

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	6
§ 1. REKABET HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU	9
I. Genel Olarak	9
A. Hukuka Aykırı Fiil	10
B. Zarar.....	12
C. Kusur	13
D. Nedensellik Bağı	14
II. Rekabet Hukuku Kapsamında Haksız Fiil Sorumluluğu.....	16
A. Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğunun Amacı	17
B. Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğunun Genel Şartları.....	20
1. Hukuka Aykırı Fiil	20
a) Genel Olarak	20
b) Hukuka Aykırı Birleşme ve Devralmalarda Tazminat Sorumluluğu	22
c) Hukuka Aykırılığı Gideren Haller	26
2. Nedensellik Bağı	26
3. Kusur	27
§ 2. REKABET HUKUKUNDA ZARAR	30
I. Genel Olarak	30
II. Rekabet Hukukunda Zarar Kavramı	30
A. Genel Olarak.....	30
B. Maddi Zarar	32

1. Fiili Zarar - Mahrum Kalınan Kâr Ayrımı	32
2. Doğrudan Doğruya Zarar - Dolaylı Zarar Ayrımı.....	33
III. Rekabet Hukukunda Zararın Tespiti.....	33
IV. Rekabet Hukukunda Zararın Hesaplanması.....	34
A. Fazladan Ödenen Bedele İlişkin Zararın Hesaplanması.....	36
1. Genel Olarak	36
2. Fazladan Ödenen Bedele İlişkin Zararın Hesaplama Yöntemleri.....	39
a) Kıstas Yöntemi (Yardstick Method).....	40
b) Önce ve Sonra Yöntemi (Before- and- After Method).....	44
c) Maliyet Esası Yöntemi (Cost-based approach).....	49
d) Fiyat Tahmini Yöntemi (Price Prediction).....	50
B. Mahrum Kalınan Kâr Şeklinde Ortaya Çıkan Zararın Hesaplanması.....	52
1. Genel Olarak	52
2. Mahrum Kalınan Kâr Şeklinde Ortaya Çıkan Zararın Hesaplanması Yöntemleri.....	54
a) Önce ve Sonra Yöntemi	55
b) Kıstas Yöntemi.....	58
c) Üretim Kaybı Yöntemi / Piyasa Payı Kaybı Yöntemi (Lost Market Share).....	59
d) Diğer Hesaplama Yöntemleri	60
C. Davacının Uğradığı Diğer Zararlara İlişkin Hesaplama Yöntemleri.....	61
1. Teşebbüsün Piyasa Dışına Çıktığı Hallerde Zararın Hesaplanması Yöntemleri.....	62
2. Teşebbüsün Piyasaya Girişinin Engellendiği Hallerde Zararın Hesaplanması.....	63

§ 3. REKABET HUKUKUNDAN DOĞAN ZARARLARIN TAZMİN EDİLMESİ	65
I. Genel Olarak	65
A. Davacı ve Davalı Sıfatı.....	68
1. Davacı Sıfatı.....	68
a) Genel Olarak	68
b) Dolaylı Alıcı Kuralı (Indirect Purchaser Rule).....	70
c) Kanun'un 4. Maddesini İhlal Eden Teşebbüslerin Davacı Sıfatı.....	73
2. Davalı Sıfatı.....	74
B. İstenebilecek Zararlar	76
1. Maddi Zararlar.....	76
a) Genel Olarak	76
b) Yansıma Zararlar	78
c) İhlalde Bulunanların Elde Ettiği Veya Elde Etmesi Muhtemel Kârlar	79
2. Manevi Zararların Tazmininin Talep Edilip Edilemeyeceği Sorunu.....	79
C. İspat Yükü.....	82
D. Zamanaşımı	87
E. Yetkili ve Görevli Mahkeme	90
II. Üç Kat Tazminat	90
A. Genel Olarak.....	90
B. Üç Kat Tazminatın Belirlenmesi	92
1. Genel Olarak Üç Kat Tazminat.....	92

2. RKHK 58/2 Hükümünde Yer Alan Hatalı Düzenlemeler.....	93
3. Üç Kat Tazminatın Tayininde Hakimin Takdir Yetkisi/ Üç Kat Tazminatın Oranı	94
SONUÇ.....	96
REKABET KURUMU KARARLARI	100
KAYNAKÇA	101

KISALTMALAR

AAD.	: Avrupa Adalet Divanı
AB.	: Avrupa Birliği
ABD.	: Amerika Birleşik Devletleri
A-G.	: Advocate General
Ar-Ge.	: Araştırma Geliştirme
A.Ş.	: Anonim Şirket
AT&T.	: American Telephone and Telegraph Co.
C.	: Case
Co.	:Company
Corp.	: Corporation
CMLR.	:Common Market Law Review
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız.
E.	: Esas
ECJ.	: European Court of Justice
ECR.	: European Court Report
HD.	: Hukuk Dairesi
HUMK.	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İSS.	: İnternet Servis Sağlayıcısı
K.	: Karar
Ltd.	: Limited
m.	: Madde
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
NERA	: National Economic Research Associates
RK.	: Rekabet Kurumu
RKHK.	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa
S. Ct.	: Supreme Court
TTK.	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
US.	: The United States
v.	: versus
vd.	: ve devamı
vb.	: ve benzeri
vs.	: ve sair

GİRİŞ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“RKHK”) 13.12.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. RKHK’un asıl amacı piyasalardaki rekabet düzeninin korunmasıdır. Bu amaca yönelik olarak piyasalarda etkinliğin artırılması için 4, 6, ve 7. maddeleri ile düzenlemeler getirilmiştir. RKHK’da bu maddelerin ihlali halinde uygulanacak, idari yaptırımların yanı sıra, “*Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*” başlığı altında RKHK’un 56 ve devamı maddelerinde özel hukuk yaptırımları da düzenlenmiştir. RKHK’un 56. maddesinde 4. maddeye aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birliği kararları geçersiz kabul edilmiş ve bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği belirtilmiştir.

Türk hukuk sisteminde, Borçlar Kanunu’ndaki (“BK”) haksız fiil sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin yanı sıra bazı özel düzenlemelere de yer verilmektedir. Bu özel düzenlemelerden biri RKHK ile karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar RKHK’da yer alan özel hukuk yaptırımlarına ilişkin hükümler BK’daki düzenlemelere benzerlik gösterse de, RKHK’un koruma altına aldığı haklar teşebbüslerin malvarlıkları, ekonomik değerleri olduğu için, BK’dan ayrı özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. RKHK’da haksız fiile ilişkin düzenlemeler getirilmiş olması, kanun koyucunun bu konuya ayrı bir önem atfettiğini ve rekabet hukuku ihlalleri sonucunda sadece idari yaptırım uygulamayı yeterli bulmadığını ortaya koymaktadır. Özellikle RKHK’da “*üç kat tazminat*”a dair getirilen hükümler bunun en açık örneğini oluşturmaktadır.

Dünya rekabet hukuku uygulamalarına bakıldığında ise yargının rolünün, seçilen sisteme göre değiştiği görülmektedir. ABD’de adli sistem ağırlık kazanırken, AB uygulamasında idari sistemin ağır bastığı görülmektedir. Ülkemiz açısından ise, RKHK’da hem idari hem de özel hukuk yaptırımlarını öngören ikili bir yaptırım sistemi benimsenmekle beraber, uygulamada idari sistemin ve idari yargı denetiminin ağırlık kazandığı RKHK’un yürürlüğe girdiği tarihten bu yana özel hukuk yaptırımlarının etkin bir şekilde kullanılmadığı görülmektedir¹. Ancak idari yaptırımların teşebbüsler üzerinde beklendiği şekilde bir caydırıcılık etkisi yaratmaması neticesinde özel hukuk yaptırımlarının öneminin arttığını düşünmekteyiz. Özellikle Rekabet Kurumu (“RK”) tarafından gerçekleştirilen soruşturma ve karar aşamalarının oldukça uzun zaman alması, RK tarafından verilen idari para cezalarının tahsilinde yaşanan güçlükler ve idari yargı süreci, idari yaptırımların

¹ GÜZEL, Oğuzkan, *Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Yargının Rolü; Onbir Yıllık Denetimin Sonuçları*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- IV, Erciyes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi ve Hukuk Fakültesi-Kayseri, Yayınlanmamış Sunum Metni, 7 Nisan 2006, s.3.

etkinliğini ve caydırıcı olma özelliğini azaltmaktadır. RK tarafından verilen idari para cezalarının derhal tahsil edilmesine olanak tanımak ve idari yaptırımların etkinliğini arttırmak amacıyla, RKHK'un 55. maddesinde, 01.08.2003 tarihinde 4971 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile birlikte, *"....Kurul'un para cezası veya süreli para cezası veren kararının yerine getirilmesi, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine tabiidir."* hükmü getirilmiştir. Ancak uygulamada, Rekabet Kurulu ("*Kurul*") kararlarının iptali için Danıştay'a yapılan başvuru sürecinde yürütmeyi durdurma kararının talep edilerek idari para cezalarının tahsilinin ertelendiği ve idari yaptırımların tek başına yeterli etkiyi yaratmadığı görülmektedir. Bu nedenlerdir ki özel hukuk yaptırımları Türk rekabet hukukunun etkinliğinin sağlanması için oldukça büyük bir öneme sahiptir.

Rekabet hukuku ihlalinden doğan tazminat davalarında açıklığa kavuşturulması gereken konulardan biri bu ihlaller sonucunda özel hukuk kişilerinin uğradığı zararlar ve bu zararların hesaplanmasıdır. Rekabet hukuku ihlalleri sonucunda ortaya çıkan zararların tespiti ve daha da ötesi bu zararların hesaplanması oldukça teknik analizleri gerektirmektedir. Rekabet hukuku ihlalinden kaynaklı tazminat davalarına bakmakla yetkili mercinin adli mahkemeler olduğu düşünüldüğünde teknik analizler gerektiren bu hesaplama yöntemlerinin mahkemelerce ne kadar etkin kullanılabileceği ayrı bir tartışma konusudur. Zararların hesaplanması, bu zararların tazminatın tayininde esas oluşturması nedeniyle büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle zarar ve zararın hesaplanması yöntemleri, üzerinde önemle durulması gereken bir konu olup, tezimizde bu konuya uygulamada yaşanan güçlüklerin azaltılmasına katkıda bulunmak amacıyla detaylı bir biçimde yer verilmiştir. Ne var ki, Türk rekabet hukukunda zararların hesaplanmasına ilişkin bir uygulama bulunmaması nedeniyle de bu konuya ilişkin açıklamalarımızda ABD ve AB rekabet hukuku uygulamalarından yararlanılmıştır.

RKHK'da özel hukuk yaptırımlarına ilişkin getirilen düzenlemeler aynı zamanda hukukumuzda yeni kavramaların girmesine neden olduğundan konunun önemi daha da artmaktadır. RKHK'daki tazminat hükümlerinin yeni yeni farkına varıldığı ve ülkemizde rekabet bilincinin henüz yeni oluşmaya başladığı görülmektedir. Bu nedenle, özel hukuk yaptırımlarının uygulanmasına daha etkin bir şekilde uygulanmaya başlanacağı ve zarar gören teşebbüslerin açacakları tazminat davaları ile kendi zararlarının tazmin edilmesini hedeflerken aynı zamanda bu durumun piyasalarda caydırıcılık etkisi de yaratacağı düşünülmektedir.

Rekabet hukukunun bu alanına ilişkin kuralların ne şekilde tatbik edileceğine dair emsal teşkil edecek herhangi bir uygulamanın bulunmaması da akıllarda pek çok soru işaretinin

doğmasına neden olmaktadır. Bu açılarından baktığımızda, son derece yeni bir alan olan rekabet hukukunun ihlalinden doğan zararlar ve bu zararların sorumluluk hukukuna göre tazmin edilmesine ilişkin düzenlemelerin ve uygulamaların inceleme konusu yapılmasının önemli olduğu düşünülmektedir.

AB Komisyonu'nun son dönemde yaptığı çalışmalar sonucunda ise "AB rekabet hukuku kurallarının ihlalinden doğan tazminat davaları"na ilişkin bir "Yeşil Kitap (*Green Paper*)" yayımlanmıştır². Bu durum AB Komisyonu'nun da özel hukuk davalarının çoğalmasını ve uygulamada ağırlık kazanmasını istediğinin bir göstergesidir³. Söz konusu Yeşil Kitap'ta, rekabet hukuku ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarının AB rekabet hukuku sisteminin bir parçası olduğu düşüncesinden hareketle, konuya ilişkin öneriler getirilmiştir. Bu durum, rekabet hukukunda özel hukuk sorumluluğunun sadece ülkemizde değil, AB'de de önem arz eden ve güncel bir konu olduğunu ortaya koymaktadır.

Biz de rekabet hukuku çerçevesinde özel hukuk yaptırımlarını incelerken tezimizi üç başlık altında toplamış bulunmaktayız. İlk olarak Türk borçlar hukukunda haksız fiil sorumluluğunun genel esasları, rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunun amacı ve genel şartları üzerinde durulacak; bu konuda RKHK'da BK'dan farklı olarak getirilen düzenlemelere değinilecektir. İkinci bölümde ise genel olarak zarar kavramı açıklandıktan sonra, rekabet hukuku ihlallerinden doğan zararlar ve bunların hesaplanması yöntemleri ele alınacaktır. Ardından zararların tazmini bakımından Türk borçlar hukuku ile Türk rekabet hukukunda özel olarak düzenlenmiş tazminat hükümleri karşılaştırılacak, hangi tür zararların tazminat kapsamında olduğu belirtildikten sonra üç kat tazminata ilişkin açıklamalarla tezimiz tamamlanacaktır.

² **Commission of The European Communities**, *Green Paper- Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, 19.12.2005 COM (2005) 672 final, Brussels, 2005. (atıf şekli: European Commission, Green Paper).

³ GÜZEL, s.7.

