

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2007-2-79 (Devralma)
Karar Sayısı : 08-08/92-32
Karar Tarihi : 24.1.2008

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 **Başkan** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Tuncay SONGÖR, M. Sıraç ASLAN,
Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN

B. RAPORTÖRLER : Barış EKDİ, İlğaz SARIOĞLU, Hüseyin ORMAN

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : - Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş.
Temsilcisi: Av. Ender KOÇ
Hüsrev Gerede Cad. No: 102, Teşvikiye / İstanbul

20 **D. TARAFLAR** : - Fresenius Medical Care Turkish Holding BV
Aliemiri 1. Sok. Yılmaz 13 Apt. Altı No:B-13, Diyarbakır
- International Dialysis Centers BV
Olympic Plaza, Fred Roeskestraat
1231076 EE Amsterdam / HOLLANDA
- Emir Aslan ÖZLER
Cumhuriyet Cad. No:26/2 Pegasus Evi Harbiye / İstanbul
- İshak Kerem TAŞHAN
Cumhuriyet Cad. No:26/2 Pegasus Evi Harbiye / İstanbul
- Mehmet İLİ
Cumhuriyet Cad. No:26/2 Pegasus Evi Harbiye / İstanbul
30 - Cemal PAYAL
Cumhuriyet Cad. No:26/2 Pegasus Evi Harbiye / İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Yaşam Özel Sağlık ve Diyaliz Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş.'nin hisselerinin tamamının Fresnius Medical Care Turkish Holding BV tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

40 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 10.5.2007 tarih ve 3335 sayı ile giren ve eksiklikleri en son 28.8.2007 tarihli ve 5724 sayılı yazı ile tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri çerçevesinde hazırlanan 17.9.2007 tarih ve 2007-2-79/Öİ-07-BE sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 18.9.2007 tarih ve REK.0.06.00.00-120/279 sayılı Başkanlık Önergesi ile 07-76 sayılı Kurul toplantısında görüşülmüş ve Kurul'un 07-76/903-M sayılı Kararı ile "dosya konusunun detaylı inceleme yapılmak üzere incelemeye alınmasına" karar verilmiştir. Söz konusu incelemenin sonucunda hazırlanan 18.1.2008 tarih ve 2007-2-79/BN-08-BE sayılı Bilgi Notu, 21.1.2008 tarih ve REK.0.06.00.00-120/22 sayılı Başkanlık Önergesi ile 08-08 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Raporda;

- 50 1- Bildirim konusu devralma işleminin 4054 sayılı Kanun ve 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bildirim tabi bir devralma işlemi olduğu,
- 2- Söz konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran bir işlem olmadığı,
- 3- Devralma işleminin Rekabet Kurulu'nun izni alınmadan gerçekleştirilmiş olması nedeniyle;
- a. 4054 sayılı Kanun'un 16.maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca, Fresenius Medical Care Turkish Holding BV'ye 1.716 YTL;
- 60 b. Aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca da Fresenius Medical Care Turkish Holding BV yöneticileri (müdürleri) Klenner LUTZ ve Michael John ALLEN'e (her birine) söz konusu cezanın (1.716 YTL) en fazla %10'u oranında idari para cezası verilmesi gerektiği,
4. Fresenius Medical Care Turkish Holding BV'nin bildirim formunda yanıltıcı beyanda bulunmuş olması nedeniyle,
- a. 4054 sayılı Kanun'un 16.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca, Fresenius Medical Care Turkish Holding BV'ye 3.432 YTL;
- b. Aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca da Fresenius Medical Care Turkish Holding BV yöneticileri (müdürleri) Klenner LUTZ ve Michael John ALLEN'e (her birine) söz konusu cezanın (3.432 YTL) en fazla %10'u oranında
- 70 idari para cezası verilmesi gerektiği

ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili İşlem ve Taraflar

H.1.1. İşlemin Konusu

Dosya konusu işlem; Fresenius Medical Care Turkish Holding BV.'nin (FMC), Yaşam Özel Sağlık ve Diyaliz Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş. 'nin (Yaşam) hisselerinin %99,99'unu Yaşam'in ortakları olan International Dialysis Centers BV, Emir Aslan ÖZLER, İshak KEREM, Mehmet İLİ ve Cemal PAYAL'dan devralması işlemidir.

