

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2019-4-040
Karar Sayısı : **20-53/744-332**
Karar Tarihi : 10.12.2020

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Arslan NARİN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN

B. RAPORTÖRLER : Sebahat Gözde BİRCAN, Abdulsamed TÜRLÜ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Air France-KLM S.A.
Temsilcileri: Av. Sibel Yılmaz ATİK, Av. Efser Zeynep ERGÜN
İzzetpaşa Mahallesi, Yeni Yol Caddesi. No:3, Nuro Tower,
Kat: 2, 34387 Şişli/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 04.06.2020 tarihli ve 20-27/329-154 sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 12.11.2020 tarih ve 12195 sayı ile giren başvuru üzerine düzenlenen 27.11.2020 tarih ve 2019-4-040/BN-01 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda; Rekabet Kurulunun (Kurul) 04.06.2020 tarihli ve 20-27/329-154 sayılı kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (2577 sayılı Kanun) 11. maddesi çerçevesinde geri alınması ve 17.07.2019 tarihli ve 4697 sayılı bildirim konu uygulamaya menfi tespit verilmesi talebine yönelik başvuru kapsamında, Air France – KLM S.A. tarafından belirtilen hususlar 29.05.2020 tarihli ve 2019-4-040/MM sayılı Muafiyet-Menfi Tespit Raporu'nda ele alındığından, raporda ulaşılan görüşün geçerliliğini koruduğu ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Başvurunun Konusu

- (4) Kurum kayıtlarına 17.07.2019 tarih ve 4697 sayı ile intikal eden başvuruda; Air France-KLM S.A. (AFKL), Delta Air Lines, Inc. (DELTA) ve Virgin Atlantic Airways Limited (VIRGIN) arasında akdedilen kod paylaşımı, fiyat ve gelir koordinasyonu gibi iş birliklerini içeren Değiştirilmiş ve Yeniden Düzenlenmiş Ortak Girişim Anlaşması'na (OGA) ve AFKL ile VIRGIN arasında ikili bir iş birliğinin geliştirilmesi için akdedilen Mutabakat Anlaşması'na (MOU) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet tanınması talep edilmiştir.
- (5) Anılan bildirim üzerine hazırlanan Muafiyet Raporu Kurulun 04.06.2020 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 20-27/329-154 sayılı karar ile;
 - Söz konusu anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilemeyeceğine,

- Bununla birlikte, İstanbul-Cincinnati, İstanbul-Detroit, İstanbul-Indianapolis, İstanbul-Minneapolis, İstanbul-Salt Lake City hatları ile potansiyel hatlar için üçüncü tarafların işbirliği tekliflerinin haklı bir gerekçe sunulmaksızın yalnızca ittifak anlaşması gerekçe gösterilerek reddedilmemesi şartıyla söz konusu anlaşmalara sözleşme tarihinden itibaren bireysel muafiyet tanınabileceğine,

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

(6) Kurum kayıtlarına 12.11.2020 tarih ve 12195 sayı ile intikal eden yazıda; Kurulun 04.06.2020 tarihli ve 20-27/329-154 sayılı Kararının 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi çerçevesinde geri alınması ve söz konusu karara konu menfi tespit/muafiyet başvurusunun esas yönünden yeniden değerlendirilmesi talep edilmektedir. AFKL tarafından yapılan başvuruda özetle;

