

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2017-4-10
Karar Sayısı : **18-43/685-338**
Karar Tarihi : 15.11.2018

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Adem BİRCAN, Mehmet AYAN, Ahmet ALGAN,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Şükran KODALAK

B. RAPORTÖRLER : Esin AYGÜN, Noyan DELİBAŞI

C. BAŞVURUDA

BULUNAN

: - Kumport Liman Hizmetleri Lojistik San. ve Tic. A.Ş.
Temsilcileri: Av. Mahmut KARAMAN, Av. Onur YILMAZ,
Av. Serhan BÜYÜKDOĞAN, Av. Buse SEZER
Zorlu Center, Levazım Mah. Kuru Sok. No:2 Teras Evler D Blok
T0 Katı Daire: 47 Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 2017-4-10 sayılı Ambarlı Limanı Nihai İnceleme dosyası kapsamında verdiği 08.05.2018 tarihli ve 18-14/267-129 sayılı kararına itiraz edilmesi ve söz konusu işlemin tekrar değerlendirmeye alınması talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 08.05.2018 tarih ve 18-14/267-129 sayılı Kararı (Karar) ile;
- Ambarlı Limanında faaliyet gösteren Mardaş Marmara Deniz İşletmeciliği A.Ş.'nin (MARDAŞ) denizcilik alanında çeşitli faaliyetler gösteren Arkas Holding kontrolünde bulunan Limar Liman ve Gemi İşletmeleri A.Ş. (LİMAR) tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (2010/4 sayılı Tebliğ) kapsamında izne tabi bir devralma işlemi olduğuna,
 - Söz konusu işlem sonucunda 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratılmasının veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olacağına, bu nedenle işleme 14.07.2017 tarih ve 5086 sayı, 18.12.2017 tarih ve 9220 sayı ile Kurum kayıtlarına giren taahhütler çerçevesinde izin verilmesine
- gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.
- (3) Rekabet Kurumu kayıtlarına 16.10.2018 tarih ve 7504 sayı ile intikal eden başvuruda (İtiraz Başvurusu), Kumport Liman Hizmetleri Lojistik San. ve Tic. A.Ş. (KUMPORT) tarafından söz konusu devralma işleminin reddedilmesi veya yeni taahhütler alınmak suretiyle Karar'ın tekrar değerlendirilmesi talep edilmiştir. İlgili başvuru üzerine düzenlenen 07.11.2018 tarih ve 2017-4-10/BN-3 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (4) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda; dosya konusu talebe yönelik olarak herhangi bir işlem tesis edilmesine gerek olmadığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (5) 08.05.2018 tarih ve 18-14/267-129 sayılı Kurul kararına ilişkin olarak 2010/4 sayılı Tebliğ'in 16. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında yapıldığı belirtilen itirazlar aşağıda özetlenmiştir.

G.1. Usule Yönelik İtirazlar

G.1.1. Şikayetçinin Nihai İncelemenin Tarafı Olduğu İddiası

- (6) KUMPORT tarafından usule ilişkin olarak;
- 2017-4-10 sayılı dosya kapsamında şikayetçi olan KUMPORT'un "taraf" olarak değerlendirilmediği,
 - Nihai inceleme süreci sırasında gerektiği gibi bilgilendirilmediği,
 - Nihai inceleme tarafları tarafından Kurul'a sunulan taahhütler hususunda KUMPORT'a bilgilendirme yapılmadığı ve
 - KUMPORT'un bu taahhütlere ilişkin görüşünün alınmadığı

ileri sürülmüştür. Şikayetçinin nihai incelemenin tarafı olduğu iddiasını desteklemek amacıyla ise KUMPORT tarafından;

- Şikayetçinin ileri sürdüğü argümanların Kurulun nihai incelemede incelediği konular ile paralel olduğu,
- Şikayetçinin idari yargıda iptal davası açma hakkı bulunduğu,
- Kanun'un 43/2. maddesindeki taraflar sözcüğünün şikayetçi ve savunma tarafını kapsayacak şekilde anlaşılmasının mümkün olduğu,
- Avrupa Birliği rekabet hukukunda şikayetçinin taraf olarak kabul edildiği,

belirtilmiştir.

G.1.2. Kurulun Taahhütlere İlişkin Gerekçeleri Açıklamadığı İddiası

- (7) Kurulun taahhütleri kabul etmesine ilişkin gerekçeleri açıklamadığı iddiası dile getirilen diğer bir husustur. Arkas Grubu tarafından sunulan taahhütlerin rekabet ortamını nasıl tesis edebileceğine ilişkin açıklamanın Karar'da yer almadığı, bu durumun 4054 sayılı Kanun'un 52. maddesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir.

