

MUAFİYETİN GENEL ESASLARINA İLİŞKİN KILAVUZ TASLAĞI

1. GİRİŞ

- (1) Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veyahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun)'un 4. maddesi uyarınca hukuka aykırı ve yasaktır. Kanun'un 5. maddesi ise Rekabet Kurulu (Kurul)'na maddede sayılan şartların tamamını taşıması halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliklerinin kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulamasından muaf tutulmasına karar verme yetkisi tanımaktadır.
- (2) 2.7.2005 tarih ve 5388 sayılı Kanun ile Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının Kurula bildirilmesi zorunluluğu kaldırılmıştır. Bildirim yükümlülüğünün kaldırılmasının ardından teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin Kurula bildirim yapmaksızın muafiyet değerlendirmesini kendilerinin yapmaları esastır. Bu kılavuz teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile uygulamacıların muafiyet değerlendirmesi yaparken yararlanmaları amacıyla hazırlanmıştır. Kılavuz; Kanun'un 4. maddesinin kapsamı ve 5. maddede sayılan şartların uygulanış prensiplerine dair bir çerçeve oluşturmayı ve muafiyet değerlendirmesinde dikkate alınan kriterler konusunda yol göstermeyi amaçlamaktadır.
- (3) Kurul; Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği ve Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile belirli tipteki ve belirli sektörlerdeki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını, ilgili Tebliğdeki şartları taşımaları halinde, grup olarak 4. Maddenin yasaklayıcı hükmünden 5. Madde kapsamında muaf tutmuş ve ilgili Tebliğlerden bazılarının uygulanışına ilişkin kılavuzlar yayımlamıştır. Bu kılavuz ise grup muafiyetleri kapsamında yer almayan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları¹ bakımından muafiyet değerlendirmesine ilişkin genel ilke ve esaslara ışık tutmayı amaçlamaktadır. Yer verilen açıklamalar ve örnekler teşebbüslere yol gösterecek esasları içermekte olup, genel bir çerçeve çizmektedir.

2. Kanun'un 4. Maddesi ve Temel Prensipleri

- (4) Kanun'un 4. maddesi teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklamakta, 5. maddesi ise belirli şartların sağlanması halinde bu tür anlaşmaları 4. maddedeki yasaklamadan muaf tutmaktadır. Bu bağlamda öncelikle değerlendirme konusu anlaşmanın Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediği araştırılmalı ve eğer anlaşmanın 4. madde kapsamında bir ihlal teşkil ettiği sonucuna ulaşılır ise devamında Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde muafiyet analizi yapılmalıdır. Muafiyet analizinin esası ise rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların ortaya çıkardıkları olumlu etkilerin, rekabetin kısıtlanmasından kaynaklanan olumsuz sonuçları telafi edip etmediğine dayanmaktadır. Dolayısıyla, 4 maddeyi ihlal ettiği ya da ne şekilde ihlal

¹ Anlaşma kavramı bundan sonra uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını da kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

ettiği ortaya konulamayan anlaşmaların muafiyet incelemesine tabi tutulması söz konusu olamaz. 4. maddenin ihlal edilip edilmediği noktasında bir tereddüt oluşması halinde taraflar, Kanun'un 8. Maddesi çerçevesinde "menfi tespit" başvurusunda bulunabilir. Kurul tarafından menfi tespit belgesi verilmesi, bildirim konu anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un esasa ilişkin maddelerini (4, 6 ve 7. maddeler) ihlal etmediğini gösterir. Bu bildirimlerin, "Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz" incelenerek yapılması teşebbüsler açısından faydalıdır.

- (5) Bu çerçevede, ilk önce tarafların ve/veya Kurulun, ilk aşama olan 4. maddenin ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmelerde dikkate alacakları hususlar ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle 4. maddede yer alan yasaklama hükmüne bakmak gerekmektedir. Kanun'un 4. maddesinin başlangıcında; *"Belirli bir mal ya da hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır."* hükmü yer almaktadır. Maddenin devamında ise yasaklamaya tabi olan bazı davranışlar sıralanmıştır. Kanun'un bu yaklaşımı tahdidi bir yaklaşım olmayıp, yukarıdaki paragrafta yer verilen yasaklama kapsamında olan haller madde metninde sayılan örneklerle sınırlı değildir.
- (6) Burada dikkat çeken husus, sadece bir teşebbüsün iradesiyle ortaya çıkabilecek rekabet ihlallerinin 4. maddedeki yasaklama kapsamına girmemesidir. Bir teşebbüsün pazardaki uygulamaları neticesinde ortaya çıkabilen rekabet ihlalleri genellikle hakim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olup; bu konu Kanun'un 6. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir.
- (7) Şekil unsurlarına bakılacak olursa; anlaşmaların yazılı ya da sözlü olması rekabet hukuku değerlendirmeleri bakımından herhangi bir farklılık yaratmamaktadır. Burada önemli olan husus taraflar arasında herhangi bir şekilde ortaya çıkan "mutabakat" ile "bu mutabakatın ispatına yarayan vasıtaların" birbirine karıştırılmamasıdır. Yazılı ya da sözlü olarak varılan her tür mutabakat "anlaşma" olarak kabul edilir ve hukuka uygun olarak elde edilmiş her tür delille ispatlanabilir.
- (8) Rakipler arasında yapılan her anlaşma Kanun'un 4. maddesi kapsamında değildir. Anlaşmaların Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebilmesi için "amaç" ya da "etki" bakımından rekabeti sınırlıyor olması gerekmektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki amaç ya da etkisi bakımından rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar 4. madde kapsamında değerlendirilmekte, "amaç" ve "etki" unsurunun bir arada bulunması gerekmemektedir.
- (9) Bazı anlaşmaların amacının rekabeti sınırlamak olduğu ilk bakışta görülebilecek kadar açıktır. Kurul kararları çerçevesinde; yatay anlaşmalar bakımından birlikte fiyat tespiti, pazar ve müşteri paylaşımı ve arzın kontrolüne ilişkin anlaşmaların genel olarak amaç bakımından rekabeti sınırlayıcı olduğu kabul edilmektedir. Dikey anlaşmalar bakımından ise yeniden satış fiyatının tespiti, yeniden satış fiyatına minimum sınır getirilmesi ve pasif satışları da kapsayacak şekildeki münhasırlık anlaşmaları bu kapsamdadır. Bazı anlaşmalar ise yukarıda sıralanan türden hükümler içermese de amaç bakımından rekabeti sınırlayıcı olabilir. Örneğin; taraflar arasında akdedilen ve Ar-Ge anlaşması adı verilen herhangi bir anlaşma, açıkça rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermese bile amaç yönüyle rekabeti kısıtlayıcı olabilir. Bu noktada yapılacak değerlendirmede anlaşmanın uygulandığı piyasa koşulları dikkate alınarak amaç yönüyle rekabeti sınırlayıcı olup olmadığı değerlendirilir.

