

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2009-2-258 (Ortak Girişim)
Karar Sayısı : 09-57/1392-361
Karar Tarihi : 25.11.2009

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

- 10 **Başkan Üyeler** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI (Başkan V.)
: Mehmet Akif ERSİN, İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : Hakan Suat ÖLMEZ, Sinan ÇÖRÜŞ

C. BİLDİRİMDE BULUNAN : - Summer Investment S.A.R.L.
Temsilcisi: Av . Efser Zeynep ERGÜN
Büyükdere Cad. No: 127 Astoria A Kule Kat 5-6
Esentepe/İstanbul

- 20 **D. TARAFLAR** : - Summer Investment S.A.R.L.
67, Rue Ermesinde L-1469 LÜKSEMBURG
- Sancak İnşaat Turizm Nakliyat ve Dış Ticaret A.Ş.
Basın Ekspres Yolu Kavak Sok. Ser Plaza A Blok Kat 3 Yeni
Bosna/İstanbul
- Muharrem USTA
Emirhan Cad. Atakule Plaza 145-A Kat:21 Dikilitaş
Beşiktaş/İstanbul
- İzzet USTA
Emirhan Cad. Atakule Plaza 145-A Kat:21 Dikilitaş
Beşiktaş/İstanbul
30 - Saliha USTA
Emirhan Cad. Atakule Plaza 145-A Kat:21 Dikilitaş
Beşiktaş/İstanbul
- Adem ELBAŞI
Emirhan Cad. Atakule Plaza 145-A Kat:21 Dikilitaş
Beşiktaş/İstanbul
- Nurgül Dürüstkan ELBAŞI
Emirhan Cad. Atakule Plaza 145-A Kat:21 Dikilitaş
Beşiktaş/İstanbul

- 40 **E. DOSYA KONUSU:** Medikal Park Sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin %40 oranında hissesinin Carlyle MENA Partners, L.P.'nin (Carlyle) bir iştiraki Summer Investment S.a.r.l. (Summer) tarafından devralınması suretiyle bir ortak girişim kurulması işlemine izin verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 10.11.2009 tarih, 8044 sayı ile intikal eden bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda düzenlenen

24.11.2009 tarih, 2009-2-258/Öİ-09-HSÖ sayılı Ön İnceleme Raporu, 24.11.2009 tarih ve REK.0.06.00.00-120/490 sayılı Başkanlık Önergesi ile 09-57 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da; bildirim konusu devralma işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir devralma işlemi olduğu, işlemin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir hakim durum yaratmaya veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmeye yönelik olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucu doğurmayacağı, işleme izin verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili İşlem ve Taraflar

H.1.1. İşleme İlişkin Bilgiler

60 Bildirim konusu işlem, Carlyle tarafından kontrol edilen Summer'ın Medikal Park'ın %40 oranındaki hissesini devralması yoluyla, şirketin kontrolüne ortak olmasıdır. Bildirim formunda işlem neticesinde Carlyle Grubu'nun, kontrol sahibi yeni bir ortak olarak şirkette hisse sahibi olacağı ve şirketin Sancak Grubu, Usta Grubu ve Carlyle Grubu tarafından ortak kontrol ile yönetileceği ifade edilmektedir. İşlemin, Carlyle'in Summer aracılığıyla Medikal Park hisselerinin %6.83'ünü devralması ve kapanışı takiben yapılacak sermaye artırımlarıyla bu grubun şirketteki payının %40'a çıkarılması yoluyla gerçekleştirileceği belirtilmektedir.

70 Bildirim formunda, Carlyle'in temel saikinin Türkiye sağlık pazarına girerek yeni ve uzun vadeli bir yatırım yapmak olduğu ifade edilmektedir. Buna göre işlem, Medikal Park'ın doğrudan ve ortak kontrol aracılığıyla işletmekte olduğu Türkiye'nin çeşitli bölgelerinde bulunan grup hastanelerinin yanı sıra, ileriki dönemlerde gerçekleşecek yeni yatırımları da kapsamaktadır. Carlyle'in bir ortak olarak girmesiyle Medikal Park yeni finansman ve daha geniş bir coğrafyada yatırım yapma imkanına kavuşacak, Carlyle ise hastane işletmeciliği pazarına, yaygın bir coğrafyada ve satıcı konumundaki hissedarların bu alandaki geniş bilgi birikim ve know-how'ından yararlanarak giriş yapmış olacaktır. Ayrıca, bildirimde bulunan tarafça, işlem kapsamında satıcı hissedarlara ödenen satın alma bedelinin büyük bir kısmının yeni hastane yatırımlarında kullanılmak üzere Medikal Park'a aktarılacağına dikkat çekilmekte, hali hazırda hastane işletmeciliği alanında büyük bir oyuncu olmayan

80 Medikal Park'ın yeni yatırımlar aracılığıyla pazarda daha etkin ve canlı bir rekabet ortamının tesis edilmesine katkıda bulunacağı iddia edilmektedir.

