

**T.C
BAŐKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**REKABETİN SINIRLANMASININ
ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLARI**

HAZIRLAYAN

**CANER TAŐPINARLI
20511284**

ANKARA 2007

**T.C
BAŐKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**REKABETİN SINIRLANMASININ
ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLARI**

HAZIRLAYAN

**CANER TAŐPINARLI
20511284**

DANIŐMAN

Yrd. Doç. Dr. MÜRSEL BAŐGÜL

ANKARA 2007

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR CETVELİ	V
ÖZET.....	VI
ABSTRACT	VII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

I- Genel Olarak Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki

Sonuçları.....	3
----------------	---

II. Karşılaştırmalı Hukukta Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki

Sonuçları	5
1. Amerikan Hukuku	5
2. AB Hukuku	10
3. Alman Hukuku	12

İKİNCİ BÖLÜM

I.Geçersizlik

1. Özel Hukukta Geçersizlik Kavramı	15
2.Rekabet Hukuku Açısından Geçersizlik	18
a.Yasaklanan Anlaşma ve Kararlar	23
b.Bireysel Muafiyet Almış Anlaşmalar ve Geri Alma	23
c. RKHK'nın Yürürlüğe Girmesinden Önce Yapılan Hukuki İşlemlerin Durumu	25
d. RKHK'nın Yürürlüğe Girmesinden Sonra Yapılan Hukuki İşlemlerin Durumu	28
e. Grup Muafiyetinden Yararlanan Anlaşmalar	28
f. Menfi Tespit Belgesi Verilen Anlaşmalar.....	30
g. Bildirimin Geçerlilik Üzerindeki Etkisi	31
h. Geçersizliğin Taraflar Açısından Sonuçları	33
1. Yasak Kapsamına Giren Birleşme ve Devralmalar.....	34
i. Geçersizlik kararında yetkili makam	35

j. Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Geçersizlik	36
---	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

I. Tazminat Ve Sorumluluk Kavramı 39

1.Genel Olarak	39
2. Sorumluluk Kavramı Ve Sebepleri (Sorumluluk İlkeleri)	42
a. Sorumluluk Kavramı	42
b. Sorumluluk hukukunun çeşitli anlamları	42
c. Sorumluluk ilkeleri (sorumluluk sebepleri).....	43
aa. Kusur	44
bb. Sözleşme	44
cc. Kanun	44

II. 4054 Sayılı Kanun Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk ve Unsurları..... 45

1.Genel Olarak	45
2.Tazminat Hakkı	46
3. Tazminata Sebep Olan olay	49
a.Genel Olarak	49
b.Kusur	49
aa. Kusur kavramı	49
bb. Kusur çeşitleri	50
aaa.Kast	50
bbb.İhmal	50
ccc.Ağır ihmal	51
c.Hukuka aykırılık	51
aa. Hukuka aykırılığı açıklayan teoriler.....	52
aaa. Objektif hukuka aykırılık teorisi.....	52
bbb. Sübjektif hukuka aykırılık teorisi.....	52
bb. Hukuka aykırılığın tanımı ve unsurları.....	53
4. RKHK'nın Çerçevesinde Hukuka Aykırılık	53
a.Genel Olarak	53
b.Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma ve Uyumlu Eylem	54
aa. Anlaşma.....	54

bb. Uyumlu eylem	56
aaa. Unsurları	59
bbb. Uyumlu eylem karinesi	59
c. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması.....	60
aa. Hakim durum	60
bb. İlgili Pazar.....	61
cc. Hâkim durumun belirlenmesine ilişkin ölçütler.....	62
dd. Hakim durumun kötüye kullanılması	63
d. Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen Birleşme ve Devralmalar	64
e. Uygun İlliyet bağı	65
aa. İlliyet bağı kavramı	65
bb. Uygun illiyet bağı teorisi	65
5. Zarar	67
a. Genel Olarak Zarar Kavramı	67
b. Maddi zararın tanımı ve unsurları	68
aa. Malvarlığı	68
bb. Malvarlığında Eksilme.....	69
cc. Azalmanın irade dışında meydana gelmesi.....	69
c. Maddi zarar çeşitleri	70
aa. Fiili zarar	70
bb. Yoksun kalınan kâr	70
cc. Şahsa verilen zarar	71
dd. Şeye verilen zarar	71
ee. Diğer zararlar	72
ff. Doğrudan doğruya zarar- Dolaylı zarar	72
gg. Menfi zarar- Müspet zarar	73
hh. Mevcut zarar- Müstakbel zarar-Muhtemel zarar	73
d. RKHK'ya göre istenebilecek zarar.....	74
aa. Zararın Miktarının Hesaplanması	75
bb. Fiili Zararın Miktarının Hesaplanması	76
aaa. Fazladan Ödenen Bedel	76

bbb. Mahrum Kalınan Kar	78
cc. Zararın Miktarının Hangi Tarihte Ekonomik Değere Göre Hesaplanması Gerektiği.....	78
6. Tazminat Miktarının Hesaplanması	79
a. BK'daki genel düzenleme.....	79
aa. Tazminat Miktarının Zararın Miktarını Aşamayacağı İlkesi	80
bb. Tazminatın Azaltılması.....	80
cc. Zarar görenin elde ettiği Çıkarların Denkleştirilmesi	81
b. RKHK'daki Zarar Miktarını Aşan Oranda Tazminat(Üç Katı Tazminat)	82
aa. Zararın Miktarını Aşan Oranda Tazminata Hükmedilmesinin Koşulları.....	85
bb. Zararın Miktarını Aşan Oranın Belirlenmesinin Ölçüleri ve Sınırları	86
7. Tazminat Davasında Taraflar ve ispat Yüğü	88
a. Davacı.....	88
b. Davalı	91
c. Görevli ve Yetkili Mahkeme	91
d. İspat Yüğü	92
8. Sorumluluk Kavramı ve RKHK'daki niteliğı	95
a. Genel Olarak Sorumluluk Türleri.....	95
aa. Kusur Sorumluluğı	95
bb. Sebep Sorumluluğı.....	97
aaa. Sebep Sorumluluğı Türleri	97
ii. Olağan Sebep Sorumluluğı	99
iii. Tehlike Sorumluluğı	99
b. RKHK'nın öngördüğü Sorumluluk	100
c. Müteselsil Sorumluluk.....	104
9. Uygulamada 4054 Sayılı Kanun Çerçevesinde Tazminat Hükümlerinin Değerlendirilmesi	105
SONUÇ.....	112
KAYNAKÇA	115

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
AT	: Avrupa Topluluğu
ATA	: Avrupa Topluluğu Anlaşması
ATM	: Avrupa Toplulukları Mahkemesi
BGB	: Burgerliches gesetzbuch(Alman Medeni Kanunu)
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
E.	: Esas Numarası
GWB	: Gesetz gegen Wettbewerbsbschraenkungen
HD.	: Hukuk Dairesi
Krş.	: Karşılaştırınız
K.	: Karar Numarası
MK.	: Medeni Kanun
m.	: madde
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RKK	: Rekabet Kurulu Kararı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
vd.	: ve devamı
yy.	: yüzyıl
YİBK	: Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı

ÖZET

Bu çalışmada Rekabetin Korunması Hakkında Kanun beşinci kısmını oluşturan “Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları” tazminat ve geçersizlik başlıkları altında incelenmiş ve ülkemizde uygulama alanı bulamakta zorlanan tazminat konusu derinlemesine incelenmiştir.

Rekabet ortamında oluşan, rekabet ortamının bozulması sonucu olarak rakip teşebbüslerden başlamak üzere tüketicilere kadar zincirleme bir reaksiyon oluşmaktadır. Bu zincirleme reaksiyon sonucu oluşan zararın ise doğal olarak rekabet ihlalinde bulunan tarafça tazmin edilmesi gerekmektedir. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun açıkça ilgili tazminat hükümlerine caydırıcı bir nitelik kazandırmak amacıyla üç katı tazminata hükmedilebileceği yer vermiştir.

Geçersizlik ise pek çok farklı durumda farklı sonuçlar doğurmuş ve bu sonuçlar çalışmamızda başlıklar altında incelenmeye çalışılmıştır.

Günümüz rekabet ortamının, caydırıcılık unsurunu içinde barındıran bir düzenleme ile düzenlenmesi ve bir otorite tarafından kontrol altında tutulması zorunlu hale gelmiştir. Özellikle küresel sermayenin her geçen gün büyümesi ve önünde durulamaz teknelci bir yapının oluşması yönündeki çabaları tazminat kavramının caydırıcılık açısından önemini ortaya koymaktadır. Bu sebeplerden ötürü çalışmamız bu konularda yoğunlaşmış ve doğabilecek soruları yanıtlamaya çalışmıştır.

ABSTRACT

In this study, the “Consequences of Limiting Competition in Private Law Field”, which constitutes part five of the Law on Protecting Competition, is examined in terms of indemnity and invalidity, and the issue of indemnity, which is hardly implemented in our country, is elaborated.

As a result of the damage in the competition medium, a chain reaction starting from the competitor enterprises descending down to the consumers takes place. The damage caused by this chain reaction should naturally be indemnified by the party violating the competition. Law on Protecting Competition clearly stipulates that a fine of up to three folds can be decided on in order to give a dissuasive manner to the relevant indemnity provisions.

Invalidity gives rise to many different outcomes in many different situations and these outcomes are examined under headings in our study.

It is obligatory to regulate today’s competition medium with a regulation containing the component of dissuasiveness and to keep under control by an authority. Especially day to day growth of the global capital and its efforts towards the emergence of an unstoppable monopolist structure reveals the significance of the indemnity concept in terms of dissuasiveness. For these reasons, our study is focused on such issues and tries to answer the possible questions

GİRİŞ

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu (RKHK) Türkiye’de rekabet ortamının korunmasını amaçlayan ve aynı zamanda toplumsal menfaatleri koruyan bir yapısı vardır. 1994 yılında yürürlüğe giren RKHK’nın 4,6 ve 7. maddeleri açıkça kartelleşmeyi önleyen üç temel madde ile bu amacını gerçekleştirmek amacını ikili bir yaptırım sistemi düzenlemiştir. Yapılan bu düzenleme sonucunda yaptırım sisteminin idari yaptırım boyutu çok hızlı ilerlerken özel hukuk boyutu ağır ilerlemektedir. RKHK’daki özel hukuktaki sonuçlarla ilgili maddeler beşinci bölümde “Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları” başlığı altında Borçlar Kanunda ki haksız fiil hükümlerine dayanacak şekilde bir tazminat sorumluluğu şeklinde düzenlenmiştir. 56,57,58 ve 59. maddeler sırasıyla; geçersizlik, tazminata sebep olan olay, tazminat hakkı, zararın tazmini ve açılacak tazminat davasındaki ispat yükünü düzenlemektedir. Bahsi geçen normlarda yapılan birçok hatalı ve eksik düzenleme sonucu özel hukuk alanındaki sonuçları işlevsellik kazanmakta zorlanmaktadır. Her ne kadar özel hukuku ilgilendiren bir diğer sonuç geçersizlik olsa da çalışmamızda bu konuya da değinilecek fakat ağırlıklı olarak “rekabet ihlallerinden doğan tazminat” konusu daha derinlemesine işlenecektir. Bu amaçla konuyla yakından bağlantısı bulunan sorumluluk hukuku konusu biraz detaylı olarak anlatılmaya çalışılacaktır.

Yukarıda bahsi geçen hükümlerin uygulanması konusu münhasıran adli yargı organlarına bırakılmıştır. Rekabet hukuku gibi uzmanlık gerektiren bir hukuk dalının adli yargıda değerlendirilmesi ilk bakışta birçok soru işaretiyle doludur. Fakat kanun koyucu tazminat sorumluluğuna verdiği önemi ortaya koyarak idari yaptırımlar dışında daha sert ve medeni bir ceza niteliğinde üç katı tazminat hükmü ile açıkça belirtmiştir. Tazminat hukukunun ruhuna ters düşen bu uygulama esas itibariyle zararın tazmininden öte bir caydırıcı unsur olarak kanunda yerini almıştır.

Her ne kadar kanunda belirlenen özel hukuk yaptırımları güçlendirilmiş ve teşvik edici niteliğe sahip olsa da Kanun’un yürürlüğe girmesinden bu zamana kadar

geçen on üç yıllık dönem içerisinde özel hukuk yaptırımlarının etkin bir şekilde uygulandığı söylenemez. Rekabet hukukunun ihlalden doğan haksız fiil sorumluluğu, birkaç istisna dışında, dava konusu yapılmamıştır. Kanun metninde gerek eksik gerekse yanlış düzenlenmiş kanun maddelerinin rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarının açılmasında büyük bir engel oluşturduğu söylenebilir. Mahkemelerinde konuyla ilgili benzer tutumda bulunmaları ayrıca, Rekabet Kurulu'nun münhasır yetkili gibi algılanması nedeniyle bu tutum devam etmiş ve özel hukuk yaptırımlarını uygulanması nerdeyse kullanılmamaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları genel olarak tarif edildikten sonra çalışmanın devamında karşılaştırmalı hukukta rekabet kısıtlamalarının özel hukuktaki sonuçları değerlendirilecektir. İkinci bölümde geçersizlik kavramı genel olarak özel hukuk alanında irdelendikten sonra RKHK'nun açısından geçersizlik çeşitli olasılıklar incelenerek değerlendirilecektir. Son bölümde ise geçersizliğe nazaran daha geniş bir inceleme ile tazminat ve RKHK'nun öngördüğü tazminat hükümleri incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

I-Genel Olarak Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları

RKHK. m. 56-59'da "Rekabetin Sınırlanmasının özel hukuk Alanındaki Sonuçları" ana başlığı altında RKHK'da düzenlenen rekabeti bozucu eylemlerin özel hukuk alanındaki sonuçları düzenlenmektedir. Bu düzenleme çerçevesindeki uyuşmazlıkların çözümlenmesi, Rekabet Kurulu'nun değil, adli mahkemelerin görev alanına dâhildir.

Kanun'un 56. maddesinde, 4. maddeye aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararlarının geçersiz olduğu, bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği ve daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcunun Borçlar Kanunu 63 ve 64 üncü maddelerine tabi olduğu yer almıştır. Yine Borçlar Kanun'un 65 inci maddesi hükmünün bu kanundan doğan ihtilaflarda uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. RKHK'nun 4. maddesi rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına ilişkindir. Maddede kamu teşebbüsü ve özel teşebbüs ayrımı yapılmadığından her türlü teşebbüs bu kapsamda yer almaktadır. Diğer bir ifade ile özel teşebbüsler ve kamu teşebbüslerinin rekabeti ihlal etmeleri nedeniyle bir zarar olmuşsa bu madde kapsamında tazmini istenebilecektir.¹

AB rekabet hukukunda ise, haksız fiil sorumluluğu, ne ATA'nın rekabetle ilgili hükümlerinde ne de mülga 17/1962 sayılı Tüzük ve yürürlükteki 1/2003 sayılı Tüzük'te düzenlenmiştir. Rekabete aykırı olan anlaşma, karar ve uyumlu davranışların kendiliğinden geçersiz olacağı belirtilmiş, geçersizliğin özel hukuk

¹ *Güven Pelin*; Rekabet Hukuku , Ankara 2005, s.589.

alanındaki sonuçları üye devletlerin ulusal hukuklarının alanına bırakılmıştır.² Avrupa Birliği hukukundan alınarak yukarıda belirttiğimiz 17. sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü ve Roma Anlaşmasının üniter bir devletin iç hukukuna uygulanmış hali günümüzdeki Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dur. Rekabete aykırı eylem ve davranışlar cezai yaptırımlara bağlanmış ve doğal olarak bazen bu eylem ve işlemler özel hukuk alanında sonuçlar da oluşturmuştur.³ İlk defa ATM, 1974 tarihli *Begische Radio en Televisie v. SV SABAM* ⁴ kararında, üçüncü kişilerin rekabetin bozulmasından doğan zararının tazmini sorumluluğunun da ATA m.. 81 çerçevesinde, haksız fiil sorumluluğuna dayanan tazminatın, Birlik mahkemelerinden değil, üye devletlerin ulusal mahkemelerinden talep edilmesi gerektiği kararını vermiştir.. ATA'nın rekabetle ilgili hükümleri ile bağlantılı olarak, ilgili ulusal mevzuat uygulanacağını belirtmiştir.⁵

Türk hukuk sisteminde RKHK'nun ilgili 56–59. maddeleri incelendiği zaman Borçlar Hukuku ilkeleri geçerli olmakla beraber belli başlı üç hususta ayrıklık göstermektedir.

- RKHK'nun 56/II. maddesinde açıkça B.K 65. maddesinden doğan ihtilaflarına uygulanmayacağı hususu,
- 58. madde tazminat hesaplanmasına ilişkin husus,
- 59. madde ise ilgili uygulamaların ispatlanmasına ilişkin, düzenlemeler yaparak Borçlar Kanunu'nda ayrık bir düzenleme yapılmıştır.⁶

Sonuç olarak rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları iki ana başlık altında incelenebiliriz. Bunlar geçersizlik ve tazminat yükümlülüğüdür.

² *Aşçıoğlu Öz, Gamze*, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000. s.176.

³ *İnan, Nurkut*, "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış" Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II 9 Nisan 2004 Kayseri, Ankara 2004. s.38.

⁴ European Court reports 1974 s.313 www.eur-lex.europa.eu (30.4.2007)

⁵ *Cengiz, Dilek*: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006. s.367

⁶ *Aksoy, Nazlı*, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Ankara 2004. s.7–8.

Fakat bu incelemeyi yapmadan önce karşılaştırmalı hukukta ABD, AB ve Alman hukuk sistemlerindeki benzer nitelikli düzenlemeler incelenecektir.

II. Karşılaştırmalı Hukukta Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları

1.Amerikan Hukuku

Amerikan antitrust hukukunda, yaptırımlar iki şekilde yer alır. Kamu hukuku (public enforcement) ve özel hukuk yaptırımları olarak iki gruba ayrılır. Kamu hukuku yaptırımlarını Adalet Bakanlığı (Department of Justice) ve Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commision) uygular. Ayrıca Eyalet Adalet Bakanlıklarının da (State's Attorney General) antitrust mevzuatının uygulanmasına yetkileri bulunmaktadır.⁷

Özel hukuk yaptırımlarının uygulanması ise, kural olarak antitrust ihlallerden dolayı zarara uğrayan kişilerin açacakları özel hukuk davalarında söz konusudur.⁸

15 Ekim 1914 tarihli Clayton Act'in 4. maddesine göre, antitrust yasaları tarafından yasaklanmış olan herhangi bir davranış sonucunda, iş veya malı zarar gören kimse, dava açmak ve makul bir avukatlık ücreti dâhil, uğradığı zararın üç katına kadar tazminat istemek hakkına sahiptir.

Amerika'da uygulanan üç katı tazminat özel hukuk davalarını antitrust ihlallerinde çok önemli bir yaptırım aracı haline getirmiştir. 1941–1960 tarihleri arasında antitrust ihlallerinde özel hukuk davalarının kamusal takiplere oranı 1'e 6, hatta daha azdı. 1960'lı yılların ortalarından 70'li yılların sonlarına doğru, özel hukuk davaları, antitrust makamları tarafından yapılan takipleri aşmış ve oran 1'e karşı 20'ye ulaşmıştır.1980'li yıllarda özel hukuk davalarının sayısı azalmış; bunların

⁷ **Özsunay, Ergun;** Rekabetin Kısıtlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel gelişmeler Sempozyumu-III, 8 Nisan 2005, Ankara,2005. s.117.

⁸ **Özsunay,** s.117

kamusal davalara oranı aşağı yukarı 1'e karşı 10 olarak ortaya çıkmıştır. Günümüzde antitrust davalarının %90'ı özel hukuk davalarının oluşturmaktadır.⁹

Amerikan antitrust özel hukuk davalarında davacı sıfatı Clayton Act'e göre "antitrust yasalarının yasakladığı bir davranış sonucunda işi veya malı zarara uğrayan kişi" dava açma hakkına sahiptir.¹⁰ Bir antitrust ihlali durumu piyasa ile ilgili birçok kişinin zarar görmesi olasıdır. Fakat ilgili kanun bazı hallerde tazminat hakkını sınırlandırmıştır. Yıkıcı fiyat uygulaması söz konusu olduğu hallerde tazminat hakkı sadece yıkıcı fiyat uygulamasının doğrudan kurbanlarıdır. Ayrıca sonradan monopol fiyatlarını ödemek zorunda kalan tüketicilere de dava açma hakkı tanınmıştır.¹¹ Aslında Clayton Act'in 4. maddesi bakımından gerçek hayata uygun olmayacak kadar geniştir. Zira piyasa ekonomisinde, basit bir fiyat tespiti anlaşmasının bile herkese zarar verebileceği çok açıktır. Örnek olarak petrol sektörü verilecek olursa OPEC kartelinden zarar görenlerin çerçevesi çok geniştir.

Dava hakkından belirlenirken iddia edilen zarara davacının yakınlığı esas alınır. *Blue Shield Of Virginia v. Mccready* davasında kararda belirtildiği üzere davacı sıfatının belirlenmesinde varlığı ileri sürülen ihlal ile davacının uğradığı zarar arasındaki fiziksel ve ekonomik ilişkinin incelenmesinin gerekliliğidir.¹² Ayrıca Clayton Act'in 1. maddesinde "kişi" kavramı tanımlanırken yerli yabancı dernek ve şirketleri de içerecek şekilde tanımlanmıştır.¹³ Ayrıca Clayton act'ten belediyeler ve tüketicilerinde yararlanabileceği Amerika Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir.

Ayrıca Clayton Act'e 1955 yılında eklenen m.4B'ye göre, Birleşik devletlere de antitrust ihlalleri nedeniyle fiili zarar için dava hakkı tanınmıştır. Fakat ABD, zararın 3 katı tazminat isteme hakkına sahip değildir. Yüksek Mahkeme, *Phizer Inc. v. India(Hindistan)* kararında 1978yılında ki kararında yabancı bir hükümetin de

⁹ Hovenkamp, Antitrust' Protect Classes, 88 Micch.L.Rev.1 (1989) (nak. **Özsunay**, s.117)

¹⁰ Antitrust Division Manual, United States Department of Justice Web sayfası <http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/two.htm>(28.4.2007)

¹¹ **Özsunay**, s.121.

¹² <http://supreme.justia.com/us/457/465/case.html> (27.04.2007)

¹³ **Özsunay**, s.122.

Clayton Act'in 4. maddesinden yararlanarak zararın üç katı tazminat isteyebileceğine hükmetmiştir.¹⁴

Amerika Yüksek Mahkemesi Associated General Kararında alt dereceli mahkemelerin davacı sıfatı ile ilgili beş etkeni bulundurmalarını istemiştir.

Bu etkenler;

- (i) Antitrust ihlâl ile davacının zararı arasında bir nedensellik bağının varlığı ve zararın istenerek yapılıp yapılmadığının tespiti;
- (ii) Davacının, ilgili pazarda bir tüketici ya da bir rakip olması halleri dâhil “zararın niteliği”;
- (iii) Zararın, ihlalin doğrudan sonucu olup olmadığı talep edilen tazminatın gerçeğe uygunluğu;
- (iv) İki kez tazminat alma olasılığı ve tazminatın bölüştürülmesinin çok karmaşık olup olmadığı
- (v) zararın daha çok doğrudan etkilendiği başka kişilerin bulunup bulunmadığı.¹⁵

Amerika da en önemli dava türlerinden biri olan *kitle adına dava* çok yaygındır. Özellikle “*fiyat belirleme olayları*”nda alıcıları temsilen kitle adına davalar çok yaygındır. Tabii ki her antitrust ihlalinin mesela yıkıcı fiyat uygulamalarında dava açılabilmesi mümkün değildir. İhlâl dolayısıyla zarara uğrayan sayısı kitle, adına dava açılmasına imkân vermemektedir.

Kitle adına davalarda Federal Hukuk Usulü Kuralları 23\ b maddesi açıkça davanın açılabilmesi için bir kitlenin tüm mensuplarına ortak olan olgusal ve hukuksal sorunların, bu kitle içindeki bireyleri etkileyen sorunlardan önce gelmesi ve

¹⁴ <http://supreme.justia.com/us/434/308/case.html> (29.04.2007)

¹⁵ [http://supreme.justia.com/us/459/519/case.html\(29.04.2007\)](http://supreme.justia.com/us/459/519/case.html(29.04.2007)),

kitle adına davanın, adaleti gerçekleştirecek diğer yöntemlerden daha üstün olması aranmaktadır.¹⁶

Özel hukuk alanında antitrust davasının en önemli koşulu, bir antitrust zararın varlığı ve bu zararın bir antitrust ihlalinden kaynaklanmış olmasıdır. Clayton Act'in 5. maddesi, özel hukuk davası açan davacılara bazı kolaylıklar sağlamaktadır. Trustlerle ilgili olarak yürütülen kamusal takiplerde verilen hükümlerin daha sonra açılan davalarda mahkemeye sunulabilmesi mümkündür. Böylece, özel hukuk davasında, davacının artık ihlâli kanıtlamasına gerek kalmamakta sadece uğradığı zararı kanıtlamak durumundadır. Antitrust zararın (antitrust injury) varlığının ispatı ise davalı taraf tarafından gerçekleştirilen bir antitrust ihlâli ile davacının işi yada malının zarara uğramış olması ile ispat edilir.¹⁷

4. maddede kullanılan "iş" kavramı geniş olarak yorumlanmalıdır. Bir işletmenin tüm ticari faaliyetleri bu kavramın içinde değerlendirilmelidir. "mal" kavramı da yüksek mahkeme tarafından geniş olarak değerlendirilmiştir. Reiter v. Sonotone Corp. davasında yüksek mahkeme kişisel kullanımları için edindikleri şeylere daha fazla para ödeyen tüketicilerin, Clayton Act'in 4. maddesin anlamında "mal" bakımından zarara uğramış olduklarını kabul etmiştir.¹⁸

Clayton Act 4. madde açıkça belirtildiği gibi tazminat talebinin söz konusu olabilmesi için antitrust ihlali, davacının zararı ve tabi ki bu ihlal ile zarar arasında nedensellik bağı gereklidir.

Zarar konusunda antitrust davalarında, davacının zararı iki şekilde oluşmaktadır. Bunlar "fazla ödemededen doğan zararlar" ve "kazanç kaybı" şeklinde ortaya çıkmaktadır.

a. Davacı çeşitli nedenlerle davalı ile yapmış olduğu fiyat belirleme, tekelleşme veya satın alınan ile birlikte başka bir şeyinde alınmasına ilişkin

¹⁶ http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23_2.htm,

¹⁷ <http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/two.htm> (29.04.2007)

¹⁸ <http://supreme.justia.com/us/442/330/> (27.04.2007)

anlaşmalar sonucunda almak zorunda olduğu şeylerden dolayı zarar ile aynı piyasada satılan benzer şeyler arasındaki farktan ibarettir. Dolayısıyla alıcı yani davacı bu iki fiyat arasında oluşan farktan dolayı uğradığı zararı isteyebilecektir.¹⁹

b.Kazanç kaybı; yıkıcı fiyat uygulamaları, piyasa dışına çıkarma eylemleri veya başka bir malın alınması ile başka bir malın alınmasını zorunlu tutan anlaşmaların varlığı durumunda davacı kazanç kaybına neden olan bu durumlardan dolayı dava açabilir. Burada istenecek tazminat miktarı mahrum kalınan kâr miktarıdır.²⁰

Zarar miktarının belirlenmesi hususunda Amerikan hukukunda üç farklı yol takip edilir. Önce ve sonra yöntem, yarda ölçüsü yöntemi, kayıp pazar payı yöntemi.

aa)Önce ve sonra yöntemi; bu yöntemde antitrust ihlalinin yapıldığı zaman süreci bir zaman noktası olarak alınır. Davacının antitrust ihlalden önceki, ihlalin yapıldığı süre içinde, bu ihlalin sona ermesine kadar devam eden süreç ve devamında uğranılan zarar ve kazancın hangi oranda azaldığı saptanarak tazminat miktarı belirlenir. Bu yöntem, özellikle fazla ödemede bulunma türü zararlar ile kazanç kaybı niteliğinde zararlar bakımından amaca uygundur. Ayrıca, bir teşebbüsün piyasadan dışlanması sonucunda uğranılan zararlar da bu yöntemden yararlanılabilir.²¹

bb)Yarda ölçüsü yöntemi;(the yardstick method) Bu method tamamen karşılaştırma yöntemiyle yapılan ve antitrust ihlalinin olmadığı bir piyasa ile dava konusu olan ihlâlın mevcut olduğu bir yöntemdir. Bigelow v. RKO Radio Pictures kararıyla zararın hesaplanması yönünde bu yöntemin kullanılacağı saptanmıştır.²² Her şeyden önce benzer bir coğrafi pazar üzerinde faaliyet gösteren benzer bir teşebbüs bulunur her bakımdan davacının teşebbüsüne benzeyen bir teşebbüs ortaya

¹⁹ Hovenkamp, Antitrust' Protect Classes, 88 Micch.L.Rev.1 1989 (nak. Özsunay, s.117.)

²⁰ Hovenkamp, Antitrust' Protect Classes, 88 Micch.L.Rev.1 1989 (nak. Özsunay s.117.)

²¹ Hovenkamp, Antitrust' Protect Classes, 88 Micch.L.Rev.1 1989 (nak. Özsunay,s.127.)

²² www.law.gmu.edu/gmulawreview/issues/13-3/documents/Stu1Zohn.pdf , Hovenkamp, Antitrust' Protect Classes, 88 Micch.L.Rev.1 1989 (nak. Özsunay 128.)

çıkartılır. Mahkeme antitrust ihlallerine maruz kalmamış bir işletmenin kazançlarına bakarak davacı şirketin kaybedilmiş kazançlarını ortaya çıkartmaya çalışacaktır.

Yerel kartel kartel durumunun oluşmasıyla antitrust ihlalinin olduğu piyasalar aynı yapıda piyasanın tekrar bulunacağı piyasalardır. Dolayısıyla yarda yönteminin en ideal şekilde uygulanabileceği antitrust ihlalleri bunlardır. Bu konuda, Texas eyaletinin bir şehrinde alkollü içki satıcıları arasındaki fiyat tespiti anlaşmasına ilişkin Greenhaw v. Lubbock Couty Beverage Assoc. Kararı güzel bir örnek teşkil etmektedir.²³ Olayda söz konusu olan piyasayı karşılaştırmak amacıyla Dallas'daki alkollü içki satıcılarının fiyatlarını esas almışlardır.

Yarda yönteminde belirleyici bazı sınırlamalar söz konusudur. Dünya çapında bir kartelleşme söz konusu olduğunda karşılaştırılacak bir piyasa mevcut olmayacaktır. Uluslararası pazar farklılıkları ise farklı ülkelerde oluşan farklı vergi düzenlemeleri yüzünden bu modele uygun düşmeyecektir.²⁴

cc)Kayıp pazar payı yöntemi; Kazanç kaybının hesaplanmasında genel olarak kayıp pazar payı yöntemi uygulanır. Bu yöntemle genellikle, davacının verimindeki mutlak azalma miktarının saptanması için başvurulmaktadır.²⁵

Ülkemizde uygulaması bulunan üç katı tazminat kavramına daha sonra detaylı olarak değineceğimiz için ilerde ana bir başlık altında değineceğiz.

2. AB Hukuku

AB rekabet hukukunda rekabet düzeninin korunması ile ilgili birincil hukuk düzeyindeki temel hukuki düzenleme Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 02.10.1997 tarihli Amsterdam Antlaşması metninde "Rekabet Kuralları" başlığı altında m.81-89'da yer almaktadır. Bu Antlaşmanın eski metinlerinde 25.03.1957 tarihli Avrupa

²³ www.agecon.purdue.edu/staff/connor/papers/HOW_HIGH_DO_CARTELS_4-20-05.pdf

²⁴ Hovenkamp, Antitrust' Protect Classes, 88 Micch.L.Rev.1 1989 (nak. Özsunay s.129.)

²⁵ Hovenkamp, Antitrust' Protect Classes, 88 Micch.L.Rev.1 1989 (nak. Özsunay s.129.)

Ekonomik Topluluğunu kuran Roma Antlaşması metin m.85–93 ve 07.02.1992 tarihli Avrupa Topluluğu kuran Maastricht Antlaşması metni m. 85–93 düzenlemeleri yer almaktadır.²⁶

AB’de rekabet ve kartel hukukunun temeli olarak Roma Antlaşması 85. ve 86. madde AT Antlaşması 81. ve 82. maddelerinde, hukuka aykırı rekabet kısıtlamalarının özel hukuk sonuçlarına ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir.

Roma Antlaşması’nın m.85/2 Amsterdam(ATA) Antlaşması’nın m.81(2) hükümleri, sadece rekabeti kısıtlayan, ortadan kaldıran, engelliyen kartel hükümsüz olduğunu belirtmiştir. Hükümsüzlük kendiliğinden ortaya çıkar, dolayısıyla hukuka aykırı rekabet kısıtlamalarına ilişkin anlaşmalar doğduğu anda butlanla batıldır. Hükümsüzlük anlaşmanın yapıldığı anda geçersizliği sonucunu ifade eder. Bu anlaşmalar bağlayıcı niteliği olmayan anlaşmalardır.²⁷

Roma Antlaşması’nın 86. maddesi ve AT Antlaşmasının m.82 hükümleri de hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin olup, bu durumda, kötüye kullanmanın özel hukuka ilişkin sonuçlarını düzenlemektedir. Bu durumun çözümü üye devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Örneğin, hukuka aykırı bir kartel anlaşmasından zarara uğrayan kimse, Alman hukukunda zararın tazminini, kendi iç düzenlemesinde Rekabet Kısıtlamaları Hakkında Kanun (Gesetz gegen Wettbewerbsbschraenkungen) GWB(33) BGB hükümlerine göre talep edecektir. Rekabet Engellemelerinin giderilmesi ya da rekabet kısıtlamalarından kaçınılması istemleri de BGB hükümlerine göre ileri sürülecektir.²⁸ Aşağıda detaylı olarak Avrupa Birliği üyesi bir devletin i düzenlemesine yer verilecektir.

²⁶ Cengiz, s. 6.

²⁷ Şiranum, Serpil Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda Kötüye Kullanma Kriterleri, İstanbul 2005. s. 166., Özsunay,s.141.

²⁸ Özsunay,s.142.

3. Alman Hukuku²⁹

Alman kartel hukukunun ana kaynağı 27 Temmuz 1957 tarihli Rekabet Kısıtlamaları Hakkında Kanundur.(Gesetz gegen Wettbewerbsbschraenkungen) 1965, 1973, 1976, 1980, 1989, 1998 ve en son 2005 tarihlerinde 7 yenileme ve değişiklik ile bugünkü halini almıştır. 7. ve son yenileme AB hukukuyla uyum sağlamak amacıyla yapılmıştır.³⁰

GWB 1'e göre teşebbüsler arasında rekabetin engellenmesi, kısıtlanması yada bozulmasını amaçlayan veya böyle bir etki doğuran anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu davranışları yasaktır.³¹

Hukuka aykırı rekabet kısıtlamalarının Alman hukukundaki özel hukuku ilgilendiren sonuçlarını inceleyecek olursak, GWB'de özel hukuka ilişkin yaptırımlar "kartel makamlarının yetkileri, yaptırımları" başlığı altında dzenlenmiştir.

aa) Hukuka aykırılıkların durdurulması ve sonradan tespiti; Kartel makamı, bir teşebbüsü veya teşebbüs birliğini, bu Kanunun bir hükmüne aykırılık halinde, davranışı durdurmakla yükümlü kılabilir.

