

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Yargı Kararları Üzerine Verilen)  
**REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2008-2-190  
Karar Sayısı : 14-29/613-266  
Karar Tarihi : 20.08.2014

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI  
Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,  
Fevzi ÖZKAN, Dr. Metin ARSLAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

**B. RAPORTÖRLER:** Nur Seda KÖKTÜRK, Hacı Mustafa DUMAN

**C. BAŞVURUDA**

**BULUNAN** : - Siemed Tıbbi Cihazlar Tic. Ltd. Şti.  
Anadolu Bulvarı 174.Cad. ATB İş Merkezi C Blok No:83  
06370 Macunköy-Yenimahalle/Ankara

**D. İLGİLİ TARAF** : - Siemens San. ve Tic. A.Ş.  
Yakacık Cad. No:111 34870 Kartal/İstanbul

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Siemens San. ve Tic. A.Ş.'nin Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik yedek parça teminindeki davranışlarıyla 4054 sayılı Kanun'a göre hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasına ilişkin Rekabet Kurulunun, 16.03.2010 tarih, 10-23/326-114 sayılı kararının Danıştay 13. Dairesinin 28.01.2014 tarih, 2010/3851 E., 2014/146 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine konunun yeniden değerlendirilmesi.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle Siemens San. ve Tic. A.Ş.'nin (Siemens);

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

belirtilerek, anılan iddiaların 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) çerçevesinde değerlendirilmesi talep edilmektedir.

(3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 28.08.2008 tarih ve 5699 sayı ile giren başvuru üzerine yapılan inceleme sonucunda hazırlanan 14.10.2008 tarih ve 2008-2-190/İİ-08-HSÖ sayılı İlk İnceleme Raporu, 23.10.2008 tarih ve 08-60 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek, Siemens hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

- (4) Yapılan inceleme kapsamında hazırlanan önaraştırma raporu, 04.12.2008 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek, 08-69/1120-M(1) sayı ile Siemens hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (5) İlk yazılı savunma, 27.01.2009 tarihinde Kurum kayıtlarına girmiştir. Rekabet Kurulu, 03.06.2009 tarih ve 09-26/568-M sayılı kararıyla yürütülmekte olan soruşturmanın süresini bitiminden itibaren 4 ay uzatmıştır.
- (6) Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan 05.10.2009 tarih ve SR-09/7 sayılı soruşturma raporu Siemens'e ve Kurul üyelerine tebliğ edilmiştir. Siemens'in rapora ilişkin yazılı savunması 04.12.2009 tarihinde Kurum kayıtlarına girmiş, raportörlerce hazırlanan 21.12.2009 tarihli Ek Görüş, Siemens'e ve Kurul üyelerine tebliğ edilmiştir. Siemens'in ek görüşe ilişkin yazılı savunması 19.01.2010 tarihinde Kurum kayıtlarına girmiştir.
- (7) Siemens'in talebi doğrultusunda Kurul, sözlü savunma toplantısının 16.03.2010 tarihinde yapılmasına karar vermiştir. Belirtilen tarihte yapılan sözlü savunma toplantısının ardından, Rekabet Kurulu tarafından, 16.03.2010 tarih ve 10-23/326-114 sayılı nihai karar alınmış, söz konusu karar 26.03.2010 tarihinde teahhüt edilmiştir. Söz konusu kararlar, Siemens tarafından 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilmediğine, dolayısıyla aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası verilmesine gerek olmadığına hükmedilmiştir.
- (8) Ancak söz konusu Kurul kararının iptali istemiyle Danıştay 13. Dairesi nezdinde dava açılmıştır. Rekabet Kurumu kayıtlarına 31.07.2014 tarih ve 4351 sayı ile intikal eden Danıştay 13. Dairesi'nin, 28.01.2014 tarih ve 2010/3851 E., 2014/146 K. sayılı kararıyla, Siemens'in davaya konu uygulamalarının ayrımcı fiyat uygulamaları ve bağlama yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği kanaatini oluşturduğu ve tespit edilen ihlaller nedeniyle Siemens hakkında idari para cezası verilmesi gerektiği sonucuna varılarak, söz konusu Kurul kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.
- (9) Kurulun Siemens hakkındaki ilgili kararının iptal edildiği göz önüne alınarak, 2557 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.*" hükmü uyarınca yeniden işlem tesis edilmesine karar verilmiştir. Bu çerçevede Kurul, 20.08.2014 tarih ve 14-29 sayılı toplantısında konuya ilişkin nihai kararını vermiştir.
- (10) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** Soruşturma raporunda ilgili raportörlerce;
- 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,
  - 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 ayrımcı veya dışlayıcı uygulamada 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,

- 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 ayrımcı 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 ulaşılmıştır.

- (11) Bununla birlikte, Danıştay 13. Dairesi'nin kararındaki tespitler ışığında raportörler ilgili bilgi notunda yeniden işlem tesis edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.

## I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (12) Başvuruda yer verilen hususlar ana başlıklar itibarıyla iki kapsamda değerlendirilebilecek iddiaları içermektedir. İlki, Siemens'in cihazlarına yönelik uyguladığı şifre dolayısıyla oluşan ihlal iddiaları, ikincisi ise yedek parça uygulamaları sebebiyle piyasada oluşan ihlal iddialarıdır. Bu çerçevede, iptal edilen Kurul kararında, 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 tespitine ulaşılmıştır. Ayrıca aynı kararda, her iki iddia ayrı ayrı incelenerek, Siemens'in 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal etmediği kanaatine varılmıştır.
- (13) Ancak, anılan Danıştay kararında; Siemens'in davaya konu uygulamalarının, ayrımcı fiyat uygulamaları ve bağlama yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği kanaati oluşturduğu ve tespit edilen ihlaller nedeniyle Siemens hakkında idari para cezası verilmesi gerektiği ifade edilerek, anılan Kurul kararı iptal edilmiştir.
- (14) Bu çerçevede, Siemens'in yedek parça pazarının genelinde olduğu gibi sigorta kapsamına dahil tüpler pazarında da hakim durumda olduğunun ve şifre uygulamaları dolayısıyla cezalandırılmasına yer olmadığına anılan Danıştay kararınca uygun bulunduğu hususu dikkate alınarak, Rekabet Kurulu tarafından, ilgili kararın gereğinin yerine getirilmesini teminen, Siemens'in ayrımcı fiyat uygulamaları ve bağlama yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak dosya yeniden değerlendirilmiştir.

### I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Taraf –Siemens

- (15) Şirket Almanya merkezli Siemens AG'nin Türkiye genel temsilcisidir. Siemens'in hisselerinin tamamına yakını Siemens AG'ye aittir.
- (16) 2007 yılında yönetim kurulu Dr. Ali Zafer İNCECİK (Başkan), Dr. Siegfried Russwurm, Hüseyin Geliş, Mustafa V. KOÇ, Brigitte EDERER ve Reinhard PINZER'den oluşan Siemens, endüstri, enerji, sağlık ve bilişim teknolojileri alanlarında faaliyet göstermektedir.
- (17) 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 ile sağlık yatırımları konusunda da danışmanlık hizmeti verilmektedir.

- (18)

## I.2. Şikayet Eden Taraf - Siemed Tıbbi Cihazlar Tic. Ltd. Şti. (Siemed)

- (19) İstanbul'da bulunan şirket, genel olarak tıbbi cihazların bakım ve onarımı hizmeti vermek üzere kurulmuştur. Faaliyetinin büyük kısmını Siemens cihazlarına yönelik olarak gerçekleştirmektedir. 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 verebilmektedir.

## I.3. İlgili Pazar

### I.3.1. İlgili Ürün Pazarı

- (20) Tıbbi cihaz yönetmeliklerinde, tıbbi cihaz;

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

*- Hastalığın teşhisi, önlenmesi, izlenmesi, tedavisi veya hafifletilmesi, herhangi 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 vasıtalarla yardım alan her türlü alet, aparat, cihaz veya başka bir madde”*

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

- (21) Soruşturma kapsamında incelenen pazar, Siemens'in faaliyet gösterdiği alanlardan biri olan ve tıbbi cihazlar sektörünün bir alt kolu olarak tanımlanan görüntüleme ve teşhis cihazları pazarıdır.
- (22) Şikayetlerin temelinde Siemens'in, Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarının bakım ve onarımı hizmeti ile yedek parça pazarındaki eylemleri yer almaktadır. Bu durumda, faaliyette bulunulan 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 adlandırılabilir. 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.
- (23) 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 isimlendirilir. 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.

- (24) Rekabet hukuku literatüründe, birincil ve ikincil ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların tanımlanmasında i) söz konusu ürün ve hizmetlerin aynı pazara dahil 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.
- (25) 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.
- (26) 08.07.2005 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 ilgili pazar tanımlanmamıştır.
- (27) 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, 14.08.2008 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.
- (28) Görüldüğü üzere, ilgili ürün pazarı ile ilgili değerlendirmeler, 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.
- (29) 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.

- (30) 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 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.
- (31) Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının üreticileri, ürünlerine ait yedek parça ve sarf malzemesinin büyük kısmını kendileri üretmektedir. 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 yükümlülüğü getirilmektedir. Nadir durumlarda ise cihazlara ait bazı yedek parça ve sarf malzemeleri başkaca firmalar tarafından üretilmekte 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 yapanlar haricinde teşebbüsler tarafından üretilip satılmaktadır. Ancak tüplerin de orijinalleriyle ikame edilebilirliği sınırlı düzeydedir.
- (32) Dosya kapsamında da Siemens tarafından üretilen veya ürettirilen parçaların oranının  $\%(\dots)-\%(\dots)$  kadar olduğu görülmektedir. Bunun yanında herhangi bir Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazında, o cihazın muadili olabilecek rakip cihazlarda kullanılan yedek parçalar kullanılamamakta, 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.
- (33) 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 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.

- (34) 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.
- (35) 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*”<sup>1</sup> pazarı olarak belirlenmiştir.

### **1.3.2. İlgili Coğrafi Pazar**

- (36) Tanımlanan ürün pazarındaki ürünlerin satışının tüm Türkiye genelinde gerçekleşmesi ve pazar farklılaşması yaratacak faktörlerin bulunmaması nedeniyle ilgili coğrafi pazar “*Türkiye*” olarak kabul edilmiştir.

### **1.4. Hakim Duruma İlişkin Değerlendirme**

- (37) Önceki bölümde de yer verilen 2005 tarihli Tartışma Metni'nin ardıl pazarlarda hakim durum ile ilgili bölümünde şu noktalara vurgu yapılmıştır: 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.
- (38) 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 yapmasalar da rakiplerin bu hesaplamaları yaparak birincil pazardaki rekabeti kızıştırmalarıdır. Bu iki durumda, üretici, ardıl pazarlardaki yüksek fiyata rağmen sistemden yüksek karlar elde edemeyebilir.
- (39) 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.
- (40) Rekabet hukuku içtihadına bakıldığında ise Rekabet Kurulunun 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.
- (41) 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;

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

“- 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.

