

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2007-1-13 (Devralma)
Karar Sayısı : 07-34/355-133
Karar Tarihi : 24.4.2007

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Rıfık ÜNAL, Prof.Dr.Nurettin KALDIRIMCI,
Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN.

B. RAPORTÖRLER: Hakan Deniz KARAKOÇ, Çiğdem ÜNAL

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20 : - Eastpharma Sarl
Temsilcisi Av. Sarp ŞENOL
Derman Ortak Avukat Bürosu, Maya Akar Center
Büyükdere Cd. 100/1734394 Esentepe/İstanbul

D. TARAFLAR

30 : - Eastpharma Sarl
5, rue Guillaume Kroll L-1882 LÜKSEMBURG
- International Pharma Limited
Clarendon House, 2 Church Street
Hamilton HM 11, BERMUDA
- Depa İlaç Aktif Maddeleri Sanayi ve Pazarlama A.Ş.
Büyükdere Cad. 199/A 34413 4. Levent İstanbul
- GEM Global Equities Management S.A.
Lyford Cay Drive, Lyford Cay, P.O Box 7776-444 BAHAMA
- Gavea Master Fund Ltd.
PO Box 896 GT Harbour Centre George Town
Grand Cayman Cayman Islands BWI
- Griffin Eastern European Fund
Riverside 2 Sir John Rogersons Quay
Grand Canal Dock Dublin 2 İRLANDA
- Griffin Otoman Fund
Riverside 2 Sir John Rogersons Quay
Grand Canal Dock Dublin 2 İRLANDA

40 **E. DOSYA KONUSU:** International Pharma Limited (Intpharma) ve Depa İlaç Aktif Maddeleri Sanayi ve Pazarlama A.Ş. (Depa)'ye ait Deva Holding A.Ş. (Deva) hisselerinin ve GEM Global Equities Management S.A.'nın yönettiği Fonlara, Gavea Master Fund Ltd., Griffin Eastern European Fund ve Griffin Ottoman Fund'a ait Deva Holding A.Ş. hisselerinin Eastpharma Sarl tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

50 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 7.2.2007 tarih ve 978 sayı ile giren bildirim üzerine, söz konusu devralmaya ilişkin olarak talep edilen ek bilgi ve belgeler, Kurum kayıtlarına 2.4.2007 tarih ve 2483 sayı ile intikal eden yazı ile tamamlanmıştır. 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 12.4.2007 tarih, 2007-1-13/Öİ-07-HDK sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 16.4.2007 tarih, REK.0.05.00.00-120/64 sayılı Başkanlık önergesi ile 07-34 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- Söz konusu işlemin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olduğu,
- 60 – Söz konusu devralma işlemi sonucunda ilgili pazarda hakim durumun yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin önemli ölçüde azalmasının söz konusu olmadığı anlaşıldığından anılan devir işlemine izin verilmesi gerektiği,
- Bununla birlikte, 14.7.2006 tarihinde GEM Fonları'nın Deva'nın kontrolünü ele geçirmesi ile sonuçlanan Yıllık Olağan Genel Kurul Toplantısı ile ilgili Kuruma herhangi bir bildirimde bulunmamış olması nedeniyle, Fonları yöneten Emerging Value Management Ltd.'e 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi birinci fıkrası (c) bendi ve 2007/1 sayılı tebliğ uyarınca 1.716 YTL para cezası uygulanması gerektiği,
- 70 – Devralma işleminin gerçekleştiği 14.7.2006 tarihinde Emerging Value Management Ltd. yöneticisi olan Anthony Inder Reiden ve Deirdre M. McCoy'a 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi üçüncü fıkrası uyarınca Emerging Value Management Ltd.'ye verilen cezanın yüzde onuna kadar para cezası uygulanması gerektiği,
- 27.11.2006 tarihinde Eastpharma Sarl.'a GEM fonlarının Deva'da sahip olduğu hisselerin devrini içeren Yatırım sözleşmesi ile ilgili olarak, Rekabet Kurulu'nun izninin alınmamış olması nedeniyle; devralmanın taraflarından olan GEM Fonları adına Emerging Value Management Ltd. ve Eastpharma Sarl.'a ayrı ayrı olmak üzere 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi birinci fıkrası (c) bendi ve 2007/1 sayılı
- 80 Tebliğ uyarınca 1.716 YTL para cezası uygulanması gerektiği,
- Devralma işleminin gerçekleştiği 27.11.2006 tarihinde Emerging Value Management Ltd. Yöneticisi olan Anthony Inder Reiden ve Deirdre M. McCoy'a 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi üçüncü fıkrası uyarınca Emerging Value Management Ltd.'ye verilen cezanın yüzde onuna kadar para cezası uygulanması gerektiği; 27.11.2006 tarihinde Eastpharma Sarl.'ın Yönetim Kurulu'nda alan Philipp Daniel Haas ve Frank Przygodda'ya Eastpharma Sarl.'a verilen cezanın yüzde onuna kadar para cezası uygulanması gerektiği

ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

90 H.1. Taraflar

H.1.1. Eastpharma Sarl

Lüksemburg Dükalığı kanunlarına uygun olarak 13.9.2006 tarihinde kurulmuş olan Eastpharma Sarl'ın tüm hisseleri, Eastpharma Ltd.'ye aittir. Bildirim formunda,

Eastpharma Sarl'ın, Türkiye'deki faaliyetlerinin Eastpharma İlaç Üretim Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş.'de %99,99 oranında, Deva'da ise %52,58 oranında hissedarlıktan ibaret olduğu ve Eastpharma İlaç Üretim Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin herhangi bir faaliyette bulunmadığı belirtilmiştir. Eastpharma Sarl'ın yönetim kurulu Philipp D. Haas ve Frank Przygodda'dan oluşmaktadır.

