

Rekabet Kurumu Başkanlığından

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2005-4-225 (Devralma)
Karar Sayısı : **05-74/990-276**
Karar Tarihi : 27.10.2005

A.TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ,
Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI,
M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN

B.RAPORTÖRLER : Süleyman CENGİZ, Esin ÇERÇİOĞLU

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20

: Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş.
Temsilcisi: Av. Bülent GÖRÜR
Hüsrev GEREDE Cd. No:102 Teşvikiye/İstanbul

D. TARAFLAR

30

- Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş.
Eski Büyükdere Cd. Giz 2000 Plaza Kat:7 No:17
Maslak/İstanbul
- Gülçin PUŞUOĞLU
Şevketdağ Sk. Nadir Apt. No:11/3 Bahçelievler/İstanbul
- Hakan KAPTANOĞULLARI
Şenikköy Mh. Vişneli Sk. Gonca Apt. No:8 D:3
Bakırköy/İstanbul
- Remzi Erol KADIOĞLU
Eğitmciler Cd. Hazar Sk. No:35 Villa Katı
Beşevler/Bursa
- N. Özlem KAPTANOĞULLARI
Şenikköy Mh. Vişneli Sk. Gonca Apt. No:8 D:3
Bakırköy/İstanbul
- Gülsüm KULAOĞLU
Atatürk Mh. 6. Sk. No:52 Küçükçekmece/İstanbul
- Şenay ÖZER
Şirinevler Fetih Cd. 4. Sk. No:10 Bahçelievler/İstanbul

40

E. DOSYA KONUSU: Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş. (FDH)'nin Diyalisans Diyaliz ve Sağlık Hizmetleri A.Ş. (Diyalisans)'nin %99,997 oranında hissesini devralması işlemine izin verilmesi talebi.

50 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 6.10.2005 tarih ve 7010 sayı giren bildirim üzerine, 4054 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun"un 7. maddesi ile 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in ilgili hükümleri uyarınca düzenlenen 20.10.2005 tarih, 2005-4-225/Öİ-05-SC sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu 24.10.2005 tarih, REK.0.08.00.00-120/312 sayılı Başkanlık önergesi ile 05-74 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

60 **G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili Rapor'da, bildiri yapılan devralma işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olduğu, ancak devir sonucunda ilgili pazarda hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi, böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmayacağı; bu çerçevede söz konusu işleme izin verilmesi gerektiği görüşü ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Bildirime konu şirketlerin faaliyet alanları dikkate alınarak, ilgili ürün pazarı, "Hemodiyaliz Hizmetleri Pazarı" olarak belirlenmiştir.

70 H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Dosya mevcudu bilgilere çerçevesinde, ilgili coğrafi pazar, "İstanbul İli" olarak tespit edilmiştir.

H.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.2.1 1997/1 Sayılı Tebliğ Açısından Değerlendirme

80 1997/1 sayılı Tebliğ'in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesinin (b) bendine göre, "*herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını ya da ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi*" 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde teşebbüsler arası birleşme ve devralma olarak kabul edilmektedir.

Bildirimi yapılan işlem sonucunda, FDH, Diyalisans'ın kontrolüne tek başına sahip olacaktır. Bu çerçevede, söz konusu işlem 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi anlamında bir devralmadır.

90 Öte yandan, anılan Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde yer alan, "*...birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde Rekabet Kurulundan izin almaları zorunludur.*" hükmü ile izne tabi birleşme ve devralmalara pazar payı ve ciro eşiği getirilmiştir.

Tarafların ilgili ürün pazarındaki 2004 yılı cirosu yaklaşık 56.937.284,31 YTL olarak gerçekleşmiş olduğundan, anılan işlemin Kurulun iznine tabi olduğu anlaşılmıştır.

100 Bununla birlikte, tarafların İstanbul İli hemodiyaliz hizmetleri pazarında toplam %8,8 pazar payına sahip olmaları nedeniyle, inceleme konusu devralma işlemi sonucunda ilgili pazarda hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin mümkün olmayacağı kanaatine varılmıştır.

H.2.2. Hisse Satın Alım Sözleşmesi'nde Yer Alan Rekabet Yasağına İlişkin Değerlendirme

110 Taraflar arasında 30.9.2005 tarihinde imzalanan Hisse Satın Alım Anlaşması'nın "Saticıların vereceği rekabet etmeme beyanı" başlıklı 5.08. maddesi gereğince düzenlenen ve Diyalisans'ın ortakları tarafından imzalanan Rekabet Etmeme Beyanında; satıcılara, kapanış tarihi olan 15.11.2005 tarihinden itibaren 2 yıl boyunca, Bağcılar, Bahçelievler ve Çağlayan hariç olmak üzere İstanbul Avrupa Yakası içerisinde diyaliz operasyonları olmak üzere diyaliz hizmetlerinde doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir unvan ve isim altında FDH veya bu şirketin Fresenius Medical Care Grubu'ndaki ana veya yan şirketleri veya iştirakleri ile rekabet etmeme yükümlülükleri getirilmektedir.

120 Bildirim formunda, getirilen kısıtlamanın sebebi -hisse satışı yapan sorumlu uzman hekim ve sorumlu doktorların devralınan diyaliz merkezinde mevcut hastaların alıştığı ve umdukları diyaliz tedavisi yönteminin belirlenmesi, diyaliz hizmeti faaliyetinin organizasyonu ve hastaların takibi gibi önemli hususları içeren know-how'un sahibi olması nedeniyle- Hisse Satın Alma Anlaşması'nın tam değerinin içinde yer alan know-how devrini de garanti altına almak olarak belirtilmiştir.

