

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

**REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2008-4-72  
Karar Sayısı : 08-54/858-337  
Karar Tarihi : 18.9.2008

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

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

**B. RAPORTÖR** : Mehmet YANIK, Bekir KOCABAŞ

**C. BAŞVURUDA BULUNAN** : Aksoy İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş.  
Karadolap Mh. Gaziosmanpaşa Cd. No:180 Alibeyköy  
Eyüp/İstanbul

20 **D. ŞİKAYET EDİLEN:** - Gümrük Müsteşarlığı  
Hükümet Meydanı Ulus/Ankara  
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği  
Atatürk Blv. No:149 Ankara  
- SETUR Servis Turistik A.Ş.  
Kısıklı Cd. No:26 Altunizade/İstanbul

30 **E. DOSYA KONUSU:** İpsala, Kapıkule, Dereköy, Sarp ve Nusaybin sınır kapılarında Gümrük idaresinin ihtiyaç duyduğu bina ve altyapı tesislerinin yenilenmesi konusunda Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin görevlendirilmesi işleminin 6.8.1994 tarih ve 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na aykırılık taşıdığı; ayrıca söz konusu tesislerin yapılması karşılığında anılan sınır kapılarındaki ticari ünitelerin işletme haklarının 20 yıllık bir süre için TOBB'a devri işleminin ve TOBB tarafından da birtakım sınır kapılarındaki işletme haklarının SETUR Servis Turistik A.Ş. (SETUR A.Ş.) ve alt işleticilere devri işlemlerinin 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu iddiaları.

**F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Şikayet dilekçesinde ileri sürülen hususlara aşağıda yer verilmiştir:

40 - 3996 sayılı Kanun'un uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan 6.8.1994 tarih ve 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 5. maddesine göre, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmak istenilen yatırım ve hizmetlerin, Resmi Gazete'de ve Türkiye çapında yayımlanan yüksek tirajlı iki gazetede duyurulması gerektiği; yine aynı kararın 11. maddesi uyarınca yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yatırım ve hizmetleri yapacak şirketlerin görevlendirilmesinde kapalı teklif usulünün, belli istekliler arasında kapalı teklif usulünün ya da pazarlık usulünün benimsenmesi gerektiğinin düzenlendiği; 9.

maddesi uyarınca da ilgili idareye belli istekliler arasında ön seçim yapma imkanının tanındığı; ancak Gümrük Müsteşarlığı tarafından Kapıkule, İpsala, Dereköy, Sarp ve Nusaybin sınır kapılarının modernizasyonuna ilişkin TOBB görevlendirilirken yukarıda belirtilen usullerin hiçbirine uyulmadığı, dolayısıyla söz konusu görevlendirmenin mevzuata aykırı olduğu iddiası;

50 - 3996 sayılı Kanun'un uygulama usul ve esaslarına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı'nın 38. maddesi gereğince, anılan sınır kapılarında bulunan taşınmazların tamamının mülkiyetinin hazineye ait olduğu ve hazineye ait bu taşınmazlar için görevlendirme yapılan şirketten kullanım bedeli alınması gerektiği halde, bu sınır kapılarındaki taşınmazlar için TOBB'dan hiçbir bedel alınmadığı, böylece TOBB'un haksız kazanç elde ettiği ve kamunun zarara uğratıldığı iddiası,

60 - Gümrük Müsteşarlığı tarafından mevzuata aykırı olarak TOBB'un görevlendirilmesi nedeniyle söz konusu işleme ilişkin olarak taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlali niteliğini taşıdığı iddiası,

- Gümrük Müsteşarlığı'nın şikayet konusu işlemi ile TOBB'un anılan beş sınır kapısında hakim duruma geldiği; ayrıca TOBB'un anılan sınır kapılarında ticari faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetlerine son verdirip söz konusu faaliyetleri SETUR A.Ş.'ye devrederek 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiası;

70 - 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" uyarınca 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamındaki birleşme veya devralmalarda tarafların toplam pazar paylarının piyasanın %25'ini aşması halinde veya bu oran aşmasa bile toplam cirolarının 25 milyon YTL'yi aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin alınmasının zorunlu olduğu; ayrıca 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" uyarınca özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretecek birimin ilgili ürün piyasasındaki pazar payının %20'yi veya cirosunun 20 milyon YTL'yi aşması halinde, ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmadan önce Rekabet Kurumu'na ön bildirimde bulunulması gerektiği, ayrıca ön bildirimi takiben nihai devir işlemi yapılmadan önce Rekabet Kurulu'nun izninin alınması gerektiği; sadece Kapıkule sınır kapısındaki ticari ünitelerin yıllık toplam cirosunun en az 360  
80 milyon YTL olacağı; dolayısıyla Kapıkule, İpsala, Dereköy, Sarp ve Nusaybin sınır kapılarında ihtiyaç duyulan bina ve altyapı tesislerinin yaptırılması karşılığında söz konusu sınır kapılarındaki ticari ünitelerin işletme hakkının 20 yıl süre ile TOBB'a devri ve TOBB tarafından da söz konusu sınır kapılarının bir kısmındaki işletme haklarının SETUR A.Ş.'ye devri işlemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında devralma işlemleri olduğu, ayrıca söz konusu işlemlerin ön bildirimde ve Rekabet Kurulu iznine tabi işlemler olduğu iddiası.

