

# **HAKSIZ REKABETTE MADDİ TAZMİNATIN HESAPLANMASINDA YENİ YAKLAŞIMLAR**

**YRD. DOÇ. DR. BÜNYAMİN GÜRPINAR**

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

**ARŞ. GÖR. MURAT ORUÇ**

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Teşekkür ederim. Öncelikle Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi sayın dekanı, dekan yardımcıları, değerli hocalarımızın konukseverliği hani gerçekten bizi çok mutlu etti. Onun için kendilerine içten teşekkür ediyorum. Dinleyicilerin hepsine teşekkür ediyorum. En önemlisi hukuk duayeni, değerli hocam onur duydum. Kendisi bu bölümün yöneticisi olarak...Hatta hazırlarken kitaplarından sürekli referans verdim. Orada bile açıkçası heyecanlandığımı söylemeliyim. Yani hocamın başkanlığında bir panele, bir sempozyuma katılacağımız için. Değerli hocam, Metin Topçuoğlu'nun dikenli bir alanda çalışma yaptığını söyledi. Metin Hocam biraz dikenli bir alanda yaptı beni de şu anda daha da dikenli bir alana soktu açıkçası. Şu nedenle Rekabet Hukukunda tazminat konusu işlendiği zaman dinleyiciler açısından, özellikle Rekabet Hukuku ve Ticaret Hukuku alanında çalışmayan insanlar için haksız rekabette tazminat ile rekabet hukukunda tazminat iç içe geçebilir. Kafalarda karışabilir. Onun için ben azıcık ray değiştirmek zorunda kalacağım. Bu notlar da

herhalde fazla bir işe yaramayacak. Şimdi farklarını anlatmaya çalışacağım. Kısaca... Ve haksız rekabette hem dünyada ve Avrupa'daki yeni, özellikle zarar konusu ile ilgili gelişmelerden bahsedeceğim. Ve bizim şu an yürürlükteki mevcut Türk Ticaret Kanununun 58. maddesindeki haksız rekabet durumunda ortaya çıkan zararın nasıl tazmin edileceğine ilişkin düzenlemeden bahsedeceğim. Yani kusura bakmayın biraz heyecanlıyım; ama ben konuştuğça açılıyorum. Şimdi o ayrımı öncelikle söyleyeyim, haksız rekabet hükümleriyle korunan şey rakiplerin rekabet hakkıdır. Hocamın bahsettiği, Rekabet Hukukunun düzenlemeleriyle koruduğu şey ise piyasadır. Rakipler değildir. Yani rekabetçi bir piyasadır. Bu ayrımı koyduktan sonra doğal olarak yani Rekabet Hukuku hükümlerine aykırı davranan teşebbüsler belki tazminat ödeyeceklerdir; ama oradaki tazminat ile bizdeki tazminat biraz kamu hukuku ve özel hukuk ayrımını hafif hissettiren bir farklılığa sahip. Ama benim söyleyeceklerimin yani 3 kat dışındaki tazminat ile ilgili önemli bir diğer kısmını hocam zaten söyledi, onun için ben farklara değineceğim.

### Giriş

Haksız rekabet öncelikle olağan rekabet hakkının kötüye kullanılmasıdır ve bir haksız fiil olarak nitelendirilebilir<sup>1</sup>. Bu nedenle haksız rekabette tazminat konusu incelenirken haksız fiilin unsurlarından biri olan zarar konusunun hem klasik yaklaşımla hem de yeni yaklaşımlar çerçevesinde incelenme gereği vardır. Bu çalışmada klasik zarar türleri yanında ekonomik zarar ve özellikle *salt ekonomik zarar* konusuna haksız rekabet bağlamında değinilecektir.

Türk hukukunda bir eylemin haksız rekabet olarak vasıflandırılabilmesi için mağdurun bir zarara uğramasına gerek yoktur. Mağdurun zarar tehlikesine maruz kalması, o eylemi haksız rekabet olarak nitelemek için yeterlidir(TK m.58/I). Zarar tehlikesinin mevcudiyetinde, tespit, men ve eski hale iade davaları açılabilir. Ancak, kanun koyucu tazminat davaları bakımından zarar tehlikesinin varlığını yeterli görmemiş, zararın mevcudiyetini aramıştır(TK m. 58/I-d). Bu nedenle, maddi tazminat talebinde bulunabilmek için haksız rekabet eylemi sunucunda mağdurun zarara uğramış olması koşulu aranır. Ancak haksız rekabette zararın görünüş biçimi çoğu durumda klasik haksız fiildekinden farklılık arz eder. Çünkü genellikle haksız rekabet ve rekabet hukuku kuralları soyut ekonomik menfaatleri koruyan düzenlemeler getirmişlerdir.

Haksız rekabet nedeniyle zarara uğradığını iddia eden davacı, borç-

<sup>1</sup> Hayri Domaniç/Erol Ulusoy, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul, 2007, s. 272.

lar hukukunun genel ilkelerine göre fiilen bir zarara uğradığını ispat etmek zorundadır(BK m.42/I). Genel kural bu olmakla birlikte, haksız rekabet neticesinde ortaya çıkan zararları bunu doğuran eylem arasındaki illiyet bağının ispatlanmasının çok güç olduğunu gören kanun koyucu, TK m.58/I-e hükmüyle bu kurala bir istisna getirmiştir. Söz konusu hükme göre, “davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir.”

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanun koyucu maddi tazminat davasında iki talepten bahsetmiştir. Bunlardan ilki, maddi zararın ispat edilerek zarar ve ziyanın tazmini talebi(TK m.58/I-d); diğeri ise, haksız rekabet failinin elde ettiği kazancın devri talebidir(TK m.58/I-e). Konunun arzettiği hukuksal incelik ve özellikle kazanç devri talebiyle tazminat talebi arasındaki sınırın doktrin ve Yargıtay tarafından net bir şekilde çizilememiş olması nedeniyle, bu iki talep ayrı ayrı incelenip aralarındaki fark ortaya konmaya çalışılacaktır. Ayrıca maddi tazminat talebine dayanak teşkil eden zarar ile kazanç devrine dayanak teşkil eden zarar arasında bir ayırım yapma gereği doğduğundan, bu çalışma kapsamında zarar kavramına farklı bir bakış açısıyla değinilecektir. Haksız rekabette tazminat konusunun istisnai konumu, zarar kavramına haksız rekabetin ruhuna uygun olarak ekonomik bir yaklaşım getirmeyi zorunlu kılmaktadır.

### **Genel Olarak Zarar**

Haksız rekabetin haksız fiilin bir türü olduğu ifade edilmişti. Haksız fiilden söz edebilmek için mutlaka bir zararın doğmuş olması gerekir. Zarar yoksa failin tazminat sorumluluğu doğmaz.<sup>2</sup> Ancak kanun koyucu zarar tanımı yapmamış, muhtemelen doktrinindeki gelişmelere bırakmıştır. Burada doktrinde çokça tartışılan dar anlamda zarar, geniş anlamda zarar, maddi zarar, manevi zarar, cismani zarar, eşya zararı, fiili zarar, yoksun kalınan kâr, doğrudan zarar, dolaylı zarar, yansıma zararı, normatif zarar, sosyal (maliyet) zarar ve ekonomik zarar kavramlarının tümü incelenmeyecektir. Sadece haksız rekabet bağlamında konumuz açısından elverişli olanlar üzerinde durulacak, özellikle salt ekonomik zarar irdelenecektir. Ayrıca manevi zarar bu çalışma bağlamında kapsam dışıdır.

### **1. Maddi Zarar**

Malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durumla, fiil sonu-

<sup>2</sup> Kerem C. Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul, 2007, s. 298.

cu aldığı durum arasındaki fark zararı oluşturur<sup>3</sup>. Maddi zarar, malvarlığında para ile ölçülebilir kıymetlerin eksilmesi sonucu ortaya çıkar. Zarar verici olay, malvarlığında fiili bir şekilde aktiflerde azalmaya veya pasiflerde çoğalmaya yol açabileceği gibi, kârdan yoksun kalma şeklinde de ortaya çıkabilir<sup>4</sup>.

Malvarlığındaki azalma, mal sahibinin iradesine aykırı olarak meydana gelmiş olmalıdır. Mal sahibinin rızasıyla malvarlığında bir azalma olmuşsa, bir “zarar”dan bahsedilemez. Bu takdirde, bir mülkiyetin devri veya belli bir malın tüketimi vardır<sup>5</sup>. Bir kimsenin, başkasına ait markayı, marka sahibinin izni olmadan kullanması haksız rekabet oluşturur ve bu eylem nedeniyle mal sahibinin iradesi dışında malvarlığında bir azalma olduğundan zarar meydana gelir. Ancak, markanın kullanılması için lisans verilmesi durumunda, mal sahibinin rızası olduğundan, zarardan da söz edilemez. Hemen ifade edelim ki, mal sahibinin rızası dâhilinde olmakla beraber, haksız rekabet eylemi neticesinde oluşan durumu ortadan kaldırmaya yönelik yapılan masrafları da zarar olarak kabul etmek gerekir<sup>6</sup>. Bir işletme, kendi markasıyla iltibas yaratan markanın kendileriyle ilgisi bulunmadığına dair gazete ilanını gazetede kendi iradesiyle yayınlamış olmasına rağmen, karşı tarafın eylemi nedeniyle böyle bir ilan yayınlamak “zorunda” bırakıldığından, gazetede yapılan ilanın ücreti de zarar olarak kabul edilir.

### a. Maddi Zararın Türleri

Malvarlığında ortaya çıkan zarar, doktrin tarafından birçok ayrıma tabi tutulmaktadır. Bunların içinden konuyu açıklamaya elverişli olan zarar türlerini incelemek, haksız rekabet nedeniyle uğranılan maddi zararın nasıl tazmin edileceği problemine ışık tutacaktır.

<sup>3</sup> Yarg. HGK, 5.7.2000, E. 2-1072, K. 1124, YD, 2000, S. 59, s. 68; Tandoğan, Haluk, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara, 1961, s. 64; Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermat/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, C.I, 7. bs., İstanbul, 1993, s. 548; M.Kemal Oğuzman/M.Turgut Öz, **Borçlar Hukuku**, 3. bs., İstanbul, 2000, s. 497; Erdem Büyüksağış, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul, 2007, s. 50; Haluk N. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, 1996, s. 8; Mustafa Kılıçoğlu, **Sorumluluk Hukuku**, C. I, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, 2002, s. 23; EREN ise maddi zarar; “bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilme” olarak tanımlanmaktadır (Fikret Eren, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, İstanbul, 2008, s. 473).

<sup>4</sup> Yarg. TD, 17.11.1959, E. 1694, K. 2849, Mustafa Reşit Karahasano, **Sorumluluk Hukuku**, İstanbul, 2003, s. 82.

<sup>5</sup> Tekinay, /Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 559; Nomer, **a.g.e.**, s. 5; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 498; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 17. bs., İstanbul, 2005, s. 146; Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 51.

<sup>6</sup> Tandoğan (Mesuliyet Hukuku), **a.g.e.**, s. 68; Mustafa Kılıçoğlu, **Sorumluluk Hukuku**, C.I, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, 2002, s. 24.

### (1). Fiili Zarar – Yoksun Kalınan Kâr

Klasik hukuk tatbikatı ve doktrine göre bazı zararlar, malvarlığının net miktarının azalması suretiyle meydana gelirken, diğerleri bu malvarlığının artmasına engel olunması sonucu ortaya çıkar. Bunlardan ilkin fiili zarar(damnum emergens), ikincisine ise, yoksun kalınan kâr(lucrum cessans) adı verilir<sup>7</sup>.

Fiili zarar, zarar verici olay neticesinde malvarlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir çoğalma olmasıdır<sup>8</sup>. Malvarlığının aktifinde, aynı haklar, alacak hakları ve fikri haklar bulunur. Aktifteki azalma, bu hakların kaybı ya da değerinin azalması şeklinde ortaya çıkabilir. İltibas sebebiyle markanın ekonomik değerinde yaşanan düşüş, bir kimsenin görevi sırasında öğrenmiş olduğu ticari sırrı başkalarına yayması gibi durumlarda malvarlığının aktifinde bir azalma meydana geldiğinden, bu tür zararlar fiili zarar kategorisindedir. Fiili zarar, malvarlığının pasifinin artması sonucu da meydana gelebilir. Bu şekilde meydana gelen zararlar genellikle haksız rekabet eylemi neticesinde ortaya çıkan durumun ortadan kaldırılmasına yönelik yapılan masraflardır. Bir işletmenin, -aslında öyle olmamasına rağmen- yasadışı bir örgüte yardım yaptığı karalamasına muhatap edilmek yoluyla haksız rekabet mağduru yapılması durumunda, mağdur işletmenin bu karalamayı ortadan kaldırabilmek için yürütmüş olduğu kampanyaların masrafı, malvarlığının pasifinin artmasına neden olduğundan, fiili bir zarar meydana gelmiş olur.

Yoksun kalınan kâr ise, fiili zarardan farklı olarak, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek bir artışın zarar verici eylem sonucu kısmen veya tamamen engellenmesi nedeniyle meydana gelen varsayımsal eksilmeyi ifade eder<sup>9</sup>. Zarar verici olay nedeniyle malvarlığının zarar verici olaydan önceki durumu ile sonraki durumu arasında gerçekte bir değişiklik meydana gelmez. Zarar, malvarlığında kesin olarak ya da büyük ihtimalle meydana gelebilecek bir artışın kısmen veya tamamen önlenmesi yoluyla ortaya çıkar<sup>10</sup>. Bir kimsenin, markasına vaki bir

<sup>7</sup> Yarg. HGK, 12.06.1996, E. 11-372, K. 485, KBİB.

<sup>8</sup> Tandoğan (Mesuliyet Hukuku), a.g.e., s. 64; Büyüksağış, a.g.e., s. 85.