- (10) Anlaşmanın “amaç bakımından” 4. maddeyi ihlal ettiğinin tespit edilmesi durumunda; “4. maddeye aykırılığın ileri sürülebilmesi için” ayrıca anlaşmanın pazarda yarattığı ya da yaratacağı etkilerin araştırılmasına gerek yoktur. Anlaşmanın rekabeti sınırlamak amacıyla yapıldığının tespit edildiği hallerde ilave olarak anlaşmanın etkilerinin de araştırılması, ihlalin ağırlığının ortaya konulması ve cezai sorumluluğun belirlenmesi amacına yöneliktir.
- (11) Bazı anlaşmalar ise amaç yönüyle rekabeti sınırlayıcı olmamakla birlikte pazarda doğuracağı etki yönüyle rekabeti sınırlayıcı olabilir. Bu durumda Kanun’un 4. maddesi, anlaşmanın etkilerinin incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kurulun bu noktadaki uygulamaları, söz konusu anlaşmaların hem “fiili” hem de “potansiyel” etkilerinin incelenmesi yönündedir. Dolayısıyla, fiilen ortaya çıkmış rekabeti sınırlayıcı sonuçların yanı sıra henüz ortaya çıkmamış, ancak potansiyel olarak var olan sınırlayıcı etkiler de anlaşmanın 4. maddeyi ihlal ettiğinin ileri sürülebilmesi bakımından yeterlidir.
- (12) Bu noktada, “amaç-etki” ayrımı ile “anlaşmanın uygulamaya geçmiş olması ya da olmaması” ayrımının birbiriyle karıştırılmaması gerekmektedir. Anlaşmanın uygulamaya geçmemiş olması ya da sadece kısmen uygulanabilmiş olması 4. maddeye aykırılığın oluşmasıyla değil, tamamen taraflara uygulanacak cezai müeyyidelerin tespitiyle ilgilidir. Bu yapılırken de her bir dosyanın kendine has koşulları dikkate alınmalıdır. Özetle; uygulamaya geçmemiş olsa da “amaç” ya da “etki” bakımından rekabeti sınırlayan anlaşmalar 4. maddeyi ihlal etmekte ve muafiyet değerlendirmesi gerektirmektedir.
- (13) Değerlendirmeye konu anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin incelenmesinde, ilgili pazarların tespit edilmesi (tanımlanması) önemlidir. Hangi teşebbüslerin hangi ürün ve coğrafi pazarlarda faaliyet gösterdikleri konusunda tereddüt bulunmaması gerekmektedir. Ancak yine Kurul uygulamaları; kimi hallerde ilgili pazarın ayrıca tanımlanmasına gerek olmadığı, ihlal teşkil eden teşebbüs davranışından yola çıkılarak değerlendirme yapılabileceği yönündedir. İlgili pazarın tanımlanması noktasında “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz” teşebbüslere ve uygulamacılara yol gösterici olacaktır.
- (14) 4. madde kapsamında değerlendirilen anlaşmalar aynı pazarda faaliyet gösteren, benzer mal ve hizmetleri üreten ya da satan teşebbüsler arasında akdedilebileceği gibi, herhangi bir malın tedarikçisi (üretici teşebbüsler) ile toptan satıcısı ve perakendecileri arasında da akdedilmiş olabilir. Alt ve üst pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalara ilişkin düzenlemelerin iki ana eksenli bulunmaktadır. Bunlardan biri dikey ticari ilişkilerin ve dolayısıyla fiyat ve diğer satış koşullarının mümkün olduğunca serbest piyasa koşullarında belirlenmesinin sağlanması, diğeri özellikle perakende seviyesinde rakip teşebbüsler bakımından piyasaya giriş engelleri oluşturulması, pazarın kapanması ve rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasıdır.
- (15) Bu çerçevede dikey anlaşmalar 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde özel olarak ele alınmıştır. Söz konusu Tebliğ’de yer alan diğer koşulları sağlayan anlaşmalar grup olarak 4. maddeden muaf tutulmuş olmakla birlikte pazar payı %40’ı aşan teşebbüslerin yaptığı dikey anlaşmalar bireysel muafiyet değerlendirmesine tabidir. Kurul benzer şekilde “ Ar-Ge anlaşmaları” ve “teknoloji transferi anlaşmaları” ile “sigorta ve motorlu taşıtlar sektöründeki” anlaşmaların grup muafiyeti koşullarını düzenleyen tebliğler yayınlamıştır. Dolayısıyla

teşebbüslerin bireysel muafiyet değerlendirmesi yapmadan önce ilgili grup muafiyeti tebliğlerini incelemelerinde yarar bulunmaktadır.

3. Muafiyetin Genel Prensipleri

- (16) Kanun'un 4. maddesi ile amaçlanan, rekabeti kısıtlayan anlaşmalar sonucu tüketici refahında ortaya çıkacak kayıpların engellenmesidir. Bir yönüyle rekabeti sınırlayan anlaşmalar bir diğer yönüyle etkinlik kazanımlarına yol açarak refah artışı doğurabilirler. Anlaşmanın refah artırıcı etkileri rekabeti kısıtlayıcı/bozucu etkilerinden büyük olduğunda anlaşmanın net etkisi tüketici refahında artış sağlamak ve rekabetçi süreci güçlendirmek olarak karşımıza çıkabilir. Bu husus muafiyet rejiminin de temelini oluşturmaktadır. Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen koşulları sağlayan bir anlaşmanın ekonomi/tüketici refahı üzerindeki net etkisinin pozitif veya en azından nötr olduğunun kabulü ile anlaşma 4. madde uygulamasından muaf tutulmaktadır.
- (17) 5. maddede düzenlenen bu muafiyet korumasının uygulanması iki olumlu, iki olumsuz olmak üzere toplam dört şartın birlikte gerçekleşmesine bağlıdır:
- a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması (Etkinlik kazanımları),
 - b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
 - c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
 - d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması (Rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmaması).
- (18) Kanun'a göre bir anlaşmanın bu koşulları bir arada sağladığını tespit etme ve dolayısıyla 4. madde kapsamına giren bir anlaşmaya muafiyet tanıma yetkisi münhasıran Kurula aittir. Aynı zamanda Kurul gerek bireysel gerek grup muafiyeti kararlarını Kanun'un 13. maddesi uyarınca geri alma yetkisini de haizdir.
- (19) 4. madde kapsamına giren tüm anlaşma türleri, 5. madde kapsamında muafiyet değerlendirmesine tabi tutulabilir. Ancak herhangi bir grup muafiyeti tebliği ile getirilen korumadan faydalanan anlaşmanın, 5. maddede düzenlenen koşulları sağladığı varsayıldığından taraflar ayrıca bu koşulların sağlandığını değerlendirme ve kanıtlama yükümlülüğünü taşımazlar. Anlaşmanın grup muafiyeti kapsamında olduğunu yeterli bilgi ve belge ile ispat etme yükümlülüğü ise yine anlaşma taraflarına aittir. Aynı nedenle bir anlaşmanın 5. madde koşullarını sağlamadığı ortaya konulursa grup muafiyeti değerlendirmesi yapma gerekliliği ortadan kalkmaktadır.
- (20) Buradan hareketle bir anlaşmaya ilişkin Kanun kapsamındaki analizin şu aşamalardan oluşması gerektiği açıktır:
- 1. Anlaşmanın 4. madde kapsamında rekabeti kısıtlayıcı olup olmadığının tespiti,
 - 2. Anlaşma 4. madde kapsamında ise, grup muafiyeti tebliğlerinden faydalanıp faydalanamayacağının incelenmesi,
 - 3. Anlaşma grup muafiyeti tebliğleri ile getirilen korumadan faydalanamıyor ise anlaşmanın bireysel muafiyet koşullarını sağlayıp sağlamadığının analizi.
- (21) Kanun belli tip veya türdeki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları 5. madde koruması dışında bırakan bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Teorik olarak 5. maddede yer