**G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 25.3.2008 tarih ve 1842 sayılı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 24.4.2008 tarih ve 2008-4-72/İİ-08-M.Y. sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 1.5.2008 tarihli toplantısında görüşülmüş

## 08-54/858-337

90 ve dosya konusunun ek çalışma yapılmak üzere Kurul gündeminde incelemeye alınmasına 08-31/339-Mİ sayı ile karar verilmiştir.

İlgili karar uyarınca düzenlenen 12.9.2008 tarih ve 2008-4-72/İİ-08-M.Y. sayılı İllik İnceleme Raporu, 15.9.2008 tarih, REK.0.08.00.00-110/286 sayılı Başkanlık Önergesi ile 08-54 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

### H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da,

100 - İpsala, Kapıkule, Dereköy, Sarp ve Nusaybin sınır kapılarında Gümrük idaresi'nin ihtiyaç duyduğu bina ve altyapı tesislerinin yaptırılması konusunda TOBB'un görevlendirilmesi işleminin 3996 sayılı Kanun'un uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan 6.8.1994 sayı ve 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na aykırılık taşıdığına ilişkin iddianın ve

- Gümrük Müsteşarlığı ile TOBB arasında akdedilen sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olduğu yönündeki iddianın,

4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı;

- Dereköy ve Nusaybin Sınır Kapılarına ilişkin resmi görevlendirme henüz yapılmadığı için anılan Sınır Kapılarına yönelik Kanun kapsamındaki iddialara ilişkin olarak herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı;

110 - TOBB'un işletme hakkına sahip olduğu sınır kapılarındaki ticari ünitelerde faaliyet gösteren teşebbüslerin sözleşmelerini feshederek Setur A.Ş. ile sözleşme akdetmesi'nin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlali niteliğinde olduğu yönündeki iddiaya ilişkin olarak, anılan işlemin kötüye kullanma niteliğini taşıması nedeniyle herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı;

Bununla birlikte,

120 - İpsala, Kapıkule, Hamzabeyli, Habur, Cilvegözü ve Sarp Sınır Kapıları'nın yeniden yapılandırılması kapsamında anılan sınır kapılarındaki ticari ünitelerin işletme haklarının TOBB'a devri ile Gürbulak Sınır Kapısı'nın yeniden yapılandırılması kapsamında anılan sınır kapısındaki ticari ünitelerin işletme hakkının Uluslararası Nakliyeciler Derneği (UND)'ne devri işlemlerinin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir "devralma" olarak değerlendirilebileceği ve anılan işlemlerin nitelik açısından 1998/5 sayılı Tebliğ ile değişik 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" kapsamında "ön bildirim" ve "izne" tabi olduğu;

- Anılan işlemlere ilişkin olarak Rekabet Kurumu'na herhangi bir ön bildirim veya izin başvurusunda bulunulmadığının tespit edilmesi nedeniyle söz konusu işlemlerin 4054 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca incelemeye alınması gerektiği;

130 - Yapılacak incelemenin, gerekli her türlü bilgiye ulaşılabilmesi bakımından Kanun'un 14. ve 15. maddelerde düzenlenen bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkileri ile yapılmasının uygun olacağı;

Diğer taraftan;

- İpsala, Kapıkule, Habur, Cilvegözü ve Sarp Sınır Kapıları'ndaki ticari ünitelerin işletme haklarının TOBB tarafından Setur A.Ş. ve alt işleticilere kiralanması işlemlerinin ise, devre konu ticari ünitelerin kontrolünde kalıcı bir değişikliğe yol açmayacağı için 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında "birleşme veya devralma" olarak kabul edilemeyeceği; dolayısıyla anılan işlemlere ilişkin olarak herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı;

140 - Gürbulak Sınır Kapısı'ndaki ticari ünitelerin Sun Turizm'e kiralanması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında "birleşme veya devralma" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti için 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerindeki bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini de içeren bir inceleme yapılmasının gerekli olduğu görüşlerine yer verilmiştir.

