

REKABETİ KISITLAYAN İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARININ YASAK KAPSAMININ DIŞINDA BIRAKILMASI

Yrd. Doç. Dr. İsmet SAYHAN*

RKHK' nun 4 üncü maddesine göre, belirli bir mal veya 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 kararları hukuka aykırı ve yasaktır. Teşebbüsler arası anlaşma uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına yönelik bu yasağın mutlak ve her halde uygulanması isabetli değildir. Zira bu tür anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının öyle olumlu etkileri olabilir ki, bu etkilerin sağlanabilmesi için bazen bu anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının yasak dışına çıkarılması gerekebilir¹. Anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının yasaklama dışında kalması iki yöntemle sağlanabilir. Bu yöntemlerden birincisi bazı kriterlere bağlı olarak tespit edilen anlaşma ve kararları kazuistik olarak belirleyerek bir istisna alanı belirlemektir. İkincisi ise, rekabetin sınırlandırılmasına ilişkin anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının yasaklama dışında kalmasını talep etmeye ilişkin bir hak bahşeden genel şartlar belirleyerek, bu şartların varlığı halinde muafiyet tanınmasını içeren idari işlem yöntemidir². İki yöntem arasındaki en önemli farklar, sağladıkları hareket özgürlüğüne ve usule ilişkin olarak ortaya çıkar. Öte yandan her iki yöntemin sağladığı avantajlar bulunduğu gibi, sakıncaları da vardır. Gerçekten istisna yönteminde, somut olarak belirlenen haller için daha fazla hukuki güvenlik sağlaması ve her bir durum için zorlukları bertaraf edecek nitelikte izin yöntemleri bulunması önemli avantajlar olarak göze çarpar. Genel bir muafiyet kuralı öngörülmesi yönteminde ise, bir sınırlama olmadığından, kanun koyucunun belirlediği şartların varlığı halinde her anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararı için uygulanabilmesi baki-

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

1 Bunte, Herman Josef: Kartellrecht, München 2003, s. 376.

2 Schröter, Helmut: Kommentar zum EWG- Vertrag, Bd. 1, 3. Aufl., Baden-Baden, 1983, s. 1016, Rn. 109- 110.

mından bir avantaj olduğu söylenebilir³. İşte bu amaçla, bazı hukuk sistemlerinde istisna müessesesi, bazı hukuk sistemlerinde muafiyet müessesesi ve bazılarında da karma bir sistem öngörülmüştür. Hukukumuzda da, muafiyet müessesesi kabul edilerek, Kanun'un 4 üncü maddesine göre yasaklanmış olan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının, 5 inci maddede öngörülen idari kararlar hukuka aykırılıktan sıyrılarak, uygulamada yer bulması mümkündür.

§ 1. İSTİSNA MÜESSESESİ

Bazı hukuk sistemlerinde, yatay anlaşmalar veya kartel anlaşmaları olarak adlandırılan yasaklar bakımından istisnalar öngörülmüştür. Bu istisnalar hukuk kuralları ile veya içtihatlarla oluşturulmuştur. Kanaatimizce aşağıda açıklayacağımız üzere, rekabet sınırlamalarına ilişkin yasakların mutlak olarak uygulanması ne kadar sakıncalı ise; bazı sektör alanlarının, teşebbüslerin veya bazı işlemlerin hangi sebeple olursa olsun, mutlak olarak rekabet sınırlamalarına ilişkin kamusal kontrolün dışında bırakılması da sakıncalıdır. Kanaatimizce, RKHK nunda öngörülen yasaklamalardan bağımsızlık hallerinin de, kamusal kontrole tabi olması, yani izne bağlı olması gereklidir. Bu sebeple, istisna yöntemini isabetli bulmamaktayız.

I. ALAN İSTİSNASI

A. Kavram

Kartel yasağına ilişkin kuralların, belli bir kritere göre belirlenen ekonomik faaliyet alanında söz konusu olacak anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları için geçerli olmayacağını düzenlenmesi mümkündür. Bu halde, belirlenen alana ilişkin anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının rekabet kurallarına aykırılığından söz edilemeyecektir. Bu sistemde rekabetin sınırlandırılması veya ortadan kaldırılmasının yasaklanmasına ilişkin kurallara bir istisna alanı tanınmış olmaktadır. İstisna yöntemi "kanuni muafiyet" olarak da ifade edilebilir. Bu ibare, belirli tip ve nitelikteki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına tanınan izni ifade eden, istisnaları ifade etmektedir. Bu sistemde Rekabet Sınırlamalarının denetlenmesi ile yetkili idari makamların, müdahale ve kötüye kullanımları önleme imkanları son derece zayıf ve etkisiz kalmaktadır⁴.

³ Bunte, s. 108.

⁴ Bunte, s. 109.

Hukukumuzda⁵ ve Avrupa Birliği sisteminde benimsenmemiş⁶ olan istisna müessesesi⁷, Alman Hukuku'nda geçerlidir⁸. Gerçekten Alman Hukuku'nda münferit muafiyet sistemi yanında, istisna sistemi de benimsenmiş bulunmaktadır⁹.

Alman Rekabet Sınırlamaları Kanunu'nun (GWB) sisteminde, anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının yasaktan bağışıklık durumları, bağışıklığın elde edilmesi usulüne göre gruplanarak belirlenmiştir. Buna göre, yasak kapsamı dışında kalmak için üç usul söz konusudur. Bunlar, bildirim, ret ve izin usulleridir. Alman kanun koyucusu, kartel türlerini bu usullere göre gruplandırmıştır. Bu usullerden "bildirim usulü" ve "ret usulü" incelendiğinde, bu usullere tabi karteller için, aslında bir idari kararı gerektiren muafiyet

⁵ Bkz., RKHK m. 4, 6 ve 7.

⁶ Hukukumuz bakımından Bankalar Kanunu'nda RKHK hükümlerine istisna niteliğinde kurallar öngörülmüş olmakla birlikte, bu istisnalar, RKHK nun 1 inci maddesi ile olmadığından, çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Nitekim 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 7. bendine göre, "Fon tarafından bu maddede yazılı tedbirlerin alınması amacıyla kurulacak bankanın kuruluşunda ve Fonca yapılan devir ve birleşme işlemlerinde bu Kanunun 7 nci maddesi, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile devir ve birleşmeye tabi tutulacak bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının % 20'yi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7, 10 ve 11 inci maddeleri uygulanmaz" hükmü ve 18. maddesinin 1. bendinde "Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz". Anılan Kanun hükümlerinin bütün bankalar için değil, TMSF na devredilen Bankalar için geçerli özel hükümlerdir. Ayrıca işaret edilen istisnai durum, "Birleşme ve Devralmalar"a ilişkin 7., "Anlaşma, Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmesi"ne ilişkin 10. ve "Birleşme ve Devralmanın Kurula Bildirilmemesi"ne ilişkin 11. maddelerle ilgilidir. Öte yandan aynı Kanun'un 18/b.1 maddesinde de, "bu Kanun hükümlerine göre birleşme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz" hükmüne yer verilmiştir. Çalışmamızın kapsamında olmamakla birlikte, Bankalar Kanunu'ndaki bu nitelikte istisnaların da RKHK ile getirilen "rekabet düzeninin korunması amacı" ile bağdaşmadığı düşüncesindeyiz.

⁷ Rittner, Fritz: Wettbewerbs- und Kartellrecht, Heidelberg 1999, s. 228 vd.; Bunte, s. 377-378.

⁸ Alman Hukuk Doktrininde "rekabet sınırlamalarının istisnaları" ibaresi, hem bizim kullandığımız anlamda "istisna müessesesini" hem de "muafiyet müessesesini" karşılamak üzere kullanılmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar Alman hukuk doktrini'nde de aynı kavram kullanılsa da, bizim ele aldığımız anlamda bir ayırımı işaret etmemektedir. Bkz., Bunte, s. 108 vd.; Rittner, s. 225 vd.;

⁹ Bunte, s. 108 vd., s. 377-378; Rittner, s. 225 vd.

değil; istisna sisteminin kabul edildiği anlaşılmaktadır¹⁰. Bu cümleden olmak üzere, alım birliği kartelleri (GWB § 4/2), sadece tek tip uygulaması bulunan konulardaki norm ve tip kartel anlaşmaları (GWB § 2/1)¹¹, satış, teslimat ve ödeme şartlarının belirlenmesine ilişkin karteller (GWB § 2/2)¹², uzmanlık sağlamayı konu edinen kartel anlaşmaları (GWB § 3)¹³, belli şartlarda (GWB § 4/1) orta ölçekli işletme kartelleri, tedarik kartelleri (GWB § 4/2)¹⁴, Kanun'un 1 inci paragrafında düzenlenen kartel yasağına istisna teşkil ederler¹⁵. Bu kartellerin yasaklayıcı hükmün müeyyideleri ile karşı karşıya kalmaması için, Kartel Kurumu'nun bir idari işlem ihdas etmesine gerek yoktur¹⁶. O halde bir idari işlem gerekmeksizin yasak kapsamı dışında kabul edilen bu anlaşma ve karar türleri, kartel yasağının uygulanmadığı bir istisna alanı oluşturmaktadır. İstisna halleri için ayrıca muafiyet talebinde bulunmak mümkün değildir¹⁷.

Rekabet sınırlamasına sebep olan anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının istisna alanı olarak kabul edilmesiyle, muafiyetten yararlandırılması arasındaki önemli farklardan birisi, istisna müessesesinde bir izin söz konusu olmadığından "geri alma" yetkisinin de bulunmamasıdır. Ancak "kartel istisnaları" olarak nitelendirdiğimiz, bildirim ve ret kartelleri hakkında, "kötüye kullanım kontrolü"¹⁸ (GWB § 12/1) öngörülmüştür.

B. Şartları

Kartel yasaklamasına karşı bir istisnadan söz edebilmek için, iki türlü şartın arandığı görülür. Bunlardan birincisi maddi şartlar, ikincisi ise şekli

10 Alman Hukuku'nda 1999 da gerçekleştirilen kanun (GWB) değişikliklerinden önce daha geniş olan bildirim kartellerinin alanı, değişikliklerle daraltılmıştır. Gerçekten, değişikliklerden önce, bildirim usulü'ne tabi olan "norm ve tip kartelleri" ile "saf ihracat kartelleri" nin, bildirim usulüne tabi olmaktan çıkarıldığı görülmektedir. Buna göre bildirim usulüne tabi olan tek bir kartel türü kalmıştır. Bu kartel türü de, alım birliği kartelleridir.

11 Bkz., Bunte, s. 113; Rittner, s. 234.

12 Bkz., Bunte, s. 114; Rittner, s. 236.

13 Bkz., Bunte, s. 116; Rittner, s. 237.

14 Bkz., Bunte, s. 119; Rittner, s. 238.

15 Bunte, s. 108 vd.

16 Rittner, s. 226.

17 Bunte, 108.

18 Buna göre Kartel Kurumu, işletmenin kötüye kullanım niteliğindeki işlemlerini durdurmasını isteyebilir veya yasaklayabilir. Ancak bu ancak geleceğe yönelik etkiler doğurur. Bkz., Rittner, s. s. 172-173; Bunte, s. 112.

şartlardır. Maddi şartlar, istisna teşkil eden tip veya niteliğe uygun olmayı; şekli şartlar ise genellikle bir başvuruyu içerir.

1. Maddi Şart

İstisnaların maddi şartları, bir anlaşma veya kararın Kanun'da belirlenen tip ve niteliklere uyup uymadığı ve bu anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının istisna kapsamında olabilmesi için öngörülen şartların bulunup bulunmadığı yönlerinden olmak üzere iki yönlü anlam ifade eder. Maddi şartların değerlendirilmesinde Kartel Kurumu'nun geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilir. Bu değerlendirme yapılırken, şüphesiz kararların yargısal denetiminde göz önüne alınacak ölçüler kullanılmalıdır. Böylece kararların hukuka uygunluğu sağlanacaktır¹⁹. Bu sebeple idari değerlendirme bakımından yargısal içtihatlar büyük önem taşır. Kartel Kurumu'nun yapacağı inceleme, özellikle anlaşma veya kararların Kanun'da belirlenen tip ve nitelikte olup olmadığı hususunda önem arz eder. Zira bu istisna alanındaki kartel türleri için, muafiyette olduğu gibi (GWB § 5, 6, 7; RKHK (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun) m. 5; ATA (Avrupa Topluluğu Anlaşması, m. 81/3) genel ekonomiyi ilgilendiren şartlar öngörülmemiştir. Aksine anlaşmanın tip ve niteliklerinin belirlenmesine ilişkin maddi şartlar belirlenmiştir.

2. Şekli Şart (Başvuru)

Kartel istisnalarından söz edebilmek için, şekli şart sayılabilecek, usulüne uygun bir başvurunun bulunması gerekir. Alman Rekabet Sınırlamaları Kanunu'nda, istisna olarak nitelendirdiğimiz her bir rekabet sınırlandırmasının yasak kapsamı dışında bırakılması usulüne ve Kartel Kurumu'nun kontrolünün derecesine göre iki başvuru yöntemi öngörülmüştür (GWB § 9-10). Bunlar bildirim yöntemi ve ret yöntemidir.

a. Bildirim Yöntemi

Kartel bildirim yöntemi, istisna halinin Kartel Kurumu'na yapılacak bir bildirim ile gerçekleştirilmesidir (GWB § 9/4). Bildirim yöntemine tabi olan tedarik kartellerinde, Kartel Kurumu'na yapılacak bildirim istisna hükmünden yararlanmak için yeterlidir. 1999 yılında yapılan kanun değişikliğinden itibaren, bildirim yöntemi sadece tedarik kartelleri için geçerlidir²⁰. Tabii olarak bu yöntem, Kartel Kurumu'nun takdir yetkisinin, ortadan kalkacak derecede sınırlandırıldığı ve kontrol imkanının daraldığı bir yöntemdir.

¹⁹ Bunte, s. 110.

²⁰ Bunte, s. 110.

b. Ret Yöntemi

Ret yönteminde, Kanun'da ret yönteminin uygulanacağı belirlenen alanlarda, taraf teşebbüslerin Kartel Kurumu'na yapacakları başvuru üç ay içinde reddedilmezse, istisna gerçekleşmiş olur. Böylece Kartel Kurumu'na bir kabul işlemi yapma görev ve yetkisi tanınmamış, sadece maddi şartların değerlendirilmesi sonucunda, istisna niteliğinde bir anlaşma veya karar bulunmadığı tespit edildiğinde reddetme yetki ve görevi tanınmış olmaktadır. Başka bir ifade ile, başvuru konusu anlaşma veya kararın istisna kapsamında sayılması için Kartel Kurumu'nun bir işlem tesisi gerekli olmamaktadır. Bu yöntem de, Bildirim Yöntemi gibi, başvuru sahibi teşebbüsler için kolaylık sağlayan, ağır yük getirmeyen bir yöntem olarak değerlendirilmektedir²¹. Ret yöntemi, sadece tek tip uygulaması bulunan konulardaki kartel anlaşmaları, satış, teslimat ve ödeme şartlarının belirlenmesine ilişkin kartel anlaşmaları, uzmanlık sağlamayı konu edinen kartel anlaşmaları, orta ölçekli işletme kartelleri hakkında geçerli yöntem olarak öngörülmüştür (GWB § 9/3). Kartel Kurumu, başvuru konusu anlaşma veya kararın Kanun'da belirlenen tip ve nitelikte olmadığını tespit ederse veya başvuruda bulunması gereken taraf düşünceleri de eklenmemişse, ret kararı verecektir (GWB § 9/3).