alan koşulları sağlayan her türlü rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve hüküm muafiyet korumasından faydalanabilir. Fakat gerek hukuki gerek iktisadi olarak doğası gereği rekabeti aşırı ölçüde sınırladıkları ve rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini bertaraf edecek nitelikte ekonomik faydalar yaratabilme ihtimallerinin oldukça düşük olduğu varsayılan anlaşmaların muafiyet koşullarını sağlama ihtimalinin görece düşük olduğu kabul edilmektedir. Hangi tür kısıtlamaların bu kapsama girdiği konusunda ise geçmiş Kurul Kararları, grup muafiyet tebliğleri ve kılavuzlar yol gösterici olmaktadır. Fiyat tespiti, bölge ve müşteri paylaşımı, yeniden satış fiyatının tespiti gibi sınırlamalar bu kısıtlamalardandır. Örneğin fiyatları sabitleyen bir yatay anlaşma çıktı miktarını sınırlamak, kaynakların etkin kullanılmamasına neden olmak ve aynı zamanda ilgili pazarda makul olmayan gerekçelerle fiyatı yükseltmek yoluyla tüketici refahının azalmasına sebep olur.

3.1. Muafiyet Şartlarının Uygulanması

- (22) Kılavuzun devam eden bölümlerinde 5. maddede yer verilen şartlar irdelenmekte, genel hatları ile muafiyet şartlarının değerlendirilmesi için bir çerçeve çizilmeye çalışılmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere 5. maddede sayılan şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmekte olup, tek bir şartın bile sağlanamaması diğer şartların incelenmesini gereksiz kılmaktadır. Dolayısıyla her bir olay için, olayın kendine has özellikleri göz önünde bulundurularak muafiyet şartları farklı bir sıra ile incelenebilir.

3.1.1. Birinci Şart: Etkinlik kazanımları

- (23) 5. maddenin a bendinde düzenlendiği üzere rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın muafiyet korumasından faydalanabilmesi için öncelikle rekabet üzerindeki olumsuz etkisini bertaraf edebilecek düzeyde, malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması şeklinde ortaya çıkacak bir kazanım sunabilmesi gerekmektedir.
- (24) Bahse konu etkinlik kazanımının objektif olması gerekmekte olup etkinliklerin tarafların sübjektif bakış açıları ile değerlendirilmemesi gerekmektedir. Salt tarafların sahip olduğu pazar gücünün kullanımı ile ortaya çıkan maliyet etkinlikleri dikkate alınmaz. Örneğin, taraflar fiyatları belirlemek ya da pazar paylaşmak için anlaşılırsa üretim miktarını ve böylece üretim maliyetlerini azaltabilirler. Azalan rekabet ayrıca daha düşük satış ve pazarlama giderlerine de sebep olabilir. Bu tür maliyet azalışları çıktı ve tarafların yarattıkları ekonomik değerdeki azalmanın doğrudan bir sonucudur. Bu maliyet düşüşü pazarda rekabetçi bir etki yaratmamakta ve özellikle, varlıkların ve faaliyetlerin bir araya getirilmesi ile bir değer artışına sebep olmamaktadır. Bu tür maliyet düşüşleri, yalnızca ilgili teşebbüslerin kârlarını arttırmakta ve bu nedenle 5. madde kapsamında etkinlik kazanımı olarak değerlendirilmemektedir.
- (25) Diğer yandan muafiyetin ilk koşulunun amacı, anlaşmayla ortaya çıkacak ve muafiyetin diğer şartları kapsamında sınanacak etkinlik kazanımlarını tanımlamak ve belirlemektir. Bu bağlamda anlaşmayla hedeflenen ekonomik faydaların ve bu faydaların öneminin açıkça belirlenmesi ve doğrulanması gerekmektedir. Anlaşmanın yaratacağı etkinlik kazanımlarının tanımlanması için:

- a) İddia edilen etkinliklerin yapısının,
- b) Anlaşma ve iddia edilen etkinlikler arasındaki illiyet bağının,

- c) İddia edilen her bir etkinliğin gerçekleşme ihtimalinin ve nicel ya da nitel olarak ortaya konulan büyüklüğünün,
- d) İddia edilen her bir etkinliğin nasıl ve ne zaman ortaya çıkacağını

açıklığa kavuşturulması gerekmektedir:

- (26) (a) bendi, ortaya çıkacak etkinliklerin objektif olup olmadığının değerlendirilmesini gerektirmektedir.
- (27) (b) bendi kapsamında yapılan analiz ise sınırlayıcı anlaşma ile öne sürülen etkinlikler arasında illiyet bağı olup olmadığının doğrulanmasına imkân tanır. Bu husus etkinlik kazanımlarının anlaşma ile hedeflenen faaliyetlerden (örneğin; birlikte üretim ya da Araştırma ve Geliştirme (Ar-Ge)) kaynaklanıyor olmasını gerektirir.
- (28) Aynı zamanda, anlaşma ile iddia edilen etkinlikler arasındaki illiyet bağının doğrudan olması gerekir. Genel bir kural olarak; dolaylı etkilere dayanan belirsiz ve farazi iddialar dikkate alınmaz. Doğrudan illiyet bağı örneğin, lisans alanın yeni ve gelişmiş ürün üretmesini sağlayan teknoloji transferi anlaşmalarında ya da ürünlerin daha düşük maliyetle dağıtımını veya daha kaliteli hizmet vermeyi sağlayan dağıtım anlaşmalarında bulunmaktadır. Dolaylı etkiye örnek olarak ise, bir teşebbüs tarafından getirilen, sınırlayıcı anlaşma sayesinde teşebbüsün karını arttıracak olması ve sonrasında Ar-Ge faaliyetine daha fazla yatırım yapma imkânı olacağı ve dolayısıyla tüketicinin bundan yarar sağlayacağı yönündeki argüman verilebilir. Kâr artışı ile Ar-Ge faaliyetlerinin artması arasında bir bağlantı olabilir; fakat bu bağlantı 5. madde kapsamında değerlendirmeye konu olacak mahiyette değildir.
- (29) Ölçülebilir bir etkinliğin varlığı halinde muafiyetin ilk koşulu kapsamında inceleme yapan veya başvuruda bulunan teşebbüsler etkinliğin ölçüsünü mümkün olduğunca doğru biçimde öngörebilmeli ve nasıl hesaplandığını detaylı bir şekilde açıklamalıdır. Hesaplama kullanılan veriler, etkinlik kazanımının gerçekleştiğine ya da gerçekleşeceğine dair yeterli derecede kesinliği sağlamak amacıyla doğrulanabilir olmalıdır.
- (30) Yeni ya da gelişmiş ürün ortaya çıktığı veya diğer maliyet dışı etkinlik sağlandığı iddialarının öne sürülmesi halinde, teşebbüslerin neden ve nasıl nesnel ekonomik fayda meydana getirildiği ve etkinliğin niteliği konusunda detaylı açıklama getirmeleri gereklidir.

Etkinlik Türleri

- (31) Muafiyet analizinde göz önünde bulundurulacak etkinlik çeşitleri objektif nitelikli tüm ekonomik etkinlikleri içermektedir. Bahse konu bu etkinlik türleri arasında kayda değer bir çakışma olduğu ve bir anlaşmanın birden fazla etkinlik kategorisi içerisinde yer alabileceği kabul edilmektedir. Bu yüzden farklı kategorileri kesin hatlarla birbirinden ayırmak uygun olmasa da genel bir ayırım, maliyet etkinlikleri ve nitel etkinlikler başlıkları altında yapılabilir.
- (32) Genellikle; etkinlik kazanımları, teşebbüslerin tek başlarına etkin bir şekilde başaramadıkları işleri gerçekleştirebilmek için ya da bir teşebbüsün diğerinden daha etkin olarak gerçekleştirdiği görevleri devralması/üstlenmesi amacıyla varlıkların bir araya getirilmesinden kaynaklanır.

Maliyet Etkinlikleri

- (33) Teşebbüsler arasındaki anlaşmaların sonucu olan maliyet etkinliklerinin farklı kaynakları olabilir. Maliyet etkinliği sağlayan ve en sık karşılaşılan hususlardan biri yeni üretim teknolojileri ve metotlarının geliştirilmesidir. Örneğin; seri üretim hattı sisteminin kullanılmaya başlanması çok ciddi maliyet avantajları sağlayabilir.
- (34) Mevcut varlıkların entegrasyonundan kaynaklanan sinerji de önemli maliyet etkinliği sağlayabilir. Taraflar varlıklarını bir araya getirdiğinde, tek başlarına erişme imkanları olmayan maliyet/çıktı oranlarına ulaşabilmektedirler. Birbirinin güçlü yanlarını tamamlayıcı mahiyette mevcut iki teknolojinin bir araya gelmesi üretim maliyetlerini düşürebilir ya da daha kaliteli ürünlerin üretilmesini sağlayabilir. Örneğin; A firması daha düşük maliyetle üretim yapmaya olanak tanıyan otomasyon sistemli bir üretim tesisine, B firması ise etkin çalışan elektronik tabanlı bir sipariş yönetimi sistemine sahip olabilir. Bu varlıkların bir araya getirilmesi tam olarak tüketicinin talep ettiği şeyi üretebilmeyi, teslimatı zamanında yapabilmeyi ve stok maliyetlerini azaltmayı sağlayabilir. A ve B firmaları, sistemlerini entegre ederek maliyet yapılarını iyileştirebilirler.
- (35) Maliyet etkinliği ölçek ekonomisinden de kaynaklanıyor olabilir. Daha büyük ölçekte üretim yapmak iş bölümü yapma ve birim maliyeti düşürme olanağını ortaya çıkarabilir.
- (36) Bir diğer maliyet etkinliği kaynağı da firmaların birbiriyle ilgili iki veya daha fazla ürünü (özellikle aynı hammaddenin kullanıldığı ürünleri) bir arada üretmeleri sonucu ortaya çıkan kapsam ekonomisidir. Örneğin, biri dondurma diğeri donmuş sebze üretimi yapan iki firma ürünlerini birlikte dağıtmak suretiyle kapsam ekonomisinden yararlanabilir. Her iki ürün çeşidinin de soğuk zincir vasıtasıyla dağıtılması gerekir ve bu ürünleri talep eden müşterilerin örtüşmesi muhtemeldir. İki firma dağıtım operasyonlarını birbirine entegre etmek suretiyle birim maliyetlerini düşürebilirler.
- (37) Maliyetlerin azalması yönündeki etkinlikler aynı zamanda daha iyi üretim planlaması yapabilme, stok tutma maliyetlerini azaltma ve daha yüksek kapasite kullanım oranlarına erişme imkânı sağlayan anlaşmalar sonucu gerçekleşebilir. Ayrıca, taraflara üretimlerini, tesisleri arasında daha rasyonel olarak paylaştırma imkanı tanıyan anlaşmalar da maliyet avantajı yaratır.
- (38) Anlaşma ile ortaya çıkacak maliyet etkinliklerinin hesaplama ya da tahmin etme suretiyle belirlenmesi anlaşma taraflarının yükümlülüğündedir. Taraflar anlaşmaya ilişkin kendileri veya Kurul tarafından yapılacak muafiyet değerlendirmesi kapsamında maliyet etkinliğinin ortaya çıkacağını iddia ediyorlar ise, söz konusu maliyet etkinliğinin ne şekilde ve ne büyüklükte olacağını, hangi verilere ve hesaplama yöntemine dayanarak yapıldığını da belirterek, açıkça ortaya koymalıdır.

