

# REKABET HUKUKUNDA ÜÇ KAT TAZMİNAT

DOÇ. DR. METİN TOPÇUOĞLU

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ İKTİSADÎ VE İDARÎ  
BİLİMLER FAKÜLTESİ ÖĞRETİM ÜYESİ

Sayın Başkanım, çok teşekkür ederim. Gerçekten bir hukuk bilgesinin oturma başkanlığı yaptığı toplantıda konuşmacı olmak benim için çok ayrı bir şeref ve ağır bir sorumluluk. Bu vesileyle kendimi şanslı hissediyorum. Sayın dekanlarım, kıymetli hocalarım, çok seçkin misafirler; Rekabet Hukukunda 3 Kat Tazminat konulu ABD uygulamasında oldukça yaygın, önemli, caydırıcı ve o yönüyle de hep ilgi çekici bir konuyu takdim etmeye çalışacağım.

## **I) Genel BİLGİ**

Kusur şartına bağlı ve zararlar sınırlı geleneksel tazminat anlayışının, rekabet ihlalleri ile mücadelede idari yaptırıma ek olarak, beklenen etkiyi göstermediği açıktır. Buna karşılık, tazminat taleplerinin rekabet ihlalleri ile mücadelede önemli bir yol olacağı iddiasına, ABD uygulamasındaki üç kat tazminat (treble damage) sisteminin kuvvetli bir destek sağladığı söylenebilir. Gerçekten, üç kat tazminat anlayışı ile rekabet ihlallerinden zarar görenler, tazminat davası açmak için teşvik edilmiş; buna karşılık, söz konusu ihlallerle rakiplere, alıcı ve nihai tüketicilere zarar vermek isteyenler ise caydırılmak istenmiştir.

## Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009

Üç kat tazminat, bir rekabet ihlaldinden zarar gören kimsenin talebi üzerine ve mahkeme tarafından, maruz kalınan zararın üç katı oranında kararlaştırılabilen bir tazminat türüdür<sup>1</sup>. Bu yol, AB’ni de etkilemiş ve Komisyon, tazminat davalarını yaygınlaştırmak amacıyla, ABD uygulamasına paralel şekilde, tazminatın kapsamını genişleterek iki katı tazminat (double damage) önerisini getirmiştir<sup>2</sup>.

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un<sup>3</sup> (RK) 57. maddesine göre, Kanun’a aykırı eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan kimseler bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdurlar. Kanun’un bu sorumluluk ilkesi dışında, rakip teşebbüsleri veya doğrudan tüketicileri hedef alan rekabeti kısıtlayıcı ya da alıcıları<sup>4</sup> sömürmeye yönelik davranışlar (piyasaya girişin engellenmesi, ayırımçı uygulamalara gidilmesi, bağlayıcı kayıtlar konulması, boykot, üretimin sınırlandırılması, fahiş fiyat uygulaması vs.), haksız fiil sorumluluğuna da yol açacaktır. Özellikle ahlaka aykırı bir fiil ile bilerek başkasının zararına sebep olan şahıs, bu kimselerin zararını tazmin etmek zorundadır (BK m. 41/2).

Birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkan zararlarda, zarara sebep olanlardan her biri müteselsilen sorumludur (BK m. 50, RK m. 57). Kanun koyucu, tazminat sorumluluğu ile ilgili genel hükümlere atıf yapmamış, rekabet ihlallerinden doğan tazminat sorumluluğunu özel olarak düzenlemiş, üç kat tazminat sistemini de böylece hukuk sistemimize kazandırmış bulunmaktadır.

<sup>1</sup> Bkz. SHENEFIELD, John H.; STELZER, Irwin M., The Antitrust Laws, American Enterprise Institute 2001, s. 24; COLLIN, Thomas J., Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner’s Handbook, American Bar Association, 1998, s. 23 vd. ABD uygulamasında üç kat tazminat talebini konu edinen davaların, ABD resmi makamlarının açtığı soruşturmalardan daha fazla olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2005, s. 691.

<sup>2</sup> Bkz. Commission Staff Working Paper (Brussels, 19.12.2005, SEC(2005) 1732), p. 150. AB uygulamasında tazminat davalarına ilişkin gelişmeler için bkz. KORTUNAY, Ayhan, “AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - VI, 4-5 Nisan 2008, Kayseri, s. 89-117.

<sup>3</sup> RG, 13.12.1994, S. 22140.

<sup>4</sup> “Alıcı” kavramı geniş anlamda yani, bir malın tüketicisi (son kullanıcı) dâhil olmak üzere, ticari amaçlarla edinenleri de kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

## II) Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu İle İlgili Hükümler

Kanunumuzda tazminat sorumluluğu, “Tazminat Hakkı” ve “Zararın Tazmini” başlıkları altında iki ayrı maddede düzenlenmiştir:

### 1) Tazminat Hakkı

“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 hâkim 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” (RK m. 57).

### 2) Zararın Tazmini

“Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.

Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir” (RK m. 58).

## III) Tazminat Sorumluluğunun Esası

### 1) Üç Kat Tazminat Sisteminin Niteliği

Rekabet Kanun’unun sorumluluk hukukuna kazandırdığı yeni bir tazmin şekli, “üç kat tazminat” sistemidir. Esasını ABD antitröst hukukunda bulan üç kat tazminat sisteminin, yasak faaliyetleri icra eden teşebbüsleri cezalandırma, mağdur kişi veya teşebbüsleri ise dava açmak için teşvik amacına yönelendiği söylenebilir<sup>5</sup>. Kanun, hâkime, ortaya çıkan zararın, tarafların kasıtlı

<sup>5</sup> Rekabet ihlalleri ayrıca, ABD ve Japonya Rekabet Hukuku uygulamasında hürriyeti bağlayıcı ceza ile de cezalandırılmaktadır. Bkz. KAUPER, Thomas E., “The Treatment of Cartels

davranışlarından veya ağır ihmalinden kaynaklandığı hallerde, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın karşılığına ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmeleri muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilme yetkisi vermiştir. Kanun koyucu böylece, kasten veya ağır ihmal yoluyla, rekabetin kısıtlanmasına dolayısıyla teşebbüslerin zarara uğramasına sebep olan kimseleri (teşebbüsler) üç kat tazminat tehdidiyle caydırmak, zarara maruz kalan kimseleri de kanun yoluna başvurmak açısından cesaretlendirmek veya teşvik etmek istemiştir<sup>6</sup>. Bu yönüyle üç kat tazminat sistemi, teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere girişmelerini önlemek bakımından, bir tür kanundan doğan cezaî şarttır<sup>7</sup>.

Üç kat tazminat, manevi tazminat hakkı dışında seçimlik bir haktır. Zira, “hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir” (RK m. 58/2). Görüldüğü gibi, üç kat tazminatın temelini oluşturan “zarar”, “maddi zarar” ve “zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kâr” miktarı ile sınırlandırılmıştır. Mağdur, rekabet ihlali ile uygun illiyet bağı çerçevesinde kalan maddi zararın her çeşidini<sup>8</sup> veya sözkonusu zararların üç katını tazminat olarak isteyebilecektir. Şu halde, kast veya ağır ihmal şartına bağlı üç kat tazminat sistemi zarar görenin, normal tazminat talebine ek olarak seçimlik bir hakkıdır. Şüphesiz mağdur, ya maruz kaldığı zararı veya alternatif olarak karşı tarafın elde ettiği kârı ya da bunların üç katını tazminat olarak talep edebilecektir.

---

under the Antitrust Laws of the United States” in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 86-90; AGNEW, J. H., Competition Law, London 1985, s. 195, 196; MATSUSHITA, Cartels under the Japanese Antimonopoly Law, s. 70; UESUGI, Akinori, “Japonya’daki Tekel Karşısı Kanun Uygulamasının Japon Ekonomisindeki Yeri Nedir?”, Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu, 5-6 Ekim 1998 İstanbul, s. 189. Ayrıca bkz. AKINCI, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s. 386, 388.

<sup>6</sup> Bu durum amaç bakımından Borçlar Kanunundaki ceza şartıyla (m. 158) karşılaştırılabilir. Cezaî şart, alacaklının ifayı elde edebilmek için borçluya karşı kullanabileceği bir baskı vasıtasıdır (Geniş bilgi için bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1133 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 341 vd.).

<sup>7</sup> Üç kat tazminat sisteminin “ceza tazminatı” (ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 691), “özel tazminat” (AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, s. 184), medeni ceza (İNAN, Nurkut, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 52) olarak nitelendirildiği görülmektedir.

<sup>8</sup> Maddi zararın çeşitleri hakkında geniş bilgi için bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 477-482.

Hukukumuzda üç kat tazminat sistemine benzer başka düzenlemeler de bulunmaktadır. Bilindiği gibi 1447 sayılı Ticarî İşletme Rehni Kanunu'na<sup>9</sup> göre rehin verenin, alacaklının muvafakati olmaksızın, işletmeyi veya rehne dâhil münferit unsurları devretmesi, başkalarıyla değiştirmesi yahut aynı bir hakla takyit etmesi ya da alacaklıya zarar vermek kasdıyla tahrip veya yok etmesi, alacaklının şikâyeti üzerine ilgilinin hapis ve adli para cezasıyla cezalandırılmasını gerektirir [TİRK m. 12/1 (23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun ile değişik hali)]. Ayrıca, talep üzerine hâkim, rehin verenin kusurunu dikkate alarak, rehinele temin edilen alacak miktarına kadar alacaklıya munzam bir tazminatın ödenmesine de karar verebilir (TİRK m. 12/3)<sup>10</sup>. Aslında rehin verenin ödemek zorunda kalacağı munzam (ilave) tazminatın, rehin ala-

<sup>9</sup> RG, 28.7.1971, S. 13909.

<sup>10</sup> Hukukumuzda üç kat tazminat sistemine benzer diğer hükümler:

1) 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

“Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.

İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir” (FSEK m. 68).

2) 4857 sayılı İş Kanunu

İşverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. 18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkraya uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir (İK m. 17/6).

3) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı

“Taşıyıcının, taşıma süresinin aşılmasından doğan sorumluluğu, taşıma ücretinin üç katı ile sınırlıdır” (TTK Tasarısı m. 882/3).

“Taşıyıcı, taşıma işinin yapılmasına ilişkin olarak sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlâli nedeniyle meydana gelen ve eşyanın ziya veya hasarından veya taşıma süresinin aşılmasından kaynaklanmayan, eşya veya kişi zararları dışında kalan zararlardan tam ziya halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının üç katı ile sınırlı olmak üzere sorumludur” (TTK Tasarısı m. 884).

“Sözleşmenin bitiminde gemiyi iadede geciktiği takdirde kiracı, geciktiği zaman dilimi için, kira sözleşmesinin bittiği tarihte ödemesi gereken kira bedelinin iki katını ödemekle yükümlüdür, meğerki bu yüzden daha yüksek bir zararın meydana geldiği ispat edilmiş olsun. Tazminat miktarına esas tutulacak gecikme süresi, onbeş günden az olamaz” (TTK Tasarısı m. 1129).

caklısının maruz kaldığı zararlar herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. İşte üç kat tazminat sisteminde olduğu gibi, buradaki munzam tazminatın da bir tür kanundan doğan cezaî şart sayılması gerektiğini söyleyebiliriz<sup>11</sup>.

Üç kat tazminat esasının nasıl nitelendirileceği hususu, milletlerarası özel hukuk açısından da önem taşımaktadır. Zira üç kat tazminat yolunun ceza mahiyeti kabul edilirse, üç kat tazminata ilişkin mahkeme kararlarının tenfizinde güçlük çıkacaktır. Çünkü milletlerarası özel hukuk alanında, ceza ilamlarının tenfizi mümkün değildir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'unumuzun (MÖHUK)<sup>12</sup> 50/1 maddesi hükmüne göre, yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de icra olunabilmesi, bu davaların hukuk davalarına ilişkin olması şartına bağlıdır<sup>13</sup>. Bu açıdan yabancı kararın hukuk, ceza veya idare mahkemelerinden verilmesi şart olmayıp, verilen kararın özel hukuk ilişkilerini konu edinen bir uyuşmazlıktan doğması gerekli ve yeterlidir.

## 2) Tazminat Sorumluluğunda Kusurun Rolü

### A) Genel Olarak

Rekabet sınırlamaları da tıpkı haksız rekabet gibi, özü itibarıyla bir haksız fiildir. Kanun'un 57. maddesi ile özel olarak düzenlenen sorumluluğun kusur ilkesine mi yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine mi dayandığı hususu tartışmaya açıktır. Çoğunluk görüşüne göre, Kanun'un 57. maddesi ile kabul edilen sorumluluk "kusur" sorumluluğudur<sup>14</sup>. Tasarı'da<sup>15</sup> çoğunluk görüşü esas alınmış ve "kusur" şartına özellikle yer verilerek sorumluluğun esasına ilişkin tereddüt giderilmek istenmiştir. Tasarı'nın öngördüğü RK m. 57/1 hükmü şu şekildedir: "Her kim, *kusurlu olarak*, 4 üncü madde kapsamında olan ve muafiyetten yararlanmayan anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile rekabeti

<sup>11</sup> Ticarî işletme rehniyle ilgili munzam tazminat hakkındaki aynı düşünce için bkz. ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2005, s. 53, dpn. 3 (ve burada işaret edilen KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun konuşması).

<sup>12</sup> RG, 4.12.2007, 26728.

<sup>13</sup> Ancak, yabancı mahkemelerin ceza ilamlarının kişisel haklara ilişkin hükümlerinin de tenfizi mümkündür (MÖHUK m. 50/2).

<sup>14</sup> Bkz. SANLI, Kerem Cem, "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I, 4 Nisan 2003, Kayseri, s. 226-228; GÜVEN, Pelin, Rekabet Hukuku, Ankara 2008, s. 754, 755.

<sup>15</sup> RK'da değişiklik öngören 31.7.2008 tarihli "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" (31.7.2008 tarihli RK Tasarısı) Başbakanlık web sitesinden incelenebilir (<http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1605.doc>).

engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut 6 veya 7 nci maddeyi ihlal ederse, ihlalden zarar görenlerin bu nedenle uğradıkları her türlü zararı tazmin etmekle yükümlüdür” (31.7.2008 tarihli RK Tasarısı m. 26).

Kusur sorumluluğu düşüncesinin kabulünde; genel ilkenin kusur sorumluluğuna dayanması; kusursuz sorumluluk hallerinin istisna olması ve özel olarak düzenlenmesi zorunluluğunun bulunması, rekabet ihlallerine ilişkin sorumlulukta genel kuraldan ayrılmayı gerektiren haklı bir sebebin olmaması gerekçeleri etkilidir. Ayrıca, konuyu özel olarak düzenleyen Kanun’un, sorumluluk konusunda suskun kalmasının bir kusursuz sorumluluk hali kabul edildiği anlamına gelmeyeceği ifade edilir.

Kanun’un hukuka aykırı olan eylem, karar veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanan kimseleri, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecbur tutan hükmü (RK m. 57), tarafların kusurlu olup olmamasını dikkate almamıştır. Konuyu özel olarak düzenleyen Kanun’un ifade şeklinden farklı bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Kusur şartının aranmayacağı bu sorumluluğu, hukuki sorumluluk halleri<sup>16</sup> içinde en yakın “olağan sebep sorumluluğu”<sup>17</sup> olarak kabul etmek mümkündür.

<sup>16</sup> Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 447 vd.

<sup>17</sup> Olağan sebep sorumluluğu olarak nitelendirilen hallerin bir kısmı, başlangıçta kusur sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiş, fakat sonradan bu hallerin, olağan sebep sorumluluğu sayılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ayırt etme gücü bulunmayanların (BK m. 54), istihdam edenlerin (BK m. 55), hayvan sahiplerinin (BK m. 56), bina veya yapı eseri sahiplerinin (BK m. 58), ev başkanlarının (MK m. 369), gayrimenkul sahiplerinin (MK m. 730) sorumlulukları olağan sebep sorumluluğu olarak kabul edilmektedir (EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 453, 573 vd. Ayrıca bkz. HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 68-89; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, İkinci Kitap, Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul 1995, s. 471 vd; OĞUZMAN, M. Kemal /ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 469 vd.).

Olağan sebep sorumluluğu, “kanunda öngörülen objektif özen ödevinin ihlaline dayanan bir kusursuz sorumluluk” türüdür (EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 452). Özel bir kanun hükmüne dayanması gereken olağan sebep sorumluluğu, BK ve MK’da gösterilen hallerle sınırlı değildir. Diğer kanunlardaki bazı sorumluk sebepleri de olağan sebep sorumluluğu olarak kabul edilebilir (EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 453; OĞUZMAN, M. Kemal /ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, İstanbul 1991, s. 5).

Olağan sebep sorumluluğu hallerine ilişkin genel bir düzenleme yoktur. Bu sorumluluğun gerekçesi, sorumlu şahsın belirli kişi veya şeyler üzerindeki hâkimiyetini, denetim veya gözetimini, objektif özen yükümlülüğü çerçevesinde sürdürmesi zorunludur. İşte, sorumluluk kapsamına giren faaliyetleri, objektif özen yükümlülüğü çerçevesinde yürütmeyen kişi, bu sebeple doğan zararı karşılamak zorundadır (EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 453, 574; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 5). Olağan sebep sorumluluğunun bir kısmında sorumluluk ağırlaştırılmıştır. Sorumlu kişi, bu hallerde kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin, gayrimenkul sahiplerinin sorumluluğu (MK

Tarafların kusuru, ancak kendi aralarındaki sorumluluk açısından (örneğin anlaşmanın hükümsüzlüğünde) önemli olabilir. Fakat üçüncü kişilere (rakip teşebbüsler, tüketiciler vs.) karşı sorumluluk bakımından hukuka aykırı faaliyetleri yürüten teşebbüslerin kusurlu olup olmamaları tazmin yükümlülüğüne etki etmez. Sorumluluk için yasak faaliyetlerin, tüketici veya rakip teşebbüslerin (uygun illiyet bağı içerisinde) zarara maruz kalmalarına sebep olması yeterlidir. Fakat üç kat tazminat yükümlülüğünün gündeme gelebilmesi, Kanun’u ihlalin, tarafların kastı veya ağır ihmali neticesinde gerçekleşmiş olması şartına bağlıdır (RK m. 58/2). Şu halde Kanunumuzun, tazminat sorumluluğunda kusur olgusunu sadece üç kat tazminat hali ile sınırlı olarak dikkate aldığı söylenebilir.

### **B) ABD ve AB Üye Ülke Rekabet Hukuklarının Tazminat Sorumluluğunda Kabul Ettiği Sistem**

ABD antitröst hukukunda rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat talepleri için kusur şartı aranmamıştır<sup>18</sup>. Bu ülke hukukunda mağdurun, rekabet ihlalini, zarara uğradığını, zararın sözkonusu rekabet ihlalinin tabii ve mutad (direct and proximate) sonucu olarak ortaya çıktığını (illiyet bağı) ispat etmesi gerekli ve yeterlidir<sup>19</sup>.

AB uygulamasında rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat talepleri üye devletlerin, iç hukuk hükümleri çerçevesinde ve kendi ulusal mahkemelerinde ileri sürülebilmektedir. AB üye ülkelerinde, rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğuna ilişkin yeknesak bir düzenlemenin bulunmadığı söylenebilir. Bu konuda, bir kısım üye ülkenin kusursuz sorumluluk,

---

m. 730) ile bina veya yapı eseri sahiplerinin sorumluluğu (BK m. 58). Diğerlerinde ise sorumlu kişi, kurtuluş kanıtı getirebilmek şartıyla sorumluluktan kurtulabilir (EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 574). Sebep sorumluluğunun uygulanabilme imkanıyla ilgili düşünceler için bkz. TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 93-95, OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 2, 3.

<sup>18</sup> “Any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful by this act, may sue therefor in any circuit court of the United States in the district in which the defendant resides or is found, without respect to the amount in controversy, and shall recover three fold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney’s fee” (Sherman Anti-Trust Act, Sec. 7).