§ 1. REKABET HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

I. Genel Olarak

Türk hukuk sisteminde haksız fiiller BK’da düzenlenmekle beraber, özel kanunlarla da ayrıca düzenlemeler getirilmektedir. Rekabet hukuku açısından konu incelendiğinde, RKHK’da haksız fiil sorumluluğuna ilişkin ayrıca getirilmiş özel düzenlemeler olduğu görülmektedir. BK ve RKHK’nun haksız fiil sorumluluğuna dair düzenlemelerinde ne gibi benzer veya farklı noktalar bulunduğunu daha net bir şekilde ortaya koyabilmek için tezimizin başlangıcında öncelikle Türk hukukunda genel olarak haksız fiil sorumluluğuna değinilecek ve ardından rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğu ile ilgili açıklamalarla devam edilecektir.

Taraflar arasında önceden mevcut bir hukuki ilişkiyle (sözleşmeyle) bağlı olmaksızın, kanunun herkese yüklediği görevlere aykırı hareket edilmesi halinde, dar anlamda “*haksız fiil*” söz konusu olacaktır⁴. Bu durum, haksız olarak bir başkasına zarar verilmesi kanundan doğan bir borç ilişkisini ifade eder. Haksız fiil sorumluluğuna eş anlamlı olmak üzere “*sübjektif sorumluluk*” ya da “*kusur sorumluluğu*” terimleri de kullanılmaktadır. Buna göre kusur sorumluluğu; sözleşme dışı, hukuka aykırı, kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın giderilmesini düzenler.

Her ne kadar BK’da haksız fiil sorumluluğu kural olarak kusur esasına dayanmışsa da, hem BK’da hem de başka kanunlarda, kusursuz sorumluluk halleri de düzenlenmiştir. Kusursuz sorumluluğun şartları, sorumluluğu düzenleyen hükümlerin her birinde ayrı ayrı belirtilmiştir ve her birinde sorumluluğun şartları normun koruma amacıyla sınırlıdır⁵.

⁴Geniş anlamıyla “*haksız fiil*” ise, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkiden, özellikle sözleşmeden doğan bir borca aykırı davranışını ifade etmektedir. Sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde haksız fiilden doğan borç ilişkilerinden farklı olarak zarar görenle zarar veren arasında önceden kurulmuş bir borç ilişkisi söz konusudur. Sözleşmeye aykırı davranan taraf, karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür. Bu tür sorumluluk hali BK’nun 96 ve devamı maddelerinde “*borçların ödenmemesinin neticeleri*” başlığı altında düzenlenmiştir; **REİSOĞLU Safa**, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 17. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2005, s. 138; **ŞENYÜZ Doğan**, *Borçlar Hukuku*, Ezgi Kitabevi, Bursa 2003, s. 47; **TEKİNAY S. Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Halûk/ ALTOP Atillâ**, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.474.

⁵ **OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M.Turgut**, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s.587-588; BK’da düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri, istihdam edenlerin sorumluluğu, hayvan idare edenlerin sorumluluğu, bina veya bir yapı malikinin sorumluluğu, temyiz kudreti bulunmayanların sorumluluğu, ıstırar halinde verilen zararlardan sorumluluk şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

BK “*haksız fiillerden doğan borçlar*” başlığı altında 41 vd. maddelerinde dar anlamda haksız fiilleri düzenlemiştir. Bu nedenle bundan sonraki açıklamalarımızda haksız fiil kavramı kullanıldığı zaman dar anlamda haksız fiiller anlatılmak istenmektedir⁶.

BK’nın 41. maddesine göre, haksız fiil sorumluluğunun 4 unsuru bulunmaktadır;

- 1) Hukuka aykırı fiil,
- 2) Zarar,
- 3) Kusur,
- 4) İlliyet bağı.

A. Hukuka Aykırı Fiil

Haksız fiil sorumluluğunun ilk şartı, zarara sebep olan fiilin “*hukuka aykırı*” bir nitelik taşımasıdır⁷. Borçlar hukuku bakımından “*fiil*” kavramı farklı bir kavram olup, yapma ve yapmama fiillerini birlikte kapsayan bir üst kavramdır. Böylece “*fiil*” (davranış) kavramı hem bir şey yapmayı ifade eden olumlu davranışı, yani aktif bir hareketi, hem de bir şey yapmama anlamındaki olumsuz davranışı kapsamaktadır. Bu olumsuz davranış, yapılması mümkün olan bir davranışı yapmama olarak da tanımlanabilir⁸. Ancak, bir olumsuz davranışın haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için, o kişiye “*yapma*” görevini yükleyen bir hukuk kuralı bulunması gerekmektedir⁹.

Hukuk düzenini oluşturan yazılı veya yazısız, özel hukuk veya kamu hukuku kaynaklı her türlü norma aykırı davranış “*geniş anlamda hukuka aykırılık*” ifade eder. “*Dar anlamda hukuka aykırılık*” ise, bu normların içinde sorumluluk hukuku açısından önem taşıyanlarının, belli başlıklar altında toplanarak birkaç temel yasağa indirgenmesi sonucunda ortaya çıkan zarar verme yasağını ifade eder¹⁰. Başka bir deyişle dar anlamda hukuka aykırılık, belirli hak ve hukuki varlıkları zarar verici hukuki müdahaleden korumayı amaçlayan hukuk normlarının ihlalidir¹¹.

⁶ EREN Fikret, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler*, 8. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003, s.468; REİSOĞLU, s. 138; ŞENYÜZ, s.47.

⁷ REİSOĞLU, s.140.

⁸ EREN, s.468 vd. ; ŞENYÜZ, s.48; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.484.

⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.484.

¹⁰ Bunlar; öldürme, başkasının vücut bütünlüğüne ve kişiliğine zarar verme, mülkiyet veya zilyetliğe müdahale ve bazı hallerde dürüstlük kurallarına aykırılık yasaklarıdır.

¹¹ ATAMER Yeşim, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramı*, Beta Basım Yayın, İstanbul 1996, s.25-30; EREN, s.554-555; AKSOY M. Nazlı,

Hukuk kurallarının doğrudan doğruya koruduğu mal ve şahıs varlıkları, “mutlak haklar” olarak adlandırılan ayni hakları, fikri hakları ve kişilik haklarını ifade eder. Mutlak hakları üçüncü kişilerin saldırı ve müdahalelerine karşı korumayı amaçlayan davranış normlarına “temel koruma normları” denir. Bunun yanı sıra, mutlak hak ihlali oluşturmayan, sadece “malvarlığı zararına” yol açan hukuka aykırı davranışlar da söz konusudur. Özellikle şeye ve kişiye ilişkin zararların dışındaki “diğer zararlar”, mutlak haklar dışındaki menfaatlerin yani ekonomik menfaatlerin ihlali durumunda meydana gelir. Malvarlığı üzerindeki hak mutlak bir hak olmadığından, bir bütün olarak doğrudan doğruya korunmaz. Ancak mutlak hakkın dışında kalsa bile öyle bazı davranış kuralları vardır ki, bunların ihlali de hukuka aykırılık sonucunu doğurabilir¹². Bunlar kişilerin mutlak hakları dışında kalan, ekonomik menfaatlerini korumak amacını güden, gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak bireyleri sadece malvarlığı zararlarına karşı koruyan düzenlemelerdir. Bu tür menfaatleri koruyan davranış kurallarına “özel koruma normları” denir¹³.

Hukuka aykırı fiil ile birlikte karşımıza “davranışın hukuka aykırılığı” ve “sonucun hukuka aykırılığı” kavramları çıkar. Bu ayrımın temeli, hukuka aykırılığın, failden yola çıkarak mı (sübjektif), yoksa hukuk düzeni esas alınarak mı (objektif) değerlendirileceği konusundan kaynaklanmaktadır¹⁴. Türk hukukunda bugün için hakim olan görüş davranışın hukuk düzenine aykırı olmasıdır. “Davranışın hukuka aykırılığı” teorisine göre, hukuka aykırılık sonuç yönünden değil, fail açısından değerlendirilir. “Sonucun hukuka aykırılığı”nda ise hukuka aykırılığı gideren özel bir sebep bulunmadıkça, üçüncü bir kişinin mutlak hakkını ihlal eden kimse hukuka aykırı davranmış olur. Bu teoriye göre hukuka aykırılık sonuçtan tespit edildiği için, zarar verenin davranışının hukuka aykırı olup olmadığı ancak *ex-post* (sonradan) anlaşılır. Buna karşın “davranışın hukuka aykırılığı” söz konusu olduğunda hukuk düzeninin yasakladığı bir davranış sonradan değil, *ex-ante* (önceden) tanımlanır. Bunun yanı sıra doktrinde kabul edilen bir diğer görüş ise “karma görüş”tür. Bu görüşe göre, mutlak hak ihlalinde hukuka aykırılık sonuç yönünden değerlendirileceğinden, zararlı sonucun bir insan davranışından kaynaklanıp

Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004, s.48; **TİFTİK Mustafa**, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Yetkin Yayınevi Ankara 1994, s.49,50.

¹² **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.482.

¹³ **ATAMER** s. 26; **EREN**, s. 555- 558; **TİFTİK** s. 49, 50.

¹⁴ **ATAMER** s.24-25; “Alman özel hukukundaki “hukuka aykırılık” kavramı da “davranış-sonuç-değerlendirmesine dayalı bir nesnel norm ihlali”ni ifade eder. Objektif hukuka aykırılık kuramının karşısında yer alan (ve doktrinde, önemli bir pratik sonuç farklılığına yol açmadığı haklı olarak savunulan) sübjektif hukuka aykırılık kuramına göre ise, hukuka aykırılık, kişinin açıkça yetkili kılınmadığı davranışı gerçekleştirmesidir”, **GÜRZUMAR, Osman Berat**, *Özel Hukuk Açısından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Taslak, Sempozyum, 7-8 Ekim 2005, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2005, s.23.

kaynaklanmadığı önemli değildir. Yani mutlak hak ihlallerinde “*sonucun hukuka aykırılığı*” söz konusu olmaktadır. Malvarlığı menfaatlerinin korunması amacını taşıyan normların ihlali halinde ise, “*davranışın hukuka aykırılığı*” esas alınır. Zira kişilerin ekonomik menfaatlerini korumayı amaçlayan davranış kurallarının ihlali de, bu kurallar mutlak hak doğurmasalar bile, hukuka aykırılık teşkil eder¹⁵.

Bunun yanı sıra bazı hallerde söz konusu fiiller tek başlarına ele alındıklarında hukuka aykırı olarak değerlendirilirken, bir takım hal ve şartların gerçekleşmesi ile hukuka aykırılık niteliğini yitirirler. Bu gibi hallerde hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu kabul edilerek, hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir. Başkasına zarar veren fiili işleyen bir kimsenin davranışı, mağdurun rızasına dayanıyorsa veya fail kanunların kendisine tanıdığı bir yetkiyi kullanıyorsa fiil hukuka aykırı değildir¹⁶. Hukuka uygunluk sebepleri bir kamu yetkisinin kullanılması, zarar görenin zarara razı olması, vekaletsiz iş görme, meşru müdafaa ve zaruret hali gibi hallerdir¹⁷.

B. Zarar

Haksız fiilin bir diğer unsuru da zarardır. Bir kişi hukuka aykırı bir fiil işlemiş olsa dahi, eğer ortada bir zarar yoksa tazminat sorumluluğundan söz edilemeyecektir. “*Zarar*” kelime anlamı ile bir eksilmeyi, ziyanı veya kaybı ifade eder. Aslında bu eksilmenin nasıl meydana geldiğinin bir önemi olmamakla beraber, her türlü eksilmenin tazminata konu olmayacağı kabul edilmektedir¹⁸. Doktrinde ise, haksız fiil işlenmemiş olsaydı mal varlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durum ile mevcut durum arasındaki fark zarar olarak ifade edilmiştir¹⁹.

Zarara ilişkin en temel ayırım “*geniş anlamda zarar*” ve “*dar anlamda zarar*” olarak karşımıza çıkar. “*Geniş anlamda zarar*” maddi ve manevi zararın her ikisini de kapsar. “*Dar anlamda zarar*” ise sadece maddi zarardan oluşmaktadır. Bunun yanı sıra zarar; fiili zarar (“*damnum emergens*”)/ yoksun kalınan kâr (“*lucrum cessans*”); doğrudan doğruya uğranılan zarar/

¹⁵ EREN, s.556- 559.

¹⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s.499-500; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.485.

¹⁷ AKSOY, s. 48; REİSOĞLU s. 141 vd. ; ŞENYÜZ, s.49 vd. ; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.485 vd.

¹⁸ Örneğin, deprem, yıldırım düşmesi gibi tabiat olayları, hak sahibinin rızasına dayanan eksilmeler, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde meydana gelen zararlar; NÖMER Haluk N, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta Basım Yayın, İstanbul 1996, s.5-6.

¹⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.547-548.

yansıma yoluyla uğranılan zarar; doğrudan zarar/ dolaylı zarar gibi ayrımlara da tabii tutulmuştur²⁰.

C. Kusur

Kusur, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarındandır. Bir davranışın haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için sadece hukuka aykırı olması yeterli değildir. Aynı zamanda fiili işleyen kişinin kusurlu olması da gerekir. Haksız fiil sorumluluğunda BK, “*kusur sorumluluğu*” ilkesini benimsemiştir. Kusur sorumluluğunda faile, ancak iradesinin denetimi ve egemenliği altında bulunan ve iradesi tarafından yönlendirilen bir davranış, sorumluluk olarak yüklenebilir²¹. Haksız bir fiille başkasına zarar veren kimse ancak kusurlu ise bu zararını tazmin etmekle yükümlüdür. BK’da kusurun tanımı yapılmamıştır. Ancak doktrinde kabul gören hakim görüşe göre, kısaca hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimine “*kusur*” denir. Hukuka aykırı sonucu isteyen veya hukuka aykırı sonucu önlemek için gerekli özeni göstermeyen kimse de “*kusurlu*” olarak kabul edilir. Başka bir ifade ile benzer durum ve şartlar altındaki normal kişilerden beklenen ortalama davranış biçiminden ayrılan ve sapan, kötü gözle görülen her davranış, kusurlu davranış olarak nitelendirilir²².

Sorumluluk hukuku açısından kusur, “*kast*” ve “*ihmal*” olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayrım sorumluluk hukukunda ceza hukukundaki kadar büyük önem taşımaz²³. BK m. 41/1’e göre bir kimse ister kasten ister ihmal yoluyla zarar versin bu zararını tazminle yükümlüdür. Başka bir ifade ile, haksız bir fiilden doğan bir zarardan sorumlu tutulabilmek için “*kast*” şart değildir, ağır veya hafif ihmal halinde de zararın tazmini gerekir²⁴.

