

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Metin Hakan ATİLA

REKABET HUKUKUNDA
HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya-2009

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Metin Hakan ATİLA

REKABET HUKUKUNDA
HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

Danışman

Doç. Dr. Köksal KOCAAĞA

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya-2009

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Bu çalışma, jürimiz tarafından
..... Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ OLARAK kabul edilmiştir.

İmza

Başkan:

Üye (Danışman):

Üye:

Üye:

Üye:

Onay: Yukarıdaki imzaların, adigeçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

.../.../....

İmza

.....

.....

Müdür

İÇİNDEKİLER

KISATMALAR	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

1. Haksız Fiil Sorumluluğu Kavramı	4
2. Haksız Fiilin Unsurları	5
2.1. Hukuka Aykırılık	5
2.1.1. Hukuka Aykırılık Kavramı	5
2.1.2. Hukuka Uygunluk Sebepleri	7
2.2. Fiil	8
2.3. Zarar	8
2.3.1. Genel Olarak Zarar Kavramı	8
2.3.2. Maddi Zarar	9
2.3.2.1. Genel Olarak	9
2.3.2.2. Maddi Zarar Çeşitleri	10
2.3.2.2.1. Fiilî Zarar - Yoksun Kalınan Kâr	11
2.3.2.2.2. Şahsa Verilen Zarar- Şeye Verilen Zarar- Diğer Zararlar	12
2.3.2.2.3. Doğrudan Zarar - Dolaylı Zarar-Yansıma Zarar	12
2.3.3. Manevi Zarar	14
2.4. İlliyet Bağı	14
2.5. Kusur	15
2.5.1. Kusur Kavramı	15
2.5.2. Kusur Çeşitleri	16
2.5.2.1. Kast	16
2.5.2.2. İhmal	16

İKİNCİ BÖLÜM
REKABET HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU KAVRAMI
VE UNSURLARI

1. Kavram.....	18
2. Unsurları.....	22
2.1. Hukuka Aykırılık	23
2.1.1. Genel Olarak	23
2.1.2. Hukuka Aykırılığın Tespiti	27
2.1.3. Koruma Normları.....	34
2.1.3.1. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Teşebbüs Birliği Kararları ve Uyumlu Eylem	36
2.1.3.1.1. Genel Olarak	36
2.1.3.1.2. Anlaşma	37
2.1.3.1.3. Uyumlu Eylem	39
2.1.3.1.4. Teşebbüs Birliği Kararları ve Eylemleri	40
2.1.3.2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması.....	41
2.1.3.2.1. Genel Olarak	41
2.1.3.2.2. Hakim Durum.....	42
2.1.3.2.3. Kötüye Kullanma	44
2.1.3.3. İzinsiz Birleşme ve Devralma	46
2.1.4. Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	49
2.1.5. Hukuka Aykırılığın İspatı	53
2.2. Davranış Unsuru (Fîil)	56
2.3. Uygun İlliyet Bağı.....	57
2.4. Zarar.....	58
2.4.1. Genel Olarak	58
2.4.2. Maddi Zarar.....	60
2.4.2.1. Fiilî Zarar.....	60
2.4.2.2. Yoksun Kalınan Kâr	61
2.4.3. Manevi Zarar.....	61
2.4.4. Zararın Sınırlandırılması	63
2.4.4.1. Zararın Sınırlandırılmasında Türk Hukukunda Uygulanan Kriterler	63
2.4.4.2. Zararın Sınırlanmasında ABD’de Uygulanan Kriterler	67
2.4.4.2.1. Doğrudan Zarar Ölçütü (The Direct Injury Test).....	67
2.4.4.2.2. Hedef Alanı Ölçütü (Target Area Test).....	68
2.4.4.2.3. Dolaylı Alıcı Kuralı (Indirect Purchaser Rule: Passing On)	68
2.5. Kusur.....	69

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA ZARARIN TAZMİNİ

1. Zararın ve Tazminatın Belirlenmesi.....	72
1.1. Zararın Belirlenmesi.....	72
1.1.1. Genel Olarak	72
1.1.2. Fiili Zararın Hesaplanması.....	74
1.1.3. Yoksun Kalınan Karın Hesaplanması	76
1.1.4. Zararın İspatı	77
1.1.5. Zararın Belirleneceği Tarih.....	84
1.1.6. Denkleştirme	85
1.2. Tazminatın Belirlenmesi	89
1.2.1. Genel Olarak	89
1.2.2. Tenkis Sebepleri.....	90
1.2.3. Üç Katı Tazminat	95
2.Tazminat Davası	100
2.1. Taraflar.....	100
2.1.1. Davacı	100
2.1.1.1. Tüketici ve Diğer Müşteriler	106
2.1.1.2. Rakip Teşebbüsler.....	109
2.1.2. Davalı	109
2.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	111
2.2.1. Görevli Mahkeme	111
2.2.2. Yetkili Mahkeme.....	112
2.3. Zamanaşımı.....	113
SONUÇ.....	117
KAYNAKÇA.....	120
ÖZGEÇMİŞ	130

KISATMALAR

AB.	: Avrupa Devletleri
ABD.	: Amerika Birleşik Devletleri
AT.	: Avrupa Topluluğu
ATA	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
FMR	: FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
Krş.	: Karşı
m.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
RKHK.	: Rekabeti Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

ÖZET

Bu tezde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun beşinci kısmında yer alan rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarından biri ve aynı zamanda ülkemizde uygulama alanı dar olan tazminat konusu, “Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu” başlığı altında derinlemesine incelenmiştir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali neticesinde oluşan zararlar, rakip teşebbüslerden başlamak üzere tüketicilere kadar ekonominin içerisinde farklı kesimlere yayılmaktadır. Ekonomide zincirleme bir şekilde oluşan bu zararların tazmin edilmesi gerekmektedir. Kanunda tazminata ilişkin hükümlere caydırıcılık kazandırma amacıyla üç katı tazminata hükmedilebileceği düzenlenmiştir.

Bu tezde, konunun, Türk rekabet hukuku öğretisi ve uygulamaları bakımından açıklanması amaçlanmıştır. Konuya ışık tutabilmek bakımından, önemli deneyim ve birikimleri nedeniyle, temelde mehzaz hukuk olarak AB rekabet hukukuna ve bu alanda temel oluşturan iktisadi ve hukukî kuramların kaynağının yer aldığı ABD rekabet hukukuna bu kuramlar ve bunlara dayanan uygulamalar bakımından örnek alternatif model olarak yer verilmiştir.

ABSTRACT

In this thesis the tort liability in competition law which is one of “Consequences of Limiting Competition in Private Law Field”, stated in part five of the Law on Protecting Competition, is examined in terms of indemnity and, the issue of indemnity, which has a limited implementation area in our country, is elaborated.

Damages, constituted as a result of infringement of the Law on Protecting Competition, outspread from the competitor enterprises to the consumers in economy. The damage caused by this chain reaction should naturally be indemnified by the party violating the competition. Law on Protecting Competition stipulates that a fine of up to three folds can be decided in order to give a dissuasive manner to the relevant indemnity provisions.

The purpose of this thesis is the explanation of the subject matter in terms of the principles and applications of the Turkish competition law. However, the point of view of their inclusion of important experiences and experiments, the EU competition law as a reference law in essence and US competition law, in which the economic and legal theories forming the basis in this field are indicated herein as an example alternative model in respect of these theories and applications that are based on them.

GİRİŞ

Rekabet hukuku, kamu ve özel hukuk hükümlerini barındıran, kamu hukuku yönü ağır basan bir hukuk dalıdır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun¹ kaynağı Avrupa Birliği Rekabet Hukuku düzenlemeleridir. Avrupa Birliği rekabet hukuku genel olarak² Roma Anlaşmasının 81'inci ve devamı maddeleri ile mülga 17/62 sayılı Tüzük (yeni 1/2003 sayılı Tüzük³) hükümleri olmak üzere iki temel düzenlemeye dayanmaktadır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, bu iki düzenlemenin bir araya getirilerek, iç hukuk düzenine uyarlanmış hâlidir⁴.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda ikili bir yaptırım sistemi öngörülmüştür. Kamu hukukundan kaynaklanan yaptırımların yanında özel hukuk yaptırımları da düzenlenmiştir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4, 6 ve 7'nci maddelerinde, rekabet ihlallerini saptayarak idari ceza verme yetkisi Rekabet Kuruluna verilmiştir. Rekabet Kurumu idari yapılanma içerisinde idari teşkilatlar arasında yer almaktadır. Dolayısıyla, Kurum işlemleri ve Kurumun karar organı olan Kurulun kararları idari işlem niteliğindedir. Kurumun bağımsız idari otorite niteliğinde olması nedeniyle verdiği kararların özel bir öneme sahip olması bu gerçeği değiştirmemektedir⁵.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali hâlinde, ihlalin özel hukuk sonuçları bakımından adli yargı yetkili kılınmıştır. Rekabet Hukukuna ilişkin hususların özel hukuka yansımaları, diğer bir ifadeyle Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun adliye mahkemeleri tarafından uyuşmazlığın çözümünde uygulanması iki hâlde söz konusu olmaktadır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Beşinci Kısımında yer alan bu hükümlerle, rekabete aykırılığın özel hukuk sonuçları düzenlenmektedir.

Bunlardan ilki, sözleşmenin Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı olması ve bu nedenle geçersiz olduğunun ileri sürülmesi hâlidir (RKHK m. 56). Diğerisi ise, rekabetin kısıtlanmasından dolayı zarar gören tarafından açılan tazminat davasıdır. Rekabetin kısıtlanmasından ve/veya hakim durumun kötüye kullanılmasından doğan zararların tazminine ilişkin hükümler Türk hukuk sisteminde Rekabetin Korunması

¹ RG. 13.12.1994 tarih ve S.22140.

² Birleşme ve devralmalara ilişkin AB düzenlemeleri görmezden gelinmiştir.

³ 17 sayılı Tüzük, 1/2003 sayılı Tüzükle mülga edilmiştir.

⁴ İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 590.

⁵ AKINCI, Genel Değerlendirme, s. 8.

Hakkında Kanununun 57, 58 ve 59'uncu maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunda, sorumluluğun belirlenmesi madde 57'de, zararın hesaplanması ve tazmini madde 58'de ve ispat yükü madde 59'da düzenlenmektedir.

Bu çalışma kapsamında, Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun ihlali neticesinde oluşan zararın tazmini incelenmiştir.

Türk rekabet hukukunda, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda özel hukuk anlamında dava hakkının tanınmasıyla birlikte, rekabet hukukunun kamusal alanda uygulanmasının yanında, özel hukuk hükümleriyle kişilerin haklarının korunmasına tartışmasız bir şekilde olanak sağlanmış ve genel hükümlerden ayrıksı durumlar öngörülerek, kişilerin rekabet ihlallerini adli mahkemelere götürmesi teşvik edilmiştir.

Özellikle rekabet düzenlemelerine aykırı davranışların yol açtığı zararın giderilmesi imkânının kanun koyucu tarafından açıkça kabul edilmesi ve üç katı oranında tazminata hükmedilebileceğinin öngörülmesiyle birlikte, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanundan doğan sorumluluğun (tazminatın) önemi artmıştır. Rekabet Kurumunun verdiği idari para cezaları etkin rekabet piyasasının oluşumunda yetersiz kalmaktadır. Kanunda, üç katı oranında tazminat öngörülerek zarar görenlerin de teşvik edilmesiyle bir noktaya kadar bu yetersizlik giderilmektedir. Ancak, tazminat yaptırımıyla öngörülen amacın gerçekleşmesinde, yani etkin rekabet piyasasının oluşumunda toplum kültürü önemlidir. Rekabetin öneminin anlaşılmasında, rekabet hukukunun yeni yerleştiği ülkelerde kanun aynı zamanda öğretici rolü üstlenmektedir.

Rekabetin bir yaşam felsefesi olduğu Amerika Birleşik Devletlerinde, rekabetin özel hukuk davaları yoluyla korunmasında, tazminat davaları %90'lık bir orana tekabül etmektedir⁶. Avrupa Birliğinde de rekabetin korunmasında özel hukuk hükümlerinin gerekliliği hissedilmiş; Roma Antlaşmasının 81'inci ve devamı maddelerinde, rekabetin kısıtlanmasının önlenmesi için kamu hukuku yanında özel hukuk alanını da kapsayacak şekilde düzenleme yapılmıştır⁷. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı, Antlaşmanın 81 ve 82'nci maddesinin ihlalinden kaynaklanan zarara duçar olanlara antlaşma ile sağlanan hakların etkili korunması bağlamında, anılan maddelerin bu zararların tazminini gerektirdiğini kabul etmektedir⁸. Ne var ki, rekabetin korunması Birlik içerisinde amaç değil, sadece Birlik piyasasının sağlıklı işlemesi için bir araçtır. Ancak, Birlik içerisindeki rekabetin korunmasında özel hukuk hükümlerinin etkin uygulanmasının önemi

⁶ WALLER, s. 42.

⁷ Yeşil Kitap, s. 3.

⁸ Yeşil Kitap, s. 4.

hissedilmiş ve Yeşil Kitap (Green Paper) hazırlanmıştır. Söz konusu Kitapta özel yaptırımların, rekabet hukukunun kamu yaptırımları yanında rekabetçi ekonomiyi destekleyen ve onu oluşturan önemli bir araç olduğu önemle vurgulanmıştır⁹.

Bu çalışma kapsamında, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde sorumluluğun unsurları irdelenerek, Kanunun ihlali nedeniyle zarara uğrayanların zararlarının nasıl tazmin edileceği, zararın tazmininin belirlenmesi noktasında zararın kapsamı, sınırlandırılması ve tazmini konuları işlenmiştir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali nedeniyle meydana gelen zararın belirlenmesi ve tazmininde, sorumlulukla ilgili kavramlara vâkıf olunmadığı takdirde yanlış sonuçlara ulaşılması mümkündür. Zira, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen tazminata ilişkin hükümler ancak bu şekilde doğru uygulanabilir. Bu nedenle tez kapsamında birinci bölümde genel olarak haksız fiil incelenmiştir. Bu incelemeden sonra ikinci bölümde, rekabet hukukunda sorumluluğun kaynağı ve unsurları tespit edilmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise, ihlal neticesinde meydana gelen zarar ile tazminatın nasıl belirlendiği, zarar görenler tarafından açılacak tazminat davası incelenmiştir.

⁹ Yeşil Kitap, s. 3–4.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

1. Haksız Fiil Sorumluluğu Kavramı

Hukuk kurallarının bireylerin kurala uymasını yükümlü kıldığı durumlarda, kurala aykırı bir davranış neticesinde zarar doğmuşsa bu zararın tazmini gerekir. Burada geniş anlamda haksız fiil sorumluluğundan (sözleşme dışı sorumluluktan) söz edilir. Geniş anlamda haksız fiil sorumluluğunda, zararın tazmini yükümlülüğü, zararı doğuran olayın gerçekleşmesinden önce mevcut bir hukuki ilişkiye dayanmaz¹⁰.

Geniş anlamda haksız fiil sorumluluğunun; kusur kavramı çerçevesinde sorumluluk tipolojisine göre, “dar anlamda haksız fiil sorumluluğu” (haksız fiil sorumluluğu) ve kusursuz sorumluluk (sebepl sorumluluğu) olmak üzere iki kategoride¹¹ incelenmesi mümkündür¹².

Kusursuz sorumluluk, kural olarak zarara sebep olma düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Sorumluluğun doğması için sorumluluğu doğuran olay ile zarar arasında sebep sonuç ilişkisinin kurulması yeterli sayılmaktadır. Burada sorumluluğun doğması için kusur yerine kanunun öngördüğü belirli bir olgunun gerçekleşmesi yeterli görülmektedir.

Kusursuz sorumluluk çerçevesinde sorumlu tutulan kişi, kusurlu olmasa dahi zararı tazmin yükümlülüğü altına sokulmaktadır. Sorumluluğun bağlandığı olguya tehlikeli bir işletme veya objektif özen ödevinin ihlali örnek gösterilebilir. Ancak kural,

¹⁰ EREN, Genel, s. 443-444; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 474; OĞUZMAN/ÖZ, s. 483-484; KILIÇOĞLU, M., s. 1.

¹¹ Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin, haksız fiil görüşü, sözleşmeden doğan sorumluluk görüşü ve kendisine özgü sorumluluk görüşü olmak üzere üç farklı görüş bulunmaktadır. Bkz. EREN, Genel, s. 1085-1087; OĞUZMAN/ÖZ, s. 323-324. Culpa in contrahendo sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğunun bir türü olarak kabul edilmesi durumunda üçüncü bir tür olarak bu sorumluluğun geniş anlamda haksız fiil sorumluluğuna dahil edilmesi gerekir. Konu doktrinde tartışmalı olduğu için bu çalışma kapsamında geniş anlamda haksız fiil sorumluluğuna dahil edilmemiştir.

¹² EREN, Genel, s. 443.

kişinin kusuru nedeniyle sorumlu tutulması olduğundan kusurun aranmayacağı hususu kanunda açıkça düzenlenmiş bulunmalıdır. Bu hâlde kusursuz sorumluluktan söz edilir¹³.

Haksız fiilde (kusur sorumluluğunda), hukuka aykırı kusurlu bir davranışla kişilere verilen zararın tazmini düzenlenmektedir. Hukuk düzeninin kınadığı bir davranışla, diğer bir ifadeyle kendi kusuruyla bir başkasına zarar veren kimsenin bu zararı tazmin etmesi gerekir. Nitekim bu sorumluluk, BK m. 41’de, “*Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur. ...*” şeklinde kaleme alınmıştır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, bu sorumluluk türü için “kusur” kurucu unsurdur. Kusur ilkesinin iki sonucu bulunmaktadır. Bu sonuçlardan ilki, sorumluluğun doğması için kusurun şart olmasıdır. Bu şart sorumluluğun olumlu unsurunu oluşturmaktadır. Diğer sonuç ise kusurun bulunmaması durumunda sorumluluğun doğmamasıdır ki, bu da sorumluluğun olumsuz unsurunu teşkil etmektedir¹⁴.

Haksız fiil sorumluluğunun diğer kurucu unsurları ise, fiil, zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılıktır. Bu unsurlar sorumluluğun objektif (maddi) unsurunu oluştururken, kusur, sorumluluğun sübjektif (manevi) unsurunu oluşturmaktadır.

2. Haksız Fiilin Unsurları

Burada haksız fiilin unsurları genel olarak ele alınmakla birlikte, konu rekabet hukuku açısından daha geniş şekilde “Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Unsurları” başlığı altında irdelenmektedir.

2.1. Hukuka Aykırılık

2.1.1. Hukuka Aykırılık Kavramı

Kanun koyucu, BK m. 41/I ‘de, “*haksız bir surette*” ifadesi ile fiilin hukuka aykırı olması gerektiğini vurgulamıştır. Ancak, Kanunda hukuka aykırılığın tanımı

¹³ TANDOĞAN, Kusursuz, s. 1, 2; EREN, Genel, s. 448; OĞUZMAN/ÖZ, s. 486, 488.

¹⁴ EREN, Genel, s. 448.

verilmemiştir. Sorumluluğun doğması için davranışın hukuk düzenine, diğer bir ifadeyle hukuk kuralına aykırı olması gerektiği ifade edilmiştir. Hukuka aykırılık, hukuk düzenini oluşturan normlar açısından bir davranışla normun çiğnenmesi; normun koruduğu menfaatler açısından menfaate zarar verme ya da tehlikeye düşürme; normun yüklediği ödevler bakımından ise ödeve aykırılıktır¹⁵. Bu çerçevede, hukuka aykırılığın olumlu unsurunu kişilerin mal ve şahıs varlıklarını korumayı amaçlayan emredici hukuk kurallarının ihlal edilmesi oluştururken, olumsuz unsurunu somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması oluşturmaktadır¹⁶.

Fiilin hukuka aykırılığının tespitine ilişkin, sübjektif ve objektif olmak üzere iki teori bulunmaktadır. Sübjektif teori, zarar verici fiilin işlenmesine ilişkin kanuni bir yetki bulunmayan bütün durumlarda fiilin hukuka aykırı olduğu görüşündedir. Objektif teori ise, objektif hukuk kurallarının ihlalinin hukuka aykırılığı meydana getirdiğini savunmaktadır¹⁷. Türk Hukukunda hakim görüş olarak, objektif teori kabul görmektedir¹⁸.

Bu çerçevede hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan veya dolayısıyla koruyan emredici hukuk kurallarının ihlalidir.

Hukuka aykırılık, hukuk kuralının doğrudan doğruya koruduğu mal ve şahıs varlıklarının üzerindeki ayni, fikrî ve kişilik haklarının, diğer bir ifadeyle mutlak hakların ihlal edilmesidir. Yapılan ihlalde hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması durumunda, bu durum hukuka aykırılığa sebebiyet vermektedir. Mutlak hakkı ihlal etmeme yönünde herkese yüklenmiş bir ödevin varlığı söz konudur. Bu nedenle, mutlak hakkın ihlal edilmesi durumunda ayrıca hukuka aykırılığın ispatlanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Mutlak hakları korumayı amaçlayan kurallar, temel koruma normu olarak da adlandırılmaktadır¹⁹.

Kişileri doğrudan doğruya koruyan kuralların yanında dolaylı olarak koruyan kuralların ihlali de hukuka aykırılığa vücut vermektedir. Bu kurallar, asıl amaçlarının yanında kişilerin mutlak haklarının dışında kalan, özellikle malvarlığı hakları ile

¹⁵ KANETİ, s.94.

¹⁶ EREN, Genel, s. 549.

¹⁷ EREN, Genel, s. 545-547; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476; OĞUZMAN/ÖZ, s. 493-494; TİFTİK, s. 48.

¹⁸ EREN, Genel, s. 547; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476.

¹⁹ EREN, Genel, s. 553-556; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 482; OĞUZMAN/ÖZ, s. 495-496; TİFTİK, s. 49.

ekonomik menfaatlerinin korunmasını amaçlamaktadır²⁰.

Mutlak hak ihlali olmaksızın herhangi bir korumaya tabi olmayan salt malvarlığı zararlarında, başka bir deyişle geniş anlamda hukuk düzenine aykırılığın oluşmasında, özel koruma normları hukuka aykırılığın kurucu unsurudur²¹.

Özetle, gerek doğrudan gerek dolaylı mutlak hak ihlalleri hukuka aykırılığın göstergesidir. Bununla birlikte, mutlak hak ihlalinden bağımsız olan malvarlığı zararlarında, bir koruma normunun ihlali söz konusu ise bu durum da hukuka aykırılığa vücut vermektedir²².

2.1.2 Hukuka Uygunluk Sebepleri

Zarar verenin koruma normunu ihlal etmesine izin veren hukuk normuna dayanması hukuka uygunluk sebeplerini oluşturur. Hukuka uygunluk sebeplerinin mevcudiyeti durumunda davranış başından itibaren hukuka uygun olup, hukuka aykırı addedilmez. Dolayısıyla bir davranış baştan hukuka aykırı ise sonradan da hukuka aykırıdır. Hukuka uygunluk sebepleri, çatışan iki menfaatin başka bir ifadeyle koruma normunun karşılaştırılması ve dengelenmesidir²³. Hukuka uygunluk sebepleri çatışan iki menfaatten birinin üstün tutulması gerektiğini, bu menfaatlerden hangisinin feda edileceğini ortaya koymaktadır.

Genel hukuka uygunluk sebepleri BK m. 52'de düzenlenmiştir²⁴. Bunlar, meşru müdafaa, zaruret hâli, kendi hakkını korumadır. Özel hukuka uygunluk sebepleri ise TMK m. 24/II'de düzenlenmiştir²⁵. Bunlar zarar görenin rızası, üstün nitelikli kamu yararı veya özel yarar ve kamu ya da özel hukuka dayanan kanunun verdiği yetkinin

²⁰ EREN, Genel, s. 553; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 483; OĞUZMAN/ÖZ, s. 497; TİFTİK s. 49.

²¹ EREN, Genel, s.556; OĞUZMAN/ÖZ, s. 497; ATAMER, s.26.

²² ATAMER, s. 30.

²³ EREN, Genel, s. 562; KANETİ, s.235, 236.

²⁴ EREN, Genel, s. 567-572; KILIÇOĞLU, A., s.200; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 486-489; OĞUZMAN/ÖZ, s. 500.

²⁵ EREN, Genel, s. 563; KILIÇOĞLU, A., s. 205; OĞUZMAN/ÖZ, s. 500.

kullanılmasıdır. Yukarıda belirtilen hukuka uygunluk sebepleri dışında kanunlarda öngörülen diğer hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması da mümkündür.

2.2. Fiil

Bir kimsenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için bir fiilin bulunması, diğer bir ifadeyle bir insan davranışının bulunması gerekir. Doktrinde bir görüş haksız fiildeki “fiil” sözcüğünün bunu doğruladığını belirtmektedir²⁶. Burada fiil, iradeyle işlenen bir davranış olarak tanımlanmaktadır²⁷. Davranış, bir şey yapma veya yapmamaya ilişkin hareket tarzıdır.

Bir şey yapma olumlu davranışı, bir şey yapmama olumsuz davranışı oluşturur. Fiil aktif eylem şeklinde (icrai mahiyette) olabileceği gibi, başkasını zarardan korumak için bir harekette bulunmakla yükümlü olduğu takdirde, bu hareketten kaçınmak, yani ihmalî bir davranış veya hareketsizlik şeklinde de olabilir²⁸.

2.3. Zarar

2.3.1. Genel Olarak Zarar Kavramı

Zarar, haksız fiil sorumluluğunun ve dolayısıyla tazminat borcunun en önemli unsurudur. Sorumluluk hukukunun başlıca amacı, gerçekleşen zararı karşılamak yani tazmin etmektir²⁹. Bu sebeple, zarar yoksa sorumluluktan; dolayısıyla tazminattan da söz edilemez.

BK m. 41’de zarardan söz edilmekle birlikte, zararın tanımı yapılmamış; tanımın

²⁶ EREN, Genel, s. 468.

²⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 12; EREN, Genel, s. 468; KILIÇOĞLU, A., s. 197; OĞUZMAN/ÖZ, s. 492; TİFTİK, s. 46.

²⁸ EREN, Genel, s.469-472; KILIÇOĞLU, A., s. 196-197; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 484; OĞUZMAN/ÖZ, s. 492-493.

²⁹ EREN, Genel, s. 472; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 559; OĞUZMAN/ÖZ, s. 513.

yapılması doktrin ve yargı organlarına bırakılmıştır.

Zarar dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda zarar maddi ve manevi zararı³⁰ ifade etmektedir. Kişinin malvarlığının uğradığı zararlar birlikte şahıs varlığının, diğer bir ifadeyle manevi varlığının uğradığı zararlar da buraya dâhildir. Dar anlamda zarar yani mameleki zarar ise maddi zararı ifade etmektedir³¹. Hukukumuzda zarardan, daha çok maddi zarar kavramı anlaşılmaktadır³².

2.3.2. Maddi Zarar

2.3.2.1. Genel Olarak

Maddi zarar, kişinin iradesi dışında malvarlığında (kişinin ekonomik değeri olan veya olabilecek mallarında) meydana gelen azalma olarak tanımlanabilir³³.

Kişinin malvarlığı, aktif ve pasiflerden oluşan, ekonomik bir değeri olan veya olabilecek, parayla ölçülebilen hukuki değerlerin, borç, mükellefiyet ve varlık topluluğunun meydana getirdiği bütündür. Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklardan oluşan ayni haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, fikri ve sınai haklar, devam etse idi gelecekte elde edilebilme ihtimali olan kazanç ve gelir de malvarlığını oluşturan değerler arasında yer alır³⁴.

Eksilme, malvarlığını oluşturan aktiflerin azalması ya da pasiflerin artması şeklinde meydana gelir³⁵. Zarar görenin zarar verici olaydan sonra aktif değerlerindeki eksilme

³⁰ Tandoğan, maddi ve manevi zararın niteliklerinin farklı olması sebebiyle “manevi zarar” yerine “manevi üzüntü” kavramının kullanılması düşüncesindedir. Bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, s.63.

³¹ EREN, Genel, s. 473; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 548.

³² Avusturya, Alman, Fransız hukuklarında zarar, kavram olarak geniş anlamda kullanılmakta ve maddi zararı kapsadığı gibi manevi zararı da kapsamaktadır. Buna karşılık Türk-İsviçre hukuklarında doktrin ve uygulamada zarardan, daha çok maddi (mameleki) zarar kavramı anlaşılmaktadır. Mamelek (malvarlığı) ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin (varlıkların) meydana getirdiği bir bütündür. Bkz. EREN, Genel, s. 473; OĞUZMAN/ÖZ, s. 514.

³³ EREN, Genel, s. 473; OĞUZMAN/ÖZ, s. 514.

³⁴ EREN, Genel, s. 473.

³⁵ EREN, Genel, s. 474; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 561; OĞUZMAN/ÖZ, s. 514.

yahut pasif değerlerindeki artış ile bu olay gerçekleşmeseydi aktif ve pasif değerlerinin arz edeceği durum arasındaki farka zarar denmektedir. Burada fiilî durum ile fiktif durum karşılaştırılmakta, aradaki olumsuz yöndeki değişiklik zararı oluşturmaktadır³⁶. Malvarlığının iki durumu arasındaki farkın, zarar görenin kaybolan menfaati olduğu düşüncesi, Mommes'in menfaat teorisi ve buna bağlı olarak fark teorisinin bir sonucudur³⁷.

Öte yandan, zararın mevcudiyetinden söz edebilmek için malvarlığında meydana gelecek azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesi şarttır. Bu azalma zarar görenin rızası hilafına veya rızası olmaksızın gerçekleşir. Zarar gören zarara katlanmayı kabul etmişse, diğer bir ifadeyle kendi isteğiyle zarara uğramışsa bu zararı tazmin edilmez³⁸. Diğer yandan, deprem, sel gibi tabiat olayları sonucunda meydana gelen zararlar, haksız fiil hukuku yönünden tazminata konu olmazlar³⁹.

2.3.2.2. Maddi Zarar Çeşitleri

Haksız fiil nedeniyle meydana gelen zararın, fiilî zarar, yoksun kalınan kâr; şeye verilen zarar, şahsa verilen zarar, diğer zararlar; doğrudan zarar, dolaylı zarar ve yansıma zararlar olarak ayrılması mümkündür.

Sözleşmenin ifa edilmemiş olmasından doğan zararlar (müspet zarar) ile sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zararlar (menfi zarar) ayrımı, sözleşmeye aykırı davranıştan kaynaklandığı için, haksız fiilden doğan zararlarda böyle bir ayrıma gerek yoktur⁴⁰.

³⁶ EREN, Genel, s. 474; KILIÇOĞLU, A., s. 210; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 548; OĞUZMAN/ÖZ, s. 514; NOMER, Haksız Fiil, s. 6.

³⁷ EREN, Genel, s.474.

³⁸ EREN, Genel, s. 477; OĞUZMAN/ÖZ, s. 515; KILIÇOĞLU, M., s. 24.

³⁹ NOMER, Haksız Fiil, s. 5.

⁴⁰ REİSOĞLU, s. 149, dpn. 15.

2.3.2.2.1. Fiilî Zarar - Yoksun Kalınan Kâr

Malvarlığının aktifinde gerçekleşen fiilî bir azalma veya pasifinde gerçekleşen fiilî bir çoğalmaya fiilî zarar adı verilir⁴¹.

Malın yok olması, hasara uğraması, beden bütünlüğünün ihlali hâlinde tedavi masrafları, kişinin iradesinin fesada uğratılarak üçüncü bir kişinin borcunu üslenmesi gibi durumlarda meydana gelen zarar fiilî zarardır.

Yoksun kalınan kâr ise, hayatın olağan akışı ve hayat tecrübelerine göre elde edilebilecek bir kazançtan zarar verici bir fiil nedeniyle kısmen ya da tamamen mahrum kalınması sonucunda ortaya çıkan eksilmeyi (zararı) ifade eder. Burada hayatın olağan akışı ve hayat tecrübelerden yararlanılarak, malvarlığında gelecekte kesin olarak ya da büyük ihtimalle meydana gelebilecek aktifte bir artış yahut pasifte bir azalış söz konusudur⁴². Yoksun kalınan kârda, hâlihazırda malvarlığının aktifinde bir artış veya pasifinde bir azalış yoktur. Fakat zarar verici olay malvarlığının gelecekteki muhtemel değerinin eksilmesine yol açmaktadır.

Fiilî bir zarara uğrayan kişinin malvarlığının mevcut durumunda bir azalma söz konusuysen, yoksun kalınan kârda sahip olabileceği şeyler azalmaktadır⁴³. Örneğin, aracı kendi mülkiyetinde bulunan bir taksi şoförünün kaza sonucunda aracı hasara uğradığında, araçta meydana gelen hasar o anki durumda meydana geldiğinden, fiilî zararı, aracın hasarlı olması sebebiyle şoförün çalışmaması sonucunda gelecekte elde edebileceği kazancı elde edememesi ise yoksun kalınan kârı oluşturmaktadır. Öte yandan, yoksun kalınan kâr geleceğe yönelik ve fiktif bir zarar olduğu için, ilerde gerçekleşecek gelir imkânının göz önüne alınması gerekir⁴⁴.

Zarar görenin yoksun kaldığı kâr nedeniyle tazminat talebinin kabul edilebilmesi için elde edilecek kazancın çok muhtemel olması gerekir. Zarar görenin, zarar verici olay olmasaydı bir gelir elde edeceğini, bu olay yüzünden gelir elde etmesinin önlendiğini ispat etmesi gereklidir. Bu durumda zarar görenin elde edeceği kâr ile bu kârın elde

⁴¹ EREN, Genel, s. 477; KARAHASAN, s. 147; KILIÇOĞLU, A., s. 214; OĞUZMAN/ÖZ, s. 515; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 559-560.

⁴² EREN, Genel, s. 478; KILIÇOĞLU, A., s. 214; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 559-561; OĞUZMAN/ÖZ, s. 515.

⁴³ EREN, Genel, s. 478.

⁴⁴ EREN, Genel, s. 479.

edilmesine engel olan olay arasında illiyet bağının bulunması zorunludur. Yoksun kalınan kârdan bahsedilebilmesi için, beklenen kârın ahlaka ve hukuka uygun olması şarttır⁴⁵.

2.3.2.2.2. Şahsa Verilen Zarar- Şeye Verilen Zarar- Diğer Zararlar

Ölüm, yaralanma gibi bedensel ve ruhsal bütünlüğün ihlal edilmesi sonucunda şahıs varlığında meydana gelen eksilmeler şahsa verilen zararı oluşturmaktadır. Dıştan gelen etki sonucunda kişinin bedeni ve iç dünyası zarara uğramaktadır. Bedensel ve ruhsal bütünlüğün ihlali bir zarar doğurmamışsa, bu tür zarardan, dolayısıyla tazminattan söz edilemez⁴⁶.

Taşınır, taşınmaz gibi maddi varlıklara yapılan saldırılar sonucunda oluşan zararlar ise şeye verilen zarar olarak adlandırılmaktadır. Eşyanın yok edilmesi, hasara uğraması veya kaybından doğan zararlar bu kapsamdadır⁴⁷.

Şahsa ve şeye verilen zararlar dışındaki zararları diğer zararlar olarak gruplamak mümkündür. Bunlar kişinin şöhret ve itibarının ihlalinden kaynaklanan zararlar olabileceği gibi, kişinin ticari kredisi veya gayrimaddi malları; diğer bir ifadeyle patent veya marka hakkı gibi bir hakkının ihlali ve haksız rekabetten doğan zararlar da bu zarar kavramı altında açıklanabilir⁴⁸. Bu tür zararların tazmini için zarar verenin fiilinin hukuka aykırı olması ve kanunda açıkça zarardan söz edilmesi, somut olaydaki türden zarara karşı korumayı amaçlayan davranış normunun ihlal edilmesi gerekir⁴⁹.

2.3.2.2.3. Doğrudan Zarar - Dolaylı Zarar-Yansıma Zarar

Doğrudan zarar, ihlal sonucunda ilk meydana gelen ve doğrudan oluşan zararlardır⁵⁰. Örneğin X'in arabasına çarpılması sonucu araba tamamen tahrip olduğunda,

⁴⁵ EREN, Genel, s. 479.

⁴⁶ EREN, Genel, s. 479-480; KILIÇOĞLU, A., s. 210; KILIÇOĞLU, M., s. 28.

⁴⁷ EREN, Genel, s.480; KILIÇOĞLU, A., s. 211.

⁴⁸ EREN, Genel, s.480; KILIÇOĞLU, A., s. 211.

⁴⁹ KILIÇOĞLU, M., s.28, 29.

⁵⁰ EREN, Genel, s. 480; KILIÇOĞLU, A., s. 212; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 565; OĞUZMAN/ÖZ, s. 516-517.

X'in malvarlığında arabanın değeri kadar bir azalma söz konusudur. Bu örnekte ihlalin sonucu meydana gelen ilk etki olarak, arabanın değeri kadar malvarlığındaki azalma X'in doğrudan zararlarıdır.

Dolaylı zarar ise, ihlalin ilk neticesi olan zarara bağlı ve ondan doğan zararlarıdır⁵¹. Yukarıda yer alan örnekte aracın ticari bir araç olduğu düşünüldüğünde, aracın işletilememesi sonucu oluşan zarar, dolaylı zarardır.

Doğrudan zarar – dolaylı zarar ayrımı daha çok illiyet bağıyla ilgili bir kavramdır. Doktrinde bir görüş, yukarıda ikinci örnekte yer alan ve dolaylı zarar olarak nitelendirilen, ilk zarara refakat eden dolaylı zararın, ilk ihlal fiili ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunduğundan doğrudan zarar olduğunu kabul etmektedir⁵². Fiille uygun illiyet bağı içerisinde bulunan zarar tazmin edilmelidir⁵³.

Hukuka aykırı bir fiilden zarar gören dışında bir başka kişinin zarar görmesi durumunda oluşan zarar, yansıma zarardır. İlke olarak yansıma zararlar sorumluluk doğurmaz. Ancak illiyet bağı ve hukuka aykırılık bağıının her ikisinin de gerçekleşmesi durumunda sorumluluk doğmaktadır⁵⁴. Üçüncü kişinin uğradığı zarar bir anlamda yansıma zarardır. Genellikle özel bir koruma normu ihlal edilmediğinden yalnız bir malvarlığı zararı söz konusudur. Örneğin X'in öldürülmesi sonucu ekonomik ilişki içinde bulunduğu X'in terzisi, işçisi failden tazminat isteyemez. Yansıma zararın tazmin edilmemesi kuralının istisnası, özel bir davranış normunun hukuka ayrı bir şekilde ihlal edilmesi olan destekten yoksun kalma zararında karşımıza çıkmaktadır⁵⁵.

Özetle, zarar verenin fiili ile uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık bağı içerisinde bulunan bütün zararların tazmin edilmesi gerekmektedir. Ancak, kural olarak zarar verenin yansıma zararlardan sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir.

⁵¹ EREN, Genel, s. 480-481; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.70; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 565; OĞUZMAN/ÖZ, s. 517.

⁵² EREN, Genel, s. 481.

⁵³ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 70.

⁵⁴ KILIÇOĞLU, A., s. 213-214; OĞUZMAN/ÖZ, s. 517.

⁵⁵ KILIÇOĞLU, A., s. 213; OĞUZMAN/ÖZ, s. 517; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 562; KILIÇOĞLU, M., s. 30.

2.3.3. Manevi Zarar

Manevi zararda, maddi zarardan farklı olarak, kişinin malvarlığında bir eksilme söz konusu değildir. Manevi zarar, kişinin şahıs varlığında, diğer bir ifadeyle manevi cephesinde meydana gelen zararı ifade etmektedir⁵⁶. Manevi zarar, zarar görenin iradesi dışındaki eksilmedir. Şahıs varlığını oluşturan hukuki değerlerin ihlali sonucu objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir⁵⁷.

Manevi zarar kişinin şahıs varlığına yönelik fiillerden ortaya çıkabileceği gibi, malvarlığına yönelik fiillerden de ortaya çıkabilir⁵⁸. Örneğin kişinin dedesinden yadigar olan mızıkanın haksız fiil nedeniyle kırılması neticesinde duyduğu üzüntü sonucu manevi zarara uğraması mümkündür.

2.4. İlliyet Bağı

Bir davranışın sorumluluk doğurabilmesi için fiil ile meydana gelen zarar arasında sebep sonuç ilişkisinin olması gerekmektedir. Zira sebep, bir sonucun meydana gelmesinde etken olan şartların bütünüdür⁵⁹.

Sebep sonuç ilişkisi çerçevesinde sebebi oluşturan bütün şartlar meydana gelmeden sonucun meydana gelmesi mümkün bulunmamaktadır. Ancak, sebebi oluşturan şartların bu şekilde yorumlanması hukuk bilimi açısından yarar sağlamamaktadır. Özellikle ilk zararı takip eden zararların isnat edilmesi açısından adalet duygularını zedeleyici sonuçlar ortaya çıkmaktadır⁶⁰. Bu nedenle belirli bir sonucun zorunlu şartını oluşturan bir davranış, sonucun gerçekleşme olasılığını objektif olarak artırıyor ya da kolaylaştırıyorsa, bu uygun sebep olarak nitelendirilmelidir.

⁵⁶ EREN, Genel, s. 483; KILIÇOĞLU, A., s. 211; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 655; OĞUZMAN/ÖZ, s. 515.

⁵⁷ EREN, Genel, s. 483; KILIÇOĞLU, A., s. 211.

⁵⁸ KILIÇOĞLU, A., s. 211; OĞUZMAN/ÖZ, s. 515.

⁵⁹ EREN, Genel, s. 487; KILIÇOĞLU, A., s. 215; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 567; OĞUZMAN/ÖZ, s. 518; ATAMER, s. 39.

⁶⁰ KILIÇOĞLU, A., s. 216; OĞUZMAN/ÖZ, s. 518.

Bu çerçevede Türk ve İsviçre hukuklarında uygun illiyet bağı teorisi ortaya atılmış ve kabul görmüştür⁶¹. Fiil, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre meydana gelen zarara sebebiyet verebilecek nitelikte ise, bir başka deyişle zarar o fiilin uygun sonucu ise fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı vardır⁶².

2.5. Kusur

2.5.1. Kusur Kavramı

Kusur, BK m. 41 uyarınca, sorumluluğun doğabilmesi için gereken şartlardan biri ve onun kurucu ögesidir⁶³. Bu çerçevede kusurun temel işlevi sorumluluğun kurulmasıdır. Kusur, sorumluluğu doğuran ve bu sorumluluğu haklı kılan irade tezahürüdür. Kusur, hukuka aykırı bir davranış neticesinde ideali belirten genel davranış normunun hukuk düzenince kınanabilir görülen ve sorumluluğu haklı gösterebilecek şekilde iradeyle ortaya konulan davranıştan ötürü sitem edilebilirliği ifade etmektedir⁶⁴. Diğer bir ifadeyle, kusur zarar veren hakkında verilen bir değer yargısı olup, onun hukuka uygun davranma imkanı bulunmasına rağmen böyle davranmaması nedeniyle tenkit edilmesidir⁶⁵.

