

REKABET HUKUKUNDAKİ
“ANLAŞMA” VE BORÇLAR
HUKUKUNDAKİ “SÖZLEŞME”
KAVRAMLARI ÜZERİNE

Doç. Dr. Mustafa ATEŞ*

* İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Rekabet Kurulu E. Üyesi.

Anlaşma, genel ve soyut bir kavram olarak, asgari iki süjenin birbirini anlamış olması keyfiyetini ifade eder. Genel kullanımı dışında “anlaşma” sözcüğüne daha farklı muhtevalar da yüklenebilmektedir. Anlaşmanın farklı muhtevaya büründüğü alanlardan biri de rekabet hukukudur. Nitekim anlaşma rekabet hukukunun temel kavramlarından biri olarak kabul edilmekte olup, kendisine çok önemli hukuki sonuçlar bağlanmış bir kavramdır. Bu hukuk disiplininde anlaşma, en az iki tarafın iştirakini gerektiren, rekabet üzerinde olumsuz sonuçlara yol açtığı veya açabilecek olması nedeniyle rekabet hukukunun yasakladığı ve kendisine yaptırım niteliğinde bazı sonuçlar atfedilen hukuka aykırı bir davranış şeklidir.

Genel ve soyut bir kavram olarak sözleşme ise, en az iki tarafın karşılıklı olarak birbirine söz vermiş olması keyfiyetini ifade etmektedir. Ancak hukukta, anlaşma kavramı gibi, sözleşme kavramına da genel anlamından çok daha farklı bir muhteva yüklediği görülmektedir. Nitekim hukuki bir kavram olarak sözleşmenin, “belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak iki tarafın karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki bir muamele” şeklinde tanımlandığı görülmektedir.^[1] Sözleşme, bir borçlar hukuku kavramı olmakla birlikte, soyut ve genel bir kavram olarak, borçlar hukukunun yanı sıra, eşya hukuku, miras hukuku, şahıs ve aile hukuku gibi özel hukuk disiplinlerinin yanı sıra idare hukuku gibi kamu hukuku alanına dâhil hukuk disiplinleri kapsamında da kullanılan bir terimdir. Mamafih, birçok hukuk sistemi sözleşmeyi bir borçlar hukuku müessesesi olarak düzenlemiştir. Hukukumuzda da, Türk Borçlar Kanununun (TBK) 1. ve devamı maddelerinde sözleşmenin tanımından kurulmasına, şekline, muhtevasına ve çeşitlerine kadar sözleşme kavramıyla ilgili muhtelif hususların ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir.

Rekabet hukukunda kullanılan anlaşma kavramı ile borçlar hukukunda kullanılan sözleşme kavramının uygulamada zaman zaman eş anlamlı olarak veya birinin diğerinin yerine de kullanıldığı görülmektedir. Günlük hayatta borçlar hukuku kapsamında olan bir hukuki muamele veya ilişki için anlaşma tabiri kullanıldığı gibi, rekabet hukukunun kendisine sonuç bağladığı tipik bir davranış olan “anlaşma” yerine “sözleşme” tabiri de kullanılabilir. Oysa teknik-hukuk bakımından bu iki kavramın birbirine karıştırılmaması ve yerli yerince kullanılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Nitekim 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK), rekabeti sınırlandırıcı çok taraflı davranışların en başında “anlaşma” kavramına

[1] Fikret Eren, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, C.I, 3. Bası, Ankara 1989, 263.

