

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2005-4-197 (Özelleştirme Nihai Bildirim)
Karar Sayısı : 05-58/855-231
Karar Tarihi : 15.9.2005

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ,
Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI,
M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN

B.RAPORTÖRLER : Hakan SABUNCU, Sezin Elçin CENGİZ

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20

: T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı

D. TARAFLAR

: - T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
Hüseyin Rahmi Sk. No:12 Çankaya/Ankara
- PSA-AKFEN Ortak Girişim Grubu
Koza Sk. No:22 06700 GOP/Ankara
- Dubai Ports Authority
PO Box 17000 Dubai/BİRLEŞİK ARAP EMİRLİKLERİ

E. DOSYA KONUSU: T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü (TCDD)'ne ait Mersin Limanı'nın 36 seneliğine "işletme hakkının verilmesi" yöntemiyle özelleştirilmesi işlemine izin verilmesi talebi.

30

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 10.2.2005 tarih ve 922 sayı ile giren Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (ÖİB)'nin ön bildiriminde, Mersin Limanı'nın 36 seneliğine "işletme hakkının verilmesi" yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin olarak, 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumu'na yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'in 4. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu'nun görüşü talep edilmiştir.

40

1.4.2005 tarih, REK.0.08.00.00/175 sayılı mesleki daire görüşü ile 14.4.2005 tarih ve 2400/260 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal eden ÖİB'nin görüşü dikkate alınarak, bildirim konusuna ilişkin yasal düzenlemeyi takiben 6.5.2005 tarih ve 05-31/376-M sayılı karar ile konuya ilişkin Rekabet Kurulu Görüşü oluşturulmuş ve anılan İdare'ye bildirilmiştir.

50 Bu çerçevede, Kurum kayıtlarına en son 1.9.2005 tarih ve 6111 sayı ile giren ÖİB'nin izin başvurusu 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" ve 1998/4 sayılı Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 8.9.2005 tarih, 2005-4-197/ÖN-05-HS sayılı Özelleştirme Nihai Bildirim Raporu, 9.9.2005 tarih ve REK.0.08.00.00-120/264 sayılı Başkanlık önergesi ile 05-58 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; ihalede en yüksek teklifleri veren PSA-AKFEN Ortak Girişim Grubu (PSA-AKFEN) veya Dubai Ports Authority (DPA) unvanlı teşebbüslerden herhangi birisinin Mersin Limanı'nın işletme hakkını devralması işlemine, ilgili teşebbüse "İskenderun Limanı'nın işletme hakkını devralmaması" şartıyla izin verilmesinin yerinde olacağı ifadelerine yer verilmiştir.

60 H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

60 H.1. İŞLEMİN NİTELİĞİ VE KAPSAMI

H.1.1. Bildirim konusu işlem,

- TCDD tarafından işletilmekte olan Mersin Limanı'nda sunulabilecek barınma, yükleme, boşaltma, şifting, limbo, terminal, ardiye, kılavuzluk (pilotaj), römorkaj, palamar, gemilere su verme, atık alma, yolcu salonu işletmeciliği ve bakım-onarım, iae ve vb. diğer hizmetlerin,

- taşınmazlar ve bunların altyapı tesisleri, yerüstü yapıları ve bütünleyici parçalarının,

70 - Mersin Limanı'nın kullanımında bulunan makine, ekipman, teçhizat, alet, edevat ve yedek parçaları ile Mersin Limanı'nda pilotaj, römorkaj ve barınma hizmetlerine bağlı olarak bulunan deniz vasıtaları ve kara taşıtlarının,

30.12.2004 tarih, 2004/128 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararı'na istinaden, 36 yıl süreyle işletme hakkının devri suretiyle özelleştirilmesini kapsamaktadır.

Anılan işlemin gerçekleşmesi neticesinde ilgili teşebbüs, "TCDD Mersin Limanı-36 Yıl Süreli İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" uyarınca, sözleşme tarihi itibarıyla 36 yıl boyunca Mersin Limanı'nın işletme hakkına sahip olacaktır.

80 **H.2. 05-31/376-M SAYILI KARAR İLE OLUŞTURULAN REKABET KURULU GÖRÜŞÜ'NDE YER ALAN HUSUSLAR ÇERÇEVESİNDE ÖİB'İN KONUYA İLİŞKİN UYGULAMALARININ DEĞERLENDİRMESİ**

H.2.1. Navlun Taşımacıları veya Acentelere İlişkin Görüş

Rekabet Kurulu'nun Görüşü'nde;

90 “... İzmir ve Mersin limanlarında kurulu konteyner elleçleme birimlerinden terminal sayısı nispi olarak fazla olan rıhtımların işletme haklarını devralacak teşebbüs ve/veya teşebbüs birliklerinin her birinde gemi acenteliği ve/veya navlun taşımacılığı yapanlar ve bunlar ile aynı ekonomik birlik içinde bulunanların varlığı durumunda, anılan nitelikteki teşebbüslerin, işletme haklarını devralacak teşebbüs/teşebbüs birliklerinde tek başlarına veya birlikte, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrolü sağlayan araçlara sahip olmamaları gerektiğine, ...”

karar verilmiş olup, ÖİB tarafından hazırlanan İhale Şartları Belgesi'nde bu durum dikkate alınarak anılan Şartname'nin “Rekabet Kanunu'na Uygunluk” başlıklı 29. maddesinin (c) bendinde;

100 “... Mersin Limanı'nda gemi acenteliği ve/veya navlun taşımacılığı pazarlarında etkin bir pazar gücüne sahip olanlar ile bunlarla aynı ekonomik birlik içinde bulunanların, Rekabet Kurumu'nun yapacağı inceleme sonucunda LİMAN'ın işletme hakkını devralmalarına veya bu teşebbüslerin tek başına veya birlikte, işletme hakkını devralacak teşebbüsün kontrolünü sağlayan araçlara (sözleşmesel ilişkiler dahil olmak üzere), doğrudan ya da dolaylı olarak sahip olmalarına izin verilmeyebilir...”

110 hükmüne yer verilmiştir. Şartname'de yer verilen söz konusu hüküm esas itibarıyla konuya ilişkin Kurul Görüşü'ne uyumlu olmakla birlikte; İlgili hükümde “...gemi acenteliği ve/veya navlun taşımacılığı pazarlarında etkin bir pazar gücüne sahip olanlar...” şeklinde ifade edilen gemi acenteleri ve navlun taşımacılarına ait “etkin pazar gücü” tanımı Kurul Görüşü'nde öngörülmemiştir.