100 Eastpharma Sarl'ın tüm hisselerine sahip olan Eastpharma Ltd., 17.8.2006 tarihinde Bermuda kanunlarına göre kurulmuştur. Eastpharma Ltd. esas olarak ilaç sektöründe faaliyet gösteren şirketlere yatırım yapmak amacıyla kurulmuş bir şirket olup başvuruya konu devralma işleminden sonra Deva'nın kontrolüne sahip olmuştur. Bildirim formunda bunun dışında Türkiye'de ilgili ürün pazarında faaliyeti bulunmadığı belirtilmiştir.

Yönetim kurulu Philipp D. Haas ve Dawn Griffiths'den oluşan Eastpharma Ltd.'nin hissedarlık yapısı aşağıdaki gibidir:

Tablo 1: Eastpharma Ltd.'nin Hissedarlık Yapısı

Hissedar	Hisse Oranı %
GEM Global Equity Management S.A.	69,62
D.E Shaw Laminar Portfolios L.L.C	11,21
Mellon HBV Master Global Event Driven Fund LP	10,76
Mellon HBV Master European Event Driven Fund LP	
Gavea Master Fund Ltd	5,1
Griffin	3,3

110 GEM Global Equities Management S.A. (GEM Fonları), Emerging Value Opportunities Fund Master Account LP., PharmaInvest Master Account LP., Emerging Income Fund Master Account LP. şirketlerinden oluşmaktadır ve Eastpharma Ltd.'nin hisselerinin %69,62'sini elinde bulundurmaktadır. GEM Fonları'nın Türkiye'de ilgili ürün pazarında herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır.

Emerging Value Opportunities Fund Master Account LP., Bahamalar'da kurulu bir yatırım fonudur. Hissedarları, %16,51 oranında hisseye sahip Emerging Value Opportunities Fund Ltd., %20,57 oranında hisseye sahip Emerging Value Opportunities Fund Delaware LP. ve %62,92 oranında hisseye sahip Emerging Value Opportunities Fund Bahamas Ltd.'dir.

120 Emerging Income Fund Master Account LP., Bahamalar'da kurulu bir yatırım fonudur. Hissedarları, %68,24 oranında hisseye sahip Emerging Income Fund Ltd. ve %31,76 oranında hisseye sahip Emerging Income Fund Delaware LP'dir.

PharmaInvest Master Account LP., Bahamalar'da kurulu vergiden muaf bir limited ortaklıktır. Başlıca faaliyetleri, Bahamalar'da ikamet etmeyen kişiler, şirketler, ortaklıklar ve diğer kuruluşlar için her türlü hissenin ve yatırımın alımı, satımı, devralınması da dahil ve bunlarla sınırlı olmamak üzere finansal portföylerin yönetimi ve her türlü yatırım işleri gibi hizmetler sunmaktır. Şirketin hissedarları, %93,73 oranında hisseye sahip Pharmainvest Fund Ltd. ve %6,27 oranında hisseye sahip Pharmainvest Delaware LP.'dir.

130 Bildirim formunda, GEM Fonları'nı oluşturan ve yukarıda bahsi geçen şirketlerin tümünün hukuki yapılarının "limited partnership" olarak tanımlandığı ve bu hukuki statüde kurulmuş şirketlerin yönetim kurullarının bulunmadığı, kuruldukları tarihten itibaren Emerging Value Management Ltd. tarafından yönetildikleri belirtilmiştir. Emerging Value Management Ltd.'nin yöneticileri ise Anthony Inder Rieden ve Deirdre M. McCoy'dur.