<sup>19</sup> TIMBERLAKE, E. Compton, Federal Treble Damage Antitrust Actions, Collaghan & Company, 1965, s. 285-301; NEALE, A. D., The Antitrust Laws of the United States of America, Cambridge University Press, 1966, 387 vd; LANDE, Robert H., “Are Antitrust “Treble” Damages Really Single Damages?”, Ohio State Law Journal, 54,1993, 115-172.



bir kısım üye ülkenin ise kusur sorumluluğu esasını benimsediği görülmektedir. Rekabet ihlallerinden doğan tazminat talebi için kusur şartı aramayan ülkeler: İngiltere, Çek Cumhuriyeti, İrlanda ve Slovakya'dır<sup>20</sup>.

Çoğunluğu oluşturan üye ülkelerde kusurun varlığı için fiilin hukuka aykırılığının tespiti yeterli görülmüştür. Bu ülke hukuklarında, fiilin hukuka aykırılığı, kusurun varlığını gösteren bir karine (presumption) olarak kabul edilmiştir. Bu ülkeler: Belçika, Almanya, Estonya, Fransa, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Hollanda, Avusturya ve Slovenya'dır. Bu grubu oluşturan üye ülkelerde, kusur şartı, tazminat talepleri önünde bir engel olarak görülmemektedir<sup>21</sup>.

Geriye kalan üye ülke hukuklarında tazminat talebi, kusur şartının varlığına bağlanmıştır. Rekabet davaları ile ilgili tazminat talebi için kusuru şart koşan üye ülkeler: Danimarka, Yunanistan, İspanya, Polonya, Portekiz, Finlandiya ve İsveç'tir<sup>22</sup>. Bu ülkelerde kast ve ihmâl ayırımı önemini korumakla birlikte kusurun kast derecesinde olması şart değil, sorumluluk için ihmâl yeterlidir. Üye devletlerde kullanılan terminoloji farklı olsa da teşebbüslerin, gerekli özeni gösterdiklerini ispat edememeleri durumunda ihmâlin varlığı kabul edilmektedir<sup>23</sup>.

### C) Kanun'un Tazminat Sorumluluğunda Kabul Ettiği Sistem

Endüstri ve teknolojinin, kapitalist ekonomi anlayışının giderek gelişmesi ve yaygınlaşması bazı hallerde "kusur" prensibinden ayrılmayı zorunlu kılmıştır<sup>24</sup>. Fakat bugüne kadar kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin ortak bir kural getirilememiştir<sup>25</sup>. Bugün için haksız fiilden doğan sorumlulukta genel esas, kusura dayanan sorumluluktur. Yargıtay kararları arasında kusursuz sorumluluğa ilişkin içtihatlar<sup>26</sup> bulunsa da kanuni bir düzenlemeye dayanmadan,

<sup>20</sup> Commission Staff Working Paper (Brussels, 19.12.2005, SEC(2005) 1732), p. 101, dph. 65).

<sup>21</sup> Commission Staff Working Paper (Brussels, 19.12.2005, SEC(2005) 1732), p. 101 ve dph. 66).

<sup>22</sup> Commission Staff Working Paper (Brussels, 19.12.2005, SEC(2005) 1732), p. 102.

<sup>23</sup> Commission Staff Working Paper (Brussels, 19.12.2005, SEC(2005) 1732), p. 103.

<sup>24</sup> TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 91, 92; İMRE, Zahit, "Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler", İÜHFİM, Doğununun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C.XLV-XLVII, S. 1-4, 1979-1980-1981, İstanbul 1982, s. 408; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 449-452; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 222-225; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 497.

<sup>25</sup> Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 573, 574; İMRE, Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler, s. 408.

<sup>26</sup> "... Borçlar Kanunu'nda haksız fiilden sorumlulukta genel esas kusura dayanan sorumluluk

herhangi bir konunun doğrudan kusursuz sorumluluğa<sup>27</sup> tabi olduğunu söylemek isabetli sayılmaz<sup>28</sup>.

Rekabet Kanunu, haksız fiil niteliğindeki hukuka aykırı davranışlardan kaynaklanacak sorumluluğun esaslarını özel olarak düzenlemiştir. Bu tür uyuşmazlıklarda BK m. 41'deki şartların değil, RK m. 57'deki şartların gerçekleşmesi aranacaktır. Dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki hukuka aykırı davranışlardan kaynaklanan ve özel bir hükümlerle düzenlenen sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğunu düşünürüz. Çünkü:

1) Rekabet ihlallerinden zarar gören kişi veya teşebbüsleri, sözkonusu ihlallerin faillerinin kusurunu ispatla yükümlü tutmak, ispat imkânsızlığı ile sonuçlanabilir. Bilindiği gibi, **kusurun ispatı, hukuka aykırı fiilin işleniş tarzının** ortaya konulmasına bağlıdır. Dolayısıyla **Kusur, fiilin neden ve hangi şekilde işlendiğine ilişkin delillerin hâkime vereceği kanaatle** ispat edilir<sup>29</sup>. Kanun'un yasak faaliyetleri düzenleyen hükümleri incelendiğinde "fiilin işleniş tarzının" rekabet ihlallerinde dikkate alınmadığı görülür<sup>30</sup>. Hukuka

---

olarak kaldığı ve bir genel kusursuz sorumluluk esası kanunda yer almadığı cihetle, bir kanun hükmüne dayanmayıp, kanun boşluğu bulunduğunu ileri sürerek içtihatla kusursuz haksız fiil sorumluluğu halleri ihdas etmek kanuna aykırı düşer. Buna mukabil mevcut bir kanun hükmünün yorumlanması ile kanunda bir kusursuz sorumluluğun düzenlendiği sonucuna varılması mümkündür. Evvelce kusura dayanan sorumluluk hallerini düzenledikleri tarzında yorumlanan BK. m. 55, ve 56'daki hükümlerin, sonradan, kusursuz sorumluluğu düzenledikleri tarzında yorumlanması böyledir" OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 5. Ayrıca bkz. NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 76.

<sup>27</sup> Kusur aranmayan sorumluluğun ortak esaslarını şu başlıklar altında toplamak mümkündür: "1- Sorumluluk şartları, sorumluluğu düzenleyen hükümlerin her birinde ayrı ayrı belirtilmiştir. Her birinde sorumluluğun kapsamı, bu husustaki şartları belirleyen hükmün (normun) koruma amacı ile sınırlıdır. ... 2- Kusursuz sorumluluğu gerektiren şartların varlığını ispat mağdura düşer. ... 3- Zararın tespiti, tazminatın tayini, yetkili mahkeme, zamanaşımı konularında, kusursuz sorumluluğu düzenleyen hükümlerde aksi belirtilmiş olmadıkça, Borçlar Kanununun kusura dayanan sorumluluk hükümleri (BK m. 42-49, 60) uygulanır" OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 91.

<sup>28</sup> Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 453; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 153-160.

<sup>29</sup> OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 60.

<sup>30</sup> "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır" (RK m. 4/1). Görüldüğü gibi kanun koyucunun, "doğrudan veya dolaylı olarak", "rekabeti kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan" ifadeleri ile **fiilin işleniş şeklini** değil, **sonucunu** önemseydiği açıktır. Kanunun 6 ve 7. maddelerinde de aynı anlayış muhafaza edilmiştir:

"Bir ... teşebbüsün ... bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu ... kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır" (RK m. 6/1).

"Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da

aykırılığı sabit olan ve Kanun'un fiilin işleniş şeklini dikkate almadığı bir rekabet ihlalinin doğan zararı, kusurun ispat edilememesi gerekçesi ile tazmin yükümlülüğünün bulunmadığını iddia etmek, izahı güç bir durumdur.

Kusur şartı aranırsa, birbirine yakın bölgedeki iki üreticinin fiyat tespiti zararı gören bir teşebbüs, zararının yanında üretici teşebbüslerin kusurlu davranışlarıyla bu sonuca yol açtıklarını da ispat etmek zorundadır. Bu anlamda üretici teşebbüslerin; aralarında yaptıkları toplantıların, yazışmaların, bilgisayar veya not defterindeki fiyat uzlaşmasını konu edinen kayıtların vs gibi delillerin varlığını göstermeksizin sözkonusu teşebbüslerin kusurunu ispat mümkün değildir. Bilindiği gibi delillere ulaşma konusunda fevkalade yetkilerle donatılan Rekabet Kurumu, rekabeti kısıtlayıcı fiillerin ispatına yarayacak her türlü delili, kamu gücünü kullanarak, ani baskınlar yaparak hatta ilgilinin iş yerindeki kişisel eşyalarına (bilgisayarlar, not defterleri, yazışmalar vs) el koyarak ortaya çıkarabilmektedir. Şu halde, Kurumun imkanlarına sahip olması mümkün olmayan mağdurdan, rekabeti kısıtlayıcı fiillerin işleniş tarzına ait delilleri dolayısıyla teşebbüslerin kusurlu hareketlerini ispat etmesini beklemek, en hafif deyim ile, haksızlık sayılır<sup>31</sup>. Ayrıca, ispat gücü bakımından hukuken ve fiilen Kurumun imkânlarına sahip olmayan mağdurun tazminat talebi, sadece Kurulun rekabet ihlali olarak kabul ettiği kararlarla sınırlandırılmış olur. Kurul, rekabet ihlalinin varlığını kabul etmişse, mağdur, Kurumun ele geçirdiği ve sadece **kararlarında yer verdiği delilleri** kullanarak tazminat isteyebilecektir. Kurulun, ihlal olarak kabul etmediği veya çeşitli gerekçelerle soruşturmayla son verdiği ihtimallerde mağdur, ya Kurul kararına karşı Danıştay'a başvuracak ve uzun bir süreci göze alacak ya da ispat imkânsızlığı sebebi ile tazminat hakkından vazgeçmek zorunda kalacaktır.

2) Uyumlu hareketlerle rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin aralarındaki uyumu ispat etmek kolay olsa idi kanun koyucu uyumlu eylem karinesini kabul etmek ihtiyacını duymaz idi. Rekabeti kısıtlayıcı fiil ve işlemlerin ispatı

---

güçlendirmeye yönelik olarak ... bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri ... hukuka aykırı ve yasaktır" (RK m. 7/1).

<sup>31</sup> Unutulmamalıdır ki aynı zorluk, rekabet ihlallerinin (hukuka aykırı fiil) ispatında da vardır. Fakat mağdur, yasak fiil ve işlemleri ispat edemese bile, rekabetin kısıtlandığını gösteren emareleri ["bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun süre piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtlar" (RK m. 4/3, 59/1)] ispat edebilmek şartıyla Kanunun kabul ettiği uyumlu eylem karinesinden yararlanabilmesi mümkündür. Bu sebeple, ayrıca kusur şartının aranması, Kanunun kabul ettiği uyumlu eylem karinesinin tazminat davalarındaki pratik değerini ortadan kaldıracaktır.

güçlük arz ediyorsa, buna bağlı olarak, kusurun ispatı bütünüyle zorlaşmış olacaktır. Bu zorluğu dikkate alan kanun koyucu RK m. 4/3'ün gerekçesinde aynen şu düşünceye yer vermektedir: “Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç, bazen de imkânsız olmaktadır”.

Rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarında kusur şartının aranması, bu davalarda uygulama imkanı bulacak uyumlu eylem karinesine ilişkin Kanun'un 59/1 (4/3) maddesi hükmünü işlevsiz hale getirecektir. Kanun'un uyumlu eylem karinesi mağduru, taraflar arasındaki gizlilik esasına dayanan ilişkiyi, rekabeti kısıtlayıcı fiil ve işlemlere ilişkin delilleri ispat yükümlülüğünden kurtarmaktadır. Halbuki kusur şartı ile, mağdurun aslen ispat yükümlülüğü bulunmayan rekabet ihlallerini, bu ihlallerin oluş şeklini ispat etmesi istenmektedir ki bu sonuç kabul edilemez. Uyumlu eylemleri ve söz-konusu eylemlerin icra şeklini ispat yükümlülüğü içeren kusur şartı, uyumlu eylem karinesinin varlık gerekçesi ile ters düşmektedir. Görüldüğü gibi, Kanun'un kendi hükümleri içinde çelişkiye yol açacağından ve kanun koyucunun abesle işigali düşünülemez olduğundan kusur şartının kabulü isabetli görünmemektedir.

Şayet sorumluluk Kanun'un 57. maddesinde özel olarak düzenlenmemiş, hatta kusur sorumluluğu esası kabul edilmiş olsa bile, rekabet ihlallerinin niteliği gereği, olması gereken hukuk açısından kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulü şarttır.

3) Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki işbirliği davranışları (RK m. 4), hâkim durumun kötüye kullanılması (RK m. 6), teşebbüslerin bilerek ve isteyerek taraf oldukları hukuka aykırı eylemler olduğundan, ortaya çıkan zararların da genellikle tarafların kusurlu davranışlarından kaynaklandığını söylemek yanlış sayılmayacaktır. Öyleyse bu tür ihlallerde, tarafların kusurlu hareket edip etmediklerini araştırmanın hangi pratik değere sahip olacağı sorusu sorulabilir.

4) Teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı davranışlarının sebep oldukları zararlardan, başkaca bir şart aranmaksızın sorumlu tutulacağı esasının kabulü, teşebbüsleri dikkatli davranmaya zorlayacaktır<sup>32</sup>. Bu açıdan olağan sebep sorumluluğu ilkesi, hukuka aykırı davranışları dolayısıyla ortaya çıkacak zararları önleyici bir rol oynayabilir<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Zayıf bir ihtimal olsa bile, bu durumun aksi, yani “ödeyen rekabeti kısıtlar” sonucu da gündeme gelebilir.

<sup>33</sup> Bkz. İMRE, Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler, s. 416; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 2; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 466, 467.

5) RK 57. maddesi hükmü, tıpkı BK m. 54, 55, 56, 58'de<sup>34</sup> olduğu gibi, "kusur" şartına yer vermemiştir. Kanuni ceza şartı olarak nitelendirdiğimiz üç kat tazminat talebi, ancak " tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin" (RK m. 58/2) bulunduğu durumlarla sınırlı olarak geçerli kabul edilecektir. Yani kanun koyucu sadece üç kat tazminat talebi için tarafların kusurlu hareketlerini şart koşturmuştur. Kanun koyucunun iradesi, rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki faaliyetlerden kaynaklanacak sorumluluğu "kusur" sorumluluğu olarak kabul etmek yönünde idi ise haksız fiillerle ilgili BK m. 41'e atıfta bulunmakla yetinebilirdi. Şu halde Kanunumuzun tazminat sorumluluğunda "kusur" şartını, sadece üç kat tazminat hali ile sınırlı olarak dikkate aldığı söylenebilir. Bu yüzden kanun koyucunun bilerek ve isteyerek "kusur" şartına yer vermediğini düşünüyoruz.

Kanuna göre rekabeti kısıtlayanların kusursuz sorumluluğu, piyasa düzeninin korunmasının arz ettiği büyük önemden ve bu durumun ticaret hayatı, toplum açısından bir zorunluluk teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Kusur aranmayan bu sorumlulukta hukuka aykırılığı, piyasa düzeninin bozulmasına, rekabetin kısıtlanmasına sebep olma teşkil etmektedir. Bu sorumluluğun uygulama alanı ise Kanun'un 1. maddesinde ifadesini bulan amacı ile sınırlıdır. Şu halde mal veya hizmet piyasalarındaki rekabetin, teşebbüsler arası işbirliği davranışlarıyla (anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği kararları ile birleşme ve devralmalar) veya hâkim konumdaki teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmaları suretiyle bertaraf edilmesi, sorumluluğun uygulama alanını çizmektedir.

Rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat taleplerinde, kusurun varlığını ispat yükü getiren düzenlemelerin caydırıcı, hatta ispat güclüğü sebebi ile engelleyici bir rol oynadığı kuşkusuzdur. Dolayısıyla, tazminat davalarına başvuru ile ilgili çekingenliğin ortadan kaldırılmasında öngörülen çözüm yollarından birisi, kusur şartı ile ilgilidir<sup>35</sup>.

#### **D) Üç Kat Tazminat Sorumluluğunda Kusurun Rolü**

Yukarıda Kanun'un, yasak kapsamına giren fiil ve işlemlerle (m. 4, 6, 7) rekabeti kısıtlayanları, sebep oldukları zararı tazminle yükümlü tutan hükmünün (m. 57) kusursuz sorumluluk ilkesine dayandığı açıklamalarına yer veril-

<sup>34</sup> Bu hallerden kaynaklanan sorumluluğun dayandırıldığı esaslar için bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 573 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 498 vd; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 5 vd.

<sup>35</sup> Bkz. Commission Staff Working Paper (Brussels, 19.12.2005, SEC(2005) 1732), p. 109-111.

miş idi. Kanun koyucu, normal tazminat talebine ek olarak, “kanundan doğan ceza şartı” niteliği taşıyan üç kat tazminat talebini kabul etmiştir. Kanun’un bu hükmüne göre “ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, 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” (RK m. 58/2)<sup>36</sup>. Görüldüğü gibi üç kat tazminat talebinin gündeme gelebilmesi, Kanun’u ihlalin, tarafların **kastı veya ağır ihmali** neticesinde gerçekleşmiş olması şartına bağlıdır (m. 58/2).

Normal tazminat talebinden farklı olarak, genel kurallardan hareketle, üç kat tazminat talebi müstahdem ve işçilerin davranışlarından kaynaklanmakta ise istihdam eden BK m. 55’teki kurtuluş kanıtına<sup>37</sup> dayanmak suretiyle (objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek) tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilecektir.

### IV) Üç Kat Tazminat Sorumluluğunun Şartları

#### 1) Bir Rekabet İhlali Bulunmalı

İlk ve en önemli şart, teşebbüslerin Kanun’un yasak kapsamına aldığı fiilleri icra etmeleridir<sup>38</sup>. Kanun’un yasakladığı fiiller, genel olarak, teşebbüslerin aralarında iş birliği yaparak (RK m. 4) veya birleşme yahut devralma (RK m. 7) yoluyla rekabeti kısıtlamaları ya da hâkim durumlarını kötüye kullanmalarıdır (RK m. 6). Tazminat sorumluluğunun temel şartı, Kanun’u ihlal eden fiil

<sup>36</sup> RK m. 58/2’deki “tarafların anlaşması ya da kararı” ifadesi tereddüt doğuracak niteliktedir. Maddenin gerekçesinde de konuya ışık tutacak herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. “Tarafların anlaşması” teşebbüsler arası anlaşmaları, “tarafların kararı” ifadesinden ise teşebbüs birliği kararını anlamak gerekir denir ise, üç kat tazminat sisteminin uygulama alanı, “uyumlu eylemler” dışında, RK m. 4 ile sınırlandırılmış olur. Bu durumda, teşebbüslerin uyumlu eylemleri, hâkim durumunu kötüye kullanmaları; birleşme ve devralmalar sonucu ortaya çıkan rekabet ihlalleri dolayısıyla üç kat tazminat isteyebilmek mümkün olmayacaktır. Öte yandan, kanun koyucunun muradı “anlaşma ya da karar” ile bilerek ve istenilerek (kast) taraf olunan ilişkilere işaret etmek ise, bu ilişkiler dışındaki rekabet ihlallerinde kast unsurunun bulunmadığı sonucu çıkarılabilecektir. Görüldüğü gibi “anlaşma ya da karar” ifadeleri merkezindeki her iki yorum şekli, eksik ve sakıncalı sonuçlara yol açabilecek niteliktedir.

<sup>37</sup> Geniş bilgi için bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 584 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 503 vd.

<sup>38</sup> Hukuka aykırılık unsuru hakkında bkz. SAYHAN, İsmet, Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl: 5, S. 3, s. 29-61; SAYHAN, İsmet, Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık, Rekabet Dergisi, S. 17, 2004, s. 5-35.

ve işlemlerle rakip teşebbüslere, diğer piyasa katılanlarına (tek satıcı, acente, toptancı, perakendeci vs) ve tüketicilere zarar verilmesidir.