120 Nitekim bu ifade Kurul Toplantısı'nda ele alınmış ve birtakım tanımlamaların rehberliğine ihtiyaç duyulmuştur. Buna göre, navlun taşımacıları olarak adlandırılan “liner” terimi; belirlenmiş iki nokta arasında düzenli ve sürekli sefer yapan taşımacılar olarak kabul görmüş; hiçbir biçimde pazar gücü ve kapasite büyüklükleri dikkate alınmamıştır. Nitekim verilen tanıma uygun olarak tek gemi veya gemi filoları ile taşımacılık yapan teşebbüsler arasında herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Ortaya konulan bu hassasiyetin gerekçelerinin belirtilmesinde önem görülmektedir:

EMTA (Europe Mediterranean Trade Agreement) ve TURSA (Turkey-US Rate Agreement) düzenli hat taşımacılığı faaliyeti gösteren teşebbüslerin üyeliğiyle kurulmuş düzenli hat konferanslarıdır. Konferanslar uluslararası deniz taşımacılığı alanında faaliyet gösteren birden fazla teşebbüsün bir araya gelerek oluşturduğu birliklerdir ve konferansı kuran anlaşma gereği fiyat belirlemek gibi bir çok konuda ortak hareket etmek konusunda kararlar alan organizasyonlardır.

130 Konferansların faaliyetleri arasında; ortak navlun bedelleri belirlemek, sefer sıklığı ve tahsisatı konusunda anlaşma yapmak, sürşarjlar konusunda ortak hareket etmek en önemli başlıklar olarak sıralanabilir. Sürşarjlar, düzenli hat taşıyıcılarının belirli limanlarda karşılaştıkları ek maliyetleri navlun fiyatlarına yansıtmak amacıyla taşıyıcılardan talep ettikleri ek bedellerdir. En yaygın sürşarj uygulaması ise yükleme-

boşaltma yapılan limanda sıkışıklık olması nedeniyle gemilerin limandaki beklemelerinden kaynaklanan maliyetler nedeniyle uygulanan “sıkışıklık sürşarjı” (congestion surcharge)’dır

140 Sürşarj seviyesinin ne şekilde belirleneceği, genelde taşıyıcıların konferans bünyesi altında bir araya gelerek ortak kararlaştırdıkları bir konudur. Herhangi bir limanda beklemeden kaynaklanan ek maliyetlerin gündeme gelmesi durumunda, o limanda faaliyet gösteren konferanslar, tüm konferans üyeleri tarafından uygulanacak ortak bir sürşarj miktarı belirleyerek uygulamaya koymaktadırlar. Bununla birlikte aynı bölgede faaliyet gösteren ancak konferans üyesi olmayan bağımsız taşıyıcılar da genelde konferansların bu konudaki kararlarını uygulamaktadırlar.

150 Avrupa Komisyonu 1986 yılında çıkarmış olduğu 4056/86 sayılı Tüzük’le anılan durumlara ilişkin muafiyet tanımıştır. 4056/86 sayılı Tüzük’le Avrupa Konseyi, düzenli hat konferanslarına Roma Antlaşması’nın 81 ve 82. maddelerinin uygulanmasını düzenlemiş ve buna ek olarak konferansların bir takım faaliyetlerine muafiyet tanımıştır. Tüzük uyarınca, amacı fiyat ve taşıma koşullarını belirlemek ve buna ek olarak duruma göre aynı maddenin içinde sıralanan diğer eylemlerden en az birini gerçekleştirmek olan bir veya daha fazla düzenli hat konferansının, bütün veya bir kısım üyeleri arasındaki uyumlu eylem, anlaşma ve kararlara, Anlaşmanın 81(1) maddesi uygulanmamaktadır. Yaklaşık 18 yıldır hiç bir gözden geçirmeye tabi olmadan yürürlükte kalan Tüzüğün gözden geçirme çalışmaları, 2003 yılında başlatılmış olup halen devam etmektedir. Komisyon, 2004 yılının Ekim ayı içinde çıkardığı Beyaz Kitap’ta, düzenli hat konferanslarına muafiyet tanınmasının gerekçelerini günümüzün pazar koşulları çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutmuş ve bu gerekçelerin artık var olmadığı kanaatine ulaşmıştır.

160 Komisyon’un değerlendirmeleri gelecekte düzenli hat konferanslarına tanınan kapsamlı muafiyetin kaldırılmasını, düzenli hat taşımacılığında uygulanacak yeni sistemin Avrupa Birliği üyesi ülkelerin deniz ticareti filolarının durumu göz önünde bulundurularak oluşturulmasını ve kurulacak yeni sisteme ilişkin olarak gözden geçirme sürecinde dile getirilen çeşitli alternatiflerin değerlendirmeye alınmasını tavsiye etmiştir.

170 Konuya ilişkin olarak belirtilmesinde büyük önem görülen bir husus da hat işletmecilerinin (liner) belirli gruplar içinde hareket ettikleridir. Gruplaşmalar “ittifak” (alliance) olarak tanımlanmaktadır. İttifaklar, temel olarak ölçek ekonomisi, operasyon sinerjileri ve pazar kontrolü sağlama amacıyla oluşturulmaktadır. Nitekim, navlun fiyatlarının oluşumu, hatların konferansları ile belirlenmektedir.

Özetlenecek olursa düzenli hat sahibi taşımacı firmalar (ve doğal olarak bağlı buldukları ittifaklar), herhangi bir limanda sıkışıklık sürşarjına tabi olmamak ve bu şekilde hizmet alıcılarına daha düşük bedelli taşıma opsiyonu sunabilmek gayesiyle limanlarda öncelik hakkına sahip olmanın sağladığı avantajı stratejik bir üstünlük olarak değerlendirmektedirler. Bu nedenle, “hizmet zincirin son halkası” olarak tabir edilen liman işletmeciliği, niteliği ve niceliği dikkate alınmaksızın tüm hat taşımacı gemi

180 sahipleri için aynı hattaki diğer hat taşımacılarının aleyhine pazar payının büyümesi ile eş anlamlı olmaktadır.

Mevcut navlun fiyatlarının uygulanan muafiyetler neticesinde rekabet prensiplerine aykırı şekillendiği bir pazar yapısında bir de dikey yapılanmanın tam olarak gerçekleştiği düşünülürse bu durumun hem hatların faaliyet gösterdiği taşımacılık pazarında hem de yaratılacak negatif dışsallık neticesinde hizmet alıcılarının faaliyet gösterdikleri pazarlarda maliyetlerin artması ya da alternatif temin kaynaklarının azalması şeklinde ifade edilebilecek olumsuz potansiyel neticeleri bünyesinde barındıracaktır.

190 Ayrıca yukarıda yapılan açıklamalara ek olarak limanlara yükleme ve boşaltma yapacak olan gemilerin Liman Başkanlığı'na ve Liman İdaresi'ne ibraz ettikleri, gemi adı, personel sayısı, taşınan yük, yükün nereden nereye taşındığı, alıcı ve satıcı isimleri ve rakamsal karşılıklarını içeren manifesto adındaki belge; rekabet hukukunda ticari sır olarak tanımlanan "rakiplere ilişkin stratejik bilgiler" içerikli bir özelliğe sahip olmaktadır. Bu nedenle navlun taşıma pazarında faaliyet gösteren herhangi bir firmanın ilgili limanda yükleme ve/veya boşaltma yapma esnasında her türlü bilgileri Liman İdaresi görevini üstlenen ve aynı zamanda rakip navlun taşımacısı olan bir liman işletmecisi tarafından, kar maksimize etme amacıyla kullanılmasının muhtemel olduğu düşünülmektedir. Nitekim, alternatif olması durumunda rakip taşımacıların bu nitelikteki bir limana uğramadıkları da bilinen bir gerçektir.