“*Kast*”, hukuka aykırı sonucu bilmek ve istemektir. Fail o davranışı gerçekleştirirken bir hukuk normunu ihlal ettiğini bilmekte, o sonucu tasarlamakta ve istemektedir. Tanımından da

²⁰ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, 550- 568; ayrıca bkz. § 2.II.

²¹ EREN, s.469 vd.

²² EREN, s.529-530; REİSOĞLU, s.146- 147; TİFTİK, s.56; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.492.

²³ Ancak rekabet hukuku açısından da tazminatın ve özellikle üç kat tazminat tayininde “*kast*” unsuru önem taşımaktadır; bkz. § 3. II.

²⁴ EREN, s. 535; REİSOĞLU, s.148; bu kuralın tek istisnası BK 41/II’de görülmektedir.

anlaşılacağı gibi, kastın iki unsuru bulunmaktadır. Bunlar hukuka aykırı sonucun önceden görülmesi, bilinmesi, yani tasavvur ve bu sonucun istenilmesi, yani iradedir²⁵.

“İhmal” ise hukuka aykırı fiil işleyen bir kişinin, sonuçta hukuka aykırılığın meydana gelmesini istememekle beraber, sonucun meydana gelmemesi için gerekli özeni de göstermemesidir. Fail bu durumda davranışının hukuka aykırılığının bilincinde olmamasına karşın yeterli özeni gösterse bunu bilebilecek konumdadır²⁶. İhmal de temelini Roma Hukuku’ndan aldığı bir ayrım ile “ağır ihmal (*culpa lata*)” ve “hafif ihmal (*culpa levis*)” olarak ikiye ayrılmıştır. “Ağır ihmal”, hukuka aykırılık teşkil eden fiili işlerken, bu fiili işleyen herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemeyi ifade ederken; “hafif ihmal”, söz konusu hukuka aykırı fiili işlerken dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni göstermemeyi ifade eder²⁷. Doktrinde “ağır ihmal- hafif ihmal” ayrımının yanı sıra “şuurlu ihmal” ve “şuursuz ihmal” şeklinde de ayrım yapıldığı görülmektedir. Bu ayrıma göre, “şuurlu ihmal”de işlenen fiilin hukuka aykırılık sonucu doğurabileceği bilinmekte ve fakat sonucun gerçekleşmeyeceği ümit edilmektedir. “Şuursuz ihmal”de ise, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu veya hukuka aykırılık sonucunu doğurabileceğini dikkatsizliği sonucu fark etmemesi söz konusudur²⁸. Ancak, tüm bu ayrımlar bir yana, aslında ihmalin dereceleri arasında kesin bir çizgi çizmenin mümkün olmadığını da belirtmek gerekir²⁹.

D. Nedensellik Bağı

Haksız fiil sebebiyle zararın tazmini borcunun doğabilmesi, söz konusu hukuka aykırı fiil ile zarar arasında bir “nedensellik bağı” varlığına, başka bir deyişle zararın o haksız fiil neticesinde meydana gelmiş olması şartına bağlıdır. Hukukta, ortaya çıkan zararlar sorumluluğun bağlandığı fiil arasındaki sebep-sonuç ilişkisine, genel anlamda nedensellik bağı denir³⁰.

²⁵ ATAMER, s. 31; OĞUZMAN/ÖZ, s.527-528; REİSOĞLU, s.148; TİFTİK, s.56; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTINTOP, s.493.

²⁶ ATAMER, s.33; OĞUZMAN/ÖZ, s.529-530; REİSOĞLU, s.148; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTINTOP, s.493.

²⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.529-530.

²⁸ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTINTOP, s.495.

²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.530.

³⁰ ATAMER, s.33; REİSOĞLU, s.150; TİFTİK, s.53.

Nedensellik bağı temel ve niteliği ne olursa olsun, her türlü sorumlulukta büyük önem taşır. Sorumluluk, ister sözleşme ister sözleşme dışı sorumluluğa, ister kusur sorumluluğuna ister kusursuz sorumluluğa dayansın, mutlaka nedensellik bağının varlığı aranmaktadır³¹.

Haksız fiille zarar arasındaki nedensellik bağının varlığı çeşitli yöntemlerle tayin edilir. En temel ayırım “*mantıki illiyet teorisi*” ve “*uygun illiyet teorisi*” ayrımıdır³². Haksız fiille zarar arasındaki nedensellik bağının varlığı ilk aşamada, mantıki olarak tayin edilir. Sorumluluğun bağlandığı fiil veya olay ile zarar arasında, mantık kurallarına göre bir ilişkinin varlığının kabul edilmesine “*mantıki illiyet*” denir. Ancak mantıki illiyet bağı çok geniş sınırlar içinde ortaya çıkabilir. Bu nedenle bazı sınırlamalar yaparak sorumluluğun, hangi ölçüde hukuki sorumluluğa esas teşkil edeceğini belirlemek gerekmektedir. Bu noktada karşımıza “*uygun illiyet teorisi*” kavramı çıkar. Uygun illiyet bağının varlığı, hayatın olağan akışı ve genel hayat tecrübeleri çerçevesinde failin davranışının, söz konusu zararlı sonucun meydana gelmesine elverişli olması halinde; başka bir ifade ile, ortaya çıkan zararın, belli bir fiilin uygun ve normal bir sonucu olarak karşılanması halinde söz konusudur olmaktadır³³.

Bazı durumlarda sebep ile sonuç arasındaki ilişki kesilebilir. Buna doktrinde “*uygun illiyet bağının yokluğu*” veya “*uygun olmayan illiyet*” de denilebilir. İlliyet bağının kesilmesi halinde, belli bir zararı meydana getirebilecek olan haksız fiilin sonuçları tamamıyla meydana gelmeden, ikinci bir olayın aynı sonuca sebep olması söz konusudur. Bu durumda, ilk haksız fiili gerçekleştiren kimse, araya ikinci bir fiil girmeseydi kendi fiilinin doğurabileceği sonuçtan değil, ikinci olaya kadar fiilen meydana gelmiş bulunan zarardan sorumlu olacaktır³⁴.

Sonuç olarak, BK anlamında bir haksız fiilden söz edebilmek için öncelikle hukuka aykırı bir fiilin varlığı gerekecektir. Ancak hukuka aykırı fiil tek başına yeterli olmayıp, bunun kusurlu bir davranış sonucunda gerçekleşmiş olması, bu kusurlu davranış sonucunda bir zararın meydana gelmesi ve söz konusu zararlar davranış arasında uygun bir nedensellik bağının bulunması gerekir. Ancak tüm bu unsurların bir arada bulunması halinde hukuki sorumluluktan söz edilebilecektir.

³¹ EREN, s.487-488.

³² EREN, uygun illiyet bağının tayininde felsefi sebep, mantıki (tabi sebep) ve hukuki sebep ayrımlarına değinmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 488-489; OĞUZMAN/ÖZ, s.518-520; Doktrinde illiyet bağına ilişkin *şart teorisi*, en etkili *şart teorisi*, uygun illiyet teorisi şeklinde üçlü bir ayırım da yapılmıştır, bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.573.

³³ ATAMER, s.33; OĞUZMAN/ÖZ, s.518-520; REİSOĞLU, s.150; ŞENYÜZ, s.80; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.484; TİFTİK, s.54.

³⁴ REİSOĞLU, s.155.

II. Rekabet Hukuku Kapsamında Haksız Fiil Sorumluluğu

RKHK'un haksız fiil hükümleri incelendiğinde, temeli itibariyle borçlar hukukundaki haksız fiile ilişkin düzenlemelerden çok büyük farklılıklar içermediği görülmektedir. GÜRZUMAR da konuya ilişkin olarak, esasen RKHK'da belirtilen yasağa aykırı işlemler (sözleşmeler ve kararlar) 56. maddede yer alan geçersizlik yaptırımını düzenlenmese dahi BK gereğince geçersiz olacaktır, yorumunu getirmiştir. Bunun yanı sıra RKHK'da geçersizlik yaptırımını düzenleyen bir hüküm konulmasında sakınca olmadığı gibi, belli bir ölçüde bunun faydalı da olabileceğini ifade etmiştir³⁵. Kanaatimizce de RKHK'da haksız fiile ilişkin düzenlemeler getirilmiş olması, kanun koyucunun bu konuya ayrı bir önem attiğini ve rekabet hukuku ihlalleri sonucunda sadece idari yaptırım uygulamayı yeterli bulmadığını ortaya koymaktadır.

RKHK'da haksız fiile ilişkin düzenlemeler 57 vd. maddelerinde hükmünü bulmaktadır. 57. madde genel olarak "*tazminat hakkını*", 58. madde "*zararın tazminini*", 59. madde ise "*ispat yükünü*" düzenlemektedir³⁶.

Kanun koyucu haksız fiile ilişkin düzenlemeler getirmekle, idare hukukunun yanı sıra özel hukuku da içeren ikili bir yaptırım sistemini benimsemiştir. Türk rekabet hukukunda, birçok konuda AB hukuku esas alınmakla birlikte, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde, AB rekabet hukukundan ayrılarak ABD rekabet hukuku benimsenmiştir. 58. maddede düzenlenen üç kat tazminata ilişkin hüküm bunun en tipik örneğini oluşturmaktadır.

Doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, RKHK'un koruma altına aldığı hakların, teşebbüslerin malvarlıkları, ekonomik değerleri olduğu göz önüne alındığında, BK'dan ayrı, özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu ortadadır. Kanımızca, RKHK'da haksız fiille ilgili düzenlemeler getirilmesi isabetli olmuştur. Aksine bir durumda, rekabet hukuku ihlallerinin haksız fiil sorumluluğuna yol açıp açmayacağı ya da sorumluluğun varlığı kabul edilse dahi bu kez de uygulanacak kurallar bakımından tartışmalar çıkacağı düşünülmektedir. Örneğin, "*normun koruma*

³⁵ GÜRZUMAR, farklı hukuk sistemlerindeki uygulamalara da değindikten sonra, "*Görüldüğü üzere, özel hukuk bakımından ait olduğumuz hukuk çevresinde bizim için önem taşıdığını söyleyebileceğimiz ülkeler olan İsviçre ve Almanya, rekabet kurallarını ihlal eden kişilerin bu davranışlarının yol açacağı özel hukuk sonuçlarının şartlarını kapsamını, kısmen farklılıklar söz konusu olsa da, benzer şekilde ve bizzat rekabet kanunlarında özel olarak düzenlemek ihtiyacını hissetmişlerdir.*" sonucuna varmıştır, **GÜRZUMAR**, s.2.

³⁶ **SANLI Kerem Cem**, *Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Erciyes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi ve Hukuk Fakültesi - 4 Nisan 2003 Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, (atıf şekli: SANLI, Tebliğ...), s.216.

amacı kuramına göre; bir davranışın bütün bireyleri ve hukuki değerleri tehlikeye sokması düşünülemez ve sadece belli kişiler ve değerler bakımından tehlike yaratan bir davranış, yine sadece bu sınırlar dâhilinde sorumluluğa yol açmalıdır.” ³⁷ RKHK’da haksız fiil sorumluluğu düzenlenmemiş olsaydı, bu konunun RKHK açısından normun koruma amacının dışında kalacağı tartışması doğabilirdi. Böylece kanun koyucu, bu tür tartışmaların önüne geçmiş olmaktadır³⁸.

Diğer yandan, bu ikili yaptırım sisteminin uygulanmasında bir takım güçlükler yaşanması riski de söz konusudur. Özellikle, RKHK’da bazı hususlarda RK’nın münhasır yetkili kılınması RK ile mahkemeler arasında iş bölümü ve yetki paylaşımı sorunu doğmasına neden olmaktadır. Yine, RK ile mahkemelerin aynı konuda farklı ve birbiriyle çelişen kararlar vermesi riski de söz konusudur. Ayrıca bu tür ikili bir yaptırım sisteminin aşırı ve verimsiz derecede caydırıcı olma tehlikesinin de bulunduğu düşünülmektedir. Söz konusu bu risklerin uygulamada ne derecede etkili olacağı ve diğer yandan haksız fiil sorumluluğundan kaynaklı özel hukuk yaptırımlarının ne derecede caydırıcılık yaratacağı ancak zaman içinde bu kuralların uygulanması ile ortaya çıkacaktır.

A. Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğunun Amacı

Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi, borçlar hukuku kapsamındaki haksız fiil sorumluluğunun temel amacının, zarara uğrayan kişilerin zararının giderilmesi olduğu kabul edilmektedir. Rekabet hukuku açısından da rekabeti ihlal eden fiillerin zarara yol açma olasılığı oldukça yüksektir. Bu nedenle, ilk bakışta, rekabet hukuku anlamında haksız fiil sorumluluğunun da temel amacının zarara uğrayan teşebbüslerin zararlarının giderilmesi olduğu düşünülebilir. Çünkü, teşebbüslerin maruz kaldıkları bir takım dışlayıcı ya da sömürücü rekabet hukuku ihlalleri³⁹ sonucunda oldukça büyük zararlara uğramaları, hatta bazı durumlarda piyasa dışına itilmeleri bile söz konusu olabilmektedir. Ancak, RKHK’da haksız fiil sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin amacının, rekabete ilişkin genel kuralların getiriliş amacı ile birlikte yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Genel olarak, rekabet hukukunun temel amacının, ekonomik sorunların

³⁷ ATAMER s.70.

³⁸ Aynı görüşte SANLI, Tebliğ, s.216-217.

³⁹ Kötüye kullanma hallerine yönelik bir tasnif yapılması gerekirse ikili bir ayrıma gidilebilir. Bazı kötüye kullanma halleri doğrudan alt veya üst pazarda yer alan teşebbüslerin veya son kullanıcıların sömürülerek tekeli kâr elde edilmesi biçiminde olabilir. Bu tür kötüye kullanmalara "sömürücü kötüye kullanma" (exploitative) adı verilir. Diğer bir kötüye kullanma şekli ise, aynı pazarda faaliyet gösteren rakiplerin dışlanması (exclusionary) biçiminde gerçekleşebilir. Bu da "dışlayıcı kötüye kullanma"dır. Rakiplerin dışlanması, faaliyetlerinin rekabete hukukuna aykırı bir şekilde engellenmesi, rakiplerin rekabet baskısını azaltarak hâkim durumdaki teşebbüsün sömürücü kötüye kullanma eylemlerine uygun bir ortam yaratacaktır.