## I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

### I.1. İlgili Pazar

#### I.1.1. İlgili Ürün Pazarı

150 Kara sınır kapılarındaki ticari ünitelerin işletme haklarının genel olarak; gümrüksüz mağaza işletmeciliği, gümrüksüz akaryakıt istasyonu işletmeciliği, lokanta-kafeterya-büfe işletmeciliği ve kantar tartım hizmetleri ile bankacılık, PTT, seyahat acenteliği ve lostra gibi hizmetlerin sunumu için kullanılacak ünitelerin kiralanması hizmetlerini içerdiği görülmektedir. Söz konusu hizmetler, talep ikamesi bakımından incelendiğinde, her bir hizmetin amacı ve kullanımı bakımından tüketicilerin farklı ihtiyaçlarına hitap ettiği; dolayısıyla sunulan hizmetlerin birbirine ikame olmadığı görülmektedir. Buna göre, kara sınır kapılarındaki ticari ünitelerin işletme haklarının devri işlemlerinde, devre konu her bir ticari faaliyetin ayrı bir ürün/hizmet pazarı olarak belirlenmesi mümkündür. Bununla birlikte, mevcut dosya bakımından devre konu unsurlar dikkate alındığında Gümrük Müsteşarlığı'ndan TOBB ve UND'ye yapılan devirlerde tüm ticari ünitelerin devre konu edildiği, TOBB ve UND tarafından alt işleticilere yapılan kiralamalarda ise, genel olarak gümrüksüz akaryakıt istasyonunun işletme hakkı ile diğer ticari ünitelerin (gümrüksüz mağazalar, hediyelik eşya mağazaları, lokanta, kafeterya, büfe) işletme haklarının ayrı ayrı devredildiği görülmektedir. Dolayısıyla, inceleme konusu dosya bakımından ilgili ürün pazarı belirlenirken; "gümrüksüz akaryakıt istasyonu işletmeciliği hizmetleri" ile "gümrüksüz akaryakıt istasyonu dışındaki ticari ünitelerin işletilmesi hizmetleri" şeklinde bir ayırımın yapılması mümkündür.

170 Ülkemizde "gümrüksüz akaryakıt istasyonu işletmeciliği hizmetleri" sadece kara ve deniz gümrük kapılarında sunulan bir hizmettir. "Gümrüksüz akaryakıt istasyonu dışındaki ticari ünitelerin işletilmesi hizmetleri" ise, çok sayıda ticari faaliyetten oluşmakla birlikte bu faaliyetlerden en önemlisini teşkil en "gümrüksüz mağaza işletmeciliği hizmeti" sadece kara, deniz ve hava gümrük kapılarında sunulmaktadır. Ancak arz ve talep ikamesi bakımından değerlendirildiğinde, hava, kara ve deniz gümrük kapılarında sunulan hizmetlerin tamamen farklı tüketici gruplarına hitap ettiği görülmektedir. Dolayısıyla, inceleme konusu dosya bakımından ilgili ürün pazarları "kara sınır

kapısındaki gümrüksüz akaryakıt istasyonu işletmeciliği hizmet pazarı” ve “kara sınır kapısındaki gümrüksüz akaryakıt istasyonu dışındaki ticari ünitelerin işletilmesi hizmet pazarı” olarak belirlenmiştir.

### **I.1.2. İlgili Coğrafi Pazar**

180 Dosya konusu dikkate alınarak ilgili coğrafi pazarlar, her bir sınır kapısı ayrı coğrafi pazar teşkil etmek üzere; “İpsala, Kapıkule, Hamzabeyli, Dereköy, Sarp, Gürbulak, Nusaybin, Cilvegözü ve Habur Kara Sınır Kapıları” olarak tespit edilmiştir.

### **I.2. Tespitler ve Değerlendirme**

Genel olarak belirtmek gerekirse, ilk inceleme sürecinde ele alınan iddialar, ülkemizdeki kara sınır kapılarının yeniden yapılandırılması sürecindeki üç ayrı aşamaya ilişkindir. Bu aşamalardan ilki, her bir sınır kapısı bağlamında yeniden yapılandırma işini yüklenen teşebbüsün tespiti ve tespit edilen firmanın görevlendirilmesi aşamasıdır (idari görevlendirme). İkinci aşama, sınır kapısının yeniden yapılandırılması için görevlendirilen teşebbüse, yaptığı yatırımın karşılığı olarak ilgili sınır kapısındaki ticari ünitelerin işletme hakkının belirli bir süre için devredilmesi aşamasıdır (kamudan özel sektöre işletme hakkı devri). Üçüncü aşama ise, işletme haklarını devralan teşebbüs tarafından, ticari ünitelerden bir kısmının alt işleticilere kiralanması aşamasıdır (alt işleticilere kiralama). Değerlendirme bu çerçevede yapılmıştır.