<sup>9</sup> Tandoğan (Mesuliyet Hukuku), a.g.e., s. 65.

<sup>10</sup> “Kâr yoksunluğu zararlarında, mamelekin zarar verici olaydan önceki durumu ile sonraki durumu arasında bir değişiklik yoktur. Ancak zarar verici olay meydana gelmeseydi genelde mamelekte bir çoğalma oluşacağı da kuşkusuz olmak gerekir. Belirtmek gerekir ki kâr yoksunluğu farazi bir hesaba istinad etmektedir. Burada zarar, mamelekin olaydan sonraki vaziyeti ile çoğalma ihtimali tahakkuk etseydi arzedeceği farazi vaziyet arasındaki farkı teşkil eder” Yarg. HGK, 12.06.1996, E. 11-372, K. 485, KBİB.

tecavüzden dolayı normalde satması gerekenden daha az ürün satması durumunda malvarlığının aktifli artması engellenmiş olur ve böylelikle mağdur elde edebileceği kârdan yoksun kalmış olur.

Haksız rekabet eylemi neticesinde ortaya çıkan maddi zarar, yoksun kalınan kâr olabileceği gibi fiili bir zarar da olabilir<sup>11</sup>. Bu nedenle, haksız rekabet neticesinde ortaya çıkan maddi zararı yoksun kalınan kârla sınırlayan görüş<sup>12</sup> kanaatimizce isabetsizdir. Yargıtay birçok kararında, haksız rekabet neticesinde doğan zararın yoksun kalınan kâr olduğunu ifade etmekle birlikte<sup>13</sup>, tespit ettiğimiz bir kararında, haksız rekabet eylemi neticesinde fiili zararın da doğabileceğini kabul etmiştir<sup>14</sup>.

Haksız rekabet nedeniyle açılan maddi tazminat davalarında genellikle yoksun kalınan kâr talep edilse de<sup>15</sup>, böyle bir durumun varlığı fiili zararın talep edilemeyeceği anlamına gelmez. Öncelikle belirtelim ki, ne haksız rekabet nedeniyle maddi tazminatı düzenleyen TK m.58/I-d’de ne de haksız rekabete ilişkin diğer hükümlerde, sadece yoksun kalınan kârın istenebileceğini öngören bir hüküm mevcuttur. Haksız fiil nedeniyle uğranılan zararın tazmini talebinde de, uygun illiyet bağı olması kaydıyla, yoksun kalınan kâr istenebildiği gibi fiili zarar da istenebilir<sup>16</sup>. Görüldüğü gibi, haksız rekabet nedeniyle maddi zararın tazmini talebinde sadece yoksun kalınan kârın istenebileceğini öngö-

<sup>11</sup> Halil Fahri Örs, **Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet**, Ankara, 1958, s. 94.

<sup>12</sup> Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 86.

<sup>13</sup> “T.T.K.nun 58/I.maddesi uyarınca haksız rekabet nedeniyle davacının uğradığı zarar, davalının elde ettiği kâr miktarı olmayıp, davacının elde etmekten yoksun kaldığı kâr miktarıdır.” Yarg. 11. HD, 16.6.1997, E. 4268, K. 4712, KBİB. Aynı yönde; Yarg. 11. HD, 13.12.2004, E. 3138, K. 12312, KBİB.

<sup>14</sup> “Dava, haksız rekabet nedeni ile uğranılan maddi zararın tazminine ilişkin olup, TTK.nun 58 nci maddesinde haksız rekabet nedeni ile zarar gören kimsenin isteyebileceği kalemlerden birisi de maddi tazminattır. Böyle bir isteğin kabul edilebilmesi için davacının uğradığı zararını kanıtlaması zorunludur. Bu şekildeki bir tazminat davasında asıl olan, davalının haksız rekabet nedeni ile davacının aktifinde azalma olduğu iddia ve ispat edilmelidir.” Yarg. 11. HD, 8.12.2005, E. 2004/13015, K. 2005/12046, KBİB.

<sup>15</sup> Rıza Ayhan, **Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi**, Konya, 1990, s. 88.

<sup>16</sup> “Bilindiği gibi dar anlamda zarar, malvarlığının zararlandırıcı eylem sonucu düştüğü durum ile, bu eylem olmasa idi bulunacağı durum arasındaki fark olarak tanımlanır. Bu tanıma giren zararlar fiili (eylemli-efektif) zararlardır. Oysa Borçlar Kanununun 41. maddesinde ifadesini bulan zarar, haksız eylem sonucu malvarlığında meydana gelen azalma ile birlikte, o haksız eylem sebebiyle malvarlığında meydana gelmesi engellenen çoğalmayı da kapsar. Haksız eylem ile engellenen bu çoğalma ise, malvarlığının zararlandırıcı davranış (eylem, olay, olgu) dan sonraki durumu ile çoğalma ihtimali gerçekleşseydi ulaşacağı var sayılan (farazi) durum arasındaki farktan oluşan kârı ifade eder.” Yarg. 4. HD, 18.12.1984, E. 9369, K. 9456, Karahasan, **a.g.e.**, s. 501.

ren herhangi bir pozitif düzenleme mevcut değildir. Genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek herhangi bir düzenleme olmamakla birlikte, haksız rekabet hükümleriyle de ilişkisi olan MarKHK’da, tescilli markalara vaki bir tecavüz halinde hangi kalemlerin zarar sayılacağını belirten hüküm, haksız rekabet sebebiyle oluşan zararın tazmini talebine de kıyasen uygulanabilir. Söz konusu hükme göre, “Marka sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar.”(MarKHK m.66). Maddi zararın tazmini talebinden ne anlaşılması gerektiğini açıklayan MarKHK m.66, kanaatimizce haksız rekabet sebebiyle oluşan zararın tazmini talebine de kıyasen uygulanabilmeli ve yoksun kalınan kazanç istenebildiği gibi fiili zarar da istenebilmelidir.

Bununla birlikte, haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacının haksız rekabet mağdurunu ve onun rekabet etme hakkını korumak olduğu göz önüne alınırsa, haksız rekabet eylemi neticesinde meydana gelen maddi zararı, fiili zarar-yoksun kalınan kâr şeklinde bir ayrıma tabi tutarak, mağdurun sadece yoksun kalınan kazancı talep edebileceğini iddia etmek ne kanunun amacına ne de ruhuna uygun bir yorum tarzı olur.

## **(2). Mevcut Zarar - Gelecekteki Zarar**

Zararın hesaplandığı tarihe kadar, faili, kapsamı ve miktarı öğrenilmiş olan zarar, mevcut zarardır<sup>17</sup>. Bu tarihe kadar gerçekleşmemiş, fakat başka bir unsurun eklenmesine bağlı olmaksızın normal şartlar altında gerçekleşmesi beklenen zarar ise, gelecekteki zarardır<sup>18</sup>.

Zararın hesaplandığı tarih esas alınarak yapılan bu ayırmada, haksız rekabet eylemi ile hesaplamanın yapıldığı tarih arasındaki sürede uğranılan zarar mevcut zararı(somut zarar); bu tarihten sonra gerçekleşen zarar ise varsayımaya dayanan gelecekteki zararı(soyut zarar) ifade eder. Söz konusu bu iki zararın toplamı tazmin edilecek zarar miktarını belirler<sup>19</sup>.

Haksız rekabet eylemi sebebiyle ileride gerçekleşmesi beklenen zarar(gelecekteki zarar), genellikle yoksun kalınan kâr biçiminde ortaya çıkar. İltibas sebebiyle bir ticari işletmenin gelirindeki azalma ve haksız rekabetin etkilerinin azaltılması amacıyla yapılan masraflar, o ana kadar gerçekleşmiş olan zararlar olduğundan, mevcut zarar olarak hesaplamaya yansiyacaktır.

<sup>17</sup> Büyüksağrış, a.g.e., s. 88.

<sup>18</sup> Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 501.

<sup>19</sup> Kılıçoğlu, a.g.e., s. 32.

Hesaplamaya yansımayan, o tarihe kadar gerçekleşmemiş, ancak gerçekleşmesi muhakkak olan yoksun kalınan kâr ise, gelecekteki zararı oluşturur.

### b. Ekonomik Zarar

Haksız rekabet yalnızca ticaret hukukuna özgü bir kurum olmamakla beraber, ağırlıklı şekilde ticari alanda ortaya çıkan bir ihlal olması dolayısıyla bu çalışma kapsamında tacirler arasındaki bir uyuşmazlık niteliği ile incelenmektedir. Bu durumda Dünyadaki gelişmelere paralel olarak, ekonomik temelli bir konuda ekonomik bir yaklaşımı inceleme gereği vardır. Hukuk ve Ekonomi öğretisinde, haksız fiillerde ve bu arada haksız rekabet davaları ve rekabetin korunmasına ilişkin davalarda “ekonomik zarar” kavramını kullanmak daha elverişli araçlar sağlamaktadır. Bu öğretilerde, yukarıda kısaca özetlenen “maddi zarar” yaklaşımı biraz farklılaştırılmakta ve şu başlıklara ayrılmaktadır: Maddi zarar, “eşyaya verilen zarar” ve “ekonomik zarar”<sup>20</sup> olarak iki ana kategoriye ayrılmakta, ekonomik zarar, eşya zararı dışında kalan tüm maddi zararları ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>21</sup>.

Türk hukuk doktrininde maddi zarara ekonomik zarar dendiği de görülmektedir. Maddi zarar değişik sınıflandırmalara tabi tutulurken, bu çalışma kapsamında incelenecek olan salt ekonomik zarar ise genellikle “diğer zararlar” olarak adlandırılmaktadır<sup>22</sup>. Bu zarar türü örneklendirilirken haksız rekabetten doğan zararlar, fikri ve sınai hakların ihlalinin doğan zararlar ve kişinin ticari itibarının ihlal edilmesinden doğan zararlardan söz edilmektedir<sup>23</sup>.

Ekonomik bakış açısıyla hukuk uygulamasını da dikkate alarak bir ekonomik zarar sınıflandırılması yapılacak olursa, ikili bir ayırmadan söz edilebilir. Bunlardan ilki, eşyaya ve kişiye verilen zararlar dolayısıyla ortaya çıkan ekonomik zararlar, ikincisi ise bu tür bir zarardan doğmaksızın meydana gelen

---

<sup>20</sup> Türk hukuk doktrininde zaman zaman ekonomik zarar yerine, *yoksun kalınan kâr, dolaylı zarar ya da yansıma zarar* kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Ancak Anglo-Amerikan ve kâra Avrupası hukuk sistemlerinde bu kavram karşılaştırmalı biçimde yoğun olarak işlenmekte ve hatta yargı kararlarında etkili olmaktadır ( Francesco Parisi/Vernon V. Palmer/ Mauro Bussani, “**The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss**”, George Mason University School of Law, Law and Economics Research Paper No.05-12 and University of Minnesota Law School Legal Studies Research Paper No.07-18, Last Revised: November 15, 2008, p. 1.

<sup>21</sup> Sanlı, **a.g.e.**, s. 322 vd.

<sup>22</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 480.

<sup>23</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 480.



ekonomik zararlarıdır<sup>24</sup>. İkinci tür zararları “dolaylı ekonomik zarar” ve “salt ekonomik zarar” diye ikiye ayırmak mümkündür.

### (1). Dolaylı Ekonomik Zarar

Kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi dolayısıyla (tedavi giderleri dışında) gelir kaybına uğraması veya malvarlığında yer alan eşyanın hasara uğraması nedeniyle eşyayı kullanamamasına bağlı olarak olası kârdan yoksun kalması halleri dolaylı ekonomik zarar olarak adlandırılabilir<sup>25</sup>. Kısaca zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar doğrudan doğruya zarar, nedensellik bağı açısından ikincil düzeyde olan zarar ise dolaylı ekonomik zarar sınıfına girer. Burada genellikle davalının, zarar görenin hukukça korunan bir varlığına yönelik ihlalinden doğan ilk zarar değil, buna bağlı olarak sonradan doğan zararlar söz konusudur<sup>26</sup>.

### (2). Salt Ekonomik Zarar

Ekonomik zararın bu türünde haksız fiil (konumuz bağlamında haksız rekabet) kişiye ve/veya eşyaya bir zarar vermemekte, ancak zarar görenin ekonomik menfaatlerini olumsuz etkilemektedir. Haksız rekabet mağdurunun uğrayacağı gelir kaybı (kârdan yoksun kalma) soyut ekonomik menfaate tekabül eder<sup>27</sup>.

Salt ekonomik zarar kavramı aslında, özel hukukta bir kişinin başka bir kimsenin olası ekonomik çıkarlarına zarar vermemek için göstereceği etkili özen yükümlülüğüne (duty of effective care) aykırı davranışın da karşılığıdır<sup>28</sup>. Ancak önemli bir sorun, sadece özen yükümlülüğünün kesin sınırlarının belirlenmesi değil, aynı zamanda soyut zararın belirlenmesinde en iyi yöntemin seçilebilmesidir<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Sanlı, **a.g.e.**, s. 333.

<sup>25</sup> Sanlı, **a.g.e.**, s. 333.

<sup>26</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 480.

<sup>27</sup> Sanlı, **a.g.e.**, s. 334.

<sup>28</sup> Kit Barker, “**Economic Loss and the Duty of Care: A Study in the Exercise of Legal Justification**”, The University of Queensland, TC Beirne School of Law Legal Studies Research Paper Series, No. 09-02, p. 1.