G.1.3. Türkiye Liman İşletmecileri Derneği (TÜRKLİM) Yetkilisinden Alınan Görüşün TÜRKLİM'in Görüşünü Yansıtmadığı İddiası

- (8) Kurul tarafından TÜRKLİM yetkilisinden görüş alındığının anlaşıldığı ancak söz konusu görüşün TÜRKLİM'in görüşü olmadığı, şahsi olduğu ve rekabetin korunmasının aksine dikey ve yatay entegrasyonu genişletici yönde olduğu, KUMPORT CEO'sunun aynı zamanda TÜRKLİM yönetim kurulu üyesi ve başkan yardımcısı olduğu TÜRKLİM'in işleme izin verilmesi yönünde bir görüşü bulunmadığı belirtilmiştir.

G.1.4. Sözlü Savunma Toplantısının "Oldubittiye Getirildiği" İddiası

- (9) Sözlü savunma toplantısında Arkas Grubunca dile getirilen hususlara ilişkin KUMPORT'a cevap hakkı tanınmadığı, toplantının "oldubitti havasında" geçtiği belirtilmiştir. Ayrıca kendisine çok iyi teklifler sunulmasına rağmen Maersk Denizcilik A.Ş.'nin (MAERSK), 2M İşbirliği kapsamındaki ortağı olan MSC Gemi Acenteliği A.Ş.'nin (MSC) baskısıyla (konteyner taşımacılığında 2M olarak bilinen konsorsiyumun ortakları) KUMPORT limanından ayrıldığı, bu durumun pazarda rekabetçi sürecin bozulduğunu gösterdiği, şikayet başvurusunda ve sözlü savunmada bu hususun bozulan rekabetçi ortamı göstermek adına dile getirildiği, tek meselenin KUMPORT'un ticari zararı olmadığı ileri sürülmüştür.

G.2. Esasa Yönelik İtirazlar

G.2.1. Kuzeybatı Marmara'da Hakim Durumun Güçlendiği İddiası

- (10) Coğrafi pazarın geniş belirlendiği durumlarda dahi koordinasyon riskinin oluştuğunun Karar'da belirtildiği, Kuzeybatı Marmara Bölgesindeki liman kapasitelerine bakıldığında toplam 8,2 milyon TEU olan kapasitenin 6,1 milyon TEU'luk bölümünün MSC-Arkas Grubu işbirliğine ait olduğu Asyaport Liman A.Ş. (ASYAPORT) 2,5 milyon TEU, Marport Liman İşletmeleri Tic. ve San. A.Ş. (MARPORT) 2,3 milyon TEU, MARDAS 1,3 milyon TEU) buna karşılık KUMPORT'un kapasitesinin 2,1 milyon TEU olduğu belirtilmektedir.
- (11) MSC ve Arkas Grubu'nun kontrol ettiği teşebbüslerin pazar paylarının Kuzeybatı Marmara'da %81,2'ye Marmara Bölgesi'nde ise %51,9'a ulaştığının Karar'da tespit edildiği, ayrıca MSC ile MAERSK arasındaki 2M işbirliğine ve işlem sonrası koordinasyon riski bulunduğu gibi hususlara Karar'da değinildiği belirtilmiş ancak davranışsal taahhütlerle bu risklerin giderilemeyeceği ileri sürülmüştür.

G.2.2. MARPORT ve MARDAS'ın Birbirinden Bağımsız Faaliyet Göstermediği İddiası

- (12) MARPORT ile MARDAS'ın henüz işleme izin verilmeden uyumlu eylem içerisine girdiği ileri sürülmüştür. MARDAS'ın 2009 ve 2010 yıllarında rıhtımını uzatmak için Ambarlı Liman Tesisleri Tic. A.Ş.'ye (ALTAŞ) başvurduğu, bu talebin MARPORT'un olumsuz oylarıyla reddedildiği, o dönemde İstanbul Teknik Üniversitesince yapılan bir analize göre MARDAS'ın rıhtımını uzatmasının tehlikeli olacağına kaydedildiği ancak rıhtım uzatımına yönelik başvurunun 2017 yılında tekrarlandığı ve bu sefer MARPORT'un oylarıyla kabul edildiği, bu durumun MARPORT ile MARDAS'ın birlikte hareket ettiğini gösterdiği belirtilmiştir.
- (13) Ambarlı Limanında pazara giriş engelleri bulunduğu ileri sürülmektedir. Halihazırda Ambarlı'daki limanların toplam kapasitesinin %40'nın kullanılmamasına rağmen MARDAS'ın 1,3 milyon TEU'luk kapasitesinin ancak yarısının kullanılabilir olduğu, kalan yarısının İÇDAŞ Çelik Enerji Tersane ve Ulaşım Sanayi A.Ş. (İÇDAŞ) ve müşterilerin konteyner dışındaki yükleri için kullanıldığı, MARPORT'un genişletilmesine Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu çerçevesinde izin verilmediği ayrıca T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının bu bölgede yeni bir terminal inşa edilmemesi yönünde görüşü olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle Arkas Grubu'nun istediği kapasiteyi MARDAS'ı satın alarak oluşturmak istediği ileri sürülmektedir.