## 2) Rekabet İhlali Bir Zarara Yol Açmalı

Kanun'un yasakladığı faaliyetleri icra eden teşebbüsler, bu davranışları sebebiyle rakiplere veya üçüncü kişilere zarar vermiş olmalıdırlar. Şayet ortada maruz kalınan bir zarar yoksa giderim yükümlülüğü de gündeme gelmeyecektir<sup>39</sup>. Rekabet düzenini ihlal eden davranışlar çoğu zaman rakip teşebbüslere veya tüketicilere zarar verir. Nihayet bu kimselere zarar verilmemiş olsa bile kamu yararını zedeleyen, milli ekonomiye zarar veren yasak faaliyetlerin durdurulması, bertaraf edilmesi gereği açıktır (RK m. 27/a).

Zarar kavramı geniş anlamda hem maddi hem de manevi zararı kapsamına alır ve bir kimsenin, iradesi dışında, mal varlığında veya şahıs varlığında<sup>40</sup> meydana gelen azalmayı belirtir. Dar anlamdaki zarar sadece maddi zararlar sınırlandırılır<sup>41</sup>. Zarar kavramı, 1) mağdurun (rakip teşebbüsler, tüketiciler, ara teşebbüsler) malvarlığının rekabetin kısıtlanmasından önceki durumu ile 2) yasak faaliyetlerin gerçekleşmesinden sonraki halen mevcut durumunun mukayesesini kapsar. Şu halde rekabet kısıtlanmasaydı malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, sözkonusu durumla hâlihazırdaki (rekabetin kısıtlanmasından sonraki) durum arasındaki fark zararı ifade eder<sup>42</sup>. Kanuna aykırılığı dolayısıyla hükümsüz sayılan anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin ya da üçüncü kişi konumundaki rakip teşebbüs veya tüketicilerin rekabet düzenini ihlal eden faaliyetler sebebiyle tazminat isteyebilmeleri, bu yüzden bir zarara uğramış olmalarına bağlıdır. Zararın kapsamına bu kimselerin malvarlığında meydana gelen azalma

<sup>39</sup> Hukuka aykırı fiil ağır bir kusurla işlenmiş olsa dahi herhangi bir zararın doğumuna sebebiyet verilmemişse, tazminat sorumluluğundan söz edilemez. Bu durum BK 41. maddesinde "gerek kasden gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur" şeklinde ifade edilmiştir. Aynı şekilde borca aykırı davranışlardan da karşı taraf için bir zarar doğmamışsa, sözkonusu kimse tazminat talebinde bulunamayacaktır. Bkz. AKÜNAL, Teoman, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977, s. 43.

<sup>40</sup> Şahıs varlığı hakları kural olarak malvarlığı kapsamına girmez. Fakat şahıs varlığı haklarını meydana getiren vücut bütünlüğü, sağlık, şeref, ticari itibar gibi değerler kişinin malvarlığını da etkileyebilir. Malvarlığını etkilemeyen şahıs varlığı hakları manevi tazminatın konusunu oluşturur. Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 473, 474.

<sup>41</sup> Bkz. AKÜNAL, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, s. 43; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 472; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 547, 548.

<sup>42</sup> Ayrıca bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 474-477; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 547, 548.

(fili zarar) ile yoksun kaldıkları kâr kaybı girer. Ayrıca rakip teşebbüslerin zararı, sadece maddi zarardan ibaret olmayabilir. Bu anlamda yasak faaliyetlerin muhatabı olan teşebbüslerin manevi zarara uğramış olmaları da mümkündür.

Üç kat tazminat sisteminin temeli maruz kalınan “zarar”dır. “(Z)arar görenlerin her türlü zararını tazmin” (RK m. 57) yükümlülüğünü öngören Kanun, “manevi zarar” dışında daraltıcı bir hükme yer vermediği için rekabet ihlalinin sebep olduğu “zarar”ın türü (müspet zarar, menfi zarar, fiili zarar, yoksun (mahrum) kalınan kâr, yansıma zarar) önem taşımaz. Bu hallerden hangisi veya hangileri ispat edilebiliyorsa üç kat tazminatın hesaplanmasında bu miktar esas alınacaktır. Kanun’un 58. maddesinde, üç kat tazminata esas olacak zarar miktarının belirlenmesine ilişkin ilkelerden bir kısmına yer verilmiştir. Konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

### **3) Rekabet İhlali İle Ortaya Çıkan Zarar Arasında İlliyet Bağı Bulunmalı**

Rakip teşebbüsler veya üçüncü kişiler, rekabetin kısıtlanması ya da bozulmasıyla aralarında “uygun illiyet bağı” kurulabilen zararların tazminini isteyebileceklerdir. İlliyet bağının varlığını zarara maruz kalan kimseler ispat edeceklerdir.

Herhangi bir rekabet ihlalden dolayı tazminat talebinde bulunabilmek için mağdur teşebbüslerin (veya tüketicilerin) rekabet ihlali ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağını ispat etmeleri şarttır. İşte tazminat talebinin haklılığı zararın, bahis konusu ihlal neticesinde meydana gelmiş olmasına bağlıdır<sup>43</sup>. Fakat rekabet ihlali neticesinde doğan her türlü zarar değil ancak, genel hayat tecrübelerine, ticari hayatın olağan akışına göre beklenmesi mümkün zararların tazmini istenebilir<sup>44</sup>.

Rekabet ihlalleri açısından uygun illiyet bağının, ekonomik ağırlıklı değerlendirilmesi, gerçek zararın içerik ve kapsamının; zarar görenlerin tespiti açısından zorunludur. Rekabet ihlallerine dayanan tazminat taleplerinde, “uygun illiyet bağı” kriterinin, bütünüyle hukuki değil ekonomik anlam ve niteliği ön plana çıkarılarak kullanılması gereği o kadar önemlidir ki, rakip dışındaki piyasa katılanı ve tüketicilerin maruz kaldıkları zararlar ancak bu yol-

<sup>43</sup> Aynı şekilde bkz. TIMBERLAKE, Federal Treble Damage Antitrust Actions, 285, 286.

<sup>44</sup> Uygun sebep veya uygun illiyet bağı konusunda geniş bilgi için bkz. EREN, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s.52 vd; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 492 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 573 vd..



la giderilebilecektir. Rekabet ihlalinin, sadece doğrudan sonucu olan zararlar değil, sözkonusu ihlal nedeniyle meydana gelen diğer zararlar da tazminatın kapsamına girecektir. Örneğin aleyhine rekabet kısıtlanmış olan teşebbüslerin satışlarının azalması sonucu, normal üretimden arta kalan mallar için depo veya bakım masrafları ödenmesi gibi.

#### **4) Zarara Yol Açan Rekabet İhlali, Kasıt Veya Ağır İhmalden Kaynaklanmalı**

##### **A) Kast**

Kanun’umuzda her ne kadar, “ tarafların anlaşması ya da kararı”ndan bahsedilmişse de kastedilen “kasıt” unsuru olmalıdır. Kast, tarafların, yasak faaliyetleri ihlalin (hukuka aykırı sonucun) bilincinde oldukları ve bunun sonuçlarını (rekabetin kısıtlanması, alıcı teşebbüslerin veya tüketicilerin sömürülmesi) istediklerini ifade eder<sup>45</sup>. Tacir olmayan kimseler, ihlal ettikleri hukuk kuralının (Rekabet Kanununun ilgili hükümleri) varlığını bilmiyor ise kasdın varlığından söz edilemeyecektir<sup>46</sup>. Bilindiği gibi tacir sıfatını taşıyan kimselerin tabi oldukları “ticarî örf ve âdetleri” bildikleri varsayılr (TK m. 2/3)<sup>47</sup>. TK m. 2/3, ticarî örf ve âdetlerin bilindiğini farz ettiğine göre tacirin, alanıyla ilgili pozitif hukuk kurallarını bilmemesi ya da bu durumdan kendi lehine bir sonuç çıkarması düşünülemez. Dolayısıyla tacirlerin, kendilerine uygulanacak hukuk kuralını bilmedikleri düşünülemeyeceğinden, taraf oldukları rekabet ihlallerinde, kast unsurunun gerçekleştiği varsayılacaktır.

##### **B) Ağır İhmal**

Ağır ihmal, aynı şartlar altında bulunan makul her insanın alması gerekli genel ve temel tedbirlerin alınmamış veya herkesin bilmesi gereken özen kurallarına uyulmamış olması demektir<sup>48</sup>. Kusurun kıstası objektif ölçülere göre değerlendirilecektir. Yani somut olayla ilgili olarak makul, orta seviyede bir

<sup>45</sup> Bu konuda bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 535, 536; Von TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, İstanbul 1952, s. 404; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 493.

<sup>46</sup> EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 536, 537; von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, s. 404.

<sup>47</sup> Türk Ticaret Kanunu Tasarısı da aynı hükmü içermektedir: “Tacir sıfatını haiz olmayanlar hakkında ticarî örf ve âdet, ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır” (m. 2/3).

<sup>48</sup> HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme - Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994, s. 68; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 540.

insanın göstereceği dikkat ve özen ölçü alınacaktır.

Tacir sıfatını taşımayan tarafların, ihlal ettikleri hukuk kuralının (Rekabet Kanununun ilgili hükümleri) varlığını bilmemeleri durumunda ağır ihmal şartı gerçekleşmiş olacaktır. Tacir sıfatını taşımayanlar hakkında ticarî örf ve âdet hukuku kuralları, ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanabilecektir (TK m. 2/3). Tacir olmayan bir kimse, en azından, yürüttüğü iktisadi faaliyetlerle ilgili hukuk kurallarını (ve ticarî örf ve âdetleri) bilmek zorundadır. Öyleyse tacir olmayanların da üstlendikleri ticari faaliyetlerle ilgili bilmeleri gereken hukuk kurallarına vakıf olmamaları ağır ihmal olarak nitelendirilecektir.

### C) Tacirler İçin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Etkisi

Rekabet ihlalinde bulunan kişilerin genel olarak tacir sıfatına sahip oldukları düşünülürse, basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğünün<sup>49</sup> önemi de göz ardı edilemez. Tacirler, ticari işlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmek zorundadırlar (TK m. 20/2)<sup>50</sup>. Basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü objektif kriterlere göre belirlenecektir. Tacirin, işletmesine ilişkin faaliyetlerinde basiretli hareket yükümlülüğü, kendi yeteneği değil; ticari hayatın gerekleri; özenli, öngörülü bir iş adamının davranışları esas alınarak belirlenecektir. Tacir, ticari faaliyetlerinde öngörülü (ileri görüşlü), tedbirli, özenli davranmak zorundadır. Görüldüğü gibi, tacirin yaptığı işin anlam ve doğuracağı sonuçları sezme gücüne sahip olduğu farz ve kabul edilmektedir. Zorda kalma dışında, tacirin, ticari faaliyetlerinde gabinden (BK m. 21) yararlanabilmesi mümkün değildir<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> TK m. 20/2'nin kabul ettiği basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü, "ticari borçlarda taraflar arasında özel bir hüküm yoksa borçlunun borcunu yerine getirmedeki ihtimam (özen) derecesini tayin eden, tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Tacirin ticari faaliyetinden sözleşme veya kanun gereği doğan bir borcu yoksa basiretli işadamı gibi hareket etme mecburiyeti de yoktur (AYHAN, Rıza, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2007, s. 203, 204)

<sup>50</sup> Bkz. NOMER ERTAN, N. Fusun (ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, n. 706.

<sup>51</sup> "... (S)özleşme yapıldığı andan itibaren mutlak butlan ile batıl ise yok hükmünde sayılır. Bu sözleşmeye dayanılarak akit öncesi sorumluluk ileri sürülüp hak talep edilemez. Davacı tacir olup TTK. 20/3 maddesi gereğince basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorundadır. Davacı sözleşmeye konu olan yerin içinde bulunan çeşmenin eski eser niteliği taşıyıp taşımadığını araştırması ve yer teslim edilmediğine göre teslim edilmeyen yerle ilgili yapacağı çalışmalarından dolayı hak isteyemeyeceğini bilmesi gerekmektedir. Mahkemece davacının batıl sözleşmeye dayanarak talep ettiği giderlere ilişkin talebinin reddine karar verilmesi gerekir" 13. HD, E: 2003/176, K: 2003/5376, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

"... (T)acirlerin, yargıya ihbar ve şikâyet edileceği tehdidiyle sözleşmeye razı edildiği du-

Kanun'un yasakladığı rekabet ihlallerini, tacirin ticari faaliyetleri dışında değerlendirmek mümkün değildir<sup>52</sup>. Rekabet ihlali (RK m. 4, 6 ve 7) olarak kabul edebileceğimiz fiil ve işlemlerin tarafı olan kişi tacir sıfatını taşıyorsa, ağır ihmal kriteri, basiretli hareket yükümlülüğünden bağımsız değerlendirilemez. Tacirin, basiretli hareket yükümlülüğü kapsamına giren rekabet ihlallerinde, ağır ihmal şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir.

## 5) Zarar Gören Kişi veya Teşebbüsler Üç Kat Tazminat Talebinde Bulunmalı

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerde kusuru ağır bulunan taraflar, hâkim tarafından **resen** üç kat tazminat ödemeye mahkûm edilemez. Üç kat tazminata karar verilebilmesi için zarar görenlerin talebi şarttır<sup>53</sup>.

Kanun koyucu, RK m. 58/2'nin kapsamını, “maddi zarar” ve “zarara ne-

---

rumlarda ikrah söz konusu değildir. İhbar ve şikayet, gerçeği yansıtıyorsa anayasal hakkin kullanılması olur; değilse onu yapan sonuçlarına katlanır. Tacirler arasındaki sözleşmede, edimden kaçınan da aynı sonuçlarla karşılaşır. Bunun gibi olgu, gabinin unsurlarından müzayaka da sayılamaz: Tacir, tedbirlerini almak zorundadır. Olayda, hakim durumun kötüye kullanılmasının koşulları da yoktur” 19. HD, E: 2002/2827, K: 2002/7580 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

<sup>52</sup> Bu anlamda tacirin, ticari faaliyetlerinde haksız rekabete yol açmamak için alması gereken tedbirler, basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü ölçü alınarak belirlenecektir (ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 130, 131).

<sup>53</sup> Rekabet ihlallerini konu edinen az sayıda da olsa yerel mahkeme kararı olmasına rağmen bilbildiğimiz kadarıyla kesinleşmiş veya Yüksek mahkemenin onayladığı bir tazminat davası bulunmamaktadır. Tazminata hükmeden yerel mahkeme kararlarını Yargıtay, genel olarak, ya zararın ispat edilememesi ya da ihlale ilişkin Rekabet Kurulu kararının bulunmaması sebepleriyle bozmuştur:

“Dava, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması hakkındaki Kanununu 57. maddesinde ifadesini bulan hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemine ilişkindir.

Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetilmediğinden tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 Sayılı Yasanın yetkili kıldığı “Rekabet Kurulu” tarafından hakim durumu kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir” 19. HD, E: 1999/3350, K: 1999/6364 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

“... (T)acirlerin, yargıya ihbar ve şikayet edileceği tehdidiyle sözleşmeye razı edildiği durumlarda ikrah söz konusu değildir. ... Tacir, tedbirlerini almak zorundadır. Olayda, hakim durumun kötüye kullanılmasının koşulları da yoktur. Öte yandan, ... Rekabet Kurulunun 21.12.1999 tarih 1999-58/624-398 sayılı kararı ile de davalının 4054 Sayılı Yasaya aykırı bir eyleminin bulunmadığı saptandığından, anılan Kanunun 58.maddesindeki tazminata hükmedilmesi koşulları oluşmamış(tır)” 19. HD, E: 2002/2827, K: 2002/7580 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

Örnek tazminat davaları için bkz. GÜVEN, Pelin, “Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I, 6-7 Nisan 2007, Kayseri, s. 223 vd.

den olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kâr” miktarı ile sınırlandırdığından mağdur, rekabet ihlali ile uygun illiyet bağı çerçevesinde kalan maddi zararının her çeşidini veya karşı tarafın kârının üç katını tazminat olarak isteyebilecektir. Zarar gören, manevi tazminat dışında, maruz kaldığı zararı veya şartları varsa üç kat tazminatı tercih edebilecektir. Taraflar, kasten veya ağır ihmâl yolu ile rekabeti kısıtlamışlar ya da teşebbüs ve alıcıları sömürmüşlerse, mağdur, maruz kaldığı zararlarla sınırlı tazminat yahut üç kat tazminat hakkından birini kullanabilecektir.

Maddenin, zarar görenlerin talebi üzerine “hâkim, ... üç katı oranında tazminata hükmedebilir” (RK m. 58/2) şeklindeki ifadesinden üç katı oranında tazminatın, hâkimin takdir yetkisine tabi olduğu anlamı çıkmaktadır. Ancak olması gereken hukuk açısından, tarafların kasten veya ağır ihmalleri ile yol açtıkları rekabet ihlallerinden dolayı üç kat oranında tazminat ödemelerini konu edinen RK m. 58/2’nin, hâkimin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi, üç kat tazminat sisteminden beklenen caydırıcı amaca ters düşer<sup>54</sup>. Takdir yetkisi, Kanun’un öngördüğü kuralı tamamlamalı, bu kural ile bağdaşmayan ve bütünleşmeyen bir çözüme yer vermemelidir<sup>55</sup>. Kasıt veya ağır ihmâl varsa, takdir yetkisi çerçevesinde üç kat tazminata hükmedilmemesi, bu tazminat sisteminin varlık gerekçesi ile bağdaşmaz.

### V) Üç Kat Tazminata Esas Olacak Zararın Tespiti Ve Sınırları

#### 1) Rekabet İhlallerinin Yol Açabileceği Zarar Çeşitleri

##### A) Müspet Zarar

Müspet zarar, bir sözleşmede borçlunun edimini gereği gibi ifa edememesi sonucunda alacaklının maruz kaldığı zarardır. Genel olarak, bir anlaşmada

<sup>54</sup> Bu sonucun aksini savunmak da mümkündür. Gerçekten, özellikle Rekabet Kurulu’nun idari para cezası verdiği ihlaller sebebiyle mağduru, ayrıca üç kat tazminata mahkum etmenin ekonomik yıkıma yol açabileceği hatta adaletsiz olabileceği gerekçesi ile üç kat tazminatın takdire bağlı olması hakkaniyete daha uygun görülebilir. Öncelikle Kurul’un vermiş olduğu idari para cezalarının teşebbüsleri caydırıcı, tedip edici ve sosyal zararları telafi edici boyutu göz ardı edilemez. İdari para cezaları hazineye, üç kat tazminat ise rekabet ihlalinin mağduruna veya mağdurlarına ödenir. Kanun’un 1, 4, 6 ve 7. maddelerindeki rekabet ihlallerinin behemehâl önlenmesi amacı, açık ve dürüst rekabet anlayışı ile ilgili vurgu dikkat çekicidir. Rekabet ihlallerindeki bilinç düzeyi ve iradesi, Kanun’un kast ve ağır ihmâl şartı, ihlale yol açan kişilerin genellikle tacir sıfatını taşımaları, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü (TK m. 20/2), tacirlerin aşırı derecedeki cezai şartın indirilmesini isteyememeleri (TK m. 24) sebebiyle üç kat tazminat yerindedir ve müsamahasız uygulama iradesinin varlığı caydırıcı amaca uygundur.

<sup>55</sup> EDİS, Seyfullah, Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınan Takdir Yetkisi, AÜHFĐ, C. 30, S:1-4, 1973, s. 193.

alacaklının, borcun tam ve gereği gibi ifasındaki menfaatinin gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zarar müspet zarardır. Anlaşma geçerli olarak ifa edilse idi zarara maruz kalan alacaklının malvarlığının alabileceği durumla, hâlihazırdaki malvarlığı arasındaki fark müspet zararı ifade eder<sup>56</sup>. Ancak Rekabet Kanununa aykırı teşebbüsler arası anlaşma veya teşebbüs birliği kararlarının “geçerli” olarak ifa edilebilmesi mümkün olmadığından “müspet zarar” kavramının rekabet hukuku uygulamasında yer bulamayacağı söylenebilir<sup>57</sup>.