200 **H.2.2. Mersin Limanı'nı İşletecek Olan Teşebbüsün İzmir Limanı'nı İşletmeyeceğine İlişkin Görüş**

Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin Görüşü'nde;

210 *"... İzmir ve Mersin limanlarındaki konteyner elleçleme alanlarının özelleştirilmesinde konteyner rıhtımları işletme hakkının aynı –ya da aynı ekonomik birlik içindeki- teşebbüs ve/veya teşebbüs birliklerinin devralması halinde Türkiye Cumhuriyeti pazarında anılan teşebbüs ve/veya teşebbüs birliği lehine hakim durum yaratılmış olacağından; İzmir ve Mersin limanlarının aynı ekonomik birlik içindeki teşebbüs ve/veya teşebbüs birliklerinin işletimine verilmemesi gerektiğine,..."*

şeklinde yer verilen hüküm ile Özelleştirme İdaresi tarafından İhale Şartları Belgesi'nin "Rekabet Kanunu'na Uygunluk" başlıklı 29. maddesinde bulunan;

"...SÖZLEŞME'yi imzalayarak LİMAN'ın işletme hakkını devralan teşebbüs veya bu teşebbüs ile aynı ekonomik birlik içinde bulunan başka bir teşebbüs, TCDD'ye ait İzmir Limanının işletme hakkını devralamayacaktır..."

220 hükmünün birebir uyumlu olduğu görülmektedir. Anılan iki limanın yükleme/boşaltma işlemleri açısından sahip oldukları, gerek halihazırda gerekse kısa vadedeki potansiyelleridir. Halihazırda veriler değerlendirilecek olursa 2004 yılında konteyner elleçleme pazarında TCDD'ye ait limanların pazar payı %54, Marlim (Marport, Kumport,

Mardaş, Soyakport, Borusan Lojistik ve Sedefport) limanlarının toplam pazar payı ise %45 olarak gerçekleşmiştir.

230 İzmir ve Mersin limanlarının 2004 yılında ülke bazında sahip oldukları pazar payları ise İzmir Limanı için %26.5 ve Mersin Limanı için %17.49 olarak gerçekleşmiş olup, toplamda ise %43.99~ %44 olmaktadır. (Dolayısıyla TCDD'nin %54 pazar payı içinde Mersin ve İzmir limanlarının toplam pazar payı %81'dir.)

Bu anlamda, halihazırda Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde sadece anılan iki limanın toplam pazar paylarının %44 olması -bu oranın gerçekleşmesi sırasında gerekli yatırımların yapılmadığı ve etkin yönetimin olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda dikkat çekicidir.

240 Yatırımlar olmadan dahi sadece etkin yönetim ve limanların tam randımanlı işletilmesi durumunda anılan limanların toplam pazar paylarının %55-65 aralığında gerçekleşeceği yönündeki bir tahminin yanılma payının çok düşük olduğu kanaatine varılmıştır. Bu kapsamda, söz konusu her iki limanın işletme hakkının tek bir teşebbüse devri kısa ve orta vadede büyük aksaklıklar yaratacaktır.

H.2.3. Mersin Limanı Konteyner Elleçleme Alanının İkiye Ayrılmasına İlişkin Görüş

250 Kısa vadede anılan limanların bulunduğu coğrafi bölgelerde tam ikamenin olmaması ve işletme hakkı devrinden sonra limanlara ilişkin düzenleyici yapılanmanın ÖİB tarafından tam olarak açıklığa kavuşturulmamış olması, Kurulun bu yönde birtakım tedbirleri almasını gerektirmiştir. Bu çerçevede, eşit büyüklükte olmasa da anılan limanlarda gerçekleştirilecek bölümlendirme neticesinde, faaliyet gösterecek nispi olarak küçük ölçekli liman operatörünün ilgili limandaki ticari ve teknik performanslarda olumlu bir motivasyon mekanizması yaratacağı öngörülmüştür.

Kurul Görüşü'nde konuya ilişkin olarak;

260 *"...Konteyner elleçlemeye ayrılmış rıhtımlar ve geri alanlarının tek teşebbüs hakimiyetinde olmamasını teminen, konteyner rıhtımlarının bütünlüğünü bozmayacak bir biçimde 7-8-9-10-11 ile 12-13 numaralı rıhtımların geri alanları ile birlikte bir paket halinde ve 20-21 numaralı rıhtımlar ve geri alanları ile Sahil Güvenlik tarafından kullanılan alana bitişik, alan betonlama ve tarama işlemleri tamamlanmış rıhtım ve geri alanının ise ayrı bir paket olarak iki farklı teşebbüs ve/veya teşebbüs birliğinin işletmesine verilmek üzere özelleştirilmesine..."*

şeklinde belirtilen görüşe karşılık ÖİB tarafından hazırlanan şartnamede bölünmeye ilişkin olarak herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Anılan İdare tarafından yapılan açıklamalarda, limanın iki farklı teşebbüs tarafından işletilmek üzere bölünmesinin fiziki ve ekonomik imkansızlığı üzerinde durulmuştur. Buna göre ÖİB tarafından ortaya konulan gerekçeler aşağıda ele alınarak değerlendirilmiştir:

270 Teknik imkansızlık:

Mersin Limanı'nın tarihsel olarak tek bir liman olarak geliştirilen kıyı çizgisine uydurulmuş bir liman olduğu, tek ve son derece dar bir yaklaşım kanalının bulunduğu, bu çerçevede mendirek içi liman alanının birden fazla işletici tarafından paylaşılması durumunda çok önemli bir dar boğaz yaratılacağı ifade edilmektedir. Açıklamanın devamında ise liman geri sahasına karayolu geçişlerinin sadece iki kapıdan yapılabilmesi nedeniyle (B ve C kapıları), bu girişin iki işletmeci tarafından paylaşılmasının sorun yaratabileceğine dikkat çekilmiştir. Bunların yanısıra, açıklamada, İhale Şartları Belgesi'nin "İşleticinin Sorumlulukları Başlıklı" 23. maddesinin (u) bendinde 17-18 ve 19 numaralı rıhtımlara ilişkin olarak yapılan düzenlemeye işaret edilmektedir. Buna göre;

280 *"... NATO finansmanlı olarak iyileştirmeleri yapılan LİMAN'ın 17,18 ve 19 numaralı rıhtımlar, daimi şekilde, NATO makamlarının talebi ya da resen görülecek lüzum üzerine Genel Kurmay Başkanlığı'nın talebi üzerine öncelikli ve ücretsiz olarak NATO ve TSK unsurlarının kullanımına açık bulundurulacaktır. Bu hükümle ilgili uygulama prosedürleri İŞLETİCİ ve Milli Savunma Bakanlığı arasında yapılacak bir protokol ile gerçekleştirilecektir. Protokoldeki hiçbir hüküm bu klozun açık ya da zımni olarak değiştirilmesi, ortadan kaldırılması ya da uygulanamaz hale getirilmesi amacına yönelik olarak yorumlanamayacak ya da uygulanamayacaktır..."*