yer vermiş ve bu kavramı ilgili bütün maddelerde kullanmıştır.^[2] Buna mukabil borçlar hukukunda karşılıklı mutabakatı ifade eden akit, mukavele, sözleşme ve kontrat gibi kavramlar Rekabet Kanununda kullanılmamıştır. Kanun koyucu 4054 sayılı Kanunun yalnızca bir yerinde “sözleşme” tabirini kullanmıştır; orada da bu sözcüğü “anlaşma” tabiriyle birlikte zikretmiştir.^[3] Mevzuat AB rekabet hukuku düzenlemelerinde de Türkçe karşılığı “anlaşma” olan “agreement” teriminin kullanıldığı, buna mukabil bağlayıcı mahiyetteki irade uyuşmaları için kullanılan “contract” sözcüğüne yer verilmediği görülmektedir.^[4] Bu da bize, anlaşma sözcüğünün rekabet hukuku bakımından özel bir öneminin bulunduğunu, bu hukuk alanına özgü teknik bir kavram olarak kanun koyucu tarafından özellikle tercih edildiğini göstermektedir.

Nitekim uygulama ve öğretide, anlaşma kavramının özel hukukta kullanılan sözleşme kavramını aşan bir kavram olduğu; herhangi bir borç doğurmasa da, tarafların iktisadi faaliyetlerinde karar verme özgürlüğünü sınırlayan her türlü mutabakatın anlaşma kavramı kapsamında değerlendirileceği kabul edilmektedir. O nedenle bu makalede, anlaşma ve sözleşme kavramları mukayeseli olarak kısaca ele alınmakta ve teknik hukuki kavramlar olarak benzeştikleri ve ayrıştıkları noktalara temas olunarak, bu iki kavramın hukuki mahiyetlerinin daha iyi anlaşılabilmesine katkı sağlanması hedeflenmektedir.^[5]

Bu çerçevede hemen belirtelim ki sözleşme, bu müessesenin temelini oluşturan Borçlar Kanununda tanımlanmadığı gibi,^[6] anlaşma kavramı da onun temel yasal dayanağını oluşturan RKHK’nda tanımlanmış değildir. Sadece 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin gerekçesinde, “Maddenin amacı bakımından anlaşma, Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur.” şeklinde anlaşma kavramının mahiyetine işaret olarak kabul edilebilecek iki cümleye yer verilmektedir.^[7]

[2] Anlaşma kavramı 4054 sayılı Kanunun 1, 2, 4, 5, 8, 10, 13, 16 ve 56. maddelerinde kullanılmıştır.

[3] Kanunun 57. maddesinde yer alan “Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar, ya da kısıtlarsa..” şeklindeki ibareden de görüldüğü üzere “sözleşme” kelimesinin yanında “anlaşma” sözcüğü de kullanılmıştır.

[4] Kerem Cem Sanlı, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, 144, dnt. 23.

[5] Yazarın yayıma hazırlanmakta olan bir kitabında “anlaşma” kavramı rekabet hukuku perspektifinden ayrıntılı bir şekilde analiz edilmektedir.

[6] TBK md. 1’de “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.” şeklinde bir hükme yer verilmekle birlikte, bu hükmün sözleşmeyi tanımlamak yerine, ne şekilde kurulmuş sayılacağını gösterdiği açıktır.

[7] AB rekabet hukuku uygulamasında da anlaşma genel olarak; “en az iki taraf arasındaki irade uyuşması olup, tarafların iradelerini ortaya koyması kaydıyla şekli önem taşımayan

Bu sebeple, yukarıda da ifade edildiği üzere, ilk bakışta algılandığının aksine, rekabet hukukundaki “anlaşma” ile özel hukuktaki “sözleşme” birçok bakımdan farklılıkları olan iki kavramdır.

Her şeyden önce sözleşme, genellikle birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında hukuki bir sonuç doğurmak ve özellikle bir borç ilişkisi kurmak, mevcut bir borçta değişiklik yapmak, ya da onu büsbütün ortadan kaldırmak için yapılan anlaşma, ^[8] bir irade mutabakatıdır. Rekabet hukuku anlamında anlaşma ise, rekabet hukuku normu yönünden sonuç doğuran birden çok kişinin iradeleri arasındaki uyumdur, uyuşmadır.