## B) Menfi Zarar

Menfi zarar da müspet zarar gibi sözleşmenin zamanında ve gereği gibi ifa edilememesi ile ilgilidir. Baştan itibaren (veya sonradan ortaya çıkan diğer tarafın kusurlu davranışları sonucunda) Kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle hükümsüz sayılan bir anlaşmaya, karşı tarafın kusuru ile katılan kimsenin, kendi kusuru bulunmamak şartıyla, menfi zararlarının tazmini gerekmektedir. İşte, hükümsüz sayılan veya hiç meydana gelmeyen bir anlaşmanın, hüküm ifade edeceğine güvenmekten meydana gelen zarar, menfi zarardır. Anlaşmanın muteber olacağına güvenen kimsenin, anlaşma hiç yapılmamış olsa idi uğramayacağı zarar menfi zarardır<sup>58</sup>. Menfi zarar kapsamına; yerine getirilmiş olan edim, ifa edilen edimden elde edilebilecek menfaat (kullanma değeri, kira, faiz vs.), geçersiz anlaşmaya güvenilerek başka bir anlaşma yapma fırsatı

<sup>56</sup> EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1013; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 806; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 855.

<sup>57</sup> “... (S)özleşme yapıldığı andan itibaren mutlak butlan ile batıl ise yok hükmünde sayılır. Bu sözleşmeye dayanılarak akit öncesi sorumluluk ileri sürülüp hak talep edilemez. Davacı tacir olup TTK. 20/3 maddesi gereğince basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorundadır. ... Mahkemece davacının batıl sözleşmeye dayanarak talep ettiği giderlere ilişkin talebinin reddine karar verilmesi gerekir” 13. HD, E: 2003/176, K: 2003/5376, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

<sup>58</sup> Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1014, 1015.

“... (D)avaya konu olan imkansızlık akdin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya çıkmamış, bilakis sözleşmenin yapılması sırasında objektif bir şekilde mevcut olduğundan BK.nun 20/1-I maddesi hükmü uyarınca sözleşmeyi yapıldığı andan itibaren batıl kılmıştır. Başlangıçtaki objektif imkansızlık yüzünden akdin batıl olduğu hallerde ise taraflar ancak menfi zararlarını (örneğin hükümsüz kalan akit gereğince yaptıkları giderlerin, bu akdin geçerliliğine güvenerek kaçırdıkları sözleşme fırsatlarından doğan kazanç kayıplarının yani akit ifa edilse idi elde edecekleri menfaatlerin) tazminini talep hakkına sahip olup müspet zararların (diğer bir, deyişle akdin ifa edilmemesinden doğan kazanç kayıplarının yani akit ifa edilse idi elde edecekleri menfaatlerin) tazmini isteyemezler (Haluk TANDOĞAN/a.g.e. Sh: 427, TEKİNAY BORÇLAR HUKUKU/C: 2, 1985, sh: 1141; Faruk EREN/Borçlar Hukuk Genel hükümler C: 1, 1985, sh: 354; Andreas von TUHR (Cevaz EDEGE tercümesi)/Borçlar Hukukunun Ümumi Kısmı, C: 1, 1952, sh: 269, H. BECKER/İsviçre Medeni kanunu Şerhi C: IV Borçlar Kanunu I. Kasım, I. Fasikül (Bülent OLCAY tercümesi), 1967, sh: 115)” 11. HD, E: 1988/9411, K: 1990/1087 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

tının kaçırılmış olması gibi haller girer<sup>59</sup>.

Kural olarak Rekabet Kanununa aykırı anlaşmaların hükümsüz sayıldığı-  
nın bilinmemesi sorumluluğu kaldırmaz. İradeyi sakatlayan sebeplerden hile  
yoluyla bir rekabeti kısıtlayıcı işleme taraf olunabileceği kabul edilse bile,  
hilenin anlaşılmasıyla bu duruma maruz kalan tarafın yasak sözleşme ilişkisi-  
ni sürdürmesi beklenemez. İşte bu süre zarfında doğacak zararlardan, hileye  
maruz kalan kimse değil karşı taraf sorumlu tutulmalıdır. Hata halinde ise ku-  
ral olarak, gerekli dikkat veya özeni göstermeyerek hataya düşen, karşı taraf  
ile birlikte rekabet ihlallerinden sorumlu olacaktır<sup>60</sup>. Yine bir kimse, belirli  
tehlikelerle korkutularak (örneğin ölüm tehdidi), rakibi ile belirli bölgelerde  
rekabet etmemeyi taahhüt edebilir. Bu gibi durumlarda tehdit altındaki kimse-  
yi rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerinden sorumlu tutmak hakkaniyet esaslarına  
ters düşer<sup>61</sup>. Fakat ekonomik baskılar altında yapılan rekabeti sınırlayıcı anlaş-  
malarda, baskıya maruz kalan tarafın gönüllü olarak ekonomik faaliyetlerini  
kısıtladığı kabul edilmektedir<sup>62</sup>. Örneğin toptancının perakendecilerine mal  
vermeyi kesme tehdidiyle bir takım rekabeti sınırlayıcı kayıtları, bir anlaşma  
çerçevesinde dikte etmesi bu anlamda değerlendirilebilir.

Hata, hile veya ikrahın yani iradeyi sakatlayan sebeplerden birinin etki-  
siyle yapılan sözleşme, hataya düşeni, hile yahut ikraha maruz kalanı bağla-  
maz (BK m. 31). İşte irade fesadına dayanarak (hata, hile, ikrah) sözleşme-  
yi feshetmek isteyen tarafın sorumluluktan kurtulabilmesi için, kural olarak  
bir yıl içinde iptal beyanında bulunması gerekir (BK m. 31). Ancak rekabet  
ihlallerinin arz ettiği özellik (olması gereken hukuk) açısından, irade fesadı  
hallerinde, genel hükümden farklı olarak iptal beyanının derhal karşı tarafa  
bildirilmesi gerekir. Aksi halde hata veya hilenin anlaşıldığı yahut tehdidin

<sup>59</sup> Ayrıca bkz. TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 427, 428; KARAHASAN, Tazminat Hukuku, s. 64, 65.

<sup>60</sup> Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 356, 357; TEKİL, Fahiman, Borçlar Huku-  
ku, İstanbul 1981, s. 103.

<sup>61</sup> Bu sonucun kabul edilebilmesi için Borçlar Kanunu'nda kabul edilen şartların gerçekleş-  
mesi gerekir. Bunlar; bir şahsın kendisinin yahut yakınlarından birinin veya şahsının yahut  
namusunun ağır ve derhal vuku bulacak bir tehlikeye maruz bulunduğu korkusu altında bı-  
rakılarak ve bu kanaatle sözleşmeyi yapması durumlarıdır (BK m. 30/1). Bkz. TEKİNAY/  
AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 449 vd; OĞUZMAN/ÖZ,  
Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 93 vd; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 365-  
368.

<sup>62</sup> Krş. BELLAMY & CHILD, Common Market Law of the Competition, London 1993, p.  
2-020 ve dpn. 38; RITTER, Lennart - BRAUN, W. David - RAWLINSON, Francis, EEC  
Competition Law a Practitioner's Guide, Boston 2000, s. 84.

ortadan kalktığı andan itibaren sözleşmeyi feshetmeyen kimse, normal sorumluluk şartlarına tabi olacaktır. Çok yönlü zararlara sebep olabilecek rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin, bir an önce sona erdirilmesi gereği, borçlar hukukundaki genel kuraldan farklı olarak, bu sonucun kabulünü zorunlu kılar.

Rekabet ihlaline bilerek ve isteyerek taraf olan kişi veya teşebbüslerin, hukukun genel ilkeleri çerçevesinde, kendi hukuka aykırı davranışlarından yararlandırılması düşünülemez. Ancak rekabet ihlalinde kusuru olmayan veya karşı taraftan daha az kusurlu bulunan kişi ya da teşebbüsler tazminat davası açabileceklerdir. Bu husus AB Mahkemesinin Courage kararında şu gerekçelerle kabul görmüştür: “Rekabeti kısıtlayan veya bozan bir anlaşma ya da davranış nedeniyle zarara uğrayan herkes zararının tazminini talep edemez ise, ABA madde 85/I’deki yasağın uygulamadaki etkinliği önemli ölçüde azalır. Bu şekildeki (zarar gören herkese tanınacak) bir tazminat talebi AB rekabet kurallarının etkinliğinin artmasının yanı sıra, rekabete aykırı -ve çoğunlukla gizli olan- anlaşma ve davranışlardan kaçınılmasını da sağlar. Bu bakımdan, ulusal mahkemeler önündeki tazminat davaları Birlik içinde etkin bir rekabetin sağlanmasına önemli katkılar sağlayabilir. Dolayısıyla, rekabet kurallarına aykırı bir anlaşmanın tarafının dahi dava açabilme imkânı (iç hukuk hükümleriyle) peşinen kısıtlanamaz”<sup>63</sup>.

### C) Fiili Zarar

Fiili zarar, hukuka aykırı fiil sonucunda bir kimsenin, iradesi dışında, malvarlığının mevcudunun (miktar ve değerinin) azalmasıdır<sup>64</sup>. Rekabeti kısıtlayan veya bozan faaliyetler neticesinde bir kimsenin malvarlığının aktifinde azalmaya ya da pasifinde artışa yol açan zarar fiili zarardır. Özellikle yasak faaliyetler neticesinde rakip teşebbüslerin, tüketicilerin veya diğer alıcı konumundaki (ara) teşebbüslerin uğradıkları zararlar bu kapsama girer. Şu halde teşebbüsler arasındaki fiyat anlaşması sonucu, tüketici veya ara teşebbüslerin anlaşma konusu ürüne, gerçek değerinin üzerinde ödemedede bulunmaları durumunda, aradaki fazlalık, bu kimselerin malvarlığında azalmaya yol açacağından fiili zarar olarak nitelendirilecektir<sup>65</sup>. Alıcı teşebbüslerin (perakendeci, toptancı), aralarında işbirliği yaparak, sağlayıcı üzerinde fiyat baskısı yapma-

<sup>63</sup> KORTUNAY, Ayhan, “AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - VI, 4-5 Nisan 2008, Kayseri, s. 92.

<sup>64</sup> EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 477.

<sup>65</sup> Bkz. AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 376.

ları ve alım fiyatlarını düşürmeleri durumunda, sağlayıcının maruz kaldığı zarar da fiili zarardır. Ayrıca RK 4. maddesine aykırı bir anlaşma ilişkisine hile yoluyla taraf olan kimsenin anlaşmaya güvenerek yapmış olduğu harcama veya masraflar, hileye maruz kalanın malvarlığının pasifinde artışa yol açacağından fiili zarar olarak kabul edilecektir<sup>66</sup>. RK m. 58'in ifadesiyle rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan faaliyetler sonucunda zarara maruz kalan kimseler (rakip teşebbüsler, tüketiciler, ara teşebbüsler), ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebileceklerdir.

### D)Yoksun Kalınan Kâr

Yoksun kalınan kâr, malvarlığında meydana gelecek artışın hukuka aykırı fiil sebebiyle kısmen veya tamamen engellenmesidir. Zarar verici fiil malvarlığının, hâlihazırdaki durumunda bir değişikliğe yol açmamakla birlikte, gelecekteki muhtemel artışını önlemektedir. Şu halde yoksun kalınan kâr, yasak işbirliği faaliyetlerinden sonraki durum ile çoğalma ihtimali gerçekleşseydi (yasak fiiller olmasaydı) malvarlığının arz edeceği farazi durum arasındaki farka tekabül eder<sup>67</sup>. Kanun'un 58. maddesinde, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören rakip teşebbüslerin, bütün zararlarının tazminini, rekabeti kısıtlayan teşebbüs ya da teşebbüs birliklerinden talep edebilme imkânı kabul edildiğine göre, yoksun kalınan kâr kaybı da tazmin edilmesi gereken zarar miktarı içerisine dâhil edilecektir.

Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilânçolar da dikkate alınarak hesaplanır (RK m. 58). Gerçekten yasak faaliyetlerin belirgin etkileri rakip teşebbüsler üzerinde görülür. Yasak faaliyetler, rakip teşebbüslerin piyasa paylarını azaltabileceği gibi, satış ve sunum maliyetlerini yükseltebilir veya bütünüyle piyasayı terke de zorlayabilir. Hâkim durumdaki bir teşebbüsün, gücünü kötüye kullanarak yıkıcı fiyat uygulaması sonucunda rakip teşebbüslerin satış yapamama-

<sup>66</sup> Hileyi yapan üçüncü şahıs (veya teşebbüs) ise ve diğer taraf, üçüncü şahıs tarafından yapılan hileyi bilmiyor ve bilmesi de lazım gelmiyorsa vaki zararları hile yapan kimse BK 41 vd. hükümlerine göre karşılamak zorundadır. Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 361, 362; İNAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 287; TEKİNAY/AKMAN/BURCU-OĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 447, 448.

<sup>67</sup> Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 478, 479; İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s. 287; KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, s. 79, 80.



ları veya maliyet altındaki satışları sebebiyle maruz kaldıkları zarar, yoksun kalınan kâr kapsamında değerlendirilebilecektir. RK 4 ve 6. maddeleri çerçevesine giren ayırımıcı davranışlar, boykot, mal vermeyi reddetme, sözleşmeyi fesih gibi yasak fiillerin sonucu olarak ortaya çıkan kazanç kaybı veya kâr mahrumiyeti, tazmini gereken zararlardır.

Rekabet ihlalinin zarar gören teşebbüslerin istisnai bir kazancı talep edebilmesi iki şartı ispat ile mümkündür:

1) Rekabet ihlali olmasa idi talep edilen kazanç elde edilebilir nitelikte olmalı,

2) Rekabet ihlali talep edilen kazancı engellemiş olmalı<sup>68</sup>. Örneğin tek satıcının, rakip teşebbüslerin aralarında anlaşarak yıkıcı fiyat uygulamaları sonucunda yeterli sayıda ürün satamaması sebebiyle sağlayıcının vaat ettiği promosyonlarından mahrum kalması.

### **E) Doğrudan Doğruya Zarar – Dolaylı Zarar**

Doğrudan doğruya zarar – dolaylı zarar ayırımı hukuka aykırı fiil ile bağlantılı zararın ortaya çıkış şekliyle ilgilidir. Haksız fiilin doğrudan sonucu olarak doğan zarar doğrudan doğruya zarardır. Haksız fiilin sonucu olarak doğan zararı takip eden, ona refakat eden zararlar ise dolaylı zararlardır. Haksız fiilden doğan ilk zararlar (doğrudan doğruya) buna bağlı olarak ortaya çıkan diğer zararların (dolaylı) tazmini sorunu “uygun illiyet bağı” ve “hukuka aykırılık bağı” esasları çerçevesinde irdelenmektedir<sup>69</sup>.

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler sonucunda rakip teşebbüsler zorunlu olarak üretim miktarını düşürecek ya da atıl kapasite çalışacaklardır<sup>70</sup>. Şüphesiz rekabet ihlalinin uygun sonucu olarak ortaya çıkan bu tür zararlar doğrudan doğruya zarardır. Aleyhine rekabet kısıtlanmış olan teşebbüsler satamadıkları ürünler için depo masrafları, atıl kapasite çalışmaktan kaynaklanan harcamalar, işçi, makine, araç gereç ücretleri, vaktinde ödenemeyen kredi faizleri vs. gibi zararlara maruzdur. İşte sözkonusu rekabet ihlalleriyle bağlantılı zararları takip eden zararlar ise dolaylı zararlardır. RK m. 1, 4, ve 6 hükümlerinin koruma amacı içinde kaldığı kuşkusuz olan bu tür zararların tazmin edilmesi gereği açıktır. Kanun’un yasaklayıcı hükümlerinin koruma amacına giren, hu-

<sup>68</sup> Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 479.

<sup>69</sup> Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 480, 481.

<sup>70</sup> AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 376, 377.

kuka aykırı fiil ve işlemlerle uygun illiyet bağı içindeki her türlü malvarlığı kaybının (miktar ve değer) tazmini istenebilecektir.

### F) Yansıma Zarar

Yansıma zarar, genel olarak, bir rekabet ihlalinden, sözkonusu ihlalin yöneldiği kişiler dışında kalan kimselerin gördükleri zararı ifade eder<sup>71</sup>. Bu kişiler, rekabeti kısıtlayan fiil ve işlemlerin muhatabı olmadıkları halde rekabet ihlalinden zarara uğramışlardır. Yansıma zararın sözleşme dışı sorumluluk kurallarına göre gideriminin istenebilmesi için bu konuda açık bir giderim yükümlülüğü getiren kural aranır. Örneğin esasını BK m. 45/2’de bulan “destekten yoksun kalma zararı” bu nitelikte bir kuraldır. Aksi halde böyle bir kural yoksa kazanç kaybı veya masraf yapılması şeklinde ortaya çıkan (yansıma) zararları tazmin yükümlülüğü doğmaz<sup>72</sup>.

Rekabet Kanunu’na aykırı işbirliği faaliyetleri sonucunda, zorunlu olarak, üretimini azaltan hatta tamamen piyasayı terk etmeye mecbur bırakılan bir teşebbüsün vaki zararlarının tazmini hakkında şüpheye düşülmez. Fakat bu teşebbüslere hammadde, makine, araç gereç temin eden teşebbüslerin veya sözkonusu teşebbüslerin ürünlerini satan, bakım hizmetlerini yerine getiren teşebbüslerin yansıma yoluyla uğradıkları zararın tazmini, genel kuraldan hareketle, “uygun illiyet bağı” ile “hukuka aykırılık bağı” gerçekleşmediği gerekçesiyle reddedilebilir mi? Sorunun cevabı, sorumluluk sebebi olarak kabul ettiğimiz hükümlerin amacı ve kapsamı içinde bulunan kişilerin tespitindedir.

Rekabet Kanunu’nun amacı, mal veya hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetleri önlemek, piyasaların serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde gelişmesini sağlamaktır (m. 1). Aynı paralelde kanun koyucunun, RK 4. maddesindeki hukuka aykırılık ilkesini belirlerken “bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti ... kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan ... anlaşmalar ... yasaktır” ifadeleri ile çerçeveyi geniş tutmak istediği anlaşılmaktadır. Ayrıca rekabetin kısıtlanmasından “zarar” görenlerin her türlü zararlarının tazmini yükümlülüğünü kabul eden Kanun’un 57 ve 58.

<sup>71</sup> Bkz. ÖZEL, Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, C. 50, S. 4, 2001, s. 84 vd.

<sup>72</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, Haluk, Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk – İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s. 4 vd; HATEMİ, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 47, 48; OGUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 494, 495.

maddelerinde, yasak faaliyetlerin kendilerine karşı icra edildiği teşebbüs veya kimselerden değil, genel olarak bu faaliyetlerden “zarar” gören kimselerden bahsedilmiştir. Dolayısıyla hukuka aykırı faaliyetlerin muhatabı olan teşebbüslere hammadde, makine, çeşitli araç gereç temin eden, gayrimenkul kiralaayan veya sözkonusu teşebbüslerin ürünlerini satan, bakım hizmetlerini yerine getiren (ara) teşebbüslerin maruz kaldıkları zararların tazmini gerekecektir.

Bu ilkelerin ışığında, özel bir düzenleme niteliğindeki Rekabet Kanunu açısından, yansıma zararlar için genel kuraldan farklı bir sonuca varılmasının zaruri olduğu anlaşılır. Şu halde öncelikle bu tür zararlar için hukuka aykırılık bağının da gerçekleştiği kabul edilmelidir. Göz ardı edilmemesi gereken diğer önemli bir konu, rekabet ihlallerinde “uygun illiyet bağı” kriterinin ekonomik ağırlıklı bir değerlendirmeye tabi tutulması ihtiyacıdır. Bu durumda uygun illiyet bağı, hukuki yönüyle birlikte ekonomik ağırlıklı olarak düşünülürse yansıma zararların tazmini zorunluluğu ortaya çıkar<sup>73</sup>.