II. HAKLI SEBEP İSTİSNASI

ATA 81/1 maddesi, ABD Antitröst Hukuku'nda Sherman Kanunu'nun 1 inci maddesiyle paralel bir hükümdür. Başlangıçta, istenilen sonuçların gerçekleşmesinde rekabetin en etkin yol olduğu varsayımı geçerli olduğundan; Sherman Kanunu'nda, GWB, RKHK veya ATA'da yer bulan muafiyet hükmüne benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak sonradan haklı sebep kuralıyla (rule of reason) bu eksiklik giderilmiş ve "amacı rekabete aykırı olmayan hatta rekabete katkıda bulunan veya haklı sebeplere dayanan" işbirliği uygulamaları, Sherman Kanunu'nda öngörülen yasaklamanın dışında tutulmuştur. Ayrıca bu yaklaşım tarzı Avrupa Birliği sisteminde de etkili olmuş ve ATA m. 81/3'teki koşulları taşımamakla birlikte, belirli bir sektörde veya genel olarak kriz dönemlerinde, piyasa koşulları ya da kamu yararı gereği rekabeti kısıtlayan anlaşmaların, yasak ilkesi kapsamından çıkarılabileceği düşüncesi doktrin ve uygulamada²² benimsenmiştir²³.

²¹ Bunte, s. 111.

²² Korah, Valentine: An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, 4. Ed., Oxford 1990, s. 138; Roth, P.M.: Common Market Law of Competition, London 1996, 4. Ed., s. 20, 2-063.

Kanaatimizce, yasak kapsamında olmakla birlikte, “amacı rekabete aykırı olmayan hatta rekabete katkıda bulunan veya haklı sebeplere dayanan” işbirliği uygulamalarının yasak uygulamasından bağışık tutulması da bir istisna alanı tespit edilmesidir. Zira burada da, bir idari izinden değil; anlaşmanın tıp, nitelik ve etkileri nazara alınmak suretiyle, yasak uygulamasından vazgeçilmiş olmaktadır. Bu sebeple, yetkili makamların bu halde verdikleri karar menfi tespit niteliğinde değildir. Dolayısıyla, bazı hukuksal işlemlerin, “haklı sebep” gerekçesi ile, kamusal kontrol olmaksızın, yasaklamalardan bağışık tutulması da isabetli değildir.

Benzer bir uygulama AB Hukukunda da gelişmiştir. Bu uygulama, ATA m. 81/1 de yer almayan fakat mahkeme içtihatlarıyla²⁴ geliştirilen “de minimis” kuralı, yani “hoş görülebilirlik” kuralıdır. Hoş görülebilirlik kuralı, rekabeti engelleyen veya bozan ya da kısıtlayan bir anlaşmaya, rekabeti sınırlayıcı etkisinin (Spürbarkeit) çok küçük olması halinde, ATA 81/1 maddesinin uygulanmamasını yani söz konusu anlaşmanın müsamaha ile karşılanabileceğini ifade eder²⁵. Draus, “de minimis” ibaresini kullanmadan açıkladığı, rekabeti kısıtlayıcı etkisi hissedilir derecede olmayan bu tür anlaşmaların, kartel yasağının dışında bırakıldığını ifade etmekle²⁶ birlikte, kanaatimizce burada bir istisnadan çok, menfi tespit kararından söz edilebilir. Zira kanaatimizce “de minimis” kuralı, anlaşma ve kararların yasak kapsamında kabul edilmesi için gerekli olan “rekabetin sınırlanması” şartının oluşmadığı anlamına gelmektedir.

§ 2. MUAFİYET MÜESSESESİ

Hukuk sistemlerinde, anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının yasak kapsamına çıkarılması bakımından en yaygın yöntem idari bir kararla muafiyet tanınmasıdır.

23 Goyder, D.G: EC Competition Law, 4. Ed., London 2003, s. 127 ve s. 127-dn. 36; Aslan, İ. Yılmaz: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992 (Avrupa Topluluğu), s. 80 vd; Tekinalp, Ünal (Tekinalp/Tekinalp): Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, 2. Bs., s. 346 vd; Topçuoğlu, Metin: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001 s. 245.

24 6.10.1995- 544 Unisource/Telefonica kararı, (Bkz., Roth, s. 91, 6-042).

25 Bkz., Whish, Richard: Competition Law, London 1993, s. 223 vd; Goyder, s. 119; Draus, Götz: Kommentar zum EWG- Vertrag, Bd. 1, 3. Aufl., Baden-Baden, 1983, s. 1050-1051, Rn. 144; Roth, s. 91, 6-042.

26 Draus, s. 1050-1051, Rn. 144.

I. MUAFİYET KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının bazı faydaları gözetilerek yasak kapsamından çıkarılması için izin niteliğinde idari bir karar öngörülüyor ise, anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına muafiyet tanınmasından söz edilir. Bu sebeple, muafiyet yöntemi, sadece bir idari karara gerek bulunup bulunmadığına göre belirlenecektir. İstisna yöntemindeki aksine, burada bildirim yeterli değildir. Ancak muafiyet, genel ve belirli şartlarla bütün anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları için öngörülebileceği gibi, belirli anlaşma veya kararlar veya belirli ekonomik alanlardaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları sayılarak sayma (kazuistik) yoluyla da öngörülebilir. Nitekim hukukumuzda (RKHK m. 5) ve Avrupa Birliği Hukuk Sistemi'nde (ATA m. 81/3), genel ve belirli şartlarla muafiyet yöntemi kabul edilmişken, Alman Hukuk Sistemi'nde, hem sayma yoluyla (GWB § 5, 6) hem de genel bir hükümle (GWB § 7, 8) muafiyet yöntemi öngörülmüştür.

Muafiyet, yalnızca işletmeler arası anlaşmalar ve teşebbüs birliği kararları için düzenlenmiştir. Bunun yanında Rekabet Kurulu'nun belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan tebliğler çıkarma yetkisi de vardır. Hakim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmaların muafiyet hükümlerinden yararlanmalarına imkan yoktur²⁷. RKHK' nun 5 inci maddesine göre bireysel ve grup muafiyetlerinin verilmesinde yetkili tek organ Rekabet Kurulu'dur.

Muafiyet kavramı RKHK' da tanımlanmamıştır. Kanun'un düzenlemesi içinde, yasak kapsamındaki eylem ve işlemlerin, yasak kapsamından çıkarılmasının idari işlemle mümkün olduğu ifade edilir. Kanun'da muafiyet, bu idari işlemin şartları ve usulü belirlenmek suretiyle tespit edilmiştir. Buna göre, ilgililerin talebi üzerine ve RKHK' da aranan şartların varlığı halinde, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarına, RKHK' nun 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmayacağına dair "Rekabet Kurulu'nun verdiği karar" olarak tanımlanmaktadır²⁸. Kanaatimizce muafiyet, muafiyet tanınmasına ilişkin idari karar değildir. Muafiyet, Kanun'da da rekabet kurallarına aykırılık esasından hareketle belirlenmiş olup; anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararları ile rekabetin kısıtlanması hukuka aykırılık olarak belirlenirken; muafiyet ise, bu hukuka aykırılığın ortadan kaldırılarak hukuka uygunluğun sağlanmasıdır.

²⁷ Tüsiad-t/98/12/245, s.41.

²⁸ Badur, Emel: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Ankara 2001, s.129.

A. Rekabet Hukukunda Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, fiil veya işlemlerin hukuk kurallarını ihlal edici nitelikte gerçekleştirilmesidir. Bu cümleden olmak üzere, hukuka aykırılık bazen hukuka aykırı fiil veya işlemlerin tanımlanması, sayılması veya örneklenmesi şeklinde; bazen de hukuka uygun davranışın belirlenmesi ve bunun dışında kalanların hukuka aykırı kabul edilmesi şeklinde belirlenir. Mesela Borçlar Kanunu'nun 41 inci maddesinde haksız fiil belirlenirken, tanımlama yapılmış; Ticaret Kanunu'nun 56 ncı ve 57 nci maddelerinde Haksız Rekabet belirlenirken, hukuka aykırılık hem tanımlanmış, hem de örnekleme yapılmıştır. Rekabet Hukuku'nda hukuka aykırılık durumları üç grupta düzenlenmiştir. Bunlar, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar; hâkim durumun kötüye kullanılması ve birleşme veya devralmalar suretiyle rekabetin kısıtlanmasıdır. Rekabet Hukuku bakımından hukuka aykırılık, RKHK'nun 4 üncü maddesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ve 6 ncı maddesinde de hâkim durumun kötüye kullanılması, tanımlama ve örnekleme; 7 nci maddede ise birleşme veya devralmalar suretiyle rekabetin kısıtlanması tanımlama yöntemi ile belirlenmiştir. Rekabet Kanunu'nun bu düzenlemesine göre, hukuka aykırılık teşkil eden davranışların belirlenmesinde, rekabetin kısıtlanması esas alınmıştır. Başka bir ifade ile Rekabet Hukuku'nda hukuka aykırılık teşkil eden davranışların ortak özelliği rekabeti kısıtlayan davranışlar olmasıdır.

B. Muafiyet Türleri

Avrupa Birliği Hukuku'na paralel olarak, Hukukumuzda da muafiyet, muhataplarına göre "bireysel muafiyet" ve "grup muafiyeti" olarak iki şekilde öngörülmüştür.

1. Bireysel Muafiyet

Bireysel muafiyet, münferit bir anlaşma veya kararın, 4 üncü madde hükümlerinin uygulanması dışında tutulmasına yönelik olarak verilen Rekabet Kurulu kararı ile hukuka uygun sayılmasıdır. Kurul'un bu yöndeki kararı kurucu ve yenilik doğurucu bir karar olup, aynı zamanda birel koşul işlem niteliği taşır²⁹. Kurul'un muafiyet kararıyla rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşma, teşebbüs birliği kararları, RKHK'nun 4 üncü maddesi uygulama alanı dışına çıkarıldığından, artık bu anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları hakkında hukuka aykırılıktan söz edilmeyecektir.

²⁹ Tekinalp, s. 359; Sanlı, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s.132.

Teşebbüsler, muafiyet talebinde buldukları zaman; Kurul, RKHK'nun 5 inci maddesi çerçevesine gerekli şartların bulunup bulunmadığını inceler. Şartların bulunup bulunmadığı, her somut olay için ayrı ayrı araştırılacaktır. Kurul'un buradaki inceleme yetkisi oldukça geniştir. Bu geniş takdir yetkisinin sebeplerinden birincisi, Kanun'da belirlenen muafiyet şartlarının yoruma ve takdire ihtiyaç gösterecek şekilde belirlenmiş olmasıdır. İkinci sebep ise, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının, genel ekonomi ve toplum bakımından, yasaklamadan vazgeçmeye degecek derecede olumlu etkilerinin olup olmadığının, her somut durumda ayrıca değerlendirilmesinin gerekli olmasıdır. Gerçekten bu bakımdan Kurul, ancak tahmine ve varsayıma dayalı bir değerlendirme yapmak zorundadır. İşte bu da, Kurul'a geniş bir takdir yetkisi tanınmasını gerekli kılmaktadır. Ancak, muafiyet tanıyıp tanınamamak konusunda Kurul'un bir takdir yetkisinden söz etmek mümkün değildir. O halde, Kurul'un geniş takdir yetkisi, sadece muafiyet şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusundadır. Muafiyet şartlarının tahakkuk ettiği tespit edildiğinde, muafiyet tanınmasına ilişkin bir hakkın doğduğu kabul edilmelidir³⁰. Bu sebeple Muafiyet şartlarının bulunmasına rağmen, Kurul'un muafiyet tanınamaması mümkün değildir. Hal böyle olunca, Kurul'un muafiyet konusunda vereceği olumlu veya olumsuz karara karşı yargı yoluna başvurulması halinde, yargı merciinin sadece takdir yetkisinin aşılıp aşılmadığı yönünden inceleme yapması gerekir³¹. Bu sebeple, bireysel muafiyet talebiyle başvurulduğunda Kurul, tarafların başvuruda sundukları bilgilerle bağlı değildir. Bilakis, gerekli gördüğü her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan isteyebilir. Ayrıca, tarafların verdiği bilgilerin doğruluğu Kurul tarafından araştırılacağı için, teşebbüslerin gerçeğe uygun beyanmalarını prosedürü kolaylaştıracaktır. Bir anlaşmaya veya karara muafiyet verirken, dikkat edilmesi gereken en önemli hususlar, anlaşmanın niteliği ve taraf olan işletmelerin pazar paylarıdır. AB (Avrupa Birliği) Hukuku'ndaki muafiyet içtihatları, tekeli işlem, uzmanlaşma, araştırma-geliştirme, patent, know-how lisansları, ortak girişimlerle ilgili anlaşmalara bireysel muafiyet sağlamak; pazar paylaşımına, mal ve hizmetlerin arzı ve talebine ilişkin boykot anlaşmalarına, fiyat belirlemeye ilişkin anlaşmalara bireysel muafiyet tanınamamak yönündedir³².

30 Topçuoğlu, Kurul'un kanuni şartların tamamının varlığına rağmen muafiyet talebinin reddini haklı gösterecek gerekçeleri göstermek kaydıyla ret kararı vereceğini belirtir. Bkz., Topçuoğlu, s. 247.

31 Bunte, s. 110, 377.

32 Bunte, s. 386 vd.; Aslan (Avrupa Topluluğu) s. 147.

2. Grup Muafiyeti

RKHK nun 5 inci maddesinin son fıkrasında, Kurul'un birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabileceği düzenlenmiştir. Burada öngörülen grup muafiyeti tebliği nitelik olarak, bireysel muafiyetteki gibi bir karar değil, genel düzenleyici işlemdir³³. Böylece Hukukumuzda "grup muafiyeti" mümkün kılınmıştır. Her ne kadar açıkça tanımı yapılmasa da, hüküm, Rekabet Kurulu'na verilen bir yetki şeklinde düzenlenmiştir³⁴. AB Hukukunda ise Komisyon, Konsey'in çıkardığı yetki tüzüğüne dayanarak grup muafiyeti düzenlemeleri yapmaktadır. Komisyon bugüne kadar tekelden dağıtım anlaşmaları, tekelden satın alma anlaşmaları, araştırma ve geliştirme anlaşmaları, uzmanlaşma anlaşmaları, patent lisansı anlaşmaları gibi grup muafiyeti tüzükleri çıkarmıştır³⁵. Grup muafiyeti, muafiyetten beklenen hukuki güvenlik ve istikrar gibi tali amaçların gerçekleştirilmesinde bireysel muafiyetten daha elverişli bir araçtır. Bildirim olmaması teşebbüsleri önemli bir külfetten kurtarmaktadır.