<sup>29</sup> Barker’in aktardığına göre, İngiltere’de hâlihazırda üç yaklaşım tartışılmaktadır. Birincisi; davayı mevcut durum ile kıyaslayan “artırmıllık”(marjinallik) yöntemidir. İkincisi, davalının “sorumluluğu üstlenmesi” ve davacının “makul güveni” esasına dayalı “ikiz kavramlar” yöntemidir. Bir diğeri “zararın öngörülebilirliği”, “yakınlık” ve “hakkaniyet, adalet ve makullük” esasına dayalı “üç aşama yaklaşımı”dır. Görüldüğü üzere bu yaklaşımlar arasındaki ilişki net değildir. İngiltere’de bazı mahkemeler şüpheli bir bakış açısıyla hepsinin aynı sonucu meyilli olduğunu düşünerek, çeşitli faktörler ve politik konular göz önüne alındığında

Salt ekonomik zarar yaklaşımında zararın öngörülebilirliği, sorumluluğun bir davalının ticari bağımsızlığı üzerindeki etkisi, belirsiz bir sorumluluk beklentisi, davacının hassasiyeti ve kendi davranışı sonucu oluşacak riske dair davalının bilgisi önemli parametrelerdir. Mahkemelerin karşı tarafın ihmeline ya da özen yükümlülüğüne aykırı davranışına dayalı salt ekonomik zararlar konusunda gösterdikleri kuşkucu ve sınırlı yaklaşımın temel nedeni, zararın bizzat doğası ile ilgili olmayıp daha ziyade zararın iddia edilen son şekli alması için gerçekleşmiş olması gereken aşamaları ortaya koyma zorluğudur. Denkleştirici adalet açısından bakıldığında bu gibi zararlar, prensip olarak cismani zarar veya eşyaya verilen zararlar kadar tazminatı hak ederler. Çünkü bu tür zararlar, hatalı davranışla zarar veren davalının bu zararı tazmine dair temel manevi sorumluluğunu temsil etmektedirler<sup>30</sup>.

Kimi yazarlar, salt ekonomik zararlar ile mülkiyet hakkı veya zilyetlik hakkından doğan menfaatler arasında, ahlaki ayrımlar yapmayı denemişler, ancak bu denemeler genel anlamda bir zorluktan diğer bir zorluğa geçmenin ötesinde başka bir işe yaramamıştır<sup>31</sup>. En önemli argümanları, bu tarz tazminat talepleri ile insani değerler arasındaki dengede, ikincisinin tercih edilmesinin yararlı olmayacağı varsayımıdır. Ancak salt ekonomik zarar taleplerinin prensip olarak niçin korunmaması gerektiği ikna edici şekilde açıklanamamıştır. Kendi çıkarları doğrultusunda ihmali davranışla suç işleyen kişinin eyleminin cezalandırılması genelde haklı ve gerekli bulunurken, salt ekonomik menfaatleri zedelenen kişinin yeteri kadar hukuki koruma hak etmeyeceği düşüncesi çelişkilidir<sup>32</sup>.

Çağdaş piyasa ekonomilerinde yatırım araçlarının ve rekabetin merkezi konumu dikkate alındığında, maddi mal kapsamında olmayan finansal çıkarların veya fikri mülkiyet haklarının taşınmaz mal mülkiyetinden niçin daha az değerli olacağı sorgulanmaktadır. Geçmişte toplumsal refahın büyük bir bölümü maddi mallarla ölçülürken bugün daha önce olmadığı kadar bu düşün-

---

herhangi birinin kullanımının gerçek anlamda bir ehemmiyet arzemediğini ileri sürmektedirler (Barker, **a.g.e.**, s.1.).

<sup>30</sup> Barker, **a.g.e.**, s. 1.

<sup>31</sup> Christian Witting,, “**Justifying Liability to Third Parties for Negligent Misstatements**” , Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 20, No. 4, pp. 615-643, 2000, s. 617.

<sup>32</sup> Murphy v Brentwood davasında Hakim Lord Oliver, ekonomik zarara sebebiyet vermenin mülkiyete verilen zararlarla aynı şekilde kanıtlanmasına gerek olmadığını karar vermiş ve kendisi açısından bu yaklaşımın yanlış olmadığını da ifade etmiştir. Bu karardaki ifadeye göre Lord Oliver, farklı zarar türleri arasında *ahlaki* bir ayrım yapılamayacağını düşünmektedir (Aktaran, Barker, **a.g.e.**, s. 2).

ceden uzaklaşmıştır. Dahası, maddi malların soyut refah üzerinde bireysel “katma değer” etkisi var ise de, bu her durumda söz konusu değildir. Örneğin ev sahipleri, konut olarak kullanma ihtiyacı olmadığı halde yatırım amaçlı olmak üzere ev satın almayı tercih ederler. Bunun toplumsal refaha sade bir katkısı olabilir ama mülkün gerçek bir anlamı olduğundan veya hukuki kurumsal bir kimlik ifadesi taşıdığından değil. Modern, hızlı hareket eden, mobil ve piyasa tarafından tetiklenen bir dünyada salt ekonomik menfaatler artık insanın dış çevresi ile ilgili sosyal birer fenomen olarak algılanamazlar. Bunlar modern hayatın merkezindedirler ve korunmayı hak edecek bir konuma sahip olmuşlardır<sup>33</sup>.

Türk hukukunda salt ekonomik zarar kural olarak tazminat sorumluluğuna yol açmazken, dolaylı ekonomik zarar tazmin edilmektedir. Buna neden olarak salt ekonomik zararın öngörülemez ve hesaplanamaz oluşu gösterilebileceği gibi, bu zarar iddiasının bir ahlaki temele dayandırılmamış olması da etkili olabilir. Aslında ekonomik zarar oluştuğunda *yasal yükümlülükler* konusuna yaklaşımın biraz daha kalifiye olması gerekir, öyle ki yükümlülüğün oluşması için sadece öngörülebilirlik yeterli değildir, etkin özen yükümlülüğüne uyulup uyulmadığı da irdelenmelidir. Bu bağlamda tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü etkin özen yükümlülüğüne karşılık gelebilir. İhmalkârlık sonucu sebep olunan ekonomik zararın tazmini ahlaki bir gerekçelendirmeye ihtiyaç duymaz. Asıl, etkin özen borcuna aykırılıktan kaynaklanan salt ekonomik zararın tazminat dışı tutulmasının ahlaki olarak sorgulanma olasılığı vardır<sup>34</sup>.

Salt ekonomik zararın tazminat dışı bırakılması gerektiğine ilişkin görüşlerin bir diğer nedeni, ekonomik zararlar belirli bir kişinin aleyhine olurken, bunun simetrisi niteliğindeki kazançların üçüncü taraflar lehine oluşması dolayısıyla münferit kayıplar nötrlenerek çoğu kez “sosyal zarara” yol açmadıkları varsayımdır. Örneğin, bir davacının iş yerinin elektriğinin ihmal veya özensizlik sonucu kesilmesi durumunda, davacının üretimi olumsuz etkilenecek, dolayısıyla pazar payı küçülecektir. Ancak davacı pazar payının küçülmesiyle bir zarara uğramasına karşın, rakip girişimci tarafından onun elinden çıkan pazar payının devralınmış olması, kazanç transferi oluşturması nedeniyle sosyal bir zarara yol açmaz.

Kısaca birisinin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı, bazen refah trans-

<sup>33</sup> Barker, **a.g.e.**, s. 2.

<sup>34</sup> Barker, **a.g.e.**, s. 2.

feri ile sonuçlanır fakat genel anlamda sosyal maliyet (zarar) oluşmayabilir<sup>35</sup>. Ancak sosyal maliyet ya da sosyal zararlar bir takım idari tedbirler veya yasal düzenlemelerle zaten tazmin edilmektedir. Örneğin piyasada rekabeti bozacak, engelleyecek veya ortadan kaldıracak nitelikte teşebbüsler arası anlaşma, işbirliği ve uyumlu eylemler ile hâkim durumun kötüye kullanılması sosyal zarara (maliyete) neden olur. Bunu gidermek için (RKHK gibi) yasal düzenlemeler yapılmış ve bu davranışlar etkin denetime tabi tutulmuştur<sup>36</sup>.

### c. Maddi Zarar Miktarının Belirlenmesi

#### (1). Kavram

Türk-İsviçre hukukunda, tespit edilen zarar miktarı hükmedilecek tazminatın üst sınırını teşkil ettiğinden<sup>37</sup>, tazminat miktarının tayininden önce zarar miktarının belirlenmesi gerekir. Bu nedenledir ki, haksız rekabet eylemi neticesinde bir zararın oluşup oluşmadığı, oluşmuşsa zarar miktarının ne kadar olduğu belirlenmeden tazminata hükmedilemez<sup>38</sup>. Belirlenecek zarar miktarı, tazminatın üst sınırını oluşturursa da, tazminatın mutlaka tespit edilen zarara eşit olması gerekmez<sup>39</sup>. Hâkim, kanunda öngörülen bazı sebeplere dayanarak, meydana gelen zararın tamamını karşılayacak tazminattan indirim yapabilir ya da haksız rekabet eylemi nedeniyle mağdurun birtakım yararlar sağladığı durumlarda bu yararların da zarardan mahsubuna hükmedebilir.

Zarar, haksız rekabet mağdurunun malvarlığında meydana gelen bir kıymet azalmasıdır ve bunun miktarı da bir hesaplama sonunda ortaya çıkar. Zarar miktarının belirlenmesiyle, tazminatın tayini arasındaki asıl fark da budur. Zarar, malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durumla, fiil sonucu aldığı durum arasındaki farktan, mağdurun bu eylem nedeniyle bazı yararlar sağlamışsa bunların çıkarılması suretiyle belirlenir. Ancak, basit bir hesaplama işlemi olmayan tazminatta, hâkim somut olayın özelliklerini ve failin kusurunu dikkate alarak tazminatı tayin eder(BK m.43/I).

<sup>35</sup> Parisi/Palmer/Bussani, **a.g.e.**, s. 4.

<sup>36</sup> Sanlı, **a.g.e.**, s. 337.

<sup>37</sup>“İsviçre de olduğu gibi Türk Hukukunda da tazminatın tutarı hiçbir zaman gerçek zararı aşmaz. Diğer bir ifade ile uğranılan zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek sınırını teşkil eder.” Yarg. 4. HD, 12.1.1982, E. 1981/13394, K. 1982/274, KBİB. Tandoğan (Mesuliyet Hukuku), **a.g.e.**, s. 315; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 184; Ayhan, **a.g.e.**, s. 107; Tiftik, **a.g.e.**, s. 29; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 32. Borçlar hukukundaki genel prensibe, TK m.58/1-e hükmünün getirdiği istisna için Bkz.: aş., ikinci bölüm, III, A.

<sup>38</sup> Ayhan, **a.g.e.**, s. 107.

<sup>39</sup> Tandoğan (Mesuliyet Hukuku), **a.g.e.**, s. 261.

Zarar miktarının belirlenmesinde uygulanacak hükümler, zararın konusuna göre değişiklik gösterir. Haksız rekabet halinde uğranılan zararın belirlenmesi hakkında özel bir düzenleme olmadığından, her türlü zararın belirlenmesinde uygulanabilen ve genel hüküm niteliğindeki BK m.42 haksız rekabet nedeniyle meydana gelen zararın belirlenmesine de uygulanır.

Haksız rekabet nedeniyle zarara uğradığını iddia eden davacı, sadece zararın mevcudiyetini değil, bunun miktarını da ispat etmek zorundadır(BK m.42/I). Ancak, zararın özellikle yoksun kalınan kazanç olarak ortaya çıktığı durumlarda, davacının bu iddiasını ispatlaması oldukça güçtür. Gerçekten de, davacının fiili zararını ispat etmesi, örneğin iltibas sebebiyle markasının ekonomik değerinin azaldığını ispat etmesi kolaydır. Bununla birlikte, satışlarındaki düşüşün yani yoksun kaldığı kazancın, haksız rekabet eylemi nedeniyle mi gerçekleştiğini, yoksa genel ekonomik durumun kötüleşmiş ve tüketicilerin satın alma güçlerinin azalmış olmasından mı kaynaklandığını ispat etmesi oldukça güç bir durumdur<sup>40</sup>. Ayrıca, yoksun kalınan kazanç varsayımsal bir hesaba dayandığından, belirlenecek olan miktarın kesinliği de yoktur<sup>41</sup>.

Yoksun kalınan kazancın belirlenmesiyle ilgili olarak, ne Ticaret Kanunu'nda ne de Borçlar Kanunu'nda hüküm mevcuttur. Bununla birlikte, fikri mülkiyet haklarının korunmasına yönelik düzenlemelerde yoksun kalınan kazancın nasıl belirleneceğine dair hükümlere rastlamaktayız. MarKHK m.66, PatKHK m.140 ve EndTasKHK m.52, korudukları fikri mülkiyet haklarına vaki bir tecavüz halinde, mağdurun elde etmekten yoksun kaldığı kazancın nasıl hesaplanacağına ilişkin hükümlerdir. Bu hükümlerin, haksız rekabet nedeniyle yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına da kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz. Söz konusu hükümlere göre, yoksun kalınan kazanç, zarar görenin seçimine bağlı olarak aşağıdaki yöntemlerden birisinin seçilmesiyle hesaplanır<sup>42</sup>:

a) Failin rekabeti olmasaydı, mağdurun marka, patent veya endüstriyel tasarımı kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre (MarKHK m.66/II-a; PatKHK m.140/II-a; EndTasKHK m. 52/II-a),

<sup>40</sup> Teoman (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), **a.g.e.**, N. 1319.

<sup>41</sup> Tandoğan (Mesuliyet Hukuku), **a.g.e.**, s. 65.

<sup>42</sup> MarKHK m.66/II-b, PatKHK m.140/II-b ve EndTasKHK m. 52/II-b'de yer alan hesaplama yöntemleri, elde edilmesi muhtemel menfaate ilişkin olduğundan ve bu husus TK m.58/I-e'de özel olarak düzenlendiğinden, adı geçen bentler haksız rekabet nedeniyle yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında kullanılamaz. Kazanç devri talebine ilişkin açıklama ileride yapılacaktır.

b) Marka, patent veya endüstriyel tasarımı, failin bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre (MarKHK m.66/II-c; PatKHK m.140/II-c; EndTasKHK m. 52/II-c).