05-01/3-3

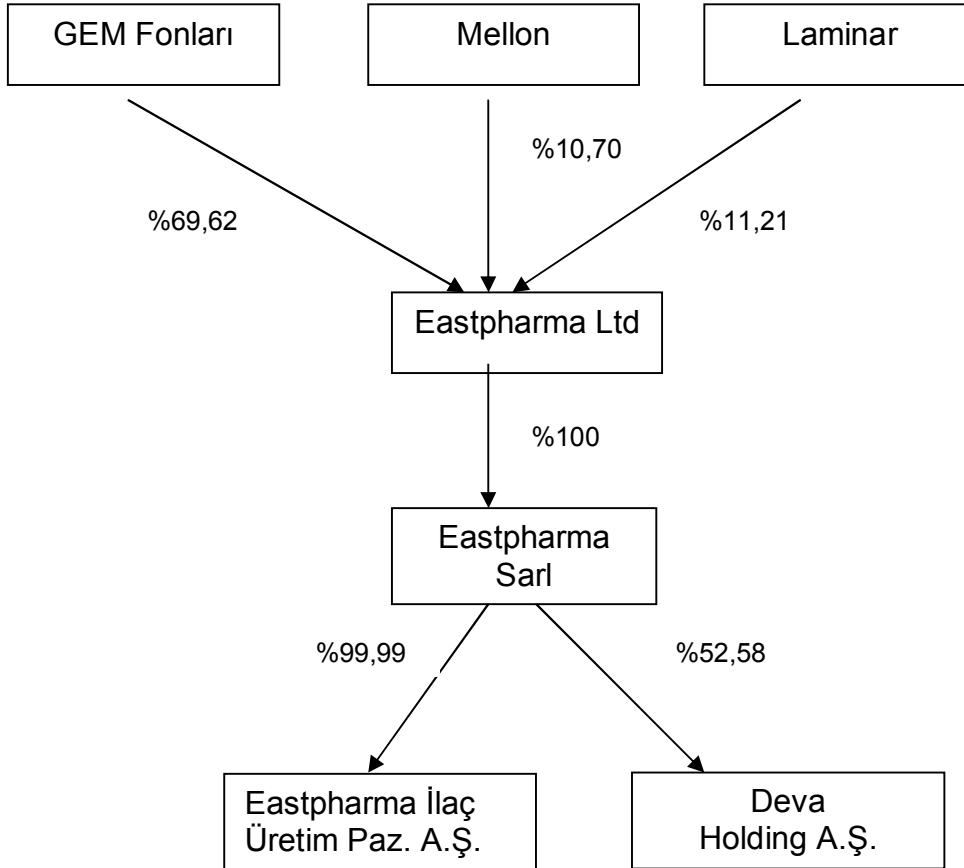
140

Mellon HBV Master Global Event Driven Fund LP ve Mellon HBV Master European Event Driven Fund LP'den oluşan Mellon Şirketleri¹ (Mellon) bir fon yönetim şirketidir ve Türkiye'de ilgili pazarda herhangi bir faaliyeti veya iştiraki bulunmamaktadır. Eastpharma Ltd.'de ortak kontrol sahibi hissedar olarak, Eastpharma Sarl'de ise dolaylı olarak ortak kontrol sahibidir. Mellon merkezi New York olan Fursa Alternative Strategies LLC.'nin %100 iştirakidir. Mickey Harley, Fursa Alternative'in %100 hissedarıdır. Fursa Alternative, tek yöneticili yatırım araçları konusunda uzman bir şirkettir. Mellon Şirketleri'nin yönetim kurulu, Mickey Harley ve Patrick Brennan'dan oluşmaktadır.

D. E. Shaw Laminar Portfolios, L.L.C. (Laminar) Delaware'de kurulu bir yatırım fonudur. Laminar'ın yatırımları daha çok tahvil, adi senet, banka kredisi, hisse senedi, döviz, ipotek ve varlığa dayalı menkul kıymetlerden ve gayrimenkullerden oluşmaktadır. Laminar Türkiye'de hiçbir ticari faaliyette bulunmamakta olup Deva dışında Türkiye'de faaliyet gösteren hiçbir teşebbüste iştiraki yoktur.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmış hissedarlık ilişkileri aşağıdaki şemada belirtilen şekildedir:

150



¹ Bildirim formunda; Mellon HBV Master Global Event Driven Fund LP 'nin unvanının 14.2.2002 itibarıyla Fursa Master Global Event Driven Fund LP, Mellon HBV Master European Event Driven Fund LP'nin unvanının 1.11.2002 itibarıyla Fursa Master European Event Driven Fund LP olarak değiştirildiği ve bu değişikliğin şirketlerin ortaklık defterlerine 19.12.2006 tarihinde kaydedildiği belirtilmektedir.

160 GEM Fonları, Eastpharma Ltd'nin hisselerinin %69,62'sine sahip olmakla birlikte, Eastpharma Ltd. hissedarları arasında 27.11.2006 tarihinde imzalanan Hissedarlar Sözleşmesi uyarınca Mellon ve Laminar bazı stratejik konularda veto hakkına sahip olduğundan Eastpharma Ltd. ve Eastpharma Sarl GEM Fonları, Mellon ve Laminar'ın ortak kontrolündedir. Eastpharma Ltd.'nin ana sözleşmesine göre, yönetim kurulu 5 (beş) kişiden oluşmaktadır ve kurula GEM Fonları'nın 3 (üç), Mellon Şirketleri'nin 1 (bir) ve Laminar'ın 1 (bir) üye atama imtiyazı bulunmaktadır. Ayrıca yönetim kurulunun ortaklığın kaderini etkileyecek bazı konularda karar alabilmesi için en az bir Laminar veya Mellon Şirketleri üyesinin olumlu oy kullanması şarttır.

H.1.2. Deva

Deva, Türkiye Cumhuriyeti kanunları uyarınca bir anonim şirket olarak kurulmuş ve 3794 sayılı Kanun ile değişik 2499 sayılı Kanun hükümlerine göre kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş halka açık bir şirkettir. Deva hisselerinin % 87'si halka açık olup şirketin kayıtlı sermaye tavanı 100.000.000.-YTL, çıkarılmış sermayesi 48.000.000.-YTL'dir.

170 Şirket hisselerinin %99,97'si hamiline yazılı ve %0.03'ü nama yazılıdır. Şirketin kurucu hissedarlarına ihdas edilmiş olan imtiyazlı hisse senetleri (A) ve (B) tipi olmak üzere iki nevidir. Her iki tip senet 50'şer adet olup, bunlar C grubu hisse senetlerinin haiz oldukları haklara ilaveten rey ve kârâ iştirak bakımından aşağıdaki imtiyazlara sahiptirler:

(i) Rey hakkı bakımından: (A) ve (B) tipi imtiyazlı hisse senetlerinin sahipleri, C grubu hisse senetleri sahiplerinin on misli oy hakkına sahiptir.

(ii) Kâr hakkı bakımından: Sadece (A) tipi imtiyazlı hisse senedi sahiplerine, Türk Ticaret Kanunu'nun 298. maddesi esasları dahilinde, şirketin senelik kârından şirketin Esas Sözleşmesi'nin kâr dağıtımına ilişkin maddesindeki sıra ve esaslara göre ayrılacak kârın %10'u tahsis edilmiştir.

180 (iii) Yönetim Kurulu üyeliği bakımından: Deva'nın 5 kişiden oluşan Yönetim Kurulu üyelerinden ikisi (A) tipi imtiyazlı hisse senedi sahipleri arasından olmak üzere (A) ve (B) tipi imtiyazlı hisse senedi sahipleri tarafından seçilirler.

(A) ve (B) tipi imtiyazlı hisse senetleri dışında kalan şirketin toplam 47.999.900,90 adet C grubu hissesinin herhangi bir imtiyaz hakkı bulunmamaktadır.