H.1.2. Taraflar

H.1.2.1. Devralan Taraf: Carlyle Grup

Carlyle, Orta Doğu, Kuzey Afrika ve Türkiye'de sermaye yatırımcısı olarak şirket satın almaları ve stratejik sermaye yatırımları alanlarında faaliyet gösteren özel bir yatırım fonudur.

Carlyle'in Türkiye'de ilgili ürün pazarında ya da ilgili ürün pazarı ile bağlantılı herhangi bir yatay veya dikey pazarda faaliyeti bulunmadığı anlaşılmaktadır.

H.1.2.2. Devredilen Taraf: Medikal Park

- 90 Medikal Park özel hastane işletmeciliği alanında faaliyet göstermektedir. Medikal Park'ın doğrudan kendisi ya da kendisinin mutlak kontrolü altındaki iştirakleri tarafından işletilen hastaneleri gösterir bir tabloya aşağıda yer verilmiştir:

Tablo – 1: Medikal Park'ın doğrudan işlettiği ya da mutlak kontrolü altındaki işletmeler

Hastane	İl
Medical Park Bahçelievler	İstanbul
Medical Park Göztepe Hast. Kompleksi	İstanbul
Medical Park Antalya Hast. Kompleksi	Antalya
Medical Park Bursa Hast.	Bursa
Medical Park Sultangazi Hast.	İstanbul
Medical Park Fatih Hast.	İstanbul

Bildirim formunda aşağıdaki hastanelerin Medikal Park'ın ortak kontrolü altındaki şirketleri aracılığıyla işletildiği ifade edilmektedir:

Tablo – 2: Medikal Park'ın ortaklıklar aracılığıyla işlettiği işletmeler

Hastane	İl
Medical Park Elazığ Hast.	Elazığ
Medical Park Van Hast.	Van
Medical Park Batman Hast.	Batman
Medical Park Gaziantep Hast.	Gaziantep
Medical Park Tokat Hast.	Tokat
Medical Park Ordu Hast.	Ordu
Medical Park Samsun Hast.	Samsun

Medikal Park'ın mevcut hissedarlık yapısı aşağıdaki gibidir:

Tablo – 3: Medikal Park'ın mevcut ortaklık yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
Sancak İnşaat	(...)
Muharrem Usta	(...)
Adem Elbaşı	(...)
İzzet Usta	(...)
Nurgül D. Elbaşı	(...)
Saliha Usta	(...)

- 100 Medikal Park'ın hissedarlık yapısının hisse devrinin gerçekleşmesinden sonra aşağıdaki şekilde olacağı ifade edilmektedir:

Tablo – 4: Medikal Park'ın işlem sonrası ortaklık yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
Summer	(...)
Sancak İnşaat	(...)
Muharrem Usta	(...)
Adem Elbaşı	(...)
İzzet Usta	(...)
Nurgül D. Elbaşı	(...)
Saliha Usta	(...)

Bildirim formunda verilen bilgilerden, Medikal Park'ın 2008 yılında elde ettiği cironun (.....) TL, iştirakleriyle beraber elde ettiği konsolide cironun (.....) TL olduğu anlaşılmaktadır.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

110 Bildirim formunda ilgili ürün pazarına ilişkin bir tanım yapılmasının gerektiğinin düşünülmediği ifade edilmektedir. Ayrıca bir pazar tanımı benimsenmesi halinde de ilgili ürün pazarının Rekabet Kurulu'nun geçmiş kararlarının aksine "özel hastane işletmeciliği pazarı" olarak değil "hastane işletmeciliği pazarı" ya da daha geniş şekilde "sağlık hizmetleri pazarı" olarak benimsenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Bildirim formunda

- Özel hastanelerin sunduğu hizmetlerinin kamunun sunduğu hizmetlerden farklı olmadığı,
- Özel hastane işletmeciliğini kamu hastanelerinin işletmeciliğinden ayıran belirgin özellikler bulunmadığı,
- Kamuya ait hastanelerin kalite ve kapsam bakımından özel hastanelerle aynı sağlık hizmetini sağladığı,
- 120 – Özel hastanelerin başta SGK (Sosyal Güvenlik Kurumu) olmak üzere ilgili sosyal güvenlik kuruluşlarıyla yapılan anlaşmalar çerçevesinde kamu hastaneleriyle aynı grup hastalara hizmet sunduğu, kendi müşterilerinin de büyük bir kısmının SGK güvencesinden yararlandığı,
- Bu durumun hastalara istedikleri hastaneyi seçme serbestisini tanıdığı, hastanın seçimini yapmasında temel kriterin hastanenin güvenilirliği ve uzmanlığının olacağı unsurlardan hareketle geniş bir pazar tanımının belirlenmesinin gerektiği ifade edilmektedir.

