

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2008-2-207 (Devralma)
Karar Sayısı : 08-73/1155-449
Karar Tarihi : 18.12.2008

10 **A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Tuncay SONGÖR, M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN,
Mehmet Akif ERSİN, Dr. Mustafa ATEŞ,
İsmail Hakkı KARAKELLE

B. RAPORTÖRLER: Özgür BAL, Hüseyin ORMAN

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20 : - Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş.
Temsilci: Av. Ahmet SAĞLI
Abbasağa Mah. Keşşaf Sok. Şatıroğlu İş Merkezi No:4 D.9
Yıldız – Beşiktaş / İstanbul

D. TARAFLAR : - Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş.
Eski Büyükdere Cad. Giz 2000 Plaza Kat :17
Maslak/ İstanbul

30 - Özgülükara Sağlık Hizmetleri ve Ticaret Limited Şirketi
Haznedar Şevketdağ Sok. No:16 Bahçelievler / İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Özgülükara Sağlık Hizmetleri Tic. Ltd. Şti.'nin hisselerinin tamamının Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

40 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 30.10.2008 tarih, 7055 sayı ile giren ve eksiklikleri 26.11.2008 tarih, 7815 sayı ile tamamlanan 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 yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 5.12.2008 tarih, 2008-2-207/Öİ-08-ÖB sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 5.12.2008 tarih, REK.0.06.00.00-120/405 sayılı Başkanlık önergesi ile 08-73 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; Özgülükara Sağlık Hizmetleri Tic. Ltd. Şti.'nin hisselerinin tamamının Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş. tarafından devralınması işleminin, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğu; ancak devralma sonucunda hakim durum yaratılmasının veya var olan bir hakim durumun güçlendirilerek ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde

50 sınırlandırılmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla anılan devir işlemine izin verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş. (FDH)

60 1998 yılında faaliyete başlayan FDH'nin hisselerinin %99,99'u Fresenius Medical Care Beteiligungsgesellschaft (FMC) adlı şirkete ait olup, geri kalan hisseler Aşkın Korkusuz, H. Alp Özkan, Şenol Taşdelen ve Dilek Tıkız Türköz adlı dört gerçek kişiye aittir.

Diyaliz hastalarının tedavisi ile ilgili hizmetler ve tedavide kullanılan makine, araç ve gereçlerin sağlanması alanında faaliyet gösteren FMC'nin hisselerinin %36'sına Fresenius SE sahip durumdayken geri kalan %64'lük hisse ise New York ve Frankfurt Borsaları'nda işlem görmektedir.

70 Devralma işlemine taraf FDH, hemodiyaliz hizmetleri pazarında faaliyet göstermekle birlikte, FDH'nin bağlı olduğu FMC grubunun kontrolünde olan;

- Fresenius Ecza Deposu A.Ş., periton solüsyonlarının eczanelere dağıtım ve satışını yapmakta,
- Fresenius Kabi İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti. parental nutrition ilaçlarının ithalat ve ihracatını yapmakta,
- Fresenius Medikal Hizmetler A.Ş. de diyaliz hizmetlerinde kullanılan donanım ve solüsyonları tedarik etmektedir.

H.1.2. Özgözükara Sağlık Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. (Özgözükara)

80 İstanbul ili Bahçelievler ilçesinde diyaliz hizmetleri alanında faaliyet gösteren Özgözükara'nın hisselerinin %99'una Abdullah Özgözükara, %1'ine ise Gülcihan Ertan sahiptir.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

90 Tarafların faaliyet alanları dikkate alınarak, ilgili ürün pazarı "*hemodiyaliz hizmetleri pazarı*" olarak tespit edilmiştir. Diyaliz, özetle, böbrek yetmezliği olan hastaların kanının, tıbbi yöntemler kullanılarak zararlı maddelerden temizlenmesi işlemidir.

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, hemodiyaliz herhangi bir başka sağlık hizmeti ile ikame edilme olanağı bulunmamaktadır¹.

100 H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Diyaliz hizmetleri alanında yine FDH'nin gerçekleştirmiş olduğu bir dizi devralma işlemi çerçevesinde, Rekabet Kurulu *"bir diyaliz hastasının, duruma göre değişmekle beraber, haftada ortalama üç ya da dört defa diyaliz merkezine gitmek zorunda olduğunu, acil durumlarda diyaliz merkezine en kısa sürede ulaşabilmenin önemini"* ve *"bir ilde ikamet etmekte olan hastalar için Türkiye'nin herhangi bir yerindeki diyaliz merkezinin alternatif olarak görülmesinin mümkün olmadığı"* dikkate alınarak ilgili coğrafi pazarlar İstanbul, Manisa ve Bursa illeri olarak belirlenmiştir².