290

Ekonomik imkansızlık

ÖİB tarafından Liman'ın modernleştirilmesi ve yeni yatırımların yapılmasının özelleştirme işleminin ana hedeflerinden biri olduğuna değinilerek İhale Şartları Belgesi'nde işleticiye getirilen yatırım şartlarından söz edilmektedir. Açıklamada, ihale Şartları Belgesi'nin "Yatırımlar ve Hasarlar" Başlıklı 19. maddesinin (c) bendinde;

300 *"...SÖZLEŞME'nin imzalanmasından itibaren ilk 5 (beş) yıl içinde İŞLETMECİ'nin LİMAN'da kapasite artırıma gitme zorunluluğu bulunup, LİMAN'ın üç vardiyada yıllık en az 1.200.000 TEU (twenty equivalent unit) konteyner elleçleme, 7.500.000 ton kuru yük işleme elleçleme kapasitesine çıkarılma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak İŞLETİCİ'nin tercihinin göre kapasite artırımını yükümlülüğü sadece konteyner elleçleme kapasitesinin artırılması yöntemi ile de karşılanabilir. Bu takdirde 1 TEU = 15 ton kuru yük olarak hesaplanacak ve İŞLETİCİ LİMAN'ın kapasitesini 1.700.000 TEU seviyesine getirdiği takdirde İlk Dönem Yatırım Zorunluluğu yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. SÖZLEŞME süresince bu maddede belirtilen kapasitelerde, zorunlu haller dışında gerçekleşecek kısa süreli durumlar dışında, herhangi bir azalmaya gidilmeyecektir. SÖZLEŞME'nin imza tarihinden itibaren 5. (beşinci) yıl sonunda bu maddede belirtilen kapasite miktarlarına ulaşılmadığı takdirde, TCDD, SÖZLEŞME'de belirlenen şartlar dahilinde işbu İhale Şartları Belgesinin 16. Maddesinde belirlenen 35.000.000 (Otuz-beşmilyon) ABD Dolarlık teminat mektubunun 27.500.000 (Yirmiyedimilyonbeşyüz-bin) ABD Dolarlık kısmını nakde çevirip irat kaydedecektir. Bu yükümlülük, hizmetlerin sona erdirilmesine ilişkin SÖZLEŞME'de belirtilen usule*

310

uyulmak şartı ile; 1 TEU = 15 ton kuru yük esasına göre hesaplanmak ve her halıkarda 1.200.000 TEU'nun altına düşmemek şartıyla 1.700.000 TEU konteyner elleçleme kapasitesi olarak da tesis edilebilir...”

320 şeklinde yer verilen hükme işaret edilip, öngörülen yatırım zorunluluğuna dikkat çekilmekte ve anılan yatırımın gerçekleştirilebilmesi amacıyla yatırımcıların muhtemel gelirlerinin yatırım miktarını haklı kılacak düzeyde belirlemeleri ile mümkün olacağı, limanın bölünmesi neticesinde işletmecinin gelir kaybına uğrayacağı ve yatırım giderlerinin karşılanması tehlike yaratacağı dile getirilmektedir.

330 Konuyu rakamsal olarak açıklamak gerekirse; 2004 yılı Konteyner elleçleme miktarı 533.000 TEU, aynı yıl Kuru yük elleçleme miktarı ise 3.744.300 TON'dur. Öte yandan, İhale Şartları Belgesi'nde öngörülen “İlk Beş Sene İçinde Yapılması Zorunlu Yatırım” ise; Konteyner elleçleme 1.200.000 TEU ve Kuru yük elleçleme 7.500.000 TON, ya da Konteyner elleçleme 1.700.000 TEU olarak belirlenmiştir. Buna göre, zorunlu tutulan yatırımlar sonucu mevcut rakamlarda 2.25-3.2 katı artış olacaktır. Böylece, bir limanın transit liman olabilmesi gerek duyulan belirli bir yük elleçleme kabiliyeti, Mersin Limanı tarafından sağlanmış olacaktır

Rekabet Kurulu'nun Mersin Limanı'nda öngördüğü bölünmeye ilişkin Görüşü'nün ortaya çıkmasındaki gerekçeler ise aşağıdaki gibidir:

- Özelleştirme sonrası ilgili pazarda meydana gelecek denetim ve regülasyon boşlukları (liman otoritesinin olmayışı) ve liman içi rekabetin tercih edilmesi sebebiyle aynı hinterlandta limanlar arası rekabetin dikkate alınmaması:

340 Liman içinde ve limanlar arasındaki rekabet, limanın yönetim yapısına şekil vermekte ve liman otoritesi ile terminal işletmesi arasındaki ilişkiyi belirlemektedir. Birçok liman otoritesi, liman işletmecileri arasındaki rekabetin yaratılmasını kendi liman politikalarının temel noktası olarak belirlemişlerdir. Bu bakımdan limanlardaki yönetim ve denetim ile ilgili fonksiyonların yerine getirilmesi konusunda liman otoritelerinin üstlendiği görev çok önemlidir. Kendine özgü pazar koşulları sebebiyle limanlar farklılık arz etmekte, meydana gelebilecek herhangi bir karışıklık ya da liman operatörünün hizmet sunumuna ilişkin bir olumsuzluk durumunda liman otoriteleri anında müdahale edebilmektedirler. Bu açıdan, yük taşıyıcı gemiler için kısa süreli beklemlerin dahi önemli maliyetler yarattığı bir pazar yapısında “etkin müdahale” diğer unsurların yanı sıra pazardaki rekabet parametrelerinin korunması amacıyla da bir güvence oluşturmakta; anılan tür olumsuzluklara karşı Rekabet Hukukunun varlığı her ne kadar güvence olsa da, ilgili pazarın özelliği nedeniyle idari işlemlerin neticelenmesi için öngörülen sürelerin uzunluğu denetim zafiyeti yaratmaktadır.

Yukarıda yer verilen hususlar karşısında özelleştirme sonrası ilgili pazarda yönetim ve denetim konularında yetkili bir liman otoritesi ya da benzer bir yapılanmanın olmaması, bölünmeye ilişkin Kurul Görüşü'nün ortaya çıkmasına neden olmuş, liman içi rekabetin tesis edilmesinin öngörülen olumsuzluklara karşı bir güvence olacağı düşünülmüştür.

360 Bunun yanı sıra, liman içi rekabet tesis edilerek aynı limanda faaliyet gösterecek iki farklı teşebbüsün, aralarında yaratılacak rekabete ek olarak aynı hinterlanda hitap eden ve ilgili limana alternatif olabilecek rakip limanlar ile de rekabet edeceği öngörülmüş, bu şekilde liman içi rekabete; hem ilgili liman içinde hem de alternatif limanlar arasında rekabet yaratması şeklinde tanımlanabilecek iki fonksiyon yüklenmiştir. Dolayısıyla, aynı hinterlanda sahip İskenderun Limanı için limanlar arası rekabet yaratılması amacıyla ayrıca bir koşul belirleme gereği duyulmamıştır.