Kusurun diğer bir işlevi ise, tazminat miktarının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Zarar gören ve zarar verenin kusurlarının yoğunluğuna göre tazminat tayin edilmektedir.

Kusur iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birisi kast, diğeri ise ihmaldir.

⁶¹ EREN, Genel, s. 492; KILIÇOĞLU, A., s. 216; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 567.

⁶² TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 77; EREN, Genel, s. 492; KILIÇOĞLU, A., s. 216; OĞUZMAN/ÖZ, s. 519; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 573.

⁶³ EREN, Genel, s. 529.

⁶⁴ KILIÇOĞLU, M., s. 367.

⁶⁵ KANETİ, s. 119.

Kasta ve ihmale bağlanan sorumluluğun kurulmasına ilişkin hukuki sonuçlar bakımından fark bulunmamakla birlikte, BK m. 43/I'e göre kusurun ağırlık derecesi tazminat belirlenirken önem arz etmektedir⁶⁶.

2.5.2. Kusur Çeşitleri

2.5.2.1. Kast

Kast; zarar verenin bir hukuk normunu ihlal ettiğini bilmesi, sonucunu tasarlaması ve istemesidir. Zarar verenin yapmış olduğu eylemle hangi zararlı sonuçları meydana getireceğini önceden öngörmesi gerekmez. Hakkı veya hukuk normunu ihlal etmesi konusundaki iradesi yeterlidir⁶⁷.

Kast iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar tasarlama ve irade unsurlarıdır. Tasarlama hukuka aykırı sonucun zarar veren tarafından bilinmesini öngörülmesini ifade eder. İrade ise, sonucun zarar veren tarafından kabul edilmesidir. Kastın belirlenmesinde makul bir kişinin ortalama davranışı esas alınmakla birlikte daha yüksek bilgi ve yetenek düzeyine sahipse içinde bulunduğu koşullara göre kastı değerlendirilmelidir. Aksi hâlde yetekli kişilere zarar verme hususunda ayrıcalık tanınmış olur⁶⁸.

2.5.2.2 İhmal

İhmal, hukuka aykırı sonucu istemediği hâlde böyle bir sonucun meydana gelmemesi için gerekli özenin gösterilmemesi ve tedbirin alınmamasıdır⁶⁹. İhmalde önceden öngörülebilecek bir zararın özen yetersizliği sonucunda meydana gelmesi kınanmaktadır. Zarar veren, hukuka aykırılığın bilincinde olmamakla birlikte, yeterli özeni gösterebilseydi bunu önleyebileceğini fark edebilecek durumdadır. İhmalin de kendi içerisinde ağır ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmesi

⁶⁶ EREN, Genel, s. 540; KILIÇOĞLU, A., s. 223; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 496; OĞUZMAN/ÖZ, s. 528; KILIÇOĞLU, M., s. 382.

⁶⁷ EREN, Genel, s. 535; KILIÇOĞLU, A, s. 222; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 493; OĞUZMAN/ÖZ, s. 528-529; ATAMER, s. 31; TİFTİK, s. 57.

⁶⁸ EREN, Genel, s. 535.

⁶⁹ EREN, Genel, s. 537; KILIÇOĞLU, A., s. 222; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 494; OĞUZMAN/ÖZ, s. 529.

mümkündür⁷⁰.

Gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği, normal ve orta zekâlı bir insanın aynı durum ve şartlar altında göstereceği tepki göz önüne alınarak belirlenmelidir⁷¹.

Bu noktada gösterilecek özenin ölçüsü tespit edilirken, sübjektif koşullara sahip normal bir insan tipine davranışın isnat edilebilirliği çerçevesinde objektifleştirme sağlanmaktadır. Böylelikle ihmalin objektifleştirilmesi söz konusu olmakta ve nesnel bir ölçüt ortaya konulmaktadır. Olayın somut şartları belirlenirken zarar verenin yaşı, cinsiyeti, eğitim düzeyi ve mesleki durumu göz önünde tutulmamaktadır⁷².

İhmalin kendi içerisinde ağır ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılması mümkündür⁷³.

Ağır ihmal; orta zekâlı bir kişiden beklenen en basit dikkat ve özenin dahi gösterilmemesidir. Bu özen aklı başında her insan tarafından gösterilebilecek nitelikte olmalıdır⁷⁴.

Hafif ihmal ise, dikkatli ve tedbirli bir kimseden beklenen dikkat ve özenin gösterilmemesidir⁷⁵.

⁷⁰ KILIÇOĞLU, A., s. 222; OĞUZMAN/ÖZ, s. 529.

⁷¹ EREN, Genel, s. 537; KILIÇOĞLU, A., s. 222; OĞUZMAN/ÖZ, s. 530; TİFTİK, s. 58.

⁷² EREN, Genel, s. 537; KILIÇOĞLU, A., s. 222; OĞUZMAN/ÖZ, s. 530-531; TİFTİK, s. 59.

⁷³ KILIÇOĞLU, A., s. 222; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495; OĞUZMAN/ÖZ, s. 529. Eren, ihmali ağır, hafif ve her iki ihmal arasında orta ihmal şeklinde sınıflandırmıştır. Bkz. EREN, Genel, s. 540-541.

⁷⁴ EREN, Genel, s. 540; KILIÇOĞLU, A., s. 222; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495; OĞUZMAN/ÖZ, s. 529.

⁷⁵ EREN, Genel, s. 541; KILIÇOĞLU, A., s. 223; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495-496; OĞUZMAN/ÖZ, s. 529.

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU KAVRAMI VE UNSURLARI

1. Kavram

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 57'nci maddesinde, bu Kanunda korunan menfaatin ihlal edilmesi durumunda, bundan zarar görenlerin zararının tazmin edilmesi düzenlenmektedir. Çoğu durumda, kanuna aykırı anlaşma, karar ya da uyumlu eylem yahut hakim durumun kötüye kullanılması neticesinde meydana gelen zarar, bir davranışın sonucunda ortaya çıkmaktadır. Rekabet ihlalinin ve hakim durumun kötüye kullanılmasının doğası gereği, bir çok hâlde zarar gören ile zarar veren arasında önceden var olan bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Bu durum özellikle üçüncü kişiler açısından böyledir. Nitekim, RKHK m. 57'de yer alan, *“Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. ...”* hükmünün düzenleniş tarzından da bu durum anlaşılmaktadır. Maddede belirtilen *“kanuna aykırı olan”* ibaresinden, borç ilişkisinin hukuki muameleden kaynaklanmadığı anlaşılabilir. Bu ibarenin devamındaki, *“eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa”* ile *“hakim durumunu kötüye kullanırsa”* ibarelerinden, kanuna aykırılığın belirli bir hareketle, başka bir deyişle fiille (davranışla) gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, sorumluluğa kanuna aykırı bir davranışın sebep olduğu söylenebilir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali nedeniyle açılan tazminat davası temelde geniş anlamda haksız fiil sorumluluğuna dayanır. Bununla birlikte, bazı hâllerde zarar gören ile zarara sebep olan arasında sözleşme ilişkisi bulunabilmektedir. Piyasadaki rekabetin bozulmasından olumsuz etkilenen kimseler, sorumluluk şartlarının somut olayda ayrı ayrı mevcut olması ve hukuki nedenlerin birbiriyle bağdaşması koşuluyla çeşitli hukuki nedenlere dayanarak bu olumsuzluğun giderim hakkını ileri sürebilir. Her iki talep hakkının aynı sonucu meydana getirmeye yönelik ve özgü olması hâlinde

iki hakkın yarışmasından söz edilir⁷⁶. Belirtilen duruma, sözleşmeden ve haksız fiilden doğan hakların yarışması örnek olarak gösterilebilir⁷⁷.

Rekabet hukuku kurallarının ihlali nedeniyle oluşan hukuki durumun haksız fiil niteliği ortadan kalkmamakla birlikte, bu hâlde sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri ile haksız fiil hükümleri yarışacaktır. Zarar gören ile zarar veren arasında zararı doğuran olay gerçekleşmeden önce mevcut bulunan hukuki bir ilişki, zarar görenin haksız fiil hükümleri çerçevesinde zararını talep etmesine engel değildir. Bu hâl, zarar gören açısından taleplerin yarışmasıdır. Böyle bir hâlin mevcut olması için zarar gören ile zarar veren arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmalıdır. Yine sözleşmenin yüklediği sorumluluk ile zarar verme arasında bir ilişki bulunmalı yahut zarar verici eylem veya olay sözleşmenin ihlali sonucunu doğurmalıdır⁷⁸.

Zarar gören dilerse sözleşme hükümlerine göre tazminat talep edebileceği gibi, bunu arzu etmemesi durumunda, haksız fiil hükümlerine göre uyuşmazlığın çözümlenmesini de isteyebilecektir. Zarar gören, bu tercihini, zamanaşımı süresi, ispat kolaylıkları gibi o anda içinde bulunduğu hâl ve şartlara göre kullanacaktır. Ayrıca, zarar gören ile zarar veren arasında evvelce imzalanan sözleşme geniş anlamda haksız fiil açısından gerek zarar gören ile zarar veren arasındaki ilişkinin ortaya konulmasında gerekse hukuka aykırılığın tespitinde delil teşkil edecektir.

Örneğin, hakim durumda olan teşebbüsün, distribütörlüğünü yaptığı mal için bir taban fiyat (minimum satış fiyatı) belirlediğini ve acentelerine buna uymaları gerektiği, bu fiyata uyulmaması hâlinde aralarında imzalanan sözleşmenin feshedileceği hususlarında bildirimde bulunduğunu varsayalım. Teşebbüsün, acentelerinden birinin bu taban fiyatın altında satış yaptığını öğrenmesi üzerine, acentenin sözleşmesini feshetmesi hâlinde, acente, sözleşme ya da haksız fiil hükümlerine dayanarak zararının tazminini isteyebilecektir. Acente sözleşme ilişkisine dayanarak zararın tazminini dava ettiğinde, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun genel ilkeleri uygulanarak sorun çözümlenecektir.

Yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde, gerek üçüncü kişilerin durumu gerekse rekabet düzenlemelerine aykırı davrananla arasında hukuki bir ilişki bulunan kişiler açısından Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda öngörülen ekonomik zararın belirlenmesi ve tazmini noktasında, geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu özellik arz

⁷⁶ KARAHASAN, s. 64; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 473.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için, Bkz. KARAHASAN, s. 69–73; NOMER, Genel, s. 155.

⁷⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 329.

etmektedir.

Sorumluluk sebepleri açısından konu değerlendirildiğinde, sorumluluğun sebep sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) mu, yoksa dar anlamda haksız fiil sorumluluğu (kusur sorumluluğu) mu olduğu noktasında, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Kanun koyucunun kusur sorumluluğu mu ya da kusursuz sorumluluğu düzenlendiği hususunda Kanunun gerekçesinde herhangi bir açıklık yoktur⁷⁹.

Bir görüşe göre, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Kanun koyucunun kusur sorumluluğunu kabul etmiş olsaydı, BK m. 41'e atıf yapmakla yetinebileceği savunulmaktadır. Bu görüş, iddialarını kanun koyucunun BK m.41'e atıfta bulunmak yerine yeni bir düzenleme getirmesindeki amacının kusursuz sorumluluğu kabul etme isteğinden kaynaklandığına ve RKHK m. 57'de kusurdan hiç söz edilmediğine, burada kusursuz sorumluluğun, piyasa düzeninin korunmasının arz ettiği önemden dolayı kabul edildiğine dayandırmaktadır⁸⁰.

Diğer görüş, teşebbüslerin rekabet hukuku kurallarını ihlal etmesi sonucu ortaya çıkan sorumluluğu, kusur esasına dayandırmaktadır⁸¹. Bu görüşe göre sorumluluğu, kartel anlaşmaları ve rekabeti ikinci derecede sınırlayan anlaşmalardan doğan sorumluluk olmak üzere ikiye ayırarak incelemek gerekir. Kartel anlaşmalarında taraflar kusurlu sayılır ve tarafların kusursuzluğunu ispat etmesi kartelin tanımı gereği mümkün değildir. Rekabeti ikinci derecede sınırlayan anlaşmalar bakımından ise kusursuzluğun ispatı mümkündür. Bu görüşün dayandığı diğer bir nokta ise kaynak ABD hukukunda da kusur arandığını noktasıdır⁸².

Burada sorumluluğun kusur sorumluluğu ya da kusursuz sorumluluk olduğu noktasında çeşitli gerekçeler ortaya konabilir.

⁷⁹ Tutanak Dergisi, s. 10.

⁸⁰ TOPÇUOĞLU, s. 299. Cengiz, piyasa düzenin korumasının büyük öneminin idari sorumluluk açısından değerlendirilmesi gerektiğini, haksız fiil sorumluluğunun çıkarların denkleştirme amacını güttüğünü kabul etmektedir. Haksız fiil sorumluluğu alanında objektif sorumluğa temel olabilecek tehlike sorumluluğunun akla gelebileceğini, bunun da ticari faaliyette bulunanların çeşitli risklerle karşılaşabileceğini ve her nimetin bir külfeti olduğu ilkesi ile tamamlanacağını, ancak, ticari ilişkilerin tamamında risk ve nimet, külfet ilişkisi bulunduğundan temelde haksız fiil olan haksız rekabet gibi diğer ticari alandaki haksız fiiller açısından kıyas yolu ile objektif sorumluluk kabul edildiği gibi yanlış bir sonuca ulaşılmasına neden olacağını belirtmektedir. Bu bakımdan Cengiz, olması gereken hukuk açısından da kusursuz sorumluluğu reddetmektedir. Bkz. CENGİZ, s. 372-373.

⁸¹ İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 599, ŞANLI, s. 226; GÜRZUMAR, s. 153; CENGİZ, s. 385-387; ARSLAN, s.794; AKINCI, Yatay Kısıtlama, s. 358.

⁸² AKINCI, Yatay Kısıtlama, s. 372.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen sorumluluk sebebinin kusursuz sorumluluk olduğu hususunda iki nedene dayanmak mümkündür.

İlk olarak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun lafzında kusur sorumluluğunu öngören her hangi bir ifade kullanılmamıştır. Gerek RKHK m. 57’de gerekse m. 58’de, açık bir şekilde rekabeti sınırlayan teşebbüslerin ortaya çıkan zarardan sorumlu olacakları belirtilmektedir.

İkinci olarak, piyasa işleyişinin korunması, teşebbüslerin içinde buldukları sübjektif durumdan (kusur) çok daha önemlidir. Diğer bir ifadeyle, Kanunu ihlal eden ister kusurlu ister kusursuz olsun, piyasa düzeninin korunmasından elde edilecek yarar, kusur sorumluluğu ile Kanunu ihlal edenlere sağlanacak olan zarardan çok daha büyüktür. Bu nedenle Kanunu ihlal edenlerin içinde buldukları durum dikkate alınmadan tazminata hükmedilebilmesi gerekir⁸³.

Öte yandan, Kanunun kusur sorumluluğunu benimsediğine dair iki nedene dayanmak mümkündür.

İlk olarak, RKHK m. 58/II’den hareketle bir sonuca ulaşılabilir. RKHK m. 58/II’de üç kat tazminat için ağır ihmal şartının aranması, RKHK m. 58/I kapsamında sadece zararın tazmini söz konusu olduğunda hafif ihmalden kaynaklanan sorumluluğun düzenlenmek istendiği şeklinde yorumlanabilir. Diğer bir ifadeyle, üç kat tazminat bakımından en azından ağır ihmal aranıyorsa, zararın tazmin edilmesi için daha hafif bir sorumluluğun olması gerekir. Bu durumda sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu düşünülemez. O hâlde RKHK m. 58/I’de düzenlenen sorumluluğun sadece hafif ihmal durumundaki kusur sorumluluğu olduğunu kabul etmek gerekir.

İkinci olarak, kusursuz sorumluluğun kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu yönünde herhangi bir ifade bulunmamaktadır.

Türk özel hukukunda, kusursuz sorumluluğun varlığının, ancak kanunda açık olarak sorumluluğun doğmasında kusurun aranmayacağı düzenlenmiş olması hâlinde söz konusu olduğu gözden kaçırılmamalıdır. İdari yaptırımlar açısından RKHK m. 4 ve 6’da kusur gerekmemektedir. Rekabet düzenlemelerine aykırılığın özel hukuk sonuçları açısından ise kusur aranacaktır⁸⁴. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda sorumluluğun sebep sorumluluğu olduğu yönünde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda tazminat yaptırımına bağlanan

⁸³ ARI, Danışıklılık, s. 218.

⁸⁴ İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 607.

sorumluluğun hukuki niteliği, dar anlamda haksız fiil sorumluluğudur⁸⁵.

Olması gereken hukuk bakımından, kanun koyucu tarafından sorumluluğun sebebinin yeniden düzenlenerek, ihlalin piyasa etkileri dikkate alınmak suretiyle kusursuz sorumluluk esasının getirilmesi ve ek kusur durumunda sadece ağır ihmal veya kastın bulunmasında sorumluluğun ağırlaştırılması daha uygun olacaktır.

Buraya kadar belirtilen hususlar çerçevesinde, rekabetin engellenmesi nedeniyle ortaya çıkan zarar ve bu zararın tazmini ile ilgili olarak, dar anlamda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı görülmektedir.

Ancak Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun Borçlar Kanununa göre özel kanun olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle, tazminatın hesaplanması ve ispatı gibi Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda hüküm bulunan hâllerde, yani tazminata ilişkin genel hükümlerden ayrıldığı noktalarda özel kanun olan Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun öncelikle uygulanması gerekir. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde ise, haksız fiile ilişkin genel hükümler uygulanmalıdır.

2. Unsurları

Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun sorumluğu düzenleyen 57'nci maddesi bağlamında haksız fiil sorumluluğunun unsurları şunlardır:

- Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırılığı oluşturan rekabetin bozulması, engellenmesi gibi hukuka aykırılık hâlleri bulunmalıdır.
- Söz konusu Kanuna örnek kabilinden sayılan veya Kanunda belirtilen ihlali oluşturabilecek türden davranışlardan biri bulunmalıdır.
- Bu Kanuna aykırı davranış ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bulunmalıdır.
- Anılan Kanunda yasaklanan bu davranış sonucunda bir zarar meydana gelmelidir.
- Son olarak, zarar veren, kusurlu olmalıdır.

Yukarıda maddeler hâlinde belirtilen unsurlar birleştiğinde zarar görenin tazminat hakkı doğmaktadır.

⁸⁵ İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 596; AKSOY, s. 51.

2.1. Hukuka Aykırılık

2.1.1. Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun sistematik açıdan incelendiğinde, mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce kararlar alınabilmesini konu edindiği görülmektedir.

Ekonomide rekabetin işlediği bir pazarın oluşumunu engelleyen piyasa aksaklıklarının giderilerek iktisadi etkinliğin sağlanması yanında, teşebbüslerin ve tüketicilerin korunması gibi ikincil amaçlar da bulunmaktadır. Bu bağlamda, rekabetin etkin olduğu piyasa düzeni yanında kişilerin ekonomik menfaatlerinin de korunduğu görülmektedir⁸⁶.

Nitekim bu husus, Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 1'inci maddesinin gerekçesinde, “...Serbest rekabetçi yapının getirdiği bu dinamizm ülke ekonomisinin sürekli ve dengeli kalkınmasını sağlar. Fiyatların düşüşü ve kalitenin artışı ise toplumun tamamını yani tüketicileri korumak gibi sosyal bir fayda sağlar. İşte bu nedenlerle, Devletin gerekli hukuki düzenlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlaması bu kanunun amacını oluşturmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir⁸⁷. Kanun koyucu, RKHK m. 57 hükmüyle rekabetin etkin olduğu piyasa düzeni yanında kişilerin ekonomik menfaatlerini de koruyup korumadığı noktasındaki tartışmaya gerek bırakmamıştır.

AB rekabet hukukunda ise, rekabete aykırı davranışlardan üçüncü kişilerin zararının tazmini, gerek ATA m. 81 ve 82, gerekse mülga 17 sayılı Tüzük ile 1/2003 sayılı Tüzükte düzenlenmemiştir. Ancak, ilk kez ATAD 1974 tarihli Belgische Radio en Televisie v. SV SABAM kararında rekabetin bozulmasından dolayı üçüncü kişilerin zararlarının ATA m. 85 ve 86 (yeni m. 81 ve 82) kapsamında tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁸.

⁸⁶ Harvard Okulu görüşünü savunanlara göre, rekabet hukukunun, iktisadi etkinliğin sağlanması dışında; büyük teşebbüsler karşısında küçük teşebbüslerin korunması, ekonomik ve siyasi gücün merkezileşmesinin; tek elde toplanmasının engellenmesi, pazara giriş kolaylığı sağlanması, tüketicinin korunması gibi geniş bir amacının bulunduğu savunulmaktadır. Bkz. GÜVEN, Rekabet, s. 32.

⁸⁷ Tutanak Dergisi, s.4.

⁸⁸ Belgische Radio en Televisie v. SV SABAM, Case 127-73, European Court Reports, 1974, s. 51.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun idare hukuku yaptırımları ve özel hukuk yaptırımları şeklindeki iki yönlü koruma anlayışı, hukuka aykırılık kavramının da bu iki yönlü anlayışa uygun olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu cümleden olarak, rekabet hukukundaki hukuka aykırılığın piyasa düzeninin korunması bakımından idari anlamda hukuka aykırılık ve üçüncü kişilerin hak ve menfaati korunmasına yönelik hukuka aykırılık ki bu özel hukukta haksız fiil anlamında hukuka aykırılık olarak ikiye ayrılması mümkündür⁸⁹.

RKHK m. 57'nin ifadesiyle, *“Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur.”*

Söz konusu hükmün ifadesinden anlaşılacağı üzere, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali nedeniyle doğan zararın tazmini, kanun koyucu tarafından düzenlenmektedir. Yine madde metninden de görüldüğü üzere belirtilen hüküm hatalarla doludur. Bu noktada normun koruma amacı teorisine (hukuka aykırılık bağına) başvurmak kaçınılmazdır.

Bu teoriye göre zarar veren sadece ihlal edilen normun koruma amacı güttüğü zararlardan sorumludur. Normun koruma amacı teorisi, ihlal edilen davranış kuralının, normun amacını esas alır. Bir davranış hukuka aykırı olsa bile, bundan doğan zararlı sonuçlar ihlal edilen normun koruma alanına girmiyorsa, hukuka aykırılık bağı mevcut olmadığından sorumluluk söz konusu olmaz⁹⁰.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen zararlar ekonomik zararlardandır. Koruma normları sorumluluğun kurulmasında, hukuka aykırılık unsuru yönünden, kişileri doğrudan doğruya koruyan kurallardır. Mutlak hakların konusunu oluşturmayan ve dolayısıyla, doğrudan doğruya herhangi bir korumaya tabi olmayan

⁸⁹ SAYHAN, Düzenlemeler Bakımından Hukuka Aykırılık, s. 4; SAYHAN, Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık, s. 31, 32. Doktrinde bir görüş, belirli bir hukuk alanındaki hukuka aykırılık yolunda yürütülecek değer yargısının ancak o hukuk alanına münhasır kalabileceğini ifade etmektedir. Örneğin idare hukuku alanında hukuka aykırı sayılan fiilin medeni hukuk alanında bu niteliği doğrudan taşınması gerekli değildir. KAENZIG Dies Widerrechlichkeit, Bern 1939, s. 99, 100 (KANETİ, s.99 naklen). Kaneti, bir fiilin ancak ihlal ettiği hukuk normunun yer aldığı hukuk dalına aykırı olduğunu söylemenin, hukuk düzeninin temelindeki birlikle ve genel hukuk düzeni kavramının bir cüzü olduğu gerçeğiyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle bu görüşü reddetmektedir. Bkz. KANETİ, s. 107.

⁹⁰ EREN, Genel, s. 556-558; KILIÇOLU, A, s. 217-219; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476; OĞUZMAN/ÖZ, s. 497; EREN, Normun Koruma Amacı, s. 465; KANETİ, s. 228.

malvarlığı zararları başka bir deyişle ekonomik zararlar açısından geniş anlamda hukuk düzenine aykırılığın oluşmasında dolaylı koruma normlarının ihlali, hukuka aykırılığın kurucu unsurudur. Bu bağlamda rekabet hukukunda sorumluluğun kurulabilmesi için davranışın herhangi bir emredici hukuk normuna aykırı olması değil, mutlaka Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı olması zorunludur⁹¹.

Bu teorinin uygulanmasında ilk olarak bir normun bulunduğu ve bu normun ihlal edilip edilmediği tespit edilmelidir. Daha sonra ihlalin sonuçlarının, o normun koruma amacı çerçevesinde yasaklanan davranışa isnat edilip edilmeyeceği incelenmelidir⁹².

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlal edilmesi hâlinde sorumluluğun kurulması ve oluşan zararın tazmininin sağlanması için kişilerin ekonomik menfaatlerinin korunmasına yönelik bir koruma normunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Tazminat hakkını düzenleyen RKHK m. 57, “*Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur.*” hükmünü ihtiva etmektedir.

RKHK m. 57 hukuka aykırılık unsuru yönünden BK m. 41/I’den farklı olarak hem hangi normların ihlal edilmesi gerektiğini hem de bu normlar çerçevesinde hukuka aykırı davranışları özgün biçimde ortaya koymuştur. Bu bakımdan RKHK m. 57, BK 41/I gibi çerçeve norm değildir⁹³.

Maddenin başı, (...*Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa...*), RKHK m. 4’ü tanımlamak amacındadır⁹⁴. RKHK m.4 üç kategoriden oluşmaktadır. Bunlar, anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği kararlarıdır. Ancak, RKHK m. 57’de, “sözleşme veya anlaşma” terimi kullanılmıştır ve anlaşma sözleşmeleri de kapsar⁹⁵. Nitekim RKHK m.4 bu anlamda sadece anlaşmadan söz etmektedir. Keza, maddede uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları, eylem ve karar biçiminde kısaltılmıştır.

Bu durumda tazminat hukuku açısından Kanunun 4’üncü maddesinin kapsamının

⁹¹ SAYHAN, Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık, s. 36.

⁹² ATAMER, s. 75.

⁹³ SAYHAN, Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık, s. 36.

⁹⁴ İNAN, Eleştirel Bakış, s. 46.

⁹⁵ İNAN, Eleştirel Bakış, s. 46.

genişletildiği ve her türlü eylem ile her türlü kararın kastedildiği gibi yanlış bir yorum ortaya ıkabilir⁹⁶. Zira, yukarıda da belirtildiği üzere maddenin başı RKHK m. 4’ü tanımlamaktadır. RKHK m.4’te bentler hâlinde belirtilen fiiller sınırlı sayıda olmamakla birlikte, bu fiiller uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararı içinde yer almaktadır.

RKHK m. 57’de, “...belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa...” şeklinde yer alan ifade ise, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin RKHK m. 6’yı tanımlamak amacındadır.

RKHK m.58’de zararın tazmini düzenlenmesine rağmen, RKHK m.58/1’in girişinde, “...Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu...” ibaresiyle tazminata yol açacak davranışlar yeniden tanımlanmıştır. Bu tanım hem RKHK m. 57’den farklı hem de eksiktir⁹⁷.

RKHK m. 58, “Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler ...” ifadesi ile başlamaktadır. Her ne kadar Kanunun amacı rekabetin korunması ise de hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 6’ncı maddede, Roma Antlaşmasının 82’nci maddesine paralel olarak rekabetten söz edilmemekte, kötüye kullanma deyimini kullanılmaktadır⁹⁸. Bu ifadeden hareketle Avrupa ve Türk rekabet hukuklarında genellikle kötüye kullanmanın rekabetin sınırlanmasından daha geniş yorumlandığını görölmektedir. Hakim durumda olan bir teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı eylem ve işlemleri çoğunlukla kötüye kullanma sayılır. Ama rekabeti sınırlamadığı hâllerde de kötüye kullanma sayılan durumların var olabileceği kabul edilir. Yani, rekabeti sınırlayan eylem ve işlemlerin yanında, rekabeti sınırlamasa dahi sömürücü davranışlar kötüye kullanma olarak kabul edilir. Bu tür davranışların bir kısmı tüketiciye yönelik olanlardır. Örneğin hakim durumda olan bir teşebbüsün fahiş fiyat uygulaması rekabeti sınırlamaz ama sömürücü bir kötüye kullanmadır.

Sonuç olarak, RKHK m. 57’nin ifadesinden Kanunun 4 ve 6’ncı maddeleri kapsamında bulunan kanuna aykırı durumların düzenlendiği hususunda kuşku olmamakla birlikte, 7’nci maddesi açısından durum tartışmalıdır.

Bu tartışmalara geçmeden önce hukuka aykırılığın tespitinde yetkili makamın belirlenmesinde yarar bulunmaktadır. Ayrıca burada yapılan değerlendirme hukuka uygunluk sebeplerinin değerlendirilmesi bakımından da önem arz etmektedir. Diğer

⁹⁶ İNAN, Eleştirisel Bakış, s. 46.

⁹⁷ İNAN, Eleştirisel Bakış, s. 47.

⁹⁸ İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 609.

yandan, bu belirlemenin zamanaşımı süresinin başlangıcının tespitinde de rolü bulunmaktadır. Zira, Rekabet Kurumu, diğer idari makamlardan farklı olarak mahkemelerin usul hukukunda düzenlenen yetkilerine benzer yetkilerle donatılmıştır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin RKHK m. 20 bağlamında yalnızca (münhasır olarak) Kurumun kullanabileceği yetkiler bulunmaktadır. Bu durum kanun koyucunun bir tercihi olmakla birlikte, Kanunun AB ve ABD düzenlemelerinden esinlenerek hazırlanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Hukuka aykırılık hâllerinin belirlenmesi bu makamların hukuka aykırılığın tespitiyle ilgili yetkilerine bağlıdır⁹⁹.

2.1.2. Hukuka Aykırılığın Tespiti

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun, ihlalin özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenleyen 56-59'uncu maddelerinin uygulanmasının adliye mahkemelerinin görevi olduğu hatırlanacak olursa, konusu ne olursa olsun sözleşmenin ve özellikle tazminata ilişkin hükümlerde verilen görevlerin yerine getirilmesinde mahkemenin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu uygulayarak hukuka aykırılığı saptaması gerekir.

Ancak hukuka aykırılığın saptanmasında Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun bazı hükümleri genel hükümlerden ayrılmaktadır.

Adliye mahkemelerinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu uygulayarak hukuka aykırılığı saptaması gerekir. Hukuka aykırılığın saptanmasında Kanunun bu hükümlerinde öngörülen idari para cezalarını adli mahkemeler uygulayamaz. Zira, RKHK m. 20'ye göre, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun uygulamasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir.

Rekabet Kurumu, kamu tüzelkişiliğine, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurumdur. Aynı zamanda Rekabet Kurumu, yarı yargısal yetkileri haiz bağımsız bir idari otoritedir. Devlet tüzel kişiliği ve merkezi idarenin hiyerarşik yapısı dışında ayrı bir kamu tüzelkişisidir. Kendisine verilen görevleri bağımsızlık esasına göre yürütmekte, bu

⁹⁹ Bu konunun ilerleyen kısımlarda anlatılması gerekirken, yukarıda belirtilen çekinceye oturu konunun burada incelenmesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir.

görevlerine ilişkin olarak yapacağı düzenleyici ya da birel işlemler merkezi idare makamlarının denetimine (vesayet denetimine) tabi tutulmamaktadır. Dolayısıyla işlevsel olarak bağımsız olan, personelini seçebilme ve bütçesini oluşturmada serbest hareket edebilen bir kuruluştur¹⁰⁰.

Bağımsız idari kuruluşlardan biri olan Rekabet Kurumu, yarı yargısal usuller uygulamaktadır¹⁰¹. Ancak, Rekabet Kurumunun faaliyeti tam anlamıyla bir yargı faaliyeti değildir. Zira, Anayasanın 9'uncu maddesi uyarınca yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılmaktadır. Bir başka deyişle, Rekabet Kurumu yarı yargısal usuller uygulasa da almış olduğu kararlar yargısal değil, idari niteliktedir. Özetle, Kurul idari bir makamdır. Yargı organı değildir. Bu nedenle, mahkemeleri idari bir kararla bağlı tutmak mümkün görülmemektedir. Bu husus, Anayasasının temel ilkelerinden biri olan yargının bağımsızlığı ilkesi ile çelişir¹⁰².

RKHK m. 16'da tespit edilen idari yaptırımları uygulamak Kurumun yetkisindedir. Ancak, tazminata hükmedilmesi için adliye mahkemelerinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu uygulaması gerekmektedir.

Aynı şekilde Avrupa Birliğinde, 17 sayılı Tüzük yerine 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren 1/2003 sayılı Tüzük, yasal istisna sistemini benimseyerek üye ülkelerin mahkemelerine rekabet hukukuna ilişkin ATA m. 81 vd. doğrudan uygulayabilme yetkisi tanımıştır¹⁰³. Avrupa Birliğinde, 2008'de hazırlanan Beyaz Kitaba İlişkin Çalışma Belgesinde, Komisyonun rekabet ihlali konusunda kararlarının bağlayıcılığının, ATAD'ın, Avrupa Topluluğu Anlaşmasını yorumlamasını engellemeyeceği, tazminat davasında ulusal mahkemenin Komisyon Kararının hukukiliği konusunda tereddüdü varsa ATA m. 234 uyarınca, ön karar için ATAD'a başvurabileceği belirtilmektedir¹⁰⁴.

Öte yandan, Yargıtay'ın uygulaması aksi yöndedir. RKHK m. 57'de ifadesini bulan hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemine ilişkin Yargıtay 19'uncu Hukuk Dairesinin Kararı şöyledir¹⁰⁵:

“...Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetilmediğinden tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 Sayılı Yasanın yetkili kıldığı “Rekabet Kurulu” tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir.

¹⁰⁰ GÜNDAY, s. 74.

¹⁰¹ AZRAK, s. 20.

¹⁰² İNAN, Eleştirel Bakış, s. 63.

¹⁰³ TOPÇUOĞLU, s. 139.

¹⁰⁴ Beyaz Kitaba İlişkin Çalışma Belgesi, s. 42.

¹⁰⁵ Yargıtay 19. HD, T. 01.11.1999 E.1999/3350, K. 1999/6364, FMR, C.1, S. 2, Y. 1, s. 208-209.

Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa yapılacak başvurunun, ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”

Tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle hakim durumun saptanması gerekmektedir. Zira, hakim durumun kötüye kullanılması hukuka aykırılığı teşkil etmektedir. Hukuka aykırılığın tespiti noktasında, yetkili makamın belirlenmesi konusunda Yargıtay 19’uncu Hukuk Dairesi tarafından yapılan değerlendirme hatalıdır. Şöyle ki; Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna aykırılık, RKHK m. 16 ve 18’e göre, idari yaptırıma bağlanmıştır. RKHK m. 20 çerçevesinde Rekabet Kurumu kendisine verilen yetkiyi kullanırken, yani ihlalin varlığı hâlinde gerekli gördüğü durumda para cezası vermek gibi idari yaptırımları uygularken, idari açıdan bir değerlendirme yapmaktadır. Söz konusu değerlendirmeyi yaparken hukuka aykırılığın tespitinde bulunmaktadır. Ancak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali hâlinde bir zarar meydana geldiğinde sorumluluğun hukuki niteliği haksız fiildir. Haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru, sorumluluğun kurucu unsurunu teşkil etmektedir. Bu çerçevede, Kanunun ihlali nedeniyle açılan tazminat davası temelde bir haksız fiil davasıdır. Hakim durumun kötüye kullanılması ve hukuka aykırılığın tespiti noktasında, haksız fiilin idari yaptırıma bağlanmış olmasının, adli mahkemeler önünde bir önemi yoktur. Adli mahkemeler, haksız fiil hükümlerini uygularken hukuka aykırılığı da tespit edebilir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun “Kurulun Yetkileri” başlıklı ikinci bölümünde (RKHK m. 8 vd.) Kurulun yetkileri sayılmıştır ve bu bağlamda Kurulun yetkileri içinde münhasır olarak hakim durumun kötüye kullanılmasına yani haksız fiil teşkil eden bir davranışa yönelik hukuka aykırılığın tespiti doğrudan veya dolaylı olarak bulunmamaktadır. Bu sebeple Rekabet Kurumunun RKHK m. 20’de belirtilen görevleri bu şekilde yorumlanamaz¹⁰⁶. Diğer bir ifadeyle, burada, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna aykırılığı yalnızca Rekabet Kurumu belirler, demek yanlıştır. Ancak, rekabet Kurulunun Kararı mahkeme tarafından kuvvetli bir takdiri delil olarak dikkate alınabilir¹⁰⁷.

Aynı Dairenin başka bir kararında¹⁰⁸, “...Olayda, hakim durumun kötüye kullanılmasının koşulları da yok(luğu)...

¹⁰⁶ İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 597.

¹⁰⁷ EĞERCİ, s. 259.

¹⁰⁸ Yargıtay 19. HD. T. 29.11.2002, E. 2002/2827, K. 2002/7580 (www.kazanci.com).

Öte yandan, davanın dayanaklarından biri, 1998/3 sayılı tebliğdir. 1998/3 sayılı tebliğdeki feshi ihbar sürelerinin taraflardan birinin sözleşmeyi tek taraflı fesih etmesi hâli için getirilmiş bulunmasına, somut olayda tarafların karşılıklı oluşan rızaları sonucu sözleşmenin fesih edilmiş olmasına ve protokol gereklerinin de taraflar tarafından yerine getirilmiş olduğunun anlaşılmasına, Rekabet Kurulunun 21.12.1999 tarih 1999-58/624-398 sayılı kararı ile de davalının 4054 Sayılı Yasaya aykırı bir eyleminin bulunmadığı saptandığından, anılan Kanununun 58.maddesindeki tazminata hükmedilmesi koşullarının da oluşmamış olmasına, olay ikrahi oluşturmadığından 4054 Sayılı Yasaya aykırılık dolayısı ile açılan idari davanın sonucunun da beklenmesine yer olmadığından davanın reddine karar verilmek gerekirken, yazılı gerekçeyle karar verilmesi isabetli görülme(diği)..." ifade edilmiştir.

Söz konusu kararın karşı oy gerekçesinde ise, "Dairemizin 1.11.1999 gün ve 3350/6864 Sayılı kararında da bu görüş benimsenmiş ve Rekabet Kuruluna başvurunun tazminat davasında ön mesele olduğu, bu nedenle başvurunun sonucunun beklenmesi gerektiği kabul edil(diği),

Somut olayda, davacının rekabet ihlali yönünden Rekabet Kuruluna başvurduğu kurulca bu iddialar yönünde görülmeyerek soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar verildiği ancak karara karşı idari yargı yoluna başvurulduğu anlaşıl(diği). Bu durumda mahkemece idari davanın ön mesele olarak sonucu beklenip, tüm delillerin birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, bu yönün düşünülmemesi isabetli olmadığından hükmün bu gerekçeyle bozulması gerektiği ..." belirtilmektedir.

Gerçekten yukarıda yer alan ilk kararda Yargıtay'ın, Rekabet Kurulu Kararını ön sorun yaparken, ikinci kararda Kurul Kararına karşı Danıştay'a başvurulmuş olmasını ön sorun yapmamış olması bir çelişkidir. Danıştay tarafından, Kurul kararının iptal edilmesi neticesinde Kurul tarafından yeniden alınan kararda farklı sonuca ulaşılması hâlinde sıkıntılı bir durum ortaya çıkacaktır. Bu nedenle Kurul Kararının Danıştay aşamasından geçerek kesinleşmesi büyük öneme sahiptir. Kurul kararının iptali talebiyle Danıştay'a başvurulmuşsa Danıştay'ın kararının beklenilmesi yerinde olacaktır¹⁰⁹. Nitekim, Yargıtay 19'uncu Hukuk Dairesi, 06.11.2006 tarih ve E. 2006/2809, K. 2006/10346 sayılı kararında¹¹⁰, bu çelişkisinden dönmüş, " Bu durumda mahkemece, Rekabet Kurulu kararının kesinleşip kesinleşmediği ve davaya etkisi gözetilerek bir karar verilmesi için

¹⁰⁹ GÜRZUMAR, s.179, dpn. 145; GÜVEN, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davaları, s. 233; EGERCİ, s. 263.

¹¹⁰ Yargıtay 19. HD, T. 06.11.2006, E. 2006/2809, K. 2006/10346 (www.kazanci.com).

hükümün bozulması gerekmiştir.” biçiminde hüküm tesis edilmiştir.

Öte yandan, rekabet ihlallerinin bu bağlamda hukuka aykırılıklarının tespitinde, ilgili pazarın belirlenmesi, hakim durumun tespiti gibi bir çok ekonomik verilerin değerlendirilmesi belirli bir uzmanlık gerektirir. Genel yetkili mahkemelerden böyle bir uzmanlık beklenmesi yanlış olur. Doktrinde, haklı olarak, olması gereken hukuk bakımından, rekabet hukuku ile ilgili özel hukuk ihtilaflarında bilirkişi tayini gereken hâllerde Rekabet Kurumunun resmi bilirkişi olarak atanması yönünde görüş mevcuttur¹¹¹. Kurumun kamu tüzel kişisi olması sebebiyle adli yargıda bilirkişi olarak başvurulabilmesi için kanunla açıkça görevlendirmesi gerekmektedir¹¹². Doktrinde yer alan diğer bir görüş ise, bir adım daha ileri giderek Rekabet Kurumunun, Kanunda yapılacak değişikliklerle zorunlu bilirkişi olarak belirlenmesini, böylelikle Kurul ve mahkeme kararları arasında uyumun sağlanacağını belirtmektedir¹¹³.

Bir başka durum da, uyumlu eylemle rekabetin ihlal edilmesi hâlidir. Adli mahkemeler önünde RKHK m. 4’ün ihlal edildiği iddiasıyla dava görülmekteyken, RKHK m. 59’da öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde uyumlu eylem karinesi getirilerek ispat yükünün ters çevrildiği, yani hukuka aykırılık hususunda karine getirildiği dikkate alındığında, uyumlu eylem şeklindeki rekabet ihlalleri konusunda da adli mahkemeler hukuka aykırılığı tespit edebilir. Ancak, muafiyet kavramı açısından durumun bireysel ve grup muafiyeti dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir. Bu konu aşağıda incelenmektedir.

Bu açıklamalara geçmeden önce, Rekabet Kurumunun idare olduğunun hatırlanmasında yarar bulunmaktadır. Ancak Kanun, Rekabet Kurumuna, hukuka aykırılığın tespiti hususunda bazı münhasır yetkiler de vermiştir¹¹⁴.

Rekabet Kurumunun rekabet ihlallerini değerlendirme yetkisi, RKHK m. 20 çerçevesinde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ikinci bölümünde (RKHK m. 8 vd.) Rekabet Kurulunun yetkileri arasında sayılmış ve bu bağlamda Kurumun yetkileri de belirlenmiştir. Çalışmanın konusu kapsamında bu yetkilerden önemli olanları şunlardır:

¹¹¹ BUDAK, s. 52-53.

