

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2011-1-177 (Ortak Girişim)
Karar Sayısı : 11-59/1515-540
Karar Tarihi : 24.11.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE,
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Dr. Murat ÇETİNKAYA,
Reşit GÜRPINAR, Prof. Dr. Metin TOPRAK

B. RAPORTÖRLER : Hakan Deniz KARAKOÇ, Can TANERİ

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : - Galenica Ltd. ve
- Fresenius Medical Care AG&Co. KGaA
Temsilcileri: Av. Ahmet SAĞLI

D. DOSYA KONUSU: Galenica Ltd. ve Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA arasında Türkiye dışında kurulacak olan ortak girişim işlemine izin verilmesi talebi.

E. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 23.09.2011 tarih ve 6669 sayı ile giren ve eksiklikleri en son 01.11.2011 tarihinde tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri çerçevesinde düzenlenen 15.11.2011 tarih ve 2011-1-177/Öİ-11-328.HDK sayılı Ön İnceleme Raporu, 17.11.2011 tarih ve REK.0.15.00.00-120/321 sayılı Başkanlık Önergisi ile 11-59 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğu, ancak 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 işleme izin verilebileceği ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. İşlemin Niteliği

Söz konusu işlem, Galenica ve Fresenius AG arasında ve yurtdışında, kronik böbrek hastalığının 3, 4 ve 5. seviyelerinde olan hastalar için hiperfosfatemisi ve demir eksikliği anemisi tedavisinde kullanılacak farmakolojik ürünlerin araştırma, geliştirme ve dağıtım konularında faaliyet gösterecek bir ortak girişim kurulmasına ilişkindir.

İşlem kapsamında taraflar ortak girişime belli mal varlığı değerleri aktaracaklardır. Galenica, PA-21 isimli fosfat bağlayıcı ürününün fikri mülkiyet haklarını ve ürünün geliştirilmesi ve ticarileştirilmesine ilişkin tüm ilgili materyalleri, kendisine ait olan ve böbrek tedavisi faaliyetinde kullanılan demir preparatı ürünlerinden Ferinject®/Injectafer® ve Venofer®'i; FMC ise yasal olarak mümkün olduğu ölçüde, Biofer tarafından geliştirilen ve üretilen bir demir preparatı olan Ferrologic® adlı ürünün pazarlama ve dağıtım ruhsatını ve en geç 21 Aralık 2028 tarihine kadar böbrek tedavisi faaliyetinde dünya genelinde kullanılacak olan Vialgate® adlı ürünün münhasır pazarlama ve dağıtım ruhsatını ortak girişime verecektir.

11-59/1515-540

Bu işlemin gerçekleştirilmesi ve işleme ilişkin şart ve koşulları düzenleme amacıyla, taraflar arasında 30.11.2010 tarihinde Ana Çerçeve Sözleşmesi ve Hissedarlık Sözleşmesi imzalanmış, 01.12.2010 tarihinde Hissedarlık Sözleşmesi tadil edilmiştir.

Ortak girişim, hiperfosfatemisi ve demir eksikliği anemisi tedavisinde kullanılacak ve yukarıda taraflarca ortak girişime verileceği belirtilen farmakolojik ürünlere ilişkin araştırma geliştirme ve dağıtım konularında faaliyet gösterecektir. Taraflar, tam fonksiyonla ve bağımsız olarak faaliyet gösterecek olan Vifor Fresenius Medical Care Renal Pharma Ltd. (Vifor) adlı tüzel kişiliği kuracak ve bu ortak girişim İsviçre yasalarına tabi olacaktır. Ortak Girişimin (.....) oranındaki hisselerinin sahipliği Galenica'da, kalan (.....) oranındaki hisselerinin sahipliği ise FMC'de olacaktır.

G.2.Taraflar

G.2.1. Galenica

Galenica, Galenica Grup şirketlerinin ana şirketi konumundadır. Galenica Grup, diğer faaliyetlerinin yanı sıra sağlık hizmetleri pazarında, farmakolojik ürünlerin dünya genelinde ve İsviçre'de geliştirilmesi, üretimi ve pazarlanması, eczane işletmeciliği, lojistik, veri tabanı ve hizmet ağları kurma alanlarında faaliyet göstermektedir. Galenica'nın Türkiye'de herhangi bir bağlı kuruluşu veya iştiraki bulunmamaktadır. Galenica ürünlerinin Türkiye'de pazarlanması ve dağıtımı, üçüncü kişi olan yerel distribütör Abdi İbrahim İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Abdi İbrahim) aracılığıyla gerçekleşmektedir.