Rekabet Kurulu tarafından alınan kararlar incelendiğinde özellikle yakın tarihli kararlarda ilgili ürün pazarının istikrarlı bir şekilde "özel hastane işletmeciliği pazarı" olarak tanımlandığı görülmektedir¹.

130 Her ne kadar yapılacak derinlemesine bir analiz neticesinde bu pazarın ürün nitelikleri, kaliteleri, talep ve arzı ilişkin unsurlar dikkate alındığında daha alt pazarlara bölünmesi ya da daha geniş tanımlanması gibi bir ihtimalden bahsedebilirse de, Carlyle Grubu'nun halihazırda özel hastane işletmeciliği ya da bu alanla ilintili herhangi bir dikey pazarda faal olmaması, bu alanda sadece Medikal Park'ın faaliyet göstermesi ve işlem neticesinde sadece bir kontrol değişikliği doğacak olması, piyasada herhangi bir yoğunlaşma artışı yaşanmayacağından hareketle, kesin bir ilgili ürün pazarının tanımının yapılmasına gerek olmadığı sonucuna varılmıştır.

140 Ancak, işlem kapsamında ortak girişimin faaliyet alanı göz önüne alınarak geçmiş Rekabet Kurulu Kararlarıyla uyumlu bir şekilde ilgili ürün pazarının "özel hastane işletmeciliği pazarı" olduğu varsayılacak ve değerlendirmeler bu tanım üzerinden yapılacaktır.

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Bildirimde bulunan tarafça ilgili coğrafi pazara ilişkin bir tanım yapılmasının gerektiğinin düşünülmediği ifade edilmektedir. Öte yandan, bir pazar tanımı yapılması halinde hedef şirket olan Medikal Park'ın Türkiye'nin hemen her bölgesinde faaliyetleri ve yatırımları bulunmasından hareketle ilgili coğrafi pazarının "Türkiye" olarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

¹ Bkz. 24.6.2009 tarih ve **09-30/663-154** sayılı, 18.02.2009 tarih ve **09-07/144-44** sayılı, 7.2.2008 tarih ve **08-12/125-42** sayılı, 21.8.2007 tarih ve **07-65/797-293** sayılı Rekabet Kurulu Kararları.

150 Özel hastane işletmeciliği alanında alınan geçmiş Rekabet Kurulu kararlarına bakıldığında ilgili coğrafi pazarın ağırlıkla devralma işleminin gerçekleştiği illerle, hatta bu illerin bazı ilçeleri/kesimleri ile sınırlı tutulduğu gözlemlenmektedir². Ancak mevcut dosya özelinde Carlyle Grubu'nun halihazırda özel hastane işletmeciliği ya da bu alanla ilintili herhangi bir dikey pazarda faal olmaması, bu alanda sadece Medikal Park'ın faaliyet göstermesi ve işlem neticesinde sadece bir kontrol değişikliği doğacak olması, piyasada herhangi bir yoğunlaşma artışı yaşanmayacak olmasından hareketle, kesin bir ilgili coğrafi pazar tanımının yapılmasına gerek olmadığı sonucuna varılmıştır.

160 Ancak, işlem kapsamında ortak girişimin faaliyet alanı göz önüne alınarak geçmiş Rekabet Kurulu kararlarıyla uyumlu bir şekilde ilgili coğrafi pazarların hastanelerin bulunduğu iller temel alınarak ayrı ayrı olmak üzere "Antalya", "Batman", "Bursa", "Elazığ", "Gaziantep", "İstanbul", "Ordu", "Samsun", "Tokat" ve "Van" illeri olduğu varsayılacak ve değerlendirmeler bu tanımlar üzerinden yapılacaktır.

H.3. Değerlendirme

H.3.1. İşlemin Niteliği Bakımından Yapılan Değerlendirme

170 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in" (Tebliğ) "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesi (c) bendinde belirtilen özellikleri haiz ortak girişimler, birleşme ve devralma olarak değerlendirilmektedir. Buna göre bir ortak girişimin birleşme devralma olarak sayılabilmesi için;

- Ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması,
- Ortak girişimin, amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması,
- Taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkinin olmaması

gerekmektedir.

H.3.1.1. Ortak Kontrol

180 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde kontrol kavramı ile ilgili olarak "...ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir" ifadelerine yer verilmektedir.