Beşeri ilaç ve ilaç hammaddelerinin üretim ve pazarlanması alanlarında faaliyet gösteren Deva'nın devralma işlemi öncesindeki hissedarlık yapısı aşağıdaki gibidir:

Tablo 2: Deva'nın Devralma İşlemi Öncesi Hissedarlık Yapısı	
Hissedar	Hisse Oranı (%)
A Grubu Hisseleri	
Intpharma	72
PharmaInvest	2
Detaş Ambalaj ve Kimya San. A.Ş.	4
Karadeniz Yatçılık ve Turizm A.Ş.	22
TOPLAM	100
B Grubu Hisseleri	
Intpharma	66
PharmaInvest	2
Detaş Ambalaj ve Kimya San. A.Ş.	8
Karadeniz Yatçılık ve Turizm A.Ş.	8
Gerçek Kişi Hissedarlar	16
TOPLAM	100
C Grubu Hisseleri	
GEM Fonları	20,69
IntPharma	13,03
Gavea Master Fund	4
Griffin Eastern European Fund	2,01
Griffin Ottoman Fund	0,57
Halka Açık Kısım	30,21
Deva İştirakleri	29,5
TOPLAM	100

200 Deva'nı kontrol ettiği iştirakleri ve faaliyet alanları aşağıdaki gibidir:

Tablo 3: Deva'nın İştirakleri ve Faaliyet Alanları

Şirketin Unvanı	Faaliyet Konusu	Deva'nın Ortaklıktaki Payı (%)
Depa İlaç Aktif Maddeleri Sanayi ve Pazarlama A.Ş.	İlaç aktif maddeleri üretim ve pazarlaması	99,9
Carlo Erba İlaç San.ve Tic.A.Ş.	Beşeri ilaç üretimi	97,8
Vetaş Veteriner ve Tarım İlaçları A.Ş.	Veteriner ve tarım ilaçları üretimi ve pazarlaması	47,8
Detaş Ambalaj ve Kimya San.A.Ş.	Tıbbi ampul, kolonya, deterjan üretimi	99,9
Evma Ev İhtiyaç Maddeleri Sanayi A.Ş.	Ev ihtiyaç maddeleri pazarlaması	98,5
Sayat Sağlık Yatırımları ve Tic.A.Ş.	Hizmetler	85,2

H.2. Devralma İşlemi

Bildirime konu edilen devralma işlemlerinden ilki, Eastpharma Sarl ve Intpharma ile Depa arasında 27.11.2006 tarihinde ayrı ayrı imzalanan Hisse Alım Sözleşmeleri uyarınca gerçekleştirilmiştir. Depa ile imzalanmış olan Hisse Alım Sözleşmesi uyarınca, Depa, Eastpharma Sarl'a 5.899.535 adet C Grubu Deva hissesini devretmiştir. Intpharma ile imzalanmış olan Hisse Alım Sözleşmesi uyarınca,

05-01/3-3

210 Intpharma, 6.252.469 adet C Grubu, 36 adet A Grubu ve 33 adet B Grubu Deva hissesini Eastpharma Sarl'a devretmiştir.

Bildirime konu edilen ikinci devralma işlemi, Eastpharma Ltd. ve Hissedarları arasında 27.11.2006 tarihinde imzalanan Yatırım Sözleşmesi uyarınca, Eastpharma Ltd. hissedarlarının (GEM Global Equities Management S.A., Gavea Master Fund Ltd., Griffin Eastern European Fund ve Griffin Ottoman Fund) sahip oldukları Deva hisselerinin aynı sermaye olarak Eastpharma Sarl'a devredilmesine ilişkindir. Asıl kontrol değişikliğini yaratan da bu devralma işlemidir. Bu işlem öncesinde GEM Fonları Deva'nın kontrolünü tek başına elinde bulundurmaktayken, bu işlem sonrasında Eastpharma Sarl dolayısıyla da Deva GEM Fonları, Mellon ve Laminar'ın ortak kontrolüne geçmektedir.

220 27.11.2006 tarihinde imzalanan sözleşmelerle gerçekleştirilen hisse devirleri sonrasında Deva'nın hissedarlık yapısı aşağıdaki tabloda görüldüğü gibi olmuştur:

Tablo 4: Hedef Teşebbüsün Devralma İşlemi Sonrası Hissedarlık Yapısı	
Hissedar	Hisse Oranı (%)
A Grubu Hisseleri	
Eastpharma Sarl	74
Detaş Ambalaj ve Kimya San. A.Ş.	4
Carlo Erba	22
TOPLAM	100
B Grubu Hisseleri	
Eastpharma Sarl	68
Detaş Ambalaj ve Kimya San. A.Ş.	8
Carlo Erba	10
Gerçek Kişi Hissedarlar	14
TOPLAM	100
C Grubu Hisseleri	
Eastpharma Sarl	52,58
Halka Açık Kısım	35,34
Deva İştirakleri	12,08
TOPLAM	100,000

Devralma işlemleri neticesinde, Eastpharma Sarl, Deva'nın %74 oranında A grubu, %68 oranında B grubu ve %52,58 oranında C grubu hissesine sahip olarak Deva ve iştiraklerinin kontrolünü ele geçirmiştir. Ancak, Eastpharma Sarl GEM Fonları, Mellon Şirketleri ve Laminar'ın ortak kontrolünde olduğu için işlem sonrasında, Deva'nın GEM Fonları, Mellon Şirketleri ve Laminar'ın ortak kontrolüne geçmektedir.

H.3. İlgili Pazar

H.3.1. İlgili Ürün Pazarı

230 Devralınan Deva ve iştiraklerinden Carlo Erba, beşeri ilaçlar pazarında faaliyetlerini sürdürmektedirler.

Beşeri ilaçlar, Dünya Sağlık Örgütü ile European Pharmaceutical Marketing Association (EphMRA)'nın tanımladığı Anatomik Tedavi Sınıflandırması (Anatomical Therapeutic Classification-ATC)'na göre çeşitli gruplara ayrılmıştır. ATC sistemi, birinci derecesi (ATC-1) en genel ve dördüncü derecesi (ATC-4) ise en detaylı olmak üzere 4 kategoriden oluşmaktadır. ATC sınıflandırmasının üçüncü kademesinde (ATC-3) ilaçlar tedavi endikasyonlarına göre, bir başka deyişle hangi amaçla kullanıldıklarına göre gruplandırılmaktadır. Aynı tedavi edici özelliklere sahip olan,

240 dolayısıyla birbirinin yerine kullanılması mümkün olan ilaçlar aynı sınıfa dahil edilmektedir. Dolayısıyla, ATC-3 sınıflandırması, kullanım alanı ve amaçlarına göre birbirini ikame edebilen ürünlerin bir pazarda toplanmasına olanak tanımaktadır.