- Bölünme ile yaratılacak liman içi rekabetin bölge ve ulusal ekonomiye yaratacağı katkı:

370 Liman hizmetleri, önemli dışsallıklar içermektedir, diğer bir ifadeyle liman hizmetini satan ile hizmeti satın alanlar arasındaki ticari koşullar, ürün maliyetlerinin belirlenmesi açısından üçüncü tarafları önemli ölçüde etkilemektedir. Liman hizmet fiyatlarında meydana gelecek bir artış, ya da hizmetin aksamaması sonucu gemi işletmecilerinin gecikmeden kaynaklanan cezai bedeller ödemesi, ithalat, ihracat veya deniz yoluyla transfer edilmeleri suretiyle ticarete konu olan malların genel fiyat seviyelerinde kayda değer artışlar meydana getirmekte ya da diğer bir bakış açısıyla hizmetlerin etkinliği sebebiyle ortaya çıkan maliyet avantajı deniz yoluyla taşımaya konu olan malların genel fiyat seviyelerinde düşümlere neden olabilmektedir. Deniz Ticaret Odası tarafından hazırlanan Deniz Ticaret Raporu (2003) verilerine göre Türkiye'nin dış ticaretinin %87'si deniz yolu ile yapılmaktadır. 1994 ile 2003 yılları arasında %85 ila %92 arasında dalgalandığı bu oran deniz ticaretinin çeşitli safhalarında oluşan fiyat ve diğer ticari koşulların Türkiye'nin dış ticareti üzerinde ne ölçüde belirleyici olabileceğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, limancılık hizmetlerinin kalite ve toplam maliyetinin ülke pazarındaki fiyatlar genel seviyesi ve ülkenin yabancı pazarlardaki rekabet edebilirliği üzerindeki etkisi altı çizilmesi gereken önemli bir husustur.

380 Yukarıda yer verilen tespitlerden hareketle, anılan olumlu dışsallıkların sürekliliğini sağlamadaki en önemli koşul, liman faaliyetlerinin rekabet ortamı içinde gerçekleştirilmesi olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, özelleştirme sonrası rekabetin tesisine ilişkin olarak Kurul tarafından ortaya konulan "liman içi rekabet" tercihi de bu kapsamda ortaya çıkmaktadır.

390 - Liman'ın dikkate alınan ölçek yapısı (büyük ölçek):

400 Bölümlenmeye ilişkin gerekçelerden biri de Mersin Limanı'nın sahip olduğu ölçek yapısıdır. Liman rıhtımlarında konteyner elleçlemeye tahsis edilmiş terminallere ilişkin yapılan incelemelerde ikiye ayrılacak limandaki her bir işletmeciye yönelik yatırım ayrıştırması olacağı varsayılmıştır. Buna göre her iki liman operatörü elleçleyeceği konteyner ve kuru yük miktarlarına göre yatırıma katkıda bulunacak, bu şekilde limanın her bir terminali faaliyette iken eş zamanlı olarak yatırımlar da gerçekleştirilecektir. Bu Görüş kaynaklık eden husus ise coğrafi konuma uydurulmuş bir liman olan Mersin Limanı'nın fiziki şekillenmesiyle birlikte potansiyel olarak sahip olacağı yük elleçleme kabiliyetidir. Diğer bölümlerde de değinildiği üzere TCDD limanlarında görülen en büyük sorun etkin yönetimin yokluğudur. Bu nedenle rasyonel planlamalara göre işletilen ve

gerekli yatırımlar ile verimliliği artırılan limanların ölçek değerleri de yükselmektedir.

- Liman hizmet sunumunun kesilmemesi, hizmet alanlar arasında ayrımcılık yapılmaması, sıkışıklık yaratılarak sürşarj uygulamasının önüne geçilmesi, fiyat rekabetinin sağlanması.

410 Mersin Limanı'nın bölünmesine dair ortaya konulan Görüşe ilişkin gerekçelerden biri de limandaki işletmecinin tek teşebbüs olması halinde ortaya çıkabilecek risklere ilişkindir. Buna göre limanda yetkileri belirlenmiş denetleyici ve düzenleyici bir birimin olmaması durumunda tek başına hem operasyonel hem de yönetsel faaliyetleri gerçekleştirecek teşebbüsün objektifliği hususunda tereddütler görülmüştür. Nitekim basit bir tanımlama ile iktisat literatüründe firmanın "kar maksimizasyonu" ilkeleri çerçevesinde hareket edeceği bir gerçektir. Bu durumda gerekli düzenlemelerin ve denetlemelerin olmadığı bir pazar yapısında anılan teşebbüsün adeta bir "maestro" konumda hareket edeceği yönündeki beklentiler ise yüksek oranlı olmaktadır. Hizmet alıcıları için alternatif temin kaynaklarının olmaması durumu arzın kısıtlanması, ayrımcılık yapılması sorunlarını da 420 bünyesinde barındırmakta bu durum da hem ihracatçı/ithalatçı hem de taşıyıcı firmalara karşı büyük riskler yaratmaktadır. Dolayısıyla özelleştirme sonrası gerekli denetim ve düzenlemelerin olmayacağı bir limanda birbirlerine eşit büyüklükte olmasa dahi ikinci bir teşebbüsün varlığının öngörülen risklere karşın bir "emniyet sübabı" olacağı düşünülmüş, ancak hiçbir zaman bölünmenin gerekçesi olarak iki birden iyidir mantığı ileri sürülmemiştir. Neticede iki oyunculu bir piyasa yapısı da arzu edilen bir ideali yansıtmamakta, en az bir monopol kadar rekabete aykırı potansiyel tehlikeleri içeren bir durum arz etmektedir.

Esasen; anılan Görüş'ün ortaya çıkmasındaki temel neden ilgili pazardaki denetim ve regülasyon eksikliği sebebiyle ortaya çıkması muhtemel düzensizliktir.

430 **H.2.4. Rekabet Kurulu'nun Görüşünden Sonraki Gelişmeler Açısından Yapılan Değerlendirme**

Rekabet Kurulu'nun TCDD Mersin Limanı'nın "işletme hakkı devri" yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin üç husus içeren Görüş'üne karşılık Özelleştirme İdaresi;

- Liman'ın hat işleticisi ya da gemi acentesinin kontrolünde olan bir yapılanma içerisinde işletilemeyeceği,
- Limanın işletme hakkını devralacak teşebbüsün İzmir Limanı işletme hakkını devralamayacağı,

440 hususlarını dikkate alarak "İhale Şartları Belgesi"ne dercetmiş olup, Limanın iki farklı teşebbüs tarafından işletilmesi amacıyla bölümlendirilmesi konusundaki Görüş'ü dikkate almamıştır. Konuya ilişkin olarak Rekabet Kurulunun bölümlendirmeye yönelik gerekçelerinin tümüne katıldıkları ve öngörülen risklerin kendilerince de kabul edildiği belirtilerek, rekabete zarar verecek nitelikteki tüm olumsuzluklara karşın "işletme hakkı devir sözleşmesi"nde gerekli tedbirlerin alındığı bildirilmiştir.

