığı, OPTİK MEDİKAL tarafından Pascal Classic modelde herhangi bir lazer satışı gerçekleştirilmediği anlaşılmaktadır.

- (26) Aşırı fiyat uygulaması, tüketici refahında doğrudan bir kayba ve dağılım etkinsizliğine yol açan bir eylem olarak rekabet politikalarının temel ilgi alanlarından biridir. Mevzuat Avrupa Birliği rekabet hukukunda da yasaklanmış bir eylem olan aşırı fiyat değerlendirmelerinde Ekonomik Değer Testi kullanılmaktadır. Ekonomik Değer Testi'nde öncelikle ilgili ürünün maliyeti ve fiyatı kıyaslanarak yüksek bir kâr marjının olup olmadığı incelenmekte, bu tespitin ardından ise ürün fiyatının kendi içinde ya da rakip ürünlerin/hizmetlerin fiyatlarına kıyasla haksız olup olmadığını tespit etmeye yönelik fiyat kıyaslaması yapılmaktadır. Söz konusu testin birinci aşamasında, fiyat/maliyet kıyaslaması yapılırken maliyet ölçütünün belirlenmesi, maliyetin hesaplanması ve makul kâr marjının ne olduğunun belirlenmesi ile ilgili zorluklar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle de Ekonomik Değer Testi'nin birinci aşamasından sonra ikinci aşamaya geçilerek fiyat kıyaslaması yapılmaktadır. Bu kıyaslamada teşebbüsün kendi fiyatlarıyla yapılan karşılaştırmalar (teşebbüsün farklı zamanlarda, farklı müşteri gruplarına veya farklı coğrafi pazarlara uyguladığı fiyatların kıyaslanması) kullanılabilirdiği gibi, teşebbüsün rakiplerinin uyguladığı fiyatlandırmalar da kullanılabilir. (27) Ekonomik Değer Testi'nin birinci aşamasıyla ilgili olarak, önaraştırma kapsamında Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazının şikâyeteye konu yedek parçasının maliyeti ve fiyatının kıyaslanarak OPTİK MEDİKAL'in uyguladığı kâr marjının makul olup olmadığı tespit edilmiştir. OPTİK MEDİKAL tarafından 09.06.2015 tarihinde düzenlenen proforma faturada ilgili yedek parçanın değişimi için İMİR KİMYA'dan KDV hariç €(.....) talep edildiği görülmektedir. OPTİK MEDİKAL'in söz konusu yedek parçanın değişimi için katlandığı maliyetlerin ise €(.....)⁵ olduğu dikkate alındığında, OPTİK MEDİKAL'in yaklaşık €(.....) tutarında bir kâr elde ettiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, OPTİK MEDİKAL'in söz konusu proforma faturada %(.....) oranında bir kâr marjı uyguladığı tespit edilmektedir. Ancak bu kâr marjının, 4054 sayılı 6. maddesi kapsamında aşırı fiyat uygulandığına dair ciddi bulgu teşkil edecek düzeyde olmadığı değerlendirilmektedir⁶. Kaldı ki OPTİK MEDİKAL tarafından proforma faturada talep

⁵ Önaraştırma kapsamında OPTİK MEDİKAL tarafından sunulan bilgilere göre, TOPCON'dan OPTİK MEDİKAL'e gönderilen yedek parça fiyat teklifi €(.....) tutarında olup, şikâyeteye konu lazer kontrol kartı ve kablo İMİR KİMYA ile pazarlıklar devam ettiğinden ve mutabakat sağlanamadığından TOPCON'dan ithal edilmemiştir. Yine önaraştırma kapsamında OPTİK MEDİKAL tarafından sunulan cevabi yazılara göre, OPTİK MEDİKAL müşteri memnuniyetinin sağlanması amacıyla, henüz ödeme talebinde bulunmadan arızanın tanımlanması ve teşhisi için bir çalışma başlatmış ve İzmir'de bulunan arızalı cihazın yerinde incelenmesi, arızanın teşhis ve tanısı için İzmir'e yetkili servis personeli göndermiştir. Söz konusu personelin İzmir'e gidiş dönüş uçak bedelinin, havalimanı otopark ücretinin, şehir içi taksi paralarının, fazla mesai ücretinin, yemek masraflarının ve harcırahların OPTİK MEDİKAL tarafından riskli olarak karşılandığı belirtilmiştir. İlgili yedek parçanın TOPCON'dan satın alınması durumunda, arızanın giderilmesi ve yedek parçanın montajı için İzmir'e 3 kişilik personel gönderilmesinin planlandığı ve bunların 5 günlük gidiş-dönüş ulaşım bedeli, konaklama, yemek ve yol masrafları ile işçilik maliyetinin €(.....) tutmasının öngörüldüğü belirtilmektedir. Bunun haricinde, ithal edilecek ürünün banka transfer masrafı, sigorta masrafı, kurye masrafı, gümrük komisyonu, ordino ve ardiye masrafları, damga vergisi ve ithalat KDV'si dikkate alındığında, masrafların toplamda €(.....) civarında olacağını tahmin edildiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede €(.....) tutarındaki maliyete ilaveten €(.....) tutarında KDV masrafı olacağı da dikkate alındığında, OPTİK MEDİKAL'in toplamda €(.....) tutarında bir maliyete katlanacağı belirtilmiştir.