#### **I.2.1. 4054 Sayılı Kanun Kapsamı Dışındaki İddialar**

4054 sayılı Kanun’un 2. maddesinde, “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer“ denilerek Kanun’un kapsamı düzenlenmiştir.

Modernizasyon kapsamına alınan sınır kapılarının yeniden yapılandırılması konusunda TOBB’un görevlendirilmesine yönelik şikâyet dilekçesindeki ilk iddia, Gümrük Müsteşarlığı tarafından Kapıkule, İpsala, Dereköy, Sarp ve Nusaybin sınır kapılarının modernizasyonuna ilişkin olarak TOBB görevlendirilirken mevzuatta belirtilen usullere uyulmadığı, dolayısıyla söz konusu görevlendirmenin yasal olmadığı şeklindedir. Görevlendirmeye ilişkin olarak ileri sürülen bir diğer iddia ise, 3996 sayılı Kanun’un Uygulama Usul ve Esaslarına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı’nın 38. maddesi gereğince, anılan sınır kapılarında bulunan taşınmazların tamamının mülkiyetinin hazineye ait olduğu ve hazineye ait bu taşınmazlar için görevlendirme yapılan şirketten kullanım bedeli alınması gerektiği halde, bu sınır kapısındaki taşınmazlar için TOBB’dan hiçbir bedel alınmadığı, böylece TOBB’un haksız kazanç elde ettiği ve kamunun zarara uğratıldığı iddiasıdır.

220 Kara sınır kapılarının modernizasyonu sürecindeki ilk aşama olan “görevlendirme” aşamasına ilişkin bu iddialar, esasen Gümrük Müsteşarlığı’nın

idari nitelikteki işlemlerine ilişkindir ve anılan işlemlerin 4054 sayılı Kanun'a aykırılığından ziyade yap-işlet-devret modelinin uygulamasını düzenleyen mevzuata aykırılığını ileri sürmektedir. Esaen, söz konusu iddiaların 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesine imkân bulunmamaktadır.

230 Şikayet dilekçesindeki bir diğer iddia, Gümrük Müsteşarlığı tarafından mevzuata aykırı olarak TOBB'un görevlendirilmesi nedeniyle, söz konusu işleme ilişkin olarak taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlali niteliğini taşıdığı iddiasıdır. Bu iddianın da 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Zira, herhangi bir sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında kabul edilebilmesi için, anlaşmaya taraf en az iki teşebbüsün bulunması ve söz konusu anlaşmanın rekabeti engelleme bozma ya da kısıtlama amacını ya da etkisini taşıması gerekmektedir. Ancak Gümrük Müsteşarlığı ile TOBB arasında akdedilen şikayet konusu sözleşmenin taraflarından TOBB bir teşebbüs olarak kabul edilse bile, Gümrük Müsteşarlığı'nın bir teşebbüs olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

### 1.2.2. 4054 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilen İddialar

240 Şikayet dilekçesindeki bir diğer iddia, kara sınır kapılarının yeniden yapılandırılması için Gümrük Müsteşarlığı tarafından TOBB'un görevlendirilmesiyle birlikte bu teşebbüs birliğinin İpsala, Kapıkule, Dereköy, Sarp ve Nusaybin sınır kapılarında hakim duruma geldiği ve anılan sınır kapılarında hakim duruma gelen TOBB'un söz konusu pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin sözleşmelerini feshederek Setur A.Ş. ile sözleşme akdettiği ve böylece 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi'ni ihlal ettiği iddiasıdır.

250 Yap işlet devret modeli uyarınca TOBB, ilgili sınır kapısının modernizasyonunun tamamlanmasıyla birlikte, uygulama sözleşmesinde belirtilen süre boyunca sınır kapısındaki ticari ünitelerin işletme hakkına sahip olmaktadır. Ayrıca görevlendirme aşamasında imzalanan uygulama sözleşmeleri uyarınca TOBB, işletme hakkına sahip olduğu ticari üniteleri bizzat kendisi işletebileceği gibi, alt işleticilere kiralama hakkına da sahiptir. Bu noktada TOBB'un alt işleticileri kendisinin seçmesi sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle TOBB'un işletme hakkına sahip olduğu ticari ünitelerde mevcut teşebbüslerin faaliyetine son vererek bu üniteleri Setur A.Ş.'ye kiralaması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlali niteliğini taşımadığı; dolayısıyla söz konusu iddiaya ilişkin olarak şu aşamada herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı anlaşılmıştır.

