

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2013-4-60 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 13-66/919-389
Karar Tarihi : 28.11.2013

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER: Recep GÜNDÜZ, İbrahim Ethem SEZER

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Gizlilik talebi bulunmaktadır.

D. HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA

YAPILAN : Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı
Atatürk Havalimanı 34149 Yeşilköy/ İstanbul
Suudi Arabistan Havayolları Türkiye
Büyükdere Cad. Maya Center No: 100 K:21 Esentepe
Şişli/ İstanbul
Atlasjet Havacılık A.Ş.
Şenlikköy Mah. Yeşilköy Cad. No:9/A Florya Bakırköy/İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Türkiye ile Suudi Arabistan arasında havayolu ile yolcu taşımacılığı alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin birlikte fiyat tespiti yaptıkları iddiası.
- (2) **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 25.06.2013 tarih ve 3890 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 29.07.2013 tarih ve 2013-4-60/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu Kurul'un 11.07.2013 tarih ve 13-44/566-M sayılı toplantısında görüşülmüş, iddiaların gerçeği yansıtıp yansıtmadığının belirlenmesi amacıyla önaraştırma yapılmasına 13-44/566-M sayı ile karar verilmiştir. Bunun üzerine hazırlanan 20.11.2013 tarih ve 2013-4-60/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **G. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle, Hac organizasyonlarında en yüksek maliyet kaleminin uçak biletleri olduğu, Türk Hava Yolları'nın (THY) Avrupa'daki bazı noktalara gidiş-dönüş 150-200 Euro düzeyinde bilet fiyatı uyguladığı fakat hac kapsamında sunulan uçak biletlerinde fiyatlarının 530 Euro düzeyinde olduğu, bu hatta sadece THY ve Suudi Arabistan Havayolları'nın (SAHY) faaliyet gösterdiği ve bu firmalar tarafından biletlerin benzer düzeylerde belirlendiği, bahse konu iki havayolu firmasının bu hatta tekel oluşturdukları ve diğer firmaların bu hatta girmelerine izin vermeden yasalara aykırı biçimde aynı fiyatları uyguladıkları ifade edilmiştir.
- (4) **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle, pazar paylaşımı içeren hac anlaşmasının ülkemiz pazarlarında doğurduğu rekabet karşıtı etkilerin ortadan kaldırılabilmesi için 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesi (g) bendi çerçevesinde Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü (SHGM) ve Dış İşleri Bakanlığı'na gönderilecek bir görüşle hac anlaşmasının rekabeti kısıtlayıcı etkileri sebebiyle 4054 sayılı kanunu ihlal niteliğinde olduğu belirtilerek SHGM aracılığıyla Dış İşleri Bakanlığı nezdinde başlatılan girişimlerin kuvvetlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (5) İlgili hizmet pazarının genel olarak “havayolu ile yolcu taşımacılığı hizmetleri pazarı”, özel olarak ise birbiri ile ikame olmayan “Hac turizmi çerçevesinde sunulan havayolu ile taşımacılık hizmetleri pazarı”, “Umre turizmi çerçevesinde sunulan havayolu ile taşımacılık hizmetleri pazarı” ve “tarifeli seferlerle havayolu ile taşımacılık hizmetleri pazarları olarak belirlendiği söz konusu başvuru kapsamında ilgili coğrafi Türkiye – Suudi Arabistan hattı olarak belirlenmiştir. Pazarın ana oyuncularını Atlasjet, THY ve Suudi Arabistan Havayolları (SAHY) olup, Atlasjet Türkiye Suudi Arabistan hattında sadece son üç yıldır faaliyet göstermektedir.