190 Bir teşebbüs üzerinde kontrol, şirketin hisse yapısından bağımsız olarak bir kontrol grubu tarafından mutlak olarak sağlanabileceği gibi birkaç grup tarafından da ortak bir şekilde oluşturulabilir. Kontrolün mutlak bir şekilde bir kontrol grubu tarafından sağlandığı, şirketin azınlık hissedarı konumundaki hissedarların yaptıkları yatırımların korunması için bu hissedarlara tanınan bazı haklar saklı kalmak kaydıyla, bu kontrol grubunun şirketin stratejik ticari kararlarını belirlediği ya da tek taraflı veto yetkisi

² Bkz. ilk dipnotta yer alan kararlar.

aracılığıyla çözümsüzlük durumu yaratabildiği durumlarda mutlak kontrolden bahsetmek mümkündür.

Mutlak kontrol hukuki ve fiili olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlardan ilki olan hukuki mutlak kontrol, çoğunluk hissesine sahip olmak, özel imtiyazlar tanınmış bazı hisselerine sahip olmak gibi hukuki bir kaynağa dayanmaktadır. Hukuki mutlak kontrol “negatif mutlak kontrol” aracılığıyla da sağlanabilmektedir. AB Komisyonu tarafından yayınlanan “Teşebbüsler Arasında Gerçekleşen Yoğunlaşma Doğuran İşlemler Hakkında 139/2004 Sayılı Konsey Regülasyonu’na İlişkin Konsolide Duyuru”da (Konsolide Duyuru) aşağıdaki durumda negatif mutlak kontrolden bahsedilebileceği vurgulanmaktadır:

“Negatif mutlak kontrolün tipik bir örneği bir hissedarın %50 hisseye sahip olurken diğerlerinin kalan %50’lik kısmı paylaştığı, ya da stratejik kararların alınması için sadece bir hissedarın veto hakkına sahip olduğu bir nitelikli çoğunluğun gerekmesi durumudur. Bu hissedarın azınlık ya da çoğunluk hissedarı olması durumu değiştirmez³”

Fiili mutlak kontrol ise özellikle bir hissedar grubunun genel kurulda gerek kendi hissesinin büyük olması gerek geçmiş tecrübeler uyarınca çoğunluğa ulaşmasının muhtemel olduğu durumlarda gözlemlenir. Böyle durumlarda bir yoğunlaşma işleminin etkilerinin değerlendirilmesinde genel kurullardaki geçmiş oy verme eğilimleri, diğer hissedarların konumları ve mevcut işlemin bu eğilimler üzerinde yaratması muhtemel etkileri göz önüne alınarak geleceğe dönük bir değerlendirme yapılır. Özellikle kalan hisselerin dağınık bir yapı gösterdiği, diğer hissedarların büyük azınlık hissedarları ile yapısal, iktisadi ve ailevi ilişkileri olduğu ya da diğer hissedarların hedef şirkette tamamen stratejik ya da finansal bir çıkarı olduğu bazı durumlar özelinde bu değerlendirmeler anlam kazanabilmektedir.

Öte yandan bir ya da birkaç hissedar grubunun teşebbüsün stratejik kararlarının alınmasında eş ölçüde belirleyici etkiye sahip olduğu stratejik ticari kararların ancak bir fikir birliği aracılığıyla alınabildiği ve/veya tarafların her birinin dilediği takdirde bir çözümsüzlük durumu yaratabildiği hallerde ortak kontrolden bahsetmek mümkündür.

Ortak kontrol, oy haklarında ve karar verici mercilere yapılacak atamalarda eşitlik, veto haklarını haiz nitelikli hisselerin kullanılması, oylamalarda ortak hareket edilmesi gibi çeşitli yollarla, kontrolü paylaşan tarafların stratejik ticari kararlar üzerinde belirleyici etkiye sahip olmasının temin edilmesiyle sağlanabilir. Bunlardan ilki olan oy haklarında ve karar verici mercilere yapılacak atamalarda eşitlik hususuna ilişkin değerlendirmelerde taraflar arasındaki ilişkinin sözleşme aracılığıyla düzenlenmesi halinde yönetim organlarında her bir tarafın eş sayıda temsilciyle temsil edilmesinin sözleşme şartlarında yer alması ve karar verici oy uygulamasının bulunmaması unsurlarının gözetildiği dikkat çekmektedir.

Ortak kontrolün veto hakkını haiz nitelikli hisseler aracılığıyla tesis edildiği durumlarda söz konusu veto hakkının azınlık hissedarların yatırımlarının korunmasının ötesine geçmesi gerekmektedir.

- Ortak girişimin konusunda yapılan değişiklikler,
- Sözleşmelerde yapılan değişiklikler,
- Sermaye artışı ve/veya azalışı,

³ Paragraf 58.