Görüldüğü gibi, anlaşma ve sözleşmenin ortak unsurları, en az iki tarafın varlığını gerektirmeleri ve tarafların belli bir sonuca matuf iradeleri arasındaki uyum ve uyuşmadır. Diğer bir deyimle, anlaşmadan söz edilebilmesi için en az iki süjenin bulunması şart olduğu gibi, sözleşme olarak adlandırılan hukuki ilişkinin kurulabilmesi için de en az iki süjenin iradesine ihtiyaç vardır. Çok basit ifadeyle, “en az iki tarafın hukuki bir sonuca yönelik birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarına sözleşme” denilmektedir.^[9]

Sözleşmenin en az iki tarafının bulunması gerekli olmakla birlikte, anlaşmalarda olduğu gibi, tarafların ikiden fazla kişi olması da mümkündür. Ancak sözleşme bakımından taraf kavramı, “bir sözleşmeyi yapmaya katılan ve dolayısıyla sözleşmenin hukuki sonuçlarını kendi hâkimiyet alanlarında gerçekleştirip bundan etkilenen kişileri” ifade etmektedir.^[10] Anlaşmanın tarafı ise, rekabet hukuku normunun kendisine sonuç bağladığı bir konuya ilişkin olarak irade beyanında bulunan veya başkaları tarafından böyle bir konuya yönelik olarak açıklanan iradeye katılmayı ifade eder. Kısaca anlaşmada taraf kavramı, rekabet hukukunun sonuca bağladığı hukuki bir işlem veya eylemin bir “parçası olmayı” ifade eder. Rekabet hukukunda anlaşmanın tarafı için “teşebbüs” şeklinde teknik bir tabir kullanılmaktadır. RKHK teşebbüsü; “Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan, gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” şeklinde tanımlanmaktadır (md. 3).^[11] Buna göre hukuk düzeninin aradığı hukuki işlem ehliyetinin şartlarını taşıyan her gerçek ve tüzel kişi sözleşmeye taraf olabildiği halde, anlaşmaya taraf olabilmek için teşebbüs niteliğini haiz olmak şarttır. Bu

mutabakatlardır.” şeklinde tanımlanmıştır. Case T-41/96, Bayer v. Commission [2000] ECR II-3383, para. 69.

[8] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 65.

[9] Ayrıntı için bkz. Eren, 262-267.

[10] Fikret Eren, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2008, 203.

[11] Teşebbüs kavramı ve mahiyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara 2013, sh. 197-249.

çerçevede sözgelimi, bir mal veya hizmetin nihai anlamda tüketicileri olan kişiler teşebbüs sayılmayacakları için, kural olarak, RKHK'nun 4. maddesi kapsamına dâhil bir anlaşmaya taraf olamazlar.

Sözleşmede tarafların amaçları ve menfaatleri karşı karşıyadır. İstisnaları olmakla birlikte sözleşmenin bir tarafı "borçlu" diğer tarafı "alacaklı" olarak nitelendirilir. Dolayısıyla sözleşmenin taraflarından biri diğerine karşı bir şey vermek, bir şey yapmak veya yapmamak gibi bir edimde bulunmakla yani sözleşme konusu menfaati karşı tarafa sağlamakla yükümlüdür. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bu durum karşılıklıdır. Yani tabir caiz ise sözleşmede bir menfaat "çakışması" veya çatışmasından söz edilebilir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde yalnızca bir taraf edim yükümü altında olup, kural olarak, diğer tarafın mukabil bir edimde bulunma yükümlülüğü yoktur. Bu tip sözleşmelerde sadece bir tarafın diğerine menfaat sağlama borcu vardır. Anlaşmalarda ise genellikle tarafların maksat veya menfaatleri karşılıklı değil aynı yöndedir; bu maksat veya menfaat rekabetin kısıtlanmasından beklenen yarar şeklindedir. Fakat menfaatlerin aynı yönde olması keyfiyeti, yatay anlaşmanın tarafları bakımındandır. Dikey anlaşmanın taraflarının menfaatleri genellikle sözleşmenin tarafları gibi karşılıklı olduğu gözlenmektedir.