### G) Manevi Zarar

Manevi zarar, malvarlığındaki bir azalmayı değil, şahsiyet haklarına yönelmiş tecavüz dolayısıyla bir kimsenin duyduğu cismani ve manevi acı ve ızdırabı, elemi ve böylece yaşama zevkindeki azalmayı ifade eder<sup>74</sup>. Bu yönüyle kişinin iç huzurunun, manevi bütünlüğünün ihlal edilmesi, manevi zarar ile ifade edilir. Bu hallerde ortada teknik ve gerçek anlamda bir zararın bulunmadığı açıktır. Hukuk düzeni parayı, iç huzuru bozulan kimseye manevi tatmin sağlayacak ve bir ölçüde de faillere “özel hukuk cezası” olacak bir araç olarak kabul etmiştir<sup>75</sup>.

Boykotla<sup>76</sup> rakip teşebbüs faaliyetlerinin kısıtlanması, ayırımçı davranışlarla teşebbüslerin piyasayı terke zorlanması veya piyasaya giriş engelleri oluşturulması (RK m. 4/1-d) gibi haller rakip teşebbüslerin, iktisadi faali-

<sup>73</sup> Krş. AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 380, 381; SANLI, Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, s. 240, 252.

<sup>74</sup> OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 327; İNAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 288; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 483. Ayrıca bkz. AKÜNAL, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, s. 43, 44.

<sup>75</sup> HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 102. Ayrıca bkz. KARAHASAN, Tazminat Hukuku, s. 835.

<sup>76</sup> Boykotun, serbest rekabet hakkını, özel girişim özgürlüğünü ihlal ettiği yönündeki (kişilik hakkı ihlali) düşünce bir takım tereddütlere rağmen, uzun zamandan beri hep savunula gelmiştir. Bkz. TEKİNAY, Sulhi Selahattin, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, 261-263.

yetleri kadar iç huzurunu, girişim özgürlüğünü ve cesaretini ihlal ettiğinden manevi tazminat şartlarının gerçekleştiğinden kuşku duymamak gerekir<sup>77</sup>. Kanun'un 4 ve 6. maddesindeki yasaklardan bir kısmının ihlali manevi zarara yol açabilir. Bu tür ihlaller sebebiyle BK m. 49 ve RK m. 57, 58 hükümleri çerçevesinde manevi tazminat davası açılabilir<sup>78</sup>.

### 2) Rekabet İhlallerinden Doğan Zararın Miktarı

Haksız fiillerde tazmini gereken zarar, kural olarak, mağdurun uğradığı gerçek zarardır. Bu anlamda mağdurun talep edebileceği tazminatın kapsamına maddi zarar (fiili zarar, yoksun kalınan kâr ve faiz) ve manevi zarar girecektir<sup>79</sup>. Haksız fiillerde olduğu gibi rekabet ihlallerinde de zarar gören kimse zarara uğradığını ve zararın miktarını ispat edecektir (BK m. 42). Bu konuda üç ihtimal akla gelmektedir:

1) Taraflar, dava yoluna gitmeden veya karar kesinleşmeden tazmini gereken zarar miktarını aralarında belirleyerek uzlaşmış olabilir. Özellikle üç kat tazminat taleplerinin mümkün olduğu hallerde bu ihtimal, rekabet ihlalinde bulunan teşebbüsler için önem taşır. Bu ihtimalde üç kat tazminat ödemeye mahkûm olma riski rekabet ihlalinde bulunanları uzlaşmaya teşvik eden bir araç olarak karşımıza çıkar.

2) Taraflar, zararın miktarı konusunda hakeme başvurabileceklerdir. Şayet taraflar, tahkime başvurmak konusunda anlaşmışlarsa zararın miktarını hakem veya hakem heyeti belirleyecektir.

3) Taraflar, zararın miktarı konusunda anlaşmazlığa düşmüşlerse, dava açmaktan başka yol kalmayacaktır. Bu durumda mahkeme öncelikle, özel hüküm niteliğindeki RK m. 58 hükmü doğrultusunda zararın miktarını belirlemeye çalışacak, mümkün olmamışsa BK m. 42 hükmü çerçevesinde hareket edecektir.

RK m. 58'de hangi zararların, ne kadar ödeneceği, zararın nasıl belirleneceği konusu açıklığa kavuşturulmuştur. RK m. 58 hükmünün açıklayıcı düzenlemesine rağmen zararın miktarı tam olarak tespit edilememişse hâkim, takdir yetkisini kullanarak tazminatın miktarını belirleyecektir (BK m. 42).

<sup>77</sup> Krş. AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 389, 390.

<sup>78</sup> Aynı yönde bkz. GÜRZUMAR, Osman Berat, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak", Sempozyum Bildiriler Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2006, s. 165, 166; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 688.

<sup>79</sup> AB Komisyonunun konuyla ilgili düşüncesi için bkz. [Commission Staff Working Paper (Brussels, 19.12.2005, SEC(2005) 1732), p. 112 vd].

Hâkimin takdir yetkisini kullanmasına yardımcı olacak delilleri temin etme yükümlülüğü, rekabet ihlalden zarar görmüş kişi veya teşebbüslere aittir<sup>80</sup>.

Rekabeti kısıtlayanlar, “zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur” (RK m. 57). Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler” (RK m. 58/1). Görüldüğü gibi, rekabetin kısıtlanması veya bozulması sonucunda kişilerin, ödemek veya katlanmak zorunda kaldıkları ek maliyet, zarar olarak kabul edilmiştir. Bu hal, tüketicilerin ve yasak faaliyetlerin tarafı olan teşebbüslerden ürün veya üretim araçları, hizmet satın alan teşebbüslerin uğramış oldukları zararı (para kaybını) formüle etmektedir. Fiyat uygulamaları dışındaki işbirliği faaliyetlerinde (kalitenin düşürülmesi, satış sonrası hizmetlerin kısıtlanması, garanti şartları kapsamının daraltılması), tüketici veya diğer kullanıcıların maruz kaldıkları zarar (nihai olarak para kaybına sebep olacağından) bu yolla giderilebilecektir<sup>81</sup>.

Kanun’un 58. maddesinde, rakip teşebbüslerin, maruz kaldıkları bütün zararlarını talep edebilmeleri imkânı kabul edilmiştir. Bu anlamda zararın kapsamı, zarar gören teşebbüslerin, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler olmasa idi elde edebilecekleri muhtemel kazançta göre belirlenecektir. Tarafların muhtemel kazançları, geçmiş yıllara ait bilançolar<sup>82</sup> dikkate alınarak hesaplanacaktır. Örneğin rekabetin ortadan kaldırılması sonucunda teşebbüslerin piyasa paylarındaki azalma, satış miktarındaki düşüşler, fazlalık ürünlerin depo veya muhafazasına yönelik bakım masrafları tazminat olarak istenebilecektir<sup>83</sup>.

Teşebbüslerin maruz kaldıkları bütün zararların giderilmesi ilkesinden hareket eden kanun koyucu, mağdurun yoksun kaldığı kazanç (RK m. 58/1) ve aslen üç kat tazminat hesabında yer verilen “zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kâr” (RK m. 58/2) miktarının da dikkate

<sup>80</sup> Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 63.

<sup>81</sup> Krş. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 689.

<sup>82</sup> Bilanço hesabının işletmenin gerçek durumunu yansıtmadığı iddiası TTK m. 85, 86 hükümleri çerçevesinde ispat edilebilecektir. TTK Tasarısı’nda ticari defterlerle özel ispat usulüne son verilmiştir (TTK Tasarısı Genel Gereke, p. 110).

<sup>83</sup> Zararının bir kısmını alıcılara aktaran mağdur (davacı) teşebbüslerin, alıcılara yansıttığı zarar kısmının, tazminat miktarının tayininde dikkate alınması gereği (sebepsiz zenginleşme), gözden kaçırılmamalıdır (Bkz. Commission Staff Working Paper (Brussels, 19.12.2005, SEC(2005) 1732), p. 159 – 164 vd). ABD uygulamasında zararın yansıtıldığı savunması, alıcı ve son kullanıcılara yansıtılan zararın tespitinin oldukça güç olması ve üç kat tazminat sistemini zaafa uğratacağı gerekçesi ile kabul edilmemiştir

## Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009

alınmasını kabul etmiştir. Bu hüküm gereği hâkim, BK m. 42'nin işaret ettiği "gerçek zarar" ilkesi ile bağlı kalmayacaktır. Bu durumda mağdurun elde etmeyi umduğu kazancı (RK m. 58/1) ve rekabet ihlalinde bulunanların elde ettikleri veya elde etmeleri muhtemel olan kâr miktarı (RK m. 58/2), "gerçek zarar" miktarından fazla olabilecektir. Gerçek zararın ispatındaki güçlük veya tazminat miktarındaki fark sebebiyle mağdur, tazminat miktarının belirlenmesinde Kanun'un tanıdığı iki yoldan birini seçme hakkına sahiptir. Mağdur, üç kat tazminat talebine esas olmak üzere, isterse maddi zarar (ve mahrum kaldığı kâr) miktarını (ispat şart) isterse de karşı tarafın elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kâr miktarını tercih edebilecektir.

Anlaşılabacağı üzere kanun koyucunun kabul ettiği sistem, amacı ve sonuçları itibarıyla TK m. 58/1-e hükmüne benzemektedir<sup>84</sup>. TK m. 58/1-e hükmüne göre, "tazminat olarak hakim, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir"<sup>85</sup>. TK m. 58/1-e hükmündeki ilkenin konulmasındaki esas sebebin, haksız rekabet halinde, haksız rekabet mağdurunun uğradığı zarar miktarını ispat etmesinin çok zor belki de imkânsız olacağı, BK 42/2 gereği tazminatın hâkimin takdir yet-

<sup>84</sup> "Haksız rekabetin hukuki müeyyidelerinden olan tazminata hükmedilebilmesi için davacının haksız rekabet yüzünden uğradığı zararı ispat etmiş olması şarttır. Fakat tatbikatta görüldüğü üzere pek çok hallerde bu zararın ispatı imkânsız bulunmakta ispatı mümkün olan hallerde dahi miktarının ispatı ya pek zor ya imkânsız bulunmaktadır. Hâdisde de Borçlar Kanununun 42 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki takdir hakkının kullanılması da tatmin edici neticeler vermekte ve haksız rekabet fiilini işlemiş olduğu sübut bulan kimseler aleyhine ancak haksız rekabetin önlenmesi kararı verilebilmekte ve bunların haksız rekabetin devanı ettiği müddet içinde bu yüzden sağladıkları büyük kârlar neticesi itibarıyla kendilerinde kalmaktadır. Bu durum hakkaniyete aykırı düşmekte olduğundan asarının 173 ncü maddesi hükmünden mülhem olarak hâkimin haksız rekabet neticesinde dâvâlinin elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığını dahi hükmedebileceği yolunda bir hüküm 58 nci maddenin birinci fıkrası sonuna eklenmiştir. Böylece hâkim haksız rekabette bulunanın bu haksız rekabet neticesinde elde etmiş olduğunu bilirkişinin kati olarak mümkün gördüğü menfaatin karşılığına dahi hükmedilebilecektir Bunun tesbiti birçok hallerde davacının uğradığı zararın tesbitinden daha kolay olduğundan haksız rekabet hareketleri malî bakımdan müeyyidesiz kalmıyacak veyahut davacı zararından başka dâvâlinin haksız olarak elde ettiği menfaatleri dahi ondan almak ve böylece dâvâlyı kanuna aykırı hareketinin neticesinden hiçbir surette istifade etmemiş duruma sokmak imkânını bulacaktır. Bu hal şekli bir lisansın haksız yere kullanılması halinde lisans sahibinin o lisansı kullananın elde ettiği menfaatleri Borçlar Kanununun 414 ncü maddesi hükümlerine dayanarak temellük edebileceği yollu Federal mahkeme içtihadının dayandığı esasa da uygun düşmektedir. Meselenin arz ettiği hukuki incelik dolayısıyla bu durumun memleketimizde hemen hemen hiç tatbik görmiyen Borçlar Kanununun 414 ncü maddesi hükmüne bırakılması yerine açık bir hükme bağlanması kanunların kolay tatbiki bakımından yerinde görülmüştür" TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt: 12, [TK Tasarısı hakkında 4.6.1956 tarihli Adliye Encümeni mazbatası (Esas No. 1/150, Karar No. 50)], s. 365.

<sup>85</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AYHAN, Rıza, Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990.

kisiyle tayin edilmesinin de tatminkâr sonuçlar doğurmayacağı düşüncesinden kaynaklandığı belirtilir<sup>86</sup>. Gerçekten mağdurun uğradığı zarar karşısında, haksız rekabet failinin bu zararı aşan (haksız rekabet) kazançtan yararlanması hakkaniyete aykırı düşecektir. Aslında zarar miktarının tayinindeki güçlük, haksız rekabet haline münhasır bir durum değildir. Aynı zorluk, hatta fazlasıyla çok failli ve çok yönlü rekabet ihlallerinde de olacaktır. Rekabet Kanunu bu prensibin üç kat tazminat miktarının hesabında nazara alınacağını açıkça belirtmiş, fakat (üç kat tazminat şartlarının bulunmadığı) normal haldeki zararın hesabında bu yola işaret etmemiştir. Bu yüzden benzer bir hükme RK m. 58/2’de değil, RK m. 58/1’de yer verilebilirdi<sup>87</sup>.

TK m. 58/1-e hükmüne göre hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına tazminat olarak hükmedebilir. Fakat TK m. 58/1-e hükmüne göre RK m. 58 hükmü, hem daha açık hem de daha kapsamlı görünmektedir. Gerçekten RK m. 58 hükmü tazminat miktarını rekabet ihlalinde bulunanların sadece elde ettikleri veya elde etmeleri muhtemel olan kâr miktarı ile sınırlamamakta “zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kâr” miktarının da esas alınabilmesi imkânını kabul etmektedir. Bu durumu MK m. 995 hükmünde düzenlenen kötü niyetli zilyedin tazmin borcuna benzetiyoruz. MK m. 995 uyarınca, “(i)

<sup>86</sup> ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 302; TEOMAN, Ömer (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, N: 1318-1321.

Yargıtay bir kararında, bu düşünceye aykırı olarak, TK m. 58/1-e hükmüne değinmeksizin doğrudan BK m. 42 hükmüne göre hareket edilmesi gereğine işaret etmiştir: “Mahkemece, ... davalının Türk Gıda Kodeksi’ne aykırı şekilde ‘Aflotoksin’ içeren pul biberi emtiasını piyasaya sunduğu, eyleminin TTK’nun 57/10 maddesi uyarınca haksız rekabet teşkil ettiği, tarafların uyumsuzluk konusu döneme ilişkin olarak zarar ettikleri, aynı alanda faaliyet gösteren sayısız firma olduğu, davacı zararının, tek başına davalı eyleminden kaynaklanmadığı ve illiyet bağının kanıtlanmadığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, davalının haksız rekabetinin tespiti ile önlenmesine, hükmün ilanına, diğer istemlerin reddine karar verilmiştir. Dava, haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, maddi ve manevi tazminatların istemlerine ilişkindir. Davacı vekili, haksız rekabetin tespit ve önlenmesi yanında maddi tazminat da talep etmiştir. TTK’nun 58-d maddesinde haksız rekabet fiilinden zarar görenin maddi tazminat da talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Mahkemece yazılı gerekçe ile davacı tarafın maddi tazminat istemi ret edilmiştir. Ancak, davalının haksız rekabette bulunduğu doğru olarak tespit edilmiştir. Davacının, bu eylem nedeniyle zarara uğradığı sabittir. Ne var ki, davacı zarar tutarını ispat edememiştir. Bu durum karşısında, BK’nun 42 nci maddesi dikkate alınarak davacı yararına uygun tutarda maddi tazminata karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir” (11. HD, E. 2006/12564; K. 2007/14906).

<sup>87</sup> Bu ilkenin sadece üç kat tazminat sisteminde uygulama alanı bulacağı düşüncesi savunulabilir. Ancak tazminatın üç katından esas alınabilecek bir hesaplama yönteminin daha az tazminat talebinde (RK m 58/1) kabul edilmemesi isabetli olmaz.

yiniyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır". Kanun, "her türlü zararın tazmini" ilkesini benimsemekle birlikte zarara neden olanların elde etmesi muhtemel olan kazanç miktarına da özellikle işaret ederek mağdurun maruz kaldığı zararların en üst düzeyde karşılanması iradesine vurgu yapmıştır.

RK m. 57'de düzenlenen sorumlulukta, rekabet ihlallerine yol açan kişilerin kusuru aranmadığından, kusurun derecesi tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşımayacaktır. Dolayısıyla, kusurun ağırlık derecesinin tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olmasını öngören BK m. 43 hükmünün, RK m. 57'de düzenlenen sorumluluk bakımından uygulama imkânının bulunmadığı söylenebilir. Fakat üç kat tazminat talebinde, kast veya ağır ihmal şartı arandığından, tarafların hafif ihmal kapsamında değerlendirilebilecek rekabet ihlalleri ile verdikleri zarar yeterli olmayacaktır.

Şartlarının varlığında mahkeme, tespit ettiği zararın üç katı oranında tazminata hükmedecektir. Maddedeki "üç katı oranında" ifadesi ortaya çıkabilecek tereddütleri bertaraf edecek açıklığa sahiptir<sup>88</sup>. Aksi halde kanun koyucu pekâlâ üç katına kadar ifadesini kullanabilirdi<sup>89</sup>.

### 3) Rekabet İhlallerinden Doğan Zararın İspatı

Yasak faaliyetler sonucunda zarara maruz kaldığını iddia eden kimse, bu iddiasını ispatla yükümlüdür<sup>90</sup>. Fakat davacı uğradığı zarardan önce, Kanun'a aykırı bir davranışın varlığını ispat etmek zorundadır. Kanun tazminat talebinin dayandığı rekabet ihlallerinin ispatına ilişkin esasları RK m. 59 hükmünde belirlemiştir<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Aksi düşünce için bkz. ARI, Zekeriyya, "Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", Rekabet Forumu, S. 26, 20 Eylül 2006, s. 9, 10; SANLI, Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, s. 271; İNAN, Nurkut; PİKER, Mehmet B., Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara 2007, s. 106.

<sup>89</sup> Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 691.

<sup>90</sup> Rekabet ihlallerinde zarar miktarının ispatı hakkında geniş bilgi için bkz. TIMBERLAKE, Federal Treble Damage Antitrust Actions, s. 302-351.

<sup>91</sup> İspat yüküyle ilgili özel düzenleme (RK m. 59/1 ve uyumlu eylem karinesi hakkındaki m. 4/3), uyumlu eylemlerin ispatıyla sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Her ne kadar RK m. 59/1'in "anlaşmanın varlığı ya da ..." şeklindeki ifadesi duraksamaya yol açacak nitelikte olsa bile, ispat kolaylığı sağlayan hükümlerin (m. 59/1, m. 4/3) uyumlu eylemlere ilişkin olduğu hakkında şüpheye düşülmemelidir.



BK m. 42 hükmü gereği rekabet ihlalden zarar gören davacı maruz kaldığı zararının miktarını kendisi ispat edecektir. RK mağdurun gördüğü zararın ispatında “geçmiş yıllara ait bilançolar”dan yararlanılabileceğine işaret etmiştir. Kanun’un ilgili hükmüne göre, “(z)ararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır” (RK m. 58/1).