G.2.3. MARDAS'ın Transit Taşımacılığa da Hizmet Ettiği İddiası

- (14) Karar'da MARDAS'ın transit liman olarak kullanılmadığından bahsedildiği ancak aksine MARDAS'ın faaliyetlerinin büyük bir kısmını transit liman olarak icra ettiği, transit olarak elleçlenen konteyner miktarının her geçen sene arttığı ve bu tespitın Karar'ın neticesini etkileyeceği belirtilmiştir.

G.2.4. Arkas Grubu'nun Ulusal Şampiyon Olmaya Çalıştığı İddiası

- (15) Arkas Grubu'nun HAPAG LLOYD, YANG MING, TARROS SPA, GRIMALDI LINES, ACL, MARGUİSA LINE, DAL, UAFL, ETHOPİAN SHIPPING, HAMBURG SÜD, PIL ve OOCL gibi konteyner hat taşımacısı grupların acenteliğini yaptığı, bu teşebbüslerin liman tercihleri üzerinde etkili olduğu, Arkas Grubu'nun Türkiye'nin en büyük gemi filosuna sahip olduğu ve karayolu ve demiryolu taşımacısı DB SCHENKER ile ortaklığı bulunduğu ve böylece dikey entegre bir yapıda olduğu belirtilmektedir. "Ulusal Şampiyon" yaratılmasının rekabet hukukuna aykırı olduğu ifade edilmiştir.

G.2.5. Sunulan Taahhütlerin Belirsizlik İçerdiği ve Rekabetçi Riskleri Gidermede Yetersiz Kaldığı İddiası