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle marka, patent veya endüstriyel tasarımın ekonomik önemi, tecavüzün gerçekleştiği andaki geçerlilik süresi ve bunlara ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur (MarKHK m.66/III; PatKHK m.140/III; EndTasKHK m. 52/III).

Yukarıda yer alan hesaplama yöntemlerinden ilki bütün haksız rekabet eylemelerine uygulanabilirken<sup>43</sup>, ikincisinin uygulama alanı daha dardır ve haksız rekabetin en sık görülen türü olan iltibasa ve parazit(tufeyli) rekabete uygulanabilir. Yargıtay bu konuyla ilgili vermiş olduğu kararlarında, açık olarak belirtmese de, parazit rekabette lisans bedelini bir hesaplama yöntemi olarak kabul etmiştir<sup>44</sup>.

Haksız rekabet neticesinde zarar gören davacı, bu rekabet olmasaydı normal şartlarda elde edeceği kazançtan daha fazlasını elde edebileceğini de iddia edebilir. Böyle bir iddiada bulunan davacı, iddia ettiği kazancın elde edilmesini mümkün kılacak tedbirleri aldığı ispat edebilirse, bu iddiası kabul edilebilir<sup>45</sup>. Örneğin, gıda ürünleri imal eden bir işletmenin mamulleri hakkında, rakip işletme gerçek olmayan iddialarda bulunmuştur. Mağdur işletme, söz

<sup>43</sup> “Davalı daha önce ortağı olduğu şirketten ayrılarak aynı iş kolunda farklı bir şirket kurmuş ve davacı şirketin ticari sırlarını kendisine menfaat sağlamak amacıyla kullanmıştır. Bununla da yetinmeyerek davacı şirket aleyhinde yalan beyanlarda bulunmak suretiyle haksız rekabet ortamı yaratarak davacı şirketi zarara uğratmıştır. Burada zarar hesaplanırken davalının haksız rekabeti sonucunda davacının kaybettiği distribütörlükler nedeniyle uğradığı zararının belirlenmesi ve sonucuna karar verilmesi yani uğranılan zararın hesaplanabilen miktarı veya haksız rekabet sonucu elde edilmesi mümkün bulunan muhtemel menfaatin karşılığına göre karar verilmesi gerekir.” Yarg. 11. HD, 8.12.2005, 2004/13015, 2005/12046, KBİB.

<sup>44</sup> Yargıtay 11. HD’nin 12.6.1997 tarih ve E. 1997/3789, K. 1997/4580 sayılı kararına konu olan olayda, davacının belli bir meblağ karşılığında yaptığı kablolu yayın, davalı tarafından şifresi kırılarak halka açık bir mekânda(kahvehane) izlettirilmiştir. Yerel mahkeme, davalıyı 1 yıllık abonman ücretini tazminat olarak ödemeye mahkûm etmiştir. 11. HD ise, davalının eylemini parazit(tufeyli) rekabet olarak kabul etmiş, 1 yıllık abonman ücretinin tazminat olarak ödenmesi yönünden ise, yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Ancak, 11. HD’nin yerel mahkemenin kararını bozmasındaki neden, 1 yıl boyunca bu eyleme devam edilip edilmediği yönünde herhangi bir delilin dosyada olmamasıdır. Eğer davacı, davalının bu eyleme 1 yıl boyunca devam ettiğini ispatlayabilseydi, 1 yıllık abonman ücreti yoksun kalınan kazanç olarak kendisine ödenecekti. Karardan da anlaşılacağı üzere, 11. HD dolaylı olarak da olsa, parazit rekabet halinde lisans ya da sözleşme bedelinin istenebileceğini kabul etmiştir. Bu karar için Bkz.: KBİB. Bu yönde, Yarg. 11. HD, 27.4.1998, E. 1589, K. 2837, KBİB; Yarg. 11. HD, 4.3.1999, E. 1998/9757, K. 1999/1792, KBİB; Yarg. 11. HD, 27.9.1999, E. 5428, K. 7116, KBİB.

<sup>45</sup> Tandoğan (Mesuliyet Hukuku), **a.g.e.**, s. 66.

konusu haksız rekabet eyleminden bir gün önce çok yüklü miktarda sipariş almış, ancak almış olduğu sipariş, bu iddiaların etkisiyle iptal edilmiştir. Eğer davacı işletme, haksız rekabet eyleminden bir gün önce yüklü miktarda sipariş aldığını ve siparişin bu eylem nedeniyle iptal edildiğini ispatlayabilirse, yoksun kaldığı kazancı iptal edilen siparişler üzerinden hesaplanır.

## (2). Zarar Miktarının Tayini

Zararın belirlenmesi basit bir hesaplama işi olmakla birlikte, zararın gerçek miktarını ispat etmek bazı durumlarda çok güç, hatta imkânsız olabilir. Bu gibi halleri dikkate alan kanun koyucu, “Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfiқан tayin eder.(BK m.42/II)” diyerek, bu güçlüğün aşılmasına yardımcı olmuştur<sup>46</sup>. Hemen ifade edelim ki, bu hükmün uygulanabilmesi için ya zararın gerçek miktarını<sup>47</sup> ispat etmek imkânsız olmalıdır ya da davacıdan bunu ispat etmesi beklenmemelidir<sup>48</sup>. Bazı durumlarda ise, davacı sadece zararın miktarını değil mevcudiyeti dahi kesin olarak ispat edemeyebilir. Hâkim bu gibi durumlarda, BK m.42/II’yi kıyasen uygulamalı ve zararın büyük ihtimalle oluştuğu kanısına ulaştığında, zararın mevcudiyetini kabul etmelidir<sup>49</sup>. Hayatın olağan akışı içerisinde, bir fiilin zarar verici olduğu kabul edilebiliyorsa, zararın varlığı kabul edilmelidir. Ticari itibarın zedelenmesi, marka, faydalı model ve patent haklarının tecavüze uğraması gibi durumlarda, zararın varlığı karine olarak kabul edilebilir<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> “Davacı taraf zarar iddiasını mahkemece tanınan kesin önel içerisinde yasal ve geçerli kanıtlarla kanıtlayamadığına ve zararın gerçek miktarı kesin olarak belirlenmediğine göre, Borçlar Kanununun 42 ve 43. maddeleri hükümleri uyarınca davacı yararına makul, ılımlı ve uygun bir miktar maddi tazminata karar verilmesi gerekirken, zararın kanıtlanamadığı gerekçesiyle bu istemin reddi doğru görülmemiştir.” Yarg. 11. HD, 12.12.2000, E. 2000/8054, K. 2000/9969, KBİB. “...BK.nun 41 nci maddesi hükmü uyarınca, haksız bir şekilde diğer bir kimseye zarar veren şahıs o zararın tazmini ile yükümlü olup, bunu izleyen 42 nci madde hükmüne göre ise, zararı isbat etmek onu iddia edene düşer. Şayet zararın gerçek miktarını davacı ispat edemezse, yargıç gerçek zararın miktarını yine aynı maddenin 2 nci fıkrasında sözü edilen esaslar çerçevesinde adalete bağılı olarak takdir eder.” Yarg. 11. HD, 30.5.1997, E. 2967, K. 4051, KBİB.

<sup>47</sup> Zararın gerçek miktarı kavramından anlaşılması gereken, zararın rakamsal olarak belirlenebilir olmasıdır. Zararın rakamsal olarak belirlenemediği durumlarda BK m.42/II uygulanabilir. Rakamsal olarak belirlenebilen zararı, davacı ispat etmek zorundadır(BK m.42/I).

<sup>48</sup> “Davacı’nın piyasaya sürdüğü ambalaj kutularının, vasat bir tüketiciyi yanıltacak biçimdeki taklidini kullanarak haksız rekabette bulunan davalı aleyhine, makul bir tazminata hükmetmeden önce; davacının gerçek zararının araştırılması, örneğin defter ve kayıtları üzerinde bu yönde inceleme yaptırılması gerekir.” Yarg. 11. HD, 4.5.1999, E. 1998/8964, K. 1999/3645, KBİB.

<sup>49</sup> Tandoğan (Mesuliyet Hukuku), a.g.e., s. 263; Ayhan, a.g.e., s. 108.

<sup>50</sup> Ayhan, a.g.e., s. 115.

Hâkim, takdir yetkisini kullanacağı olaylarda, haksız rekabet neticesinde meydana gelen zarar miktarını belirlerken, somut olayın özelliklerini dikkate alarak hareket etmelidir(BK m.42/II)<sup>51</sup>. Hükümde yer alan “halin mutad cerayanı”ndan anlaşılması gereken, haksız rekabet fiilinin işlendiği şartlarda, hayatın normal akışına göre meydana gelebilecek zararların hesaba katılmasıdır<sup>52</sup>. Hâkim, somut olayın özelliklerinden başka, zarar görenin aldığı tedbirleri de dikkate alır (BK m.42/II).

Haksız rekabet sonucu zarara uğradığını iddia eden davacı, hâkimin takdir yetkisini kullanmasına imkân sağlayacak delilleri sunmak zorundadır. Davacı, hâkimin zarar miktarı hakkında bir kanaate ulaşmasını sağlayacak olay ve emareleri imkân nispetinde mahkemeye ibraz etmekle de mükelleftir<sup>53</sup>. Hâkim takdir yetkisini kullanırken, özel bilgi ve uzmanlık gerektiren bir durumla karşılaşarsa bilirkişiden yararlanır<sup>54</sup>. Bu gibi durumlarda, hâkimin bilirkişiye başvurmamış olması bozma nedenidir<sup>55</sup>. Uygulamada hemen her tazminat davasında bilirkişiye başvurulmaktadır<sup>56</sup>.

### (3). Zarar Miktarının Belirlenmesine Esas Alınacak Tarih

Malvarlığının haksız rekabet eylemi olmasaydı bulunacağı durumla, bu eylem sonucu aldığı durum arasındaki farkın, zararı oluşturduğu ifade edilmişti. Ancak zarar miktarının hesaplanmasında, zararın doğduğu tarih, tazmi-

<sup>51</sup> “Hakim, BK m.42/II uyarınca takdir hakkını kullanırken dar bir zihniyetle hareket etmemeli, ancak davacı tarafından ileri sürülen pek abartılmış kârları da kabul etmemelidir.” Yarg. 4. HD, 11.5.1982, E. 3574, K. 4844, Karahasan, **a.g.e.**, s. 508-509.

<sup>52</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 304; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 534; Tandoğan (Mesuliyet Hukuku), **a.g.e.**, s. 262.

<sup>53</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 534.

<sup>54</sup> “Davacının zararını bilirkişi incelemesi ile saptamak, zarar tam olarak isbat edilemediği takdirde B.K.nun 42 ve 43. maddeleri gereğince makul bir tazminata hükmetmek gerekir.” Yarg. 11. HD, 4.3.1999, E. 1998/9757, K. 1999/1792, KBİB.

<sup>55</sup> “HUMK.nun 275. maddesinde ifade edildiği üzere özel ve teknik bilgiler ile belirlenebilecek konularda bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunludur.” Yar. 1. HD, 19.2.1987, E. 1986/14607, K. 1987/1196, KBİB.

<sup>56</sup> Hatta, bilirkişi raporuna taraflardan birinin itirazını ciddi gören hâkim, ikinci bir bilirkişi heyeti belirleyip yeniden inceleme yaptırmakta, eğer bu ikinci raporla birincisi arasında uyumsuzluk varsa, üçüncü bir bilirkişi heyeti belirleyerek uyumsuzluğun incelenip sonuçlandırılmasını isteyebilmektedir. ABD ve AB’de bu tür ekonomik içerikli davalarda gerek taraflar gerekse mahkemeler profesyonel danışmanlık kuruluşları veya “uzman tanıklık” kuruluşlarınca hazırlanan raporları kararlarında ve savunmalarında kullanabilmektedir. Hatta mahkemelere ve vakanın taraflarına hizmet veren bu danışmanlık kuruluşlarının kullandıkları farklı iktisadi analiz yöntemleri nedeniyle farklı ekonomik sonuçlara ulaşılması ihtimalini ortadan kaldırmak amacıyla, yöntemleri uyumlaştırmak üzere üçüncü danışmanlık kuruluşuna ya da üçüncü uzman tanıklığa başvurulduğu görülmektedir.



nat davasının açıldığı tarih ve hükmün verildiği tarih gibi çok değişik tarihler esas alınabilir. Zarar miktarının hesaplanmasında esas alınacak tarihin farklı olması, buna bağlı olarak zarar miktarının da farklı olmasına neden olur. Bu sebeple, haksız rekabet sonucu oluşan zarar tespit edilirken, mağdurun hangi andaki malvarlığının esas alınacağı önemlidir.

Zarar miktarının tespitinde hangi tarihin esas alınacağı tartışmalı olmakla birlikte, doktrindeki hâkim görüş, tazminat miktarının uğranılan zararı gidermeye yeterli olabilmesi için hüküm tarihinin esas alınması gerektiği yönündedir<sup>57</sup>. Bu yaklaşım tarzı, özellikle ülkemiz gibi enflasyonun yoğun olarak hissedildiği ülkelerde en adil çözüm yolu gibi gözükmektedir<sup>58</sup>. Yargıtay ise, doktrindeki hâkim görüşün aksine, haksız fiilin işlendiği tarihi zarar miktarının hesaplanmasına esas almaktadır<sup>59</sup>.

