

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2016-3-17
Karar Sayısı : 16-33/573-249
Karar Tarihi : 13.10.2016

(Önaraştırma)

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Fevzi ÖZKAN, Adem BİRCAN, Şükran KODALAK

B. RAPORTÖRLER: Nesrin ATA, Name AKÇA, Mehmet GERÇEK

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : 4K Medical Sağlık Hiz. Ltd. Şti.
Yavuz Mah. Enstitü Cad. No:34/Ağrı

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : İslab Tıbbi Malzeme Sağlık Hiz. San. ve Tic. Ltd. Şti.
Eğitim Mah. Kasır Ali Cad. No:52 Kadıköy/İstanbul

(1) **E. DOSYA KONUSU:** İslab Tıbbi Malzeme Sağlık Hiz. San. ve Tic. A.Ş.'nin brucella aglütinasyon testinde kullanılan jel sistemini 4K Medical Sağlık Hiz. Ltd. Şti.'ne tedarik etmeyerek hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle;

- Mikrobiyoloji, nükleer tıp, antibiyotik diskleri ve ADMS malzemelerinin alımı için yapılan ihaleye brucella aglütinasyon testinde kullanılan jel sistemi için iştirak edildiği,
- Türkiye'de sadece İslab Tıbbi Malzeme Sağlık Hiz. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nde (İSLAB) bulunan söz konusu jel sistemi için İSLAB'dan fiyat teklifi talep edildiği ancak İSLAB tarafından söz konusu ürünün kendilerine hiçbir şekilde verilmeyeceği yanıtının iletildiği,
- Söz konusu jel sisteminin temin edilemediği durumda ihalede yer alan diğer kalemler için de ihaleye katılamama durumunun oluşacağına İSLAB'a hatırlatıldığı

ifade edilerek konunun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) kapsamında incelenmesi talep etmiştir

(3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 31.03.2016 tarihinde giren başvuru üzerine hazırlanan 11.04.2016 tarih ve 2016-3-17/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu Kurulumuzun 20.04.2016 tarihli toplantısında görüşülmüş ve önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Konuya ilişkin karar uyarınca düzenlenen 13.07.2016 tarih ve 2016-3-17/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

(4) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; başvuru konusu hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Hakkında Öneraştırma Yapılan Taraf: İSLAB

- (5) İSLAB; yüksek teknoloji ürünü tıbbi tanı kitlerinin ve ilgili cihazların üretilmesi amacıyla kurulmuştur. Faaliyetlerini Türkiye'nin çeşitli bölgelerinde bulunan ve Ulusal Bilgi Bankasına (UBB) kayıtlı 13 bayisi ve diğer alt bayileri aracılığı ile yürütmekte olan İSLAB'ın doğrudan son kullanıcıya yönelik pazarlama ve satış faaliyeti bulunmamaktadır.

I.2. Başvuruda Bulunan Taraf: 4K Medical Sağlık Hiz. Ltd. Şti. (4K MEDICAL)

- (6) 4K Medical, Doğu Anadolu Bölgesinde 50'ye yakın hastaneye teknik servis, ortopedi, beyin cerrahi, genel cerrahi, kalp damar cerrahisi gibi alanlarda tıbbi cihazlar ve sarf malzemeleri tedarik etmekte, bakım onarım hizmetleri sunmaktadır.

I.3. Değerlendirme

- (7) Dosya konusu iddia İSLAB'ın rekabet hukuku literatüründe sözleşme yapmanın/mal vermenin reddi olarak sınıflandırılan tek taraflı bir eylemini konu edinmektedir. Bu tür tek taraflı uygulamalar 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde değerlendirilmektedir.
- (8) Herhangi bir teşebbüsün Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğinden bahsedebilmek için 'teşebbüsün ilgili ürün pazarında hakim durumda bulunması' ve 'eylemin rekabet hukuku anlamında kötüye kullanma teşkil etmesi' şeklindeki iki temel unsur kümülatif olarak aranmaktadır.