- (16) İlk olarak, “*MARDAŞ ve MARPORT’un faaliyetlerini yürütmek için yeterli derecede kaynağa sahip olması sağlanacaktır*” şeklindeki taahhüdün gerçek hayatta ne ifade ettiğinin belli olmadığı ve taahhütte yer alan “yeterli derecede kaynak” ifadesinin sübjektif olduğu belirtilmiştir.
- (17) “*Konteyner taşımacılığı pazarında hizmet veren feeder ve/veya ana gemi işletmecilerine yönelik, Standart Liman Hizmet Tarifesi kapsamında farklı olan, özel tarifelerin ve diğer ticari ve operasyonel şartların, Hisse Devir Sözleşmesi tarihinden itibaren 36 ay süreyle, hukuken geçerli durumlar dışında (gümrük talimatı vb.) MARDAŞ’tan halihazırda hizmet alan müşteriler için değiştirilmeyeceği*” ifadesinin benzer şekilde belirsizlikler içerdiği ileri sürülmüştür.
- (18) “*MARPORT ve MARDAŞ’ta kullanılan araç gereçlerin (i.e. vinç, araba vb.) tamamen farklı, kendisine ait veya taşeron firmadan tedarik edilmiş olması sağlanacaktır ve ortak araç gereç kullanımı yapılmayacaktır*” şeklindeki taahhüdün iktisadi nitelik taşımadığı, limanlar arası ekipman transferinin halihazırda mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.
- (19) Hisse Devir Sözleşmesi tarihinin 04.11.2016 olduğu, “*MARDAŞ tarafından belirlenen, tüm hizmet kalemlerini içeren ve halihazırda geçerli olan 2017 Standart Liman Hizmetleri Tarifesi’nin, Hisse Devir Sözleşmesi tarihinden itibaren 12 ay süreyle, hukuken geçerli durumlar dışında değiştirilemeyeceği*” şeklinde taahhüt edilen sürenin 04.11.2017 itibarıyla dolduğu, taahhüdün kadük kaldığı ve Karar’ın bu yönüyle hatalı olduğu belirtilmiştir.
- (20) “*Konteyner taşımacılığı pazarında hizmet veren feeder ve/veya ana gemi işletmecilerine yönelik, Standart Liman Hizmetleri Tarifesi kapsamında farklı olan, özel tarifelerin ve diğer ticari ve operasyonel şartların, Hisse Devir Sözleşmesi tarihinden itibaren 36 ay süreyle, hukuken geçerli durumlar dışında (gümrük talimatı vb.) MARDAŞ’tan halihazırda hizmet alan mevcut müşteriler için değiştirilmeyeceği*” yönündeki taahhüdün yine Hisse Devir Sözleşmesi tarihinin 04.11.2016 olmasından dolayı işlevsiz kaldığı ve belirsizlikler içerdiği ileri sürülmektedir.
- (21) “*Konteyner taşımacılığı pazarında hizmet veren, MARDAŞ’ın mevcut veya potansiyel müşteri kapsamında olması muhtemel, MARDAŞ varış ve çıkışlı tüm hatların yüklerini taşıyan yerel, feeder ve/veya ana gemilerin işletmecisi müşterilerine, ayrımcılık unsuru olmadan ve objektif şartlar altında beş yıl süreyle %30 oranında gemi yanaşma, saha kullanım kapasitesi ayıracağı*” yönündeki taahhütte beş yıllık sürenin hangi tarihten itibaren başlayacağını belirlenmediği, bu durumun Karar’ı sakatladığı ileri sürülmüştür. Ayrıca limanların %100’ünün değil %80’inin kullanılabilir olduğu, limanın %30’unun tahsis edilmesi durumunda gerçekte sadece %10’luk kısmının tahsis edilmiş olacağı, bu kapasitenin ise Belstar Denizcilik ve Taşımacılık A.Ş.’nin (ZİM) ihtiyacını karşılayamayacağı ve ZİM’in pazarın dışına itilmesine yol açabileceği ileri sürülmüştür.
- (22) “*Konteyner taşımacılığı pazarında hizmet veren feeder ve/veya ana gemi işletmecilerine arz edilen gemi yanaşma, saha kullanım kapasitesi ve benzeri operasyonel şartların, Hisse Devir Sözleşmesi tarihinden itibaren, hukuken geçerli durumlar dışında (gümrük talimatı vb.), MARDAŞ’tan hali hazırda hizmet alan mevcut gemi işletmecilerine arz edilmeye devam edileceği*” yönündeki taahhütte “konteyner taşımacılığı pazarında” ve “benzeri operasyonel şartlar” kavramlarının sübjektif olduğu, her hat operatörüne benzer operasyonel şartlar uygulanamayacağı belirtilmektedir.
- (23) “*6. maddede belirlenen 12 aylık sürenin sonunda ise, MARDAŞ’ın tarifeleri rekabetçi bir anlayışla belirleyeceği ve fahiş fiyatlandırmadan kaçınacağı ve talep edilmesi halinde her*

6 ayda bir Kurul'a tarifeye ilişkin bilgi sunulacağı" yönündeki taahhütte yer alan rekabetçi anlayışla fiyat belirleme ifadesinin sübjektif olduğu belirtilmiştir.