(42) 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,
- Ardıl pazarlar (yedek parça ve teknik servis) fiyatlarındaki şeffaflık,
- Başka bir cihaza geçişin maliyeti,
- kilitlenmiş ve yeni müşteriler arasında fiyat farklılaştırması imkanının mevcut olup olmadığı.

(43) 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 raporörlere ifade edilmiştir.

(44) 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 (.....) A.Ş. ile imzaladığı 05.03.2008’de başlayıp 31.12.2010’da biteceği öngörülen parça dahil bakım-onarım sözleşmesinde, (.....) sistem numaralı bir adet



Magnetom Avanto ve (.....) sistem numaralı bir adet Leonardo adlı cihazların yıllık toplam parça dahil bakım-onarım ücreti KDV hariç (.....) Avro olarak belirlenmiştir. Yalnızca Magnetom Avanto cihazının 2008 yılında farklı müşterilere (.....) Avro, (.....)Avro, (.....)TL, (.....)TL gibi fiyatlara satıldığı göz önüne alındığında, bakım-onarımın (yedek parça dahil) cihaz fiyatının yaklaşık %(.....)civarına denk geldiği görülmektedir.

- (45) Bunun yanında, cihaz üreticisi teşebbüslerin elde ettikleri gelirlerin yaklaşık %(.....)'i cihaz satışından, %(.....)'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.
- (46) Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarında kullanılan yedek parçaların fiyatları 18.02.2009 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 listesinin 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 yapabilmektedir.
- (47) Oysa tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarını talep eden ağırlıklı grup olan kamu hastaneleri, ürün ve hizmet alımında kamu ihale mevzuatına göre hareket etmekle yükümlüdür. 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 14.09.2009'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.

- (48) 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.
- (49) Ayrıca, toplam sahip olma maliyetini hesaplayarak cihaz alımı gerçekleştiren bir alıcı, bu kriterini başta üreticiye sunmakta ve üretici de müşteriye buna uygun olarak 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 kilitlenmiş müşterilere verilen yedek parça ve bakım-onarım fiyatları daha yüksek olabilmektedir. Bu bakımdan, üreticinin elinde fiyat farklılaştırması yapabileceği olanağı mevcuttur. Belirtilmesi gereken son husus ise sözlü savunma toplantısında, Siemens tarafından, toplam (.....) tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazı kullanıcısı ((.....) özel, (.....) kamu) ile bir araştırma şirketinin yapmış olduğu ankettir. Söz konusu anketin sonuçlarına göre, tıbbi görüntüleme cihazlarının ekonomik ömrü dolmadan değiştirme fikri deneklerin %(.....)'i tarafından kabul görmekte, bu oran kamu hastanelerinde %(.....)'te kalmaktadır. Cihazın ekonomik ömrü dolmadan değiştirme fikrine olumlu bakan %(.....)'lik bölümün ancak %(.....)'i, bakım-onarım ve yedek parça fiyatlarının yüksekliği sebebiyle bir değişime gidebileceklerini ifade etmiştir. Diğer bir ifade ile toplam deneklerin (kamu+özel) yalnızca %(.....), cihazı, ekonomik ömrü dolmadan, ikincil pazardaki fiyatların yüksekliği sebebiyle değiştirebileceklerini belirtmişlerdir. Geriye kalan yaklaşık %(.....)'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.
- (50) Yukarıda yer verilen tüm hususlar dikkate alındığında;
- 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
- 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.5. Siemens'in Şikayet Konusu Olan Uygulamaları**

- (51) Şikayet dilekçelerinde yer verilen hususlar ana başlıklar itibarıyla 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.

## I.5.1. Tıbbi Cihazlardaki Şifre Uygulamasına Yönelik İddialar

### I.5.1.1. Genel Olarak İlgili Pazarda Şifre Uygulamaları

- (52) 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.
- (53) 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.
- (54) 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 yaşamakla birlikte, diğer firmalara bu yönde talep dahi gelmediği görülmüştür. Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus, bazı markalar yönünden şifre verilmediğinden dolayı sorun yaşanmamasının nedeni, aslında bu markalara yönelik olarak ikincil piyasa denilen bakım ve servis hizmetlerinin gelişmemesidir. 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.
- (55) 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 yer verildiği üzere 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. Dolayısıyla, cihazların teknik servisinin verilebilmesi için gerekli olan şifrenin ve erişim için gerekli dongle ve benzeri aparatların makul sürede temininin, rekabetin tesisi açısından gerekli olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

- (56) 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 karşılaşılabilecek 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.

### **1.5.1.2. Siemens'in Tıbbi Cihazlardaki Şifre Uygulamalarına Yönelik İddialar**

- (57) 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.
- (58) Siemens'ten istenen şifre taleplerine verilen cevap genellikle aşağıdaki şekilde olmaktadır.
- "Sayın yetkili,*
- Tarafımıza bildirmiş olduğunuz (.....) sistem nolu Bicolor Tüp cihazının 3 gün geçerli olmak üzere şifresi (.....) olarak üretilmiştir..."*
- (59) Soruşturma öncesinde Siemens'in kendisinden talepte bulunulması halinde bu şifreleri vermekten imtina etmediği, bedeli karşılığı da olsa bunu müşterilere verdiği anlaşılmaktadır.
- (60) 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.
- (61) 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 açıklamaktadır.
- (62) Siemens'in yetkisiz kişiler tarafından cihazlarına bakım yapılması durumunda çeşitli risklerin ortaya çıkabileceği makul bir gerekçe olmakla birlikte, uygulamada ücretini ödeyen servis firmalarına bu şifrelerin ehliyet değerlendirilmesi yapılmadan verildiği anlaşılmaktadır. 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 görülmemektedir.
- (63) 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.

- (64) Ayrıca Siemens, servis şifresinin arızayı daha hızlı tespiti yarayan yazılımın şifresi olduğu ve bu şifre olmadan da servis verilebileceği 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 takdirde bundan faydalanarak cihazın arıza tespitini yaptırabileceği kanaati bulunmaktadır. 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 görülmemektedir.
- (65) Siemens, Almanya'daki ana şirkete bu şifre bedelini ödediklerini bu nedenle kendilerinden talep eden servislere de bu bedeli yüklemek durumunda olduklarını belirtmektedir. 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. Ödenen yazılım bedelleri ise cihazların maliyetlerinde göz önüne alınacak hususlar olup, ürün satılırken fiyata yedirilmesi gereken bir maliyet kalemidir. Ayrıca, bu cihazları alan müşterilerin bunu bilerek ve farkında olarak o cihazı almaları gerekmektedir.
- (66) 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. Geliştirme (evolve) ise garanti süresi sona erdikten sonraki 5 yıl için yazılım ve donanım versiyon yükseltmelerinin yapılması işlemidir.
- (67) Siemens tarafından yaptırılan bir çalışmada, geliştirme ödemelerinin ABD, Japonya, Kanada ve Batı Almanya'da zorunlu iken Türkiye'yi de içine alan diğer ülkelerde ihtiyari olduğu görülmüştür. Siemens eğer bir müşteri ile geliştirme dahil bir bakım anlaşması yapmışsa ödeme olur. Çünkü cihazlar geliştirme yapılmadan da çalışmaya devam eder.
- (68) Siemens'in bu yazılımlar için ödediği bedeller ancak cihazın satımında veya geliştirme anlaşması 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.
- (69) 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 yüklenip, öncesinde müşterinin bunu bilerek alması sağlanmalıdır. Bir cihazı alan müşteri o cihazla ilgili hem donanım hem de yazılıma ilişkin tüm haklara sahip olmalıdır.

- (70) Cihazların hassas ürünler olduğu ve yetkin olmayan kişiler tarafından servis edilmesi durumunda ciddi sakıncalar ortaya çıkabileceği argümanı daha önce ifade edildiği gibi kabul edilebilir görülmektedir. 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 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 geçeceğinden, cihazların yetkisiz kişiler tarafından kurcalanarak problemler yaratılması riski en aza inecek ve bu riske tamamen cihazı satın alan müşteri katlanacaktır.
- (71) Tıbbi cihazlar sektöründeki bazı rakip firmalarla da görüşülmüş ve şifre uygulamasıyla ilgili aşağıdaki gibi farklı uygulamalarla karşılaşılmıştır.
- (72) Raportörlerce, piyasada tıbbi cihaz konusunda önemli bir üreticinin Türkiye yetkili satıcısının proje müdürü ile yapılan görüşmede şu ifadeler yer verilmiştir: *"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."*
- (73) 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.
- (74) 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'un önemli hastanelerinden birisinin satın alma müdürü, raportörler tarafından kendisiyle yapılan görüşmede aşağıdaki hususları belirtmiştir:

*"Siemens'in cihazlarındaki şifreyi rakip servis firmalarının girişini engellemek ve tekelleşmek amacıyla kullandığını düşünüyoruz. Biz de müşteri olarak bu konuda mağduru. 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...."*

*"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."*

- (75) 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 bulunmamaktadır.
- (76) Raportörlerce Siemens'te yapılan yerinde incelemede bu görüşü destekleyen bir e-posta bulunmuştur. 22.01.2008 tarihinde Siemens'te teknik birimdeki bir çalışan tarafından başka bir çalışana gönderilen yazıda (.....)'ta 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"* ifadeleri yer almaktadır.
- (77) Bu e-postadan da görüldüğü üzere, servis şifresi ve başkaca yükümlülükler işin doğası gereği değil, kendilerine rakip olabilecek teşebbüslerin maliyetlerini artırıcı veya müşterilerin başka sağlayıcılardan alacağı teknik servisi zorlaştırıcı bir maliyet kalemi olarak düşünülmekte ve bir rekabet kozu olarak kullanılabilir.
- (78) 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. Cihazı 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.
- (79) 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 e-posta da, katıldığı (.....) Toplantısına ilişkin olarak aşağıda yer verilen notları aldığını ifade etmektedir;
- "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. "*
- (80) Görüldüğü üzere büyük bir üniversite hastanesi Siemens'in şifre uygulamaları dolayısıyla oldukça rahatsız olduğunu yapılan görüşmelerde dile getirmiş ve cihazları satın aldıktan sonra cihazla ilgili her türlü hakka sahip olduğunu ifade etmiştir.
- (81) Şifre uygulamasının kaldırılması büyük üniversitelerin kendi teknisyenlerini istihdam etmesi veya daha uygun fiyatla dışarıdan hizmet satın alması imkanını artıracaktır. Örneğin, (.....), ortak servis (share service) yöntemi ve hastanenin kendi teknisyenleri

vasıtasıyla servis hizmeti sunmaktadır. Şifre konusu çözüldüğünde bunun gibi başkaca anlaşmaların da olacağı öngörülebilmektedir.