260 Şikayet dilekçesindeki son iddia, Kapıkule, İpsala, Dereköy, Sarp ve Nusaybin sınır kapılarında ihtiyaç duyulan bina ve altyapı tesislerinin yaptırılması karşılığında söz konusu sınır kapılarındaki ticari ünitelerin işletme hakkının 20 yıl süre ile TOBB'a devri ve TOBB tarafından da söz konusu sınır kapılarının bir kısmındaki işletme haklarının SETUR A.Ş.'ye devri işlemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında devralma işlemleri olduğu, ayrıca söz konusu işlemlerin ön bildirim ve Rekabet Kurulu iznine tabi işlemler olduğu iddiasıdır.

Kara sınır kapılarının modernizasyonu kapsamında yap-işlet-devret modeli ile özel sektöre yaptırılan ve işletme hakkı devredilen sınır kapıları sadece şikayet dilekçesinde belirtilenlerden ibaret değildir. Yüksek Planlama Kurulu; İpsala,

270 Gürbulak, Habur, Cilvegözü, Sarp, Hamzabeyli, Kapıkule, Dereköy ve Nusaybin Sınır Kapıları'nın modernizasyonunu yap-ışlet-devret modeli ile yaptırması için Gümrük Müsteşarlığı'nı görevlendirmiş; Gümrük Müsteşarlığı da anılan sınır kapılarından Gürbulak Sınır Kapısı'nın modernizasyonu için UND'nin kontrolündeki UND Gürbulak Gümrük İşletmeleri ve Yatırım A.Ş. (UND Gürbulak)'yi, İpsala Sınır Kapısı için TOBB'un kontrolündeki Umat Gümrük ve Turizm İşletmeleri Ticaret A.Ş. (Umat A.Ş.)'yi; Kapıkule, Hamzabeyli, Habur, Cilvegözü ve Sarp Sınır Kapıları içinse yine TOBB'un kontrolündeki bir şirket olan Gümrük ve Turizm İşletmeleri A.Ş. (GTİ)'yi görevlendirmiştir. Dereköy ve Nusaybin Sınır Kapıları içinse henüz resmi bir görevlendirme yapılmamıştır.

Anılan sınır kapılarının bir kısmında modernizasyonu tamamlayarak işletme hakkını devralan TOBB ve UND, işletme hakkına sahip oldukları ticari ünitelerin bir kısmını alt işleticilere kiralamışlardır.

280 Buna göre inceleme kapsamında, sınır kapılarının yeniden yapılandırılması karşılığında belirli süreler için kamudan özel sektöre yapılan işletme hakkı devirleri ve işletme hakkını devralan teşebbüsler tarafından alt işleticilere yapılan kiralama olmak üzere iki farklı devir işlemi söz konusudur.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi'nin birinci fıkrasında; "bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları... devralması hukuka aykırı ve yasak olduğu" belirtilmiş; anılan kanun maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin birinci fıkrasında ise, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında "birleşme veya devralma" olarak kabul edilen haller sayılmıştır. Bu haller sırasıyla,

- 290
- Bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi (birleşme),
  - Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi (devralma)
  - Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimlerdir (ortak girişim).
- 300

310 Rekabet hukukunun üç temel sacayağından (rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların kontrolü, hakim durumun kötüye kullanılmasının kontrolü, birleşme ve devralmaların kontrolü) birini teşkil eden birleşme ve devralmaların kontrolü; teşebbüsler arasındaki birleşme, devralma veya ortak girişimler vasıtasıyla pazar yapısında meydana getirilen kalıcı değişikliklerin pazardaki rekabeti bozmasına engel olmayı amaçlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, birleşme ve devralmaların kontrolü, yoğunlaşmalar yoluyla pazarın yapısında meydana

gelen kalıcı değişikliklerin kontrolü için öngörölmüş öncül (ex ante) bir denetim sistemidir. Dolayısıyla, herhangi bir işleme birleşme ve devralmaların kontrolü vasıtasıyla müdahale edilebilmesi için öncelikle bu işlemin “mevcut bir pazar” içerisinde gerçekleşmiş olması ve niteliği itibarıyla bu işlemin “pazarın yapısında” kalıcı bir değişikliğe (yoğunlaşmaya) yol açması gerekmektedir. Bu çerçevede, “yeni bir pazarın” oluşumuna yol açan işlemlere birleşme ve devralmaların kontrolü çerçevesinde müdahale edilmesi mümkün değildir.