- (6) Başvuru kapsamında yapılan yerinde inceleme ve görüşmeler neticesinde, Türkiye ile Suudi Arabistan hattındaki tarifeli sefer taşımacılığı ve özellikle artan talep yapısı ile dikkat çeken umre taşımacılığında, pazara yeni dâhil olan oyuncuların da etkisiyle rekabetçi bir pazar yapısının varlığı tespit edilmiş olmakla birlikte benzer bir değerlendirmeyi hac taşımacılığı pazarı için yapmak mümkün olmamıştır. 2011 yılında pazara yeni giren oyuncuların hac taşımacılığı alanında da faaliyet göstermeleri her ne kadar oyuncu sayısını arttırsa da pazarın en önemli iki oyuncusu olan THY ve Suudi Arabistan Havayolları (SAHY) arasında imzalandığı anlaşılan hac anlaşması belirsizlik yaratmıştır. İmzalanan bu hac anlaşması, hac kapsamında taşınan yolcuların Türk tarafı (THY) ve Suudi Arabistan tarafı arasında %50-%50 esasına göre paylaşılması ve %50 limitini aşan tarafın diğer tarafa aştığı her yetişkin yolcu için 60 USD, çocuk yolcu için 75 USD royalty (şerefiye) ödemesi yapması yükümlülüğünü getirmiştir.
- (7) Fiili olarak pazar paylaşımı sonucunu doğuran söz konusu bu hac anlaşmasının ilgili pazarda yol açması muhtemel sonuçlarına bakılmıştır. Hac seyahatine ilişkin hizmet pazarının nevi şahsına münhasır özellikleri bu ilgili ürün pazarında gerçekleşen pazar paylaşımına ilişkin rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın herhangi bir pazarda yapılan pazar paylaşım anlaşmasından daha fazla etki göstermesine yol açmaktadır. Şöyle ki, her yıl ülkemizden hac seyahati gerçekleştirecek kişi sayısı kotaya tabi tutulmaktadır. Buna karşın belirlenen kota talebin oldukça altında kalmakta ve talep sahiplerinin oluşturulan listelerde birkaç yıl boyunca beklemelerine yol açmaktadır. Dolayısıyla oluşan talep fazlası ve tüketicilerin toplam hac seyahat maliyetinin ne kadarlık bölümünün havayolu seyahatinden kaynaklandığına ilişkin bilgi asimetrisi içinde olmaları fiyat esnekliklerini düşürmekte, bir başka ifade ile tüketicilerin fiyata duyarlılıklarını azaltmaktadır. Dolayısıyla pazar paylaşımının yol açması kuvvetle muhtemel fiyat artışları, hac taşımacılığına ilişkin pazarda tüketiciler tarafından daha kolay kabul edilmektedir.
- (8) Öte yandan pazar paylaşım anlaşmasının ilgili pazarda üç aktarım mekanizması yoluyla fiyat artışına yol açacağı tespitine yer verilmiştir. Bunlardan ilki anlaşmanın, maliyetlerini arttırmak suretiyle THY'nin bilet fiyatlarını arttırmasıdır. Hac anlaşmasının royalty (şerefiye) hükümlerinin THY'ye maliyeti 2009-2012 yılları arasında yıllık ortalama (.....) USD tutarındadır. THY tarafından katlanılan bu maliyet bu hattaki maliyetlerinin bir unsuru olarak kullanılabilir ve bilet fiyatlarına yansıtılabilir niteliktedir. THY ile SAHY arasındaki anlaşmanın fiyat artışına yol açabilecek ikinci etkisi, SAHY üzerindeki rekabet baskısını hac pazarı bakımından ortadan kaldırmasıdır. Nitekim yıllar itibarıyla SAHY'nin hac bilet fiyatları incelendiğinde bunların THY'nin bilet fiyatlarına oldukça yakın seyrettiği görülmektedir. Mevcut durumda iki taraf arasındaki anlaşma rekabetin asli gereklerinden biri olan belirsizliği ortadan kaldırarak suni bir pazar dengesi yaratmaktadır. Bu pazar dengesi içerisinde ise SAHY'nin fiyat rekabetini arttıracak bir uygulama içerisinde olması rasyonel görünmemektedir. Anlaşmanın fiyatlar üzerindeki üçüncü etkisi ise THY ve SAHY'nin pazar paylarının büyüklüğüne dayanmaktadır. Her iki teşebbüsün pazar payları yıllar itibarıyla pazarın en az %(.....) tekabül etmektedir. Bu büyüklükteki