Anlaşmalarda tarafların rekabeti kısıtlamak gibi bir amacı olmasa ve rekabetin kısıtlanmasından dolayı herhangi bir menfaatleri bulunmasa dahi, anlaşma objektif olarak rekabeti kısıtlayıcı mahiyette ise, taraflar sorumluluktan kurtulamazlar. Çünkü rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki bir anlaşma, hukuki mahiyeti itibarıyla kamu düzenine ilişkin bir hukuk normunun ihlali anlamına gelir; bu da açık bir hukuka aykırı davranıştır. O nedenle taraflar, rekabetin ihlali sonucunu doğuran bir mutabakata girerken, bunun hukuka aykırı olup olmadığının bilincinde olup olmamaları önem taşımaz. "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" prensibi burada da geçerlidir. Aynı şekilde hukuka aykırı sonucun kasıt veya ihmal gibi bir kusurlu hareketin sonucu olup olmamasının da önemi yoktur. Rekabet Kurulunun bir kararında da ifade edildiği gibi; "Rekabeti engelleyici, sınırlayıcı, bozucu amaç ya da etkinin tarafların kasıtı ile gerçekleştirilmiş olup olmaması, 4054 sayılı Kanununun 4. maddesinin uygulanabilmesi açısından önem taşımamakta, kasıt, ihmal veya kusur gibi, taraf iradelerine ilişkin sübjektif değerlendirmeler aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır."^[12]

Bunun sonucu olarak denilebilir ki, rekabet ihlalinden doğan kamusal sorumluluk bir kusur sorumluluğu değil, kusura dayanmayan objektif bir hukuki sorumluluktur. Faillerin kusurunun olup olmaması veya kusurlarının (kast veya ihmal şeklindeki) derecesi, hukuka aykırılığı ve dolayısıyla ihlali

[12] RKK: 03.07.1999 ve 99-13/99-40 (BİAK Kararı).

ortadan kaldırmaz. Kusurluluk derecesi, sadece ihlal sayılan davranıştan dolayı uygulanacak yaptırım için ağırlaştırıcı veya hafifletici bir sebep olarak dikkate alınır. Burada önemli olan; rekabetin ihlali şeklindeki zararlı sonuç ile, bu sonucu amaçlayan, fiilen bu sonucu doğuran veya doğurma ihtimali olan davranış arasında illiyet bağının kurulabiliyor olup-olmadığıdır. [13]

Sözleşmede taraf olabilmek için prensip olarak öncelikle hak ehliyetine sahip olmak şarttır. Hak ehliyetine sahip olmak demek, gerçek kişi (TMK md. 8) veya tüzel kişi olmak demektir (TMK md. 47). Anlaşmanın tarafı olmak için gerçek veya tüzel kişi olmak için tabiatının icabı olsa da, tüzel kişiliği olmayan kişi toplulukları da rekabet hukuku bakımından anlaşmanın tarafı olarak kabul edilebilmektedir. Buna göre henüz tüzel kişilik kazanmamış dernek, vakıf, şirketler veya tüzel kişiliği olmayan birden fazla teşebbüsün bir araya gelmesiyle oluşan topluluk da anlaşma bakımından taraf sıfatını haiz olabilir. [14]

Aynı şekilde, sözleşme yapabilmek için kural olarak fiil ehliyetini haiz olmak, yani hukuki muamele yapabilmek kudretine sahip bulunmak gerekmektedir. Bunun için, istisnai haller olsa da, TMK hükümlerine göre ancak ayırt etme (temyiz) gücüne sahip ergin (reşit) kişiler ile kısıtlanmamış (mahcur olmayan) kişiler sözleşme yapma ehliyetine sahiptir (TMK 9 vd). Sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme ehliyetine sahip olmaması halinde, prensip olarak, sözleşmenin geçersiz sayılması gündeme gelebilmektedir.