Yargıtay'ın görüşü kabul edildiğinde, haksız rekabet sonucunda meydana gelen zararın eksiksiz ve tam olarak ödenmiş sayılabilmesi için, tazminatın haksız rekabet eyleminin işlendiği(zararın doğduğu) anda ödenmiş olması gerekir. Haksız rekabet mağdurunun zararı, ancak yargılama sonunda verilecek hükümden sonra tazmin edilir. Bu nedenle, ortada gecikmiş bir ödeme vardır ve geciken ödeme zararı tam olarak karşılamaz. Yargıtay, bu sorun karşısında bir zorlama çözüm yolu bularak, hesaplanan zarara eylem tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiğini içtihat etmiştir<sup>60</sup>.

#### **(4). Denkleştirme**

Haksız rekabet eylemi nedeniyle zarar gören mağdur, bu eylem sonucunda bazı ekonomik yararlar sağlamışsa, bu yararların tespit ya da takdir edilen zarar miktarından düşülmesi gerekir<sup>61</sup>. Mağdurun sağlamış olduğu yararlar,

<sup>57</sup> Tandoğan (Mesuliyet Hukuku), **a.g.e.**, s. 264; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 602; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 534; Ayhan, **a.g.e.**, s. 110. Aksi görüş, Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 185.

<sup>58</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 534.

<sup>59</sup> "... mahkemece de benimsendiği gibi kural olarak davacının malvarlığındaki azalmanın haksız fiilin işlendiği tarihte meydana geldiği kabul edilir. Tazminatın tutarı da malvarlığındaki eksilmenin meydana geldiği tarihe göre tesbit olunur." Yarg. 4. HD, 23.12.1982, E. 7190, K. 11637, KBİB. Aynı yönde, Yarg. 4. HD, 26.2.2003, E. 2002/11057, K. 2003/1826, KBİB.

<sup>60</sup> Yarg. HGK, 30.11.2005, E. 4-643, K. 675, KBİB.

<sup>61</sup> "Borçlar Kanununda elde edilmiş yararların zarar tutarından indirileceğine; daha açık bir deyimle zarar ile yararın denkleştirileceğine ilişkin genel nitelikte bir hüküm yoktur. Böyle olmakla birlikte gerek doktrinde ve gerekse uygulamada denkleştirme kurumu benimsenmiştir. Denkleştirme kuralı, zarar kavramının ve buna bağlı olarak zarar görenin hukuka aykırı davranış sayesinde zenginleşmemesi prensibinin zorunlu bir sonucu olarak görülmektedir. Bilindiği gibi Türk hukukunda zarar kavramı hususunda fark teorisi benimsenmiştir. Bu teori gereğince ise zarar, malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile, zarar verici olay

belirlenen zarar miktarından düşülmeden tazminata karar verilirse, mağdur malvarlığında meydana gelen eksilmeyi telafi etmenin yanında, haksız rekabet nedeniyle zenginleşmiş olur ki, böyle bir sonuç tazminatın amacıyla bağdaşmaz. İşte bu nedenle, tespit edilen zarar miktarından, haksız rekabet eyleminin mağdura sağladığı yararların düşülmesi suretiyle ‘net zararın’ bulunması işlemine, yararın zarara mahsubu ya da yararlar zararın denkleştirilmesi denilmektedir<sup>62</sup>.

### 2. Kazanç Devri Talebi

Haksız rekabet nedeniyle açılacak olan maddi tazminat davasında, davacının zararını ispat etmesi gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. Ancak, uygulama mağdurun zararını ispat etmesinin çok güç olduğunu, hâkimin BK m.42/II’ye dayanarak takdir ettiği zarar miktarının da tatmin edici sonuçlar doğurmadığını göstermiştir. Hakimin takdir ettiği zarar miktarının tatmin edici olduğu durumlarda dahi, failin haksız rekabet eylemi nedeniyle elde etmiş olduğu yüksek orandaki karların kendisinde kaldığı görülmüştür. Hakkaniyete aykırı olan bu durumun önüne geçebilmek adına, Adliye Encümeni, 58. maddenin (e) bendine, “davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir” şeklinde bir ekleme yapmıştır<sup>63</sup>.

Bu düzenlemeye göre, haksız rekabet eylemi nedeniyle maddi zarara uğranılması durumunda, davalının haksız rekabet eylemi sonucunda elde etmesi mümkün görülen çıkarların karşılığına dahi hükmedebilecektir. Başka bir ifadeyle, haksız rekabet nedeniyle açılan maddi tazminat davasında, davacının uğramış olduğu zarar değil de, davalının elde etmesi mümkün görülen kazancın karşılığı esas alınabilecektir<sup>64</sup>.

Dürüstlük kurallarına uygun bir ekonomik rekabet ortamının sağlanması amacıyla yönelik bu hükmün konuluş nedenini, Adliye Encümeni aynen şöyle ifade etmiştir:

---

meydana gelme idi bulunacağı durum arasındaki farkı ifade eder. Böyle olunca zararın hesaplanmasında, bu olayın zarar gören malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri yanında olumlu etkileri de göz önünde tutulmak ve yararlar zarar denkleştirilerek, gerçek zarar bulunmalıdır.” Yarg. 4. HD, 4.7.1983, E. 6006, K. 6724, KBİB.

<sup>62</sup> Tandoğan (Mesuliyet Hukuku), **a.g.e.**, s. 267; Eren, **a.g.e.**, s. 308; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 536; Hatemi, **a.g.e.**, s. 97.

<sup>63</sup> Örs, **a.g.e.**, s. 97; Ayhan, **a.g.e.**, s. 88; Nisim Franko, “Haksız Rekabette Elde Edilmesi Muhtemel Menfaate Hüküm”, **BATİDER**, C. XIII, 1986, S. 3-4, s. 194.

<sup>64</sup> Örs, **a.g.e.**, s. 97-100; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 469 vd.; Göle, **a.g.e.**, s. 182; Doğanay(3. bası), **a.g.e.**, s. 352; Mimaroglu, **a.g.e.**, s. 320; Cengiz, **a.g.e.**, s. 157.

“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, isbatı mümkün olan hallerde dahi miktarının isbatı ya pek zor ya imkânsız bulunmaktadır. Hadisede Borçlar Kanunu’nun 42 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki takdir hakkının kullanılması da tatmin edici neticeler vermemekte ve haksız rekabet fiilini işlemiş olduğu sübut bulan kimseler aleyhine ancak haksız rekabetin önlenmesi kararı verilebilmekte ve bunların haksız rekabetin devam ettiği müddet içinde bu yüzden sağladıkları büyük karlar netice itibariyle kendilerine kalmaktadır. Bu durum hakkaniyete aykırı düşmekte olduğundan tasarının 173 üncü maddesi hükmünden mülhem olarak hâkimin haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığını dahi hükmedebileceği yolunda bir hüküm 58 inci maddenin birinci fıkrası sonuna eklenmiştir. Böylece hâkim, haksız rekabette bulunanın bu haksız rekabet neticesinde elde etmiş olduğu bilirkişinin kat’i olarak mümkün gördüğü menfaatin karşılığına dahi hükmedebilecektir. Bunun tesbiti birçok halde davacının uğradığı zararın tesbitinden daha kolay olduğundan haksız rekabet hareketleri mali bakımdan müeyyidesiz kalmayacak veyahut davacı zararından başka davalının haksız olarak elde ettiği menfaatleri dahi ondan almak ve böylece davalıyı kanuna aykırı hareketinin neticesinden hiçbir surette istifade etmemiş duruma sokmak imkânını bulacaktır. Bu hal şekli bir lisansın haksız yere kullanılması halinde sahibinin o lisansı kullananın elde ettiği menfaatleri Borçlar Kanunu’nun 414 üncü maddesi hükümlerine dayanarak temellük edebileceği yollu Federal Mahkeme içtihadının dayandığı esasa uygundur düşmektedir.

Meselenin arzettiği hukuki incelik dolayısıyla bu durumun memleketimizde hemen hemen hiç tatbik görmeyen Borçlar Kanunu’nun 414 üncü maddesi hükmüne bırakılması yerine açık bir hükme bağlanması kanunların kolay tatbiki bakımından yerinde görülmüştür.”<sup>65</sup>

Hükümün konuluş gerekçesinde de belirtildiği üzere, haksız rekabet mağdurunun bu eylem nedeniyle uğradığı zararın miktarını ispatlaması çok zor, hatta imkânsızdır. Bu zorluk veya imkânsızlık, haksız rekabet eylemlerinin etkilerinin birden değil de, zaman içinde ortaya çıkmasından ve bu etkilerin kesin sınırlarının belirlenemeyişinden kaynaklanmaktadır<sup>66</sup>. Zarar mikta-

<sup>65</sup> AEM, s. 365.

<sup>66</sup> Cengiz, a.g.e., s. 157.

rının kanıtlanabildiği her haksız rekabet eyleminde ise, bu zarar miktarının tazminata esas alınması tatmin edici sonuçlar vermez. Bunun altında yatan sebeplerden biri, haksız rekabet hükümleriyle korunmak istenenin dürüst bir ekonomik rekabet ortamı oluşturabilmek olmasıdır. Uygulamadaki pek çok haksız rekabet eyleminde fail, bu eylem nedeniyle mağdurun emeği ile ortaya koymuş olduğu değerlere dayanarak büyük karlar elde etmekte ve genellikle bu kârlar davacının zararını aşmaktadır. Bu kârların faile bırakılması halinde, davacının zararını aşan kısım, fail lehine haksız bir prim oluşturur<sup>67</sup>. Böyle bir durum karşısında, TK m.58/I-e ile davalının haksız rekabet eylemi nedeniyle elde etmesi mümkün görülen çıkarların karşılığını ondan almak ve bu eylem nedeniyle onu hiçbir surette yararlandırmamak mümkündür. Böylelikle hem adalet duygusu incinmemiş olacak hem de dürüstlük kurallarına uygun bir ekonomik rekabet ortamı sağlanabilecektir<sup>68</sup>.

### a. Genel Olarak

1943 tarihli mehzaz kanunda yer almayan TK m.58/I-e hükmü, Adliye Encümeni teklifi ile mevzuatımıza girmiştir. Esasen 1943 tarihli mehzaz kanunun tasarısında bu yolda bir düzenleme bulunuyordu. Ancak bu düzenleme, kazancın devrine ilişkin esasların İsviçre Hukuku açısından yeterince olgunlaşmaması gerekçe gösterilerek reddedilmiştir<sup>69</sup>. Haksız rekabetin yaptırımlarından birisi olarak kazanç devri talebine yer veren Türk Hukuku, böylelikle o gün için İsviçre Hukuku'ndan bir adım ileri gitmiştir<sup>70</sup>.

İsviçre Hukuku'nda dahi yer almayan bir hükmün, mevzuatımızda yer alması olumlu olmakla beraber, aynı şeyi hükmün kaleme alınış şekli için söylemek mümkün değildir. Öncelikle, "hâkim, ...menfaatin karşılığına dahi *hükmedebilir*" ifadesinden ne anlamak gerekir? Bilindiği üzere, hâkim kural olarak talep edilenden başka bir şeye hükmedemez, yani netice-i taleple bağlıdır(HUMK m.74). Mahkemenin talep edilenden başka bir şeye hükmedebilmesi, ancak kanunda özel olarak belirtilmesi halinde mümkündür. Örneğin, hâkim boşanma yerine, ayrılığa hükmedebilir(MK m.170). TK m.58/I-e'yi de bu amaçla düzenlenmiş bir hüküm olarak mı anlamak gerekir? Yani haksız rekabet nedeniyle tazminat isteyen davacının, kazanç devrine ilişkin

<sup>67</sup> Karayalçın, **a.g.e.**, s. 470.

<sup>68</sup> Cengiz, **a.g.e.**, s. 158.

<sup>69</sup> Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul, 1957, s. 351.

<sup>70</sup> Tandoğan (Vekâletsiz İş Görme), s. 353; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 470; Doğanay(Haksız Rekabet), **a.g.e.**, s. 355.

bir talebi olmasa dahi, davacının zararını ispatlamakta zorlandığını gören hâkim kazanç devrine hükmedebilecek midir? Kanaatimizce, hükmün bu sonuca ulaşmayı olanaklı kılan anlatımına karşın, tacirlere düşen basiretli davranma yükümü(TK m.20/II) göz önüne alındığında, genel kurala istisna getirilerek, hâkime böyle bir görev verildiği sonucuna ulaşılmamalıdır. Bu nedenle, hâkim ancak talep halinde kazanç devrine hükmedebilmelidir<sup>71</sup>.

TK m.58/I-e'nin metninden, bütün haksız rekabet eylemlerinin kazanç devrine konu olabileceği yönünde bir anlam da çıkarılabilir. Oysa her haksız rekabet eylemi yabancı bir işin görülmesi değildir ve bu nedenle kazanç devri talebi de söz konusu olmaz. Hükümde böyle bir ayrıma gidilmediğinden, TK m.56 ve TK m.57'de belirtilen tüm haksız rekabet hallerinde kazanç devrinin talep edilebileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Örneğin, bir sinema eleştirmeninin çok sayıda ödül almış bulunan bir filmi kasten kötülemesi ve bireysel eleştiri sınırlarını aşacak düzeyde eleştirmesi ve içi boş yıldız vererek, seyredilmesinin zaman kaybindan başka hiçbir anlama gelmeyeceğini dile getirmesi, bir haksız rekabet eylemidir. Filmin yapımcısının ve bu filmi salonlarında göstermek için yayın hakkını alan sinema sahibinin, bu yanlış ve kötüleyici beyanlar nedeniyle zarara uğrayacakları şüphesizdir. Ancak, sinema eleştirmeni bu eylemi nedeniyle bir kazanç elde edemeyeceğinden, bunu devretmesi de söz konusu olamayacaktır.