Kartel makamı, bir teşebbüse yada teşebbüs birliğine karşı, hukuka aykırı eylem ve anlaşmaların durdurulmasını amaçlayan ve tespit edilen ihlâl ile oranlı bulunan tüm önlemleri alabilir.³²

Haklı bir menfaat bulunması halinde, kartel makamı, bir hukuka aykırılığın sona ermesinden sonrada hukuka aykırılığı tespit edebilir³³

²⁹ Özsunay, 132,

³⁰ Özsunays.132. , Cengiz, Süleyman; Alman Hukuku Işığında Pazarda Görelü Güçlü Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi s. 4.

³¹ Özsunay,s.135.

³² Özsunay,s.136.

³³ Özsunay, s.137.

bb) Kaçınma ve Zararın tazmini istemleri³⁴;

bba) Kaçınma İstemi; GWB 33'E göre,

“Her kim bu Kanunun bir hükmüne veya kartel makamının bir emrine aykırı hareket ederse ihlâl eden kişiden, ilgililere karşı, aykırılığın ortadan kaldırılması ve yeniden tekrar tehlikesinden kaçınılması istenebilir. Kaçınma istemi bir hukuka aykırılık durumunda ortaya çıkar, ilgili kişilerden maksat ise ihlâlden zarar gören rakipler, ya da piyasaya katılan diğer kişilerdir. Fakat bu istemin ileri sürülebilmesi için, aynı piyasada aynı veya benzer nitelikte mal veya hizmet sunan teşebbüslerin önemli bir bölümünün söz konusu birliklere üye olması şarttır.”

bbb) Zararın Tazmini İstemi; GWB 33(3) 'e göre

“Her kim, fıkra 12e göre, kasten veya ihmal ile hukuka aykırı davranırsa, bundan doğan zararı tazminle yükümlü olur. Bir mal ya da hizmet aşırı fiyatla sunulduğu takdirde, söz konusu mal ya da hizmetin başkasına devredilmiş olması, zararın tazminini ortadan kaldırmaz.”

GWB 33(4)'e göre

“Her kim, bu Kanunun bir hükmünü veya AT'nu kuran Anlaşmanın 81 ve 82. maddesinin bir hükmünü ihlâl nedeniyle tazminat ödemekle yükümlü olursa, mahkeme, Kartel makamının, AT Komisyonunun veya AT'na üye Devletlerden birinin rekabet makamlarının ya da mahkemesinin kararıyla belirtilen şekilde ihlâlin tespitiyle bağlıdır.”

³⁴ Özsunay, s.138.

GWB 33(5)'e göre

“ Fıkra 1 anlamında bir ihlâlden dolayı Kartel Makamı veya AT Komisyonu ya da AT'nda üye bir Devletin rekabet makamları yahut AT'nu kuran Antlaşmanın 81 ve 82. maddelerinin ihlali nedeniyle bir soruşturma girişmiş olurlarsa, f.2.uyarınca zararın tazmini istemi bakımından zamanaşımı durur.” Bu gibi durumlarda alman Medeni Kanununun 204 f.2. hükmü kıyas yoluyla uygulanmaktadır.³⁵

³⁵ Özsunay,s.138.

İKİNCİ BÖLÜM

I. Geçersizlik

1. Özel Hukukta Geçersizlik Kavramı

Bir sözleşmenin, tarafların istediği sonuçları meydana getirmediği bütün hallere, bir üst kavram olarak, geçersizlik³⁶ (hükümsüzlük) adı verilir.³⁷ Günümüz hukuk sistemlerinde, irade serbestisi mutlak bir prensip olarak kabul edilmemekte ve hukuki sonuca yönelen irade beyanlarının bu sonucu elde edebilmesi ve girişilen hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi, pozitif hukukun aradığı çeşitli koşulların gerçekleştirilmesine bağlıdır.³⁸ Bahsi geçen bu koşulların bir veya bir kaçının eksikliği ise hukuki işlemin geçerliliğini etkilemektedir. Bu etkileme bazen hukuki işlemin tamamen sonuç doğurmasını engeller nitelikte olabilmektedir. Geçersizlik hukuki işlemin amacını ve yöneldiği sonucun oluşmasından yoksun bırakabilen hallerin tümünü ifade etmek için kullanılan bir üst kavramdır.³⁹ İhlal edilen normlar geçersizlik kavramının farklı derecelerde ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Unutmamak gerekir ki, hukuki bir işlemin geçerliliği veya geçersizliği tamamen hukuki işlemin kurulmasına bağlıdır, yani kurulmamış olan bir hukuki işlem doğal olarak geçersizlik sonucunu doğurmayacaktır.⁴⁰ Ahlaka ve adaba aykırı bir amaç için kurulmuş bir sözleşmenin butlanla batıl olmasına sebep olurken hata, hile ve ikrah ile bir sözleşmenin sakatlanması hali ise “iptal edilebilirliği” sonucunu doğuracaktır.⁴¹

³⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Akıncı Ateş**, “Rekabetin Yatay Kısıtlanması”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001; **Sanlı Kerem Cem**, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000 **Topçuoğlu Metin**, “Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları”, Rekabet Kurumu, Ankara 2001

³⁷ **Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 2006, İstanbul. s.299.

³⁸ **Sanlı, Kerem Cem**, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği” ,Ankara 2000, s. 389.

³⁹ **Tekinay S. Sulhi/Akman Sait/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla**, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Bası, İstanbul 1993 sh.374. **Eren**, s.299.

⁴⁰ **Eren**, s. 298

⁴¹ **Sanlı**, s.389.

Hukukumuzda geçersizlik kavramı kanunlarımızın birçok maddesinde açık sistematik bir düzenlemeye vakıf olmayıp aynı zamanda bu açık olmayan durum sonuçları ve türleri içinde geçerlidir. Fakat kanun doğal şartlar ve içerik itibarıyla aranan şartlar olmak üzere şartlara bağlanmıştır.⁴² Akitlerin ve daha genel olarak hukuki muamelelerin hükümsüzlüğü çeşitli fikirlerin ortaya atıldığı tartışmalı bir konudur.⁴³ Borçlar Kanununda hükümsüzlüğü amaçlayan özel ve tek başına bir madde bulunmamaktadır. Dolayısıyla farklı hükümlerin içinde düzenlenmiştir. (BK. m.11,16, 20, 21, 23, 28, 29, 31, 38) Hükümsüzlük geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde kullanılır. Bizim hukukumuzda kullanılan hükümsüzlük kavramı geniş anlamdaki hükümsüzlüktür. Yani akitlerdeki eksiklik ve sakatlıkları ve akitlerin sonradan etkisizleştiği tüm halleri kapsar.⁴⁴ Akdin unsurlarındaki eksiklik ve sakatlığın mahiyetine göre hükümsüzlük halleri 5 farklı şekilde ortaya çıkabilir.

a.Yokluk

Akdiin kurucu unsurlarını teşkil eden karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması halinde akit varlık kazanmaz. Akit yoktur. Bu yokluk ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir ve açılmış bir davada öne sürülmemiş olsa bile hakim tarafından re'sen dikkate alınabilir.⁴⁵

b. Butlan (Kesin Hükümsüzlük)

Kurucu unsurlarının mevcut olan ve gerçekleşmiş olmakla beraber, muteberlik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek oranda olanların gerçekleşmemiş olması halinde akit batıldır. Yani kesin olarak hükümsüzdür. Butlan terimi akdin konusunun imkansız yada hukuka veya ahlaka aykırı olduğu hallerde BK. 20'de kullanılmıştır. Doktrinde bu duruma "mutlak butlan" denmektedir.⁴⁶

⁴² **Güral, Jale**; Hükümsüzlük Nazireleri Karşısında Türk Medeni Kanunun Sistemi, s.2. Ankara 1953.

⁴³ **Güral**, s. 5.

⁴⁴ **Oğuzman Kemal**, Medeni Hukuk Dersleri, Giriş Kaynaklar, Temel Kavramlar, 6.Basım, İstanbul 1990. s. 139.

⁴⁵ **Oğuzman/Öz**, s.137.

⁴⁶ **Oğuzman/Öz**, s.137.

Bir akdin butlanını gerektiren sebepler, irade beyanında bulunan kimsenin ehliyetsizliği, akdin konusunun emredici hukuk kaidelerine, kamu düzenine, genel ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırı veya imkânsız olması, akdin sıhhati için aranan şekle uyulmaması akdin muvazaalı olmasıdır.⁴⁷

Borç doğrudan akitler bakımından tıpkı yoklukta olduğu gibi, butlan durumu da ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir. Akdi hükümsüz kılmak için dava açmaya ihtiyaç bulunmadığı gibi akdi hükümsüz kılmak için bir beyana da ihtiyaç yoktur. Akit kendiliğinden hükümsüz hale gelir.⁴⁸

c. İptal Kabiliyeti

Bu tarz hükümsüzlük hallerinde bir yandan akdin muteberliği etkileyen sakatlığı gidererek akdi ilişkiyi muteber hale getirmek, diğer yandan sakatlık yüzünden akdi kesin olarak hükümsüzleştirmek imkânı vardır. İptal kabiliyeti adı verilen bu tarz hükümsüzlük çeşitli şekiller arz etmektedir. Ortak yanları, eksik bulunan muteberlik şartı ile korunan tarafa, sakat akdi kesin olarak hükümsüz kılması için bir iptal hakkı tanınmış olmasıdır. Bu hakkın kullanılmasıyla ki, akit kesin olarak hükümsüz hale gelir.

İptal kabiliyetinin var olduğu hukuki işlemlerde “düzelebilir hükümsüzlük” söz konusudur. İptal hakkı sahibi iptal hakkından feragat ederse söz konusu akit muteber hale gelmiş olur dolayısıyla düzelebilirlik buradan kaynaklanır.⁴⁹

d. Noksanlık

Kurucu unsurların varlığı sonucu oluşmuş ve fakat bir akdin hüküm ifade etmesi bakımından bir veya birkaç unsurun tamamlanması gerekiyorsa akit tamamlanmamış durumdadır. Bu hükümsüzlük hali için “noksanlık” terimi kullanılır.

⁴⁷ Oğuzman/Öz, s.138.

⁴⁸ Oğuzman/Öz, s.138.

⁴⁹ Eren, s.300.

Noksanlık bulunan hallerde akdin hüküm ifade etmesi askıdadır. Ya tamamlayıcı unsurlar gerçekleşecek ve akit hüküm ifadede edecektir, ya da bir tamamlayıcı unsurun gerçekleşmeyeceği kesin olarak belli olacak ve akit kesin olarak hükümsüzleşecektir.

e. Kısmi Hükümsüzlük

Borçlar Kanununun 20.maddesinin 2.fıkrasına göre, bir akitteki sakatlığın akdin sadece bir kısmına inhisar ettiği hallerde akdin sadece o kısmı batıl olur. Fakat bu kısım olmaksızın akdin yapılamayacağı anlaşılırsa akit tamamıyla batıl sayılır.⁵⁰

Hüküm akdin konusunun imkânsız ya da hukuka veya ahlaka aykırı olması açısından kanunda yer almakta ise de doktrinde ve İsviçre Federal Mahkemesi diğer hükümsüzlük hallerinde de kısmi hükümsüzlük kuralını uygulamaktadır.⁵¹

Çalışmamızın içeriği gereği daha fazla geçersizlik kavramının hukuki açıdan tartışmalarına girmeden rekabet hukuku açısından inceleme yapmanın daha doğru olacağı inancındayız.

2.Rekabet Hukuku Açısından Geçersizlik Kavramı

Kanun'un 56. maddesinde, 4. madde kapsamındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararların geçersiz olduğu belirtilmiştir. Zaten BK genel hükümleri sonuca ulaşmak için yeterlidir. Belirttiğimiz gibi bir hukuki işlemin geçersiz olabilmesi için vücut bulması şartı vardır. 4. maddede sayılan “uyumlu eylem” ve “teşebbüs birliği eylemleri” nitelikleri gereği geçersizlik kavramının doğmasına imkan vermemektedir. 4054 sayılı Kanun'un m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin geçersizliğine BK m.20/II hükmündeki *kısmi butlan* kuralının uygulanmasının imkan dâhilinde olduğu ve fakat (tek amaçları rekabeti kısıtlamak, engellemek ya da ortadan kaldırmak olan) kartel anlaşmalarında kısmi geçersizliğin hemen hiç

⁵⁰ Oğuzman/Öz, s.141.

⁵¹ Oğuzman/Öz, s.142.

gerçekleşmeyeceği konusunda doktrinde bir fikir birliği bulunduğu söylenebilir.⁵² Hukuki bir işlem olmaktan uzak sadece ticari hayatın getirdiği şartların bir sonucu olarak oluşmuş teşebbüslerin ortak davranışları hukuki bir işlem olmaktan ziyade özel hukuk bakımından haksız fiil sorumluluğuna yol açabilir. Ancak bu uyumlu eylem veya teşebbüs birliği eylemleri hukuki açıdan bir sözleşme ile sabitse geçersizlik söz konusu olabilir.⁵³

Ayrıca kanunun 6. maddesinde düzenlenen hâkim durumun kötüye kullanılması işletmelerin sadece tek taraflı eylem ve işlemleri ile değil, anlaşmalarda yer alan çeşitli hükümler nedeniyle de ortaya çıkabilmektedir.⁵⁴ 56. maddede yapılan düzenleme bu konuda eksik ve yetersiz bir düzenleme olmakla beraber açık bir şekilde BK 19 ve 20. maddeleri dikkate alındığında “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması” ilgili maddeye aykırı olduğu için zaten geçersizlik yaptırımına tabidir.⁵⁵ Fakat RKHK’nın ilgili maddesinde yani 56. maddesinde bu durumla ilgili bir açıklama yapılmamıştır. Bu durumla ilgili bir açıklama yapılması kanunun yapısı gereği çok yerinde bir düzenleme olurdu.⁵⁶ İlgili düzenlemenin yapılmamasının en büyük açığı yine 56. maddede belirtilen BK.65. maddenin uygulanamaması halidir. 6. madde eğer 56. maddenin kapsamı dışındaysa BK 65. madde geçerlilik kazanacak ve 6. maddeyi ilgilendiren bir geçersizlik halinde taraflar çoğu zaman verilenleri geri alamayacaklardır. 4 üncü ve 6. madde arasındaki bu fark mantıklı bir sebebe dayandırmak çok zordur.⁵⁷ Doktrinde ki ortak görüş hâkim durumun kullanılmasıyla ilgili 6. maddeye 56. maddenin uygulanması gerektiği yönündedir.

⁵² **Gürzumar, Osman;** Rekabet Dergisi Sayı:12 “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi” Ankara 2002, s. 3., **Topçuoğlu,** s.293; **Sanlı,** s.433 vd. (434); **Aksoy,** s. 47 vd (s.49). Butlan görüşünü reddeden (yahut butlanın istisnaen söz konusu olacağını savunan) yazarlar, burada, doğal olarak, “kısmi geçersizlik” veya “kısmi hükümsüzlük” terimini kullanmaktadır.

⁵³ **Sanlı Kerem Cem,** s.390.

⁵⁴ **Aşçıoğlu,** s.177.(Topluluk hukukunda ilgili duruma ilişkin birçok karar vardır örnek olarak; Case 6/72 Europemballage Co. And Continental Can V EC Commission (1973) ECR 215, Case 51/89Tetra Pak Rausing AG V EC Commision (1991) 4 CMLR 334)

⁵⁵ **Aşçıoğlu,** s.178.

⁵⁶ **İnan,** s.40.

⁵⁷ **İnan,** s.40.

4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine aykırı sözleşmelerin hükümsüzlüğünün türünü ilkönce "... Kanunun emredici hükümlerine aykırı herhangi bir sözleşme gibi rekabet kanununa aykırı bir sözleşme de mutlak butlanla sakattır"⁵⁸ şeklinde açıklayan Aslan, daha sonra kullandığı bir dipnotta "Öte yandan BK 20. maddesi RKHK 56. madde ile öngörülen geçersizlik yaptırımını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Nitekim butlanla malul olan bir sözleşme tarafların iradeleriyle dahi geçerli hale getirilemezken Rekabet Kurulunun muafiyet kararıyla geçerli hale getirilebilmektedir. RKHK 4 maddesine aykırı anlaşmalar iptale tabi (askıda geçerli) olarak da kabul edilemezler çünkü bunlar yapıldıkları andan itibaren muafiyet kararına kadar geçersizdirler hüküm ve sonuçlarını doğurmazlar"⁵⁹ açıklamasını yapmaktadır. Bireysel muafiyet almış bir sözleşmenin muafiyet süresinin dolmasından sonraki dönemde ortaya çıkan ihtimallerin "bu şekildeki anlaşmaları askıda geçerli olarak kabul etmemize" yol açtığını⁶⁰ da belirten Aslan'a göre Kurul'un bireysel muafiyet kararıyla anlaşmanın kanuna aykırı ve yasak olma durumu ortadan kaldırılmış olmaktadır⁶¹.

Sanlı'ya göre "..., 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin tabi olduğu geçersizlik rejimini, sadece Kanun'un 4 ve 56. maddeleri göz önünde tutarak tespit etmek ve geçersizliğin türünü butlan olarak kabul etmek ... Mümkün değildir. geçersizlik türünün (ve hükümlerinin) tespit edilmesinde, muafiyete ilişkin özelliklerin de dikkate alınması zorunludur"⁶². Sanlı, meseleye bireysel muafiyet açısından bakıldığında ve 4'üncü maddeye aykırı bir sözleşmenin Rekabet Kurulu'nun vereceği bir idari kararla geçmişe etkili olarak (ex tunc) geçerli hale gelebildiği dikkate alındığında, geçersizliğin kesinliğini ortadan kaldıran bu durumun butlan yaptırımının bünyesi ile bağdaşmadığını belirtmektedir⁶³. Yazar'a göre 4'üncü maddeye aykırı olan bir sözleşme kendiliğinden ve başlangıçtan itibaren söz konusu olan ve hâkim tarafından re'sen gözetilecek bir geçersizliğe tabi olmakla birlikte; bu geçersizlik, muafiyet alabilme imkân ve ihtimali nedeniyle, askıda bir

⁵⁸ Aslan, s. 380.

⁵⁹ Aslan, s.384

⁶⁰ Aslan, s.381.

⁶¹ Aslan, s.380.

⁶² Sanlı, s.399.

⁶³ Sanlı, s.399.

geçersizliktir⁶⁴. Sanlı, grup muafiyetinden yararlanan veya bireysel muafiyet almış olan sözleşmelerin geçerliliğinin ise 4054 sayılı Kanun m.13 hükmündeki “muafiyetin geri alınması” olanağı düşünüldüğünde- askıda geçerlilik olarak nitelendirilebileceğini de belirtmektedir⁶⁵. Anılan yazarın tarif ettiği modelde “butlan yaptırımı, ancak Kurul tarafından... Muafiyet talebi reddedilen veya hakkında muafiyetin geri alınması kararı alınan hukuki işlemler için söz konusu” edilebilen “istisnai bir geçersizlik türü olmaktadır”⁶⁶. Nihayet Sanlı, grup muafiyeti hükümlerinin uygulandığı bir durumda 4. maddenin tatbikine yer olmayacağına göre, böyle bir durumda geçersizlikten bahsetmenin mümkün olmadığını da belirtmektedir⁶⁷.

Geçersizlik kavramı üstünde dururken ülkemizdeki muafiyet sistemi üzerinde durmak gereklidir. Türk Rekabet Hukuku’nda kabul edilmiş olan muafiyet sistemi nedeniyle 4. madde kapsamına girebilecek olan anlaşma ve kararlara uygulanacak olan geçersizlik oldukça karışık bir yapı göstermektedir.⁶⁸ Hukuk sistemimizde RK 4.madde anlaşmaların olumsuz yönlerini düzenlerken 5. madde ise olumlu yönlerini düzenlemektedir dolayısıyla anlaşma suni olarak ikiye bölünmektedir ve geçersizlik bazı maddeleri için söz konusu olurken anlaşmanın geri kalanı geçerliliğini sürdürmektedir.⁶⁹ Yani rekabetin korunmasındaki yarar ile diğer ekonomik ve teknik yararların bir muhasebesi yapılmakta ve gerektiğinde rekabetin korunması diğer yararlar için feda edilmekte ve rekabeti koruyucu hükümler uygulanmamaktadır.⁷⁰ Amerikan hukukunda durum tamamen farklıdır, uygulaması daha kolay bir sistem hakimdir. Bir anlaşma tüm sonuçları ile birlikte değerlendirilmekte sonuç olarak anlaşmanın olumlu yönleri ağır basmakta ise olumlu, olumsuz yönleri ağır basmakta ise olumsuz bir anlaşma olarak kabul edilmekte ve ilgili yaptırımlara bu sonuçlar

⁶⁴ Sanlı, s.401/402.

⁶⁵ Sanlı, s.402.

⁶⁶ Sanlı, s.402. Yazar, bireysel muafiyetin süreli olarak verilmesi zorunluluğu nedeniyle, bireysel muafiyet almış sözleşmelerin geçerliliğini “sınırlı süreli geçerlilik” (s.401) şeklinde adlandırmaktadır.

⁶⁷ Sanlı, s.402.

⁶⁸ Aslan, s.770.

⁶⁹ Aslan, s.770.

⁷⁰ Aksoy, s.29.

dikkate alınarak karar verilmektedir.⁷¹ Muafiyet kavramından kısaca bahsetmenin yararlı olacağını düşünüyoruz.

Muafiyet: Muafiyet, bireysel ve grup muafiyeti olmak üzere ikiye ayrılır. Bireysel muafiyet kurul kararları verebilirken, grup muafiyeti yine rekabet kurumunun çıkarabileceği bir tebliğle yapılabilir. Fakat bireysel muafiyet kararı bazı şartların gerçekleşmesi ile verilebilir.⁷²

- Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulması da yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- Rekabetin; malların veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileştirmelerin ya da ekonomik gelişmelerin sağlanması ve tüketicinin bundan yarar sağlaması amaçlarının elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması gerekmektedir.(RKHK m.5.)

Bu şartların tamamının bir arada bulunması halinde rekabet kurumu muafiyet şartı verir. Uygulamada tüketici açısından fiyat, mal ve hizmet kalitesinin artması, dağıtım ağının genişlemesi, satış sonrası hizmet gibi etkiler doğururken aynı zamanda ekonomik büyüme ve teknolojik gelişme olarak piyasaya etkileri gözükmektedir. Bildirime tabi olan anlaşmaların süresinde bildirilmesi veya süresinden sonra bildirilmiş olması da geçerlilik sorununu etkilemektedir. Süresinde bildirilmiş anlaşmalara muafiyet anlaşma tarihinden itibaren verilir ve anlaşma yapıldığı andan itibaren geçerli bir hal kazanır. Bildirimi geç yapılmış anlaşmalara ise muafiyet bildirim tarihinden itibaren verilmekte dolayısıyla yapılan bu anlaşma yapıldığı tarih ile bildirim süresi arasında geçersiz olmaktadır. Geçerliliğini bildirim tarihinde kazanmaktadır.⁷³

⁷¹ Aslan, s.770.

⁷² Güven, s.548.

⁷³ Aslan, s.770.

a.RKHK'nın Yasakladığı Anlaşma ve Kararlar

Rekabet Kurumu tarafından yasaklanan işletmeler arası yapılan rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve işletme birliği kararları geçersizdir. Bu maddede sadece 4. madde çerçevesinde bir düzenleme yapılmışsa da sadece 4. madde çerçevesinde bir geçersizlikten bahsedilemez. Burada bahsedilen geçersizlik sadece 4. maddenin kapsamındaki anlaşmalar olsa da RKHK'nun diğer maddelerine aykırı bir anlaşma söz konusu olduğunda Borçlar Kanunu 20/I'e göre hukuka aykırı sözleşmeler batıldır. Batıl bir sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı gibi, hiçbir hukuki sonuçta doğuramayacaktır.⁷⁴ Doğal bir sonuç olarak taraflarda birbirlerinden anlaşmayı ifa etmelerini isteyemez. Ayrıca ilgili anlaşmalar sebebiyle tarafların birbirlerine karşı yerine getirilmiş edimler B.K. 63 ve 64 maddeleri gereği geri istenebilecektir.⁷⁵ Eksik sözleşmelerde ise durum biraz farklıdır ve anlaşmanın bazı unsurları için geçersizlik söz konusu olacaktır ve bu hususlar çerçevesinde yerine getirilen edimler geri istenebilecektir.⁷⁶

b.Bireysel Muafiyet Almış Anlaşmalar ve Geri Alma

Çalışmamızın başında muafiyet kavramını açıklarken ilgili kanunun 5. maddesinde belirtilen şartlar gerçekleştiği takdirde yapılan anlaşmanın Rekabet Kurumunun vereceği muafiyet kararı ile geçerlilik kazanacağını belirtmiştik. Normal şartlarda geçersizliğine hükmedilmesi gereken bu anlaşmanın geçerlilik kazanmasının menfaat yaratmasıyla doğru orantılıdır. Bir muafiyet kararı anlaşmaya RKHK'nun 4. maddesine aykırılık bile teşkil etse 5. madde sayesinde 4 üncü madde hükümlerinden muaflık sağlamaktadır. Fakat bu muafiyet kararı belli bir süre için verilecek ve bu süre tamamlandığında ilgililerin talebi üzerine kurum tekrar inceleme yaparak kararının icrasını uzatma ve muafiyeti kaldırma yetkisi vardır. Eğer ilgililer böyle bir talepte bulunmazlarsa ve muafiyet süresi dolmuşsa anlaşmaya tanınan 4.

⁷⁴ Eren, s.300.

⁷⁵ Aslan, s.773.

⁷⁶ Eren, s.300

madde yasağından muafiyet sona erdiği için anlaşmanın hukuki akıbeti belirsiz bir duruma geçecektir.⁷⁷ Bu duruma “askıda geçerli” olarak kabul edilir. Bu durumda , 4. madde yasağına tabi olduğu için geçersiz olması gereken bir hukuki işlem, bireysel muafiyet olarak geçerli olabilmektedir. Yani 4 maddeye aykırı bir işlemin geçersizliği, muafiyet olasılığına bağlı olarak askıda kalmaktadır. Hakkında muafiyet kararı alınmamış bir hukuki işlem “askıda geçersiz” olacaktır. Bu süreçten sonra bu hukuki işlem hakkında eğer muafiyet kararı verilir ve geçerli hale gelir ise “geri alma” kararı ve “süre” şartına bağlı olmak geçersiz kılınabilmekte, dolayısıyla geçerliliği bu hallerin gerçekleşmesi şartına bağlı olarak askıda kalmaktadır.⁷⁸ Kurulun muafiyet yenilemesi kararını önceki muafiyetin sona erme tarihe kadar geriye yürür şekilde vermesi gereklidir.⁷⁹ Kurulun yenileme kararı vermemesi, söz konusu anlaşmanın yasaklanması anlamına gelir.

Bir muafiyet kararı verildikten sonra RKHK m.13 kapsamında sayılan hallerin oluşması durumunda geri alınabilir ya da tarafların belli davranışları yasaklanabilir. Geri alma kararı, muafiyetten yararlanan bir danışıklı ilişkinin, herhangi bir sebepten dolayı muafiyet ile bağdaşmaz özellikler göstermesi üzerine Kurul tarafından verilen yenilik doğuran idari bir işlemdir. Geri alma kararını verme yetkisi sadece Rekabet Kurum’una aittir. RKHK’ un 13. maddesinde sayıldığı üzere 3 durumda verilen muafiyet kararının geri alınması söz konusu olacaktır. *Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması halinde muafiyet kararı geri alınır ya da tarafların belirli davranışları yasaklanır.* İlgili maddede sayılan geri alma sebepleri farklılık gösterdiği gibi geri alma kararının yürürlük anları da birbirinden farklıdır. Kurulun kararı alırken esas aldığı herhangi bir durumda değişiklik olması halinde muafiyet geri alınır ise geri alma kararı değişikliğin olduğu tarihten itibaren geçerlidir. Eğer bir geri alma kararı gerekçeye dayanıyorsa bu gerekçenin oluşturduğu değişikliğin meydana geldiği anı belirtilmelidir. Dolayısıyla

⁷⁷ Aslan, s.774.

⁷⁸ Sanlı, s.410.

⁷⁹ Aslan, s.774.

geri alma kararının alındığı tarihten itibaren geçerli olması en iyi çözümdür.⁸⁰ Yani anlaşma karar tarihinden ya da karada belirtilmiş olan tarihten itibaren geçersiz olacaktır.

Muafiyet kararı eğer karara bağlanan şartların ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebiyle geri alınmış ise geri alma kararı, muafiyet kararının verildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır. Geri alma kararının anlamı anlaşmanın yasaklanması olacaktır.

Eğer söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilginin mevcudiyeti sebebiyle geri alma kararı veriliyor ise muafiyet kararı hiç alınmamış sayılacaktır. Böyle bir anlaşma yapıldığı andan itibaren geçersiz sayılır.

RKHK'nın yürürlük tarihi dikkate alındığında yürürlük tarihinden önce yapılan anlaşmalar hakkında bir geçiş süreci oluşturulmuştur. Bu sebepten ötürü RKHK'nın yürürlüğe girmesinden önce ve sonra yapılan işlemler diye iki şekilde inceleme yapmak açıklayıcı olacaktır.

c. RKHK'nın Yürürlüğe Girmesinden Önce Yapılan Hukuki İşlemlerin Durumu

Her şeyden önce RKHK yürürlüğe girmeden önce yapılan anlaşma ve hukuki işlemler doğal olarak kanun çıktuktan sonrada hüküm ve sonuçlar doğurmuşlardır. Geriye etkili şekilde uygulanacak kanunlar, hukuk güvenliği ile bağdaşmayan bir durum oluşturmaktadır.⁸¹ Fakat etkileri geçmişten başlayıp geleceği etkileyecek hukuki işlemler süreklilik arz eder ve bu süreç içinde yürürlüğe giren kanunlara uyum göstermelidirler.⁸² Yapılan bu hukuki işlemler hüküm ve sonuçları geçmişe yönelik olarak etkilenmese de kanun çıktuktan sonra ilgili kanuna uyum

⁸⁰ Aslan, s.774.

⁸¹ Oğuzman Kemal / Öz Turgut, Borçlar Hukuku Dersleri, 1998 İstanbul , s.107

⁸² Sanlı, s.411.

sağlamalıdır.⁸³ RKHK'nın yürürlüğe girmesinden önce yapılan ve yürürlüğe girdikten sonra da mevcut olan hukuki ilişkiler 4. madde hükümlerince tekrar değerlendirilecek ve kanuna aykırı hüküm teşkil ediyorlarsa kanunun yürürlük tarihinden itibaren hükümlerini doğurmaması veya etkisizleşmesidir. Kanunun 4. maddesine aykırı karar ve sözleşmelerin geçersiz oldukları ve sözleşmelerin geçersiz oldukları ve bu geçersizliğin muafiyet kararına bağlı olarak askıda olduğu kabul edildiğine göre burada “sonraki imkânsızlık” ve “butlan”dan bahsetmek mümkün değildir.⁸⁴ Bu gibi durumlarda hukuki işlem kanun'un yürürlük tarihinden önce yapılmış ve yürürlük tarihinden sonrada hüküm ve sonuç doğuruyorsa bunlar “askıda geçersiz” sayılmalıdır.

Bir genelleme yapıldığı takdirde, kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan bu hukuki işlemler “askıda geçersizliğin” açısından, kanun yürürlüğe girdikten sonra yapılan hukuki işlemler ile önemli bir farklılık mevcut değildir. Fakat bazı ufak detaylar söz konusudur; mesela kanunun yürürlüğe girmesinden önce var olan hukuki işlemler kanun yürürlüğe girdikten sonra yapıldıkları andan itibaren değil kanun'un yürürlük tarihinden itibaren geçersizlik kazanacaktır. Yürürlük tarihinden sonra yapılan hukuki işlemlerle, önce yapılan hukuki işlemlere uygulanacak bildirim sistemi farklıdır. Şöyle ki Kanun'un geçici 2. maddesi, bu kapsama giren danışıklı ilişkilerin, 10. maddedeki 1 aylık sürede değil, Rekabet Kurumu'nun teşekkül etmesinden itibaren 6 aylık süre içerisinde bildirilmelerini şart koşmuş ve bu tür ilişkiler için bir “geçiş dönemi” öngörmüştür. Rekabet Kurumu ise, 5.11.1997 tarihinde teşekkül etmiş ve söz konusu geçiş dönemi 5.5.1998 tarihinde sona ermiştir. Dolayısıyla Kanun'un yürürlüğe girdiği esnada mevcut olan her türlü hukuki işlem, 5.5.1998 tarihine kadar bildirilip bildirilmemesine göre, farklı hükümlere tabi olacaktır.⁸⁵Bu durumda şu ihtimaller oluşabilecektir.

— Kanun'un yürürlük tarihinde mevcut olan bir sözleşme 5.5.1998 tarihine kadar bildirilmediyse, o zaman hukuki durum kompleks bir hal alacaktır. Hakkında

⁸³ **Hatemi Hüseyin**, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976 s.144

⁸⁴ **Sanlı**, s.411

⁸⁵ **Sanlı**, s.412

muafiyet kararı verilmiş olsa dahi, süresi içerisinde bildirim yapılmadığından dolayı, sözleşmenin başlangıçtan veya daha doğru bir ifadeyle, geçersizliğin ortaya çıktığı andan itibaren düzelmesi imkânı yoktur.⁸⁶ Muafiyetin geriye etkisi kanun koyucu tarafından yerinde olmayan bir tercihle bildirim tarihine kadar uzatılabilmektedir. Hakim ilgili durumda geçersizlik kararı verebilecektir. Fakat sözleşmenin yargılama esnasında bildirilmesi durumu oluşursa kanuni bildirim tarihi ile bildirim yapılan tarih arasında geçersizliği otomatik olarak kabul etmek mümkündür. Mahkeme bildirim yapıldığı tarihten itibaren bu durumu “bekletici mesele” yapması en doğru karar olacaktır. Ne kanuni bildirim süresinde ne de yargılama sırasında bildirim yapılmadıysa geçersizliğe hükmedilmesi en doğal karar olacaktır.