110

Coğrafi pazarın il bazında belirlenmesi genel kabul görmekle beraber, iktisadi analiz açısından coğrafi pazarın siyasi il ve ilçe sınırları açısından farklılıklar ya da taşmalar gösterebileceği kuşkusuzdur. Diğer bir deyişle, bir ilçedeki hasta açısından il merkezine ya da diğer ilçelere sürekli olarak gidip gelmek (mesafe, yolda geçecek süre veya diğer coğrafi nedenlerden dolayı) pratik olarak mümkün değil ise, o ilçedeki diyaliz merkezinin il merkezindeki veya komşu ilçelerdeki diyaliz merkezleri ile ikame edilebilir olduğundan söz etmek mümkün olmayacak, dolayısıyla ilgili coğrafi pazarın ilçe bazında belirlenmesi gerekecektir.

120

Öte yandan, bir ilçedeki hasta, o ilçede diyaliz merkezi yok ise, ilçenin bağlı bulunduğu ildeki bir başka ilçeye ya da il merkezine gitmeksizin, başka bir ile bağlı bir ilçedeki diyaliz merkezine de gidebilir. Örneğin, İstanbul'un en doğusundaki bir hasta, Kadıköy'e ya da Avrupa yakasındaki bir ilçede bulunan başka bir merkeze gitmek yerine, Kocaeli'nin Gebze ilçesindeki bir merkeze gitmeyi tercih edebilir. Bu nedenle, coğrafi pazar tanımının mülki yapılanmadan ziyade ikame edilebilirlik temeli üzerine tanımlanması gerekmektedir.

130

İlçe bazlı bir değerlendirme yapıldığında Bahçelievler ilçesinde bulunan Özgözükara'nın hastalarının yaklaşık %38'i, yine aynı ilçede bulunan FMC'ye ait Bahçelievler Kliniği'nin hastalarının yaklaşık %36'sının anılan ilçede ikamet ettikleri anlaşılmaktadır. Her iki diyaliz merkezinin kalan diğer hastaları ise İstanbul'un Avrupa yakasından gelen hastalar olduğu görülmektedir. Rekabet Kurulu'nun, FDH'nin Emir Özel Sağlık ve Diyaliz Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş.'nin hisselerinin tamamını devralmasına ilişkin vermiş olduğu 15.2.2007 tarih, 07-14/116-35 sayılı Kararı'nda ise ilgili coğrafi pazar "İstanbul İli Avrupa Yakası" olarak tespit edilmiştir.

140

Bu çerçevede, devralınacak teşebbüsün İstanbul Avrupa yakasında faaliyet gösterdiği ve hasta dağılımlarının da bu çerçevede şekillenmesi dikkate

¹ Sağlık Bakanlığı'nın (Tedavi Hizmetleri Gn. Md.) Türkiye 2005 yılı Diyaliz İstatistik Yıllığı'nda belirtildiği üzere, periton diyalizi yalnızca Sağlık Bakanlığı hastaneleri ve üniversite hastanelerinde gerçekleştirilmektedir.

² İlgili Coğrafi Pazar, 26.5.2005 tarih ve 05-36/459-109 sayılı kararda "İstanbul"; 8.7.2005 tarih ve 05-44/623-158 sayılı kararda "Manisa"; 27.10.2005 tarih ve 05-74/990-276 sayılı kararda İstanbul; 30.3.2006 tarih ve 06-21/277-66 sayılı kararda "Bursa" olarak belirlenmiştir.

alındığında, ilgili coğrafi pazar “İstanbul İli Avrupa Yakası” olarak tanımlanmıştır³.

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 eliyle sağlanmakta, diyaliz merkezleri Sağlık Bakanlığı’nın yakından gözetim ve denetimine tabi tutulmaktadır.

150

Sağlık Bakanlığı söz konusu piyasada hem aktör olarak hem de düzenleyici ve denetleyici olarak görev yapmaktadır. Düzenleme/denetleme fonksiyonunun bir ayağı da “diyaliz hizmetleri için Bakanlık tarafından ödenecek bedelin” belirlenmesidir.

Her ne kadar diyaliz hizmetlerinden faydalananlar hastalar olsa da, söz konusu tedavinin bedeli çoğunlukla Bakanlık tarafından ödenmektedir. Diyaliz hastaları sahip oldukları rapor sayesinde, raporda belirtilen periyotlarda diledikleri özel merkezden bu hizmeti temin etme olanağına sahiptir.

