

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2014-4-70 (Devralma)
Karar Sayısı : 14-40/737-329
Karar Tarihi : 16.10.2014

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI,
Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,
Fevzi ÖZKAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER: Hakan BİLİR, Zeynep ŞENGÖREN, Süleyman DAĞDEVİREN

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : İGA Havalimanı İşletmesi A.Ş.
Göktürk Merkez Mah. İstanbul Cad. Kayın Sok. No:1/B K:4-5
Eyüp/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü ile imzalanan 19.11.2013 tarihli Uygulama Sözleşmesi çerçevesinde, İstanbul Yeni Havalimanı'nın yap-işlet-devret modeli ile yapılması, işletme süresi olan 25 yıl boyunca işletilmesi ve 25 yılın sonunda İdareye devredilmesi işlemi ile bu kapsamdaki işi gerçekleştirmek ve ana sözleşmede belirtilen faaliyetlerde bulunmak üzere İGA Havalimanı İşletmesi A.Ş. unvanlı ortak girişim şirketi kurulması işlemine izin verilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına en son 29.09.2014 tarihinde giren bildirim üzerine düzenlenen 01.10.2014 tarih ve 2014-4-70/Öİ sayılı Özelleştirme-Menfi Tespit Ön İnceleme Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;
- Bildirim konusu özelleştirme işleminin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a dayanılarak çıkarılan "2013/2 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olmadığı,
 - Yalnızca söz konusu özelleştirme işlemine taraf olmak ve bu alanda faaliyet göstermek için oluşturulan İGA Havalimanı İşletmesi A.Ş.'nin (İGA) kurulması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak hazırlanan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 5. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında bir ortak girişim işlemi olmadığı,
 - Bildirim konusu işlemin taraflar arasında bir işbirliği anlaşması olarak değerlendirilmesi gerektiği ve söz konusu anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek rekabeti kısıtlayıcı etkiler taşımaması nedeniyle, Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi alabileceği ifade edilmiştir.
- Raportör Hakan BİLİR'in karşı görüşünde ise,
- Yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yapılacak işlemin, Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde bir birleşme/devralma olarak kabul edilemeyeceği,
 - Öte yandan, doğrudan yap-işlet-devret modelinin bir gereği olan yapıların 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde ele alınma olanağı bulunmadığı, dolayısıyla faaliyet

konusu yalnızca bu model çerçevesinde gerçekleştirilecek işlemler ile sınırlandırılmış olan İGA'nın kurulmasının, anılan kanun maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği,

- Bununla birlikte İGA'nın bu kapsamı genişletecek ekonomik faaliyetlerinin söz konusu olması halinde, konunun Kanun'un ilgili maddeleri bakımından ele alınmasının gerektiği belirtilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (4) İGA tarafından Kuruma gönderilen yazı ve ekinde yer alan Bildirim Formu'nda, 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun" ve 2012/3573 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü (DHMİ veya İDARE) tarafından yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilecek olan İstanbul Yeni Havalimanı'nın ihalesinin 03.05.2013 tarihinde gerçekleştirildiği, ihaleyi; Limak İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. (LİMAK), Kolin İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş., Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş., Mapa İnşaat ve Ticaret A.Ş. ve Kalyon İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından oluşturulan Cengiz-Mapa-Limak-Kolin-Kalyon Ortak Girişim Grubu'nun kazandığı belirtilmiştir.
- (5) Öte yandan, başvuru konusu ortak girişim şirketi İGA'nın Esas Sözleşmesi'nin "Amaç ve Konu" üst başlığını taşıyan 3. maddesinde; şirketin 3996 sayılı Kanun ve 2011/1807 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde, DHMİ tarafından yap-işlet-devret modeliyle ihale edilen İstanbul Yeni Havalimanı Projesi'nin yapım, işletim ve devri işinin yapılması amacıyla kurulduğu belirtilmektedir.

G.1. Özelleştirme İşlemine İlişkin Tespit ve Değerlendirmeler

- (6) Bildirim konusu işlem, 2013/2 sayılı Tebliğ hükümlerine tabi bir özelleştirme olmakla birlikte, henüz cirosu olan bir teşebbüs ya da malvarlığı söz konusu olmadığından, Tebliğ'in 3. maddesi uyarınca ön bildirim tabi değildir. Bu çerçevede, ön bildirim tabi olmayan işlemin, 2013/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca Kurulumuzdan izin alınması zorunlu bir işlem olmadığı kanaatine varılmıştır.