Bilindiği gibi Ticaret Kanunu m. 58/1-e hükmüne göre, “(d)avacı lehine ... tazminat olarak hâkim, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir”<sup>92</sup>. Haksız rekabet sonucunda ortaya çıkan zararın miktar ve kapsamının ispatındaki zorluktan dolayı hâkim, haksız rekabet failinin elde etmesi mümkün görülen kâr miktarına tazminat olarak hükmedebilecektir. Haksız rekabet mağduru, usulüne uygun tuttuğu ticari defterleri aracılığı ile ispat edemediği zararına karşılık, hasım tarafın elde ettiği kazancın tazminat olarak kendisine verilmesini isteyebilecektir. Bu paralelde mağdur, tazminat olarak, ispat imkanı olsa bilse maruz kaldığı zarar miktarından vazgeçip haksız rekabet failinin elde edebileceği kazancın esas alınmasını da talep edebilecektir<sup>93</sup>. TK m. 58/1-e hükmünün öngördüğü yetki, haksız rekabet sonucu davacının satmadığı ürün miktarı üzerinden, davalı tarafın bu tutarda mal satmasından dolayı elde etmesi muhtemel menfaati esas alır. Söz konusu hükme dayanan davacı, BK m. 42’deki zararı ispatlama yükümlülüğünden kurtulmuş olmaktadır. Karşı tarafın (rekabeti kısıtlayanların) elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karın hesabı, bu kimselere ait defter ve bilanço kayıtları esas alınarak belirlenecektir.

Tüketici ve ara teşebbüsler, hâlihazırda ödedikleri bedel ile rekabet kısıtlanmadan önceki ödedikleri bedel arasındaki farkı tazminat olarak isteyebileceklerdir. Ancak tüketici ve ara teşebbüsler, rekabet ihlalleriyle bağlantılı olarak fazladan ödedikleri bedeli ispat etmelidirler. Maruz kalınan zarar miktarı veya rekabeti ihlal edenin kazancı sağlıklı bir şekilde belirlenememişse BK m. 42/2 hükmüne göre hareket edilecektir. Anılan hükme göre, “zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutat cereyanını ve mutazzarın olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikane tayin eder”. Bu durumda hâkim, rekabet ihlalden zarar gören kimselerin iktisadi faaliyetleri, piyasa şartları, ihlale yol açan teşebbüslerin piyasa gücü gibi kriterleri göz önünde bulundurarak mağdur kişi veya teşebbüslerin

<sup>92</sup> TK Tasarısı’nda da TK’nın 58. maddesi hükmünün ilk iki fıkrası aynen korunmuştur (TK Tasarı m. 56).

<sup>93</sup> TEOMAN, Ülgen, Ticari İşletme Hukuku, N: 1320, 1321.

uğrayacağı zarar miktarını, ticari hayatın olağan akışına uygun bir çerçevede belirleyecektir<sup>94</sup>.

Hâkim, zararın miktarını belirlerken, hal ve şartları (BK m. 43) dikkate alacaktır. Borçlunun, kusuru bulunmamak şartıyla müzayakaya düşme halinin dikkate alınmasını öngören BK m. 44 hükmünün, ağır kusur veya ağır ihmal şartına bağlı üç kat tazminatta uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Zira rekabet ihlaline yol açan kişi veya teşebbüslerin kusuru yoksa RK m. 57 ve 58/1 hükümlerinden farklı olarak, üç kat tazminat talebinde bulunmak mümkün değildir.

### 4) Rekabet İhlallerinden Zarar Gören Kimseler

#### A) Genel Olarak

Rekabet ihlallerinin yol açtığı zararlardan dolayı kimlerin tazminat hakkına sahip olduğu RK m. 57 ve 58 hükümleri çerçevesinde belirlenecektir. Kanun'un tazminat hakkı başlıklı 57. maddesi, "(h)er kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti ... kısıtlarsa yahut ... hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmin" yükümlülüğünü öngörmektedir. Kanun'un, zararın tazmini başlıklı 58/1 maddesinde ise tazminat talep edebilecek kişiler için "(r)ekabetin ... kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler" ifadesi kullanıldıktan sonra hemen arkasından, "(r)ekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir" (RK m. 58) hükmüne yer verilmiştir. Zararın tazminine ilişkin RK m. 58'de "rekabetin kısıtlanması" olgusu esas olmakla birlikte, rekabeti kısıtlamayan fakat tüketici ve alıcı teşebbüsleri fahiş fiyatlarla sövmeyi engelleyen hâkim durum (RK m. 6) uygulamalarının da hükmün koruma amacı içinde yer aldığından kuşku duymamak gerekir. RK m. 57 ve 58 hükmünün kapsamını, "rekabetin kısıtlanması" ve "rakip" şartları ile sınırlamak, Kanun'un koruma amacına aykırı olacak şekilde mağdurların çerçevesini daraltacaktır<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> Genel olarak bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 692, 693; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 298, 299; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 692.

<sup>95</sup> Kanunun 57. maddesinin gerekçesinde de kanun koyucunun tazminat talebini sadece rakiplerle sınırlandırmak istemediği anlaşılmaktadır: "Maddede, rekabetin bozulması nedeniyle bundan zarar gören teşebbüs niteliğindeki veya bu nitelikte olmayan gerçek veya tüzel kişilerin, zarar veren taraflardan bu zararın giderimini tazmin edebileceği hükme bağlanmıştır."

## B) Rakip Teşebbüsler

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden doğrudan zarar görenlerin başında, yasadışı davranışların muhatabı olan teşebbüsler gelir. Kanun'un 58. maddesinde bu durum açıkça ifade edilmiş ve rekabetin kısıtlanmasından zarar gören teşebbüslerin, bütün zararlarının karşılanması gereğinden bahsedilmiştir.

## C) Tüketiciler

Hangi konuda ve hangi vasıtalarla icra edilirse edilsin, rekabeti kısıtlayıcı işbirliği faaliyetlerinden zarar gören tüketiciler, maruz kaldıkları zararların telafi edilmesini isteyebileceklerdir<sup>96</sup>. Mal veya hizmet fiyatlarındaki artış dolayısıyla ödemesi gereken bedelden daha fazlasını ödeyen tüketici, rekabet kısıtlanmadan önceki bedel ile aradaki değer farkını tazminat olarak talep edebilecektir. Şüphesiz tüketicinin maruz kaldığı zararlar, satış fiyatlarındaki artışla sınırlandırılmaz: Ürün kalitesinin (birlikte) düşürülmesi veya satış sonrası hizmetlerin kısıtlanması yahut garanti koşullarının ağırlaştırılması gibi haller malvarlığında azalmaya yol açtığı ölçüde (örneğin garanti süresinin kısaltılması veya kalitedeki düşüş nedeniyle ilave harcama yapılması) tazminat konusu olabilecektir.

## D) Rakip Dışındaki Teşebbüsler

Rekabet ihlallerinin hedefi genellikle rakip teşebbüsler olmakla birlikte, sözkonusu ihlallerin sebep olduğu zararlar, rakip teşebbüslerle sınırlı kalmaz. Rekabetin bertaraf edilmesi ilgili piyasadaki mal veya hizmetin fiyatını, maliyetini arttıracak ya da bahse konu mal veya hizmeti edinme imkânını kısıtlayacaktır. Şu halde doğrudan kendilerine yönelmeyen, fakat mağdur rakip teşebbüsün mal veya hizmetini yeniden satan, sunan ve nihayet bunları tüketen teşebbüs yahut kişilerin rekabet ihlallerinden zarar görmemesi mümkün değildir.

Rakip teşebbüsün maruz kaldığı zarar, sözkonusu teşebbüsün alıcılarına (tek satıcı, acente, toptancı, perakendeci ve tüketici) şu veya bu şekilde yansıtacaktır. Maliyeti veya fiyatı yükselen ya da edinme imkânı kısıtlanan mal

<sup>96</sup> WALLER; Spencer Weber, "Rekabet Hukukunda Kamu Özel Ortaklıkları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - IV, 7 Nisan 2006, Kayseri, s. 66. İNAN, teorik düzeyde mümkün olsa bile pratikte tüketicilerin, RK 57 ve 58. maddelerine dayanarak dava açabilmelerinin mümkün olmayacağı kanısındadır. Bkz. İNAN, Nurkut, "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi" (konulu tebliğin sonundaki soru-cevap kısmı), Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s. 16, 17.

## Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009

veya hizmetler dolayısıyla ortaya çıkacak pazar kaybı; başta rakip teşebbüslerin, sonra da bahsettiğimiz alıcıların komisyon, kâr veya ücret gibi kazançlarının azalmasına; hatta depo, bakım yahut kira gibi ek harcamalar doğurması bakımından zararlarının artmasına sebep olacaktır<sup>97</sup>.

Görüldüğü gibi, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin mağdurları rakip kişi veya teşebbüslerle sınırlanamaz<sup>98</sup>. Kısıtlayıcı faaliyetlerin muhatabı olan rakip teşebbüslerin dağıtıcı ve alıcıları bu teşebbüslere ürün veya çeşitli araç gereç yahut hizmet temin eden teşebbüsler de rekabet düzeninin ihlalden zarar göreceklerdir. Nihayet rekabet ihlali sebebiyle zarar gören hatta mali gücü bozulan teşebbüslerin pay sahipleri ve alacaklıları da etkilenecektir. İşte pay sahipleri (teşebbüsün zararı sebebiyle kâr payı dağıtılmaması), alacaklılar (alacağın tahsil edilememesi), teminat verenler (ödeme gücü sebebiyle başvuru hakkının doğması) gibi yasak fiil ve işlemlerden dolayı zarar görenler; uygun illiyet bağı engeli, zararın tespiti ve kişiselleştirilebilmesindeki zorluklar nedenleriyle tazminat talep edemeyeceklerdir<sup>99</sup>.

### E) Üç Kat Tazminat Talebinde Bulunabilecek Kişiler

Sadece “zarar görenler”in talebinden (RK m. 58/2) bahseden Kanun’un, üç kat tazminat talebinde bulunacak kişiler arasında bir ayırım yapmadığı görülmektedir. Fakat bu sonucun, rekabet ihlallerinden etkilenen herkesi kapsayacak şekilde geniş yorumlanması, hükmün caydırma amacını aşacaktır.

Rekabet ihlallerinden başta rakip teşebbüsler olmak üzere, tüketiciler, ara teşebbüsler, zarara maruz kalan teşebbüs alacaklıları, pay sahipleri, hülasa bütününü ülke ekonomisinin etkileneceği düşünülürse, üç kat tazminat alacaklılarının sınırının daraltılması zarureti ortaya çıkar. Kanun, üç kat tazminata esas alınacak zararı, kast ve ağır ihmal yoluyla ortaya çıkan rekabet ihlallerine hasrettiğine göre ikili bir ayırım yapılmalıdır:

1) Rekabet ihlalinin doğrudan yöneldiği kişi veya teşebbüsler.

<sup>97</sup> AB uygulaması, Adalet Divanı’nın (AD) “*Courage*” (Courage v. Crehan, C-453/99, 2001) ve “*Manfredi*” (Vincenzo Manfredi V. Lloyd, C-295/04, 2006) kararlarındaki esnek yaklaşımı benimsemiş görünmektedir. AD’ın bu davalardaki tutumuna göre, rekabet ihlali ile maruz kaldığı zarar arasındaki illiyet bağına ispat edebilen herkes, dava hakkına sahiptir. Bkz. Commission Staff Working Paper (Brussels, 19.12.2005, SEC(2005) 1732), p. 159 – 164 vd.

<sup>98</sup> Bkz. FOX, Eleanor M., “We Protect Competition, You Protect Competitors”, World Competition, 26 (2), 2003, s. 149–165.

<sup>99</sup> Krş. AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 309, 310.

2) Doğrudan herhangi bir kişi veya teşebbüsü hedef tutmaksızın ilgili piyasada rekabeti bertaraf etmeye yönelik ihlaller. Bu ihtimalin özünü, rekabet ihlallerinin tabii ve mutlak sonucu olarak ortaya çıkan zararların tazmini zorunluluğu, oluşturmaktadır.

Rekabet ihlallerinin hedef aldığı kişi veya teşebbüslerin yasak fiil ve işlemlerden zarar görmemesi mümkün değildir. Ayrıca rekabet ihlalinin yöneldiği teşebbüslerin dağıtıcılarının veya alıcılarının, ilgili teşebbüse mal ya da hizmet temin eden diğer teşebbüslerin de sözkonusu ihlalden zarar görmemesi mümkün değildir. Bu sebeple, bir kişi veya teşebbüsü açıkça hedef almasa bile, rekabet ihlallerinden doğrudan<sup>100</sup> zarar gören kimseler, maruz kaldıkları zararların üç katını tazminat olarak isteyebileceklerdir. Zira, RK m. 58/2 hükmünün işaret ettiği “tarafaların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmali” **ortaya çıkan zarar** ile ilgilidir. Bir başka ifadeyle kast veya ağır ihmal şartı, rekabet ihlallerinin doğrudan muhatabı kişi veya teşebbüsler ile sınırlandırılmamalıdır.

İlk gruba boykot, dışlayıcı uygulamalar, rakip teşebbüs faaliyetlerinin zorlaştırılması, (RK m. 4/2-d, e ve 6/2-a, b, c) gibi belirli kişi veya teşebbüslere yönelen rekabet ihlalleri örnek gösterilebilir. İkinci grup ihlaller ise genellikle daha çok kâr güdüsü ve büyüme arzusu ile sebep olunan rekabet ihlalleridir. Örneğin fiyat tespiti, piyasa paylaşımı, bağlayıcı kayıtlar, üretim sınırlaması (kota) gibi RK m. 4/2-a, b, c, f ve 6/2-c, d, e’de işaret edilen ihlaller, hal ve şartlara göre, doğrudan rakip teşebbüslere veya tüketiciye yönelmeyebilir. Bu tür ihlallerde yasak faaliyetleri icra eden teşebbüslerin yegâne amacı, olabildiğince karını, piyasa payı ve gücünü arttırmaktır.

Yukarıda bahsettiğimiz ilk ihtimale göre üç kat tazminat talebinde bulunmaya yetkili olan kimseler, rekabet ihlallerinin doğrudan kendilerini hedef aldığı teşebbüs veya kişilerdir. Yıkıcı fiyat uygulamalarında rakip teşebbüslerin, fiyat artışlarını konu edinen anlaşmalarda ise tüketicilerin bu faaliyetlerin muhatabı oldukları ve doğrudan zarar gördükleri sonucuna varılabilir. Fakat bu sınırın, yani rekabet ihlallerinin doğrudan muhataplarının belirlenmesi her zaman kolay olmayabilir. İşte “doğrudan zarar görmek” şartıyla, rekabet ihlallerinin doğrudan muhatabı olmayan veya bu konuda tereddüt bulunan kişi

<sup>100</sup> Doğrudan zarar – dolaylı zarar ayırımının illiyet bağı ile ilgili bir ayırım olduğu kabul edilir. Hukuka aykırı fiil ve işlem ile bağlantılı olarak ortaya çıkan zarar doğrudan zarardır. Zarar, sonradan gerçekleşse bile hukuka aykırı fiil ve işlemlerin uygun sonucu olarak ortaya çıkmışsa doğrudan zarardan söz edilir. Geniş bilgi için bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 480, 481.

ya da teşebbüsler de üç kat tazminat isteyebileceklerdir. Gerçekten, piyasa paylaşımını konu edinen anlaşmalarda, bu bölgedeki tüketicilerin ve paylaşılmış piyasalara girmeleri engellenen rakip teşebbüslerin zarar görecekları muhakkaktır. Aynı şekilde, hâkim durumdaki bir teşebbüsün ekonomik gücünü kötüye kullanarak uyguladığı fahiş fiyattan zarar gören kişi ve teşebbüslerin RK m. 58/2 hükmünün koruma amacı kapsamında bulunduğu söylenebilir. Bu durumda, uygun illiyet bağı çerçevesinde, rekabeti kısıtlayıcı fiil ve işlemlerin doğrudan muhatabı olan veya sözkonusu fiil ve işlemlerden doğrudan zarar gören kişi ya da teşebbüslerin üç kat tazminat talebinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Kanun'un, zararın tarafların kastı veya ağır ihmalinden kaynaklanmış olması (RK m. 58/2) şeklindeki ifadesi sebebiyle, yasak fiil ve işlemlerin doğrudan muhatabı olmayan diğer kimselere karşı (tüketiciler, ara teşebbüsler) özellikle *kastın bulunmadığı iddiası* ileri sürülebilecektir<sup>101</sup>. Ancak, rekabeti kısıtlama amacı ve hedefi üzerinde yoğunlaşan rekabet ihlallerinden doğrudan zarar gören kimselere karşı, kastın bulunmadığı gerekçesiyle, üç kat tazminat yükümlülüğünden kurtulmak mümkün olmayacaktır. Ayrıca Kanun üç kat tazminatı, sadece "kast" ile sınırlandırmamıştır. Ağır ihmal yoluyla ortaya çıkan rekabet ihlallerinden doğrudan zarar görenler de üç kat tazminat talep edebileceklerdir. Şu halde ağır ihmal yoluyla ortaya çıkan rekabet ihlallerine ve ihlalden doğrudan zarar gören kişi veya teşebbüslere karşı *kastın bulunmadığı iddiasını yöneltmek* mümkün değildir. Rekabet ihlalinin doğrudan muhatabı olmayan kişi veya teşebbüsler, uygun illiyet bağı çerçevesinde zarar gördüklerini ve zararın miktarını ispatla yükümlü olduğuna göre mağdur ve zarar miktarının istismar boyutlarına ulaşması düşünülemez.

Birbirine yakın iki çimento üreticisinin fiyat anlaşması yapmaları durumunda bu ürünlerin toptancısı ya da perakendecisi konumundaki teşebbüslerin sözkonusu yasak işbirliğinden zarar görmeleri kaçınılmazdır. Aynı zamanda o bölgede inşaat yapan müteahhit de fiyatı yükselen çimento dolayısıyla ek harcama yapacaktır. Doğal olarak fiyat ve piyasa paylaşımı anlaşmaları toptancı, perakendeci veya müteahhidi doğrudan hedef almasa bile, bilerek ve isteyerek yasak faaliyetlere taraf olan çimento üreticileri, bu kimselerin maruz kaldıkları zararın üç katını talep üzerine karşılamakla yükümlüdür.

<sup>101</sup>Bkz. TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001, s. 309.

## **F) Türkiye'deki Bir Rekabet İhlalinden Zarar Gören Yurt Dışı Piyasalarındaki Yabancıların Tazminat Talebi**

Ülkemizde yerleşik teşebbüslerin taraf olduğu rekabet ihlallerinden dolayı yabancı ülke piyasaları etkilenmiş olabilir. Bu durumda rekabet ihlallerinden doğan talepler, bu ihlalden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 38/1). Ancak sözkonusu rekabet ihlallerinden dolayı yabancıların, Türk vatandaşı olan kişi veya teşebbüslerden talep edebilecekleri tazminat miktarı, RK m. 57 ve 58 hükümlerinin bahsettiği imkânlarla sınırlıdır. Gerçekten MÖHUK m. 38/2'ye göre, "Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez"<sup>102</sup>. Şu halde rekabet ihlallerinden "etkilenen piyasa" yabancı ülkede ise bu ülke piyasalarında faaliyet gösteren ve bahsedilen ihlallerden zarar gören kişi veya teşebbüsler, RK m. 58/2 şartları çerçevesinde, üç kat tazminat talep edebilecektir<sup>103</sup>.