G.2.2. Fresenius AG

FMC, kronik böbrek hastalığı sonucunda diyaliz tedavisi gören hastalar için ürün ve hizmetlerin bir bütün halinde sağlayıcısı konumundadır. FMC, hemodiyaliz makineleri, diyalizörler ve ilgili diğer hazır ürünler gibi diyaliz ürünlerinin ve ilgili hizmetlerin sağlayıcısı olarak faaliyet göstermektedir. FMC'nin %35.7 oranındaki hisselerine, sağlık hizmetleri sağlayıcısı olan Fresenius SE & Co. KGaA (FSE), %6.5 oranındaki hisselerine Thomburg Investment Management, Inc., %3.8 oranındaki hisselerine FIL Investments International, %3.7 oranındaki hisselerine Fidelity Management & Research Co., %3.2 oranındaki hisselerine Marathon Asset Management LLP, %2.9 oranındaki hisselerine BlackRock Fund Advisors ve %2.76 oranındaki hisselerine de AXA S.A. sahip bulunmaktadır. Geri kalan %41.44 oranındaki hisseleri ise diğer çeşitli kişilerce tutulmaktadır.

Else Kröner Fresenius Stiftung tarafından kontrol edilmekte olan FSE, Fresenius AG'yi, tamamen sahip olduğu bağlı şirketi ve komandite ortağı olan Fresenius Medical Care Management Ag, Hof a. d. Saale vasıtasıyla takviye etmektedir.

Fresenius AG, Türkiye dahil olmak kronik hemodiyaliz tedavisi için diyaliz klinikleri, akut yatılı hasta diyaliz tedavisi, eğitim, hemodiyaliz için su tedavi sistemlerinin planlaması ve kurulumu, hemodiyaliz merkezlerinin planlaması alanlarında hizmet sunmaktadır.

G.3. İlgili Ürün Pazarı ve İlgili Coğrafi Pazar

Tarafların ürün ve hizmetlere ilişkin faaliyetlerinde herhangi bir çakışma bulunmamıştır. Bununla birlikte, potansiyel dikey ilişkilerin olabileceği düşünülmüş ve sonuç olarak dosya kapsamında işlemde etkilenmesi olası görülen ilgili ürün pazarlarının "*demir preparatı ürünleri pazarı*" ve "*diyaliz hizmetleri pazarı*" olduğuna hükmedilmiştir. Demir eksikliği anemisinde kullanılmak üzere demir preparatı, demir eksikliği tedavisinde diyaliz süreci boyunca hem doktorlar tarafından hem de hastalar tarafından kullanılmaktadır. Fresenius AG, Türkiye'de diyaliz hizmetleri sunduğu için, doktorlar ve/veya hastalar, tedaviye yön veren kararlar temelinde hangi demir preparatı ürününü kullanmak istediklerine karar vermektedirler. Dolayısıyla, diyaliz hizmetleri pazarının esasen demir preparatı pazarının üst pazarı olarak değerlendirilmesi mümkün olmuştur.

11-59/1515-540

İlgili coğrafi pazar konusunda ise, söz konusu başvuru kapsamında, kesin bir coğrafi pazar tanımı yapılmasına gerek olmadığı kanısına varılmıştır.

G.4.Değerlendirme

G.4.1. İşlemin Niteliği Açısından Yapılan Değerlendirme

100 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in (2010/4 sayılı Tebliğ) 5. maddesinin 1. fıkrasına göre "Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde; a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı olarak kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması" teşebbüsler arası birleşme ve devralma olarak kabul edilmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre "Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması" bu maddenin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemi olarak kabul edilmektedir.

Söz konusu işlem; Galenica ve Fresenius tarafından bir ortak girişim kurulması işlemidir. Ortak girişim, yeni bir teşebbüsün kurulması ve bazı malvarlıklarının söz konusu teşebbüse devredilmesi suretiyle gerçekleştirilecektir.