H.1.2. Taraflar

80 **H.1.2.1. Fresenius Medical Care Turkish Holding BV (FMC)**

FMC, Hollanda kanunları uyarınca Mart 2007 tarihinde kurulmuş bir limited şirket olup diyaliz hizmetleri alanında faaliyet göstermektedir. Tek ortağı olan Fresenius Medical Care Beteiligungsgesellschaft'ın tek hissedarı Almanya tabiiyetli Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA'dır (FMC Almanya). Dolayısıyla FMC, FMC Almanya'nın bağlı ortağıdır.

FMC hemodiyaliz hizmetleri pazarında faaliyet göstermekle birlikte, FMC'nin bağlı olduğu FMC Almanya grubunun kontrolünde olan;

- Fresenius Ecza Deposu A.Ş. periton solüsyonlarının eczanelere dağıtım ve satışını yapmakta,

- 90
- Fresenius Kabi İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti. *parental nutrition* ilaçlarının ithalat ve ihracatını yapmakta,
 - Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş. (FDH) diyaliz hizmetleri pazarında diyaliz hizmetlerinde kullanılan donanım ve solüsyon temininde tedarik sağlama faaliyetinde bulunmakta,
 - Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş. de diyaliz hizmetlerinde kullanılan donanım ve solüsyonları tedarik etmektedir.

FMC'nin 2007 yılı mart ayında kurulması nedeniyle herhangi bir pazar payı ve cirosu söz konusu olmayıp, FMC Almanya'nın bağlı ortağı olan FDH'nin 2006 yılı cirosu (.....) YTL'dir.

- 100
- FMC Almanya'nın bağlı ortağı FDH, Diyarbakır İli içerisinde Güneydoğu Anadolu A.Ş. unvanlı diyaliz merkezine sahiptir.

Dosyadaki bilgilere göre, Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş.,'nin 2006 yılındaki pazar payı hemodiyaliz makineleri alanında %(...), diyalizörler alanında %(...), kontrastlar alanında %(...), kan setleri alanında ise %(...)'tür.

H.1.2.2. Yaşam Özel Sağlık ve Diyaliz Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş. (Yaşam)

Bildirim Formu'ndaki beyana göre Diyarbakır'da faaliyet gösteren Yaşam'ın devralma işlemi öncesi hissedarlık yapısı aşağıdaki tabloda belirtilmiştir.

Tablo 1 Yaşam'ın Mevcut Ortaklık Yapısı

Pay Sahibi	Payı
International Dialysis Centers BV	96
Emir Aslan ÖZLER	1
İshak Kerem TAŞHAN	1
Mehmet İLİ	1
Cemal PAYAL	1
TOPLAM	%100

- 110
- Bildirim Formu'ndaki beyana göre devralma işlemi sonrası Yaşam'ın öngörülen ortaklık yapısı aşağıdaki gibidir.

Tablo 2: Yaşam'ın Devralma Sonrası Öngörülen Ortaklık Yapısı

Pay Sahibi	Payı
FMC Turkish Holding B.V.	≈ 99,99
Mehmet Tamer SOYULMAZ	≈ 0,00
Hüseyin Alp ÖZKAN	≈ 0,00
Levent EREN	≈ 0,00
Mesut Ekrem SUIÇMEZ	≈ 0,00
Toplam	%100

- 120
- Yaşam'ın 2006 yılı sonu itibarıyla cirosu (.....)-YTL.'dir. Yaşam Diyarbakır'daki (...) adet hemodiyaliz cihazına sahip olup 2006 yılında 152 diyaliz hastasına hizmet vermiştir. Bahse konu teşebbüs, Nisan 2007 sonu itibarıyla 148 hasta sayısı ile %47,28'lik bir pazar payına¹ sahip iken anılan tarihte yaşanan Hepatit-C sağlık sorunu nedeniyle Nisan 2007 sonrasında hızla pazar payı kaybettiği anlaşılmıştır. Ağustos 2007 sonu itibarıyla hasta sayısı 61'e ve pazar payı %17,38'e düştüğü gözlemlenen Yaşam'ın, Eylül ayının başından itibaren fiilen hasta kabul etmemeye başladığı; 17.10.2007 tarihi itibarıyla ruhsatları Diyarbakır İl Sağlık Müdürlüğü'ne iade edildiği, anılan tarihten itibaren Kliniğe hasta kabul edilmeyeceği, Yaşam'ın 1.4.2007 tarihi itibarıyla 148 fiili hastasının (...)sinin Güneydoğu Kliniği'ne (...)unun Çamlıca Kliniği'ne, (...)sinin Renal'e ve geri kalan 19'unun muhtelif merkezlere geçiş yaptığı ve

¹ Dosyada pazar payı kavramından kasıt "bakılan hastaların toplam hastalara oranı"dır.