Anlaşılabileceği üzere, bazı haksız rekabet eylemleri aslında kazanç devri talebine konu olabilecek mahiyette değildir. Oysa hükmün kaleme alınmış şekline, bütün haksız rekabet eylemleri için kazanç devri talebinin mümkün olabileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Hükümde yer alan bu karışıklığı gidermek ve hangi haksız rekabet eyleminin kazanç devri talebine imkân sağladığını belirlemek, hâkime düşmektedir. Hâkim, önüne gelen her somut olayda, haksız rekabet eyleminin aynı zamanda bir gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olup olmadığını incelemek zorundadır<sup>72</sup>. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme niteliğini taşımayan bir haksız rekabet eylemi söz konusu ise, kazanç devrine değil, olayda mevcutsa zararın tazminine hükmetmelidir.

### **b. Talebin Kaynağı**

TK m.58/I-e hükmünün öngördüğü kazanç devri talebi, kaynağını BK m.

<sup>71</sup> Yarg. 11. HD, 8.12.2005, E. 2004/13015, K. 2005/12046, KBİB. Bu yönde; Teoman (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), a.g.e., N. 1320; Azra Arkan Akbıyık, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, 1999, s. 89; Cengiz, a.g.e., s. 159.

<sup>72</sup> Arkan Akbıyık, a.g.e., s. 92.

414'te yer alan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden alır. Ancak, haksız rekabet eylemi nedeniyle talep edilecek kazanç devrine, BK m.414'te yer alan vekâletsiz iş görme hükümlerini uygulamaya imkân yoktur. Çünkü TK m.58/I-e hükmü, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin BK m.414'ü bertaraf etmiştir<sup>73</sup>. Bununla birlikte, BK m.414 genel hüküm niteliğinde olduğundan, TK m.58/I-e'yi tamamlar mahiyettedir. Ayrıca, hükmün gerekçesinde yer alan "...Meselenin arzettiği hukuki incelik dolayısıyla bu durumun memleketimizde hemen hemen hiç tatbik görmeyen Borçlar Kanunu'nun 414 üncü maddesi hükmüne bırakılması yerine açık bir hükme bağlanması..." ifadesinden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu BK m.414'e paralel bir düzenleme getirmek istemiştir.

### c. Hükmün Uygulama Alanı

TK m.58/I-e hükmünün uygulamada nasıl anlaşılması gerektiği hususunda ne doktrinde ne de Yargıtay kararlarında bir birlik vardır. Bunun sebebi ise, hükmün kapalı ifadesidir. Gerçekten de, "(d) *bendi hükmünce tazminat olarak*" ifadesinin ne kadar karışık ve kapalı olduğu ortadadır. Bu nedenle, öncelikli olarak açıklığa kavuşturulması gereken husus, "tazminat yerine" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Buradan hareketle, cevaplandırılması gereken diğer bir soru ise, haksız rekabet mağdurunun kazanç devrini talep edebilmek için bir zarara uğramış olması gerekir gerekmedir.

Zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmadır. Kazanç ise, iş görenin malvarlığının artması sonucu meydana gelir. Bu sebeptendir ki, tazminatın amacı, meydana gelen zararı gidermek iken, kazanç devrinin amacı haksız olarak elde edilen kazancı ortadan kaldırmak, diğer bir ifadeyle onu gerçek hak sahibine geçirmektir. Bu nedenle, tazminat talebi haksız fiile, kazanç devri talebi ise vekâletsiz iş görmeye ilişkin kavramlardır<sup>74</sup>. Dolayısıyla, kazanç, zarardan, kazanç devri talebi ise, tazminat talebinden bağımsız kavramlardır. Anlaşılacağı üzere, 'tazminat yerine' ifadesini kazanç devri ile uzlaştırmak mümkün değildir.

Kazanç devri talebi(BK m.414), iş görenin haksız olarak elde ettiği kazancın iadesine ilişkin olduğundan, iş sahibinin bu eylem nedeniyle bir zarara uğramış olması da zorunlu değildir. Vekâletsiz iş görmenin özel bir düzenle-

<sup>73</sup> Franko (Muhtemel Menfaat), **a.g.e.**, s. 194; Özdamar/Ermenek, **a.g.e.**, s. 53; Ayhan, TK m.58/I-e hükmünün kusurlu haksız rekabet halleri için BK m.414'ü bertaraf ettiğini kabul etmekle birlikte, kusursuz haksız rekabet hallerine BK m.414'ün uygulanabileceği görüşündedir(s. 25 vd.).

<sup>74</sup> Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 62.

mesi olan TK m.58/I-e'ye dayanılarak talep edilecek kazanç devrinde de aynı sonuç geçerli midir? Diğer bir söyleyişle, haksız rekabet mağdurunun, failin bu eylem nedeniyle elde ettiği kazancın devrini isteyebilmesi için, bir zarara uğramış olması gerekli midir? Karayalçın, bu soruya olumlu cevap vermiş ve kazanç devrinin talep edilebilmesi için zararın şart olduğunu, ancak zararın kanıtlanabilir durumda olup olmamasının önemli olmadığını ifade etmiştir<sup>75</sup>. Domaniç, haksız rekabet mağdurunun kazanç devrini talep edebilmesi için, kendisinin az çok bir zarara uğramış olduğunu ispat etmesinin zorunlu olduğu kanaatindedir<sup>76</sup>. Dönmez ise, mağdurun böyle bir talepte bulunabilmesi için zarar görmesinin şart olmadığını, mağdurun zarar tehlikesine maruz bulunmasının yeterli olduğunu belirtmiştir<sup>77</sup>. Hatta Arkan Akbıyık, haksız rekabet nedeniyle kazanç devrinin istenebilmesi için zarar tehlikesinin dahi mevcut olmasının gerekmediğini iddia etmiştir<sup>78</sup>.

Yargıtay ise; davacının zararını ya da miktarını ispat etmesinin mümkün olmadığı durumlarda TK m.58/I-e hükmünün uygulanabileceği kanaatindedir<sup>79</sup>. Yani önce zararın hesaplanmasına çalışılacak, bu mümkün olmazsa, kazanç devrine hükmedilecektir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, kazanç devri ve tazminat kavramları birbirinden bağımsız kavramlardır. Bu nedenle, kazanç devrini maddi tazminatın hesaplanmasında bir yöntem olarak gören Yargıtay'ın tutumu hatalıdır. Federal Mahkeme de eski tarihli kararlarında bu iki kavramı birbirine karıştırmış, kazanç devrini maddi tazminatın hesaplanmasında bir yöntem olarak görmüştür<sup>80</sup>. Bu yanlışlık Federal Mahkeme'nin 1971 tarihli bir kararına<sup>81</sup> kadar sürmüştür, bu kararla birlikte karışıklık son bulmuş ve Federal Mahkeme bu iki kavramın birbirinden bağımsız olduğunu kabul etmiştir.

<sup>75</sup> Karayalçın, **a.g.e.**, s. 470-471.

<sup>76</sup> Domaniç(Şerh), **a.g.e.**, s. 214-215; Domaniç(Genel Esaslar), **a.g.e.**, s. 251.

<sup>77</sup> Dönmez, **a.g.e.**, s. 186-187. Cengiz, Dönmez'in görüşünü isabetli bulduğunu ifade etmiştir(Cengiz, **a.g.e.**, s. 159-160).

<sup>78</sup> Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 88-89.

<sup>79</sup> "Haksız rekabet tazminatının tayininde TTK. nun 58/d-e hükmü uyarınca davacının uğradığı zararın göz önüne alınması gerekir. Bu zararın isbat olunamaması veya tam olarak saptanamaması halinde, hakim TTK. nun 58/d(e olsa gerek) maddesi uyarınca, haksız rekabet sonucunda elde etmesi olanaklı görülen yararın karşılığına da karar verebilir." Yarg. 11. HD, 6.3.1987, E. 1095, K. 1277, Eriş(2. bası), **a.g.e.**, s. 421; "...Yasa koyucu, zararın bu şekilde saptanmasındaki güçlüğü de gözönüne alarak T.T.K.nun 58/1-son cümleye görede haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen yararın karşılığına da hükmedilebileceğini açıklamıştır." Yarg. 11 HD, 16.6.1997, E. 4268, K. 4712, KBİB.

<sup>80</sup> BGE. 35 II 643, (Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 62'den naklen).

<sup>81</sup> BGE. 97 II 176, (Arkan Akbıyık, **A.e.**, s. 62'den naklen).

Yargıtay'ın tutumu hatalı olmakla birlikte, TK m.58/I-e hükmü nasıl anlaşılmalı ve hangi olaylara nasıl uygulanmalıdır? Kanaatimizce bu sorunun cevaplanabilmesi için, "TK m.58/I-e hükmünün gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin özel bir düzenleme olması" hareket noktası olarak kabul edilmelidir. Şöyle ki:

Hükmün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, TK m.58/I-e hükmünün BK m.414'ün özel bir düzenlemesi olduğu çok açıktır. Bu nedenle, hükümde yer alan "davalının elde etmesi muhtemel menfaat" ifadesinden anlaşılması gereken de kazanç devridir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin sonucu olan kazanç devrini talep edebilmek için, iş görenin zarar görmüş olmasının zorunlu olmadığını yukarıda belirtmiştik. Ancak hemen belirtelim ki, bu sonuç BK m.414'e ilişkindir. TK m.58/I-e hükmü ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin özel bir düzenlemedir ve bu sebeple genel hükümden bazı noktalarda ayrılmaktadır. TK m.58/I-e hükmünü genel hükümden ayıran en büyük fark ise, onun hukuka aykırı fiilinin bir haksız rekabet eylemi olmasıdır. Çünkü TK m.58/I-e, haksız rekabet eylemleri için özel olarak düzenlenmiş bir hükümdür<sup>82</sup>. Bir eylemin haksız rekabet eylemi olarak nitelendirilebilmesi içinse, mağdurun bu eylem nedeniyle bir zarara uğramış olması gerekmeyip, zarar tehlikesine maruz bulunması dahi yeterlidir(TK m.58/I). Görüldüğü üzere, bir eylemin haksız rekabet eylemi olarak nitelendirilebilmesi bu eylem nedeniyle en azından zarar tehlikesine maruz bulunan kimselerin olmasına bağlıdır. Eğer söz konusu eylem nedeniyle zarar tehlikesine maruz bulunan kimse yoksa, o davranış biçiminden haksız rekabet eylemi olarak bahsetmek de mümkün olmayacaktır.

Bu açıklamalardan ortaya çıkan sonuçları şu şekilde tespit etmek mümkündür:

- i) TK m.58/I-e hükmü, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin bir düzenleme olduğundan, genel hükme uygun olarak anlaşılması gerekir. Bu nedenle, kazanç devri talebinde bulunabilmek zararın varlığına bağlı tutulamaz.
- ii) Zarar tehlikesinin bulunmadığı eylemlerde ise, bir haksız rekabet eyleminden bahsedilemeyeceği için, TK m.58/I-e hükmünden kaynaklanan bir kazanç devri talebi de söz konusu olmayacaktır.

<sup>82</sup> Haksız rekabet nedeniyle kazanç devri TK m.58/I-e'de özel olarak düzenlenmemiş olsaydı da, herhangi bir değişiklik olmazdı. Çünkü bir eylemin haksız rekabet olup olmadığı TK m.56 vd. hükümlerine göre belirlenir.



Bu tespitler ışığında, haksız rekabet mağdurunun kazanç devri talebinde bulunabilmesi için, bir zarara uğramış olmasının zorunlu olmadığı, bununla birlikte, söz konusu eylem nedeniyle mağdurun zarar tehlikesine maruz kalmasının asgari şart olduğu kanaatindeyiz. Vardığımız bu sonuç, Yargıtay kararlarının çoğunluğuyla çelişmekle birlikte, 11. Hukuk Dairesinin 25.6.1964 tarihinde vermiş olduğu karar, görüşümüzü destekler niteliktedir. Bu kararın ilgili bölümü aynen şöyledir:

“TTK’nın 56-65. maddelerine ait gerekçesinin incelenmesinden de anlaşılacağı gibi bu hükümlerin sevk edilmesinin başlıca sebebi, ticari hayatın gerektirdiği dürüstlüğü bir başka deyişle ticari ahlakı hâkim kılmak, ticaret serbestisini ve rekabetini bu yönden sınırlamaktır. Nitekim aynı kanunun 56. maddesinde kabul edilen, davacının tazminat isteyebilmesi için, maddi zararını ispat külfetinden kurtarılması ve hâkime haksız rekabet sonucu olarak davalının elde etmesi mümkün görülen çıkarların karşılığına hükmedebilme yetkisinin tanınması, haksız rekabetin önlenmesinde etkili bir tedbir ve ticari hayatımız için bu alanı düzenleyen hukukumuzda önemli bir yeniliktir. Hatta maddi tazminata hükmedebilmek için dahi geçmişe muzaf olarak maddi bir zarara uğramak aranmamakta geleceğe yönelik böyle bir tehlikeye maruz bulunmak dahi yeterli görülmektedir.”<sup>83</sup>

Karar, gözden kaçan bir hususu dile getirdiğinden büyük bir önem sahiptir. Gerçekten de, TK m.58/I-e’den kaynaklanan kazanç devrini talep edebilmek için, zararın varlığını arayan pozitif bir düzenleme olmadığı gibi, zararın varlığının zorunlu olduğunu iddia etmek, kararda da belirtildiği üzere, TK m.58/I-e’nin düzenleniş amacına da aykırı olur. Giyim sektöründe faaliyet gösteren bir işletmeye ait markanın iltibas edilerek saatlerde kullanılması örneğinde; bu iki işletme farklı iş kollarında faaliyet gösterdiklerinden, markası iltibas edilen işletme bu eylem nedeniyle herhangi bir zarara uğramamış olabilir. Ancak, iltibas edilerek kullanılan markalı ürünlerin kalitesiz üretilmesi veya tüketicilerin her iki markanın aynı işletmeye ait olduğunu düşünmesi ve bunlar gibi birçok nedenden dolayı markası iltibas edilen işletmenin ticari itibarının sarsılması ihtimal dâhilinde olduğundan, haksız rekabet mağduru zarar görme tehlikesi ile karşı karşıyadır. Böyle bir durumda, mağdur işletmenin kazanç devri talebinin ‘henüz gerçekleşmiş bir zararın olmadığı’ gerekçesiyle reddedilmesinin, adalet duygusunu da ne kadar inciteceği ortadadır. Bu nedenle, giyim sektöründe faaliyet gösteren işletme, iltibas nedeniyle zarara

<sup>83</sup> E. 4736, K. 2275, BATİDER, C. 3, 1965, S. 3, s. 347.

uğramış olmasa da, zarar tehlikesine maruz kaldığından dolayı, markayı taklit ederek kullanan işletme, bu eylemi nedeniyle elde ettiği kazancı mağdura devretmekle yükümlüdür.