110 Bu kapsamda bildirilen işlem çerçevesinde oluşturulması planlanan ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilebilirlik koşullarını taşıyıp taşımadığının ele alınması gerekmiştir. 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin 3. fıkrasında "Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması bu maddenin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemi olarak kabul edilmektedir." düzenlemesi yer almaktadır. Bu çerçevede, bir ortak girişimin 2010/4 sayılı tebliğ kapsamında bir devralma olarak kabul edilebilmesi ve Tebliğ çerçevesinde değerlendirilebilmesi için "ortak kontrol" ve "tam işlevsellik(bağımsız iktisadi varlık)" koşullarını taşıması gerekmektedir. Bununla birlikte, söz konusu ortak girişimin koordinasyona yol açıp açmaması bir koşul olarak aranmamakta ancak ortak girişimin böyle bir özellik taşıması, işlemin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 5. maddeleri çerçevesinde incelenmesini gerekli kılmaktadır.

120 **Ortak Kontrol:** Kontrol, teşebbüs üzerinde hukuken veya fiili olarak hak ve/veya sözleşme yoluyla elde edilmiş bir belirleyici etki uygulayabilme gücüdür. Belirleyici etki, teşebbüsün sahipliği veya malvarlığı değerlerinin tümü veya bir kısmı üzerinde teşebbüs organlarının kararları, oylaması ve oluşumu üzerinde stratejik ve belirleyici kararlar alabilme hakkına sahip olunmasıdır. Kontrol, tek başına bir kişi veya teşebbüs tarafından elde edilebileceği gibi birden fazla kişi veya teşebbüs tarafından ortak bir şekilde de elde edilebilir. Ortak kontrol genellikle, ilgili teşebbüslerin negatif kontrole yani stratejik kararları reddetme gücüne sahip olması, böylece stratejik kararların alınması bakımından tarafların ortak hareket etme zorunluluğunda olmaları şeklinde ortaya çıkmaktadır. Eş sayıda veto hakkına sahip olunması en sık görülen şekli olmakla birlikte veto haklarının stratejik kararlarla ilgili olması (iş planı, bütçe, büyük yatırım kararları, yönetim kurulunun atanması gibi) gerekmektedir.

130 Dosya mevcutlarından, ortak girişimin Yönetim Kurulu'nun, Başkan da dahil olmak üzere 10 üyeden oluşacağı ve bu üyelerin 5'inin Galenica tarafından, diğer 5'inin ise Fresenius AG tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Ayrıca, Yönetim Kurulu Başkanı'nın Galenica tarafından, Başkan Yardımcısının ise Fresenius AG tarafından atanacağı ifade edilmiştir.

140 Bu açıklamalar ışığında hisse devir işleminin ardından kurulacak ortak girişim üzerinde ortak bir kontrolün varlığından bahsetmenin mümkün olduğu kanısına varılmıştır. Ancak ortak girişimin, 2010/4 sayılı Tebliğ'in yukarıda anılan ilgili maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için ortak girişimin ayrıca tam işlevsellik niteliğini haiz olup olmadığı da incelenmiştir.

11-59/1515-540

Tam işlevsellik: Tam işlevsel ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirmesi gerekmektedir. Tam işlevsellik temelde, operasyonel özerkliğe işaret etmektedir. Buna göre, ana şirketlerin ortak kontrole sahip olması ve stratejik kararlar üzerinde kontrollerinin bulunması gerekmektedir. Operasyonel özerk olabilmesi için ortak girişimin pazarda bağımsız şekilde hareket edebilmesi ve yeterli kaynağa sahip olması gerekmektedir. Bununla birlikte ortak girişim, kontrolü altında bulunduğu ana teşebbüslerin belirli bir işlevinin ötesinde faaliyet göstermesi ve ana şirketler ile alım satım ilişkilerinin belirli bir düzeyde olması gerekmektedir. Ortak girişimin tam işlevsel olması bakımından son koşul sürekli nitelikte oluşturulmuş olması, belirli sürelerle veya işlerle sınırlandırılmamış olmasıdır.