teşebbüslerin fiyatları arasında yukarıda yer verilen gerekçelerle rekabetçi seviyenin üzerinde yakınlaşması esasen pazara yeni giren oyuncular bakımından da suni bir gösterge niteliği arz etmektedir.

- (9) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ikinci fıkrasının (b) bendinde "*Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü*" ihlal örnekleri arasında sayılmıştır. Doğrudan veya dolaylı olarak pazar paylaşımına yol açan tüm anlaşmaların ilgili ürün ya da coğrafi pazarlardaki etkisi rekabetin mutlak biçimde sınırlandırılmasıdır ve açıkça yasaklanmıştır.
- (10) Söz konusu başvuru bakımından ele alındığında, THY ile SAHY arasında imzalanan ve hac kapsamında taşınan yolcuların %50 - %50 nispetinde paylaşılmasını ve bu kotayı aşan tarafın diğer tarafa tayin edilen nispetlerde ödeme yapmasını öngören anlaşma da 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin tanımı gereği bir pazar paylaşım anlaşması niteliğindedir.
- (11) Bu rekabet karşıtı etkilerine rağmen, söz konusu hac anlaşması dayandığı hukuki zemin itibariyle sadece 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilemeyecek bir niteliktedir. Zira THY ile SAHY arasında imzalanan hac anlaşması Suudi Hac Kanunu çerçevesinde THY'ye bir anlamda dayatılan bir kanuni zorunluluktur. Bu bakımdan bahse konu anlaşmanın dayandığı hukuki temelin de yakından incelenmesi gerekmiştir.
- (12) 4054 sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde uluslararası hukukta yerleşik kavramlardan olan "etki doktrinin" benimsendiğini belirtmek mümkündür. Etki doktrinine göre, Türkiye'de ya da yabancı ülkelerde kurulu olmalarına ya da Türkiye'de mal ve hizmet piyasalarında faaliyet göstermelerine bakılmaksızın, faaliyetleri Türkiye mal ve hizmet piyasalarını etkileyen teşebbüslerin iktisadi faaliyetlerinin Kanun kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte bu genel kabulün, özellikle havayolu ile yolcu taşımacılığı pazarında, Kurul kararlarına da yansıyan önemli bir istisnası, devletlerarasında imzalanan ikili havacılık anlaşmalarıdır. Bilindiği üzere, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar, Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre kanun hükmündedir. Bu nedenle de milletlerarası antlaşmalarla ulusal kanunlar arasında aynı konuda farklı düzenlemeler yer alması halinde genel kabul milletlerarası antlaşmaların esas alınacağı yönündedir.
- (13) Türkiye Cumhuriyeti ve Suudi Arabistan Krallığı arasında 12.06.1968 yılında imzalanan Hava Ulaştırma Anlaşması'nın "ücretler" başlıklı 7. maddesi incelendiğinde, Türkiye Suudi Arabistan hattında gerçekleştirilecek uçuş faaliyetlerine ilişkin ücretin hangi parametrelere göre tespit edileceği birinci fıkrada açıklanmış, ikinci fıkrada ise ücret tespiti konusunda ilgili hattın bütününde veya bir kısmında faaliyet gösteren diğer hava yolu şirketleri arasında istişare ile mutabakata varılarak ücret tespit edileceği düzenlemesi getirilmiş olmakla birlikte iki ülke arasındaki anlaşma havayolu firmalarının pazar paylaşımına ilişkin hususlarda hükümler içermemektedir. Nitekim konu ile ilgili görüşüne başvurulmuş Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü de böyle bir anlaşmanın her iki devlet arasında imzalanan ikili havacılık anlaşmasında herhangi bir hukuki dayanağının bulunmadığı görüşünü dile getirmiştir. Bu nedenle ikili havacılık anlaşmasının söz konusu pazar paylaşımı anlaşmasına cevaz verdiği ve bu nedenle uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un kapsamı dışında bulunduğu iddia edilemez.
- (14) Önaraştırma sürecinde yapılan incelemeler her iki havayolu arasında imzalanan anlaşmanın esas hukuki dayanağının Suudi Arabistan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü (SASHGM) tarafından Hajj Instruction Kanunu'nu 6/1 maddesine dayanarak yayımlanan Hac Talimatnamesi olduğunu göstermiştir. SASHGM her yıl hac dönemi öncesinde Hac talimatı yayımlayarak Suudi Arabistan'a hac taşıması yapmak isteyen havayollarına hangi şartlarla hava yolu ile hac taşımacılığı yapabileceklerini bildirmektedir. SASHGM