Yaşam'ın anılan sağlık sorunları sonucunda açılan davalar nedeniyle feshedilemediği teşebbüs temsilcisi tarafından bildirilmiştir.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1 İlgili Ürün Pazarı

Tarafların faaliyet alanları dikkate alınarak, ilgili ürün pazarı "*hemodiyaliz hizmetleri pazarı*" olarak tanımlanmıştır.

130 Diyaliz, özetle, böbrek yetmezliği olan hastaların kanının, tıbbi yöntemler kullanılarak zararlı maddelerden temizlenmesi işlemidir. Söz konusu hizmet esnasında kan hastanın arterinden alınarak kan seti yardımıyla filtreden temizlenerek ven seti ile tekrar insan vücuduna temizlenmiş olarak geri döner. Tüm bu işlem insan vücudunun dışında hemodiyaliz cihazı aracılığıyla gerçekleşir. Kanın temizlenmesi ile makine arasında direkt bir bağlantı yoktur. Böbrekleri çalışmayan hastaların haftada en az 3 kere en az 4 saatlik bir işleme tabii tutulması gereklidir.

140 Böbrek yetmezliği olan (böbrekleri kısmen veya tamamen çalışmayan) hastalar için (a) böbrek nakli, (b) periton diyalizi (hastanın gerekli donanımı ve eğitimi temin ederek işlemi kendi kendine gerçekleştirmesi) ve (c) hemodiyaliz olmak üzere üç temel tedavi yöntemi olmakla birlikte, hemodiyalizin herhangi bir başka sağlık hizmeti ile ikame edilme olanağı bulunmamaktadır.

Diyalizle ilgili tüm işlemler Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan ve 8.5.2005 tarih ve 25809 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "*Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelik*" (Yönetmelik) eliyle yürütülmektedir. Ülkemizde söz konusu hizmet, hastaneler ve diyaliz merkezleri tarafından hem devlet hem de özel sektör tarafından verilebilmektedir.

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Dosyada yer alan bilgiler çerçevesinde, hemodiyaliz hizmetleri pazarında faaliyet gösteren devre konu teşebbüsün Diyarbakır ilinde faaliyet gösterdiği dikkate alınarak, ilgili coğrafi pazar "*Diyarbakır İli*" olarak tanımlanmıştır.

150 H.2.3. Hizmetin Sağlanması Açısından İlgili Pazarın Yapısı

Dosyaya konu olan diyaliz hizmetleri temel olarak Sağlık Bakanlığı'na (Bakanlık) bağlı hastaneler, üniversite hastaneleri ve özel diyaliz merkezleri tarafından sağlanmakta, diyaliz merkezleri Sağlık Bakanlığının yakından gözetim ve denetimine tabi tutulmaktadır. Bakanlık verilecek hizmetin standardizasyonunu çıkarmış olduğu 8.5.2005 tarihli ve 25809 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "*Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelik*"le belirlemektedir.

Sağlık Bakanlığı söz konusu piyasada hem aktör olarak hem de düzenleyici ve denetleyici olarak görev yapmaktadır.

160 Her ne kadar diyaliz hizmetlerinden faydalananlar hastalar; anılan hizmetin standardizasyonu belirleyen Sağlık Bakanlığı olsa da, söz konusu tedavinin bedeli çoğunlukla Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından çıkarılan 25 Mayıs 2007 tarih ve 26532 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "*Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği*"ne göre SGK tarafından ödenmektedir. SGK hâlihazırda "*asetatlı hemodiyaliz*" için 128,00 YTL/seans; "*bikorbanatlı hemodiyaliz*" için 138,00 YTL/seans bedeli belirlemiştir. Özel teşebbüslerin hastalardan söz konusu bedelin üstünde veya altında bir bedel talep etmesinin önünde hukuki bir engel yoktur. Ancak, belirlenen bedelin üzerine çıkıldığında, aradaki fark hasta tarafından karşılanacağı için, hastaların bu

farkı talep etmeyen özel merkezlere yönelecek olması nedeniyle SGK'ca belirlenen bedelin üzerine çıkılması pratikte şu aşamada mümkün görünmemektedir.