G.2. İGA'nın Kurulması İşlemine İlişkin Tespit ve Değerlendirmeler

- (7) Dosya konusu özelleştirme işleminde devralan taraf olan İGA, sadece bu özelleştirme işlemine taraf olmak ve bu alanda faaliyet göstermek için sıfırdan kurulmuş bir ortak girişim şirkettir.
- (8) 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca "*bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir.*"
- (9) Anılan tanımdan hareketle, işlemin 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında bir birleşme devralma sayılabilmesi için "ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması" ve "ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması" şartları aranmaktadır. Bu noktada, başvuru konusu işlemin 2010/4 sayılı Tebliğ anlamında ortak girişim niteliğinde olup olmadığının anılan şartlar bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.
- (10) İGA'nın Esas Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerden, özellikle de toplantı ve karar nisaplarından anlaşıldığı üzere, şirketi oluşturan taraflardan hiçbiri şirketi tek başına kontrol edememektedir. İlaveten hiçbir üyenin teşebbüsün stratejik kararlarını veto yetkisi bulunmamaktadır. Söz konusu nisaplara ulaşip karar alabilmek için taraflar arasında çeşitli ittifakların oluşması mümkündür. Bu durumda, şirketin genel kurul ve yönetim kurulunda karar alınabilmesi için gerekli çoğunluğa ancak "değişen ittifaklar" ile ulaşılabilmektedir.
- (11) Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz'un 66. paragrafında karar alma prosedüründe istikrarlı bir çoğunluk yoksa ve çoğunluk her

seferinde azınlık hissedarları arasındaki çeşitli ittifaklardan herhangi biriyle elde ediliyorsa değişen ittifakların varlığından bahsedileceği ve bu durumda azınlık hissedarlarının (ya da bunlardan belirli bir grubun) teşebbüsü ortaklaşa kontrol ettiğinin varsayılmayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte sözü edilen Kılavuz'un 61. paragrafında azınlık hissedarlarının, oy haklarının çoğunluğuna birlikte sahip olup, oy haklarını kullanırken birlikte hareket ederek hedef teşebbüsü kontrol ettiği durumlarda, bu hissedarların ortak kontrolünün söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Bu tür bir ortak kontrolün ise, azınlık hissedarları arasında bu amaçla yapılan hukuken bağlayıcı bir anlaşmanın sonucunda ortaya çıkabileceği gibi fiili olarak da gerçekleşebileceği ifade edilmiştir. Kılavuz hukuken bağlayıcı anlaşmaya örnek olarak; azınlık hissedarlarının haklarını devrettiği (ortaklaşa kontrol edilen) bir holding şirketi ya da aynı şekilde hareket etmeyi taahhüt ettikleri bir anlaşmanın bulunmasını göstermiştir.

- (12) Mevcut dosya bakımından hissedarlardan üçünün (KOLİN, LİMAK, CENGİZ) halihazırda birlikte yer aldıkları; (.....) gibi ortak şirket ve projeler bulunmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu ilişkilerin tarafların oy verirken birlikte hareket edeceklerine dair hukuki bağlayıcılık içeren bir sözleşme olarak kabul edilemeyeceği, ayrıca söz konusu durumun kesin olarak tarafların her durumda paralel şekilde oy kullanacakları anlamına gelmediği açıktır. İlaveten mevcut dosya bakımından hissedarlar; aralarında birlikte hareket etmeyi taahhüt ettikleri bir anlaşma olmadığını belirtmişlerdir.
- (13) Tüm bu açıklamalardan, İGA'nın hissedarların ortak kontrolünde kabul edilemeyeceği, dolayısıyla anılan işlemin 2010/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişim olmadığı, söz konusu işlemin taraflar arasındaki işbirliği anlaşması olarak ele alınması ve Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

G.3. 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Kapsamındaki Tespit ve Değerlendirmeler

- (14) Yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde, bildirim konusu işlem her birinin faaliyeti inşaat alanında kesişen taraflar arasında bir işbirliği anlaşması olarak kabul edilmiştir. Rakipler arasında bir ekonomik faaliyeti yerine getirmek için yapılan bir ya da birden fazla anlaşma şeklinde tanımlanabilecek işbirliği anlaşmaları, genel olarak, teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri pazarlarda rekabet güçlerini arttırabilmek ya da tek başlarına gerçekleştirmelerinin zor olduğu faaliyetleri yürütmek amacıyla hayata geçirilen refah artışı yaratabilecek anlaşmalardır. Ancak, önemli ekonomik faydalar ortaya çıkarabilen işbirliği anlaşmaları, aynı zamanda çeşitli rekabet sorunlarına da yol açabilmektedir.
- (15) Yatay işbirliği anlaşmalarına ilişkin başlıca endişeler; tarafların fiyat, üretim, dağıtım veya arz miktarlarını belirlemek üzere anlaşması veya işbirliğinin, tarafların pazar gücü elde etmesi, pazar gücünü koruması ya da arttırmasına ve böylelikle, fiyat, üretim miktarı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği, inovasyon bakımlarından pazarda olumsuz etkilerin ortaya çıkmasına yol açmasıdır. Ayrıca yatay işbirliği anlaşmaları; gizli bir kartel oluşturmak veya danışıklı hareketler için kolaylaştırıcı unsur olarak kullanılabilmesi gibi, rakiplerin çıkarlarının ve motivasyonlarının değiştirilerek önceden var olan bir kartelin sürdürülmesine, yeni bir kartel oluşturulmasına veya açık anlaşmalar olmaksızın uyumlu eylemlere neden olabilir.
- (16) Rakip teşebbüsler arasında gerçekleştirilen yatay işbirliği anlaşmalarının yukarıda yer verilen riskleri doğrudan ve kaçınılmaz olarak doğuracağı yönünde bir anlayış modern iktisat ve hukuk anlayışından uzaktır. Bununla birlikte olay bazında yapılacak inceleme ile dosya konusu yatay işbirliğinin taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı amaç ya da etki taşıyıp taşımadığı en ufak endişeye mahal vermeyecek biçimde ortaya konulabilecektir.
- (17) Bildirim konusu işlem sonucunda kurulacak olan İGA, yeni havalimanının yapımı konusunda işbirliği yapılmasını öngörmekle birlikte, bu aşamada rekabeti ve tüketicileri