- Kurul tarafından derinlemesine bir soruşturma yürütülmediği, bu nedenle Kurul kararında yer alan davranışsal tedbirlerin hukuka aykırı ve Kanun'un 5. maddesinin (d) bendine ilişkin yapılan analizin hatalı olduğu,
- Anılan hatanın hukuki ve ekonomik analizlerden kaynaklandığı, kararın Kanun'un 5. maddesinin (a), (b) ve (c) bentleri ile ilgili yapılmış olan tespitlerle çeliştiği,
- Söz konusu karardaki rotaların kalkış-varış noktalarının (O&D) yalnızca tek duraklı uçuşları içerdiği, yıllık yolcu trafiğinin düşük olduğu ve taraflarca sunulan hizmetleri ikame edebilecek nitelikte alternatiflerin mevcut olduğu, bununla birlikte Star Alliance'ın ilgili tüm O&D'ler üzerinde güçlü bir konuma sahip olduğu ve söz konusu beş O&D'den ikisinde pazar lideri konumunda bulunduğu,
- Kararda tarafların anlaşmalarının dışlayıcı bir etkiye neden olacağına öne sürülmesine rağmen kararın dışlayıcı durumu ispat etmekten uzak olduğu, dışlayıcılık etkisinden bahsedilebilmesi için dışlayıcı davranışın pazar üzerindeki etkileri veya olası etkileri hakkında kapsamlı bir analizin yapılmış olması ve tarafların hem pazarı kapama kabiliyetine hem de güdüsüne sahip olduklarının tespit edilmesi ve ardından bunun tüketicilere neden zarar verdiğinin açıklanması gerektiği,
- Kurul kararının, daha önceki sektör kararları ve AFKL ve DELTA arasındaki işbirliğine yönelik koşulsuz olarak bireysel muafiyet tanınan kararlarıyla çelişmekte olduğu, söz konusu durumun tarafların diğer havayollarından farklı muamele görmesi sonucunu doğurabileceği,
- AFKL ve VIRGIN'in, Türkiye kalkışlı tarifeli hava taşımacılığı hizmetleri açısından fiili veya potansiyel rakip olmadığı, dolayısıyla AFKL ve VIRGIN arasında imzalanan MOU'ya menfi tespit verilmesi gerektiği,
- Kurulun söz konusu kararında getirilen davranışsal bir koşulun ancak Kanun'un 4, 6 veya 7. maddelerinin ihlali durumunda uygulanabileceği ve böyle bir tespitin ancak bir soruşturma neticesinde yapılabileceği, bununla birlikte kararda Kurul tarafından derinlemesine bir soruşturma yürütülmediği ve bu nedenle Kurulun söz konusu kararda davranışsal tedbir uygulama yetkisine haiz olmadığı,
- Kararın, taraflara üçüncü şahıslarla sözleşme yapma yükümlülüğü getirdiği ve tarafların sözleşme yapma özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte olduğu,

- Tarafların anlaşmaları uygulamadaki amacının O&D rotalarında meydana gelen çifte marjinalizasyonu ortadan kaldırmak veya azaltmak ve böylece yolculara daha iyi fiyatlar sunmak olduğu, söz konusu çifte marjinalizasyonun ortadan kaldırılmasına veya azaltılmasına katkıda bulunmayan ittifak dışında kalan rakip havayollarını (potansiyel olarak) reddetmesinin mevcut rekabetin gerekli olandan fazla kısıtlanması anlamına gelmeyeceği,
- Koşula tabi tutulan tüm O&D'lerde, yolcu talebinin düşük olduğu, Avrupa Komisyonu'nun daha önce, bu nitelikteki O&D'lerde yıllık (.....) yolcunun (günde yaklaşık (.....) yolcu) altında bir trafiğe sahip olan tek duraklı-tek duraklı örtüşmelerin, tarafların söz konusu hatlardaki pazar paylarını bile hesaba katmaya gerek kalmadan rekabet hukuku bakımından problem yaratmadığına yönelik kararlarının bulunduğu,
- Koşula tabi tutulan ve tarafların toplam pazar payının %(.....) 'in üzerinde olduğu beş O&D'den dördünde, toplam yıllık trafiğin (.....) yolcunun oldukça altında olduğu ve bunların:
 - İstanbul-Cincinnati hattında toplam yıllık trafik (.....) yolcu (günde (.....) yolcu),
 - İstanbul-Detroit hattında toplam yıllık trafik (.....) yolcu (günde yaklaşık (.....) yolcu),
 - İstanbul-Indianapolis hattında toplam yıllık trafik (.....) yolcu (günde yaklaşık (.....) yolcu),
 - İstanbul-Minneapolis hattında toplam yıllık trafik (.....) yolcu (günde yaklaşık (.....) yolcu),
 - İstanbul-Salt Lake City hattında toplam yıllık trafik (.....) yolcu (günde (.....) yaklaşık yolcu) şeklinde olduğu;
- Yukarıda ifade edilen O&D'lerin düşük bir talep yapısına sahip olması nedeniyle pazar paylarının kolayca dalgalanabileceği dolayısıyla kararda yer verilen pazar paylarının pazar gücüne yönelik güvenilir bir gösterge olmadığı aynı zamanda söz konusu O&D'lerde herhangi bir havayolu tarafından yalnızca tek duraklı olarak hizmet verilmediği, havayolları firmalarının bu O&D'lerde, büyük havayolu ittifakları tarafından (THY ve THY'nin Star Alliance ortakları dahil) kullanılan hub to hub (merkezden merkeze) modelinin doğrudan bir sonucu olarak hizmet vermeye devam edeceği,
- Koşul öngörülen beş O&D'den üçünde, THY'nin de üyesi olduğu Star Alliance'in %40'ın üzerinde paya sahip olduğu ancak kararda Star Alliance ortaklarının pazar paylarının ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulduğu, Star Alliance olarak değerlendirilmesi halinde ise;
 - İstanbul-Cincinnati hattında tarafların toplam pazar payının %(.....) ve Star Alliance toplam pazar payının %(.....)
 - İstanbul-Detroit hattında tarafların toplam pazar payının %(.....) ve Star Alliance'in toplam pazar payının %(.....),
 - İstanbul-Indianapolis hattında tarafların toplam pazar payının %(.....) ve Star Alliance toplam pazar payının %(.....)olacağı ve Star Alliance'in da yukarıdaki üç O&D'de yüksek pazar gücüne sahip olacağı,