450 Bu çerçevede, işletici firmaya sözleşme hükümleri ile sınırlamalar getirilmektedir. Maddeler üzerinde yapılan bir genel değerlendirmede ilk beş sene yatırım zorunluluğu olarak tanımlanan koşullar dikkati çekmektedir. Buna göre; konteyner elleçleme hizmetleri dikkate alındığında limanın halihazırdaki performansında beş sene içerisinde 2.25-3.2 kat arasında zorunlu artış öngörülmektedir. Aynı zamanda söz konusu kapasitenin gerçekleştirilebilmesi için planlanan yatırımların hayata geçirilmesi sırasında limanda verilen hizmetlerin aksatılmaması amacıyla Akdeniz’de faaliyet gösteren ve büyüklükleri itibarıyla ilk 10 sıralamaya girecek olan limanlardaki bir gemi giriş ve çıkış süre ortalamasının altına inilmemesi yönünde performans değerlemesi kriteri getirilmektedir.

460 Anılanların yanı sıra 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesinde tanımlanan “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” fiiline araç olacak türden girişimlerin yasaklanması (ayrımcılık, aşırı fiyat, arzın kısıtlanması), maliyet ayrıştırmasının zorunlu tutularak senelik dönemler halinde liman faaliyetlerinin raporlanması yönündeki işleticiye yönelik yükümlülükler, ilgili pazarın yapılması sırasında belirli bir takım kuralların varlığı yönündeki vurguları arttırması açısından olumlu bulunmuştur. Nitekim limanın özelleştirilmesi sırasında özelleştirme sonrası belirli ve yetkileri tanımlı bir Liman Otoritesinin olmaması duyulan endişelerin başında gelmekteydi. Söz konusu yükümlülüklerle ilişkin denetim mekanizmasının İdare’ye ve ağırlıklı olarak TCDD’ye veriliyor olması fiili olarak Liman Otoritesi benzeri bir yapı oluşturulmaya çalışıldığı izlenimini vermektedir ki bu yaklaşım da çok olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir.

470 Dolayısıyla, Kurulun bölünmeye ilişkin ortaya koyduğu gerekçeleri ile İdare tarafından Sözleşme ile işleticiye yüklenen yükümlülüklerin sonuçları arasında uyumun varlığı dikkati çekmekte, özelleştirme sonrası ilgili pazardaki rekabete ilişkin parametrelerin varlığının sürekli denetim ve düzenlemelerle güvence altına alınmaya çalışıldığı gözlemlenmektedir.

480 İdare tarafından ortaya konulan yapıcı yaklaşımlar neticesinde Rekabet Kurulu’nun Mersin Limanı’nın ikiye bölünerek ayrı teşebbüslerce işletilecek şekilde özelleştirilmesi yönündeki 24.5.2005 tarih ve 1785 sayılı Görüş’ünde yer alan hususların nedenlerinin İdare’ce irdelenmesi ve bu yönde Sözleşme maddeleri ile güvenceler ortaya konulması, bölünmeden beklenen sonuçların büyük bir kısmının elde edileceği izlenimini vermektedir.

H.3. İLGİLİ PAZAR

H.3.1. İlgili Ürün Pazarı

490 Dosya konusu bakımından ilgili ürün pazarı, “konvansiyonel yük ve konteyner elleçleme hizmeti pazarı” olarak tespit edilmiştir.

H.3.2. İlgili Coğrafi Pazar

Mersin Limanı'nın sahip olduğu hinterlant göz önüne alınarak, "Akdeniz, İç Anadolu ve Güneydoğu Anadolu ve Doğu Karadeniz Bölgeleri" dosya konusu bakımından ilgili coğrafi pazarlar olarak belirlenmiştir.

500 H.4. YAPILAN TESPİTLER VE HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Dosya konusu işlem ile, TCDD'ye ait Mersin Limanı 36 seneliğine işletme hakkının verilmesi yöntemiyle özelleştirilecektir.

1998/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca, özelleştirme yoluyla devralma işlemlerinde, taraflarının ilgili ürün piyasasındaki toplam pazar paylarının %25'i veya cirolarının 25.000.000.000.000- TL. (25.000.000- YTL.)'yi aşması halinde; işlemlerin hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurulundan izin alınması zorunludur.

510 Mersin Limanı'nın bir önceki yıl cirosu 98.580.000- YTL.'dir. Buna göre ilgili ürün pazarında Tebliğ'de öngörülen ciro eşiği aşıldığından, işlem Kurulun iznine tabidir.

Bununla birlikte, ihalede en yüksek teklifleri veren PSA-AKFEN ve DPA'nın ilgili ürün pazarında faaliyetinin bulunmaması nedeniyle, devir işlemi sonucunda pazarın yapısı değişmeyeceğinden, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olmayacağı kanaatine varılmıştır.

520 Öte yandan, konuya ilişkin raporda, "ilgili coğrafi pazarda Mersin Limanı'nın pazar payının %90'ın üzerinde, oldukça yüksek seviyelere ulaştığı", "Mersin Limanı ile aynı hinterlata hizmet veren ve Liman'a 180 km mesafede olan İskenderun Limanı'nın, Mersin Limanı'nın işletme hakkını devralacak firma tarafından işletilmesi durumunda ilgili coğrafi pazarda 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1997/1 sayılı Tebliğ açısından yasaklanan hakim durumun daha da güçlendirilmesi sonucu"nun ortaya çıkacağı, bu nedenle devre konu limanın kontrolünü elde edecek teşebbüse "İskenderun Limanı'nın işletme hakkını devralmaması" şartıyla izin verilmesinin yerinde olacağı görüşüne yer verilmiştir. Ancak, önerilen koşula ilişkin değerlendirmenin İskenderun Limanı'nın özelleştirme yolu ile devrine ilişkin olarak Kuruma başvuru olması halinde yapılması gerektiği kanaatine varılmıştır.

530

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne ait Mersin Limanı'nın 36 seneliğine "işletme hakkının verilmesi" yöntemiyle özelleştirilmesi için yapılan ihalede en yüksek teklif sahipleri olan, PSA-AKFEN Ortak Girişim Grubu ve Dubai Ports Authority için, Rekabet Kurumu'na, 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin

540 Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" çerçevesinde yapılan izin başvurusunun, 4054 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun" ve 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" çerçevesinde değerlendirilmesi neticesinde;

1. 13.7.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5388 sayılı yasa nedeniyle 8 kurul üyesinin katılımıyla toplantının yapılabileceğine OYÇOKLUĞU ile,

2. Yukarıda adları belirtilen ortak girişim gruplarından herhangi birisinin Mersin Limanı'nın işletme hakkını devralması işlemine izin verilmesine OYÇOKLUĞU ile,

550 3. Mersin Limanının işletme hakkını devralacak teşebbüse, İskenderun Limanının işletme hakkını devralmaması şeklinde raportör görüşünde önerilen koşulun taraflara getirilmesine bu aşamada yer olmadığına OYÇOKLUĞU ile,

karar verilmiştir.