— Bildirilen sözleşme hakkında muafiyet kararı verildiyse, bu sözleşme yapıldığı tarihten itibaren “geçerli” kabul edilir. Bu durumda söz konusu muafiyet kararı, sözleşmenin bildirildiği tarihe değil geçersizliğin söz konusu olduğu tarihe kadar geriye etkili olur. Bu anlaşma kanunun yürürlüğe girmesinden önce vardır ve geçerlidir zaten. Tarafların muafiyet talepleri reddedildiği takdirde sözleşme butlanla batıl olacaktır. Hâkim böyle bir durumda sözleşmenin kanun’un yürürlük tarihinden itibaren geçersiz olduğunu tespit etmesi gerekecektir. Kurul sözleşmeyle ilgili muafiyet kararı ile ilgili hala görüşmelerini sürdürmekteyse hâkim bu durumu bekletici mesele yapabilir. Kanunda açık bir hüküm bulunmadığı için bekletici mesele sorunu tamamen hâkimin takdirine kalmıştır. Hâkim sözleşmenin muafiyet kararı alamayacağını düşünürse bekletici mesele yapmadan geçersizliğine karar verebilecektir.⁸⁷

Avrupa Birliğinde ilgili durumu 17 no’lu Konsey Tüzüğü’nün yürürlüğe girmesinden evvel yürürlükte bulunan Roma Antlaşması 85/1. madde yasağına giren hukuki işlemler, 1.8.1962 tarihine kadar bildirilmiş olmak kaydıyla, Komisyon tarafından muafiyetin reddi kararı verilinceye kadar kabul edilmektedir. Bu süre zarfında bildirim yapılmayan hukuki işlemlerin muafiyet almaya haiz olmadığı

⁸⁶ Sanlı, s.413.

⁸⁷ Sanlı, s.412.

kabul edilir.⁸⁸ Bu geçici geçerli olarak adlandırılan durum Adalet Divanı'nın "hukuk güvelliği" ilkesini gözeterek vermiş olduğu çeşitli kararlar neticesinde, bunların genel olarak netlik kazanmıştır.⁸⁹

d. RKHK'nın Yürürlüğe Girmesinden Sonra Yapılan Hukuki İşlemlerin Durumu

RKHK'nın kabul edilışinden önce yapılan anlaşmalar kanun'un ilk önceliği değildir. Esas olan kanun yürürlüğe girdikten sonra yapılan hukuki anlaşma ve işlemlerdir. İlgili "eski işlemler" veya "mevcut işlemler" ile ilgili geçiş süreci sona erdiği gibi, mahkeme önünde ihtilaf mevzu olma olasılığı da her geçen gün azalmaktadır. Bildirime bağlanan hukuki neticeler büyük oranda problemler oluşturmaktadır. Özellikle bekletici mesele problemi dolayısıyla Mahkeme ve Rekabet Kurumu arasındaki uyumlu hareket etme eksikliği tamamen bir sorun oluşturmaktadır.

e. Grup Muafiyetinden Yararlanan Anlaşmalar

4. maddenin uygulanmasında grup muafiyeti çok önemli bir yere sahiptir. Muafiyet şartlarının gerçekleşmesi halinde belirli konulardaki teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birlikleri kararları ve uyumlu eylemlere rekabet otoriteleri tarafından grup olarak muafiyet tanınabilir.⁹⁰ Rekabet Kurulu'nun 4.maddede yasaklanan hallere karşı pozitif sonuçları göz önünde tutarak belli anlaşma ve kararlara grup olarak bu yasaklardan muaf tutulmasını sağlayan tebliğler çıkartması işlemidir. Sözleşme veya karar şeklindeki danışıklı ilişki, tebliğlerden her hangi birinde öngörülen koşulların tümünü yerine getirdiği takdirde, artık bu ilişki 4. değil,

⁸⁸ **Bellany Christopher / CHILD Graham**, "Common Market Law of Competition", 4th Edition, London 1993, s.698

⁸⁹ Bosch-de Geus, dava 13/61, (1962), ECR.45 (1962), CMLR.1; Brasserie de Haecht-Wilkin, dava 48/72, (1973), ECR.77 (1973), CMLR.287; Bloos-Bouyer, dava 59/77, (1977), ECR.2359 (1978), 1 CMLR.511

⁹⁰ **Güven**, s.191.

5. madde ve ilgili tebliğ hükümlerine tabi olacak ve böylece de geçerli olarak kabul edilecektir.⁹¹

Geçersizlik rejimi bakımından grup muafiyetlerini inceleyecek olursak, mevcut durumun gayet yalın ve açık olduğu söylenebilir. 4. madde kapsamında ki yasaklardan birini bünyesinde barındıran bir anlaşma veya karar, yürürlükte olan grup muafiyeti tebliğlerinden birinin kapsamına giriyorsa, hukuken geçerli bir işlem olarak kabul edilir. Fakat ilgili işlemin tebliğe dâhil olup olmadığı hususunda sıkı şekil şartları mevcuttur. İlgili işlemin grup muafiyetinden yararlanması için, o tebliğin aradığı tüm koşulların yerine getirilmiş olması; örneğin, ilgili tebliğde öngörülen rekabet sınırlamalarından başkasının yüklenmemiş olması gerekir. Söz konusu işlemi tebliğ kapsamı dışında bırakılması için öngörülen koşullardan bir tanesini dahi yerine getirmemiş olması yeterlidir. Dolayısıyla Rekabet Kurulunun şimdiye kadar çıkartmış olduğu ve tamamı dağıtım anlaşmaları ile ilgili olan dört grup muafiyeti tebliğindeki şartları yerine getiren bir anlaşma veya karar Rekabet Kurulunun bir kararına gerek olmaksızın 4. madde yasağında muaftır. Grup muafiyeti tebliğlerine uygun olarak yapılan anlaşma ve kararlar yapıldıkları andan itibaren geçerlidir.

Bir anlaşma veya kararın grup muafiyeti kapsamına dâhil olması için, tebliğden önce veya sonra yapılmış olmasının ya da uygulanmış olmasının bir önemi yoktur. Tebliğden önce dahi yapılmış olsa tebliğ yürürlüğe girdiği anda geçmişten gelen bir uygulama olarak devam ediyorsa, grup muafiyeti hükümlerinden faydalanır ve geriye etkili olarak geçerli kabul edilir. Unutmamak gerekir ki RKHK prensip olarak bireysel muafiyeti temel almış ve grup muafiyeti ile ilgili derin bir düzenleme yapmamıştır.⁹² Dolayısı ile bu düzenleme eksiğinden kaynaklanan hükümleri geriye yürürlük şekli ve bunun gibi ayrıntılar grup muafiyeti tebliğleri ile açıklanmıştır.

⁹¹ Sanlı, s.405.

⁹² İlgili kanunda grup muafiyeti ile ilgili tek düzenleme 5 /3.madde hükmüdür. Söz konusu hüküm ise sadece ; *“Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler yayımlayabilir.”* şeklinde bir ifadeden ibarettir.

Bu durum göz önüne alındığında hâkim önüne gelen bir sözleşme veya kararın, yürürlükte olan grup muafiyeti tebliğlerinden birinin kapsamına girip girmediğini inceleme yetkisine sahip durumdadır. Hâkim yapacağı inceleme neticesinde, Kurul'un vermiş olduğu kararlar aynı veya aksi yönde karar verebilir.

Kurul belli şartların gerçekleşmesi üzerine vermiş olduğu grup muafiyet kararını geri alabilir. 1998/3 sayılı Tebliğin 8. maddesi ve 2002/2 sayılı Tebliğin 6. maddesinde, 2003/1 sayılı AR-GE Tebliği'nin 7. maddesinde geri alma şartlarının neler olduğu gösterilmiştir. Geri almanın sebebi 5.madde ile bağdaşmaz. Geri alma kararı verildiği andan itibaren anlaşma ve kararların geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle grup muafiyeti geri alınan bir anlaşma veya karara bireysel muafiyet verilmesi söz konusu olamaz ve yasaklama kararı verilmesi gerekmektedir.⁹³

f. Menfi Tespit Belgesi Verilen Anlaşmalar

Menfi tespit belgesi ilgililerin talebi üzerine teşebbüsler arası anlaşma ve kararların RKHK'UN 4.,6.,ve 7. maddelerine aykırılık teşkil etmediğini tespit eden bir belgedir. Dolayısıyla böyle bir belge almış anlaşmalar yapıldıkları andan itibaren geçerli olacaklardır. RKHK'un 13.m açıkça belirtildiği gibi muafiyet kararlarının geri alındığı hallerde menfi tespit kararları da geri alınabilir ya da tarafların belli davranışları yasaklanabilir. Rekabet Kurulu tarafından sözleşme hakkında menfi tespit belgesi verilmiş olabilir veya mahkemelerin aynı kararı almış olmasında durumu değiştirmez. Piyasa koşullarında sonradan meydana gelen değişikliklerin sözleşme üzerinde 4. maddeye aykırılığının ispatlanması, önceden alınmış bu kararın hükmünü ortadan kaldıracaktır. Pratikte gerçekleşme olasılığı oldukça az olmakla birlikte, Rekabet Kurulu gibi mahkemelerde de bu aykırılık ve geçersizlik ispat olunabilir.⁹⁴

⁹³ Yılmaz, s.775.

⁹⁴ Sanlı, s.424.

g. Bildirim Geçerlilik Üzerindeki Etkisi

Kurul yürürlükte olan hiçbir grup muafiyeti tebliği kapsamına girmeyen bir danışıklı ilişkinin bireysel olarak muafiyetten yararlanabilmesi için RKHK 10 m. kapsamında tarafların usulüne uygun surette yapacağı “bildirim” talebine bağlı olarak verilebilir. Sanlı’ya göre geçersizlik rejimi bakımından, bireysel muafiyetin ön koşulu olarak “bildirim”in hukuki işlemlerin geçerli kılınmasında en önemli koşul olarak ortaya çıktığını söylerken.⁹⁵ Doktrinde ki bir başka görüş; Aslan’a göre bildirim idari para cezaları ve muafiyet ile ilgili bir ön koşul olarak kabul etmek ve geçersizlik yaptırımıyla ilişkilendirmemek gerekir.⁹⁶ 5388 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda bildirim muafiyetin ön koşulu olması durumu ortadan kalkmış bulunmaktadır. Bu nedenle bildirim muafiyet üzerindeki etkisi ortadan kalkınca geçerlilik üzerindeki etkisi de ortadan kalkmaktadır. Bildirim ile geçersizlik ilişkilendirilecek olursa hukuk mantığına çok aykırı bir durumla karşılaşırız şöyle ki; muafiyet alabilecek bir anlaşma bildirim yapılmadan önce geçersiz, muafiyet aldığı takdirde geçerli olması gibi bir durum oluşacaktır. Bu yüzdendir ki bildirim geçersizlikle ilişkilendirmemek gerekir.⁹⁷ Kurul geç bildirim yapılmış anlaşma ile ilgili olarak muafiyet kararı veriyorsa muafiyetin bildirim tarihinden itibaren geçerli olması, Kurumun bildirim öncesi dönem için bildirmeme nedeniyle idari yaptırım uygulama hakkının olduğu anlamına gelir.⁹⁸ Kurulun alacağı bir muafiyet kararı anlaşmanın günün koşulları itibariyle kanun’un 4.maddesini ihlal etmediği anlamına gelir. Dolayısıyla Kanun’un 4. maddesi yasağına girmediği kurul kararıyla sabitlenmiş bir anlaşma yapıldığı andan itibaren geçerli sayılmalıdır.

⁹⁵ **Sanlı**, s.458,459” Her şeyden önce bir sözleşmenin geçerli olması ile onun uygulanması farklı şeylerdir, uygulamanın bildirim ile bir ilgisi yoktur. Sanırız ki burada yazar, 4. maddedeki bildirim, 7. madde çerçevesinde birleşme ve devralma sözleşmeleri için öngörülen izin sisteminden farkını belirtmek için bu şekilde bir ifade kullanmıştır. Bunun dışında, bildirim 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin geçersizliğini etkilemediğini kabul etmek de mümkün gözükmemektedir. Zira muafiyetin bildirimle bağlı olması ve geçersizliğin muafiyete bağlı olarak sıhhat kazanması olasılığı, geçersizlik rejiminin bildirimden önemli ölçüde etkilenmesine neden olmakta ve 4. maddenin geçersizlik rejimi, bildirim zorunluluğu karşısında oldukça karmaşık bir hal almaktadır. Özellikle 4. maddenin geniş yorumlanarak, muafiyetin etkin bir rekabet politikası aracı olarak kullanılması ihtimalinin yüksek olduğu düşünülürse, bildirim 4. maddenin geçersizliğinde önemli bir yeri olduğunu kabul etmek gerekir”

⁹⁶ **Aslan**, s.776.

⁹⁷ **Aslan**, s.776.

⁹⁸ **Aslan**, s.777.

Bu durumda kurulun gerekli incelemesini yapana kadar veya bildirimde bulunulana kadar “askıda geçerli” kavramı karşımıza çıkmaktadır. Anlaşmanın geçerli olduğunu fakat kurul kararını verene kadar bu geçerliğin mevcut olduğunun belirtilmesi açısından böyle bir terim kullanılmıştır. Yani kurumun vereceği muafiyet veya yasaklama kararına kadar askıda geçerli, bu karardan itibaren ya yapıldığı andan itibaren geçersiz ya da yapıldıkları andan itibaren geçerli kabul edilmeleri gerekir.⁹⁹ BK 20. madde sadece sözleşmeler bakımından butlan hükmünü getirmiştir, dolayısıyla teşebbüs birliği kararları açısından butlan hükmü getirilmemiştir. Teşebbüs birliği kararları açısından butlan hükmünün uygulanması mümkün değildir. RKHK 56.maddesinin öne sürdüğü geçersizlik yaptırımını BK 20. maddesine göre özel hüküm niteliği taşır. Dolayısıyla 56. madde yeteri kadar açıklayıcı bir madde değildir. BK. 20 maddede bahsi geçen geçersizlikte taraflar anlaşsa dahi anlaşma geçerlilik kazanmaz. Fakat rekabet hukukundaki ayrık düzenleme sonucu anlaşmaya muafiyet verildiği anda anlaşma geçerlilik kazanır ayrıca bildirim süresi dahilinde de askıda geçerli bir durum söz konusudur.¹⁰⁰

Bir anlaşma ya da kararın Medeni Hukuk açısından geçerli olup olmadığına mahkemeler karar verir. Mahkeme bu konuda kararını verirken bu anlaşmaya veya karara Rekabet Kurulu tarafından bir muafiyet, yasaklama veya menfi tespit kararı verilmiş mi ya da grup muafiyeti tebliğlerine uygun bir anlaşma olup olmadığını incelemek durumundadır. Eğer kurulun verdiği bir karar bulunmuyorsa hakin grup muafiyeti tebliğlerini ve 4054 sayılı kanunu inceleyerek anlaşmanın geçerli olup olmadığına karar vermek zorundadır.

Bildirimde bulunmanın sonucu olarak eğer Kurul ilgili anlaşmayı 4 madde kapsamında yasaklanan davranışlardan birini tespit eder ve muafiyet kararı vermezse ilgili anlaşmanın hangi hükümlerinin ihlale konu teşkil ettiğini belirtir. RKHK'nun 17 ve 18 maddeleri doğrultusunda bildirimde bulunulan anlaşma hakkında idari para cezası uygulaması tamamen bildirim kurumunun mantığıyla ters düşmektedir. Fakat

⁹⁹ Aslan, s.777

¹⁰⁰ Topçuoğlu, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları , Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.167

kurul verdiği kararların bazılarında bildirim yapılan anlaşmalarda gerekli düzenlemeler yapılmadığı takdirde idari para cezası vereceğini bildirmektedir. Kaldı ki bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı olduğuna ve para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesi detaylı bir yargılama prosedürüne tabidir. Soruşturma açılıp ilgili tarafın görüşleri alınmadan geçersizlik ve para cezasına hükmedilemez.¹⁰¹

h. Geçersizliğin Taraflar Açısından Sonuçları

RKHK'nun 56. maddesinde geçersizlik yaptırımını açıkça düzenlenmiştir. Sadece geçersizlik yaptırımını düzenlemekle kalmamış sonuçları da aynı maddede düzenlemiştir. Ülkemiz Rekabet Hukukunda yasaklanmış olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararları geçersizdir. Bu anlaşma ve kararlar sonucu ortaya çıkan edimlerin ifası istenemez, “daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi” halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanununun haksız bir fiil ile mal iktisabından doğan borçlar ile ilgili maddelerinden 63. ve 64. maddelerine tabidir. 65. madde hükümleri RKHK'dan doğan ihtilaflarda uygulanmaz. Taraflar kanuna aykırı bir şekilde yerine getirdikleri ve geçersiz anlaşma ve teşebbüs birliği kararı kararları ile ilgili olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanabileceklerdir. Haksız yahut ahlaka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyin iadesini isteyemeyeceklerdir. Taraflar her ne durumda olursa olsun verdiklerini geri isteme hakkına sahiptirler.

Geçersizlik kararı tarafların edimleri ifa etmiş olması, belirli bir zamanın geçmesi ile veya sözleşmenin taraflarca tasvip edilmesi ile geçerlilik kazanmayacaktır. Geçersizliği ilgili herkes hiçbir süreye ve şekle tabi olmadan ileri sürebilir. Kaldı ki geçersizlik kendiliğinden ortaya çıktığı için sözleşmenin geçersiz kılınmasını amaçlayan bir dava açılmaz, sadece geçersizlik durumunun tespiti için bir dava açılabilir.¹⁰² Açılmış bir davanın söz konusu olduğu hallerde taraflar bir itiraz ile geçersizlik durumunu öne sürebilecekleri gibi hâkim geçersizliği re'sen nazara almakla yükümlüdür. Geçersiz bir sözleşme taraflara bir borç yüklemeyeceği

¹⁰¹ Aslan, s.777

¹⁰² Sanlı, s.426.

için tarafların bu edimleri ifa etmesini gerektirecek bir durum oluşturmayacaktır.¹⁰³ Taraflardan biri sözleşmeye dayanarak bir edimin ifasını istemesi durumunda edimin yerine getirilmesi için bir sebep olmadığı geçersizlik itirazı ile ortaya konulabilecektir. Zaten RKHK'nun 56. maddesinin “*bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez*” cümlesinden de anlaşılacağı üzere hakim durumu re'sen gözetmek durumundadır.

1. RKHK'nın Yasakladığı Birleşme ve Devralmalar

İşletmelerin birleşmesi ve devredilmesi hukuki işlemler yoluyla olur. RKHK'nun 7.maddesi ilgili hususu düzenlemektedir. Yapılan hukuki işlem Kurumun ön iznine tabidir. İzne tabi olması dolayısı ile eğer izin verilmemiş ise böyle bir birleşme ve devralma gerçekleşemez. Yapılmış olan birleşme ve devralma ise yapılmamış sayılır. Her ne kadar 56.maddede geçersizlik yaptırımını düzenlemiş ve bu yaptırıma uygun halleri sıralamış olsa da sonuç olarak bakıldığında birleşme ve devralmalar bu hallerin içinde değildir. Kanun'un 11.maddesi incelendiğinde açık olarak anlaşılmaktadır ki Kanuna aykırı birleşme ve devralmalar yok hükmündedir.¹⁰⁴

56. maddede yapılan düzenleme rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar için geçersizlik yaptırımı ve sonuçları düzenlenmiş fakat birleşme devralmalarla ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. 11. madde incelendiğinde birleşme ve devralmalar açısından eğer kanuna aykırı olması halinde “yok hükmünde” olduğu sonucuna varılabilir.¹⁰⁵ Her ne kadar aksi görüşte belirtimiz gibi gerekçe yokluğundan bahsedilse de Kanun'un 11/b maddesinde “hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm bu fiili durumların ortadan kaldırılmasına” hükmü

¹⁰³ Sanlı, s.427.

¹⁰⁴ Aslan, s.781. Aksi görüş olarak bkz Sanlı, Kerem Cem: s.497. “Hakim durum yaratarak veya güçlendirerek rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açan hukuki işlemlerin, Kurul kararıyla birlikte “ileriye etkili olarak geçersiz” olduğunu kabul etmek gerekir. Kurul dışında herhangi bir merciinin örneğin mahkemelerin 7. maddeye ilişkin hukuka aykırılığın değerlendirmesi yapma yetkisi bulunmamaktadır. Aslan ise, 7. maddeye aykırı birleşme ve devralmaların “yok” hükmünde olduğunu belirtmekte, fakat bunu herhangi bir gerekçeye dayandırmamaktadır. Oysa meseleye özel hukuk kavramları açısından bakıldığında, 7. maddeye aykırılığın yaptırımının yokluk olduğunu söylemek oldukça güçtür.”

¹⁰⁵ Aslan, s.781

ile yok hükmünde olduğu açıktır. Yapılan birleşme ve devralma sonucunda devredilen mal veya payın eski maliklerine verilmesi ve bu işlem sürecinde yapılabilecek işlemleri engelleme amaçlı işlemler yapılabileceğine hükmetmektedir.¹⁰⁶ Yani tüm yapılan işlemler geri alınarak hiç yapılmamış durumuna gelecektir, dolayısıyla yok hükmünde olacaklardır.

i. Geçersizlik kararında yetkili makam

Bir anlaşmanın geçersizliği konusunda RKHK'nun 56. maddesine göre verilecek kararların mahkemeler tarafından verilmesi gerektiği ileri sürülmüş Danıştay Rekabet Kurulunun da bu konuda yetkili olduğu kararını vermiştir.

“Kararda belirtilen değişikliklerin yapılması için davacıya 60 gün süre verilmesi değişikliklerin yapıldığını ilişkin belgenin bu süre içinde kuruma sunulması aksi takdirde ortak girişim sözleşmesinin geçersiz sayılacağı yönündeki Rekabet Kurulu Kararının 5. maddesi, 4054 sayılı Yasanın 56. maddesi hükmününün gereği olarak alınmış bir karar olup Rekabet Kurulunun Yasanın 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararlarının geçersizliği ile ilgili karar alma yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla Rekabet Kurulu Kararının 4. maddesi ile saptanan rekabete aykırılığın dava konusu yapılmaması, davacı şirketin söz konusu değişikliği yapmak için davalı kurumdan ek süre istemesi ve bu isteminin davalı idarece kabul edilmesi karşısında dava konusu Rekabet Kurulu kararının 5. maddesinde bu yönüyle hukuki isabetsizlik görülmemektedir.”¹⁰⁷

İlgili karardan açıkça anlaşıldığı üzere geçersizlik konusunda adli mahkemelerin yanı sıra Rekabet Kurumunun da yetkili olduğunu açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla hem adli mahkemeler hem de Rekabet Kurumu bu konuda yetkilidir.

¹⁰⁶ Aslan, s.781

¹⁰⁷T.C Danıştay Onuncu Daire Esas No:2002/693 Karar No:2003/5295 23.12.2003T. ([http://www.danistay.gov.tr/\(10.04.2007\)](http://www.danistay.gov.tr/(10.04.2007)))

j. Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Geçersizlik

Hukuk düzeni, bazı sözleşmelerin yapılmasını yasaklamıştır. Bir sözleşmenin amacı genel hukuk kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa burada taraflar hukuka aykırı bir sonuç oluşturmak amacıyla anlaşma yapmıştır. Her iki tarafında amacının hukuka aykırı bir sonuç elde etmek olması yapılan edimlerin BK 65. madde ile geri istenemeyeceği hükmünü ortaya çıkarmıştır. Hukuk düzeni böyle bir durumu kınamaktadır.¹⁰⁸

BK'nın 19/II maddesi ve 20/I'de yer alan ahlak kavramından amaç, genel ahlaktır.

İlgili Borçlar Kanunu maddelerine göre kanunun kat i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir. Ayrıca bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır.

Bir işletmenin hakim durumda olması kanun tarafından yasaklanmamıştır yasaklanan husus hakim durumun kötüye kullanılması hususudur. Bu durum RKHK'nın 6.maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Yine kanunun 3.maddesinde *“belirli bir piyasadaki bi veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirliyebilme gücü”* olarak tanımlanmıştır. Hâkim durumun kötüye kullanılması eylemi özellikleri gereği hem hukuki sözleşmelerle hem de sözleşme dışı hareketlerle oluşabilecek bir eylemdir. Kaldı ki konu hukuki sözleşmeler olunca geçersizlikte doğal bir yaptırım olarak ortaya çıkmaktadır. Fakat ortaya çıkan bu durumun sonuçlarının ne kadar adaletli olacağı tartışmalı bir konudur, hâkim durumdaki üreticinin yapmış olduğu eylemi cezalandırmak amacı güdülürken bu hâkim duruma uymak zorunda olan ufak işletmeler de cezalandırılmış olacaktır.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Eren, s.290.

¹⁰⁹ Sanlı, s.439-440, Aslan, s.782

Her ne kadar kanunun 56. maddesinde açık olarak sadece 6. maddeden bahsedilmiş olsa da kanunun emredici hükümlerine aykırı olan anlaşmaların BK genel hükümleri çerçevesinde olacağı gibi bir üst norm ortaya çıkmakta ve RK'nunun 56 maddesinin özel durumlar için konmuş hükmünü genişletmektedir. Doktrinde hakim durumun kötüye kullanılmasıyla ilgili 56.maddenin uygulanacağı ifade edilmektedir.¹¹⁰

Fakat RKHK'nun 56. maddesinden doğan ihtilaflara BK.65. maddenin uygulanamayacağını daha öncede söylemiştik. Kanun hükümleri kapsamında bakıldığında, geçersizliğin 4. ve 7. maddeler için açıkça öngörülmüş olmasına rağmen, 6. madde için öngörülmemiş olması, olumsuz bir şekilde düzenlendiği gibi bir kanıya yol açsa da 4. ve 6. maddeler arasında ki bağlantıyı doğru belirlemek gerekir. Her iki maddenin yasakladığı davranış tamamen farklıdır. 4. madde rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları oluşturacak iradeyi yasaklarken, 6. madde iradeyi değil bu iradenin sonucu oluşan mevcut duruma ilişkin bir yasaklama getirmiştir. Dolayısıyla bu iki madde arasındaki paralellik göz önünde tutularak hakim durumun kötüye kullanılmasını meydana getiren bir hukuki işlemin geçersiz olması gerektiği açıkça ortadadır.¹¹¹

Farklı bir anlatımla 6. maddeye aykırı bir hukuki işlem oluşması 4.ve 7. maddeden tamamen farklı bir istisnai durum oluşturmaktadır. Dolayısıyla meselenin tamamen farklı bir çözüm yolu olarak özel hukukun bu sorununun genel hukuk kuralları çerçevesinde çözülmesi gerektiği kabul edilmelidir. Kanun koyucunun burada yarattığı bir boşluktan bahsedilemez. Kanun koyucu sadece bu konuda özel bir düzenleme yapmamıştır. Zaten geçersizlik ile ilgili genel hükümlerin varlığı hakim durumun kötüye kullanılması ile ilişkin hukuki işlemlerin geçersizliğini de kapsamakta ve özel bir düzenleme yapılması gereğini ortadan kaldırmaktadır.¹¹² Bu konuda hukuki bir boşluk olduğu fikri tamamen yersiz olup özel bir düzenleme yapılması gereği fikri tamamen yersizdir. Mevcut emredici hükümlerin varlığı tamamen bahsi geçen hukuki işlemin geçersizliği konusunda yeterli ve hedeflediği amaca uygundur.

¹¹⁰ Aşcıoğlu, s.177-178.

¹¹¹ Sanh, s.440.

¹¹² Sanh, s.440.

Hakim durumun kötüye kullanılması eyleminin bir sonucu olarak mağdur durumda işletmeler olacaktır. Yukarıda izah ettiğimiz gibi bir uygulama mağdur durumdaki işletmenin lehine olmalıdır. En azından hakim durumdan önceki durumundan daha kötü bir hale getirmemelidir. Örneğin mal vermeyi kesme halinde kötüye kullanmadan önceki durumun iadesi en adil çözüm olarak görünmektedir. Mağdur işletmenin zarar görmeyeceği bir çözüm yolu yapılabilecek en doğru çözüm olacaktır.¹¹³

¹¹³ Aslan, s.782.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

I. Tazminat Ve Sorumluluk Kavramı

1.Genel Olarak

Hukuk sistemimize göre kusurlu ve kanuna aykırı davranışlarla başkalarına zarar veren, bu zararı tazmin etmek zorundadır. Bu zararlar ispat hukuku çerçevesinde her türlü delil ile ispat edilebilir. Haksız fiilden doğan tazminat sorumluluğu BK'da "Tazminat Miktarının Tayini" ve "Tazminatın Tenkisi" başlıkları altında 43.madde ve 44.maddelerinde düzenlenmiştir. Rekabet Kanununda ise tazminat konusuna 58.maddede zararın tazmini başlığı altında bir düzenleme getirilmiştir. Rekabet Kanununun, Borçlar Kanununa göre özel nitelikli bir kanundur. Dolayısıyla RKHK'da yapılan düzenlemelerin sadece düzenlemesi beklenen konularda olması ve genel kanunlarla düzenleme yapılabilecek düzenlemelere karışmaması gerekirdi. Ancak tazminat konusunda RKHK'da yapılan düzenleme genel kanundan ayrık olarak hesaplanması ve ispatlanması konusunda bazı düzenlemeler yapılmıştır.¹¹⁴ Hatta genel kanunların ilke olarak kabul edemeyeceği üç katı tazminat gibi hükümlere yer verilmiştir.

Rekabeti bozucu, engelliyici veya kısıtlayıcı işlem veya eylemlerle rakip teşebbüslerin veya tüketicilerin zarar görmelerine sebep olan şahıs veya şahıslar, haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde RKHK'nun 57,58 ve 59. maddeleri kapsamında bu zararı tazmin etmek zorunda kalacaklardır. Bu tazminat talebi adli mahkemelerde dava açılmak suretiyle talep edilecektir. RKHK'nun 4. ve 6. maddelerinin ihlali dolayısıyla zarara uğradığını kanıtlamak zorundadır.¹¹⁵

¹¹⁴ Aslan, s.783.

¹¹⁵ Aksoy, s.51.

Avrupa Birliğinde ki durum ise, ATA'da 82. maddeye aykırılık halinde ortaya çıkan zararların tazminine ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, ATM kararlarına göre yasaklamaya aykırılık nedeniyle zarar görenler bu zararların giderilmesini ulusal mahkemelerden talep edebilmektedir. Dolayısıyla üye devletlerin ulusal mahkemeleri, tazminat talebine ilişkin davaları kendi ulusal hukuklarına göre çözümlemelidir.¹¹⁶

RKHK'nun 57. madde uyarınca bir tazminat davası açılabilmesi için; hâkim durumun kötüye kullanılması, bu kötüye kullanma sonucunda ortaya çıkan bir zararın mevcut olması, hukuka aykırılık ve zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gereklidir. Burada var olan sorumluluk haksız fiil sorumluluğudur.¹¹⁷ BK'nun 41 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan haksız fiiller, tazminat borcunun bir kaynağını oluşturmaktadır. BK. 41 ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız fiiller, tazminat borcunun kaynağını oluşturmaktadır.¹¹⁸ 41.maddeye göre;

“Gerek kasten gerek ihmal ve tesyeyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.”

Rekabet hukukunda düzenlenen hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle açılacak tazminat davaları, BK. 41.maddede yer alan haksız fiil unsurlarını içermektedir. Hukuka aykırılıktan maksat objektif bir hukuk kuralının emrine aykırılıktır. Bu bağlamda; RKHK'nun 6. maddesinde düzenleniş şekli itibariyle hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, bu durumunu kötüye kullanması hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Tazminat sorumluluğunun içinde 6. maddenin yani sıra 7. maddede yer alan hâkim durum kötüye kullanılarak gerçekleştirilen birleşme ve devralmalarda dâhildir.¹¹⁹

¹¹⁶ Şiranum, Serpil Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Kötüye Kullanma Kriterleri, İstanbul 2005. s. 109.

¹¹⁷ Sanlı, s.387-388, Aşçıoğlu, s.181

¹¹⁸ Eren, s.488.

¹¹⁹ Şiranum, s. 110.

RKHK'nun 57. maddesine göre “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.

İlgili düzenleme ile ilgili pek çok eleştiri yapılmıştır. Bunlardan bir tanesi de tazminat konusunda her şeyden önce açıklığa kavuşturulması gereken “kusurun niteliği” sorunudur. RKHK'nun 16. maddesinin 2 fıkrası gereğince, aynı Kanun'un 4. ve 6. maddelerine aykırılık durumunda ceza verilmesi için kusur gerekmez. Fakat Avrupa Birliği rekabet hukukunda ceza için kusurun varlığı gerekmektedir.¹²⁰ RKHK'nun 16.maddesinin 4.fıkrası kusurun ceza tutarının belirlenmesinde göz önünde tutulacağı hükmü, kusur olmasa bile ceza cezanın verilmesi gerektiği biçiminde yorumlanmamalıdır. Ceza verilebilmesi için kusur gerekme bile, özel hukuk açısından, 57. ve 58. maddelerindeki tazminata hükmedilmesi için kusurun varlığının gerekmediği sonucuna varmak ise son derece yanlış olacaktır. Hukukumuzda kusurun gerekmediği sorumluluk halleri kanunda açıkça belirtildiği takdirde söz konusudur. Unutmamak gerekir ki RKHK ve BK'nun amacı ve kapsamı tamamen farklıdır. Dolayısıyla kıyasen yapılan para cezası verilebilmesi için kusur gerekmediği kuralı uygulanamaz.¹²¹ Aksi bir görüşü savunmak tazminat hukukunun temel ilkelerine ters düşmektedir.¹²²

RKHK'nunda tazminat kavramını açıklamadan önce hukuki sorumluluk kavramını detaylı bir şekilde inceleyerek daha sonra tespit ve değerlendirmelerimizi bu bilgilerin ışığında yapmaya çalışacağız.

¹²⁰ Avrupa Birliği Konseyi 17 sayılı Tüzük m.15/2.

¹²¹ İnan, s.43.

¹²² Karahasan, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku Maddi Tazminat Öğreti ve Yargıtay Kararları, İstanbul, 2001, s.53.

2. Sorumluluk Kavramı ve Sebepleri (Sorumluluk İlkeleri)

a. Sorumluluk Kavramı

Sorumluluk kavramı iki ayrı anlamda kullanılır, birincisi “..ile sorululuk” ikicisi “...den sorumluluk” şeklinde açıklanabilir.¹²³ “..ile sorumluluk “ borcunu tam veya gereği gibi yerine getirmemiş borçlunun malvarlığına, alacaklının yetkili devlet organları aracılığıyla el koyması durumunu anlatmaktadır. “...den sorumluluk” kavramı ise bir kişinin hukuk düzeninin koymuş olduğu genel bir hukuk kuralına ya da bir sözleşmeden yani hukuki ilişkiden doğan özel bir yükümlülüğe aykırı davranışlarından doğan sorumluluktur.¹²⁴ “...den sorumluluk” kavramında bir kişinin diğer bir kişiye vermiş olduğu akdi veya sözleşme dışı zarardan doğan sorumluluk mevcuttur. Hâkim görüş ise dar ve teknik anlamda sorumluluk kavramı kapsamında değerlendirme yapmaktadır.¹²⁵ Dolayısıyla sorumluluk bir borç kaynağı olmakta ve borçlu zarar görenin zararını tazmin etmekle yükümlüdür.