önlenmesi ve ekonomik verimliliğin sağlanması olduğu kabul edildiğinde, gelir dağılımı ve küçük ve orta ölçekli işletmelerin gözetilmesi gibi sosyal amaçların ancak temel amaçla çelişmediği durumda korunması gerektiği düşünülmektedir⁴⁰. RKHK'daki düzenlemelere, özellikle de üç kat tazminata ilişkin hükümlere baktığımızda da, yegâne amacın, teşebbüslerin uğradıkları zararların tazmin edilmesi olduğunu kabul etmek oldukça güç görünmektedir. Çünkü, üç kat tazminatta teşebbüslerin uğradıkları zararın oldukça üstünde, üç katı tutarında bir tazminata hükmedilmektedir. Bu düzenleme ile amaçlananın zarara uğrayanların zararlarının tazmininden ziyade, teşebbüsler üzerinde caydırıcılık etkisi yaratarak piyasalardaki rekabetin korunması olduğu düşünülmektedir⁴¹.

RKHK'da idari yaptırımlar öngörülmüş ve bunların temel amacının rekabetin korunması ve piyasada iktisadi etkinliğin sağlanması olduğu ortada iken, neden haksız fiil sorumluluğuna ilişkin ayrı ve özel bir düzenlemeye gerek duyulduğu sorusu akla gelmektedir. Zira, eğer asıl amaç rekabetin korunması ise, bu takdirde, RKHK'daki idari yaptırımlar yeterli olabilmeli ve ayrıca bir özel hukuk yaptırımının düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaması gerekirdi⁴². Ancak, RKHK'da hem idari hem de özel hukuk yaptırımlarını kapsayan ikili bir sistem öngörülerek bu tartışmaların önüne geçilmiştir. Rekabet hukukunun hem düzenleyici hem de denetleyici bir uygulamaya ihtiyaç duyması nedeniyle, RKHK'da *ex-post* ve *ex-ante*⁴³ düzenlemeler getirilmiştir. Zira, hukuku uygulayacak olan kurumun piyasaları takip etmesi ve bu çerçevede piyasalarda düzenleyici ve denetleyici faaliyetlerde bulunması gerekmektedir. RK'nun bu faaliyetlerini etkin bir şekilde gerçekleştirebilmesi için öncelikle idari yaptırımlar öngörülmüştür. Bunun yanı sıra, özel hukuk kişilerinin haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde adli mahkemelere başvurarak zararının tazminini talep etmesi hali de rekabet hukukunun daha etkin ve yaygın kullanılmasına yardımcı olacaktır. Böylece rekabet hukukunun ihlali nedeniyle idari yaptırımlarla karşı karşıya kalacağını bilen bir

⁴⁰ **ASLAN İsmail Yılmaz**; *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ekin Kitabevi, İstanbul 2005; s.7- 9; **SANLI**, Tebliğ, s.219.

⁴¹ **GÜRKAYNAK** da rekabet hukukunun birincil amacının tek tek teşebbüslerin (rakiplerin) veya tüketicilerin değil, *iktisadi etkinliğin sağlanması yoluyla adalete dayalı bir toplumsal refah temin edebilmek için rekabet düzeninin korunması* olduğunu kabul etmektedir; **GÜRKAYNAK, Gönenc**; *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin 'Hukuk ve İktisat' Perspektifinden 'Amaç' Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, s.5, 98 vd.

⁴² **SANLI**, Tebliğ, s. 220. Ayrıca rekabet hukukunda idari para cezaları için bkz. **GÖNEN Kazım Eren**, *Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

⁴³ Rekabet hukuku anlamında *ex-ante* düzenlemeler ihlal doğmadan önceki düzenlemeleri ifade ederken, *ex-post* düzenlemeler ihlal doğduktan sonra getirilecek olan düzenlemelere ilişkindir. Muafiyet, menfi tespit RKHK'da yer alan *ex-ante* düzenlemelere örnek olarak verilebilir; **SANLI**, Tebliğ, s. 221. "İzin" de *ex-ante* bir düzenleme olmakla beraber, RKHK'da meydana gelen 2.7.2005 tarih ve 5388 sayılı Kanunla getirilen değişiklik ile bireysel muafiyet için talep de bulunulması koşulu kaldırılmıştır.

teşebbüs, aynı zamanda, özel hukuk yaptırımlarına da maruz kalabileceğini bilecek, bu da teşebbüsler üzerinde caydırıcı bir etki yaratacaktır⁴⁴.

ABD ve AB'deki uygulamaya baktığımızda ise, ABD'de özel hukuk yaptırımlarına daha sık başvurulduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra, AB rekabet hukukunda da, özel kişilerin de rekabet hukukunun ihlali sonucunda zarara uğramalarının söz konusu olabileceği ve bu kapsamda zararlarının giderilmesi gerektiği giderek daha yaygın şekilde kabul gören bir düşüncedir. Avrupa Birliği Anlaşması'nın- *EC Treaty* ("*Anlaşma*") 81 ve 82. maddelerinde⁴⁵ belirlenen kurallara uyulmaması halinde emredici bir kuralın ihlal edildiği kabul edilmektedir. Emredici bir hukuk kuralının ihlali sonucunda bir haksız fiilin ortaya çıkması halinde ise mahkemelerin haksız fiilin varlığını ortaya koyarken bunun yanı sıra davalıya ne gibi yükümlülükler yükleyecekleri açık değildir. Bu durumda tüm yasal düzenlemelerin somut olaya göre yorumlanması gerektiği düşünülmektedir. Burada düzenlemeler ile korunmak istenen menfaatin kamu yararı mı, bireyler mi ya da belli bir grup mu olduğu önem taşımaktadır. Her ne kadar Anlaşma'nın makro ekonomi politikası ve hedefiyle ilgili düzenlemeler içerdiği görülseyse de, AAD, topluluk hukukunun uygulanması sırasında bireylerin konumunu ve önemini reddetmemektedir. AAD'nın, Anlaşma'nın sadece sorumlulukları düzenlemediği ve fakat, haklara ilişkin düzenlemeler de içerdiği yönünde yorumları mevcuttur⁴⁶. Bunun yanı sıra, AB'de Yeşil Kitap ile ilgili yapılan çalışmada da rekabet hukuku ihlallerine ilişkin tazminat davalarının teşebbüsleri ve bireyleri rekabet hukukuna yaklaştırdığı ve rekabet hukuku kurallarının uygulanmasına dahil ettiği ifade edilmiştir⁴⁷.

Lord Denning⁴⁸, *B.R.T v. S.A.B.A.M* davasında⁴⁹, 81 ve 82. maddelerin bireyler için bir hak içerdiğini ve bunun yerel mahkemelerde de uygulanabileceğini ve mahkemelerin bu kurala uymak zorunda olduğunu, daha da ötesi, AAD'nın, yerel mahkemelerin bir ihlalin varlığını tespit etmeleri durumunda, uyuşmazlığın esasına girerek davayı sonuçlandırmaları gerektiğini ifade etmiştir. Lord Denning, söz konusu kararda, 81 ve 82. maddelerin topluluk hukukunun bir parçası olduğunu, bu maddelerin haksız fiillere ilişkin yeni bir takım düzenlemeler getirdiğini, bu düzenlemelerin

⁴⁴ SANLI, Tebliğ, s.221.

⁴⁵ RKHK 4. ve 6. maddeleri kaynağını AB Anlaşması'nın bu maddelerinden almaktadır.

⁴⁶ AAD, *Camera Care Ltd. v. Commission* [1980] E.C.R. 119, [1980] 1 C.M.L.R. 334. davasında 85. ve 86. maddelerin (Yeni 81. ve 82. maddeler) bireysel hakları da koruduğu yönünde karar vermiştir; **KERSE C. S.**, *E.C. Antitrust Procedure*, Fourth Edition, Sweet& Maxwell, London 1998, s.436-437.

⁴⁷ **Commission of The European Communities**, *Commission Staff Working Paper*, 19.12.2005 COM (2005) 672 final, Brussels, 2005. (atıf şekli: European Commission, Working Paper), s.8.

⁴⁸ Lord Denning, Alfred Denning, Baron Denning (23 Ocak 1899- 5 Mart 1999), İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi yargıcı olarak uzun yıllar görev yapmış bir hukukçudur; www.en.wikipedia.org

⁴⁹ *B.R.T v. S.A.B.A.M*, 127/73: [1974] E.C.R. 51, [1974] 2 C.M.L.R. 238.

“hâkim durumun kötüye kullanılması” ve “piyasalarda rekabetin hukuka aykırı bir şekilde sınırlandırılması”na ilişkin düzenlemeler olduğunu açıklamıştır⁵⁰.

Buna karşın, *Banks* davasında⁵¹ AAD, 81 ve 82. maddeler anlamında bir ihlal bulunmadığını ve 65. ve 66 (7). maddelerin, bireylerin yerel mahkemelerce korunmasına yönelik bir düzenleme içermediğini belirtmiştir. Sonuç olarak, AB anlamında yeknesak düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu ortadadır. Yerel mahkemeler, 81 ve 82. maddeler de dâhil olmak üzere, herhangi bir şekilde topluluk hukukunun ihlal edilmesi durumunda, bireyleri de koruyan düzenlemeler bulunduğundan emin olmalıdırlar. Çünkü, ayrıntılı düzenlemelerin yerel mahkemelere bırakılması durumunda, topluluk hukukunun etkili bir şekilde uygulanması bakımından ciddi riskler söz konusu olabilecektir. Ayrıca, topluluk hukuku anlamında böyle bir düzenleme bulunmaması halinde, bir haksız fiilin varlığı durumunda, davacı - davalı sıfatı, ne tür zararların tazmin edilebileceği, bu zararların ne şekilde hesaplanacağı, kusur sorunu gibi problemler ortaya çıkacak ve AAD, her bir dava için ayrı bir düzenleme getirmeye çalışacaktır⁵².

B. Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğunun Genel Şartları

Haksız fiil sorumluluğunun genel esaslarının borçlar hukuku çerçevesinde düzenlendiğini ve rekabet hukuku açısından da bu genel düzenlemelerden fazla uzaklaşmadığını belirtmiştik. Genel durum böyle olmakla beraber, RKHK’da hukuka aykırılığa, zarara ve bu zararların tazminine ilişkin getirilen düzenlemeler, sadece BK’daki haksız fiil hükümlerine ilişkin açıklamaların yeterli olmayacağını ortaya koymaktadır. Bu nedenle tezimizde rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunun genel şartlarına ayrıca değinilmiştir.

1. Hukuka Aykırı Fiil

a) Genel Olarak

Teşebbüslerin ekonomik menfaatlerinin rekabet hukuku ihlalleri sonucunda zarar görmesinin önüne geçmek için borçlar hukuku kuralları yeterli görülmemekle birlikte RKHK’da özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Mevcut birçok rekabet hukuku sitemlerinde de, teşebbüslerin bir araya gelerek, piyasalarda rekabeti sınırlayıcı etki doğurabilecek davranışlar içine girmelerini

⁵⁰ KERSE , s.439.

⁵¹ C-128,H.J. Banks and Co. Ltd. v. British Coal Corporation [1994] E.C.R. I-1209.

⁵² KERSE , s.441.

kontrol eden düzenlemeler getirilmiştir⁵³. Teşebbüslerin RKHK'un özel hukuka ilişkin korumalarından yararlanabilmeleri için, öncelikle maruz kalınan ihlalin RKHK'da düzenlene kurallara aykırılık nedeniyle ortaya çıkan bir ihlal olması gerekmektedir. Ortada rekabet hukuku kurallarına aykırılıktan kaynaklanan bir ihlal bulunmadığı takdirde ise, bu ihlal haksız fiil sorumluluğuna yol açsa dahi, ancak genel borçlar hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

RKHK'da rekabetin kısıtlanmasına yol açan haller; 4, 6 ve 7. maddelerde yer alan uyumlu eylem⁵⁴ ve teşebbüs birliği kararları, hâkim durumun kötüye kullanılması ile RKHK'a aykırı birleşme ve devralmalar olarak belirlenmiştir.

RKHK'un 4. maddesi hükmüne bakıldığında, ihlalin doğabilmesi için birden fazla teşebbüsün⁵⁵ bir araya gelerek maddede sayılan eylemlerden birini gerçekleştirmesi gerektiği anlaşılmaktadır⁵⁶.

Hâkim durumun kötüye kullanılması hali ise RKHK'un 6. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken nokta RKHK'da hâkim durumun değil, hâkim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmasıdır. Başka bir ifade ile, bir teşebbüsün salt hâkim durumda

⁵³ SANLI, Kerem Cem, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000. (atıf şekli: SANLI, Tez...), s.73.

⁵⁴ "Bilindiği üzere, uyumlu eylemler de aslında anlaşmalarda (ve kararlarda) olduğu gibi taraflar arasında rekabeti sınırlayacak şekilde (veya sınırlamak üzere) oluşan bir danışıklılığı ifade eder. Ancak uyumlu eylemlerde, bu danışıklılık, teşebbüsler arasında herhangi bir nedenle mevcut olan bağlantıdan (koordinasyondan) doğan bir paralel davranış bilinci şeklinde ortaya çıkar. Dolayısıyla, uyumlu eylemler, aralarında (bilgi değişimi, tavsiye, kamuya yönelik duyurular, toplantılar vb. şekillerde) bağlantı bulunan teşebbüslerin gerçekleştirdiği bilinçli paralel davranışlar olarak da tanımlanabilir.", GÜRZUMAR, s.51

⁵⁵ Teşebbüsün tanımı 3. maddede şu şekilde yapılmıştır; "Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler". "Teşebbüs birlikleri de kural olarak teşebbüs değil "teşebbüs birliği" olarak kabul edilmelerinin yanında kendileri ve üyeleri adına bizzat ticari faaliyetlerde bulunuyorlarsa "teşebbüs" olarak kabul edilirler. Bazı Meslek Birliklerinin, kâr amacı gütmeler dahi üyeleri adına ticari faaliyette buldukları ve elde edilen gelirin üyeler arasında paylaştırıldığı görülmektedir. Bu nedenle meslek birliklerinin 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi kapsamında "teşebbüs" olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Böylece teşebbüs birliği niteliğinde olan ve üyeleri şarkıcılar, besteciler, yapımcılar ve söz yazarları olan, Mesam, Mıyap, Mıyorbir ve Ratem kendi alanlarında "hâkim durumda birer teşebbüs" olarak kabul edilmişlerdir. Örneğin Rekabet Kurulu'nun 07.05.2002 tarih ve 02-27/290-118 Karar sayılı Mesam kararı"; ASLAN, s.371.