## **VI) Üç Kat Tazminat Davasında Taraflar**

### **1) Davacı**

Üç kat tazminat davasında davacı, rekabeti kısıtlayan faaliyetlerden zarara uğradığını iddia eden kimsedir. Aleyhine rekabeti kısıtlayıcı fiil ve işlemlerin icra edildiği hedef kişi veya teşebbüslerin maruz kaldıkları zarar dolayısıyla dava hakkında herhangi bir kuşku yoktur. Bu anlamda yasak fiil ve işlemlerle bağlantılı zarara uğrayanların (yansıma yoluyla zarara uğrayanlar) uygun illiyet bağı içerisinde kalan zararlarının tazminini isteyebilme haklarında da tereddüt edilmemelidir. Topyekun piyasaları, rekabet düzeninin muhafazasını koruma amacını güden rekabet hukuku bakımından bu sonucun kabulü gerekir. Öyleyse, yasak fiil ve işlemlerin doğrudan muhatabı olmamakla birlikte sözkonusu fiil ve işlemlerden doğrudan zarara uğrayanların maruz kaldıkları

<sup>102</sup> MÖHUK m. 38/2'deki, "Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde" ifadesi tereddütlere sebep olabilecek şekilde kaleme alınmıştır. Rekabet, Türkiye'de engellenmiş ve etkileri de ülke piyasalarında ortaya çıkmışsa, sözkonusu ihlaller hangi ülke kişi veya teşebbüsleri tarafından yapılırsa yapılsın, Türk hukuku uygulanacaktır (RK m. 2, MÖHUK m. 38/1). Ancak anlaşılan, kanun koyucunun muradı, ülkemizde ortaya çıkan fakat etkileri yurt dışı piyasalarında görülen ve bu sebeple Türk vatandaşı kişi veya teşebbüslerinden talep edilebilecek tazminat talebidir. Dolayısıyla maddenin, "Türkiye'de icra edilen fakat etkileri yurt dışı piyasalarında ortaya çıkan rekabet ihlallerine ilişkin tazminat talepleri, Türk hukukunun sözkonusu ihlaller için kabul ettiği tazminat hakkı ile sınırlıdır" şeklinde anlaşılması gerekir.

<sup>103</sup> Genel anlamda etki ilkesi hakkında bkz. TEKİNALP, Gülören; TEKİNALP, Ünal, "Türk Rekabet Hukukunda Etki İlkesi", Prof. Dr. Tuğrul ANSAY'a Armağan, Ankara 2006, 327-346.

zararların giderimi şarttır. Bu çerçevede rekabet ihlalinin doğrudan zarar gören mağdur teşebbüsün alıcıları (toptancı, perakendeci, tüketici), rakip teşebbüs ürünlerinin bakım hizmetlerini yapan veya bu teşebbüse hammadde, araç gereç temin eden teşebbüsler dava açabileceklerdir.

Hukuka aykırı davranıştan zarar gören bir tüzel kişi ise, tazminat davası yetkili organ tarafından tüzel kişi adına açılır. Genel kurallardan hareketle rekabet ihlallerinden zarara uğrayan kimse, tazminat isteme hakkını (alacağını) başkasına temlik edebilir veya ölümü halinde tazminat hakkı mirasçılara geçer (MK m. 25). Tazminat isteme hakkına bu yollarla sahip olan kimseler de dava açabileceklerdir<sup>104</sup>.

Pay sahipleri, alacaklılar, teminat verenler gibi rekabet ihlalinin dolaylı zarar gören kişi veya teşebbüsler, sözkonusu ihlal ile maruz kaldıkları zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmadığından tazminat isteyemeyeceklerdir<sup>105</sup>.

## 2) Davalı

Tazminat davası, rekabet ihlallerinin (RK m. 4, 6, 7) yol açtığı zararı tazminle yükümlü teşebbüslere karşı açılacaktır<sup>106</sup>. Özellikle teşebbüsler arası işbirliği faaliyetlerini konu edinen Kanun'un 4 ve 7. maddesindeki ihlaller, iki veya daha fazla teşebbüsün varlığını gerektirdiğinden ve her bir teşebbüs müteselsilen sorumlu olduklarından (RK m. 57) dava, teşebbüslerden birine, birkaçına veya hepsine karşı açılabilir. Bağlı teşebbüslerin sorumlu olduğu ihlallere karşı dava, ana teşebbüse veya yasak faaliyetlerdeki rolüne göre yavru teşebbüse karşı açılabilir.

## VII) Tazminat Davasının Zamanaşımı

### 1) Genel Olarak

Rekabet Kanunu idari para cezaları zamanaşımı süresini düzenlemiş fakat tazminat sorumluluğunun zamanaşımı süresine değinmemiştir<sup>107</sup>. Gerçi

<sup>104</sup>OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 515; KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, s. 1032, 1033.

<sup>105</sup>Krş. AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 309, 310.

<sup>106</sup>Tasarı ile pişmanlık programından yararlanan teşebbüsler bakımından üç kat tazminat sorumluluğu kaldırılmıştır. Tasarı'nın öngördüğü RK m. 57/2 hükmü şu şekildedir: "Kurumla aktif işbirliği yaparak ceza bağışıklığından veya indiriminden yararlanan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri bakımından ise, hükmedilecek tazminat uğranılan zararı aşamaz" (31.7.2008 tarihli RK Tasarısı m. 26).

<sup>107</sup>AB rekabet hukuku uygulamasında, yasal belirlilik açısından önem taşıyan zamanaşımı sürelerinin tazminat davaları önündeki engellerden biri olduğu inancı vardır. Bu çerçevede,



Kanun'un para cezaları zamanaşımına ilişkin hükmü (RK m. 19) yürürlükten kaldırıldığından konu, özel düzenleme niteliğine sahip Kabahatler Kanunu hükümlerine (KK m. 20, 21) tabidir. Kabahatler Kanunu'nun sözkonusu hükümleri Kurulun; yasak fiillere yönelik para cezası kararı verme yetkisinin tabi olduğu zamanaşımı süresi (soruşturma zamanaşımı) ile para cezalarının tahsili zamanaşımı (yerine getirme zamanaşımı) süresini düzenlemektedir. Kanun, "tazminat" talebiyle ilgili özel bir düzenleme getirmesine rağmen, zamanaşımı konusunda suskun kalmıştır. Bu durumda zamanaşımı süresi, taraflar arasındaki ilişkiye göre belirlenecektir.

## 2) Hukuki İşlemlerden Doğan Borçlara İlişkin Zamanaşımı Süresi

Taraflar arasındaki anlaşmaya veya teşebbüs birliği kararlarına dayanan (menfi zararlar) tazminat talebinde süre, BK m. 125 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabidir ve hükümsüzlük halinin öğrenildiği tarihten itibaren başlamalıdır<sup>108</sup>. Örneğin sağlayıcı ile dağıtıcısı arasındaki rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar dolayısıyla dağıtıcısının maruz kaldığı menfi zararların BK m. 125 gereği on yıllık süre içinde talep edilebilmesi mümkündür<sup>109</sup>.

## 3) Sebepsiz Zenginleşme Zamanaşımı Süresi

Sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade taleplerinde zamanaşımı süresi, BK. 66/1'e göre, fakirleşen tarafın, iadeyi isteyebilme hakkını öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve herhalde iadeyi isteme hakkının doğumundan itibaren on yıl geçmekle sona ermiş olur<sup>110</sup>. Bilindiği gibi, hukuka veya ahlaka aykırı

---

zaman aşımı süresinin durması veya daha uzun bir süre kabul edilmesi (suspension of or longer limitation periods) yönündeki değişikliklerin, tazminat davalarının yaygınlaşmasında önemli bir rol oynayacağı düşünülmektedir.

Zamanaşımının başlangıcı ve süresi hakkında AB üye ülke uygulamalarına yönelik şu öneriler dile getirilmektedir:

(1) Zamanaşımı süresi, rekabet ihlalinin Komisyon veya bir üye ülke rekabet otoritesince soruşturulmaya başlandığı anda durmalıdır.

(2) Zamanaşımı süresi, rekabet ihlalinin varlığına hükmeden bir mahkeme kararının kesinleşmesi ile işlemeye başlamalıdır.

(3) Zamanaşımı süresi iki yıldan az olmamalıdır [**Green Paper, Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules**, Brussels, 19.12.2005 COM(2005) 672 final, Opsiyon 35, 36, s. 11; **White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules** (Brussels, 2.4.2008 COM(2008) 165 final), s. 9].

<sup>108</sup> Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 359, 360.

<sup>109</sup> Rekabet ihlali acentelik sözleşmesinden doğmuşsa, BK m. 126/4 gereği zamanaşımı süresi beş yıldır. Acentelik ve Rekabet Hukuku ilişkisi için bkz. TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Ankara 2006.

<sup>110</sup> Geniş bilgi için bkz. ÖZ, Turgut, Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 177, 178; TUNÇO-

bir amaç elde etmek için verilen edimler geri istenemez (BK m. 65). Fakat bu konuyu özel olarak düzenleyen Rekabet Kanunu, uygulama alanına giren rekabet ihlalleriyle ilgili sebepsiz zenginleşmelere BK m. 65'in uygulanmamasını kabul etmiştir<sup>111</sup>. Dolayısıyla RK m. 4'e aykırı teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarından doğan sebepsiz zenginleşme konusu edimlerin iadesi istenebilecektir. İade borcunun kapsamı ve şartları BK m. 61-66 hükümlerine tabidir.

### 4) Haksız Fiil Zamanaşımı Süresi

Hukuka aykırı yollarla başkalarına zarar verenler bu zararı tazmin etmek zorundadırlar. Rekabeti kısıtlayıcı fiil ve işlemler sonucunda teşebbüslerin (genellikle rakip teşebbüsler ve alıcıların), maruz kaldıkları zararların tazmini, öz itibarıyla haksız fiil sorumluluğuna<sup>112</sup> dayandığından, haksız fiil zamanaşımı süresine tabi olacaktır. BK m. 60/1 hükmüne göre, maddi ve manevi tazminat alacağı, zarar görenin, zararı ve sorumlu şahsı öğrenmesinden itibaren bir yıl ve her halükarda haksız fiil sorumluluğunu doğuran olayın vuku bulduğu andan itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Bu durumda yasak faaliyetler nedeniyle dava açma hakkı, mağdurun zararını ve yasak faaliyetlerin tarafı olan kişi veya teşebbüsleri öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan bir yıllık zamanaşımı süresine tabidir (BK m. 60/1). Zamanaşımı süresi, zarar veya sorumlu teşebbüslerden hangisi daha sonra öğrenilirse, bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Zarara uğrayan bir tüzel kişi teşebbüs ise, dava açmaya yetkili organın öğrenme tarihi esas alınır. Ayrıca iki veya daha fazla teşebbüsün taraf olduğu yasak fiil ve işlemlerle rekabetin kısıtlandığı hallerde, her bir teşebbüs açısından zamanaşımı süresi, ayrı ayrı öğrenme tarihinden başlayacaktır. Zararın öğrenilmesi açısından önem

---

MAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 656 vd.

<sup>111</sup> Hukuka veya ahlaka aykırı bir amaca ulaşmak için verilen edimlerin geri istenememesi (BK m. 65) kuralını rekabet ihlallerinde bertaraf eden RK m. 56/2 hükmünün isabeti tartışmaya açıktır. Rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası işbirliği ilişkilerinde tarafların aynı hukuka aykırı amaca yöneldikleri dolayısıyla sadece taraflardan birini korumanın rekabet ihlallerinin niteliği ile bağdaşmayacağı sonucuna ulaşılabilir. Hatta somut olay gerçeklerine göre RK m. 56/2 hükmünün taraf menfaatlerine, hakkaniyete uygun olduğu söylenebilir. Ancak özellikle havuz sistemi, kota, hakim durumun kötüye kullanılması gibi rekabet ihlallerinde BK m. 65 hükmünün caydırıcılık gücü bakımından Kanunun amacına daha uygun sonuçlar doğuracağını düşünüyoruz. Aynı yönde SANLI, Kerem Cem, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Rekabet Dergisi, S. 30, Nisan-Haziran 2007, s. 22, 23.

<sup>112</sup> Ayrıca bkz. İNAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 264.

taşıyan konu, zararın bütün ayrıntılarının değil; varlığını, niteliğini ve temel unsurlarını yani dava açabilmek için gerekli bilgilerin öğrenilmesidir<sup>113</sup>. Şayet rekabeti kısıtlayan davranışlar süreklilik arz ediyorsa, sözkonusu davranışlar sona ermeden zamanaşımı süreleri de (bir ve on yıllık) işlemeye başlamaz. Benzer şekilde, hukuka aykırı davranışlar sürekli olmayıp aralıklarla tekrarlanıyorsa, her yasak davranışa ilişkin zarar açısından o zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren ayrı bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar<sup>114</sup>.

Rekabet ihlali sebebiyle tazminat davası açabilme hakkı, yasak davranışların vuku bulduğu tarihten itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (BK m. 60/1). Bu süre içerisinde zarar veya sorumlu teşebbüsler öğrenilemediği için bir yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlamamış olsa bile yasak faaliyetlerin icra edildiği tarihten itibaren on yıl geçmişse tazminat davası açma hakkı artık zamanaşımına uğramış olur.

## 5) Ceza Zamanaşımı Süresinin Etkisi (BK m. 60/2)

Yürürlükten kaldırılan RK m. 18'in gerekçesinde, Kanun'un 16 ve 17. maddelerinde yer alan para cezalarının ceza hukuku anlamında ceza olmadığı, idari para cezası olduğu vurgulanmıştır. BK m. 60/2, tazminat davasının, Ceza Kanunları gereği daha uzun süreli bir ceza zamanaşımı süresine tabi olan fiillerden kaynaklandığı hallerde, bu ceza zamanaşımı süresinden yararlanılabileceği hükmünü amirdir. Kanun koyucu, ceza davası açma imkanı devam etmesine rağmen aynı fiilden doğan fakat daha kısa zamanaşımı süresine tabi tutulan tazminat davası açma hakkının ortadan kalkmasını uygun bulmamıştır<sup>115</sup>. Konuyu iki açıdan irdelemek gerekir: 1) Suç ve kabahat ayırımının BK m. 60/2 hükmü açısından önemi, 2) BK m. 60/2 hükmünün varlık gerekçesi.

1) İdari bir organ olarak Kurum, Kanun'un 16 ve 17. maddelerindeki yasak faaliyetlerin (RK m. 4, 6, 7) ihlali ile ilgili cezaları, tüketicilerin, rakip teşebbüslerin, rekabet düzeninin, kamu menfaatlerinin korunmasında; teşebbüsleri adeta tedip etme, caydırma görevinin bir sonucu olarak uygulamaktadır. Kabahatler Kanunu'nun kabahati, "kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık" olarak tanımlayan (KK m. 2, 1) hükmü karşısında RK m. 4, 6 ve 7'nin yasakladığı fiillerin "kabahat" olarak kabul

<sup>113</sup>TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 716 vd; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 795 vd.

<sup>114</sup>Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 910.

<sup>115</sup> OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, s. 56.

edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır (KK m. 1).

BK m. 60/2, zamanaşımına konu olan fiilin hem haksız fiil hem de “suç” teşkil etmesi ile ilgilidir. BK m. 60/2 hükmünden yararlanabilmek için iki temel şartın gerçekleşmesi gerekir:

a) Hukuka aykırı fiil, hem haksız fiil hem de suç teşkil eden bir fiil olmalıdır. Tazminat davasının dayandığı hukuka aykırı fiil, aynı zamanda Ceza Kanunu’nun veya ceza hükmü taşıyan bir kanunun suç saydığı bir fiil olmadığı takdirde BK m. 60/2’den yararlanılamayacaktır<sup>116</sup>.

b) Ceza zamanaşımı süresi daha uzun olmalıdır<sup>117</sup>.

RK m. 4, 6 ve 7’nin yasakladığı fiiller teknik ve hukuki anlamda “suç” değildir. Mülga Türk Ceza Kanunumuzda suç; “cürüm veya kabahat” (m. 1/2) olarak kabul edilmiş, suç yerine cürüm veya kabahat ibaresi birlikte kullanılmıştı. Mülga Ceza Kanunumuz çerçevesinde BK m. 60/2’nin kabahatleri de kapsadığı söylenebilirdi. Hâlbuki yeni Türk Ceza Kanunumuzda “kabahat” kavramına yer verilmemiş, kabahatler ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. Dolayısıyla yeni Türk Ceza Kanunumuzun kabahatleri suç olarak kabul etmediği görülmektedir. Öyleyse, RK m. 4, 6 ve 7 kapsamına giren ve kabahat olarak kabul edilen yasak fiiller, ceza kanunlarında (Türk Ceza Kanunu ve bu kanun dışındaki özel kanunlar) düzenlenen “suç” niteliği taşımamaktadır. Yeni Türk Ceza Kanunumuzun bu tutumu dikkate alındığında, idari para cezalarının tabi olduğu zamanaşımı ile mağdur teşebbüslerin tazminat hakkının tabi olduğu haksız fiil zamanaşımı sürelerinin niteliklerinin farklı olduğu görülür.

Tazminat talebinin kaynağını oluşturan haksız fiil ile aynı zamanda kabahat olarak kabul edilen ve “suç” niteliği taşımayan rekabet ihlallerinin BK m. 60/2 hükmünün şartlarını taşımadığı açıktır. Bu sebeple nispi idari para cezasını gerektiren rekabet ihlallerinin tabi olduğu sekiz yıllık (KK m. 20/3) “soruşturma zamanaşımı sürelerinin” (KK m. 20), BK m. 60/2 hükmüne dayanılarak tazminat taleplerinde dikkate alınabilmesi mümkün değildir<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 799; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 351, 352.

<sup>117</sup> Geniş bilgi için bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 798 vd.; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 350 vd.

<sup>118</sup> Aksi düşünce için bkz. CENGİZ, Dilek, Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s. 420, 421.

2) BK m. 60/2'nin varlık gerekçesi, ceza davası açma imkanı var olduğu sürece, tazminat davası açma hakkının, haksız fiil zamanaşımı süresinin dolması sebebi ile yitirilmemesidir<sup>119</sup>. Gerçekten Kurul'un, bir rekabet ihlalinin soruşturma ve idari para cezası verme yetkisi sona ermeden aynı ihlalden zarar gören kimselerin, bir yıllık zamanaşımı süresinin dolması nedeni ile tazminat davası açma hakkını kaybetmeleri hakkaniyete ters düşecektir. Ancak olan hukuk bakımından, "kabahat" ve "suç"un niteliklerinin farklı olması sebebiyle, konuya açıklık getiren bir düzenleme yapılmadan BK m. 60/2 hükmünü rekabet ihlallerinden kaynaklanacak tazminat davalarına uygulamak mümkün olmayacaktır.

## VIII) Görevli ve Yetkili Mahkeme

### 1) Rekabet İhlallerinde Mahkemelerin Yetkisi

Kanunumuzda, Kurum ile adli mahkemeler arasındaki ilişkiyi düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır<sup>120</sup>. Rekabet Kurulu, Kanun'un uygulanmasında, rekabet ihlallerinin önlenmesinde yetkili ve görevli kılınan bir mercidir (RK m. 27). Buna karşılık Kanun'un uygulanmasıyla ilgili tazminat ve hükümsüz işlemlere (teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararları) yönelik taleplerde tek yetkili ve görevli organ genel mahkemelerdir.

Rekabet ihlallerine yönelik tazminat davaları ile karşılaşan mahkemelelerin iki şekilde hareket etmesi muhtemeldir: İlk ihtimale göre, rekabet ihlalleri ile ilgili tazminat taleplerinde mahkeme, sözkonusu iddianın dayandığı fiilin veya işlemin hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmek için Kurul'a bildirir ve Kurul kararına göre tazminat talebini sonuçlandırır. İkinci ihtimale göre, mahkeme rekabet ihlalleri ile ilgili tazminat talebini kendisi inceleyerek sonuçlandırır<sup>121</sup>. Şüphesiz mahkeme bu ihtimalde bilirkişi incelemesine veya

<sup>119</sup> "... Haksız eylemlerin bir kısmı, sadece hukuk açısından değil ceza yasaları bakımından da sorumluluğu gerektirir; haksız eylemin faili yani sorumlusu genellikle daha ağır sonuçları olan bir ceza kovuşturmasına konu olabileceği sürece zarar görenin haklarını yitirmesinin mantık dışı olacağı kuşkusuzdur" Y. HGK, 18.11.1981, E. 1979/4-231, K.. 1981/744 (YKD, 1982/6, s. 765).

<sup>120</sup> Kurum ile adli mahkemeler arasındaki ilişki Tasarı'da, "Kurumun Bilirkişiliği ve Bekletici Mesele" başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: "Adli mahkeme, Kanunun ihlal edilip edilmediğinin saptanmasını gerektiren davalarda, ihlalin varlığı için gerçekleşmesi gereken ekonomik olgularla ilgili olarak Kurumun bilirkişiliğine başvurabilir. Başkanlık, bilirkişi raporunu hazırlamak üzere tarafsızlık esaslarını dikkate alarak yeter sayıda meslek personelinin görevlendirir. Davanın konusuna ilişkin olarak Kurum bünyesinde bir inceleme, önaraştırma veya soruşturma yürütülüyor olması durumunda ise, hâkim Kurulun nihai kararını bekletici mesele sayabilir" (31.7.2008 tarihli RK Tasarısı m. 27).