- Kurulun, söz konusu kararını onaması ve taraflara davranışsal tedbirler getirmesi halinde, THY ve işbirliği ortaklarının ilgili hatları içeren anlaşmalarına bu nitelikte tedbirler uygulamamasının, eşitlik ilkesine ve hakkaniyet prensibine aykırı bir sonuç doğuracağı, bununla birlikte toplamda %40 veya daha yüksek pazar payına sahip havayolları arasında gerçekleşen ve Türkiye kalkışlı uçuşlara ilişkin olan tüm iş birliği anlaşmalarına benzer şartlar getirmek için gerekli adımları hızlı bir şekilde atması gerektiği,
- Anlaşmalarını Kuruma bildirmeyen havayolları haklarında koşul öngörülmemişken, tarafların yaptığı gibi anlaşmalarını Kuruma bildiren teşebbüslerin cezalandırılmış olduğu gibi bir durumun ortaya çıkacağı, pazar gücünü hafifletmeye yönelik getirilmiş olan bu koşuldan pazardaki en güçlü oyuncu THY'nin de yararlanabileceği ve sektör dengesinin bozulacağı,
- Kararda, AFKL ve VIRGIN arasındaki MOU'nun, AFKL ve VIRGIN'in Türkiye dışı uçuşlarda rakip olduğu şeklindeki hatalı bir kabul nedeniyle menfi tespitten yararlanamayacağına yönelik hatalı bir tespit yapıldığı,
- Tarafların ABD kalkışlı ve Türkiye dahil dünyanın diğer bölgelerine olan uçuşları için DELTA ve AFKL arasındaki işbirliğini öngören OGA'sına 14.11.2019 tarihinde ABD Ulaştırma Bakanlığı (DOT) tarafından rekabet hukuku muafiyeti tanındığı, Kurul kararı ile DOT'un kararı arasında çelişki bulunduğu,
- Kurul tarafından öngörülen koşulların taraflar açısından ticari belirsizlikler ortaya çıkardığı, Kurulun önerdiği şekilde, tarafların çıkarlarıyla uyumlu olmayan ve OGA'ya katkıda bulunmayan bedavacı (free-riding) üçüncü şahıs havayolları ile anlaşmalar yapılması istendiği takdirde, etkinlik kazanımlarının elde edilmesinin Türkiye'yi ilgilendirdiği ölçüde tehlikeye atılmış olacağı,
- Kararın uygun görülmesi halinde, tarafların Türkiye'deki iş birliğine son vermek için OGA'yı değiştirebilecekleri ve böyle bir değişiklikte, Kurulun izni ile 2008 yılından bu yana faydalanılan AFKL ve DELTA arasındaki iş birliğinin önemli faydalarını kaybedecekleri ve Türkiye'deki tüketiciler açısından bu durumun faydalı olmayacağı

ifade edilmiştir.

G.2. Değerlendirme

- (7) 2577 sayılı Kanun'un "Üst makamlara başvurma" başlıklı 11. maddesine aşağıda yer verilmiştir:

"MADDE 11 - 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."