⁵⁶ Bunların yasaklanabilmesi için ya amaçlarının ya da doğurdukları ekonomik etkilerin rekabeti sınırlayıcı olması gerekmektedir. Bazı durumlarda teşebbüsler arası anlaşmalar henüz uygulanmamış olabilir. Bunun sonucu olarak da somut anlamda rekabetin sınırlanması söz konusu olmayabilir. Ancak rekabet henüz sınırlanmamış bile olsa bir anlaşmanın hükümlerinden rekabeti sınırlayıcı "amaçlı" olduğu anlaşılıyorsa, uygulamadaki etkilerini görmek için beklemeye gerek yoktur. Bu nedenle bu tür anlaşmalar daha uygulanmadan önce yasaklanır. Bunun yanı sıra yine anlaşmayı yapan teşebbüslerin amaçlarının ne olduğuna bakılmaz. Başka bir ifade ile bir anlaşmanın hükümleri rekabeti sınırlayıcı amaçlı olmasa bile, uygulandığı zaman fiilen rekabeti sınırlayıcı etkiler doğuruyorsa bu tür anlaşmalar yasaklanır; ASLAN, s. 126.

bulunması RKHK'un ihlal edildiği anlamına gelmemekte ve fakat bu hâkim durumunu kötüye kullanılması halinde rekabet hukuku ihlali söz konusu olmaktadır⁵⁷.

Rekabet hukuku ihlalleri, teşebbüslerin mutlak haklarını değil, malvarlıklarını, ekonomik menfaatlerini zarara uğrattıklarından, RKHK'da yer alan özel hukuk düzenlemelerinin “*özel koruma normu*” olduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca, teşebbüslerin ekonomik menfaatlerini korumayı amaçlayan davranış kurallarının ihlali, bu kurallar mutlak hak doğurmasalar bile, hukuka aykırılık teşkil edeceğinden rekabet hukuku bakımından “*davranışın hukuka aykırılığı*” teorisi kabul edilmektedir. Bu açıklamalarımızın yanı sıra, ortada teşebbüslerin uğradığı bir zarar olsa dahi, bu zararın rekabet hukuku anlamında tazmin edilebilir türden bir zarar olması, yani hukuka aykırılık bağının⁵⁸ varlığı önem arz etmektedir. Zira, hukuka aykırılık bağının bulunmadığı hallerde, RKHK'da yer alan kurallar ihlal edilse bile tazminat sorumluluğuna yol açmayabilecektir.

b) Hukuka Aykırı Birleşme ve Devralmalarda Tazminat Sorumluluğu

RKHK'un 7. maddesi “*Birleşme ve Devralmalar*” başlığı altında hukuka aykırı kabul edilen birleşme ve devralmaları düzenlemiştir. Madde metni şu şekildedir:

“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da 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 malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”

Madde metninden de anlaşılacağı gibi, RKHK ile birleşme ve devir işlemleri değil, bu birleşme ve/veya devir işlemleri yoluyla teşebbüslerin hâkim duruma gelmeleri veya hâkim

⁵⁷ AŞÇIOĞLU ÖZ' göre de “*Bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal ya da hizmet piyasasında, aynı anda birlikte ya da birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı hakim durumda olmaları halinde, bu hakim durumlarını kötüye kullanmaları hukuka aykırı ve yasaktır.*”, AŞÇIOĞLU ÖZ Gamze. *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000.

⁵⁸ Hukuka aykırılık bağı kavramı, Türk hukukunda aynı zamanda “*normun koruma amacı teorisi*” olarak da adlandırılmaktadır. Bu teori, zarar veren ve dolayısıyla sorumluluğu doğuran davranışın, gerçekleşen sonucu önlemek, zarara engel olmak amacıyla yasaklanıp yasaklanmadığını, hukuka aykırı sayılıp sayılmadığını araştırır, EREN, s.581; GÜRZUMAR'a göre de anti rekabetçi davranışlar sonucunda zarara uğrayan herkes değil, sadece bu anti rekabetçi davranışları yasaklayan normların (zarardan) korumak istediği (isteyebileceği) kişilerin tazminat talep edebilecektir; GÜRZUMAR, s.24.

durumlarını güçlendirmeleri yasaklanmıştır⁵⁹. Çünkü böyle bir durumda, rekabetin önemli ölçüde sınırlanmış olacağı kabul edilmektedir. Birleşme ve/veya devralma işlemlerinin ekonomik etkileri aynı olduğundan aynı hükümlere tabidirler⁶⁰.

Birleşmeler genellikle, yatay⁶¹, dikey⁶² ve conglamere (aykırı)⁶³ olmak üzere üç temel yapı sergilerler. Bunların pazardaki etkileri birbirinden farklıdır⁶⁴.

Birleşme ve devralmaların RKHK'un 8 vd. maddeleri uyarınca Kurul'a bildirilmesi ve Kurul tarafından izin verilmesi halinde bu aykırılık tehlikesi ortadan kalkacak ve söz konusu birleşme ve/veya devralma geçerlilik kazanacaktır. Hangi tür birleşme ve/veya devralmaların izne tabi olduğu konusunun belirlenmesi RKHK'da Kurul'un takdirine bırakılmıştır. Rekabet Kurulu da yayımladığı "1998/2, 1998/6 ve 2000/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 sayılı Tebliğ" ("Tebliğ") ile hangi tür birleşme ve/veya devralmaların izne tabi olduğunu düzenlemiştir⁶⁵.

Tebliğ'in 4. maddesinde; "Bu Tebliğ'in 2 nci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur." denilmektedir.

⁵⁹ Rekabet hukuku alanındaki düzenlemeler teşebbüslere eşit ve serbest rekabet edebilme olanağı vermek amacına yönelik olduğundan, etkin ve sağlıklı piyasa koşulları oluşturulmaya çalışılmış ve bu koşulların korunması için de piyasalarda tekelleşme ve kartelleşmeye karşı rekabeti koruyan ve rekabetin bozulmasını önleyici düzenlemeler getirilmiştir; **ESİN İsmail G./ LOKMANHEKİM S. Tunç**, *Uygulamada Birleşme ve Devralmalar*, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003, s.114.

⁶⁰ **ASLAN**, s.451. **ASLAN**, ayrıca Kanun'un bu hükmünün kaleme alınış tarzını eleştirmiş ve "Hâkim durum yaratan ya da mevcut bir hâkim durumu güçlendiren bir birleşmenin rekabeti önemli ölçüde azaltacağı açıktır. Fakat kanun, yersiz olarak, bunların "rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde" olması halini de yasaklamaktadır. Yani kanun, hâkim durum yaratacak bir birleşmenin, rekabeti önemli ölçüde sınırlamama ihtimalinin varlığını kabul etmektedir. Kanaatimce bir birleşme veya devir hâkim durum yaratıyorsa veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiriyorsa "per se" rekabeti önemli ölçüde sınırlıyor demektir. Yani hâkim durum yaratıldığı saptanıyorsa ayrıca rekabeti önemli ölçüde sınırlayıp sınırlamadığını araştırmaya gerek yoktur." demektedir; **ASLAN**, s.456.

⁶¹ Bir mal veya hizmetin elde edilmesi sürecinin aynı aşamasında yer alan işletmelerin birleşmesidir; **ASLAN**, s.453.

⁶² Dikey birleşmeler bir ürünün üretim sürecinde farklı aşamalarda yer alan işletmelerin birleşmesidir; **ASLAN**, s.454.

⁶³ Aynı pazarda olmayan, aynı veya benzer ürünlerin üretim süreçlerinin farklı aşamalarında bulunmadıkları halde aralarında birleşen işletmelerin yaptıkları bu birleşmelere "aykırı birleşmeler" denir; **ASLAN**, s.454.

⁶⁴ **ASLAN**, s.451.

⁶⁵ **AKSOY**, s.34.

Bu kapsamda Kurul'a bildirilen ve izin alınan bir birleşme ve/veya devralma işleminin zarara yol açması düşünülemeyecektir. Zira, Kurul tarafından izin verilmekle hukuka aykırı bir eylem ve dolayısıyla da zarar söz konusu olmayacaktır.

RKHK m. 7 kapsamında yer alan birleşme ve devralmaların tazminat sorumluluğuna yol açıp açmayacağı konusunda ise farklı görüşler mevcuttur. ASLAN, 7. maddeye aykırılığın da aynı şekilde hukuka aykırılık oluşturacağını ve dolayısıyla buna dayanarak da tazminat davası açılabileceğini kabul etmektedir⁶⁶. Buna karşın SANLI, 7. maddeye aykırı davranış zarara yol açsa dahi, oluşan bu zararların haksız fiil hukukuna göre giderilmesinin mümkün olmadığını, başka bir ifadeyle burada "*hukuka aykırılık bağı*" bulunmadığını kabul etmektedir⁶⁷.

RKHK'un tazminat hakkını düzenleyen 57. maddesinin lafzına baktığımızda, sadece 4. ve 6. maddelerde yer alan hukuka aykırılık hallerine değinildiği görülmektedir. Madde metninde ilk olarak "*Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa...*" denilmektedir. Bundan kastedilenin 4. maddedeki aykırılık halleri olduğu açıktır. Yine maddede devamla "*...yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur.*" denilmektedir. Bu ifadenin de 6. madde kapsamında düzenlenen hâkim durumun kötüye kullanılması haline işaret ettiği görülmektedir. Madde metninden anlaşılacağı gibi 7. madde kapsamında yer alan hukuka aykırı birleşme ve devralmalardan bahsedilmemektedir. Bununla birlikte Kanun'u sadece lâfzîyle yorumlamanın ve tek başına buradan hareketle böyle bir sonuca varmanın ne derecede doğru bir yaklaşım olacağı da tartışmalıdır. Ancak, sadece Kanun'un lafzından hareketle değil, maddenin özelliklerinden hareketle de bu sonuca varmanın mümkün olduğu kanaatindeyiz. Zira, RKHK'un 7. maddesi önleyici karakteri ve getirilen bildirim ve izin sistemi sayesinde, henüz bir rekabet hukuku ihlali doğmadan, başka bir ifade ile, henüz bir yoğunlaşma ya da hâkim durum ortaya çıkmadan ilgili hükümlerin uygulanmasına olanak tanımaktadır⁶⁸.

7. maddede her türlü birleşme ve devralmalar değil; daha önceden de belirtildiği gibi "*hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin*

⁶⁶ ASLAN, s.685;

⁶⁷ SANLI, s.232. Aynı görüşte İNAN Nurkut, *Rekabet Hukukunun Uygulanmasında Adli Mahkemelerin Rolü*, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı- 2002, Ankara, 2002.(atf şekli: İNAN,...), s.608. Aynı görüşte, GÜRZUMAR, s.31.

⁶⁸ AKSOY, s.34-35; SANLI s.230.

bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşmeler veya devralmalar” hukuka aykırı kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile, hukuka aykırı bir birleşme veya devralma söz konusu olduğunda zaten hâkim durum söz konusu olacaktır ki, bu noktada da 6. madde hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle 7. maddenin uygulanmasına gerek duyulmayacaktır⁶⁹.

Bu açıklamalarımızın yanı sıra, 7. madde ile ilgili farklı olasılıkların değerlendirilmesi suretiyle daha sağlıklı bir sonuca varılacağı kanaatindeyiz.

Öncelikle, zarardan bahsedebilmek için bir birleşmenin ya da devralmanın uygulamaya konmuş olması şarttır. Zira, uygulamaya konmamış olan bir birleşme veya devralmanın zarara yol açması söz konusu olamayacaktır. Kurul’a bildirimde bulunularak izin alınan ve uygulamaya konulan birleşme ve/veya devralma işlemleri bakımından hukuka aykırılık teşkil eden bir durum ve bunun sonucunda da zarar söz konusu olmayacaktır. Yapılan bildirim sonucunda Kurul’un hukuka aykırı bulduğu birleşme ve devralma işlemlerinde ise zararın doğma riski vardır⁷⁰. Burada teşebbüsler, bildirimde bulunarak sorumluluklarını yerine getirmiş olacaklarından; kasten bilgi saklamış olmaları hali hariç olmak üzere; kusurlu kabul edilmeleri oldukça güç gözükmektedir. Kusurlu oldukları kabul edildiğinde ise, normun koruma amacı, piyasa yapısının korunması ve yoğunlaşmanın neden olduğu toplumsal maliyetin azalması olduğundan, idari para cezaları yeterli bir yaptırım aracı olacaktır. Kaldı ki, yukarıda da belirttiğimiz gibi tazminat sorumluluğuna yol açan haller zaten 6. madde kapsamında değerlendirilebilecektir⁷¹.

RKHK’un 7. maddenin ihlalinin tazminat sorumluluğuna yol açıp açmayacağı konusunda irdelenmesi gereken bir husus da normun koruma amacı teorisi. 7. maddeye aykırı birleşme ve/veya devralma işlemleri istisnai de olsa bir zarara yol açtıklarında, bunun tazminat sorumluluğu kapsamında değerlendirilemeyeceği, çünkü kişilerin zararlarının giderilmesi halinin 7. maddenin kapsamı dışında kaldığı düşünülmektedir. Zira, burada normun getiriliş amacı, teşebbüslerin zarara uğramalarının önlenmesinden ziyade, hukuka aykırı birleşme ve/veya devralma işlemleri sonucunda ortaya çıkabilecek piyasa aksaklıklarının önlenmesidir. Tüm bu açıklamalarımız

⁶⁹ SANLI, Tebliğ, s.231.

⁷⁰ AKSOY, s.34-35; SANLI, Tebliğ, s.231.