Rekabet Kurulu ilaç sektörüne ilişkin değerlendirmelerinde ATC-3'ü esas alan pazar tanımları kullanmaktadır. Her ne kadar dosyaların özelinde pazarın daha geniş ya da daha dar tanımlanması gerekebilmeğe de, Kurul'un değerlendirmelerinin başlangıç noktası ATC-3 olmaktadır. Bu bildirim kapsamında, devralan şirket olan Eastpharma Sarı'nın ve onu kontrol eden teşebbüslerin ilaç pazarında herhangi bir faaliyeti bulunmadığı taraflarca ifade edilmiştir. Bu nedenle pazarlar Deva'nın üretimini gerçekleştirdiği ilaçların yer aldığı ATC-3 sınıfları olarak tanımlanmıştır.

250 Deva'nın iştiraklerinden Detaş ve Evma kolonya ve deterjan üretim ve satışı faaliyetlerinde bulunmaktadır. Bu nedenle bu şirketlerin faaliyetlerine ilişkin pazarlar kolonya pazarı ve deterjan pazarı olarak belirlenmiştir.

Detaş'ın faaliyet alanlarından biri de tıbbi ampul üretim ve satışı olduğundan diğer bir ilgili ürün pazarı tıbbi ampul pazarı olarak tanımlanmıştır.

Vetaş'ın veteriner ilaçları sektöründe faaliyet göstermesi nedeniyle veteriner ilaçları pazarı da devralma kapsamında değerlendirilecek diğer bir ilgili pazardır.

260 Yukarıda yer verilen bilgiler dikkate alındığında, bildirim konu devralma işleminin tarafların faaliyetleri arasında herhangi bir örtüşmeye sebebiyet vermediği görülmektedir. Dolayısıyla mevcut dosya özelinde, ilgili ürün pazarı tanımının sonuca ilişkin değerlendirmeleri etkilemeyeceği ve Deva ile iştiraklerinin faaliyetlerine ilişkin olarak alt ayrımlara gitmenin gerekli olmadığı anlaşıldığından, mevcut dosya özelinde, ilgili ürün pazarları "*ATC-3 sınıflandırması çerçevesinde beşeri ilaçlar pazarı, kolonya pazarı, deterjan pazarı, tıbbi ampul pazarı ve veteriner ilaçları pazarı*" olarak tanımlanmıştır.

H.3.2. İlgili Coğrafi Pazar

Söz konusu ürünlerin dağıtım ve pazarlamasına ilişkin bölgesel pazar tanımını gerektirecek hususlar olmadığından, ilgili coğrafi pazar "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları*" olarak belirlenmiştir.

H.4. Değerlendirme

H.4.1. Kontrol Değişikliğinin Değerlendirilmesi

270 Deva, 14.7.2006 tarihinde gerçekleştirilen ve yönetim-kontrol değişikliğine esas olan Yıllık Olağan Genel Kurul Toplantısından önce kontrolündeki teşebbüslerin elinde bulundurduğu hisse senetleri (C Grubu toplam hisse senetlerinin %47,39'u) aracılığıyla idare edilmekteydi². Her ne kadar A ve B grubu imtiyazlı hisse senedi sahipleri 5 Yönetim Kurulu üyeliğinden ikisini atama hakkına sahip olsalar da geri kalan 3 Yönetim Kurulu üyeliğinin Genel Kurul'da çoğunluğa sahip C grubu hisse senedi sahipleri tarafından belirlenmesi ve bu gruba ait çoğunluğun şirket iştiraklerinde bulunuyor olması nedeni ile herhangi bir kişi ya da kurum Deva'yı kontrol etmemekteydi. İdaresinin, yukarıda değinildiği gibi, kendi iştiraklerinin elinde bulunan hisse senetleri vasıtasıyla gerçekleşiyor olması nedeniyle Deva aleyhinde çeşitli davalar açılmış ve yine bu konu ile ilgili olarak teşebbüs SPK tarafından 280 iştiraklerin kontrolündeki hisse senetlerinin elden çıkarılması hususunda uyarılmıştır.

² Deva'nın diğer hisse senetlerinin İMKB'de işlem görüyor olması ve hiçbir hissedarın %47,39'un üzerinde paya sahip olmaması nedeniyle söz konusu oy oranı ile Holding Yönetim Kurulu tüm Yönetim Kurulu üyelerini belirleyebilmekteydi.

Bu duruma, Kurumumuza 29.05.2006 tarih ve 3381 sayı ile intikal eden Deva'nın Advent International Corporation tarafından devralınmasına ilişkin başvurunun değerlendirildiği 15.6.2006 tarih ve 2006-1-83/Öİ-06-HDK sayılı Devralma Öninceleme Raporu'nda değinilmiş olup; söz konusu başvuru, devralacak taraf olan Advent International Corporation'un vazgeçmesi ile geri çekilmiştir.

290 14.7.2006 tarihine kadar Deva, 29.5.2006 tarih ve 3381 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal eden başvuruda değinildiği gibi herhangi bir teşebbüsün kontrolü altında değildir. 14.7.2006 tarihinde gerçekleştirilen Yıllık Olağan Genel Kurul Toplantısında ise Deva'nın iştiraklerinin sahip olduğu hisse sentlerinin Genel Kurul'da temsil edilmemesi nedeniyle o dönemde en yüksek paya sahip olan GEM Fonları (%23,34), Yönetim Kurulu'nun 3 üyesini (Philipp Daniel Haas, Baki Taşkiran ve Bülent Osman Topçu) belirlemek suretiyle Teşebbüsün kontrolünü ele geçirmiştir.³ Bu devir işlemi, izleyen bölümde yer alan değerlendirmeler çerçevesinde, 1997/1 sayılı Tebliğ'in "Birleşme veya Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesinin (b) bendi anlamında bir devir işlemi niteliğindedir. Ancak işlem ilgili devralma başvurusu çerçevesinde Kurumumuza bildirilmemiş olup işlemin varlığına ilişkin bilgilere raportörler tarafından talep edilen ek bilgiler sayesinde ulaşılmıştır.