¹¹² EĞERCİ, s. 302.

¹¹³ GÜVEN, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davaları, s. 225.

¹¹⁴ Bu yetkiler daha çok usul hukukuna yönelik olup, burada usul hukukunun maddi hukuka yansıdığı da gözetilerek inceleme yapılması gerekli görülmüştür.

Rekabet Kurulunun yetkileri, “ihlale son verme¹¹⁵”, “menfi tespit” ile “muafiyet (bireysel muafiyet ve grup muafiyeti) kararı verilmesi ve geri alınması” ve “birleşme ve devralmalara izin verilmesi”dir.

Rekabet Kurumuna münhasır olarak verilen yetkilerin adliye mahkemeleri tarafından kullanılması mümkün değildir. Kanuna aykırılık nedeniyle açılan tazminat davalarında Rekabet Kurumunun münhasır yetkileri, RKHK m. 5’te öngörülen muafiyette ve RKHK m. 7’de öngörülen birleşme ve devralmalarda ortaya çıkmaktadır.

Birleşme ve devralma için izin verilmesi ile bu iznin geri alınması konusunda RKHK m. 10 vd. hükümleri gereğince Rekabet Kurumu yetkili kılınmıştır. Aynı şekilde, RKHK m. 7/II hükmü çerçevesinde, incelenmeksizin izin verilmeyen birleşme ve devralmaya ilişkin prosedürün Rekabet Kurumu tarafından tebliğle belirlenmesi öngörülmüştür.

Tebliğ kapsamında bulunan birleşme ve devralmalar için Rekabet Kurumundan izin alınması gerekmektedir. Bu kapsamda, RKHK m. 20 dikkate alınarak değerlendirme yapıldığında, birleşme ve devralma için izin verilmesi, bu iznin geri alınması, bu kapsamda hukuka aykırılığın tespit edilmesi Rekabet Kurumunun münhasır yetkisindedir. Bu sebeple adli mahkemeler birleşme ve devralma konusunda doğrudan hukuka aykırılığı tespit edemezler¹¹⁶.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda gerek özel hukuk alanında adliye mahkemelerine yüklenmiş görevler arasında gerek muafiyete ilişkin özel hükümler (RKHK m. 5, 13) çerçevesinde adliye mahkemelerinin “muafiyet” tanıma yetkisi bulunmamaktadır; RKHK m. 20 dikkate alındığında bu yetki münhasır olarak Rekabet Kurumuna aittir¹¹⁷. Ancak burada adliye mahkemeleri tamamen yetkisiz değildir; muafiyet açısından özel bir durum söz konusudur. Bu durum RKHK m. 4’ün adliye mahkemeleri tarafından uygulanma alanını sınırlamakta; mahkemelerin yetkisini, hakkında Rekabet Kurumu tarafından karar verilmiş anlaşmalara hasretmektedir. Ancak, bu husus 4’üncü maddenin tamamen uygulanmaması anlamına da gelmemektedir; öncelikle bireysel muafiyet ve grup muafiyeti şeklindeki ayırım dikkate alınarak konunun incelenmesi gerekir.

¹¹⁵ Amerikan hukukunun aksine Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda düzenleme bulunmadığından, RKHK m. 20 dikkate alınarak adliye mahkemelerinden ihlale son verme talebinde bulunulamaz; bu tip talepleri barındıran davalar açılmaz. Bkz. WALLER, s. 40- 41.

¹¹⁶ ŞANLI, s. 230, 231; İNAN, Eleştirisel Bakış, s. 54.

¹¹⁷ ŞANLI, s. 223; İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 597; İNAN, Eleştirisel Bakış, s. 54.

Grup muafiyeti de Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan genel düzenleyici işlemler olan tebliğlerle düzenlenmektedir. Bu sebeple, grup muafiyeti kapsamında bulunan anlaşmaların Rekabet Kurumuna bildirilmesi gerekmez¹¹⁸. Mahkemeler bu anlaşmaları tebliğ kapsamında değerlendirerek, tebliğe aykırı ise hukuka aykırılığı saptayabilir¹¹⁹.

Bireysel muafiyet için durum farklıdır. Bunlar Rekabet Kurumuna başvuru hâlinde, başvuru anlaşılmaya özel olarak verilmiş izinlerdir. RKHK m. 20 çerçevesinde, RKHK m. 5 ile Rekabet Kurumuna verilmiş münhasır bir yetkidir.

Yukarıda yer alan Yargıtay 19'uncu Hukuk Dairesinin 29.11.2002 tarih ve E. 2002/2827, K. 2002/7580 sayılı kararında, Yargıtay, 1998/3 sayılı grup muafiyet tebliği kapsamında değerlendirme yapmıştır. Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmede, Tebliğin 6'ncı maddesi uyarınca fesih ihbar sürelerinin tek taraflı fesih edilmesi durumunda uygulanacağı, olayda ise her iki tarafça fesih edildiği belirtilmiştir. Aksi hâlde, fesihle ilgili hüküm muafiyet verilmesi için gereken hükümler arasında yer aldığından muafiyetten yararlanılamayacaktır¹²⁰.

RKHK m. 10'un "Anlaşma, Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmesi" şeklindeki madde başlığından, 5388 sayılı Kanunun 2'nci maddesiyle "Anlaşma" ibaresi çıkartılmıştır. Muafiyet alınabilmesi için bildirim zorunluluğu ortadan kalkmıştır¹²¹.

5388 sayılı Kanunun 2'nci maddesiyle grup muafiyetine benzer bir durum yaratılmıştır. Ancak, 5388 sayılı Kanunun 1'inci maddesiyle eklenen fıkayla, hiçbir tartışmaya yer bırakılmadan bireysel muafiyet konusundaki Rekabet Kurumunun mutlak yetkisi korunmuş; sadece önceden yapılması gereken bir değerlendirme sonraya bırakılmıştır. Adliye mahkemeleri bu durumda hukuka aykırılığı doğrudan değerlendiremeyecektir.

RKHK m. 8'e göre, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri Kurula başvurarak Rekabet Kurulunun elinde bulunan bilgiler çerçevesinde eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanunun 4, 6 ve 7'nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi alabilir. Kanunun lafzında izne tabi olmayan birleşme ve devralmalar için hukuki belirlilik ve güvenliğin sağlanması bakımından ilgililerin tereddütlerini gidermek amacıyla bu belgenin verileceği düzenlenmiştir. RKHK 8/II/2'de, "...Kurulun görüş

¹¹⁸ ASLAN, s. 337.

¹¹⁹ İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 597, 598.

¹²⁰ GÜVEN, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davaları, s. 232.

¹²¹ ASLAN, s. 318.

değiştirmesine kadar geçen süre için cezai müeyyide uygulanmaz.” denildiğinden, muafiyetten farklı olarak menfi tespit kararına rağmen Rekabet Kurulu kararının adliye mahkemelerini bağlamayacağı düşünülmektedir. Diğer bir ifadeyle, adliye mahkemeleri menfi tespit verilmiş olan bir durumu hukuka aykırılık bağlamında değerlendirebilir. Aksi bir yorumda menfi tespit, RKHK m. 4, 6 ve 7’de öngörülen bütün hâller için uygulama alanı bulduğundan, Rekabet Kurulunun kararı olmadan hiçbir şekilde adliye mahkemelerinin hukuka aykırılık değerlendirmesi yapamayacağı anlamına gelir. Bu durum ise, yukarıda belirtilenlerle çelişmenin yanında Kanunun özel hukuka yönelik hükümlerini ortadan kaldırır.

Sonuç olarak Rekabet Kurulunun bireysel muafiyet ile birleşme ve devralmalara yönelik iki kesin yetkisi bulunmaktadır.

2.1.3. Koruma Normları

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda hukuka aykırı hâller üç başlık şeklinde düzenlenmiştir. Bu hâller; “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar” (RKHK m.4), “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” (RKHK m.6), “İzin Alınmayan Birleşme ve Devralma¹²²”dır (RKHK m.7).

Hukuka aykırılık kavramının içinin doldurulması noktasında bu maddeler aşağıdaki başlıklarda incelenmiştir. Ancak bu maddeler hakkında, uygulanma şartları açısından geniş kapsamlı bir değerlendirilme yapılması bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bu nedenle söz konusu maddeler ana hatlarıyla incelenmiştir.

Konunun açıklanmasına başlanmadan önce bazı kavramların (terimlerin) açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Rekabet kurallarının uygulanmasında teşebbüs, teşebbüs birliği ve ilgili pazarın belirlenmesi önemlidir.

Teşebbüs, ekonomide üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi faaliyetlerde bulunan ve kararlarını bağımsız olarak alabilen ekonomik varlıklardır¹²³. RKHK m. 3’de yer alan tanım çerçevesinde teşebbüs; *“piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan,*

¹²² Esas itibarıyla maddenin başlığı “Birleşme ve Devralma”dır; bütün birleşme ve devralmalar hukuka aykırı olmadığı için bu başlığın kullanılması tercih edilmiştir.

¹²³ ASLAN, s. 47.

satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri(ne)” denir. Kanunda yer alan tanımdan da görüldüğü üzere, bir teşebbüsten söz edebilmek için ilk şart ekonomik faaliyette bulunmadır. Bu ekonomik faaliyet süreklilik arz etmelidir. Arızı faaliyetler teşebbüs oluşturmaz¹²⁴.

Teşebbüs tüzel kişi olabileceği gibi gerçek kişi de olabilir. Başka bir ifadeyle, teşebbüs kavramı için küçük şahıs işletmesi ile holding arasında fark yoktur.

Diğer bir hususta hukuken bağımsız olmakla birlikte rekabet hukuku anlamında ekonomik olarak birbirleriyle bağlantılı ya da ortak bir ana şirkete bağlı yavru teşebbüsler tek bir teşebbüs olarak kabul edilir. Diğer bir deyişle, aynı ekonomik birlik içinde yer alan teşebbüsler tek bir teşebbüs olarak kabul edilir. Bu çerçevede, yavru şirketle ana şirket arasındaki anlaşmalar bağımsızlık ilişkisi olmadığından RKHK m. 4'e aykırılık oluşturmaz. Yine, hakim durumun ve kötüye kullanma varsa teşebbüslerin pazar payının tespitinde ve uygulanacak olan cezanın belirlenmesinde ana şirket ile yavru şirket tek bir teşebbüs kabul edilerek toplam ciro üzerinden işlem yapılır. Ancak her zaman aynı ekonomik birlik içinde bulunma yavru ve ana şirketin tek teşebbüs sayılması için yeterli değildir. Yavru şirketin sermayesinin veya oy hakkı veren hisselerin yarısından fazlasına sahip olunması, ana şirketin çalışanlarının aynı zamanda yavru şirketin kararları etkileyecek yerlerde bulunmak suretiyle yavru şirkete yapması gerekenleri dikte edebilmesi durumunda, yavru şirket bağımsız değildir¹²⁵.

Teşebbüsler genellikle müşterek menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla birlikler oluştururlar. Teşebbüs birliği; RKHK m. 3 tanımlanmış olup, *“Teşebbüslerin, belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzelkişiliği haiz ya da tüzelkişiliği olmayan her türlü birlikleri(ne)”* denir. Birliğin hukuka uygun kurulmuş olması ve tüzel kişiliğinin bulunması gerekmez. Önemli olan iki veya daha fazla teşebbüsün bir araya gelerek oluşmuş olmasıdır. Teşebbüs birliklerinin tüzel kişiliklerinin hukuki niteliği önem arz etmez. Diğer bir ifadeyle teşebbüs birliğinin, dernek ya da anonim şirket olarak kurulması arasında fark yoktur. Bunların fonksiyonlarına göre teşebbüs birliği olup olmadığına karar verilir¹²⁶.

Rekabet kurallarının tümünün uygulanmasında ilgili pazarın belirlenmesi gerekir. RKHK m. 1, 2, 4, 6 ve 7'de ilgili piyasa kavramı çerçevesinde değerlendirme yapılmıştır. Pazar kavramı Kanun uygulaması açısından önemlidir. Öte yandan, kanun

¹²⁴ TOPÇUOĞLU, s. 87; ARI, Danışıklılık, s. 84.

¹²⁵ ASLAN s. 47-48; GÜVEN, Rekabet, s. 86-91.

¹²⁶ ASLAN s. 63, 77; GÜVEN, Rekabet, s. 140.

koyucu ilgili pazarın tanımını yapmamıştır. İlgili pazar (piyasa) iki açıdan incelenebilir. Bunlar coğrafi toprak parçası olarak coğrafi pazar ve belirli bir ürün pazarını ifade etmek üzere ilgili ürün pazarıdır¹²⁷.

İlgili coğrafi pazardan anlaşılması gereken, aynı rekabet koşullarına sahip pazar alanıdır. İlgili coğrafi pazar, ülkenin bütünü olabileceği gibi ülke dahilinde yer alan bir bölge de olabilir. Bu bölge diğer bölgelerden rekabet koşulları açısından farklı olmalıdır. İlgili coğrafi pazarın belirlenmesinde bölgenin diğer bölgelerden rekabet koşulları açısından farklılığı yanında tüketici tercihleri de göz önüne alınmalıdır. Diğer bir deyişle söz konusu bölge, tüketici gözüyle rekabet açısından diğer bölgelerden ayrılmış olmalıdır¹²⁸.

İlgili ürün pazarı, ticari alışveriş konusu olan bir malın ya da hizmetin oluşturduğu pazardır. İlgili ürün pazarı, söz konusu mal ya da hizmetin ikame edilebilirliği, çapraz elastikiyetinin yüksekliği¹²⁹, tüketici gözündeki niteliği dikkate alınarak belirlenir¹³⁰. Yine, özel dağıtıcıların, diğer bir ifadeyle dağıtım kanallarının ikame edilebilirliği, diğer teşebbüsler tarafından üretim imkanı dikkate alınmalıdır.

2.1.3.1.Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Teşebbüs Birliği Kararları ve Uyumlu Eylem

2.1.3.1.1. Genel Olarak

RKHK m. 4’de yer alan hükümlerle kanun koyucu, “Anlaşma”, “Uyumlu eylem” ve “Teşebbüs birliği kararları” olmak üzere, üç işbirliği kategorisinden söz etmektedir. Aslında hukuka aykırılık sonuçları aynı olan üç işbirliği kategorisi, ihlalin gerçekleştirilme yani işbirliğinin ortaya konuş biçimi ve bu işbirliklerinin kanıtlanmasına ilişkin yöntem farklılıklarından dolayı kavramsal bir ayrımdır¹³¹.

Anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının ortak yanı, birden fazla

¹²⁷ ASLAN s. 111; GÜVEN, Rekabet, s. 275, 278.

¹²⁸ ASLAN, s. 113; GÜVEN, Rekabet, s. 296.

¹²⁹ Örneğin, nohut ve balık protein kaynağı olarak ikameyse de çapraz elastikiyeti düşüktür.

¹³⁰ ASLAN, s.118; GÜVEN, Rekabet, s. 278, 281.

¹³¹ CENGİZ, s. 23.

kişi arasında gerçekleşmesi ve bu kişiler arasında bir mutabakatı gerektirmesidir¹³². Bu kavramlar, taraflar arasında çeşitli derecelerde olabilecek mutabakatın çeşitli görünümünü, bir başka deyişle şekillerini ifade etmektedir. Dolayısıyla, taraflar arasında mevcut olan mutabakat, ortak özellik olarak her üç kavramda da bulunmakta, ancak bu mutabakatın ortaya çıkış şekli her durumda farklılık göstermektedir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda, teşebbüsler arası ayrımcılık, pazarın paylaşılması, mal veya hizmetlerin arz ve talebinin piyasa dışında tespit edilmesi, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, mal veya hizmetlerin alım satım fiyatlarının belirlenmesi gibi, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı bir şekilde 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 sayılmıştır.

Bu çerçevede, RKHK m. 4 kapsamında bir ihlalden söz edebilmek için, birden fazla teşebbüsün varlığı; teşebbüsler arasında anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği karar ve eylemleri şeklinde ortaya çıkan asgari düzeyde bir uyuşma; rekabeti kısıtlama amacının varlığı, rekabetin olumsuz etkilenmesi veya etkilenebilecek olması gerekmektedir¹³³.

2.1.3.1.2. Anlaşma

Rekabet hukukundaki anlaşma kavramı, medeni hukuktaki sözleşmeden daha geniş bir anlama sahip olup, rekabet hukuku anlamında “anlaşma” kavramı ile medeni hukuktaki “sözleşme” kavramlarının arasında hukuki açıdan farklılık bulunmaktadır¹³⁴.

Anlaşma kavramına ilişkin doktrinde yer alan görüşlerden biri, rekabet hukukundaki anlaşma kavramının, sadece hukuken bağlayıcı mutabakatlarla, yani sözleşme kavramıyla sınırlanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş, anlaşma kavramının bağlayıcı gücü bulunmayan karşılıklı beyanları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasının yerleşik hukuki kavramlara zarar vereceğini ileri sürmektedir¹³⁵. Ancak, rekabeti ihlal eden sözleşmelerde, taraflarca şekil şartı vb. kurallara uyulmadığı gibi,

¹³² AKINCI, Yatay Kısıtlama, s. 41; AKSOY, s. 19.

¹³³ AKSOY, s. 19.

¹³⁴ ASLAN, s. 142; GÜVEN, Rekabet, s. 125; AKSOY, s. 19, ARI, Danışıklılık, s. 32.

¹³⁵ TOPÇUOĞLU, s. 169-170.

sözleşme genellikle gizli tutmaya çalışılmakta, hukuken bağlayıcı olmasının önemsiz olduğu düşünülmektedir. Hukuken bağlayıcılık şartının aranması yukarıda belirtilen türden rekabet ihlallerinin Kanun kapsamı dışında kalmasına neden olacak, rekabet ihlali yaptırımsız kalacaktır. Bu sebeple, anlaşma kavramının geniş yorumlanması ve tarafların hukuki sonuç doğurmaya yönelmemiş irade uyuşmalarının da anlaşma kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekir¹³⁶.

Yazılı, sözlü, zımni her türlü uyuşmanın, anlaşma olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Anlaşmanın varlığının kabulü için tarafların kendilerini bu anlaşmayla bağlı kabul etmeleri yeterlidir. Taraflar açısından bağlayıcı olmayan centilmenlik anlaşmaları da tarafların fiilen buna uymaları ve rekabeti sınırlamaları hâlinde anlaşma olarak kabul edilir¹³⁷. Borçlar hukukundaki sözleşme kavramı, tarafların hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan bir hukuki işlemi ifade etmektedir¹³⁸. Rekabet hukukunda ise, anlaşmanın, mutlaka hukuki işlem niteliğinde olmasına gerek bulunmamaktadır. Hukuki işlemin varlığı için, tarafların iradelerinin belli bir hukuki sonuca yönelmiş olması gerekir. Oysa ki taraflar arasındaki mutabakatın rekabet hukuku anlamında anlaşma olarak değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim, RKHK'un 4'üncü maddesinin gerekçesinde de, "*Maddenin amacı bakımından anlaşma, Medenî Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır. Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir*" hususuna yer verilmektedir¹³⁹. Tarafların hukuki sonuç doğurma iradesinin mevcut olmadığı centilmenlik anlaşmalarının rekabet hukuku anlamında anlaşma kabul edilmesinin nedeni de budur¹⁴⁰.

¹³⁶ ASLAN, s. 144; GÜVEN, Rekabet, s. 125; AKSOY, s. 20; ARI, Danışıklılık, s. 32.

¹³⁷ ASLAN, s. 142; GÜVEN, Rekabet, s. 126, 129.

¹³⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s.39; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 43-44.

¹³⁹ Tutanak Dergisi, s. 5.

¹⁴⁰ AKSOY, s. 22.

Öte yandan, anlaşma kavramı ne kadar geniş yorumlanırsa yorumlansın, en az iki taraf arasında gerçekleşmiş olan asgari düzeyde bir irade uyuşması gerekir. Bu irade uyuşması zımnen açıklamış dahi olsa, iki tarafın mutabakatı oluşmuştur¹⁴¹.

Rekabet hukuku anlamındaki anlaşma “yatay anlaşma” ve “dikey anlaşma” olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan yatay anlaşmalar, üretim zincirinin aynı seviyesinde olan teşebbüslerin, dikey anlaşmalar ise üretim zincirinin farklı seviyesinde olan teşebbüslerin yapmış oldukları anlaşmalardır. Örneğin, üretim zincirinin farklı seviyesinde yer alan üretici ve toptancı teşebbüsler arasındaki dağıtım anlaşmaları, dikey anlamda rekabeti kısıtlayan, bir başka deyişle alt pazardaki rekabeti kısıtlayan anlaşmalardandır. Buna karşılık, aynı seviyede faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, aynı pazara etki yaptıklarından yatay kısıtlamalar olarak adlandırılır¹⁴². Dikey anlaşmalar üretim zincirinin farklı seviyesindeki yatay anlaşmalara göre rekabeti daha az kısıtlamaktadır. Zira, yatay anlaşmalar aynı pazardaki rekabeti kısıtladığından rekabeti doğrudan etkilemektedir.

2.1.3.1.3. Uyumlu Eylem

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda uyumlu eylemin tanımı yer almamaktadır. Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission Kararı’nda¹⁴³ ATAD uyumlu eylemi, “bir anlaşmanın tamamlanmasına gerek olmaksızın teşebbüslerin rekabet riskleri yerine bilerek ikame ettikleri aralarında pratik bir işbirliği sağlayan bir eşgüdüm şeklidir.” şeklinde tanımlamıştır. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamıyorsa veya aralarında bir anlaşma olmadığı hâlde teşebbüslerin kendi bağımsız davranışları yerine geçen ve aralarında pratik işbirliği sağlayan davranışlar rekabeti sınırlayıcı etkiler doğuruyorsa uyumlu eylem söz konusu olmaktadır¹⁴⁴. Nitekim, Kanunun hükümet gerekçesinde bu durum, “...*Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine*

¹⁴¹ AKSOY, s. 20-21; GÜVEN, Rekabet, s. 126-127; ARI, Danışıklılık, s. 35.

¹⁴² ASLAN, s. 247; GÜVEN, Rekabet, s. 133,134; AKINCI, Yatay Kısıtlama, s.37; ARI, Danışıklılık, s. 39-40.

¹⁴³ Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities, Case 48-69, European Court Reports 1972, s. 619.

¹⁴⁴ ASLAN, s. 155.

geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır...” ifadesiyle açıklanmıştır¹⁴⁵.

Piyasadaki paralel nitelikteki davranışlar uyumlu eylemin bulunduğu hususunda yeterli değildir; bu hususta taraflar arasında koordinasyon ve işbirliği gibi temasa dayalı bir uyuşma hâlinin de bulunması gerekir¹⁴⁶.

Bu bakımdan, uyumlu eylemde anlaşma ve teşebbüs birliği kararından farklı olarak taraf iradelerinin uyuşması yeterli değildir; aynı zamanda bir davranışın da bulunması gerekir. Ancak uyumlu eylemde taraf iradeleri sözlü ve yazılı olarak değil, davranışlar yoluyla ortaya konulmaktadır. Uyumlu eylemde, tarafların davranışlarında bilinçli bir paralellik olması yeterli sayılmaktadır¹⁴⁷. Taraflar arasında anlaşmadan söz edebilmek içinse, hukuken bağlayıcı olmasa bile karşılıklı bir irade açıklaması gereklidir.

Öte yandan, RKHK m. 4’ün uygulanabilmesi için anlaşmanın uygulamaya konmuş, hayata geçirilmiş olması gerekmektedir; bununla birlikte uyumlu eylemin mutlaka gerçekleşmiş olması gerekir¹⁴⁸.

2.1.3.1.4. Teşebbüs Birliği Kararları ve Eylemleri

Anlaşmadan farklı olarak teşebbüs birliği kararından söz edebilmek için, irade beyanlarının karşılıklı olması şart olmadığı gibi, taraflar arasında mutlak bir uyuşmanın bulunması da gerekmektedir¹⁴⁹. Teşebbüs birliği kararlarında, irade beyanları karşılıklı şekilde değil, aynı yöndedir. Ayrıca kararların alınmasında oy birliği gerekmeyp, oy çokluğu yeterlidir. Avrupa Birliği hukukunda hukuki işlem niteliği taşıyan kararların yanı sıra, bağlayıcı niteliği olmayan tavsiye kararları da ATA m. 81 çerçevesinde yasaklanmaktadır¹⁵⁰. RKHK m. 4’de yer alan “teşebbüs birliği karar ve eylemleri”

¹⁴⁵ Tutanak Dergisi, s. 5.

¹⁴⁶ ASLAN, s. 160; GÜVEN, Rekabet, s. 151-152; AKSOY, s. 24; CENGİZ, s. 168; İKİZLER, s. 143.

¹⁴⁷ AKSOY, s. 26.

¹⁴⁸ AKINCI, Yatay Kısıtlama, s. 158. Aksi yönde, Bkz. CENGİZ, s. 151-152; ARI, Danışıklılık, s.88, 98-99. Ayrıca, anlaşmanın veya teşebbüs birliği kararının uygulamaya konulmaması, haksız fiil anlamında sorumluluk doğurmaz; zira illiyet bağının oluşmasını engeller. Bu husus “Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Kavramı ve Unsurları” paragrafında “İllyet Bağı” başlığında incelenmektedir.

¹⁴⁹ AKINCI, Yatay Kısıtlama, s. 183; ARI, Danışıklılık, s. 69.

¹⁵⁰ ASLAN, s. 177; GÜVEN, Rekabet, s. 140-141, ARI, Danışıklılık, s. 71.

kavramı, hukuki işlem niteliğinde olan kararları ve bunun dışında kalan her türlü davranışları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu bakımdan, hukuki işlem niteliğinde ve hukuki bağlayıcılığı olmayan çok taraflı irade açıklamaları da teşebbüs birliği kavramının kapsamına dahildir. Teşebbüs birliği kararlarının üyelere doğrudan dikte edilmesi veya yaptırımlar içermesi de gerekli değildir¹⁵¹.

Rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği kararları, birliğe dahil her bir üyenin değil, çoğunluğun iradesini göstermektedir. Ayrıca teşebbüs birliği kararlarının uyumlu eylemden farklı olarak uygulanmış olması da gerekli değildir¹⁵². Hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için birliğe üye teşebbüslerin karara uymuş olmasına gerek yoktur. Anlaşmalarda olduğu gibi, kararın varlığı hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için yeterli bulunmaktadır¹⁵³.

2.1.3.2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

2.1.3.2.1. Genel Olarak

RKHK m. 6 hakim durumu değil, hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Bu durum, m.6'ya ilişkin hükümet gerekçesinde, *“Bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek çeşitli sektörlerde hakim durum elde etmesi rekabet hukuku yönünden sakıncalı bir durum değildir. Aksine ülkemizde sermayenin yoğunlaşması, sermaye birikiminin ve yatırımların artması istenmektedir. Çünkü gelişen dünyada dış ticaret gittikçe artmakta gümrük duvarları çeşitli anlaşmalarla ya indirilmekte ya da tamamen kaldırılmaktadır. Ayrıca ülkemiz Avrupa Topluluğuna tam üyelik için başvurmuş bulunmaktadır. Bu şartlar altında teşebbüslerin büyüyerek topluluk ve dünyada rekabet edebilecek güce erişmeleri gerekir.*

¹⁵¹ AKINCI, Yatay Kısıtlama, s. 183.

¹⁵² AKINCI, Yatay Kısıtlama, s. 178.

¹⁵³ AKINCI, Yatay Kısıtlama, s. 180; TOPÇUOĞLU, s. 186.

Diğer taraftan, piyasada hakim duruma gelen teşebbüslerin bu durumlarını ülkemizdeki rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak amacıyla veya bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları yasaklanmıştır.” ifadesine yer verilmesi suretiyle açıklanmış bulunmaktadır¹⁵⁴. Hakim durumun kötüye kullanılmasında, kavramdan da görüldüğü üzere, iki öge ile karşılaşılmaktadır. Bu ögelerden ilki “hakim durum” diğeri ise, “kötüye kullanma”dır. Kanun koyucu RKHK m.3’de hakim durumu tanımlamış iken, kötüye kullanmayı tanımlamamış, sadece bazı kötüye kullanma örnekleri vermiştir.

Bu madde kapsamında hukuka aykırılığın meydana gelmesi, başka bir ifadeyle sorumluluğun doğması için, teşebbüsün kendi başına veya başkaları ile hakim durumda olması gerekmektedir.

RKHK m. 6, hakim durumdaki teşebbüsün, kendi faaliyet alanına girmeye çalışan teşebbüslere engel olması, eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yapması, üretim ve pazarlamayı kısıtlaması, tekelden temin yükümlülüğü koyması, alıcılara ek yükümlülükler getirmesi gibi rekabet koşulları içerisinde elde edemeyeceği bazı yararları elde etmesi şeklindeki hâlleri hakim durumun kötüye kullanılması hâlleri olarak saymıştır. Maddede, hakim durumun kötüye kullanılması teşkil eden davranışlar örnek kabilinden sayılmış olup, hakim durumun kötüye kullanılması burada sayılanlarla sınırlı değildir¹⁵⁵.

2.1.3.2.2. Hakim Durum

Hakim durum, bir ya da birden fazla teşebbüsün pazarda güçlü bir konumda bulunmasıdır. Başka bir ifadeyle hakim durum, bir teşebbüsün pazarda rekabeti önleme veya serbestçe davranabilme ya da istediği stratejiyi pazara kabul ettirebilme gücüne sahip olmasını ifade etmektedir¹⁵⁶. Kanun koyucu hakim durumun tanımını RKHK m. 3’de yapmıştır. Buna göre, “*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün,*

¹⁵⁴ Tutanak Dergisi, s. 6.

¹⁵⁵ ASLAN, s. 463.

¹⁵⁶ AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 157; GÜL, s. 8.

rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü(ne)” hakim durum denir.

Kanun koyucu tanımında, ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü hakim durumun göstergesi olarak kabul etmiştir. Rekabetin etkin olduğu bir pazarda talep ve arz serbestçe oluşur. Söz konusu parametreleri teşebbüsün belirleyebilme gücü varsa, teşebbüs hakim durumdadır. Örneğin, hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından pazarda arzın belirlenmesi, dolayısıyla anılan teşebbüsün daha fazla kâr elde edebilmesi pazarın rekabetçi bir yapıda bulunmadığını gösterir. Hakim durumdaki teşebbüs, tekel olmasa dahi tekel gibi davranabilir. Başka bir ifadeyle, hakim durumdaki teşebbüs pazar stratejisini pazarda yer alan aktörlerden gelecek tepkileri dikkate almaksızın belirler¹⁵⁷.

Belirtmek gerekir ki, hakim durum kavramı tekel kavramından farklıdır. Tekelde pazarda tek bir teşebbüs bulunmaktadır. Pazarda bir tek teşebbüsün bulunduğu durumda bu teşebbüs hakim durumdadır. Buna karşılık piyasada birden fazla teşebbüsün bulunması durumunda teşebbüslerden biri ya da birkaçı hakim durumda bulunabilir. Görüldüğü üzere, hakim durum kavramı tekeli de içine alacak biçimde geniş bir kavramdır¹⁵⁸. Kötüye kullanma sadece hakim durumunda olan teşebbüsler için söz konusudur. Hakim durumun tespiti için öncelikle ilgili pazarın tespit edilmesi gereklidir. Teşebbüs ülkenin tamamında veya bir bölümünde (coğrafi pazar) ve mevcut belirli mal ya da hizmet piyasasında (ilgili ürün pazarı) hakim durumda bulunabilir. Diğer bir deyişle, teşebbüs ancak ilgili pazarda hakim durumdadır. Bunun için pazar analizlerinin yapılması ve ilgili pazarın belirlenmesi gerekmektedir.

Teşebbüsün hakim durumda olduğu, çeşitli ekonomik ve sosyal kısıtlarla gösterilebilir. Teşebbüsün ilgili pazarda toplam talep edilen üründen miktarı karşıladığı talep miktarı olan pazar payı; üretim ve dağıtım aşamalarının aynı teşebbüs tarafından sunulması gibi dikey bütünlük arz eden durumlar; şebeke sektörler gibi batık maliyetlerin fazla olduğu piyasalarda¹⁵⁹ ya da kanundan kaynaklanan tekeller veya sahibine tekel hakkı veren fikri mülkiyet ve sınaî haklar söz konusu olduğunda yeni teşebbüslerin pazara girmelerinin güç olduğu hâller, pazarda bulunan teşebbüslerin hakim durumda olduğunu gösterebilir. Yine teşebbüsün, ilgili piyasayı bölerek fiyat farklılaştırması yapabilmesi,

¹⁵⁷ ASLAN, s. 437; GÜVEN, Rekabet, s. 262; GÜL, s. 9.

¹⁵⁸ GÜVEN, Rekabet, s. 263; GÜL, s. 9-10.

¹⁵⁹ Elektrik endüstrisinin yapısı ve özellikle kamu hizmeti şirketlerinin dikey bütünlük bir yapıda bulunmaları nedeniyle diğer teminciler ve onların müşterilerine sisteme giriş hakkı vermeyerek aynı ekonomik yapıya sahip temsilciler aleyhine ayrımcılık yapması mümkündür. Bkz. CAN, s. 204.

talebin fiyat esnekliğinin düşük olduğunda teşebbüsün fiyat artışı yapabilmesi hakim durumun göstergesi olabilir. Bu çerçevede rekabeti etkileyen faktörlerin diğer faktörleri de etkilemesi nedeniyle yukarıda belirtilen kıstasların birlikte değerlendirilerek hakim durumun tespit edilmesi gerekmektedir¹⁶⁰.

2.1.3.2.3. Kötüye Kullanma

Teşebbüsün, hakim durumda bulunduğu ilgili pazarda diğer teşebbüslerle rekabet etse idi, elde edemeyeceği menfaatleri sağlamaya yani kendisine haksız avantajlar elde etmesine yönelik davranışları kötüye kullanma olarak ifade edilebilir¹⁶¹. Diğer bir ifadeyle, teşebbüsün, hakim durumunu devam ettirmeye ya da güçlendirmeye yönelik veya pazar gücünden yararlanarak; müşteriler, sağlayıcılar gibi piyasa aktörlerini sömürücü davranışları, hakim durumun kötüye kullanılmasıdır.

Kanun koyucu RKHK m.6'da hakim durumda bulunan teşebbüsün davranışının yasaklanması için 4'üncü maddede olduğu gibi rekabetin kısıtlanması, engellenmesi ve bozulmasını öngörmemiştir. Bunun nedeni hakim durumda bulunan teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı, bozucu ve engelleyici olmayan ancak kötüye kullanma olan davranışlarını yasaklamak istemesidir. Bu cümleden olarak, hakim durumda bulunan teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı, bozucu ve engelleyici davranışları da yasak kapsamında bulunmaktadır¹⁶².

Hakim durumdaki teşebbüs, piyasada rekabetin işlemesi şartıyla ve piyasadaki diğer teşebbüslere zarar vermediği sürece bu teşebbüslerle rekabet hâlinde bulunabilir. Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün ticari hayatta varlığını devam ettirebilmek için gerekli olan davranışları hakim durumun kötüye kullanılması değildir. Doktrinde, düşük kar marjı ile satış yapmaksızın ticari hayatını devam ettirmede zorluklarla karşılaşan hakim durumda bulunan teşebbüsün uyguladığı fiyat politikasının, rakip teşebbüslerin kâr

¹⁶⁰ ASLAN, s. 442-453; GÜVEN, Rekabet, s. 265; AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 109-113; GÜL, s. 11-14.

¹⁶¹ ASLAN, s. 463; GÜL, s. 21.

¹⁶² GÜL, s. 22.

marjını oldukça düşük tutmalarına neden olması durumunda, bu teşebbüsün rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırdığı gerekçesiyle hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul etmenin isabetli olmayacağı ifade edilmiştir¹⁶³.

RKHK m. 6'da hakim durumdaki teşebbüsün rekabeti bozucu davranışlarının yanı sıra diğer kötüye kullanma davranışları da yasaklanmıştır. Bu çerçevede hakim durumdaki teşebbüsün kötüye kullanma şeklindeki davranışları, ilgili pazardaki rekabete etkileri dikkate alınarak iki grupta incelenebilir. Bunlardan ilki, piyasadaki rekabetin bozulmasına neden olan rekabeti bozucu kötüye kullanma, ikincisi, rekabeti bozucu olmamasına karşılık kötüye kullanma teşkil eden, yani ilgili pazarın rekabet yapısına zarar vermeyen, ancak piyasa aktörlerine zarar veren kötüye kullanma, başka bir deyişle rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanmadır¹⁶⁴.

Hakim durumdaki teşebbüsün, finansman gücünü kullanarak, maliyetin altında satış yapması, temel girdi niteliğindeki mal ve hizmetlerden yararlandırmaması¹⁶⁵ ve bunları satmayı reddetmesi, tekelden satın alma yükümlülüğü getirmesi, teknik gelişmeyi sınırlandırarak, piyasaya giriş engeli oluşturması, ticari alışveriş gereği olmayan bir malın satımı için diğer malın satımının şart koşması birer rekabeti bozucu kötüye kullanmadır¹⁶⁶. Bu durumda potansiyel veya mevcut rakip teşebbüsler zarar gördüğü kadar piyasadaki rekabet de bozulmaktadır. Yine hakim durumdaki teşebbüsün son kullanıcılara yönelik, mal ve hizmetleri aşırı yüksek fiyatla satması, bölge ya da müşteri bazında farklı fiyat uygulaması, piyasadaki rekabete etkisi olmadığından rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma hâlleridir. Ancak bu davranışlar son kullanıcı olmayan piyasa aktörlerine karşı yöneltildiğinde rekabeti bozucu kötüye kullanma teşkil eder¹⁶⁷.

¹⁶³ GÜL, s. 22.

¹⁶⁴ AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 129; GÜL, s. 24.

¹⁶⁵ Elektrik piyasasında iletim ve dağıtım faaliyetleri doğal tekel konumdadır. Bu teşebbüsler yukarı ve aşağı pazarda bulunan diğer taraflarında faaliyetleri için ihtiyaç duydukları işletmeleri kontrol ederler. Söz konusu teşebbüsler, zaruri kaynak faaliyet için ihtiyaç duyulan malları satmayı reddetmesi, rekabet karşıtı bir amaç taşıyor veya böyle bir etki doğuruyorsa ve aynı zamanda haklı bir nedene dayanmıyorsa hakim durumun kötüye kullanılması teşkil eder. Bkz. CAN, s. 206-207.

¹⁶⁶ GÜL, s. 26, 27.

¹⁶⁷ GÜL, s. 29, 30.

2.1.3.3. İzinsiz Birleşme ve Devralma

Birleşme ve devralmanın tazminat sorumluluğu anlamında hukuku aykırılığa yol açıp açmayacağı hususu tartışılmadan önce birleşme ve devralma kurumunun açıklığa kavuşturulması, konunun sağlıklı değerlendirilmesi açısından önemlidir.

RKHK m.7’de düzenlenen hükümlerle, bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını güçlendirmeye yönelik, bulunduğu mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşme veya devralma yahut ortaklık paylarında kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devralınması hukuka aykırı sayılmaktadır.

Rekabet hukuku açısından birleşmeden veya devralmadan söz edebilmek için ekonomik anlamda birbirinden bağımsız iki teşebbüsün söz konusu olması gerekir. Birleşme ve devralma kurumu, rekabet hukukunda iktisadi anlamda birleşme diğer bir ifadeyle tek bir teşebbüsün herhangi bir yol ile kontrol altına girmesidir. Rekabet hukuku açısından birleşmenin ve devralmanın şekline ilişkin hukuki boyut pek önem arz etmemektedir¹⁶⁸. RKHK m. 7 birleşme ve devralma yöntemlerini tahdidi olarak saymamış, örnek olarak bu şekilleri göstermiştir. Bu şekiller dışında da ekonomik kontrol sonucuna ulaşılabilir.

RKHK m. 7/II’ye göre; “*hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğle ilan eder.*”. Kurul, 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” ile bu görevi yerine getirmiştir. Tebliğin 4’üncü maddesinde hangi birleşme ve devralmaların izne tabi olduğu belirtilmiştir. Buna göre; birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25’ini aşması veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının 25 trilyon Türk Lirasını¹⁶⁹ aşması hâlinde Rekabet Kurulundan izin almaları zorunludur. Burada ikili bir eşik kabul edilmiştir. Yani birleşen işletmelerin ya ilgili pazardaki toplam pazar payları piyasanın %25’ini veya toplam ciroları 25 trilyon Türk Lirasını aşmalıdır.

RKHK m. 7’nin ihlalinin hukuka aykırılığı oluşturup oluşturmadığı konusunda iki görüş bulunmaktadır.

¹⁶⁸ ASLAN s. 538.

¹⁶⁹ Rekabet Kurumunun 98/2 sayılı Tebliği ile 10 trilyondan 25 trilyona artırılmıştır.

Görüşlerden ilki, 7'nci maddenin ex-ante (ihlal öncesi) önleyici bir düzenleme olduğu, fiilî rekabetin değil, potansiyel rekabetin korunduğudur. Bu çerçevede normun amacı dikkate alındığında, hukuka aykırılık bağının oluşmayacağı, birleşme sonucunda esasen piyasada bir yoğunlaşma söz konusu ise, artık bunun büyük ölçüde 6'ncı madde vasıtasıyla kontrol edileceği ve bu kapsamda zararın 6'ncı madde çerçevesinde 57'nci maddeye göre tazmin edileceği savunulmaktadır¹⁷⁰.

İkinci görüş ise, RRKHK m. 56'da yer alan, *“bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı”* ve 57'nci maddesinde yine yer alan, *“bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa”* ifadesi ile kanun koyucunun, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı her türlü fiilin, anlaşma ve uygulamanın, diğer bir ifadeyle Kanunun 4 ve 6'ncı maddelerinin yanında 7'nci maddeyle düzenlenen koruma normlarına aykırılığın, zararı tazmin sorumluluğu kapsamında hukuka aykırılığa neden olduğunu savunmaktadır¹⁷¹.

RKHK m. 57'de oldukça geniş bir ifade tarzı kullanılmış olmasına rağmen, madde metni incelendiğinde RKHK m. 4 ve 6'dan bahsedilmektedir. Tartışmanın çıkış noktası buradan kaynaklanmaktadır. Gerçekten ilk bakışta RKHK m. 57'nin lafzında birleşme ve devralma kurumuyla ilgili hâllerin hukuka aykırılığa yol açıp açmayacağı konusunda açıklık yoktur. Birleşme ve devralma kurumuna ilişkin açıklamalardan da görüldüğü üzere, birleşme ve devralma kurumuyla aslında ihlal öncesi düzenlenmektedir. Bu durumda öncelikle normun koruma amacı teorisi çerçevesinde RKHK m. 57'nin koruduğu hukuki değerler açısından konunun incelenmesi gerekir.