- Mal varlığının satışı,
- Ortak girişimin satılması ya da tasfiye edilmesi

gibi hususlar daha ziyade hissedarların yatırımlarını koruması için gerekli unsurlar olarak görülmekte ve stratejik ticari kararlar olarak değerlendirilmemektedir. Hangi hususlara ilişkin veto haklarının stratejik ticari kararlar üzerinde belirleyici etki uygulanması sonucunu doğurabileceği konusunda rekabet hukuku literatüründe oluşan yaygın kabule aşağıdaki tabloda yer verilmektedir.

Tablo – 5: Veto Haklarının Değerlendirilmesi⁴

Hak	Açıklama
<i>Üst Kademe Yönetici Kadronun Atanmasına İlişkin Veto Hakkı</i>	Yönetim Kurulu gibi üst düzey yöneticilerin atanmasında eş yetkililiğin ticari politikalar üzerinde belirleyici etki oluşturmada çok etkili olabileceği düşünülmektedir.
<i>Bütçenin Belirlenmesi İlişkin Veto Hakkı</i>	Ortak girişimin faaliyetlerinin çerçevesini oluşturmasından hareketle bütçenin belirlenmesinde eş yetkililiğin ortak kontrolün önemli bir unsuru olabileceği kabul edilmektedir.
<i>İş Planı Üzerinde Veto Hakkı</i>	Ortak girişimin amaçlarının, bu amaçlara erişilmesi için benimsenecek tedbirlerin belirlenmesi gibi konularda detaylı bilgiler içeren bir iş planı üzerinde veto hakkının tek başına bile ortak kontrol için yeterli olabileceği, öte yandan ortak girişimin amaçlarının genel ifadelerle belirtildiği bir iş planı üzerinde uygulanacak veto hakkının ise bu kapsamda değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir.
<i>Yatırım Kararlarına İlişkin Veto Hakkı</i>	Bu noktada veto hakkı uygulanacak yatırım miktarının ne olacağı ve yatırımın sektörde ne ölçüde önemli bir unsur olduğunun önem kazandığına inanılmaktadır. Veto hakkının uygulamaya konulması için çok yüksek eşiklerin benimsenmesi hallerinde yatırım kararlarının azınlık hissedarlarının çıkarlarının korunması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Benzer şekilde yatırımın belirleyici olmadığı sektörlerde yapılacak yatırımlara ilişkin tahsis edilecek bir veto hakkının ortak kontrol için yeterli olmayabileceği kabul edilmektedir.
<i>Sektöre Özgü Bazı Konulara İlişkin Veto Hakkı</i>	Bütün bu haklara ilave olarak ürün farklılaştırması, inovasyon, teknolojik gelişim gibi unsurların büyük önem taşıdığı piyasalarda bu gibi unsurlarla ilişkilendirilebilecek hakların ortak kontrol sağlanmasında önemli olabileceği düşünülmektedir.

Mevcut dosya özelinde ise bu kriterlerden ilki olan üst düzey yöneticilerin atanması kapsamında yönetim kurulu üyelerinin belirlenmesi, CEO'nun ve CFO'nun atanması konularının düzenlendiği görülmektedir. Hissedarlar sözleşmesinin 2.01'inci maddesinde yönetim kurulunun nasıl oluşacağı belirlenmiştir. Buna göre;

- Yönetim kurulu altı üyeden oluşacak,
- Her hissedar grubu yönetim kuruluna ikişer üye atama hakkına sahip olacak,

⁴ Bkz. Konsolide Duyuru.

250 – Hissedar grupları bir hissedar grubu tarafından belirlenen üyenin yönetim kuruluna atanması yönünde oy kullanacaktır.

Sözleşme metninden her grubun kendine tahsis edilmiş iki yönetim kurulu üyesi kontenjanı olduğu ve bu üyelerin kim olacağı hususunda gruplara serbesti tanındığı görülmektedir.

260 Bir diğer üst düzey yönetici konumu olan CEO'nun atanması veya görevden alınması durumunun ise *“usulüne uygun olarak toplantı yeter sayısının sağlandığı ve oy kullanmaya yetkili bir şekilde toplanmış yönetim kurulu toplantısında hazır bulunan yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun olumlu oyu, söz konusu oy, her bir hissedar grubu tarafından atanmış en az bir yönetim kurulu üyesinin olumlu oyunu ihtiva edecek”* şeklinde tanımlanan *“Oybirliği Gerektiren Konulara İlişkin Yönetim Kurulu Onayı”* (Oybirliği) aracılığıyla düzenlendiği görülmektedir. Taraflara CEO'nun atanması hususunda veto hakkı tanınmakta, her bir hissedar grubu istemediği bir adayın yönetim kurulu üyesi olmasını veto edebilmektedir. Üst düzey yönetici olarak değerlendirilebilecek CFO'nun atanması durumu ise sözleşmenin 2.11'inci maddesi aracılığıyla düzenlenmektedir. Buna göre, *“Summer Investment'ın CFO pozisyonu için iki aday gösterme hakkı olacaktır ve bu adaylardan biri CEO tarafından aday gösterildiği tarihten itibaren 15 günü geçmeden atanacaktır.”* CFO atanması konusunda belirleyici konumda olan grubun Carlyle Grubu olduğu anlaşılmaktadır.