Bu anlamda sorumluluk hukuku tazminat hukuku ile eşanlamli bir kavramdır. Sorumluluk hukuku sözleşme dışında meydana gelen zarar zararın giderilmesini düzenleyen kurallar bütünü olarak incelenebilir.¹²⁶ Konumuz gereği rekabet hukukunda sözleşme sonucu veya dışında teşebbüslerin haksız fiilleri dolayısıyla oluşan zararlarının tazminine temel teşkil eden tazminat hukukunu daha derinlemesine incelemekte fayda olacağı kanaatindeyiz.

b. Sorumluluk hukukunun çeşitli anlamları

Sorumluluk hukuku 3 farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlar dar anlamda, geniş anlamda, en dar anlamda sorumluluk hukukudur.¹²⁷

¹²³ Eren, s.444.

¹²⁴ Eren, s.444.

¹²⁵ Tandoğan, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, Akid dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961, s.3 vd.

¹²⁶ Eren, s.444.

¹²⁷ Tandoğan, s.4, Eren, s. 445.

a) Geniş anlamda sorumluluk hukuku: Hem sözleşme dışı hem de sözleşmeden doğan sorumluluğu kapsamaktadır. Fransız hukukçular sorumluluk hukukunu bu anlamda kullanmaktadır.¹²⁸

b) Dar anlamda sorumluluk hukuku: Sözleşme sorumluluğu, dar anlamda sorumluluk hukukunun dışında kalmaktadır. Sözleşme dışı sorumluluk ise dar anlamda sorumluluk hukukunun ana konusunu teşkil etmektedir. Alman, Avusturya ve İsviçre hukukçuları genellikle dar anlamda sorumluluk hukukunu algılamaktadır.¹²⁹

c) En dar anlamda sorumluluk hukuku: Bazen, doktrin ve uygulamada sorumluluk hukuku kavramı daha dar bir anlamda kullanılmakta ve bununla yalnız özel kanunlarda düzenlenmiş olan sebep veya tehlike sorumluluğu halleri ifade edilmektedir.¹³⁰ Konumuz özel bir kanunla düzenleniş sorumluluk olduğu için Rekabet Kanundaki ilgili maddelerden kaynaklanan sorumluluğun sebep veya tehlike sorumluluğu olduğu ileri ki konularda incelenecektir.

Biz sorumluluk hukukunu en dar anlamda sorumluluk hukuku olarak inceleyeceğiz.

c. Sorumluluk ilkeleri (sorumluluk sebepleri)

Zararın sonuçlarının bir başka şahsa aktarılmasını haklı gösteren sebeplere “sorumluluk sebepleri” denilmektedir. Zarar gören, uğramış olduğu zararın tazminini bir başka şahıstan talep edebilmesi için sorumluluk sebeplerinden birinin mevcut olması gereklidir. BK m.51’e göre, sorumluluk sebepleri üçe ayrılmaktadır. Bunlar; kusur, sözleşme ve kanundur.

¹²⁸ Eren, s.445.

¹²⁹ Eren, s.445.

¹³⁰ Eren, s.445

aa)Kusur

BK. m.51'den kusur sorumluluk sebeplerinin başında gelmektedir. Kusur kast ve ihmâl olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır.¹³¹ Bu ayrım sorumluluk hukukunda ceza hukukunda ki kadar büyük bir önem taşımaz. Fail ister kasten ister ihmâli olarak bir zarara sebebiyet vesin, tazmin borcuyla yükümlüdür.

bb) Sözleşme

BK m.51'e sayılan sorumluluk sebebi sözleşmedir. Bir kimse başka bir kimsenin uğrayacağı zararı tazmin yükümlülüğünü sözleşme ile kendi üzerine alabilir. Zararın doğması noktasında sözleşme ile zararı tazmin yükümlülüğünü üstüne alan kişinin hiçbir kusurlu davranışı söz konusu değildir. Bu tür sözleşmelerin en bilinen örneği sigorta sözleşmeleridir. Sigorta sözleşmelerinden farklı olarak kefalet ve garanti sözleşmeleri de bu tür sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir.¹³²

cc) Kanun

BK. m.51'de bir kanun veya bir kanun hükmü de sorumluluk sebebi olabilir. Bu durumda zarara zarar görenin katlanması kuralının bir istisnası söz konusudur. Kanunun doğrudan sorumluluk sebebi olduğu hallerde bir sözleşme veya kusurun varlığı aranmaksızın doğrudan kanunun öngördüğü kişiye yükletilir. Yani kanun gereği kusur veya sözleşme ile alakası olmayan bir başka kimse kanundan doğan bir sonuç olarak zararı yüklenmek durumundadır. Sorumluluk sebebinin bir kanun veya kanun hükmü olduğu hallere örnek olarak, sebep ve özellikle tehlike sorumluluğu, vekâleti olmadan başkası hesabına iş görme ve zorunlu sigorta halleri gösterilebilir.¹³³ Yukarda anlatmaya çalıştığımız bu kavramları aşağıda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde inceleyelim.

¹³¹ Oğuzman/Öz, s.526; Eren,s.535, Önen Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 1999 s.137.

¹³² Eren, s.446.

¹³³ Eren, s.447.

II. 4054 Sayılı Kanun Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk ve Unsurları

1. Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte¹³⁴, Türkiye'de rekabet düzeninin korunması yönünde önemli bir adım atılmıştır. Kanun, rekabet düzenini tehdit oluşturan ve temel olgu olan "ekonomik yoğunlaşmanın" (kartelleşme-tekelleşme) önlenmesine yönelik olarak, üç temel yasaklayıcı maddi hükme yer vermiştir. RKHK 4.madde rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, 6.madde hakim durumun kötüye kullanılması, 7.madde ise kanunda belirtilen şartlara aykırı bir şekilde yapılan birleşme ve devralmaları düzenlemiştir. Bu hükümlerin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, sadece idari yaptırımlara değil; aynı zamanda özel hukuk yaptırımları düzenlemiştir.¹³⁵

RKHK'nun Borçlar Kanununa göre özel bir nitelik taşımaktadır. Doğal olan hukuki beklenti Borçlar Kanunu tarafından düzenlenmiş hususlarda özellikle genel konuları düzenlenmesi gerekmezdi.¹³⁶ Borçlar Kanunda detaylı bir şekilde düzenlenmiş olan "tazminat"a ilişkin düzenlemeler yapılmış olması hukuk mantığına yerleşen genel kanun, özel kanun ayırımına uygun düşmemektedir. Ayrıca yapılmış olunan bu düzenleme içinde üç katı tazminat genel kanuna getirilen sisteme aykırıdır.

Genel hukuk sistemimiz tazminat hakkında kusurlu ve kanuna aykırı davranışlarla başkalarına zarar veren bu zararı tazmin etmek zorundadır. İspat hukuku bakımından getirilen düzenleme ise her türlü delilin kullanılabilceği yönündedir. RKHK hem tazminatın hesaplanması hem de ispatlanması yönünden genel kanundan ayrılmıştır.¹³⁷ Ayrıca genel kanunla arasındaki bir diğer fark ise tazminatın amacı yönündendir. Genel kanunda yapılan düzenleme zararın tazmini

¹³⁴ RKHK 13.12.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹³⁵ **Sanlı Kerem Cem**, Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu; Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Kayseri, Nisan 2003, S.203.

¹³⁶ **Aslan**, s.783.

¹³⁷ **Aslan**, s.783.

yönündeyken, RKHK’da yapılan düzenleme üç katına kadar tazminat hükmü ile sadece zararın tazminini değil aynı zamanda caydırıcı ve cezalandırıcı bir nitelik taşımaktadır.

RKHK’nun tazminat ile ilgili düzenlemesinde “tazminat hakkı”, “zararın tazmini” ve “ispat yükü” olarak sıralanmıştır. Bizde aynı sırayı takip ederek konuyu açıklamaya çalışacağız. RKHK’nun 57.maddede tazminat hakkı ve devamında “Zararın Tazmini” başlığı altında rekabet ihlallerinden doğan tazminat miktarı sorumluluğu hususu düzenlenmiştir. Zararın niteliği gereği hesaplanması yani fiili zarar mı yoksa yoksun kalınan kâr bakımından mı olduğu m.58/I’de düzenlenmiştir. RKHK m.58/II’de ise belli şartların gerçekleşmesi halinde üç katına kadar tazminata hükmedilmiştir. İspat yükü m.59’da düzenlenmiştir.

2.Tazminat Hakkı

Tazminat hakkı RKHK’nun 57.maddesinde düzenlenmiştir. Rekabet engellemelerinden doğan her türlü zararın, zarara uğrayan tarafından zarar verenden istenebileceği yönündedir.

İlgili madde şöyledir;

“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.”

Öncelikle ilgili kanun maddesi akademik çevreler tarafından çok eleştirilmiştir. Birçok akademisyenin ilk eleştirisi “sözleşme ve anlaşma” terimlerinin bir arada kullanılması yönünde olmuştur.¹³⁸ Eğer amaç BK’ya göre geçerli olan

¹³⁸ İnan, s.49; Aslan, s.783

anlaşmalar ve sözleşmeler ise BK'ya göre bağlayıcı olmayan sözleşmeleri ayırt etmek gayesi ile iki terim birlikte kullanılmış ise böyle bir ayrımın yapılması yinede anlamlı değildir.¹³⁹

57. maddenin ifadesinden anlaşılan RKHK'na aykırı olan her durumda tazminat istenebileceği yönündedir. Tazminatın diğer koşullarının da bulunması şarttır. Kanun'un amacının piyasada rekabeti engelliyici davranışları engellemek olduğu düşünülürse izin almadan yapılan bir birleşme veya devralmanın kanuna aykırı bir durum oluşturacağı dolayısıyla da bu durumun haksız fiil oluşturmaktadır. RKHK'nun 7. maddesi bağlamında dava açılabilir.

Böyle bir durumun oluşması için bu birleşme veya devralmada hakim durumun oluşması gerekecektir. Birleşme veya devralmanın sonucunda üçüncü kişilerin zarar görmesi gerekmektedir. Üçüncü kişilerin zarar görmesi için bazı eylemlerin yapılması gerekmektedir ki bu eylemle muhtemelen hakim durumun kötüye kullanılması durumunu oluşturacaktır, dolayısıyla RKHK'nun 6. maddesi bağlamında tazminat davası açmak mümkün olacaktır. Buna rağmen 7. maddenin de 4. ve 6. maddeler gibi açık bir yasak getirmesi karşısında, buna aykırılığın da aynı şekilde bir hukuka aykırılık oluşturacağı ve buna dayanarak bir tazminat davası alabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁴⁰

Bu kanuna aykırı olan anlaşma, uyumlu eylem, karar, birleşme, devralma veya hâkim durumun kötüye kullanılması suretiyle zarar görenler dava açabilecektir. Bu eylemlerde bulunanlar da birbirlerine verdikleri şeylerin iadesi amacıyla dava açabilirler. Bunun dışında tazminat davası açamayacaklardır.¹⁴¹ Yani zararı oluşturan taraf birden çok teşebbüsten oluşuyorsa bu teşebbüsler birbirlerine karşı tazminat davası açamayacaktır.

¹³⁹ Aslan, s.783.

¹⁴⁰ Aslan, s.784.

¹⁴¹ Aslan, s.784.

58.madde incelendiği zaman davacıların, müşteriler ve rekabetin sınırlanmasından zarar gören rakipler olduğu görülmektedir. 58/I zımnen de olsa müşterilerden bahsetmektedir, ikinci cümle ise rekabetin sınırlanması dolayısıyla zarar gören rakiplerden bahsetmektedir. Bu hükümde eksik bırakılmış bir diğer husus ise sayılanlar dışında zarar görme ihtimali olanlardır. Zaten ilgili kanunun dava açma hakkını sadece sayılan müşteri ve rakiplere verdiğini kabul etmek mümkün değildir.¹⁴² Kanımca rekabet koşulunun aranması son derece yersizdir, kaldı ki belli bir sektörde bir rekabet ihlali söz konusu olduğu zaman bu ihlal zincirleme bir şekilde bir alt sektöre ve en son olarak müşteriye kadar varmaktadır. Petrol sektöründe yapılan bir ihlal lastik üreticilerini de etkileyecektir. Fakat lastik üreticileri ile petrol şirketleri rakip sayılmamaktadır tamamen ayrı sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüslerdir. Zaten kanunumuz 57.maddesinde “zarar görenlerin” deyimini kullanarak 58. maddenin geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴³ 58.maddede yanlış olarak görülse de aslında kanun bir bütün olarak düşünüldüğünde ve yorum geniş tutularak bu sonuca varılabilir. Dolayısıyla rekabetin kısıtlanmasından zarar görenler üç ana başlık altında topladığımızda karşımıza tüketiciler, rakip teşebbüsle, mal dağıtım ve ham madde olarak kullanımı zincirinde yer alan teşebbüsler karşımıza çıkmaktadır. RKHK’nun temel amacı düşünülünce rakip teşebbüslerin ve tüketicilerin tazminat hakkı varken dağıtım ve hammadde kullanımı zincirinde yer alan teşebbüslerin bu haktan mahrum kalmaları söz konusu olamaz.¹⁴⁴

RKHK’nın zararın tazmini başlıklı hükmü incelendiği zaman amacın sadece tazminat hukukundaki amaçla doğru orantılı olduğu söylenemez.

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.

¹⁴² Aslan, s.785.

¹⁴³ İnan, s.45. ; Aslan, s.785. ; Sanlı (haksız fiil), s.200–264.

¹⁴⁴ Akıncı, s.356.

RKHK'nun m.58/III incelendiğinde üç katı tazminattan bahsedilmiştir ki böyle bir uygulama Türk Hukukundaki tazminat kavramına tamamen zıt bir durum oluşturmaktadır.¹⁴⁵

Zarar gören tarafın tazminat talebinin olması için öncelikle zarar sebep olacak bir olay daha sonra bu olay sonucunda bir zararın meydana gelmesi ve en son olarak da bir dava sürecinin başlaması için davacı ve davalı sıfatlarının oluşması gerekmektedir. Aşağıda ilgili konuları Borçlar Hukukunun genel ilkeleri belirtilerek derinlemesine incelenecektir.

3. Tazminata Sebep Olan olay

a.Genel Olarak

Tazminata sebep olan olay incelenmeden önce kusur kavramı, hukuka aykırılık, kavramlarını incelemenin daha sonra RKHK'na aykırı halleri incelemenin ve aynı sistematik içinde konunun özel hukuktaki sorumluluk kavramları açıklanarak daha sonra Rekabet hukukundaki hallerin incelenmesinin daha verimli olacağı inancındayız.

b.Kusur

aa.Kusur kavramı

Kusura dayanan sorumluluğun önemli bir şartı da fiilin işlenmesinde failin kusurlu olmasıdır. Kusur BK da tarif edilmiş değildir. Esasen kusur üzerinde fikir birliği bulunmayan ve açık tarifi yapılmamış bir kavramdır.

Türk-İsviçre hukuk doktrininde verilen tarifler dikkate alınarak şöyle bir tarif verilebilir. Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olamamakla

¹⁴⁵ Özsunay, s.144. ; Aslan, s.785.

beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır.¹⁴⁶

bb. Kusur çeşitleri

Tarifinden de anlaşılacağı üzere kusur iki çeşittir; kast ve ihmal. Fail hukuka aykırı sonucu isteyerek davranmış ise kasdı, hukuka aykırı sonucu istemiş olmayıp bu hukuka aykırı sonuçtan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamışsa ihmali söz konusu olur.¹⁴⁷

aaa. Kast

Kusurun en ağır derecesidir. Failin hukuka aykırı sonucu tasavvur ettiğini ve bu sonucun istediğini ifade eder.¹⁴⁸ Failin bilerek ve isteyerek yapmış bulunduğu bir eylemin sonucunu tasavvur etmekte buna rağmen yapmakta ise bu doğrudan kasttır. Fail, sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber bu sonucun meydana gelmesi ihtimalini göze alarak hareket etmiş olması veya ihtimali kasttan söz edilmektedir. İhtimali kasttan kasıt bir şoförün kalabalık bir caddede insanlara çarpma ihtimali olduğunu bildiği halde hız yapmasıdır.

Kasıttan dolayı sorumlu olmak için failin doğacak zararın biçimini ve kapsamını bilmesi aranmaz. Sadece, hukuka aykırılık bilinci ve isteğine sahip olmak yeterlidir.

bbb. İhmal

Hukuka aykırı sonucu arzu etmemesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeterli derecede kullanmamak, hâl ve şartların gerektirdiği

¹⁴⁶ Tandoğan, s.45., Oğuzman/Öz, s. 526.

¹⁴⁷ Oğuzman/Öz, s. 529.

¹⁴⁸ Eren, 529; Oğuzman/Öz, s. 529.

dikkat ve özeni göstermemektir.¹⁴⁹ İhmal Roma hukukundan bu yana gelen bir ikili ayırım söz konusudur. Bu ikili ayırım ağır ihmal ve hafif ihmaldir.

ccc. Ağır ihmal

Hukuka aykırı sonucu meydana getiren fiil işlenirken, böyle bir fiil işleyen herkesin göstereceği dikkat ve özeni gösterilmemesidir.¹⁵⁰ Bir doktorun hastasına belli bir tedaviyi uygulamadan önce o tedavinin yan etkilerinin hastaya zarar verip vermeyeceğini incelememesi ağır ihmaldir. Ağır ihmal derecesine ulaşmayan ihmal, hafif ihmaldir. Dikkatli kişilerin özenin gösterilmemiş olması hafif ihmali oluşturur.¹⁵¹ Hafif ihmal bağışlanır görülebilir olmaksızın, özellikle kınanabilir olmayan bir davranıştır.¹⁵² Doktrinde, failin, fiili muhtemel sonuçlarını öngörmesine rağmen, tedbir almak hususunda hafiflikle hareket ettiği hallerde bilinçli ihmalden söz etmekte ise de¹⁵³ failin bu durumda ihtimali kastının mı yoksa ağır ihmalinin mi bulunduğunu tespit etmek oldukça zordur. Zaten pratikte de hukuka aykırı fiilin sorumluluk açısından ayırımının pratik bir önemi yoktur.¹⁵⁴

c.Hukuka aykırılık

Bir zararın sorumlusu ancak, zarara hukuka aykırı olarak neden olmuş ise gidermekle yükümlü olur. Türk-İsviçre Borçlar Kanunları hukuka aykırılık konusunda genel bir düzenlemeyi uygun görmüştür. Hukuka aykırı bir davranışla bir kişiye zarar verilmesi durumunda, bu davranışın kusurlu olması koşuluyla bunun sorumluluğa neden olacağı kabul edilmektedir.¹⁵⁵ BK.mad. 41/I'e göre “ haksız bir surette diğer kimseye zarar ıka eden kişi, o zararın tazminine mecburdur.” bir başka kanun maddesi ise MK.m.24. “hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.”. BK. m49/I'de

¹⁴⁹ Eren, 537.; Oğuzman/Öz, s. 529. Kılıçoğlu, s. 3879.

¹⁵⁰ Eren, 540.; Oğuzman/Öz, s. 529.; Kılıçoğlu, s. 381.

¹⁵¹ Eren, 541.; Kılıçoğlu, s. 381.

¹⁵² Kılıçoğlu, s. 381

¹⁵³ Eren, 541.

¹⁵⁴ Oğuzman/Öz, s. 529.

¹⁵⁵ Kılıçoğlu, s. 335.

“hukuka aykırı bir şekilde” deyimini geçmektedir. Her üç kanun maddesinden açıkça anlaşılacağı üzere hukuka aykırılık haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarından birini oluşturmaktadır.

aa) Hukuka aykırılığı açıklayan teoriler

Hukuka aykırılık kavramı iki teori ile savunulmaktadır. Bu teoriler “subjektif teori” ve “objektif teoridir”.

aaa) Objektif hukuka aykırılık teorisi

Zarar verici bir davranışın hukuka aykırılığı, yalnız bu davranışın kendisine, niteliğine göre değerlendirilemez. Yani başkasına zarar verme olgusu tek başına hukuka aykırılığı oluşturmaz. Yani örnek vermek gerekirse aynı iş kolunda faaliyet göstermekte olan iki teşebbüsten bir tanesi teknolojik yenilikleri takip ederek daha hızlı ve maliyet bakımından daha ucuz üretim yaptığı için ikinci teşebbüs zarara uğrayacaktır. Fakat burada hukuka aykırılık bağlamında hiçbir durum söz konusu olmadığı için ikinci firma zararının giderilmesini isteyemez.¹⁵⁶

bbb) Sübjektif hukuka aykırılık teorisi

Olumsuz hukuka aykırılık teorisi adı da verilen bu teoriye göre zarar verici fiil, ancak failin böyle bir fiili işlemeye yetkili olmaması halinde hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılık vasfının kazanılması failin başkasına zarar verme hakkının olmamasıdır. Fail başkasına bir hakka dayanmadan yetkili ve izinli olmadan zarar verdiği için sorumlu tutulmaktadır. Fail haklı bir sebebe dayandığını, somut olayda davrandığı şekilde hareket etmeye, başkasına zarar vermeye hakkı olduğunu ispat ederse, fiilin haksızlığı ortadan kalkar.¹⁵⁷ Fail kendi yetki alanı içinde kaldığı süreç davranışlarıyla başkasına zarar vermiş olsa bile, bu davranış hukuka aykırı olmaz.

¹⁵⁶ Eren, 546.

¹⁵⁷ Eren, s.545., Oğuzman/Öz, s. 471

bb) Hukuka aykırılığın tanımı ve unsurları:

Hukuka uygunluk sebeplerinden birisinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her davranış, hukuka aykırıdır. Yani kişilerin şahıs ve mal varlıklarının doğrudan veya dolaylı bir şekilde koruma amacı güden, yazılı ya da yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlaline, hukuka aykırılık denir.¹⁵⁸

İki farklı tanımı daha vardır geniş anlamda hukuka aykırılık ve en geniş anlamda hukuka aykırılık. En geni anlamda hukuka aykırılık herhangi bir hukuk kuralına aykırılık kastedilirken, geniş anlamda hukuka aykırılık ise, belirli bir biçimde bir davranışı zorunlu kılan bir hukuk kuralının ihlalini ifade eder. Dolayısıyla hukuka aykırılık sonucunda zararın doğmuş veya doğmamış olmasına bakılmaksızın hukuka aykırılık doğmuştur.¹⁵⁹

Hukuka aykırılık iki unsurdan oluşur bunlar, hukuka aykırılığın olumlu unsuru ve olumsuz unsurudur. Olumlu unsur; başkasına zarar vermeyi yasaklayan veya zararı önleme amacı güden bir davranış normunun ihlalidir. Hukuka aykırılığın olumsuz unsuru ise, somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut olmamasıdır.¹⁶⁰

4. RKHK'nın Çerçevesinde Hukuka Aykırılık:

a.Genel Olarak

RKHK'nın ilgili maddelerince bu kanununa aykırı eylem ve davranışlar açıkça sayılmıştır. Bu hukuka aykırı davranışlar arasından konumuz olan tazminat ile ilgili olarak, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemler, hakim durumun kötüye

¹⁵⁸ Eren, 546.

¹⁵⁹ Eren, s.549.

¹⁶⁰ Eren, s.549

kullanılması ve kanun tarafından yasaklanan birleşme ve devralmalar aşağıda izah edilecektir.

b.Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma ve Uyumlu Eylem

aa) **Anlaşma:** Anlaşma deyince Borçlar Kanunundaki veya Medeni Hukuktaki anlaşma kavramı algılanmamalıdır. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların teşebbüsler arası gizli olarak yapıldığı dikkate alındığında zaten BK. ve MK.'daki anlaşma kavramlarıyla uyuşmayacağı açık bir şekilde ortadadır. Rekabet hukukunda bahsi geçen anlaşmalar gizli hukuka aykırı amaçlar için yapılan anlaşmalardır. Ayrıca bu anlaşmaların yazılı olma zorunluluğu olmadığı gibi aynı yönde ve aynı amaca yönelik hareket etmek bile iki teşebbüs arasında anlaşmanın varlığı olarak kabul edilebilir. Kanunda sözleşme terimi yerine anlaşma terimi özellikle kullanılmıştır. Çünkü rekabet hukukunda yazılı, sözlü, zımnî her şekilde uyuşma anlaşma olarak kabul edilmektedir. Taraflar açısından hiçbir bağlayıcılığı olmayan centilmenlik anlaşmaları sonuç olarak rekabeti engelleyen veya sınırlayan bir sonuç doğuruyorsa anlaşma sayılır. Tespit edilmesi anlaşmanın tespitinden daha zor uyumlu eylem kavramında bir anlaşma veya bir mutabakat yoktur, fakat işletmeler birbirleri ile uyumlu davranışlar içinde birbirlerine benzer tavırlar sergileyerek rekabet edilmesini imkânsız hale getirmiş ve kartel oluşturmaları halidir. Uyumlu eylemin tespiti oldukça zordur.¹⁶¹

Türk rekabet hukuku maddî kuralları ile usul hükümleri ve Rekabet Kurulu'nun tebliğleri yönünden iktibas edilmiş bir hukuktur. Gerçekten, 4054 sayılı "*Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*" ("RKHK") Roma Antlaşması diye bilinen Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran antlaşmanın 85 ve 86. (bugünkü 81 ve 82.) maddeleri ile büyük oranda 17 sayılı 6 Şubat 1962 tarihli "*Konsey Tarafından Çıkarılan 85 ve 86. Maddelerinin Yürütülmesine İlişkin Birinci Topluluk Tüzüğü*"nden iktibas edilmiştir. Kurul'un tebliğlerinin kaynağı da gene AB

¹⁶¹ **Tekinalp, Ünal**, "Rekabet Kuralları ve Mali Sektör" İstanbul, 1998. s. 71.

Komisyonu'nun düzenlemeleridir.¹⁶² Rekabet hukukundaki anlaşma kavramını açıklamak amacıyla AB komisyonunun bir kararından örnek vermenin en doğru ve konuyu açıklayıcı bir yol olacaktır.

Komisyon bir kararında ana firma tarafından bayilere yollanan bazı sirküleri bile anlaşma olarak kabul etmiştir. Komisyon BMW Belgique¹⁶³ kararında üreticinin bayilerine yolladığı sirküleri bile anlaşma olarak kabul etmiştir. Bu konula ilgili bir diğer örnek ise Distillers kararıdır, genel satış koşullarının belirtildiği bir yazılı metin anlaşma olarak kabul edilmiştir.

Rekabet Kurulu vermiş olduğu bir kararda anlaşmayı yapanların şirket yetkilisi dahi olması gerekmediği kanaatindedir. Anlaşmaların yazılı ve imzalı olması şartının olmadığı gibi teşebbüsleri temsil yetkisine sahip olmayan, personelin de rakip teşebbüslerle varılan yazılı veya sözlü mutabakatların rekabeti sınırlayıcı etkisi olduğu anda anlaşma sayılacağı kanaatini benimsemiştir.¹⁶⁴

*“Rekabet hukuku açısından anlaşmalarda şekil şartının aranmadığı, dolayısıyla Gaziantep Tilmen Oteli’nde yapılan toplantıya katılan şahısların ilgili firmaları temsile yetkili olmadığı ve adı geçen anlaşmada imzalarının bulunmadığı yönündeki savunmaların 4054 sayılı Kanun’a aykırı bir anlaşmanın varlığını ortadan kaldırmadığı.”*¹⁶⁵

Günümüzde var olan dev şirketler rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları yapmak istemeyen kuruluşlar üstünde ekonomik güçlerini kullanarak tehdit etmekte ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yapmak zorunda bırakmaktadır. Baskıya maruz

¹⁶² **Tekinalp, Ünal**, “Sempozyumun Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I”, Kayseri, Nisan 2003,s.267.

¹⁶³ BMW-Belgique Komisyon Kararı, ATRG L46, 1978 s, 33 TÜSİAD “ Rekabet Hukukunda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar” 1998 s.25.

¹⁶⁴ **Aslan**, s.785.

¹⁶⁵ RKK. Yücel Gaz Sanayi A.Ş./Aygaz, Likidgaz, Milangaz, İpragaz; Dosya Sayısı:E2-D1-97/2 93-Karar Sayısı:750-159 ve Karar Tarihi: 26.11.1998

kalarak bu tip anlaşmalarda yer alanların bu anlaşmayı gönüllü olarak yaptıklarını kabul edilmektedir.¹⁶⁶

Dolayısıyla çıkarılacak sonuç anlaşma kavramı her türlü uyuşma ifade edildiği için doğrudan veya dolaylı, yazılı veya sözlü, açık veya gizli olabilir. Her türlü niyet açıklamaları, görüş bildirimleri, taahhütler, müşterek açıklamalar, centilmenlik anlaşmaları, fatura üstüne basılı “ihracat yasak” veya üreticinin bayilerine yolladığı “şiddetle önerilir” ifadesi bir anlaşma olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁷

bb) Uyumlu eylem: Teşebbüsler arası sözlü veya herhangi bir sözleşme, anlaşma veya mutabakat söz konusu değildir. Teşebbüslerin birbirleriyle uyumlu olan kararları alıp uygulamaya koyarak veya birbirleri ile uyumlu davranışlarda bulunarak belirli bir malı ya da hizmet piyasasında rekabetin bozulması, kısıtlanması ve engellenmesi durumuna uyumlu eylem adı verilmektedir. İşletmeler arasında bir ilişki kanıtlanamıyorsa veya aralarında bir anlaşma olmadığı halde kendi bağımsız davranışları yerine geçen ve aralarında pratik işbirliği sağlayan davranışları da eğer rekabeti sınırlayıcı etkiler doğuruyorsa uyumlu eylemdir.¹⁶⁸

Uyumlu eylemin varlığının kabulü için bazı şartların varlığı aranmaktadır. Bu şartlar kısaca şunlardır.

1. İşletmeler arası kendi bağımsız davranışları yerine geçen ortak işbirliği olmalıdır.

2. Bu işbirliğine doğrudan veya dolaylı bir ilişki ile ulaşılmış olmalıdır.

3. Amaç rakiplerin gelecekteki davranışlarındaki belirsizlikleri ortadan kaldırmak olmalıdır.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Aslan, s.786.

¹⁶⁷ Pınar Hamdi, “Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye” 2005, İstanbul, s.104.

¹⁶⁸ Aslan, s.786. ; Pınar, s. 105.

¹⁶⁹ Güven, s. 13. ; Aslan, s. 155.

Bu şartlar göze alındığında şöyle bir tanım yapmak mümkündür. “RKHK’nun 4. maddesinde teşebbüsler arasındaki rekabeti bozucu nitelikleri nedeniyle yasaklanan işbirliği şekilleri düzenlenmiş ve bu işbirliği şekilleri arasında; üçüncü kişilere karşı gizli olarak yapılan ve ilgili piyasada rekabeti bozucu fiili etkiler yaratmış olan anlaşmaların ve teşebbüs birliklerinin organizasyonlarının doğrudan delille ve bütünüyle kanıtlanamadığı durumların kanıtlanması bakımından ve üçüncü kişilere karşı iste aleni ister gizli olarak yapılsın fiili işbirliği stratejilerinden kaynaklanan rekabeti bozucu koordinasyon durumlarının varlık koşulları bakımından, daha alt düzeydeki uzlaşmaları ifade etmek için “uyumlu eylem” terimi kullanılmaktadır.¹⁷⁰”

RKHK’nun gerekçesi ve ilgili 4. maddesindeki ilgili fıkralardan anlaşılacağı ve Aslan’a göre uyumlu eylem tanımı şöyledir.

“İki veya daha fazla işletmenin, ekonomik rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışlarıdır.”¹⁷¹

Uyumlu eylem kavramı ABD Rekabet hukuku ile ilgili davalarda yargıçlar tarafından kullanılmıştır. ABD’deki Hukuki düzenlemelerde uyumlu eylem kavramı geçmemektedir. Bu terim hukukumuzda ATA m.81/T’de ki düzenlemeden iktibas etmiştir.¹⁷² Ayrıca ATM aynı anda aynı şekilde fiyatlarına aynı oranda zam yapan teşebbüslerle ilgili bir kararında uyumlu davranışı şu şekilde tanımlamıştır; “işletmeler arasında hiçbir zaman anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen, bunun yerine bilerek ikame ettikleri rekabetin risklerine karşı aralarında pratik işbirliği yaratan bir eşgüdüm şeklidir.”¹⁷³ ABD Shearman Kanunu’nun 1.Bölümünde de

¹⁷⁰ Güven, s. 15.

¹⁷¹ Aslan, s.158.

¹⁷² Güven, s. 15.

¹⁷³ ICI v. Commission 1972 ECR 619–655

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969J0048:EN:NOT>)
(15.05.2007)

“Söz konusu davada Ocak 1964’te İtalya ve Benelux’ta tüm dyestuffs analine üreticisi işletmeler, kendiliğinden belirli kategorideki ürünlerin fiyatlarını yeknesak bir şekilde % 15 arttırmışlardır. Aynı yılın Eylül-Aralık ayları arasında da ilgili işletmeler, 1 Ocak 1965 tarihinden

işbirliği kavramından bahsedilmiştir. Rakipler arası işbirliği ve uyumlu eylem aynı kavramlardır.

Bazen iki rakip teşebbüsün sahiplerinin beraber yiyecekleri öğle yemeği bile aralarında anlaşma sağlamaları ve bu anlaşmanın sonucu olarak pazarda benzer davranışlarda bulunabilirler. Uyumlu eylemin ispatlanması bu denli zordur. İlgili pazar incelendiğinde ve firmaların belli dönemler zarfında benzer tavır değişiklikleri ispatı biraz daha kolay olan hususlardır. Fakat yinede uyumlu eylemin ispatı kolay olmadığı için uyumlu eylem karinesi geliştirilmiştir. Hukukken bir karine varsa ispat yükü karşı tarafa geçecektir. Eğer teşebbüsler arasındaki benzer davranışlar sonucu piyasada rekabetin engellenmesi gibi bir sonuç doğuruyorsa teşebbüslerin arasında bir bağın varlığı kabul edilir.¹⁷⁴ Bu düzeyden sonra uyumlu eylemin var olmadığını ispatlamak karşı tarafa düşer.

geçerli olacak yeknesak bir fiyat artışını daha duyurmuşlardır. Alman üreticileri bu tarihte, daha önce İtalya ve Benelüks'de yapılmış olan % 15'lik artışı yapmışlar ve ondan sonra Benelüks ve Alman üreticiler % 10'luk bir artışı yürürlüğe koymuşlardır. Bu fiyat artışı yapılan mallar daha önceki % 15'lik artışın kapsamına girmeyen mallardır. Bir İtalyan üreticisi olan ANCA fiyat artışını uygulamamış ve İtalya'da fiyat artışı gerçekleşmemiştir. 1967 yılında iki üretici bir artış yapmayı planladıklarını söylediklerinde, bir diğer üretici % 8'lik bir artışı 16 Ekim 1967 tarihinden itibaren uygulayacaklarını bildirmişlerdir. 1967 Eylülünde % 8'lik artışın Fransa'da % 12'ye çıkarıldığını ve 16 Ekim 1967 de yürürlüğe gireceğini hep birlikte duyurmuşlardır. Komisyon kararında, tarafları fiyat artışlarının saptanmasında ve uygulanmasında uyumlu davranışta bulunmaktan suçlu bulmuştur. Komisyon uyumlu davranışın delili olarak öncelikle, artış oranlarının aynı olmasını, bu artışların uygulandığı ürünlerin her ülkede aynı olmasını, yavru işletmelere gönderilen talimatların şekil ve içerik bakımından benzerliğini ve işletmeler arasında gayri resmi bir bağlantı bulunmasını göstermiştir. Divan önüne gelen davada, tarafların söz konusu artışların oligopolistik piyasanın sonucu olduğu savunmalarını reddederek, Komisyon kararını onaylamıştır. Gereğince artış oranlarındaki zamanlama yakınlığının, bu artışları pazar güçlerinin zorladığı bağımsız davranışların bir sonucu olmaktan çıkarttığını belirtmiştir. ATM 1964, 1965 ve 1967 de tarafların aralarındaki fiyat artışlarını düzenli bir işbirliği içinde duyurduklarına dikkat çekerek, genel ve yeknesak fiyat artışları yalnız taraflar arasında koordinasyon varlığı ile açıklanabilir demiştir. Ayrıca paralel davranışın tek başına uyumlu davranış oluşturamayacağını kabul ederek, bu davranışın normal pazar koşullarına uygun olmayan rekabet şartlarına yol açması halinde, böyle bir uygulamanın güçlü bir delilini oluşturacağını eklemiştir. Yani paralel davranışın uyumlu davranış kabul edilebilmesi için, işletmelerin doğrudan veya dolaylı olarak aralarında kurmuş oldukları ilişki ve iletişimden kaynaklanması ve amacının birbirlerinin gelecekteki pazar davranışları konusundaki şüpheleri ortadan ortadan kaldırmak olması gerekmektedir. Böylece bir işletme rakiplerinin gelecekteki pazar politikalarını öğrenerek, bunlara uygun adımlar atıp, onunla rekabet etmekten kaçınabilecektir." (Badur, Emel ; "Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)"Yüksek Lisans Tezi 2001, Ankara, s.65.)