⁶ Nitekim Çanakkale Boğazında yolcu ve araç taşıyan vapur işletmecilerinin alternatif ulaşımın olmadığı bölgede tekelleştikleri ve fahiş fiyat uyguladıkları iddiasının değerlendirildiği Kurulumuzun 23.09.2010

edilen bedelin nihai fiyat olmadığı, söz konusu teklif üzerinden %(...) oranında pazarlık payı bulunduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla proforma faturada öngörülen kâr marjının nihai olarak %(...) oranından daha düşük olacağı değerlendirilmektedir.

- (28) Ekonomik Değer Testi'nin ikinci aşamasında ise, OPTİK MEDİKAL'in uyguladığı fiyatların zaman içinde ne kadar artış gösterdiğinin incelenmesi gerekmektedir. OPTİK MEDİKAL'in ilgili pazarda rakibinin olmaması sebebiyle, önaraştırma kapsamında anılan teşebbüsün farklı zamanlarda müşterilerine uyguladığı fiyatlar arasında bir karşılaştırma yapılması mümkündür. Önaraştırma kapsamında OPTİK MEDİKAL tarafından gönderilen ek bilgi ve belgelerden, 14.04.2015 tarihinde Pascal Classic modeline ilişkin lazer kontrol kartı ve kablosunun Kocaeli Üniversitesi Uygulama ve Araştırma Hastanesi'ne satışının yapıldığı ve arızanın giderildiği anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle, söz konusu yedek parça İMİR KİMYA tarafından değişimi talep edilen parçanın aynısıdır. Söz konusu yedek parçanın değişim talebi üzerine OPTİK MEDİKAL tarafından hazırlanan 03.03.2015 tarihli proforma faturada KDV hariç (...) TL tutarında bir bedel talep edildiği, 14.04.2015 tarihinde düzenlenen faturada da söz konusu yedek parçanın bu tutar üzerinden satışının gerçekleştirildiği görülmektedir. Faturaya yansıyan bu bedelin ise o günkü kur üzerinden €(...) (KDV hariç) olduğu anlaşılmaktadır. Diğer yandan 09.06.2015 tarihinde İMİR KİMYA'ya sunulan teklifin KDV hariç €(...) olduğu bilinmektedir. Bu bağlamda iki teklif arasında iki ay gibi kısa bir süre bulunmasına karşın, İMİR KİMYA'ya sunulan teklifin €(...) daha fazla olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, OPTİK MEDİKAL'in anılan yedek parça bakımından yaklaşık %(...) oranında bir zam uyguladığı anlaşılmaktadır.
- (29) Teşebbüsün uyguladığı fiyatların zaman içinde çarpıcı şekilde artması aşırı fiyatın bir göstergesi olarak değerlendirilebilmektedir. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı, *British Leyland*⁷ kararında fiyatların zaman içindeki gelişimini incelemiş ve soruşturmaya konu olan dönemde gerçekleşen %600 oranındaki fiyat artışının haksız olduğu sonucuna varmıştır. Bu çerçevede, OPTİK MEDİKAL'in iki aylık süreçte gerçekleştirdiği fiyat artışının haksız olduğu ileri sürülebilirse de söz konusu fiyat farklılığının birtakım haklı gerekçeleri olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Nitekim önaraştırma kapsamında OPTİK MEDİKAL tarafından sunulan bilgilerde, müşterilerden birinin İzmir'de, diğerinin ise Kocaeli'de olduğu; yedek parça değişimi ve gerekli servis hizmetinin sunulması için teknik servisin en az üç defa müşteriye ziyaret etmesi gerektiği; bu bağlamda Kocaeli'ne gününbirlik ziyaret yapılması mümkün iken, İzmir'de -duruma göre- konaklama yapılmak suretiyle müşteriye hizmet verilmesinin söz konusu olduğu ve İzmir'e ulaşımın uçakla gerçekleştirilmesi gerektiği; İzmir'e yapılan ziyarette mesai saatlerinin aşılmasından dolayı personel maliyetlerinin yüksek olacağı; satılan yedek parçaların OPTİK MEDİKAL garantisi altında sonraki arızaların firma tarafından ücretsiz olarak giderileceği değerlendirildiğinde, gelecekte İzmir'de yapılması muhtemel harcamaların da Kocaeli'nde bulunan cihaza göre daha fazla olacağı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Göz Polikliniği'nin kamu kurumu olması sebebiyle tıbbi cihazları ihale usulüyle temin ettiği; bu nedenle OPTİK MEDİKAL'in ihalede rakip firmalarla rekabet içine girerek minimum kâr oranıyla teklif verdiği; OPTİK MEDİKAL'in portföyündeki diğer tıbbi cihazlar bakımından Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Göz Polikliniği'nin potansiyel bir müşteri olması sebebiyle anılan hastaneye sunulan teklifin düşük tutulduğu anlaşılmıştır. Bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, İMİR KİMYA'ya sunulan teklif ile