270 Yıllık bütçenin belirlenmesi hususu ise 2.05'inci madde (b) bendi kapsamında oybirliği gerektiren bir hal olarak düzenlenmiştir. Böylece bütçenin belirlenmesi hususunda da her bir gruba veto hakkı tanınmıştır.

Ortak kontrolün bulunup bulunmadığı hususunda belirleyici olabilecek bir diğer unsur yatırım kararlarının nasıl alındığıdır. Sözleşme incelendiğinde yatırım kararlarının nasıl alınacağına düzenlendiği 2.05'inci maddenin (k) bendinde şu ifadelerin yer aldığı görülmektedir:

“Yıllık bütçede yer alanlar dışında tek bir işlemde (.....) ABD Dolarını aşan veya bir dizi işlemde (.....) ABD Dolarını aşan malvarlığı satışı, kiralınması ya da diğer tasarruflar”

280 Söz konusu madde incelendiğinde yatırım kararlarının alınabilmesi için oybirliğinin gerekli olduğu görülmektedir. Bu hususun değerlendirmesinde ise Konsolide Duyuru'da da yer aldığı üzere yatırım kararları için gereken oybirliği eşiğinin ne olduğu önem kazanmaktadır. Uç yatırım miktarlarının bir eşik olarak belirlenmesi halinde bu durumun ortak kontrolün varlığı kapsamında değil, tarafların mevcut yatırımlarının güvence altına almalarının temin edilmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

290 Bildirim formunda tam teşekküllü bir hastane açmanın maliyetinin 25-50 milyon ABD Doları arasında değiştiği ifade edilmektedir. Ayrıca, 2008 yılında Medikal Park'ın doğrudan kendi faaliyetlerinden elde ettiği cironun (.....) TL, iştirakleriyle beraber elde ettiği konsolide cironun (.....) TL olduğu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra tasarlanan iş planına bakıldığında 2010 yılı sonunda (.....) TL civarında bir net ciro hedefi belirlendiği görülmektedir. Mevcut durumda getirilen sınırların söz konusu ortak girişim için uç sınırlar olarak değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir.

Taraflar arasındaki kontrolün niteliğinin değerlendirilmesinde önem kazanan bir diğer unsur iş planına dair tasarrufların ortak olarak mı tek taraflı olarak mı yapıldığıdır. Hissedarlar sözleşmesinde bu konuya ilişkin detaylı bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Buna göre, iş planının ve yıllık bütçenin kabulü oybirliği gerektiren

300 hallerden birisi olarak gösterilmekle beraber, “iş planına uygun olanlar dışında yeni iş kollarına girilmesi veya var olan iş kollarının terk edilmesi veya işin esas faaliyet alanının esaslı bir şekilde değiştirilmesi” ve “iş planına uygun olanlar dışında yeni bölgelere girilmesi” hususlarında sadece Carlyle Grubu’na veto hakkı tanındığı görülmektedir. Ayrıca hissedarlar sözleşmesinin 2.08’inci maddesi, (c) bendi, ilk fıkrası uyarınca iş planının değiştirilmesi konusunda diğer gruplara getirilen yönetim kurulu tarafından bu doğrultuda sunulan önerilere ilişkin olumlu oy kullanma yükümlülüğü ile Carlyle Grubu dışındaki tarafların iş planındaki kontrolünün sınırlandırıldığı dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, mevcut şema içerisinde iş planını üzerinde mevcut kontrolün kimde olacağı tartışmalı bir husustur.

Özetle, yapılan değerlendirmeler neticesinde

- CEO ve yönetim kurulu üyelerinin belirlenmesi
- Bütçenin belirlenmesi
- Stratejik ticari yatırım kararlarının alınması

310 hususlarının taraflarca ortak olarak belirleneceği görülmektedir. Bunun yanında CFO seçiminde Carlyle Grubun temel belirleyici olduğu, iş planının belirlenmesi konusunda ise kontrolün kimde olduğu hususunun tartışmalı olduğu görülmektedir.

Konsolide Duyuru’da böylesi durumlar için yapılan şu değerlendirme önem kazanmaktadır: “Ortak kontrolün elde edilmesinde azınlık hissedarlarının tüm veto haklarına sahip olması gerekmemektedir. Bu hakların bir kaçına hatta birine dahi sahip olunması yeterli görülebilir. Bunun yeterli olup olmadığı veto hakkının içeriğine ve bu hakkın ortak girişimin özel faaliyet alanındaki önemine bağlıdır.”