Nitel Etkinlikler

- (39) Nitel etkinlikler yeni ya da gelişmiş bir ürünün üretilmesi, ürün çeşitliliği ve kalitenin artırılması şeklinde ortaya çıkabilmektedir.
- (40) Teşebbüsler işbirliği yaparak, rekabeti sınırlayıcı anlaşma olmadan mümkün olmayacak, ya da ciddi gecikmeyle veya yüksek maliyetle gerçekleşebilecek etkinlik kazanımları yaratabilirler. Bu mahiyette etkinlik kazanımı yaratabilecek anlaşmalar özellikle Ar-Ge anlaşmalarıdır. Örneğin; Patlama anında lastiğin tamamen sönmesi riskinin ortadan kaldırarak, patlaması halinde dahi yol alabilen lastik üretimine yönelik

ürün geliştirme çalışmaları yapmak üzere bir ortak girişim kurulması halinde; bu yeni lastiklerin, geleneksel lastiklerden daha güvenli olması, lastiğin patlaması durumunda acil müdahale gerektirmemesi ve stepne bulundurmaya ihtiyaç duyulmayacak olması muafiyetin birinci koşulu kapsamında değerlendirilebilecek etkinlik kazanımlarına örnektir.

- (41) Aynı şekilde, birbirini tamamlayıcı varlıkların bir araya getirilmesi maliyet etkinliğini arttırabilir ve nitel etkinlik kazanımlarına ortam hazırlayacak sinerjilerin doğmasına yardımcı olabilir. Özellikle lisans anlaşmaları, yeni teknolojinin daha hızlı yayılmasını sağlayan ve lisans alanlara yeni ürünleri üretebilme ya da kalite artışı sağlayacak yeni üretim tekniklerini uygulayabilme fırsatı sunan anlaşmalara örnek olarak gösterilebilir. Ortak girişim anlaşmaları da - özellikle yeni ya da gelişmiş mal ve hizmetlerin - piyasaya hızlı ve düşük fiyatlarla sunulmasına imkân tanıyabilir. Telekomünikasyon sektöründe yeni global hizmetlerin pazara daha hızlı sunulabilmesi için yapılan işbirliği anlaşmaları örnek olarak gösterilebilir. Örneğin rakip internet servis sağlayıcılarının, yeni bir internet omurgası altyapısının kurulması konusunda işbirliği anlaşması yapması, altyapının daha kısa sürede tamamlanmasını sağlayacak, tüketicilerin daha hızlı internet hizmetlerine daha kısa sürede ulaşmasını sağlayacaktır.
- (42) Dağıtım anlaşmaları da nitel etkinlik kazanımlarına yol açabilir. Örneğin, uzmanlaşmış dağıtıcılar tüketici ihtiyaçlarına daha iyi cevap veren, daha hızlı ve dağıtım zinciri boyunca kaliteyi güvence altına alan hizmet sunabilirler.

3.1.2. İkinci Şart: Tüketicinin yarar sağlaması

Tüketici ve Tüketici Yararı Kavramları

- (43) Muafiyetin ikinci şartı, ortaya çıkan etkinlik kazanımlarından tüketicilerin de yarar sağlamasını aramaktadır.
- (44) Muafiyet değerlendirmesi bakımından “tüketici” kavramı, anlaşmadan etkilenen ilgili pazarlardaki mal veya hizmetlerin, doğrudan veya dolaylı tüm kullanıcılarını içerecek şekilde anlaşılmalıdır. Söz konusu ürünleri girdi olarak kullananlar, yeniden satışını gerçekleştiren toptancılar, perakendeciler ve bayiler tüketici olarak tanımlanabilir. Tüketici kavramı ürünün yalnızca nihai kullanıcılarını içermemekte, yeniden satış amacıyla alım yapanlar da tüketici olarak tanımlanabilmektedir. Tüketici, gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir.
- (45) 4. madde kapsamında yasaklanan bir anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi için anlaşmanın rekabet veya tüketiciler üzerindeki gerçekleşen veya potansiyel negatif etkisini tüketiciler bakımından telafi etmesi gerekmektedir. Bu durumda genel prensip olarak anlaşmanın tüketiciler üzerindeki net etkisinin en azından nötr olması beklenmektedir. Anlaşma tüketicileri anlaşma gerçekleştirilmeden önceki durumdan daha kötü bir duruma getiriyorsa muafiyetin ikinci şartı sağlanamaz. Tüketiciler bir bütün olarak, etkinlik kazanımları sayesinde üretim maliyetlerinin düşürülmesinden, yeni ve gelişmiş ürün veya hizmet üretilmesinden ve kaynakların daha etkin kullanılmasından yarar sağlayabilir.
- (46) Tüketicinin yarar sağlaması bakımından bazı tüketiciler üzerindeki değil, bütün tüketiciler üzerindeki genel etkinin dikkate alınması gerekir. Etkinlik kazanımlarının tüketiciye yansımaları için anlaşmanın gerçekleşmesinin üzerinden belirli bir zaman geçmesi gerekebilir. Bu geçiş sürecinin uzunluğu arttıkça tüketicinin sağlayacağı yararın net bugünkü değeri azalacaktır. Bu durumda, geçiş sürecinin uzunluğu

değerlendirmede bir ölçüt olarak dikkate alınır. Geçiş süreci uzadıkça etkinlik kazanımları ile tüketicilerin olumsuz etkilendiği dönemin daha fazla telafi edilmesi gerekir. Benzer şekilde anlaşmanın yarattığı rekabet kısıtı ne kadar büyük ise etkinlik kazanımlarının ve tüketiciye yansımalarının o denli büyük olması gerekir. Anlaşmanın doğurduğu rekabet kısıtı büyük ve anlaşmadan doğan etkinlik kazanımları az ise anlaşmanın 4. maddenin uygulamasından muaf olması ihtimali azalmaktadır.

- (47) Anlaşma ile ortaya çıkacağı öngörülen etkinlik kazanımlarının tamamının tüketicilere yansıtıldığına ortaya konulması zorunlu değildir. Önemli olan anlaşmanın negatif etkilerini telafi edecek kadarının yansıtılmasıdır.