160

Bakanlık hâlihazırda 138 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 diğer merkezlere yönelecek olması nedeniyle Bakanlıkça belirlenen bedelin üzerine çıkılması pratikte mümkün görünmemektedir.

170

Diğer yandan, diyaliz merkezlerinin merkeze ulaşım için servis sağlamak, televizyonlu 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 malzemelerini 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 bulunduğundan, bunların tedavi masraflarının Sağlık Bakanlığı tarafından ödendiğinden; bu açıdan bakıldığında Bakanlığın “en büyük müşteri” ve düzenleyici olarak işlev gördüğü ve teşebbüslerin fiyatı etkileyemeyeceklerinden bahsedilmektedir.

Ancak, kritik bir eşikten sonra (pazardaki kapasitenin büyük bir bölümünü elinde tutan) bir teşebbüsün uzun vadede Bakanlık karşısında pazarlık gücüne sahip olabileceği ve fiyatı etkileyebileceği düşünülebilir. Söz konusu husus, Yaşam Özel Sağlık ve Diyaliz Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş.’nin FMC tarafından

³ Avrupa yakasında Beyoğlu, Beşiktaş vb. ilçelerde konumlanan bazı merkezlerin Kadıköy ve Üsküdar’daki bazı merkezlerle ikame edilebilme olasılığı olsa da bu olasılık ihmal edilebilir düzeyde görülmüştür.

190 devralınmasına ilişkin 24.1.2008 tarih, 08-08/92-32 sayılı Rekabet Kurulu Kararı'nda; "diyaliz hizmetleri" yanında "diyaliz makine ve teçhizatı" ve "diyaliz sarf malzemeleri" pazarında faaliyet gösteren FDH'nin orta ve uzun vadede birleşme ve devralmalar yoluyla sahip olabileceği hakim durumu Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından belirlenen fiyatlar üzerinde etki sahibi olmak yoluyla kötüye kullanma olasılığı, FDH'nin diyaliz makine, teçhizat ve sarf malzeme pazarındaki gücünü hemodiyaliz hizmetlerindeki maliyetleri düşürmek amaçlı kullanabileceği ve bunun sonucunda da FDH'nin SGK ve Maliye Bakanlığı nezdinde muhtemel girişimlerde bulunarak devlet tarafından ödenen diyaliz bedellerinin aşağıya çekilmesini sağlayarak rakiplerini "hemodiyaliz hizmetleri pazarı"nda zor durumda bırakacağı endişesiyle bu kapsamda bir inceleme ve değerlendirme yapılarak "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. Değerlendirme

H.3.1. İşlemin Konusu

210 Dosya konusu işlem çerçevesinde FDH, Özgözükara'nın hisselerinin tamamını devralmayı planlamaktadır. Söz konusu işlem sonrası Özgözükara hisselerinin %99'una FDH, %1'ine ise FDH hissedarlarından Aşkın Korkusuz sahip olacaktır. Taraflar söz konusu devralma işlemi amacıyla aralarında 23.5.2008 tarihinde "Hisse Satın Alım Anlaşması" imzalamışlardır. Taraflar, söz konusu devralma işleminin kapanışını Rekabet Kurulu'nun devralmaya izin vermesi kaydıyla gerçekleştirmeyi planlamaktadır.

220 FDH'nin devralma işlemini gerçekleştirmesinin genel amacının diyaliz hizmeti sunan klinik sayılarını arttırmak, böylelikle faaliyetlerini ilgili coğrafi alanda yayarak ihtiyaç duyan daha çok hastaya tedavi hizmeti sunmak olduğu Bildirim Formu'nda ifade edilmektedir.

H.3.2. İşlemin 4054 sayılı Kanun ve 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

230 1997/1 sayılı Tebliğ'in (Tebliğ) 2. maddesinin (b) bendinde, "herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi" devralma işlemi olarak nitelendirilmiştir.

Dosya konusu işlem çerçevesinde FDH, Özgözükara'nın hisselerinin tümünü, dolayısıyla da Özgözükara'nın kontrolünün tamamını devralacaktır. Bu nedenle işlem, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(b) maddesi uyarınca bir devralma işlemi olup Kanun'un 7. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.

H.3.3. İşlemin 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

240

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 YTL'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.

250

Bildirim dosyasında yer alan bilgilere göre, tarafların ilgili ürün pazarlarına ilişkin ciro ve pazar payı bilgilerine aşağıda yer verilmektedir:

Tablo 1: Tarafların 2007 yılı ciroları ile aynı yıla ait pazar payları

Taraflar	2007 yılı ciroları (YTL)	İstanbul İli Avrupa Yakası Pazar Payları (%)
FDH	(.....)	(...)
Özgözükara	(.....)	(...)
Toplam	(.....)	(...)