170 Diyaliz hastaları sahip oldukları rapor sayesinde, raporda belirtilen periyotlarda diledikleri özel merkezden bu hizmeti temin etme olanağına sahiptir. Diğer yandan, diyaliz merkezlerinin merkeze ulaşım için servis sağlamak, LCD televizyonu olan odalar temin etmek ve çeşitli promosyonlar vasıtasıyla hastaları çekebilmek için rekabet ettikleri bilinmektedir. Söz konusu ek hizmetler ve kalite yarışı bir anlamda tedavi ücretinin reel olarak daha da aşağılara indiğini göstermektedir.

Ayrıca, diyaliz için kullanılan teçhizat ve sarf malzemeleri temin eden teşebbüslerle dikey bütünlük içinde bulunan teşebbüslerin çeşitli maliyet avantajlarına sahip olmaları muhtemeldir.

180 Bildirim Formu'nda, hemodiyaliz hizmetlerinden yararlanan hastaların %99'undan fazlasının sosyal güvence kapsamında bulunduğu, bunların tedavi masraflarının SGK tarafından ödendiği; SGK'nın "*en büyük müşteri*" olarak işlev gördüğü ve teşebbüslerin fiyatı etkileyemeyeceklerinden bahsedilmektedir.

Ancak, kritik bir eşikten sonra (pazardaki kapasitenin büyük bir bölümünü elinde tutan) bir teşebbüsün uzun vadede SGK karşısında pazarlık gücüne sahip olabileceği ve fiyatı etkileyebileceği düşünülmektedir.

H.3. Değerlendirme

H.3.1. 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 2. Maddesi Açısından Yapılan Değerlendirme

190 Dosya konusu işlem çerçevesinde FMC, Yaşam'ın hisselerinin tümünü, dolayısıyla da Yaşam'ın kontrolünün tamamını devralmıştır. Bu nedenle işlem, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(b) maddesi uyarınca bir devralma işlemi olup Kanun'un 7. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.

H.3.2. 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4. Maddesi Açısından Yapılan Değerlendirme

1997/1 sayılı Tebliğ'in, İzne Tabi Birleşme veya Devralmalar başlığı altındaki 4. maddesinde, "*Bu Tebliğ'in 2. maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi 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 yirmi beş trilyon Türk Lirasını aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur.*" hükmü yer almaktadır.

200 Her ne kadar FMC'nin yeni kurulmuş olması sebebiyle herhangi bir cirosu yoksa da FMC'nin bağlı olduğu FMC Almanya'nın bağlı şirketi olan FDH Diyarbakır ilinde Özel Güneydoğu Anadolu Diyaliz Merkezi'nin sahibidir. Bu nedenle inceleme kapsamında hem Yaşam'ın hem de FDH'nin cirosu dikkate alınmalıdır:

2006 yılı itibarıyla FDH'nin Türkiye diyaliz hizmetleri piyasasındaki cirosu (.....).- YTL'dir. FDH Diyarbakır ilinde Özel Güneydoğu Anadolu Diyaliz merkezine sahip olmakla birlikte söz konusu merkez 2007 yılında faaliyete geçmiş olduğu için henüz bir cirosu oluşmamıştır. Yaşam'ın 2006 yılı cirosu ise (.....).YTL'dir.

210 Pazar payları (hizmet verilen hastaların toplam hastalara oranı) açısından bakıldığında ise, 2006 yılı itibarıyla Yaşam'ın pazar payının -kamu hastaneleri dikkate alındığında bile- %50'nin üzerinde olduğu görülmektedir.

2007 yılı pazar payları açısından ise tarafların ve ilgili ürün pazarındaki rakiplerinin pazar payları aşağıdaki tabloda yer almaktadır.