- (82) Konuyla ilgili olarak piyasada önemli rakip üreticilerden birisi olan (.....) firmasının bir yetkilisi ile görüşülmüş, kendisi anılan görüşmede raportörlere aşağıdaki hususları belirtmiştir:

*“Biz (.....) antitröst yasaları gereği herhangi bir şifre uygulamamaktayız. Dışarıdan herhangi bir firma bizim ürünlerimize rahatlıkla servis verebilir. (.....). Satıcının geliştirdiği işi kolaylaştırıcı bazı yazılımlar haricinde bakım onarım konusunda şifre uygulanmaması gereklidir.*

*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.”*

- (83) Görüldüğü gibi (.....) 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. (.....) gibi oldukça büyük firmalar da şifre uygulaması yapmadığına göre bu uygulamaların daha ziyade şirket politikası olduğu anlaşılmaktadır.

- (84) 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.”*

*“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.”*

ifadelerine yer vermektedir.

- (85) Konuya ilişkin olarak raportörlerce (.....) ile yapılan görüşmede aşağıdaki hususlar belirtilmiştir;

*“Cihazlarımızda şifre uygulamamız 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.*

*(.....)’te şifre kendi çalışanlarımızın da her zaman ulaşamayacakları bir şifredir. Anjioya servis 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 yapılıyordu 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 (.....) marka cihazlar getirilmiştir ve bunlar ne şekilde kullanılıyor bu konuyu bilemiyoruz.*

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

- (86) Şifre uygulaması (.....) firmasında da mevcuttur. (.....) şifreyi hiç vermediğini servisleri kendi elemanlarının yaptığını belirtmektedir. Ancak, raportörlerle yapılan görüşmede garanti sonrasında inisiyatifin piyasaya bırakabileceği yönünde beyanatları olmuştur.
- (87) 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 (.....) firması Siemens cihazlarına da hizmet verdiğini söylemektedir. Eğer tüm piyasada cihazlardaki şifre uygulaması kaldırılırsa (garanti süresi sonrası) bu firmalar arasında da teknik servis konusunda rekabetin oluşabileceği kanaatini bulunmaktadır. Bunun sonucunda hem şirketler daha uygun fiyatlarla müşteri karşısına çıkacaklar, hem de garanti süreleri konusunda daha önemli iyileştirme yapma yoluna gidebileceklerdir.
- (88) 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.
- (89) 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 durumunda bırakacaktır.
- (90) 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.
- (91) 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 ((.....)) Siremobil cihazına 1 yıl oldu servis yapılmadı, bakım anlaşması yapmanın anlamı yok vs. der ve şifreleri ister”* ifadesi yer alırken; bu e-postaya gelen cevapta ise; *“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.
- (92) Bu bağımlılık nedeniyle Siemens'in garanti süreci boyunca sattığı cihazların bakımına özen gösterilmediğine ilişkin bir şikayet mevcuttur. 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.

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

**- 18.02.2009 tarih ve 09-07/128-39 Sayılı Kurul Kararında Şifre Yükümlülükleri ve Siemens'in bu Karar Ertesindeki Şifre Uygulamaları**

- (94) 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 18.02.2009 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;*

*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 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..."*

- (95) 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.

- (96) 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.

- (97) 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 gün olarak belirlenmiş ve bunların verilmesi yine yukarıda belirtilen yazılı talep şartına bağlanmıştır.
- (98) 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 vurgulanmıştır.
- (99) 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 vermekten imtina etmek Kurul Kararı'na uymamak anlamını taşıyacağı da belirtilmiştir.
- (100) 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.
- (101) Rekabet Kurulunun 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.
- (102) 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.
- (103) Rekabet Kurulu Kararı'nda tıbbi görüntüleme cihazlarına ilişkin bakım onarıma yönelik şifrelerin ücretsiz olarak verilmesi öngörülmüş ve üretici firmaların hukuki 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.

- (104) 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.
- (105) Görüldüğü üzere Siemens şifre uygulamaları bakımından rekabet ihlaline son vererek Rekabet Kurulunun almış olduğu karara halihazırda riayet etmeye başlamıştır.

#### **- 28.10.2005 tarih ve 05-75 sayılı Rekabet Kurulu Kararı ve Siemens**

- (106) 2005 yılında Siemens hakkındaki bir şikayet üzerine yapılan önaraştırma sonrasında, Siemens'in şifre uygulamalarıyla ilgili olarak Rekabet Kurulunun 28.10.2005 tarih ve 05-75 sayılı Kararı'nda aşağıdaki hususlara yer verilmiştir:

*"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 tutundurulmasında 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."*

- (107) 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 18.02.2009 tarihine kadar ki süreçte cihazlarına şifre uygulanması ve bunun bedeli mukabilinde verilmesi Rekabet Kurulunun anılan kararıyla uyumlu olması sebebiyle bu dönem açısından bir ihlal unsuru taşımadığı ve bu sebeple teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

#### **I.5.1.3 Şifre Uygulamalarına İlişkin Genel Değerlendirme**

- (108) 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.
- (109) Hem 18.02.2009 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 oluşabileceği ve dolayısıyla diğer bazı rakip cihaz üreticilerine kıyasla daha yoğun bir rekabetle karşılaşabileceği görülmüştür.
- (110) Kurulun 18.02.2009 tarihli kararında, 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 uygulamaya rastlanmadığından soruşturmaya

gerek görülmemiştir. Rekabet Kurulunun 18.02.2009 tarihli kararı öncesinde cihazlarında şifre uyguladıkları tespiti yapılan sektördeki bu teşebbüsler, karar sonrasında bu şifrelerin verilmesi yönünde çalışmalarını başlatarak, uyum göstermişlerdir.

- (111) 28.10.2005 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, 18.02.2009 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.
- (112) Dolayısıyla, 28.10.2005 tarihli Kurul Kararı'nın Siemens'e şifrelerini bedeli mukabilinde verebilme imkanı tanınması ve 18.02.2009 tarihli Kurul kararında yer verilen şifre konusundaki yükümlülüklerine Siemens'in uyum göstererek, Kurul ile olumlu bir işbirliği halinde şifre konusunda yapıcı düzenlemelere gitmesi nedeniyle Siemens'in, şifre uygulamaları dolayısıyla cezalandırılmasının uygun olmayacağı sonucuna ulaşılmış ve bu durum anılan Danıştay kararınca da uygun bulunmuştur.

## **I.5.2. Yedek Parça ve Servis Pazarındaki Uygulamalar**

### **I.5.2.1. Siemens'in Yedek Parça ve Servis Uygulamalarına İlişkin Tespitler**

- (113) 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 üretmektedir. Şikayet konusu iddialardan biri Siemens'in bu pazardaki hakimiyetini, Siemens markalı medikal cihazların servis pazarında kötüye kullandığıdır.
- (114) 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.
- (115) Öncelikle belirtmek gerekir ki Bilim Sanayi ve Teknoloji 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.*"
- (116) Öneri safhasında Siemens'in yedek parçalara ilişkin listesinin ilan edilmediği görülmüştür. Siemens tarafından gönderilen yazıda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

*"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 küçük büyük 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”.*

- (117) 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. 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.
- (118) Bu konu, sadece teknik servis firmaları için değil, hastaneler ve bu cihazları kullanan diğer sağlık merkezleri için de önem arz etmektedir. Zira, bu merkezler aldıkları cihazın kullanım ömrü boyunca kendilerine maliyetinin ne olacağını ancak bu sayede tahmin edebileceklerdir.
- (119) 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. 18.02.2009 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.
- (120) İnternette listelerin yayınlanmaması yanında, bağımsız servisler tarafından bazı parçaların fiyatları talep edildiğinde de gecikmeler veya hiç cevap vermeme söz konusu olabilmektedir. Öneri 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.
- (121) 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.*
- 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 ...”.*
- (122) Rakip servis firmaları ise yedek parçayı Siemens’den almayı tercih etmekle birlikte, kendilerine ithalat maliyetlerine katlanmayı göze alıracak derecede yüksek fiyatlar sunulması ya da fiyat taleplerine geç cevap verilmesi halinde yurtdışından aracı firmalar vasıtasıyla yedek parça alma yoluna gitmektedir.
- (123) 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.

- (124) Siemens'in yedek parça fiyatı belirlerken rakip bağımsız servis sağlayıcılar aleyhine, objektif ve makul kriterlere dayanmayan uygulamalarda bulunduğu iddiası soruşturmanın bir diğer konusudur. Örneğin, müşterisi olan (.....)'ne sunduğu istisnai yedek parça fiyat listesinde Siemens yedek parça katalog numarası (.....) olan Dura Acron Q tüp için (.....) (rep) teklif verirken, rakip Siemed firmasına aynı tüp için (.....)Euro fiyat teklifi vermiştir. Aradaki fark % 20'dir.
- (125) 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.
- (126) 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 REP'li bedeli ile REP'siz, yani orijinal parça bedeli arasında yüksek farklar olabilmektedir. Yerinde inceleme esnasında Siemens yetkilisi REP'li 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"* ifadelerini kullanmıştır.
- (127) Ancak, Siemens alıcılara REP'li fiyat için montajın kendi mühendisleri tarafından yapılması koşulunu ve bakım anlaşması yapılması halinde REP'li 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 tabiidir.
- (128) Bu gerçek bir tarafa, burada asıl rekabet ihlali riski barındıran husus yedek parçanın REP'li bedel opsiyonuyla satışının da aynı koşula bağlanmasıdır. Yedek parçanın REP'li ya da REP'siz bedel üzerinden satılmasının cihazın montajını kimin yaptığı ile teknik anlamda ilgisi bulunmamaktadır. REP'li bedel uygulaması, bozuk parçanın iade edilmesi şartıyla sağlam parçanın liste fiyatından daha ucuza satılması uygulamasıdır.
- (129) Burada önemle üzerinde durulan husus, REP uygulamasının müşterinin bakım anlaşması yapıp yapmamasına bağlı olmaması ve REP uygulaması kullanılarak müşterilerin bakım anlaşması yapmaya zorlanmamasıdır.

- (130) 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.
- (131) Siemens'in yedek parça pazarındaki hakim durumunu kötüye 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 (.....)Euro civarında olan anlaşma bedeli, tüp dahil olduğunda yıllık (.....)Euro olarak belirlenmektedir.