Grup muafiyeti bakımından, hangi anlaşma türlerinin bir grup olarak muaf tutulacağına, Rekabet Kurulu tarafından karar verilecektir. Kanun'da öngörülmüş olan şartlar, grup muafiyeti için de geçerli şartlardır. Nitekim AB Hukukunda da, belirlenen şartlar hem bireysel muafiyet için, hem de grup muafiyeti için geçerlidir³⁶.

AB Hukuku'nda anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararlarına grup muafiyeti tanınması mümkün olduğu halde³⁷, RKHK'numuzda sadece anlaşmalar için grup muafiyetinden söz edilmiştir. Ancak Rekabet Kurulu, çıkarttığı grup muafiyeti tebliğlerinde, bu kurala uygun davranmayarak uyumlu eylemleri ve teşebbüs birliği kararlarını da kapsayacak şekilde genişletmektedir³⁸. Kanaatimizce de bu uygulama isabetli ve Kanun'un amacına uygun-

33 Sanlı s. 137.

34 Badur, s. 144.

35 Bkz., Bunte, s. 386 vd.

36 Bunte, s. 377.

37 Bkz., Schröter, s. 1047, Rn. 140.

38 Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin 2003/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nin 10. maddesine göre, "bu Tebliğ hükümleri, uygun olduğu ölçüde teşebbüsler arasındaki uyumlu eylemlere ve teşebbüs birliği kararlarına da uygulanır". 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, 2002/2 Nolu Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin 7 nci maddesine göre "bu Tebliğ, 2 nci maddenin kapsamına giren, teşebbüsler

dur³⁹. Tebliğ kapsamına giren somut bir anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi için ilgili anlaşmanın tebliğde öngörülen şartlara uygun olması gerekir. Grup muafiyetlerinde Kurul, çıkardığı tebliğlerle belirli kategoriye giren rekabeti sınırlayan anlaşmaları blok olarak yaptırımından muaf kılabilmektedir. Rekabet Kurulu bugüne kadar, grup muafiyetine ilişkin bir çok tebliğ çıkarmıştır. Bunlar, tek elden dağıtım anlaşmalarına ilişkin 97/3 no'lu Grup Muafiyeti tebliği, Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin 97/4 no'lu Grup Muafiyeti tebliği, Motorlu taşıtlar dağıtım ve servis anlaşmalarına ilişkin 98/3 no'lu Grup Muafiyeti tebliği, Franchise anlaşmalarına ilişkin 98/7 no'lu Grup Muafiyeti tebliği ve Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin 2003/2 nolu Grup Muafiyeti Tebliği'dir⁴⁰. Rekabet Kurulu çıkardığı 30.5.2002 tarihli dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti tebliği ile de, önceden değişik konulara ilişkin ayrı tebliğlerle düzenlenmiş olan grup muafiyetlerini tek tebliğde toplamıştır. Şöyle ki Tebliğ'in 10 uncu maddesi ile, Tebliğ'in yürürlüğe girmesi ile birlikte 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ve 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği yürürlükten kalkacağı öngörülmüştür.

Grup muafiyeti tebliğleri incelendiğinde esas olarak üç tür hükme yer verildiği görülür. Bunlar, muafiyet kapsamına giren yükümlülükler, muafiyet kapsamı dışında kalan şart ve yükümlülükler ve Muafiyetin geri alınacağı hallerdir. Tebliğler sadece yürürlüğe girmelerinden sonra yapılan anlaşma ve uyumlu eylemleri değil daha önce yapılan ve uygulanmakta olan anlaşma ve uyumlu eylemleri de içine alır⁴¹.

Bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, tarafların anlaşmalara sadece grup muafiyetine uygun kayıtlar koymaları yetmez. Aynı zamanda buna uygun şekilde davranmaları gerekir⁴².

C. Muafiyetin Şartları

Muafiyet için maddi ve şekli olmak üzere iki grup şarttan söz edilebilir. Bunlardan maddi şartlar, RKHK'nun 5 inci maddesinde sayılan şartlar; şekli

arası uyumlu eylemlere de uygulanır." Dolayısıyla Rekabet Kurulu, muafiyeti uyumlu eylemler bakımından da uygulanabilir görmektedir.

39 Kanaatimizce, Kanun'daki ifadenin, "uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını" da kapsayacak şekilde değiştirilmesi gereklidir.

40 Tüsiad- 98-12/244 8.61.

41 Sanlı, s. 137, 40; RKK. No: 01)06/46)11,30.01.2001 tarihli karar.

42 Sanlı, s.138.

şartlar ise bir muafiyet talebinde bulunulmuş olması ve anlaşmanın 10 uncu maddeye göre Kurul'a bildirilmiş olmasıdır. Ancak talep şartı, bireysel muafiyet için gerekli olduğu halde, mevcut bir grup muafiyetinden "yararlanmak"⁴³ için bir başvuruya gerek yoktur.

1. Maddi Şartlar

RKHK'nun 5 inci maddesi Kurul'un muafiyet tanıyabilmesini dört şarta bağlamıştır. RKHK'da düzenlenmiş olan bu şartlar, AB Hukuku'nda da geçerli olan şartlarla aynıdır⁴⁴ (ATA m. 81/3)⁴⁵. Muafiyet için RKHK'da düzenlenmiş olan şartlar,

- Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmamasıdır.

Kanun'un aradığı bu şartlar seçimlik şartlar değildir. Aksine bu şartlar birlikte aranır. Bireysel muafiyet talebinde Kurul'un, bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini her somut olayda ayrı ayrı inceleyerek karar vermesi ge-

⁴³ Mevcut bir grup muafiyet tebliğinden yararlanmak için talep şartı olmamakla birlikte, Kurul'un bir grup muafiyeti tebliği çıkarabilmesi için ilgili bir teşebbüsün talebinin bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Bu konu talep şartını inceleyeceğimiz kısımda daha ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

⁴⁴ Karş., Schröter, s. 1018, Rn. 112.

⁴⁵ Alman Hukukunda da öngörülmüş olan genel Muafiyet bakımından aranan şartlar AB Hukuku ve Hukukumuzla benzerlik gösterse de aynı şekilde düzenlenmiş değildir. Gerçekten GWB § 7'ye göre, " (1) Tüketicilerin de menfaati bulunmak kaydıyla malların ve hizmetlerin üretiminde, pazarlanmasında, tedarikinde, geri alınmasında veya imhasında gelişme ve iyileşmeye katkıda bulunan anlaşma ve kararlar, katılımcı teşebbüslerin gelişmesine başka yollarla ulaşılamıyor olması ve bununla ilintili rekabet sınırlamalarının zorunlu olması ve rekabet sınırlamalarının bir piyasa hakimiyeti oluşturmaması veya piyasa hakimiyetini kuvvetlendirmemesi kaydıyla 1. maddedeki yasaktan muaf tutulabilir. (2) Ekonomik uygulamaların uzmanlaşma veya başka yollarla rasyonelleştirilmesini, malların ve hizmetlerin karşılıklı alışverişini veya ticari yükümlülüklerin karşılıklı tedarikini konu edinen veya şartların tek tip uygulanmasını konu edinen anlaşma ve kararlar, sadece 2. maddenin 2. fıkrası ve 3/5 inci maddelere göre 1. maddedeki yasaktan muaf tutulabilir". Bu durumda Alman Hukukunda Genel Muafiyet için iki tür şart öngörülmüş olmaktadır. Bu ayırım, muafiyet tanınması söz konusu olan anlaşma tiplerine göre belirlenmiştir.

rekirken, genel düzenleyici işlem niteliğindeki grup muafiyetinde şartları genel olarak değerlendirerek soyut bir düzenlemede bulunması gerekir⁴⁶. RKHK'nun 5 inci maddesinde ifade edilen şartlardan ikisi olumlu, ikisi ise olumsuz şartlardır. Bu cümleden olmak üzere, (a) ve (b) bentlerinde düzenlenmiş olanlar olumlu şartlar, (c) ve (d) bentlerinde düzenlenenler de olumsuz şartlardır.

a. Olumlu Şartlar

Bu şartlardan ilki malların üretim ve dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanmasıdır. İkinci şart anlaşmanın faydalarından tüketicinin de yarar sağlamasıdır.

aa) Malların Üretim ve Dağıtımı İle Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

RKHK'da muafiyetin ilk şartı, "malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik ve teknik gelişmenin sağlanması" şeklinde ifade edilmiştir. Bunu "verimlilik veya ekonomik ya da teknolojik gelişme şartı" olarak ifade etmek mümkündür. Bu şartın içeriği, kanun koyucunun, sırf bireysel yararları değil, genel toplumsal yararı da gözettiğini göstermektedir. Zira "malların üretim ve dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması", bireysel yararların ötesinde, bir genel toplumsal yararı ifade etmektedir. Başka bir ifade ile bu şartın aranmış olması, muafiyet müessesesinin kabulü fikrinin altında; muafiyet tanınacak hallerin, rasyonelleştirme yoluyla elde edilecek kazanç, fiyatların düşmesi, kalitenin iyileştirilmesi gibi, hiç de azımsanmayacak ölçüde yararlarının bulunduğu düşüncesinin bulunduğu işaret etmektedir⁴⁷.

Muafiyet için aranan bu şartın iki seçimlik unsurdan oluştuğu söylenebilir. Şöyle ki "malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin sağlanması" ile "ekonomik veya teknik gelişmelerin sağlanması" seçeneklerinden birinin gerçekleşmesi yeterli olacaktır. AB Hukuku'nda da bu konudaki ilk şart, anlaşma veya kararın, üretimde veya dağıtımda ya da ekonomik veya teknik gelişmede iyileşmeye yol açma-

⁴⁶ Topçuoğlu, s. 251.

⁴⁷ Bunte, s. 378; Schröter, s. 1018-1019, Rn. 113.

sıdır⁴⁸. Üretimin iyileşmesi, malların dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında iyileşme, teknik ve ekonomik gelişmeyi teşvik bu kapsamda düşünülecektir⁴⁹. Dolayısıyla rekabeti sınırlayıcı hükümler içeren ve bu yönüyle rekabet düzenine zararları olan, ancak mal veya hizmet üretimi ya da dağıtımına ilişkin RKHK'da aranan olumlu sonuçları doğurabilecek nitelikte olan işbirliği uygulamaları muafiyet hükümlerinden yararlanabilecektir. Verimliliğin artırılması, üretimin genel ekonomik ve sosyal yararı, teknik ilerlemenin teşvikine ise, daha hızlı ve gelişmiş veya tamamen yeni bir teknolojinin ortaya çıkarılmasını ifade eder⁵⁰. Rekabeti arttıran, ekonomik alanlara yönelik yatırımları organize eden anlaşmalar, yeni bir sanayi kurulması, fuar veya sergilerin rasyonel hale getirilmesi gibi hususlar bu tür işbirliği davranışlarıdır. Yine işsizliğin önlenmesi ya da ekonomik sorunlarının azaltılması gibi haller de gelişme ve iyileşme kapsamına dahil edilebilir⁵¹.

Verimlilik veya ekonomik veya teknolojik gelişmenin sağlanması şartının objektif olarak tespiti son derece zordur⁵². Zira bu değerlendirme varsayımsal bir karşılaştırmaya dayanacaktır. Şöyle ki, muafiyet konusu anlaşma yapılması halinde doğacak sonuçlar ile anlaşma olmadan oluşacak durumun karşılaştırılması gerekir. Bu karşılaştırma sonucunda, anlaşmanın genel ekonomik durum bakımından oluşturacağı fayda ve zararların kıyaslanmasında, faydaların daha fazla olduğu tespit edilirse, şart tahakkuk etmiş sayılır. Yani bu kıyaslama sonucunda faydalar yönünde olumlu bir bakiye gözlenmelidir. Ancak yine de varsayımsal değerlendirmeye esas teşkil edecek objektif veriler kullanılmalıdır. Bu cümleden olmak üzere, yeni mal çeşitlerinin üretilmesi, yarı mamul mal tedarikinin güvence altına alınması, piyasada mevcut

48 Schröter, s. 1018, Rn. 113; Aslan, s. 148.

49 Schröter, s. 1019, Rn. 114.

50 Topçuoğlu, s. 253.

51 Tekinalp, s. 361.

52 Rekabet Kurulu bir kararında "anlaşmanın yararlı olması" şartını araştırırken, bir örnek uygulama yapmıştır. Şöyle ki, THY ile İsrail Hava Yolları arasında yapılan "havuz anlaşması"nın Kurul'a bildirilmesi üzerine yapılan incelemede söz konusu havuz anlaşması, uluslararası havacılık anlaşmasının izin verdiği düzenlemeleri aşacak nitelikte görülmüştür. Kurul, yapılan anlaşmayı rekabeti sınırladığı için RKHK nun 4 üncü maddesine aykırı bulmuştur. Fakat muafiyet imkanı söz konusu olduğundan, Kurul tarafından yapılan incelemede "havuz anlaşması"nda yer alan taraf hava yolları şirketlerinin kapasiteleri birlikte belirleme, elde edilen gelirin eşit paylaşılması, hava trafiğinin beraber planlanması gibi hükümler, RKHK nun 5 inci maddesinde öngörülen şartları ve bu kapsamda anlaşmanın yararlı olması şartını da taşıdığından muafiyet başvurusu uygun görülerek bildirim tarihinden itibaren 5 yıllık bireysel muafiyet kararı verilmiştir (RKK. No: 01-08/73-21, 13.02.2001 tarihli karar).

malların üretiminin rasyonelleştirilmesi, dağıtımın etkinleştirilmesi gibi veriler bu değerlendirmede esas alınabilecek objektif verilerdir⁵³.

bb) Tüketicilerin Yarar Sağlaması

Muafiyetin ikinci şartı, birinci şartta gözden geçirilen avantajın, teşebbüslerce stoklanmayıp, bilakis tüketicilere sunulmasıdır. Başka bir ifade ile, ekonomik açıdan yarar sağladığı kabul edilebilen bir işbirliği uygulaması, bu yararı tüketicilere yansıtmadığı sürece muafiyet hükümlerinden faydalanamaz. Yeterli rekabet baskısının varlığı halinde, piyasanın normal işleyişi içinde düşük maliyetler oluşacağından, tüketicilere yansiyacak fiyat avantajları oluşacaktır. Ancak burada "tüketici" ibaresi ile sadece nihai tüketici kastedilmemektedir. Aksine sözleşmenin taraflarına, doğrudan veya dolaylı olarak alıcı ve talep sıfatıyla dahil olan herkes tüketici kavramına dahildir⁵⁴.