320 Mevcut bulgular ışığında CEO ve yönetim kurulu üyelerinin atanması, bütçenin belirlenmesi, stratejik ticari yatırım kararlarının alınması hususlarının ortak kontrolün mevcut olduğu yönünde yeterli gösterge teşkil ettiği sonucuna varılmıştır.

H.3.1.2. Bağımsız Bir İktisadi Varlık Olması (Tam İşlevsellik)

Ortak girişimin tam işlevsel olarak değerlendirilmesinde piyasada tek başına faaliyet gösterebilecek kaynaklara sahip olması, faaliyet alanının kapsamı, özellikle mal satışı ve tedarik ilişkileri dikkate alındığında kendisini oluşturan firmalardan ne kadar bağımsız olduğu ve sınırlı bir süreyle mi uzun bir süre için mi kurulduğu hususları dikkate alınmaktadır.

330 Mevcut durumda, taraflar arasındaki birliktelik, faaliyetlerini ayrı ayrı sürdürmekte olan iki ortak teşebbüsün işbirliğine gitmesi neticesinde teşkil edilmemekte, hali hazırda piyasada faaliyet göstermekte olan bir teşebbüse finansal kaynaklar tedarik edilmesi karşılığında şirket kontrolüne bir ortak girmesi aracılığıyla kurulmaktadır. Ayrıca, ortak girişimin sona ermesine dair bir son tarih belirtilmemekte, bildirim formunda ortak girişimin yeni hastane yatırımlarının yapılması yoluyla faaliyetlerin genişletilmesinin planlandığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda, tasarlanan birlikteliğin uzun süreli olduğu düşünülmektedir. Mevcut bulgular ışığında ortak girişimin tam işlevsel olduğu anlaşılmıştır.

H.3.1.3. Rekabeti Sınırlayıcı Amaç ve Etkinin Olmaması

340 Carlyle Grubu’nun Türkiye’de ilgili ürün pazarında veya bu pazarla ilişkilendirilebilecek herhangi bir dikey pazarda faaliyet göstermediği anlaşılmaktadır. İşlem, temel itibarıyla yatırımcı konumundaki bir grubun, faaliyetlerini hali hazırda kendisi sürdürmekte olan bir teşebbüsün kontrolüne ortak olmasından ibaret

olduğundan herhangi bir rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkinin doğması beklenmemektedir. Mevcut bulgular ışığında söz konusu ortak girişimin Tebliğ'in 2. maddesi (c) bendi kapsamında bir birleşme-devralma işlemi olduğu kanaatine varılmıştır.

H.3.2. İşlemin 1997/1 sayılı Tebliğ Kapsamında Bildirime Tabi Olması

1997/1 sayılı Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesi "*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 25 milyon TL'yi aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur*" hükmü ile hangi tür birleşme ya da devir işlemlerinin Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olduğunu belirlemektedir.

Medikal Park'ın kararda benimsenen ilgili ürün pazarında elde ettiği pazar paylarını gösterir bir tabloya aşağıda yer verilmektedir:

Tablo – 6: Pazar Payları

İl	Pazar Payı (%)
Antalya	(....)
Batman	(....)
Bursa	(....)
Elazığ	(....)
Gaziantep	(....)
İstanbul	(....)
Ordu	(....)
Samsun	(....)
Tokat	(....)
Van	(....)

Tablo incelendiğinde tarafların pazar paylarının Batman, Bursa, Elazığ, Ordu, Samsun, Tokat illerinde %25'lik eşiğin üzerinde olduğu görülmektedir. Bu çerçevede işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bildirim tabi olduğu sonucuna varılmıştır.

H.3.3. İşlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Carlyle Grubu'nun halihazırda özel hastane işletmeciliği ya da bu alanla ilintili herhangi bir dikey pazarda faaliyeti bulunmamaktadır. İşlem neticesinde sadece bir kontrol değişikliği olacak, piyasada herhangi bir yoğunlaşma artışı gözlemlenmeyecektir. Bu nedenlerle ve işlem sonrasında hakim durum yaratılmasının veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olmayacağından, işleme Kanun'un 7. maddesi kapsamında izin verilmesinde herhangi bir sakınca görülmemektedir.