### **I.5.2.2. Siemens'in Yedek Parça Uygulamalarına Yönelik Değerlendirme**

- (132) Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, 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 ulaşmıştır.
- (133) Bu önaraştırma sonunda 18.02.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı karar ile Kurul ilgili pazarda rekabetin işleyişini ortadan kaldıran aksaklıkları gidermeye dönük bir dizi karar almıştır. 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 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.
- (134) Bunun yanı sıra, yine üretici firmaların müşterilerden ve rakip servis sağlayıcılardan gelen yedek parça fiyat taleplerini en geç 3 işgünü içerisinde cevaplandırması, bağımsız servis sağlayıcıların cihazlara ilişkin hizmetleri zamanında verebilmeleri ve ayrıca hastaneler tarafından gerçekleştirilen ihalelere katılım koşullarını sağlayabilmeleri açısından önemlidir.
- (135) Konuya ilişkin olarak Danıştay 13. Dairesi'nin 28.01.2014 tarih, 2010/3851 E., 2014/146 K. sayılı kararında özetle "...Siemens'in tıbbi cihazların bakım ve onarım hizmetinin verilebilmesi için gerekli olan yedek parçaların satışında diğer servis firmaları aleyhine objektif kriterlere dayanmayan ayrımcılık yaptığı ve yedek parça satışını servis satışına bağlama amacı güttüğü görülmüştür. Şöyle ki, Siemens yedek parça pazarının genelinde olduğu gibi sigorta kapsamına dahil tüpler pazarında da hakim durumda olduğundan, bu tüplerin yıllık sabit bir bedel karşılığı yenilenmesinin ürünü olan tüp güvencesinin de tek sağlayıcısı olduğu, Siemens tarafından bu ürünün alınması için bağlanan ürün için bakım onarım anlaşmalarının (BOA) da yapılması şartı getirildiği, Tube Insurance kapsamındaki tüpleri kullanan hastanelerin büyük bölümünün Siemens ile anlaşma yaptığı, yani pazarın önemli bir bölümünü kapattığı, ... BOA ile tüp fiyatı arasında bir bağlantı olmadığı, yani



*paket fiyat indiriminin makul bir ekonomik veya ticari gerekçesinin bulunmadığı, ayrıca burada iki ürünü ayrı ayrı da satın alma olanağı tanınmadığı, yani yapılanın sadece paket indirimi olanağı tanımaktan ibaret olmadığı, iki ürünün bir arada satışının ekonomik olarak neredeyse zorunlu tutulduğu anlaşılmaktadır. Dosyaya sunulan belgeler ortaya koymaktadır ki Siemens; tek üreticisi olduğu belirli yedek parçaların satışında, kendisiyle BOA yapan müşterilere sırf bu nedenle önemli indirimler sağlayarak ve tüp güvence sistemi ürününün arzını yalnızca BOA yapılması şartına bağlayarak, yedek parça pazarındaki hakim durumunu teşhis ve görüntüleme cihazlarının servis pazarında kötüye kullanmakta ve servis pazarındaki rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmaktadır. Siemens'in bu konudaki eğilimini ortaya koyan bir örnek, Mayıs 2008'de Sağlık Bakanlığı Mardin Devlet Hastanesi'ne verilen Dura 352-MV x-ışın tüpü fiyat teklifidir. Söz konusu teklifi içeren proforma faturada bahsi geçen tüpün on-call fiyatı 51.000 Euro, parça hariç bakım anlaşması yapılması durumunda 48.000 Euro, parça dahil anlaşma yapılırsa 46.000 Euro olarak belirlenmiştir..." değerlendirmesinde bulunulmuştur. Bu gerekçe çerçevesinde, söz konusu teşebbüsün Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik yedek parça teminindeki uygulamalarıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği kanaatine ulaşılmıştır.*

#### **I.6. Yapılan Savunmalar ve Değerlendirilmesi**

(136) Dosya mevcudu bilgilerden teşebbüsün, ilgili ürün pazarı, hakim durum ve ihlal iddialarına yönelik olarak savunmalarının bulunduğu anlaşılmıştır.

(137) İlgili ürün pazarına ilişkin olarak;

- 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 pazarının bulunduğu,
- Söz konusu iddianın nedeninin, bu ürünlerin ortalama alıcısının, cihaz alımına, cihazların uzun dönemli bakım ve yedek parça fiyatlarını da dikkate alarak tek bir karar vermesi olduğu,
- Siemens tarafından yapılan çalışmalara göre, 2008 yılı itibarıyla toplam cihaz alımlarının %(...)’ında cihaz fiyatına ilave olarak, cihazın garanti sonrası bakım-onarım hizmetleri ve yedek parçalarının fiyatları da dikkate alınarak karar verildiği,
- Alıcıların cihazın ekonomik ömrü boyunca ortaya çıkacak toplam maliyeti hesaplamak suretiyle (total cost of ownership) bütüncül bir sistem alımı gerçekleştirdikleri,
- 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 (...)’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,

- Tıbbi cihaz üreticilerinin uluslararası meslek örgütü COCIR verilerine göre Türkiye'deki kurulu tıbbi cihazların yaklaşık %(.....)'inin (.....) yaş arasında bulunduğu, geri kalanının ise bundan daha yaşlı olduğu ve bu durumun kullanıcıların cihazın kullanım ömrü dolmadan cihaz parklarını yenilediklerinin bir göstergesi olduğu,
- İkinci el satışların söz konusu olmasının, müşterinin elindeki cihaza bağımlılığının az ve istendiğinde eldeki cihazın satılarak başka bir markaya geçilmesinin mümkün olduğunu gösterdiği,
- (.....) araştırma şirketi tarafından (.....) kurum ((.....) özel, (.....) devlet hastanesi) ile yapılan ankete göre;
  - o Kurumların ortalama (.....)yılıda bir tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazı alımı yaptığı,
  - o Deneklerin %(.....)'sinin cihaz alırken yedek parça ve servis fiyatlarını sorduğu,
  - o Tıbbi görüntüleme cihazlarının ekonomik ömrü dolmadan değiştirme fikrinin deneklerin %(.....)'i tarafından kabul gördüğü,
  - o İkinci el cihaz piyasasının varlığının deneklerin %(.....)'si tarafından bilindiği (kamu kurumlarında %(.....)),
  - o Cihaz satın alımında özel kurumların sırasıyla servis ekibi ve kalitesi, ürün kalitesi ve teknolojik özellikleri, kamu kurumlarının ise ürün kalitesi, teknolojik özellikleri ve kalitesi ile servis ekibi ve kalitesini göz önüne aldığı,
- Coğrafi pazarın genişletilerek bilhassa AB bölgesinin ilgili pazara dahil edilmesi gerektiği
- Soruşturma raporunda yer alan ilgili ürün pazarı değerlendirmesinin eksik olduğu

ifade edilmiştir.

(138) Hakim durum tespitine ilişkin olarak;

- Pazarın tıp cihazlarının üretimi, satışı, kurulumu, bakım-onarım hizmetlerini kapsayacak şekilde genişletilmesi halinde Siemens'in hakim durumundan bahsetmenin mümkün olmayacağı, çünkü söz konusu pazarda (tıp cihazları üreticileriyle) yoğun rekabetin yaşandığı,
- Tıp cihazlarını satın alanların genellikle tek markaya bağımlı kalmayıp cihaz kompozisyonlarında birden fazla markayı bulduklarını,
- Tıp cihazları alımlarının genellikle ihale yöntemiyle yapıldığı ve bu süreçte birden fazla firmadan teklif alınarak pazarlıklar gerçekleştirildiği, dolayısıyla cihaz alım ihalelerinde kıran kırana bir rekabetin gerçekleştiği,
- Bakım-onarım ve yedek parça satışlarının da çoğunlukla ihale yöntemiyle gerçekleştirildiği ve sadece tıp cihazlarının üreticilerinin değil, bağımsız servis ve yedek parça sağlayıcılarının da hem Siemens'e hem de rakip tıp cihazlarına tedarikte bulunmak suretiyle bu piyasada rekabet halinde oldukları,
- Üretici firmalarla bağımsız servis ve yedek parça sağlayıcıları arasındaki rekabetin genel olarak eski ürünlere yönelik olduğu,

- Bu sebeplerle, Siemens'in bakım-onarım ve yedek parça pazarlarındaki pazar payının, ellerinde kesin veriler olmamakla birlikte, cihaz pazarından daha düşük olduğu

ifade edilmiştir.

(139) Yedek parça ve servis pazarlarındaki ihlal iddialarına ilişkin olarak ise;

- Şifre uygulamasında şifre vasıtasıyla ehil olmayan teşebbüslerin cihazlara servis verebileceği ve bunun sonucunda insan sağlığı konusunda çeşitli riskler çıkabileceği,
- Tüpün kullanım süresinin cihaza yapılan koruyucu bakım servisinin niteliğiyle doğru orantılı olarak arttığı,
- İndirimlerin yıllık alım miktarlarına göre yapıldığı,
- Rekabet Kurulunun 28.10.2005 tarihli kararının şifrelerin bedeli mukabilinde verilmesine cevaz verdiği ve bu nedenle Siemens'in şifre uygulaması ve bunu ücreti mukabilinde yapmasının bir ihlal teşkil etmeyeceği,
- 28.10.2005 tarih ve 05-75 sayılı kararın soruşturma raporunda yer almadığı,
- Servis yazılımlarının Siemens lehine fikri mülkiyet hakkı teşkil ettiğinden, yazılıma erişimin Siemens'in yazılı onayına tabi olmasının gerektiği,
- İlgili pazardaki diğer teşebbüslerin cihazlarına şifre uygulaması yaptığı ve birçoğunun bunu bedeli mukabilinde dahi vermediği ve bu nedenle Siemens'in diğer birçok teşebbüsten bu konuda daha ileri olduğu, bu hususun soruşturma raporunda da yer aldığı, diğer teşebbüslerin cezalandırılmadığı ortamda kendilerinin cezalandırılmasının haksızlık olacağı,
- Arızayı hızlı tespite yarayan yazılımların şifresinin de alıcıya geçmesi gerektiği görüşünün ancak zorunlu unsur olduğu durumlarda geçerli olabileceği,
- Soruşturma raporunda bir cihaz üreticisinin beyanında yer alan "şifreyi vermeyiz, ancak müşteri talebi olursa veririz" cümlesinin çeşitli nedenlerle eksik olduğu, sağlık söz konusu olduğundan şifrenin verilmesinin çeşitli riskler barındırdığı, bir çok suiistimal örneklerinin bulunduğu, piyasada halihazırda bir regülasyon olmadığı, 14.09.2009 tarihinde ODTÜ de konu ile ilgili gerçekleştirilen Çalıştay'da da bu hususların ortaya çıktığı,
- Siemens'in şifre uygulamalarıyla ilgili Kurulun kararlarına uyduğu, 2005 ve 2009 yıllarına ait kararlar da göz önüne alınarak şifre uygulamaları dolayısıyla Siemens'in cezalandırılmaması gerektiği,
- Yedek parça fiyatlarının ilk olarak Siemens tarafından internet ortamında ilan edildiği, soruşturma raporunda fiyatların müşterilere verilmediği kanaatine dayanak olan belgelerin genel fiyat listesi taleplerine yönelik değil, özel bir takım indirimlere ilişkin olduğu, şikayetçi tarafından yapılan ve zamanında cevap verilmediği iddia edilen fiyat taleplerinin usulüne uygun olarak Siemens'in çağrı merkezine yapılmadığı için aksamalar olduğu,
- Şikayetçinin yedek parça temininde Siemens'e bağımlı olmadığı ve Siemens markalı tıp cihazlarında kullanılan yedek parçaların zorunlu olmadığı,
- REP uygulaması için Siemens ile bir bakım anlaşması şartının olmadığı, sadece montajın Siemens mühendisleri tarafından yapılması şartının bulunduğu, bu şartın da işbu soruşturma sürecinde Siemens Almanya ile yapılan görüşmeler sonrasında kaldırıldığı,