Kanun'da kullanılan "kazanç" kavramından ise, rekabet sınırlamalarına sebep olan tedbirlerle bağlantılı olduğu varsayılan bütün yararlar anlaşılmalıdır⁵⁵. Dolayısıyla tüketicinin elde edeceği "yarar" geniş yorumlanmalıdır⁵⁶. Muafiyet talep edilen anlaşmanın tarafları, aralarındaki anlaşmanın, birinci şartta öngörülen avantajların tüketiciler yönünden nasıl ve hangi bakımdan yarar sağlayacağını da göstermelidirler⁵⁷. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, AB Hukuku bakımından tüketiciler için öngörülen bu avantajlar, muafiyet konusu anlaşma ile bağlantılı olumsuzluklar ile "adil, uygun, oranlı" (ölçülü) olmalıdır⁵⁸. Tüketicilerin ortaya çıkan sonuçlardan doğrudan yararlanabildiği hallerde, ATA m. 81/3 te öngörülen "uygun ölçüde pay alma" şartının gerçekleştiği kabul edilmektedir⁵⁹. Şöyle ki öncelikle anlaşmaya katılan teşebbüsler bakımından maliyetlerin düşmesi, daha iyi piyasa şartları sağlama, ikinci olarak müşteriler için daha iyi servis ve daha yüksek seçim imkanı ve son olarak, ancak teşebbüslerin birlikte çalışmasıyla elde edilebilecek nitelikte, yeni ve daha verimli ürünler geliştirilmesi, doğrudan yararlanma halle-

53 Schröter, s. 1022, Rn. 116 ve dn. 33 te yer alan Komisyon kararları; Bunte, s. 379.

54 Schröter, s. 1024, Rn. 118.

55 Bunte, s. 379.

56 Schröter, s. 1024, Rn. 118 ve dn. 61-69 arasında yer verilen Komisyon kararları.

57 Whish, s. 228 vd.

58 BAEL, Ivo Van / BELLIS, Jean François: Competition Law of the EEC, Oxfordshire 1990, s. 50; Bunte, s. 379; EuG 15 inci07.1994, 1994) I, 595, 634 (Matra Hachette).

59 Topçuoğlu, s. 255; Bunte, s. 379.

ridir⁶⁰. Ne var ki RKHK'da tüketicinin sağladığı yararın "adil, uygun, oranlı" olması aranmamıştır.

Tüketiciler için bir yarardan söz edildiğinde, sadece fiyatların düşmesi veya maliyetler yükselmesine rağmen fiyatların yükselmemesi şeklinde, sırf fiyat bakımından uygunluk anlaşılmalıdır. Bundan başka, malların kalitesindeki artış, arzın genişlemesi, düzenli teslimat, müşteri örgütlenmesi, garanti ve servis hizmetleri, konforlu alışveriş imkanları ve güvenli bakım da yarar kavramı içinde telakki edilmelidir. Öte yandan, fiyatların düşmesinin imkansızlaşmasında olduğu gibi, fiyatların sabitleşmesi ve arzın standartlaşması da tüketicilerin yararını şüpheli kılar. Bu durumda tüketicilerin yararından söz edebilmek için en azından kalitenin iyileşmesinin temin ediliyor olması gerekir⁶¹. Rekabet sınırlamaları ve buna bağlı sakıncalar ne kadar kuvvetli olursa, tüketiciler bakımından beklenen yarar da o kadar zayıf olacaktır. Dolayısıyla muafiyet kararı verilirken bu dengenin gözetilmesi gereklidir⁶².

b. Olumsuz Şartlar

Bu şartlardan birincisi (c) bendinde belirtilmiş olan "ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması"; ikincisi ise, (d) bendinde düzenlenen "rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan daha fazla sınırlanmaması"dır.

aa) İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

Muafiyet kararı verilebilmesi için, hakkında muafiyet talep edilen rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara rağmen, rekabet kısmen de olsa devam etmelidir. Bu sebeple, anlaşmaya taraf olan teşebbüsler arasındaki rekabeti önemli derecede ortadan kaldıran bir işbirliği uygulamasının muafiyet hükmünden yararlandırılabilmesi, ilgili piyasada rekabetin tamamen kalkıp kalkmadığına bağlıdır. Böylece kanun koyucu, rekabet sonucunda elde edilecek yararları, rekabeti ortadan kaldıran anlaşmalarla sağlanacak yararları tercih etmiş olmaktadır⁶³.

Rekabetin ortadan kalkmaması şartı, hem anlaşmanın tarafları için, hem de ilgili piyasanın tamamı için geçerli bir şarttır. Başka bir ifade ile muafiyet

60 Bunte, s. 380.

61 ATA 1991 L 19/25, 34 (KSB/Goulds/Lowara/ITT).

62 Bunte, s. 380.

63 Whish, s. 231 vd.

tanınması için, anlaşmanın, hem taraflar arasındaki rekabeti, hem de ilgili piyasadaki rekabeti tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olmaması gerekir. Kaldı ki, ilgili piyasadaki rekabetin ortadan kaldırılması, sonuç itibarıyla bir hakim durum yaratılmasına sebep olacağından, muafiyet tanınması müessesenin esasına da aykırı sayılacaktır. Muafiyet tanınıp tanınmayacağına ilişkin olarak ilgili piyasanın ne kadar bir bölümünde rekabetin devam etmesi gerektiği, öncelikle ilgili piyasa tespit edilerek, her piyasanın kendi özelliklerine göre belirlenmelidir⁶⁴. AB uygulamasında, Van Landewyck ile ilgili uyuşmazlıkta, piyasanın yüzde sekseninden fazlasını etkileyen anlaşmaya muafiyet tanınmayacağı sonucuna varılmıştır⁶⁵. Hatta piyasanın yüzde ellisini kontrol eden teşebbüslerin de muafiyet hükümlerinden yararlanabilmelerinin şüpheli olduğu kabul edilmektedir⁶⁶.

Bu açıklamalardan sonra, ortak araştırma ve geliştirme, ortak satış ve reklam, belirli ürünlerde karşılıklı olarak üretim kapasitesinin azaltılması ve uzmanlaşma gibi; belirli alanlarla sınırlı, taraflar arasındaki rekabeti ortadan kaldırmayan anlaşmaların muafiyet kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir⁶⁷. Ancak piyasa paylaşımını ve sabit fiyat uygulamalarını öngören anlaşmalar, muafiyet kapsamında değerlendirilmez. Buna göre, ilgili anlaşmaların amacı, piyasa paylaşımı olmadığı ve fiyat rekabeti de ortadan kalkmadığı sürece muafiyet imkanından söz edilebilecektir.

bb) Rekabetin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

Muafiyet için gerekli şartlardan biri de, anlaşmanın, gelişme ve iyileşmeye imkan verme ve tüketiciye yararlı olma amaçlarını gerçekleştirebilmek için, kaçınılmaz sınırlamalar dışında, rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar içermemesidir (RKHK md. 5/ I-d). Muafiyet için öngörülen bu olumsuz şart ile, esasen bir “nispilik esası” öngörülmektedir. Eğer bir anlaşma ile elde edilmek istenen amaç, anlaşmada öngörülenden daha az bir rekabet sınırlaması ile de elde edilebiliyorsa, bu anlaşma bakımından muafiyet tanınması mümkün değildir⁶⁸. Başka bir ifade ile, anlaşmada öngörülen rekabet sınırlamaları, ulaşılmak istenen amaç ile orantısız ise, zaruretten de söz edilemeyecektir. O halde bu şart, “zorunlu olmayan rekabet sınırlamasına muafiyet tanınamak”

64 Bunte, s. 381.

65 Schröter, s. 1030, Rn. 124, ve dn. 101; Whish, s. 231.

66 EuG 1977 L 16/8, 12 (Geofabrick); Schröter, s. 1030, Rn. 124, ve dn. 104; Bunte, s. 381; Akıncı, Ateş: Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2000, s. 250.

67 Topçuoğlu, s. 256.

68 EuG 23.02.1994 1994 II- 49 (Groupement Cartes Bancaires); Bunte, s. 380.

şeklinde ifade edilebilir⁶⁹. O halde, yetkili makamlar, daha az sınırlama ile aynı yararların elde edilip edilemeyeceğini araştırmalıdır. Bu araştırmanın, teşebbüslerin sübjektif durumları nazara alınmadan, objektif ölçülere göre yapılması gerekir⁷⁰.

Rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmaması şartının bulunup bulunmadığı değerlendirilirken, dar bir anlayış içinde yorumlamak gereklidir⁷¹. Rekabet sınırlamalarının, ulaşılmak istenen amaç ile orantısız olması halinde, bu anlaşmaya yönelik muafiyet talebi reddedilebileceği gibi, orantısızlığa sebep olan kayıtların kaldırılması haline bağlı olarak, şartlı muafiyet kararı da verebilir (m. 5/2)⁷². Bu nedenle, AB Hukuku uygulamalarında, sağlanan yararlar için zorunlu olmayan rekabet sınırlamalarına yol açan anlaşma hükümleri, Komisyon tarafından anlaşmadan çıkarılmaktadır⁷³. Hangi kısıtlamaların kanunda gösterilen amacın gerçekleşmesi için gerekli olduğu, anlaşma konusu ve hükümlerine göre belirlenecektir. Anlaşma konusunun ve kanundaki amacın elde edilmesine katkıda bulunmayacak kısıtlamalar "zaruri" olmayan veya gereğinden fazla sınırlama olarak değerlendirilecektir⁷⁴. Rekabet Kurulu, konuyla ilgili olarak verdiği bir kararda; Besler Gıda'nın bayileriyle yaptığı bayilik sözleşmesinde, "bayilerin pasif satışlarının engellenmesi ve bayilerin satış fiyatlarının belirlenmesi suretiyle, bayilik sözleşmelerinden beklenen faydanın elde edilebilmesi için zorunlu olandan daha fazla rekabetin kısıtlandığı, dolayısıyla bildirim konu olan sözleşmelere bireysel muafiyet verilebilmesi için gerekli olan şartların sağlanmaması nedeniyle sözleşmelere bireysel muafiyet verilemeyeceğine" sonucuna ulaşmıştır⁷⁵.

Zorunlu olan kısıtlamalar da, RKK'nun 5 inci maddesinin (a) ve (b) bentlerinde gösterilen amacın gerçekleştirilmesine katkıda bulunacak nitelikte, kaçınılmaz sınırlamalar olmalıdır. Kaçınılmaz sınırlamalar nedeniyle grup muafiyeti kapsamında değerlendirilemeyecek bir anlaşma, bu şartlar çerçevesinde bireysel muafiyet talebiyle Kurul incelemesine sunulabilir. Öte yandan, öngörülen rekabet sınırlamalarının zorunlu olması da yeterli değildir. Zira, daha önce açıkladığımız "ilgili piyasanın önemli bir bölümünde reka-

69 Schröter, s. 1026, Rn. 119.

70 Schröter, s. 1026, Rn. 120.

71 EuG 09.07.1992 1992 II, 1995, 2021 ff. (Publishers Association); Bunte, s. 380.

72 Whish, s. 231.

73 Aslan, s. 149.

74 Topçuoğlu, s. 257.

75 RKK. No; 99-53/575 364,2 2.11.1999 sayılı karar.

betin ortadan kalkmaması” şartının da, bu şartla birlikte aranması gerekir. Nitekim bir anlaşma ile öngörülen rekabet sınırlamaları, zorunlu olandan daha fazla olmasa bile, rekabetin tamamen ortadan kalkmış olması sebebiyle muafiyete engel olabilecektir.

2. Şekli Şartlar

a. Talep

RKHK'nun 5 inci maddesindeki şartları taşıyan bir rekabeti sınırlayıcı anlaşma, kendiliğinden yasak kapsamından çıkamaz. Böyle bir anlaşmanın RKHK'nun 4 üncü maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulabilmesi için, ilgili teşebbüslerin bu yönde bir talebi gerekir. Kanaatimizce talep şartı sadece bireysel muafiyet için değil, grup muafiyeti için de gereklidir. Zira grup muafiyetinin düzenlendiği RKHK'nun 5/son maddesi hükmünde, grup muafiyeti tebliği çıkarılabilmesi için, “birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi” kaydı bulunmaktadır. Birinci fıkrada ise, talep şartı da vardır. O halde, bir grup muafiyeti tebliği çıkarılabilmesi için de, talep şarttır. Kaldı ki muafiyet şartları incelendiğinde, bir talep ve ilgililerince bilgi verilmedikçe Kurul'un bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Öte yandan, bir talep olmaksızın grup muafiyeti çıkarılması, Kurul'un re'sen hareket etmesini gerektirmektedir. Oysa RKHK'nun 9/1 inci maddesinde, “Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanun'un Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir karar” alması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu durumda, rekabeti ihlal edici nitelikte bir işlem veya eylem halinde, Kurul'un re'sen yapabileceği tek işlem, ihlale son verilmesini sağlayacak bir karar vermektir. Grup muafiyeti, 9 uncu madde hükmünün bir istisnası niteliğinde olmadığından, Kurul'un bir ihlal halinde, soruşturma yerine, grup muafiyeti tebliği çıkarılmasına karar vermesinin, 9 uncu madde hükmü ile çelişki oluşturacağı kanaatindeyiz. Bu durumda, Kurul tarafından yapılacak bir soruşturma sonucunda; anlaşma, uyumlu eylem ya da birlik kararlarının, RKHK'nun 4 üncü maddesini ihlal ettiği; ancak aynı zamanda muafiyet için gerekli maddi şartların da mevcut olduğu tespit edilse bile, kendiliğinden muafiyet tanınması mümkün değildir. Zira, tarafların bu yönde Kanun'un aradığı şekilde bir talepleri mevcut değildir. O halde, Kurul'un bir grup muafiyeti tebliği düzenlemesi yapabilmesi için de, ilgili teşebbüslerden bir talep gelmesi gereklidir. Hal böyle olmakla birlikte, bütün teşebbüslerin talep etmesi gerekli olmayıp, bir teşebbüsün talebi de yeterlidir. Ancak kanaatimizce Kurul, bireysel muafiyet talep edilen bir durumda, bir grup mua-

fiyeti tebliği çıkarabilir. Zira bu durumda talep şartı gerçekleşmiş olmaktadır.

Grup muafiyeti tebliği çıkarılmış olan konularda, muafiyetten yararlanmak için ise, tarafların talepte bulunmalarına ihtiyaç yoktur. Grup muafiyeti tebliğinde belirlenen şartları taşıyan anlaşmalar, yapıldıkları andan itibaren muafiyet hükümlerinden yararlanabilirler. Ancak yapmış oldukları böyle bir anlaşmanın grup muafiyeti için gerekli olan şartları taşıyıp taşımadığı hususunda kuşku duyan tarafların bildirimde bulunarak, grup muafiyeti tebliğine uygun olup olmadığı konusunda bir karar verilmesini talep edebilirler. Kanaatimizce bu talep, “menfi tespit kararı” verilmesine ilişkin bir talep olarak kabul edilmelidir. Zira RKHK’nun 8 inci maddesinde düzenlenen hüküm ile, “ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul’un, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanun’un 4, 6 ve 7 nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebileceği” düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bir anlaşma, uyumlu eylem veya kararın, Kanun’un 4, 6 ve 7 nci maddelerine aykırı olmadığını tespiti, hukuka aykırılığın bulunmadığının tespitinden ibarettir. Hukuka aykırılığın bulunmadığı hususu ise, hukuka aykırılık şartları gerçekleşmediğinden dolayı söz konusu olabileceği gibi; aşağıda açıklayacağımız üzere, muafiyet sebebiyle de söz konusu olabilir.

b. Anlaşmanın Kurul’a Bildirilmiş Olması

Rekabeti kısıtlayan bir anlaşmanın muafiyet talebine konu edilebilmesi için gerekli şekli şartlardan birisi de, anlaşmanın Kurul’a bildirilmesidir. Zira Kanun’un 10 uncu maddesine göre, 4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurul’a bildirilir. Bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz. Zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi halinde muafiyet, bildirim tarihinden itibaren geçerlidir. O halde, RKHK’nun 4 üncü maddesi kapsamına giren işbirliği uygulamalarının Kurul’a bildirilmemesinin; taraf teşebbüslere RKHK 16/ I-c maddesi uyarınca, para cezası uygulanmasından, anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının 56 ncı maddeye göre geçersiz sayılmasından ve 57-58 inci maddelere göre tazminat müeyyidesinden başka; muafiyet hükümlerinin uygulanmaması gibi bir müeyyidesi de söz konusu olmaktadır.