tarafından yayınlanan 2013 yılı hac talimatnamesinin Hava yolu hizmetlerinin genel kural ve şartları başlıklı 7-a maddesi “*Hac taşımacılığı, hac taşımacılığına katılan taraf ülke taşıyıcılarının adil ve eşit fırsatlar temelindeki şart ve ilkeler içeren Suudi Arabistan Krallığı ve diğer ülkelerin arasında imzalanan düzenlemelere tabidir. Bu yüzden, Hac Bakanlığı ile imzalanan anlaşmaya uyumlu olarak verilen hac kotasındaki hac yolcuları Suudi Arabistan Krallığı ile diğer ülkeler arasında 50/50 esasına göre paylaşılacaktır*” hükmünü içermektedir. Bu düzenlemenin sonucu olarak söz konusu anlaşmayı imzalamak Suudi sivil havacılık otoritelerince THY'nin önüne kanuni bir zorunluluk olarak getirilmekte ve THY, söz konusu anlaşmadan doğan şerefiye ödemelerinden, hem ikili havacılık anlaşmasında böyle bir hüküm bulunmamasından ve hem de THY üzerinde hâlihazırda diğer rakiplere uygulanmayan bir maliyet baskısı yaratmasından dolayı rahatsız olmaktadır. Bununla birlikte THY bünyesinde yapılan yazışmalardan, anlaşmanın imzalanmaması halinde yaşanacak Suudi makamlarınca slot tahsisine yönelik çıkarılacak zorlukların ortaklığın bu hattaki faaliyetlerine önemli zararlar vereceği endişesi ve SHGM nezdinde yapılan girişimlerden sonuç alınamaması nedeniyle anlaşmanın Suudi Arabistan kanunlarından kaynaklanan bir zaruret olarak değerlendirildiği görülmüştür.

- (15) Açık biçimde 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlali şüphesini uyandıran ve kapsam maddesinde yer alan etki doktrini çerçevesinde aynı Kanun kapsamında değerlendirilebilecek THY ile SAHY arasındaki bu anlaşma, rekabet hukuku bakımından istisnai hallerden biri olan yabancı egemen devletin zorlaması def'ini ve bununla ilişkili uluslararası tanıma ilkesini gündeme getirmiştir. Bu nedenle anlaşma taraflarından özellikle THY'nin durumu göz önüne alındığında söz konusu anlaşmanın rekabeti kısıtlamak suretiyle fayda elde etmek amacından ziyade yabancı bir devletin kanuni gerekliliklerini yerine getirme amacı taşıdığı kanaatine varılmıştır. Bu itibarla, söz konusu anlaşmanın, rekabeti sınırlama amacı taşıyan teşebbüsler arası bir anlaşma yerine, ilgili pazarlarda aynı etkiyi gösteren yabancı egemen devlet uygulaması çerçevesinde ele alınması gerekmektedir.
- (16) Devlet işlemleri (Act of State) olarak da nitelendirilen yabancı egemen devletin zorlaması def'i, rekabet hukukunun uluslararası düzeyde uygulanmasında sıklıkla karşılaşılmayan durumlardan biri olarak farklı egemen devletlerin hukuk düzenlerindeki çatışmalara referansta bulunan kavramlardandır. Bununla birlikte böyle bir yaklaşım sürekli olarak bir egemen devletin diğerinin menfaatlerini sürekli biçimde zarara uğratması sonucunu doğurabilecektir. Bu bakımdan yabancı egemen devletin zorlaması def'ini dengeleyen yaklaşımlardan birinin uluslararası tanıma ilkesi olduğu görülmektedir.
- (17) Uluslararası tanıma ilkesi, devletler arasında hukuken bağlayıcı olmamakla beraber karşılıklı saygı ve menfaatlerin gözetilmesi esasına dayanmaktadır. Buna göre, Rekabet Hukuku Uygulamasında Pozitif Tanıma İlkesi (Positive Comity) konusundaki 1999 yılı OECD metinlerinde yer verildiği şekliyle, negatif tanıma ilkesi (negative comity); devletlerin yargısal çatışmalardan kaçınmak amacıyla birbirlerinin menfaatlerini gözetmeleri esasına dayanırken, pozitif tanıma ilkesi ise; bir ülkenin kendi sınırları içerisinde gerçekleşmekle birlikte rekabeti kısıtlayıcı etkilerini başka bir ülkede gösteren bir faaliyetin sonlandırılmasına yönelik gerekli yasal girişimlerin yapılması konusunda diğer devletten gelen talebi dikkate alması ve buna göre gerekli işlemleri başlatması esasına dayanmaktadır. İnceleme konusu dosya bakımından taraflar arasında imzalanan anlaşmanın hac taşımacılığı hizmetleri bakımından pazarda yol açması muhtemel olumsuz etkileri göz önüne alındığında pozitif tanıma ilkesinden faydalanılabileceği değerlendirilmiştir.
- (18) Bu bakımdan ülkemiz piyasaları açısından rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğuran hac taşımacılığında pazar paylaşımı uygulamalarının olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak için 4054 sayılı Kanun'un 27. Maddesinin (g) bendi çerçevesinde hazırlanacak bir görüş