I.3.1. Hâkim Durum Değerlendirmesi

- (9) Dosya bakımından hâkim durum değerlendirilmesi yapılması muhtemel pazar; en geniş anlamda "Brusella tespitine yönelik serolojik yöntemler" pazarı, en dar anlamda ise "Tüp Aglütinasyon+Coombs testleri" pazarı olarak ele alınabilecektir.
- (10) Bununla beraber, hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin incelemeye, ilgili teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığı analiz edilerek başlanabileceği gibi, öncelikle şikâyete konu eylemin bir kötüye kullanma hali içerip içermediği de irdelenebilecektir.
- (11) Mevcut dosyada anılan kararlarda belirtilen yöntemlerden ikincisi benimsenmiş ve analize İSLAB'ın şikâyet konusu uygulamasının bir kötüye kullanma hali içerip içermediği, başka bir deyişle söz konusu uygulamanın sözleşme yapmayı/mal vermeyi reddetme olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasından başlanmıştır.

I.3.2. Rekabet Hukukunda Mal Vermeyi Reddetme Eylemi

- (12) Öncelikle belirtilmelidir ki, hâkim durumda olsun ya da olmasın teşebbüslerin başka bir teşebbüs ile tedarik ilişkisi içerisine girmesi ya da mevcut tedarik ilişkisine son vermesi Anayasa'nın 48. maddesi kapsamında çalışma ve sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde korunduğundan, rekabet hukuku kapsamında sözleşme taraflarının iradelerine ancak çok sınırlı koşullar dâhilinde müdahale edilmektedir.
- (13) Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'un (Kılavuz) 43. paragrafında, Kurul tarafından sözleşme yapmayı reddetme iddiaları değerlendirilirken ihlalin tespiti için üç koşulun varlığının birlikte aranacağı belirtilmektedir. Buna göre;
- reddetme, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olmalı,
 - reddetmenin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırması muhtemel olmalı,
 - reddetmenin tüketici zararına yol açması muhtemel olmalıdır.

- (14) Başvuruya konu iddiaların yukarıdaki kriterler çerçevesinde değerlendirilmesine geçilmeden önce önemle belirtilmelidir ki, rekabet hukuku mal vermeyi reddetme eyleminin değerlendirilmesinde temel olarak hâkim durumdaki bir firmanın alıcısı konumundaki bir teşebbüsü dışlamak için bu teşebbüsün belli bir girdiye erişimini reddetmesi durumuna ve özellikle de bu teşebbüsün girdinin gerekli olduğu ekonomik faaliyet bakımından hâkim durumdaki teşebbüsün rakibi olduğu olaylara yoğunlaşmaktadır. Nitekim mal vermeyi reddetme eylemi sonucunda anti-rekabetçi etkilerin bu durumla ortaya çıkması beklenmekte ve yukarıda değinilen koşullar temel olarak bu durumları analiz etmeye yönelmektedir.
- (15) Oysa dağıtım ya da yeniden satış seviyesindeki bir mal vermeyi reddetme eylemi bakımından aynı şeyleri söylemek mümkün olmamaktadır. Yeniden satıcı hâkim durumdaki firmanın ürünlerini sadece yeniden sattığından hâkim durumdaki firma ile yeniden satıcı arasında anlamlı bir rekabet bulunmamaktadır.
- (16) Bu kapsamda Kurul'un 18.03.2010 tarihli, 10-24/330-118 sayılı Otis, 08.04.2010 tarihli, 10-29/446-169 sayılı Teknoform ve 02.09.2010 tarih, 10-57/1155-439 sayılı Paşabahçe kararlarında ilgili malı alıp tekrar (herhangi bir katma değer eklemeksizin) satmak isteyen yeniden satıcının söz konusu olduğu durumlarda, mal vermeyi reddetme eyleminin ihlal olarak değerlendirilmesinin güçlüğüne vurgu yapılmaktadır.
- (17) Mevcut dosya kapsamında incelenen taraflar arasındaki ilişkinin de bir sağlayıcının alt pazarda kendisine rakip olan bir teşebbüse belli bir girdiyi sağlamasını içeren bir ilişkiden ziyade, tarafları arasında doğrudan rekabet olmayan bir yeniden satıcılık ilişkisi olduğu görülmektedir.