Bildirim, tarafların yapmış oldukları işbirliği uygulamalarının icrasını engellemez. Buna göre, RKHK’nun 4 üncü maddesi kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararlarının bildirim için öngörülen “bir aylık bildirim süresi” nitelik olarak hak düşürücü ya da zamaşımı süresi değildir. Dolayısıyla bu süreden sonra da bildirimde bulunulması mümkündür.

İhbar ya da şikayet yoluyla ve yahut Kurul tarafından re'sen soruşturma kapsamına alınmaya kadar, böyle bir işbirliği uygulaması hakkında, Kurul'a bildirimde bulunulabilecektir. Bu durumda da ilgili işbirliği uygulamasına muafiyet tanınması mümkündür. Ancak bu halde, ilgili işbirliği uygulamasına muafiyet tanındığında, muafiyet kararının hükümleri bildirim tarihinden itibaren geçerlidir. Bir görüşe göre⁷⁶, süresi geçtikten sonra yapılmış olsa bile, muafiyet hükümleri geçmişe etkili olmalıdır. Geç bildirilen anlaşmaya para cezası veya başka bir müeyyide uygulanmalıdır. Çünkü geçersiz bir anlaşma sonradan geçerli hale gelemeyeceğine göre; muafiyet hükümleri geçmişe etkili şekilde yürütülmekle, anlaşma yapıldığı tarihten itibaren RKHK'nun 4 üncü maddesi uygulama alanı dışına çıkarılmış olacak ve temel hukuk ilkelerine aykırı bir sonuç önlenmiş olacaktır. Bu düşünceye katılmaktayız. Gerçekten "muafiyetin geçmişe etkili olmayacağı" şeklindeki bir sonucun, ancak bir müeyyide olarak değerlendirilebileceği kabul edildiğinde, bu, anlamlı bir müeyyide olmamaktadır. Yukarıda açıklananların yanında, muafiyet şartlarının mevcut olması halinde; anlaşmanın yasaklanmasının değil, yasak dışına çıkarılmasının genel ve bireysel bakımdan daha yararlı olmasının da, aynı sonuca götüreceğini ifade etmek yerinde olacaktır.

Bir anlaşma, uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararı, aynı zamanda grup muafiyetleri tebliği kapsamında ise, bunun için bildirim gerekmediği, bu tür işbirliği uygulamalarının kendiliğinden muafiyet hükümlerinden yararlanacağı ileri sürülmüştür⁷⁷. Ayrıca, Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanun'un 10 uncu Maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında 1997/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği'nin (1997/2 sayılı Tebliğ) 3/son maddesinde, "Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan grup muafiyeti tebliğleri kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının bildirilmesine gerek olmadığı" düzenlenmişse de, bu düzenlemenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira Kanun'da, ne bildirim yükümlülüğü ne de bildirim yapılmadıkça muafiyetten yararlanılamayacağı konusunda, grup muafiyeti ile bireysel muafiyet arasında bir ayırım yapılmıştır. Aksine, Kanun'un lafzı dikkate alındığında, bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümlerinin uygulanmayacağı anlaşılmaktadır. Bu sebeple, genel düzenleyici işlem niteliğinde olan grup muafiyeti tebliği hükümleri de, bildirilmemiş anlaşmalara uygulanmayacaktır. Öte yandan, bu hükmün amacı; anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının Kurul tarafından takip ve kontrolünü kolaylaştırmaktır. O halde, anlaşma uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının bir grup muafiyet tebliği kapsamın-

⁷⁶ Topçuoğlu, s. 260.

⁷⁷ Topçuoğlu, s. 260.

da değerlendirilmeleri, bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalıdır. Dolayısıyla grup muafiyetinden yararlanmak için bir karara ihtiyaç olmadığından talep aranmasa da; bildirim şartının aranmasında yarar vardır. Kaldı ki bu çözüm tarzı, teşebbüslerin de lehinedir. Şöyle ki, bir anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararı Kurul'a bildirilmiş ise, Kurul bunları Kanun'a aykırı bulsa bile, Kanun hükümlerini açık bir biçimde ihlal etmemeleri durumunda, Kurul'un vereceği nihai karara kadar geçecek süre için para cezası uygulanmaz (RKHK m. 16/son)⁷⁸. Öte yandan, bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının grup muafiyeti kapsamına girmesi için bildirim zorunlu olduğunun kabulü, teşebbüsleri de belirsiz bir durumdan kurtaracaktır. Gerçekten teşebbüsler, taraf oldukları anlaşmaların grup muafiyeti kapsamında olduğunu düşünerek bildirim yapmasalar bile; bu durum, gerektiğinde anlaşma hakkında soruşturma yapılmasına ve müeyyide uygulanmasına engel olmayacaktır. Bu sebeple, anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve teşebbüs birliği kararlarının, Kanun'un 10 uncu maddesine göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliğinin 3/son maddesinin Kanun'a aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Bildirim, Kurul tarafından hazırlanmış bildirim formu (Form 1) ile yapılır (1997/2 sayılı Tebliğ m. 5/1). Bildirim formunda değerlendirilen bilgilerde sonradan değişiklik olduğu takdirde bu değişiklikler de 1 ay içinde Kurul'a bildirilmelidir (1997/2 Sayılı Tebliğ m. 5/1). Kurul'a bildirimde bulunacak kimse, teşebbüs olarak kabul edilecek kişilere göre değişir. Gerçek kişi olan teşebbüslerde gerçek kişinin kendisi ya da yetkili temsilcisi, tüzel kişi olan teşebbüslerde ise tüzel kişi adına hareket etmeye yetkili olan kişi, organı ya da yetkili temsilcisidir. Bildirimin söz konusu anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı taraflarından biri aracılığıyla yapılması yeterlidir. Bu durumda bildirimde bulunun taraf, işbirliği uygulamasının diğer tarafını durumdan haberdar etmelidir. Bildirim, Rekabet Kurulu tarafından alındığı tarihte yapılmış sayılır. Eğer bilgi ve belgelerde eksiklik varsa, bildirim bu eksikliklerin giderildiği tarihte yapılmış sayılır (1997/2 Sayılı Tebliğ m. 6).

78 Nitekim AB sisteminde de, bildirim şartı kaldırılmadan önceki döneme ilişkin olarak, bildirimde bulunan tarafların, Komisyonun bildirim hakkındaki kararı kendilerine ulaşmaya kadar güven içerisinde aralarındaki anlaşmayı icra edebilecekleri kabul edilmekteydi. Bu halde, Komisyon anlaşmanın ATA 81/1'e aykırı olduğunu dolayısıyla muafiyet tanınmayacağını bildirirse bile, taraflara ceza uygulanmamaktaydı. Fakat Komisyona bildirilmemiş anlaşmalara geçmişe etkili olarak ceza tatbik edilebileceği görüşü beyan edilmişti. Bkz., Topçuoğlu, s. 260, dn. 201.

D. Muafiyet Kararı

1. Muafiyet Kararını Vermeye Yetkili Makam

Hukumumuzda muafiyet kararları vermeye ve grup muafiyet tebliğleri çıkarmaya yetkili makam, Rekabet Kurulu'dur (RKHK m. 5). Her ne kadar muafiyetin geri alınmasına ilişkin 13 üncü maddede açıkça ifade edilmese de, yetkide paralellik ilkesi sebebiyle, muafiyetin geri alınması kararları ile grup muafiyeti tebliğlerinin ilgasına da Kurul yetkilidir. Alman hukuk sisteminde, Ekonomi ve Çalışma Bakanlığı'nın da belli şartların varlığı halinde her hangi bir anlaşma veya kararın yasak kapsamından çıkarılmasına karar verebileceği düzenlenmiş olmakla birlikte (GWB § 8), hukukumuzda Rekabet Kurulu'ndan başka bir merci yetkili kılınmamıştır.

AB Hukuku bakımından yetkili makam, Komisyon olmakla birlikte; Konseyin, Komisyonun muafiyetle ilgili kararlarını nasıl vereceğine ilişkin Tüzükler çıkarma yetkisi vardır (ATA m. 83/2)⁷⁹. Dolayısıyla Komisyonun yetkisi, Konseyin tüzük çıkarma yetkisi ile sınırlanmış olmaktadır. Hukukumuzda ise, Kurul'un muafiyet konusundaki yetkisi mutlaklıdır.

2. Muafiyet Kararının Şart ve Yükümlülüklerle Bağlanabilmesi

Kurul, muafiyeti bazı şartlara ya da belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlayabilir (RKHK m. 5/2). Yani Rekabet Kurulu muafiyet kararı verirken, anlaşmanın taraflarına bazı mükellefiyetler yükleyebilecek, hatta teşebbüslere belirli davranışlarda bulunmayı emredebilecektir. Ayrıca Rekabet Kurulu kendisine bildirilen bir anlaşmaya sadece muafiyet kararı verirken değil, muafiyet kararı verildikten sonra da çeşitli yükümlülüklerle bağlayabilir⁸⁰. Rekabet Kurulu, verdiği bir kararda konuyla ilgili olarak böyle bir sonuca ulaşmıştır. Şöyle ki, YKM, bayileriyle imzaladığı "dağıtım anlaşmaları"na Kurul'dan öncelikle menfi tespit belgesinin verilmesini talep etmiş, verilmemesi halinde muafiyet tanınmasını istemiştir. Rekabet Kurulu konuyla ilgili olarak yaptığı incelemede anlaşmada yer alan yeniden satış fiyatı belirlenmesine yönelik düzenleme nedeniyle RKHK'nun 4 üncü maddesi çerçevesinde bir dikey anlaşma olması nedeniyle, ilgili sözleşmeye menfi tespit belgesi verilemeyeceğine karar vermiştir. Dolayısıyla 5 inci madde kapsamında muafiyet verilip verilemeyeceğini tespit etmiş ve anlaşmada yer alan yeniden satış fiyatı belirlenmesine ilişkin hükümden başka, bayilerin sigorta şirketi seçimini kısıtlayarak YKM Sigorta'ya yönlendiren hüküm içerdiği için, bireysel muafiyet talebini reddetmiştir. Ancak anlaşmanın,

⁷⁹ Bkz., Bunte, s. 384.

⁸⁰ Sanlı, s. 135.

YKM mağazalarında uygulanan genel ilke ve uygulamalara, uygulanan fiyat, satış ve belge düzenine uyulması mecburiyetlerinin kaldırılmasının yanında, bayilerin sigorta şirketi seçiminde özgür bırakacak şekilde yeniden düzenlenmesi kaydıyla, ilgili anlaşmalara bireysel muafiyet tanınabileceğine karar vermiştir⁸¹. Burada şart ve yükümlülük kelimelerinin özel hukuktaki şart ve yükümlülük kavramlarından daha geniş anlamda kullanıldığı konusunda görüşler vardır. Zira kurul kararı özel hukuk işlemi değil, bir idari işlemdir. Dolayısıyla Kurul, taraflara belirli bir şartı gerçekleştirmelerinde geçerli olmak üzere muafiyet kararı veremez. Çünkü idari işlemler geciktirici şarta bağlı olarak verilemez. Ancak Kurul, taraflardan belirli şartları yerine getirmelerini isteyebilir ve kararını bu şartlar oluştuktan sonra verebilir. Aynı şekilde muafiyet kararı bozucu şarta bağlı olarak da verilemez. O halde, kanun koyucu buradaki şart ve yükümlülük kavramlarını özel hukuktaki anlamları ile kullanmamıştır⁸². Muafiyet talebine konu olan bir anlaşmada Kurul, muafiyetle bağdaşmayacak kayıtların kaldırılması veya tarafların düzenli ve sürekli olarak Kurul'a bilgi vermeleri yükümlülüğünü de koyabilir⁸³.

3. Muafiyetin Süresi ve Yenilenmesi

RKHK 'nın 5 inci maddesinin 2. fıkrasına göre, muafiyet kararları azami 5 Yıllık bir süre için verilir. Kanun'da, süre belirlenirken "muafiyet kararları" ibaresi kullanıldığından, bu 5 yıllık üst sınır bireysel muafiyet kararları için geçerlidir. Grup muafiyetleri ile ilgili hükümde ise bir süre şartı öngörülmemiştir (m.5/son). Ancak grup muafiyetleri bakımından, Kurul, çıkaracağı tebliğlerde bir süre şartı öngörebilir. Hatta muafiyetin amacı ve bireysel muafiyetin süreli olması karşısında, Kurul'un tebliğ konusu anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının özelliğine göre her grup muafiyeti tebliğinde süre öngörmesinin uygun olduğu kanaatindeyiz. Grup muafiyetlerinin süreli olması konusunda, Kurul'un çıkardığı tebliğleri her zaman yürürlükten kaldırabileceği düşüncesi ile, sürenin gerekli olmadığı düşünülebilir. Ancak, öncelikle bireysel muafiyette de geri alma imkanı olduğu halde, kanun koyucu hem Kurul, hem de teşebbüsler bakımından belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla süre öngörmüştür. Kanaatimizce bu isabetli bir düzenleme olup, aynı gerekçeler grup muafiyeti için de geçerlidir. Dolayısıyla grup muafiyeti tebliğlerinde süre öngörülerek, bireysel muafiyetteki belirginlik burada da sağlanmalıdır. Böylece bir grup anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği

81 RKK. No: 01-25/245-67, 29.05.2001 tarihli karar.

82 Aslan, s. 139.

83 Topçuoğlu, s. 262.

kararının, mutlak olarak RKHK'nun kontrolünden çıkarılması ihtimali de ortadan kaldırılmış olacaktır. Kaldı ki, Kurul'un sürenin bitiminde tebliği yenilemesi de mümkün olduğundan, süreli olmasının herhangi bir sakıncası olmayacaktır.