tarihli ve 10-60/1256-470 sayılı kararında, %35 oranındaki kâr marjlarının, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında aşırı fiyat uygulandığına dair ciddi bulgu teşkil edecek düzeyde yüksek olmadığı kanaatine varılmıştır.

⁷ *British Leyland* 84/379 [1984] OJ L207/11.

Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Göz Polikliniği'ne sunulan teklif arasındaki fiyat farklılığının ekonomik gerekçeler doğrultusunda makul karşılanabilecek nitelikte olduğu değerlendirilmektedir.

- (30) Diğer yandan aşırı fiyat değerlendirmesinde, şikâyete konu yedek parçanın satışı bakımından OPTİK MEDİKAL ile İMİR KİMYA'nın distribütörlüğü döneminde uygulanan fiyatlar arasında yapılacak bir karşılaştırma da önem arz etmekle birlikte, İMİR KİMYA'nın distribütörlüğü döneminde yapılan yedek parça değişimleri garanti kapsamında ücretsiz olarak gerçekleştirildiğinden bir karşılaştırma yapmak mümkün olmamıştır. Bunun yanı sıra, İMİR KİMYA tarafından başvuru dilekçesinde bahsi geçen \$(.....) civarındaki tutar, cihazın ana üreticisi konumundaki OPTIMEDICA firmasının uyguladığı 22.12.2008 tarihli yedek parça fiyat listesinde yer alan tutardır. Dolayısıyla söz konusu bedel ile OPTİK MEDİKAL'in uyguladığı fiyat arasında bir karşılaştırma yapılması da mümkün değildir. Her ne kadar İMİR KİMYA tarafından gönderilen ek bilgilerde, işçilik maliyeti ile birlikte OPTİK MEDİKAL'in katlanması gereken toplam maliyetin \$(.....) tutarını geçmemesi gerektiği ve bu fiyat üzerinden satış yapması gerektiği iddia edilmişse de, İMİR KİMYA tarafından diğer maliyet kalemlerinin (konaklama, ulaşım, gümrük ve vergi masrafları vs.) göz ardı edildiği değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, İMİR KİMYA tarafından sunulan söz konusu tahmini fiyat ile OPTİK MEDİKAL'in uyguladığı fiyat arasında bir kıyaslama yapılmasının yanıltıcı olacağı kanaatine varılmıştır.
- (31) Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazına ait lazer kontrol kartı bakımından OPTİK MEDİKAL'in uyguladığı fiyatın aşırı olduğuna dair yeterli bulguya ulaşılamamıştır.

J. SONUÇ

- (32) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikâyetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

(03.11.2015 tarihli ve 15-39/643-223 sayılı Kurul Kararı)

Kurulun 03.11.2015 tarih ve 15-39 sayılı toplantısında görüşülen "Optik Medikal Tic. A.Ş.'nin Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazına ait lazer kontrol kartı için yüksek bir bedel talep ederek, ilgili yedek parçayı İmir Kimya Tıbbi Cihaz Ecza Deposu Ticaret ve San. A.Ş.'ye teslim etmediği" ne yönelik iddialarla ilgili olarak alınan şikâyetin reddi ile soruşturma açılmaması kararına aşağıdaki gerekçelerimiz nedeniyle karşıyız.