Buna karşılık, rekabet hukuku anlamında hüküm ve sonuç doğurabilmesi için bir anlaşmanın taraflarının sözleşme ehliyetine sahip olması gerekmez. Temyiz kudreti olmayan bir kimsenin bir teşebbüs adına açıkladığı anlaşma iradesi, ilgili teşebbüsü rekabet hukuku nezdinde ilzam edici sonuç doğurabilir. Zira

[13] Rekabet ihlalden kaynaklanan özel hukuk sorumluluğu (haksız fiil) yönünden kusurun şart olup olmadığı öğretilerde tartışmalıdır. Bununla birlikte kamu hukukundan kaynaklanan sorumluluk için kusur şart olmadığı açıktır. Bu tartışma, ayrı bir makalenin konusu olup burada üzerinde durulmayacaktır.

[14] BİAK ve TİAK davaları bunun en somut örnekleridir. BİAK kararında Kurul; Avrupa ülkelerinde uygulanmakta olan okurluk araştırmalarına benzer nitelikte bir araştırmayı gerçekleştirme ve finanse etme amacı ile bir araya gelen reklam ajansları, reklam verenler ve mecra kuruluşları temsilcilerinden oluşan, projenin işletilmesinden ve koordinasyonundan sorumlu olup tüzel kişiliği olmayan ve bünyesinde Uluslararası Reklamcılık Derneği, Reklamcılar Derneği ve Reklamverenler Derneği temsilcilerini barındıran Basın İzleme Araştırma Kurulu (BİAK)'un bir teşebbüs birliği olduğu sonucuna varmıştır. RKK: 4.3.1999 ve 99-13/99-40 (BİAK Kararı). Kurul; Türkiye'de IAA çatısı altında faaliyet gösteren ve üyelerini IAA, RD, RVD ve TV yayıncılarının temsilcilerinin oluşturduğu müşterek endüstri komitesi olan TİAK'ın, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisini doğurabilecek nitelikte olup tüzel kişiliği haiz olmayan bir teşebbüs birliği olduğu sonucuna ulaşmıştır. RKK: 02.11.2009 ve 09-50/1236-310 (TİAK Kararı).

bir teşebbüs adına irade açıklamasında bulunan kişinin hukuki işlem ehliyeti bulunmasa bile, o teşebbüs, kendisini böyle bir iradenin katıldığı mutabakatla bağlı hissediyor ve ona göre davranıyorsa, 4. madde kapsamında anlaşmanın tarafı olarak bizatihi sorumlu olur.

Sözleşmenin kurulabilmesi için iradelerin karşılıklı olarak birbirine yöneltilmesi ve değişimi gerekir. Yani sözleşmede bir icabın varlığı ve bu icabın yöneldiği tarafın da bunu kabulü gerekir. Anlaşmaların kurulmasında da aynı durum söz konusudur. Ancak sözleşmede kural olarak taraf iradelerinin sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktalarında uzlaşmamış olması şarttır. Esaslı noktalarda uzlaşma olmamış ise sözleşmenin kurulamadığından söz edilebilir. Buna mukabil, 4. madde kapsamındaki bir anlaşmanın esaslı unsuru "rekabetin kısıtlanması" olmasına rağmen, anlaşmaya taraf olanların iradelerinin açıkça rekabetin kısıtlanması gibi bir konu üzerinde uzlaşması şart değildir. Taraflardan biri veya her ikisi de rekabeti kısıtlamayı murat etmiş olmasa dahi, kendilerini bağlı hissettikleri herhangi bir uzlaşma istikametinde yaptıkları işlem veya eylemlerden dolayı rekabet sınırlanıyorsa, 4. madde kapsamına giren bir anlaşmanın mevcudiyetinden söz edilebilir.