Muafiyet süresinin başlangıcı, Kurul'a zamanında bildirilenler için yapıldıkları zamanda⁸⁴, süre geçtikten sonra yapılan bildirimler için, bildirim tarihinden itibaren geçerli olacaktır (RKHK m. 10/1). Bireysel muafiyet için öngörülen 5 yıllık süre mutlak bir olmayıp, azami süre olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Kurul'un 5 yıldan daha kısa bir süre için muafiyet tanınması da mümkündür. Kurul, muafiyet süresini belirlerken, muafiyet konusu anlaşma ile ulaşılmak istenen amaç ve muafiyet şartlarını nazara alarak; gerekli olacağı öngörülen bir süre ile muafiyet tanınmalı, gerekli olandan fazla bir süre için muafiyet tanımamaya özen göstermelidir⁸⁵. AB Hukuku'nda da muafiyetin süreli olarak verilmesi öngörülmüş ancak bir azami süre belirlenmemiştir⁸⁶. RKHK'nun 5 inci maddesinin 2. fıkrasında muafiyet kararlarının yenilenmesi durumu da düzenlenmiştir. Buna göre; Kurul tarafından verilen muafiyet süresi sona erdiğinde muafiyet şartları halen devam ediyorsa, ilgili tarafların başvurusu üzerine muafiyet kararları yenilenebilir. O halde, Kurul'un muafiyetle elde edilmek istenen amacın gerçekleşebileceğini öngördüğü süre veya azami süre muafiyetin sonuçlarını doğurmak için yeterli olmazsa, muafiyet süresi uzatılabilir.

4. Muafiyetin Etki Ve Sonuçları

a. Hukuka Aykırılığın Ortadan Kalkması

Muafiyetin düzenlendiği 5 inci madde hükmü incelendiğinde, bu müessesenin sırf kanuna aykırılığın sonuçlarının ertelenmesi veya bu sonuçların uygulanmasından vazgeçilmesi amacıyla sevk edilmediği anlaşılmaktadır. Zira öncelikle maddede, muafiyetin amacı, "teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulması" olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla muafiyetin anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarıyla ilgili sonucu, 4 üncü maddedeki düzenleme ile açıklanmalıdır. RKHK'nun 4 üncü maddesine göre, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı ola-

⁸⁴ RKHK nun 10 uncu maddesindeki "zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi halinde muafiyet, bildirim tarihinden itibaren geçerlidir" ifadesinin karşıt anlamından, zamanında bildirim yapılmışsa, muafiyetin baştan itibaren geçerli olacağı anlaşılmaktadır.

⁸⁵ EuGH 25.10.1977 Sig. 1977, 1906 (Metro/SABAI), Bkz. Bunte, s. 382.

⁸⁶ Bkz., Bunte, s. 382.

rak 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. O halde, bu maddedeki düzenleme ile, “teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin karar ve eylemlerinin” hukuka aykırılık durumları belirlenmektedir. O halde, muafiyetin sonucu, 4 üncü maddede düzenlenen hukuka aykırılık durumu ile ilgilidir. Başka bir ifade ile, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulması, bunlarla ilgili olarak hukuka aykırılığın oluşmaması anlamına gelir⁸⁷. Gerçekten muafiyet kararı verilmesi ile, muafiyet kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları bakımından bir hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır. Böylece, muafiyet kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları Kanun’un 4 üncü maddesi anlamında hukuka aykırı olarak değerlendirilmeyeceklerdir. Ancak bu sonuç, 10 uncu maddeye göre öngörülen sürede Kurul’a bildirilmemiş anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları bakımından bir farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, Kurul’a süresinden daha geç bildirilmiş olan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları hakkındaki muafiyet süresi, ancak bildirim tarihinden itibaren geçerli olacağından, muafiyetin sonuçları da bu tarihten itibaren geçerli olacaktır. Bu durum, özellikle muafiyetin Özel Hukuk alanındaki sonuçları bakımından önemlidir.

Muafiyet kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları için 4 üncü madde anlamında hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden, hukuka aykırılığın sonuçları da uygulanmayacaktır. Ancak muafiyet kararı, işbirliği uygulamalarının sadece 4 üncü maddedeki türden bir hukuka aykırılığı kaldıracağından, 6 ncı veya 7 nci maddede düzenlenen yasaklamalar geçerli olacaktır⁸⁸. Bu sebeple hakkında muafiyet kararı verilmiş olan işbirliği uygulamaları hakkında, “hâkim durumun kötüye kullanılması” veya “birleşme ve devralma” yasakları ve bu yasaklara bağlı sonuçlar devam edecektir. Bu cümleden olmak üzere, muafiyet kararı, devam eden bu yasaklamalar bakımından, hukuka aykırılığın oluşmasına engel olmayacağı gibi, grup muafiyet tebliği de uygulanamayacaktır. Bu sebeple, devam eden yasaklara bağlı geçersizlik ve tazminat sonuçları da bertaraf edilmiş olmayacaktır.

87 Benzer görüş için bkz., Schröter, s. 1016-1017, Rn. 110.

88 Öz, Gamze: Rekabet ve Yargı Sempozyumu, 5 Mart 1999, s. 22.

b. Muafiyetin Hukuka Aykırılığın Müeyyideleri Üzerindeki Etkileri

Muafiyetin etkilerini, RKHK'nda yer alan hukuka aykırılığın sonuçları bakımından, ayrı ayrı irdelemek gerekmektedir. RKHK'da bu yasaklamalar için öngörülen sonuçlar, ihlale son verme (m. 9), geçici tedbirler (m. 9), idari para cezası uygulanması (m.16), geçersizlik (m. 56) ve tazminat sorumluluğu (m. 57-58) dur. Muafiyetin etkileri bakımından bu sonuçları, Kanun'un sistematığına uygun olarak iki gruba ayırmayı uygun görüyoruz. Zira Kanun'da yasaklanan hallerin Rekabet Hukuku'na mahsus sonuçları ve Özel Hukuk'a mahsus sonuçları birbirinden ayrılmıştır.

aa) Muafiyetin Rekabet Hukuku Alanındaki Sonuçlar Bakımından Etkileri

Muafiyetin Rekabet Hukuku alanındaki sonuçları, ihlale son verme (m. 9), geçici tedbirler (m. 9) ve idari para cezası uygulanmasıdır (m.16).

aaa) Muafiyetin İhlale Son Verme Müeyyidesi Bakımından Etkileri

Kurul, Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine Kanun'un Dördüncü Kısmı'nda (m. 40-55) belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir karar alabilir. Bu karar, hukuka aykırı işbirliği davranışlarının oluşturduğu hukuka aykırılığa son verilmesine yöneliktir. Muafiyet kararı varsa, hukuka aykırılık söz konusu olmayacağından, böyle bir karar alınması da gerekli olmayacaktır.

bbb) Muafiyetin Geçici Tedbirler Uygulaması Bakımından Etkileri

Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir (m. 9/4). Kanaatimizce Kurul, gerek anlaşma veya kararların RKHK'nu ihlali, gerekse muafiyet verilip verilmeyeceği hakkında nihai kararını verinceye kadar geçici tedbirler uygulanmasına karar verebilir. Kurul, muafiyet konusunda olumlu karar verdiğinde, bu tür geçici tedbirler de kalkar.

ccc) Muafiyetin Para Cezası Müeyyidesi Bakımından Etkileri

Muafiyet kararı varsa, hukuka aykırılık olmayacağına göre, artık RKHK'nun ihlalden bahsetmek mümkün değildir. Bu sebeple muafiyet varsa, "4 üncü maddede yasaklanmış olan davranışların gerçekleştirilmesine para cezası öngören" 16/2 nci madde hükmü uygulanamaz. Başka bir ifade

ile, muafiyet kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları, 4 üncü maddede yasaklanmış olan davranışlardan sayılmayacağından, para cezası müeyyidesine de sebep olmaz.

Muafiyet kararının bu etkisi bakımından, 10 uncu maddeye göre Kurul'a süresinden daha geç bildirilen anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları önem arz etmektedirler. Zira bu tür anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları hakkında muafiyet hükümlerinin bildirim tarihinden itibaren sonuç doğuracağını, dolayısıyla aradaki sürede hukuka aykırılığın mevcut olacağını belirtmiştik. O halde bu anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının, bildirim tarihine kadar, 4 üncü maddede yasaklanmış olan davranışlardan sayılmaları gereklidir. O halde, böyle durumlarda Kurul, aradaki dönem için 16 ncı maddenin 2 nci fıkrasına göre para cezası uygulamalıdır. Zira bu dönemde anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları 4 üncü maddede yasaklanan davranışlardandır ve para cezası uygulamasına engel olacak herhangi bir sebep yoktur.

bb) Muafiyetin Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlar Bakımından Etkileri

aaa) Muafiyetin Geçersizlik Müeyyidesi Bakımından Etkileri

Muafiyet kararının etki ve sonuçları bakımından önemli bir konu da, anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının muafiyet kararından önceki hukuki durumudur. Gerçekten muafiyet kararı geçmişe etkili olduğundan, anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları baştan itibaren hukuka uygun sayılacaktır. Ancak geçersizlik müeyyidesi bakımından, anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının bu aşamadaki hukuki durumu tartışılmalıdır.

RKHK'nun 56 ncı maddesinde düzenlenen "geçersizlik" müeyyidesinin niteliği⁸⁹ ve buna bağlı olarak muafiyetin etkisi hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Muafiyetin RKHK'na aykırı anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarına uygulanacak geçersizlik müeyyidesi ile ilgili sonuçları hakkındaki kanaatimizi bu konudaki görüşleri de değerlendirerek ifade etmeyi uygun buluyoruz.

⁸⁹ Geçersizlik müeyyidesinin niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Sanlı, s. 384 vd.; Aksoy, Nazlı: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Yasaklayıcı Hükümlerin Genel Sistematiği Ve Kanuna Aykırılığın Yaptırımları, Rekabet Kurumu Yayınlanmış Uzmanlık Tezi, Ankara 2002, s. 9 vd.; Gürzumar, Osman: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Dergisi, Sa. 12, s. 7 vd.

aaaa) Askıda Geçersizlik Görüşü

Muafiyetin geçersizlik müeyyidesine etkisi hakkındaki bir görüşe göre⁹⁰, 4 üncü maddeye aykırı hukuki işlemlerin tabi olduğu geçersizlik rejimini, sadece Kanun'un 4 ve 56 ncı maddeleri göz önünde tutarak tespit etmek ve geçersizliğin türünü butlan olarak kabul etmek mümkün değildir. Geçersizlik türünün ve hükümlerinin tespit edilmesinde, muafiyete ilişkin özelliklerin de dikkate alınması zorunludur. Bu görüşü ileri süren Yazar, meseleye bireysel muafiyet açısından bakıldığında ve 4 üncü maddeye aykırı bir sözleşmenin Kurul'un vereceği bir idari kararla geçmişe etkili olarak (ex tunc) geçerli hale gelebildiği dikkate alındığında, geçersizliğin kesinliğini ortadan kaldıran bu durumun butlan yaptırımının bünyesi ile bağdaşmadığını belirtmektedir⁹¹. Buna göre 4 üncü maddeye aykırı olan bir sözleşme kendiliğinden ve başlangıçtan itibaren söz konusu olan ve hakim tarafından re'sen gözetilecek bir geçersizliğe tabi olmakla birlikte; bu geçersizlik, muafiyet alabilme imkan ve ihtimali nedeniyle, askıda bir geçersizlik halidir. Buna göre, grup muafiyetinden yararlanan veya bireysel muafiyet almış olan sözleşmelerin geçerliliğinin ise, RKHK'nun 13 üncü maddesi ile öngörülen "muafiyetin geri alınması" ihtimali karşısında, askıda geçerlilik olarak nitelendirilebileceğini de belirtmektedir. Bu görüş çerçevesinde, butlan yaptırımı, ancak Kurul tarafından muafiyet talebi reddedilen veya hakkında muafiyetin geri alınması kararı alınan hukuki işlemler için söz konusu edilebilen istisnai bir geçersizlik türü olmaktadır. Yazar, bireysel muafiyetin süreli olarak verilmesi zorunluluğu nedeniyle, bireysel muafiyet almış sözleşmelerin geçerliliğini "sınırlı süreli geçerlilik" olarak ifade etmektedir. Grup muafiyeti hükümlerinin uygulandığı bir durumda 4 üncü maddenin tatbikine yer olmayacağı ve böyle bir durumda butlandan bahsetmenin mümkün olmadığı da belirtilmektedir⁹².

bbbb) Topal Hukuki Muamele Görüşü

Muafiyetin geçersizlik müeyyidesi üzerindeki etkisi konusundaki başka bir görüşe göre⁹³, Kurul'a bildirilen anlaşmalar, Kurul'un muafiyet talebini olumlu ya da olumsuz sonuçlandırmasına kadar geçen süre içerisinde "topal

⁹⁰ SANLI, s. 398 vd.

⁹¹ SANLI, s. 399.

⁹² SANLI, s. 401-402.

⁹³ Topçuoğlu, s. 286 vd.

hukuki muamele”⁹⁴ niteliğindedir. Buna göre, rekabeti kısıtlayan dolayısıyla Kanun’un 4 üncü maddesini ihlal eden bir işbirliği anlaşması ya muafiyet kapsamına alınarak yasak ilkesinden ayrı tutulacak ya da soruşturma kapsamına alınacaktır. Yapıldığı andan itibaren hükümsüz sayılan işbirliği anlaşması ancak muafiyet kararıyla ayakta tutulabilmektedir. Bu yüzden muafiyet kararına kadar söz konusu anlaşmanın total hukuki muamele niteliğine büründüğü söylenebilir. Zira sakat bir işlem sonradan sıhhat kazanıyorsa, bu nitelikteki işlemler “eksik işlemler” ibaresi ile ifade edilmektedir. Yazar, geçersizlik hükümlerinin kesin olduğunu, yani hükümsüz bir işlemin daha başlangıçta ölü doğduğunu ve sonradan dirilmesine, sıhhat kazanmasına imkan olmadığını, bu sebeple, RKHK’nun 56 ncı maddesindeki geçersizlik durumunun “askıda geçersizlik” olarak ifade edilmesini isabetli bulunmaktadır. Bu görüşe göre, kurul kararı, herhangi bir teşebbüsler arası anlaşmanın geçerliliği veya hüküm ifade etmesi için gerekli bir unsur değildir. Kurul kararının anlaşma veya kararın tamamlanması gereken bir şartı olarak algılanamayacağından askıda geçersizlikten bahsedilemeyeceğini belirtmektedir⁹⁵. Ancak yazar anılan geçersizlik halini butlan olarak da nitelendirmekte ve butlanın kesinliğini de belirtmektedir⁹⁶. Ancak bu durumda hem butlan hem de total hukuki işlem nitelendirmesi bir arada yer almış olmaktadır. Öte yandan “total hukuki muamele” kavramı, özel hukukta, taraflardan biri için bağlayıcı olmayıp, diğeri için bağlayıcı olan işlemler için kullanılan bir kavramdır⁹⁷. Ayrıca, taraflardan biri için bağlayıcı olup diğeri için bağlayıcı olmayan işlemler, askıda geçersizlik ve/veya eksiklik üst kavramı içinde yer alan işlemlerden olabilirler⁹⁸.

cccc) Muafiyetin Mutlak Butlanın Şartı Olduğu Görüşü

Üçüncü bir görüşe göre, RKHK’nun 56 ncı maddesinde düzenlenen geçersizlik yaptırımı, Borçlar Hukukunda yer alan, kanuna aykırı sözleşmelerin

94 Yazar, Total Hukuki Muamele kavramını, Devletler Özel Hukuku Alanına dayandırmaktadır. Şöyle ki Milletler arası özel hukuk alanında bir devletin iç hukukuna göre geçerli olan bir işlemin diğere devletler hukukunda geçersiz sayılması yahut çeşitli gerekçelere binaen tanınmaması ya da tenfiz edilmemesi sonucunda ortaya çıkan muamelelere total hukuki muamele denmektedir. Bkz. Çelikel, Aysel: Milletler Arası Özel Hukuk, İstanbul 1992, s. 33; Bkz., Topçuoğlu, s. 287, dn. 1153.