320 İnceleme konusu dosyada, ölkemizdeki bazı kara sınır kapılarının yap-işlet-devret modeli ile yeniden yapılandırılması karşılığında bu sınır kapılarındaki ticari ünitelerin işletme hakları belirli bir süre için yapım işini yüklenen teşebbüse devredilmektedir. Ne var ki, bu devir işleminin mevcut bir pazar içerisinde gerçekleşen ve dolayısıyla mevcut bir pazarın yapısında kalıcı bir değişiklik yaratan bir işlem olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira, yap-işlet-devret modeli ile kara sınır kapıları yeniden yapılandırılırken sınır kapılarında görölen ticari faaliyetlerin niteliğinde ve kapsamında köklü değişiklikler meydana gelmektedir. Bu yönüyle, herhangi bir sınır kapısında yeniden yapılandırma sonrasındaki ticari faaliyetlerin yeniden yapılandırma öncesindeki ticari faaliyetlerin bir devamı olarak değerlendirilmesi mümkün 330 olmayıp, yeniden yapılandırma ile yeni pazar/pazarlar yaratılmaktadır. Bu çerçevede, kara sınır kapılarının yap-işlet-devret modeli ile yeniden yapılandırılması kapsamında gerçekleştirilen işletme hakkı devirlerinin, 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi kapsamında bir “birleşme veya veya devralma” olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Böylece, “birleşme veya devralma” olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan inceleme konusu işlemler için, 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında bir ön bildirim veya izin başvurusunda bulunulması da gerekmemektedir.

340 TOBB ve UND tarafından alt işleticilere yapılan kiralamaların “yoğunlaşma” olarak kabul edilip edilmemesi noktasında ise, öncelikle bu kiralamaların niteliğine ilişkin birkaç hususun dikkate alınması gerekmektedir. 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nın “Görevin Devri” başlıklı 25. maddesinde görevli şirketin yatırım ve işletme dönemlerinde uygulama sözleşmelerinden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve bu kararda belirtilen usul ve esaslara uygun bir başka şirkete, idarenin görüşü ve Yüksek Planlama Kurulu kararları ile devredebileceği düzenlenmiştir. Uygulama Sözleşmesi’nin “Görevin Devri ve Temlik” başlıklı 23. maddesinde ise, benzer şekilde, şirketin yatırım döneminde işbu sözleşmeden doğan hak ve vecibelerini, aynı şartlarla 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu kararında belirtilen usul ve esaslara uygun bir başka şirkete 350 idarenin görüşü ve Yüksek Planlama Kurulu Kararı ile devredebileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, bu devirlerde işletme hakkını devralan şirket, tüm hak ve yükümlölüklerini üçüncü bir şirkete devretmekte ve bu devirden sonra idareye karşı tek sorumlu, devralan şirket olmaktadır. Bu tür bir devrin tam bir işletme hakkı devri olarak nitelendirilmesi mümkündür. Gümrük Müsteşarlığı ile TOBB arasında imzalanan uygulama sözleşmelerinde, “görevin devri”nden farklı olarak tesislerdeki mahallerin “kiralınması” ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Uygulama Sözleşmesi’nin “Tesislerdeki Mahallerin Kiralanmasında Uygulanacak Esaslar” başlıklı 29. maddesi incelendiğinde, kiralama ile birlikte kiralaayan şirketin idareye karşı sorumluluğunun devam ettiği



360 görülmektedir. Bu bağlamda, TOBB ve UND tarafından alt işleticilere yapılan kiralamalarda da TOBB ve UND'nin bu kiralamaları gerçekleştirdikten sonra dahi idare karşısındaki sorumluluğunun devam ettiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, TOBB ve UND tarafından alt işleticilere yapılan devirler, TOBB ve UND'nin işletme hakkı kapsamında sahip olduğu tüm hak ve yükümlülüklerini içermemektedir.

