

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2017-3-61 (Devralma)
Karar Sayısı : 17-30/491-213
Karar Tarihi : 27.09.2017

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Adem BİRCAN, Şükran KODALAK, Mehmet AYAN

B. RAPORTÖRLER: Hatice YAVUZ, Pelin TEBER

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: - KKR & Co. L.P.
-Walgreens Boots Alliance, Inc.
-PharMerica Corporation
Temsilcileri: Av. Gönenç GÜRKAYNAK, Av. Hakan ÖZGÖKÇEN,
Av. Baran BAŞ
Çitlenbik Sokak No:12 Yıldız Mah. Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** PharMerica Corporation'ın ortak kontrolünün dolaylı olarak KKR & Co. L.P. ve kontrol ettiği portföy şirketleri ile Walgreens Boots Alliance, Inc. ve bağlı iştirakleri tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 07.09.2017 tarih ve 6337 sayı ile giren bildirim üzerine düzenlenen 18.09.2017 tarih ve 2017-3-61/Öİ sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle; dosya konusu işleme izin verilmesinde sakınca bulunmadığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Taraflar

- (4) KKR & Co. L.P. (KKR); yatırımcılara ve şirketlere alternatif varlık fonları ile sermaye piyasası çözümleri sağlamaktadır. KKR'nin kontrolündeki özel sermaye fonları, çeşitli sektörlerdeki firmalara yatırım yapmaktadır. Dosya içeriğinden, KKR'nin kontrolündeki portföy şirketlerinden her birinin kendi yönetim kuruluna sahip olduğu ve bu kurullarda genellikle bir ya da birden fazla KKR temsilcisinin görev yaptığı ve söz konusu şirketlerin, KKR'nin kontrolündeki diğer portföy şirketlerinden bağımsız olarak yönetildiği ve finanse edildiği anlaşılmaktadır. KKR'nin kontrol ettiği portföy şirketlerinden 28 adetinin Türkiye'de faaliyeti bulunmaktadır.
- (5) Walgreens Boots Alliance, Inc. (WBA); perakende eczaneler işleten, eczane odaklı sağlık ve güzellik girişimidir. WBA Walgreens ve Alliance Boots'un Aralık 2014'te birleşmesi ile kurulmuştur. Teşebbüsün ABD ve Avrupa'da faaliyet gösterdiği ve 25 ülkede faal olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, WBA'nın Türkiye'de kurulu altı adet iştiraki bulunduğu bildirilmiştir.
- (6) PharMerica Corporation (PHARMERICA); uzun süreli bakım eczanesi, infüzyon terapisi ve özel nitelikli eczane hizmetleri sunmaktadır. PHARMERICA halihazırda sadece ABD'de faaliyet gösteren bir teşebbüstür. ABD dışında herhangi bir ülkede faaliyeti bulunmayan teşebbüsün, bildirilen işlem sonrasında da ABD dışındaki ülkelerde faaliyet göstermeyeceği ifade edilmiştir.