95 Topçuoğlu, s. 289-292.

96 Topçuoğlu, s. 283-284.

97 Bkz., Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, 2. Bs., İstanbul 1999, s.128; Ataay, Aytakin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 1, 3.Bs., İstanbul 1981s.182-183; Karş., Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bs., Ankara 2003, s. 300

98 Eren, s. 300

geçersizliği ile aynıdır. Dolayısıyla 4 üncü madde kapsamına giren anlaşmalar zaten kendiliğinden hüküm doğuran mutlak butlan yaptırımına tabidirler⁹⁹. Ancak bu yaptırımın sonuçlarını doğurması için anlaşmanın 5 inci maddedeki muafiyetten yararlanmaması gerekmektedir. Zira anlaşmaya muafiyet tanınması, anlaşmayı geçerli hale getirmemekle birlikte, RKHK'nun geçersizliğe bağladığı hukuki sonuçların uygulanmasını engellemektedir¹⁰⁰. Buna göre kanuna aykırı olduğu için butlan yaptırımına tabi olan bir anlaşma, o kanunu uygulamaya yetkili makam olan Rekabet Kurulu'nun idari nitelikteki bir kararıyla Kanun'da yer alan yasaklayıcı maddenin uygulama alanı dışına çıkarılmakta, fakat geçerli hale getirilmemektedir. Muafiyet kararı sonucunda, anlaşmanın rekabete aykırılığı devam etmekte, ancak Rekabet Kurulu RKHK'nun kendisine vermiş olduğu yaptırım uygulama yetkisinden idari nitelikte bir kararla vazgeçerek, 4 üncü maddenin sonuçları olan para cezası ve geçersizliğe ilişkin hükümleri uygulanmamaktadır¹⁰¹. Kanaatimizce yazarın muafiyetin geçersizlik müeyyidesi üzerindeki etkisi ile ilgili bu açıklaması yerinde değildir. Zira öncelikle gerek Borçlar Kanunu'nun konu ile ilgili 20 nci maddesi hükmü, gerekse RKHK'nun 56 ncı maddesi hükmü emredici nitelikte olup, muafiyet de bunun bir istisnası değildir. Bundan başka muafiyeti Kurul'un, Kanun'un yasaklayıcı hükümlerini uygulamaktan vazgeçmesi şeklinde ifade etmek, hem muafiyet müessesesine, hem muafiyetle ilgili hükümlere, hem RKHK'da yer alan yasaklama ve ceza hükümlerine uygun değildir. Zira Kurul'un bu konulardan hiçbirinde vazgeçme yetkisi yoktur.

99 Öz, Turgut: Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1997, s. 62, dn. 155; Aksoy, s. 42.; Badur, s.159-160.

Ayrıca, buradaki geçersizliğin, Rekabet Kanunu'na aykırılıktan doğan bir geçersizlik olduğundan bahisle BK. m. 19, 20 anlamında bir geçersizlik olduğunu ifade eden bir yazar da; Rekabet Hukuku hükümleri rekabetin sınırlanıp sınırlanmadığından bağımsız olacak şekilde, direkt olarak uygulanarak, herhangi bir sözleşmenin BK m.20 gereği geçersiz olduğuna karar vermeyi sağlayamayacağını, ancak Rekabet Hukukunun uygulanmasının maddi şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verildikten sonra, yani rekabet sınırlamasının varlığı saptandıktan sonra geçersizlik değerlendirmesi yapılabileceğini belirtir. Bkz., Özdemir, Saibe Oktay: Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s.177. Ancak bu açıklama butlan müessesesine ve butlan uygulamasına uygun değildir.

100 Aksoy, s.42.

101 Aksoy, s. 36.

dddd) Muafiyetin Geçersiz İşlemi Geçerli Kıldığı Görüşü

Nihayet konuyu Borçlar Kanunu'nun geçersizlik sistemi çerçevesinde irdeleyen bir başka görüşe göre¹⁰², RKHK'nun 4 üncü maddesine aykırı sözleşmelerin aynı Kanun'un 56 ncı maddesinde belirtilen geçersizliği, kanuna aykırılık nedeniyle, BK 19-20 nci maddeleri çerçevesinde ve her zaman butlan niteliğinde değildir. Yazar, RKHK'nun 4 üncü maddesindeki yasak kapsamına girdiği için hukuka aykırı olarak nitelendirilen bir sözleşmenin, özel hukuk alanındaki neticelerinden biri de geçersizlik olduğuna ve aynı Kanun'un bir başka hükmüne göre, belirli şartların gerçekleşmesi halinde söz konusu anlaşma veya karar hakkında muafiyet kararı verilebileceğine göre; muafiyetin özel hukuk alanındaki bir anlamının da, muafiyet ile birlikte geçerlilik kazanması anlamına geldiğini belirtmektedir. Dolayısıyla butlan, hukuki işlemlerin başlangıçta yapıldığı haliyle ve yapıldığı anda yöneldiği hüküm ve sonuçlarla birlikte sonradan canlanabilmesi imkanı bulunmaksızın, yaygın ifadeyle işlemin "ölü doğması" olduğuna göre; RKHK'nun 4 üncü maddesindeki yasak kapsamına girmekle birlikte, Kurul'dan muafiyet alarak geçerli hale gelen bir sözleşmenin geçersizliğinin de butlan niteliğinde olmaması gereklidir. Zira batıl bir işlem, ne icazet ile ne de idari bir işlemle sonradan geçerlilik kazanabilir. Yazar, Kanun'un 5 inci maddesi çerçevesinde muafiyetten yararlandırılan bir sözleşmenin, Kurul'un bireysel muafiyet kararıyla geçerli hale gelmediği, bireysel muafiyete rağmen butlanın hala devam ettiği şeklindeki görüşün de¹⁰³ kabul edilemez olduğunu ifade eder. Buna göre, böyle bir sözleşmenin de rekabeti sınırlayıcı niteliğinin ve dolayısıyla hukuka aykırılığının devam ettiğini, muafiyet kararının söz konusu sözleşmeye sadece muafiyet süresince Kanun'a aykırılığın yaptırımlarının uygulanmasını engellediği ifade edilmiş olmakla birlikte, söz konusu aykırılığın özel hukuktaki yaptırımlarından birinin de 56 ncı madde hükmünde vurgulanan geçersizlik olduğu göz ardı edilemez. O halde söz konusu görüşün kullandığı önermenin doğal sonucu da, esasen muafiyetin RKHK'nun 4 üncü maddesi hükmüne aykırı sözleşmeleri geçerli hale getirmesidir. Oysa bir anlaşma veya teşebbüs birliği kararının hem geçersiz olması, hem de hüküm ve sonuç doğurması mümkün görülmez. Yazar, kanun koyucunun, 4 üncü maddeye aykırı olmakla birlikte, muafiyetten yararlanan sözleşmelerin 56 ncı madde hükmünde vurgulanan geçersizlik yaptırımından kurtulmalarını da amaçladığını belirtir. Şu halde, buradaki geçersizlik, nedeni yasaklayıcı bir kanun hükmüne aykırılık olduğu halde, kendisi kesin bir nitelik taşıma-

¹⁰² Gürzumar, s. 7 vd.

¹⁰³ Bkz., Aksoy, s. 46.

makta ve eğer taraflarca usulüne göre muafiyet başvurusu yapılırsa idari bir kararla geçmişe etkili olarak düzelebilmek imkanına sahip bulunmaktadır. Bu durumda, böyle bir sözleşmenin geçersizliğinin, butlan yerine, bir tür askıda geçersizlik olarak nitelendirilmesi gerekir¹⁰⁴. Bu görüşe karşı, şimdiye kadar Medeni Hukuk dogmatiklerinde geliştirilmiş olan geçersizlik modelleri içinde, askıda geçersiz olarak nitelendirilen geçersizlik hallerinin hiçbirisinin, dar anlamda hukuka aykırılık nedenine dayanan haller olmadığı itirazı yapıldığını¹⁰⁵; ancak, böyle bir itiraza temel olan yaklaşımın, RKHK'na aykırı olduğu için batıl olduğu ileri sürülen bir sözleşmenin, nasıl olup da bir idari kararla hüküm ve sonuç doğurur hale gelebildiğini de açıklanması gerektiği savunulmaktadır. Buna karşın, yazara göre RKHK'nun 4 üncü maddesine aykırı olmakla birlikte, muafiyet alabilecek bir sözleşmenin geçersizliğinin askıda geçersizlik ve hatta noksanlık olarak nitelendirilmesi, böyle bir sözleşmenin geçersizliğinin kesin nitelik taşımadığını ve Kurul'ca tanınacak bir muafiyetten yararlanmak suretiyle düzelebilmek imkanına sahip olduğunu işaret etmesi bakımından daha makul bir yaklaşımdır.

eeee) Muafiyetin Geçersizlik Müeyyidesi Üzerindeki Etkisi Hakkındaki Görüşümüz

AB Hukuku bakımından konunun düzenlendiği, 81/2 inci madde hükmü ile, birinci fıkraya göre yasaklanmış olan üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve konuları itibarıyla ortak pazardaki rekabeti bozma, kısıtlama veya ortadan kaldırma etkisine sahip olan teşebbüsler arası anlaşmaların, "kendiliğinden geçersiz" olacağı hükme bağlanmıştır¹⁰⁶. AB Hukuku'na ilişkin literatürde, Adalet Divanı'nın bir kararında¹⁰⁷ yaptığı nitelendirmeye dayanılarak; ATA 81/2 nci maddesi hükmü ile getirilmiş olan geçersizlik (Ungültigkeit, Unwirksamkeit) yaptırımının, baştan itibaren (ab initio) ve kendiliğinden (ipso iure) söz konusu olan, sözleşmenin tarafları arasında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaması ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülmemesi neticesine yol açan, hakim tarafından re'sen dikkate alınması gere-

104 Yazar, askıda geçersizlik nitelendirmesinin, RKHK nun 4 üncü maddesine aykırı olup, henüz muafiyet almamış olan sözleşmeler için uygun bulmayan Topçuoğlu'nun, bu sözleşmeleri, muafiyet almadan önceki durumları bakımından "topal hukuki muamele" olarak nitelendiren yaklaşımına (Bkz., Topçuoğlu, s. 292) katılmamaktadır. Bkz. Gürzumar, s. 58, dn. 150. Yazar, bu görüşe katılmadığını ifade ederken, "askıda geçersizlik" kavramının, "topal hukuki işlem" kavramını da içine alan bir üst kavram olduğunu vurgular.

105 Bkz. Aksoy, s.46.

106 İnan, Nurkut: Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s. 72.

107 EuGH 25.11.1971 Slg. 1971, 962 (Béguelin) ; Bkz., Bunte, s. 403; Gürzumar, s. 16.

ken, mutlak bir geçersizlik olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁸. Ayrıca, bu özelliklerden hareketle, doktrinde, buradaki geçersizlik için, bazı yazarlarca, butlan terimi kullanılmaktadır¹⁰⁹. Ancak AB Hukuku'ndaki düzenlemeye ilişkin olarak, "butlan" nitelendirmesi yapmadan, sadece "geçersizlik" terimini kullanmayı tercih eden yazarlar olduğu gibi¹¹⁰; Komisyon'a bildirilmesi gereken ve bildirilmiş bulunan, bireysel muafiyet talep edilen sözleşmeler için, "askıda geçersizlik" nitelendirmesi yapan yazarlar da vardır¹¹¹. Öte yandan Komisyon'a bildirilmesi gereken, 17/62 sayılı Konsey Tüzüğü çerçevesinde usulüne uygun olarak, bireysel muafiyet almak üzere bildirilmiş olan ve fakat anılan Tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce aktedilmiş olan sözleşmeler için, Komisyon'un bireysel muafiyet talebini reddetmesi ve butlanı tespit etmesi anına kadar geçen süredeki durum için, Komisyonun bu konudaki içtihatlarına dayanarak "askıda geçerlilik" (vorläufige Gültigkeit) terimi de kullanılmaktadır¹¹².

Alman Hukuku bakımından ise, biraz farklı bir düzenleme şekli vardır. Şöyle ki öncelikle muafiyet konusu kartel anlaşmalarının yasak olduğu düzenlenmekle beraber (GWB §1), bu kanunda yasaklanan anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının geçerliliği konusunda hüküm sevk edilmemiştir. Bu sebeple yasaklanmış olan bu anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının akıbetinin Genel Hükümlere göre yorumlanması gerekmektedir. O halde yasaklanan bu anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları, kanuna aykırılığın genel sonucu olan butlan müeyyidesine tabi olacaktır (BGB § 134)¹¹³. Ancak bu hükümde "farklı bir özel hüküm yoksa" kaydı bulunduğundan, bu konuda "anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının muafiyetle birlikte geçerli olacağına" dair §§ 9/3 ve 10/1 hükümlerinin nazara alınması gerekmektedir.

¹⁰⁸ Bunte, 403; Bkz. Langen/Bunte: Kommentar zum Deutschen und Europaeischen Kartellrecht, Bd. 1, 8. Aufl., Berlin 1998, No 170 m.85, s.170, s.1532;

¹⁰⁹ Bunte, s. 403-404.

¹¹⁰ Whish, s.260 vd.

¹¹¹ Tekinalp, s. 432. Gürzumar, bu yaklaşımda, geçmişe etkili bireysel muafiyet alabilmek için bildirim külfetine tabi olmayan anlaşmalar bakımından artık 17/62 sayılı Tüzüğün 4'üncü maddesinin 1216/99 sayılı Tüzükle uğradığı değişikliğin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz., Gürzumar, s. 14, dn. 36. Kanaatimizce de, değişiklikte birlikte, bildirim yükümlülüğü kalkmış olduğundan, artık böyle bir durum da söz konusu değildir. Ancak, benzer durumlar ve bildirim yükümlülüğünün bulunduğu hukuk sistemleri bakımından yararlanılabilecek bir görüş olması sebebiyle burada zikretmeyi uygun buluyoruz.

¹¹² Bkz. Bunte, s. 404-405; Langen/Bunte, No 168/169 m.85, s.1531/1532; Tekinalp, s.432; Gürzumar, s.14.

¹¹³ Bunte, s. 93.