370 TOBB ve UND tarafından gerçekleştirilen kiralamaların tüm hak ve yükümlülükleri içeren külli bir devir niteliğini taşıyamamasının inceleme konusu dosya bakımından önemli olan yönü ise, bu kiralamalar sonrasında da sorumluluğu devam eden TOBB ve UND'nin kiralanın ticari üniteler üzerindeki hukuki veya fiili kontrolünün devam etmesi ihtimalidir. Gümrük Müsteşarlığı tarafından yap-işlet-devret modelinin gereği olarak TOBB ve UND'ye yapılan devir işlemlerinde, TOBB ve UND işletme hakkını devraldıkları ticari ünitelerin belirli standartlarda işletilmesini sağlamak üzere Gümrük Müsteşarlığı'na karşı belirli bir sorumluluk altına girmektedirler. TOBB ve UND'nin bu yükümlükleri, Gümrük Müsteşarlığı ile imzaladıkları uygulama sözleşmeleri ile teminat altına alınmaktadır. Örneğin, Kapıkule Sınır Kapısı'na ilişkin olarak imzalanan ve tip sözleşme niteliğini taşıyan Uygulama Sözleşmesi'nin 15. maddesinde, şirketin sözleşme kapsamındaki tüm faaliyetlerinin idare tarafından denetleneceği, gözetim ve denetim sırasında ikaz ve uyarılara karşın hatalı, hileli ve hukuka aykırı davranışların tespiti halinde idarenin sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedeceği ve yatırım konusu tesislerin bedelsiz olarak idareye geçeceği düzenlenmiştir. Yine sözleşmenin 24. maddesinde işletme dönemi içerisinde şirketin kusurlu hareketleri nedeniyle sözleşme ve eklerindeki hükümlere uygun hareket etmemesi ve kendisine bu aksaklıkları düzeltmek için verilecek süreye rağmen bunları düzeltmemesi halinde idarece sözleşmenin feshedileceği ve kesin teminatın irat kaydedileceği düzenlenmiştir. Sözleşme'nin "sorumluluk ve tazminat" başlıklı 27. maddesinde ise, öncelikle şirketin sorumlulukları sayıldıktan sonra idarece şirketin işletme hizmetini istenilen standartta vermediğinin belirlenmesi halinde, bu hususun şirkete yazılı olarak bildirilerek eksiklik ve aksaklığın giderilmesi için makul bir sürenin verileceği ve aynı eksikliğin yinelenmesi halinde katı teminatın binde yarımı tutarında ceza tahakkuk ettirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden de görüldüğü üzere TOBB ve UND, işletme hakkını devraldıkları ticari üniteleri idarenin denetim ve gözetimi altında belirli standartlara uygun olarak işletme konusunda yükümlülük altındadır. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde ise TOBB ve UND, idari para cezasından başlamak üzere, kesin teminatın irat kaydedilmesi ve sözleşmenin feshedilerek yapılan yatırımın bedelsiz elinden alınması gibi ağır yaptırımlar ile karşı karşıya kalabilecektir. Dolayısıyla, inceleme konusu ticari üniteleri kiralayan konumundaki TOBB ve UND'nin idareye karşı bu sorumlulukları devam ettirmekteyken, kiralama sonrasında anılan ticari üniteler üzerinde sıkı bir denetim, kontrol ve hatta yönlendirme içerisinde bulunmaları beklenen bir durumdur. Bu nedenle TOBB ve UND tarafından alt işleticilere yapılan devirlerde, kalıcı bir kontrol değişikliğinin ortaya çıkması mümkün değildir. Bu çerçevede, TOBB ve UND tarafından alt işleticilere yapılan kiralamaların da 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında "birleşme veya devralma" olarak kabul edilemeyeceği ve dolayısıyla anılan işlemler için 1997/1

**08-54/858-337**

sayılı Tebliğ kapsamında Rekabet Kurulu'ndan izin alınmasına gerek bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

410 **J. SONUÇ**

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; başvuru konusu iddialara ilişkin olarak, herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 18.09.2008 günlü ve 08-54/858-337 Sayılı Kararına;

## KARŞI OY

Kara sınır kapılarımızın modernizasyonu çerçevesinde yap-işlet-devret modelinin uygulanmasının 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun ve bu Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca Yüksek Planlama Kurulu'nun Gümrük Müsteşarlığına verdiği yetkiye dayanarak gerçekleştirilmekte olduğu anlaşılmaktadır.

Yüksek Planlama Kurulu; İpsala, Gürbulak, Habur, Cilvegözü, Sarp, Hamzabeyli, Kapıkule, Dereköy ve Nusaybin sınır kapılarının modernizasyonu için Gümrük Müsteşarlığını görevlendirmiştir.

Gümrük Müsteşarlığı'nın ise, Gürbulak sınır kapısı için UND'nin kontrolündeki UND Gürbulak A.Ş.'yi, İpsala sınır kapısı için TOBB'un kontrolündeki UMAT A.Ş.'yi, Kapıkule, Hamzabeyli, Habur, Cilvegözü, Sarp sınır kapıları için yine TOBB kontrolünde bir şirket olan GTİ A.Ş.'yi görevlendirdiği, Dereköy ve Nusaybin sınır kapıları için henüz bir görevlendirme yapmadığı görülmüştür.

Kara gümrük kapısındaki ticari ünitelerin işletme hakkının 20 yıllık bir süre için TOBB'a yada UND'ye devrinin ve TOBB yada UND tarafından da alt işleticilere kiralanması işleminin 4054 sayılı Yasaya aykırı olduğu yolundaki şikayet başvurusu üzerine düzenlenen ilk inceleme raporunda anılan sınır kapılarının bir kısmında, yeniden yapılandırma ( bina ve alt yapı tesislerinin yenilenmesi) işiyle görevlendirip, yaptığı yatırımın karşılığı olarak ilgili sınır kapısındaki ticari üniteleri( gümrüksüz mağazacılık, gümrüksüz akaryakıt istasyonu, lokanta, kafeterya, büfe işletmeciliği, hediyelik eşya mağazası gibi...) devralan TOBB ve UND'nin işletme hakkına sahip oldukları ticari ünitelerin bir kısmını alt işleticilere ( Setur v.b.) kiraladıkları tespitlidir.