(15.09.2005 tarih, 05-58/855-231 sayılı Kurul Kararı'na)

KARŞI OY GEREKÇESİ

13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5388 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun"un 3. maddesi ile, 4054 sayılı Kanun'un 22. maddesi ;

"Rekabet Kurulu, biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere toplam yedi üyeden teşekkül eder" şeklinde değiştirilmiştir.

Ayrıca, Rekabet Kurulu'nun mevcut üye sayısı bugün itibarıyla 8 olmasına rağmen, üye sayısı 7' ye düşünceye kadar toplantıların 8 üyenin katılımı ile yapılacağına dair geçici bir hükme de yer verilmemiştir.

Karar nisabı da aynı yasanın 5. maddesinde 7 üye için belirlenmiş olup, bu sayının 8 üye için kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı kural olarak getirilmiştir.

Bu nedenle, 5388 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih olan 13.07.2005 tarihinden itibaren Kurul toplantılarının en fazla 7 üyenin katılımı ile yapılması gerektiği kanaatında olduğumdan, toplantının 8 üyenin katılımı ile yapılmasına dair çoğunluk görüşüne karşıyım.

Tuncay SONGÖR

İkinci Başkan

KARŞI OY GEREKÇESİ
(15.09.2005 tarihli ve 05-58/855-231 sayılı Kurul kararı)

Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları tarafından işletilmekte olan Mersin vd. limanların özelleştirilmesine ilişkin olarak Rekabet Kurulu 06.05.2005 tarihli ve 05-31/376-M sayılı kararı ile görüşünü oluşturmuş ve raportörlerce ayrıntılı bir şekilde düzenlenen rapordaki öneriye paralel olarak, Mersin Limanının bölünerek satılmasının (iki farklı teşebbüs tarafından işletilmek üzere özelleştirilmesi gerektiğinin) Özelleştirme İdaresi Başkanlığına (ÖİB) bildirilmesini öngörmüştü.

- Kurula tanınan yetkiler çerçevesinde, özelleştirme sonrası rekabetçi bir piyasanın sağlanması ve izin aşamasında sorun yaşanmaması amacıyla alınan bu karardaki görüşe ÖİB katılmayarak ihaleye çıkmış ve işletme hakkı tek bir teşebbüse verilmiştir.

İzin işleminin değerlendirilmesi bağlamında, raportörlerce bu defa hazırlanan ve İdarece uygun görülerek Kurula sunulan 08.09.2005 tarihli ve 2005-4-197/ÖN-05-HS sayılı Nihai Bildirim Raporunda görüş değişikliği olmuş ve her ne kadar ihale şartnamesine bölünme koşulu konulmadan ihale gerçekleştirilmiş ise de, bölünme ile güdülen amacın, devralan teşebbüs ile ÖİB arasında imzalanacak "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi"ne konulacak hükümlerle sağlanabileceği, dolayısıyla tek bir teşebbüse işletme hakkının tanınmasının liman içi rekabetin tesisinde sakınca yaratmayacağı ve özelleştirme işlemine izin verilebileceği ifade edilmiştir.

Öncelikle belirtmemiz gereken husus, mesleki daire görüşü ve Kurul görüşünde liman içi rekabetin sağlanması amacıyla bölünme yönünde gösterilen gerekçelerin aynen devam ettiği ve izin işlemine kadar geçen sürede bir mevzuat değişikliği, yeni bir düzenleme (örneğin liman otoritesi kurulması gibi) yapılmadığı hususudur. Gerek İdarenin Kurul görüşü öncesi hazırladığı raporda savunulan, gerekse Kurul görüş kararında yer alan tespitler geçerliliğini sürdürmektedir. ÖİB tarafından daha önce belirtilen teknik ve ekonomik imkansızlık gibi savunmalar raporda ve Kurulda değerlendirilmiş ve gerekçeleriyle birlikte bölünme kararı alınmıştır. Raportörler ve İdaredeki görüş değişikliğinin dayanağı, devir sözleşmesinde gerekli tedbirlerin alındığı tespittir.

Rekabet Kurulu 4054 sayılı Kanun'un ve ilgili Tebliğlerin tanıdığı sınırlar içinde yetki kullanır ve devralma işlemlerinde önceden belirlediği hususlara aykırılık veya piyasa açısından risk görürse, izin vermeyebileceği gibi, gerekli gördüğü taktirde tedbirler veya yasaklar öngörerek koşullu izin de verebilir. Belirtilen hususları aldığı

kararda yerine getirir. Kararlara uyulmaması ise 4054 sayılı Kanun'da yer alan tedbirleri, yetkileri, müeyyideleri ve cezaları gündeme getirir.

Rekabet açısından olası riskleri bertaraf ettiği söylenen "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" ÖİB ile devralan teşebbüs arasında imzalanan bir sözleşme olup, Rekabet Kurumu bu sözleşmenin tarafı değildir.

Rekabet Kurulu bölünmenin gerekliliğine değinmiş, hangi koşullarda bölünme yapılmadan aynı sonucun elde edilebileceği şeklinde bir görüş oluşturmamıştır. Bu türden bir koşullar listesi ortaya konulamayacağı (her olasılığın tespit edilerek önceden tedbire bağlanamayacağı) için bölünme gereğini ortaya koymuştur.

Sözleşmeye aykırılığın müeyyideleri ile Rekabet Kurulu kararlarına uyulmamasının hukuki sonuçları herhalde aynı değildir. Sözü edilen sözleşme hükümleri, Rekabet Kurulunun izin kararında yer verdiği tedbir veya koşul niteliğinde değildir. Bu itibarla en azından hukuki boyutuyla Rekabet Otoritesinin öngöreceği yasak, tedbir, geçersiz kılma ve en geniş anlamda piyasayı regüle etme amaçları, diğer sözleşme tarafı (başka bir kamu otoritesi) tarafından sağlanamaz. Eğer öyle olabilseydi, ayrıca bir Rekabet Otoritesi kurulması veya devralma işlemlerinde yetkilendirilmesi düşünülemezdi. Sözleşmedeki hükümlerin rekabetin tesisine yeterli olduğu görüşünün kabul edilmesi halinde -ki bu görüşü paylaşmıyoruz- yapılması gereken, tüm bu ayrıntıların Rekabet Kurulu kararında bir koşullar konsepti olarak öngörülmesiydi.