Birleşme ve devralma için izin verilmesi, bu iznin geri alınması ve bu bağlamda hukuka aykırılığın tespit edilmesi Rekabet Kurumunun münhasır yetkisindedir¹⁷².

Hukuken geçerlilik kazabilmesi için izin alınması gereken birleşme ve devralmalar, Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğde belirtilmiştir. Tebliğ kapsamına giren bir birleşme veya devralma Rekabet Kurumuna bildirilmiş ve Rekabet Kurulu tarafından izin verilmişse hukuka

¹⁷⁰ ŞANLI, s. 230. İnan, bu konuya açıklık getirmemekle birlikte, birleşme ve devralmaları hukuka aykırılık unsuru içinde değerlendirmemiştir. Bkz. İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 596.

¹⁷¹ ASLAN, s. 784; SAYHAN, Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık, s. 41-42; GÜVEN, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davaları, s. 213.

¹⁷² ŞANLI s. 230, 231.

uygundur¹⁷³.

Rekabet Kurumuna bildirim yapılması gerekirken yapılmayan bir birleşme, Rekabet Kurulu tarafından öğrenildiği takdirde soruşturma başlatılır. Eğer birleşme RKHK m. 7'ye aykırı değil ise izin verilir ve fakat bildirimde bulunulmaması nedeniyle para cezası uygulanır (RKHK m.11/a). Burada, hukuka aykırılık oluşmadığından, bir problem ortaya çıkmaz¹⁷⁴.

Birleşme ve devralma Rekabet Kurumuna bildirilmemişse ve RKHK m. 7'ye aykırıysa hukuka aykırı bir durum oluşmaktadır.

Bu durumda, birleşme ve devralmanın hukuka aykırılığı yanında, piyasada bir yoğunlaşma söz konusuysa, büyük ölçüde RKHK m. 6 vasıtasıyla kontrol edilebilir. Bu bakımdan normun koruma amacı çerçevesinde RKHK m. 7 kapsamında tazmin edilmesi gereken bir zarar yoktur. Ancak, meydana gelen zararın RKHK m. 6 çerçevesinde RKHK m. 57 uyarınca tazmini gerekir¹⁷⁵.

Keza, ortak girişim sadece bir ortaklığın kontrolündeysen ya da bağımsız bir varlığı yok ise bu bir birleşme olarak değerlendirilir¹⁷⁶. Ortak girişim ortaklar arasındaki rekabetçi davranışları koordine ediyor olabileceğinden, uyumlu eylem karinesi çerçevesinde ana şirketler ortak girişimin fiilen veya potansiyel olarak rakibi iseler, ortak girişimin ana şirketlerin pazar davranışlarını koordine etmede bir araç olduğu varsayılabilir. Başka bir deyişle, ortak girişim sözleşmesinin tarafları rakip işletmelerse, bunlar bu sözleşmeyi aralarındaki rekabeti sınırlamak için bir paravan olarak kullanabilirler. Rakipler aralarında kuracakları ortak girişim vasıtasıyla birbirlerinin üretim, maliyet, fiyat ve dağıtım sistemleri hakkında kolayca bilgi alabilirler, hatta bu bilgileri kullanarak rekabetçi davranışlarını uyumlu eyleme dönüştürebilirler, yani ortak girişimi davranışlarını koordine etmekte kullanabilirler. Böylece aralarındaki rekabeti ortadan kaldırmış veya aralarında henüz bir sözleşme olmasa bile ileri tarihlerde rekabeti sınırlayıcı hususları görüşebilmek için uygun ortamı kurmuş olurlar¹⁷⁷.

Bu durumda, RKHK m. 4 anlamında uyumlu eylem oluşacağından, yine normun koruma amacı çerçevesinde RKHK m. 7 kapsamında tazmin edilmesi gereken bir zarar yoktur. Ancak, meydana gelen zararın RKHK m.4 çerçevesinde RKHK m. 57 uyarınca

¹⁷³ GÜVEN, Rekabet, s. 739.

¹⁷⁴ GÜVEN, Rekabet, s. 794.

¹⁷⁵ ŞANLI, s. 231.

¹⁷⁶ ASLAN, s. 621.

¹⁷⁷ ŞANLI, s. 231.

tazmini gerekir.

Her iki örnekte, yukarıda da belirtildiği üzere, mahkeme hukuka aykırılığı tespit etmeye yetkilidir.

Keza, her iki örnekte gerek hakim durumun kötüye kullanılması gerek uyumlu eylem niteliğinde rekabetin ihlal edilmesi durumlarının oluşması kuvvetle muhtemel olduğundan, durumun dikkatle incelenmesi ve bu kapsama girmeyen birleşme ve devralma söz konusuysa normun koruma amacı çerçevesinde hukuka aykırılık bulunduğundan zararın tazmin edilmesi gerekir.

Bu duruma örnek olarak, Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğin 9'uncu maddesinde öngörülen, teşebbüslerden biri tarafından verilmiş olan yanlış veya yanıltıcı bilgi nedeniyle birleşme veya devralmanın Rekabet Kurulu tarafından tekrar incelenerek yaptırımların uygulanabileceğine dair hüküm gösterilebilir. Teşebbüslerin bilgi ve belgeleri özellikle kasten saklamış olması nedeniyle Kurumun sonradan yapacağı bir değerlendirmeye birleşme ve devralmanın geçerli olmadığına karar vermesi, yani hukuka aykırılığı tespit etmesi hâlinde, normun koruma amacı çerçevesinde RKHK m. 7 kapsamında tazmin edilmesi gereken bir zarar vardır. Bu zararın, RKHK m. 57 uyarınca tazmini gerekir¹⁷⁸.

2.1.4. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Rekabet Hukukunda da “hukuka uygunluk sebebi” olarak adlandırılan ve rekabeti sınırlayıcı davranışın hukuka aykırılığını engelleyen hâller söz konusu olabilir.

Genel hukuka uygunluk sebepleri, bütün sorumluluk türleri için geçerli olduğundan Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun özel kanun olduğu dikkate alınarak uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulur. Ancak, özellikle meşru müdafaa, kendi hakkını savunmak için kuvvet kullanma gibi genel nitelikteki hukuka uygunluk hâlleri, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen sorumluluğun doğası gereği uygulama alanı bulmaz¹⁷⁹. Yine, zarar görenin rızasının hukuka aykırılığı gideren bir

¹⁷⁸ ŞANLI, s. 231.

¹⁷⁹ SAYHAN, Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık, s. 43.

durum olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹⁸⁰. Örneğin zarar görenin ikame ürün alması mümkün iken ihlal konusu ürünü tercih etmesi hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz¹⁸¹. Zira, rıza gösterilen husus zarar gören tarafından üzerinde tasarruf edilebilir nitelikte olmalıdır. Kanunun emredici hükümlerine ya da ahlaka, kişilik haklarına aykırı hususlara rıza gösterilmesi mümkün değildir¹⁸².

Öte yandan, marka, patent hakkı gibi fikri haklar sahibine tekel hakkı tanıdığından bunların kullanılması özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması sayıldığından, rekabet kurallarının ihlalinden söz edilemez. Aynı şekilde kamusal yetkinin kullanılması bakımından bazı teşebbüs birliği kararları hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Nitekim, TOBB'un tır karnesi işlemlerinde ayrımcı uygulamaları nedeniyle yaptığı menfi tespit başvurusunda Rekabet Kurulunun 20.05.1999 tarih ve 99-24/217-130 sayılı Kararında söz konusu işlemin Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olmadığı belirtilmiştir¹⁸³.

Bir hukuk dalında yazılı olan sebep, fiili hukuka uygun kılar ise artık diğer hukuk dalı bakımından da hukuka aykırı olmamaktadır¹⁸⁴. Bu anlamda Rekabet Kurulunun idare hukuku alanında hukuka aykırılığı gideren işlemleri hukuka uygunluk sebebi sayılırlar. Rekabet hukukuna özgü hukuka uygunluk sebepleri, Rekabet Kurulu tarafından gerek önceden gerekse idari ceza sonrasında izin verilen birleşme ve devralmalar ile özellikle muafiyettir¹⁸⁵. Bu bağlamda, Kanunun 4'üncü maddesinde yer alan yasaklamalara tanınan muafiyet (RKHK m.5) ile birleşme ve devralmalara (RKHK m.7) ilişkin tebliğlerin tazminat sorumluluğu açısından da hukuka aykırılığın değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekir¹⁸⁶. Ancak, bu maddelerin uygulanma şartları hakkında geniş açıklama yapmak bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

Birleşme ve devralmalar yukarıda “Hukuka Aykırılığın Tespiti” ve “İzinsiz Birleşme ve Devralma” başlığı altında incelediğinden burada üzerinde durulmamıştır. RKHK m. 7/II gereği, Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve

¹⁸⁰ ŞANLI, s. 232.

¹⁸¹ CENGİZ, s. 370.

¹⁸² EREN, Genel, s. 564; KILIÇOĞLU, A., s. 206; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 450; OĞUZMAN/ÖZ, s. 500.

¹⁸³ SAYHAN, Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık, s. 43-46.

¹⁸⁴ KANETİ, s. 108, 236.

¹⁸⁵ ŞANLI, s. 232.

¹⁸⁶ İnan, grup muafiyeti tebliğlerini rekabet mevzuatının bir parçası olarak değerlendirmektedir. Bkz. İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 604.

Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında bulunan bir birleşme veya devralmaya Kurul tarafından önceden ya da bildirim yapılmamış olması sebebiyle idari cezanın ardından verilen izin, hukuka uygun kabul edilmesi mümkündür. Bu durumda birleşme veya devralmaya izin verilmesi hukuka uygunluk sebebidir.

RKHK m.4'e aykırı olan bir anlaşmanın, RKHK m. 5'in şartlarının gerçekleşmesi koşuluna bağlı olarak, hukuka uygun kabul edilmesi mümkündür¹⁸⁷. Muafiyet, sadece 4'üncü madde bakımından, yani rekabeti sınırlandıran anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemlerle ilgili olarak uygulama alanı bulur. Muafiyetle, rekabeti sınırladığı saptanan bir danışıklı davranışın aynı zamanda olumlu etkilerinin varlığı hâlinde, Rekabet Kurumuna hukuka aykırılığı ortadan kaldırma yetkisi tanınmaktadır.

RKHK m. 5'e göre, rekabeti sınırlayıcı olmasına karşın aynı zamanda malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasına yönelik gelişme ve iyileşme ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması; tüketicilerin bunlardan yarar sağlaması; iyileşme veya gelişmenin ve yararların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla rekabetin sınırlanmaması; ilgili piyasanın önemli bir kısmında rekabetin ortadan kalkmaması şartlarının hepsinin sağlanması kaydıyla danışıklılığa muafiyet verilebilir¹⁸⁸. Yine bu maddeye göre Kurul, belirli bir danışıklılığa yönelik bireysel muafiyet ya da belirli konulardaki danışıklılığa yönelik tebliğlerle grup muafiyeti tanıyabilir. Bireysel muafiyet, grup muafiyeti dışında kalan danışıklılıklar için tanınmaktadır. Gerek bireysel muafiyet gerekse grup muafiyeti için aranan şartlar yukarıda belirtilenlerle aynıdır¹⁸⁹.

5388 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanunun 1'inci maddesi ile RKHK m.5/I'in 1'inci cümlesinde yer alan, "*ilgililerin talebi üzerine*" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Dolayısıyla, Rekabet Kuruluna resen muafiyet verme yetkisi tanınmaktadır¹⁹⁰. Yine anılan Kanunun 1'inci maddesiyle değiştirilen RKHK m. 5/II'de muafiyetin danışıklılığın yapıldığı

¹⁸⁷ SAYHAN, Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık, s. 46.

¹⁸⁸ ASLAN, s.317. Danışıklılıklara muafiyet tanınabilmesi için, danışıklılıktan sağlanacak olan yararların rekabetin sınırlanmasından kaynaklanan olumsuzluklardan daha büyük olması; tüketici açısından, fiyat düşüşü, satış sonrası hizmetlerde iyileşme, ürün çeşitliliğinin artması neticesinde seçim olanaklarının artması gibi yararların elde edilmesi; danışıklılık neticesinde getirilen rekabet sınırlamalarının elde edilebilecek yarar için zorunlu olması, diğer bir ifadeyle rekabetin gereğinden fazla sınırlanmaması; son olarak, danışıklılığın getirdiği sınırlamaya rağmen ilgili ürün veya coğrafi pazarda rekabetin devam etmesi gerekir. Bkz. ASLAN, s. 319-326.

¹⁸⁹ GÜVEN, Rekabet, s. 223.

¹⁹⁰ GÜVEN, Rekabet, s. 224-225.

tarihten itibaren geçerli olduğu hükme bağlanmaktadır. Ayrıca, bu madde uyarınca, Kurul tarafından muafiyet belli bir şarta bağlanmışsa şartın gerçekleştiği tarihten itibaren hüküm doğuracağı düzenlenmektedir. Şart yerine getirilmedikçe muafiyet söz konusu olmayacaktır¹⁹¹. Doktrinde, haklı olarak buradaki şartın özel hukuk anlamında şart olmadığı, özel hukuk anlamında şartın bozucu veya taliki şart olabileceği; taliki şartta, şart gerçekleştiğinde hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğuracağı, bozucu şartta ise, şart gerçekleştiğinde hukuki işlemin sona ereceği, idari işlemlerin bu şekilde bir şarta tabi olamayacağı ifade edilmiştir. RKHK m. 13 uyarınca, şartın yerine getirilmemesi hâlinde muafiyetin Kurul tarafından idari işlemle geri alınması gerekmektedir¹⁹². Yine bu madde çerçevesinde geri alma, muafiyetin verildiği tarihten itibaren geçerli olmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda hiç muafiyet verilmemiş olacağından danışıklılık hukuka aykırı olacaktır.

RKHK m. 13 çerçevesinde danışıklılığa verilen muafiyetin geri alınmasına ilişkin yukarıda ifade edilen husus dışında iki sebep daha vardır. Bunlardan ilki, muafiyet verilmesine neden olan herhangi bir olayda değişiklik (RKHK m. 13/a) ve ikincisi, muafiyetin yanlış veya eksik bilgiye göre verilmesidir (RKHK m. 13/c). RKHK m. 13/II uyarınca, ilk durumda, değişikliğin olduğu tarihten itibaren muafiyet geri alınır. Dolayısıyla bu tarihe kadar verilen muafiyet hukuka uygunluk sebebi olmaktadır. İkinci durumda ise, geri alma muafiyetin verildiği tarihten itibaren geçerli olmakta, bunun sonucu olarak hiç muafiyet verilmemiş gibi danışıklılık baştan itibaren hukuka aykırı olmaktadır.

Öte yandan, amacı rekabete aykırı olmayan hatta katkıda bulunan ya da haklı sebebe dayanan işbirliği uygulamalarının rekabet kanunu kapsamından çıkarılması (haklı sebep = rule of reason), rekabeti önemli ölçüde etkilemeyen küçük çaplı anlaşma ve karar ve uyumlu eylemin rekabet kanununda öngörülen yasak kapsamından çıkarılması (hoş görülebilirlik = de minimis) hâlleri, idari bakımından anlaşmanın tipi ve nitelikleri dikkate alınarak rekabete olan etkilerinin çok küçük olması sebebiyle idari cezadan vazgeçme olduğundan, keza, rekabet ihlali mevcudiyetini sürdürdüğünden, bu hâller, soyut olarak zararı tazmin talepleri için hukuka uygunluk sebebi teşkil etmezler¹⁹³.

¹⁹¹ GÜVEN, Rekabet, s. 752.

¹⁹² ASLAN, s.328.

¹⁹³ SAYHAN, Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık, s. 46-49.

2.1.5. Hukuka Aykırılığın İspatı

Zarar gören, zarar verenin davranışının Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. İspat açısından genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırılığı ispat zarar görenin üzerindedir. Ancak, RKHK m.59’da, uyumlu eylem açısından zarara sebep olanın fiilinin hukuka aykırılığını ispat noktasında karine getirilerek ispat yükü ters çevrilmiş; rekabeti sınırlayıcı anlaşma, teşebbüs birliği kararı ve uygulamaların varlığının her türlü delille ispatlanabileceği öngörülmüştür¹⁹⁴.

Nitekim, RKHK m. 59’un hükmü şu şekildedir:

“Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları hâlinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.”

RKHK m. 59/I’in gerekçesinde, *“Maddede, 4 üncü maddenin üçüncü fıkrasına paralel olarak, ispat yükünü belirli bir takım emarelerin varlığı hâlinde davalı tarafa geçiren uyumlu eylem karinesinin düzenlendiği”* ifade edilmektedir¹⁹⁵. Gerekçeden de anlaşılacağı üzere, RKHK m. 59/I’de yer verilen karine, RKHK m. 4/III’de düzenlenen karinenin haksız fiil sorumluluğundaki karşılığıdır.

Bu karine, kanunda öngörüldüğü için kanuni karinedir¹⁹⁶. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, RKHK m. 4 kapsamında uyumlu eylem için karine getirilmektedir. Bu karineye, rekabet hukukuna özgülük katmak için uyumlu eylem karinesi de denilebilir. Nitekim Kanunun gerekçesinde de uyumlu eylem karinesi denilmiştir.

RKHK m. 59’da, zarar görenlerin, bir anlaşmanın ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren olayların varlığına ilişkin kanıtları adliye mahkemelerine sunmaları hâlinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama

¹⁹⁴ AKSOY, s. 52.

¹⁹⁵ Tutanak Dergisi, s. 10.

¹⁹⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 381.

yükünün zarar veren tarafa geçeceği düzenlenmiştir¹⁹⁷. Maddede, piyasanın fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren¹⁹⁸ teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması gibi durumlar, rekabetin bozulduğu izlenimi veren olaylara örnek olarak verilmiştir. Bu durumun varlığının zarar gören tarafından ortaya konması hâlinde zarar verenler uyumlu eylem içinde olmadıklarını kanıtlayamazlarsa uyumlu eylemin var olduğunun kabul edileceğini öngören iki aşamalı bir kanıt usulü söz konusudur¹⁹⁹.

Doktrinde RKHK m. 59'da öngörülen uyumlu eylem karinesini irdeleyen çeşitli görüşler mevcuttur.

Bu görüşlerden biri, RKHK m.59/I'de aksinin kanıtlanması mümkün olan karinenin kabul edildiğini ve düzenlemedeki olguların aksi kanıtlanıncaya kadar uyumlu eylemin delili olduğunu ifade etmektedir. Maddenin birinci fıkrasında yer alan emareleri destekleyen deliller ortaya konulduğunda, zarar verenlerin aralarındaki ilişkinin uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyeceğini kanıtlamakla yükümlü olduğu savunulmaktadır²⁰⁰.

İkinci görüş, ispat yükünün kolaylaştırıldığını ve böylece ispat yükünün ters döneceğini ifade etmektedir. Bu karinenin geçerli olabilmesi için mahkemeye bazı delillerin sunulması ve bu delillerin analizinin de iktisatçılar tarafından yapılması gerektiği, maddenin birinci fıkrasında yer alan, "...rekabetin bozulduğu izlenimi veren..." ifadesi çerçevesinde zarar görenin rekabetin sınırlandırıldığını göstermesinin zorunluluğu belirtilmektedir²⁰¹.

Üçüncü görüş, karinelerin ispat yükünü yer değiştirttiğini; RKHK m. 59/I'de ispat yükünün ters çevrilmiş olduğunu belirtmektedir²⁰².

Dördüncü görüş, bu karinenin adi bir kanuni karine olduğunu ve aksinin

¹⁹⁷ Normal duruma dayanan tarafın iddiasını ispat etmesi beklenemez. Zira, olağan durum hayatın normal akışı içerisinde bulunan durumdur. Bunun aksinin iddia edilmesi durumunda, ispat iddia edene düşer. İspat yükü bakımdan çok önemli istisnalar grubunu karineler oluşturur. Karine bilinen olgulardan bilinmeyen bir olgunun çıkarılmasıdır. Karineler fiilî karineler ve kanuni karineler olmak üzere iki gruba ayrılır. Kanuni karineler, belli olan olaylardan belli olmayan olaylar için kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır. Kanuni karinenin kendi içinde aksi ispat edilebilen (adi) karine ve aksi ispat edilemeyen (kesin) karine şeklinde iki gruba ayrılması mümkündür. Bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 381-382.

¹⁹⁸ TOPÇUOĞLU, s. 305.

¹⁹⁹ CENGİZ, s. 385.

²⁰⁰ TOPÇUOĞLU, s. 207-208, 305.

²⁰¹ ASLAN, s. 796.

²⁰² YILMAZ, Rekabet Kanununun Uygulamasında Usul ve İspat, s. 98-99.

ispatlanabileceğini ifade etmektedir²⁰³.

Beşinci görüş ise RKHK m. 59'da öngörülen karinenin kanuni olay karinesi²⁰⁴ olduğunu, kanuni olay karinesinde rekabetin anlaşma ve uyumlu eylem sonucu bozulması olayını kanıtlamak için piyasada uzun süre devam eden kârlılık, birbiri ardına yapılan fiyat artışları gibi ikinci olayın kanıtlanmasının yeterli görüldüğünü, bu karine kapsamında kanıt yükünün yer değiştirmeyeceğini ve bu bakımdan TMK m. 6'ya istisna getirilmediğini, delil gösterme yükümlülüğünün zarar verene geçeceğini kabul etmektedir²⁰⁵.

Zarar görenler yasaklanan bir anlaşmanın varlığını ispat ederse kendilerine düşen ispat yükünü yerine getirmiş olurlar²⁰⁶. Kanun bu konuda herhangi bir düzenleme öngörmemiş olsa bile, asıl ispat yapıldığı için ispat yükü zarar verene geçer. Buna karşılık RKHK m. 59/I'deki, "...ya da..." ibaresinden sonra yer alan, "*piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları hâlinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer*" ifadesi çerçevesinde zarar gören, piyasayı bölüşme ve fiyatı belirleme gibi konularda mahkemeye deliller sunarsa, uyumlu eylemi; hukuka aykırılığı ispat yükünü yerine getirmiş olur²⁰⁷.

RKHK m. 59'da zarar verenin fiilinin hukuka aykırılığının ispatı açısından bu karine, RKHK m. 4 kapsamında yer alan hukuka aykırılık hâlleri için ve bu maddeyle paralel olarak ispat yükünü ters çevirmiştir²⁰⁸. RKHK m. 59, zarar verenlerin uyumlu

²⁰³ GÜRZUMAR, s. 174.

²⁰⁴ Kanuni karine türlerinden olan kanuni olay karinesi, kanunda yer alan ve belirli bir hukuki sonucun meydana gelmesi için mevcudiyeti gereken olumlu veya olumsuz olayın gerçekleşmiş olduğunun, hukuksal sonuçla ilgisi bulunmayan bir olaydan çıkarılmasına olanak verir. Diğer bir ifadeyle A olayının kanıtlanması için B olayının kanıtlanması yeterli görülmektedir. Bkz. UMAR/YILMAZ, s. 167-170.

²⁰⁵ BUDAK, s. 52.

²⁰⁶ İspat yükü belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılabilmesi hâlinde aleyhte kararlar karşılıklı tehlikesidir. MK m.6'da yer alan kural gereği, iki taraftan her biri, kendi lehine olan normun öge olgularını ispat yükünü taşır. Bkz. YILMAZ, Rekabet Hukukunda Usul Hukuku Sorunları, s. 68.

²⁰⁷ YILMAZ, Rekabet Hukukunda Usul Hukuku Sorunları, s. 67.

²⁰⁸ İnan, RKHK m.4'te düzenlenen uyumlu eylem karinesinin ceza hukuku ilkelerine ve anayasal ilkelere aykırılık oluşturduğunu, buna karşılık RKHK m. 59'da düzenlenen özel hukuk karinesinin meşru olduğunu, her iki madde metni arasında uyumsuzluk bulunduğunu, bunun kanun koyucunun bilinçli iradesi sonucu

eylem içinde bulunmadıklarının ispatında RKHK m. 4/son hükmünde yer alan ekonomik ve rasyonel gerekçe ifadesini kullanmamaktadır. Olumsuz durumun ispatı oldukça güçtür. Ancak, RKHK m. 59/II uyarınca, zarar verenlerin herhangi bir şekilde uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispat etmeleri kolaylığı sağlanmıştır. Burada zarar verenlerin uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispatlamalarında RKHK m. 4'ün son fıkrasında yer alan, “*Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.*” hükmünün, RKHK m. 59 açısından kıyasen uygulanması doğru olacaktır²⁰⁹.

2.2. Davranış Unsuru (Fiil)

RKHK m. 4 ve 6'nın genel olarak birinci fıkralarında düzenlenen hukuka aykırılık hâllerinin arkasından, bu maddelerde, “... *hâlleri özellikle şunlardır:*” ifadesinden sonra örnek olarak belirtilen hâller hukuka aykırılığı oluştururken, aynı zamanda bu hâlleri meydana getiren iradi davranışlar fiili oluşturmaktadır. Bu nedenle Kanunda hukuka aykırılığı düzenleyen hâller ile davranış iç içe geçmiştir. Hukuka aykırı bir fiil unsuru ifadesindeki tarzla madde kaleme alınmıştır.

Somutlaştıracak olursak, RKHK m. 6/II/a'da yer alan, “*Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması*” ifadesi incelendiğinde, ifadenin sonu “yapmak” şeklinde değiştirilerek bitirildiğinde, madde net olarak davranışı ve işleniş tarzını ifade etmektedir.

RKHK m. 4, 6 ve 7 kapsamında ihlal oluşturabilecek türden hukuka aykırılık bağı çerçevesinde örnek kabilinden sayılan davranışlar bu Kanunda fiil unsurunu oluşturur.

meydana gelemeyeceğini, madde 4'teki uyumlu eylem karinesi uygulanacaksa madde 59'da yer alan tanımın esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. İNAN, Eleştirel Bakış, s. 45.

²⁰⁹ İNAN, Eleştirel Bakış, s. 45.

2.3. Uygun İlliyet Bağı

Rekabete aykırı davranış nedeniyle meydana gelen zararın tazmini için aranan bir diğer şart da Kanuna aykırı fiil, anlaşma veya uygulama ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağının var olmasıdır.

Türk hukukunda kabul edilen uygun illiyet bağı; somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayın normal seyri, hayatın genel akışı ve hayat tecrübeleri çerçevesinde meydana getirmeye elverişli olan veya bu sonucu meydana getirme olasılığı nesnel olarak yüksek bulunan şartlar ile sonuç arasındaki bağı ifade etmektedir. Zarar gören, zararının varlığını ispat ettiğinde ayrıca zararın sebebinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı bir anlaşma, karar ya da uygulama olduğunu kanıtlamalıdır. Zarar görenin, bir başka nedenle de zarar etmiş olması mümkündür. Bunun için ihlalle zarar arasında bir illiyet bağı olması ve bunun Kanuna aykırılıktan kaynaklanması gerekmektedir. Zarar gören, başka bir nedenden dolayı uğramış olduğu zararın tazminini Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna dayanarak isteyemez.

Ayrıca, illiyet bağı kesen bir durum da söz konusu olmamalıdır²¹⁰. Örneğin, belirli bir piyasada bir grup teşebbüs tarafından kartel anlaşması yapılması, ancak söz konusu kartel anlaşmasının rekabeti bozucu etkileri görülmeden diğer rakip teşebbüslerin aynı nitelikteki işbirliklerinin daha çabuk etki göstererek ilgili piyasada rekabeti kısıtlaması durumunda ilk kartel anlaşmasını yapanlar sorumlu tutulmayacaklardır. Zira, ikinci grubun eylemi (üçüncü kişinin eylemi) ilk grubun eylemi ile sonuç arasındaki illiyet bağı kesmiştir²¹¹. Bu çerçevede ikinci grup, rekabetin kısıtlanması sebebiyle zarardan sorumlu olacaktır.

Zarar verenin fiili zararlı sonucu meydana getirdiğinde illiyet bağı kurulmuş olur ve bu illiyet bağıyla aynı sonucu doğurabilecek olay nedeniyle aynı sonucun

²¹⁰ Borçlar hukukunda, illiyet bağı (sebeple sonuç arasındaki uygunluğu) kesen üç genel sebep bulunmaktadır. Bunlar mücbir sebep, üçüncü kişinin veya zarar görenin kastı veya ağır ihmaldir. Bkz. EREN, Genel, s. 517; KILIÇOĞLU, A., s. 220; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 568; OĞUZMAN/ÖZ, s. 522.

²¹¹ GÜRZUMAR, s. 150; CENGİZ, s. 379. İlliyet bağının kesilmesinde ilk sebep gerçekleşen türden bir zararı doğurmaya elverişli olmakla birlikte, ortaya çıkan yeni sebep ilk sebep gerçekleşmeden ortaya çıkmış ve ilk sebebi arka plana atmışsa ilk sebep somut olayda elverişsiz hâle geleceğinden ilk sebebi oluşturan davranışla zarar arasında uygunluk kesilir. Bkz. EREN, Genel, s. 517; KILIÇOĞLU, A., s. 219-220; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 568; OĞUZMAN/ÖZ, s. 521.

gerçekleşeceği iddiası zarar vereni sorumluluktan kurtarmaz²¹². Bu bağlamda, oligopol piyasada, kartel anlaşması neticesinde dışlayıcı uygulama nedeniyle rakip teşebbüslerin zarara uğraması durumunda kartel anlaşması taraflarının piyasanın yapısı sonucu kartel anlaşması yapılmıyaydı dahi bu zararın meydana geleceği iddiası kabul görmez²¹³.

2.4. Zarar

2.4.1. Genel Olarak

Zarar, sorumluluğun, dolayısıyla tazminat borcunun en önemli unsurudur. Zira zarara neden olmayan bir davranış nedeniyle sorumluluktan söz edilemeyeceği için tazminat ödenmesi gündeme gelmez. Zarar olmayan yerde, hukuki sorumluluk doğmaz. Gerek BK m. 41, gerek RKHK m. 57 ve devamında zarardan söz edilmekle birlikte bu kavram tanımlanmış değildir. Zararın tanımı, doktrine ve yargı organlarına bırakılmıştır. Bu sebeple rekabet hukukunda da zararın ne olduğu konusunda genel ilkelerden hareket edilmesi gerekir.

RKHK m. 57 ve 58’de, her türlü zararın tazmin edilebileceğini açık bir şekilde ortaya konulmaktadır ki kanun koyucu, zarar kavramına ilişkin sınırlayıcı bir düzenleme yapmamıştır²¹⁴. Yapılan bu düzenlemenin isabetli olup olmadığı tartışılabilir olmakla birlikte, söz konusu hükümler sadece zararın rekabet hukuku bağlamındaki görünümünü düzenlemektedir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun ihlali neticesinde meydana gelen zarar, fazladan ödenen bedel ya da tam tersi az ödenen bedel gibi malvarlığının hâlihazırdaki değerinin azalması veya hakim durumun kötüye kullanılması hâllerinde rakip teşebbüslerin gelir kaybı neticesinde, sahip olabileceği değerleri elde edememesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir²¹⁵.

²¹² EREN, Genel, s. 512; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 569; OĞUZMAN/ÖZ, s. 522.

²¹³ CENGİZ, s. 379.

²¹⁴ İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 610; AHÇIOĞLU ÖZ, s. 182; SANLI, s. 233; ASLAN, s. 787.

²¹⁵ ASLAN, s. 788, 790.

Fark teorisi temelinde, ihlal nedeniyle, zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki etkilerinin esas alındığı iki farklı andaki durum kıyaslanarak aradaki fark zararı oluşturmaktadır.

Rekabet hukuku açısından oluşan zarar, “*Rekabetin sınırlanmadığı bir varsayımda piyasanın alması muhtemel durum (ki bu durum etkin rekabet piyasası ya da çalışabilir rekabet piyasası olarak da ifade edilebilir) ile rekabetin sınırlanması nedeniyle oluşan mevcut durum arasındaki fark*”²¹⁶ olarak söylenebilir.

RKHK m. 4, 6 ve 7’yi ihlal eden davranışların farklı görünümeler altında ortaya çıkması, bunların piyasa üzerindeki etkilerinin farklılaşmasına neden olmaktadır. Zararın niteliği, davranışın altında yatan güdüye göre değişkenlik göstermektedir. Ekonomik ilişkilerin bağımlılığı ve karmaşıklığı gibi sebeplerle, zararın ekonomiye yayılması, birbirinden farklı kesimler üzerinde olmaktadır. Ekonomide yer alan grupların zararları, bazı hâllerde birbirlerinden tamamen bağımsız, bazı hâllerde ise derecesi değişmekle birlikte, birbirlerine bağımlı olarak meydana gelmektedir.

Yukarıda belirtilen açıklamaları somutlaştırırsak; örneğin, OPEC kartelinin petrol fiyatlarını fahiş olarak arttırması hâlinde olduğu gibi, birçok sektörde gerek temel ham madde, gerekse ara malı olarak ya da son kullanıcılar tarafından doğrudan tüketilen ürünlerde fiyat artışı gibi sömürü şeklinde rekabet ihlallerinde zarar görenler çok farklı gruplardır. Dolayısıyla bunların zararlarının niteliğinin de farklılıklar arz etmesi nedeniyle, meydana gelen zararın ne şekilde tazmin edileceği, zararın gerçekte kimin üzerinde doğduğu sorunu ile karşılaşılmaktadır²¹⁷.

Özellikle malın, ilk alıcıdan sonra, dağıtıcı, perakendeci gibi çeşitli aşamalardan geçerek tüketiciye ulaşması bazı hâllerde aynı zararın birden fazla kez tazmin edilmesine neden olabilecektir.

Yukarıda kısmen ortaya konulan sorun çerçevesinde, RKHK m. 57 ve 58’de yer alan, “*her türlü zarar*” ve “*bütün zarar*” ifadeleri ile ilgili olarak lafzi yorum yapılması hâlinde tazminat sorumluluğunun kapsamı olağanüstü derecede genişleyecek; rekabet hukukuna aykırı davranışın bütün zararlı sonuçlarının giderilmesi gerekecektir. Bir an için her türlü zararın giderilmesi gerektiği kabul edildiğinde zararın tazmini ekonomik bir yıkım hâlini almaktadır. Kanunun amacı etkin rekabetin tesisi ve bu bağlamda girişim özgürlüğünün sağlanmasıdır. Bu problem “Zararın

²¹⁶ ŞANLI, s. 234.

²¹⁷ Zararın kimin üzerinde olduğu sorunu davacı olabilmeyi belirlemektedir. Bu husus “Davacı” başlığı altında incelenmektedir.

Sınırlandırılması” başlığı altında incelenmektedir.

2.4.2. Maddi Zarar

2.4.2.1. Fiilî Zarar

RKHK m. 58/I/1’de; “*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler ödedikleri bedelle rekabet sınırlanmasaydı ödemekle yükümlü olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler.*” ifadesi yer almaktadır. Alıcıların normal değerinden fazla bir bedel ödemek durumunda kaldıkları dikkate alındığında bu zarar, malvarlıklarında meydana gelen fiilî zarardır²¹⁸.

Örneğin, RKHK m. 58/I/1’in ifadesi çerçevesinde, hakim durumda olan bir teşebbüsün fahiş fiyat uygulaması neticesinde meydana gelen zarar tüketiciler veya alıcılar açısından fazla ödenen bedel, yahut tam tersi şekilde monopson piyasada satıcılar açısından az ödenen bedel fiili zarardır.

Yine, rakip teşebbüsler açısından rekabetin bozulması sonucu satış miktarının düşmesi ve malın elde kalması nedeniyle stok masrafları da fiilî zararı oluşturur. Keza, kartel sonucu, satış sonrası hizmetlerdeki olumsuz durum da fiilî zarardır²¹⁹.

²¹⁸ AKINCI, Yatay Kısıtlama s. 376; ŞANLI, s. 237. Rekabet hukukuna aykırı bir davranışın mutlaka fiyatlarda bir yükselmeye yol açması şart değildir. Dolayısıyla zararın sadece ödenen yüksek fiyattan ibaret olması gerekmez. Hakim durumda olan bir teşebbüsün fahiş fiyat uygulaması neticesinde meydana gelen zarar tüketiciler veya alıcılar açısından yukarıdaki gibi gerçekleşmekle birlikte, monopson piyasaya yaklaşan alıcı kartellerinin satıcıya değerinden düşük fiyat vermesi hâlinde meydana gelen zarar bu şekilde ifade edilemez. Bkz. AKSOY, s. 55.

²¹⁹ Sayhan, piyasa payının azalması, satış miktarındaki düşüşler, muhafaza masrafları gibi zararların normun koruma amacına dâhil olmadığından tazmin edilmeyeceği görüşündedir. Bkz. SAYHAN, Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık, s. 60.

2.4.2.2. Yoksun Kalınan Kâr

RKHK m. 58/I/2’de rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüslerin, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilecekleri belirtilmiş; RKHK m. 58/I/3’de, tazmin edilecek zarar kapsamının ortaya konulmasına örnek olarak “*Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilânçolar da dikkate alınarak hesaplanır.*” hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere, “*elde etmeyi umdukları bütün kârlar*” ifadesi ile burada yoksun kalınan kârdan bahsedilmektedir. Ancak, “*elde etmeyi umdukları bütün kârlar*” ifadesi çok kapsamlıdır. Bu ifadenin elde edilmesi olası bütün kârlar olarak algılanması hakkaniyete daha uygundur²²⁰.

Rekabet hukukunun ihlaline dayalı tazminat davalarının, uygulamada genellikle rakip teşebbüsler ya da davalının satış ağı içerisinde yer alan dağıtıcı ve satıcılar tarafından açılması çok muhtemeldir. Maliyetlerin altında satış yapmak, mal vermeyi kesmek, sözleşmeyi feshetmek, kelepçeleme uygulaması ve tekelden alım anlaşmaları yapmak gibi uygulamalarda rakip teşebbüslerin, dağıtıcı ve satıcıların zararları daha çok yoksun kalınan kâr şeklinde oluşur²²¹. Özellikle hakim durumun kötüye kullanılması hâlinde rakip teşebbüslerin, sahip olabileceği değerleri gelir kaybı neticesinde elde edememesi şeklindeki kârdan yoksunluk, malvarlıklarında meydana gelen zararı oluşturmaktadır.

2.4.3. Manevi Zarar

Manevi zararın, RKHK m. 57 ve 58’de ifade edilen her türlü zarar kapsamının içinde yer alıp almadığının belirlenmesinde yarar vardır. Bu hususta iki görüş mevcuttur.

Bu görüşlerden ilki, rakip teşebbüslerin piyasayı terke zorlanması veya piyasaya giriş engelleri oluşturulması teşebbüslerin ekonomik faaliyeti kadar iç huzurunu ve

²²⁰ CENGİZ, s. 399.

²²¹ AKINCI, Yatay Kısıtlama, s. 376-377; ŞANLI, s. 237.

girişim özgürlüğünü ihlal ettiğinden, zararın manevi zararı da kapsadığı yönündedir²²².

İkincisi ise, Kanunda kastedilenin sadece maddi zararlar olduğu, rekabetin korunmasını ve ekonomide verimliliği amaçlayan bir Kanunun manevi zararların giderilmesine dair düzenleme içermesinin makul olmadığı yönündendir²²³.

Manevi zarar gerçek bir zararı değil, hukuka aykırı bir fiil yüzünden duyulan acı ve ruhsal sarsıntıları ifade etmektedir²²⁴. Zarar görenin maneviyatının zedelenmesinin karşılığı olarak çok defa tazminat ödenmesi, duyulan ruhi acıların hafifletilmesine, hiç değilse bazı avunma çarelerinin bulunmasına yardımcı olur. Paranın bu alanda gördüğü iş, bozulan manevi dengeyi onarıp düzeltmekten ziyade bir teselli olmaktan ibarettir. Zarar görenin maneviyatının zedelenmesi durumunda, gerçek anlamda bir zarardan söz edilemeyeceği gibi, uğranılan kayıpların telafisinden de söz edilemeyecektir. Bu durumda manevi acıların giderilmesi değil, bir anlamda tatmin edilmesi hedef tutulmaktadır.

Zararı tazmin yükümlülüğü doğuran hukuk kuralı, normun koruma amacıyla ilgilidir. Bu bakımdan sorumluluğun tayin ve sınırlandırılmasında ihlal edilen normun anlam ve kapsamının araştırılması gerekmektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen hükümler araştırıldığında, gerçekte rekabetin korunmasının ve ekonomide verimliliğinin amaçlandığı görülecektir. Nitekim zararın hesaplanmasına ilişkin RKHK m.58 de dolaylı olarak sadece maddi zararın kastedildiğine işaret etmektedir.

Ayrıca, Kanunda manevi tazminat düzenlense idi; TTK m. 58'deki gibi manevi tazminatın açıkça düzenlenmiş olması gerekirdi ki hukuka aykırılık bağı kurulabilirdi. Manevi zararların karşılanıp karşılanmayacağı meselesinin, Türk hukukundaki genel esaslara (BK. m. 49) tabi olduğu düşünülmektedir. Diğer bir ifadeyle, Rekabet Hukukuna aykırı olan bir fiilin, aynı zamanda şahsiyet hakkına tecavüz teşkil ettiği ve bunun da manevi zarara yol açtığı ispat edilebilirse, manevi tazminat talebinde bulunulması mümkündür. Ancak, bunun rekabet hukukunda düzenlenen tazminat hükmü

²²² ASLAN, s. 788; ÖZSÜNAY, s. 144; GÜVEN, Rekabet, s. 756; TOPÇUOĞLU, s. 300, 303; GÜVEN, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davaları, s. 220. Sayhan, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı davranışların aynı zamanda kişilik haklarını da ihlal edebileceğini, RKHK m. 4, 6 ve 7'deki yasaklayıcı düzenlemelerin ve buna bağlı olarak koruyucu hükümlerin öz itibarıyla ekonomik hak ve özgürlüklere tekabül eden kişilik haklarını koruduğunu savunmaktadır. Bkz. SAYHAN, Düzenlemeler Bakımından Hukuka Aykırılık, s. 19.

²²³ ŞANLI, s. 235.

²²⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 655; OĞUZMAN/ÖZ, s. 514-515.

ile herhangi bir bağlantısı bulunmamaktadır²²⁵.

2.4.4. Zararın Sınırlandırılması

2.4.4.1. Zararın Sınırlandırılmasında Türk Hukukunda Uygulanan Kriterler

RKHK m. 57 ve 58’de yer alan “*her türlü zarar*” ve “*bütün zarar*” ifadelerinin, sınırlarını tespit etmek gerekmektedir. Kanunda bu konuya ilişkin olarak herhangi bir prensip ya da ölçüt getirilmemiştir.

Bu nedenle, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı bir davranışın neden olduğu tüm zararların tazmininin mümkün olup olmadığının belirlenmesi zararın tespiti açısından gereklidir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun açısından zararın, bir başka deyişle zararın kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu sorunun çözümünde, Türk hukuku açısından doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı, yansıma zarar ile uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı teorisi büyük ölçüde yararlı olmaktadır. Normun koruma amacı teorisi sorumluluğun sınırlandırılması için kendisine başvurulması gereken bir kavramdır²²⁶.