300 Deva'nın kontrolüne sahip olan GEM Fonları, 17.8.2006 tarihinde Laminar ve Mellon⁴ isimli teşebbüsler ile birlikte ortak yönetimine sahip olduğu Eastpharma Ltd.'yi kurmuştur. Eastpharma Ltd., 27.11.2006 tarihinde Deva hisselerinin %52,58'ine sahip olan ve 13.9.2006 tarihinde kurulan Eastpharma Sarl'ın kontrolünü tek başına elinde bulunduran teşebbüstür. 27.11. 2006 tarihinde imzalanan ve bildirim formunun ekinde yer alan hisse devri ve yatırım anlaşmaları çerçevesinde Deva hisselerine ilişkin iki farklı devir işlemi gerçekleştirilmiştir.

310 Bunlardan birincisi, Deva'nın bir iştiraki olan Depa tarafından 5.899.535 adet C Grubu Deva hissesi ile Intpharma tarafından 6.252.469 adet C Grubu, 36 adet A Grubu ve 33 adet B Grubu Deva hissesinin Eastpharma Sarl'a devridir. İkinci devir işlemi ise, GEM Fonları tarafından kurucu ortağı olduğu Eastpharma Sarl'a elinde bulunan Deva hisselerinin devridir. Her iki devir işlemi de 27.11.2006 tarihinde imzalanan sözleşmeler ile tamamlanmış olup, Deva'nın kontrolünün tek başına Eastpharma Sarl'a geçmesine neden olmuştur.

320 Söz konusu devir işlemlerinden ilki olan Depa ve Intpharma tarafından Eastpharma Sarl'a hisse devri işlemi ile birlikte herhangi bir kontrol değişikliği söz konusu olmamıştır. Çünkü o dönemde Deva'nın kontrolü anılan teşebbüslerde değil GEM Fonları'nda bulunmaktadır. Ancak ikinci devralma olarak nitelenen ve Deva hisselerinin GEM Fonları'ndan Eastpharma Sarl'a devrini öngören işlem 1997/1 sayılı Tebliğ çerçevesinde bir devralma işlemidir. Şöyle ki; Eastpharma Sarl'ı tek başına kontrol eden Eastpharma Ltd., her ne kadar çoğunluk hisseleri (%69,62) GEM Fonları'nın elinde bulunan bir teşebbüs olsa da, diğer iki küçük ortak olan Mellon (%10,70) ve Laminar (%11,21)'in stratejik konularda veto hakkı bulunması nedeniyle ortak kontrole tabi bir teşebbüs olarak nitelendirilebilecektir. Eastparma Ltd.'nin "Hissedarlar Sözleşmesi"nde yer alan ve söz konusu şirketin ortak kontrol edildiği görüşünü destekleyen hususlar aşağıdaki gibidir:

³ Bu aşamada Deva'nın Yönetim Kurulu toplantı ve karar nisabının, Esas Sözleşmede düzenlenmediği için, Türk Ticaret Kanununda belirtilen esaslar çerçevesinde belirlendiğine değinmek gerekmektedir. Diğer bir ifade ile Yönetim Kurulu Kararları mevcut azaların ekseriyetiyle verilmektedir.

⁴ Bu üç teşebbüsün dışında Gavea Master Fund Ltd. ile Griffin isimli iki teşebbüsün daha Eastpharma Ltd.'de hissesi bulunmaktadır. Ancak anılan teşebbüslerin şirket yönetiminde herhangi bir fonksiyonu bulunmamaktadır.

05-01/3-3

- Eastpharma Ltd.'in Yönetim Kurulu 5 kişiden oluşmaktadır. Bu Üyelerden 3'ünü GEM, 1'ini Mellon, 1'ini de Laminar'ın atama hakkı söz konusudur.

Aşağıdaki konularda 5 Yönetim Kurulu üyesinden 4'ünün muvafakatının gerektiği ifade edilmiştir. Bunun yanında Mellon ve Laminar'ın kurula bir üye atama hakkının bulunması durumunda, en az birinin muvafakat vermemesi neticesinde bir kısmı aşağıda sayılan işlemlerin yapılamayacağı ifade edilmiştir .

“...(b) Deva veya iştirakleri tarafından, maliyeti 15.000.000 \$'ın altında olan varlıkların iktisabı hariç olmak üzere herhangi bir varlığın iktisabı;

(c) Deva veya iştirakleri tarafından, maliyeti 15.000.000 \$'ın altında olan varlıkların elden çıkartılması hariç olmak üzere herhangi bir varlığın elden çıkartılması;

(d) Deva veya iştirakleri tarafından 10.000.000 \$'a kadar yapılacak borç dışında, borca girilmesi;

(g) Üst yönetimin istihdam edilmesi, istihdamına son verilmesi veya yıllık ücretinin belirlenmesi;

(h) Şirketin olağan iş akışı içerisinde olmayan herhangi bir Türev İşlem;

(i) Bir iştirakin kurulması;”

Yukarıdaki sözleşme hükümlerinden de anlaşılacağı üzere GEM Fonları, Eastpharma Ltd. ile ilgili olarak, Mellon ve Laminar'ın onayı olmadan stratejik olarak nitelendirilebilecek kararlar alamayacaktır. Diğer bir ifade ile Eastpharma Ltd. 4054 sayılı Kanun kapsamında ortak olarak kontrol edilen bir teşebbüstür. Bu noktadan hareketle 27.11.2006 tarihinde Deva hisselerinin GEM Fonları'ndan Eastpharma Sarı'a devredilmesi ile Deva'nın kontrolünün el değiştirdiği ifade edilebilecektir. Söz konusu devir işlemi 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (b) bendi anlamında bir devir işlemi niteliğindedir. Ancak işlem, Kuruma kapanış tarihi olan 27.11.2006 tarihinden sonra, 7.2.2007 tarih ve 978 sayı ile Kurum kayıtlarına giren başvuru ile bildirilmiştir ve söz konusu 27.11.2006 tarihli Yatırım Sözleşmesinde “devralmanın Rekabet Kurumu'ndan alınacak izin sonrasında gerçekleşmesine” yönelik herhangi bir şart ya da ibare bulunmadığı ve işlemle ilgili herhangi bir kapanış tarihi belirlenmediği görülmektedir.