130 Birleşme/devralma işlemlerinde yan sınırlamalar ve bu çerçevede rekabet yasakları, yoğunlaşmayı meydana getiren sözleşmenin ana amacının yanında sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına yönelik düzenlemelerdir. Alıcılar tarafından satıcılara getirilen rekabet yasakları, uygulamada alıcıların devraldıkları maddi ve maddi olmayan varlıkların değerinden tam olarak yararlanmalarının, dolayısıyla alıcı tarafından yapılan yatırımın karşılığının tam olarak alınmasının bir aracı olarak değerlendirilmektedir. Birleşme/devralma işlemine ilişkin bir rekabet yasağının yan sınırlama olarak kabul edilmesi ve bu çerçevede işlemle birlikte değerlendirilmesi için söz konusu yasağın "yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma", "sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma" ve "orantılılık" kriterlerini sağlaması gerekmektedir.

Dosya konusu işlem bakımından satıcılara getirilen rekabet yasaklarının, yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli oldukları kanaatine varılmıştır. Ayrıca, Sözleşme ile Diyalisans'a getirilen rekabet yasağı, Diyalisans'ın sözleşmede satıcı konumunda bulunan taraf olması nedeniyle bahsedilen kriterden "sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma" kriterini sağlamaktadır.

140 Diğer taraftan, satıcıya getirilen rekabet yasaklarının kapsamının, devredilen faaliyetlere konu ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerekmektedir. İnceleme konusu sözleşmenin 5.08. maddesi ile getirilen rekabet yasağı, Diyalisans'ın devre konu faaliyet alanı ile ilgili ürünler için getirildiğinden, söz konusu yasak kapsadığı ürünler bakımından orantılılık kriterini sağlamaktadır.

Bunların yanısıra, söz konusu rekabet yasağı orantılılık ilkesi gereği, süre yönünden de değerlendirilmiştir. Devralma işlemlerinde rekabet yasakları ile alıcılara getirilen koruma, alıcının müşteri bağımlılığını kazanabilmesi ve özellikle know-how devrinin söz konusu olduğu durumlarda bu devirden tam olarak yararlanabilmesi için satıcının rekabetçi davranışlarından korunması 150 ihtiyacından doğmaktadır. Bu ihtiyacı karşılamak üzere satıcılara getirilen rekabet yasağı süresinin, kesin bir kural olmamakla birlikte, ticari itibarın devredildiği işlemlerde iki yıl; ticari itibarla birlikte know-how devrinin de gerçekleştirildiği işlemlerde ise üç yıl olması gerekmektedir.

İnceleme konusu sözleşme ile Diyalisans'a iki yıl süreyle rekabet etmeme şartı getirildiği görülmektedir. Yukarıdaki değinilen kriter göz önünde bulundurulduğunda, Diyalisans'a getirilen iki yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün yan sınırlama olarak işlemlerle birlikte değerlendirilebilmesi için 160 inceleme konusu sözleşme ile satıcıdan alıcıya ticari itibar devrinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Esasen, ticari itibar ticari markalar, logolar, servis işaretleri, ticari isimler, müşteri listeleri ve dosyaları, müşterilerle yapılmış sözleşmeler gibi gayri maddi varlıklar olarak nitelendirilebilecek çeşitli unsurları içermektedir. Ticari itibar devri içeren sözleşmelerde alıcı tarafından satıcıya getirilen rekabet yasağı, alıcının satıcının rekabetinden korunarak müşteri bağımlılığı yaratabilmesi ve devralma işlemine ilişkin olarak yaptığı yatırımdan tam olarak yararlanabilmesi amacını taşımaktadır.

Bu nedenle, Diyalisans'ın devralma işlemi öncesinde müşteri listeleri ve dosyaları, müşterilerle yapılmış sözleşmeler gibi gayri maddi varlıklar olarak 170 nitelendirilebilecek çeşitli unsurlara sahip olduğu düşünüldüğünde, FDH'nin iki yıl süreyle, satıcıların rekabetinden korunmasının devralma işlemi çerçevesinde makul bir sınırlama olduğu neticesine varılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

- 1) 13.7.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5388 sayılı yasa nedeniyle 8 kurul üyesinin katılımıyla toplantının yapılabileceğine OYÇOKLUĞU ile;
- 2) Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun"un 7. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna; işlem sonucunda 4054 sayılı 180 Kanun'un 7. maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin

05-74/990-276

önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konu işleme izin verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

05-74/990-276

**(27.10.2005 tarih, 05-74/990-276 sayılı Kurul Kararı'na)
KARŞI OY GEREKÇESİ**

13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5388 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun"un 3. maddesi ile, 4054 sayılı Kanun'un 22. maddesi ;

"Rekabet Kurulu, biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere toplam yedi üyeden teşekkül eder" şeklinde değiştirilmiştir.

Ayrıca, Rekabet Kurulu'nun mevcut üye sayısı bugün itibarıyla 8 olmasına rağmen, üye sayısı 7' ye düşünceye kadar toplantıların 8 üyenin katılımı ile yapılacağına dair geçici bir hükme de yer verilmemiştir.

Karar nisabı da aynı yasanın 5. maddesinde 7 üye için belirlenmiş olup, bu sayının 8 üye için kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı kural olarak getirilmiştir.

Bu nedenle, 5388 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih olan 13.07.2005 tarihinden itibaren Kurul toplantılarının en fazla 7 üyenin katılımı ile yapılması gerektiği kanaatında olduğumuzdan, toplantının 8 üyenin katılımı ile yapılmasına dair çoğunluk görüşüne karşıyız.

Tuncay SONGÖR
İkinci Başkan

Süreyya ÇAKIN
Kurul Üyesi