- (8) Kurulun 04.06.2020 tarihli ve 20-27/329-154 sayılı kararı AFKL tarafından 28.09.2020 tarihinde tebellüğ edilmiştir. Kurum kayıtlarına 12.11.2020 tarih ve 12195 sayı ile intikal eden başvuru, 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde öngörülen idari dava açma süresi içerisinde yapılmıştır. Esasa ilişkin değerlendirmeye aşağıda yer verilmektedir.

- (9) Bildirime konu anlaşmaların planlanan etkinliklerinin sağlanması için tarife ve kapasite koordinasyonu, fiyat ve gelir yönetimi koordinasyonu ve sık uçan yolcu programı koordinasyonunu içermesi gerektiği dikkate alınmakla birlikte, rakip hava yolları ile ikili işbirliklerinin korunmasının bu etkinliklerin sağlanmasına hanel getirmeyeceği, aksine pazarda dışlama etkisini bertaraf ederek, anlaşmanın daha az rekabet karşılığı hale geleceği değerlendirilmektedir. Nitekim hava yolu taşımacılığında sektör oyuncularının çokluğunun sağlayacağı rekabetçi ortam ile birlikte tüketiciye sunulacak hizmet kalitesini artıracak bililmektedir. Dolayısıyla tarafların pazar payının %(.....)'ın üzerinde olduğu hatlarda üçüncü taraf hava yolları ile haklı bir gerekçe gösterilmeksizin işbirliği tekliflerinin yalnızca taraflar arasındaki ittifak gerekçe gösterilerek reddedilmesinin bu etkinliklerin sağlanması için rekabeti en az sınırlayıcı yöntem olarak görülemeyeceği değerlendirilmiştir. Bu analiz ile pazardaki rekabetçi ortamı koruma hedefi ile birlikte aynı zamanda tarafların "haklı bir gerekçenin" varlığında anlaşma yapmama hakkını tesis etme amacı güdülmüştür. Dolayısıyla tarafların sözleşme serbestisinin ihlal edildiği yönündeki itirazlarının yerinde olmadığı değerlendirilmektedir.
- (10) Bildirim Formunda belirtildiği üzere, MOU çerçevesinde AFKL ve VIRGIN'ın ortak amacı, belirli coğrafyalarda ortak fiyatlandırma ve belirli müşterilere uygulanacak müşterek satış sözleşmeleri için karşılıklı ve ikili bir kod paylaşımı gerçekleştirmek suretiyle mutabakat sağlamaktır. Sözleşmenin ilgili hükümleri incelendiğinde rakipler arası bir iş birliği gerçekleştirmek amacıyla tesis edildiği görülmektedir. Dolayısıyla tarafların mevcut veya potansiyel rakip olmadığı yönündeki beyanın sözleşmenin akdedilme amacı ile çeliştiği görüldüğünden, Kurulun MOU'ya menfi tespit verilemeyeceği yönündeki kararını değiştirecek nitelikte bir gelişmenin olmadığı kanaatine varılmıştır.
- (11) 04.06.2020 tarihli ve 20-27/329-154 sayılı Kurul kararı ile koşul getirilen hatlarda, tarafların ileri sürdüğü gibi Star Alliance üyelerinin pazar payları toplu bir şekilde değerlendirmeye alınsa dahi, tarafların yine de pazar lideri konumunu koruduğu görülmektedir.

Tablo-1: Kurul kararı ile Koşul Getirilen Hatlar

Rotalar	Türkiye-Kuzey Amerika Güzergâhlarıdaki Pazar Payları (%)								
	AFKL	DELTA	VIRGIN	THY	LUFTHANSA	BRITISH AIRWAYS	UNITED AIRLINES	AIR CANADA	DİĞER
İstanbul-Cincinnati	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
İstanbul-Detroit	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
İstanbul-Indianapolis	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
İstanbul-Minneapolis	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
İstanbul- Salt Lake City	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)

Kaynak: Dosya içeriği bilgiler

Tabloda yer verilen pazar payları incelendiğinde, koşul getirilen beş hat için Star Alliance üyesi olan THY, LUFTHANSA, UNITED AIRLINES ve AIR CANADA'nın toplam pazar paylarının sırasıyla: % (...), %(.....), %(.....), (...), ve %(.....) olduğu; AFKL ve DELTA'nın toplam pazar paylarının ise sırasıyla: %(.....), % (...), %(.....),