1.3.3. İSLAB'ın Mal Vermeyi Reddetmek Yoluyla 4054 Sayılı Kanun'un 6. Maddesini İhlal Ettiği İddiasının Değerlendirilmesi

- (18) Yukarıda açıklandığı üzere mal vermeyi reddetme ihlalinin unsurlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesinde ilk bakılacak unsur tedarik edilmeyen malın 4K MEDİKAL'ın faaliyetlerini sürdürmesi için objektif olarak zorunlu olup olmadığıdır.
- (19) Objektif olarak gerekli olma koşulundan anlaşılması gereken, sunumu reddedilen girdi olmadan alt pazara hiçbir rakibin giremeyeceği ya da faaliyetlerine devam edemeyeceği değil, girdinin sunumunun reddedilmesi sonucu ortaya çıkan olumsuz durumla baş edebilmek için rakibin alt pazarda mevcut veya potansiyel bir ikameye –en azından uzun dönemde– güvenemeyecek olmasıdır. Bu bağlamda rakiplerin görülebilir bir zaman uzaklığında etkin bir biçimde sunumu reddedilen girdinin benzerini elde edip edemeyeceği de göz önünde bulundurulmaktadır.
- (20) Önaraştırma sırasında raportörlerin 4K MEDİKAL ile yaptığı telefon görüşmesinde, teşebbüsün ortopedi, genel cerrahi, beyin cerrahisi, kalp ve damar cerrahisi alanlarında tıbbi cihaz ve sarf malzemeleri ile teknik servis tedariki olmak üzere oldukça geniş bir portföy ile faaliyet gösterdiği, bölgede İSLAB tarafından üretilen ODAK Coombs Aglutinasyon Testinin ihale kalemi olarak yer aldığı ve İSLAB ya da yetkili bayisinden fiyat teklifi alınmadığı için ihalede teklif verilemeyen başkaca örneğin yaşanmadığı, aksine başvuru sonrasında çok sayıda ihalede teklif verilerek sözleşmecî konumuna geldiği ifade edilmiştir.

16-33/573-249

- (21) Konuya ilişkin olarak İSLAB tarafından; İSLAB bayisinin de teklif verdiği bahse konu ihalede 4K MEDİKAL'in rakip ürünün yetkili bayisi olarak teklif verdiği, ancak ihale komisyonunun ürünü teknik olarak yetersiz bulması sebebiyle zor durumda kaldığı belirtilerek, teşebbüsün takiben İSLAB'dan fiyat teklifi talep ettiği, bu talebe, yalnız bayiler aracılığıyla faaliyet gösterildiği ve İSLAB ürünü ile herhangi bir ihalede teklif verilebilmesi için ihale öncesinde UBB'ye kayıtlı yetkili bayi olmanın yasal zorunluluk olduğu şeklinde yanıt verildiği, şikâyetçinin ihale öncesinde kendileriyle bir iletişimi olmadığı ifade edilmiştir.
- (22) Taraflardan edinilen bilgiler çerçevesinde, alım yaptığı girdiye herhangi bir katma değer katmaksızın ürünün yeniden satışını yapan ve oldukça geniş bir portföy ile faaliyet gösteren 4K MEDİKAL açısından ilgili ürünün alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez olduğunun kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Yanı sıra İSLAB'ın talebi reddetmesinde, UBB'ye kayıtlı yetkili bayi olunmasını öngören yasal zorunluluğa dayanan objektif haklı bir gerekçenin de olduğu, bu sebeple kötüye kullanma eyleminden söz edilemeyeceği kanaatine varılmıştır.

J. SONUÇ

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