Tablo 3: Diyarbakır Diyaliz Merkezleri'nde Nisan-Eylül Ayları İtibarıyla Bakılan Hastaların Toplam Hastalara Oranı

Diyaliz Merkezleri	OCA	%	ŞUB	%	MAR	%	NİS	%	MAY	%	HAZ	%	TEM	%	AĞU	%	EYL	%
Diyarbakır Devlet Hast.	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Çamlıca Diyaliz Mer.	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Dicle Üni. Tıp. Fak.	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Ergani Devlet Hastanesi	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Yaşam Özel Diyaliz M.	204	57,79	168	49,85	152	44,97	148	40,33	100	30,30	74	22,16	69	21,56	61	17,38	-	-
Güneydoğu Anadolu ÖDM	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Özel Renal Diyaliz Merkezi	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Silvan Devlet Hastanesi	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Toplam	353	100	337	100	338	100	367	100	330	100	334	100	320	100	351	100	257	100

Tablo 4: Diyarbakır İli Özel Diyaliz Merkezleri'nin 2007 Yılı İtibarıyla Bakılan Hastaların Toplam Hastalara Oranı

Diyaliz Merkezleri	OCA	%	ŞUB	%	MAR	%	NİS	%	MAY	%	HAZ	%	TEM	%	AĞU	%	EYL	%
Çamlıca Diyaliz Mer.	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Yaşam Özel Diyaliz M.	204	96,23	152	83,52	152	71,36	148	60,41	100	48,08	74	36,63	69	36,90	61	26,87	-	-
Güneydoğu Anadolu ÖDM	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Özel Renal Diyaliz Merkezi	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Toplam	212	100	182	100	213	100	245	100	208	100	202	100	187	100	227	100	128	100

Yaşam'ın Ocak 2007 itibarıyla 204 hastayla %57,79'luk pazar payına sahip olduğu anlaşılmıştır. Ancak aynı yılın diğer aylarında Yaşam'ın pazar payında bir azalma olduğu görülmüştür. Temmuz 2007 tarihine kadar Yaşam'ın ve Güneydoğu Anadolu Özel Diyaliz Merkezi'nin pazar payı toplamının 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde öngörülen ciro eşliğini aştığı belirlenmiştir. Anılan tarihten itibaren her iki diyaliz merkezinin toplam pazar payının söz konusu Tebliğ'in ilgili maddesinde öngörülen ciro eşliğinin altında kaldığı görülse de sadece Diyarbakır İli'nde faaliyet gösteren özel diyaliz merkezlerinin pazar payları baz alındığında Yaşam'ın ve Güneydoğu Anadolu Özel Diyaliz Merkezi'nin toplam pazar paylarının 2007 yılının uzunca bir kısmında 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde öngörülen ciro eşliğini aştıkları anlaşılmıştır. Bu gerekçeyle dosya konusu işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi kapsamında izin alınması zorunlu bir işlem olduğu sonucuna varılmıştır.

H.3.3. 4054 Sayılı Kanun'un 7. Maddesi Açısından Yapılan Değerlendirme

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi gereğince bir teşebbüsün devralma yoluyla hakim duruma geçmesini veya mevcut hakim durumunu güçlendirmesi yasaklanmaktadır.

Nisan 2007 sonu itibarıyla 148 hasta sayısı ile %47,28'lik bir pazar payına sahip olan Yaşam'ın anılan tarihte yaşanan Hepatit-C sağlık sorunu nedeniyle Nisan 2007 sonrasında hızla pazar payı kaybetmeye başladığı görülmektedir. Ağustos 2007 sonu itibarıyla hasta sayısı 61'e ve pazar payı %17,38'e düşen Yaşam'ın, Eylül ayının başından itibaren fiilen hasta kabul etmemeye başlayacağı; 17.10.2007 tarihi itibarıyla ruhsatları Diyarbakır İl Sağlık Müdürlüğü'ne iade edildiği, anılan tarihten itibaren Kliniğe hasta kabul edilmeyeceği, Yaşam'ın 1.4.2007 tarihi itibarıyla 148 fiili hastasının (...) 'sinin Güneydoğu Kliniği'ne (...) 'unun Çamlıca Kliniği'ne, (...) 'sinin Renal'e ve geri kalan 19'unun muhtelif merkezlere geçiş yaptığı teşebbüs temsilcisi tarafından bildirilmiştir. Yaşam, anılan sağlık skandalı sonucunda açılan davalar sebebiyle feshedilememektedir.