Hukuka aykırılığın sınırlarının belirlenmesinde yapılan değerlendirmeler aynı

²²⁵ ATILA, s. 8. Gürzumar, manevi zararın tazmin edilip edilmeyeceğinin “her türlü zarar” ifadesinin yorumuyla bulunup bulunmayacağı yönündeki tartışmalara gerek olmadığını, RKHK m. 4 ve 6 hükümlerini ihlal eden davranış aynı zamanda BK m. 49 hükmünün de uygulanmasını gerektirecek şekilde ortaya çıkmış ise manevi tazminat istenebileceğinden tereddüt etmemek gerektiğini belirtmektedir. GÜRZUMAR, s. 165, 166. Aslan, rekabet sınırlamalarının manevi zarar doğuracağı kabul ediliyorsa, kanun koyucunun iradesinin niçin manevi zararı kastetmediğini anlamının zorlaşacağı gerekçesi ile bu görüşü eleştirmektedir. Bkz. ASLAN, s. 788-789. Kaneti, malvarlığı değerlerini koruyan bir norma aykırılıktan dolayı zarar gören kimsenin bu yüzden aynı zamanda manevi zararının BK m. 49 gereğince tazminini talep edemeyeceğini, zira manevi tazminat talebi için TMK m. 24 çerçevesinde şahsiyet haklarına tecavüzün mevcudiyeti gerektiğini, yalnız malvarlığını koruyan bir normun çiğnenmesinin TMK m. 24’ün ihlalini oluşturmayacağını ifade etmektedir. Bkz. KANETİ, s. 228-229.

²²⁶ TANDOĞAN, Hukuka Aykırılık, s.1; EREN, Genel, s. 558; KILIÇOĞLU, A., s. 218; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476; OĞUZMAN/ÖZ, s. 497; EREN, Normun Koruma Amacı, s. 461, 465; GÜRZUMAR, s. 146.

zamanda tazmin edilebilir zararı da belirlemektedir.

Hukuk tarafından korunan menfaatlerin ihlali, zarara sebebiyet vermektedir. İhlal eden fiilden doğan ilk zarar ve buna bağlı olarak diğer zararlar meydana gelebilmektedir. Zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar, doğrudan zarar; diğerleri ise dolaylı zarar olarak nitelendirilmektedir. Kural olarak nedensellik bağı bulunmayan dolaylı zarar tazmin edilmemektedir²²⁷. Örneğin, dışlayıcı bir uygulamaya maruz kalan bir teşebbüsün gelirinde düşme, dolayısıyla kâr kaybı meydana gelecek, teşebbüsün doğrudan zararı söz konusu olacaktır. Aynı teşebbüsün iflas etmesi durumunda iflas anına kadar yukarıda belirtilen zararın yanında ticari hayatına devam etse idi muhtemel kârı söz konusu olacağından bu zararının tazmin edilip edilmeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Teşebbüsün bu zararının tazmini, refakat eden bir zarar olup olmadığına göre değişecektir. Takip eden zarar ile ihlal fiili arasında uygun nedensellik bağı var ise refakat eden bu tip dolaylı zararlar tazmin edilecektir. Bununla birlikte zararının tazmini sınırını uygun illiyet bağının yanı sıra, BK. m. 42/II belirlemektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali özellikle teşebbüsler arası ayrımcılık şeklinde dışlayıcı uygulamalar nedeniyle ortaya çıkar. Hakim, ilke olarak yalnız hüküm anındaki zararı tespit ederek, bunun tazmine karar verir; müstakbel zarar bu anda henüz doğmadığı için bunun hükme esas olacak şekilde kesinlikle hesap edilmesi mümkün değildir²²⁸. Bununla birlikte, müstakbel zararın kesinlikle belirlenmesi mümkün ise örneğin teşebbüs sırf bu nedenle iflas etmişse ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle oluşan zararı tazmin edilebilir.

Örneğin, deniz yoluyla nakliyecilik yapan firmanın işlerinin yolunda gideceğini varsayarak bankadan yüklü bir miktar kredi aldığını ve işlerinin %70'lik kısmını tek bir limandan temin ettiğini, ülkede iki liman bulunduğunu, bu limanın ülkenin en büyük limanı olduğunu, diğer limanın ise kapasitesinin düşük bulunduğunu kabul edelim. Liman işletmesinin kendine bağlı olan diğer firmaların kârlılığını yükseltmek adına anılan firmanın bu limandan mal taşımasının engellendiğini göz önüne alalım. Belirli bir zaman sonra borçlarını ödeyemeyen firmanın iflas ettiğini düşündüğümüzde, fiil ile iflastan kaynaklanan faaliyetine devam etse idi muhtemel kârı elde edememesinden kaynaklanan dolaylı zarar arasında illiyet bağının varlığı görülmektedir. Zira firmanın başka bir limandan borçlarını karşılayacak oranda gelir elde etmesi mümkün değildir. Limandan

²²⁷ EREN, Genel, s. 482; KILIÇOĞLU, A., s. 212; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 555-556; OĞUZMAN/ÖZ, s. 516-517.

²²⁸ KILIÇOĞLU, A., s. 303-304; OĞUZMAN/ÖZ, s. 518, 552. Fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması hâlinde de müstakbel zararın tazmini istenebilir Ancak haksız fiil sorumluluğunda kısa zaman aşımının bir yıl olduğu dikkate alınmalıdır. Bkz. EREN, Genel, s. 695.

yararlandırmama fiili her iki zararın doğmasına neden olmuştur. Bu zararların tazmin edilmesi gerekecektir. Firmanın bu zararı, işletmenin değeri ile iflas neticesinde işletmenin malvarlığı arasındaki fark ve mevcut sözleşmelerden elde edeceği gelirden kaynaklanan kârı ile iflas anına kadar alabileceği işleri almamasından dolayı yoksun kaldığı kârdır. Firmanın faaliyetlerini sürdürebileceği başka limanların da olması hâlinde ise; ticari hayatına devam edeceği varsayımı altında muhtemel kârının tazmin edilmesi gerekmeyecektir. Zira firmanın başka limanlarda faaliyetini yürütmesi mümkün olup, firmanın dolaylı zararı ile iflası arasında uygun nedensellik bağı kurulmayacaktır. Dolayısıyla zarar, zarar verene yüklenmeyeceğinden tazmin edilmeyecektir²²⁹.

Bu örnekte, karşımıza bir başka zarar daha çıkmakta olup, bu da müflisin ekonomik ilişkiler içerisinde olduğu banka, işçileri gibi kişilerin zararlarıdır. Bu tip zararlar Türk hukukunda yansıma zarar olarak adlandırılmaktadır. Yansıma zarar ile kastedilen, hukuka aykırı fiile maruz kalan kimseden başkasının da, bu fiil yüzünden uğradığı zararlardır²³⁰. Rekabet hukuku açısından, yansıma zararlarının kural olarak tazmin edilemeyeceği yönündeki genel esastan ayrılmak için herhangi bir neden bulunmamaktadır²³¹. Zira bu kişilerin zararları, söz konusu teşebbüsün iflas etmesinden kaynaklanmaktadır. Bunların bağımsız nitelikleri yoktur. Dolayısıyla ancak hukuka aykırılık ve illiyet bağının kurulabilmesi hâlinde tazminat sorumluluğu söz konusu olabileceğinden²³², kural olarak yansıma zararların tazmin edilmesi mümkün değildir. Kanunda yer alan bütün zararlar ifadesi hukuka aykırılık bağına kurmaya yeterli değildir²³³. Hukuka aykırılık bağına oluşturan destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin BK m. 45/II'deki gibi özel bir norma ihtiyaç vardır²³⁴.

Yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde zararın kapsamı büyük ölçüde belirlense de somut olayda illiyet bağı, sorunun çözümünde her zaman yeterli olamayacağından, hukuka aykırılık bağı teorisi geliştirilmiştir. Ancak, normun koruma amacı teorisi de

²²⁹ Şanlı, Amerikan hukukundaki zarar ayrımı temelinde üçüncü zarar grubu olarak teşebbüsün iflas etmesini kabul etmiştir. Ancak kanaatimce, böyle bir ayrım Türk hukukuna göre pek mümkün değildir. Zira hukukumuzda illiyet bağı geniş yorumlanmamaktadır. Teşebbüsün iflas etmesi hâlinde, fiili zarar ve mahrum kalınan kâr birlikte doğmaktadır. Ayrıca, BK m. 42/II, iflas hâlinde, hâkimin takdir edeceği zarar miktarını dolayısıyla tazminatı sınırlandırmaktadır. Bkz. SANLI, s. 238–239

²³⁰ KILIÇOĞLU, A., s. 213; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 562; OĞUZMAN/ÖZ, s. 517.

²³¹ ŞANLI, s. 239.

²³² KILIÇOĞLU, A., s. 214; OĞUZMAN/ÖZ, s. 517.

²³³ Topçuoğlu, rekabet hukukunda yansıma zararların illiyet bağının bulunması koşuluyla tazmin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. TOPÇUOĞLU, s. 313.

²³⁴ GÜRZUMAR, s. 147.

sorumluluğun sınırlandırılmasında tek başına yeterli değildir.

Uygun illiyet bağı teorisinin bu alanda oynadığı rol tüm olarak inkâr edilemez. Bununla beraber uygun illiyet bağı da tek başına sorumluluğu tamamen sınırlandırmaya yetmemektedir. Zira hukuka aykırı bir davranışın uygun ve normal bir sonucu sayılmasına rağmen, ihlal edilen hukuk kuralının önlemeyi hedef tutmadığı zararların meydana gelmesi son derece olasıdır. Öte yandan, tamamen tesadüfî veya olayların normal gidişine uymayan bir takım sonuçların ortaya çıkması hâlinde ise uygun illiyet teorisi bir rol oynayacaktır²³⁵.

Bir koruma normunun ihlali hâlinde hangi zararların tazmin edileceğinin aynı normun yorumlanması yoluyla bulunması mümkün olduğundan, sorumluluğun kapsamının belirlenmesi açısından normun koruma amacı teorisi işlevsellik kazanmaktadır²³⁶. Zarar kapsamının belirlenmesinde, uygun nedensellik bağının yetersiz kaldığı durumlarda zarar veren dolayısıyla sorumluluğu doğuran davranışın, gerçekleşen sonucu önlemek, zarara engel olmak amacını taşıyıp taşımadığının araştırılması gerekmektedir. Hukuk düzeni herkese belli şekillerde davranma yükümlülüğü yüklemiştir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda da öngörülen davranış kuralları, kişilerin belirli hak ve menfaatlerini, değer ve varlıklarını koruma amacını gütmektedir. Ancak Kanunun yorumunda öngörülen normun korumayı amaçladığı menfaatin göz önüne alınması gerekir. Sorumluluk hukukundaki bu genel ilkeden hareketle, rekabet ihlallerinden doğan zararın tazmini açısından Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun genel amacı ile Kanunun 4, 6 ve 7'nci maddelerinde ön görülen özel amaç birlikte değerlendirilecektir.

Rekabetin etkin olduğu bir piyasada teşebbüslerin ekonomik faaliyetleri rakip teşebbüsler için zararlı sonuçlar doğurabilir. Örneğin, faaliyet alanları aynı olan işletmelerden biri, sektörde meydana gelen gelişmeleri yakından takip ederek daha ucuza ve daha kaliteli mal ürettiğinde, diğer teşebbüslerin satışlarında bir düşüşe dolayısıyla kârlarının azalmasına neden olacaktır. Keza, X isimli teşebbüsün bayilerine, satılacak malın fiyatına (uyumlu eyleme dönüşmemek kaydıyla) tavan sınırlaması koyması durumunda diğer teşebbüsler ve bunların bayileri X teşebbüsünün belirlediği fiyatın üstünde bir satış yapamayacaktır. Malın piyasadaki talebi yüksek arzının olmasına rağmen daha fazla gelir elde edemeyecektir. Bu teşebbüslerin zararı, rekabetin sınırlandırılmasından değil, rekabet baskısından kaynaklanan bir zarar olduğundan tazmin edilmez.

Keza, ihlal edilen normun genel olarak yalnızca piyasadaki rekabeti düzenlediği,

²³⁵ AKÜNAL, s. 113, 114.

²³⁶ ATAMER, s. 75, 76.

kişilerin menfaatlerini koruma amacı gütmeyeceğinin tespit edilmesi hâlinde; söz konusu norma aykırı davranışın haksız fiil sorumluluğu anlamında hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği gözetilerek zararın tazminine gidilmemelidir. Zarar verici bir davranışın hukuka aykırılığı yalnız bu davranışın niteliğine göre değerlendirilemez. Başkasına zarar verme olgusu tek başına hukuka aykırılığı, dolayısıyla zararı tazmin borcu doğurmaz. Zira hukuka aykırı bir fiilin tazminat sorumluluğuna yol açması için, normun koruma amacının buna imkan vermesi gerekmektedir.

2.4.4.2. Zararın Sınırlanmasında ABD’de Uygulanan Kriterler

Amerikan rekabet hukukunda davacı olabilme hususunda (standing to sue) mahkeme içtihatlarıyla bazı ölçütler ve yöntemler belirlemiştir²³⁷.

Amerikan hukukunda benimsenen bu ölçütler, Türk hukukundaki yansıma zarar, dolaylı zarar kavramlarıyla benzerlik arz etmektedir²³⁸. Bu kurumlar aşağıda incelenmiştir. Bu ölçütlerden illiyet bağı yönünden hukukumuzda uygun düştüğü ölçüde Türk rekabet hukukunda faydalanılması yararlı olacaktır.

2.4.4.2.1. Doğrudan Zarar Ölçütü (The Direct Injury Test)

Ölçüt ilk olarak, Loeb davasında içtihat edilmiştir. Davada, zarar görenin şirket ortağı olması sebebiyle rekabet ihlalinin mağduru olduğu iddiasında bulunulmuştur. Mahkeme, kanun koyucunun, ortağa, dava açmasına (birden fazla dava açılmasına) izin vermeyeceğini düşünmüş; böyle bir uygulamanın yanlış olacağı, şirket adına tek dava açılmasının ekonomik olarak adaletli ve hakkaniyete uygun olacağını ifade etmiştir.

²³⁷ Amerikan hukukunda ön görülen ölçütlerin büyük bir çoğunluğu doğrudan davacı olabilme ehliyetine yönelik olduğundan, bu çalışma kapsamında, ölçütlerin tamamına yer verilmemiştir. Bu ölçütler birbirinin eksik yönlerini tamamlar ya da dışlar niteliktedir. Ayrıntılı bilgi için, Bkz. CLIFFORD, s. 160 – 175.

²³⁸ Amerikan hukukunda kullanılan kurum ve kavramlar Türk hukuk sistemindeki kurum ve kavramlarla örtüşmemektedir.

Mahkeme gerekçesini, şirket ortağı zarar görenin, ihlalin neden olduğu zarardan uzak olduğu, dolaylı zararın bulunduğu, şirketin doğrudan zarara uğradığına dayandırmıştır²³⁹.

2.4.4.2.2. Hedef Alanı Ölçütü (Target Area Test)

Ölçüt ilk olarak Loew's Inc. davasında ortaya konulmuştur. Davada, kişilerin tesadüfi olarak zarar görmesi durumunda zararın tazmin edilip edilmeyeceğini tartışılmıştır. Zarar görenin, belirli bir endüstri içerisinde rekabet koşullarının bozulması tehlikesine maruz kalınan ekonomik alan içerisinde bulunduğunu kanıtlaması gerektiği ifade edilmiştir²⁴⁰.

2.4.4.2.3. Dolaylı Alıcı Kuralı (Indirect Purchaser Rule: Passing On)

Rekabeti sınırlayıcı uygulama neticesinde, daha fazla bedel ödeyerek mal alan ilk alıcıdan mal alan sonraki alıcıların zarara uğraması durumudur. Bu durumda, sonraki alıcıların zararı, ilk alıcının zarara uğramasından kaynaklanmaktadır. Buna rağmen buradaki zarar kalemi, tam olarak kapsamının tespiti çok güç olmakla birlikte, ilk alıcının zararından bağımsız olabilmektedir²⁴¹.

Bu durumu bir örnekle somutlaştırsak, fiili tekel konumunda olan bir firmanın bulunduğu piyasadaki mal alan diğer bir firmanın piyasada rekabet olmamasından dolayı belirli bir miktar zarara uğrağı açıktır. Zira fiili tekel nedeniyle, malın piyasa fiyatı, (rekabetin hakim olduğu şartlarda) olması gereken fiyattan daha yüksek seyreder ve alıcı firma daha fazla fiyat ödemesi nedeniyle zarara uğrar. Ama bu alıcının bir toptancı olduğu ihtimalde, alıcı yüksek fiyattan malı alacak ve belirli bir kar marjı ile son kullanıcıya perakende iş gören firma ve tüketicilere satacaktır. Ara toptancının kâr etmeyerek veya zararına satış yaparak ya da sabit maliyetlerine dahil ederek, bu marjı

²³⁹ CLIFFORD, s. 160.

²⁴⁰ CLIFFORD, s. 165.

²⁴¹ SANLI, s. 240, ÖZSUNAY, s. 126.

fiyatına yansıtmadığı hâller dışında her ihtimalde perakendeci ve tüketiciler zararın bir kısmına ortak olmaktadır²⁴².

Amerikan hukukunda bu konuyla ilgili olarak dolaylı alıcı kuralı (indirect purchaser rule: passing on) ya da Illinois Brick kuralı olarak adlandırılan sınırlandırıcı kuralı oluşmuştur. Bu kurala göre, rekabetin sınırlanması nedeniyle yüksek fiyattan mal alanlardan sadece ilk alıcıların zararları tazminat sorumluluğunu oluşturmakta, sonraki alıcıların dava haklarının bulunmadığı kabul edilmektedir. Amerikan hukukunda söz konusu kuralın istisnalarının olduğu kabul edilmektedir. Alıcının tüm fazla bedeli, herhangi bir zarara uğramaksızın daha sonraki alıcılara aktardığı, sonraki alıcılar tarafından kolay bir şekilde ispatlanabiliyorsa, o zaman sonraki alıcının zararlarının tazmin edebileceği kabul edilmektedir²⁴³.

Yukarıda da belirtildiği üzere, ara toptancının kâr etmeyerek veya zararına satış yaparak ya da sabit maliyetlerine dahil ederek, bu farkı fiyatına yansıtmadığı hâller dışında her ihtimalde perakendeci ve tüketiciler zarara ortak olduğundan, perakendeci ve tüketiciler açısından zararın varlığı ortada olmakla birlikte bu durum kimlere dava hakkının tanınacağı, diğer bir ifadeyle hukuk politikasına ilişkin bir husustur.

2.5. Kusur

Rekabet hukukunda ön görülen tazminat sorumluluğunun türünün ve kaynağının belirlenmesi aşamasında da belirtildiği üzere, sorumluluk hukukunda kural, kusura dayalı sorumluluktur. Kusursuz sorumluluk istisnadır. Kanunda açıkça belirtilmedikçe kusursuz sorumluluk söz konusu olmaz. Rekabetin Korunması Hakkında Kanununda da kusursuz sorumluluğa dair herhangi bir düzenleme olmadığı için, tazminat talep edilebilmesi için kusur şartı aranacaktır.

Uyumlu eylem, anlaşma ve teşebbüs birliği kararları şeklindeki danışıklı ilişkilerde teşebbüslerin anlaşmış olmaları kusurun varlığı için yeterlidir. Teşebbüslerin yakınlaşmaları ve sonuçta rekabetin sınırlanması teşebbüslerin kusurlu

²⁴² SANLI, s. 241

²⁴³ CLIFFORD, s. 172.

olduklarını gösterir. Bu bakımdan kusurun ayrıca ispatına gerek bulunmamaktadır²⁴⁴. Özellikle yatay kartel anlaşmalarında zarar verenlerin kusursuzluğunu ispatlama imkansız gibidir. Ancak rekabetin ikinci derecede, doğrudan kısıtlanmasını amaçlamayan anlaşmalarda kusursuzluğun ispatı biraz daha ihtimal dâhilindedir²⁴⁵. Esasen istisnai de olsa Kanunun kusursuz olarak ihlali mümkündür. Ancak sadece kusurlu olan ihlaller söz konusu olduğunda tazminat söz konusu olabilecektir²⁴⁶. Bu nedenle de zarar gören, zarar verenin kusurlu olduğunu kanıtlamak durumundadır.

Kusurun ayırımı ve derecesinin belirlenmesi açısından Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda farklı bir düzenleme getirilmediğinden, haksız fiilin konuya ilişkin düzenlemelerine yönelik yukarıda yer alan verilen Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı davranışın neden olduğu zararların tazmini açısından da geçerlidir.

Kusur; zarar verenin davranışının mensup olduğu sosyal ve mesleki grup gibi aynı şartlar altında bulunan normal ve makul bir kişinin davranış biçimi esas alınarak, zarar verenin zararı öngörüp önlemek için göstereceği özendir. Bu husus kusurun objektif yönüyle ilgilidir²⁴⁷. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal eden tacir ise tacirin özen yükümlülüğü TTK m.20/II'ye tabidir. Söz konusu hüküm çerçevesinde tacirin basiretli işadamı gibi hareket etmesi gerekir. Tacirin, ne kendi yetenek ve imkanlarına ne de normal ve makul bir insanın davranışlarına göre değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerekir²⁴⁸. Bu çerçevede Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal eden tacir ise özen yükümlülüğü ağırlaşmaktadır. Şöyle ki, faaliyete bulunduğu ticaret dalında, basiretli bir makul bir insanın davranışı değil, basiretli bir iş adamının göstereceği dikkat ve özeni göstermesi gerekir. Dolayısıyla, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal tacirin davranışı, makul bir insan davranışı çerçevesinde hafif kusur teşkil edebilecekken, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü çerçevesinde ağır kusur teşkil edebilir.

Öte yandan, zarar verenin kusur ehliyetine (sorumluluk ehliyetine) sahip olup olmadığı kusurun sübjektif yönünü teşkil etmektedir. Zararı meydana getiren davranışın zarar verene isnad edilmesi, böylece zarar veren ile davranışı arasında

²⁴⁴ İKİZLER, s. 357.

²⁴⁵ AKINCI, Yatay Kısıtlama, s. 372.

²⁴⁶ ASLAN, s. 794.

²⁴⁷ EREN, Genel, s. 538; Krş. görüş, OĞUZMAN/ÖZ, s. 531.

²⁴⁸ ARKAN, s. 135.

sübjektif bağlantının, isnat edilebilirliğin bulunması gerekir²⁴⁹. Gerçek kişiler açısından isnat edilebilirlik temyiz kudretinin bulunup bulunması ile ilgilidir. Temyiz kudretine (TMK m. 15) haiz ise kusur kişiye isnat edilebilir²⁵⁰. Tüzel kişilerin isnat ehliyeti ise normatif olarak TMK m.50 düzenlenmektedir. Tüzel kişiler kişi olarak kusur işleyemez, ancak, tüzel kişinin organları tarafından işlenmiş kusurlar tüzel kişiye isnat edilir. Organı oluşturan gerçek kişiler ayrıca sorumludur²⁵¹. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal eden teşebbüs/teşebbüs birliği tüzel kişi ise bu durumda kusurun izafe edilebilmesi için organa kusurun izafe edilmesi gerekir. Kusurun izafe edilmesi durumunda tüzel kişi teşebbüs Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlalinden dolayı sorumlu olacağı gibi, ayrıca organı oluşturan kişiler de sorumlu olacaktır. Teşebbüsün/teşebbüs birliğinin tüzel kişiliği yok ise, bunları oluşturan gerçek kişilerin temyiz kudreti ve tüzel kişilerin organlarının isnat ehliyetinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir.

Kusurun ayrımı ve derecesi tazminatın belirlenmesi noktasında RKHK m.58/II açısından farklılık arz etmektedir. Bu husus aşağıda daha detaylı bir şekilde “Üç Katı Tazminat” başlığı altında incelenmektedir.

²⁴⁹ EREN, Genel, s. 533.

²⁵⁰ EREN, Genel, s. 533-534; KILIÇOĞLU, A., s. 228; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.499-500; OĞUZMAN/ÖZ, s. 531; KILIÇOĞLU, M., s. 374

²⁵¹ EREN, Genel, s. 534; KILIÇOĞLU, A., s. 234; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 504; OĞUZMAN/ÖZ, s. 533; KILIÇOĞLU, M., s. 374

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNDA

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA ZARARIN TAZMİNİ

1. Zararın ve Tazminatın Belirlenmesi

1.1. Zararın Belirlenmesi

1.1.1. Genel Olarak

Zararın hesaplanması, tazminatın hesaplanmasına takaddüm eden, onun mesnedini teşkil eden bir husustur²⁵². Rekabet Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde korunan menfaatin ihlali nedeniyle açılan tazminat davalarında, zarar miktarının tespit edilmesi yargılamanın en önemli ve belki de en güç safhasıdır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlalden kaynaklanan zararın tespiti, rekabetin sınırlanmadığı varsayımsal piyasa koşullarının kurgulanmasını gerektirir. Zarar gören, rekabeti ihlal eden bir davranış meydana gelmeseydi, piyasada oluşacak olan rekabet şartlarında ve dolayısıyla kendisinin içinde bulunacağı durumu ortaya koymak zorundadır. Zira, ihlal edilen ekonomik menfaat dolayısıyla uğranılan zarar, şeye ilişkin zarar olmadığı gibi şahıs varlığına ilişkin bir zarar da değildir. Piyasa fiyatlarının oluşumunda etmenlerin çokluğu ve bunların birbirlerine olan etkisi nedeniyle, zararın kesin bir şekil ortaya konulması, piyasadaki aktörlerin davranışlarını kesin çizgilerle belirlenmesi çoğu zaman imkânsızdır.

Gerek fiili zararda, gerek yoksun kalınan kârda, malvarlığının hali hazır durumunu tespiti, herhangi bir zorluk arz etmez. Zira malvarlığının mevcut durumu değerlendirilmek suretiyle bu husus tespit edilir. Buna karşılık malvarlığının, zarar verici olay meydana gelmeseydi, göstereceği durumun tespiti, tamamen tahmini bir değerlendirmeyi gerektirir. Bu nedenle bu durumun tespiti, bazı varsayımlara dayandığı için, güçlüklerle yol açmaktadır. Örneğin rekabetin sınırlanması sonucunda fiyatların

²⁵²TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 63.

artacağı esasına dayanan RKHK m. 58/I, alıcıların ödedikleri fazla fiyatı zarar olarak talep etmeleri imkânını sağlamakla birlikte, fiiliyatta bu fiyat farkının belirlenmesi çok zor hatta imkânsız olabilecektir. Zira piyasada oluşan fiyatların rekabetin kısıtlanmasının yanı sıra, ham madde fiyatlarının artması gibi diğer koşulların da etkisi altında kalmış olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Piyasada hâlen geçerli olan fiyatların tespitinde herhangi bir sorun çıkması ihtimali zayıf olmakla birlikte, piyasada rekabet kısıtlaması olmasaydı oluşacak olan fiyatların belirlenmesinde önemli güçlükler ortaya çıkabilecektir²⁵³. Bu güçlük özellikle yoksun kalınan kârda da görülmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliğine üye devletler tarafından da benimsenen zararın ekonomik yöntemler ile belirlenmesinde; zarar görenin hali hazır malvarlığındaki durumunda ihlal olmasaydı temelinde, zarar görenin durumu ne olurdu sorusunun cevabı tespiti çalışılmıştır. Aradaki farkın zarar olarak saptanmasında, fark teorisi mantığından hareket edilmektedir. İhlalin gerçekleşmediği varsayımındaki durumda çeşitli ekonometrik yöntemler kullanılarak tespit edilmektedir²⁵⁴. Belirtmek gerekir ki, zararın belirlenmesinde, ekonomik bir varsayım altında hareket edildiğinden, zararın tutarının kesin bir şekilde ortaya konulması çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Ancak ekonometrik yöntemlerin, hakimi zararın varlığı konusunda ikna etmeye yeterli olduğu kanısındayım.

RKHK m. 58 kapsamında zararın tasnif edilmesi, karışıklığın giderilmesi bağlamında tazminatın belirlenmesi açısından önemlidir. Bu nedenle madde metni kapsamında zararın, dolayısıyla tazminatın belirlenmesi, diğer bir ifadeyle tazminat belirlenmesine esas olacak zararın ortaya konulması önemlidir. Rekabetin engellenmesi neticesinde meydana gelen zararlar açısından bir sınıflama yapılmıştır. İhlal neticesinde fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere iki tür zararın oluştuğu belirlenmiştir. Aşağıda bu iki tür normatif zarar çerçevesinde ekonomik yöntemler ve haksız fiillere müteallik hükümler ile haksız rekabet hukukunun genel ilkelerinin yardımıyla zararın belirlenmesine çalışılmıştır.

²⁵³ AKSOY, s. 54.

²⁵⁴ CLARK/HUDGES/WIRTH, s. 7.

1.1.2. Fiili Zararın Hesaplanması

Tekelci fiyatlandırma, kelepçeleme uygulamaları ve alım kartelleri, fiyatların olması gereken fiyat seviyesinden daha yüksek (ya da düşük) seyretmesi gibi durumlar neticesinde oluşan zararlar mağdurun fiili zararıdır. Bu gibi hâllerde zarar, bu tür uygulamaların olmadığı piyasa koşullarında fiyatın alacağı muhtemel seviye ile mevcut seviye arasındaki farktan ibarettir. Yukarıda da belirtildiği üzere alıcının ihlalden sonraki hali hazır durumunun tespiti kolaydır. Zira varsayım altında hareket edilmesi gerekmemektedir. Ancak, ihlalin gerçekleşmediği varsayımı altında zarar görenin malvarlığının durumunun ne olacağının tespiti, çeşitli varsayımlara dayanan ekonometrik yöntemler kullanılmasını gerektirmektedir. Bu yöntemler ise kartelin bulunmadığı varsayımı temelinde, “Kartelden Önce - Kartelden Sonra Metodu” (after-and-before method), “Yarda Yaklaşımı” (Yardstick Approach), “Maliyet Temelli Yaklaşım” (Cost Based Approach) ve “Tarihsel Bazda Fiyat Seviyesi Tespiti (Price Prediction) metodu”dur²⁵⁵.

Kartelden Önce - Kartelden Sonra Metodu; fiyat kartelinin bulunmadığı daha önceki bir zamanda fiyatların durumu ile kartel sonrasındaki fiyat seviyelerinin karşılaştırılması esasına dayanmaktadır²⁵⁶. Diğer bir ifadeyle ihlalden önceki piyasa fiyatları ile ihlalden sonraki piyasa fiyatlarının karşılaştırılması söz konusudur. Bu yöntem her şeyden önce kartelin baştan beri bulunması durumunda işlevsiz kalmaktadır. İkinci olarak ihlalden önceki fiyat seviyesinin belirlenmesinde baz alınacak dönem önem taşımaktadır. Zira piyasanın kısa dönem fiyat dengesinde belirlenmesi durumunda fiyatlar henüz oturmadığından, başka bir deyişle arz ve talep değişken olduğundan, sağlıklı bir fiyat seviyesi belirlenemeyecektir. Üçüncü olarak piyasadaki fiyat düzeyi teknolojik gelişmelere bağlı olarak düşebilecektir. Bu örnekleri daha da uzatmak mümkündür.

Bu sakıncalı durumu ortadan kaldırmak açısından “Yarda Yaklaşımı” ortaya atılmıştır. Bu yaklaşımda, olması gereken fiyat; ihlal zamanının tespit edilememesindeki sakınca giderilerek; benzer bir piyasadaki aynı veya farklı bir coğrafi bölgedeki fiyatlar baz alınarak tespit edilmektedir²⁵⁷.

Maliyet Tabanlı Yaklaşımda ise, marjinal maliyetin tespiti temelinde makul karın

²⁵⁵ CLARK/HUDGES/WIRTH, s. 17.

²⁵⁶ CLARK/HUDGES/WIRTH, s. 18.

²⁵⁷ Örnekler için Bkz. ÖZSUNAY, s. 126-129.

hesaplanmasında esas olması gereken fiyat düzeyi belirlenmektedir²⁵⁸.

Tarihsel Bazda Fiyat Seviyesi Tespiti Metodu; yöntem olarak dönemler hâlinde piyasadaki fiyat düzeylerinin karşılaştırılmasını önermektedir. Bu karşılaştırmada Rekabet İhlalinin Olmadığı Benzer Bir Piyasadaki Fiyat Oluşumu Yaklaşımı metodundaki, benzer piyasadaki aynı veya farklı bir coğrafi bölgedeki fiyatların da kullanılmasını savunmaktadır²⁵⁹.

Buraya kadar açıklamalarımızı somutlaştırmak için Avrupa Birliği üyesi Almanya'daki mevcut uygulamanın aktarılmasında yarar vardır.

Almanya'da zarar, gerçek durum ile ihlal olmaksızın piyasa koşullarının varsayımsal olarak nasıl gelişeceğini karşılaştırılması suretiyle hesaplanmaktadır. Pek çok olayda diğer piyasa ürünleri ile diğer coğrafi bölgelerdeki benzer piyasalarla yahut farklı coğrafi bölgelerdeki farklı piyasaların (yarda yaklaşımda olduğu gibi) karşılaştırılması ilgili piyasanın ihlal olmaksızın gelişiminin tahmin edilmesinde temel olarak kullanılmaktadır. Karşılaştırmalar ayrıca diğer zaman periyotları için de yapılmaktadır²⁶⁰ (Tarihsel Bazda Fiyat Seviyesi Tespiti metodunda ve önce ve sonra metodunda olduğu gibi).

Önce ve sonra metoduna ilişkin, Alman hükümetinin su kanallarının geliştirilmesi için açılan ihalede fiyat sabitleme amaçlı kartel sözleşmesiyle ilgili olarak Arbeitsgemeinschaft Reheinausbau kartel davasında; kartel şirketleri, ihaleden önce fiyatların sabitlenmesi ve zeyilnamelerin kartel tarafından verilmesi konusunda anlaşmışlardır. İhaleyi kazanmayan diğer şirketler için ihaleyi kazanan kartel üyeleri tarafından kompleks bir ödeme yapılması kararlaştırılmıştır. İhale sonuçlanmış ve kartel 1,6 milyar Euro'luk teklifi karşılığında ihaleyi kazanmıştır. Alman yetkiler daha sonra teklif fiyatlarının sabitlendiğini anlamaları üzerine, zararın tazminini talep etmişlerdir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, rekabetin etkin olduğu piyasada daha iyi ve daha ucuz tekliflerin verileceğini dikkate almıştır. Ancak mahkeme ileride piyasa koşullarında temin edilen mal ve hizmetlerin sabit fiyatlarının olmayacağını ve bütün hizmet fiyatlarının zaman, mekân, tip, içerik ve tedarik zinciri içerisinde durumlarının değişeceğini de kabul etmiştir. İhalenin toplam piyasa fiyatının bilinmeyeceğini ve piyasa fiyatının diğer teklif edilen mal ve hizmetlerin piyasa fiyatları ile karşılaştırılamayacağını tespit ettikten sonra mahkeme, diğer piyasalarla karşılaştırma yapılmasına karşın piyasa fiyatının hesaplanmasının mümkün olduğu yönünde karar

²⁵⁸ CLARK/HUDGES/WIRTH, s. 20.

²⁵⁹ CLARK/HUDGES/WIRTH, s. 22.

²⁶⁰ CLARK/HUDGES/WIRTH, s. 49.

vermiştir²⁶¹.

Ekonomik yöntemlerin tamamında fiyatın belirlenmesinde çok değişik faktörlerin etkinliği, olması gereken fiyatın belirlenmesini zorlaştırmakta olup, bu metotların ayrı ayrı uygulanması sağlıklı bir sonuç vermeyecektir. Bu nedenle zararın tespit edilmesinde birden fazla yöntemin bir arada kullanılması gerekmektedir. Zira bütün bu metotlar biri birlerinin eksik olduğu noktaları gidermektedir. Böylece zarar, daha net bir şekilde belirlenebilecektir²⁶².

1.1.3. Yoksun Kalınan Karın Hesaplanması

Hakim durumdaki teşebbüsün ya da kartelin veya dağıtım ağında yer alan teşebbüs veya teşebbüslerin dışlayıcı ya da ayırıcı uygulamaları neticesinde rakip teşebbüsler ya da hakim durumdaki teşebbüsün satış ağı içerisinde yer alan dağıtıcı ve satıcılar tarafından uğranılan zararlar genellikle kazanç kaybı, diğer bir ifadeyle yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak kazanç kaybı ya da mahrum kalına kârın ekonomik yaklaşım çerçevesinde hesaplanması spekülâtif ve karmaşıktır.

Kâr kaybının hesaplanmasında ekonomik yaklaşımlardan birincisi “Kazanç Temeli Metot”tur (Earnings Based Metod). Bu metoda göre, gelir tablosunda yahut kar zarar tablosunda gösterilen muhasebe kârı dikkate alınarak, kârın yaratılan cari nakit akışına dönüştürülmesi neticesinde bulunan değerinin bugünkü değere indirilmesi yöntemi ile kâr mahrumiyetinden kaynaklanan zarar hesaplanmaktadır²⁶³.

Diğeri ise, “Piyasa Bazlı Değerleme” (Market Based Valuation) yaklaşımıdır. Bu yaklaşım; zarar gören şirketin ihlalden önceki değeri ile ihlalden sonraki değeri arasındaki farkın, aynı malı satan hisseleri borsaya kota edilmiş şirketin borsa değeri ile çarpılarak elde edilen bedelin kar kaybı olarak tazmin edilebileceğini benimsemektedir²⁶⁴.

Rekabetin çok farklı davranışlar vasıtasıyla engellenmesi ihtimali ve engelleyici eylem veya işlemlerin etkilerinin farklılaşabilmesi gibi sebeplerle, rekabetin sınırlanmadığı bir ihtimaldeki varsayımsal piyasa koşullarını tespit etmek ve dolayısıyla

²⁶¹ CLARK/HUDGES/WIRTH, s. 52.

²⁶² SANLI, s. 277.

²⁶³ CLARK/HUDGES/WIRTH, s. 39.

²⁶⁴ CLARK/HUDGES/WIRTH, s. 41.

da mevcut durum ile arasındaki farkı zarar olarak ele almak oldukça güçtür. Ayrıca bir ölçüde tahmin yapmak kaçınılmazdır. Bu bağlamda RKHK m. 58/I'de, “zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar” ve aynı maddenin 2 nci fıkrasında, “zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların” ifadesi yer almaktadır. Bu açıdan, Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleri kıyasen uygulanabilir²⁶⁵. Bu hüküm ileride “zararın ispatı” başlığı altında açıklanacağı üzere rekabet hukukunda zarar görenin ihlal fiili sonucunda yoksun kaldığı kâr ile davacının elde etmesi muhtemel kârın dolayısıyla zararın tazmininde yaşanan güçlüğü nispeten hafifletmekte ve zararın tazminini kolaylaştırmaktadır.

1.1.4. Zararın İspatı

Herhangi bir hukuk normunun uygulanması, o normla düzenlenen olumlu veya olumsuz olguların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Hukuksal sonuç bağlanan olgular somut olayda gerçekleşmedikçe norm uygulanmaz²⁶⁶. Bu bağlamda özel hukuk anlamında hukuki sorumluluğun kurulmasında Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 57'nci ve devamı maddelerinde bu maddelerde öngörülen olumlu ve olumsuz olayların gerçekleşmesi gerekir.

RKHK m. 59, zarar verenin RKHK m. 4'te düzenlenen uyumlu eylem şeklinde davranışları olan fiilin hukuka aykırılığın ispatı için karine getirerek ispat yükünü ters çevirmiş olmasına rağmen, zararın varlığının ispatı için genel ilkeden ayrılmamıştır. Bu durumda zararın varlığının ve tutarının ispatı borçlar hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde belirlenecektir. TMK m. 6'nın uygulanmasının borçlar hukukundaki görünümü olan BK m. 42/I, “Zararı ispat müddeiye düşer.” hükmünü ihtiva etmektedir. Zira, haksız fiili sonucu mal varlığında ne gibi bir eksilme olduğunu en iyi bilen kişi, zarar görendir. Bu nedenle, zarar veren kişinin zararın bulunmadığını kanıtlaması

²⁶⁵ AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 182, 183.

²⁶⁶ Hukuk normundaki öge olguların (vakalar) gerçekleştiği hakkında karar makamında kanat oluşturmak üzere girilen inandırma faaliyetine ispat denilmektedir. İddiada bulunanın yapmak olduğu ispat, “asıl ispat”; karşı inandırma faaliyetine, “karşı ispat”; karşı ispat doğrudan doğruya ispat edilmiş vakaların tersini ispatına “aksini ispat” denir. İspat için başvuru vasıtalarına delil denir. Bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 377, 378; YILMAZ, Rekabet Hukukunda Usul Hukuku Sorunları, s. 66, 67.

beklenemez. Rekabetin Koruması Hakkında Kanunun ihlal edilmesi temelinde haksız fiil sorumluluğu doğurmaktadır; ihlali gerçekleştiren zarar verenin, zararın bulunmadığını ispat etmesi gerekmez. Zararı ispat, ihlalden zarar görene düşer.

Ancak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlalden kaynaklanan zararın tespiti, özellikle ihlal nedeniyle oluşan yoksun kalınan kârın hesaplanması çok güçtür. Maddi zararda, hâkim tazminata karar verebilmek için her şeyden önce zararın miktarını tespit edecektir.

BK m. 42 zararın tayinini belirlemektedir. BK m. 42/II hükmü yalnız varlığı kabul edilmiş zarar miktarı değil, genel olarak bir zararın var olup olmadığı hakkında da uygulanmaktadır²⁶⁷. Hâkimin takdir yetkisi, hem zararın varlığı hem de miktarı yönünden geçerlidir. Ayrıca hâkim, fiilen gerçekleşen zararda olduğu gibi ileride gerçekleşecek zararlar ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar da takdir yetkisine sahiptir.