Söz konusu ticari ünitelerin yukarıda anılan prosedür çerçevesinde TOBB tarafından yenilenmesi işlemi sonucunda yeni bir unsurun pazara katılımı söz konusu değildir.

Gümrük Kapılarının Yenilenmesi işlemi zaten kara sınırlarında bulunan hizmet binaları, alt yapı unsurları ve ticari üniteleri kapsamakta olup, bunlardan yalnız “ticari üniteler”in işletme hakkının devri söz konusudur.

Doğal olarak pazara yeni katılan üretim birimlerinin yapımını konu alan işletme hakkı devirleri, yoğunlaşma anlamında Kanun’un 7.maddesi ve 97/1 sayılı Tebliğ kapsamında değildir. Ancak işlem mevcut bir varlığın devrine yönelikse, bu varlığa ciro atfı da mümkün ise, bu işlemin yoğunlaşma olarak düşünülmesi gerekir. Bu takdirde Yap-İşlet-Devret uygulaması kapsamında gümrük kapılarında ticarete yönelik unsurların işletme haklarının devrine yönelik işlemin de yoğunlaşma olarak ele alınması gerekmektedir.

Mevcut halinde ya da Yap-İşlet-Devret uygulaması öncesinde kamu tarafından sahip olunan işletme haklarının, özel sektöre uzun süreliğine (15-20 yıl) devri söz konusudur. Bu durumda söz konusu devir işlemi pazardaki ticari unsurların devamı görünümünde olup söz konusu işletme haklarına devir öncesinde elde edilen cironun yüklenmesi gerekir.

Gümrük kapılarında yer alan ticari ünitelerin işletme haklarının devri 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bulunduğu takdirde, ciro ve pazar payı eşiklerinin de aşılması durumunda izne tabi bir işlem olduğunun kabulü tabiidir.

Ancak inceleme konusu işlem, kamudan özele geçen bir işletme hakkının devrine ilişkin olduğundan özelleştirme yoluyla yapılan birleşme-devralmalara yönelik olarak yayımlanan 1998/5 sayılı Tebliğ ile değişik 1998/4 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ çerçevesinde değerlendirilmelidir. Söz

konusu Tebliğ'in 3. maddesinde, devre konu birimin cirosunun en az 20 milyon YTL ve/veya Pazar payının %20 olması durumunda; bu eşikler aşılmaya bile devre konu birimin fiili ya da hukuki bir imtiyaza sahip olması durumunda; işlemin Rekabet Kurumu'nun görüşünün alınması için ön bildirim tabi olduğu hükümlenmiştir. Aynı Tebliğ'in 5.maddesi ise, ön bildirim gelen ya da cirosu 25 milyon YTL ve/veya Pazar payı %25 olan devirlerin hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurulundan izin alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Dosya'da mevcut ilk inceleme raporunda ilgili pazarın , her bir kara gümrük kapısındaki ticari ünitelerin işletilme pazarı olarak belirlendiği göz önünde bulundurulduğunda, devre konu birimlerin cirosu bilinmemekle birlikte pazar paylarının %100 olması sebebiyle ilgili Tebliğde belirtilen eşiklerin aşıldığı açıktır. Pazar payı eşikleri dikkate alınmasa ve işlem 3996 sayılı Kanun uyarınca yap-işlet-devret uygulaması nedeniyle "imtiyaz" olarak değerlendirilmese dahi fiilen tekel olarak işletileceğinden "fiili imtiyaz" söz konusu olacaktır. İşlem bu haliyle de ön bildirim tabi bir işlem konumundadır.

Söz konusu işletme haklarının devri için Rekabet Kurumu'na ne ön bildirim gelinmiş ne de nihai izin talep edilmiştir.

Bu nedenlerle Gümrük Müsteşarlığı tarafından Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde kara sınır kapılarındaki ticari ünitelerin işletme haklarının Gümrük Müsteşarlığınca TOBB'a ve TOBB tarafından da alt işleticilere uzun bir süre için devrine yönelik işlemin, izne tabi olup da gerekli izinlerin alınmaması durumunu düzenleyen Kanun'un 11.maddesi uyarınca söz konusu devralma işleminin incelemeye alınması gerekirken şikayetin reddi yolundaki karar hükmüne karşıyım.

Süreyya ÇAKIN  
Kurul Üyesi