Etkinlik Kazanımlarının Tüketiciye Yansıtılması

- (48) Anlaşma sonucunda ortaya çıkan etkinlikler maliyet etkinlikleri şeklinde olabileceği gibi yeni ürünlerin piyasaya sunulması, teknolojik gelişmenin sağlanması gibi nitel etkinlikler şeklinde de olabilmektedir. Örneğin dağıtım ağı yaygın olmayan bir içecek üreticisi tüm ülkede dağıtım ağına sahip başka bir içecek üreticisi ile dağıtım anlaşması yapması neticesinde dağıtım maliyetlerini düşürebilecektir. İki ilaç firmasının ortak Ar-Ge çalışmaları neticesinde yeni bir ilacın piyasaya sunulmasını hızlandırmaları ise nitel bir etkinlik örneğidir.
- (49) Maliyet etkinliklerinin tüketiciye yansıtılması bakımından pazarın özellikleri, etkinlik kazanımının niteliği, talep esnekliği ve anlaşma ile ortaya çıkan rekabet kısıtının boyutu önem taşımaktadır.
- (50) Piyasadaki rekabet düzeyi, maliyet kazanımlarının tüketicilere yansıtılması bakımından önemlidir. Tam rekabetçi olmayan piyasalarda firmalar üretim miktarını artırarak fiyatı düşürebilirler. Piyasadaki rekabet düzeyi maliyet kazanımlarının tüketicilere yansıtılması bakımından önemlidir. Fiyat rekabetinin olduğu ve kapasite kısıtının olmadığı piyasa koşullarında anlaşma taraflarının üretim miktarını artırarak maliyet kazanımlarını tüketiciye yansıtması da hızlı olacaktır. Şayet kapasite kısıtı varsa ve üretim miktarının artırılması kapasite artırımını gerektiriyorsa bu durumda maliyet kazanımlarının tüketiciye yansıtılması bir geçiş süreci gerektirecektir. İlgili pazarın yapısı teşebbüsler arasında rekabet karşısı anlaşma yapmayı kolaylaştırıcı özelliklere sahipse -pazarda az sayıda teşebbüs bulunması, ürünün homojen olması, giriş engellerinin olması gibi- maliyet etkinliklerinin tüketicilere yansımalarının daha zor olacağı kabul edilmektedir.
- (51) Talep esnekliğinin yüksek olması da maliyet kazanımlarının tüketiciye yansıtılma oranını artıracaktır. Teşebbüslerin maliyet kazanımlarının tamamını tüketicilere yansıtması beklenmemekle birlikte talep esnekliğinin yüksek olduğu pazarlarda tüketiciye yansıtılma oranının daha yüksek olacağı kabul edilmektedir. Zira tüketicilerin fiyat artışlarına karşı duyarlı olması firmanın satışlarını artırmak için fiyat düşürmesini cazip hale getirmektedir. Fiyattaki düşüşün oluşturduğu ilave satışlar yeterince yüksek olursa, fiyat düşüşü nedeniyle azalan hasıla telafi edilecektir. Fiyat farklılaştırmasının mümkün olduğu pazarlarda, fiyat düşüşünden yalnızca fiyata duyarlı tüketiciler yararlanacağından, fiyattaki düşüşün tüketicilerin tamamı üzerindeki genel etkisi görece daha az olacaktır.
- (52) Etkinlik kazanımlarının tüketicilere yansıtılması bakımından maliyet kazanımlarının niteliği de önem taşımaktadır. Teoride firmaların marjinal maliyetin marjinal hasılaya eşit olduğu üretim miktarında karlarını ençoklaştırdıkları kabul edilmektedir. Marjinal maliyet firmanın ürettiği son birimin maliyetini, marjinal hasıla ise üretilen son birimden elde edilecek geliri ifade etmektedir. Bu kabul firmaların üretim miktarı ve

fiyatlandırmaya ilişkin kararlarında sabit maliyetlerden ziyade değişken maliyetleri dikkate aldıklarını da varsaymaktadır. Bu çerçevede, etkinlik kazanımlarının marjinal maliyeti azaltacak olması halinde bunun tüketicilere daha düşük fiyat olarak yansması ihtimali sabit maliyetlere ilişkin bir etkinlik kazanımına kıyasla daha kuvvetli olacaktır.

- (53) Anlaşma sonucu elde edilen etkinlik kazanımları tüketici için değer yaratan, anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkilerini telafi eden nitel etkinlikler şeklinde de ortaya çıkabilir. Nitel etkinliklere yeni ve gelişmiş bir ürünün üretilmesi örnek gösterilebilir.
- (54) Nitel etkinliklere ilişkin bu tarz bir değerlendirme doğası gereği subjektiflik içermektedir. Nitel etkinlikleri ortaya koymak maliyet etkinliklerini ortaya koymaktan daha zordur. Ancak ikinci şartın sağlanıp sağlanmadığına ilişkin değerlendirmede esas olan, etkinliğin rekabetin kısıtlanmasından dolayı tüketicilerin maruz kaldıkları negatif etkileri telafi edecek düzeyde tüketiciye aktarılmasıdır. Bu durumda ortaya çıkan nitel etkinliğin anlaşmanın negatif etkilerini dengeleyici yarar sağladığının gösterilmesi gerekmektedir.
- (55) Yeni ürün geliştirilmesi ve mevcutların iyileştirilmesi tüketici refahını artırır. Bu tür gelişmelerden elde edilen fayda, sınırlayıcı anlaşmanın uygulanmasından kaynaklanan zararları aştığı takdirde, tüketiciler anlaşmanın mevcut olmadığı duruma göre daha iyi durumda olacaktır ve böylece tüketicinin yarar sağlaması şartı sağlanmış olur. Anlaşmanın muhtemel sonucu olarak piyasadaki fiyatın artacağı durumlarda, öne sürülen etkinliklerin ilgili pazarda sınırlayıcı anlaşma dolayısıyla kayba uğrayan tüketicilerin zararını telafi edecek mahiyette olup olmadığının özenle değerlendirilmesi gerekir.

3.1.3. Üçüncü Şart: İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması

- (56) 5. maddenin üçüncü şartı, anlaşmanın pazarın önemli bir kısmında rekabetin sınırlandırılmasına yol açmamasıdır. Değerlendirmede esas olan ilgili pazardaki rekabetçi sürecin devamıdır. İlgili pazardaki rekabetin tamamen ortadan kalkması halinde kısa vadeli etkinlik kazanımları gerçekleşse dahi bu etkinlik kazanımları, inovasyonun azalması, fiyatların artması ve kaynakların etkin kullanılmaması gibi uzun vadeli negatif etkileri telafi edemeyecektir.
- (57) Rekabetin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı, anlaşmanın imzalanmasından önceki rekabetin derecesine ve anlaşmanın rekabet üzerindeki kısıtlayıcı etkisine bağlıdır. Anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkisi ne kadar çoksa ilgili piyasanın büyük bir bölümü bağlamında rekabetin ortadan kaldırılması riski o kadar yüksektir.
- (58) Bu şartın karşılanıp karşılanmadığının analizi, pazardaki rakiplerin durumu, rakiplerin anlaşma tarafları üzerinde oluşturduğu rekabetçi baskının seviyesi ve anlaşmanın mevcut rekabetçi yapı üzerindeki etkisinin incelenmesini gerektirir. Değerlendirmede pazardaki fiili rekabetin yanı sıra potansiyel rekabet de dikkate alınmalıdır. Potansiyel rekabetin anlaşma tarafları üzerinde yarattığı rekabetçi baskının ortaya konması da analizi etkileyecek unsurlardan biridir.
- (59) Fiili rekabet bakımından pazardaki rakiplerin pazar payları önemli bir gösterge olmakla birlikte sadece pazar payı temelinde bir değerlendirme yapılmamalıdır. Mevcut rakiplerin rekabet etme kapasitelerinin ve rekabet etme saiklerinin incelenmesi gerekir. Örneğin, mevcut rakiplerin kapasite kısıtı varsa ve kapasite artırımına gidilmesi uzun zaman gerektiriyorsa bu durumda mevcut rakiplerin