esasen ilgilendiren konu yapım aşamasının bitişini müteakip havalimanının işletilmesi faaliyetidir. Söz konusu havalimanının işletmeciliği pazarında LİMAK hariç hiçbir hissedarın faaliyeti bulunmamaktadır. LİMAK ise, Uluslararası Havalimanı Yatırım Yapım ve İşletme A.Ş.'de (ISG) %40 paya sahip olup, söz konusu şirketi Malaysia Airports Holdings Berhad ile ortak kontrol etmektedir. Bu durumda, bildirim konusu işlem bakımından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında oluşabilecek risk, İstanbul Yeni Havalimanı ile ISG'nin faaliyetlerinde koordinasyon oluşma olasılığıdır. Ancak, yap-işlet-devret uygulama sözleşmesinin 29. maddesinde İGA'nın iç ve dış hat ve dış/dış transfer yolcu servis ücretlerinin tarife tespitinin İDARE'ye ait olduğu belirtilmiş ve ücretler sırasıyla (.....),(.....) olarak belirlenmiştir. Ayrıca İGA'ya tahsis edilen diğer gelirlere ilişkin olarak ilk işletme yılı ücret tarifesinin Atatürk Havalimanı'nın o işletme yılına ilişkin olarak uygulanmakta olan tarifesi esas alınmak kaydıyla, İGA tarafından belirleneceği fakat İDARE'nin onayı ile yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Müteakip yıllar için İGA'nın yapacağı tarife değişikliklerinde İDARE'nin ücret tarifelerindeki artışlarının dikkate alınacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla söz konusu sözleşme ile havalimanında uygulanacak ücretler bakımından fiyat regülasyonunun bulunduğu söylenebilir. Ayrıca İGA tarafından, LİMAK'ın ISG'deki hisselerini satma niyetinde olduğu, bu kapsamda TAV Havalimanları Holding A.Ş. ile hisse alım taahhüdü içeren anlaşma imzaladığı ve söz konusu devre ilişkin olarak Rekabet Kurumuna bildirim yapılacağı bildirilmiştir.¹

- (18) Bununla birlikte, söz konusu hisse devrinin gerçekleşmemesi durumunda da, havalimanı işletmesinin uygulayacağı fiyatların İDARE'ce belirlenmiş olduğu, işbirliği taraflarından sadece birinin pazarda başka bir şirketle ortak kontrole sahip olarak faaliyette bulunduğu hususları dikkate alındığında, işlemin pazarda koordinasyona yol açma olasılığının sınırlı kaldığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle, işleme menfi tespit belgesi verilmesinde sakınca bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

1. Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından yap-işlet-devret modeli ile ihale edilen İstanbul Yeni Havalimanı'nın yapımı, işletimi ve devri işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 2013/2 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" kapsamında olduğuna, ancak aynı Tebliğ'in 3. maddesinde öngörülen ciro eşiklerinin aşılması nedeniyle izne tabi olmadığına,

2. Söz konusu özelleştirme işlemine taraf olmak ve bu alanda faaliyet göstermek için oluşturulan İGA Havalimanı İşletmesi A.Ş.'nin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak hazırlanan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 5. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında bir ortak girişim işlemi olmadığına,

3. Bildirim konusu işlemin, taraflar arasında işbirliği anlaşması niteliğinde olduğuna, ancak anlaşmaya 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek rekabeti kısıtlayıcı etkiler taşımaması nedeniyle, aynı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilmesine

OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

¹ TAV Havalimanları Holding A.Ş.'de yatırımcı ilişkileri kapsamında konu ile ilgili olarak bir açıklama yayımlamıştır. Söz konusu açıklamada, şirketin LİMAK ile hisse alım sözleşmesi imzalamayı taahhüt ettiği belirtilmiş ve tarafların, ISG'nin mevcut ortaklarından Malaysia Airports MSC Sdn Bhd'nin sahip olduğu ön alım haklarını kullanıp kullanmama kararını beklediği ifade edilmiştir.