BK m. 42 çevresinde zarar tespit edilmese dahi hâkim, tevfikan karar verme yükümlülüğündedir. BK. m. 42/II çerçevesinde zarar miktarı tayin edilirken, hâlin mutad cereyanı, hadisenin normal seyri göz önünde tutularak tayin edilecektir. Bu husus bilhassa kâr mahrumiyetinin miktarının tespiti bakımından önemlidir. BK m. 42/II’de yer alan “mağdurun almış olduğu tedbirler” deyimini yoksun kalınan kâr için kullanılmıştır. Burada zararın çoğalmasını önleyecek tedbirler değil de kâr elde etmek için alınan tedbirler anlaşılmalıdır²⁶⁸. Bu çerçevede Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlalden zarar görenin aldığı tedbirlere göre beklenen gelir ile gerçekleşen gelir arasındaki farktan kaynaklanan kâr kaybı bu kapsamdadır. Zararın çoğalmasını önleyecek tedbirler tazminatın miktarının belirlenmesinde bilhassa müşterek kusur dolayısıyla tenkis bakımından önemlidir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlalden zarar gören gerek zararın varlığına gerekse hâkimin takdir yetkisini kullanmasına esas teşkil edecek delilleri ortaya koymalıdır. Aksi hâlde hâkimin tamamen soyut ve spekülâtif iddialara dayanarak zararı tespit etmesi beklenemez. Ancak, zararın varlığının ya da genişliğinin inceden inceye kanıtlanmasına elverişli delillerin aranması birçok durumda değer kaybını korumasız bırakabilecektir. Zarar gören, zararın mevcudiyeti yanında zararın miktarını da ispat

²⁶⁷ BK m. 42/I uyarınca zararı ispat etmek iddia edene düşer. Bu hüküm esas itibarıyla MK m. 6 ile ortaya konulan hükmün tekrarıdır. Ancak, BK m. 42 /II bir hakkın ispatı ve ziyana uğramasını önlemek amacı ile tazminat hukukunda hakime takdir yetkisi tanımaktadır. Buradaki takdir yetkisi hukuki bir neticeye müteallik bir normdur. Bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 262.

²⁶⁸ EREN, Genel, s. 693; KILIÇOĞLU, A., s. 303-304; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 580; OĞUZMAN/ÖZ, s. 552; KARAHASAN, s. 509.

etmekle yükümlüdür. Ancak bazı hâller vardır ki, zararın miktarını ispat etmek adeta imkânsızdır. Özellikle Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali nedeniyle oluşan salt malvarlığına yönelik zararlar açısından zarar miktarını tespit etmek çok güçtür. Bu nedenle, BK m. 42/II hükmünün sevk edildiği hatırlanarak, bu hüküm Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali nedeniyle meydana gelen zararlar açısından uygulanmalıdır. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için zararın hakiki miktarının ispatı mümkün olmamalı veya bunun ispatı zarar görenden beklenmemelidir²⁶⁹.

Böyle bir durumda zararın gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğu yönündeki kanıya ulaşırsa zararın varlığı kabul edilmelidir²⁷⁰. Diğer bir ifadeyle, zarar görenin öne sürdüğü olaylar, zararın gerçekleşmiş olduğunun yüksek bir ihtimal içinde görülmesi şartıyla zarar karineten kabul edilmelidir. Burada zarar miktarının belirlenmesinde kullanılan ekonometrik yöntemlerin bir veya birkaçının birlikte kullanılması sonucu varsayımsal olarak zarar görenin zararın miktarının belirlenmesi hâlinde, zararın varlığı hususunda kuvvetli bir ihtimal ortaya konulabilir. Bu açıdan BK m. 42/II bu noktada zarar görenin işini büyük ölçüde kolaylaştırmaktadır²⁷¹. Bu hüküm, zararın kesin miktarının ispatlanmasının mümkün olmadığı hâllerde, hâkimin hâlin mutat cereyanını ve mağdurun aldığı tedbirleri dikkate alarak, zararın miktarını takdir etmesine imkân tanımaktadır. Zarar, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumu göz önüne alınarak hakkaniyet esaslarına göre tespit edilmektedir.

Öte yandan, zararın varlığı ve miktarının tespiti noktasında haksız rekabet hükümleri ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali hâlinde meydana gelen zararın ve tazminatın belirlenmesindeki yöntemler, ekonomik menfaatin ihlali neticesinde meydana gelen zararın tazminini amaçlandığından yakınlık arz etmektedir. Her iki sorumluluk da temelde haksız fiil sorumluluğunun özel bir hâlidir. Her iki kanun hükmünün ifadesinden de anlaşılacağı üzere, haksız rekabetten kaynaklanan zararın belirlenmesinde ortaya çıkan sorunlar, rekabetin ihlal edilmesi neticesinde zararın tazmininde de benzerlik göstermektedir.

RKHK m. 58/II'de, “zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların” ifadeleri yer almaktadır. Bu açıdan, rekabete aykırı davranış neticesinde meydana gelen zararın tazmininde, haksız rekabet hâlinde açılan tazminat davalarında

²⁶⁹ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 62; EREN, Genel, s. 693; KILIÇOĞLU, A., s. 303; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.578-579, OĞUZMAN/ÖZ, s. 552.

²⁷⁰ KARAHASAN, s. 504.

²⁷¹ ŞANLI, s. 265.

TTK m. 58/I son cümlesi ile düzenlenen, hâkimin davacı lehine davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi tazminat olarak belirleyebileceği yönündeki hükmün rekabet hukukuna taşınmış ve daha ayrıntılı düzenlenmiş olduğu söylenebilir.

TTK m. 58/I'in son cümlesi, tazminat miktarının tespitine yöneliktir. Anılan hüküm zararın, zarar görenin de tatmin olacağı bir biçimde belirlenmesi amacına hizmet etmemektedir. Diğer bir ifadeyle, davacının uğramış olduğu zarar, davalının elde ettiği kâr miktarı ile eş değer değildir. Bu hüküm ile davacı, zararının miktarını ispat etmek zorunda kalmamaktadır. Zarar veren tarafından elde edilmesi mümkün görülen maddi menfaat davalının ticari defterleri incelenerek somut hâle getirilmektedir²⁷². Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda bu defterlerle ilgili olarak bilânço örnek verilmiştir²⁷³. Nitekim, Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesinin 23.09.1991 tarih ve E.3027/K.4718 sayılı kararında, "... *Haksız rekabette davacının maddi tazminat istemi sebebiyle uğradığı zarar, davalının elde ettiği kar miktarı olmayıp, davalının haksız rekabeti nedeniyle davacının elde etmekte mahrum kaldığı kar miktarıdır. Bu zarar tarafların ticari defterlerine ve diğer delillerle değerlendirilmek suretiyle bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle saptanmalıdır. Davacının zararının bu şekilde yapılan inceleme ile tespit edilemediği takdirde TTK'nun 58/e maddesi dikkate alınarak maddi tazminat miktarına hükmedilmelidir. ...*" şeklinde hüküm tesis edilmiştir²⁷⁴.

Bu kabul altında, fiili zarar ve yoksun kalınan kârın hesaplanamaması hâlinde TTK m. 58/I son cümlesinin uygulanma imkânı bulunmaktadır²⁷⁵. Ancak zarar gören hem mahrum kaldığı kârın hem de davalının elde etmesi beklenen kazancın ödenmesini isteyemez²⁷⁶.

Fiili zarar ve yoksun kalınan kârın hesaplanması yöntemlerinde, rekabetin engellenmesi hâlinde zarar görenin uğradığı zararın ispatı çok zordur. BK m. 42/II'de tanınan yetkiye dayanılarak hâkim tarafından takdir edilen tazminatın miktarının, zarar verenin, ihlal sonucu elde ettiği kazancın altında olma ihtimali vardır. Bunun sonucu olarak aradaki farktan failin kâr edeceği düşünülmektedir. RKHK m. 58/II ile ilgili olarak yapılan yorum çerçevesinde, TTK m. 58/I'in son cümlesinde yer alan tazminatın

²⁷² ARKAN, s. 316.

²⁷³ Ticari defterler ve bunların ispat fonksiyonuyla ilgili olarak bkz. ARKAN, s. 342-350.

²⁷⁴ ERİŞ, s. 431. Ayrıca, Bkz. Yargıtay 11 HD. 16.06.1997 T. E.4268, K.4712, (2000 Corpus, CD-Medya).

²⁷⁵ Aşağıda yer verilen Adliye Encümeninin kararında, zarar verenin zarar görenin zararından daha fazla kâr elde etmesinin, yani elde ettiği menfaatin, zarar verenin elinde bırakılmamasının amaçlandığı gözetildiğinde, Yargıtay'ın bu yöndeki yerleşik içtihadının doğru olmadığı düşünülmektedir.

²⁷⁶ ARKAN, s. 316.

belirlenmesi yöntemi ile zarar verenin bu haksız kazancı önlenmiş olacaktır²⁷⁷.

TTK m. 58/I'in son cümlesi ile hâkimin, tazminat olarak haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi muhtemel görülen menfaatin karşılığına hükmedebileceği belirtilmektedir. Mahkeme de tazminat olarak davalının rekabetin ihlali sonucunda elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına hükmetmektedir.

TTK m. 58/I son cümle hükmü çevresinde, BK m. 42/II'den farklı olarak hâkim tazminatı hükmederken zararlarla bağlı kalmamaktadır²⁷⁸.

Bir teşebbüsün, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal ederek ne kadar gelir elde ettiğinin tespiti, yılsonu hesapları yardımıyla tespit olunabilir. Ancak kesin hesapların henüz yapılmamış olması hâlinde ihlalden elde edilen gelir, bilirkişi marifetiyle tespit edilebilir. Yılsonu hesapları ve defterler, bir hadisenin işletmenin kârına etkisini tespit etmekten çok farklı amaçlarla hazırlanmaktadır. Bu nedenle, rekabetten elde edilen kârın tespitinde yeterli olmazlar, ancak bu hesap ve defterlerden istifade edilmesi gerekmektedir²⁷⁹.

RKHK m.58/I'in 3 üncü cümlesinde yer alan, “Zararın belirlenmesinde zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar geçmiş yıllara ait bilânçoları da dikkate alınarak hesaplanır.” şeklindeki hüküm ile kastedilenin, kâr mahrumiyetinden kaynaklanan zarar olmadığı, zira zarar görenlerin tüm zararlarını isteyebileceklerinin zaten Kanunda belirtildiği ve kâr mahrumiyetinin bu kavrama dâhil olduğu yönünde görüş mevcuttur. Bu görüş, söz konusu hükümle kanun koyucunun amacının TTK m. 58/I'in son cümlesinde yer alan tazminatın belirlenmesi yöntemini rekabet hukukuna taşımak olduğu, “zarar gören” ifadesi yerine “zarar veren” teşebbüslerin ifadesinin konulması gerektiğini savunmaktadır²⁸⁰. Bu konudaki diğer bir görüş ise, RKHK m. 58/I'de, TTK m. 58/I son cümlesinde olduğu gibi hakime, zarar veren teşebbüsün ihlal sonucunda elde etmesi mümkün kazanca karar verilebileceği düzenlenmek istendiyse de cümlede yer alan ifadenin bu hususu dile getirmediğinin açık olduğunu belirtmektedir²⁸¹.

Kanun koyucunun amacının, RKHK m. 58/I için de Türk Ticaret Kanununun bu hükmünün rekabet hukukuna aktarmak olduğu kabul edilirse, yukarıda açıklanan

²⁷⁷ AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 184.

²⁷⁸ EREN, Genel, s. 693; KILIÇOĞLU, A., s. 303; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 602; OĞUZMAN/ÖZ, s. 552; AYHAN, s. 108.

²⁷⁹ AYHAN, s. 78.- 79.

²⁸⁰ İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 610; AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 182, 183.

²⁸¹ GÜRZUMAR, s. 163.

hususların rekabetin ihlalinden kaynaklanan tazmin edilecek miktarın belirlenmesinde örnekseyerek RKHK m. 58/I açısından uygulanması söz konusu olacaktır. Bu durumda, zararın belirlenmesinde yaşanan güçlük nispeten hafifleyecektir²⁸². Şu hâlde Yargıtay'ın görüşü çerçevesinde, rekabetin ihlali nedeniyle açılan tazminat davasında öncelikle maddi zarar özellikle yoksun kalınan kâr tespit edilmeye çalışılmalıdır. Tespit edilememesi hâlinde TTK 58/I son cümlesinin hükmü uygulanmalıdır. Ancak, belirtmek gerekir ki bu durumda, RKHK 58/II'de üç katı oranın uygulanması dışında bir fark kalmaktadır. Bu açıdan TTK m. 58/I son cümlesinin uygulanmasına, RKHK m. 58/II açısından iştirak etmek gerektiği kanısındayım. Zira, RKHK m.58/I ikinci cümlede zarar gören rakiplerin bütün zararlarını isteyebilecekleri belirtilmiştir. Bu ifadenin kapsamına yoksun kalınan kârın da gireceği açık olmakla birlikte, maddenin 2 nci fıkrasında, “...zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların...” cümlesinde muhtemel kârın belirlenmesinde zarara neden olanların kârı açıkça ifade edilirken, maddenin 1'nci fıkrasında, “... zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar ...” cümlesi sadece zarar görenler açısından muhtemel kârı değerlendirmektedir²⁸³. Kanun koyucunun böyle bir düzenlemeyi bu şekilde yanlış ifade etmesinin son derece düşük bir ihtimal olduğu kanısındayım²⁸⁴. Öte yandan, kanun koyucunun her iki madde arasında böyle bir fark yaratması anlamsızdır. Maddenin 2'nci fıkrası tazminattan söz etmekte iken, 1'inci fıkra ise, zarar miktarının belirlenmesinden söz etmektedir. Maddenin 1'inci fıkrasında zarar miktarının belirlenmesine yönelik olarak geçmiş yıllara ait bilânçoların dikkate alınması hükmü ile kâr mahrumiyeti nedeniyle oluşan zararın belirlenmesi yöntemine ilişkin örnek verilmiştir. Yine, RKHK m. 58/II'nin uygulama şartları oluşmadan zarar verenin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârın talep edilmesi mümkün değildir²⁸⁵.

TTK m. 58/I son cümlesindeki, “*haksız rekabet neticesinde davacının elde etmesi mümkün görülen karşılığa dahi hükmedebilir*” şeklindeki hüküm ile tazminatın zararı aşması mümkündür²⁸⁶. Böylece, Türk hukukunda hakim olan tazminatın zarar miktarını aşamayacağı yönündeki genel ilkeye istisna getirilmiştir. Nitekim bu husus, Adli Encümeninin 04.06.1956 tarih ve E.1/150, K. 50 sayılı kararında, “*Haksız rekabetin hukuki müeyyidelerinden olan tazminatın hükmedebilmesi için davacının haksız fiil*

²⁸² ATİLA, s. 7.

²⁸³ ASLAN, s. 790, 791.

²⁸⁴ Krş. görüş, İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 611; ASLAN, s.791.

²⁸⁵ ASLAN s. 791, 792.

²⁸⁶ AYHAN, s. 107.

yüzünden uğradığı zararı ispat etmesi şarttır. Fakat tatbikatta görüldüğü üzere pek çok hâlde bu zararın ispatı imkânsız bulunmakta, ispatı mümkün olan hâllerde dahi miktarın ispatı ya pek zor ya da imkânsız bulunmaktadır. Hadisede Borçlar Kanununun 42 inci maddesinin 2 inci fıkrasındaki takdir hakkının kullanılması da tatmin edici neticeler vermemekte ve haksız rekabet fiilinin işlenmiş olduğu sübut bulan kimseler aleyhine ancak haksız rekabetin önlenmesi kararı verilebilmekte ve bunların haksız rekabetin devam ettiği müddet içinde bu yüzden sağladıkları karlar netice itibariyle kendilerine kalmaktadır. Bu durum hakkaniyete aykırı düşmekte olduğundan tasarının 173 üncü maddesi hükmünden mümhen olarak, hâkim haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedeceği yolunda bir hüküm 58 inci maddesinin 1 inci fıkrasının sonuna eklenmiştir. Böylece hâkim, haksız rekabette bulunanın bu haksız rekabet neticesinde elde etmiş olduğunu bilirkişinin kati olarak mümkün gördüğü menfaatin karşılığına dahi hükmedebilecektir.” şeklinde açıklanmıştır²⁸⁷. Bu açıdan aynı ilke RKHK m. 58/II’de ifade edilen üç katı oranında tazminata hükmedilebileceği yolundaki hükümle örtüşmektedir. Belirtmek gerekir ki, TTK m. 58/I son cümlede de, zarar verenin sağladığı kârların netice itibariyle kendilerine kalmaması ve bu çerçevede hakkaniyetin sağlanması amaçlanmaktayken, RKHK 58/II’de zarar verenin cezalandırılması ve mağdurun teşvik edilmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle burada öncelikle fiili zarar ve yoksun kalınan kârın belirlenmesine gerek yoktur. Bu çerçevede, RKHK m. 58/II’de öngörülen zarar verenin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kâr zararın ispatı, sorunun çözümlenmesine ilişkin BK m.42/II’nin özel olarak düzenlenmiş hâli değildir.

Bu bağlamda, haksız rekabet nedeniyle tazminatın belirlenmesine yönelik Yargıtay bir kararında, davacının haksız rekabet nedeniyle satamamış elinde kalan malları da zarar kapsamına dâhil ederek tazmine karar vermiştir²⁸⁸. Benzer bir durum, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali nedeniyle oluşan zararlar açısından meydana gelebilir. Örneğin, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlaline sebep olabilecek taban fiyatın belirlenmesi şeklinde bir rekabet ihlali meydana geldiğinde, belirlenen taban fiyatın piyasa arz talep dengesi neticesinde oluşan fiyattan daha yüksek olması durumunda teşebbüsün satamamış elinde belirli bir miktar mal kalacaktır. Bu durumda ortaya çıkan zarar miktarının takdirinde, haksız rekabete ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir.

²⁸⁷ Adli Encümenin 04.06.1956 tarih ve E 1/150, K. 50 sayılı Kararı (AYHAN, s. 42 – 43, naklen).

²⁸⁸ Yargıtay 11 HD. 03.11.1988 T. E.7315, K. 6357(ARKAN, s. 316, naklen).

1.1.5. Zararın Belirleneceği Tarih

Zararın tayininde esas alınacak anın tespiti, zarar miktarında değişiklikler olmasına sebep olur. Zararın tayininde; zararın doğduğu tarih, tazminat davasının açıldığı tarih ve hükmün verildiği tarih olmak üzere değişik tarihler esas alınabilir. Buna göre de zararın miktarında değişiklikler olabilecektir²⁸⁹.

Hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin RKHK m. 6 kapsamında, hakim durumdaki teşebbüsün yıkıcı fiyatlandırma yoluyla, RKHK m. 4 kapsamında iki teşebbüsün uyumlu eylemle, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal etmeleri hâlinde kâr kaybı –yoksun kalınan kâr- şeklinde zararların ortaya çıkması mümkündür. Yoksun kalınan kâr varsayımsal ve geleceğe yönelik bir zarar olduğu için, yoksun kalınan kâr rekabeti ihlal eden davranışın meydana geldiği andaki gelir veya kazanca göre tespit edilemez. İleride gerçekleşecek gelir imkânı göz önünde tutulur. Zira, zamanla zarar miktarında değişimler, özellikle artışlar söz konusu olur.

Rekabet Hukukunu ihlal eden davranışa ve piyasanın koşullarına göre zararın miktarı değişkenlik göstermektedir. Bu nedenle zarar tutarının belirlenmesinde zarara uğrayanın mal varlığındaki eksilmenin tespitinde hangi anın esas alınması gerektiği sorunu önem taşımaktadır. Zira zarar verici olaydan sonra zararın artması ya da azalması söz konusu olabilecektir. Rekabet hukuku açısından konuyla ilgili olarak kanun koyucu farklı bir düzenleme getirmemiştir.

Bu konuda öğretideki hakim görüş, hüküm anındaki gerçekleşen olgulara göre mal varlığının o andaki gösterdiği eksiklik göz önünde bulundurularak zarar miktarının belirlenmesi gerektiği yönündedir. Diğer bir ifadeyle, ilk derece mahkemesinin kararı verdiği tarih esas alınmaktadır²⁹⁰. Ancak Yargıtay, genellikle haksız eylemin işlendiği gündeki değeri esas almaktadır. Hüküm anına kadar geçen zamanda meydana gelen zarar faizle telafi edilmektedir²⁹¹.

Faiz, zarar verici olay sonucunda hüküm anına kadar meydana gelen zararı tazmin etmektedir. Zira tazmin borcu zararı meydana getiren olay ile birlikte doğar ve o anda

²⁸⁹ EREN, Genel, s. 694; OĞUZMAN/ÖZ, s. 553; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 602; AYHAN, s. 110.

²⁹⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 264-365; EREN, Genel, s.694; OĞUZMAN/ÖZ, s. 553; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 602. Kılıçoğlu, haksız fiilin işlendiği olay anı esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. KILIÇOĞLU, A., s. 305.

²⁹¹ YİKB, T.12.11.1930, E. 6, K. 27 (KARAHASAN, s. 58, naklen).

ödenmesi gerekir. Eğer hüküm tarihindeki kıymete göre zarar tayin olunmamışsa zararın meydana geldiği andan itibaren zararı teşkil eden meblağ için faiz hesaplanması gerekecektir²⁹². Ancak, zarara uğrayan, dilekçesinde faiz istemişse hâkim faize hükmedemez, zira Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 185 inci maddesinin 2 inci fıkrası uyarınca hâkimin dava dilekçesinde açıklanmış taleplerin dışına çıkma yetkisi yoktur²⁹³.

Fark teorisinde zararın tespiti için karşılaştırma yapılması gerekmekte olup, zararın tespitinin hangi an esas alınarak yapılacağı usul ve maddi hukuk bakımından ikiye ayrılabilir. Usul hukuku bakımından hüküm anına kadar gerçekleşmiş bütün olaylar hükme esas teşkil eder. Zararın tespitinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 381 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, “ *...bir ifadesi bulan zararın hüküm anındaki mal varlığındaki değere göre tespit edilmesi ...*” hükmüne yer verilmiştir²⁹⁴. Maddi hukuk açısından bakıldığında ise, usul hukukundaki bu prensip maddi hukuk bakımından belirleyici değildir. Zira hak konusu varlığın değerindeki azalma, kazanç kaybına da neden olabilir. Bu tip zararlar hüküm anından sonra da ortaya çıkabilir. Ayrıca bir tiyatro biletinin çalınması sonucunda gerçekleşen haksız fiil ile davanın görüldüğü zaman zarfında tiyatro oyununun gösteriminin sona ermesi durumunda, hüküm anındaki değer göz önüne alınarak belirlenecek tazminatta biletin hüküm anında herhangi bir değer kalmadığından bu durum zararın tazmin edilmemesi anlamını doğuracaktır²⁹⁵.

1.1.6. Denkleştirme

Denkleştirme kurumu, hukuki dayanağını Türk hukukunda zarar kavramı konusunda benimsenmiş olan “fark teorisi”nden almaktadır. Zararın hesaplanmasında, zarar verici olayın, zarar görenin malvarlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin yanında olumlu etkilerinin de göz önünde tutulması ve yararlar zararın denkleştirilerek gerçek

²⁹² OĞUZMAN/ÖZ, s. 553; AYHAN, s. 112. Eren, zarar gören zararın doğduğu an tazminata hak kazanacağını, zarar gören zararın doğduğu an tatmin edilmediği için ödenmesi gereken anaparadan yoksun kaldığı sürece işlemiş faize de hak kazanacağını belirtmektedir. Bkz. EREN, Genel, s. 696.

²⁹³ EREN, Genel, s. 696; AYHAN, s. 112.

²⁹⁴ NOMER, Haksız Fiil, s. 9.

²⁹⁵ NOMER, Haksız Fiil, s. 11.

zararın bulunması gerekmektedir²⁹⁶. Bu konuda Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle genel hükümlerden hareketle bir sonuca varmak gerekir.

BK m. 43 uyarınca, zararın gerçek tutarını araştırmakla hâkim yükümlü kılınmıştır. Hâkim zararın gerçek miktarını resen araştırmak zorundadır²⁹⁷. Bu çerçevede zararın gerçek miktarının hâkim tarafından gerçeğe en yakın şekilde belirlenmesi için zararlarla denkleştirilecek bir yararın bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir.

Borçlar Kanununda zararın hesaplanması ile tazminatın tayini birbirinden farklı iki farklı safada düzenlenmiştir. Denkleştirme, tazminatın tayini safhasına ilişkin bir işlem değildir. Tazminata karar verebilmek için öncelikle zarar miktarının bulunması gerekmektedir. Zarar miktarının belirlenebilmesi için zarar ile yarar birbiriyle denkleştirildikten sonra tazminat miktarının tayin edilmesi gerekir²⁹⁸. Denkleştirme işlemin zararın hesaplanması safhası yerine tazminatın belirlenmesine ilişkin ele alınması, ödenmesi gereken tazminat miktarını zarar gören aleyhine etkileyecektir²⁹⁹. Öte yandan zararın gerçek miktarının tespiti için zarar hangi ana göre esas alınarak belirlenmişse yarar da o ana göre belirlenmelidir³⁰⁰.

Tazminatın belirlenmesinde esas olacak net zararın belirlenmesi için kıyaslama anındaki hukuka aykırı durumun tüm olumsuz etkileri yanında olumlu etkilerin de göz alınması gerekir. Bu nedenle dekleştirme zararın hesaplanmasına ilişkin zorunlu bir işlemdir³⁰¹.

Mal varlığının zarar verici olaydan önceki ve sonraki durumu arasındaki farkın belirlenmesi için öncelikle bu kalemler hakkında değerlendirici bir yargıya varmak gerekir. Fark teorisi temelinde zarar verici olayın mal varlığı üzerindeki etkilerinin esas alındığı iki farklı andaki durumun kıyaslanması matematiksel bir işlemi işaret etmekle birlikte, salt matematiksel bir işlemden farklı olarak olanı değil, bir değer yargısına dayandığı için olması gerekeni gösterir³⁰².

Denkleştirme prensibi, zararın hesaplanmasına ilişkin genel bir kural olduğundan, hukuka aykırı davranıştan doğan her türlü zararın hesaplanmasında uygulama alanı

²⁹⁶ AKÜNAL, s. 19, 20.

²⁹⁷ AKÜNAL, s. 124; EREN, Genel, s. 698.

²⁹⁸ AKÜNAL, s. 16, 141; EREN, Genel, s. 698.

²⁹⁹ EREN, Genel, s. 698; AKÜNAL, s. 147.

³⁰⁰ AKÜNAL, s. 147.

³⁰¹ AKÜNAL, s. 55.

³⁰² AKÜNAL, s. 59.

bulur³⁰³. Rekabetin ihlali nedeniyle oluşan zararın tazmininde de zarar miktarının belirlenerek tazminata hükmedilmesi çerçevesinde denkleştirme prensibi uygulama alanı bulur.

Denkleştirme, zarar görenin malvarlığında rekabete aykırı davranış yüzünden gereksiz bir artışın doğmasını önleyici bir etkiye sahiptir. Bu çerçevede, kural olarak tazminatın tutarı gerçek zararı aşamaz ve uğranılan zarar hükmedilecek sınırın en yüksek sınırını teşkil eder. Ancak rekabet ihlali nedeniyle zararın tazmin edilmesinde, RKHK m. 58/II'nin bu amaçla bağdaşmadığı açıktır. Yararın denkleştirilmesi kanun hükmünün buna karşı olmaması hâlinde mümkündür³⁰⁴. Hakim belirli şartlar altında üç katı kadar tazminata hükmedebileceği gibi, zarar verenin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârı da tazminat olarak belirleyebilmektedir. Keza RKHK m. 58/II'nin uygulama şartları oluşması durumunda maddenin amacı göz önüne alındığında, hükmedilecek tazimata esas miktar ya da tazminat olarak “*uğranılan maddi zarar*”³⁰⁵, ya da “*zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kâr*” doğrudan tazminat olarak zarar görene ödenecek miktarının esasını veya kendisini oluşturmaktadır. Özellikle “*zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kâr*” tazminat olarak belirlendiğinden, burada zararın hesaplanmasının söz konusu olmaması sebebiyle denkleştirme yapılamayacaktır.

Öte yandan, bu genel ilkenin gerçek zararın bulunması gibi bir fonksiyonu daha bulunmaktadır. RKHK m. 58/I değerlendirildiğinde, uğranılan maddi zararın, mağdurun fiili zararı veya yoksun kaldığı kâr olduğu açıktır. Maddi zararın belirlenmesinde ise, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun verdiği örneklerden fark teorisinin esas alındığı görüldüğünden ve zararın belirlenmesi ana hedef olduğundan, öncelikle zararın hesaplanması gerekir. Zararın belirlenmesi ise gerçek zararın bulunması ile ortaya konabilir.

Rekabetin ihlal edilmesi nedeniyle elde edilen faydalar açısından, işletme üzerine, üretimin artması, personel giderlerinin düşmesi, faiz masrafları ve amortisman

³⁰³ “Sözleşmenin yerine getirilmesine ilişkin taleplerde bir tazminat niteliği bulunmadığından denkleştirme kuralı uygulanmaz. Borçlu ahde vefa ilkesi gereği, sözleşme ile taahhüt ettiği edimi aynen ve eksiksiz olarak yerine getirmekle yükümlüdür.” Bkz. Staudinger/Werner, Vorben. 103 zu § 249; Rumelin, Kritik, s. 197, 198 (AKÜNAL, s. 20 naklen).

³⁰⁴ EREN, Genel, s. 701.

³⁰⁵ Uğranılan maddi zarar, mağdurun fiili zararı ve/veya mahrum kaldığı kârdır. Bu zarar, yukarıda zararın belirlenmesi kısmında açıklanan hususlar çerçevesinde hesaplanacaktır Ancak bu seçeneğin tercih edilmesi durumunda mağdurun zararın varlığını ve tutarını ispat etmesi gerekir.

masraflarının düşmesi gibi etkiler yaratmaktadır. Tazminat miktarının tespitinden evvel zarar miktarının tespit edilmesi gerekir. Bu bakımdan denkleştirme yapılırken zarar verenin elde ettiği bu faydaların da göz önüne alınarak zarar miktarına dahil edilmesi gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, kârın bir kısmı dürüst iktisadi faaliyetlerden meydana gelir ve her zaman zararın karşılığı değildir³⁰⁶.

Zarar verici olay sonucunda zarar görenin malvarlığında ortaya çıkan yararın mutlaka fiili bir artış biçimde gerçekleşmesi gerekmez. Zarar görenin aslında yapması gereken bir harcamadan haksız fiil yüzünden kurtulmuş olması hâlinde de haksız fiilin sebep olduğu bir yarardan söz edilebilir³⁰⁷. Bazı hâllerde zarar verici olay aynı zamanda zarar gören için bazı ekonomik menfaatler de sağlamış olabilir. Bu durumda zarar gören sağladığı bu ekonomik yarar haksız fiil neticesinde meydana gelmiş ise, diğer bir ifadeyle, zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının bulunması hâlinde meydana gelen zarardan ekonomik yararın düşülmesi tazminat hukukunun genel ilkesidir. Denkleştirme yapılmaksızın zararın net miktarını tespit etmek mümkün değildir³⁰⁸. Yararın varlığı ve türü ise, olayların özelliklerine göre değişecektir. RKHK m. 59 sadece uyumlu eylemlerde hukuka aykırılık yönünden ispat yükünü ters çevirmiştir. Bu nedenle ispat yüküne ilişkin genel hükümler geçerlidir. Denkleştirme için gerekli unsurların varlığını ispat yükü denkleştirmeyi ileri süren tarafa düşer. Bu husus TMK m. 6'da yer alan belli bir hukuk kuralına dayanarak hak elde etmek isteyen kimseyi bu kuralın uygulanabilmesi için varlığı gereken şartları ispat etmekle yükümlü tutan genel kuralın bir sonucudur. Yararın belirlenmesi tıpkı zararın belirlenmesinde olduğu gibi belirsizlikler içermektedir. İstifadenin miktarının tespitinin mümkün olmaması veya mesul olan şahıstan beklenememesi hâllerinde BK m.42/II kıyasen uygulanmalıdır³⁰⁹.

Sonuç olarak; RKHK m. 58/I kapsamında, ihlal sonucunda oluşan zararın tazmini yönünden zarardan yararın düşülmesinin bir sakıncası bulunmamaktadır³¹⁰. Bu bağlamda, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr açısından tazminat miktarına esas olacak zarar miktarının

³⁰⁶ AYHAN, s.79, 80.

³⁰⁷ AKÜNAL, s. 62.

³⁰⁸ AKÜNAL, s.94; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 268; EREN, Genel, s. 697; OĞUZMAN/ÖZ, s. 555; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 587-588.

³⁰⁹ EREN, Genel, s. 698-699.

³¹⁰ Dikey kartellerde fiyat sınırlamaları söz konusu olduğunda, tüketicilerin ödediği yüksek bedele karşılık, malların sunumunda ya da satış sonrası hizmetlerde iyileşme söz konusu olabilir. Bu gibi bir durumda her ne kadar tüketici fazladan ödemede bulunuyorsa da, fiyat dışı unsurlardaki iyileşmeden yarar sağlamaktadır. Dolayısıyla bu hususun zararın belirlenmesinde göz önünde tutulması gerekir. Bkz. ŞANLI, s. 269.

belirlenmesinden sonra, zararı tazminden önce denkleştirmenin yapılması gerekmektedir.

1.2. Tazminatın Belirlenmesi

1.2.1. Genel Olarak

Haksız fiil sorumluluğunda kural olarak iki prensip bulunmakta olup, bunlardan ilki zarar miktarının tazminatın üst sınırını oluşturması, ikincisi ise zarardan sorumlu kişinin ilk bakışta zararın tamamından sorumlu olmasıdır. Bu kapsamda, fark teorisi temelinde, tazminatın tayini, ihlalden önceki durum ile sonraki durum arasındaki farkı ortadan kaldırmaya zarar görenin mali durumunu kıymet itibariyle mümkün mertebe eski hâline getirmeye yarayan bir vasıta³¹¹.

Klasik olarak tazminatın amacı zararın meydana gelmesini mümkün olduğu kadar önlemek, zarar doğduktan sonra ise bu zararı telafi etmektir. Özetle tazminatın, önleme ve telafi etme olmak üzere iki fonksiyonu olduğu söylenebilir³¹².

Ancak, RKHK m.58/II çerçevesinde rekabet hukukunda tazminatın amacının esas itibariyle zararın giderilmesi olduğunu söylenemez. Zira hukuki niteliği itibarıyla medeni ceza özelliği taşıyan bu hüküm, tazminatın zarar miktarını aşmasına imkân tanıdığı gibi, zarardan bağımsız olarak hesaplanmasını da olanaklı kılmaktadır³¹³. Ancak her ne kadar tazminat zarardan bağımsız olarak tayin edilebiliyorsa da, bu durum hükmün zarar doğmaksızın uygulanabileceği anlamına gelmez³¹⁴. Nitekim fıkra “*ortaya çıkan zarar*”

³¹¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 48, 90; EREN, Genel, s. 728; KILIÇOĞLU, A., s. 312; OĞUZMAN/ÖZ, s. 573; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581, 583.

³¹² TİFTİK, s. 62. Oğuzman ve Öz, nadir olarak özel sorumluluk türlerinde zararı aşan tazminata hükmedilebilmesini sağlayan hükümleri bulunduğunu bu hükümlere, kişilik haklarına tecavüz sonucunda zarar verenin elde ettiği kazancın tayininde vekaletsiz iş görme hükümlerini uygulanması (TMK m. 25/III); kötü niyetli zilyedin elde etmeyi ihmal ettiği kazançları iade etmesi (TMK m. 995/I); izini ve rızası olmaksızın başkasının işine müdahale ederek çıkar sağlayanın elde ettiği çıkarları iadesi (BK m. 414); fikri haklara tecavüz edeninin sağladığı kazancı fikrî hak sahibine iade etmesi (Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 70/III) örnek olarak vermiştir. Bu hükümlerin amacının zararı gidermekten ziyade caydırma amacı taşıdığını ve bu durumun medeni hukuk cezası olduğunu belirlemektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 573.

³¹³ ŞANLI, s. 269.

³¹⁴ ŞANLI, s. 271.

ifadesi ile başlamaktadır. Bu hüküm idari para cezalarının yetersiz kalma ihtimaline karşı mağduru teşvik ederek faili caydırma amacına hizmet etmekte ve aynı zamanda cezalandırmaktadır³¹⁵. Özellikle rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların gizli yapılması ve ancak bir kısmının tespit edilebilmesinin, caydırıcılığın sağlanması bakımından bu türden bir düzenlemeyi gerekli kıldığı kabul edilmelidir.

RKHK m. 58'in her iki fıkrası açısından amaç değerlendirildiğinde, birinci fıkra açısından; ekonomik durum eski hâline getirilmişken, ikinci fıkroda, zarar gören tazminatla zenginleşmektedir.

Bu nedenle zararın tazmin edilmesi açısından tazminatın tayininde, RKHK m. 58'in birinci fıkrası ve ikinci fıkrası hükümlerinin amaçları ve diğer farklı yönleri dikkate alınarak tazminatın tayininin iki ayrı kategoride incelenmesi gerekmektedir. Ancak 58 inci maddenin yorumlanmasında özellikle ikinci fıkra hükmü açısından, her ne kadar tazminat doğrudan doğruya belirlenmekteyse de tazminatın hesaplanması açısından birinci fıkra ile birlikte değerlendirilmelidir. Zira ikinci fıkra, hatalarla doludur. Bu değerlendirmede gözden kaçırılmaması gereken diğer bir nokta ise, ikinci fıkranın tazminatın miktarının belirlenmesinde özel bir hüküm olarak, birinci fıkranın ise, ikinci fıkra ile birlikte değerlendirildiğinde zararın belirlenmesine ve giderilmesine yönelik bir işlev gördüğüdür.

Tazminatın belirlenmesi noktasında tazminatın genel hükümlere göre mi yoksa RKHK m. 58/II hükmü uyarınca mı belirleneceği sorunu; RKHK m. 58/II'de yer alan, *“ tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hâllerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine”* hükmünün yorumuna göre çözümlenmektedir. Bununla birlikte, söz konusu fıkranın ifadesinden de anlaşılacağı üzere fıkra hatalı olarak kaleme alınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, tazminatın belirlenmesi için her iki hâlde de kusur şarttır. Ancak, kusurun gördüğü işlev farklıdır.

1.2.2. Tenkis Sebepleri

Borçlar Kanununun tazminatın tayinine ve tenkisine ilişkin 43 üncü ve 44 üncü maddeleri, kusura dayanan sebep sorumluluklarına ilişkin özel kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadıkça, bu özel kanunlarda düzenlenen bütün sorumluluk hâllerine de

³¹⁵ İNAN, Eleştirisel Bakış, s. 48.

uygulanmaktadır³¹⁶. Nitekim, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda da bu konuya ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Sorumluluğun özel kanunlarda düzenlenmiş bulunması indirim sebebinin uygulanması bakımından önem arz etmemektedir³¹⁷. Burada belirtilen Borçlar Kanununda yer alan hükümler hukukun genel ilkelerini oluşturmaktadır. Bu ilkeler sorumluluk hukukunun tamamında geçerlidir.

Ancak RKHK m. 58/I açısından durum böyle olmakla birlikte, bu ilkelerin uygulanmasında maddenin ikinci fıkrası açısından ayrıma gidilmesi gerekmektedir.

Tazminatın tayini ile ilgili genel ilkelere ilişkin BK m. 43 ve 44'ün başlıkları farklı olmakla beraber anılan maddeler tazminattan indirim sebeplerini belirlemektedir. Bu maddelerde bazı münferit hâller saymıştır. Bununla birlikte “hâl ve mevkiin icabına” göre şeklinde geniş bir ifadeye de yer verilmiştir. Genel bir şekilde ifade edilmesinin sebebi her bir somut olayda hangi nedenlerin indirimi haklı göstereceğinin belirsizliğidir³¹⁸. Bu sebeple kanun koyucunun hâkime her somut olayda tazminatın kapsamını belirleme yetkisi verdiğini söylenmesinde her hangi bir sakınca bulunmamaktadır. Esas itibarıyla tazminatın belirlenmesinde takdir yetkisi TMK m. 4'de belirlenen takdir yetkisinin somutlandırılmış hâlidir. Zira BK m. 43'de hâl ve mevkiin icabı, 44 üncü maddede hakkaniyete tevfikan ifadesi, TMK m.4'e atıf yapmaktadır³¹⁹. Öte yandan, Borçlar Kanununun genel hükümleri yukarıdaki gibi soyut kavramlara dayanarak, hâkime takdir yetkisi vermekle birlikte, hâkimin tazminatta indirim yapabilmesi için mutlaka somut bir indirim sebebinin bulunması gerekmektedir. Hâkim bu husustaki takdir yetkisini hukukun genel ilkeleri, özellikle hakkaniyet ilkesini dikkate alarak, en adil çözüme ulaşmaya çalışacaktır³²⁰. Hâkim hakkaniyet ilkesi yanında dürüstlük kuralını da göz önünde bulundurmalıdır. Bu sebep, hâkimin kararında da yer almalıdır³²¹.

RKHK m. 58 çerçevesinde kusurun derecesi tazminatın kapsamının belirlenmesinde etkin role sahiptir. Davranışın kasıtlı veya ağır ihmal hâlleri içerisinde işlenip işlenmemesi, diğer bir ifadeyle kusurun derecesi, ihlalin ağırlığı, zarar gören ile verenin ekonomik durumları ve diğer unsurların da göz önünde tutulması gereklidir³²².

³¹⁶ EREN, Genel, s. 729-730; TİFTİK, s. 87.

³¹⁷ TİFTİK, s. 107.

³¹⁸ NOMER; Haksız Fiil, s. 64, 65.

³¹⁹ TİFTİK, s. 85.

³²⁰ TİFTİK, s. 141.

³²¹ TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku s. 317; TİFTİK, s. 86.

³²² ŞANLI, s. 271.

Ancak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun özel kanun olması münasebetiyle, RKHK'nun genel amacı ile 58 inci maddenin ikinci fıkrayla ön görülen özel amaçlar dikkate alındığında, tazminatın tenkisi ve tayiniyle ilgili olarak ikinci fıkra açısından tazminatın tayinine ilişkin genel hükümler doğrudan uygulama alanı bulamayacağı gibi, maddede belirtilen tazminatın belirlenmesine yönelik tazminatın tenkisi ve tayiniyle ilgili genel hükümler dikkate alınarak özel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Borçlar Kanunundaki indirim sebepleri çerçevesinde konu incelendiğinde, zarar görenin ağır ve hafif ihmalinin, zarar verenin hafif ve ağır ihmali ile zarar görenin ve verenin ekonomik durumunun tazminatın belirlenmesindeki etkisinin araştırılması gerekmektedir.

BK m. 44/I'e göre zararın meydana gelmesinde, zarar görenin de zarar verenin yanında kusuru bulunmakta ise tazminatta indirim yapılabilir. Zarar görenin kusurunun indirim sebebi sayılması dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Zarara uğramamak için gerekli özeni göstermeyen ya da zarar doğduktan sonra bu zararın artmaması için gerekli önlemleri almayan mağdurun bu davranışlarının sonucuna katlanması gerekir. Zira bu şekilde doğan veya artan zararın ödettilmek istenmesi zarar görenin kendi kusurundan yararlanmamasını amaçlanmaktadır. Aksi hâlde zarar gören kendi kusurundan yararlanmış olacak ve dolayısıyla bu durum, TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir³²³.