pazardaki üretim miktarını yükselterek anlaşma taraflarına karşılık vermesi güç olacaktır. Bu gibi etkenler mevcut rakiplerin rekabetçi davranışlarını sınırlayabilecektir.

- (60) Anlaşmanın rekabet üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi, anlaşmanın rekabetin muhtelif unsurları üzerindeki etkisinin incelenmesini de gerektirmektedir. Eğer anlaşma; fiyat rekabeti, inovasyon ve yeni ürünlerin geliştirilmesi gibi rekabetin temel unsurlarını tamamen ortadan kaldırıyorsa 5. maddenin üçüncü şartı sağlanmamış olacaktır.
- (61) Tarafların pazardaki davranışları, anlaşmanın etkileri hakkında fikir verecektir. Eğer taraflar anlaşmayı imzaladıktan sonra fiyatlarını önemli miktarda artırmış ve bunu sürdürmüşse veya önemli derecede pazar gücüne sahip olduklarını ortaya koyan bir davranışta bulunmuşlarsa, bu tarafların pazarda rekabete maruz kalmadıklarına ve ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırdıklarına işaret edebilir.
- (62) Anlaşma taraflarının pazardaki fiili rekabetçi davranışları, anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerini ortaya koyabilir. Anlaşma öncesinde pazarda agresif fiyatlama ve pazarlama davranışları ile önemli bir rekabet gücü olan bir teşebbüsün- örneğin aykırı firma²- başka bir teşebbüsle anlaşma içerisine girmesi halinde pazardaki önemli rekabet kaynaklarından biri ortadan kalkmış olabilir. Bu tarz bir anlaşma rakibin rekabet etme motivasyonunu ve kabiliyetini de ortadan kaldırabilir ve böylece pazarda rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açabilir.
- (63) Anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin piyasaya sundukları ürünlerin farklılaştırılmış olup olmadığı da anlaşmanın rekabet üzerindeki etkisi bakımından önemli bir etkidir. Birbirine yakın ikame olan ürünler, yani tüketicinin gözünde birbirinin yakın alternatifi olan ürünler, yakın ikame olmayan ürünlere kıyasla birbiri üzerinde daha fazla rekabetçi baskı oluşturur. Bu bağlamda, anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin piyasaya sunduğu ürünlerin ikame derecesi ne kadar yüksekse anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkisinin de o kadar büyük olması beklenmektedir.
- (64) Pazardaki fiili durum, ölçülebilirliğinin daha kolay olması nedeniyle muafiyet değerlendirmesinde önemli bir unsurdur. Bununla birlikte potansiyel rekabetin de göz ardı edilmemesi gereklidir. Potansiyel rekabet bakımından henüz piyasada rekabet etmeyen teşebbüslerin piyasaya girmek istediklerinde karşılaştıkları giriş engelleri değerlendirilir. Giriş engellerinin düşük olduğu pazarlarda potansiyel rekabet taraflar üzerinde rekabetçi baskı yaratabilecektir. Bu değerlendirmede potansiyel rekabetin kaynaklarının ne olduğu ve potansiyel rekabetin taraflar üzerinde uyguladığı rekabetçi baskının açıklanması gerekir.
- (65) Pazara giriş engelleri ve pazara yeni giriş ihtimalleri değerlendirilirken diğer ikincil mevzuat ve Kurul kararlarında da yer bulan aşağıdaki unsurlar dikkate alınabilir:
- Piyasadaki yasal düzenlemelerin yeni girişlere etkisi: Yasal düzenlemeler pazara girişleri kısıtlıyor veya zorlaştırıyorsa potansiyel rekabetin varlığı azalacaktır.
 - Batık maliyetleri de içerecek şekilde piyasaya giriş maliyetleri: Yüksek giriş maliyetleri özellikle pazar büyüklüğüne kıyasla yüksek batık maliyetlerin varlığı piyasaya giriş önünde önemli bir engel oluşturacaktır.

² Aykırı firma özellikleri için bkz. Rekabet Kurulu'nun 18.11.2009 tarih ve 09-56/1325-331 sayılı Mey İçki-Burgaz Kararı

- Pazarda faaliyet göstermek için gerekli minimum etkin ölçek: Minimum etkin ölçek ortalama maliyetlerin minimize edildiği en küçük ölçek olup minimum etkin ölçek arttıkça pazara giriş zorlaşacaktır.
- Pazara giriş yapacak potansiyel teşebbüslerin özellikleri
- Alıcıların piyasadaki konumu ve rekabet oluşturma güçleri: Pazarda güçlü alıcıların varlığı ve bu alıcıların girişleri desteklemesi girişleri kolaylaştırabilecektir.
- Pazardaki yerleşik teşebbüslerin yeni giriş yapacak teşebbüslere muhtemel rekabetçi tepkileri
- Pazarın yapısı ve gelişimi: Durağan veya küçülen bir pazar giriş için cazip olmayabilir.
- Geçmişte yaşanan önemli ölçekli girişler ve bu girişlerin başarısı: Pazara uzun zamandır giriş olmamış olması yukarıda sayılan nedenlerin giriş engeli yarattığına işaret edebilir.

(66) Bu kapsamda varsayalım ki A firması %70 pazar payına sahip bir gazlı içecek üreticisidir ve ürünlerini büfe, market gibi perakende kanalı ve restoran, kafe gibi yerinde tüketim kanalı aracılığıyla satışa sunmaktadır. Pazarda ayrıca %20, %5 ve %5 pazar payına sahip üç rakip teşebbüs bulunmaktadır. Teşebbüslerin pazardan aldıkları pay uzun süredir önemli miktarda değişmemiş ve pazar büyüklüğü artmamıştır. A firmasının perakende kanalı hem de yerinde tüketim kanalındaki satış noktaları ile yaptığı anlaşmalarda beş yıl boyunca rakip ürün satmama koşulu yer almaktadır. A firmasının pazar payının yüksekliği, geçmişte pazara önemli bir giriş yaşanmamış olması, pazarın durağanlığı, piyasaya etkin bir giriş yapabilmek için gerekli üretim ve dağıtım ölçeğinin büyüklüğü gibi hususlar dikkate alındığında A firmasının yaptığı anlaşmalar neticesinde pazarın önemli bir kısmının rekabete kapanması muhtemeldir.