Bu çerçevede, yaşanan sağlık sorunları nedeniyle önce pazar kaybına uğrayan ve daha sonra da fiilen hemodiyaliz hizmetleri pazarından çekilmek durumunda kalan Yaşam'ın Fresenius tarafından devralınması işlemi sonucunda anılan pazar yapısında bir değişiklik olmayacağı, dolayısıyla söz konusu devralma işleminin ilgili ürün pazarında hakim durum yaratacak bir işlem olmadığı anlaşılmaktadır.

Dosya kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer bir husus da "diyaliz hizmetleri" yanında "diyaliz makine ve teçhizatı" ve "diyaliz sar malzemeleri" pazarında faaliyet gösteren Fresenius'un orta ve uzun vadede birleşme ve devralmalar yoluyla sahip olabileceği hakim durumu SGK tarafından belirlenen fiyatlar üzerinde etki sahibi olmak yoluyla kötüye kullanma olasılığıdır. Söz konusu olasılık; Fresenius'un diyaliz makine, teçhizat ve sarf malzeme pazarındaki gücünü hemodiyaliz hizmetlerindeki maliyetleri düşürmek amaçlı kullanacağı ve bunun sonucunda da Fresenius'un SGK ve Maliye Bakanlığı nezdinde muhtemel girişimlerde bulunarak devlet tarafından ödenen diyaliz bedellerinin aşağıya çekilmesini sağlayarak rakiplerini "hemodiyaliz hizmetleri pazarı"nda zor durumda bırakacağı endişesidir.

Söz konusu olasılığın değerlendirilmesi amacıyla Dosya Raportörleri'nce fiyatların nasıl belirlendiği hususu ile ilgili olarak Sağlık Bakanlığı Diyaliz Hizmetleri Denetleme Şube Müdürü ve Sağlık Bakanlığı Maliyet Şubesi Başkanı ile görüşmeler yapılmıştır.

Diyaliz Hizmetleri Denetleme Şube Müdürü ile yapılan görüşmede özetle,

- Diyaliz hizmet bedellerinin SGK tarafından belirlendiği ve diyaliz merkezleri bu fiyatları uygulamak durumunda oldukları için, ilgili piyasada rekabetin servis ve diğer hizmetlerin sunulmasında yaşanmakta olduğu.

- Diyaliz merkezlerinin maliyetlerinin diyaliz maliyetleri ve servis ücretleri olmak üzere başlıca iki kalemden oluştuğu; diyaliz maliyetlerinin içerisinde makine ve sarf malzemeler, kira, elektrik ve personel gideri yer aldığı, maliyetler açısından en büyük kalemin öncelikle personel gideri ve ikinci olarak kira gideri olduğu, ortalama bir diyaliz merkezinde amortisman ve kiranın maliyetin %5'ini, personel giderinin ise maliyetin %40-50'sini oluşturduğu,

- 290
- Bir diyaliz makinesini günde 3 hastaya hizmet verdiği ve seansın ücretinin 135 YTL olduğu mevcut durumda, bir diyaliz merkezinin yukarıda adı geçen maliyetleri ortalama 40 hastaya verilecek hizmetlerden elde edilecek gelirle karşılayabileceği, 40 hastadan sonra diyaliz merkezleri kâra geçebilecekleri

ifade edilmiştir.

Maliyet Şubesi Başkanı ile yapılan görüşmede ise özetle,

- Devlet tarafından diyaliz hizmetleri için ödenecek bedellerin Maliye Bakanlığı'nın yayınladığı "Tedavi Yardım Uygulama Tebliği" ve SGK tarafından yayınlanan "Sağlık Uygulama Tebliği" ile belirlendiği, anılan tebliğlerin hazırlanması esnasında söz konusu iki kurumun Sağlık Bakanlığı'ndan (SB) görüş istediği, SB'nin de hastanelerin diyaliz hizmeti ile ilgili yapmış oldukları maliyet analizlerini ve bu konudaki taleplerini dikkate alarak geçmiş yıllardaki fiyat seyrine göre diyaliz hizmetleri için ödenecek bedelin ne olması gerektiği konusunda anılan iki kuruma görüş belirttikleri, özetle devletçe ödenecek diyaliz hizmeti bedellerinin teamülü olarak üç kurumca belirlendiği,