Zarar görenin kusuruyla ilgili olarak BK. m. 44/I uyarınca zararın meydana gelmesinde, zarar görenin de zarar veren yanında kusuru bulunmakta ise tazminatta indirim yapılabileceği hükme bağlanmış olmakla birlikte, zarar görenin kusuru ile zararın doğması arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Ancak zarar görenin kusuru illiyet bağımlı kesecek oranda olmamalıdır³²⁴.

Zarar görenin kusuru orta zekâlı makul bir insanın, zarar görmemek için kaçınması ya da kaçınacağı davranış tarzıdır. Diğer bir ifadeyle, zarar görene karşı üçüncü kişilere karşı isnat etmiş olsaydı sorumluluğuna sebep olacak davranış zarar görenin kusurunu işaret etmektedir³²⁵. Zarar verenin kusurunun derecesinin belirlenmesindeki genel ilkelerden hareketle zarar görenin kusurunun derecesi de belirlenebilir. Haksız fiile yönelik açıklamalarda kusur sınıflandırılırken, kasıt ve ihmâl olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir. "Ağır ihmâl" orta zekâlı bir kişiden beklenen en

³²³ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.319; TİFTİK, s. 108.

³²⁴ EREN, Genel, s. 732; KILIÇOĞLU, A., s. 314; OĞUZMAN/ÖZ, s. 582; TİFTİK, s. 140.

³²⁵ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 320; EREN, Genel, 542, 732; TİFTİK s. 109.

basit dikkat ve özenin dahi gösterilmemesi, “hafif ihmal” ise; dikkatli ve tedbirli bir kimseden beklenen dikkat ve özenin gösterilmemesi olarak tanımlanmıştır. Kural olarak ağır vasfında nitelendirilmeyen her ihmalin hafif ihmal olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede, zarar gören orta zekâlı bir kişiden beklenen en basit dikkat ve özeni gösterse idi zarardan kaçınabilecekti bu durum, zarar görenin ağır ihmaline vücut verir. Buna karşılık, dikkatli ve tedbirli bir kimseden beklenen dikkat ve özenin gösterilmemesi ise zarar görenin hafif kusurunu oluşturur. Ayrıca zarar görenin tacir olması da dikkat ve özen yükümlülüğünü ağırlaştırır.

BK m.43/I’de tazminatın tayininde zarar verenin kusurunun derecesinin göz önüne alınacağı belirtilmiştir. Genel ilkeler çerçevesinde tazminat ile zarar görenin mal varlığındaki eksilmenin giderilmesi amaçlanmaktadır. Zararın tamamen tanzim edilmesi adalet ve hakkaniyet düşüncesine ters düşmektedir. Bu nedenle zarar verenin kusurunun hafifliği oranında tazminatta indirim yapılabilmesi gerekir³²⁶. Zira kusura dayanan sorumluluk açısından kusurun varlığı tazminatın ödenip ödenmeyeceğine esas oluşturmaktadır. Buna göre tazminattan kusur oranında kademelendirilerek indirim yapılması haklı görülmektedir. Yine, kusursuzluk ile hafif kusur arasında illiyet bağına yönelik ince bir çizginin bulunduğu göz önüne alındığında, tazminatta indirim yapılabilmesi haklı gözükmektedir³²⁷. Ancak rekabet hukukuna ilişkin özel düzenleme olan RKHK m.58 açısından zarar verenin kusuru tazminatın belirlenmesi bakımından farklılık arz etmektedir. Zira zarar verenin en azından ağır kusurlu olması durumunda RKHK m.58/II çerçevesinde ödeyeceği tazminat değişmektedir. Zarar veren hafif kusurlu ise zaten RKHK m. 58/I uyarınca zararı tazmin etmek durumundadır. Bu husus “üç katı tazminat” başlığı altında irdelenmektedir.

Görüldüğü üzere, Borçlar Kanununun genel hükümleri, tazminatın kapsamının belirlenmesinde hâkime kusurun derecesine göre hareket edebilme imkânı sağlanmaktadır³²⁸. RKHK m. 58/I açısından yukarıda belirtilen sınırlar dâhilinde zarar göreninin kusurunun derecesi rekabet hukuku ihlallerinde tazminat miktarının belirlenmesinde de uygulama alanı bulmaktadır. Bu kapsamda, zarar gören ve zarar verenin kusurlarının derecesine göre tazminat miktarının belirlenmesi gerekecektir.

Bu çerçevede, zararın oluşumunda zarar sorumlusunun hafif ihmalinin ve zarar

³²⁶ EREN, Genel, s. 730; KILIÇOĞLU, A., s. 313; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 591; OĞUZMAN/ÖZ, s. 582-583; TİFTİK, s. 108.

³²⁷ TİFTİK, s. 108 – 109.

³²⁸ TİFTİK, s. 88- 89.

görenin ise, ağır ya da hafif ihmalinin bulunması hâlinde tazminat sorumluluğu RKHK m. 58/I'e göre belirlenmelidir. Zararın gerçek miktarının belirlenmesine yönelik denkleştirme yapıldıktan sonra da zarar görenin kusurunun tazminat miktarında indirim yapılabilecektir. Keza, zarar sorumlusunun müzayaka durumu burada da tazminattan indirim sebebinin oluşturabilmektedir. Öte yandan, somut olayda hâkim, zarar görenin kusuru açısından kusursuzlukla hafif kusur arasında ince bir çizginin bulunduğu durumda, belirlenen denkleştirmesi gereken bir yarar varsa denkleştirme neticesinde belirlenen gerçek zarar miktarının tamamına da hükmedebilir.

Zarar görenin kusuru tazminatın belirlenmesinde kural olarak zarara sebep olmada hangi oranda etki etmişse o nispette indirim yapılabilir. Ancak, tazminatın belirlenmesinde, kusurun derecesi yanında zarar verenin müzayakaya düşüp düşmemesi önem arz etmekte ve kusurun değerlendirilmesi, hâkimin değer yargılarını barındırmaktadır. Bu nedenle tazminat miktarın belirlenmesi salt matematiksel bir işlem değildir³²⁹. BK m. 44/II'de zarar verenin müzayaka durumu tazminattan indirim sebebi olarak belirtilmiştir. Bu hüküm hakkaniyet düşüncesine dayanmakta olup, “bir felaket telafi edilirken başka bir felakete yol açılmaması” amaçlanmıştır³³⁰. Tazminat zarar verenin zayıf ekonomik durumu müzayaka seviyesinde olmadıkça bir indirim sebebi oluşturmamaktadır. Müzayaka durumunun takdiri hâkim tarafından belirlenmekte ise de TMK m. 315'de yer alan “zarurete düşme” kavramı hakkındaki ölçütlere başvurulmalıdır³³¹. Ayrıca, zarar verenin kastı veya ağır ihmali bulunmamalıdır³³².

Bu noktada, BK m. 44/I'de yer alan, “*Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hâl ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir.*” şeklindeki hükümle hâkime tazminatı tamamen ortadan kaldırma yetkisi verilmiştir. Zarar görenin rızası hukuka aykırı ise tazminatta tenkis sebebi olarak hakimin takdir yetkisindedir³³³. Ancak, kanaatimce bu yetkinin kullanılması için rekabet ihlalinin sosyal maliyetinin çok küçük

³²⁹ EREN, Genel, s. 735; KILIÇOĞLU, A., s. 314; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 592; OĞUZMAN/ÖZ, s. 582-583; TİFTİK, s. 95-96.

³³⁰ OFTINGER, I, s. 271 (TİFTİK, s. 92, naklen).

³³¹ TİFTİK, s. 95.

³³² EREN, Genel, s. 736; KILIÇOĞLU, A., s. 316; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 592; OĞUZMAN/ÖZ, s. 583.

³³³ EREN, Genel, s. 731-732; KILIÇOĞLU, A., s. 316; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 593-594; OĞUZMAN/ÖZ, s. 579.

olması, zarar görenin zarara katlanmasını gerektirecek ağır kusurunun bulunması yahut ekstrem bir durumda, rekabet hukuku kapsamında hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamakla birlikte zarar görenin rızasının bulunması şarttır³³⁴. Zarar görenin meydana gelen zararlar müzayaka hâline düşmemesi, buna karşılık zarar sorumlusunun müzayakaya düşmesi gibi durumların somut olayda bulunması hâlinde hâkim rekabetin ihlali nedeniyle oluşan zararın tazmininden sarfi nazar edebilir.

Öte yandan, zarar verenin ağır kusurlu olması durumunda RKHK m. 58/II'nin uygulanma şartı olan zarar görenin ağır ihmali yahut kastının bulunması gerektiği dikkate alındığında, müzayaka durumuna düşme söz konusu olsa bile tazminattan hiçbir indirim yapılmayacaktır.

1.2.3. Üç Katı Tazminat

RKHK m. 58/II uygulanmasında, fıkarda yer alan, “*ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hâllerden kaynaklanmaktaysa*”, ifadesiyle ilgili yorum sorunu bulunmaktadır. Zira bu ifade hatalıdır.

Sorunun çözümü ile ilgili olarak birbirinden çok farklı olmayan çeşitli görüşler mevcuttur. Hangi görüş esas alınır alınmaz, burada örtülü kanun boşluğu vardır ve bu boşluğun doldurulması gerekir.

Bu görüşlerden biri; “*tarafların anlaşması ya da kararı*” ile ifade edilmek istenen hususun tarafların kastı olduğu yönündedir³³⁵. Bu görüşe göre, anlaşma ya da karar kusur kavramının bir türü olmadığı gibi, aynı şekilde ağır ihmal de çok taraflı işlem türü değildir. Bu görüş, hükmün bu hâliyle herhangi bir anlam ifade etmediğini, bu nedenle yukarıdaki ifadenin kasıt veya ağır ihmali şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır.

Diğer görüş ise, “*tarafların anlaşması ya da kararı*” ifadesiyle rekabeti bozucu anlaşmalardan ötürü üç katı tazminata hükmetmek için ağır kusurun gerekmeyeceği, hakim durumun kötüye kullanılması gibi diğer rekabet ihlalleri için ağır kusur şartının aranacağı sonuca ulaşmanın rekabeti bozucu anlaşmalar arasında fark yaratmak anlamına

³³⁴ Zarar görenin rekabeti ihlal eden davranıştan önceki rızası uyumlu eylem teşkil edebilir. Zira böyle bir durumda, firmalar birlikte rekabeti ihlal etmektedir.

³³⁵ ŞANLI, s. 271.

geldiği, kanun koyucunun tekelleri koruma amacı güdemeyeceğini, bu noktada üç katı oranında tazminat hükmetmek için ağır ihmalin aranması gerektiği yönündedir³³⁶.

Görüldüğü üzere her iki görüş de temelde aynı soruna işaret etmektedir Kanımca her iki görüşte doğrudur. Kanun koyucu anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının ilk planda ağır kusurlu veya kasıtlı olacağını varsaymıştır. Bu nedenle RKHK m. 58/II'nin uygulanabilmesi için zarara sebep verenin en az ağır kusurlu olması gerekir. Aksi hâlde sorumluluk RKHK m. 58/I'deki esaslar çerçevesinde belirlenir.

RKHK m. 58/II'nin uygulanabilmesi için zarar sorumlusunun kast veya ağır ihmalinin bulunması gerekmektedir. Keza, aynı fıkrada, “...*hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.*” denilmektedir. Belirtmek gerekir ki, fıkrada zarar görenin talebinin gerektiği açıkça belirtildiğinden, hâkimin taleple bağılılığı ilkesi burada da geçerlidir. Ancak hâkimin bu talebi nasıl değerlendireceği hususunda çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşler üç katı oranının yorumlanması ve ikinci fıkrada ön görülen tazminat esasını yahut kendisini oluşturan yöntemlerden hangisine göre tazminat miktarın belirleneceği sorunu olmak üzere iki kategoride incelenebilir.

Maddenin birinci fıkrası, zararın genel hükümler çerçevesinde tazminine hizmet ederken, ikinci fıkrası ise faili caydırıcı ve cezalandırıcı bir nitelik taşımakta ve “tazminat miktarı zarar miktarını aşamaz”, “tazminatın amacı cezalandırmak değildir” ilkelerine istisna getirmektedir. Hâl böyle olunca, zarar görenin talebi ile haksız fiil hukukundaki genel ilkedен ayrılarak³³⁷, “uğranılan maddi zararın³³⁸” ya da “zarara neden olanların elde ettiği kâr” veya “elde etmesi muhtemel kâr” olmak üzere üç farklı yöntem ön görülmüş ve yöntemden birine göre hâkimin üç katı oranında tazminata hükmedebileceği hükme bağlanmıştır³³⁹. Zarar görenin talebi hâlinde, tazminatın maddi zarara göre mi,

³³⁶ İNAN, s. 612.

³³⁷ Haksız rekabet hukukunda failin elde etmesi muhtemel kârın talep edilebilmesi için zararın belirlenmemesi, diğer bir ifadeyle hesaplanmaması gerekmektedir.

³³⁸ Uğranılan maddi zarar, mağdurun fiili zararı ve/veya mahrum kaldığı kârdır. Ancak bu seçeneğin tercih edilmesi durumunda mağdurun zararın varlığını ve tutarını ispat etmesi veya hakime BK 42/II çerçevesinde zararın varlığı yönünde kanaat kullanmasına olanak verecek delilleri ortaya koyması gerekir.

³³⁹ Amerikan Rekabet Hukukunda üç katı kadar tazminata hükmedilmesinde kusur aranmakta, hâkim resen karar verebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için, Bkz. İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 611; ŞANLI, s. 270. Ayrıca, federal antitröst kanunları, bir antitröst ihlali nedeniyle işinde veya mülkünde zarar gören herhangi bir kimseye gerçek zararlarının üç katına kadar (üç katı tazminat artı avukatlık ücretleri ve masrafları için) dava etme imkanı vermektedir. Bkz. WALLER, s. 42.

yoksa zarar verenin elde ettiği kâr ya da elde etmesi muhtemel kâra göre mi belirleneceği noktasında hâkimin takdir yetkisi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde Şanlı, bu noktada hâkimin takdir yetkisi olduğu görüşündedir³⁴⁰.

İkinci olarak; RKHK m. 58/II ile ilgili diğer bir sorun ise, “...üç katı oranında tazminata hükmedebilir.” ifadesindeki üç katı oranının yorumudur.

İlk görüş, üç katı oranında açık bir şekilde ifadenin olduğu ve bu düzenleme ceza niteliğinde olduğundan, bu ifadenin olduğu gibi anlaşılmasından yanadır; koşulları gerçekleşmişse hakim üç katı tazminata hükmetmelidir³⁴¹. Bu durumda hâkim ya üç katı tazminata hükmedecek ya da sadece zararı tazmin etmekle yetinecektir.

İkinci görüş, üç katı tazminat hükmünün kanundan doğan cezai şart olduğu ve bu yorumun milletlerarası özel hukuk açısından da önemli olduğu, zira, ceza mahiyeti kabul edilirse ceza ilamlarının tenfizinin mümkün olmadığını savunmaktadır³⁴².

Üçüncü görüş, söz konusu ifadenin özel hukuk cezası olduğu yönündedir. Bu çerçevede anılan hükmün “üç katına kadar tazminata hükmedebilir” şeklinde anlaşılması gerektiği yönündedir³⁴³. Bu durumda hâkim sadece zararın tazminine hükmedebileceği gibi zararın iki katına ya da en fazla üç katına hükmedebilir.

Dördüncü görüş ise, kanun koyucunun bir çeşit medeni ceza öngördüğünü, piyasalarda rekabetin sağlanmasına yönelik adliye mahkemelerine başvuru yolunun teşvik edilmesinin istendiği ve “oranına” ifadesi yerine “oranında” ifadesinin kullanılması gerektiğini savunmaktadır³⁴⁴.

Potansiyel zarar veren için caydırıcılık amacı dikkate alındığında rekabet ihlallerinin sosyal maliyetlerinin yüksekliği, buna karşılık zarar gören kişi ya da kişilerin mal varlığı değerlerini etkilemediği hâllerde zarar sorumlusunun zararının dikkate alınması caydırıcı olmaz. Bu hâllerde zarar verenin kazancını esas almak daha uygundur³⁴⁵. Ancak, tazminat bu şekilde belirlendiğinde özellikle birçok sektörde gerek temel ham madde, gerekse aramalı olarak ya da son kullanıcılar tarafından doğrudan tüketilen ürünlerde rekabet ihlallerinde zararın yaygınlığı dolayısıyla zarar görenlerin çokluğu dava eden zarar görene hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesinde

³⁴⁰ ŞANLI, s. 271.

³⁴¹ ASLAN, s. 793.

³⁴² TOPÇUOLU, s. 307.

³⁴³ AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 184; İNAN, Eleştirel Bakış, s. 52; ŞANLI, s. 271; TOPÇUOĞLU, s. 169, 171.

³⁴⁴ GÜL, s. 27, dpn. 61.

³⁴⁵ ŞANLI, s. 271.

güçlük arz edecektir³⁴⁶. Üç katı tazminatı talep edebilecekler arasında kanunda herhangi bir ayırım yapılmamış olması nedeniyle zararın yaygınlığı ve buna bağlı olarak herkesin üç katı oranında tazminat talep edebilmesi caydırıcılık amacını aşar. Bu nedenle üç katı tazminat talep etme hakkının ihlalin doğrudan hedef aldığı teşebbüs ve kişilere tanınması gereklidir³⁴⁷.

Buna karşılık monopol piyasalarda fazla ödenen bedel ya da monopson piyasalarda az bedel tazminatın tayininde uğranılan fiili zararın dikkate alınmasını gerektirebilir.

Nitekim hâkim tazminatın kapsamını tayin ederken BK m. 43/I gereğince hâl ve mevkiin icabını da göz önünde bulunduracaktır.³⁴⁸ Bu durum RKHK m. 58/II'nin düzenleniş tarzına da uygundur. Bu fıkra incelendiğinde, tazminatın belirlenmesi yöntemlerinin “veya” bağlacıyla bağlandığı, fıkranın sonunun “bilir” şeklinde bitirildiği görülmektedir. Bu nedenle hâkime açıkça tazminatın belirlenmesinde takdir hakkı verilmiştir.

Buraya kadar yapılan açıklamaları bir bütün olarak ele aldığımızda, hâkim RKHK m. 58/I'e göre zaten mağdurun zararına hükmedebilecek olduğundan, hâkimin bir kat ya da üç kat şeklinde tazminata karar verilebileceğine yönelik görüşün doğruluğunun tartışmalı olduğu düşünülmektedir.

Hâkimin takdir hakkını nasıl kullanacağı noktasında eylemin niteliği ve piyasa üzerindeki etkileri belirleyici olacaktır. Zarar gören, zarara sebep olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârın üç katı oranında tazminata hükmedilmesini istediğinde, hakim, zarar verenlerin ekonomik mahvına sebep olmayacak şekilde, somut olayın koşullarına göre iki ya da üç katı şeklinde tazminata hükmedebilecektir. Sadece zarara sebep olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârı tazminat olarak hükmedebilecektir. Böylece zarara sebep olan cezalandırılırken, hükmün caydırıcılık amacı görmezden gelinmeyecektir. Rekabet Hukukunun amaçlarından biri piyasadaki işleyebilir rekabetin sağlanmasıdır. Piyasadaki rekabeti bozan teşebbüsün ekonomik hayattan silinmesine yol açacak bir tazminata hükmetmek bu amaçla bağdaşmamaktadır.

Zararın oluşumunda zarar verenin kastı ya da ağır ihmalinin ve zarar görenin hafif veya ağır ihmalinin bulunması durumunda, hâkim ihlalin sonuçlarının ağırlığına göre, RKHK m. 58/II çerçevesinde tazminatın esasını oluşturan, uğranılan maddi zararın ya da

³⁴⁶ ŞANLI, s. 271.

³⁴⁷ TOPÇUOĞLU, s. 308.

³⁴⁸ TİFTİK, s. 140.

zarara neden olanların elde ettiği kâr veya elde etmesi muhtemel kâr yöntemlerinden birini seçecektir. Hakim, bu yöntemlerden biri ile tespit edilen tazminat miktarının kendisini yahut bu yöntemlerle tespit edilen miktarın üç katına kadar tazminata hükmedebilecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere zarar vereninin kusuru açısından burada özel bir düzenleme getirildiğinden BK m. 44/I uygulama alanı bulmayacaktır. Kuşkusuz zarar görenin ağır ihmali somut olayda sonuçları açısından değerlendirilerek, gerektiğinde RKHK m. 58/II kapsamında verilebilecek en az miktarına hükmedilmelidir.

2. Tazminat Davası

2.1. Taraflar

2.1.1. Davacı

Davacı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali dolayısıyla zarara uğradığını iddia eden kimsedir. RKHK m. 57 bu Kanunun ihlali nedeniyle bir zarar ortaya çıktığı takdirde, zarar görenlerin bu zararlarının tazmin edilebileceğini düzenlemektedir. RKHK m.57 ve m. 58 “zarar görenler” ibaresini kullanmaktadır. Kanun bu kişilerin kimler olabileceği konusunda düzenleme getirmemiş olmakla birlikte, RKHK m. 58’de rakip teşebbüslerin dava açabileceğini belirtmiştir.

RKHK m. 58’de zarar görenler ibaresinden, zarara uğrayan herkesin davacı olabileceği, mevcut ve potansiyel rakiplerin, tüketicilerin birlikte ya da ayrı ayrı dava açmalarının mümkün olduğu görünmektedir³⁴⁹. Zarar görenleri; tüketiciler ve diğer müşteriler ile rakip teşebbüsler olmak üzere iki başlık altında incelemek mümkündür. Ancak, bunların dışında da zarar görenlerin olması mümkündür. Öte yandan “Zararın Sınırlandırılması” başlığı altında açıklandığı üzere, Kanunun ihlali nedeniyle meydana gelen bütün zararların tazmini mümkün değildir. Dolayısıyla tazmin edilebilir bir zararı olan davacı olabilir. Bu durumda “zararın sınırlandırılması” başlığı altında belirlenen kriterler çerçevesinde davacı olabilme tespit edilebilir.

İlk olarak, davacı sıfatının kazanılmasında ortada bir zararın varlığı şarttır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali nedeniyle oluşan zararın tespitinde rekabetin olduğu etkin piyasa yapısı varsayımından hareket edildiğinden, davacı üzerindeki görünürdeki olumsuz etki Kanuna aykırı uygulama hiç meydana gelmeseydi oluşacak durum ile mevcut olan durum arasında fark meydana gelmeyeceği gibi, davacıyı daha iyi bir konuma sokmuş olabilir³⁵⁰. Tek satıcılık ve taban fiyatın belirlendiği dikey kartel anlaşmalarında, dikey kartelin üyesi olan perakendeci teşebbüs için oluşan

³⁴⁹ ŞANLI, s. 250.

³⁵⁰ ŞANLI, s. 251-252.

görünürdeki zarar, kartelin olmadığı durum ile mevcut durum arasında hiçbir fark olmayabilir. Zira böyle bir durumda marka içi rekabet artacağından kâr marjı düşebilir. Bu durumda, davacının, dikey kartelin olmadığı durumda elde edeceği gelirin daha fazla olacağını ispatlaması gerekir.

Diğer taraftan, rekabetin, tarafların anlaşması, uyumlu eylemi yahut teşebbüs birliği kararları ile sınırlandırılması şeklinde ihlal edilmesinde bu ilişkilerin taraflarının birbirleri hakkında tazminat davası açabilmeleri mümkün değildir. Bu ilişkinin tarafları bakımından uygulanması gereken hükümler, RKHK m. 56 uyarınca sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerdir³⁵¹. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal edenler üçüncü kişilerin açtıkları davada RKHK m. 57 uyarınca müteselsilen sorumludurlar. Bir kişinin aynı uyuşmazlığa ilişkin hem müteselsilen sorumlu olması, hem de davacı olabilmesi mümkün değildir³⁵². Ayrıca, bu ilişkinin taraflarının birbirlerine açacakları davalar, TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralına da aykırı düşer. Ancak bu ilişkilerin taraflarının dava açma hakkı peşinen kısıtlanmamalıdır. Dava açma hakkı tanınması, çoğunlukla gizli olan anlaşma ve davranışlardan kaçınılmasını, dolayısıyla rekabetin etkinliğini artırır.

Nitekim, İngiliz bira üreticisi şirket (Courage Ltd) ile bar işletmecisi arasında çıkan uyuşmazlıkta, bar işletmesinin aralarındaki sözleşmenin ABA m. 85'e (yeni m. 81) aykırı olduğu ve zararının bulunduğu iddiasıyla İngiltere Temyiz Mahkemesine (Court of Appeal) başvurduğunda, Temyiz Mahkemesi iç hukukta kartel üyelerinin birbiri aleyhine dava açmasını engelleyen kuralın varlığı nedeniyle ön karar istemiyle ATAD'a başvurmuştur³⁵³. Bu başvuru neticesinde ATAD, "Courage" Kararında³⁵⁴; rekabeti kısıtlayan, bozan anlaşma veya davranış nedeniyle zarar gören herkesin dava açabileceğini kabul etmiş, aksi takdirde, ABA m.85'in (yeni m.81) uygulamadaki etkinliğinin azalacağını belirtmiştir. Dava hakkı tanınması ile birlikte, rekabet kurallarının etkinliğinin artacağını, bunun yanı sıra rekabeti bozan ya da engelleyen anlaşmaların, uyumlu eylemlerin çoğu durumda gizli olduğundan bu tür davranışlardan kaçınılmasını sağlayabileceğini vurgulamıştır. Rekabet kurullarında aykırı bir anlaşmanın tarafının iç hukuk hükümleri ile peşinen kısıtlanmayacağına karar vermiştir. Ancak, söz konusu iç hukuk kuralını tamamen yadsımamış, tazminat talep eden anlaşma tarafının rekabet ihlalinde önemli ölçüde sorumluluk taşıması hâlinde bu iç hukuk kuralının

³⁵¹ ASLAN, s. 786. Krş. görüş, AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 181.

³⁵² ARI, Danışıklılık s. 232.

³⁵³ KORTUNAY, s. 36-37.

³⁵⁴ Courage Ltd. v. Bernard Crehan, Case C-453/99, European Court Reports, 2001.

uygulanacağını kabul etmiştir. Tazminat talep eden anlaşma tarafının sorumluluğunun araştırılmasında, sözleşme koşullarının müzakere özgürlüğünün ve zararını azaltmaya veya engelleme imkanının bulunup bulunmadığının araştırılmasını öngörmüştür. Bu çerçevede uzun süreli sözleşmeler, alıcının seçim özgürlüğünü sınırlandırması nedeniyle per se yasaklanma bile rekabete aykırı hususlar içermesi olası olduğundan bu tip anlaşmaların dikkatle incelenmesi gerekir³⁵⁵.

Sözleşmenin taraflarından birinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırılık neticesinde bir zararı doğmuşsa bu zararının tazmini için diğeri aleyhine dava açabilmesi için, davalının hakim durumda olması³⁵⁶ ve sözleşmeyi dikte etmesi gerekir³⁵⁷. Bu çerçevede, rekabeti kısıtlayan dikey anlaşmalarda sözleşmeyi dikte eden taraf ile yatay anlaşmalarının tarafları birbirlerinden tazminat talep edemezler³⁵⁸.

İkinci olarak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı uygulama nedeniyle meydana gelen zarar ile ihlal edilen norm arasında hukuka aykırılık bağının bulunması davacı sıfatının kazanılmasında zorunludur. Bir koruma normunun ihlali, ancak o norm zarar görenin de dâhil olduğu kişi grubunu korumak istiyorsa tazminat yükümlülüğü doğurmaktadır. Kuşkusuz ihlal edilen normun koruduğu hukuki değerlerin belirlenmesi aynı zamanda korunan kişilere ilişkin bir sınırlama da getirmektedir. Zira normun koruduğu değerlere sahip olanlar tazminat alacaklısı olabilir³⁵⁹.

Yasaklama normunun zarardan korumak istediği kişiler tazminat talep edebilir. Örneğin, dikey kartel anlaşmasının dışında bulunan, ancak kartele katılmak isteyen teşebbüsün kartelin ayrımcı uygulamaları nedeniyle kartele katılmamalarından kaynaklanan zararlarının tazmini Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun koruma amacına girmeyeceğinden, bu teşebbüsler davacı sıfatını kazanamazlar³⁶⁰.

³⁵⁵ CAN, s. 201.

³⁵⁶ Hakim durum söz konusu olduğunda, hakim durumda olan teşebbüsün hazırlayıp imza ettiği dağıtım sözleşmeleri diğeri bir ifadeyle dikey kartel anlaşmaları RKHK m.6 kapsamında değil, teşebbüsler arası anlaşmalarla ilgili RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. GÜVEN, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davaları, s. 216.

³⁵⁷ GÜRZUMAR s. 164, 165; SAYHAN, Tazminat Sorumluluğu Bakından Hukuka Aykırılık, s. 58-61; GÜVEN, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davaları, s. 215, 225; GÜVEN, Motorlu Taşıt, s. 654; GÜVEN, Rekabet, s. 746.

³⁵⁸ KORTUNAY, s. 37.

³⁵⁹ ATAMER, s. 80.

³⁶⁰ ŞANLI, s. 251.

Üçüncü olarak, meydana gelen zarar ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı uygulama arasında nedensellik bağının bulunması davacı sıfatının kazanılması açısından gereklidir. İtalya Rekabet Otoritesinin bazı sigorta şirketlerinin sigorta primlerini belirlemeye yönelik kartel oluşturduklarının tespiti üzerine, bazı tüketiciler tarafından primlerin yükselmesi nedeniyle zarara uğradıkları iddiasıyla tazminat davası açmışlardır. Yargılama sırasında mahkeme, ATA m. 81'nin kartel anlaşmasından dolayı zarar gören üçüncü kişiye (somut olayda tüketicilere) dava açma hakkı verip vermediği yönünde ön karar istemiyle ATAD'a başvurmuştur³⁶¹. ATAD "Manfredi" kararında³⁶², Courage kararına atıf yaparak, nedensellik bağının mevcut olması şartıyla herkesin (somut olayda tüketicilerin) ATA m. 81'e göre tazminat isteyebileceğini içtihat etmiştir. Bu çerçevede, uygun illiyet bağı bulunmayan dolaylı zararı yahut yansıma zararı bulunanlar davacı sıfatını kazanamazlar. Yukarıda "Doğrudan Zarar Ölçütü" başlığı altında belirtildiği üzere, Amerika'da (Loeb davasında), şirket ortağı tarafından açılan davada mahkeme, şirket ortağının, ihlalin neden olduğu, diğer ifadeyle ihlalin ilk sonucu olan zarardan uzak olduğu, dolaylı zararının bulunduğu gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Burada Türk Hukuku açısından davacının ehliyeti değerlendirildiğinde de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Zira ortağın alacak olduğu kâr payındaki azalış bir yansıma zararı oluşturmaktadır. Keza, tüzel kişiliğe haiz şirketin tazminat talebi ile birlikte şirket ortağının da dava açması durumunda aynı zararın birden fazla tazmin edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla ortağın bu zararı tazmin edilemez. Söz konusu zarar tazmin edilmeyeceğinden, şirket ortağı, davacı sıfatı kazanamaz. Bu çerçevede, teşebbüs, ekonomik ilişki kurduğu pay sahipleri, alacaklılar, teşebbüsün işçileri ve zarara uğrayan teşebbüse kredi veren teşebbüsler gibi dolaylı olarak zarara uğrayanlar tazminat talebinde bulunamazlar.

Dördüncü olarak, fazla bedel ödeyerek mal alan ilk alıcıdan (doğrudan alıcıdan) mal alan sonraki alıcıların (dolaylı alıcıların) zarara uğraması durumunda dolaylı alıcıların zararının tazmin edilip edilmeyeceği sorunu gündeme gelmektedir. Amerikan Hukukunda dolaylı alıcıların bu zararları kural olarak tazmin edilmemekte, dolayısıyla dolaylı alıcılar davacı sıfatı kazanamamaktadır. Yukarıda "Dolaylı Alıcı Kuralı" başlığı altında da belirtildiği üzere, bu kural dolaylı alıcı kuralı olarak adlandırılmaktadır. Ancak, doğrudan alıcı, zararının tümünü dolaylı alıcıya aktarmış ise dolaylı alıcı dava açma hakkı kazanmaktadır. Dolaylı alıcı kuralıyla ilgili doktrinde iki görüş bulunmaktadır.

³⁶¹ KORTUNAY, s. 38.

³⁶² Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Case, C-295/04, 2006.

Doktrinde ilk görüş doğrudan alıcının zararının tamamını dolaylı alıcılara yansıttığı durum dışında sonraki alıcıların zararlarının tazmin edilemeyeceğini kabul etmektedir. Dolayısıyla dolaylı alıcıların davacı sıfatını kazanamayacaklarını savunmaktadır³⁶³.

Diğer görüş, zararın yansıtılması kabul edilerek, hem doğrudan hem de dolaylı alıcılara dava hakkı tanınması gerektiğini kabul etmekte, bu durumun Türk Hukuku ve ATAD kararlarıyla da³⁶⁴ uyumlu olduğunu, zararın tazmini imkanı sunması bakımından tazminat hukukunun amacı ile da bağdaştığını savunmaktadır³⁶⁵.

Esasen dolaylı alıcıların davacı sıfatını kazanıp kazanamayacakları bir hukuk politikası tercihidir. Ekonomide birçok sektörde ham madde olarak kullanılan bir mala yönelik fiyat karteli oluşturulması durumunda, birçok sektörde temel girdi niteliğinde mal söz konusu olduğu için alıcıların malın fiyatı karşısındaki talep ettikleri mal miktarındaki değişme oldukça küçük olacak ve dolayısıyla talep esnekliği olmayacaktır³⁶⁶. Bu durumda fazla ödenen bedel şeklinde oluşan zarar; üretici, toptancı, perakendeci ve son tahlilde tüketiciye kadar uzanmaktadır. Bu kişilerin zararın ne kadarına katlandıklarının tespiti çok güçtür. Üstelik bu kişilerin tamamına dava hakkı verilmesi aynı zararın birden fazla kere tazmin edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Aynı zamanda davacı sıfatını kazanacak kişilerin çokluğu usul ekonomisine de aykırı düşmektedir. Bu husus, oluşan bazı zararların, zararın olduğu kişi üzerine bırakılıp bırakılmayacağı sorununa verilecek cevapla ilgilidir. RKHK m. 57 ve 58 ile zarar gören herkesin dava açabileceği kabul edilmektedir. Dolaylı alıcıların zararları ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırılık teşkil eden davranış arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğu gibi bu kişilerin zararları yansıma zarar da değildir³⁶⁷. Dolayısıyla burada tazmin edilmesi gereken bir zarar söz konusudur. Bu nedenle kanun koyucunun dolaylı alıcıların zararlarının tazmin edilip edilmeyeceğini düzenlemesi gerekmektedir.

³⁶³ ŞANLI, s. 252.

³⁶⁴ Yukarıda yer alan “Manfredi” ve “Courage” kararlarında ATAD uygun nedensellik bağının bulunması koşuluyla zarar gören herkesin dava açabileceğine karar vermiştir.

³⁶⁵ KORTUNAY, s. 55.

³⁶⁶ Malın talebinin esnek olması durumunda ise her fiyat düzeyinde talep edilen mal miktarı fiyatın düşük olduğu seviye ile yüksek olduğu seviye arasında büyük bir fark olacaktır. Bu durumda ilk alıcı satış yapabilmek için zararın bir kısmına katlanarak zararın bir kısmını sonraki alıcıya aktarabilecektir. Bu durumda ise ilk alıcının zararı daha çok yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkmaktadır. Dolaylı alıcının zararı ise fazla ödenen bedel şeklinde fiilî zarardır. Bu çerçevede her iki zarar birbirlerinden kolaylıkla ayrılabilir. Her iki alıcıda davacı sıfatını kazabilir. Aynı yönde, Bkz. ŞANLI, s. 243.

³⁶⁷ GÜRZUMAR, s. 148, 162.

Bu konu AB Komisyonu tarafından hazırlanan Yeşil Kitaba İlişkin Çalışma Belgesinde tartışılmıştır. Bu Çalışma Belgesinde dört farklı politika ileri sürülmüştür.

İlk olarak, zararın aktarılması savunması kabul edilerek, hem doğrudan alıcılara hem de dolaylı alıcılara dava açma hakkının tanınmalıdır. Bu durumda dolaylı alıcının zararın ne kadarına katlandığını ispat etmesi oldukça güçtür³⁶⁸.

İkinci olarak, zararının aktarılması savunması kabul edilmeyerek, sadece doğrudan alıcılara dava hakkı tanınmalıdır. Bu durumda dolaylı alıcı zararının en azından bir kısmını sonraki alıcılara aktarmış olduğundan zenginleşmesine yola açacak niteliktedir³⁶⁹.

Üçüncü olarak, zararın aktarılması savunması kabul edilmeyerek, hem doğrudan hem de dolaylı alıcılara dava hakkı tanınmalıdır. Bu durumda aynı zararın birden fazla kere tazmini söz konusu olmaktadır³⁷⁰.

Dördüncü olarak zararın aktarılması savunması kabul edilmeyerek, zarar görenlerin tamamına dava hakkı tanınmalı, daha sonra tazminat zarar görenler arasında paylaşılmalıdır. Bu durumda zararının tamamını aktaran doğrudan alıcılar dava açmamayı tercih edeceklerdir³⁷¹.

Kanaatimce son görüş daha isabetlidir. Beyaz Kitaba İlişkin Çalışma Belgesinde, topluluk müktesebatında, ATA m. 81 ve 82'nin ihlali ile zarar arasında illiyet bağı bulunması durumunda zarar gören herkesin tazminat talep edebileceği, bu prensibin dolaylı alıcılar içinde uygulanacağını belirtilmektedir³⁷². Rekabet ihlallerinden dolayı tazminat davası açabilecekleri iki başlık altında ele almak mümkündür. Rekabeti ihlal eden davranışlardan dolayı aşağıda ele alınacak olan kişilerin davaları birbirinden bağımsızdır. Teşebbüslerden her biri bağımsız dava açabilir.

³⁶⁸ Yeşil Kitaba İlişkin Çalışma Belgesi, s. 50.

³⁶⁹ Yeşil Kitaba İlişkin Çalışma Belgesi, s. 50.

³⁷⁰ Yeşil Kitaba İlişkin Çalışma Belgesi, s. 51.

³⁷¹ Yeşil Kitaba İlişkin Çalışma Belgesi, s. 51.

³⁷² Beyaz Kitaba İlişkin Çalışma Belgesi, s. 15.

2.1.1.1. Tüketici ve Diğer Müşteriler

RKHK m. 58'in birinci cümlesi açıkça davacı olarak tüketiciler ve müşterilerden³⁷³ söz etmese de, zımnî olarak tüketicilerin ve diğer müşterilerin davacı sıfatını taşıdıklarını kabul etmek gerekir³⁷⁴. İlgili ürün piyasasında rekabetin sınırlanması yahut hakim durumda olan teşebbüsün sömürücü davranışları tüketicilerin ilgili ürünü elde etmesinde daha fazla bir bedel ödemesine yol açar. Aynı şekilde bu teşebbüslerden mal veya hizmet alan diğer teşebbüsler için de fazla bedel ödemesi söz konusudur. Malın talep esnekliğinin fazla olması durumunda yeniden satış yapan teşebbüslerin daha fazla mal satamamaktan kaynaklanan yoksun kaldıkları kâr söz konusu olacaktır.

Tüketicilerin zararı sadece daha fazla bedel ödeme şeklinde değil, satış sonrası hizmetlerin sınırlandırılması veya garanti koşullarının ağırlaştırılması gibi hâllerde doğabilecek olup, tüketiciler, bu hâller malvarlığında azalmaya yol açtığı ölçüde dava açılabilir. Bu nedenle, rekabetin sınırlanmasından zarar görmeleri nedeniyle dava açma hakkının tüketicilere tanınması gerekir.

Öte yandan, doktrinde RKHK m. 1'de rakip teşebbüslerin korunmasının amaçlandığı, bu nedenle rakip teşebbüsler dışında bu kanunun ihlali nedeniyle üçüncü kişilerin zararı bulursa dahi normun koruma amacı dışında bulunduğundan bu kişilerin tazminat talep edemeyecekleri, ancak, ihlal nedeniyle bu kişilerin mutlak hakkı yahut herhangi bir hukuk normuyla doğrudan korunan menfaati ihlal edilmişse tazminat davası açabilecekleri yönünde görüş bulunmaktadır³⁷⁵. Bu görüş isabetli değildir. Zira, "Hukuka Aykırılık" başlığı altında da belirtildiği üzere, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 1 inci maddesine ilişkin gerekçede, "...Fiyatların düşüşü ve kalitenin artışı ise toplumun tamamını yani tüketicileri korumak gibi sosyal bir fayda sağlar..." ifadelerine yer verilmiştir. Bu nedenle doğrudan doğruya olmasa da tüketicilerin korunması Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun amaçları arasında yer almaktadır. Tazmin edilebilir bir zararı olan tüketicilerin de dava açması mümkündür.

³⁷³ Tüketici; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda bir malı veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai kullanan gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlandığından, kavram kargaşasına meydan vermemek için, bir mal veya hizmeti ticari amaçlarla yahut nihai olarak satın almayan kişiler tüketici olarak adlandırılmayacağından, bu kişiler rakip olarak nitelendirilemeyen toptan ya da perakende seviyede faaliyet gösteren yahut nihai amaçla mal alan teşebbüslerde olabileceğinden, bu durumda olan kişiler "diğer müşteri" olarak adlandırılmıştır.

³⁷⁴ GÜRZUMAR, s. 161.

³⁷⁵ SAYHAN, Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık, s. 59.

Ancak, bazı durumlarda ihlalin neden olduğu zarar ekonomide farklı kesimlerin üzerine yayılmaktadır. Özellikle gerek hammadde gerekse son kullanıcılar tarafından doğrudan tüketilen mallar söz konusu olduğunda, bu malların fiyatlarına ilişkin kartel anlaşması neticesinde fiyatların suni olarak yükselmesi hem rakip işletmecileri hem de diğer müşteri ve tüketicileri etkilemektedir. Keza, malın bakımı gibi satış sonrası hizmetlere ilişkin kartel anlaşmasında yine tüketicilerin zarara uğraması söz konusu olabilir. Aynı şekilde yukarıda açıklandığı üzere, dikey bir piyasa yapısında zararın aktarılması söz konusu olduğunda, dolaylı alıcıların son tahlilde tüketici olması muhtemeldir. Çoğu hâlde ihlal davranışı sonucu etkilenen tüketicilerin ve müşterilerin sayısının fazlalığı ve bunların zararlarının bir veya daha fazla malı fahiş fiyattan satın almaktan kaynaklanması sebebiyle, oldukça küçük miktarda zararlar söz konusu olabilecektir. Netice itibarıyla hem davacı sayısının çokluğu hem de zarar miktarının azlığı dikkate alınarak, bu kişilere dava hakkı tanınması usul ekonomisi açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Bu durumda meydana gelen zararın tüketicilerin ve müşterilerin üzerinde bırakılması düşünülebilir. Ancak ortada tazmin edilmesi gereken bir zarar bulunmaktadır. Keza, bu kişilere belli şartlar altında dava hakkı tanımak rekabetin etkinliğini de artıracaktır.