⁷¹ SANLI, Tebliğ, s.231.

ışığında, RKHK'un 7. maddenin ihlali sonucunda tazminat sorumluluğunun söz konusu olmadığı kanaatindeyiz⁷².

c) Hukuka Aykırılığı Gideren Haller

Borçlar hukukunda olduğu gibi rekabet hukukunda da hukuka uygunluk sebepleri mevcuttur. Başka bir ifade ile, rekabeti olumsuz etkileyen ve etkileyebilecek nitelikte olan her türlü irade uyuşması veya danışıklı ilişki sonucunda hukuka aykırılık söz konusu olmamakta, rekabeti sınırlayıcı olmasına karşın aynı zamanda olumlu yönleri de olan anlaşmalar, belirli koşullarda yasak kapsamı dışına çıkarılabilmektedir⁷³.

Rekabet hukuku kapsamındaki hukuka uygunluk sebeplerini RKHK'da yer alan muafiyet hükümleri oluşturmaktadır. RKHK'un 5. maddesinde iki çeşit muafiyet öngörülmüştür. Birincisi bireysel muafiyettir; ikincisi ise grup muafiyetidir. Bireysel muafiyette tek bir anlaşmanın RK kararı ile yasak kapsamı dışına çıkarılması hali söz konusudur. Daha önceden RK'nun bireysel muafiyet kararı verebilmesi için, ilgililer tarafından anlaşmanın "*bildirilmesi*" koşulu aranırken, RKHK'da yapılan değişiklikle bildirim zorunluluğu kaldırılmıştır. Böylece talep edilmemiş ve bildirimde bulunulmamış olsa bile muafiyetten yararlanmak mümkün hale gelmiştir⁷⁴. Grup muafiyeti ise, bildirimsiz olarak ve bireysel bir karara ihtiyaç olmaksızın RK'nun çıkaracağı bir tebliğ ile muafiyet olanağı tanımaktadır⁷⁵. İster bireysel muafiyet, ister grup muafiyeti olsun, bu hallerde RKHK'un hükümlerine aykırılıktan ve bunun sonucunda haksız fiil sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

2. Nedensellik Bağı

Rekabet hukukunda davacı bir zarara uğradığını ileri sürdüğünde, bu zararın RKHK'na aykırı olan bir anlaşma, karar ya da uygulamadan kaynaklandığını, başka bir deyişle, uygun

⁷² SANLI, Tebliğ, s.232; İNAN, 56. ve 57. maddelerde tazminata yola açan hususları ayrıntılı olarak belirlemenin doğru bir yöntem olmadığını, kısaca Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ihlalinden söz etmenin daha doğru olacağını belirtmiştir, İNAN, s.608.

⁷³ SANLI, Tez, s.75.

⁷⁴ 5388 sayılı ve 2.7.2005 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun 2. maddesi ile değişik metin.

⁷⁵ AKSOY, s.33; ASLAN, s.273-290. Halen yürürlükte olan grup muafiyeti tebliğlerine, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ve 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin grup Muafiyeti Tebliği örnek olarak verilebilir.

nedensellik bağının varlığını kanıtlamalıdır⁷⁶. Aksi takdirde, bir teşebbüsün başka nedenlerle zarara uğramış olması da mümkündür. Örneğin, bir teşebbüsün, rakip teşebbüsün veya diğer bir teşebbüsün fiilleri sonucunda zarara uğraması halinde önemli olan husus, söz konusu teşebbüslerin davranışlarının rekabet hukuku ihlaline yol açması ve uğranılan zararın da bu ihlalden kaynaklanmasıdır. Aksi takdirde, rakibinin veya diğer bir teşebbüsün hukuka uygun fiilleri sonucunda, örneğin, rekabetçi uygulamaları sonucunda, diğer bir teşebbüsün, zarara uğraması halinde doğal olarak sorumluluktan söz edilemeyecektir. Yine, bir teşebbüsün kendi uygulamaları ve fiilleri sonucu uğramış olduğu zararlara ilişkin de nedensellik bağının varlığı söz konusu olmayacağından sorumluluktan söz edilemeyecektir⁷⁷.

3. Kusur

Rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunun dayandığı esasa baktığımızda “*kusur sorumluluğu*”nun benimsendiği sonucuna varmaktayız. Aslında RKHK’da bu konuda getirilmiş bir düzenleme bulunmamakla beraber, hukuk sistemimizde yer alan, kusur sorumluluğunun asıl, kusursuz sorumluluğun istisna olduğu yönündeki genel ilkeden hareketle böyle bir sonuca varmanın hatalı olmayacağı kanaatindeyiz. Zira hukukumuzda, kusursuz sorumluluğa hükmedilebilmesi için, kanunda açık bir düzenleme bulunması gerekmektedir⁷⁸. Bu genel yorumun yanı sıra, RKHK 58. maddesinde yer alan “*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim ... üç kat tazminata hükmedebilir*” ifadesinden de bu sonuca varmak mümkündür⁷⁹. Bu nedenle rekabet hukuku bakımından tazminata hükmedilebilmesi için davacı, davalının kusurlu olduğunu kanıtlamak zorunda olduğu kabul edilmektedir. Genelde rekabet hukuku kurallarına aykırılık unsurunun

⁷⁶ ABD rekabet hukuku uygulamasında zararın meydana gelmesinde birden fazla olgu söz konusu olduysa davacının bunları belirleyip, etkilerine göre sıralaması ve rekabet hukuku ihlalinin diğer olgulara nazaran daha ağır bastığını kanıtlaması gerekmektedir. Buna ABD rekabet hukukunda “*material cause*” ya da “*substantial factor*” denilmektedir, **JONES Clifford A., Private Enforcement of Antitrust Law, In the EU, UK and USA**, Oxford University press New York, 1999, s.155.

⁷⁷ ASLAN bu konuya ilişkin açıklayıcı bir örnek vermiş ve yeni yatırımlar yaptığı için ya da dış kaynaklardan faiz ile para kullandığı için ya da yaptığı malların ayıplı çıkması nedeniyle uğranılan zararların, tazminat olarak istenemeyeceğini belirtmiştir.

⁷⁸ ASLAN s.692-693; İNAN Nurkut, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, Erciyes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi ve Hukuk Fakültesi 9 Nisan 2004-Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004. (atf şekli: İNAN, Tebliğ...), s.48.

⁷⁹ RKHK’da özel hukuk yaptırımlarının uygulanabilmesi için, başka bir ifade ile tazminata hükmedilebilmesi için “*kusur*” sorumluluğu benimsenmişken, idari para cezaları için kusur şartı aranmamaktadır. Kanun’un 16/4. maddesinde “*Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin Pazar içindeki gücü ve muhtemel zararların ağırlığı gibi unsurları dikkate alır.*” denilmekle, kusurun sadece zararın miktarının tayininde önem arz edeceği kabul edilmiş olmaktadır.

tespiti, kusurlu davranışın varlığını ortaya koymaktadır; çünkü rekabet hukuku bakımından bazı davranışlar ve anlaşmalar nitelikleri icabı kusurlu davranmayı gerektirmektedir⁸⁰. Ancak RKHK'un 4, 6 ve 7. maddelerine baktığımızda, bunun mutlak bir durum olmadığını ve istisnai de olsa bazı hallerde RKHK'un kusursuz olarak da ihlal edildiğini görmekteyiz. Bu gibi, RKHK'un kusursuz olarak ihlal edildiği durumlarda ise tazminat söz konusu olmayacaktır⁸¹.

RKHK'un idari para cezalarını düzenleyen 16. maddesine göre kusur gerekmesi bile RKHK ihlal edildiğinden, para cezası verilebilecektir. Para cezaları için durum böyle olmakla birlikte 57. ve 58. maddeler kapsamında tazminata hükmedebilmek için kusurun varlığı mutlaka aranacağından 16. maddedeki hükmün kıyasen özel hukuka ilişkin tazminat hükümlerine de uygulanacağı ve kusursuz da olsa tazminata hükmedilebileceği gibi bir sonucuna varmak da hatalı olacaktır⁸².

Diğer yandan belirtmek gerekir ki, SANLI'nın da işaret ettiği gibi, 58. maddede yer alan “ *tarafların anlaşması ya da kararı* ” ifadesi hatalı bir ifadedir. Çünkü, “anlaşma” ve “karar” bir kusur türü olmadığı gibi maddede yer alan “ağır ihmal” de bir çok taraflı işlem türü değildir. Bu nedenle, “ *tarafların anlaşması ya da kararı* ” ifadesini “ *tarafların kastı* ” şeklinde yorumlamanın doğru olacağı ifade edilmektedir. Bunun sonucu olarak da, üç kat tazminata hükmedilebilmesi için “kast” ya da “ağır ihmal”in varlığının arandığı⁸³ yani, kusur sorumluluğunun benimsendiğini düşünülmektedir.

Eğer teşebbüsler, rekabetin sınırlanması amacıyla, bilerek ve isteyerek hareket etmişlerse burada “ *kast* ”in varlığından söz edilirken; amaçlanan rekabetin kısıtlanması ya da engellenmesi olmamakla beraber bu sonucun gerçekleşmemesi için gereken özenin gösterilmemesi halinde “ *ihmal* ”den söz edilecektir⁸⁴.

⁸⁰ *Kartel anlaşmaları ya da dışlayıcı uygulamalar gibi bir takım hukuka aykırı davranışlar, nitelikleri icabı failin kusurlu davranmış olmasını gerektirir. Zira söz konusu davranışların piyasa üzerindeki ekonomik etkilerinin teşebbüsler tarafından öngörülmemiş olması ihtimali düşüktür. Teşebbüslerin genelde tacir sıfatını taşıyacak olmaları nedeniyle de göstermeleri gereken özenin ölçüsü daha ağır olacaktır, SANLI, Tebliğ, s.246.*

⁸¹ Örneğin; dağıtım anlaşmaları gibi dikey anlaşmaların büyük bir bölümünde ve teşebbüs birliği kararlarında da her zaman ağır kusurun veya kusurun varlığını göstermeyeceği, bazen mesleki bir konunun karara bağlanması sırasında da rekabetin sınırlanabileceğini düşünmek mümkündür; ASLAN, s.692- 693,

⁸² GÜRZUMAR, s.33; İNAN, Tebliğ , s.48.

⁸³ GÜRZUMAR, s.18.

⁸⁴ SANLI, Tebliğ, s.246.

Türk rekabet hukukundaki bu düzenlemenin yanı sıra, AB rekabet hukukunda da, üye ülkelerin birçoğunda haksız fiillere dayanan tazminat davalarında kusur şartının arandığı görülmektedir. Üye ülkelerin bazılarında rekabet kurallarına aykırı bir davranışın kusurlu bir davranış olduğu kabul edilmektedir. Bu kuralın benimsenmediği diğer üye ülkelerde ise, rekabet hukuku ihlalinin doğan zararların tazmininde genel hukuk hükümlerinden yararlanılır⁸⁵. AB Komisyonu da Yeşil Kitap'ta konuya ilişkin öneriler getirmiştir. Bu kapsamda rekabet hukuku ihlaline dayanan tazminat davalarında kusur şartının aranıp aranmayacağı üzerinde durulmuştur. Birinci öneriye göre bir rekabet hukuku ihlalinin varlığının ispatlanması yeterli kabul edilmiştir. İkinci öneride, tazminata hükmedilebilmesi için ihlalin yeterli olması ve kusurun varlığının ispatlanması zorunluluğunun bulunmaması halinin sadece ağır rekabet hukuku ihlallerinde söz konusu olabileceği belirtilmiştir⁸⁶. Üçüncü öneride ise, hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde sorumluluğun söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir⁸⁷.

Bu bölüme kadar olan açıklamalarımızda RKHK'da haksız fiil sorumluluğuna ilişkin BK'dan ayrı düzenleme getirildiği, RKHK'da ayrıca bir düzenleme yapılmasına neden ihtiyaç duyulduğu ve rekabet hukuku ihlali nedeniyle bir haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için gerekli olan şartlar üzerinde durulmuştur. Tezimizin geri kalan bölümlerinde ise haksız fiil sorumluluğunun bir diğer şartı olan zarar, zararın hesaplanması yöntemleri ve tazminat konuları incelenecektir.

⁸⁵ **European Commission**, Green Paper, s. 6.

⁸⁶ Her ne kadar Yeşil Kitap'ta "*ağır rekabet hukuku ihlalleri*" ile anlatılmak istenenin ne olduğu açıklanmamışsa da bu ifade ile kastedilenin kartel anlaşmaları gibi ancak kusurlu olarak gerçekleştirilebilecek rekabet ihlalleri olduğu düşünülmektedir.

⁸⁷ **European Commission**, Green Paper, s.7.

§ 2. REKABET HUKUKUNDA ZARAR

I. Genel Olarak

Zarar sorumluluğun ve dolayısıyla tazminat borcunun en önemli unsurunu oluşturur. Başka bir ifade ile sorumluluk hukukunda tazminat borcunun doğabilmesi için haksız fiillerde hukuka aykırı bir davranış sonucunda zarar gerçekleşmiş olmalıdır⁸⁸.

BK'nun 41. maddesinde zarardan söz edilmekle birlikte, “zarar” kavramının tanımı yapılmamış; bu daha çok doktrine bırakılmıştır. Doktrin ve uygulamadan hareketle “zarar”, zarar görenin haksız fiil gerçekleştikten sonraki malvarlığı değeri ile zarar verici olay meydana gelmeseydi malvarlığının sahip olacağı değer arasındaki farkı ifade eder⁸⁹. Bu tanımın yanı sıra genel olarak “zarar”, “geniş anlamda zarar” ve “dar anlamda zarar” olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. BK 41. maddede öngörülen zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmayı ifade eden “maddi zarar”dır⁹⁰. Burada manevi tazminata ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır⁹¹. Haksız fiil nedeniyle malvarlığında meydana gelen azalma temelde “fili zarar” ve “mahrum kalınan kâr” olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir⁹². Ancak zararları bu ayrımla sınırlı tutmamak gerekmektedir.