¹⁷⁴ Aslan, s.156.

aaa) Unsurları

4054 sayılı kanunun gerekçesi ve yukarıda yapılan tanımlardan anlaşılacağı üzere uyumlu eylemin unsurları dört ana başlık altında özetlenebilir.

1. İki ya da daha fazla işletme olmalıdır.
2. Teşebbüsler arasında bir koordinasyon ya da işbirliği olmalı ve bu davranışların sonucu pazarda paralel davranış olarak ortaya çıkmalıdır.
3. Bu koordinasyon taraflar arasındaki doğrudan yada dolaylı bir bağdan kaynaklanmalıdır.
4. Bu bağı tarafların gelecekteki piyasa hareketleri konusunda belirsizlikleri ortadan kaldırması gerekmektedir, bu unsur tarafların bilinçli olmasını gerektiren bir unsurdur.¹⁷⁵

bbb) Uyumlu eylem karinesi

Uyumlu eylemlerin, işletmeler arasındaki anlaşmaya varmayan bağlantıların ve bu bağlantılar ile paralel davranışlar arasındaki neden sonuç ilişkisinin kurulması ve ispatlanması oldukça zordur. Bu sebepten uyumlu eylem karinesi geliştirilmiştir. Hukukta belirli bir konuda karine varsa, karinenin aksinin olduğunu ispat etmek, iddia eden tarafa düşer. Buna nedenle RKHK'nın 4. maddesinin 3. fıkrası bir uyumlu davranış karinesi getirmiştir. 4. fıkrasında bir kurtuluş beyyinesi düzenlenmiştir, bu beyyine 3. fıkranın getirdiği karinenin aksini ispatlamak suretiyle, sorumluluktan kurtulmayı sağlayacaktır. Buna beyyineye göre işletme sahipleri, yöneticileri ya da ilgili kişiler bir araya gelmiş olduğu ispatlanamamış olsa dahi, piyasadaki ekonomik verilerden hareketle uyumlu eylem yasaklanabilecektir.¹⁷⁶

Aksi ekonomik ve rasyonel gerekçelerle kanıtlanabilen bir uyumlu eylem karinesinin getirilmesi ispatlanması bu kadar zor bir durum için oldukça yerinde olmuştur. Çünkü oligopolistik pazarlarda Rekabet Kurulu tarafından uyumlu

¹⁷⁵ Aslan, s.158.

¹⁷⁶ Budak Ali Cem, "Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi", AT Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 1993. s.143

davranışın kanıtlanması önemli güçlükler arz edecektir. Bu gibi durumlarda ispat yükünü ters çevirerek, Rekabet Kurulunun sadece sonuçlardan hareketle karar verebilmesi, yani rekabetin bozulduğunu saptamakla yetinmesi ve nasıl sınırlandırıldığını göstermek zorunda olmaması sağlanmıştır. Eğer fiilen rekabetin sınırlandırıldığını tespit edebiliyorsa, ilgili işletmeler rekabeti kendilerinin sınırlamadığını, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle kanıtlayamazlarsa, sorumlu olacaklardır. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu hüküm özellikle oligopolistik pazarlarda uygulama alanı bulacaktır.¹⁷⁷

c. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

aa)Hakim durum

Türk Rekabet hukukunda hâkim durum RKHK'nun 3. maddesinde “ hakim durumun” başlığı altında düzenlenmiştir.

“Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü,”

Bu tanım dikkate alındığında eşebbüsün fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi konularda piyasadan bağımsız bir şekilde ekonomik belirlemeler yapabilecek güçte olması şartı aranmaktadır.

Komisyon ve Adalet Divanının ele aldığı ilk kararlar arasında yer alan Europemballage Corporatin and Continental Can Company v Commission¹⁷⁸ kararında hâkim durum şu şekilde tanımlanmıştır. “ Bir işletmenin hâkim durumda olması, bu işletmenin, rakiplerini, müşterilerini ve kendisine mal temin eden diğer satıcıları göz önüne almaksızın bulardan tamamen bağımsız hareket edebilmesini

¹⁷⁷ Badur, s.69.

¹⁷⁸ Case Europemballage Corporatin and Continental Can Company v Commission (1973) ECR 215. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61972J0006:EN:HTML>)

ifade etmektedir. Bu durum bir işletmenin, pazar payı ile birlikte sahip olduğu teknik bilgi, hammadde ya da sermaye nedeniyle söz konusu ürünün büyük bir kısmı açısından, pazarda fiyatı veya üretimi ya da dağıtımını kontrol etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bir işletme açısından böyle bir pazar gücünden söz edilebilmesi için, bu işletmenin pazardaki diğer işletmelerin varlığına tamamen son verebilmesini sağlayacak, mutlak bir hâkimiyet sağlaması gerekmez. Farklı pazarlarda, bu gücün derecesi farklı olsa dahi, söz konusu işletme ya da işletmelere, davranışlarında bağımsız davranma serbestisini sağlaması yeterlidir.” Hâkim durumda olma kavramı soyut bir olay değildir. Uyumlu eylemdeki gibi karineler söz konusu değildir. Ekonomik veriler ışığında kesin net ispatı mümkün bir kavramdır. Tamamen belirli bir pazara yönelik hakim olma durumunu ifade eder. Dolayısıyla başından beri adı geçen ilgili Pazar kavramına kısaca değinmekte yarar vardır.

bb) İlgili Pazar

İlgili pazarın belirlenmesi, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin incelemelerde, pazar hakimiyetini tespit etmenin temel adımıdır.¹⁷⁹ RKHK’da ilgili pazar ile ilintili hiçbir tanım yapılmamıştır. İlgili pazarı belirleyen iki temel unsur vardır. Birincisi ilgili ürün pazarı ikincisi ilgili coğrafi pazardır.

İlgili ürün pazarı, söz konusu teşebbüs ya da teşebbüslerin hangi mal veya hizmet pazarında hakim durumda olduğunu ortaya koymaktadır. İlgili ürün pazarı belirlenirken, bir mal veya hizmetin diğer mal veya hizmetlerle ikame edilebilirliği gerek arz gerekse de talep yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir.¹⁸⁰

İlgili coğrafi pazar, aynı rekabet koşullarına sahip Pazar alanı anlamına gelmektedir. İlgili coğrafi pazar, ülkenin tamamı olabileceği gibi ülke içerisinde yer alan bir bölgede olabilir. Bu bölgenin, diğer bölgelerden rekabet koşulları açısından

¹⁷⁹ **Yanık Mehmet**, Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yolu İle Pazara Giriş Engelleri, Ankara, 2003, s. 18.

¹⁸⁰ **Aşcıoğlu Öz**, s.152.

farklı olması gerekir. Aynı zamanda söz konusu bölge, tüketici gözüyle, rekabet açısından diğer bölgelerden yalıtılmış olmalıdır.¹⁸¹

cc)Hâkim durumun belirlenmesine ilişkin ölçütler

Hakim durum, RKHK m.3de “ pazardaki ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” olarak tanımlanmıştır. Ancak RKHK’da bu gücün hangi ölçütlerle değerlendirileceği düzenlenmemiştir. Bir değerlendirme yapılacak olursa Avrupa Birliği hukukunda yer alan, ilgili pazarda hakim durumu belirleyen ölçütlerin kullanılması en makul çözüm olacaktır. Avrupa Birliği ilgili pazarda hakim durumu tespit ederken niceliksel ve niteliksel ölçütler kullanılmaktadır.¹⁸²

—Niceliksel Ölçüler(pazar payı)

a)%25’in altında: Kural olarak hakim durum söz konusu değildir.

b)%25–40: Başka etmenlerin varlığı halinde hakim durum meydana gelebilir.

c) %40’ın üzerinde: Kural olarak hakim durum vardır. Öncelikle başka etkenlerin varlığı halinde(pazardaki rakip teşebbüs sayısı ve bu rakiplerin pazarda sahip oldukları paylar gibi vs..) yada %50’nin üzerinde ise otomatik olarak hakim durum söz konusudur.

d)%100: bu durumda tekel yani hakim durum söz konusudur.

— Niteliksel Ölçütler

a) Finansal güç,

b) Dikey Bütünleşme ve dağıtım sistemine sahip olma,

c) Teknolojik üstünlük,

d) Mevzuatın sağladığı avantajla,

e) Örgütlenme ve satış teknikleri

¹⁸¹ Güven, 216.

¹⁸² Pınar, s.126.

f) Ürün Kalitesi.

dd)Hakim durumun kötüye kullanılması

Kanunun 6. maddesi AB Antlaşması 82. madde gibi hakim durumda bulunmayı değil onun kötüye kullanılmasını yasaklar. RKHK'nun 6.maddesi bir tanım yapmak yerine örnekleme yoluyla hakim durumun kötüye kullanılmasını açıklamıştır. AB antlaşması 82. madde itibariyle benzerlik taşıyan bir örnekleme mevcuttur.

Hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili yapılan bir tanıma göre “bir hakim işletmenin rekabeti sınırlayıcı, bozucu yada engelliyici olan ve kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek olan her türlü davranışı kötüye kullanmadır.”¹⁸³

Doktrinde hakim durumun kötüye kullanılmasıyla ilgili RKHK'nın 6.maddesine aykırılık halinde yine 56.maddenin uygulanacağı haklı olarak ifade edilmektedir. Her ne kadar RKHK'nın 56.maddesinde 4.maddeye atıfta bulunulmuşsa da rekabetin sınırlanması hangi şekilde ortaya çıkmış olursa olsun, bir başka deyişle Kanunun 4.maddesi kapsamında olan rekabeti bozucu bir anlaşma veya karar veya 6.madde kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olduğunda, bunların özel hukuk alanındaki sonuçlarının aynı olması gerekir.¹⁸⁴ Yerel mahkeme ve daha sonrada Yargıtay karşısına gelen olaylarda hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla rekabetin ihlal edildiği ve bundan bir zararın doğduğu gerekçesiyle tazmini istemiyle başvuruda bulunulmuş hem yerel mahkeme hem Yargıtay hakim durumun kötüye kullanılması halinden doğan tazminat taleplerinde RKHK 57.maddesinin kapsamında bir değerlendirme yapmıştır.¹⁸⁵

¹⁸³ Aslan, s.463.

¹⁸⁴ Aşçıoğlu, s.178.

¹⁸⁵ Yargıtay 19. H D 1999/3350E., 1999/6364K. 01.11.1999T. ; Yargıtay 19.H D 2002/2827E., 2002/7580K. 29.11.2002.T.

d. Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Birleşme ve Devralmalar

Birleşme ve devralmaların sonucu oluşan zararın tazmininin mümkün olup olmadığı Rekabet hukukundan doğan tazminat hükümlerince değerlendirilmesi konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. 57.madde tazmin yükümlülüğü bakımından RKHK'ya aykırı eylem, karar sözleşme veya anlaşma ile rekabetin engellenmesi, bozulması, kısıtlanması veya hakim durumun kullanılması ve bunun sonucunda da bir zararın oluşması gerektiğinden bahseder. Maddede yer alan “her kim” ifadesinin birleşme ve devralmaları içine aldığı şeklinde bir tutum izlenmesi kanun metnindeki yanlışlığı ortadan kaldıracaktır.¹⁸⁶ Kanun maddesinin amacı kanunun lafzı ve ruhundaki gibi ise rekabet ihlallerinden doğan herhangi bir zararın medeni bir ceza yoluyla caydırıcılık unsurunu da içeren bir tazmin sağlamaktır. RKHK'nın 7.maddesinde açıkça belirtildiği üzere, bir yada birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmak veya hakim durumlarını güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını yada kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.

RKHK'nun 7. maddesinde belirtilene birleşme ve devralmaların geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gereklidir. Kurul izin alınması gereken birleşme ve devralmalarla ilgili olarak 1998/2 sayılı tebliği çıkartmıştır. Birleşme ve devralmalar Kurula bildirilmiş ve izin alınmış ise herhangi bir hukuki sorun oluşmayacaktır. Fakat tam tersi bir durumda yani izin alınması gereken bir birleşme veya devralma kuruma bildirilmemiş ve Kurul tarafından re'sen öğrenilmesi sonucunda yapılan incelemeler birleşme ve devralmanın Kanuna aykırı olduğu sonucunu ortaya çıkarsa para cezası ve birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların

¹⁸⁶ Güven, s.594

ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.

Böyle bir durumda üçüncü kişiler açısından oluşacak bir zararın tazmini gereklidir.¹⁸⁷

e. Uygun İlliyet bağı

aa)İlliyet bağı kavramı:

İlliyet bağı, hukuki sorumluluk kavramının doğrudan unsurlarından en önemli olanlarındandır. İlliyet bağı tazminat hukukunun temel ilkesi ve sorumluluğun aslı şartıdır. Kişinin zararlar arasında bir bağ söz konusu değilse o kişinin sorumluluğu düşünülemez. İlliyet kavramı zararlar söz konusu davranış veya olay arasında bir sebep-sonuç bağının bulunmasını gerektirir. Hukuken illiyet bağının anlamı; gerçekleşen zararlar sorumluluğun bağlandığı olay ve davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir.¹⁸⁸

¹⁸⁷ İlgili bir Yargıtay kararında her ne kadar kararda konuya açık bir şekilde değinilmemiş ise de karşı oy yazısında; “*Dava, Rekabetin Korunması Hakkındaki 4054 Sayılı Yasaya aykırı eylem ve işlemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini talebine ilişkindir. Mahkemece, benimsenen bilirkişi raporuna göre, davalı şirketin bir kısım eylem ve işleminin 4054 Sayılı Yasanın 4 ve 6.maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle anılan Yasanın 58.maddesi gereğince uğranılan zararın bir katı oranında tazminata hükmedilmiştir. Dairemizin 1.11.1999 gün ve 3350/6864 Sayılı kararında da bu Ne varki davacı 4054 Sayılı Yasanın 58.maddesi uyarınca tazminat talep ettiğinden, böyle bir tazminata karar verilebilmesi için öncelikle anılan yasanın yetkili kıldığı Rekabet Kurulu tarafından 4,6 ve 7.maddelerinin ihlal edildiğinin saptanması gerekir. Rekabet Kurulunun rekabet ihlali yönünden usulen kesinleşmiş bir kararı bulunması halinde mahkemece bu ihlalden dolayı uğranılan zarar tespit edilerek hükme bağlanacaktır. Rekabetin Korunması Hakkındaki 4054 Sayılı Yasa rekabet ihlalinin tespiti yönünden Rekabet Kurulunu yetkili kıldığından çelişik kararların ortaya çıkmaması için adli mahkemelerin Rekabet Kurulunun vereceği kararı beklemesi görüşü benimsenmiş ve Rekabet Kuruluna başvurunun tazminat davasında ön mesele olduğu, bu nedenle başvurunun sonucunun beklenmesi gerektiği kabul edilmiştir.*” Denilerek RKHK’nın 4,6 ve 7 maddelerine aykırılık durumunda tazminata hükmedilebileceğini ifade edildiği görülmektedir. (Yargıtay 19. HD,2002/2827E. , 2002/7580 K. 29.11.2002 T.)

¹⁸⁸ Eren, s.487., Oğuzman/Öz, s. 519., Önen, s. 142.,

İlliyet bağı, hukuki sorumluluğun olduğu kadar, cezai sorumluluğunda temel şartlarından birini oluşturur.¹⁸⁹ Sorumluluk, sözleşme dışı sorumluluk, sebep sorumluluğu, kusur sorumluluğu veya sözleşme sorumluluğuna dayansın her halükarda illiyet ağının varlığı aranacaktır. Sebep sorumluluğu dikkate alındığında illiyet bağı tabii ki biraz daha önemlidir. Sebep sorumluluğunda illiyet bağı ön plana geçmekte, sorumluluk, kusura değil, belirli bir olay yâda tehlike ile gerçekleşen zarar arasındaki sebep sonuç bağına dayanmaktadır. Bu sebeptendir ki kusursuz sorumluluğun doktrindeki adı sebep sorumluluğudur.

Borçlar Kanunumuzun 41. maddesine göre: “Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye zarar veren şahıs bu zararın tazminine mecburdur.” İlliyet bağının sorumluluğun bir şartı olarak gerekliliği ilgili maddeden açıkça anlaşılmaktadır.

“ Ahlâka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs kezalik o zararı tazmine mecburdur.” BK41/I’de yer alan “zarar ika eden” ve m.41/II’deki “sebebiyet veren” ifadeleri illiyet bağının gereğini ifade eder.

bb)Uygun illiyet bağı teorisi

Hayat tecrübelerine göre, bir fiilin, olayların normal akışın meydana getirebileceği zararlar olan mantıkî illiyet bağına uygun illiyet bağı denilmektedir. Mantıkî illiyet zinciri içinde bir sebebin zararı meydana getirmeye uygun bir sebep olup olmadığı araştırılacaktır.¹⁹⁰

Bir zararlar fiil arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu kabl edebilmek için hayat tecrübelerine göre olayların normal akışına fiilin bu zararı meydana getirebileceği sonucuna varılması gerekecektir. Önemli olan nokta objektif olarak fiilin o zararı fiilin o zararı meydana getirebileceğinin olayların normal akışına göre

¹⁸⁹ Eren Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. s.2.

¹⁹⁰ Eren, s.492., Oğuzman/Öz, s. 519., Önen, s. 142.,

kabul edilmesidir.¹⁹¹ Hâkim olayları incelerken hayatın normal akışını dikkate alacak, uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvuracaktır.

Uygun sebep veya uygun illiyet bağının tanımı: somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliğe ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasında bağa uygun illiyet bağı denir.¹⁹²

Teorinin görev ve amacı: Sorumluluğu kurma ve sorumluluğu sınırlama uygun illiyet teorisinin iki amacını oluşturur.¹⁹³ Teori sorumluluğu kurma yönünden “sorumluluğu kuran illiyet”, sorumluluğu sınırlama yönünden “sorumluluğun çerçevesini sınırlan illiyet” adını almaktadır.¹⁹⁴

5. Zarar

a. Genel Olarak Zarar Kavramı

Zarar, sorumluluk hukukunun en önemli unsurlarından bir tanesidir. Çünkü bazı durumlarda zarar oluşmadığı takdirde sorumluluk doğmayacaktır. Hatta hukuka aykırılık bile oluşmuş olsa zarar yok ise tazminat sorumluluğu da yoktur. Zarar olmayan yede hukuki sorumluluk yoktur.¹⁹⁵ Ceza hukukunun aksine, sorumluluk hukukunda salt tehlike, sorumluluk doğurmaz. Başka bir fark ise ceza hukukunda teşebbüs failin cezalandırılması için yeterliken sorumluluk hukukunda zarar vermeye teşebbüs bir sorumluluk doğurmaz. Zaten sorumluluk hukukunun esas amacı cezalandırmak değil zararın karşılanmasıdır. Fakat rekabet hukukunda getirilen üç katı tazminat tam bu noktada sorumluluk hukuku prensiplerinden tamamen ayrılmaktadır.

¹⁹¹ YHGK. 6.3.1987 4-854/140, Eren, s.493; Oğuzman/Öz, s. 519; Önen, s. 144.

¹⁹² Eren, s.492.

¹⁹³ Eren, s.493.

¹⁹⁴ Bkz. Kılıçoğlu, Mustafa: Sorumluluk Hukuku, 2002 Ankara.

¹⁹⁵ Eren, s.472.

BK.41.m zarardan söz etmekle birlikte bu kavramı tanımlamamıştır. Zararın tanımı doktrin ve yargıya bırakılmıştır. Doktrinde zarar kavramı geniş ve dar anlamda zarar olmak üzere iki ayrı şekilde tanımlanmıştır. Dar anlamdaki zarar teknik anlamdaki maddi zararı ifade etmektedir. Maddi zararın bir diğer adı da malvarlığı zararıdır. Geniş anlamda zarar kavramı ise kişinin mal varlığının uğradığı zarar ile birlikte şahıs varlığının da uğradığı zararı yani manevi varlığının uğradığı zararı ifade etmektedir. En geniş anlamıyla zararı bir kimsenin maddi ve manevi yönden iradesi dışında oluşan eksilme olarak tanımlayabiliriz.¹⁹⁶ Türk-İsviçre hukuklarında zarar kavramından dar anlamda zarar yani maddi zarar anlaşılmaktadır.¹⁹⁷

b) Maddi zararın tanımı ve unsurları

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalmaya maddi zarar denir.¹⁹⁸ Tanımdan da anlaşılacağı üzere üç ana unsur söz konusudur. Bunlar malvarlığı, malvarlığında oluşan azalma ve bu azalmanın malvarlığı sahibinin iradesi dışında olmasıdır.

aa)Malvarlığı

Malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin meydana getirdiği bir bütündür.¹⁹⁹ Malvarlığı aktif ve pasiflerden oluşan ekonomik değer taşıyan ve para ile ölçülebilen bir borç, mükellefiyet ve varlık topluluğudur. Sorumluluk hukuku malvarlığını çok geniş bir yelpazede ele almış ve taşınır taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar, mülkiyet hakkı, sınırlı aynı haklar, nisbi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki aynı haklar ki bu haklara fikrî ve sınayî haklarda denmektedir, çalışma faaliyetleri zarara uğramadan

¹⁹⁶ Tandoğan, s.63; Eren, s.472; Oğuzman/Öz, s.514; Önen, 134.

¹⁹⁷ Eren, s.473.

¹⁹⁸ Eren, s.473., Oğuzman/Öz, s.514

¹⁹⁹ Eren, s.473.

devam etse idi gelecekte elde edilebilme ihtimali olan kazanç ve gelirden malvarlığını oluşturan değerler arasında yer alır.²⁰⁰

bb) Malvarlığında Eksilme

Malvarlığını oluşturan aktiflerin azalması eksilmesi, ya da pasiflerin artması şeklinde oluşan zarardır. Her şeyden önce bu zararın doğal sebeplere dayanmadan bir kişi sayesinde olduğu durumda sorumluluk hukukunda tazmin değeri taşıyan bir zarardan söz edilebilir. Zarar görenin zarar verici olaydan sonra aktif değerlerindeki eksilme ile bu olay gerçekleşme idi aktif değerlerinin arasındaki farka zarar denmektedir.²⁰¹ Maddi zarar kavramının menfaat farkı olarak algılanmasının sebebi Mommes'in menfaat teorisi ve buna bağlı olarak fark teorisinin bir sonucudur. Bu teori Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüşü oluşturmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında "Tazminat: zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaatin karşılanması amaçlar. O halde mal varlığının, tazminatı doğuran olayın gerçekleşmesinden sonraki durumuyla bu olay gerçekleşmeseydi göstereceği durumu birbiriyle mukayese edilmelidir."²⁰² Yargıtay'a göre "Borçlar Yasası, m.41 anlamında zarar malvarlığı zarardır. Bu, haksız eylemin yapılmasından sonra meydana gelen mamelek durumu ile haksız eylem vuku bulmasaydı mevcut olacak olan mamelek durumu arasındaki fark demektir."²⁰³

cc)Azalmanın irade dışında meydana gelmesi

Her şeyden önce malvarlığında meydana gelecek azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesi şarttır. Mal varlığının azalmasını sağlayan olay zarar verenin bir davranışı dolayısıyla olabileceği gibi tabiat olayına bağlı bir sonuçta olabilir. Bu azalma mutlak suretle zarar olmalıdır, yani kişinin kendi iradesi ile gerçekleştirdiği bir şey olmamalıdır. Mevcut malvarlığındaki eksilme bir başlangıca dayanıyorsa bunun bir zarar olduğundan söz edilemez.

²⁰⁰ Eren, s.473.

²⁰¹ Karahasan, s.147, Eren, s.474., Oğuzman/Öz, s. 515.

²⁰² Eren, s.475. (BGE 71 II 89 keza BGE 104 II199)

²⁰³ Yargıtay HD. 12.3.1974 T. E.15684. K. 1223;Eren, s. 475

c) Maddi zarar çeşitleri

aa) Fiili zarar

Fiili zarar ya malvarlığının aktifinde fiili bir azalma (bir malın tahrip edilmiş olması veya yaralanan bir şahsın tedavi masrafları gibi) veya malvarlığının pasifinde fiili bir çoğalma (üçüncü şahsın yaptığı hile sonucunda yüklenilen borç gibi) söz konusudur. Yani kısa bir tanımla malvarlığının mevcut net durumunda zarar görenin iradesi dışında meydana gelen fiili azalmaya, fiili zarar adı verilir.²⁰⁴

bb) Yoksun kalınan kâr

Yoksun kalınan kâr, elde edilebilecek bir kazançtan zarar verici bir fiil nedeniyle kısmen ya da tamamen mahrum kalınması ve bunun sonucunda doğan zararı ifade eder. Yoksun kalınan kârdan kasıt hayatın olağan akışı ve tecrübelerden yararlanılarak gelecekte elde edilebilecek bir aktifte artış söz konusu olmalıdır.²⁰⁵ Rekabet hukukunda tazminata konu olabilecek önemli zarar çeşitlerinden biri yoksun kalınan kârdır. Çünkü teşebbüsler arası anlaşma veya hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunda zarara uğrayan teşebbüsler elde etmeleri beklenen kârdan yoksun kalmakta ve belli bir zarara uğramaktadırlar.

Aslında mahrum kalınan kâr mevcut malvarlığının aktifinde bir artış sağlamaz fakat söz konusu zarar verici olay malvarlığının gelecekteki muhtemel artışını önlemesi biçiminde gelişir. Örneğin A şahsı B Şahsı tarafından yaralandığı için çalışmamakta ve bu sebepten ötürü elde edeceği kazançtan yoksun kalmaktadır. Bu örnekte zarar mal varlığının muhtemel artışını engelleme yönündedir, vücut ihlal değildir. Fiili zarar ile yoksun kalınan kâr arasındaki fark şu şekilde izah edilebilir, fiili zarara maruz kalmış şahsın mal varlığının o anki değerinde bir azalma söz konusuyken yoksun kalınan kârda sahip olabileceği şeyler azalmaktadır.²⁰⁶ Bu iki

²⁰⁴ Karahasan, s.147, Eren, s.477., Oğuzman/Öz, s. 515.

²⁰⁵ Eren, s.478., Oğuzman/Öz, s. 515.

²⁰⁶ Eren, s.478.

zarar bir arada gerçekleşebilir, şöyle ki; Mesleği taşımacılık olan bir şahsın arabasına başka biri tarafından çalışamayacak hale getirilmesi sonucu hem aracın zarara uğraması hem de aracın tamir edilinceye kadar geçecek süre zarfında elde edeceği gelirden mahrum kalması sonucunu doğurur.

Zarar görenin mahrum kaldığı kâr için tazminat talebinde bulunabilmesi ancak elde edilecek kazancın çok muhtemel olmasına bağlıdır. Her şeyden önce zarara uğrayanın eğer zarar verici olay olmasaydı, bir gelir elde edeceğini sonrada bu olay yüzünden gelir elde etmesinin engellendiğini ispat etmesi gereklidir.²⁰⁷ Her şeyden önce elde edilecek kâr ile bu kârın elde edilmesine engel olan olay arasında illiyet bağının bulunması şarttır. Mahrum kalınan kârın her şeyden önce ahlaka ve hukuka uygun bir kaynaktan doğacak olması şarttır. Mahrum kalınan kâr geleceğe ilişkin farazi bir zarar olduğundan dolayı, yoksun kalınan kâr miktarı o andaki gelir ve kazanç miktarıyla belirlenemez, her şeyden önce ileride gerçekleşebilecek kazanç miktarları değerlendirilmeli ve karar bu yönde verilmelidir.²⁰⁸

cc) Şahsa verilen zarar

Şahsa verilen zarar'a vücut bütünlüğünü ihlalden doğan zarar adı da verilir. Adam öldürme veya beden bütünlüğünün ihlali sonunda malvarlığında meydana gelen eksilmeler, şahsa verilen zararı oluşturur. Burada insan hayatına vücut bütünlüğüne verilen zarar söz konusudur. Vücut bütünlüğünün ihlali, zarar ile sonuçlanan bir sonuç doğurmamış ise şahsa verilen zarardan söz edilemez.

dd) Şeye verilen zarar

Maddi malların ihlali dolayısıyla verilen zarara, şeye verilen zarar denir. Menkul veya gayrimenkul malların yok edilmesi veya zarar, hasara uğratılması *şeye verilen zarardır*.

²⁰⁷ Eren, s.479.

²⁰⁸ Eren, s.479.

ee) Diğer zararlar

Kişinin vücut bütünlüğü ve mallarından başka zarara uğrayabilecek öğelerde vardır. Bunlar kişinin şöhret ve itibarının ihlalden kaynaklanan zararlardır. Bir şahsın ticari kredisi veya gayri maddi bir malın yani patent veya marka hakkı gibi bir hakkının ihlali, haksız rekabetten doğan zararlar da bu zarar karamı altında açıklanabilir.²⁰⁹

ff) Doğrudan doğruya zarar- Dolaylı zarar

Doğrudan zarar, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimsenin bu fiil yüzünden kendisinin araya ilave ir sebep girmeden uğradığı zarardır Dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ilave bir sebeple mağdurun uğramış olduğu zarardır.²¹⁰ Doğrudan doğruya ve dolaylı zarar arasındaki fark tamamen illiyet bağına ilişkin bir ayrımdır.²¹¹ Bir örnekle anlatmak gerekirse, hayvan satıcısı A, B'ye sattığı hayvan dolayısıyla B'nin ağırındaki bütün hayvanlar hastalanmıştır. Bu durumda ilk hasta hayvan satışı doğrudan doğruya zarar, ağırdaki diğer hayvanların hastalanması dolaylı zarar gibi gözükse de takip eden zarar olarak adlandırılan bu zararlar aynı illiyet bağı içinde bulunduğu için doğrudan doğruya zarardır.²¹² Dolaylı zararı bir ifadeyle anlatmak gerekirse A'nın B'ye ait kamyonu yakması sonucunda B'nin yapmış olduğu anlaşma sonucunda yük sahibine ödemek zorunda olduğu tazminat, dolaylı zarardır.²¹³

Bu noktada zararın tazminini isteme hakkının kimde olduğu çok önemlidir. Bir örnekle anlatmak gerekirse A'nın B'yi öldürmesi sonucu B'nin alışveriş yaptığı manav bakkal ve tıraş olduğu berber tazminat isteyemez, tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya zarara uğrayan kişilere tanınmış bir haktır.²¹⁴

²⁰⁹ Eren, s.480.

²¹⁰ Oğuzman/Öz, s. 517.

²¹¹ Eren, s.480.

²¹² Eren, s.481.

²¹³ Oğuzman/Öz, s. 517.

²¹⁴ Eren, s.481.

Ayrıca haksız fiil hukukunda “yansıma zarar” adı altında bir kavram daha vardır. Bu kavram, failin fiilinden aynı zamanda zarar gören yanında üçüncü bir kişinin de zarar görmesi mümkündür. Bu durumda fail üçüncü kişinin zararlarını tazmin etmek durumundadır. Yansıma zarardan failin sorumu tutulabilmesi için, hem fille uygun illiyet bağı hem de hukuka aykırılık unsurunun bulunması şarttır. Yansıma yoluyla uğranılan zararda bir mutlak hakkın veya bir nisbî hakkın ihlalden kaynaklanması hukuka aykırılık bağı açısından önem teşkil etmektedir.²¹⁵

gg) Menfi zarar- Müspet zarar

Bu tür bir ayırım sözleşme sorumluluğunda söz konusu olabilir. Genel olarak menfi zarar sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından doğan zararı ifade eder. Müspet zarar ise, ifa edilmemesinden kaynaklanan zararı ifade eder. Menfi ve müspet zararlar sözleşme dışı sorumlulukta söz konusu olamazlar.²¹⁶

hh) Mevcut zarar- Müstakbel zarar-Muhtemel zarar

Mevcut zarar zararın gerçekleştiği zaman ve bu zamana kadar hesaplanan zarardır. Bu tarihe kadar gerçekleşmiş olan fakat herhangi etkene ihtiyaç duymadan gerçekleşecek olan yani normal olarak gerçekleşmesi beklenen zarar ise müstakbel zarardır. Müstakbel zararın miktarının hesaplanmanın ispatı imkânsızdır bu hesabı hâkim BK 42/f.2 uyarınca takdir edecektir.²¹⁷

Henüz mevcut olmayan ve ilave bir riskin gerçekleşmesi halinde doğma ihtimali bulunan zarar, muhtemel zarardır. Risk gerçekleşmedikçe muhtemel zararın tazmini söz konusu değildir.²¹⁸

²¹⁵ Oğuzman/Öz, s. 517.

²¹⁶ Eren, s.482.

²¹⁷ Oğuzman/Öz, s. 518. Bu teori hakkında bak. Eren Borçlar Hukuku s. 480.

²¹⁸ Oğuzman/Öz, s. 518.

d. RKHK'ya göre istenebilecek zarar

RKHK'nun 57. ve devamı maddelerinde istenebilecek zarar hakkında detaylı bir açıklama yapılmamıştır.²¹⁹ Ne BK. m.41. nede RKHK. m.57'de zarara ilişkin bir tanım bulunmaktadır. Türk-İsviçre hukuklarında zarar kavramından dar anlamda zarar yani maddi zarar anlaşılmaktadır.²²⁰ Hangi durumda ne gibi zararların istenebileceği çok karışık bir şekilde ifade edilmiş ve açık bir şekilde anlaşılmamaktadır. Her şeyden önce kanunun düzenlediği zarar haksız fiilden doğan zarardır. Haksız fiilden doğan zararın ilk ve kurucu şartı ise bir zararın ortaya çıkmasıdır. Ortada mevcut durumda bir zarar oluşmamış ise sorumluluk da yok demektir. Dar anlamda zarar yoksun kalınan kar ve fiili zarar olmak üzere iki başlık altında incelenir.