- Siemens'in yedek parça satışlarında uyguladığı fiyatların, müşterinin bakım anlaşması olup olmamasına göre değişmediği, fiyatların soruşturma safhasında internet üzerinden ilan edilmeye başlamasından itibaren tüm alıcılara aynı baz fiyatın uygulandığı, ancak geçmişteki alım miktarları ve müşterinin kredibilitesi dikkate alınarak, çeşitli indirimler yapıldığı; öncesinde ise yedek parça fiyatlarını müşterilerle pazarlık yaparak oluşturduğu,
- Yedek parça satışlarında müşterinin Siemens ile bakım anlaşması yapıp yapmamasının dikkate alınmadığı, ancak sarf malzemelerinin fiyatlandırılmasında müşterinin bakım anlaşmasının olmasının, daha uygun fiyat üzerinden alım yapmasına imkan sağladığı, bu durumun makul gerekçelerinin bulunduğu,
- Cihazların satış sonrası hizmet ve yedek parçalarının 10 yıl süreyle temin edilmesi gerektiği, bu yükümlülüğün Siemens ile bakım anlaşması olan ya da olmayan bütün alıcı teşebbüslere karşı geçerli olduğu,
- Siemens ile bakım anlaşması yapan teşebbüslerin, bu yükümlülük sebebiyle ortaya çıkan çağrı merkezi hizmetleri, teknik elemanlara yönlendirme ve gerekli teknik yardımların yapılması ve cihazların güncellenmesi gibi maliyetlere katlanırken, on – call müşteriler için böyle bir durumun söz konusu olmadığı,
- Soruşturma raporunda ihlal iddiasına dayanak yapılan ayrımcı uygulama örneklerinin makul gerekçelere dayandığı, örneğin; Hacettepe Hastanesi ile 1999 yılında bakım onarım anlaşması yapıldığı, bu anlaşmada istisnai (bakım onarım anlaşması kapsamında yedek parça güvencesine dahil olmayan) parçalarla ilgili verilmiş olan taahhütler gereği söz konusu indirimli fiyatların uygulandığı,
- Siemens'in Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediği analizi yapılırken, AB'de görülen gelişmelere paralel bir şekilde "Toplam refahı azaltan dışlayıcı davranışlarla onu artıran rekabetçi davranışlar arasındaki farkın ortaya konması" ve ayrıca iktisadi analizlerinin yapılması gerektiği

ifade edilmiştir.

(140) Ayrıca usule ilişkin olarak aşağıdaki savunmalara yer verilmiştir;

- Birinci yazılı savunmaya cevap verilmediği,
- Siemens tarafından verilen taahhüt yazısının dikkate alınmadığı,
- Soruşturma raporunun eklerinde ticari sırlara yer verildiği,
- Soruşturma raporunda ceza miktarının yanlış hesaplandığı

belirtilmiştir.

(141) Siemens'in 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 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.

(142) Kamu İhale Kurumunun soruşturma dönemindeki resmi internet sitesinden alınan bilgilere göre "Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme"nin içinde bulunduğu Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (Yönetmelik) 03.07.2009 tarih ve 27277 sayı ile Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Söz konusu tip sözleşme incelendiğinde, 41. maddesinde garanti sonrası bakım-onarım ve yedek parça ile ilgili 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. 14.08.2007 tarih ve 26613 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Yönetmelik'in "Garanti ve Bakım, Onarım" başlıklı 41. maddesinde aşağıdaki dipnota yer verilmiştir:

*"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."*

(143) 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 tip 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.

(144) 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.

(145) 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 bulunduğuudur.

(146) 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 buldukları mevzuat gereği mümkün olmaması, orijinal yedek parça satan firmaların da parçaları üretici firmalardan aldıklarından, üreticilerin fiyatlama politikalarına bağımlı kalmaları ve yurtdışından yedek parça ithalinin zaman alması nedeniyle uptime<sup>2</sup> 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.

- (147) Savunma metninde, coğrafi pazarın genişletilerek bilhassa AB bölgesinin ilgili pazara dahil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak, 4054 sayılı 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.
- (148) 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 dikkate alınarak, bir kere satın alınan bir cihazın mevzuat gereği dahi ne kadar zor değiştirilebildiğine bakıldığında, değiştirme maliyetlerinin sadece fiyat bazlı olmadığı, birçok faktöre bağlı bulunduğu da anlaşılacaktır.
- (149) 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 çıkarıldığına 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.
- (150) Bir cihazın ikinci el olarak satılabilmesi, doğrudan geçiş maliyetinin düşük olduğunu göstermemektedir. Bir cihazın ilk el fiyatı ile ikinci el fiyatı arasında yüksek fark olabilmektedir. Türkiye'de söz konusu cihazların bazı ikinci el satışları olmakla birlikte bunun istikrarlı ve sıklıkla rastlanan bir durum olduğu öne sürülemeyecektir.
- (151) Soruşturma raporunda adı geçen araştırma şirketi 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 bilgidен, herhangi bir cihazın ömrünün 10-12 yıldan kısa olduğu sonucuna varılamayacaktır.

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

- 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.

### I.7. Gerekçe ve Hukuki Dayanak

- (152) Danıştay 13. Dairesi'nin 28.01.2014 tarih, 2010/3851 E., 2014/146 K. sayılı kararında özetle; *"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 ve Siemens'in, şifre uygulamaları dolayısıyla cezalandırılmasının uygun olmayacağı ifade edilmiştir. Ancak, 2557 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrası dikkate alınarak, değerlendirme bölümünde ayrıntısına yer verildiği üzere *"...Siemens'in tıbbi cihazların bakım ve onarım hizmetinin verilebilmesi için gerekli olan yedek parçaların satışında diğer servis firmaları aleyhine objektif kriterlere dayanmayan ayrımcılık yaptığı ve yedek parça satışını servis satışına bağlama amacı güttüğü"* anlaşıldığından, söz konusu teşebbüsün Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik yedek parça teminindeki uygulamalarıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği ve idari para cezası verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.
- (153) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında; *"Bu Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilir."* hükmü yer almaktadır. Para cezasının hesaplanmasında öncelikle teşebbüsün 2013 ve 2009 yılı gayri safi gelirleri incelenmiş ve Siemens'in lehine olacak şekilde 2009 yılı gayri safi geliri esas alınmıştır.
- (154) Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in (Yönetmelik) 4. maddesi birinci fıkrasının (a) bendinde, para cezası belirlenirken öncelikle temel para cezasının hesaplanacağı, ardından ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurulurken artırım ve/veya indirim yapılacağı belirtilmektedir. Yönetmelik'in 5. maddesinde ise temel para cezası düzenlenmektedir. Buna göre, temel para cezası hesaplanırken ihlalde bulunan teşebbüslerin yıllık gayri safi gelirlerinin karteller için %2'si ile %4'ü, diğer ihlaller için %0,5'i ile %3'ü arasında bir oran esas alınacaktır. Bu çerçevede; Siemens'in bahse konu uygulamalarının "diğer ihlal" kapsamında olduğu dikkate alınarak, teşebbüsün temel para cezası %0,5 oranında belirlenmiştir. Yönetmelik'in 5. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bu oranın belirlenmesinde ilgili teşebbüsün piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınmıştır.
- (155) Ayrıca, Yönetmelik'in 5. maddesinin üçüncü fıkrası (a) bendinde, temel para cezasının bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında artırılacağı hükmü yer almaktadır. Ancak, iptal edilen Kurul kararında ihlal olmadığı sonucuna ulaşıldığı,

dolayısıyla "ihlale son verilmesi" yönünde görüş bildirilmediği, aksi halde teşebbüsün "şifre uygulamaları"na yönelik Kurul kararına gösterdiği uyum ve işbirliğini, yedek parça satışına ilişkin olarak da göstermesinin mümkün olduğu kanaatinden hareketle para cezasının miktarında herhangi bir artırıma gidilmemiştir.

- (156) Öte yandan, Soruşturma esnasında Siemens'in soruşturma heyetiyle işbirliği içinde hareket ettiği ve 18.02.2009 tarihli Kurul kararından sonra vakit geçirmeden bu hususlara uyulduğu, ilk aşamada ilan edilmeyen X-ışın tüpü fiyatlarının da ilan edilmeye başlandığı göz önüne alınarak, Siemens açısından Yönetmelik'in 7. maddesinde sayılan hafifletici unsurların bulunduğu kanaatine varılmıştır. Bu çerçevede, temel para cezasında beşte üç oranında indirim yapılarak, yıllık gayri safi gelirin %0,2'si oranında olmak üzere 2.675.692,59 TL idari para cezası verilmiştir.

## J. SONUÇ

- (157) 04.12.2008 tarih, 08-69/1120-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, raporlar, tüm dosya münderecatında yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda Danıştay 13. Dairesinin 28.01.2014 tarih, 2010/3851 E., 2014/146 K. sayılı kararının gereğinin yerine getirilmesini teminen;
1. Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen 28.01.2014 tarih ve 2010/3851 E., 2014/146 K. sayılı kararın gereğinin yerine getirilmesini teminen dosyanın temyiz süreci beklenmeksizin görüşülmesine OYÇOKLUĞU ile,
  2. 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 hâkim durumda bulunduğuna OYBİRLİĞİ ile,
  3. Adı geçen teşebbüsün, Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik yedek parça teminindeki uygulamaları yoluyla ilgili pazarda hakim durumunu kötüye kullandığına OYBİRLİĞİ ile,
  4. Bu nedenle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkrası ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası ve 7. maddesinin birinci fıkrası hükümleri uyarınca 2009 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren %0,2'si oranında olmak üzere; Siemens San. ve Tic. A.Ş.'ye 2.675.692,59 TL idari para cezası verilmesine Kurul Üyesi Reşit GÜRPINAR'ın farklı gerekçesi ve OYBİRLİĞİ ile

Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.



**Rekabet Kurulu'nun 20.08.2014 Tarih ve 14-29/13-266 Sayılı Kararına**

**FARKLI GEREKÇE**

Kurulumuz, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkrası ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası ve 7. maddesinin birinci fıkrası hükümleri uyarınca 2009 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren %0,2'si oranında olmak üzere; Siemens San. ve Tic. A.Ş.'ye 2.675.692,59 TL idari para cezası verilmesine karar vermiş bulunmaktadır. Kurulumuz kararına aşağıda belirteceğim nedenlerle, kararın ceza oran ve miktarlarını belirleyen 4. maddesine farklı gerekçe ile katılıyorum.