Tablo 2: Tarafların 2008 yılı Ekim ayı itibariyle ilçeler bazında pazar payları

İlçe	Merkez Sayısı	Cihaz Sayısı	Hasta Sayısı	İstanbul Avrupa Pazar Payı (%)	Özgözükara Pazar Payı (%)	FDH Pazar Payı (%)
Avcılar	5	145	541	10,24		(...)
Bağcılar	3	51	294	5,56		
Bahçelievler	6	220	826	15,63	(...)	(...)
Bakırköy	6	80	332	6,28		
Bayrampaşa	1	11	61	1,15		
Beşiktaş	2	38	130	2,46		
Beyoğlu	1	22	58	1,10		
Büyükçekmece	2	38	173	3,27		(...)
Esenler	1	32	174	3,29		
Esenyurt	2	22	35	0,66		(...)
Fatih	6	110	365	6,91		(...)
GOP	5	165	753	14,25		
Güngören	2	51	173	3,27		
Kağıthane	2	51	268	5,07		(...)
Küçükçekmece	2	39	170	3,22		
Sarıyer	2	24	109	2,06		
Silivri	1	22	96	1,82		
Şişli	5	164	545	10,31		
Zeytinburnu	1	44	181	3,43		
İst. Avr. Topl.	55	1329	5284	100,00	(...)	(...)

260

FDH'nin 2007 yılı sonu itibariyle ilgili ürün pazarında doğrudan veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak elde etmiş olduğu ciro (.....) YTL'dir. Özgözükara'nın 2007 yılı sonu itibariyle elde ettiği ciro ise, (.....) YTL'dir. Tarafların toplam cirosu (.....) YTL olup 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4.

maddesinde belirtilen 25 milyon YTL'lik ciro eşiği aşılmaktadır. Tarafların İstanbul İli Avrupa Yakasına ait toplam pazar payları ise % (...)’dır.

Dolayısıyla, dosya konusu işlem 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında Rekabet Kurulu’nun iznine tabi bir devralmadır.

H.3.4. İşlemin 4054 sayılı Kanun’un 7. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

270

4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi gereğince bir teşebbüsün devralma yoluyla hakim duruma geçerek veya mevcut hakim durumunu güçlendirerek rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunun ortaya çıkarması yasaklanmaktadır.

Diğer yandan, dosya konusu işlem çerçevesinde ilgili ürün pazarı olan “İstanbul İli Avrupa Yakası Hemodiyaliz Pazarı”nda işlem sonrasında ilgili pazardaki yoğunluk artacak olmakla birlikte, FDH’nin hakim durumda bulunmaması, bölgede diyaliz hizmeti veren birçok kamu ve özel teşebbüsün olması, bu nedenle FDH’nin işlem sonrasında da hakim duruma geçmesinin söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

280

H.3.5. Hisse Satın Alım Sözleşmesi’nde Yer Alan Rekabet Yasağına İlişkin Değerlendirme

Taraflar arasında 23.5.2008 tarihinde imzalanan Hisse Satın Alım Anlaşması’nın “Saticıların vereceği rekabet etmeme beyanı” başlıklı 5.07. maddesinde düzenlenen ve Özgözükara’nın ortakları tarafından imzalanan Rekabet Etmeme Beyanı’nda; satıcılara, “30.4.2009 tarihinden itibaren iki yıl boyunca, İstanbul İli Avrupa Yakası sınırları içinde diyaliz hizmetlerinde doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir unvan ve isim altında Fresenius Medical Care Grubu’ndaki ana veya yan şirketleri veya iştirakleri ile rekabet etmeme” yükümlülüğü getirilmektedir. Ancak söz konusu beyana göre Özgözükara ortakları özel ve kamu hastanelerinde diyaliz faaliyetlerinde bulunabileceği ifade edilmektedir.

290

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” ölçütlerini sağlaması gerekmektedir.

300

Dosya konusu işlem bakımından satıcılara getirilen rekabet yasaklarının, yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli oldukları kanaatine varılmıştır. Bunun yanında, söz konusu yasağın yalnızca devreden taraf açısından kısıtlayıcı olduğu ve işlem konusu hizmetler ile ilgili olduğu; kısıtlamanın coğrafi açıdan ve süre açısından kapsamının makul sayılması ve “yan sınırlama” olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

I. SONUÇ

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

310

08-73/1155-449

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.