Bu karışıklık tamamen kanunun ilgili maddesinde geçen “*her türlü zarar*” cümlecighinden kaynaklanmaktadır. Her türlü zarar kavramı rekabet ihlalleri karşısında istenebilecek tazminatı çok ciddi bir şekilde genişletmektedir.²²¹ Rekabet hukuku gibi toplumun tamamını etkileyen ve ekonomik yönü ağır basan dolayısıyla yıkılan domino taşları gibi bir ihlal sonucunda çok geniş piyasalarda sonuç doğurabilecek ihlallere tazminat hukuku açısından yaklaşılması ve zararların tazmin edilmesi oldukça uzak ve zordur. Doktrinde bu konuda verilen en belirgin örnek OPEC kartelin petrol fiyatlarını artırmasından doğan zararın ne şekilde tazmin edileceğidir. Petrol günümüzde kullandığımız pek çok ürünün hammaddesi ayrıca en değerli yakıtlardan biridir, dolayısıyla doğacak zarar inalmaz boyutlarda olacak tazmini ise mümkün olmayacaktır. Yapılan düzenlemede zarar kavramına getirilmeyen kriter çok büyük aksaklıklara yol açacaktır. Yansıma zarar kavramı ve rekabet hukukundaki ihlaller nedeniyle ortaya çıkan farklı zarar şekilleri göz önüne alındığında her türlü zararın tazmini kesinlikle mümkün değildir.

²¹⁹ Aslan, s.787.

²²⁰ Eren, s.473.

²²¹ Sanlı, (Haksız Fiil) s.225.

aa. Zararın Miktarının Hesaplanması

Zarar haksız fiil işlenmeden önceki malvarlığı ile haksız fiil işlendikten sonraki malvarlığı durumu arasındaki farktan ibarettir.²²² Rekabet ihlallerinden doğan zararın hesaplanması her durumda mümkün ve makul olmayacaktır. Her şeyden önce tazminat miktarının hesabı “eğer rekabet ortamı bozulmamış olsaydı” sorusunun cevabı kurgulanarak ortaya çıkacaktır. Rekabet hukukuna aykırı davranışların neden olduğu zararın niteliği, ihlal edilen kurala ve piyasanın gösterdiği koşullara göre ciddi farklılıklar gösterebilmektedir.²²³ Her şeyden zararın bu kadar zor hesaplanabilmesinin bir sonucu olarak BK m.42/II'deki durum yani davacının zararını ispatlayamadığı hallerde hâkimin olayın gelişimine ve davacı yani zarar görenin almış olduğu tedbirleri dikkate alarak tazminatın miktarını belirlemesi sıkça karşılaşılabilecek bir durumdur.²²⁴ Fakat bir hâkimden iktisatçı edasıyla haksız fiil oluşmasaydı piyasanın ne halde olacağını kurgulamasını istemek ne kadar makul bir durumdur tartışılır.

“Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilânçolar da dikkate alınarak hesaplanır.” Maddede açıkça anlatıldığı üzere hem fiili zararın hem de yoksun kalınan karın nakden edilebileceği ifade edilmiştir. Bu iki zararın hesaplanmasında dikkate alınması gereken temel ölçütler ve zararın hangi tarihten itibaren yani hangi tarihteki iktisadi değere göre hesaplanacağını açıklanması gereklidir. Zararın tespit edilmesi, sadece tazminat miktarının hesaplanması açısından değil; davacı sıfatının belirlenmesi açısından da büyük önem taşımaktadır. Rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan zararların tümünün tazmin edilememesi karşısında, davacı, sadece zararın varlığını değil, bu zararının tazmin edilebilir türden bir zarar olduğunu da ayrıca ispatlamak, hâkimi bu yönde ikna etmek zorundadır.

²²² Oğuzman/Öz, s.514.

²²³ Sanlı (Haksız Fiil) s.234.

²²⁴ Cengiz, s. 398.

bb) Fiili Zararın Miktarının Hesaplanması:

Fiili zararın hesaplanmasında RKHK'nun 58.maddesi 2 farklı zarar türünden bahsetmiştir. Amerikan Rekabet Hukukunda üç tür zarardan bahsedilmiş olsa da Türk Rekabet hukuku açıkça iki tür zararı kanun maddesinde açıkça belirtmiştir. Rekabet Hukukunun ihlal edilmesinin, “fazladan ödenen bedel” –ya da tam tersi az ödenen bedel (overcharge injury), “mahrum kalınan kar” -fiili zarar (lost profit) ve son olarak da “teşebbüsün iflas etmesi” ya da ekonomik faaliyetlerine sona vermesi (terminated business) olmak üzere üç tür zarara yol açtığı söylenebilir. Fakat Türk Rekabet hukuku “ fazladan ödenen bedel” ve “mahrum kalınan kar” olmak üzere iki zarar şeklini kanunda açıkça zikretmiştir.²²⁵

aaa) Fazladan Ödenen Bedel

Zararın hesaplanması konusunda RKHK'nun 58/I.maddesindeki düzenlemede “*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler.*” cümlesi ile ifade edilmiştir. Bu ifadede rekabet ihlalleri nedeniyle belli bir ürünü normalinden yüksek bir bedel ödeyerek sahip olan alıcıların zararının hesaplanmasını amaçlamaktadır.²²⁶ Fiyat karteli sonucunda tekeli fiyatlandırma, satış fiyatının belirlenmesi, kelepçeleme uygulamaları ve alım kartelleri kural olarak, fiyatların olması gereken fiyat seviyesinden daha yüksek (ya da düşük) seyretmesine neden olur. Dolayısıyla alıcıların daha fazla bir maliyetle malları alması sonucu doğar. Bu ölçütün uygulanması fark teorisi²²⁷ ile sağlanabilir. Yani rekabet düzeni bozulmamış olsaydı olacak olan piyasa koşullarında, söz konusu ürünün olası fiyatının saptanarak rekabet ihlalleri sonucundaki farkın bulunması olarak açıklayabiliriz fark teorisini. Söz konusu ürünün fiyatını bulmak amacıyla bazı yöntemler uygulanır. İlk olarak

²²⁵ Sanlı (Haksız Fiil) s.256.

²²⁶ Cengiz, s.398.

²²⁷ 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- Tartışmalar- Panel 7-8 Ekim 2005 Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, s.160. (Gürzumar-Panel)

rekabeti bozucu eylem başlamadan önceki bir dönem ele alınarak karşılaştırılmalar yapılabilir ve uygulama öncesi ve sonrası katsayılar hesaplanır. Sonuç olarak ürünlerdeki rekabet dengesi bozulmamış olsaydı dava tarihindeki fiyatı hesaplanacak ve davacının zararı ortaya çıkarılacaktır. Fakat rekabet ihlal olmayan dönemdeki piyasa incelenirken doğal piyasa hareketleri dikkate alınmalı ve hesaplamalar ona göre yapılmalıdır. Tabii ki bir ihtimalde rekabet ihlalin hiç kalkmadığı olasılığıdır. Böyle bir durumda dava tarihinden sonraki fiyat hareketleri bir emare oluşturacaktır. Bu fiyatlar hesaplanırken döviz kurları, enflasyon, müşteri tercihleri, ikame edilebilir ürün piyasalarındaki hareketlilik dikkate alınıp fiyatların bunlardan arındırılmış olarak dikkate alınması şarttır.²²⁸

İkinci yöntem aynı ürünün rekabet ihlallerinin var olmadığı bir piyasada fiyatının dikkate alınmasıdır. Fakat bu yöntem uygulanırken dikkat edilmesi gereken çok önemli hususlar vardır. Her şeyden önce rekabet ihlali bulunmayan piyasanın rekabet ihlalin var olduğu piyasa ile ciddi bir benzerlik taşıması gerekmektedir daha sonra iki piyasa arasındaki fiyat farkları dikkate alınarak zarar uğrayan teşebbüsün zararı hesaplanabilir. Fiyat farklılıkları gözetilirken nakliye ücretleri, nüfus yoğunluğu, arz ve talep dengeleri çok ince bir şekilde dikkate alınmalı ve hesaplamalar bu doğrultuda yapılmalıdır.

Üçüncü yöntem ise rekabet ihlali olan piyasadaki ekonomik analizler incelenerek elde edilmesi olağan olan kar ile rekabet ihlali sonucunda mağdur olmuş teşebbüsün kar oranı tespit edilerek arasındaki farkın muhtemel kar olarak kabul edilmesi yöntemidir.

Davacı, somut olayın özelliklerine göre belirtilen bu yöntemlerden herhangi birini veya birkaçını kullanarak zarara uğradığını ortaya koyabilir. Fakat inandırıcılık ve ispat kuvveti açısından bu yöntemlerden birkaçı kullanılarak aynı sonucun elde ediliyor olması çok daha kuvvetli bir sonuç doğuracaktır.²²⁹

²²⁸ Cengiz, s. 398. ; Sanlı (Haksız Fiil) s.257.

²²⁹ Sanlı, (Haksız Fiil) s.258.

bbb)Mahrum Kalınan Kâr

RKHK'nun 58/I.maddesinin ilk fıkrasının son cümlesi “Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilânçolar da dikkate alınarak hesaplanır.” şeklindedir. İlgili kanun metninden anlaşılacağı üzere mahrum kalınan kardan bahsetmektedir. İlgili metinde elde etmeyi umdukları bütün karlar ifadesi çok geniş bir kapsamı içerir, bunun esas itibariyle elde edilmesi olası bütün karlar olarak algılanması hakkaniyete daha uygun bir durumdur.²³⁰ Rekabet hukukunun ihlaline dayalı tazminat davalarının, uygulamada genellikle rakip teşebbüsler ya da davalının satış ağı içerisinde yer alan dağıtıcı ve satıcılar tarafından açılması çok muhtemeldir. Bu gibi durumların oluşması hakim durumdaki bir işletmeni dağıtım ve satıcıları dışlayarak kendi dağıtım ve satış ağını kurması sonucunda ortaya çıkabilir. Maliyetlerin altında satış yapmak, mal vermeyi kesmek, sözleşmeyi feshetmek, kelepçeleme uygulaması yapmak ve tekelden alım anlaşmaları yapmak bu tür uygulamalara örnek gösterilebilir.²³¹ Yine ilgili zararın hesaplanmasında muhtemel yöntemler fazladan ödenen bedeller için uygulanan yöntemlerle aynı olacaktır.²³² Davacının dışlayıcı uygulamalar ve ayırıcı uygulama nedeniyle satışlarının düşmesi ve piyasa payının azalması sonucunda iflas etmesi yoksun kalınan karın sınırlarının belirlenmesi açısından çok güç durumlar doğuracaktır.²³³ Bu hususta da bilânçoların incelenmesi yoluyla mahrum kalınan karın açığa çıkartılması birazda olsa kolaylaşacaktır.

cc) Zararın Miktarının Hangi Tarihte Ekonomik Değere Göre Hesaplanması Gerektiği

Zararın hesaplanması ile ilgili tüm aşamalar zararın hangi tarihten itibaren hesaplanacağına bağlıdır. Bu tarih zararın doğduğu tarih, dava edildiği tarih veya tazminata hükmedildiği tarih olabilir. Kaldı ki bu üç aşamada zarar miktarı tamamen farklı olabilir. Doktrinde tartışmalı olan bu husus Türk/İsviçre Hukukunda

²³⁰ Cengiz, s.399.

²³¹ Sanlı (Haksız Fiil) s.258.

²³² Cengiz, s.399.

²³³ Gürzumar, (Panel) s.267–269

doktrindeki hâkim görüş hâkimin kararını verdiği tarihtir.²³⁴ Yargıtay bazı kararlarında haksız fiilin işlendiği anı dikkate alırken, 1955 tarihli bir kararında²³⁵ davanın açılış tarihini dikkate alınmasını uygun bulmuştur. Doktrindeki görüşe göre ürünün dava süreci boyunca fiyat dalgalanması yaşamaması halinde en yüksek değerden hesap yapılması gerektiği yönündedir.²³⁶ Her şeyden önce ticari faaliyet sürdüren bir kimsenin elindeki malın en yüksek fiyatına ulaştığı anda malikin malı paraya çevireceği hususu dikkate alınmalıdır.²³⁷ Zarar gerçekleşen zarar ve gerçekleşecek zarar olmak üzere ikiye ayrılır. Gerçekleşen zararda fiilen gerçekleşmiş zarar söz konusudur. Hakim ilke olarak yalnız hüküm anında gerçekleşen zararı tespit ederek, bunun tazminine karar verir. Müstakbel(gelecek) zarar bu anda henüz doğmadığı için bunun hükme esas olacak şekilde kesinlikle hesap edilmesi mümkün değildir.²³⁸ Bununla beraber davacı gelecek zararın tazminini iki halde halde dava ve talep edebilir. Bazı hallerde müstakbel zararın tazmini oldukça kolaydır. Örnek olarak iş makinesi zarara uğramasından doğan bir zararın bu makinenin tamiri süresince geçecek zamanda müstakbel kazancı bellidir. Dolayısıyla müstakbel zararın hesaplanması kolaydır. Zarar bu süre içindeki değerden hesaplanacaktır. Aynı durumu Rekabet hukukuna yorumlayabiliriz bir rekabet ihlalinin doğan zarar rekabet ihlalinin kalkmasıyla son bulacak ve uğranılan zarar o süreç içinde tespit edilecektir.

6.Tazminat Miktarının Hesaplanması

a.BK'daki genel düzenleme

RKHK'nun 58/II. maddesindeki üç katı tazminat kavramının koşulları gerçekleşmemiş ise genel nitelikli bir kanun olarak BK. m.43-44'teki düzenlemelere göre tazminat belirlenecektir. Dolayısıyla sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde,

²³⁴ Eren, s.694.

²³⁵ YİBK 28-11-1956 T -1956/15 K. ,Tekinay /Akman /Burcuoğlu/Altop, s. 602.

²³⁶ Oğuzman/Öz, s.535.

²³⁷ Cengiz, s.400.

²³⁸ Eren, s.694.

zarar veren, zarar görenin zararını karşılamak zorunda kalacaktır. İlk olarak temel ilke tazminat miktarının zarar miktarını aşamayacağıdır.²³⁹

aa)Tazminat Miktarının Zararın Miktarını Aşamayacağı İlkesi

Maddi tazminat, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamalı, zararın tamamını gidermelidir. Bu prensibe tam tazmin ilkesi denir ancak tam tazmin zararın azami miktarıyla sınırlıdır. Tam tazmin ilkesi uygulamada bir çok sorun çıkartabilir. Çünkü uygulamada tazmin söz konusu olduğunda bazı indirimler gerekebilir dolayısıyla çok uygulanabilir değildir.²⁴⁰ Hakkaniyete uygun ve kusur oranında indirim sağlayabilen bir sistem belirlenmiştir kanun koyucu tarafından, BK.m.43 ve 44'te bazı sebepleri, tazminattan indirim sebepleri olarak kabul edilmiştir. İlgili maddelerde hâkime duruma göre indirim yapma hatta tazminatı tamamen reddetme imkanı tanınmıştır. BK.43/I düzenlemesine göre, yargıç, tazminatın kapsamını, hal ve mevki icabına ve kusurun ağırlığına göre belirleyecektir. Bu düzenleme çerçevesinde. Tazminat miktarının üst sınırı kural olarak zararın miktarı oluşturmaktadır.

bb) Tazminatın Azaltılması

BK.m.43-44.maddelerindeki düzenlemeye dayanarak hakim tarafından indirim yapılabilir. Bu maddelerdeki indirim sebepleri üç gruba ayrılmaktadır.

Birincisi zarar verene ilişkin olan nedenlerdir. BK.m.43/I gereğince hakim tazminata karar verirken kusurun ağırlığına dikkat etmelidir. Ancak hakim bu hususta sadece bir takdir yetkisine sahiptir, yani zorunluluğu yoktur. Her şey somut olayın özellikleri ve hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşacak şekilde karar vermelidir. Bu durumda hakim failin ufak bir kusurunun bulunduğu bir halde bile zararın tamamını tazmin etmesi gerektiği kararını verebilir. Kusurun hafifliği bazen başlı başına bir

²³⁹ Eren, s. 695.

²⁴⁰ Aslan, s.728.

indirim sebebi oluşturmayabilir, hâkim 44/II' düzenlemesine göre, sorumlu kişinin mali durumunun kötülüğünü göz önünde tutarak tazminat miktarını indirebilir.

İkincisi zarar görene ilişkin olan nedenlerdir. Bunlar muvafakat ve birlikte kusur halleridir.²⁴¹ Eğer zarar, zarara uğrayanın muvafakat etmesi ile oluşmuş ise hakim tazminat miktarını indirebilir veya tamamen ortadan kaldıracaktır.(BK.44/I.m.) zarar gören muvafakat etmiş dahi olsa hukuka aykırılık giderilemiyor ise bu hükmün uygulanması gerekir. Zarar gören zararın oluşmasından haksız fiili yapanla birlikte veya hasarın artmasında kendi kusuru da varsa buna birlikte kusurluluk hali denir. Birlikte kusur halinde yargıç yine tazminatta indirim yoluna gidebilecek hatta tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçebilecektir. Bu durumdaki kusur zarar görenin kişinin kendi çıkarlarını tamamıyla korumaması ve gerekli özeni göstermemesi veya tamamen aksi yönde hareket etmesidir. Bu duruma rekabet ihlalleri alanında alıcıların ihlale konu olan ürünü tercih ederek almalarında rastlanmaktadır.²⁴²

Üçüncüsü haksız fiilde bulunan ve zarar görenin dışında kalan bir sebepten ötürü tazminattın azaltılması yoluna gidilebilir. BK m.43/I düzenlemesine göre hakim her halükarda tazminatta taktiri bir indirim hakkına sahiptir. Bu nedenle hiçbir surette zarar gören ve zarar veren ile alakalı indirim sebebi olmasa da olayı hal ve mevkiin icabını dikkate alacaktır.

cc)Zarar görenin elde ettiği Çıkarların Denkleştirilmesi

Zarar gören hem haksız fiil dolayısıyla zarar görmüş iken aynı anda bazı çıkarlarda sağlayabilir. Zararın tutarı hesaplanırken bu arada edinilen zenginleşme tazminat tutarından düşülmesi gereken bir tutardır. Bunun yapılmadığı takdirde zarar gören haksız fiil nedeniyle zenginleşmiş olacaktır buna “denkleştirme ilkesi” denir.²⁴³

²⁴¹ Oğuzman/Öz, s.560.

²⁴² Cengiz, s.401.

²⁴³ Oğuzman/Öz, s.560., Eren 697.

Denkleştirme ilkesinin uygulanması için şu üç koşulun birlikte bulunması gerekmektedir: Birincisi tazmini gereken bir zarar olmalıdır. Tazmini gereken zarar maddi bir zarar olmalıdır. İkincisi, zarar ile denkleştirilecek bir yarar olmalıdır. Denkleştirilecek yarar, yarar görenin mal varlığının aktif bölümünde yer alabilir. Veya zarar görenin yapması gereken bir masraftan kurtulması şeklinde ortaya çıkabilir. Bu yarar da maddi olarak ifade edilebilir olmalıdır. Üçüncüsü, zarar verici eylem ile yarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.²⁴⁴

Haksız fiil sonucu rekabet ihlallerinde denkleştirme ilkesinin uygulanması olanaklıdır. Zarar görenin yapmaktan kurtulduğu masraflar denkleştirmeyi gerektirebilir. Dikey fiyat sınırlamalarının olduğu bir ortamda, tüketicilerin ödediği yüksek bedele karşılık satış sonrası hizmetlerde iyileşme söz konusu olabilir. Bu durumda tüketiciler fazladan ödeme de bulunmakla beraber fiyat dışı unsurlardaki iyileşmeden yarar sağlamaktadırlar ve bu durum denkleştirmeye tabi tutulabilecektir.²⁴⁵

b.RKHK'daki Zarar Miktarını Aşan Oranda Tazminat(Üç Katı Tazminat)

Düzenleme esas olarak Amerikan rekabet hukukunda Clayton Kanunu m.4'de yer almaktadır.²⁴⁶ Clayton yasası 4. madde, kusur şartına ya da davacının talebine gerek olmaksızın, hâkimin re'sen davacının uğradığı zararın üç katı oranında tazminata hükmetmesine imkân vermektedir.²⁴⁷ Bu davalar Amerikan resmi makamlarının açtığı soruşturmalardan çok daha fazladır. Zaten kanun koyucu tarafından konulan üç katı tazminatın caydırıcı amacından başka özendirici amacı vardır ki bu amaç Amerika'da hedefine ulaşmıştır.

Amerika'da uygulanan üç katı tazminat özel hukuk davalarını antitrust ihlallerinde çok önemli bir yaptırım aracı haline getirmiştir. 1941–1960 tarihleri

²⁴⁴ Eren, s. 699.

²⁴⁵ Cengiz, s.401.

²⁴⁶ Akıncı, s.385–389.

²⁴⁷ Sanlı (Haksız Fiil) s.260.

arasında antitrust ihlallerinde özel hukuk davalarının kamusal takiplere oranı 1'e 6, hatta daha azdı. 1960'lı yılların ortalarından 70'li yılların sonlarına doğru, özel hukuk davaları, antitrust makamları tarafından yapılan takipleri aşmış ve oran 1'e karşı 20'ye ulaşmıştır.1980'li yıllarda özel hukuk davalarının sayısı azalmış; bunların kamusal davalara oranı aşağı yukarı 1'e karşı 10 olarak ortaya çıkmıştır. Günümüzde antitrust davalarının %90'ı özel hukuk davalarının oluşturmaktadır.²⁴⁸

RKHK'nun 58/II. maddesinde açık olarak tüm Türk Tazminat hukukuna aykırı bir şekilde istisnai bir uygulama getirilmiştir. Tazminat zarara denk oranda zararın karşılanması amaçlar fakat Rekabet hukukunda bu uygulama zararın üç katına kadar tazminat uygulamasıdır. RKHK'nun 58/II maddesi şöyledir.

“Ortaya çıkan zarar tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim 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”

RKHK'nun uyumlu eylem, anlaşma ve hakim durumun kötüye kullanılması gibi rekabeti etkileyici uygulamalara karşı etkin bir mücadele sağlayabilmek amacıyla üç katı tazminatı kabul etmiştir. Tazminatın amacı zarar verini cezalandırmak veya zarar göreni zenginleştirmek değildir, amaç sadece zararın giderilmesidir, hatta zarar giderilirken zarar verenin kusuru oranında zararı tazmin etmesi bir hakkaniyet ve adil uygulamadır. Fakat rekabet hukukunda caydırıcı nitelik kazanması amacıyla tazminat zararın üç katına kadar olabilir.²⁴⁹

Hâkim tarafından tazminat hesaplanırken, zarar yerine, faillerin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kazancı esas alabilir. Doktrinde sağlanan ortak görüşe göre rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğun amacı zararın

²⁴⁸ Hovenkamp, Antitrust' Protect Classes, 88 Micch.L.Rev.1 (1989) (nak. **Özsunay Ergun**, Rekabetin Kısıtlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel gelişmeler Sempozyumu-III, 8 Nisan 2005, Ankara,2005. s.117.)

²⁴⁹ **Arı Zekeriya**, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat” Rekabet Derneği Rekabet Forumu Eylül 2006 Sayı:26 s.9.

giderilmesinden çok caydırıcılık amacına yöneliktir.²⁵⁰ Diğer taraftan öğretide bu düzenlemenin zarar gören kişileri dava açmaya teşvik edici etkisi ve zararın miktarının kesin olarak belirlenemediği durumlarda zarar örenin lehine bir işlevinin olduğu da vurgulanmaktadır.²⁵¹

İlgili kanun maddesinin sonundaki “tazminata hükmedilebilir” ifadesiyle birlikte doktrinde iki şekilde yorumlanmıştır. Birincisi zarar tarafların anlaşmasından ya da kararlarından veya ağır ihmallerinden kaynaklanmaktaysa hâkim üç katı tazminata hükmetmek zorunda değildir. Bu halde üç katı tazminat hâkimin takdirindedir. Üç katı tazminat dışında bir veya iki katı tazminata hükmedemez. İkinci yorum ise hakim söz konusu durumları tespit ettiği halde üç katına kadar tazminata hükmedebilir. Bu tazminat en çok üç katına kadar olabilir.²⁵² Gül, kanun koyucunun bir çeşit medeni ceza öngördüğü, piyasalarda rekabetin sağlanması için adli mahkemeler yolunun seçilmesi teşvik edilmesini istediği ve oranına ifadesi yerine oranında ifadesi kullanıldığından birinci yorumun benimsenmesi gerektiğini ifade etmiştir.²⁵³

Aslan’a göre, 58.maddenin ikinci fıkrası hükmünün koşulları gerçekleşmiş ise hâkim üç kat tazminata karar vermelidir. Bu durumda hakim genel tazminat hukuku kurallarının dışına çıkarak üç katı tazminata hükmetme yetkisine sahiptir. Hakim üç katı tazminata hükmetmesi mümkün değildir. Hakim sadece cezai tazminat koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verecektir. Hükümde lafzı geçen cezai bir tazminattır, hakim ya cezai tazminat koşullarının gerçekleştiğine ya da gerçekleşmediğine karar verecektir eğer gerçekleşmiş ise 58.maddenin ikinci fıkrasını uygulamak durumundadır. Gerçekleşmemiş ise bir önceki fıkra hükümlerine

²⁵⁰ Arı, s.9; Cengiz, s.403; Aslan, s.793; Güven, s.597

²⁵¹ Sanlı (Haksız Fiil) s.260 ; Akıncı, s.86

²⁵² Aşçıoğlu Öz, s.197.

²⁵³ Gül İbrahim, “Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” Rekabet Kurumu Yayınları Ankara, 2000 s.27.

göre tazminata hükmedecektir. Koşulları varsa hakimin keyfi olarak üç katı tazminatı keyfi olarak vermeme yada azaltma hakkı bulunmamaktadır.²⁵⁴

Sanlı'ya göre şartlar gerçekleşse bile hâkim üç katı tazminata hükmetmek mecburiyetinde değildir. Bu görüşe göre hâkimin taktir yetkisi olduğu kanun metninden açıklıkla anlaşılmaktadır. Hatta hâkim uygun bulduğu taktirde iki katı tazminata hükmedebilecektir, yani tazminata hükmetmek ve tazminatın miktarı tamamen hakimin taktirindedir. Kanun'un sistemine göre kusurun derecesi tazminatın kapsamına etkide bulunduğu göre, davranışın kasıtlı ya da ağır ihmal içerisinde gerçekleştirilmesi halleri arasında fark gözetilmesi gerekir. Ayrıca kusur derecesinin yanı sıra, ihlalin ağırlığı, davalının ekonomik durumu ve diğer unsurlar da göz önünde tutulabilir. Davalının ağır ihmal içerisinde hareket ettiği bir durumda ise, üç katı tazminata hükmetmek mümkün değildir. Bu gibi bir durumda tazminatın kapsamının belirlenmesinde tamamen genel esaslar uygulama alanı bulacaktır.²⁵⁵

aa)Zararın Miktarını Aşan Oranda Tazminata Hükmedilmesinin Koşulları

58/II'de ki düzenleme gereğince üç katı tazminata kadar hükmedilebilmesi için üç koşuldan bahsedilmiştir. Bu üç koşul zarar verene, zarar görene ve zararın niteliğine ilişkindir.²⁵⁶

İlk olarak zarar verenin kusurunun derecesi önemlidir, "... tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu..." sözleri ile ifade edilmektedir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki ilgili anlamın ortaya konulabilmesini amaçlayan fakat amacını tam manası ile ifade edemeyen bir cümledir. Bu ifadeden hafif ihmal derecesinde kusuru varsa, zarar bir teşebbüs birliği ya da anlaşmadan kaynaklansa dahi, bu hükmün uygulanamayacağı, ancak zarar verenin kast veya ağır ihmali derecesinde bir kusur varsa uygulanacağı anlaşılmaktadır. İfadedeki

²⁵⁴ Aslan, s.794.

²⁵⁵ Sanlı (Haksız Fiil) s.262.

²⁵⁶ Cengiz, s.403.

anlaşma ve karar kavramlarının kast derecesinde kusurun ifade edilmesi amacıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır.²⁵⁷

İkincisi ve kurucu unsuru zarar görenin talebidir. BK.m.58/II düzenlemesinde, yargıcın, zarar verenin kast ve ağır ihmal derecesinde bir kusur bulursa dahi hâkim zararı aşan miktarda tazminata re'sen hükmedemez, zarara uğrayanın bu hususta talebinin bulunması şarttır.²⁵⁸

Sonuncusu ise zararın niteliği ile bağlantılıdır. Zararı aşan miktarda tazminata hükmedilmesi için zararın maddi olması şarttır. Zaten zararın niteliği gereği maddi olması şarttır kaldı ki manevi tazminatın miktarı bakımından zararın kapsamına ilişkin kesin bir sınırı olmadığından, bu tür tazminata gereksinim bulunmamaktadır.²⁵⁹

bb) Zararın Miktarını Aşan Oranda Tazminatın Belirlenmesinin Ölçüleri ve Sınırları

RKHK'nun 58/II. maddesindeki düzenleme maddi zarar ya da zarar verenin elde ettiği veya elde etmesi olası olan kârların “üç katı oranında” tazminata hükmedilebileceği ifade edilmekte ve bu yetkiyi kullanma hakkını yargıca bırakmıştır. İlgili kanun metninden de açıkça anlaşılacağı üzere böyle bir yaptırım uygulanırken üç ölçüt belirlenmiştir. Bunlar “maddi zararın miktarı”, “zarar verenin haksız fiil nedeniyle elde etmiş olduğu kârların miktarı” veya “zarar veren haksız fiil nedeniyle henüz kâr elde etmemiş ise elde etmesi beklenen muhtemel kârın” varlığıdır. Fakat zarar veren haksız fiil nedeniyle henüz kâr elde etmemiş ise elde etmesi beklenen muhtemel kâr söz konusu olduğunda mevcut koşullarda makul bir kuşku yaratmayacak derecede kuvvetli bir olasılık olması gerekmektedir.²⁶⁰

²⁵⁷ Sanlı (Haksız Fiil) s.260.

²⁵⁸ Cengiz, s.403.

²⁵⁹ Cengiz, s.403.

²⁶⁰ Cengiz, s.404.

Gerekli şartlar olduğu takdirde ilgili maddenin yargıca söz konusu şartların gerçekleşmesi halinde üç katına kadar tazminata hükmedebileceği anlaşılır, mevcut durumda anlaşılmalı üç katı tazminat şartı doktrinde ve kanaatimizce üç katına kadar diye anlaşılmalı zararı aşan ve üç katının altında kalan bir miktara da hükmedilebilir.²⁶¹ Aksi düşünüldüğünde hakim ya üç katı tazminata yada tazminata hükmetmemek gibi bir durumda kalacaktır ki bunun kanun mantığı açısından izahı bulunmamaktadır. Hakkaniyet gereği olarak şartların olduğu bir ortamda hâkim ihlal eyleminin sonucunda oluşan maddi durumun ortadan kaldırılması, rekabetin tesisi ve eski hale iade kararlarının varlığı halinde zarar verenin kastına veya ağır kusuruna rağmen zararı aşan miktarda veya elde edilen veya elde edilmesi muhtemel olan kârlarla sınırlı veya bunu aşan miktarda bu miktar dikkate alınarak üç katı oranında tazminata hükmedebilmelidir.²⁶²

Aslan'a göre 58/II. fıkrasının sonundaki hükmedebilir ifadesinin yorumu şu şekildedir, meydana gelen zarar tarafların anlaşması, kararları veya ağır ihmallerinden kaynaklanmaktaysa hakim üç katı tazminata hükmetmesi zorunlu değildir fakat üç katı tazminat haricinde iki katı tazminata da hükmedemez.²⁶³ Hâkimin rolü tazminat koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği yönündedir yani daha açık olarak hâkim bir tazminat miktarı değil kanun metninde yazılı olan 3 katı tazminata hükmetmek durumundadır.²⁶⁴

Sanlı'ya göre ise hâkim sadece üç katı değil, somut olayın özelliklerine göre "iki" katı tazminata da hükmedebilmelidir.²⁶⁵

"Hakimin takdir yetkisi zarara eşit tazminat ile üç katı tazminat seçenekleri ile sınırlı değildir. Kanun'un sistemine göre kusurun derecesi tazminatın kapsamına etkide bulunduğu göre, davranışın kasıtlı ya da ağır ihmal içerisinde gerçekleştirilmesi halleri arasında fark gözetilmesi gerekir. Ayrıca kusur derecesinin

²⁶¹ Cengiz, s.404.

²⁶² Gürzumar, Panel, s.134; Aşçıoğlu, s.184; Sanlı, Haksız fiil, s.271.

²⁶³ Aslan, s.793.

²⁶⁴ Aslan, s. 795.

²⁶⁵ Sanlı, Haksız Fiil, s.270.

*yanı sıra, ihlalin ağırlığı, davalının ekonomik durumu ve diğer unsurlar da göz önünde tutulabilir. Davalının ağır ihmali içerisinde hareket ettiği bir durumda ise, üç katı tazminata hükmetmek mümkün değildir. Bu gibi bir durumda tazminatın kapsamının belirlenmesinde tamamen genel esaslar uygulama alanı bulacaktır.*²⁶⁶

Amerika Birleşik Devletleri Antitrust Hukukunda resmi kurumların açtığı davalara nazaran “treble damage action” olarak adlandırılan hukuk davaları sayısal olarak üstünlüğe sahiptir. Sherman Act 7.bölüm bu davaların açılmasına olanak sağlayan maddeleri içerir. Gül’ün kanaatine göre oranına ifadesi yerine oranında ifadesi kullanıldığı ve kanun koyucunun bir çeşit medeni ceza öngördüğünü bu yüzden birinci görüşün kanun yorumunda daha makul olacağı inancındadır.²⁶⁷

7. Tazminat Davasında Taraflar ve ispat Yükü

Her şeyden önce RKHK’da yapılan düzenleme son derece eksik ve Türkçesi bozuk anlamlı bir düzenlemedir. Davacı ve davalı sıfatlarının ayrı bir madde ile belirlenmesi düzenlenen davada kimin kime karşı dava açabileceği açık ve net bir şekilde belirtilmeliydi.²⁶⁸

a. Davacı

Rekabet ihlalleri dolayısıyla zarara uğradığını iddia eden kişi veya kişiler davacı olabilirler. Kanunda yapılan düzenleme 58. maddede yer alan rakip teşebbüsler ibaresi ile karışıklık oluştursa da 57 maddede açıkça belirtildiği gibi her kim bu kanuna aykırı bir hareketten zarar görürse zararının tazminini talep edebilir. Kanun’da davacılara ilişkin bir sınırlama öngörülmemiş olması nedeniyle, ilk bakışta zarara uğrayan herkesin, bu bağlamda mevcut ve potansiyel rakip teşebbüslerin,

²⁶⁶ Sanlı, Haksız Fiil, s.270.