Nitekim Kurulun bir kararında bu hususa ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunulmuştur: "Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşmanın varlığını ispat edebilmek için noter onaylı ya da tarafların açıkça imzaladıkları bir belgenin var olması gerekmediği tartışılmaz bir gerçektir. Bu bağlamda, Medeni Hukuk ya da Borçlar Hukuku'na göre geçerli olmayan bir sözleşme de Rekabet Hukuku bakımından bir anlaşma olarak kabul edilebilmektedir. Dikey kısıtlamalar bakımından ise anlaşma kavramı çok daha geniş yorumlanmaktadır. Rekabet Hukuku bakımından bir anlaşmanın varlığına işaret eden en önemli kıstas, teşebbüslerin hareketlerinde kendilerini özgür hissetmeleridir. Eğer bir teşebbüs hareketlerinde kendini özgür hissetmiyor ve belirli bir yönde hareket etme gereğini kabulleniyorsa, o yönde bir anlaşma oluşmuş demektir."^[15]

Sözleşmenin kurulabilmesi için bazen taraf iradeleri dışında üçüncü bir kişinin iradesinin katılımına da ihtiyaç olabilmektedir. Evlenmenin geçerli olarak kurulabilmesi için nikâh akdinin resmi nikâh memurunun önünde yapılması gibi. Bazen de sözleşme kurulduğu halde hükümlerini doğurabilmesi için bir üçüncü iradenin iştirakine gerek duyulabilir; ya da sözleşmenin kanunun öngördüğü şekle uygun olarak yapılmış olması gerekebilir. Mesela; taşınmaz üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynı hakların devralana geçebilmesi için, sözleşmenin resmi

[15] RKK: 2.12.2004, 04-77/1108-277 (Ege Çimento). Bu Karar 13. Dairesince usul yönünden iptal edildiği için Kurul aynı konuda 19.10.2006 tarih ve 06-77/992-287 sayılı kararı almıştır.

şekilde ve tapu memurunun katılımıyla yapılması ve tapu siciline tescil şarttır. Bazı şirket sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gereği ve belli mercilerden izin alınması şartı, kefalet sözleşmesinin geçerli olması için yazılı olmasının gerekli olması gibi hallerde, öngörülen şekle uyulmaması halinde sözleşme geçersizlik yaptırımına tabidir. Dolayısıyla bu tür sözleşmeler hukuken sonuç doğurmaz.

Buna karşılık RKHK'nun 4. maddesi kapsamında bir anlaşmanın kurulabilmesi ve rekabet normunun anlaşmaya bağladığı hukuki sonuçların doğması için tarafların iradelerinin özel bir şekil veya formata uygun olarak açıklanmış olması şart değildir. Resmi şekilde yapılması gereken bir hukuki muamele, ilgili mevzuata aykırı olarak sözlü şekilde yapılmış olsa bile, 4. madde kapsamına giren bir sonuca yol açabilir. Taraflar, yaptıkları anlaşmanın Kanunun öngördüğü şekle uygun yapılmaması sebebiyle geçersiz olduğundan bahisle, 4. madde kapsamına giren bir işlem ve eylemden dolayı sorumlu olmadıklarını iddia edemezler.

Buna göre, mesela aynı pazarda faaliyette bulunan A, B ve C ürettikleri bir mal veya hizmeti daha etkin pazarlayabilmek amacıyla anonim şirket statüsünde bir ortak girişim kurmak istemiş olsunlar. Ancak bu şirketin kuruluş sözleşmesi kanuni şekil şartlarına uygun yapılmadığı takdirde geçersiz sayılması mümkündür. Bu arada Rekabet Kurulu, bu yapının işbirliği doğurucu bir ortak girişim olduğu gerekçesiyle bir inceleme başlatmış olsa, taraflar bu ortak girişim sözleşmesinin şekle aykırılıktan dolayı geçersizliğinden bahisle, 4. madde kapsamında bir anlaşmanın kurulamadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamazlar.