13-66/919-389

ile halihazırda SHGM ve Dış İşleri Bakanlığı nezdinde başlatılan çalışmalara katkı sağlanmasının yerinde olacağı değerlendirilmiştir.

Yukarıda yer verilen bilgi, belge ve değerlendirmeler ışığında;

- (19) 1- Şikayet dilekçesinde ileri sürülen Türkiye Suudi Arabistan hattındaki hac turizmi çerçevesinde faaliyette bulunan Türk Hava Yolları A.O. ve Suudi Hava Yolları'nın hac taşımacılığı faaliyetlerinde aynı fiyatı uyguladığı iddiasının gerçeği yansıtmadığı ve bu sebeple reddedilmesi gerektiği,
- (20) 2- Önaraştırma kapsamında yapılan incelemeler sırasında tespit edilen Türk Hava Yolları A.O. ile Suudi Arabistan Hava Yolları arasında imzalanan hac anlaşmasının hac taşımacılığı pazarında %50-%50 pazar paylaşımı ihtiva ettiği ve bu sebeple ülkemiz pazarında rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurduğu,
- (21) 3- Türkiye Cumhuriyeti ve Suudi Arabistan Krallığı arasında 12.06.1968 tarihinde imzalanan Hava Ulaştırma Anlaşmasında söz konusu hac anlaşmasının hukuki dayanağının bulunmadığı, ancak ilgili hac anlaşmasının imzalanmasının Suudi Arabistan Hac Bakanlığı'nın her yıl çıkardığı hac talimatnamesi ile hac taşımacılığı yapacak bütün firmalara dikte edildiği, aksi halde hac taşımacılığı faaliyetlerinde slot tahsisi konularında zorluklar yaşandığı,
- (22) 5- Hac anlaşmasına taraf Türk Hava Yolları A.O. ve Suudi Arabistan Hava Yollarının ilgili anlaşmayı imzalamalarının tamamen Suudi Arabistan devletinin hukuk düzeni çerçevesinde zorunlu tutulduğu anlaşıldığından, ilgili teşebbüslerin uygulamadan sorumlu tutulamayacağı,
- (23) 6- Bununla birlikte pazar paylaşımı içeren hac anlaşmasının ülkemiz pazarlarında doğurduğu rekabet karşıtı etkilerin ortadan kaldırılabilmesi için 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesi (g) bendi çerçevesinde Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü ve Dış İşleri Bakanlığı'na gönderilecek bir görüşle hac anlaşmasının rekabeti kısıtlayıcı etkileri sebebiyle 4054 sayılı kanunu ihlal niteliğinde olduğu belirtilerek SHGM aracılığıyla Dış İşleri Bakanlığı nezdinde başlatılan girişimlerin kuvvetlendirilmesi gerektiği, sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.

J.SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- (24) Başvuru konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına,
- (25) Bununla birlikte, pazar paylaşımı öngören "hac anlaşması"nın rekabeti kısıtlayıcı etkilerine ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (g) bendi çerçevesinde Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü ve Dış İşleri Bakanlığına görüş bildirmek ve bu hususlarda girişimlerde bulunmak üzere Başkanlığın görevlendirilmesine

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.