Bu hükümlerde, yasaklanan anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının ancak muafiyet kazandığında geçerli olacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır¹¹⁴. Bu durumda Alman Hukuku bakımından yasak kapsamından çıkarılınca kadar anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları için bir “askıda geçersizlik” (Schwebende Unwriksamkeit) halinin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır¹¹⁵. Kaldı ki yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere Alman Hukukunda kartel yasağı AB Sistemi ve Hukuk Sistemimizle paralel olmakla birlikte, anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının yasak kapsamından çıkarılması konusunda farklılıklar arz etmektedir. Bu farklılık yasak kapsamından çıkarılan anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının geçerlilik durumu ile ilgili konuda da ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce¹¹⁶ konu, RKHK'nun 4, 5 ve 6 ncı maddelerinde de vurgu yapılan “Hukuka Aykırılık” kavramından yola çıkarak değerlendirilmelidir. Şöyle ki RKHK'nun anılan maddelerinde yasaklamalar, bu maddelerde sayılan hallerin hukuka aykırı olduğu vurgulanarak ifade edilmiştir. O halde öncelikle belirtmek gerekir ki, bu maddelerde yasaklanan haller ve bu arada 4 üncü madde kapsamında yasaklanmış olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar da hukuka aykırı sayılırlar. Hukuka aykırılığın Özel Hukuktaki sonucu ise butlandır (BK. m. 20). Bu durumda genel hüküm niteliğindeki bu hükme göre, RKHK'na aykırı hukuki işlemler da batıl olacaktır. RKHK'nun özel kanun niteliği göz önüne alındığında, Borçlar Kanunu'ndaki butlan müeyyidesinden sarfinazar edebilmek için, RKHK'da butlan dışında bir sonucun öngörülüp öngörülmediği önem arz etmektedir. RKHK'da ise başka bir müeyyide öngörülmediği gibi, aksine daha üst bir kavram olan “geçersizlik” kavramı kullanılmıştır. Bu durumda konuyu Borçlar Kanunu çerçevesinden çıkaracak bir hükmün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu tür anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının muafiyet yoluyla hukuka aykırılıktan kurtulabilmesini, butlan dışında bir müeyyide öngörüldüğü şeklinde yorumlamak için de, RKHK'nun 56 ncı maddesindeki geçersizlik hükmünü ve 5 inci maddesindeki muafiyet hükmünü zorlamak gerekmektedir. Zira bu iki hüküm ayrı ayrı değerlendirilse de, birlikte değerlendirilse de; kanun koyucu-

114 Bkz., Bunte, s. 93-94; Langen/Bunte, s.103 vd.

115 Bunte, s. 93.

116 Çalışmamızın konusu “RKHK na aykırı işlemlerin geçersizliği” konusu ile doğrudan ilgili olmayıp, sadece “muafiyetin geçersizlik üzerindeki etkisi” ni irdelediğimizden, geçersizlik müeyyidesi ile ilgili tartışmalara çok girmemeyi tercih ediyoruz. Bu kısımda, kısmen yer verdiğimiz eleştirilerle yetinerek, “geçersizlik hukuki sonucunun niteliği” hakkındaki görüşümüz, muafiyetin bu sonuç üzerindeki etkisini açıklamaktan ibaret olan kanaatimiz yer almaktadır.

nun bu hükümlerle, butlan müeyyidesinden ayrılmayı arzuladığını söylemek zordur. Kaldı ki kanun koyucu bilinçli olmasa bile “geçersizlik” genel kavramını kullanmıştır. Bu da kanun koyucunun iradesinin genel bir kavram yönünde olduğunu göstermektedir. Kaldı ki RKHK’da “geçersizlik” müeyyidesinin “Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları” başlığı ile düzenlenmiş olması, Özel Hukuka ilişkin telakkilerin benimsendiğine de işaret eder.

RKHK’na aykırılığın geçersizliğinin hangi geçersizlik türüne tekabül ettiği konusundaki görüşler birlikte değerlendirildiğinde, butlan müeyyidesinin kabulünde, muafiyet kapsamındaki işbirliği uygulamaları hakkında butlan müeyyidesinin uygulanmasında güçlük bulunduğu düşüncesinin tereddüte yol açtığı gözlenmektedir. Bu tereddüt sebebiyle, askıda geçersizlik, topal hukuki işlem, Rekabet Hukukuna mahsus takdire bağlı butlan gibi geçersizlik nitelendirmeleri yapıldığını görüyoruz. O halde, her ne kadar açıkça ifade edilmiş olmasa da, butlan müeyyidesini reddeden yazarlara göre de, hukuka aykırılık hallerinin düzenlendiği maddelerden 6 ncı ve 7 nci maddeler bakımından, butlan müeyyidesinin uygulanmasında bir sorun olmayacağı söylenebilir. Bu durumda anılan maddelere aykırılık halinde butlan, 4 üncü maddeye aykırılık halinde başka bir geçersizlik müeyyidesi uygulanması gibi çelişkili bir sonuca ulaşılmış olacaktır.

Kanaatimizce RKHK’da hukuka aykırılığın bir müeyyidesi olarak öngörülen geçersizlik müeyyidesinin niteliğini tespit ederken, muafiyet müessesesinden hareket etmek isabetli değildir. Bilakis hukuki nitelendirmeyi hukuka aykırılık kavramından hareket ederek yapmak, muafiyetin hukuka aykırılık üzerindeki sonuçlarına göre, geçersizlik müeyyidesine etkilerini tartışmak gerekir. Hal böyle olunca yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, gerek RKHK’nun 56 ncı maddesi, gerekse BK nun 20 nci maddesi birlikte değerlendirildiğinde, RKHK’na aykırılık şeklinde tezahür eden hukuka aykırılığın müeyyidesi butlandır. Muafiyetin butlan müeyyidesi üzerindeki etkisine gelince, daha önce açıkladığımız üzere muafiyet, hukuka aykırılığın doğmasına, başka bir ifade ile anlaşma veya kararın 4 üncü maddeyi ihlal etmiş sayılmasına imkan vermeyen bir müessesedir. Yani muafiyet varsa, hukuka aykırılık yoktur. Üstelik muafiyet bu etkiyi talep tarihi itibarıyla değil, geriye dönük olarak, baştan itibaren doğurur. O halde muafiyet konusu işlem, baştan itibaren hiçbir zaman hukuka aykırı olmamış olur. Bu durumda muafiyetten önce batıl olan işlemin, muafiyetten sonra canlanmasından da bahsedilemez. Borçlar Hukuku Teorisinde butlanın sonradan ortadan kaldırılamayacağı ifade edilirken, hukuki işlemdeki bir eksikliğin sonradan tamamlanması veya işleme icazet verilmesi gibi bir sonraki işlem kastedilmektedir. Bu konuda, ithali yasak olan bir malın ithal edilmesinden sonra ithal yasağı-

Kanaatimizce Muafiyet kararı, tazminat sorumluluğu bakımından araştırılacak olan ve haksız fiil teorisinde kabul edilen hukuka aykırılığa uygun düşen hukuka aykırılık bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eder.

Kanun'un düzenlemesi göz önüne alındığında, hukuka uygunluk 5 inci maddede sayılan sebeplerin varlığına değil, Rekabet Kurulu'nun muafiyet konusunda bir karar vermesine bağlıdır. Yani kurul muafiyet kararı vermedikçe, yukarıda sayılan sebepler bulunsun bile, muafiyet kararı yoksa davranış hukuka aykırı olarak kabul edilecektir. O halde Rekabet Hukuku bakımından hukuka uygunluk sebebi 5 inci maddede sayılan sebepler değil, muafiyet kararının bulunmasıdır. Ancak hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu durumda, davranış hukuka aykırı olmaz. Hukuka uygunluk sebepleri, bir kamu yetkisinin kullanılması, özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması, zarar görenin zarara razı olması, vekaletsiz iş görme, meşru müdafaa, zaruret hali ve kendi hakkını korumak için kuvvet kullanmadır¹¹⁸. Bu cümleden olmak üzere, muafiyet, kapsamındaki anlaşma veya kararların tarafları için "özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması" niteliğindedir. Bu sebeple, tazminat sorumluluğu bakımından muafiyet kararı bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Belirtmek gerekir ki bütün hakların kullanımında olduğu gibi, bu hakkın kullanılmasında da "hakkın kötüye kullanılması yasağı" bir sınır teşkil eder. Başka bir ifade ile muafiyet kapsamındaki anlaşmalar, tazminat sorumluluğu bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmekle birlikte, hakkın kötüye kullanılması halinde tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.

RKHK'nun 10 uncu maddesine göre süresinden sonra bildirim yapılan anlaşmalar hakkında verilen muafiyet kararlarının hukuka uygunluk sebebi teşkil etmesi, tazminat sorumluluğu bakımından da tartışılması gereken önemli bir konudur. Para cezası ve Geçersizlik müeyyideleri bakımından yaptığımız değerlendirmenin bu konuda da geçerli olduğu kanaatindeyiz. Buna göre, anlaşmanın yapıldığı tarih ile bildirim tarihi arasında, hukuka aykırılık mevcut olacağından, bu dönem için tarafların tazminat sorumlulukları devam edecektir.

E. Muafiyetin Geri Alınması

Kurul muafiyet kararını geri alabilir. Muafiyetin hangi hallerde geri alınabileceği RKHK'nun 13 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'da tespit edilen hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda Kurul, muafiyet kararını geri alabileceği gibi, geri almayı gerektiren durum tarafların kanuna aykırı

¹¹⁸ Bkz., Eren, s. 563 vd.

davranışlarından kaynaklanmışsa bu davranışları da yasaklayabilir. Muafiyet kararının geri alınmasını gerektiren sebepler kanunda şu şekilde belirtilmiştir:

- i) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması,
- ii) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi,
- iii) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması.

Buna göre sayılan üç sebepten birinin gerçekleşmesi halinde, muafiyet kararı Kurul'ca geri alınabilecektir. Muafiyet kararı, "kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanılarak verilmiş olması" halinde, bu yanlışlık veya eksiklik ilgili teşebbüsün hilesi veya kastıyla gerçekleşmişse, muafiyet kararı hiç alınmamış sayılacaktır. Eğer tarafların hile ve kastı söz konusu değilse geri alma kararı muafiyetin verildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır. Kanunun tarafların kusuru dışında bir kararın hiç alınmamış sayılması ile kararın verildiği tarihten itibaren kaldırılması arasında herhangi bir fark gözettilmesini söylemek mümkün değildir. Zira her iki halin de tabi olduğu sonuçlar aynıdır¹¹⁹. Ancak RKHK'nun 16/a maddesinde "muafiyet kararının tarafların yanıltıcı veya yanlış bilgi vermesi sonucunda alınması", ayrıca bir ceza sebebi sayılmıştır.

Muafiyetin geri alınması da kararın verilmesinde olduğu gibi Rekabet Kurulu'nun bir kararıyla olacaktır. Muafiyetin geri alınmasına ilişkin kararlar birlikte, muafiyet kararından önce başlamış bir soruşturma varsa, eski soruşturma olduğu yerden devam edeceği için bu bir ara karardır¹²⁰.

Muafiyetin geri alınması ile ilgili hüküm, bireysel muafiyetle ilgili olup, grup muafiyeti açısından uygulanmaz. Zira grup muafiyeti bir kararla verildiği için kararlar geri alınması da mümkün değildir. Bu yüzden ancak anlaşmanın grup muafiyeti tebliği içine girip girmediğinin tespiti kararı verilebilir. Bununla birlikte grup muafiyetleri bakımından, grup muafiyeti kapsamına giren bir anlaşmanın sonradan muafiyet koşullarıyla bağdaşmayan etkilere sahip olduğu tespit edilirse, Kurul'un söz konusu anlaşmaya tanıdığı muafiyeti bir kararla değil, soruşturma kapsamına almak suretiyle sona erdireceği görüşü ifade edilmiştir¹²¹. Ne var ki kanaatimizce, grup muafiyeti

¹¹⁹ Aslan, s. 137.

¹²⁰ Badur, s. 156.

¹²¹ Topçuoğlu, s. 263.

tebliği ile belirlenen şartlara aykırı anlaşmalar bu muafiyetten faydalanmayacağı gibi, sonradan aykırı duruma gelen anlaşmalar da bu anadan itibaren hiçbir soruşturma olmasa bile muafiyet kapsamından çıkar. Anılan görüşün kabulü halinde ise, soruşturma başlatılmadığı sürece muafiyetin devam edeceğini kabul zorunlu olacağından, hukuka aykırılığın meydana geldiği an ve müeyyideler buna göre değişecektir. Ayrıca anılan görüşün kabulü halinde, muafiyetin sona ermesi için yine de Kurul'un kararına ihtiyaç olduğu sonucuna ulaşılır. Zira soruşturma açılması da bir kurul kararıdır. Bu durumda da görüş, başlangıç noktası ile çelişkili olacaktır. AB Hukuku'nda da muafiyet kararlarının geri alınması mümkündür. Ancak AB düzenlemesinde Türk Rekabet Hukuku'ndan farklı olarak muafiyetin geri alınabilmesi için bir neden daha öngörülmüştür. Bu neden de, " tarafların muafiyeti kötüye kullanma hali"dir¹²².

F. Muafiyetle İlgili Kararlar Aleyhine Yargı Yolu

Kurul'a yapılan bir muafiyet başvurusu sonucunda, muafiyetin verilmesi ya da verilmemesi veya İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 10 uncu maddesinde öngörülen 60 günlük süre içerisinde yanıtı bırakılmak suretiyle reddedilmesi nedeniyle menfaati ihlâl edilmiş olanlar, iptal istemiyle Danıştay'da dava açabilirler¹²³.

¹²² Badur s. 158.

¹²³ Günday, Metin: Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, 5 Mart 1999, s. 62-63.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ateş: Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2000
- Aksoy, Nazlı: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Yasaklayıcı Hükümlerin Genel Sistematiği Ve Kanuna Aykırılığın Yaptırımları, Rekabet Kurumu Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2002
- Aslan, İ. Yılmaz: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992.
- Ataay, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, I, 3.Bs., İstanbul 1981
- Badur, Emel: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Ankara 2001
- Bael, Ivo Van /
- Bellis, Jean François: Competition Law of the EEC, Oxfordshire 1990
- Bunte, Herman Josef: Kartellrecht, München 2003.
- Çelikel, Aysel: Milletler Arası Özel Hukuk, İstanbul 1992.
- Draus, Götz: Kommentar zum EWG- Vertrag, Bd. 1, 3. Aufl., Baden-Baden, 1983.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bs., Ankara 2003.
- Goyder, D.G: EC Competition Law, 4. Ed., London 2003, s. 127
- Günday, Metin: Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, 5 Mart 1999.
- Gürzumar, Osman: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Dergisi, Sa. 12, s. 7 vd.
- Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul 1999
- Korah, Valentine: An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, 4. Ed., Oxford 1990.
- Langen/Bunte: Kommentar zum Deutschen und Europaischen Kartellrecht, Bd. 1, 8. Aufl., Berlin 1998.
- Öz, Gamze: Rekabet ve Yargı Sempozyumu, 5 Mart 1999

- Öz, Turgut: Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1997
- Özdemir, Saibe Oktay: Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.
- Rittner, Fritz: Wettbewerbs- und Kartellrecht, Heidelberg 1999.
- Roth, P.M.: Common Market Law of Competition, London 1996.
- Sanlı, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun`da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000
- Schröter, Helmut: Kommentar zum EWG- Vertrag, Bd. 1, 3. Aufl., Baden-Baden, 1983.
- Tekinalp, Ünal (Tekinalp/Tekinalp): Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000.
- Topçuoğlu, Metin: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001
- Whish, Richard: Competition Law, London 1993.