3.1.4. Dördüncü Şart: Rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlandırılması

- (67) 5. maddenin son şartı anlaşmanın, anlaşma ile hedeflenen etkinlik kazanımlarına erişmek için zorunlu olandan daha fazla sınırlayıcı olmamasını aramaktadır. Bu şart iki aşamalı analiz gerektirir. Birinci aşama, anlaşmanın bir bütün olarak kendisinin etkinlik kazanımlarının gerçekleşmesi için gerekli ve zorunlu olup olmadığına ilişkindir. İkinci aşamada ise anlaşmada yer alan tekil rekabet sınırlamalarının ayrı ayrı gerekli olup olmadığı değerlendirilir.
- (68) 5. maddenin son şartı bağlamında belirleyici unsur, anlaşma ve anlaşmada yer alan tekil rekabet sınırlamaları ile anlaşma kapsamındaki faaliyetler arasındaki ilişkidir. Anlaşma kapsamındaki faaliyetler bu sınırlamaların olmadığı duruma göre daha etkin bir şekilde yürütülüyorsa sınırlamaların gerekli ve zorunlu olduğu söylenemez. Değerlendirilmesi gereken husus anlaşma ya da sınırlamanın var olduğu durumda, var olmadıkları duruma nazaran daha fazla etkinliği yaratılıp yaratılmadığıdır.
- (69) Anlaşmanın zorunlu olup olmadığı, anlaşma ile ortaya çıkması hedeflenen etkinlik kazanımlarının rekabeti daha az sınırlayacak alternatif yollarla elde edilmesinin var olup olmadığı ile ilişkilidir. Eğer etkinlik kazanımları rekabeti daha az sınırlayacak bir yolla elde edilebiliyorsa son şartın sağlanmadığı söylenebilir. Bu durumda alternatif yolun ekonomik ve pratik olması da dikkate alınmalıdır.

- (70) Bu değerlendirmede tarafların ticari kararları sorgulanmayacak yahut tarafların teorik veya hipotetik alternatifleri dikkate almaları beklenmeyecektir. Ancak tarafların rekabeti daha az sınırlayıcı, ekonomik olarak rasyonel ve uygulanabilir alternatiflerin neden daha az etkinlik sağladığını açıklamaları beklenmektedir.
- (71) Tarafların bahse konu etkinlikleri kendi başlarına başarıp başarmadıkları da önem arz etmektedir. Örneğin; öne sürülen etkinlik kazanımları ölçek ekonomisi ya da kapsam ekonomisi sebebiyle maliyetlerin düşürülmesi şeklinde gerçekleşebilir. Fakat bu noktada teşebbüslerin söz konusu etkinliklerin neden içsel büyüme ve fiyat rekabeti yoluyla meydana gelmediğini açıklamaları ve temellendirmeleri gerekir. Tarafların tek başlarına gerçekleştirebilecekleri bir etkinlik kazanımını ortaya çıkaran bir anlaşma bu şartı sağlamayacaktır.
- (72) Bu analizi yaparken piyasadaki minimum etkin ölçeğin ne olduğu da önemlidir. Tarafların büyüklüğüne nazaran minimum etkin ölçek arttıkça anlaşma ile etkinlik kazanımı elde edilmesi ihtimali yükselir. Bir anlaşma birbirinin tamamlayıcısı olan varlıkları ve kabiliyetleri birleştirmek suretiyle ne kadar sinerji yaratıyorsa etkinlik kazanımı için anlaşmanın varlığı o ölçüde gereklidir.
- (73) Anlaşmanın hedeflenen etkinlik kazanımlarının elde edilebilmesi için zorunlu olduğuna karar verdikten sonra, anlaşmanın içeriğindeki her bir rekabet sınırlamasının ayrı ayrı zorunlu olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.
- (74) Bir sınırlamanın hedeflenen etkinlik kazanımlarına erişilmesi için zorunlu olduğu değerlendirmesinin yapılabilmesi için o sınırlamanın olmadığı durumda anlaşma ile ortaya çıkacak etkinliklerin azalması ya da gerçekleşme ihtimallerinin önemli ölçüde azalıyor olması gerekir. Alternatif çözümlerin değerlendirilmesinde bazı rekabet kısıtlamalarının anlaşmadan çıkarılması ya da rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatiflerin uygulanmasının rekabet üzerindeki fiili ve potansiyel olumlu etkileri dikkate alınmalıdır. Sınırlamalar ne kadar kısıtlayıcı ise sınırlamaların zorunluluğuna ilişkin uygulanan analiz de o denli katı olacaktır. Grup muafiyeti düzenlemelerinde kara listeye alınmış sınırlamaların ya da diğer kılavuz ve tebliğlerde açık ihlal olarak nitelendirilmiş sınırlamaların zorunlu olarak değerlendirilmesi ihtimali düşüktür.
- (75) Zorunluluk değerlendirmesi anlaşmanın uygulanacağı pazar koşulları çerçevesinde yapılmalıdır. Anlaşmanın uygulanması ne kadar risk ve belirsizlik içeriyorsa, etkinliğin sağlanması için o kadar fazla rekabet kısıtlaması gerekebilir. Ayrıca sınırlamalar tarafların aynı amaç doğrultusunda buluşabilmeleri ve anlaşmanın uygulanması noktasında ortak çaba gösterebilmeleri açısından da zorunlu olabilir. Örneğin bir dikey anlaşmada, sağlayıcı müşterisi ile yaptığı anlaşma özelinde belirli bir yatırım yapmış olabilir ve sağlayıcı katlandığı batık maliyetin geri dönüşünü sağlama almak amacıyla müşterisine ürün alma zorunluluğu veya rekabet etmeme şartı getirmiş olabilir.
- (76) Bazı durumlarda bir sınırlamanın zorunlu olma durumu sadece belli bir süre için olabilir. Böyle bir durumda muafiyet sadece o süre zarfı için uygulanabilir. Bu analizi yaparken tarafların hedeflenen etkinlik kazanımlarına erişmesi için gerekli olan sürenin dikkate alınması gerekir. Etkinlik kazanımlarının, ciddi miktarda yatırım yapılmadan elde edilemeyeceği durumlarda yatırım maliyetinin telafi edilebilmesi için yeterli ve gerekli sürenin dikkate alınması gerekir.