Karşı oyumuz, "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 5.maddesi ile getirilen kabahat tipleri ve bu kabahat tiplerine verilecek idari para cezalarına alt ve üst sınır konulması suretiyle kanuna aykırı yönetmelik hükümlerinin uygulanması konusundan doğmaktadır.

**1-Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin yönetmelik 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırıdır.**

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in; "Temel Para Cezası" başlığı altındaki 5.maddesinde;

(1) Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin;

- a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,
  - b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü,
- arasında bir oran esas alınır.

(2) Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır.

(3) Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

- a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında,
  - b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında,
- arttırılır." denilmiş, yine 6.maddesinde Ağırlaştırıcı Unsurlar ve 7.maddesinde de Hafifletici Unsurlar ayrı ayrı sayılmıştır.

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

Anayasamızın 13.maddesinde; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” hükmü bulunmakta, Anayasamızın madde 38.maddesinde ise; “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” .....hükmü yer almıştır. Bu hükümler kişilere maddi yaptırımlarında kapsamına girdiği, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasının ancak yasa ile söz konusu olabileceğini, yine yasa hükmü ile belirlenen bir cezadan daha ağır bir cezanın verilemeyeceğini belirlemiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi, yukarıda hükmü açıklanan anılan yönetmelik hükmü ile bu hükme aykırı maddi ceza hükümleri getirilerek, anayasal kurallar göz ardı edilmiştir.

Hiyerarşik normlar sistemine dayalı olan hukuk düzenimizde, alt düzeydeki normların dayanaklarını ve yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldığı kuşkusuzdur. Normlar hiyerarşisinin en üstünde evrensel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunmakta, daha sonra gelen kanunlar dayanağını ve yürürlüğünü Anayasa’dan, tüzükler dayanağını ve yürürlüğünü kanundan, yönetmelikler ise dayanağını ve yürürlüğünü kanun ve tüzükten almaktadır. Bir normun kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını teşkil eden bir norma aykırı ve bunu değiştirici veya ihmal edici nitelikte bir hükmü hukuk alemine getirmesi olanaklı bulunmamaktadır. Hukuk devletinde yönetimin işlem ve eylemlerine uygulanacak hukuki kurallarının şeffaf ve anlaşılabilir bir şekilde belirlenmesi kadar söz konusu normların normlar hiyerarşisine uygunluğu da, bu kuralların sağlığı için büyük bir önem taşımaktadır. Normlar hiyerarşisine aykırı düzenlenen bir norm, denetim aşamasını da etkilemekte ve denetime esas kararlarda çoğu zaman normlar hiyerarşisinden sapmalar hukuka aykırılık nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu konuda onlarca Danıştay kararı bulunmaktadır.<sup>(3)</sup>

Bu nedenlerle, hukuk sistemimizde öngörülen hukuk hiyerarşisi kavramının sağlıklı işleyebilmesi için; gerek düzenleme yapımcıların, uygulayıcıların ve gerekse, yargısal denetimi yapan mercilerin anayasal ve yasal sınırlar içerisinde hareket etmeleri gerekli ve hatta zorunludur. Çünkü bu gereklilik ve zorunluluk Anayasa’mızın 2.maddesinde öngörülen devletin temel niteliklerinden en önemlisi olan “hukuk devleti ilkesinin” olmazsa olmazlarından biridir.

Yasama yetkisi asli bir yetkidir. Yasama yetkisinin kullanımı şeklinde ortaya çıkan yasa yapımı yasa koyucunun istediği alanda düzenleme yapmasına cevaz vermektedir. Bir konu Anayasa da düzenlenmese bile yasa koyucu bu konuda yasa çıkarabilir. Bu nedenle Anayasa’ya dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, yasa yapılırken uyacağı mutlak kural, yapılan yasanın Anayasa’ya aykırı olmamasıdır. Buna karşılık idare, daha önce yasama organı tarafından yasa ile düzenlenmemiş bir alanda doğrudan doğruya bir düzenleme yapamaz. Bu nedenle idarenin bu düzenleme yetkisi yasadaki kaynaklanan, yasayı izleyen (secundum legem) bir yetkidir. Başka bir deyişle idarenin tüm düzenleyici işlemleri yasaya dayanmak, yasayla düzenlenmiş bir alan içerisinde olmak zorunda olan, onun altında ve ona bağımlı bir yetkidir. Bu yetki idareye bir anlamda tam inisiyatif vermeyen ve yasayla düzenlenmiş alanla sınırlı bir yetkidir.

Öte yandan, idarenin düzenleyici işlemler yönünden uyacağı bir diğer kural yasalara aykırı düzenleme yapamayacağıdır. İdarenin düzenleyici işlemlerinin dayandığı yasaya uygun olması ve bu yasanın çizdiği sınırların dışına çıkmaması zorunludur. İdarenin

<sup>(3)</sup> Danıştay İ.D.D.K. 16.06.2005 gün ve E.2003/275 K.2005/2170 Sayılı Kararı  
Danıştay 8.Dairesi 07.03.2007 gün ve E.2005/6261, K.2007/1246 Sayılı Kararı  
Danıştay 10.Dairesi 16.03.2009 gün ve E.2006/5588, K.2009/1879 Sayılı Kararı

düzenleyici işlemlerinin yasaya aykırı (contra legem) olması olanaklı değildir. İdarenin düzenleyici işlemlerinin yasaya uygun olması, ve yasanın çizdiği sınırlar içerisinde kalması (intra legem) düzenleyici işlemlerin asli şartlarının en önemlilerinden birisidir.<sup>(4)</sup> Anayasa'mızın "Yönetmelikler" başlığı altındaki 124. maddesinde; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabileceği ve hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağını kanunda belirtileceği Anayasa Koyucu tarafından vaz edilmiştir.

Yönetmelikler, Kamu Kuruluşlarının kendi görev alanlarına giren konularda yasa ve tüzük uygulanmasına yönelik yönetsel anlamdaki hukuk kurallarıdır. Yukarıda hükmü alınan Anayasanın 124.maddesine göre Başbakanlık, Bakanlıklar ve Kamu Kuruluşları görev alanları ile ilgili yasa ve tüzüklerin uygulanmasını belirleyen yönetmelik çıkarabilir. Anayasa'mızın 11.maddesinin 2.fıkrasına göre Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamayacağı gibi, bu kuraldan hareketle hukukun genel ilkelerine göre; yönetmelikler normlar hiyerarşisi kurallarının bir tekrarı niteliğinde olan anılan 124.madde hükmüne göre de yasa ve tüzüklere aykırı olamayacağı gibi üst hukuk kurallarına da aykırı olamaz. Yönetmelikler yasanın açıkça yetki vermediği bir konuda yeni bir düzenleme yapamayacağı gibi, Yasa ile öngörülen kuralı sınırlayamaz, genişletemez ve yeni bir hüküm koyamaz.

4054 Sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16.maddesinin 3.fıkrasında; "Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir." hükmü getirilmiş, 5.fıkrasında da; "Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır." denilmiş, son fıkrasında da; "Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağımsızlık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir." hükmü ihdas edilmiştir.

Yukarıda hükmü açıklanan 16.maddenin 5.fıkrasının yollamada bulunduğu, Kabahatler Kanununun 17.maddesinin 2.fıkrasında ise; " İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur. " hükmü bulunmaktadır.

Bu hükümleri yorumlamaya çalışırsak; Yasa Koyucu, maddenin 3.fıkrası ile verilecek cezalarda alt sınır (asgari had) koymayıp, sadece üst sınırı (azami haddi) belirleyerek, cezaların nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar verilebileceğini hükme bağlamış, son fıkrasında ise sadece "cezanın tespitinde dikkate alınan hususlar" kavramını getirerek, Rekabet Kurulu'na sadece cezanın tespitinde dikkate alınacak hususların belirlenmesine ilişkin yönetmelik çıkarma konusunda sınırlı yetki vermiştir. Cezanın tespitinde dikkate alınacak hususlar derken yasa koyucu neyi kastetmektedir?

<sup>(4)</sup> Kemal Gözler, " Yönetmelikler " [www.anayasa.gen.tr/yonetmelikler.htm](http://www.anayasa.gen.tr/yonetmelikler.htm) erişim tarihi 14.07.2013

Burada kastedilen hangi fiillere, ne miktarda ceza vereceğini tespit et demek anlamında değil, 16.madde ile verilen ceza sınırları içerisinde (% 10 'a kadar) ceza takdir ederken hangi unsurlara göre veya hangi şartların varlığı halinde cezayı ağırlaştıracağını veya hafifleteceğini, bir başka deyişle yasada öngörülen sınırlar içerisinde ceza tayin ederken, takdir yetkisini kullanma adına hangi unsurları dikkate alarak ceza tesis edeceğini anlamındadır. Yasa koyucu Rekabet Kurulu'na, Yönetmelik yaparken hangi fiillere ne oranda ceza verileceğini tespit etme yolunda bir yetki verseydi o zaman yasaya; "Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespiti ve maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar" kavramını ayrı ayrı yazarak birlikte getirirdi.

Yasa koyucu bu görüşümüzü teyit eder mahiyette olmak üzere, anılan 16.maddenin 5.fıkrasında, verilecek cezanın üst sınıra kadar olmak koşuluyla tespit edilirken, bir başka deyişle Rekabet Kurulu takdir yetkisini kullanırken ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacağını işaret ederek Yönetmelik koyucuya, "idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların nelerden ibaret olabileceğini söylemiş ve adeta bir anlamda Rekabet Kuruluna yol göstermiştir. Hatta bir adım daha giderek "GİBİ HUSUSLAR" kavramını getirerek bu hususların tahdidi değil tadadı olduğunu, bu unsurların çoğaltılabileceğini belirtmiştir. Yasa koyucu bir anlamda, son fıkrada belirtilen idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar kavramının ne olduğunu 5.fıkra ile önceden açıklamış ve bu kavramı son fıkrada yine tekrar ederek, bu ilkelere göre yönetmelik çıkarılabileceğini söylemiştir. Amaçsal yorum (gai yorum) ilkelerinden hareketle yasa koyucunun gerçek amacını anlamaya çalışırsak, bizce yasa koyucu, yollamada bulunduğu, yukarıda hükmü açıklanan Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünün ceza verilirken öncelikle dikkate alınacağını belirterek, bu hükümde yer alan kanunlarca alt ve üst sınırı belirlenen idari para cezalarında kullanılacak takdir yetkisinin etkenlerini hatırlatarak ve adeta yönetmelik koyucuya da, bu şekilde yasalarda cezaların alt ve üst sınırı belirlenebilir, sen yönetmelikle alt ve üst sınır koyamazsın, sadece bu sınırlar içerisinde karar verirken bazı unsurları dikkate alınabileceği hususlarını düzenleyebilirsin anlamında yol göstermiştir.