II. Rekabet Hukukunda Zarar Kavramı

A. Genel Olarak

Rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için rekabet hukukunu ihlal eden fiil sonucunda bir zararın meydana gelmiş olması gerektiği açıktır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, rekabet hukuku ihlallerine karşı getirilen idari yaptırımlarda zarar unsurunun varlığı aranmamaktadır⁹³. Başka bir ifade ile idari yaptırımlar için ortada doğmuş veya doğması muhtemel bir zarar bulunmasa dahi rekabet hukukunu ihlal etmiş olmak başlı başına yeterlidir.

⁸⁸ EREN, s.472; REİSOĞLU, s.146.

⁸⁹ AKSOY, s.46; GÜRZUMAR da benzer bir yaklaşımla zararı “Bir kimsenin malvarlığında, onun rızası hilafına, aktiflerin azalması, pasifin çoğalması ya da belli bir kazanç fırsatının kaçırılması (kar mahrumiyeti) şeklinde ortaya çıkan kayıp” şeklinde tarif etmiştir, GÜRZUMAR, s.34.

⁹⁰ EREN, s.477 vd. ; OĞUZMAN/ ÖZ, s.497.

⁹¹ Manevi tazminat sorunu Kanun’da ayrıca düzenlenmiştir. Maddi tazminata ilişkin 41 vd. hükümleri manevi tazminata kıyas yoluyla uygulanır.

⁹² EREN, s.472; REİSOĞLU, s.146.

⁹³ SANLI, Tebliğ, s.233.

RKHK'un 58/1. maddesinde nelerin zarar olarak istenebileceği belirlenirken, Türk hukukundaki genel zarar tanımından hareket edilmiştir. RKHK'da yer alan bu düzenlemenin uygun bir düzenleme olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak aslında RKHK'un bu hükmü sadece zararın rekabet hukuku anlamında bir görünümünü düzenlemiştir⁹⁴.

SANLI, RKHK'un 57 ve 58. maddelerinde “*her türlü zarar*”ın tazmininden bahsedildiği için, zararın tanımında Türk hukukundaki genel tanımın yol gösterici olabileceğini belirtmiş ve rekabet hukuku açısından zarara ilişkin şu şekilde bir tanım yapmıştır:

*“Rekabet sınırlanmadığı bir varsayımda piyasanın alması muhtemel durum (ki bu durum etkin rekabet piyasası ya da çalışabilir rekabet piyasası olarak da ifade edilebilir) ile rekabet sınırlanması nedeniyle oluşan mevcut durum arasındaki fark, zararı oluşturur.”*⁹⁵

Ancak SANLI'nın da isabetli olarak belirttiği gibi, bu tanımın uygulamaya aktarılması oldukça güçtür ve bir takım teknik ve ekonomik analizler gerektirir. Bir başka ifade ile, ihlalin varlığının tespit edilmesi bir tarafa, bunun neticesinde ne tür zararların oluştuğunu ve hangilerinin tazmin edilebilir zararlardan olduğunu tespit etmek zordur. RKHK'da yer alan “*her türlü zarar*” şeklindeki geniş ifadeye rağmen, doktrinde rekabet hukuku ihlallerinin neden olduğu tüm zararların tazmininin mümkün olmadığını ve bu nedenle “*tazmin edilebilir zarar*” ayrımının yapılması gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır⁹⁶. Özellikle RKHK'da bu konuda getirilmiş açık bir hüküm bulunmadığı da göz önüne alınırsa, rekabet hukuku ihlallerinden doğan zararların belirlenmesi, hangi zararların tazmin edileceğinin tespiti ve hesaplanmasının ne denli güç olacağı daha net anlaşılmaktadır. Rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan bu zararların hesaplanmasından sonra da karşımıza bu zararların tazmini sorunu çıkacaktır.

Rekabet hukukunun ihlalinde zararın varlığı ve miktarının tam olarak ispatı, ihlale yol açan davranışa ve piyasa koşullarına göre değişkenlik göstermekle birlikte, genel olarak üç tür zararın varlığından söz edilebilir. Rekabet hukuku ihlalleri sonucunda, “fazladan ödenen bedel ya da bazı durumlarda az ödenen bedel (*overcharge injury*)”⁹⁷, “mahrum kalınan kâr (*lost profits*)” ve bu iki

⁹⁴ SANLI, Tebliğ, s. 234.

⁹⁵ SANLI, Tebliğ, s. 234.

⁹⁶ SANLI, Tebliğ, s.234; “*Tazmin edilebilir zarar*” kavramı için bkz. SANLI, Tebliğ, s, 234- 236.

⁹⁷ Örneğin, tekeli fiyat durumunda tekeli fiyat haksız yere ödenen fazladan bir fiyatı işaret eder. Yine, rekabet hukuku anlamında dikey bir ilişkide fiyat tespiti durumunda benzer bir durum olabilecektir. Buna karşın, alıcı kartelinin söz konusu olduğu bir durumda ise, ödemenin çok düşük olması nedeniyle az ödenen bir bedel söz konusu olabilecektir, JONES, s.201; GÜRZUMAR “*alıcı karteline*” örnek olarak, süper- veya hiper-market zincirleri sahibi teşebbüslerden oluşan bir alım kartelini vermiştir. Bu piyasada satış yapmak zorunda kalan “*toptancı satıcılar*”, kartel

zararın dışında kalan zararları da ifade etmek üzere “teşebbüsün iflas etmesi ya da ekonomik faaliyetlerine son vermesi- (*terminated business*)”⁹⁸ hallerini de kapsayan “*diğer zararlar*” olmak üzere üç tür zararın karşımıza çıktığı söylenebilir⁹⁹.

B. Maddi Zarar

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalmaya “maddi zarar” adı verilir. Malvarlığının para ile ölçülebilmesi sebebiyle maddi zarar da para ile ölçülebilir niteliktedir¹⁰⁰. Bu tanımdan da görüleceği üzere maddi zararın üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar: “*malvarlığı*”, “*malvarlığındaki azalma*” ve “*mal varlığındaki azalmanın zarar görenin iradesi dışında gerçekleşmesi*”dir. Malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin meydana getirdiği bir bütünü ifade ederken; bu malvarlığında meydana gelen eksilmeler zararı oluşturur. Yine, zarardan söz edebilmek için malvarlığında meydana gelen bu eksilmenin zarar görenin rızası dışında gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁰¹.

Yine maddi zarar denildiğinde karşımıza pek çok farklı ayrım çıkmaktadır. Bu temel ayrımlara kısaca değinmekte fayda görmekteyiz.

1. Fiili Zarar - Mahrum Kalınan Kâr Ayrımı

Fiili zarar; malvarlığında fiili bir eksilmenin meydana gelmiş olmasıdır¹⁰². Malvarlığının mevcut, net durumunda, zarar görenin iradesi dışında meydana gelen fiili azalmaya, “*fiili zarar*” adı verilir. Burada, zarar verici olay sonunda malvarlığının mevcut değeri ve miktarı azalmaktadır¹⁰³.

nedeniyle kabul ettikleri düşük satış fiyatıyla kartel olmasaydı (rekabetçi bir piyasada) uygulayabilecekleri fiyat arasındaki fark kadar bir zarara uğrarlar ve bu da bir fiili zarar teşkil eder. Burada zarara uğrayanlar, kartel üyelerinin “saticılarıdır”, **GÜRZUMAR**, s.36.

⁹⁸ Davalının rekabet hukukuna aykırı fiilleri sonucunda davacının işi tamamen yıkıma uğramış ya da ileriye yönelik kazanç elde etme kapasitesinde bir zarar meydana gelmiş olabilir, **JONES**, s.201.

⁹⁹ **SANLI**, Tebliğ, s.266; zarar çeşitleri konusunda **ÖZSUNAY**, ise “*fazla ödemelerden doğan zararlar*” ile “*kazanç kaybı*” şeklinde ikili bir ayrım benimsemiştir; **ÖZSUNAY, Ergun**; *Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III; Erciyes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi ve Hukuk Fakültesi 8 Nisan 2005- Kayseri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.6.

¹⁰⁰ **EREN**, s.473; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.498; **ŞENYÜZ**, s.63

¹⁰¹ **EREN**, s.476

¹⁰² **OĞUZMAN/ÖZ**, s.499; **REİSOĞLU** s.146.

¹⁰³ **EREN** s.477-478; **TİFTİK**, s.52.

Mahrum kalınan kâr; malvarlığında meydana gelebilecek bir çoğalmanın önlenmiş olmasını, elde edilebilecek bir kazançtan mahrum kalmayı ifade eder¹⁰⁴. Başka bir ifade ile, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelmesi beklenen artışların haksız fiil nedeniyle kısmen ya da tamamen önlenmesi sonucu ortaya çıkan azalmayı ifade eder. Mahrum kalınan kâr sonucunda malvarlığının fiili durumu bir artış göstermemekte, değişmemektedir. Buna karşılık, söz konusu olay, malvarlığının gelecekteki muhtemel artışını önlemektedir¹⁰⁵.

2. Doğrudan Doğruya Zarar - Dolaylı Zarar Ayrımı

Doğrudan doğruya zarar - dolaylı zarar ayrımı daha çok nedensellik bağı ile ilgili bir ayrımdır. Zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar, “*doğrudan doğruya zarar*”, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ilave bir sebeple mağdurun uğradığı zarar “*dolaylı zarar*” olarak nitelendirilebilir¹⁰⁶. Bu durumda, zarar görenin hukukça korunan bir varlığına yöneltilen ve ihlale yol açan fiilden doğan ilk zararlar, buna bağlı olarak sonradan doğan zararlar söz konusu olmaktadır. Sonradan doğan zararlar “*takip eden zararlar*” da denilmektedir¹⁰⁷.

Bazı hallerde ilk zararlar takip eden zararı doğuran fiil veya sebepler birbirinden ayrılır. Bu gibi hallerde ve ihlale yol açan davranışlar sonuç arasında uygun nedensellik bağı bulunmayan zararlarından (dolaylı zararlarından) dolayı sorumluluk söz konusu olmayacaktır¹⁰⁸.

III. Rekabet Hukukunda Zararın Tespiti

RKHK’un 58/1. maddesi şu şekildedir:

“Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir.”

¹⁰⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 499; REİSOĞLU s.146.

¹⁰⁵ EREN s.478-479; TİFTİK, s.52.

¹⁰⁶ GÜRZUMAR s.35; OĞUZMAN/ÖZ, s.500.

¹⁰⁷ EREN s.480-481

¹⁰⁸ EREN s.480-481

Bu maddede, zarar görenlerin malvarlıklarında meydana gelen bir eksilmeden söz edilmekle, fiili zarara değinilmiştir. Ancak rekabet hukuku ihlallerinden doğan zararların sadece fiili zarar şeklinde karşımıza çıkacağını kabul etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira, rekabet hukuku ihlalleri sonucunda, fiili zararlarla karşılaşılabilceği gibi mahrum kalınan kâr şeklindeki zararlarla da karşılaşılabilir. Bu nedenle RKHK'un 58. maddesinden hareketle, sadece bedel farkının zarar olarak kabul edilebileceğini ve istenebileceğini düşünmenin hatalı bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz. 57. madde tazminat hakkına ilişkin düzenleme getirirken, zarar görenlerin her türlü zararının tazmin edilmesi gerektiğinden bahsetmektedir. Bu nedenle kanun koyucunun zararlarla ilgili olarak sınırlayıcı bir düzenleme yapmadığı kabul edilmelidir¹⁰⁹.

IV. Rekabet Hukukunda Zararın Hesaplanması

Bilindiği gibi, rekabet hukuku ihlallerine karşı getirilmiş özel hukuk yaptırımları, dolayısıyla tazminatlar Türk hukukunda yeni gelişmekte olan bir alandır. RKHK'da bu konuya ilişkin düzenleme yer almakla beraber, uygulamada henüz rekabet hukuku ihlali nedeniyle tazminata hükmedilmiş ve kesinleşerek yayımlanmış bir Yargıtay kararı bulunmamaktadır. Bu durum tazminat davalarına bakacak olan genel mahkemelerin, zararın hesaplanmasında ne tür hesaplama yöntemleri kullanacakları konusunda uygulamada bir boşluk oluşturmakta ve zararın hesaplanması güçlüğünü ortaya koymaktadır. Bu nedenle tezimizde, rekabet hukuku ihlallerinden doğan tazminat davalarının ve özellikle üç kat tazminatın kaynağını oluşturan ABD rekabet hukukundan faydalanılmıştır.

Rekabet hukukunun uygulanmasında özel hukuka dayalı tazminat davalarına başvurulması halinde, zararın hesaplanması bir sorun haline gelebilir. Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören kişiler, açacakları tazminat davalarının başarı olasılıklarını hesaplarırken, zararı kanıtlayamama ya da doğru bir zarar hesabı yapamama riskini de göze almak durumundadırlar. Rekabet kurallarının uygulanmasında özel hukuka dayalı tazminat davalarının önemli bir araç olarak görüldüğü bir hukuk sisteminde, davacıların, zararın hesaplanması için kullanabilecekleri makul bir mekanizmanın ortaya konması gerekir. Zararın hesaplanması, genelde bir işlem veya eylemin rekabet hukuku ihlaline yol açmasının tespitinden daha fazla bilinmez içerebilir¹¹⁰. Bu nedenle

¹⁰⁹ SANLI, Tebliğ, s.233-234.

¹¹⁰ HOVENKAMP Herbert, "Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice", 2nd Edition, St. Paul 1999, s.656.

rekabet hukuku ihlalden dolayı açılan tazminat davalarında zararın tespit edilmesi ve hesaplanması yargılamanın en zor safhası olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹¹.

Rekabet kurallarına dayalı olarak açılan davaların % 80- 90'ının tazminat davalarından oluştuğu ABD'de, Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*), *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.* davasında¹¹², rekabeti ihlal eden tarafın kendi eylemleri ile yol açtığı zararın ölçülmesindeki “belirsizlik riskinden” sorumlu olacağına hükmetmiştir¹¹³.

Rekabet hukuku ihlalden kaynaklı zararın hesaplanmasında hareket noktası, davacının mali durumunun ihlalin olmadığı varsayılan dönemdeki haline getirilmesidir. Davacı ihlalin varlığını ispatlamak zorunda iken, zararına ilişkin makul bir varsayımda bulunması yeterli kabul edilmiştir¹¹⁴.