%(....) ve (....) olduğu anlaşılmaktadır. İstanbul - Cincinnati hattı haricinde dört rotada tarafların Star Alliance üyeleri karşısında halen yüksek pazar payına sahip olduğu, bununla birlikte İstanbul - Cincinnati hattında ise tarafların eşit pazar payı ile (%(....)) pazar liderliğini Star Alliance üyeleri ile paylaştığı görülmektedir. Ancak teşebbüsler dahil oldukları ittifaklardan bağımsız değerlendirildiğinde, AFKL ilgili rotada en yakın rakibi THY'nin %(...)'lük pazar payı karşısında %(....)'lik pazar payı ile lider konumdadır. Dolayısıyla mevcut Kurul kararının alınmasına esas teşkil eden hususlarda herhangi bir değişikliğin olmadığı kanaatine varılmıştır.

- (12) Taraflar arasında akdedilen sözleşmeye; 11.06.2008 tarih ve 09-27/577-137 sayılı, 16.06.2011 tarih ve 11-37/768-236 sayılı Kurul kararları ile koşulsuz muafiyet tanınmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu kararlarda ve mevcut dosya kapsamında rekabetçi endişe oluşturabileceği değerlendirilen rotalar tamamen farklıdır. Örnek vermek gerekirse, 09-27/577-137 sayılı kararda İstanbul-Atlanta hattında tarafların pazar payı %(....)'e ulaşmış ve yapılan değerlendirmede tarafların yüksek pazar gücü elde edileceği tespit edilmişse de bu pazar gücünün arzı kısıtlama ve/veya fiyatları yukarı çekme yönünde bir motivasyona sebebiyet vermeyeceği değerlendirilerek ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı sonucuna varılmıştır. Mevcut dosya kapsamında ise tarafların İstanbul-Atlanta hattında 2019 yılı toplam pazar paylarının %(....) olduğu bildirilmiş ve bu kapsamda söz konusu rotada rekabetçi bir endişe doğmayacağı değerlendirilmiştir.
- (13) Pazar oldukça dinamik bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla geçmiş Kurul kararları ile mevcut dosya kapsamında alınan kararın aynı değerlendirmeyi içermesini beklemek muhtemel gözükmemektedir. Nitekim; 04.06.2020 tarih ve 20-27/329-154 sayılı kararda pazarın mevcut yapısı, tarafların ve rakiplerinin güncel pazar payları ve sektörde faaliyet gösteren diğer teşebbüslerden elde edilen bilgi ve belgeler kapsamında bir analiz yapılmıştır.
- (14) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde *"Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir."* hükmü yer almaktadır. Bu hüküm çerçevesinde bir muafiyet değerlendirmesinde pazarda oluşabilecek rekabet karşıtı etkileri bertaraf etmek saiki ile getirilen koşulların Kanun hükmünün uygulanmasından ibaret olduğu söylenebilecektir. Bu nedenle taraflara muafiyet tanınmasının bağlandığı koşulların hukuka aykırı olduğu yönündeki itirazlar yerinde görülmemiştir.
- (15) Dolayısıyla, muafiyet incelemesine konu sektör yapısında piyasa ya da mevzuat kaynaklı herhangi bir önemli değişiklik bulunmadığı, yeni bir hukuki durum ortaya çıkarmadığı, mevcut ve potansiyel rekabeti korumak adına tarafların hâlihazırda pazar payının %(....)'in üzerinde olduğu İstanbul-Cincinnati, İstanbul-Detroit, İstanbul-Indianapolis, İstanbul-Minneapolis, İstanbul-Salt Lake City hatları ile potansiyel hatlar için üçüncü tarafların iş birliği tekliflerinin haklı bir gerekçe sunulmaksızın yalnızca ittifak anlaşması gerekçe gösterilerek reddedilmemesi şartıyla anlaşmanın uygulanması halinde pazarda rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmayacağı yönündeki kanaat muhafaza edilmektedir.
- (16) Dolayısıyla, 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında yapılan dosya konusu başvuru neticesinde 04.06.2020 tarihli ve 20-27/329-154 sayılı Kurul kararında yapılan değerlendirmeyi değiştirecek bir hususun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

H. SONUÇ

- (17) Yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca Rekabet Kurulunun 04.06.2020 tarihli ve 20-27/329-154 sayılı kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.