G.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

- (7) Dosya konusu işlem, PHARMERICA'nın Phoenix Parent Holdings Inc. (PHOENIX) tarafından devralınmasına ilişkindir. PHOENIX, yalnızca mevcut devralma işleminin gerçekleştirilmesi amacıyla ABD'nin Delaware eyaleti yasalarına göre kurulmuş bir KKR iştirakidir¹. Bildirilen işlemin geçerlilik kazanmasıyla birlikte WBA, PHOENIX'te %(.....)'luk bir azınlık hissesi elde edecektir. Böylece, KKR, WBA ve PHARMERICA'nın bazı yöneticileri, dolaylı olarak PHARMERICA hisselerinin %100'ünü elde edeceklerdir.
- (8) Taraflar arasında imzalanan "Birleşmeye Yönelik Anlaşma ve Plan" (Anlaşma) kapsamında, KKR ve WBA'nın bir ortak girişim şirketine dönüşecek olan PHARMERICA'nın ortak kontrolüne sahip olacakları belirtilmiştir. 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in (2010/4 sayılı Tebliğ) 5. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde, bir ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında bir devralma olarak değerlendirilebilmesi için "ortak kontrol" ve "tam işlevsellik (bağımsız iktisadi varlık)" koşullarını taşıması gerekmektedir.
- (9) İki ya da daha fazla teşebbüs ya da kişinin başka bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama imkânına sahip olması durumunda ortak kontrolden söz edilmektedir. Belirleyici etki, bir teşebbüsün stratejik ticari davranışlarını belirleyen eylemleri engelleme yetkisidir. Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz'un (Kılavuz) 50. vd. paragraflarında bir ortak girişimde ortak kontrolden söz edilebilmesi için tarafların eşit oy hakkına sahip olması, stratejik kararların alınmasında veto haklarının bulunması ya da oy haklarının ortaklaşa kullanılması gibi şartların sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, ana şirketlerin kontrol edilen teşebbüsle ilgili önemli kararlarda (bütçe, işletme planı, önemli yatırımlar, üst yönetimin atanması gibi) mutabakata varmak zorunda olduğu hallerde ortak kontrol söz konusudur.
- (10) Dosya konusu işlem sonucunda KKR ve WBA, iştirakleri aracılığıyla sırasıyla %(.....) ve %(.....) oranında PHARMERICA hisselerinin sahibi olacaktır. PHARMERICA'nın bildirilen işlem sonrası yönetim şartlarının 01.08.2017 tarihli Yatırımcı Anlaşması hükümleri ve bu anlaşmaya ek Ön Protokol hükümleri altında düzenlendiği dosya içeriğinden anlaşılmıştır. Ön Protokol hükümlerine göre, PHOENIX'in yönetim kurulu (.....) üyeden meydana gelecek olup (.....) üyeyi KKR, (.....) üyeyi WBA atayacak ve bunlara PHARMERICA'nın CEO'sunun da eklenmesiyle (.....) kişilik yönetim kurulu oluşacaktır. Yine Ön Protokol'e göre, kararlar (.....) alınacaktır. WBA'nın, PHOENIX'in en az %(.....) oranında hissesini elinde bulundurduğu sürece, PHOENIX ve iştiraklerinin belirli kararları WBA'nın onayı olmaksızın alamayacağı belirtilmiştir. Bu kararların özellikle (.....) ve (.....) kapsadığı görülmektedir. Sonuç olarak, yukarıda bahsedilen ve ortak girişim açısından stratejik olduğu değerlendirilen kararların KKR ve WBA'nın rızası olmaksızın alınamayacağı anlaşılmaktadır. PHARMERICA CEO'sunun belirleyici oya sahip olmadığı ve KKR ile WBA'nın aynı karar üzerinde anlaşamaması durumunda meydana gelecek kilitlenmeyi çözecek bir mekanizmanın bulunmadığı da Bildirim Formu'nda ifade edilmiştir.
- (11) Bu bilgiler ışığında, KKR ve WBA'nın şirket kararları üzerinde "belirleyici etki" uygulama imkânına sahip olduğu stratejik kararları ortaklaşa almak zorunda olmaları sebebiyle PHARMERICA'nın bildirilen işlem sonrasında ortak kontrol altında yönetilecek bir ortak girişim olacağı anlaşılmaktadır.

¹ Bildirilen işlemin kapanışından önce KKR, bir iştiraki aracılığıyla PHOENIX'in tamamına sahiptir.

17-30/491-213

(12) Bildirim konusu işlemin 2010/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde bir devralma olarak değerlendirilmesi için aranan ikinci kriter ise, üzerinde ortak kontrol tesis edilen işletmenin bağımsız bir iktisadi varlık niteliği taşıması, diğer bir deyişle tam işlevsel olmasıdır. Bu kriter ile aranan özellik ortak girişimin, kurucularından bağımsız olarak ilgili pazarda faaliyetlerini kalıcı olarak sürdürebilen ayrı bir iktisadi işletme olarak teşekkül etmesidir. Bir ortak girişimin tam işlevsel olarak kabul edilebilmesi için;

- Bağımsız olarak faaliyet göstermek için yeterli kaynaklara sahip olmak,
- Ana şirketlerin belirli bir işlevi ötesinde faaliyet göstermek,
- Satış ve satın alma ilişkilerinde ana şirketlere bağımlı olmamak,
- Kalıcı olarak faaliyet göstermek

şeklinde ifade edilebilecek nitelikleri taşıması beklenmektedir².