Diğer yandan 6098 sayılı TBK'nun 27. maddesi^[16] (eBK 19 ve 20) hükümlerine göre hukuka ve ahlâka aykırı sözleşmeler kural olarak batıldır. Burada "hukuk"tan kasıt, emredici hukuk normlarıdır. RKHK'nun 4. maddesi de emredici nitelikte hükümlerden biridir. O nedenle birden fazla teşebbüsün rekabeti kısıtlamak amacıyla veya rekabetin kısıtlanması sonucunu doğuracak şekilde yaptıkları sözleşme, Kanunun 5. maddesine göre muafiyet alamayacak nitelikteyse, kural olarak, BK hükümlerine göre geçersizdir.^[17] Bu takdirde söz konusu sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmadığı için taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurması mümkün değildir. Çünkü bu sözleşme hukuk düzeninin onaylamadığı bir işlemdir.

[16] 6098 sayılı TBK'nun 27/1. maddesi şu şekildedir: "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. / Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."

[17] Bu konuda ayrıntı için bkz. Osman B. Gürzumar, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", *Rekabet Dergisi*, S. 12, 2006, sh. 1-76.

Ancak RKHK'nun 4. maddesine aykırılığı sebebiyle Borçlar Hukuku açısından batıl olan bir hukuki işlem, taraflar hakkında bir hukuki sonuç hâsıl etmese de, Rekabet Kanununda öngörülen yaptırımların uygulanması gibi bir neticeyi beraberinde getirebilir. Bu itibarla taraflar bu sözleşmenin 4. maddeye aykırılığı sebebiyle geçersiz olduğu için bir anlaşmanın varlığından da söz edilemeyeceğini ve dolayısıyla herhangi bir hukuki sorumluluğun da doğmadığını iddia edemezler.

Sonuç olarak denilebilir ki, rekabet hukukundaki anlaşma kavramı, unsurları bakımından benzerlik gösterse de, borçlar hukukundaki sözleşme kavramından farklıdır. Anlaşma, sözleşmeyi de içine alan bir üst kavramdır. Bu bağlamda şunu söylemek mümkündür: Esasında medeni hukukta “sözleşme” olarak adlandırılan her “uzlaşma” aynı zamanda rekabet hukuku anlamında bir “anlaşma” sayılabilir; ancak rekabet hukukunun “anlaşma” olarak kabul ettiği her “uzlaşmayı” borçlar hukuku anlamında “sözleşme” olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Bu çerçevede; hukuken bağlayıcı veya geçerli olmasa da herhangi bir konuda yapılmış sözleşme, centilmenlik anlaşması, şirket kuruluş sözleşmesi, vakıf senedi ve dernek tüzüğü, protokoller, kontratlar, sözleşme öncesi görüşmeler ve hatta birden fazla teşebbüs arasında iş veya ticarete ahlâki mülâhazalar ileri sürülerek benimsenen “etik prensipler”^[18] dahi 4. madde anlamında anlaşma olarak değerlendirilmek suretiyle yaptırıma muhatap kılınabilir.

[18] Özel okullar birliğinin okullar arasında öğretmen transferi konusunda benimsediği bağlayıcı olmayan etik ilkeler Kurul Tarafından 4. maddeye aykırı bir centilmenlik anlaşması olarak değerlendirilmiştir. RKK. 03.03.2011 ve 11-12/226-76 (Özel Okullar Kararı). Ayrıca Banka Promosyon Kararında bir banka vekili bankalar arasındaki promosyon ihalelerine teklif vermeme gibi eylemi yasaklayan centilmenlik anlaşmasını, bankaların haksız rekabet yoluyla birbirine zarar vermesini engellemeye dönük olduğunu, bunun temelinde de dürüstlük ve etik ilkelerin bulunduğunu savunmuş, ancak Kurul bu argümanları kabul etmemiştir. RKK: 07.03.2011, 11-13/243-78.