H.4.2. Yoğunlaşma Değerlendirmesi

Yukarıda da değinildiği üzere, devralan taraf ile devreden taraf arasında faaliyet gösterilen pazarlar açısından herhangi bir örtüşme söz konusu değildir. Bu nedenle devralma işleminin izne tabi olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından Deva'nın ve kontrolü altındaki iştiraklerinin faaliyet gösterdiği pazarlar incelenecektir.

Deva ve Carlo Erba'nın faaliyet gösterdiği beşeri ilaçlar pazarında teşebbüslerin ilaç sektöründe ATC-3 sınıflandırması çerçevesindeki 2005 yılına ilişkin ciro bazında pazar payları ve cirolarına ilişkin rakamlar aşağıdaki gibidir:

İlgili Ürün Pazarları (ATC-3 Sınıfları)	Pazar Payı (%)	Ciro (YTL)
J01D (Sefalosporinler ve kombinasyonları)	(.....)	(.....)
J01C (Geniş Spektrumlu Penisilin)	(.....)	(.....)
A02B (Antiülseranlar)	(.....)	(.....)
C10A (Kolesterol ve trigliserin düzenleyiciler)	(.....)	(.....)
J01F (Makrolidler ve benzerleri)	(.....)	(.....)
M01A (Antiromatizmalar ve antisteroidler)	(.....)	(.....)
J01G (Florokinolonlar)	(.....)	(.....)
R02A (Antiseptik boğaz preparatları)	(.....)	(.....)
G04B (Diğer ürolojik preparatlar)	(.....)	(.....)
A02A (Antiasidler antiflatulentler)	(.....)	(.....)
C08A (Kalsiyum antagonistler)	(.....)	(.....)
N02B (Narkotik olmayan analjezikler)	(.....)	(.....)
J02A (Sistem antifungal ajanlar)	(.....)	(.....)
R06A (Antihistaminik sistemikler)	(.....)	(.....)
A03E (Diğer gastrointestinal kombinasyonları)	(.....)	(.....)
D07A (Lokal kortizon içeren ilaçlar)	(.....)	(.....)
C02A (Antihipertansifler)	(.....)	(.....)
A04A (Bulantı ve kusma ilaçları)	(.....)	(.....)
N06A (Antidepresanlar)	(.....)	(.....)
R05D (Öksürük kesiciler)	(.....)	(.....)
R05C (Ekspektoranlar)	(.....)	(.....)
G01A (Trikomonadlar)	(.....)	(.....)
A11X (Diğer vitaminler)	(.....)	(.....)
M02A (Antiromatizmal topikaller)	(.....)	(.....)
J01H (Orta ve dar spektrumlu penisilinler)	(.....)	(.....)
A09A (Sindirim sistemi enzimleri)	(.....)	(.....)
A10B (Oral antidiyabetikler)	(.....)	(.....)
A11A (Multivitaminler ve mineraller)	(.....)	(.....)
A03D (Antispazm/Analjezik kombinasyonlar)	(.....)	(.....)
J01K (Aminoglikozidler)	(.....)	(.....)
L01D (Antineoplastik antibiyotikler)	(.....)	(.....)
J01A (Tetrasiklinler ve kombinasyonları)	(.....)	(.....)
C09A (Ace inhibitörleri)	(.....)	(.....)
D01A (Antifungal dermatolojikler)	(.....)	(.....)
A06A (Laksatifler)	(.....)	(.....)
C04A (Sereb/Periferik vasoterapötikler)	(.....)	(.....)
G01C (Jinekolojik antibiyotikler)	(.....)	(.....)
C03A (Diüretikler)	(.....)	(.....)
A03A (Antispazm ve antikol)	(.....)	(.....)
H02A (Genel kortikosteroidler)	(.....)	(.....)
S03B (Kortikosteroidler – Göz/Kulak)	(.....)	(.....)
D06A (Yanık pomadları)	(.....)	(.....)
A11D (Vitamin B1 ve kombinasyonları)	(.....)	(.....)
S03A (Göz/Kulak enfeksiyon ilaçları)	(.....)	(.....)
A11C (Vitamin A ve D içeren kombinasyonlar)	(.....)	(.....)
G03D (G3A ve G3F hariç hormon preparatları)	(.....)	(.....)
A11F (Vitamin B12)	(.....)	(.....)
C01E (Nitrit ve nitratlar)	(.....)	(.....)
J01B (Kloranfenikoller ve Kombinasyonları)	(.....)	(.....)
N05C (Sakinleştiriciler)	(.....)	(.....)
BO3A (Demir takviye edici kombinasyonlar)	(.....)	(.....)
SO1A (Antiinfektifler-Göz)	(.....)	(.....)
A05B (Karaciğer takviye ediciler)	(.....)	(.....)
C01C (Kardiyak glikozidler)	(.....)	(.....)
R05A (Soğuk algınlığı ilaçları)	(.....)	(.....)
R01A (Burun spreyleri)	(.....)	(.....)
A11E (Vitamin B kompleksleri)	(.....)	(.....)
L02A (Kanser ted. kullanılan hormonlar)	(.....)	(.....)

J04A (Antitüberküler ürünler)	(.....)	(.....)
R03B (Astım tedavisinde kullanılan ilaçlar)	(.....)	(.....)
G02A (Doğumu stimule edici ilaçlar)	(.....)	(.....)
J03A (Sistemik sulfonamidler)	(.....)	(.....)

370 Bildirim formunda, Deva iştiraklerinin kolonya, deterjan, tıbbi ampul ve veteriner ilaçları pazarlarındaki pazar payı ve cirolarının Vetaş'ın hormonlar pazarındaki %(...) oranındaki pazar payı hariç 1997/1 sayılı Tebliğ'de yer alan eşikleri aşmadığı belirtilmiştir.