AB Komisyonu davacı sayısının ve bireysel temelde zarar miktarının küçüklüğü dikkate alarak ve topluluk içindeki rekabetin etkinin sağlanmasında ABD uygulamalarından da etkilenecek, toplu dava modelinden bahsetmektedir. Komisyon, temsilci davası (representative action), sınıf davası (collective action=class action) ve kamu yararına dava (public interest litigation) olmak üzere üç farklı toplu dava modeli ortaya koymuştur. Temsilci davası, bir gerçek ya da tüzel kişi tarafından belli kişi grubunun haklarını korumak için açılan davadır. Tüketici birliğinin, kendi üyelerinin menfaatlerini korumak için dava açması temsilci davasına örnek oluşturur. Sınıf davası ise, belirli veya tanımlanabilir kişi grubunun haklarını korumak için çok sayıda talebin bir arada ileri sürülmesine imkan veren bir davadır. Kamu yararına davada, belirli kişiler adına değil, kamu adına dava yürütülür. Bu davalardan özellikle temsilci ve sınıf davalarına Komisyon özel önem vermekte, zaman ve masrafların tasarrufunun, dolayısıyla usul ekonomisine katkı sağlanmasının, ayrıca davacıların daha fazla kaynağa sahip davalılar karşındaki durumlarının daha güçlenmesinin mümkün olacağını düşünmektedir³⁷⁶.

³⁷⁶ Yeşil Kitaba İlişkin Çalışma Belgesi, s. 53.

Ülkemizde; tüketici birlikleri TKHK m.23/IV'e göre, genel olarak münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hâllerde bu Kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler. Bu nedenle tüketici birliklerinin genel olarak tüketiciyi ilgilendiren konularda dava açması mümkünse de tüketici adına tazminat davası açması mümkün değildir. Keza, tüketici birliklerin açacakları davalar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna aykırılık teşkil eden hususlarla sınırlandırıldığından, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali nedeniyle dava açamazlar³⁷⁷.

Komisyon, tüketicilerin ayrı ayrı dava açma hakkı saklı olmak üzere, tüketici birliklerine dava açma hakkı verilmesini ve tüketici birliklerinin dava ehliyeti değerlendirilirken, tescil veya izin yöntemi ya da mahkemelerce değerlendirilmesini önermektedir³⁷⁸. Amerikan hukukunda toplu dava açıldığında dava görülmekte iken davaya dahil olmak istemediklerini beyan etmezler ise mahkemece verilen karar davaya taraf olanlar gibi diğer kişileri de bağlar (opt-out model)³⁷⁹. İsviçre'de ise davaya taraf olmak istediklerini mahkemeye bildirmeyen kişiler hakkında mahkeme kararı bağlayıcı olmamaktadır (opt-in model)³⁸⁰.

Komisyon, rekabet ihlali nedeniyle toplu tazminat davası açma konusunda bireysel olarak tanımlanabilir mağdurları kapsayan üye ülkeler tarafından ulusal kurallara göre önceden atanmış merciiler ile görevleri üyelerin menfaatlerini gözetmek olan diğer mevcut merciiler eliyle dava açılabilmesini, davaya taraf olmak istediklerini mahkemeye bildirmeyen kişiler hakkında mahkeme kararı bağlayıcı olmamak kaydıyla toplu davada ilgili rekabet ihlalden zarar görenlerin zararlarıyla ilgili olmak ve bu zarara karşılık gelmek üzere, tazminat ödenmesini önermektedir. Zarar görenler bireysel olarak tanımlanabilir olduğundan tazminatın dağıtımının sorun teşkil etmeyeceğini belirtmektedir³⁸¹.

Hukuk sistemimiz açısından kanun koyucunun toplu dava modeline yer vermesi ve adına dava açılan gruba dâhil olmak istediklerini bildirmeyenler hakkında mahkeme hükmünün bağlayıcı olmayacak (opt-in model) şekilde düzenleme yapılması gerekmektedir³⁸².

³⁷⁷ ASLAN, s. 787.

³⁷⁸ Yeşil Kitaba İlişkin Çalışma Belgesi, s. 55.

³⁷⁹ KORTUNAY, s. 56.

³⁸⁰ KORTUNAY, s. 56.

³⁸¹ Beyaz Kitaba İlişkin Çalışma Belgesi, s. 21.

³⁸² KORTUNAY, s. 56.

2.1.1.2. Rakip Teşebbüsler

RKHK m. 58/I'nin ikinci cümlesi, rakip teşebbüslerin tazminat davasının davacısı olabileceklerini açık bir şekilde düzenlemiştir. Kanun, rakip teşebbüslere rekabetin sınırlandırılmasından etkilenmeleri hâlinde dava açma imkanı tanımıştır. Rakip teşebbüs kavramı, aynı ürün piyasasında mal veya hizmet üreten teşebbüslerdir. Aynı ürün piyasası belirlenirken ikame mal veya hizmet piyasası dolayısıyla bu mal ve hizmetleri üreten teşebbüslerin de rakip teşebbüs kavramına dâhil edilmesi gerekir.

Öte yandan, potansiyel rakiplerin dava açıp açamayacakları tartışılabilir. Özellikle rakip teşebbüslerin, yerleşik işletmecilerce yapılan ilgili ürün piyasasına girişlerinde karşılaşılabilecekleri zorluklar bu bağlamda değerlendirilerek, bu teşebbüslere dava açma hakkının tanınması gerekir. Ancak, fiyatlandırma şeklinde dışlayıcı uygulamalar nedeniyle ortaya atılan zararın tazmini taleplerine dikkatli yaklaşmak gerekir. Bu tür zararların, potansiyel rekabet iddiasının yeterince incelenmeksizin kabul edilmesi, çok sayıda mesnetsiz davanın açılmasına neden olabilir. Potansiyel rakip teşebbüslerin fiyatlandırma gibi dışlayıcı uygulamalardan kaynaklı zarar gördükleri şeklindeki iddialarının kabul edilmesi için, teşebbüsün yakın gelecekte piyasaya gireceğine dair sağlam kanıtların ortaya konması ve piyasa koşulları ışığında, potansiyel rakiplerin kâr elde etmesi ihtimalinin pek muhtemel olduğunun ispatlanması gerekir³⁸³.

2.1.2. Davalı

Tazminat davası, rekabeti sınırlayan teşebbüs veya teşebbüs birliklerine karşı açılır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kanuna aykırılığın tarafı olarak teşebbüs veya teşebbüsleri esas almakla birlikte, hangi teşebbüslerin özellikle anlaşma, uyumlu eylem şeklinde gerçekleştirdikleri danışıklı ilişkiye taraf olduğunun tespiti bazı durumlarda güçlük arz edebilmektedir. Rekabeti sınırlayan teşebbüslerin tespiti, davalının tespiti bakımından önemlidir. Piyasada anlaşma sonucunda oluşan bir fiyat karteli sonucu malın fiyatı yükseldiğinde benzer veya ikame mal üreten anlaşmaya taraf olmayan teşebbüslerin bu durumdan faydalanarak kendi ürünlerinin fiyatları yükseltmeleri

³⁸³ ŞANLI, s. 240.

durumunda, bu teşebbüslerin müşterileri anlaşmaya taraf olmayan bu teşebbüslere karşı tazminat talebinde bulunamazlar³⁸⁴. Zira bu teşebbüslerin davranışlarında hukuka aykırılık yoktur. Rekabeti ihlal eden teşebbüslerin davranışlarından faydalanmaktadırlar. Rekabete aykırı anlaşmaya taraf olmadıklarından, davranışları RKHK m.4'e aykırılık teşkil etmeyeceğinden, koruma normunun ihlali söz konusu değildir.

Teşebbüsün anlaşmaya taraf olabilmesi için, karteğe ilişkin kararlara, toplantı gibi faaliyetlere katılmış olması şart değildir. Aynı şekilde, teşebbüsün bu tür bir anlaşmaya taraf olarak addedilmemesi için, kartelde alınan kararlara uymaması yeterli değildir. Teşebbüsün bu ilişkiye taraf olmaması için, alınan kararlara uymadığını açık bir şekilde ilan etmiş olması gerekmektedir³⁸⁵. Aksi takdirde anlaşmanın tarafı olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla mahkemede davalı olarak gösterilecektir.

Öte yandan, RKHK m. 57'e göre bu Kanuna aykırı eylemin tarafı olan teşebbüsler, ortaya çıkan zarardan dolayı müteselsilen sorumludurlar. RKHK m. 4 veya birlikte hakim durum meydana getirilerek RKHK m.6'nın ihlali hâllerinde, bu ihlal sonucu ortaya çıkan zararın tazmini söz konusu olduğunda birden fazla davalının olacağı açıktır. Bu Kanunu ihlal eden teşebbüsler, zararın oluşumundaki payları ne olursa olsun zararın tamamından birlikte sorumludur. Bu durumda genel hükümler çerçevesinde dava bu teşebbüslerden birine, birkaçına ya da hepsine karşı açılabilir.

RKHK m.57 ve BK m. 50/I uyarınca, müteselsil sorumluluk söz konusu olduğunda, birden fazla kişinin ortak bir kusurla haksız fiil işlemleri gerekmektedir. Bu kişilerin kusurunun şekli, diğer bir ifadeyle, bu kişilerden bazılarının kast bazılarının ihmâl derecesinde sorumlu olmaları sonucu etkilemez. Önemli olan zarara sebep olan kişilerin önceden birbirleriyle işbirliği yapmaları, en azından birbirlerinin davranışlarından haberdar olmalarıdır³⁸⁶. Bu bağlamda, ortak kusurla hareket etmiş olmaları koşuluyla, birden fazla kişinin rekabet ihlali eylemindeki rolüne bakılmadan her biri müteselsilen sorumlu olacaktır. Rekabet hukuku açısından teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin tüzel kişiliğinin bulunması şart değildir. Ancak, tüzel kişiliği bulunmayan teşebbüslere karşı açılan davanın bunları oluşturan gerçek ve tüzel kişilere karşı açılması gerekir³⁸⁷.

³⁸⁴ ŞANLI, s. 252.

³⁸⁵ ARI, Danışıklılık, s. 234.

³⁸⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 697.

³⁸⁷ ASLAN, s. 787.

2.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

2.2.1. Görevli Mahkeme

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda, tazminat davalarına ilişkin görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesine dair düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle genel hükümler burada uygulama alanı bulmaktadır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali nedeniyle oluşan zararın giderimi talebiyle açılan tazminat davaları para ile ölçülebilen davalardandır. Konusu para ile ölçülebilen davalarda görevli mahkeme, davanın açıldığı tarihteki alacağın miktarına göre belirlenir (HUMK m. 2, 8/I)³⁸⁸. Bu nedenle tazminat davasında görevli mahkeme talep edilen tazminat miktarına göre değişecektir. Değeri yedi bin seksen lirayı geçmeyen (yedi bin seksen dahil) tazminat davaları için sulh hukuk mahkemesi yetkilidir. Yedi bin seksen liradan fazla olan tazminat davalarında asliye hukuk mahkemesi yetkilidir.

Tüketicilerin açacağı davaların ticari davalar için gerekli olan şartları taşıması pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle tüketicilerin, yukarıda anılan genel yetkili mahkemelerde dava açması gerekir. Öte yandan, tüketicilerin tazminat davasını tüketici mahkemelerinde de açıp açamayacakları da tartışılabilir. TKHK m. 23'e göre, bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır. TKHK m. 3'ün (h) bendine göre tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemidir. Dolayısıyla satıcılar ile tüketiciler arasında yapılan hukuki işlemlerde tüketici mahkemelerinin de yetkili olduğunun kabulü gerekir³⁸⁹.

Görevli mahkemenin belirlenmesinde rakip teşebbüsler ve müşteriler bakımından farklı bir sonuca ulaşılabilir. Açılan dava her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan davalar kapsamında bulunabilir. Zarar gören rakiplerin veya müşterilerin zarar verene karşı açacağı davaların nispi ticari davaların koşullarını taşıması pek muhtemeldir. Bu nedenle davanın ticaret mahkemesinde açılması gerekir. Bununla birlikte, davanın

³⁸⁸ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 123, 124.

³⁸⁹ ARI, Danışıklılık, s. 235.

açıldığı tarihteki alacağın miktarının yedi bin seksen lirayı geçmemesi hâlinde tazminat davaları sulh hukuk mahkemesinde görülür³⁹⁰.

Görevli mahkemenin belirlenmesinde genel hükümler çerçevesinde dava konusu alacağın değerine ve davacının niteliğine göre bir ayırım yapılması tazminat davalarının etkinliğini azaltmaktadır. Hukuka aykırılığın tespitinin belirli bir ihtisas gerektirmesi nedeniyle, özel bir düzenleme yapılarak bu Kanunun ihlalden doğan tazminat davaları için ihtisas mahkemelerinin kurulmasının yerinde olacağı düşünülmektedir³⁹¹.

2.2.2. Yetkili Mahkeme

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali nedeniyle oluşan zararın giderimi talebiyle zarar görenlerce açılan tazminat davalarında yetkili mahkeme, genel kural gereğince davalının ikametgâhı mahkemesidir (HUMK m. 9)³⁹². Kanunun ihlalinin üçüncü kişiler bakımından haksız fiil olması nedeniyle, ayrıca haksız fiilin vuku bulduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir (HUMK m. 21)³⁹³. İki yetkili mahkemenin hangisinde dava açılacağı konusunda seçim hakkı davacıya aittir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun söz konusu hükümlerini, RKHK m. 4 veya birlikte hakim durum meydana getirilerek RKHK m.6'nın ihlali hâlleri açısından yorumlamak gerekir. RKHK m. 57'ye göre, birden fazla teşebbüsün davranışları sonucunda ortaya çıkan zarardan, zarara neden olanların her biri müteselsilen sorumludur. Bu nedenle, Kanunun ihlalinin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle yetkili mahkemenin tespiti gerekir. Usul hukukunda kural olarak, davalı sayısı birden fazla ise davanın bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde açılması mümkündür (HUMK m. 9/2, c. 1). Ancak bu kuralın istisnası davalıların tamamı hakkında ortak yetkili mahkemenin bulunmasında görülür. Böyle bir durumda davalılardan birinin ikametgâhı mahkemesinde tazminat davası açılmaz. Örneğin bir haksız fiil birden fazla kişi tarafından işlenmiş ise bu kimselere karşı açılacak olan tazminat davasında yetkili

³⁹⁰ ARKAN, s. 104.

³⁹¹ Aynı yönde, Bkz. ARI, Danışıklılık, s. 235.

³⁹² KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 151.

³⁹³ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 164.

mahkeme, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesidir³⁹⁴. Bu durumda Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı eylem nedeniyle açılan tazminat davası haksız fiil teşkil ettiğinden ve bu haksız fiil RKHK m. 57 kapsamında birden fazla kişinin ortak kusuruyla gerçekleştirilmiş ise bu Kanuna aykırı eylemin işlediği yer mahkemesi uyuşmazlığı çözmekle yetkilidir³⁹⁵.

Haksız fiilin işlendiği yer tabiri zararın tecelli ettiği ve bu suretle haksız fiilin tamam olduğu yer şeklinde anlaşılabilir. Bunu sonucun meydana geldiği yer olarak anlamak doğru olur³⁹⁶. Zarar görenlerin, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal fiilinin etkilerinin meydana geldiği yer mahkemelerinde de dava açabilmeleri gerekir. Bu yer bir fazla ödenen bedel şeklinde bir zarar söz konusu olduğunda malın satın alındığı yer olup, davacının ikametgahıdır³⁹⁷.

Yabancı teşebbüsler tarafından Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali nedeniyle meydana gelen zararın tazmininde ihlalin etkileri Türkiye’deki mal veya hizmet piyasalarına görülüyorsa, “etki prensibi”nin doğal sonucu olarak (RKHK m. 2) tazminat davaları, rekabeti sınırlayıcı etkinin görüldüğü yer mahkemelerinde açılabilir³⁹⁸.

Yine, TKHK m.23/III uyarınca, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlali nedeniyle tüketiciler tarafından açılan davalar, tüketicinin ikametgahı mahkemesinde de açılabilir.

Genel hükümler çerçevesinde ulaşılan, açılan davada davacının ikametgahı mahkemesinin yetkili olduğunun özel bir düzenlemeyle belirtilmesi yerinde olur. Bu nedenle yetkili mahkeme bakımından özel bir düzenlemenin yapılması ve davacının ikametgahı mahkemesinin yetkili mahkeme olarak belirtilmesi uygun olacaktır³⁹⁹.

2.3. Zamanaşımı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlal edilmesi hâlinde meydana gelen sorumluluk özel hukuk açısından haksız fiil sorumluluğudur. Bu açıdan, Rekabetin

³⁹⁴ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 165.

³⁹⁵ ARI, Danışıklılık, s. 236.

³⁹⁶ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 165.

³⁹⁷ ARI, Danışıklılık, s. 236.

³⁹⁸ TİRYAKİOĞLU, s. 57.

³⁹⁹ Aynı yönde, Bkz. ARI, Danışıklılık, s. 237.

Korunması Hakkında Kanunda zararın tazmini için zamanaşımını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle burada, haksız fiile ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Yani BK m. 60 çerçevesinde zamanaşımının belirlenmesi gerekir. BK m. 60'da zamanaşımı, zararı ve zarar vereni öğrenme tarihinden itibaren bir yıl, her hâlıkarda on yıldır. Tüzel kişiler bakından dava açmaya yetkili organın öğrenmesi dikkate alınır. Bir yıl kısa zamanaşımı, on yıl ise uzun zamanaşımıdır. Haksız fiil devam ettiği süre zarfında zamanaşımı işlemeye başlamaz. Bu durumda fiilin etkileri devam ettiğinden zarar miktarı belli değildir. Fiil sona erdiği hâlike etkileri devam etmekte ise kısa zamanaşımı süresi işlemez⁴⁰⁰.

Zamanaşımında öngörülen sürenin belirlenmesinde iki sorun bulunmaktadır.

Bunlardan ilk sorun, Rekabet Kurulunun, RKHK m.4, 6 ve 7'nin ihlali hâlike karara bağladığı idari para cezalarına ilişkin zamanaşımının (RKHK m.19), BK m. 60/II hükmü kıyasen uygulanarak BK m. 60/I'de yer alan kısa zamanaşımı süresini uzatıp uzatmayacağı sorunudur⁴⁰¹.

İkinci sorun, zamanaşımında öngörülen sürenin başlangıcı, yani sürenin hangi andan itibaren hesaplanmaya başlanacağı açısından ortaya çıkmaktadır. Sorunun temelinde Rekabet Kurulu kararlarının bağlayıcı olup olmadığı tartışması yatmaktadır.

Her iki sorun da kısa zamanaşımı yönünden ortaya çıkmaktadır. Zira, BK m.60/I'de yer alan, “*her hâlike zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren...*” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, zamanaşımı için üst zaman sınırı –uzun zamanaşımı– belirlenmektedir.

RKHK m. 19 ve BK m.60/I çerçevesinde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ihlal edilmesi hâlike meydana gelen zararın tazmininde uzun zamanaşımı süresi on yıldır⁴⁰².

Her iki sorunun çözümünde Rekabet Kurulunun verdiği kararların hukuki nitelendirmesinden hareket edilmesi gerekir. Başka bir deyişle Rekabet Kurulunun verdiği kararların idare hukuku açısından değerlendirilmesi gerekir.

Bu kapsamda, her iki sorunun çözümü, Rekabet Kurulunun RKHK m. 4, 6 ve 7

⁴⁰⁰ EREN, Genel, s. 795; KILIÇOĞLU, A., s. 355; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 716; OĞUZMAN/ÖZ, s. 540-542.

⁴⁰¹ İnan, idari para cezalarına ilişkin zamanaşımı süresinin (RKHK m.19/a) ceza zamanaşımı süresi olduğu perspektifinden hareketle, BK m. 60/II'nin kıyasen uygulanacağı ve kısa zamanaşımının bu çerçevede üç yıl olacağı görüşündedir. Bkz. İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 601.

⁴⁰² ASLAN, s. 797.

kapsamında yapacağı değerlendirmede, ihlalin varlığına veya yokluğuna karar vermesinin, zararın tazmini açısından değerlendirilmesini gerekli kılar.

Bu noktada, Rekabet Kurumunun idari yapı içerisindeki yerine –yani Rekabet Kurulunun Kararlarının idare hukuku anlamındaki hukuki niteliğine- ve “Hukuka Aykırılığın Tespitinde Yetkili Makamlar” başlığında ulaşılan sonuca yönelik iki husus çerçevesinde sorun çözümlenmektedir. Ancak, ilk sorun açısından geniş kapsamlı bir değerlendirme gerekmez. Şöyle ki, RKHK m.18/I/1’de yer alan hükümde, “*Bu Kanunda düzenlenen her türlü para cezası idari nitelikte para cezasıdır.*” denilmektedir. BK m.60/II hükmü ise açıkça ceza kanunu kapsamında ceza zamanaşımını düzenlemektedir. Oysa RKHK m.18/I/1, cezanın idari nitelikte olduğunu açıkça belirtmektedir. Bu nedenle kısa zamanaşımı süresi bir yıldır.

Rekabet Kurulunun, idare hukuku anlamında gerek kişiler yönünden bireysel kararları, gerek grup muafiyeti tebliğleri gibi genel düzenleyici işlemleri idari işlemlerdir. Bu nedenle, esasen hiçbir şekilde zararın tazmini açısından bağlayıcılığı olmadığı⁴⁰³ söylenebilmekle birlikte, Rekabet Kurulunun dolayısıyla Rekabet Kurumunun münhasır yetkileri açısından durum değişmektedir. Bu durum hukuka aykırılık bağlamında “Hukuka Aykırılığın Tespitinde Yetkili Makamlar” başlığında değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmenin sonuçlarına göre, mevcut hukuki durum itibarıyla, Rekabet Kurulunun bireysel muafiyet ile birleşme ve devralmalara yönelik iki kesin yetkisi bulunmaktadır. Bu durumlarda mevcut hukuki durum çerçevesinde adliye mahkemelerinin hukuka aykırılığı değerlendiremeyeceği kanaatindeyim. Ancak Rekabet Kurulu kararlarının Türk hukuk sisteminde olması gereken hukuk açısından hiçbir şekilde bağlayıcı olmaması gerekir⁴⁰⁴.

Öte yandan, Kurumun kesin yetkisi içerisinde bulunan bir konu hakkında görülmekte olan davada Rekabet Kurulunun bu konuda karar verip vermediğinin araştırılması gerekir. Ancak, idari makamların işlemleri adliye mahkemelerinde görülmekte olan bir davada bekletici mesele yapılamaz⁴⁰⁵. Bu açıdan burada kısa zamanaşımı süresinin, Rekabet Kurulunun ihlalin varlığına yönelik nihai kararının zarar gören tarafından öğrenildiği tarihten itibaren başlaması gerekir⁴⁰⁶. Zira Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda bu hususta hüküm bulunmadığından, BK m. 60/I’de,

⁴⁰³ İNAN, Adliye Mahkemeleri, s.596, 597.

⁴⁰⁴ İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 599.

⁴⁰⁵ Adliye mahkemelerinde görülmekte olan bir davada bekletici meselelerle ilgili olarak ayrıntılı bilgi için, Bkz. İNAN, Adliye Mahkemeleri, s. 600, 601.

⁴⁰⁶ ASLAN, s. 797.

“...mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ittılai tarihinden itibaren ... Mürurundan sonra istima olunmaz.” şeklinde ifade edilen hükmün kıyasen uygulanması gerekir.

Bu anlamda, hukuka aykırılığı öğrenme tarihi, dolayısıyla hukuka aykırı fiili ve bunun sonunda Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal eden zarar vereni öğrenme tarihi olmaktadır. Rekabet Kurulunun hukuka aykırılığı tespit ettiği tarih, kısa zamanaşımında ön görülen süresinin başlangıcı olan zarar ve zarar vereni öğrenme tarihi açısından dikkate alınmalıdır. Zarar görenin hukuka aykırılığı öğrenme tarihleri şunlardır:

- RKHK m. 47/V/2 hükmü çerçevesinde, zarar gören veya yetkili temsilcisi sözlü savunma toplantılarına katılabileceğinden, toplantıya katılan zarar gören veya yetkili temsilcisine RKHK m. 48/I uyarınca verilen nihai karar sözlü savunmadan sonra aynı gün açıklanabileceğinden, kararın alındığı sözlü savunma toplantısı tarihi, hukuka aykırılığı öğrenme tarihidir.
- RKHK m.54 kapsamında Rekabet Kurulunun gerekçeli kararları taraflara tebliğ edildiğinden, zarar görene veya yetkili temsilcisine gerekçeli kararın tebliğ tarihi, hukuka aykırılığın öğrenme tarihidir.
- Rekabet Kurulunun gerekçeli kararları Resmi Gazetede yayımlandığından, Resmi Gazetenin yayımlandığı tarih, hukuka aykırılığın öğrenme tarihidir.

Öte yandan, Rekabet Kurulunun kesin yetkisinin bulunmadığı münhasır yetkileri ve diğer bütün hukuka aykırılık hâllerinde adliye mahkemelerince doğrudan Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlalden meydana gelen tazminat talepleri muhakeme edilebileceğinden, bu hâllerde BK m. 60/I uyarınca, zararın ve zarar verenin öğrenilmesinden itibaren kısa zamanaşımı bir yıldır.

SONUÇ

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda rekabet ihlallerinin piyasaya düzenine olan olumsuz etkilerinin önlenmesine yönelik yasaklama ve bu yasağa aykırı davranışların idari yaptırıma bağlanmasıyla yetinilmemiş, aynı zamanda bu Kanunda ihlalden dolayı zarar görenlerin zararlarının tazmini de kabul edilmiştir. Böylelikle kanun koyucu üçüncü kişilerin zararlarının tazmini boyutunda hukuka aykırılık bağı tartışmasına yer bırakmamıştır. Kanun koyucu zararın tazmini noktasında BK m. 41'e atıf yapmak yerine, genel hükümlerden ayrıksı bazı hususlara yer vererek, RKHK m. 57 ve devamında düzenleme yapmayı tercih etmiştir. RKHK m. 57 kapsamında rekabetin ihlal edilmesi nedeniyle zarar görenlere zararlarının tazmini imkânının tanınmasıyla, rekabet kültürünün oluşumu hızlandırılmıştır. Kamu hukukundan kaynaklanan yaptırımların yanında özel hukuk yaptırımlarının da uygulanması öngörülerek, etkin rekabetin oluşumunda vazgeçilmez bir yapı oluşturulmuştur.

Ülke ekonomisinin gelişimi ve serbest piyasa düzeninin sağlıklı işleminde kamu hukukundan kaynaklanan yaptırımların yanında özel hukuk yaptırımlarının biri diğerinin tamamlayıcısı olarak birlikte uygulanması şarttır.

Ancak, açılan tazminat davalarında Rekabet Kurumu ve Kurumun karar organı olan Rekabet Kurulu kararlarıyla ilgili değerlendirmeleri kapsamında Yargıtay'ın tutumu rekabet hukukunun gelişiminde ümit kırıcıdır. Oysa ki Kanunun uygulaması kapsamında, hukuka aykırılığın değerlendirilmesinde, karşımıza Rekabet Kurulu, Danıştay ve adliye mahkemeleri olmak üzere üç yetkili makam çıkmaktadır. Zararın tazmini sorununun değerlendirilmesinde, bu üç yetkili organ arasında yetki paylaşımı bakımdan kesişmeler olabilmektedir. Rekabetin bozulması hâlinde idari para cezası verme yetkisi bulunan Rekabet Kurulunun, Kanunun ihlalinden zarar görenler lehine tazminata hükmetme yetkisi bulunmamaktadır. Bu yetki adliye mahkemelerine verilmiştir. Bu nedenle rekabetin etkin olduğu bir piyasa düzeninin oluşması için adliye mahkemelerinin bu yetkilerini kullanması gereklidir. Öte yandan, bu üç makamın kararları arasında muhtemel çelişkilerin meydana gelmemesini teminen, açılan davadan önce Rekabet Kurulu Kararı varsa, bu Kararın kesinleşmiş, diğer ifadeyle, Danıştay aşamasından geçmiş olması, açılan tazminat davası sırasında Kurul Kararı yoksa, Rekabet Kurulunun zorunlu resmi bilirkişi olarak atanması yönünde Kanunda düzenleme yapılmalıdır.

Ayrıca, adli mahkemelerin tazminata hükmedebilmesi için hakimlerin rekabet hukukunu iyi bilmesi, özellikle rekabet ihlallerini saptayabilmesi gerekir. Hakimlerin tamamının rekabet hukukunu iyi bilmeleri beklenemeyeceğinden, ihtisas mahkemeleri kurulmasında fayda bulunmaktadır. Yine bu bağlamda, özel hukuk davalarının özendirilmesi ve kolay açılabilmesini teminen özel yetki kuralı öngörülerek, davacının ikametgahı mahkemesinin yetkili mahkeme olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Rekabetin ihlali çok çeşitli davranışlar sonucunda meydana gelmekte, davranış altında yatan güdüye ve ekonomik ilişkilerin bağımlılığı çevresinde, ekonomide bir birinden farklı ve bazen haddinden fazla kişi üzerinde zarar oluşmaktadır. Özellikle tüketicilere dava hakkı tanınmasıyla usul ekonomisi olumsuz yönde etkilenmektedir. Bu nedenle Kanunda düzenleme yapılarak, toplu dava ve tüketici birliklerine dava açma hakkı tanınmalıdır. Keza, zararın aktarılması savunması kabul edilmeyip, dolaylı alıcıların zararlarının yansıma zarar olmadığı, tazmin edilmesi gereken bir zarar olduğu gözetilerek, doğrudan alıcılarla dolaylı alıcılar arasında hükmedilecek tazminatın paylaşılması yöntemi benimsenmelidir. Açılan toplu dava sonucunda verilecek karar davaya dahil olmak istediklerini bildirenler hakkında kesin hüküm teşkil etmelidir.

Zararın tazmininde RKHK m. 58’de rekabetin ihlali hâlinde, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr çerçevesinde, maddi zararının belirlenmesi ve tazmini düzenlenmiştir. Meydana gelen zararın ekonomik zarar olduğu ve ispatında yaşanacak güçlük dikkate alınarak, zararın ispatı noktasında konuya müteallik BK m. 42/II ile Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır.

RKHK m.58’in ikinci fıkrasında, “*tarafaların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmali*”nin olduğu hâllerde” ifadesinden hakim durumun kötüye kullanması şeklinde rekabet ihlalleri için ağır kusur şartının aranacağı sonucuna ulaşılması gibi yanlış anlaşılmalara meydan vermemek için, fıkra, tarafların kastı veya ağır ihmali olarak düzeltilmelidir. Aynı fıkrada, tazminatın zararı aşamayacağı ilkesinden ayrılarak, zarar verenin cezalandırılması ve zarar görenin teşviki amacıyla “zararın üç katı oranında” tazminata hükmedilebileceğine yer verilmiştir. Hakimler nezdinde üç katı tazminatın uygulanmasının daha rahat benimsenmesi, uygulanabilirlik sağlanması, zarar gören herkesin özellikle tüketicilerin üç katı tazminat talep ederek zarar veren yönünden ekonomik yıkıma sebebiyet verilmemesi için hüküm Kanunda yeniden düzenlenerek, “üç katına kadar” şeklinde kaleme alınmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Yine, Tıpkı Türk Borçlar Kanununun yorumlanmasında mehz İsviçre kaynaklarından yararlandığı gibi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun

yorumlanmasında da AB düzenlemeleri, Komisyon ile Adalet Divanının kararlarından ve ABD uygulamalarından yararlanılmalıdır. Hukukumuzda uygun düştüğü ölçüde bu kaynaklar iç hukuka aktarılmalıdır.

Sonuç olarak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun iktibas edilerek hazırlandığından, Türk sorumluluk hukuku sistemine uygun düşmemektedir. Bu uyumsuzluk Kanunun etkin bir şekilde uygulamasını etkilemektedir. Bu nedenle bir an önce Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümleri Türk sorumluluk hukuku sistemine uygun hâle getirilmelidir.

KAYNAKÇA^(*)

KİTAPLAR, MAKALELER, TEZLER, TEBLİĞLER

- AKINCI, Ateş : ABD ve AT'deki Son Gelişmeler Işığında Türk Rekabet Hukuku Uygulamasının Genel Değerlendirmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, Kayseri, 2006, s. 1–20 (Kısaltılmışı: AKINCI; Genel Değerlendirme).
- AKINCI, Ateş : Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, 2001 (Kısaltılmışı: AKINCI, Yatay Kısıtlama).
- AKSOY, Nazlı : Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Serisi, ANKARA, 2004.
- AKÜNAL, Teoman : Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, Doçentlik Tezi, İSTANBUL, 1977.
- ARI, Zekeriya : Rekabet Hukukunda Danışıklık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, 1. Bası, Ankara, 2004 (Kısaltılmışı: ARI, Danışıklılık).

^(*) Eserlere yazarların soyadlarıyla atıf yapılmıştır; aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıfların kısaltılmış şekli parantez içerisinde gösterilmiştir.

- ARI, Zekeriya : Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Rekabet Derneği Rekabet Forumu, S.26, T. 20 Eylül 2006, s.9 vd. (Kısaltılmışı: ARI, Üç Katı Tazminat).
- ARKAN, Sabih : Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2007.
- ASLAN, İ. Yılmaz : Rekabet Hukuku, 4. Bası, Ankara, Bursa, 2007.
- AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze : Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000.
- ATAMER, Yeşim : Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, 1. Bası, İstanbul, 1996.
- ATİLA, Metin Hakan : Rekabet Hukuku Açısından Zarar, Rekabet Hukuku Bülteni, S.15, T. 20.09.2005, s. 7 vd.
- AYHAN, Rıza : Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Doktora Tezi, Konya, 1990.
- AZRAK, Ülkü : Bağımsız İdari Otoriteler Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 5 Kasım 2001, s.19-27.
- BUDAK, Ali Cem : Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Rekabet Kurumu, Ankara, 2004, s. 37-54.
- CAN, Mustafa Erdem : Hukuki Açından Elektrik Piyasasında Rekabet, 1. Bası, Ankara, 2006.

- CENGİZ, Dilek : Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, 1. Bası, İstanbul, 2006.
- CLARK/HUDGES/WIRTH : Study On Conditions Of Claim For Damages In Case Of Infringement Of EC Competition Rules: Anaysis Of Ecomomic Model For The Calculation Of Damages, Ashurst, 2004.
- CLIFFORD, A, Jones : Private Enforcement Of Antitrust Law In The EU, UK And USA, Oxford University Pres, 1999.
- EĞERCİ, Ahmet : Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2004.
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, 2008 (Kısaltılmışı: EREN, Genel).
- EREN, Fikret : Hukuka Aykırılık Bağı veya Koruma Amacı Teorisi, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya Armağan, Ankara, 1975, s. 461-491 (Kısaltılmışı: EREN, Normun Koruma Amacı).
- ERİŞ, Gönen : Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara, 1992.
- GÜL, İbrahim : Teşebbüsün Alıcılara Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumun Kötüye Kullanması, Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000.

- GÜNDAY, Metin : Bağımsız İdari Otoriteler Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001, s. 73-79.
- GÜVEN, Pelin : Rekabet Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2008 (Kısaltılmışı: GÜVEN, Rekabet).
- GÜVEN, Pelin : Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, Kayseri, 2007, s. 211-259 (Kısaltılmışı: GÜVEN, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davaları).
- GÜVEN, Pelin : Rekabet İhlalinden Doğan Zararların Tazmini Konusunun Motorlu Taşıtlar Sektörü ve Bu Sektörle İlgili Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 648-669 (Kısaltılmışı: GÜVEN, Motorlu Taşıt).
- GÜRZUMAR, Osman Berat : Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bildiriler-Tartışmalar Panel, 4054 Sayılı 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyum (7-8 Ekim 2005) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (2006/I), s. 115-185.
- İKİZLER, Metin : Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, 1. Bası, Ankara, 2005.

- İNAN, Nurkut : 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış, Tebliğ, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, Kayseri, 9 Nisan 2004, s. 43-56 (Kısaltılmışı: İNAN, Eleştirisel Bakış).
- İNAN, Nurkut : Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü, Ankara Barosu Uluslararası Hukuku Kurultayı 2002 Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara, 2002, s. 590–629 (Kısaltılmışı: İNAN, Adliye Mahkemeleri).
- KANETİ, Selim : Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, 2007.
- KARAHASAN, M. Reşit : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 2003.
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler 10. Bası, Ankara, 2008 (KILIÇOĞLU, A.).
- KILIÇOĞLU, Mustafa : Sorumluluk Hukuku, Sözleşme Dışı Sorumluluk C.1, 1. Bası, Ankara, 2002 (KILIÇOĞLU, M.).
- KORTUNAY, Ayhan : AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Tebliğ, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI, Kayseri, 2004, s. 33-61.

- KURU, Baki/ : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 19. Bası, Ankara, 2008.
- ARSLAN, Ramazan /
- YILMAZ, Ejder
- NOMER, Haluk : Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, 1. Bası, İstanbul, 1996 (Kısaltılmışı: NOMER, Haksız Fiil).
- NOMER, Haluk : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2007 (Kısaltılmışı: NOMER, Genel).
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 2009.
- ÖZSUNAY, Ergun : Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Ankara, 2005, s. 117-153.
- REİS OĞLU, Safa : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2008.
- SANLI, Kerem Cem : Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri, 2003, s. 211-273.

- SAYHAN, İsmet : Rekabet Düzenin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler Bakından Hukuka Aykırılık, Rekabet Dergisi, S. 17 (Ocak-Şubat-Mart 2004), s.4-33 (Kısaltılmışı: SAYHAN, Düzenlemeler Bakımından Hukuka Aykırılık).
- SAYHAN, İsmet : Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırları, FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.5, S. 2005/3, s. 29-62 (Kısaltılmışı: SAYHAN, Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık).
- TANDOĞAN, Haluk : Türk Mesuliyet Hukuku, ANKARA 1961, (Kısaltılmışı: TANDOĞAN, Mesuliyet).
- TANDOĞAN, Haluk : Kusura Dayanman Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981 (TANDOĞAN, Kusursuz).
- TANDOĞAN, Haluk : Hukuka Aykırılık Bağlı MHE Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu Ankara 21–22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s.5–27 (Kısaltılmışı, TANDOĞAN, Hukuka Aykırılık).
- TEKİNAY, S. Sulhi/ : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993.
- BURCUOĞLU, Haluk/
- ALTOP, Atilla/AKMAN, Sait

- TİRYAKİOĞLU, Bilgin : Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, 1997.
- TİFTİK, Mustafa : Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara, 1994.
- TOPÇUOĞLU, Metin : Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001.
- UMAR, Bilge - YILMAZ, Ejder: İspat Yükü, 2.Bası, İstanbul 1980.
- WALLER, Spencer Weber : Rekabet Hukuku Uygulanmasında Yapıcı Bir Kamu Ve Özel Kesim Ortaklığına Doğru, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, , Kayseri, 2006, s. 39 – 63.
- YILMAZ, Ejder : Son Gelişmeler Işığında Rekabet Hukukumuzdaki Güncel Usul Hukuku Sorunlarına Genel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, Kayseri, 2006, s. 63 – 79 (Kısaltılmışı: YILMAZ, Rekabet Hukukunda Usul Hukuku Sorunları).
- YILMAZ, Ejder : Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara, Kasım-1999, s.78-131 (Kısaltılmışı: YILMAZ, Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat).

DERGİLER VE KARARLAR, İNTERNET KAYNAKLARI

Green Paper, Damage Actions For Breach of The EC Antitrust Rules, Brussels, 19.12.2005, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:EN:PDF>, (Kısaltılmışı: Yeşil Kitap).

Commission Staff Working Paper Annex to The Green Paper Damages Actions For Breach Of The EC Antitrust Rules, Brussels, 19.12.2005, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf, (Kısaltılmışı: Yeşil Kitaba İlişkin Çalışma Belgesi).

Commission Staff Working Paper Accompanying The White Paper On Damages Actions For Breach Of The EC Antitrust Rules Brussels, 2.4.2008, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/working_paper.pdf, (Kısaltılmışı: Beyaz Kitaba İlişkin Çalışma Belgesi).

Belgische Radio en Televisie v. SV SABAM, Case 127-73, European Court Reports, 1974, Page 51, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973J0127\(00\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973J0127(00):EN:HTML).

Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities, Case 48-69, European Court Reports 1972, s. 61, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969J0048:EN:HTML>.

Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Case, C-295/04, European Court Reports, 2006, <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=en&newform=newform&Submit=Submit&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&alldocrec=alldocrec&docj=docj&docor=docor&docop=docop&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&radtypeord=on&typeord=ALL&docnodecision=docnodecision>

n&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=COURAGE&domaine=&mots=&resmax=100.

Courage Ltd. v. Bernard Credan, Case C-453/99, European Court Reports, 2001,

[http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&newform=newform&Submit=Submit&alljur=alljur&juredj=juredj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&alldocrec=alldocrec&docj=docj&docor=docor&docop=docop&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&radtypeord=on&typeord=ALL&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=manfredi&domaine=&mots=&resmax=100)

bin/form.pl?lang=en&newform=newform&Submit=Submit&alljur=alljur&juredj=juredj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&alldocrec=alldocrec&docj=docj&docor=docor&docop=docop&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&radtypeord=on&typeord=ALL&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=manfredi&domaine=&mots=&resmax=100

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 19, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 599 (Kısaltılmışı: Tutanak Dergisi).

Yargıtay 19. HD, T. 01.11.1999, E.1999/3350, K.1999/6364, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi FM R, C.1, S. 2, Y. 1, s. 208, 209 (Kısaltılmışı: FMR).

Yargıtay 19. HD, T.06.11.2006, E. 2006/2809, K. 2006/10346 (www.kazanci.com).

Yargıtay 19. HD. T. 29.11.2002, E. 2002/2827, K. 2002/7580 (www.kazanci.com).

Yargıtay 11 HD. 16.06.1997 T. E.4268, K.4712, (2000 Corpus, CD-Medya).

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI : Metin Hakan ATİLA

Doğum Tarihi ve Yeri : Ankara 1979

Medeni Durumu : Bekar

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : Sokullu Mehmet Paşa Lisesi Yabancı Dil Ağırlıklı Bölümü
(Süper Lise)

Lisans Diploması : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil / Diller : İngilizce

İş Deneyimi

Stajlar : Avukatlık Stajı

Çalıştığı Kurumlar : Türk Telekomünikasyon A.Ş. Hukuk Başkanlığı (Avukat)

Türk Telekomünikasyon A.Ş. Regülasyon ve Destek Hizmetleri
Başkanlığı Regülasyon Uyum Direktörlüğü Regülasyon Hukuku
Müdürlüğü (Avukat)

Adres : Harbiye Mh. Veda Sk. 4/22 Dikmen/ANKARA

Tel. no : (312) 479 25 24