<sup>121</sup> Bu konuda bkz. İNAN, Nurkut, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un

## Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009

Kurumun bilirkişiliğine başvurabilecektir. Her iki ihtimalin eleştirilebilecek yönleri vardır. İlk ihtimal uygulama birliği, yeknesak kararlara ulaşılabilmesi bakımından önemlidir. Ancak bu ihtimal, Kurul kararından tatmin olmayan veya soruşturma talebi reddedilen kimselere genel mahkemelerden tazminat isteme yolunu da kapatması açısından eleştirilebilir. İşte ikinci ihtimal bu yolu açık tutması bakımından dikkat çekicidir. Fakat ikinci ihtimalde, Kurul'un reddettiği bir rekabet ihlali iddiasının mahkemeler tarafından kabulü, her iki farklı kararın sıhhati bakımından tartışmaya neden olabilecektir.

Kurul ve mahkemelerin başvurdukları deliller ve delillerin değerlendirilmesi, delillere ulaşma biçimi farklıdır. Bilindiği gibi Kurul, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir (RK m. 14). Ayrıca Kurul, gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde arama yapabilir; defter, belge ve her türlü evrakı inceleyebilir, hatta suretlerini alabilir (RK m. 15). Bu anlamda Kurul, serbest delil sistemini; mahkemeler ise kanuni delil sistemini kullanmaktadır. Hukuk mahkemesine delilleri taraflar getirmekle yükümlüdürler. Hâkim tarafların bildirmedikleri vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve hatta taraflara hatırlatamaz. Dolayısıyla delilleri kendiliğinden araştırma yükümlülüğü bulunmayan mahkemenin karar verirken Kurul'un imkânlarıyla kıyaslanmaması gerekir<sup>122</sup>.

Yargıtay, Kanun'un 4 ve 6. maddeleriyle ilgili uyuşmazlıklarda ilk ihtimali dikkate almış ve fiilin hukuka aykırılığına ilişkin Kurul kararının varlığını şart koşmuştur<sup>123</sup>. Yüksek Mahkeme, sözkonusu uyuşmazlıklarda fiilin huku-

---

Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 60 vd.

<sup>122</sup>Geniş bilgi için bkz. YILMAZ Ejder, Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999, s. 88 vd; YILMAZ, Ejder, "Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 69 vd; BUDAK, Ali Cem, "Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat" Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 4 Nisan 2003, Kayseri, s. 47 vd.

<sup>123</sup> "Yargılama aşamasında, Rekabet Kurulu'nun 2004-3-154 esas 5.27/317-80 sayılı 22.04.2005 tarihli kararı ile E... A.Ş. & B... A.Ş.'nin kendilerinin veya distribütörlerinin bayilerinin hem açık satış yapan nihai satış noktaları, hem de kapalı satış yapan nihai satış noktaları ile akdettikleri tek elden satın alma anlaşmalarında yer alan rekabet etmemek yükümlülüklerinin ve bu etkiyi doğuran diğer sınırlamaların tek marka satma şartına bağlanmasının etkin rekabetin oluşmasını engellediğine, bu tür düzenlemelerin yasaklanan rekabet etmeme yükümlülüğü tanımı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğine, soğutucu dolaplara rakip ürün konulmasının engellenmesinin piyasada rekabetin oluşmasının önünde önemli bir engel olduğuna, karar tarihinden önce akdedilmiş sözleşmelerde yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin ve bu etkiyi doğuran nitelikteki diğer yükümlülüklerin anılan sözleşme metninin tamamından

ka aykırılığının Kurul tarafından tespit edilmesi zorunluluğunu aramaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, mağdur kişi veya teşebbüsler önce Kurul'a başvurmalı, Kurul'a başvurmamışsa bu durum, ön mesele yapılmalıdır. Kurul, fiilin hukuka aykırı olup olmadığını açacağı soruşturma sonucunda belirleyecektir (RK m. 48-53). Zannımızca Yüksek Mahkemenin aradığı Kurul kararı da bu anlamda nihai karardır. Fiilin hukuka aykırılığını tespit eden bir nihai karar yoksa zarar görenlerin ancak Danıştay yolu ile Kurul'un soruşturma açılmasına gerek görmediği kararını iptal ettirmek seçeneğinden başka bir tercihleri olmayacaktır<sup>124</sup>. Tazminat talebi için, nihai karar aranmayıp, karar içindeki Kurul tespitlerinin, ele geçirilen delillere ilişkin değerlendirmelerin yeterli olduğu kabul edilirse, zarar görenlerin durumu rahatlatılmış olur.

Yüksek mahkemenin, iktisadi analizler ve piyasa araştırması yapılması gereken davalarda Kurul kararına ihtiyaç duyması yadırganamaz. Gerçekten hâkim durumun kötüye kullanıldığı iddia edilen bir davada, "hâkim durum" ve "kötüye kullanma" halleri sadece hukuki değerlendirmelerle açıklığa kavuşturulamaz. Fakat özellikle fiyat ve piyasa paylaşımı anlaşmaları, ayırıcı fiil ve işlemler, boykot ve bağlayıcı kayıtlar gibi rekabeti kısıtlayıcı işbirliği davranışları (RK m. 4) hakkında mahkemelerin konuyla ilgili maddi hukuk hükümlerini (RK m. 4, 5) yorumlaması ve uygulaması mümkündür.

Rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçlarını ayrıntılı ve özel

---

çıkartılmasına karar verilmiştir. Bu durumda mahkemece, Rekabet Kurulu kararının kesinleşip kesinleşmediği ve davaya etkisi gözetilerek bir karar verilmesi için hükmün bozulması gerekmiştir" (19. HD, 6.11.2006, E. 2006/2809, K. 2006/10346, UYAP Mevzuat Programı). "Dava 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 57 inci maddesinde ifadesini bulan hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazminine ilişkindir. Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetildiğinde tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 sayılı Yasanın yetkili kıldığı "Rekabet Kurulu" tarafından hâkim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. 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 gerekir" (Yargıtay 19. HD, E. 99/3350, K. 99/6364, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları). Ayrıca bkz. GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 768 vd; EĞERCİ, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, s. 258 vd; GÜZEL, Oğuzkan, Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Yargının Rolü; Onbir Yıllık Deneyimin Sonuçları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 7 Nisan 2006, Kayseri, s. 219-221.

<sup>124</sup> Konuyla ilgili ve mağdurun durumunu ortaya koyan İNAN'ın şu tespitlerine katılmamak mümkün değildir: "Kapsamlı soruşturmalarda Rekabet Kurulunun bir karara varması ve gerekçeli kararın taraflara tebliğ edilmesi en az iki yıl sürmektedir. Karara karşı Danıştay'a başvurma yolu da açıktır. İdarî yargıda da dava en az bir yılda sonuçlanır. Rekabet ihlali nedeniyle tazminat talep eden kişi mahkemece davanın esasına girilebilmesi için en az üç yıl bekleyecektir" (İNAN, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, s. 61, 62).

olarak düzenleyen Kanun'un beşinci kısmında, yasaklanan fiil ve işlemlerin ispatı usulüne de yer verilmiştir. Rekabeti kısıtlayan *teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının* her türlü delille ispatlanabilmesi imkanından bahsedilmiş, teşebbüsler arası uyumlu eylemlerin ispatında ise önemli bir karine kabul edilmiştir (RK m. 59). Anılan hükme göre, “(z)arar 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 halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer” (RK m. 59/1). Kanun'un özel hukuk hükümlerine ilişkin taleplerinde, uyumlu hareketlerin varlığına işaret eden emarelerin *yargı organları* tarafından değerlendirilmesi esas olduğuna göre, rekabeti kısıtlayan fiil veya işlemlerin (RK m. 4) hukuka aykırılığını adli mahkemeler de tespit edebilecektir<sup>125</sup>.

Kurul'a başvurunun ön mesele sayılması durumunda zamanaşımı süresi ile ilgili endişenin ortadan kaldırılması, BK m. 133'de sınırlı bir şekilde tespit edilen kesilme sebepleri<sup>126</sup> arasına Kurul'a başvuru durumunun katılması gerekir.

## 2) Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tazminat davalarını konu edinen uyuşmazlıklar kural olarak, hukuk mahkemelerinin görev alanına girer<sup>127</sup>. Yetkili mahkemenin tayini ise taraflar arasındaki ilişkiye göre araştırılmalıdır. Taraflar arasındaki anlaşmaya dayanan ihtilaflar, anlaşmanın ifa yeri (BK m. 73) mahkemesinde dava edilebilecektir (HUMK m. 10)<sup>128</sup>.

Üçüncü kişilerin (tüketiciler, rakip teşebbüsler, ara teşebbüsler) açacağı dava, genel kural uyarınca davalının ikametgâhı mahkemesidir (HUMK m. 9). Ayrıca yasak faaliyetlerin vuku bulduğu yer mahkemesi de yetkilidir (HUMK m. 21). Şahsiyet haklarına tecavüz olarak nitelendirilebilecek (boykot veya

<sup>125</sup> Her ne kadar ilgili maddenin gerekçesi, adli mahkemelerin rekabet ihlallerini tespit yetkisine ilişkin bir açıklığı içermese de RK m. 4/3'te yer verilen ispat kolaylığının tekrar düzenlenmesi düşünülemeyeceğine göre, bu sonucun kabulünde bir sakınca olmayacaktır.

<sup>126</sup> Bkz. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 653 vd.

<sup>127</sup> Aleyhine ihtiyati tedbir kararı alınmış olan teşebbüslere karşı yürütülen soruşturma sonucunda, masum oldukları sonucuna varılan teşebbüslerin, maruz kaldıkları zararın tazminine yönelik talepler, idare mahkemelerinin görev alanına girer.

<sup>128</sup> Anlaşmadan doğan ihtilaflar içine, anlaşmanın varlığı veya yokluğu ya da feshine, ifası veya ifa edilmemesi yahut gereği gibi ifa edilmemesi gibi hallerin girdiği kabul edilebilir. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 1992, s. 214.



diğer ayırmacı muameleler)<sup>129</sup> hallerde dava, şüphesiz davacının ikametgâhı mahkemesinde de görülebilecektir (MK m. 25/5).

RK m. 2'ye paralel bir düzenleme öngören MÖHUK m. 38/1 hükmüne göre, “(r)ekabetin engellenmesinden doğan talepler, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir”. Yabancı teşebbüslerin taraf olduğu ve Türkiye’deki belirli bir bölge yahut yerdeki mal veya hizmet piyasalarını etkileyen ihlallerde, “etki” prensibinin (RK m. 2) doğal bir sonucu olarak tazminat davaları, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin etkilerinin doğduğu yer mahkemelerinde açılabilir<sup>130</sup>.

### IX) Sonuç

1) Rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davaları önündeki önemli engellerden birisi kusur şartıdır.

2) Rekabet ihlallerindeki ispat güçlüğü, Kanun’un (m. 4, 6 ve 7) yasakladığı fiil ve işlemlerin bilinçli ve istekli olarak icra edilen ilişkiler olması, geniş anlamda piyasa düzeninin (rakip teşebbüsler, sağlayıcı, dağıtıcı, perakendeci ve tüketiciler) korunması gerekçeleri karşısında kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulü kaçınılmazdır.

3) Maddi zarar veya zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kâr ile sınırlandırılan üç kat tazminat sistemi kanundan doğan ceza şartı niteliğindedir.

4) Üç kat tazminat, tarafların yasak faaliyetlere katılma konusundaki bilinçli ve istekli iradelerine veya ağır derecedeki özensiz davranışları ile mağdurun talebine bağlıdır. Mevcut sistemde ayrıca hâkimin de üç kat tazminatı uygun bulması şarttır. Bilinçli olarak veya hoş görülemeyecek biçimdeki rekabet ihlali konusundaki taraf iradelerine rağmen üç kat tazminatın takdire bağlanması isabetli değildir.

5) Üç kat tazminat talep edebilecek kişiler, yasak fiil ve işlemlerin **doğrudan muhatabı** olan veya sözkonusu fiil ve işlemlerden **doğrudan zarar gören kimselerle** sınırlıdır. Yasak fiil ve işlemlerin doğrudan muhatabı olmayan kimselere karşı *kastın bulunmadığı iddiası* ileri sürülebilecektir. Buna karşılık, yasak fiil ve işlemlerin uygulanmasında ağır ihmali olanlar ile sözko-

<sup>129</sup> TEKİNAY, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, s. 261-263.

<sup>130</sup> Geniş bilgi için bkz. TİRYAKIOĞLU, Bilgin, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997, s. 77 vd.

## Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009

nusu fiil ve işlemlerden “doğrudan” zarar görenlere karşı kastın bulunmadığı iddiasına sığınmak mümkün değildir.

6) Suç ve kabahat ayırımının tabi oldukları yaptırım sistemi ve sonuçları arasında fevkalade önemli farklılıklar bulunduğu için BK m. 60/2 hükmünün rekabet ihlallerinden zarar gören kimseler lehine uygulama imkanı bulunmamaktadır.

### BİBLİYOGRAFYA

- AGNEW, J. H., Competition Law, London 1985.
- AKINCI, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001.
- AKÜNAL, Teoman, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2005.
- ARI, Zekeriyya, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, Rekabet Forumu, S. 26, 20 Eylül 2006, s. 9, 10.
- ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2005.
- AYHAN, Rıza, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2007.
- AYHAN, Rıza, Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990.
- BELLAMY & CHILD, Common Market Law of the Competition, London 1993.
- BUDAK, Ali Cem, “Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat” Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 4 Nisan 2003, Kayseri, s. 45-62.

CENGİZ, Dilek, Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.

COLLIN, Thomas J., Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner's Handbook, American Bar Association, 1998.

EDİS, Seyfullah, Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınan Takdir Yetkisi, AÜHFD, C. 30, S:1-4, 1973, s. 169-196.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.

EREN, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975.

FOX, Eleanor M., "We Protect Competition, You Protect Competitors", World Competition, 26 (2), 2003, s. 149-165.

GÜRZUMAR, Osman Berat, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak", Sempozyum Bildiriler Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2006, s. 115-185.

GÜVEN, Pelin, Rekabet Hukuku, Ankara 2008.

GÜVEN, Pelin, "Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I, 6-7 Nisan 2007, Kayseri, s. 211-259.

GÜZEL, Oğuzkan, Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Yargının Rolü; Onbir Yıllık Deneyimin Sonuçları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 7 Nisan 2006, Kayseri, s. 188-233.

HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme - Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994.

İMRE, Zahit, "Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler", İÜHFMD, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C.XLV-XLVII, S.1-4, 1979-1980-1981, İstanbul 1982, s. 401-420.

## Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009

- İNAN, Nurkut, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 43-66.
- İNAN, Nurkut; PİKİER, Mehmet B., Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara 2007.
- İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, İkinci Kitap, Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul 1995.
- KAUPER, Thomas E., “The Treatment of Cartels under the Antitrust Laws of the United States” in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 75-96.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- KORTUNAY, Ayhan, “AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - VI, 4-5 Nisan 2008, Kayseri, s. 89-117.
- LANDE, Robert H., “Are Antitrust “Treble” Damages Really Single Damages?”, Ohio State Law Journal, 54,1993, 115-172.
- MATSUSHITA, Mitsuo, “Cartels under the Japanese Antimonopoly Law” in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 61-73.
- NEALE, A. D., The Antitrust Laws of the United States of America, Cambridge University Press, 1966.
- NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.
- NOMER ERTAN, N. Füsün (ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995.

OĞUZMAN, M. Kemal /ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, İstanbul 1991.

ÖZ, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000.

ÖZ, Turgut, Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990.

ÖZEL, Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFİD, C. 50, S. 4, 2001, s. 81-106.

RITTER, Lennart - BRAUN, W. David - RAWLINSON, Francis, EEC Competition Law a Practitioner’s Guide, Boston 2000.

SANLI, Kerem Cem, “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I, 4 Nisan 2003, Kayseri, s. 211-276.

SANLI, Kerem Cem, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Rekabet Dergisi, S. 30, Nisan-Haziran 2007, s. 3-71.

SAYHAN, İsmet, Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık, Rekabet Dergisi, S. 17, 2004, s. 5-35.

SAYHAN, İsmet, “Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl: 5, S. 3, s. 29-61.

SHENEFIELD, John H.; STELZER, Irwin M., The Antitrust Laws, American Enterprise Institute 2001.

TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara 1961.

## Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009

- TANDOĞAN, Haluk, Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk – İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963.
- TEKİL, Fahiman, Borçlar Hukuku, İstanbul 1981.
- TEKİNALP, Gülören; TEKİNALP, Ünal, “Türk Rekabet Hukukunda Etki İlkesi”, Prof. Dr. Tuğrul ANSAY’a Armağan, Ankara 2006, 327-346.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993.
- TEKİNAY, Sulhi Selahattin, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.
- TEOMAN, Ömer (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.
- TIMBERLAKE, E. Compton, Federal Treble Damage Antitrust Actions, Col-laghan & Company, 1965.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997.
- TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001.
- TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- UESUGI, Akinori, “Japonya’daki Tekel Karsıtı Kanun Uygulamasının Japon Ekonomisindeki Yeri Nedir?”, Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu, 5-6 Ekim 1998 İstanbul, s. 175-204.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 1992.

Von TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, İstanbul 1952.

WALLER; Spencer Weber, “Rekabet Hukukunda Kamu Özel Ortaklıkları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - IV, 7 Nisan 2006, Kayseri, s.51-68.

YILMAZ, Ejder, “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 67-89.

YILMAZ Ejder, Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999, s. 79-102.

**OTURUM BAŞKANI PROF. DR. FİKRET EREN** - Değerli Hocamız hakikaten çok dikenli ve zor bir konu, güncel bir konu üzerinde gayet doyurucu, son bilimsel verilere uygun bir tebliğ sundular. Bizi aydınlattılar. 3 kat tazminat üzerinde ısrar ettiler. Hani üçü bir arada var ya eksik olmasın dediler. İnşallah beşi bir yerde de olur yani. Şartları konusunda hakikaten son bilimsel sorumluluk hukuku ilkelerini dile getirdiler. Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi öğretim üyesi değerli dostumuz, meslektaşımız sayın Doç. Dr. Metin Topçuoğlu'na bu özenli ve güzel tebliği için, doyurucu tebliği için teşekkür ediyorum. Ayrıca kendisini tebrik ediyorum. Teşekkür ederim.

Şimdi 2. tebliğimizi, tabii gönül ister ki bunları daha uzun dinleyelim; ama sempozyumlar, paneller biraz sosyal biraz bilimsel oluyor. Sosyal, insanları bir araya getirip tanıştırmak, mekanı, yeni fikirleri tanıtmak, bilimsel çarpıcı noktalara değinmek, dinleyicilere başvuracakları kaynakları göstermek, onun için 1 saat içinde üç güzide elemanımızın konuşması bu yönlerden değerlendirilmeli, birinci dostumuz, meslektaşımız gayet başarılı konuşular, şimdi adı da güzel Beykent Üniversitesinde, demin tanıştığım Güzin de benim öğrencimdi zaten, şimdi Beykent Üniversitesinin dekanı. Çok mutluymuş İhsan da öğrencim, o da buranın dekanı. Bir sürü diğer daha küçük öğrencilerimi gö-

rüyorum. Büyük haz ve mutluluk veriyor. Şimdi bu güzel meslektaşımız Beykent Üniversitesi Öğretim Üyesi ve Dekan Yardımcısı Bünyamin Gürpınar bize ‘Haksız Rekabette Tazminatın Hesaplanmasındaki Yeni Gelişmeler’ adlı güzel bir tebliğ sunacaklar. Onu da özenle dinleyip, dikkatle dinleyip yararlanacağız. Buyurun.