Olayımızda 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile konulan kural, anılan yönetmelikle bir anlamda değiştirilmekte ve Kurulun hareket alanı daraltılmaktadır. Yasa ile getirilmeyen ve Yönetmelik Koyucuya ceza miktarlarını ve ceza sınırlarını saptama konusunda verilmiş bir yetki olmamasına rağmen, belirli suçlara verilecek cezaların saptanması, para cezasına yeni bir alt sınır ve yeni bir üst sınır konulması 4054 sayılı yasanın 16.maddesine aykırıdır. Öte yandan 5/1-a bendinde; karteller için yüzde ikisi ile yüzde dördü, (b) bendinde; karteller dışında kalan diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü oranında bir ceza öngörülmesi, Yasanın 16/son maddesinde Kurulca çıkarılması için verilen yönetmelik yetkisini aşmaktadır. Onu contra legem hale getirmektedir. Zira yönetmelik ile temel ceza tespiti mümkün değildir. Bu nedenle yasaya aykırı bulunan Yönetmelik hükümlerine göre ceza belirlenmesinin olanaklı olmadığı, hukuken sakat olduğu açıktır. Öte yandan bu karşı oy sahibinin 4054 sayılı yasa ile kendisine verilmiş bulunan yüzde on sınırları içerisinde kalmak kaydıyla, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurları dikkate alarak ceza miktarını tespit etme yolundaki takdir yetkisi, daha önce görev yapan ve aynı seviyede olan üyelerin çıkardığı bir düzenleme ile ipotek altına alınmakta, adeta onların düşünce ve kararlarını devam ettirme zorunluluğu gibi ve yasaya dayalı olarak özgürce karar vermesini engelleyecek şekilde asla kabulü mümkün olmayan hukukla bağdaşmayacak bir durum ortaya çıkarmaktadır.

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

Öte yandan 2577 sayılı İ.Y.U.K nun 7.maddesinin 4.fıkrasında “Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olamayacağı hükmü karşısında, açık olarak hukuka aykırı olduğuna inandığımız yönetmelik hükmünün tarafımızdan da uygulanmasının zorunlu olmadığına inanıyoruz. Bu hükme göre, Kurul’umuzca tesis edilen kararın İdare Mahkemesi ve Danıştay’ca yapılacak olası bir yargısal denetiminde de dikkate alınacağı kanısındayız.

26.9.2004 gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlığı altındaki 2.maddesinde; “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” hükmü getirilmiştir.

Yine 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun “Kanunilik İlkesi” başlıklı 4.maddesinde; “Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.” hükmü bulunmaktadır.

Kabahatler kanununun anılan maddesinin, gerekçesinde; ..... suçta kanunilik ilkesine nazaran, kabahatler açısından daha esnek bir sistem kabul edilmiştir. Buna karşılık, ikinci fıkrada, idari yaptırımlar açısından, cezada kanunilik ilkesine paralel bir hükme yer verilmiştir.....denilmiş<sup>(5)</sup>, idari ceza hukuku ile ceza hukuku arasındaki kanunilik ilkesindeki ayırım gösterilmiştir. Ancak her iki hukuktaki kanunilik ilkesinin değişmez kuralı ceza hukukunda suç ile cezanın, idari ceza hukukunda yaptırımın türü, süresi ve miktarının kanunla belirleneceği kuralıdır. Ayrıca, Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturur.

Rekabet Kurulu, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’in; 5.maddesi ile Türk Ceza Kanunu’nun 2.maddesinin 2.fıkrasına ve Kabahatler Kanunu’nun 4.maddesinin 2.fıkrasına aykırı olarak 4054 sayılı yasa ile yüzde ona kadar idari para cezası verilebilmesi hükmünü daraltarak, belli kabahatlere, yeni ceza oranları belirleyerek adeta kendisini Yasa Koyucu yerine koymuştur.

## **2-Yönetmeliğin Yasaya Aykırı Hükümlerinin Açılacak Olası Bir Davada İptal Edilebileceği Kanısını Taşıyoruz.**

İdare hukuku kurallarına göre Yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere karşı iptal davaları iki halde açılabilir. Yönetmeliklerin yayımlanması üzerine ilgililer tarafından yasal süre içerisinde iptali için dava açılabilir gibi, bu düzenlemenin bir idari işleme dayanak olarak alınıp uygulanması ile menfaatleri haleldar olan kişiler tarafından da

<sup>(5)</sup>Kabahatler Kanunu Hükümet Tasarısı ve Adalet Komisyonu madde gerekçesi

işlemlerle birlikte, yönetmeliğin ilgili hükümlerinin de iptali yolunda işlemin tabi olduğu dava açma süresi dava açılabilirliği bilinmektedir. Bu nedenlerle ve yukarıda açıklamaya çalıştığım gerekçelerle, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in; 4054 sayılı yasaya aykırı bulunan ilgili hükümlerinin iptal davasına konu olması halinde iptal edilebileceği kanısını taşımaktayım.

### **3-4054 Sayılı Kanunun 16.Maddesinin İrdelenmesi, Anayasa'ya Aykırılık Sorunu ve Maddenin Yeniden Düzenlenmesi Gereği.**

Yukarıda geniş olarak hükmünü açıkladığımız 4054 Sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16.maddesinin 3.fıkrasında; "Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir." hükmü bulunmaktadır. Bu hükmümlle Yasa Koyucu anılan 4054 sayılı Kanunun 4, 6 ve 7.madde de belirtilen rekabet ihlali olarak nitelendirilen kabahatler hakkında verilecek idari para cezalarında Rekabet Kuruluna geniş bir takdir yetkisi alanı bırakmış ve % 0-10 oranı arasında ceza takdir edebilmesi konusunda yetki vermiştir.

Yukarıda da, açıkladığımız gibi, cezanın takdirinde dikkate alınacak hususlar konusunda, anılan yasanın 16/5 fıkrası ile, Kabahatler Kanununun 17/2 fıkrasına yaptığı yollamayla birlikte (işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu) ihlalin tekrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi kavramları getirmiş, yine yukarıda açıkladığımız, 16/son fıkrası ile "gibi" kavramı ile tadadı olarak bu unsurların çoğaltılması adına "cezanın tespitinde dikkate alınan hususlar" konusunda yönetmelik çıkarma yetkisi vermiştir. Yönetmeliğin çeşitli hükümleri ile, cezanın ağırlaştırıcı unsurları olarak; İhlalin süresi, Soruşturma kararının tebliğinden sonra kartele devam edilmesi, İncelemeye yardımcı olunmaması hali, diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması gibi davranışlar, cezanın hafifletilmesi unsurları olarak ise, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması, ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi haller olarak belirlenmiştir.

Sonuç olarak; Rekabet Kurulu Rekabet ihlalleri için vereceği nispi idari para cezasını tespit ederken % 0-10 oranı arasında kalmak koşulu ile, yukarıda yasa hükmü ile belirtilen ve yine Yönetmelik hükmü ile yasa koyucunun işareti ile çoğaltılan unsurları dikkate alarak takdir yetkisini kullanacaktır.

Hukuk devleti ilkesi, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin fiil ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade eder. Hukukî güvenlik ilkesi, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutumunu ve davranışlarını buna göre güvenle düzene sokabilmesi anlamına gelir. Bu güvenliğin sağlanabilmesi her şeyden önce, devletin kendi koyduğu hukuk kurallarına kendisinin de uyması bağlıdır. Hukuk devletinin ön şartlarından biri olan hukuk güvenliği ilkesi ile bireylerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Hukuk güvenliğinin unsurları, hukuki belirlilik ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi, eşitlik ilkesi ve cezaların yasallığı ile hukuksal güvenlik ilkeleridir. Bunun dışında konumuzla doğrudan ilgisi olmayan kazanılmış hak ilkesi ile geriye yürümezlik ilkeleri de Hukuk güvenliğini sağlayan diğer en önemli ilkelerdir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik" tir. Yasal düzenlemelerin nesnel olması, hukuk devletinde yasadan doğan sorumluluğunun eylem ve olgu, hukuksal sonuç, hak süjesi yönlerinden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, belli, anlaşılabilir olması en temel ilkedir. Bu nedenlerdir ki hukuksal güvenliğinin var olduğunun algılandığı otoritenin keyfilikten uzak olduğunun düşünüldüğü ortamda bireyde davranışlarını hukuka uyarlayabilecek ve kendine düşen ödevi yerine sorunsuz getirebilecek kamu düzeni ve hukuk devleti ilkesinin yerleşmesine katkı ile gereksiz uyuşmazlıkların oluşmasının önüne geçilmiş olabilecektir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir.

Hukuki belirlilik ilkesi gereği olarak Yasa Koyucu tarafından getirilen kuralın, kuralın muhatabı kişilerin olağan şartlar altında belirli işlem ve eylemlerin hangi sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini sağlayacak nitelikte düzenlenmesini gerektirir. Bu ilke ile kuralın, muhatap kişi bu kuraldaki takdir yetkisinin kapsamını, kendisi tarafından öngörülemez keyfi tutum ve davranışlardan koruyacak düzeyde açıklıkla anlayacak şekilde düzenlenmelidir. Bir başka deyişle kuralın hukuki öngörülebilirliği olmalıdır.

Yasa ile getirilen kural, Anayasamızın 10.maddesinde belirlenen eşitlik ilkesine uygun olmalıdır. Şöyle ki; alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüz olmamalı, cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında çok büyük oranda açılmış bir makas şeklinde makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek nitelikte düzenlenmemelidir.

Yasa koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, kabahatler hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi, 17.04.2008 gün ve E.2005/5, K.2008/93 sayılı kararıyla, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesini iptal etmiştir.

İptale konu 42.madde de "Ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500 000 TL. den 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir. Ayrıca fenni mesule bu cezaların 1/5'i uygulanır.

Birinci fıkrada belirtilen fiiller dışında bu Kanununun 28, 33, 34, 39 ve 40 ıncı maddeleri ile 36 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen mal sahibine, fenni mesule ve müteahhide 500 000 TL.den 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir.

Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen fiillerin tekrarı halinde para cezaları bir katı artırılarak verilir.....hükmü bulunmaktaydı.