KARŞI OY
(16.10.2014 tarihli ve 14-40/737-329 sayılı Kurul Kararı)

Mezkur dosyada, İGA Havalimanı İşletmesi Anonim Şirketi'nin Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü ile imzaladığı 19 Kasım 2013 tarihli Uygulama Sözleşmesi çerçevesinde İstanbul Yeni Havalimanı'nın Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli ile yapılması, işletme süresi olan 25 yıl boyunca işletilmesi ve 25 yılın sonunda idareye devredilmesi işini gerçekleştirmek ve ana sözleşmede belirtilen faaliyetlerde bulunmak üzere kurulması işlemine izin talebi değerlendirilmiştir.

Söz konusu işlem(ler), Kurul çoğunluğunca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, "2013/2 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" (Özelleştirme Tebliği) ve "2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" (Birleşme ve Devralmalar Tebliği) kapsamında değerlendirilmiştir.

YİD modeli çerçevesinde idarece yaptırılan işlerin 4054 sayılı Kanununun 7. maddesi çerçevesinde bir birleşme / devralma işlemi olarak değerlendirilemeyeceğini düşünmekteyiz. Zira birleşme ve devralmalarda devre konu bir teşebbüs, ekonomik birim veya hak benzeri unsurların varlığı gerekmektedir. Mezkur dosyadaki olayda ise, taraflara verilen hakkın (imtiyazın) konusu yeni bir ekonomik birim oluşturulmasına yöneliktir. Daha net bir ifade ile; devlet tarafından, ihaleyi kazananlara herhangi bir ekonomik unsur devredilmemekte, tam tersine bir işin yapılması karşılığında belirli bir süreliğine o işin sonunda yapılacak ekonomik birimlerin işletilmesi hakkı/imtiyazı tanınmaktadır. Bu durumun devlet tarafından, kamu tasarrufu olarak, ekonomik bir faaliyetin yürütülmesi için teşebbüslere verilen özel bir hak olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, YİD modeli çerçevesinde yapılan işlemlerin 4054 sayılı Kanununun 7. maddesi, 2013/2 sayılı Özelleştirme Tebliği ve 2010/4 Sayılı Birleşme ve Devralmalar Tebliği çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini düşünmekteyiz.

Ayrıca, YİD modeline konu yatırımları gerçekleştirecek ve işletecek yapının bir ortak girişim olması halinde, bu durumun Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde bir birleşme/devralma olarak izne tabi olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Burada dikkate alınması gereken konu ise, kurulan ortak girişimin faaliyet alanlarının ne olacağına tespit edilmesidir. Şayet ortak girişim yalnızca YİD'e konu bir faaliyet alanına özel olarak kurulmuşsa, bu yapının Kanun'un 7. maddesi kapsamına girmediği kanaatine sahibiz. İncelenen dosyada da İGA Havalimanı İşletmesi A.Ş.'nin faaliyet alanlarının Ticaret Sicil Gazetesi'nde, 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun" ile Türkiye Cumhuriyeti Bakanlar Kurulu'nun 2011/1807 sayılı "3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Kararı" uyarınca, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü (İdare) ile Şirket arasında imzalanacak olan Uygulama Sözleşmesi çerçevesinde İstanbul Yeni

14-40/737-329

Havalimanı'nın Yap-İşlet-Devret Modeli ile Yapılması, İşletilmesi ve Devri İşini gerçekleştirmek şeklinde belirtildiği görülmektedir. Esasen, böyle bir durumda, söz konusu ortak girişim kamu iradesi ile oluşmuş bir yapıyı/durumu arz etmektedir. Aksi bir durumun kabulü halinde, mesela ortak girişime izin verilmemesi durumunda, doğrudan YİD modeli çerçevesinde gerçekleştirilecek işlemlerin de tümünden iptali söz konusu olabilecektir. Bu açıklamalarımız çerçevesinde, ortak girişimin faaliyet alanının YİD modeli çerçevesinde gerçekleştirilecek işlemler ile sınırlandırıldığı, bu kapsamı genişletecek şekilde ekonomik faaliyetlerinin söz konusu olmadığı anlaşıldığından, mezkur dosyadaki ortak girişimin 4054 sayılı Kanununun 7. maddesi çerçevesinde değerlendirilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle, mezkur kararda çoğunluk görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

Dr. Murat Çetinkaya
Kurul Üyesi