Son olarak şunu belirtelim ki, Dönmez'in görüşü ile bizim görüşümüz ne-tice itibariyle aynı olsalar da, Dönmez'in sonuca ulaşırken kullandığı gerekçe-ler farklıdır. Dönmez, haksız rekabete ilişkin hükümlerin düzenlenmesindeki amaçtan yola çıkarak bu sonuca ulaşmıştır<sup>84</sup>. Dönmez gerekçesinde haklı ol-makla birlikte, bu sonuca ulaşmanın gerekçeleri pozitif düzenlemelerde(TK m.58; BK m.414) mevcut olduğundan, Dönmez'in öne sürdüğü gerekçenin yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

### d. Talebin Kapsamı

TK m.58/I-e hükmüne dayanılarak talep edilecek kazanç devrinin neler-den ibaret olduğunun, başka bir ifadeyle kazanç devrinin kapsamının da bel-irlenmesi gereklidir. Bu nedenle, hükümde yer alan “davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığı” ifadesi nasıl anlaşılmalıdır sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Kural olarak taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmekle yükümlüdür(MK m.6). Ancak, kanun koyucu bu kurala istisna-lar getirebileceğini de ifade etmiştir. Bu istisnalardan birisi de, TK m.58/I-e hükmüdür. Dolayısıyla, davacı talep edeceği kazanç devri miktarını ispat et-mek zorunda değildir<sup>85</sup>. Bu nedenle, hâkim TK m.58/I-e hükmüne dayanıla-rak talep edilen her kazanç devrinde bilirkişiye müracaat etmek zorundadır<sup>86</sup>. Hükümün gerekçesinde de belirtildiği üzere, hâkim, bilirkişinin kesin olarak mümkün gördüğü kazancın devrine hükmedecektir<sup>87</sup>. Ancak, failin elde et-tiği kazancın bilirkişi tarafından tespit edilebilmesi, failin ticari defterlerini ve içindeki bilgileri gerçeğe uygun olarak tutmuş olmasına bağlıdır. Haksız rekabet failinin ise, genellikle defter de tutmayacağı göz önüne alınırsa, kanun koyucunun kullandığı “davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin kar-

<sup>84</sup> Dönmez, **a.g.e.**, s. 186-187; Cengiz, **a.g.e.**, s. 160-161.

<sup>85</sup> Karayalçın, **a.g.e.**, s. 470; Doğanay (Haksız Rekabet), **a.g.e.**, s. 555; Arkan (Ticari İşletme), **a.g.e.**, s. 309; Erem, **a.g.e.**, s. 204; Teoman (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), **a.g.e.**, N. 1319; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 89; Cengiz, **a.g.e.**, s. 159. Aksi yönde; Domaniç(Şerh), **a.g.e.**, s. 214; Franko(Muhtemel Menfaat), **a.g.e.**, s. 200; Özdamar/Ermenek, **a.g.e.**, s. 54. Aksi yönde fikir beyan eden yazarlar, zararın az çok ispatlanması gerektiğini ifade etmektedirler.

<sup>86</sup> “Bu zarar miktarı tarafların ticari defterleri ve diğer kanıtlar birlikte değerlendirilmek sure-tiyle uzman bilirkişilerce saptanmalıdır.”, Yarg. 11. HD, 16.6.1997, E. 4268, K. 4712, KBİB.

<sup>87</sup> AEM, s. 365.

şılığı” ifadesinin ne kadar yerinde olduğu anlaşılır<sup>88</sup>. Kanun koyucu bu ifadeyi kullanarak aynı zamanda, failin fiilen elde ettiği kazancın, mağdura verilmesini bir zorunluluk olmaktan da çıkarmış, mağdura seçimlik bir hak tanımıştır<sup>89</sup>. Böylelikle mağdur, failin fiilen elde ettiği kazancın ya da bilirkişinin kesin olarak mümkün gördüğü kazanç arasında bir seçim yaparak, bunun kendisine devredilmesini talep edebilecektir.

Haksız rekabet mağdurunun talep edilebileceği kazanç, failin haksız rekabet eylemi nedeniyle elde ettiği net kazançtır<sup>90</sup>. Başka bir ifadeyle, failin o dönem içerisinde kendi emeğine dayalı olarak dürüstlikle elde etmiş olduğu kârlar kazanç devrine konu olmaz<sup>91</sup>. Bununla birlikte, fail o dönem içerisinde elde ettiği kazancın hepsini haksız rekabet eylemi nedeniyle de elde etmiş olabilir. Ancak, davacının bu hususu ispatlaması gerekir.

Failin haksız rekabet eylemi nedeniyle elde etmiş olduğu net kazancın devri talep edilebilir<sup>92</sup>. Net kazanç ise, brüt kazançtan failin masraflarının çıkarılması suretiyle bulunur<sup>93</sup>. İşin maliyeti, ürünün tanıtılması için yapılan masraflar ve bu kazanç nedeniyle ödenen vergiler<sup>94</sup> masraf kapsamına giren hususlardandır.

Haksız rekabet faili, mağdurun hiç aklında olmayan ya da elde etmeyi beceremeyeceği bir kazanç elde etse bile bunu mağdura devretmekle yükümlü-

<sup>88</sup> Teoman (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), **a.g.e.**, N. 1321. Aksi yönde, Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 90.

<sup>89</sup> Teoman (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), **a.g.e.**, N. 1321.

<sup>90</sup> “Bu noktada önemli olan husus, davalı şirket kârının tamamının haksız rekabet nedeniyle elde edilip edilmediğidir. Davalı kârının tamamının haksız rekabet nedeniyle elde edildiğinin kanıtlanması gereklidir. Davalının ticari faaliyetleri nedeniyle elde ettiği kârın tamamına tazminat olarak hükmedilmesi, şayet davalı, hakız rekabeti olmasaydı, hiçbir ticari iş yapmazdı, anlamına gelir ki, bu da ticari hayatın olağan akışına aykırı olup...” Yarg. 11. HD, 2.3.2004, E. 2003/7285, K. 2004/1983, KBİB.

<sup>91</sup> Örs, **a.g.e.**, s. 104; Cengiz, **a.g.e.**, s. 158.

<sup>92</sup> Arkan(Ticari İşletme), **a.g.e.**, s. 308.

<sup>93</sup> “...davalının haksız rekabeti nedeni ile elde ettiği gelirin tespitinde yaptığı giderlerin dikkate alınması, giderler düşüldükten sonra kalan miktarın davalının davacı zararına haksız olarak elde ettiği menfaat olarak kabulü gerekirken, giderler düşülmeden yapılan hesaplama sonucu davalının elde etmediği menfaatin de davacı zararı olarak hesabı doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11. HD, 31.3.2005, E. 2004/5996, K. 2005/3051, KBİB.

<sup>94</sup> “Hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda, davalının diğer gelirlerinin giderlerini karşılayacağı bu nedenle davacının bir yıllık zararının 31.664.063 lira olduğu belirtilmiş ise de, davalının ödediği kurumlar vergisi miktarı düşülmemiştir.”, Yarg. 11. HD, 7.3.1991, E. 771, K. 1570, KBİB.

dür<sup>95</sup>. Aynı şekilde, fail kişisel çabası ve becerisi ile normal şartlar altında elde edilebilecek kazançtan çok daha fazlasını elde etmişse bunu da devretmekle yükümlüdür<sup>96</sup>. Diğer bir söyleyişle, önemli olan o işin rayicinin ne olduğu değil, failin haksız rekabet eylemi nedeniyle ne kadar haksız kazanç elde ettiği. Şunu da ifade edelim ki, fail haksız rekabet nedeniyle elde ettiği kazancı elinden çıkarsa dahi, kazancı devir yükümü ortadan kalkmadığı gibi, sorumluluğu elinde kalan miktarla da sınırlandırılmaz<sup>97</sup>.

Mağdurun kazanç devrini talep edebilmesi için, zarara uğraması zorunlu olmadığından, bu eylem nedeniyle satışlarında herhangi bir azalmanın olup olmaması da önemli değildir. Hatta Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kararına konu olan bir olayda, haksız rekabet eyleminden sonra mağdurun satışlarında artış yaşanmış; ancak, mağdurun satışlarında artış olmasından, failin bu eylem nedeniyle bir kazanç sağlamadığı anlamının çıkarılmayacağı, Yargıtay tarafından haklı olarak ifade edilmiştir<sup>98</sup>.

Failin elde ettiği kazancın tespiti için yapılan bilirkişi incelemesinde, kazanç miktarı davalının defterleri üzerinde inceleme yapılarak somut hale getirilir<sup>99</sup>. Yargıtay, failin defter tutmadığı ve bu nedenle de kazanç miktarının belirlenemediği durumlarda, hâkimin BK m.42-43'e TK m.58/I-d'nin delaletiyle gitmesini ve bir miktar tayin etmesi gerektiğini kabul etmiştir<sup>100</sup>. Ancak hemen belirtelim ki, failin defter tutmayacağını ya da tutmuş olduğu defterlerden, elde ettiği kazanç miktarının belirlenemeyeceğini öngören kanun koyucu, hükmü düzenlerken "mümkün görülen menfaat" demiştir. Bu nedenle, bilirkişinin kazanç miktarını belirleyemediği durumlarda, hâkimin hareket noktası BK m.42-43 değil, TK m.58/I-e hükmü olmalıdır ve bu hükme dayanarak bir miktar tayin etmelidir.

### e. Tazminat ve Kazanç Devri Talepleri Arasındaki İlişki

Hiç şüphesiz ki, fail haksız rekabet eylemi nedeniyle bir kazanç elde etmiş olabileceği gibi, mağdur da bu eylem nedeniyle bir zarara uğramış olabilir.

<sup>95</sup> Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 48.

<sup>96</sup> Rona Serozan (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 2. bs., İstanbul, 1998, s. 236.

<sup>97</sup> Tandoğan(Vekaletsiz İş Görme), **a.g.e.**, s. 194.

<sup>98</sup> Yarg. 11. HD, 6.10.2003, E. 2585, K. 8782, KBİB.

<sup>99</sup> Yarg. 11. HD, 18.10.1982, E. 4155, K. 3971, Eriş(2. bası), **a.g.e.**, s. 391.

<sup>100</sup> "...davalının elde edebileceği kârın bilirkişi aracılığı ile araştırılması bundan da bir sonuç alınmadığı taktirde o zaman TTK.nun 58/d. BK.nun 42. ve 43. maddelerine göre tazminata hükmedilmesi gerekirken..." Yarg. 11. HD, 25.3.1999, E. 1998/7790, K. 1999/2565, KBİB.

Böyle bir durumda, haksız rekabet mağduru hem maddi zararını hem de failin elde ettiği kazancı talep edebilir mi? Diğer bir ifadeyle, maddi tazminat ile kazanç devri talepleri yarışır mı, yoksa yığılırlar mı? Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Kazanç devri talebini, maddi tazminatın hesaplanmasında bir yöntem olarak gören Yargıtay, bu taleplerin yarışacağını kabul etmektedir<sup>101</sup>. Doktrin de, bu iki talebin yığılmayacağını kabul etmektedir<sup>102</sup>.

Kanaatimizce, doktrin ve Yargıtay'ın tutumu, TK m.58/I-e hükmü karşısında hatalıdır. Yukarıda salt ekonomik zararın Türk hukuk tatbikatında tazmini gerekmeyen bir zarar olarak kabul edildiği ifade edilmişti. Halbuki, Dünyada son 20 yıldır tartışılmakta olan salt ekonomik zarar kavramının özüne uygun düzenleme, TK m.58/I-e ile çok önceden yapılmıştır. TK m.58/I-e hükmü ve gerekçesi incelendiğinde görülecektir ki, mağdur, zararının tazmini yanında failin elde ettiği kazancın kendisine devrini de talep edebilir. Madde de yer alan “menfaatin karşılığında *dahi* hükmedebilir.” ifadesi bunu kanıtlamaktadır. Yine, hükmün gerekçesinde yer alan, “...veyahut davacı zararından başka davalının haksız olarak elde ettiği menfaatleri dahi ondan almak ve böylece davalıyı kanuna aykırı hareketinin neticesinden hiçbir surette istifade etmemiş duruma sokmak imkânını bulacaktır” ifadesi de hiçbir tereddüde yer bırakmadan göstermektedir ki, mağdur, zararının tazmininden başka failin elde ettiği kazancın da kendisine devrini talep edebilir. Kanaatimizce, doktrin ve Yargıtay'ın, maddi tazminat ve kazanç devri taleplerinin yarışacağı sonucuna varmalarının nedeni, haksız rekabet nedeniyle ortaya çıkacak olan zararı sadece yoksun kalınan kârla sınırlandırmalarıdır. Oysa yukarıda da bahsettiğimiz üzere, mağdur, haksız rekabet nedeniyle bir kârdan yoksun kalabileceği gibi fiili bir zarara da uğrayabilir. Dolayısıyla, cevaplandırılması gereken asıl soru, gerekçede yer alan “zarar” ile kastedilmek istenin ne olduğudur? Diğer bir söyleyişle, kazanç devri talebi ile talep edilebilecek olan maddi tazminatın dayanağı, fiili zarar(damnum emergens) mı, yoksa yoksun kalınan kâr(lucrum cessans) mı olmalıdır? Bu nedenle, her iki zarar türünü ayrı ayrı incelemek gerekir:

Zararın yoksun kalınan kâr olarak ortaya çıkması durumunda, haksız rekabet mağduru bir seçim yapmalıdır. Mağdurun yoksun kaldığı kâr, failin elde ettiği kazançtan fazlaysa ve zararını ispatlamakta bir zorluk çekmiyorsa;

<sup>101</sup> Yarg. 11 HD, 16.6.1997, E. 4268, K. 4712, KBİB.