Anayasa Mahkemesi, yasa ile getirilen kuralın hukuk devleti ilkelerinden olan hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ilkesi ve cezaların yasallığı ile hukuksal güvenlik ilkelerine aykırı olduğundan bahisle anılan kuralı iptal etmiştir. Anayasa mahkemesi mezkur kararında; "3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinde düzenlenen idari para cezaları, imar ve kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi amacıyla, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve uygulanan yaptırımlardır. Maddenin birinci fıkrasındaki idari yaptırım, idarenin ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapının yapıldığı yönündeki tespiti ve bu konudaki değerlendirmesine bağlı olarak idarece uygulanmaktadır. Başka

bir deyişle hem cezayı gerektiren eylemin işlendiğini saptamak hem de Yasa'da gösterilen alt ve üst sınırlar arasında cezanın tutarını belirlemek tamamıyla idari makamların, belediyeler veya en büyük mülki amirlerin kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir. Sonuçları belli ölçüde genel para cezalarına benzese de tümüyle idari işleme dayanan bir yaptırımdır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır.

İdari makamların Yasa'nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir. Yasa'yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir.

Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir.

Yasa koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.

Cezanın Yasa'da gösterilen sınırlar arasında idarece belirlenmesinde, yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahsurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara yapılması; hangi amaçla yapıldığı, büyüklüğü ve konut, ticari, sanayi, otel, akaryakıt istasyonu gibi niteliği; fen ve sağlık kurallarına aykırılık taşıması; içinde oturacak veya çalışacak kişiler için tehlike oluşturması; çevresinde ya da aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılabilir durumda olması gibi ölçütlere yer verilmemiştir.

Bu tür idari işlemlere karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, bu güvencenin uygulama aşamasından sonra ve ancak itiraz yoluyla ortaya çıkacağı göz önünde bulundurulduğunda, yasa kurallarının yürürlükte olduğu sürece keyfiliği ortadan kaldırmaya yeterli olduğu söylenemez. Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilir şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvence vermek zorundadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edilmiş olduğundan ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

demiştir.<sup>(6)</sup>

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız, ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer nitelikteki kararı ışığında 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16.maddesinin ilgili fıkralarını irdelediğimizde; Yasa Koyucunun bu maddede de, Hukuki belirlilik, hukuki öngörülebilirlik, eşitlik ilkesi ve cezaların yasallığı ile hukuksal güvenlik ilkelerine tam uyduğunu söylemek mümkün değildir. Yasa koyucu, bu hükümlerle cezanın alt ve üst sınırı arasında Rekabet Kuruluna büyük bir takdir yetkisi bırakmıştır. Yukarıda açıklanan, iptale

<sup>(6)</sup> [http://anayasa.gov.tr/index.php?I=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=2612&content=](http://anayasa.gov.tr/index.php?I=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2612&content=)



konu 42.madde de alt üst sınır cezanın parasal miktarı konularak 50 kat şeklinde olmasına rağmen, 16.madde de nispi ceza oranı belirlenmiş olmakla bu fark şimdiye kadar ki uygulamalara göre 10.000 kat şeklindedir ve hatta Rekabet Kurulu bu katı daha fazla arttırabilme olanağına sahiptir.

Öte yandan, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Rekabet Kuruluna bu alt ve üst sınırlar arasında idari para cezasını tespit ederken dikkate alacağı hususlar gerek 4054 sayılı yasa, gerek Kabahatler Yasası ve gerekse Yasa Koyucunun verdiği yönetmelik yetkisi ile belirlenmiştir. Gerçekten belirlenen unsurlar, alt ve üst sınır arasında bu kadar büyük bir orandaki farklılık içinde hukuka ve adalete uygun bir şekilde idari para cezasını tespit etmeye yeterli midir? Biz bu konuda tam yeterlidir diyemiyoruz. Bu durumun, bir başka deyişle bu maddenin Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi halinde iptal edilebileceği kuşkusunu taşımaktayım.

Bilindiği gibi, Rekabet Hukuku 1900 lü yıllarda Sherman yasası ile ilk A.B.D de doğmuş, 1950 li yıllarda da Avrupa Devletleri bu hukuku kabul etmiştir. Ülkemizde ise 1994 yılında çıkarılan 4054 sayılı yasaya göre Rekabet Kurumu 1997 yılında faaliyetine başlamıştır. Dünyada epeyce yol alan Rekabet Hukuku, teorik anlamda dahil olmak ülkemizde, Rekabet Kurumu ile pratik alanda da belirli ve üst bir seviyeye gelmiş bulunmaktadır. Artık Rekabet Hukukunda da, rekabete aykırı fiiller arasında ayırım yapılarak kabahat tiplerinin belirlenerek bir ayrıma gidilmesi olanaklıdır. Öte yandan Anayasamızın 13.maddesinde vücut bulan ceza muhakemesi hukuku işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dâhilinde bulunan zarar arasında makul bir oranın bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ölçülülük ilkesi dikkate alınarak ceza miktarlarının belirlenmesi mümkündür.

Belirtilen nedenlerle, hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve eşitlik ilkeleri bağlamında, Yasa Koyucunun gelişen Rekabet hukuku ilkelerini dikkate alıp, kabahat tiplerinde bir ayrıma giderek, cezada ölçülülük ilkelerini de göz ardı etmeksizin 16.maddeyi yeniden düzenlemesi gerektiği ve halen komisyonda bulunan yeni yasa değişikliği çalışmasının bu konuda büyük bir fırsat olduğu inancını taşıyorum.

#### **4-Sonuç**

Açıklanan nedenlerle farklı gerekçemiz, "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5.maddesi ile getirilen kabahat tipleri ve bu kabahat tiplerine verilecek idari para cezalarına alt ve üst sınır konulması suretiyle kanuna aykırı yönetmelik hükümlerinin uygulanmasının olanaklı olmadığı noktasından çıkmakta olup, kararımıza sonuç ceza oran ve miktarına katılmakla birlikte, gerekçe yönünden katılmıyorum.

**Reşit GÜRPINAR**  
**Kurul Üyesi**

## KARŞI OY GEREKÇESİ

(20.08.2014 tarihli ve 14-29/613-266 sayılı Kurul Kararı)

Kurulun 20/08/2014 Tarih ve 14-29 Sayılı Toplantısında görüşülen Siemens San. ve Tic. A.Ş.'nin Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik yedek parça teminindeki davranışlarıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin Rekabet Kurulu'nun, 16.3.2010 tarih, 10-23/326-114 sayılı kararının Danıştay 13. Dairesinin 28.01.2014 tarih, 2010/3851 E., 2014/146 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine konunun yeniden değerlendirilmesi ile ilgili olarak alınan kararın 1. maddesindeki "...1. Ankara 13. İdare Mahkemesi tarafından verilen 28.01.2014 tarih ve 2010/3851 E., 2014/146 K. Sayılı kararın gereğinin yerine getirilmesini teminen dosyanın temyiz süreci beklenmeksizin görüşülmesi..." kararına aşağıdaki gerekçelerim nedeniyle karşıyım.

Kurulun, Danıştay'ın yürütmeyi durdurma veya iptal kararı nedeniyle, işlem dosyasıyla ilgili olarak yeni kararını 30 gün içinde almak zorunda olmadığı düşünülmektedir. Her ne kadar 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesi idare mahkemelerinin kararlarının en geç 30 gün içinde yerine getirileceğini öngörmekteyse de, madde metninde mahkeme kararlarının **icaplarına göre** idarece gecikmeksizin yerine getirilmesinden söz edilmektedir. Madde metninde geçen **icaplarına göre** ibaresinin doğru anlaşılması gerekmektedir.

İptal kararlarının yerine getirilmesi ile ilgili olarak literatürde çeşitli durumlara göre bir ayırım yapılmaktadır. Örneğin; Prof. Dr. Şeref GÖZÜBÜYÜK iptal kararlarının yerine getirilmesine dair beş farklı durumdan söz etmektedir. Buna göre;

Kimi iptal kararları kendiliğinden sonuç doğurur. İptal kararının yerine getirilmesi için idarece herhangi bir işlem yapılmasına gerek yoktur. Örneğin; çıkarılan bir yönetmeliğin veya verilen bir disiplin cezasının iptali halinde, idarenin başka bir idari işlem yapmasına gerek bulunmamaktadır.

Kimi durumlarda iptal kararının yerine getirilmesi mümkün olmayabilir. Örneğin; görevden alınan bir memurun, iptal kararı alınıncaya kadar emeklilik yaşına ulaşması gibi. Bu gibi durumlarda memurun eski görevine başlatılması imkânı yoktur.

Bazen de iptal kararları aynı nitelikte yeni bir karar alınmasını engellemezler. Örneğin; idari işlem yetki, şekil gibi usule ilişkin eksikliklerden dolayı iptal edilmişse, idare, kararda zikredilen eksiklikleri tamamlayarak **istediği zaman** yeni bir karar **alabilir**. Bu yeni karar, etki bakımından eski kararın yerine geçmez ve geriye yürümez ve bu karar da iptal davasına konu olabilir.

Kimi durumlarda idare, iptal edilen kararın tersine bir karar alma durumundadır. Bu durum özellikle idari işlemlerin iptalinde ortaya çıkar. Örneğin; idareye yapı izni için yapılan başvurunun reddine ilişkin iptal kararı üzerine, idare yapı izni verme doğrultusunda yeni bir karar alma durumundadır.

Kimi durumlarda da, idarenin iptal kararını yerine getirebilmesi için, iptal edilen kararlar ilgili olanların hukuksal durumunda değişiklik yapılması gerekebilir. Örneğin; görevden alınan ve yerine atama yapılan genel müdüre ilişkin iptal kararı verilmesi durumunda idarenin yeni atamayı iptal edip, görevden alma ile ilgili yeni bir işlem yapması gerekir. (Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 2003, 16. Bası, Sh. 250-254)

Görüldüğü üzere, idare yukarıda anlatılan son iki durumda en geç otuz gün içinde yeni bir işlem yapmak zorundadır. İlk iki durumda herhangi bir işlem yapmaması gerekli iken, **üçüncü durumda idare, aynı konuda yeni bir işlem yapma hakkına sahip olup, bu hakkını otuz gün içinde kullanmak zorunda değildir.** İşte, dava konusu olan Rekabet Kurulu kararları da bu kategorideki işlemler olup, otuz gün içinde iptal kararının gereğinin yerine getirilmesinden söz edilemez.

Diğer taraftan Kurul'un işbu kararından sonra tarafların ve ayrıca Kurul'un ilk kararının temyiz sürecinin devam etmesi ve daha sonrasında alınacak kararlar üzerine tarafların ve Kurum'un temyiz sürecine ilişkin olarak alınacak çok sayıda karar olabileceği mümkün olduğundan ve herhalde kanun koyucunun da aynı konu ile hukuk alanında çok sayıda kararın bulunacağı böyle bir sonucu murat etmeyeceği dikkate alındığında Kurul kararlarının temyiz süreci sonuna kadar beklenmesi ve oluşacak nihai karar sonrasında nihai işlemin yapılmasının en doğru yol olacağı ve madde metninde geçen **icaplarına göre** ibaresinden de bunun anlaşılması gerektiği düşüncesiyle karara katılmamız mümkün olmamıştır.

**Fevzi ÖZKAN**  
**Kurul Üyesi**