(13) Dosya içeriğinden PHARMERICA'nın; faaliyetlerinin herhangi bir süreyle sınırlandırılmadığı için süresiz olarak kurulduğu, KKR ve WBA'nın kendi işlevlerinin ötesinde faaliyet gösterecek olması, günlük faaliyetlerle ilgilenen kendine ait bir yönetim kurulunun bulunması, işlerini kalıcı olarak yürütmek üzere iktisadi bağımsızlığa sahip olması, pazarda bağımsız olarak faaliyet göstermek ve müşterilerle birebir iletişimin devamını sağlamak için yeterli kaynaklarının bulunduğu anlaşılmaktadır.

(14) Yukarıda yer verilen bilgilerden, dosya konusu işlemin, bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişim kurulması niteliğini taşıdığı anlaşıldığından, söz konusu işlem 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde bir devralma işlemidir. Dosya içeriğinden, işlem taraflarının 2016 yılı cirolarının 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde öngörülen ciro eşliğini aştığı anlaşıldığından bildirim konu işlem izne tabidir.

(15) 2010/4 sayılı Tebliğ uyarınca, bildirim konusu işlemde etkilenme ihtimali olan ve taraflardan iki veya daha fazlasının aynı ürün pazarında faaliyette bulunduğu ya da taraflardan en az bir tanesinin bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu ilgili ürün pazarları etkilenen pazarları oluşturmaktadır.

(16) Dosya içeriğinden, WBA'nın Türkiye'deki iştiraklerinin genel olarak ilaç toptan satış ve dağıtım alanında faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. Türkiye'de, PHARMERICA'nın bildirilen işlem sonrasında faaliyet göstermeyeceğinden hareketle, doğrudan veya dolaylı olarak etkilenen bir pazarın da bulunmayacağı kanaati oluşmuştur.

(17) KKR'nin ise Türkiye'de faaliyeti bulunan iştiraklerinden Gland Pharma Limited'in (GLAND PHARMA) ortopedik, kalp/kardiyovasküler, analjezikler ve bulaşım-önler gibi belirli kategorileri kapsayacak şekilde patent dışı, enjekte edilebilen jenerik farmasötikal formüllerin geliştirilmesi ve imalatı ile üçüncü kişiler adına enjekte edilebilen farmasötikal formüllerin fason imalatıyla iştigal ettiği dosya içeriğinden anlaşılmıştır. Bu bağlamda, GLAND PHARMA ile PHARMERICA'nın faaliyetleri arasında örtüşme olup olmadığı sorusuna tarafların vekilince verilen cevabi yazıda; PHARMERICA ile GLAND PHARMA arasında bugüne kadar hiçbir ticari ilişki kurulmadığı, gelecekte de aralarında ticari bir ilişki kurulması yönünde herhangi bir planın olmadığı, her ne kadar geniş anlamda ilaç pazarı ve eczane pazarı altında söz konusu iki şirket arasında küresel bazda dikey örtüşme olabileceği düşünülse de küresel çapta ve Türkiye'de bir dikey örtüşmeden bahsedilemeyeceği, zaten PHARMERICA'nın ABD dışındaki bir ülkede faaliyet gösterme planının bulunmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca, GLAND PHARMA'nın 2016 yılı cirosunun yalnızca (.....) Avro (yaklaşık (.....) TL) olduğu ve tarafların en iyi tahminleri ve Türk

² Kılavuz, par. 81-93.

17-30/491-213

Eczacılar Birliđi'nin 2016 yılı raporu doğrultusunda GLAND PHARMA'nın faaliyet gösterdiği pazarlardan elde ettiği Türkiye pazar payının olası tüm ilgili ürün pazarlarında 2016 yılında %(.....)'in altında olduğu da cevabi yazıda belirtilmiştir.

- (18) Tüm bu bilgiler çerçevesinde, KKR ve WBA'nın Türkiye'deki faaliyetleri ile PHARMERICA'nın Türkiye'deki faaliyetleri arasında yatay veya dikey herhangi bir örtüşme olmadığı, dolayısıyla işlemin herhangi bir rekabet sorununa yol açmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (19) 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 yasaklanan nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesine, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.