²⁶⁷ Gül, s. 27 dpn.61

²⁶⁸ Aslan, s.787.

tüketicilerin ve diğer teşebbüslerin birlikte ya da tek başlarına dava açmaları mümkündür.²⁶⁹

Kimin davacı sıfatına haiz olacağının belirlenmesi tazminat hukuku açısından çok önemlidir. Kaldı ki Amerikan Rekabet Hukuku uygulamalarında mahkemeler, “doğrudan zarar”, “hedef bölge” ve “menfaat alanı” gibi testler geliştirmişler, bu yöntem belirlenerek kimlerin davacı sıfatına haiz olduğu konusunda hala rasyonel bir uygulama sağlayamamışlardır. Rakip teşebbüslerin ve tüketicilerin dışındaki diğer teşebbüslerin iddiaları pek fazla nazara alınmamakta fakat enderde olsa potansiyel rakipler gibi rakiplere davacı sıfatı tanınmaktadır. Bu gibi sıkı yöntemler sonucu davacıların tespit edilmesinin en büyük sebebi Amerikan Hukukunda var olan ve doğrudan uygulanma şansı olan 3 katı tazminat hükmünde hâkimin taktir hakkının bulunmamasıdır.²⁷⁰

Türk rekabet hukukunda 4.maddeye aykırı anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararlarından dolayı zarar gören üçüncü şahıs bahsi geçen eylemlerden dolayı ve teşebbüs birliği ile kararlarına olumlu oy verenler ve kararı uygulayan üyelere karşı dava açabilirler. Bu sayılan rekabeti engelliyici işlemleri beraber yapanlar birbirleri hakkında davacı olamazlar. 4.madde incelendiği zaman ilgili ihlallerin hiç birinin tek bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilemeyeceği açıktır. Bu nedenle kanunu birlikte ihlal edenlerin birbirlerine dava açamayacakları ortadadır.²⁷¹

Kanunun 6.maddesi aykırı uygulamalar sonucunda zarar gören kişilerden bahsetmektedir. Dolayısıyla hakim durumu kötüye kullanılan teşebbüslerde davacının davasına davalı taraf olabilecektir. 6.maddedeki zarar gören kavramı geniş tutulmuş ve hakim durumu kötüye kullananlar ve birlikte hakim durumu kötüye kullananlar zararları sonucunda birbirlerine dava açabileceklerdir.

²⁶⁹ **Sanlı Kerem Cem**, ”Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu” Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 4 Nisan 2003, s.240. **Sanlı** (Haksız Fiil)

²⁷⁰ **Sanlı**, (Haksız Fiil) s.240.

²⁷¹ **Aslan**, s. 786.

7.maddede ki yasaklanan birleşme ve devralmalar nedeniyle zarar gören kişiler, ekonomik yoğunlaşmanın taraflarına karşı dava açabilirler. 7. maddeden dolayı bir zarar oluşacaksa öncelikle rakipleri daha sonrada müşterileri etkileyecektir. Yasak olan birleşme ve devralmayı uygulamaya sokan taraftan tazminat istenebilir.

Davacı sıfatına sahip olabilecek taraflar maddi hukuka göre yani zarar kriterlerine göre belirlenmelidir. Öncelikle tazmin edilebilir bir zararın varlığı çok önemlidir çünkü her durumda tazmin edilebilir bir zarar ortaya çıkmayabilir, bu sebeptendir ki usul ekonomisi gereği her zararın tazmini ekonomik değildir. Rekabet hukukundan doğacak bir davada davacı sıfatına sahip olabilmek için dört önemli şartın varlığı aranır; ilk olarak illiyet bağı gereklidir yani ihlal edilen norm ile oluşan zarar arasında bir illiyet bağının olması şartı vardır. Eğer böyle bir bağ söz konusu değilse yani Rekabet hukukunun koruduğu değerlerin dışında ise davacılık sıfatından da bahsedilemez. İkinci olarak yansıma zararın tazmini mümkün değildir. Kanunun geniş tanımı dikkate alındığında doktrinde yansıma zararlarında tazmini mümkün olduğu yönünde görüşler olsa da kanımızca yansıma zararın tazmini mümkün değildir. Üçüncüsü ise dolaylı alıcı kuralı yer alır. Dolaylı alıcılar rekabet ihlallerinden doğan zararı fiyat atışlarına katlanmak durumundadır tamamen genelleyci bir hüküm olmamakla beraber davacı sıfatı tanınması halinde doğacak zararlar açısından düşünüldüğünde böyle bir sınırlamanın yapılması gereklilik arz etmektedir. “*Maliyet üzerinden sabit kar marjı ve sabit miktar mal alımı kayıtlarını içeren alım sözleşmelerinin yapıldığı hallerde olduğu gibi, yüksek fiyatın tamamen sonraki alıcılara yansıtıldığı hallerde, bu kişilerin davacı olduklarını kabul etmek uygun olur*”²⁷². Sonuncusu ise zararın niteliği ve niceliği zarar gören ve gördüğünü iddia edenlerin tazminat davası açmasına engel teşkil edebilir.

²⁷² Sanh, (Haksız Fiil) s.241.

b. Davalı

Tazminat davasına konu teşkil eden RKHK'na aykırı fiillerde bulunan teşebbüslere karşı RKHK'nun 57 ve 58. maddeleri gereğince dava açılabilir. 57.maddenin ilk cümlesinde belirtildiği gibi kanuna aykırı olan fiiller tazminat davasının açılmasına konu olabilir. Bir teşebbüs herhangi bir fiili ile bu kanuna aykırı eylemde bulunmadıysa ve fakat başka teşebbüslerin fiillerinden fayda ve kazanç sağladıysa sorumlu olmayacaktır. Örnek vermek gerekirse fiyat kartelinin fiyatları yükseltmesi sonucunda tamamen kartelin dışındaki bir teşebbüs kendi fiyatlarını yükselterek durumdan fayda sağlayabilir ama davalı olması mümkün değildir.

57. maddede çok isabetli ve yerinde bir terim olarak “teşebbüs” yerine “kişi veya kimse” kelimelerinin kullanıldığı görülmektedir. Rekabet hukukunda Medeni Usul Hukuku bakımından dava ehliyetine haiz olmayan birliktelikler ya da adi şirketlerde haksız fiilde bulunabilir eğer teşebbüs kelimesi kullanılsaydı, bu adi ortaklık yada tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birliktelikleri hakkında dava açılırken ehliyet sorunu ortaya çıkacaktı “kişi veya kimse” kelimesi hukuki terminoloji açısından gayet yerinde bir tercihtir.

c.Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tazminat konulu davalar genel hukuk kuralları dikkate alınarak hukuk mahkemelerinin görev alanına girdiğini söyleyebiliriz. Yetkili konusu ise taraflar arasında tazminata sebep olan ilişki dikkate alınarak belirlenmelidir. Çünkü ilgili kanun maddesi hem ilişki içinde bulunan taraflara hem de zarar gören üçüncü şahıslara dava açma hakkı vermektedir. Taraflar arasındaki anlaşmaya dayanan ihtilaflar, anlaşmanın ifa yeri (BK m. 73) mahkemesinde dava edilebilecektir. 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).

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 açılacaktır.

d.İspat Yüğü

İspat hukuku bakımından rekabet hukukuna ilişkin tazminat davalarında genel hukuk kuralları geçerlidir. Yani herkes iddiasını ispatla yükümlüdür. Zarara uğradığını iddia eden kişi iddiasını ispatla yükümlüdür. Bu aykırılıkların kaynağı kanun maddesinde yer aldığı gibi 4. 6. ve 7. maddeler olabilir. Rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem söz konusudur. Hâkim durumdaki bir işletmenin durumunu kötüye kullanarak diğer işletmelere verdiği zarar veya kanuna aykırı şekilde gerçekleşmiş bir birleşme sonucunda zarar oluşmalıdır. Bu oluşan zararın ispatı zarara uğradığını iddia eden davacıya aittir. Fakat ticari faaliyetin söz konusu olduğu bir ortamda iddiayı ispat çok zordur. RKHK'nın 4.maddesindeki uyumlu eylem karinesi hükmüne benzer bir hüküm, RKHK'nın rekabetin sınırlanmasının özel hukuka ilişkin sonuçları hakkındaki kısmında yer alan m. 59, fıkra 1'de vardır. 59.madde uyumlu davranışlarla ilgili olarak ispat yükünü kolaylaştırmıştır. Fakat 59. madde ile 4. maddedeki uyumlu eylem tanımları tamamen farklıdır. Amaç aynı olmasına rağmen böyle bir farklılık yaratılması gereksizdir. Böyle bir farklılığın bilinçli değil, Kanun yapma tekniğı hatası olarak görülmesi daha yerinde olacaktır.²⁷³

İspat yükünün davalılara geçmesi için zarar gören bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulması sonucunu veren hatta rekabetin bozulduğu izlenimi doğuran, piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına davacı tarafından sunulduğu takdirde davalı teşebbüsler rekabet kurallarını ihlal etmediklerini ispatla yükümlüdür. Böyle bir durumda bahsi geçen karine 4. madde kapsamında belirtilen uyumlu eylem

²⁷³ İnan, s.49.

karinesine benzer bir karinedir.²⁷⁴ İlgili karinenin kurucu unsuru davacı tarafın mahkemeye bazı deliller sunmasıdır. Bu delillerin uyumlu davranışa ne derece delil teşkil ettiği tamamen iktisatçıların analiz konusudur. Ülkemizde ilgili karineden yararlanılması çok zor olacaktır. Fiyatların çok kısa aralıklarla çok hızlı bir şekilde fiyat değiştirmesi fiyatlardaki kararlılığı ortadan kaldıracak. Ayrıca sayılan kanıtlar bulunması çok zor kanıtlardır, adli mahkemeler bu kadar uzmanlık gerektiren konularda günümüz şartları ve iş yükü dikkate alındığında doğru bir analiz yapmakta zorlanacaktır. Zorunlu bilirkişi kurumu olarak Rekabet Kurumunun kanunla belirtilmesi halinde bu olumsuz durum çözülecektir.

59. maddenin ikinci fıkrasında, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların her türlü delille ispatlanabileceği ifade edilmiştir. Bu hüküm, taraflara delil serbestisi kolaylığı sağlamakla birlikte, tazminat talebi için sadece rekabetin kısıtlandığının ispatlanması yeterli olmayıp, haksız fiilin diğer unsurlarının (kusur²⁷⁵, zarar, illiyet bağı vs) da ispatlanmasının gerektiği unutulmamalıdır.

İspat hukukuna ilişkin teorik tartışmalar bu çalışmanın amacı ve kapsamı dışında kalmakla birlikte, esasen katıldığım görüşe göre, maddi hukuk hükmü ile belirlenen ispat yükünün, yargılamanın devamı sırasında bir taraftan diğer tarafa gidip geldiğinden bahsetmek doğru değildir. RK m.59, f.1 örneğinde bulunduğu gibi kanunda yer alan “olay karineleri”,²⁷⁶ ispat yükünün yerini değiştirmez; yalnızca karine teşkil eden maddi vakıaların ispatının, aksi yönde tatminkâr deliller bulunmadıkça, kanun hükmünde belirtilen hukuki sonucun ispatı için yeterli olduğunu öngörür.²⁷⁷ Başka bir ifade ile kanuni karine, karinenin ispatı halinde

²⁷⁴ Aslan, s.796.

²⁷⁵ Kartel anlaşmalarında tarafların amacı rekabeti kısıtlamak olduğundan, ayrıca kusurun varlığını ispatlamaya gerek olmadığı düşünülmektedir. Buna karşılık patent-lisans sözleşmeleri veya ortak girişim anlaşmalarında, rekabetin kısıtlanması bu anlaşmaların zorunlu bir unsuru olduğundan, kusuru belirlenmesi daha zordur. Bu tür anlaşmalarda taraflar rekabetin kısıtlanacağını öngörebildikleri için, kusurlu sayılırlar ve zarar görenin kusuru kanıtlaması gerekmez. Ancak anlaşmanın taraflarının, hukuka aykırı sonucun öngörülemeyecek nitelikte olduğunu veya gerekli özenin gösterilmiş olduğunu ispatlamak suretiyle kusursuzluğunu kanıtlayabileceği kabul edilmelidir. (Akıncı, s.372)

²⁷⁶ Benzer örnekler için bkz. MK m. 31 (ölüm karinesi) ve MK m. 285, 302 (babalık karineleri).

²⁷⁷ Bilge Umar/Ejder Yılmaz, İspat Yükü, 2. Bası (İstanbul: Kazancı, 1980), s. 174-175.

“belirsizlik” durumunun, karineyi ispat etmeyi başaran taraf lehine ortadan kalktığını öngörür; yoksa belirsizlik durumunun devamına rağmen karşı taraf aleyhine hüküm verilmesini sağlamaz.²⁷⁸

Zararın belirtilmesi ve nasıl kanıtlanacağı Kanun’da gösterilmiştir. RKHK’nun 58. maddesinde açıkça “Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar geçmiş yıllara ait bilânçolar da dikkate alınarak hesaplanır.” Açık bir şekilde geçmiş bilânçoları belirterek eğer zarar gören uğradığı zararı kendi alıcılarına yansıtabilmiş ise zararın varlığından söz edilemeyecektir.²⁷⁹ Bu deliller sadece bilânçolarla kısıtlı değildir, başka geçerli delillerin kullanılması da mümkündür. 59. maddede” rekabetin sınırlayıcı anlaşmalar, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.” İbaresini oldukça hatalı ve sakıncalıdır, kanun metninde zaten hakim durumun kötüye kullanımı ve rekabeti bozucu bir anlaşmanın olduğu haller her türlü delille ispatlanabilir. Dolayısıyla bunun tekrar kaleme alınması sırasında yanlış kaleme alınmıştır. Kanun maddesinde geçen “rekabeti sınırlayıcı uygulamalar” terimi rekabet hukukuna ait bir terim değildir. Kaldı ki ilgili maddede tekrar 6. maddedeki hakim durumun kötüye kullanılması tamamen dışlanmıştır. Tabii ki yine kanun metninin ruhu göz önüne alındığında böyle bir şey düşünmek imkânsızdır.²⁸⁰

Kanun metni hazırlanırken yapılan bir diğer yanlış ise 4.madde metninde “*Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.*” İfadesinin içindeki gerçeklere dayanmak teriminin harf hatası sonucu yanlış yazılmasıdır. Bu metnin aslı “*gerekçeler*” olacaktır.²⁸¹

²⁷⁸ Krş. **Sema Taşpınar**, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 45, sayı 1-4 (1996), s. 534-572, s. 562 – 563.

²⁷⁹ **Aslan**, s.796.

²⁸⁰ **İnan**, s.49.

²⁸¹ **Aslan**, s.796., **Sanlı** (Haksız Fiil) s.235.

Tüm bu açıklamalar ışığında davacının zararını ispatlaması ve gerçekçi bir miktarın belirlenmesi açısından bilirkişilik kurumu büyük bir önem kazanacaktır. Davacının belirttiği zararın ispatlanabilmesi durumu davacı açısından kolaylaştırılmış fakat iddiasının hâkim tarafından tespiti oldukça zordur. Adli yargı üstündeki iş yükü düşünüldüğünde hâkimin bu kadar uzmanlık ve iktisat gibi farklı bilim dallarında uzmanlık gerektiren bir konuda tek başına karar vermesi oldukça zordur. Yapılanca bir kanun değişikliği ile ilgili tazminat davalarında, zorunlu bilirkişi olarak Rekabet Kurumunun görüşünün alınması şartının getirilmesi hakimin işini kolaylaştıracak ve adalet kavramının temellerini sağlamlaştıracaktır.

8.Sorumluluk Kavramı ve RKHK'daki niteliği

a.Genel Olarak Sorumluluk Türleri

Hukuki sorumluluk türleri “kusur sorumluluğu”, “sebepl sorumluluğu” ve “hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk” veya “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi” olmak üzere üçe ayrılır.²⁸² Aslen İsviçre hukukunda kusur ve sebepl sorumluluğu kabul edilmiştir fakat fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin unsurları kusur ve sebepl sorumluluğundan farklı nitelik taşıması sebebiyle sayılan iki sorumluluk türünden farklı ve bağımsız²⁸³ olarak incelenecektir.

aa. Kusur Sorumluluğu

Bir diğer ismi de dar anlamda haksız fiil sorumluluğudur. Sorumluluk türlerinin en yaygın ve geniş olanı kusur sorumluluğudur. Kusur sorumluluğu denmesinin sebebi, sorumluluk zarar veren kişinin kusurlu davranışlarından kaynaklanmaktadır bu sebepten kusur sorumluluğu denmiştir. Doktrinde “sübjektif sorumluluk” denmesinin sebebi, zarar verici davranış belirli bir kişiye yani bir süjeye

²⁸² Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006. s.484.

²⁸³ Eren, s.447

bağlanmasıdır. Bu sorumluluk türü çeşitli hukuk sistemlerinde genellikle kusur sorumluluğu denmektedir.²⁸⁴

Günümüzde pek çok hukuk sisteminde kusur sorumluluğu genel kuralı teşkil ederken tehlike ve sebep sorumluluğu gibi sorumluluk türleri istisna olarak hukuk sistemlerindeki yerlerini korumaktadır. Fakat teknolojik ve kültürel gelişmeler sonucunda batı toplumlarında yapılan yeni özel kanunlarla pek çok tehlike sorumluluğu halleri kapsam ve uygulama yönünden düzenlenmiştir.²⁸⁵

Hukuka genel ahlaka aykırı olarak yapılan bir fiilden bir kimsenin sorumlu olabilmesi için şahsın kusurlu olması gerektiğini kabul eden nazire kusur naziresidir. Bu nazireye göre, haksız bir fiil yapan şahsın kusuru yoksa, yani fiil yapılırken kasıtlı hareket etmemiş, herhangi bir ihmali de mevcut değilse, onu meydana gelen zarardan sorumlu tutmak mümkün değildir.²⁸⁶

Kusur sorumluluğunda sorumluluğun oluşmasının en önemli unsuru, kusurdur. Bu sorumluluk türünde “kusur olmadan sorumluluk olmaz” ilkesi geçerlidir.²⁸⁷ Kusur sorumluluğunun dört ana unsuru vardır, bunlardan en önemli ve kurucu olanı kusurdur diğer üçü ise zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurlarıdır. Hiçbir kusuru bulunmayan bir kimseyi bir tazmine yükümü kılmak, ceza hukukunda bir masumu cezaya çarptırmaktan farksızdır.²⁸⁸

19.yy hâkim olan kusur dogmasına göre, sorumluluğu kuran ve haklı gösteren tek sebep, kusurdur. Alman hukukçusu Jhering “ tazminat borcunu doğuran, zarar değil, kusurdur.” demiştir.²⁸⁹ 19.yy da kusur dogması Roma hukukunda bile görülmeyen şekilde mutlak ve sübjektif şekilde yorumlanmıştır.²⁹⁰

²⁸⁴ Tandoğan, s.11.

²⁸⁵ Eren, s.447

²⁸⁶ Önen, s.124.

²⁸⁷ Eren, s.448.

²⁸⁸ Tandoğan, s.11., Oğuzman/Öz, s.484.

²⁸⁹ Eren, s.448.

²⁹⁰ Eren, s.448.,Tandoğan, s.11.

Kusur kavramının olumlu ve olumsuz etkileri mevcuttur. Zarar veren sadece kusurunun mevcut olduğu hallerde sorumlu olacak ve bu sebepten dolayı daha temkinli davranma eğilimi gösterecektir, bu durum kusur sorumluluğunda kusuru olumlu etkisini oluşturmaktadır. Olumsuz etki ise kusurun mevcut olmadığı hallerdir. Kusur mevcut değil ise doğal bir sonuç olarak sorumlulukta doğmayacaktır. Yani zarar verenin kusuru yoksa sorumluda olmayacaktır.²⁹¹

Eren'e göre "Kusur sorumluluğu adalete uygun olup, gerekçesini, kusurun, zarar verenin ahlaki veya hukuki yönden kınanabilir bir davranışı olarak nitelendirilmesinde bulmaktadır. Kusur, hukuk düzenince kınanan bir davranış olduğuna göre, böyle bir davranış sonucunda başkasına zarar veren bir kimse bu olumsuz sonuca bizzat katlanmalı, zararı gidermelidir. Gerçekten zararlı sonucu pasif durumdaki zarar gören değil, hukuken onaylanmayan, hoş görülmeven davranışıyla zarar veren meydana getirdiğine göre, buna onun katlanması, adalet duygularını tatmin eder."²⁹²

Tandoğan'a göre ise "Tazminat Yükümlülüğünü kusura dayandırmak adalete uygundur; zira bir kimse önceden görebileceği bir zarara sebep olmuşsa kendisi ahlaki açıdan kınanabilir. Buna karşılık, iradesi hukuka aykırı bir sonuca yönelmemiş olan bir zararın ortaya çıkmaması için halin gerektirdiği önlemleri alan bir kimseyi kınamak mümkün değildir; bu yüzden, onu tazminat yükümlülüğü altına sokmak doğru olmaz."²⁹³

bb.Sebep Sorumluluğu

aaa. Sebep Sorumluluğu Türleri

Sebep sorumluluğu, "olağan sebep sorumluluğu" ve "tehlike sorumluluğu" olmak üzere ikiye ayrılır. Doktrinde bu ikili ayırım genel kabul görse de " hakkaniyet

²⁹¹ Eren, s.448., Oğuzman/Öz, s.484

²⁹² Eren, s.449.

²⁹³ Tandoğan, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s.1.

sorumluluğu- nezaret sorumluluğu- tehlike sorumluluğu” olmak üzere üçlü ayırım yapanlarda vardır.²⁹⁴ Sebep sorumluluğu hallerinin ortak noktalarını kısaca inceliysek olursak, dört ortak nokta ile karşılaşırız.

Sorumluluk şartları, sorumluluğu düzenleyen hükümlerin her birinde ayrı ayrı belirtilmiştir. Her birinde sorumluluğun kapsamı, bu husustaki şartları belirleyen hükmün (normun) koruma amacı ile sınırlıdır. Bu sınırın dışında kalan zararların tazmini hükmün kapsamı dışında kalır. Diğer bir ifade ile kanunun koruma amacı ile zarar arasında bağ bulunmalıdır. Bunu sorumluluğa yol açan olayla zarar arasındaki illiyet bağı ile karıştırmamak gerekir.

Kusursuz sorumluluğu gerektiren şartların varlığını ispat mağdura düşer. Davacının ispat yükünü yerine getirdiği kabul edilen hallerde davalı, sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak bir sebebin varlığını iddia ederse, bu iddiasını ispat etmelidir. Bu hususta kanun, özen yükümlülüğüne dayanan sorumluluklarda, “gerekli özeni gösterse idi dahi zararın gene de meydana geleceğini” ispat eden davalının sorumlu olmayacağını kabul etmektedir. Böyle bir kurtuluş imkânı tanınmamış olan hallerde dahi zararın bir mücbir sebepten, mağdurun veya üçüncü bir şahsın ağır kusurundan ileri geldiğinin ispatı genellikle davalıyı sorumluluktan kurtarır.

Zararın tespiti, tazminatın tayini, yetkili mahkeme, zamanaşımı konularında, kusursuz sorumluluğu düzenleyen hükümlerde aksi belirtilmemiş olmadıkça, Borçlar Kanununun kusura dayanan sorumluluk hükümleri (BK. m.. 42-49, 60) uygulanır.

Kusur aranmayan sorumluluk hükümlerine göre, maddi ve manevi tazminat talep etmek mümkündür. Manevi tazminata ilişkin özel hükümler, kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin hükümlerin şartlarının gerçekleşmesi üzerine manevi tazminat talep etme imkânı bakımından bir fark yaratmaz.²⁹⁵

²⁹⁴ Oğuzman/Öz, s. 588.

²⁹⁵ Oğuzman Kemal, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2000, s.568-569

ii) Olağan Sebep Sorumluluğu

Tehlike sorumluluğu dışında kalan sebep sorumluluğu halleri, olağan sebep sorumluluğudur. Olağan sebep sorumluluğu hallerinin tamamına ilişkin genel bir kural ve düzenleme getirmiş değildir. Sorumlu kişinin ya belirli bir kişi veya kişiler ya da bir şey üzerinde haiz olduğu hâkimiyet ilişkisinden doğmaktadır. Her şeyden önce sorumlu kişiye, sorumluluğun kaynaklandığı kişi veya şey üzerinde bir denetim veya gözetim ödevi yüklemiştir.²⁹⁶ Bu denetim veya gözetim ödevini yerine getirilmediği hallerde sorumlu kişi meydana gelen zararı gidermek zorundadır.²⁹⁷ Kanun koyucu bazı olağan sebep sorumluluğu hallerini ağırlaştırmış ve böylece sorumlu kişiye özen kanıtı ve dolayısıyla sorumluluktan kurtulma imkânı sağlamıştır.

Olağan sebep sorumluluğu halleri kısaca, BK.m.55 adam çalıştırmanın sorumluluğu, BK. m.56 hayvan tutucusunun sorumluluğu, MK. m. 369/I ev başkanının sorumluluğu, BK. m. 54. ayırt etme gücünü haiz olmayan kişilerin verdiği zarardan sorumluluk, BK. m.58–59. yapı eseri malikinin sorumluluğu, MK.m.730 taşınmaz malikinin sorumluluğudur.²⁹⁸

iii) Tehlike Sorumluluğu

Sebep sorumluluğunun ikinci türü tehlike sorumluluğudur. Sorumlu aleyhine ağırlaştırılmış bir sorumluluk türüdür. Terminolojide “ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu” veya “ağırlaştırılmış objektif sorumluluk” olarak yer alır.²⁹⁹ Tehlike sorumluluğu modern çağın özellikle sanayi ve teknoloji devriminin bir ürünüdür. Tehlike sorumluluğu kendi içinde sorumluluğu doğrudan kaynak itibarıyla işletme sorumluluğu ve işletme dışı sorumluluk olmak üzere ikiye ayırır. İşletme sorumluluğu kural işletme dışı tehlike sorumluluğu istisnadır. Batı ülkelerinde başlıca tehlike sorumluluğu halleri demiryolu, gemi, posta, sivil hava aracı, motorlu araç, atom tesisi, elektrik gaz patlayıcı madde üreten, depolayan veya kullanan tesis

²⁹⁶ Eren, 574.

²⁹⁷ Oğuzman/Öz, s. 588. , Kılıçoğlu, s. 383, Eren, 574.

²⁹⁸ Eren, 573–630.

²⁹⁹ Kılıçoğlu, s. 453.

ve işletmelerin işletmeci ve sahiplerinin bu işletme ve tesis nedeniyle tabi tutuldukları sorumluluktur. Bu hallerde işletme sorumluluğu söz konusu olur.³⁰⁰ Aracın veya tesisin işletilmesi tek başına bir sorumluluk kaynağıdır. Tehlike sorumluluğunda sebep olunan zararlar ağırdır. Nesne ya da faaliyet tehlike eğilimini her an taşımaktadır. Bu sebeptendir ki sorumluluk ölçüsü ağırlaştırılmıştır.³⁰¹ İşletme dışı sorumluluğa ise avcılarının avlanmalarından dolayı yada devletin askeri manevralara ve tatbikatlarından doğan zarardan sorumluluğu örnek gösterilebilir.³⁰² İşletme dışı sorumluluğun kaynağı bir işletme değil, bir faaliyettir.

Ülkemizdeki tehlike sorumluluğu halleri batı ülkelerine nazaran çok sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir. Bunlar 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre motorlu araç işletmenin sorumluluğu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununa göre sivil hava aracı işletenin sorumluluğu ile 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununa göre, devletin askeri manevralar ve atışlardan dolayı sorumluluğudur.

b- RKHK'nın öngördüğü Sorumluluk

Tazminatın niteliği itibariyle incelenmesi öncelikle genel hükümleri içeren Borçlar Kanunu'nun tazminata ilişkin genel hükümler ile bağlantılıdır. BK 43/I. maddesinde “ *Hâkim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin eyer.*” hükmü yer alır. İlgili hükümden açıkça anlaşılacağı üzere hâkim “hal ve mevkiin icabına” ve “kusurun ağırlık derecesini” göz önüne alarak, zararı karşılamanın ideal yolunun nakten mi yoksa aynen mi olacağına karar verir. Böyle bir maddenin varlığı hâkimin davacının talebiyle bağlı olmadığı sonucunu çıkarır.³⁰³

³⁰⁰ Eren, s.631.

³⁰¹ Kılıçoğlu, s. 453.

³⁰² Tandoğan, s.26.

³⁰³ Eren, s.707.

RKHK'nun 58. maddesinde hem fiili zararın hem de yoksun kalınan kârın nakden tazmin edilebileceği belirtilmiştir. Tazminatı oluşturan konu Rekabet hukukundan kaynaklanınca tazmin şeklinin nakden olması gerektiği düşünülebilir. Ancak bazı durumlarda istisnalar oluşmaktadır. Gıda sektöründe yaşanan bazı rekabet ihlallerinde zarara uğrayan ve gıda maddeleri bozularak kullanılmaz hale gelen bir teşebbüs çeşitli nedenlerle bu maddenin aynen ifasını mahkemeden talep edebilir. RKHK'nun ilgili maddesi aynen ifayı yasaklayan bir içeriğe sahip değildir.³⁰⁴ Kanımızca RKHK'nun ihlalinden doğan tazminat davalarında davacının talebi nakden veya aynen tazmin yönünde olabilir fakat kanunlar ile sabit olan konu bu tazminatın aynen mi nakden mi olacağı hâkimin takdirindedir.

Bir diğer nokta ise bu sorumluluğun kusura dayan bir sorumluluk mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğunun tartışılması gereklidir. Kusur ve sorumluluğu hallerini yukarıda geniş bir şekilde anlatmamızın amacı Rekabet hukukundan doğan sorumluluğun niteliği konusunda oluşabilecek karışıklıkları ortadan kaldırmaktır.

RKHK'nın ilgili maddeleri incelendiğinde ortaya açıkça çıkmaktadır ki herhangi bir eylem ve anlaşmalar sonucu rekabet ihlali sonucunu doğuruyorsa, bu eylem ve anlaşmalar rekabet ihlali amacı taşıyıp taşıyamamasının bir önemi yoktur, RKHK'nın kapsamına girer. Bundan dolayı rekabeti ihlal amacı taşımayan anlaşmalar eğer etkileri sebebiyle rekabet ihlali sonucunu doğuruyorsa RKHK'nın 7. maddesi kapsamında değerlendirilecektir. Yani teşebbüsler rekabet ihlallerini iki şekilde yapabilirler bunlardan birincisi direk piyasadaki rekabet ortamını zedelemek ve rekabet düzenini ihlal amacı taşıyabilirler, bu durumda kasıtları mevcuttur. Bir diğer olasılık ise amaçları rekabet ortamını bozmak olmadığı halde rekabet düzenini ihlal amacı taşımadan yapmış oldukları davranış veya anlaşma sonucunda ihlallere neden olması sonucunda ihmallerisöz konusu olacaktır.

³⁰⁴ Cengiz, s.397.

RKHK'nın 58. maddesinde açıkça kast ve ağır ihmalden bahsedilmiştir, fakat hafif ihmalden bahsedilmemiştir dolayısıyla hafif ihmalin söz konusu olduğu hallerde RKHK'nın 58/1.maddesine yararlanılarak tazminata hükmedilecektir.³⁰⁵

Fakat Topçuoğlu'na göre kusursuz sorumluluk hali ortaya çıktığı hallerde RKHK'nın 57.maddesi kusursuz sorumluluk halinde ortaya çıkan zararın tazminini düzenlemektedir.³⁰⁶ Rekabet hukukunun adalet duygusunu ve hakkaniyete uygun bir şekilde yorumlanıp bu şekilde uygulanması hem kusur anlayışının Rekabet hukukunda değer kazanmasına hem de farkında olmadan rekabet düzenini ihlal edenler ile bilerek ve isteyerek edenlerin birbirinden ayrılmasını sağlayacaktır. Fakat her ne kadar böyle bir düşünce var ise de kusursuz sorumluluk hallerinin kanunda açıkça yazılmış olduğu sebebiyle Rekabet hukukundaki Tazminat kusur sorumluluğa dayanan bir hukuki sorumluluktur.³⁰⁷ Fakat Rekabet Kurulunun aldığı kararlardan bir tanesinde farklı bir yorumun mevcut olması kusursuz sorumluluk ile kusur sorumluluğunun bir arada bulunduğu ve belli hallerde kusur sorumluluğu uygulanırken belli hallerde kusursuz sorumluluk kurallarının uygulanabileceği düşüncesi yaratmaktadır.

Özellikle piyasa düzenin korunması ve toplum açısından rekabet ortamının yararları düşünüldüğünde rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarında kusur sorumluluğu aranması şarttır.

Rekabet hukukunun bu konudaki geniş düzenlemesi farklı görüşlerin oluşmasına sebep olmuştur.³⁰⁸ Örneğin aynı maddi Rekabet hukuku normlarının uygulandığı ülkelerden İngiliz Hukukunda kusur aranmazken, Alman, Fransız, Yunan, İsviçre Hukuklarında sorumluluğun doğması için kusurun varlığı gerekli görülmektedir. Amerikan Hukukunda da kusur, sorumluluğun bir şartı olarak

³⁰⁵ Güven, s.597.

³⁰⁶ Topçuoğlu, s. 299.

³⁰⁷ Topçuoğlu, s.299.

³⁰⁸ Eroğlu Sevilay, "Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması", Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s.215; İnan Nurkut, "Rekabet Hukukunun Uygulanmasında Adli Mahkemelerin Rolü", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara 2002, s.607,608.; Sanlı, 224.

aranmamaktadır.³⁰⁹ Tabî ki kartel anlaşmaları gibi durumlarda hukuka aykırılık ortada ve nettir. Fakat açık ihlallerin söz konusu olmadığı, davranışın ancak piyasadaki etkilerinin değerlendirilmesi ile hukuka aykırı olarak kabul edildiği hallerde durumun nasıl değerlendirileceği ve kusurun önemi tartışmalı bir konudur. Rekabet Kurulu 99-13/99-40 sayılı kararında “ *Rekabeti engelleyici sınırlayıcı, bozucu amaç ya da etkinin tarafların kastı ile gerçekleştirilmiş olup olmamasının 4054 Sayılı Kanun’un 4.maddesinin uygulanabilmesi açısından önem taşımamakta, kast, ihmal veya kusur, gibi taraf iradelerine ilişkin sübjektif değerlendirmeler, aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır. Ancak, bu husus ihlalin ağırlığı, süresi ile birlikte taraflar hakkında hükmedilecek ceza miktarının tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır.*” kusursuz sorumluluğun kabulü için bir gerekçe olarak sayılabilir.