- 300

- Mevcut düzende diyaliz hizmetlerinin fiyatlandırılması konusunda SB'nin maliyet analizi gibi bir çalışma yapmadığı, ancak şuan tasarı halinde olan Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte konuya ilişkin sivil toplum kuruluşları (Türk Tabipler Birliği vb), Maliye Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı'ndan oluşacak geniş katılımlı bir komisyonca belirleneceği, bu alanda maliyet analizi çalışmalarının yapılacağı, Taniya Bağlı Fiyatlandırma (DRG) sisteminin Türkiye'nin yaklaşık 50 hastanesinde pilot olarak uygulandığı ve anılan uygulamanın olumlu sonuçlar vermesi halinde tüm Türkiye'de uygulanacağı, söz konusu sistemde hasta kodlaması (hastanın kişisel ve hastalığının özelliğine göre sınıflama) ve maliyete göre bir analiz yapılarak hasta bazlı bir fiyatlandırma yapılacağı,

- 310

- Dolayısıyla dışarıdan herhangi bir firmanın ya da teşebbüs birliğinin fiyatların oluşum aşamasında bir katkısının olmadığı gibi herhangi bir etkilerinin olmasının da mümkün olmadığı

320 ifade edilmiştir.

Konuyla ilgili incelemelerin ve görüşmelerin neticesinde, diyaliz hizmetleri alanında ödenecek bedellerin SGK ve Maliye Bakanlığı'nca belirlendiği ve bu bedele özel diyaliz merkezlerince de uyulduğu anlaşılmıştır. Bu gerekçeyle (şuan için) Fresenius'un, SGK ve Maliye Bakanlığı'na devlet tarafından ödenen diyaliz bedellerinin aşağıya çekilmesine yönelik bir dayatma içerisinde bulunma imkânının olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

H.3.4. 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (a) ve (c) Bendleri Açısından Değerlendirme

330 H.3.4.1. 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (a) Bendi Açısından Değerlendirme

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (a) bendinde, birleşme veya devralma başvurularında yanıltıcı veya yanlış bilgi verilmesi durumunda para cezası uygulanmasına hükmedilmiştir.

Rekabet Kurumu kayıtlarına 10.5.2007 tarihinde intikal eden bildirim formunda, Hisse Satım Anlaşmasının 27.3.2007 tarihinde imzalandığı belirtilmiş ve "Söz konusu devralma işleminin kapanışı Rekabet Kurulu'nun devralmaya izin vermesi halinde gerçekleşecektir." ifadesine yer verilmiştir.

340 Yapılan incelemelerde, yukarıda da belirtildiği üzere, 28.3.2007 tarihli şirket İdare Meclisi Kararlarıyla hisse devrinin gerçekleştirildiği ve yönetim kurulunun değiştirildiği, ilgili kararların 13.4.2007 tarihinde tescil ettirildiği tespit edilmiştir. Nitekim daha sonra taraflar da devralmanın 12.4.2007 tarihinde gerçekleştiğini beyan etmişlerdir.

350 Sonuç olarak, bildirim tarihi itibarıyla devralma işlemi gerçekleşmiştir. Ancak tarafların bildirim yapıldığı aşamada işlemin gerçekleşmiş olduğuna dair bilgiyi Rekabet Kurumu'na sunmak yerine, bildirimle ilişkin dilekçede ve Bildirim Formu'nun çeşitli yerlerinde (md. 1.3, 2.1, 2.2 vb.) "FMC'nin Yaşam'ı devralmayı düşündüğünü / planladığı", "işlem sonrası nasıl bir yapının öngörüleceği", "işlemin Rekabet Kurulu'nun iznine müteakip gerçekleşeceği" gibi ifadeler kullanılarak işlemin gerçekleşmiş olduğu konusunda yanıltıcı bilgiler vermeleri ve incelemenin ve eksikliklerin sürdüğü yaklaşık üç buçuk ay boyunca bu bilgiyi Rekabet Kurumu'na sunmaktan imtina ettikleri ve ancak Raportörlerin, Diyarbakır Ticaret Odası ile iletişime geçmeleri ve konuyu taraflara sormaları üzerine 23.8.2007 tarihinde doğru bilginin Raportörlere iletildiği; bunun yanı sıra Bildirim Formu'nun 6.2. bölümünde Sağlık Bakanlığı'nın hastaları özel diyaliz merkezine sevkini ne şekilde olduğunda dair gerçeği yansıtmayan beyanlarda buldukları dikkate alındığında; başvuruyu yapan taraf FMC'nin yanıltıcı beyanda bulunmuş olduğu ve anılan nedenlerle,