Ortak girişim yeni bir teşebbüs kurulması yoluyla gerçekleştirilmektedir. Ayrıca dosya mevcutlarında teşebbüsün pazarda bağımsız şirketler tarafından yerine getirilen faaliyetlerle meşgul olacağı belirtilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin ilgili maddelerinden, Vifor'un bağımsız hareket edebilmek için yeterli kaynaklara sahip olacağı anlaşılmıştır. Ayrıca, taraflar arasındaki sözleşme sınırlı süreli olarak akdedilmemiş ve teşebbüsün sürekli ve bağımsız faaliyet göstereceği ifade edilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında hisse devir işleminin ardından kurulacak ortak girişimin tam işlevsellik niteliğine sahip olduğu anlaşılmıştır. Sonuç olarak, işbu devralma işlemi sonucunda kurulacak olan ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin 3. fıkrası kapsamında bir ortak girişim olduğu anlaşılmıştır.

Bu bilgiler doğrultusunda başvuru konusu işlemin, bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişim kurulması niteliğinde bir işlem olması nedeniyle, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamında bir devralma işlemi olduğu sonucuna varılmıştır.

G.4.2. İşlemi Bildirim Yükümlülüğü Açısından Yapılan Değerlendirme

2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin 1. fıkrası "*Bu Tebliğ'in 5. maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde;*

a) *İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya*

b) *İşlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi,*

aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur." düzenlemesini haizdir. Bu düzenleme ile hangi tür birleşme ya da devralma işlemlerinin Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olduğunu belirlenmektedir.

Dosya mevcudu bilgilere göre, Galenica'nın 2010 yılı Türkiye cirosu (.....) TL, dünya cirosu (.....) TL olarak gerçekleşmiştir. Aynı yıl için, Fresenius AG'nin Türkiye cirosu (.....) TL, dünya cirosu (.....) TL olarak gerçekleşmiştir.

Bu çerçevede tarafların cirolarının 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin (b) bendinde öngörülen ciro eşiklerini aştığı anlaşılmış ve bu nedenle söz konusu işlemin izne tabi bir devralma işlemi olduğu sonucuna varılmıştır.

G.4.3. 4054 Sayılı Kanun'un 7. Maddesi Açısından Yapılan Değerlendirme

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca "*Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması*" hukuka aykırı ve yasaktır. Buna göre, bildirim

11-59/1515-540

190 konusu işlemin ilgili pazarda hâkim durum yaratmak veya mevcut bir hâkim durumu daha da güçlendirmek sonucunu doğurup doğurmayacağına değerlendirilmesi gerekmiştir.

Birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde temel endişe, bu işlemin yatayda olumsuz etkiler yaratmasıdır. İşlemin dikeyde olumsuz etkiler doğurması yönünde bir endişe taşınması da normal olmakla beraber bu durum daha nadir olarak gerçekleşir. Bu nedenle işlemin pazarı hangi yönde etkileyeceğinin tespiti öncelikli olarak yapılmalı, işlemle ilgili değerlendirmeler bu tespit ışığında yürütülmelidir. İşlem, aynı ürün pazarı ve coğrafi pazarda bulunan mevcut veya potansiyel rakipler arasında ve üretim ile dağıtımın aynı seviyesinde faaliyet gösteren oyuncular arasında gerçekleştiği halde yatay bir işlem olarak kabul edilir ve olumsuz yatay etkilerin doğması olasıdır. Yatay devralma işlemleri, pazar gücünün artırılmasını sağlaması, pazardaki oyuncu sayısının azalmasına yol açması ve benzeri olası sonuçları nedeniyle dikey birleşmelere oranla daha detaylı bir incelemeye tabi tutulmaktadırlar.

200 Başvuru konusu ortak girişim kurulması işleminde yatay olarak herhangi bir pazar etkileşimi bulunamamıştır. Ancak Fresenius tarafından sunulan diyaliz hizmetleri ile bu tedavi esansında kullanılan ve uluslararası mülkiyet hakları Galenica'da olan demir preparatları arasında tamamlayıcılık diğer bir ifade ile dikey bir ilişki söz konusu olsa da, Galenica'nın sahibi olduğu demir preparatları olan Ferinject ve Venofer'in Türkiye'deki ruhsatları ile dağıtım hakkı ortak girişim işleminden bağımsız bir teşebbüs olan Abdi İbrahim'de olduğundan adı geçen ürünlerden kaynaklanabilecek herhangi bir dikey bütünlüşme veya hakim durum yaratılması bu aşamada olası görülmemiştir.

210 H.SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan 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 işleme izin verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.