Belirttiğimiz gerekçelerle, Kurul görüşünün tersi yönde alınan kararın 2. numaralı izin verilmesi maddesine;

- Diğer taraftan, izin kararına dayanak oluşturan İdare raporunda, ihale bölünmesiz sonuçlandırıldığı için, Mersin Limanının işletme hakkını devralacak teşebbüsün, İskenderun Limanının işletme hakkını devralmaması şeklindeki koşulun kararda yer almamasına ilişkin çoğunluk görüşüne de katılmıyoruz. Kurulun 24.05.2005 tarih ve 1785 sayılı görüşünde Mersin Limanına ilişkin olarak, limanın iki rakip teşebbüs tarafından işletilmesine uygun bir biçimde bölünmesine dair hususlar belirlenirken; ilgili coğrafi Pazar yapılanmasında "limanlar arası rekabet" yerine "liman içi rekabet" benimsenmiş; dolayısıyla liman içi rekabete hem ilgili liman içinde hem de yakın ikame olabilecek limanlar arasında rekabet yaratması açısından ikili bir fonksiyon yüklenmiştir. Bu nedenle, ilgili liman ile aynı hinterlanda hitap eden İskenderun Limanının işletme hakkı sahipliğine ilişkin herhangi bir koşul getirilmesi öngörülmemiştir. Ancak, Mersin Limanı işletme hakkının tek bir teşebbüs tarafından devralınması durumunda öngörülen yapılanma değişmiş, yeni durumda "hakim durumun kötüye kullanılmasını" engelleyici tedbirlere rağmen "hakim durumun güçlendirilmesini" engeller nitelikte herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.

Dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ve ilgili 1997/1 sayılı Tebliğ açısından yapılan değerlendirmelerde yer alan hakim durumun güçlendirilmesi riskinin, Mersin Limanının işletme hakkını devralacak teşebbüsün "İskenderun Limanının işletme

05-58/855-231

hakkını devralmaması” şeklindeki koşul ile önlenebileceği, aksi takdirde analiz ve incelemelerin eksik olacağı gerçeğinden hareketle, ilgili mevzuat gereği belirtilen koşulun kararda yer alması gerektiği kanaatini taşımaktayız.

Limanlar arası rekabetin vazgeçilmez unsuru olan bu koşulun karara bağlanmaması, rekabetin korunmasına ters düştüğü gibi, alınan kararlar da çelişki doğurur. Raporun 27. ve 28. sayfalarında da bu koşulun önemi vurgulanmaktadır. Limanlararası rekabetin ortadan kalkmasına yol açan bu sonucu da paylaşmıyoruz.

Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ
Kurul Üyesi

Rıfki ÜNAL
Kurul Üyesi

KARŞI OY
(Rekabet Kurulu'nun 15.09.2005 günlü 05-58/855/231 sayılı kararına)

13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5388 sayılı yasanın üçüncü maddesiyle değişik 4054 sayılı yasanın 25 inci maddesinde Rekabet Kurulunun biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere toplam 7 üyeden teşekkül edeceği hükme bağlanmıştır.

Böylece toplam 11 üyeden teşekkül eden Rekabet Kurulunun üye sayısı 7'ye düşürülmüş; halen mevcut üye sayısının 8 olmasına karşın, yasada üye sayısı 7'ye düşene kadar toplantıların 8 üyenin katılımı ile yapılabileceğine dair geçici bir hükme yer verilmemiştir.

Rekabet Kanununun Kurulun toplantı ve karar yeter sayısını belirleyen 51 inci maddesinde yer alan; nihai kararlarda en az toplam 8 üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanmasıyla karar verileceği hükmünde yer alan üye sayıları da sırasıyla 5 ve 4 olarak değiştirilmiştir.

Mevcut 8 üyenin katılımıyla toplanan kurulun karar yeter sayısının kıyasen uygulanması mümkün değildir.

Bu durumda 5388 sayılı yasanın yürürlük tarihi olan 13.07.2005 den itibaren Kurul toplantılarının en fazla 7 üyenin katılımı ile yapılabileceği görüşünde olduğumdan karara usul yönünden karşıyım.

Esasa gelince;

Rekabet Kurulunun 24.05.2005 tarih ve 1785 sayılı GÖRÜŞ Kararında; Mersin Limanına ilişkin olarak, limanın iki rakip teşebbüs tarafından işletilmesine uygun bir biçimde bölünmesine dair hususlar belirlenirken; ilgili coğrafi pazar yapılanmasında 'limanlar arası rekabet' yerine liman içi rekabet benimsenmiş; dolayısıyla liman içi rekabete hem ilgili liman içinde hem de yakın, ikame olabilecek limanlar arasında rekabet yaratması açısından ikili bir fonksiyon yüklenmiştir.

Bu nedenle görüş kararında ilgili limanla aynı hinterlanda hitap eden İskenderun Limanının işletme hakkı sahipliğine ilişkin herhangi bir koşul getirilmesi öngörülmemiştir.

Rekabet Kurulunun söz konusu Görüş Kararından sonra Özelleştirme İdaresince; İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinde işletici firmaya getirilen sınırlamalar ile; ilk beş sene

yatırım zorunluluğu olarak tanımlanan koşullar getirilerek konteyner elleçleme hizmetlerine ilişkin olarak limanın hali hazırdaki performansında beş sene içinde 2-3 kat arasında zorunlu bir artış ön görülmüş ve planlanan yatırımların hayata geçirilmesi sırasında limanda verilen hizmetlerin aksatılmaması amacıyla Akdeniz'de faaliyet gösteren ve büyüklükleri itibarıyla ilk on sıraya girecek olan limanlardaki gemi giriş ve çıkış süre ortalamasının altına inilmemesi yönünde performans değerlemesi kriteri getirilmiştir.

Sözleşmede ayrıca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'unun 6 ıncı maddesinde tanımlanan 'Hakim Durumun Kötüye Kullanılması' fiiline yol açabilecek ayrımcılık, aşırı fiyat, arzın kısıtlanması gibi girişimlerin yasaklanması, maliyet ayrıştırması zorunlu tutularak senelik dönemler halinde liman faaliyetlerinin raporlanması yönünde işletmeciye yükümlülükler getirilmiş ve bu yükümlülüklerle ilişkin denetleme görevi İdare'ye (Özelleştirme İdaresi Başkanlığı) ve ağırlıklı olarak TCDD'na verilmiştir.

Dolayısıyla Kurul'un GÖRÜŞ kararında yer alan bölünmeye ilişkin gerekçeler Özelleştirme İdaresince de kısmen benimsenerek sözleşmede işleticiye yukarıda sözü edilen yükümlülüklerle yer verilmiştir.

GÖRÜŞ kararında belirlendiği üzere bölünmeden beklenen fayda liman içi olduğu kadar limanlar arası rekabetin de tesisine yöneliktir.

Buna karşın Özelleştirme İdaresince sözleşmede limanlar arası rekabetin tesisine ilişkin her hangi bir güvence getirilmediği, işletme hakkının devri yoluyla Mersin Limanında hakim duruma geçecek işletici firmanın İskenderun Limanının da işletme hakkını alması halinde hakim durumunu güçlendirmesinin engellenmediği görülmektedir.

Bu nedenle Mersin Limanının işletme hakkını devralacak teşebbüse 'İskenderun Limanının işletme hakkını devralmaması' koşulu getirilmesi halinde işleme izin verilebileceği görüşünde olduğumdan karara karşıyım.

Süreyya ÇAKIN
Kurul Üyesi