Toplumun yararı için var olan bir hukuk sisteminde kusursuz sorumluluğun var olmadığını düşünmek hukuk mantığı açısından imkânsızdır. Unutmamak gerekir ki ilgili kanun maddesinde “zarar görenlerin” kelimelerinin kullanılmasıyla üçüncü kişilere karşı bir sorumluluk doğmaktadır. Tarafların kusuru, ancak kendi aralarındaki sorumluluk açısından önemli olabilir. Fakat üçüncü kişilere karşı sorumluluk bakımından hukuka aykırı faaliyetleri yürüten teşebbüslerin kusurlu olup olmamaları tazmin yükümlülüğüne etki etmez. . Yasak faaliyetlerin icrasının, tüketici veya rakip teşebbüslerin (uygun illiyet bağı içerisinde) zarara maruz kalmalarına sebep olması tek ve yeterli şarttır. Fakat üç kat tazminat yükümlülüğünün gündeme gelebilmesi, Kanunu ihlalin, tarafların kastı veya ağır ihmali neticesinde gerçekleşmiş olması şartına bağlıdır (m. 58/2). Şu halde Kanunumuzun tazminat sorumluluğunda tarafların kusurunu, sadece üç kat tazminat hali ile sınırlı olarak dikkate aldığı söylenebilir.³¹⁰

³⁰⁹ Sanlı, (Haksız Fiil), s.224.

³¹⁰ Topçuoğlu, s. 308.

c.Müteselsil Sorumluluk

57.maddenin son cümlesi tazminat hakkı konusunda tazmin etme yükümlülüğü, kanunun herhangi bir hükmünün birden fazla kişi ya da teşebbüs tarafından ihlali halinde, bu kişi ya da teşebbüslere müteselsil sorumluluk yüklemiştir. Belirtmek gerekir ki, müteselsil sorumluluk, birden fazla kişinin veya teşebbüsün ortaklaşa davranışıyla bir tek veya aynı zararın, yani sebepler açısından bölünmeyen, bir zararın meydana gelmesi durumunda müteselsil sorumluluk söz konusudur.³¹¹ Rekabet kanununun 4. maddesi veya birlikte hakim durumla ilgili hükümlerinin ihlali ve bu ihlal sonucu ortaya çıkan zararın varlığı durumunda birden fazla davalı olacağı açıktır. Nitekim Kanun'un 57. maddesi bunu: "*Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur*" şeklindeki hüküm ile açıkça düzenlemiştir. Rekabet hukukunu birlikte ihlal eden teşebbüsler, katılma payları ne olursa olsun zararın tamamından birlikte sorumludur. Bu durumda genel hükümler çerçevesinde dava bu teşebbüslerden birine, birkaçına ya da hepsine karşı açılabilir.

RKHK'nın 57.maddesi ve BK 50.maddesinin birinci fıkrası gereği, müteselsil sorumluluk uygulanabilmesi için, birden fazla kişinin ortak bir kusurla haksız fiil işlemleri gerekmektedir. Bu kişilerin bazılarının kast bazılarının ihmali derecesinde sorumlu olmaları sonucu değiştirmez. Önemli olan nokta zarara sebep olan kişilerin önceden birbirleriyle işbirliği yapmaları en azından birbirlerinin davranışlarından haberdar olmalarıdır. Bu bağlamda, ortak kusurla hareket etmiş olmaları koşuluyla, birden fazla kişinin haksız fiildeki veya rekabet ihlali eylemindeki rolüne bakılmadan her biri müteselsilen sorumlu olacaktır.³¹²

Müteselsil sorumluluk kapsamında, sorumlulardan her biri BK 43. ve 44.maddelere dayanarak tazminatın kendi kusuru oranında azaltılmasını talep etmesi durumunda ve ilgili maddelerde bulunan tazminatın kendisi için azaltılmasını gerektiren hukuki nedenlerden birinin varlığını ileri sürmesi durumunda tazminatın

³¹¹ Tekinay /Akman /Burcuoğlu/Altop, s. 697.

³¹² Cengiz, s.412.

azaltılıp azaltılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. RKHK'nın çerçevesinde düşünüldüğünde bu durum bir sorun teşkil edecektir. Öğretinin sahip olduğu egemen görüş bu olanağı reddetmektir. Bu görüşü savunanların en büyük dayanağı en fazla kusurlu olan sorumluluklarının tazminatını ödemekten aciz durumda buldukları taktirde, bu riskin, zarar görene yüklenmesinin doğru olmayacağıdır.³¹³ Sorumluluğun risklerinin zarar görenin değil, zarar verenin taşınması gerektiği tercih edilmeli ve tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenler sorumluların kendi aralarındaki rücu hakları çerçevesinde dikkate alınmalıdır. Zaten kanun müteselsil sorumluluk ilkesini kabul ederken amacını bu yönde belirlemiştir. Kaldı ki sorumlulardan her birine özel koşullara göre tazminat miktarı belirlenmesi müteselsil sorumluluğun dışında bir kavramdır.

Müteselsil sorumluluk konusunda kompleks karteller alanında, failerin ortaklaşa olarak işledikleri ve sebep açısından bölünemeyen zarar, eylemin ait olduğu zaman dilimi bakımından bölünebiliyorsa, açık ifade ile zararın hangi zaman diliminde karteğe katılan üyelerin eylemleri ile gerçekleştiği saptanabiliyorsa, failer gene müteselsilen ancak faaliyette buldukları zaman dilimiyle sınırlı olarak meydana gelen zaman diliminden sorumlu olacaklardır. Zararın tamamından her teşebbüsü tespit edilebiliyor olmasına rağmen sorumlu tutmak hakkaniyete aykırı ve adil olmaz, kanundaki düzenlemenin de amacını aşan bir uygulama olur.

9. Uygulamada 4054 Sayılı Kanun Çerçevesinde Tazminat Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Ülkemizde Rekabet hukukunun ihlali sonucu açılan tazminat davalarına çok sık rastlanmamaktadır. Fakat açılan birkaç dava ve bu davalar hakkında Yargıtay'ın verdiği kararlardan adli yargının tutumu hakkında bilgi edinmek mümkündür. Yargıtay 19.Hukuk dairesi 1999 yılında RKHK'nın 6.maddesinin ihlalinden kaynaklanan bir tazminat davasına ilişkin kararında³¹⁴ “..... *tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 Sayılı Yasanın yetkili kıldığı Rekabet Kurulu*

³¹³ Tekinay /Akman /Burcuoğlu/Altop, s. 702.

³¹⁴ Yargıtay 19. HD 01.11.1999 1999/3350 E., 1999/6364 K.

tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumu'na başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa yapılacak başvurunun ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir” şeklinde karar verilmiştir.

Yine aynı dairenin³¹⁵, “..... Rekabet Kurulu'nun 21.12.1999 tarih 1999-58/624-398 sayılı kararı ile davalının 4054 Sayılı Yasaya aykırı bir eyleminin bulunmadığı saptandığından, anılan Kanun'un 58. maddesindeki tazminata hükmedilmesi koşullarının da oluşmamış olmasına..... 4054 Sayılı Yasaya aykırılık dolayısıyla açılan idari davanın sonucunun da beklenmesine yer olmadığından davanın reddine karar verilmek gerekirken yazılı gerekçeyle karar verilmesi isabetli görülmemiştir.” yönünde karar vermişse de karşı oy yazısı Yargıtay'ın konu hakkındaki görüşünün kronolojik bir sıra ile yavaş yavaş değiştiğinin açık bir örneğidir. Karşı oy yazısı “.....böyle bir tazminata karar verilebilmesi için öncelikle anılan yasanın yetkili kıldığı Rekabet Kurulu tarafından 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğinin saptanması gerekir. Rekabet Kurulunun rekabet ihlali yönünde usulen kesinleşmiş bir kararı bulunması halinde mahkemece bu ihlalden dolayı uğranılan zarar tespit edilerek hükme bağlanacaktır.Yasa rekabet ihlalinin tespiti yönünden Rekabet Kurulunu yetkili kıldığından çelişkili kararların ortaya çıkmaması için adli mahkemelerin Rekabet Kurulunun vereceği kararı beklemesi gerekir. Dairemizin 1.11.1999 gün ve 3350/6864 Sayılı kararında da bu görüş benimsenmiş ve Rekabet Kuruluna başvurunun tazminat davasında ön mesele olduğu, bu nedenle başvurunun sonucunun beklenmesi gerektiği kabul edilmiştir..... somut olayda.... (Rekabet Kurulunun verdiği)... karara karşı idari yargı yoluna başvurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece idari davanın ön mesele olarak sonucu beklenip, tüm delillerin birlikte değerlendirilerek bir karar vermesi gerekirken, bu yönün düşünülmemesi isabetli olmadığından hükmün bu gerekçeyle bozulması gerektiği görüşümdedir....” şeklindedir. Açıkça anlaşılacağı üzere ön mesele sorunu ortaya

³¹⁵ Yargıtay 19. HD 29.11.2002 E. 2002/2827, K.2002/7580

çıkmaktadır. Bunlardan ilki Yargıtay'ın Rekabet Kurulu kararlarının ve bu karara karşı Danıştay'a başvurulmuş ise Danıştay'ın kararının beklenmesi gerekip gerekmediğine ilişkin görüştür. İlk karardan açıkça anlaşıldığı üzere Rekabet Kuruluna bir başvuru yapılıp yapılmadığını yapılmamış ise yapılacak başvurunun ön mesele olarak sonucun beklenmesi gerektiği inancındadır. İkinci kararda ise farklı olan durum zaten bir başvurunun yapılmış ve Rekabet Kurulu tarafından bir karar verilmiştir.³¹⁶ Yukarıdaki karşı oy yazısında her ne kadar Rekabet Kurulunun kararı ön mesele olarak değerlendirilse de çoğunluğun görüşü bu yönde olmamıştır. Ön mesele yapılmasını makul bulmayan bir diğer görüş ise Sanlı'ya aittir.³¹⁷

“Kanun Rekabet hukukunun uygulanmasında asıl olarak Rekabet Kurumu’nu yetkili kıldıysa da, münhasır yetkili olduğunu belirtmemiştir. Kanun’da bu yönde bir hüküm bulunmadığı gibi, bu tür bir yorumun benimsenmesi özel hukuk yaptırımlarıyla izlenen amaca da uygun değildir. Zira tazminat davası ile amaçlanan Rekabet hukukunun etkin ve yaygın bir şekilde uygulanması ve bu arada Kurum’un iş yükünün hafifletilmesidir. Her durumda Kurum’un ve hatta iptal davası açılması halinde Danıştay’ın kararının beklenmesi, bu kararların alınmasının üç seneye kadar uzaması nedeniyle, yaptırım sisteminden beklenen etkinliği ve caydırıcılığı ortadan kaldıracaktır. Ayrıca bu yaklaşım Rekabet hukukunun mahkemeler tarafından tatbik edilmesini neredeyse imkânsız hale getirir.”

Hukuken Sanlı'nın görüşüne katılmamak mümkün değildir. Fakat ülkemizin adli yapılanması, adli mahkemelerin iş yükü ve rekabet hukukunun gerektirdiği uzmanlık düşünüldüğünde rekabet kurumu kararlarının bir ön mesele yapılmasının da haklı yanlarının olduğunu düşünmemek elde değildir. Pozitif hukuk açısından her ne kadar gerekli olmasa da adaletin sağlanabilmesi için gereklidir.³¹⁸ Yargı sistemlerinde birbirine çelişen kararların bulunması yargı sistemine temelden zarar vermektedir. Dolayısıyla rekabet kurulu kararlarının bir ön mesele yapılarak çelişkili kararların verilmesinin engellenmesi tüm rekabet hukukuna aykırılık kararlarının tek

³¹⁶ RKK, San Motorlu Araçlar Ticaret/ Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. , Dosya Sayısı: D4/1/M.H.A.-99/1 (Önarastırma), Karar Sayısı: 99-58/624-398, Karar Tarihi: 21.12.1999, www.rekabet.gov.tr (25.04.2007)

³¹⁷ Sanlı(Haksız Fiil), s.243.

³¹⁸ Arslan, s.415,416.

elden çıkması ve bu kararlar üstüne adli mahkemelerde kararların inşa edilmesi yargıda birliği sağlayacaktır.³¹⁹

Yukarıda bahsi geçen konuda rekabet kurumunun kararının iptali yönünde Danıştay'a başvuruda bulunulmuş ve Danıştay kararın beklenmesine gerek yoktur demiştir. Fakat Danıştay'a rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle yapılan başvuruda, şikâyet dilekçesinde ileri sürülen iddialarla ilgili olarak yeterli inceleme ve araştırma yapılmaması, ileri sürülen iddiaların eksik inceleme ve araştırma sonucunda ciddi bulunmayarak soruşturma açılmaması yönünden alınan Rekabet Kurulu kararının iptaline karar vermiştir.³²⁰ İlginç olan kısım ise Danıştay'ın bu kararı ile Yargıtay'ın vermiş olduğu karar dayanaksız kalmıştır. Çünkü Rekabet Kurulunun kararının iptali ile karar verildiği andan itibaren hiçbir etki doğurmayacaktır. Yargıtay eğer konuyu genel hukuk kuralları çerçevesinde inceleyecek olsaydı konu tamamen bir tazminat davası olarak HUMK normlarında incelenmeli ve ön mesele problemi kompleks hale getirecektir. Çünkü RKHK'nında ön mesele ile ilgili hiçbir düzenleme mevcut değildir. Zorunlu bekletici sebep olarak kabul edemeyeceğimiz açıkça ortadadır. Çünkü bunu belirleyen bir norm yoktur. Fakat bu durum ihtiyari bekletici sorun olarak kabul edilmelidir. Bu nedenledir ki bekletici mesele yapılmasında HUMK açısından bir problem oluşturmayacaktır. Rekabet Kurulu kararlarına karşı Danıştay'a başvurulmuş ise bir problem olmayacaktır çünkü adli yargı önündeki davalarda İdare Mahkemelerinde açılan davalar bekletici mesele yapılabilir ve bunun tam aksi yönde de bekletici mesele yapılmasına imkân tanınmaktadır.³²¹ Dolayısıyla bu durumdaki sorun hali hazırda Rekabet Kurulu tarafından incelenen bir durum adli yargı organları karşısında nasıl değerlendirileceği olacaktır. Olaylar arsında mahkeme kararını etkileyecek bir bağ olması bile Kurul kararının bekletici mesele yapılması için bir sebep oluşturacaktır.³²² Doktrinde bir hukuk davası ile ilgili ve sonucuna tesir edecek bir olay mahkeme kapsamında bile

³¹⁹ Güven, s.611.

³²⁰ Danıştay 10.Dairesi, 7.10.2003 E. 2002/4519, K. 2003/3811.

³²¹ Daha detaylı bilgi için Bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı 2001, Demir Müşavirlik ve Yayıncılık Yayın No:4 s.3207 vd.

³²² Güven, s.611.

olmasa bekletici mesele yapılabileceği ifade edilmektedir.³²³ Sanlı tam aksi bir görüşle Rekabet Kurulunun Danıştay'a nazaran daha yetkin bir durumda olduğunu ve Kurul tarafından verilen bir kararın Danıştay'ın kararının beklenmesinin pek bir fayda sağlamayacağından bahsetmektedir.³²⁴

Doktrinde, adli yargıda açılacak tazminat davalarında aynı konuda Rekabet Kurulu'nun soruşturma açmış olması halinde, mahkemenin Rekabet Kurulu kararının beklenmesine karar verilmesi, başka bir ifade ile mahkemenin konuyu bekletici mesele yapması gerektiği görüşü bulunmakla birlikte, yine mahkemenin genel olarak meseleyi, ihtiyari bekletici sorun olarak kabul ederek konu ile ilgili Rekabet Kurulu kararını bekleyebileceği ifade edilmektedir.³²⁵

En yakın tarihli kararlarından bir tanesinde bir firmanın başka bir firmaya mal vermeyi reddetmesi sebebiyle İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesinde RKHK'nın 57. ve 58.maddeleri gereği tazminat davası açılmış ve 2004/925 no'lu kararında tazminata hükmedilmiştir. Fakat Yargıtay ilgili kararında *“Mahkemece de davalının eylemlerinin 4054 sayılı Yasaya aykırı olduğu kabul edilerek tazminata hükmedilmiştir. Hükme dayanak yapılan 4054 sayılı Yasa'nın 4 üncü maddesindeki rekabeti bozma, engelleme ya da kısıtlama niteliğindeki eylemlerin ve aynı Yasa'nın 6. maddesindeki hakim durumun kötüye kullanılması hallerinin varlığı halinde 4054 sayılı Yasa'nın 8. vd. maddelerinde ihlalin nasıl engelleneceği ve yetkili birim tespit edilmiştir. Böyle bir durumda, Rekabet Kurulu'nun harekete geçeceği 4054 sayılı Yasa'nın 4/54 üncü maddelerinde Kurul'un soruşturma usulü ve kurul kararlarına karşı ancak Danıştay'a başvurabileceği anılan Yasa'nın 55 inci maddesinde belirlenmiştir.4054 sayılı Yasa'nın 57 ve 58 inci maddelerinde ise rekabeti önleyici eylemlerin tespitinden sonraki tazminat talepleri düzenlenmiş, tazminat taleplerinde Adli Yargı görevlidir. Tazminata karar verebilmek için, ilgili anlaşma veya uygulamanın 4054 sayılı Yasa'ya aykırı olup olmadığının saptanması zorunludur ki, bu tespit öncelikle Rekabet Kurulu ve kurul kararına karşı da Danıştay görevlidir. Bu nedenle mahkemece, öncelikle davacının bu davadan önce 4054 sayılı Yasa'ya göre Rekabet Kurulu'na başvurup başvurmadığının araştırılması, başvurmuşsa,*

³²³ Kuru, s. 3279 vd.

³²⁴ Sanlı (Haksı Fiil), s. 244.

³²⁵ Gürzumar, s.44.

davalı eylemlerinin 4054 sayılı Yasa'ya aykırılığının tespiti yönünden, bu başvuru neticesini kesinleşmesini bekleyerek sonuca göre karar vermesi, Rekabet Kurulu'na davadan önce başvurmamışsa eldeki bu davanın Rekabet Kurulu'na başvurma olmadan dinlenemeyeceği ve henüz dava açma zamanı gelmediği nazara alınarak karar vermesi gerekirken, bu hususları yerine getirmeden isin esasına girilerek, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmadığından kararın davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.³²⁶” yönünde karar vererek her şeyden önce adliye mahkemelerinin tazminata hükmedebilmesi için öncelikle Rekabet Kurulu'nun 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiğine ilişkin kararı bulunmasının gerektiğini belirtmiştir. Rekabet Kurulu'na yapılan başvuru sonucu ön inceleme³²⁷ sonucunda değerlendirme kısmında “*Dosya konusu olayın bir dikey ilişki çerçevesinde sözleşmesel yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Bundan dolayı ortaya çıkan zararın tazmini için genel hukuk hükümlerine dayanılarak dava açılmasının yerinde olacağı ve rekabet hukuku açısından yapılabilecek herhangi bir işlem bulunmamaktadır.*” şeklinde bir metne yer vererek konunun adli mahkemelerde incelenmesi halinde ne gibi sonuçlar doğurabildiğini açıkça ortaya koymuştur.

Rekabet hukuku gibi uzmanlık gerektiren bir hukuk dalında adli mahkemelerce ne kadar yanlış kararlar verilebileceğine en büyük örneği yukarıda özetlemeye çalıştığım Yargıtay kararı ve Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde açıkça ortaya çıkmaktadır. Yargıtay'ın konuyla ilgili vermiş olduğu Rekabet Kurulu kararının ön mesele yapılması yönündeki karar gayet yerinde bir karardır. Mahkemenin bir rekabet ihlali olarak tazminata hükmettiği bir konu aslında anlaşma yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan bir zararın tazminidir. Rekabet Kurumunun kanuna zorunlu bilirkişi olarak belirlenmesi böyle hatalı kararların verilmesine engel olacaktır.³²⁸ Fakat böyle bir durumda Rekabet Kurulunun rekabet ihlalinin var olup olmadığını belirlerken farklı değerlendirmeleri ortadan kaldırdığı gibi Rekabet Kurulu'nun kendi önüne galen olaylar ile mahkeme kanalıyla gelen olaylarda kendi görüşü doğrultusunda karar verilmesi gibi bir sonuç çıkacaktır.

³²⁶ Yargıtay 11.HD. 2006/7408K. 23.06.2006T.

³²⁷RKK. Elkamet Kunststofftechnik GmbH/ Aysan Çevre Isıklandırma Malzemeleri San. Tic. Ltd. Sti Dosya Sayısı: 2007-2-44 (İlk İnceleme),Karar Sayısı: 07-27/248-83,Karar Tarihi: 22.3.2007, www.rekabet.gov.tr (25.04.2007)

³²⁸ Aslan, s.796. ,

Konuyla ilgili hâlihazırda var olan uygulama HUMK 275. maddesi ve devamındaki maddeler uyarınca bir uygulama sürmektedir. Bu konu ile ilgili bir Yargıtay kararında Yerel mahkemenin³²⁹ bilirkişi olarak Rekabet Kurumuna başvurmamış ve dışardan bilirkişi tayin etmesi konusunda bir bozma sebebi belirtmemiştir. Yani ilgili kararda Rekabet Kurumuna başvurulması şartı gibi bir durumdan bahsedilmemiştir.³³⁰ Dolayısıyla Yargıtay kararından anlaşılacağı üzere yargı çevrelerinin Rekabet Kurumunun zorunlu bilirkişiliğine sıcak bakmadığı anlaşılabilir.

³²⁹ Kadıköy 1.Asliye Ticaret Mahkemesi, 2003/876 E. 2003/803K. ve 08.09.2003 T.

³³⁰ Yargıtay 19. HD 29.11.2002 E. 2002/2827, K.2002/7580.

SONUÇ

Piyasalarda oluşacak rekabetin sonucu büyük kartellerin oluşması ve bu kartellerin rekabet düzenini ihlal eden tutum ve davranışlarının olacağı yadsınamaz bir gerçektir. Dolayısıyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanunla açıkça bu kartelleşme engellenmiş ve bir bakıma kartelleşmenin dışında kalan teşebbüslerin ve bu kartelleşmeden zarar gören tüketicilerin hakları savunulmuştur. Fakat bu yapılırken ikili bir yaptırım sistemi kurulmuş ve özel hukuk'a bazı sonuçlar bağlanmıştır. Bu sonuçların halen ülkemizde tam manası ile oturmamış olmasına rağmen en belirgin ve yaptırım gücü yüksek olanı zararların tazminine yönelik zarar gören herkese tazminat davası açma hakkı veren düzenlemedir.

Fakat özel hukuktaki bu yaptırımlar bazı sorunlar barındırmaktadır. Geçersizlik sorununu düzenleyen 6.madde yani hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan maddeye değinilmemesi büyük bir eksikliktir. Kanımızca hakim durumun kötüye kullanılması durumunu bir eylemle ortaya çıkacağı inancı kanun koyucuyu bu maddede hakim durumu kötüye kullanılması konusunda sessiz kalmasını sağlamıştır. Hakim durumun kötüye kullanılması sadece eylemle değil hukuki işlemler ve hatta sözleşmelerle de gerçekleşmektedir. Dolayısıyla hakim durumunu kötüye kullanan bir teşebbüsün yaptığı sözleşmeye RKHK'na dayanarak geçersizlik yaptırımının uygulanamayacak olması ancak ve ancak BK 19 ve 20.maddeleri gereği uygulanacaktır. 4. madde ve 6. madde arasında böyle bir ayırım yapılması kanunun lafzına aykırı düşmektedir.

Tazminatla ilgili problemlere gelince kanunda geçersizliğe göre daha detaylı bir düzenleme yapılmaya çalışılmış fakat haksız fiil hükümleri özensiz ve geniş bir şekilde kaleme alınmıştır. Rekabet hukukunun amaçları göz önünde tutulduğunda kusursuz sorumluluğun bir sonucu olması gereklidir, fakat aynı zamanda kusur sorumluluğunun da arandığı kanun metninden anlaşılacak bir sonuçtur. Tabî ki kusur sorumluluğunun tazminat hukukundaki yeri yadsınamaz, fakat özellikle piyasa düzenin korunması ve toplum açısından rekabet ortamının yararları düşünüldüğünde

rekabet ihlalleri sonucunda rekabet ortamını bozanların kusursuz sorumluluğunun olması, günümüz piyasalarında büyük kartelleri rekabet konusunda daha özenli davranmaları açısından çok daha verimli bir çözüm olacağı inancındayız. Açık ihlallerin söz konusu olmadığı, davranışın ancak piyasadaki etkilerinin değerlendirilmesi ile hukuka aykırı olarak kabul edildiği hallerde durumun nasıl değerlendirileceği ve kusurun önemi tartışmalı bir konudur.

Ayrıca kanun maddeleri arasında yapılan tanım uyumsuzlukları da çeşitli anlam farklılıkları oluşturmaktadır. 57.madde ile 4.maddede kullanılan terim farklılıkları ve 57.madde ve 58.madde arasındaki fark ise; 58.maddede rakiplerin tazminat hakkından bahsediliyor fakat 57. maddede genel bir zarardan bahsediliyor. Sonuç olarak 58.maddedeki zarar görenler olgusu geniş yorumlanarak bu farklılık aşılabilir. Ayrıca zarar görenlere dava hakkı tanınarak tüketiciler de zarar gören sifatiyle dava açma hakkına sahip olmuştur. Davalı sıfatı çok geniş tutulmuştur. Bu durumun hiçbir olumsuz soruna yol açmayacağı ve hatta olumlu sonuçlar doğuracağını söylemek mümkündür

Yapılan bunca özensiz düzenlemeye rağmen tazminat hükmünün RKHK'na getirilmesi ve bu hükmün tazminat hukuku prensiplerinden çıkılarak üç katı tazminat şeklinde bir düzenleme yapılması caydırıcılık amaçlıdır. Fakat üç katı tazminat kavramında da doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Hâkim önüne böyle bir olay geldiğinde üç katı tazminata mı hükmedecek yoksa iki katı veya zarar oranında tazminata hükmedebilir mi sorusu doktrinde farklı şekillerde yanıtlanmıştır. Fakat kanımızca eğer kanun koyucunun amacı medeni bir ceza koymaksa üç katından başka bir oranda tazminata hükmedilmesi mantıklı değildir. Amerikan Rekabet Hukukundan alınan bu düzenlemenin esas amacı caydırıcılık ve zarar görenlere dava açması konusunda özendirici bir durum yaratmaktır. Belirttiğimiz gibi üç katı tazminat kavramıyla birlikte ABD'de özel hukuk davalarının ne kadar artış gösterdiği ortadadır. Dolayısıyla hâkimin üç katı tazminat veya hiçbir tazminata hükmetmemek gibi bir durumunun olması maddenin amacına uygun düşer.

İspat sorunu tazminat davası açan tarafa çok geniş ispat imkânları tanınmasına rağmen zarar uğrayanı oldukça zorlayacak bir durumdur fakat bu durum Kanun'un 59. maddesinde öngörülen karine ve Borçlar Kanun'un 42/2. maddesi vasıtası ile bir ölçüde aşılabılır.

Çalışmamızın son bölümünde verdiğimiz Yargıtay kararı sonucunda çelişkili durumların ortaya çıkması da ayrı bir sorun oluşmasına sebep olmuştur. Fakat bu sorunların aşılması Rekabet Kurulu kararının bekletici yapılarak çözümlenebilecektir. Bir diğer rasyonel çözüm ise kanuna zorunlu bilirkişilik kurumu eklenerek Rekabet Kurumuna bu görevin verilmesiyle olabilir. Zaten Yargıtay en yakın tarihli kararında Rekabet Kurulu kararının beklenmesi gerektiği yönünde vermiştir.

Ülkemizde çok fazla uygulanmayan rekabet ihlallerinden doğan zararların tazmini bir süre daha geçmesiyle tam anlamıyla işlerlik sağlayacak ve uygulanacaktır. Yargılama maliyetlerinin yargılama sırasında devamlı yapılacak olan ekonomik analizler yüzünden yüksek olması uygulanmamasının bir sebebi olarak görülebilir.

KAYNAKÇA

- Akıncı Ateş** : “Rekabetin Yatay Kısıtlanması”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001
- Aksoy Nazlı** : Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Ankara 2004.
- Arı, Zekeriya** : Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Rekabet Derneği Rekabet Forumu Eylül 2006 Sayı:26 s.9.
- Aslan İ.Yılmaz** : Rekabet Hukuku Bursa 2007
- Aşçıoğlu Öz, Gamze** : Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000
- Badur, Emel** : Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Antlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)"Yüksek Lisans Tezi 2001, Ankara
- Bellany Christopher/
Child Graham** : Common Market Law of Competition, 4th Edition, London 1993,
- Budak, Alı Cem** : Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi”, AT Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 1993.

- Bilge Umar/
Ejder Yılmaz/
Cengiz, Dilek** : İspat Yüğü, 2. Bası (İstanbul: Kazancı, 1980),
: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu
Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.
- Cengiz, Süleyman** : Alman Hukuku Işığında Pazarda Görelü Güçlü Teşebbüs
Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi
Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi
- Eren, Fikret** : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı
Teorisi, Ankara 1975
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 2006, İstanbul.
- Eroğlu Sevilay** : Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının
Korunması”, Beta Yayınevi, İstanbul 2000
- Gül, İbrahim** : “Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim
Durumun Kötüye Kullanılması” Rekabet Kurumu
Yayımları Ankara, 2000
- Güven Pelin** : Rekabet Hukuku, Ankara 2005,
- Güral, Jale** : Hükümsüzlük Nazireleri Karşısında Türk Medeni
Kanunun Sistemi, Ankara 1953.
- Gürzumar, Osman** :Rekabet Dergisi Sayı:12 “4054 Sayılı Rekabetin
Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesine Aykırı
Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”
Ankara 2002

- 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- Tartışmalar- Panel 7–8 Ekim 2005 Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, s.1115–198. (Gürzumar-Panel)
- Hatemi Hüseyin** : “Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları”, İstanbul 1976
- İnan, Nurkut** : “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış” Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II 9 Nisan 2004 Kayseri, Ankara 2004 (İnan- panel)
- İnan, Nurkut** : “Rekabet Hukukunun Uygulanmasında Adli Mahkemelerin Rolü” Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara 2002 (İnan-Hukuk Kurultayı)
- Karahasan Mustafa Reşit** : Tazminat Hukuku Maddi Tazminat Öğreti ve Yargıtay Kararları, İstanbul, 2001,
- Kılıçoğlu, Mustafa** : Sorumluluk Hukuku, 2002
- Kuru, Baki** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı 2001, Demir Müşavirlik ve Yayıncılık Yayın No:4
- Oğuzman Kemal/ Öz Turgut** : “Borçlar Hukuku Dersleri”, 1998 (Oğuzman/Turgut-Ders)

- Oğuzman, Kemal/**
Öz, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.(Oğuzman/Öz-Borçlar)
- Oğuzman, Kemal** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000
- Önen, Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 1999
- Özsunay, Ergun** : Rekabetin Kısıtlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel gelişmeler Sempozyumu-III, 8 Nisan 2005, Ankara,2005
- Pınar, Hamdi** : Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye 2004, İstanbul
- SANLI Kerem Cem** : “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000(Sanlı-Geçersizlik)
- Sanlı, Kerem Cem** : “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu” Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 4 Nisan 2003, s.234.- Sanlı (Haksız Fiil)
- Şiranum, Serpil** : Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda Kötüye Kullanma Kriterleri, İstanbul 2005.
- Taşpınar, Sema** : Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 45, sayı 1-4 / 1996

- Tandoğan, Haluk** : Türk Mesuliyet Hukuku, Akit dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961(Tandoğan- Mesuliyet)
- Tandoğan, Haluk** : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981(Tandoğan- Sözleşme)
- Tekinalp, Ünal** : “Rekabet Kuralları ve Mali Sektör, İstanbul, 1998
- Tekinay S. Sulhi/
Burcuoğlu Haluk/
Altop Atilla/
Akman Sait** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993
- Topçuoğlu Metin** : Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu, Ankara,2001
- TÜSİAD** : Rekabet Hukukunda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar, 1998

Yararlanılan Türkiye Cumhuriyeti Mahkemeleri Kararları

- Danıştay 10. Daire 2002/693E. 2003/5295K.
- Danıştay 10.Dairesi, 7.10.2003 E. 2002/4519, K. 2003/3811.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 06.03.1987 Tarih Karar No:4–854/140
- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 28–11–1956 T -1956/15 K.
- Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 1999/3350E., 1999/6364K. 01.11.1999
- Yargıtay 19.Hukuk Dairesi 2002/2827E., 2002/7580K. 29.11.2002.T.
- Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 3.1.2003 E. 2002/2827, K.2002/7580
- Yargıtay 11.Hukuk Dairesi 2006/7408K. 23.06.2006T.

Kadıköy 1.Asliye Ticaret Mahkemesi, 2003/876 E. 2003/803K. ve 08.09.2003 T.
İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2004/925K. 03.12.2004T.

İnternet Siteleri:

www.danistay.gov.tr (10.04.2007)

www.usdoj.gov (28.4.2007)

-Antitrust Division Manual, United States Department of Justice 9

www.oyez.org (27.04.2007)

www.law.cornell.edu (29.04.2007)

www.usdoj.gov (29.04.2007)

www.supreme.justia.com (27.04.2007)

www.law.gmu.edu (27.04.2007)

www.eur-lex.europa.eu

-17 no'lu Konsey Tüzüğü

www.rekabet.gov.tr

- San Motorlu Araçlar Ticaret/ Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.; Dosya Sayısı: D4/1/M.H.A.-99/1 (Önarastırma), Karar Sayısı: 99-58/624-398, Karar Tarihi: 21.12.1999
- Yücel Gaz Sanayi A.Ş./Aygaz, Likidgaz, Milangaz, İpragaz; Dosya Sayısı:E2-D1-97/2 93- Karar Sayısı:750-159 ve Karar Tarihi: 26.11.1998
- 1998/3 sayılı Tebliğ
- 2002/2 sayılı Tebliğ
- 2003/1 sayılı Tebliğ

Yararlanılan ATM ve Komisyon Kararları

Begische Radio en Televisie v. SV SABAM ECR.51. (1974)

Bosch-de Geus, dava 13/61, (1962), ECR.45 (1962)

Brasserie de Haecht-Wilkin, 48/72, (1973), ECR.77 (1973), CMLR.287

Bloos-Bouyer, dava 59/77, (1977), ECR.2359 (1978), 1 CMLR.511

BMW-Belgique Komisyon Kararı, ATRG L46, (1978)

Tetra Pak Rausing AG V EC Commision (1991) 4 CMLR 334)

Europemballage Co. And Continental Can V EC Commission (1973) ECR 215

ICI v. Commission 1972 ECR 619–655

Yararlanılan ABD Yüksek Mahkemesi Kararları (U.S Supreme Court)

Blue Shield Of Virginia v. Mccready 457 U.S. 465 (1982) (U.S Supreme Court)

Phizer Inc. v. India 434 U.S. 308 (1978) (U.S Supreme Court)

Associated General Contractors v. Carpenters 459 U.S. 519 (U.S Supreme Court)

Reiter v. Sonotone Corp. 442 U.S. 330 (1979)

Bigelow v. RKO Radio Pictures 327 U.S. 251 (1946).

Greenhaw v. Lubbock Couty Beverage Assoc.