380 Deva'nın ve iştiraklerinin ciro ve pazar payına ilişkin bilgiler incelendiğine; J01D (Sefalosporinler ve kombinasyonları) ve J01C (Geniş Spektrumlu Penisilin) pazarlarında 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesindeki ciro eşığının; L01D (Antineplastik Antibiyotikler), J01A (Tetrasiklinler ve Kombinasyonları), A11F (Vitamin B12), A05B (Karaciğer takviye ediciler), C01C (Kardiyak glikozidler), G02A (Oxito dahil doğumu stimule edici ilaçlar) ve veteriner ilaçları olarak kullanılan hormonlar pazarlarında ise %25'lik pazar payı eşığının aşıldığı görülmüştür. Bu nedenle söz konusu işlem izne tabi bir devralma işlemidir.

380 Daha önceden de değinildiği gibi, Eastpharma Sarl'ın ve onu kontrol eden şirketlerden hiçbirisinin faaliyet alanı Deva ve İştiraklerinin faaliyet alanı ile örtüşmemektedir. Bu nedenle 14.7.2006 ve 27.11.2006 tarihlerinde gerçekleştirilen devralma işlemleri neticesinde herhangi bir yoğunlaşma söz konusu olmayacaktır.

H.4.3. Devralma İşleminin 4054 sayılı Kanun'un 16. Maddesi Açısından Değerlendirilmesi

27.11.2006 tarihinde gerçekleştirilmiş olan ve Deva hisselerini kapsayan devir işlemine ilişkin Kurumumuzdan izin talep eden 29.5.2007 tarih ve 3381 sayılı izin başvurusunun incelenmesi neticesinde birisi bildirilmiş diğeri ise bildirilmemiş olan iki izinsiz devralma işleminin gerçekleştirildiği tespit edilmiştir.

390 4054 sayılı Kanun'un "Birleşme ve Devralmanın Kurula Bildirilmemesi" başlıklı 11. maddesi aşağıdaki şekildedir:

"Bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlemde haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alır. İnceleme sonucunda;

- a) *Birleşme ve devralmanın 7 nci maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralmaya izin verir, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygular..."*

5388 sayılı Kanun ile değişik 4054 sayılı Kanun'un "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesi aşağıdaki şekildedir:

400 *"Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerine;*

...

- c) *İzne tabi birleşme veya devralma işlemlerinin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde elli milyon lira,*

...

Para cezası verir.

...

410 *Tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin birinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde, bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanır.”*

2007/1 sayılı “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 16. ve 17. Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31/12/2007 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığına Duyurulmasına İlişkin Tebliğ”de de Kanun’un 16. maddesinin birinci fıkrası (c) bendinde öngörülen ceza miktarı 1.716 YTL olarak belirlenmiştir.

420 Yukarıda değinilen 4054 sayılı Kanun’un 11. ve 16. maddelerinden de anlaşılacağı üzere bildirim tabi olan birleşme devralmaların Rekabet Kurulu’na bildirilmemesi ya da izin alınmadan gerçekleştirilmesi, taraflara para cezası uygulanmasını gerektirmektedir. 14.7.2006 ve 26.11.2006 tarihlerinde gerçekleştirilen söz konusu devralma işlemleri ise izne tabi olan işlemlerdir ve bu nedenle Kanun’un 11. ve 16. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle de, her ne kadar anılan devralma işlemleri 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir yoğunlaşmaya neden olmamaktaysa da, işlemlerin izin alınmadan gerçekleştirilmesinden ötürü teşebbüslere ve devralma işlemlerinin gerçekleştiği tarihlerdeki Yönetim Kurulu üyelerine para cezası verilmesi gerekmektedir.

I. SONUÇ

430 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- 430 1- Bildirim konusu işlemin 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, ancak işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesine,
- 440 2- Bununla birlikte, 14.7.2006 tarihinde Yıllık Olağan Genel Kurul Toplantısı ile Rekabet Kurulu’nun izni olmaksızın Deva Holding A.Ş.’de kontrol değişikliğinin gerçekleştirilmesi nedeniyle, GEM Fonları’nı yöneten Emerging Value Management Ltd.’e 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi birinci fıkrası (c) bendi ve 2007/1 sayılı Tebliğ uyarınca 1.716 YTL idari para cezası verilmesine,
- 450 3- Devralma işleminin gerçekleştiği 14.7.2006 tarihinde Emerging Value Management Ltd. yöneticisi olan Anthony Inder Reiden ve Deirdre M. McCoy’a 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi üçüncü fıkrası uyarınca Emerging Value Management Ltd.’ye verilen cezanın taktiren yüzde onu oranında ve ayrı ayrı olmak üzere 171,6’şar YTL idari para cezası verilmesine,
- 4- 27.11.2006 tarihinde Eastpharma Sarl’a GEM Fonları’nın Deva Holding A.Ş.’de sahip olduğu hisselerin devrini Rekabet Kurulu’nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle; devralmanın taraflarından olan GEM Fonları adına Emerging Value Management Ltd.’ye ve Eastpharma Sarl.’a ayrı ayrı olmak üzere 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi birinci fıkrası (c) bendi ve 2007/1 sayılı Tebliğ uyarınca 1.716 YTL idari para cezası verilmesine,

05-01/3-3

460 5- Devralma işleminin gerçekleştiği 27.11.2006 tarihinde Emerging Value Management Ltd. Yöneticisi olan Anthony Inder Reiden ve Deirdre M. McCoy'a ve Eastpharma Sarl.'ın Yönetim Kurulu'nda yer alan Philipp Daniel Haas ve Frank Przygodda'ya 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi üçüncü fıkrası uyarınca adı geçen teşebbüslere verilen cezanın taktiren yüzde onu oranında ve ayrı ayrı olmak üzere 171,6'şar YTL idari para cezası verilmesine,

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.