360 - 4054 sayılı Kanun'un 16.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca, Fresenius Medical Care Turkish Holding BV'ye 3.432 YTL;

- Aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca da Fresenius Medical Care Turkish Holding BV yöneticileri (müdürleri) Klenner LUTZ ve Michael John ALLEN'e (her birine) 343,2 YTL

idari para cezası verilmesi sonucuna ulaşılmıştır.

370 H.3.4.2. 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (c) Bendi Açısından Değerlendirme

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (c) bendinde, izne tabi birleşme veya devralma işlemlerinin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde para cezası uygulanmasına hükmedilmiştir.

380 Bildirimi müteakip tarafların temsilcisi ile yapılan yazışmalar çerçevesinde, 23.8.2007 tarih ve 5601 sayı ile Kurum kayıtlarına giren e-postada, "Yaşam Özel Sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin yönetim kurulu üyelerinin değişikliği (yönetim kurulu üyelerinin istifaları ve yerlerine yeni yönetim kurulu üyelerinin atanmaları sonucunda) ve hisse devirlerinin 12 Nisan 2007 tarihi itibarıyla tamamlanmış olduğu" ifade edilmektedir.

390 Bunun yanı sıra, anılan teşebbüse ilişkin olarak 18.4.2007 tarih ve 6790 sayılı Ticaret Sicili Gazetesi'nde yer alan kayıtlar incelendiğinde de, 28.3.2007 tarihli Şirket İdare Meclisi kararlarıyla hisselerin devrine ve yeni yönetim kurulunun atanmasına karar verildiği, 13.4.2007 tarihinde de anılan kararların tescil edildiği görülmektedir. Dolayısıyla, 1997/1 sayılı Tebliğ uyarınca Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olan işlem, Rekabet Kurulu'nun kararı beklenmeksizin gerçekleştirilmiştir.

390 Yukarıda yer verilen nedenlerle;

- 4054 sayılı Kanun'un 16.maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca, Fresenius Medical Care Turkish Holding BV'ye 1.716 YTL;

- Aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca da Fresenius Medical Care Turkish Holding BV yöneticileri (müdürleri) Klenner LUTZ ve Michael John ALLEN'e (her birine) 171,6 YTL

400 idari para cezası verilmesi sonucuna ulaşılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, bildirim konusu işlemin,

1. Yaşam Özel Sağlık ve Diyaliz Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş. 'nin hisselerinin tamamının Fresenius Medical Care Turkish Holding BV tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı 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 aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarlarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle işleme izin verilmesine,
2. Bununla birlikte söz konusu işlemin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle Fresenius Medical Care Turkish Holding BV'ye 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası (c) bendi ve 2007/1 sayılı Tebliğ uyarınca 1.716 YTL idari para cezası verilmesine,
- 420 3. İşlemin gerçekleştiği tarihte adı geçen teşebbüsün yöneticileri (müdürleri) olan Klenner LUTZ ve Micheal John ALLEN'a 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bu teşebbüse verilen cezanın taktiren % 10 (yüzde 10)'u oranında ve her birine ayrı ayrı olmak üzere 171,6'şar YTL idari para cezası verilmesine,

08-08/92-32

- 430 4. Ayrıca bildirim formunda yanıltıcı beyanda bulunmuş olması nedeniyle Fresenius Medical Care Turkish Holding BV'ye 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası (a) bendi ve 2007/1 sayılı Tebliğ uyarınca 3.432 YTL idari para cezası verilmesine,
5. İşlemin gerçekleştiği tarihte bu teşebbüs yöneticileri (müdürleri) olan Klenner LUTZ ve Micheal John ALLEN'e 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca teşebbüse verilen cezanın taktiren % 10 (yüzde 10)'u oranında ve her birine ayrı ayrı olmak üzere 343,2'şer YTL idari para cezası verilmesine

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

440