- (24) Arkas Grubu'nun MARPORT ile MARDAS/ARTER'in yönetim, operasyon, muhasebe ve hukuk birimlerini birbirinden bağımsız kişilerden oluşacağına dair taahhüdünün rekabetçi riskleri gidermede yeterli olmadığı ayrıca bilgi paylaşılmayacağına ilişkin taahhüdün denetlenebilir olmadığı, Birleşme Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz'da *"etkili denetim mekanizmalarının yokluğunda, sunulan çözüm önerisinin bağlayıcılığı fiilen ortadan kalkacağından önerilen çözüm, yalnızca tarafların niyetini ifade etmekten öteye gidemeyecektir. Bu durumda da tarafların taahhütlere uymadıkları tespit edilemeyeceğinden hukuka aykırı hale gelen yoğunlaşma işlemi yaptırımsız kalacaktır."* ifadesinin yer aldığı belirtilmiştir.
- (25) Rekabet hukuku içtihadında davranışsal taahhütlerin kabul edilmesinin istisnai olduğu, yapısal taahhütler tüketilmeden davranışsal taahhütlerin kabul edilemeyeceği, Karar'da niçin yapısal taahhüt alınamayacağına değeriendirilmediği ve Arkas Grubu'nun MARPORT'taki hisselerini bağımsız bir üçüncü kişiye devretmesi yönünde bir yapısal taahhüt alınabileceği ileri sürülmektedir.
- (26) Nihai inceleme konusuyla benzerlik gösteren 09.11.2017 tarih ve 17-36/595-259 sayılı ULUSOY/UN RO-RO kararında davranışsal tedbirlerin kabul edilmediği belirtilmiştir. Buna ek olarak, ALTAŞ ve Ambarlı Römorkaj Pilotaj Ticaret A.Ş.'nin (ARPAŞ) Arkas Grubu'nun kontrolüne geçtiği ileri sürülmüştür. Bu konuya ilişkin açıklamalara yer verilmemesinin eksiklik olduğuna dikkat çekilmektedir.
- (27) *"MARPORT ve MARDAS'ın ayrı binalarda yer alması sağlanacaktır,"*
"MARPORT ve MARDAS'ta yer alan muhasebe ve hukuk gibi tüm departmanları tamamen farklı kişilerden oluşturulacaktır ve bu kapsamda her iki şirketin hiçbir ortak personeli bulunmayacaktır,"
"MARPORT ve MARDAS'ta kullanılan araç gereçlerin (i.e. vinç, araba, vb.) tamamen farklı, kendisine ait veya taşeron firmadan tedarik edilmiş olması sağlanacaktır ve ortak araç gereç kullanımı yapılmayacaktır."
şeklindeki taahhütlerin halihazırda geçerli olan durumu yansıttığı ve taahhüt niteliği taşımadığı ileri sürülmüştür.
- (28) *"MARPORT ve MARDAS'ın rakip şirketlere açık olmayan ve ticari açıdan hassas bilgileri birbirleri ile paylaşmasına olanak sağlayan mekanizmalar kurulmayacağı, bu kapsamda MARDAS bilgilerinin MARPORT'a verilmeyeceği taahhüt edilmektedir. MARPORT bilgilerinin kullanılması ise gerek Türk Ticaret Kanunu gerekse MSC ile ARKAS arasında ki sözleşmeler nedeniyle mümkün değildir,"* şeklindeki önerilerin taahhüt niteliği taşımadığı nitekim Kanun'a uyulmasının zaten zorunlu olduğu belirtilmiştir.
- (29) *"Arkas Grubu ve MARDAS'ın rakip şirketlere açık olmayan ve ticari açıdan hassas bilgileri birbirleri ile paylaşmasına olanak sağlayan mekanizmalar kurulmayacaktır. Bu kapsamda MARDAS ticari bilgilerinin Arkas Holding ve Arkas Grubu şirketlerine verilmeyeceği taahhüt edilmektedir. Bunun temini zımında MARDAS'ın front office ve back office hizmetlerinin tamamı MARPORT ve Arkas Grubu'ndan ayrı yapılandırılacak ve böylece birbirleri ile herhangi bir paylaşımında bulunmamaları sağlanacaktır."* şeklindeki taahhüdün ise Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) düzenlenen "Bilgi Alma Hakkı"nın ihlal ettiği, bu hakkın pay sahiplerinin ve yönetim kurulu üyelerinin doğal hakkı olduğu, taahhüdün bu yönüyle TTK hükümlerine aykırılık içerdiği belirtilmiştir.
- (30) Söz konusu başvuruda sonuç olarak devralma izin başvurusunun reddi, bu yönde karar alınmaması durumunda ise rekabet ortamını tekrar tesis edecek yapısal taahhütlerin

alınması, alınan taahhütler hakkında şikayetçinin ve piyasadaki diğer teşebbüslerin de görüşlerinin alınması, bu taahhütlerden sonra devralma başvurusunun tekrar değerlendirilmesi talep edilmektedir.

G.3. Değerlendirme

- (31) Yukarıda yer verilen itirazların değerlendirilebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) hükümlerine bakmak gerekmektedir. Bu çerçevede İYUK'un 11. maddesine aşağıda yer verilmiştir:

“1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.”

- (32) 08.05.2018 tarih ve 18-14/267-129 sayılı Kurul kararının gerekçesi 15.08.2018 tarihinde Kurum internet sitesinde yayımlanmış olup, İtiraz Başvurusu ise 16.10.2018 tarihinde yapılmıştır. Dolayısıyla, İYUK'un 11. maddesinde işaret edilen 60 günlük idari dava açma süresinin aşıldığı anlaşıldığından, dosya konusu başvuruya ilişkin olarak herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

- (33) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, İYUK'un 11. maddesinde yer alan sürenin aşılmış olduğu anlaşıldığından, Kurum kayıtlarına 16.10.2018 tarih ve 7504 sayı ile giren başvurusunun reddine, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.