<sup>102</sup> Örs, a.g.e., s. 99; Domaniç(şerh), a.g.e., s. 214; Teoman (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), a.g.e., N. 1320; Teoman, a.g.e., Kitap 2, s. 250; Arkan (Ticari İşletme), a.g.e., s. 308; Franko (Muhtemel Menfaat), a.g.e., s. 201; Özdamar/Ermenek, a.g.e., s. 54.

mantıklı olan, TK m.58/I-d'ye dayanarak yoksun kaldığı kârı talep etmesidir. Ancak, mağdurun yoksun kaldığı kâr, failin elde ettiği kazançtan az ise ya da fazla olmakla birlikte bunu ispat edemiyorsa, kazanç devri talebinde bulunması onun yararına olacaktır. Bu sebeple, zararın yoksun kalınan kâr olarak ortaya çıktığı durumlarda, maddi tazminat ile kazanç devri talepleri birbirine eklenemez ve yığılmaz, sadece yarışır<sup>103</sup>. Bu nedenle de, yoksun kalınan kâr ile kazanç devri birlikte talep edilemez. Çünkü failin elde ettiği kazancın, mağdurun yoksun kaldığı kârı karşıladığı düşünülür<sup>104</sup>.

Zararın fiili zarar, yani malvarlığının aktifinin azalması ya da pasifinin artması şeklinde ortaya çıkmasında ise durum farklıdır. Bu gibi durumlarda, hükmün ve gerekçenin açık ifadesi karşısında, tazminat talebi ile kazanç devri talebinin yığılacağı kabul edilmelidir. Çünkü failin haksız olarak elde ettiği kazanç, asla fiili zararı karşılamaz. Bu nedenle, mağdurun haksız rekabet nedeniyle uğradığı fiili zarar ile failin elde ettiği kazancı birlikte talep edebileceği kabul edilmelidir<sup>105</sup>.

TK m.58/I-e'nin metni ve gerekçesinin açıklığı karşısında başka bir dayanağa ihtiyaç olmamakla birlikte, MarKHK m.66, PatKHK m.140 ve End-TasKHK m.52 de bizim ulaştığımız sonucu haklı çıkarır niteliktedir. Gerçekten de, bu hükümler korudukları fikri haklara vaki bir tecavüz halinde kazanç devrinin yoksun kalınan kârı ile yarışacağını, fiili zararlarla ise yığılacağını kabul etmektedir. Pozitif düzenlemelerin bu açıklığı karşısında, zararı hiç bir ayrıma tutmadan kazanç devri talebiyle yarışacağını kabul eden görüş, kanun koyucunun hükmü düzenlemedeki amacını yok saydığı gibi, genel olarak haksız rekabet hükümlerinin ruhuna da aykırı bir yorum getirmektedir. Hem genel olarak kazanç devri talebinin hem de bu başlık altında yer alan açıklamalarımızın daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla konuyu bir örnekle toparlamanın faydalı olacağını düşünüyoruz:

Kozmetik ürünleri alanında faaliyet gösteren (X) işletmesi, piyasaya sürdüğü yeni ürününü yoğun bir reklam kampanyasıyla tüketiciye tanıtmaktadır. Aynı iş kolunda bulunan (Y) işletmesi, yapılan testler sonucunda (X)'in

<sup>103</sup>Hatemi(Özel Hükümler), **a.g.e.**, s. 114; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 63.

<sup>104</sup>Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 63.

<sup>105</sup>Bu yönde, Arkan Akbıyık, **A.e.**, s. 63. Aksi yönde, Hatemi(Özel Hükümler), **a.g.e.**, s. 114. Hatemi, kazanç devri talebinin her iki zarar türüyle de yarışacağını kabul etmektedir. Ancak hemen belirtelim, söz konusu bu tartışmalar BK m.414'e ilişkindir. TK m.58/I-e'den kaynaklanan kazanç devri talebinde, hükmün ve gerekçenin açık ifadesi karşısında, fiili zararın kazanç devri talebiyle birlikte talep edilebileceği tartışmasız olarak kabul edilmelidir.

ürününde kanserojen maddelere rastlanıldığını, sağlığını düşünen kişilerin bu ürünü kullanmamasını, oysa kendi ürünlerinin dünyanın en ünlü laboratuvarlarında test edildiğini ve sağlığa zararlı hiçbir yan etkisinin bulunmadığı yönünde bir e-maili birçok kişiye yollamış ve bu e-mail çok hızlı bir şekilde geniş kitlelere ulaşmıştır. Bu gelişmeler üzerine harekete geçen (X) işletmesi, ürününü 2 ayrı üniversiteye test ettirmiş ve her birine 25.000 TL ödeme yapmıştır. Yapılan testler sonucunda, üründe kanserojen maddeye rastlanılmamış, herhangi bir yan etkisinin olmadığı da kanıtlanmıştır. (X) işletmesi, bu testleri halka duyurabilmek amacıyla tekrar yoğun bir reklam faaliyetine girişmiş ve çeşitli medya kuruluşlarına reklam bedeli olarak 200.000 TL ödemiştir. Yoğun reklam faaliyetine rağmen, (X) işletmesinin haksız rekabet eylemi öncesinde 200.000 TL olan aylık kâr miktarı, eylem sonrası 100.000 TL'ye düşmüştür. Bununla bağlantılı olarak, (Y) işletmesinin 180.000 TL olan aylık kâr miktarı, 260.000 TL'ye yükselmiştir. (X) işletmesine ait olan (Xa) markasının ekonomik değeri ise, haksız rekabet eylemi neticesinde 1.000.000 TL'den 700.000 TL'ye düşmüştür. Haksız rekabet eylemi nedeniyle büyük bir zarara uğrayan (X) işletmesi dava açmış, haksız rekabet konusunda uzman olan bir ticaret hukuku profesöründen 50.000 TL karşılığında hukuki mütalaa almıştır.

Şimdi örneğimizde yer alan zararların hangi tür zararlar olduğunu saptamaya çalışalım:

- (X) işletmesinin 200.000 TL olan aylık kâr miktarı haksız rekabet nedeniyle 100.000 TL'ye düşmüş, (X) işletmesi 100.000 TL'lik kârdan yoksun kalmıştır.

- (X) işletmesine ait olan (Xa) markasının değeri 1.000.000 TL'den 700.000 TL'ye düşmüş, aktifi 300.000 TL azalmıştır.

- (X) ticari işletmesi, test bedeli olarak 2 üniversiteye toplam 50.000 TL, test sonuçlarının duyurulması için medya kuruluşlarına 200.000 TL, hukuki mütalaa için ise, ticaret hukuku profesörüne 50.000 TL ödeme yapmış, böylelikle pasifi toplam 300.000 TL artmıştır.

(Y) işletmesinin kazanmış olduğu 260.000 TL'nin ne kadarını haksız olarak elde etmiş olduğunu belirlemek, yani kazanç devrine konu olacak net miktarı tespit etmek gerekir. (Y)'nin haksız rekabet eylemi öncesi 180.000 TL olan aylık kâr miktarı 260.000 TL'ye yükselmiştir. Görüleceği üzere, kazancın tümü değil, 80.000 TL'lik kısmı haksız olarak elde edilmiştir. Fail haksız olarak elde ettiği kazanç için herhangi bir masraf yapmışsa ya da bu neden-

## Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009

le mesela gelir vergisi ödemişse bunlar düşölerek net kazanç bulunacaktır. Örneğimizde böyle bir masraf olmadığından, 80.000 TL'lik kısım net haksız kazançtır.

(X) işletmesi, toplam 600.000 TL tutarında fiili zarara uğramış, aylık 100.000 TL tutarındaki kârdan ise yoksun kalmıştır. (Y) işletmesi ise haksız rekabet eylemi nedeniyle aylık 80.000 TL'lik haksız kazanç elde etmiştir. Olayımızda, (X)'in yoksun kaldığı kâr daha fazla olduğundan, mantıklı olan TK m.58/I-d'ye dayanarak yoksun kaldığı kârın tazminini talep etmesidir. (X) yoksun kaldığı kârını ispatlamakta güçlük çekiyorsa, TK m.58/I-e'ye dayanarak 80.000 TL'lik kazancın kendisine devrini talep edebilir.

(X) ticari işletmesinin, yoksun kaldığı kâr olan 100.000 TL ile failin elde ettiği kazanç olan 80.000 TL'den birisini isteyebileceğini, fiili zarar olan 600.000 TL'lik kısmı ise isteyemeyeceğini iddia etmek, TK m.58/I-e hükmünün lafzına ve gerekçesine aykırı olduğu gibi kanaatimizce adaletli de olmaz. Bu sebeptendir ki, haksız rekabet nedeniyle oluşan fiili zararın tazminiyle birlikte kazanç devri de talep edebilir. Örneğimize dönersek, (X) 600.000 TL olan fiili zararıyla birlikte 100.000 TL olan yoksun kaldığı kârı birlikte talep edebilecektir.



## **KAYNAKÇA**

Arkan Akbıyık, Azra, **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörme**, İstanbul, 1999.

Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 7. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2004.

Ayhan, Rıza, **Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi**, Konya, 1990.

Barker, Kit, “Economic Loss and the Duty of Care: A Study in the Exercise of Legal Justification”, **The University of Queensland, TC Beirne School of Law Legal Studies Research Paper Series**, No. 09-02.

Büyüksağırış, Erdem, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul, 2007.

Cengiz, Dilek, **Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz**, İlgili Mevzuat, Danıştay ve Yargıtay Kararları, Beta, İstanbul, 1995.

Doğanay, İsmail, “Türk Ticaret Kanunu’nun Haksız Rekabete İlişkin Hükmeleri Yargıtay’ca Nasıl Uygulanıyor?”, **BATIDER**, C. V, S. 3, 1970.

Doğanay, İsmail, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C. I, 3. bası, Feryal Matbaası, Ankara, 1990.

Domanıç, Hayri / Ulusoy, Erol, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul, 2007.

Domanıç, Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.I, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.

Dönmez, İrfan, **Markalar ve Haksız Rekabet Davaları**, 2. Bası, İstanbul, 1992.

Erem, Turgut S., **Ticaret Hukukunun Prensipleri**, Ticari İşletme, C.I, 10. Bası, İstanbul, 1983.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, İstanbul, 2008.

Francesco Parisi/Vernon V. Palmer/Mauro Bussani, “The Comparative

Law and Economics of Pure Economic Loss”, **George Mason University School of Law, Law and Economics Research Paper No.05-12 and University of Minnesota Law School Legal Studies Research Paper, No.07-18**, Last Revised: November 15, 2008.

Franko, Nisim, “**Haksız Rekabette Elde Edilmesi Muhtemel Menfaate Hüküm**”, **BATİDER**, C. XIII, 1986.

Göle, Celal, **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983.

Karahasan, Mustafa Reşit, **Sorumluluk Hukuku**, İstanbul, 2003.

Karayağın, Yaşar, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler**, Ankara, 1983.

Kılıçoğlu, Mustafa, **Sorumluluk Hukuku**, C. I, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, 2002.

Mimaroğlu, Sait Kemal, **Ticaret Hukuku**, C.I, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1978.

Nomer, Haluk N., **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, 1996.

Oğuzman, M.Kemal /Öz, M.Turgut, **Borçlar Hukuku**, 3. bs., İstanbul, 2000.

Örs, Halil Fahri, **Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet**, Ankara, 1958.

Özdamar, Mehmet/Ermenek, İbrahim, “Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat” **FMR**, C.7, 2007.

Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 17. bs., İstanbul, 2005.

Sanlı, Kerem C., **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul, 2007.

Serozan, Rona (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku**, Genel Bölüm, C. III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 2. Bası, İstanbul, 1998.

Tandoğan, Haluk, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul, 1957.

Tandoğan, Haluk, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara, 1961.

Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermat/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, C.I, 7. bs., İstanbul, 1993.

Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N.Fusun, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Witting , Christian, **“Justifying Liability to Third Parties for Negligent Misstatements”** , Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 20, No. 4, pp. 615-643, 2000.

**OTURUM BAŐKANI PROF. DR. FİKRET EREN** - Deęerli Hocamız Būnyamin Gūrpınar'ın hazırlamıő olduęu 'Haksız Rekabette Tazminatın Hesaplanmasında Yeni Geliőmeler' adlı teblięi zevkle dinlemiő bulunuyoruz. Burada tabii Boręlar Hukuku ile Ticaret Hukukunda belki yeni bazı kavram, salt ekonomik zarar kavramı űzerinde duruldu. Bu bir farktır. Ama bunu da duymak tabii ęok seslilik yōnünden faydalı olmuőtur. Kendileri gayet zamana da, mekāna da, konuya da hākim olmuő, vaktinden űnce de hoőęōrū, űzveri gōstererek teblięini bitirmiőlerdir. Őimdi dięer deęerli dostumuz, , meslektaőımız Yrd. Doę Dr. Mehmet Erdem Bey'e geliyoruz. Mehmet Erdem arkadaőımız Galatasaray űniversitesi Hukuk Fakūltesinde Őęretim űyelięi yapmaktadır. Onun konusu da ilginę bir konu: "Tazminatın gōtūrū olarak belirlenmesi".