Başvuruda İzmir'deki özel bir hastanede bulunan Pascal marka fotokoagülatör lazer cihazının arızalanması üzerine bu cihazı satan yetkili distribütörün teknik ekibinin yaptığı kontrol neticesinde cihazın lazer kontrol kartının değiştirilmesi

tespitiyle anılan yedek parçanın bu cihazın Türkiye yetkili distribütöründen talep edildiği, ancak bu yetkili distribütörün (Optik Medikal)'in yedek parça ve servis bedeli olarak (.....)- Euro+KDV gibi yüksek bir bedel talep ettiği, oysaki daha önceki yetkili distribütörün anılan parça bedelinin (.....)- ABD Dolar olduğunu belirttiği, adı geçen yetkili distribütörün talep ettiği yüksek bedel nedeniyle İzmir' deki özel hastanenin anılan cihazının iki aydır çalıştırılmadığı iddia edilmektedir. Anılan iddia konusuyla ilgili olarak düzenlenen raporda iddiaya konu cihaza ilişkin aynı yedek parçanın bir başka kamu hastanesine de servisiyle birlikte (.....)- TL gibi bir bedele satışının yapıldığı belirtilerek başvuruya konu cihazın İzmir' de bulunması, İzmir' e gidip gelme gibi masrafların da dikkate alınması halinde yetkili distribütör tarafından talep edilen tutarın yüksek sayılmaması gerektiği belirtilmekte, bu nedenle anılan başvuruda belirtilen aşırı fiyat iddiasının haklı gerekçelerinin bulunduğu, bu itibarla soruşturma açılmaması gerektiğine yönelik önaraştırma raporu sonucuna Kurul' un da katıldığı ve çoğunluk oyuyla soruşturmanın açılmaması kararına ulaşıldığı anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere aşırı fiyat iddialarında uygulanan **ekonomik değer** testinin yanında **kıyaslama** da kullanılagelen yöntemlerden biridir. Kıyaslama da teşebbüsün kendi fiyatları ile yapılabilecek karşılaştırmalar yanında rakiplerinin uyguladığı fiyatlandırmalar da kullanılabilir. İş bu dosyada teşebbüsün müşterilere satışını yaptığı mal ve hizmet işlemlerinde uyguladığı bedellerin yüksek olduğu iddia edildiğine göre bu dosyada evleviyetle teşebbüsün uyguladığı fiyatların aynı sektörde faaliyet gösteren diğer teşebbüsler karşısındaki durumunu kıyaslamak gerekmektedir. Aksi takdirde teşebbüsün farklı müşterilere uyguladığı fiyatları karşılaştırmak aşırı fiyatın konusunu değil olsa olsa ayrımcılık konusunu ilgilendirebilecektir. Kaldı ki bir teşebbüsün aynı ürünü farklı müşterilere aynı ya da yakın fiyatlarla satması normal uygulamalar olup buradan hareketle bir sonuca ulaşmak ya da aşırı fiyat uygulanıp uygulanmadığına karar vermek mümkün görünmemektedir. Bu itibarla iş bu dosyada rakiplerin ya da sektördeki diğer firmaların yedek parça ve servis işlemlerinde uyguladıkları bedellerin ne olduğu araştırılmadan ya da anılan konularda faaliyet gösteren Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu' nun görüşü alınmadan sonuçlandırılması uygun olmamıştır.

Diğer taraftan anılan cihazın Türkiye yetkili distribütörünün haklı gerekçe olarak ileri sürdüğü cihazın takılması için yapılması gerektiğini iddia ettiği ve yedek parçanın neredeyse (.....) katına varan yol, konaklama bedellerine ilişkin açıklamaların inceleme yapılmaksızın doğru kabul edilmesi de uygun bulunmamıştır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle; bir özel hastanenin lazer cihazının yedek parçasının değişimi için mal bedelinin beş altı kat yükseklikte servis bedeli talep edilmesi biçimindeki eyleme yönelik haklı gerekçe olarak ileri sürülen hususların soruşturma açılmak suretiyle yeterince irdelenerek sonuca ulaşılması gerektiği kanaatinde olduğumuzdan çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Fevzi ÖZKAN
Kurul Üyesi

Kenan TÜRK
Kurul Üyesi