H.3.4. İşlemin Yan Sınırlamalar Açısından Değerlendirilmesi

Taraflar arasında imzalanan hissedarlar sözleşmesinin 6.02. maddesi aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

Ayrıca aynı sözleşme maddesiyle, tarafların karşı karşıya olduğu rekabet etmeme yükümlülüğünün eczacılık sektörünü ve tarafların rakip konumundaki şirketlerde sahip olacağı bu şirketlerin sermayesinin % 5'i ve altında oranda hisseleri kapsamayacağı hükme bağlanmıştır. Bunun dışında hissedarlar sözleşmesinin "Teklifte Bulunmama" başlıklı 6.03'üncü maddesi aracılığıyla taraflara

TİCARİ SIR

380 Hissedarlar sözleşmesiyle getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün ötesinde Summer ile Sancak İnşaat hissedarları Ethem Sancak, M.Sait Sancak, Haydar Sancak, Necat Sancak, Ekrem Sancak ve Fuat Sancak arasında bir "Hisse Tutma ve Rekabet Etmeme Sözleşmesi" imzalanmıştır.

Bu sözleşmeye göre;

TİCARİ SIR

390 Benzer şekilde bu sözleşmede de Sancak Grubu'nun eczacılık alanındaki faaliyetlerinin rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamı dışında tutulduğu görülmektedir. Bildirim formunda rekabet etmeme yükümlülüğü uygulamasına ilişkin gerekçe olarak hisselerini devreden Sancak ve Usta gruplarının Türkiye'de hastane işletmeciliğinde önemli bir tecrübeye sahip olması gösterilmiştir. Bu bağlamda özellikle Carlyle açısından Usta ve Sancak gruplarının bilgi ve tecrübelerinin şirkete aktarılmasının temin edilmesini sağlamanın işlem açısından vazgeçilmez olduğu ifade edilmektedir.

400 Rekabet yasakları, alıcıların yaptıkları yatırımların karşılıklarını tam olarak almalarının bir aracı olarak görülmektedir. Genel olarak rekabet yasaklarının yan sınırlama olarak değerlendirilebilmesi için yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma kriterlerinin sağlanması gerekmektedir. Yoğunlaşma ile doğrudan ilgili olma unsuru sınırlama ile işlem arasında yakın bir ilişki olmasını gerektirir. Bu ilişki iktisadi bir nitelik taşımalı ve sınırlamanın amacı işlem sonrası oluşacak yeni yapıya daha yumuşak bir geçişin sağlanması olmalıdır. Gereklilik ise sınırlamalar olmadan yoğunlaşmanın gerçekleştirilebilmesinin olanaklı olmamasını ya da ancak daha yüksek maliyetlerle, daha uzun bir zamanda, daha belirsiz bir ortamda gerçekleştirilebilmesinin olanaklı olmasını ifade etmektedir. Bu kapsamda gereklilik, getirilen sınırlamanın, doğası, kapsamı ve süresi ele alındığında orantılı olup olmadığı ve üçüncü kişilere dönük bir yükümlülük içerip içermediği gibi hususların değerlendirmesini de içerecektir.

410 AB Komisyonu tarafından yayımlanan "Yoğunlaşmalar ile Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalara İlişkin Komisyon Duyurusu"nda yoğunlaşma doğurucu işlemlerde yer verilen sınırlamaların yan sınırlama olarak değerlendirilebilmesi için sağlanması gerektiği düşünülen kriterlere yer verilmektedir. Söz konusu duyurunun dördüncü bölümünde ortak girişimlere ilişkin rekabet sınırlamaları ele alınmakta ve bu sınırlamaların yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için gereken kriterler belirtilmektedir. Buna göre;

- Sınırlamaların coğrafi açıdan, ortak girişimin faaliyette bulunduğu ya da faaliyete geçmeyi planladığı coğrafyayla sınırlandırılması,
- Sınırlamaların ortak girişimin faaliyet alanına giren mal ya da hizmet üretimi ile sınırlandırılması,

- 420
- Sınırlamaların ana teşebbüslerden herhangi birinin diğer ana teşebbüslerin rekabetinden ortak girişimin faaliyeti kapsamında olmayan pazarlarda korunması sonucunu doğurmaması,
 - Sınırlamaların ortak girişimde kontrol sahibi teşebbüslerle sınırlı tutulması, kontrol sahibi olmayan ortakları kapsamaması

hallerinde ortak girişimi oluşturan teşebbüslere ortak girişimin süresi boyunca getirilen rekabet etmeme, gizlilik ve istihdam etmeme gibi yükümlülükler yan sınırlama olarak kabul edilmektedir.

- 430
- Mevcut dosya kapsamında tarafların birbirlerine getirdikleri yan sınırlamaların Medikal Park'ın faaliyet alanı ile sınırlı tutulması, diğer faaliyet alanlarını kapsamaması ve rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini ortak girişiminin ömrünün belirliyor olmasından hareketle, işlemde yer alan sınırlamaların yan sınırlama olarak değerlendirilebileceği anlaşılmıştır.

I. SONUÇ

- 440
- Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, bildirim konusu işlemin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye 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 rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle bildirim konusu işleme izin verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.