Bu noktada davacılar, genelde bilirkişilerin zararın hesaplanmasında kullandıkları yöntemlerle uğradıkları zararı ortaya koymalarını bekleyeceklerdir. Ancak burada da bilirkişilerin ne tür bir hesaplama yöntemini kullanarak zarar miktarını tespit ettiklerini mahkemeye açıklamaları gerekmektedir¹¹⁵. Uzman bilirkişiler zararı hesaplarken, doğru sonuca ulaşmak için temel ekonomik ilkelerden hareket etmelidirler. Yine bilirkişilerin hesaplama yaparken taraflardan biri lehine hareket etmeme gibi etik sorumlulukları da vardır¹¹⁶.

Yukarıda haksız fiil sorumluluğuna yol açan rekabet hukuku ihlallerinin ne şekilde gerçekleşebileceğine kısaca değinilmişti. Piyasada bu şekillerde gerçekleşen rekabet hukuku ihlalleri sonucunda bir teşebbüs açısından, pazara giriş engeli, pazarda büyüme engeli ve pazar dışına çıkarıcı engeller olmak üzere genel olarak üç halin ortaya çıktığını görürüz. Yani bir teşebbüs rekabete aykırı faaliyetler sonucunda ya girmek istediği pazara girememekte, ya içinde bulunduğu pazarda bir takım zorlaştırıcı eylemler sonucunda büyüme engeliyle karşılaşmakta¹¹⁷ ya

¹¹¹ SANLI, Tebliğ, s.265.

¹¹² *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, 282 U.S. 555, 562, 51 S.Ct. 248, 250 (1931).

¹¹³ HOVENKAMP, s.657.

¹¹⁴ JOHNSON John, “*Economic Approachs to Antitrust Damage Estimation*”, NERA Economic Consulting, January 2005, s.1.

¹¹⁵ AREEDA Philip/ KAPLOW Louis, “*Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases*”, Fifth Edition, Newyork, 1997, s.74.

¹¹⁶ JOHNSON, s.2.

¹¹⁷ RK 1.12.2004 tarih ve 2003-1-92 Dosya, 04-76/1086-271 Karar sayılı kararında, Anadolu Cam Sanayi A.Ş.'nin 09.06.2003 tarihli Tekel Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş. ihalesindeki fiyat politikasını, Marmara Cam. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırma amacıyla eylemlerde bulunarak hakim durumunu kötüye kullanması olarak değerlendirmiştir.

da en kötü durumda faaliyet gösterdiği bir pazarın dışına itilmektedir. Bu üç halde de teşebbüsler için tazmin edilmesi gereken bir takım zararların ortaya çıkacağı ise tartışmasızdır.

Bu zararların neler olabileceği, faaliyette bulunulan ilgili coğrafi pazara ve ilgili ürün-hizmet pazarına, kısacası piyasa koşullarına ve daha da ötesi, her somut olaya göre değişkenlik arz etmektedir. Ancak genel olarak RKHK'un 58. maddesinden de hareketle bu zararları aşağıdaki şekilde üç başlık altında toplamak mümkündür:

1. Fazladan Ödenen Bedel
2. Mahrum Kalınan Kâr
3. Davacının Uğradığı Diğer Maddi Zararlar

Yukarıda belirttiğimiz gibi, neredeyse her somut olaya göre değişkenlik gösterebilen “zarar”ı sadece fazladan ödenen bedelle ya da mahrum kalınan kâr ile ifade etmek mümkün olmayacağından ifade edilemeyen bölüm için “diğer maddi zararlar”¹¹⁸ kavramını kullanmaya gerek duyulmuştur. Bu nedenle zararın hesaplanmasına ilişkin açıklamalarımızda da bu üç hal esas alınacaktır. Ayrıca AB ve ABD rekabet hukuku uygulamalarında, mahkemelerce zararın hesaplanmasına ilişkin önerilen yöntemler üzerinde de durulacaktır.

A. Fazladan Ödenen Bedele İlişkin Zararın Hesaplanması

1. Genel Olarak

Fiyat karteli¹¹⁹, tekelci fiyatlandırma¹²⁰, tekrar satış fiyatının belirlenmesi ve alım kartelleri kural olarak, fiyatın olması gereken fiyat seviyesinden daha yüksek (ya da bazı durumlarda daha düşük) seyretmesine neden olur. Fazladan ödenen bedele ilişkin zararlar, genelde sömürücü nitelikteki rekabet hukuku ihlallerinde, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün yer aldığı veya etkin bir kartelin söz konusu olduğu piyasada, aşırı fiyatlandırma yapılması sonucu alıcıların uğradığı zararlardır. Bu gibi hallerde alıcıların, aynı mal için serbest rekabet ortamının bulunduğu

¹¹⁸ Diğer maddi zararlar için teşebbüsün iflas etmesi-ya da ekonomik faaliyetlerine son vermesi- (*terminated business*) durumu örnek olarak verilebilir.

¹¹⁹ Fiyat karteli; firmaların hukuki varlıklarının korunması koşuluyla ürettikleri malların fiyatlarını saptama konusunda birlikte hareket etmeleridir; <http://www.ekonomist.com.tr>

¹²⁰ “Tekel” kelimesi tek başına satmak anlamına gelip, tüm bir endüstrinin çıktısının tek bir satıcı tarafından kontrol edildiği durumu ifade etmektedir, **LIPSEY Richard G./ STEINER Peter O./ PURVIS Douglas D./ COURANT Paul N.**, *İktisat 1*, Seventh Edition, Çeviri Bilim Teknik Yayınevi, s.234.

piyasa şartlarında ödemeleri gereken fiyattan daha fazla fiyat ödemek zorunda kalması nedeniyle zarara yol açmaktadır¹²¹. Bu da fazladan ödenen bedeli ifade eder.

Aşırı fiyata ilişkin zarar; hukuka aykırı tekellerdeki bir ürün için monopol fiyat ödeyen müşteri tarafından uğranılan zarardır. Bu terim aynı zamanda; tekel ya da alıcı karteli tarafından uygulanmış fiyatın satıcısı tarafından uğranılan zararı da ifade etmektedir. Bunun yanı sıra bir ürünle birlikte başka bir ürün almak durumunda kalmış bir alıcı tarafından uğranılan zarar da fazladan ödenen bedele ilişkin zarar olarak adlandırılabilir¹²².

Aşırı fiyatlandırma için söylediklerimiz aynı zamanda, monopson¹²³ zararları için de uygulanabilir. Bu tür işlem ve eylemlerin ortaya çıkardığı zararın hesaplanması basit olarak işlem ve eylem gerçekleştirilmemiş olsaydı ödenecek miktar ile rekabetin kısıtlanması neticesinde ödenen miktar arasındaki farkın belirlenmesine dayanır¹²⁴.

Fakat bazı durumlarda, gerçekte ödenen fiyat ile rekabetçi fiyat¹²⁵ arasındaki fark, zarar miktarını tam olarak ortaya koyamayabilir¹²⁶. Bu nedenle fiyat hareketlerine etki yapabilecek yoğunlaşma oranı, tüketici tercihleri, ikame edilebilir ürün piyasalarındaki hareketler gibi diğer faktörler de göz önünde tutulmalı ve mümkünse hesaplama sırasında bunlar fiyatlardan arındırılmalıdır¹²⁷. Fazladan ödenen bedele ilişkin zararın hesaplanmasında, fiyata etki eden birçok

¹²¹ SANLI, Tebliğ, s.266.

¹²² Bu tür anlaşmalara “bağlama anlaşmaları” denir. “Bağlama anlaşmaları en genel tanımı ile satıcı konumundaki bir teşebbüsün bir ürünün satımını alıcının ayrı bir ürünü de alması koşuluna bağlı olarak yaptığı anlaşmalardır. Bu anlaşmalarda alıcı tarafından esas olarak talep edilen ürüne “bağlayıcı ya da bağlayan ürün”, bu ürünle birlikte alımı zorunlu kılınan ikinci ürüne “bağlanan ya da bağlı ürün” adı verilmektedir. Örneğin, bir telefonun fax cihazı ile birlikte satın alınmasının şart koşulması biçimindeki bir bağlama anlaşmasında telefon, bağlayıcı; fax cihazı ise bağlanan üründür. Bağlayıcı ya da bağlanan ürünün mal, hizmet, arsa ve patent gibi maddi ya da maddi olmayan bir ekonomik varlık olması da mümkündür”, ÜNLÜSOY Kürşat, Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, s.4.

¹²³ Monopson genel anlamıyla “tek alıcısı olan pazar” veya “alıcı monopolü” olarak adlandırılmaktadır. BÜYÜKKUŞOĞLU Burak, Rekabet İktisadi Çerçevesinde Monopson (tek alıcı), Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004, s.3.

¹²⁴ HOVENKAMP, s.658.

¹²⁵ Rekabetçi fiyatın tam olarak tanımı bulunmamakla beraber, RK'nun “Ankara ilinde kömür ithalatı ve satışı hakkının Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'ne (Belko) verilerek diğer kömür ithalatçısı teşebbüslerin kömür satışının yasaklandığı, dolayısıyla bu ilin kömür pazarında tekelleşmeye yol açıldığı, Belko'nun da, pazarda tekel olmasından yararlanarak, perakende kömür satışında aşırı fiyat uyguladığı” iddiasına ilişkin Belko Kararı'ndan hareketle rekabetçi fiyatın ne şekilde belirlendiğine ilişkin bir yorum yapmak mümkündür. Kararda, Belko'nun uyguladığı aşırı fiyatın tespitinde Ankara'daki kömür fiyatları değerlendirilirken İstanbul'daki kömür fiyatlarına bakılarak rekabetçi fiyat tespit edilmeye çalışılmıştır; 06.01.2004 tarih ve D1/1/H.U.-99/1 Dosya, 01-17/150-39 Karar sayılı Belko Soruşturma kararı.

¹²⁶ Örneğin fiyatın tekelci düzeye ulaştığı durumlarda alıcının ilgili ürünün bir kısmını başka bir ürünle ikame ederek toplam zararını düşürecek önlemler alması söz konusu olabilir, HOVENKAMP, s.658.

¹²⁷ SANLI, Tebliğ, s.266.

faktörün bulunması, hesaplamada güçlükler yaratabilecektir¹²⁸. Bununla birlikte mahrum olunan kârın hesaplanmadığı ve fakat fazladan ödenen bedeli hesaplamasının daha kolay olduğu durumlar da söz konusu olabilmektedir. Örneğin, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Chattanooga Foundry and Pipe Works v. Atlanta*¹²⁹ davasında, zararın hesaplanmasında fazladan ödenen bedelden hareket edilmesinin daha doğru olacağı belirtilmiş ve bunun nedeninin davacının mahrum kaldığı kârı göstermesinde yaşadığı zorluklar olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu davada, yeraltına döşenen boruları kullanarak belediyeye ait su dağıtım işlerini üstlenen şirket davacı tarafı oluşturmaktadır. Davacı, söz konusu borular için davalı tarafa teknelci fiyat ödemektedir. Fakat belediyenin su dağıtım işlerini yapan davacı şirket, su borularına ödediği teknelci fiyat nedeniyle katlanmak zorunda olduğu bu ilave maliyetini su tarifelerine, yani su abonelerine aktarmaktadır. Dolayısıyla davacının ölçülebilecek bir kâr mahrumiyeti bulunmamaktadır¹³⁰. Başka bir ifade ile davacının teknelci fiyat nedeniyle fazladan ödediği bir bedel bulunmakla birlikte, mahrum kaldığı bir kârı söz konusu değildir.

Yasal dayanağı olmayan davalar, boykot ya da patent hakkının kötüye kullanılması gibi rekabet kurallarına aykırı uygulamaların, monopolcülerin kısa dönemli kâr maksimizasyon fiyatına etkisi küçük olabilir. Fakat bu tür uygulamalar piyasaya olan rekabetçi girişleri engelleyerek, tekelin süresini uzatabilir¹³¹.

ABD rekabet hukukunda fazladan ödenen bedele ilişkin tüketici davalarında ileri sürülen iddiaların büyük çoğunluğu, hukuka aykırı tekelleşme iddialarından değil, fiyat belirleme iddialarından kaynaklanmaktadır¹³².

Özetle, genel olarak fazladan ödenen bedele dayalı tazminat davalarında zararın ölçülmesinde önce rekabetçi fiyat ile kartel veya teknelci fiyat arasındaki fark bulunur. Böylece alınan bir adette fazladan ödenen bedel nedeniyle uğranılan zarar ortaya çıkar. Bir sonraki aşamada, tespit edilen bu zarar alınan toplam adetle çarpılır. Böylece uğranılan toplam zarar genel hatlarıyla hesaplanmış olur. Üç kat tazminatın koşullarının olduğu hallerde ise, bu tespit edilen zarar miktarını üçle çarpma olanağı vardır. Aşağıda benzer bir yöntemin mahrum kalınan kârın

¹²⁸ Mahrum kalınan kâr şeklinde ortaya çıkan zararların nedeni hâkim durumdaki teşebbüsün ya da kartelin veya dağıtım aşımında yer alan teşebbüs veya teşebbüslerin dışlayıcı ya da ayrımcı uygulamalarda bulunmasıdır; **SANLI**, Tebliğ, s.267.

¹²⁹ *Chattanooga Foundry and Pipe Works v. Atlanta*, 203 U.S. 390, 396, 27 S.Ct. 65, 66 (1906).

¹³⁰ **HOVENKAMP**, s.658.

¹³¹ **HOVENKAMP**, s.659-660.

¹³² **HOVENKAMP**, s.660.

hesaplanmasında da kullanıldığı görülecektir. Davacı bu iki yaklaşımdan birisini ispat kolaylığı ve gerçek zararı ortaya koyma niteliği bakımından değerlendirerek seçebilir¹³³.

2. Fazladan Ödenen Bedele İlişkin Zararın Hesaplama Yöntemleri

Rekabet kurallarının genel olarak başlıca amaçlarından biri teşebbüslerin satış fiyatlarını marjinal maliyetin çok üzerinde belirlemesine engel olmaktır. Dolayısıyla rekabetçi fiyatlar marjinal maliyete eşit veya yakın fiyatlar olarak benimsenir. Bu nedenle rekabetçi bir piyasada, tekelci fiyatın marjinal maliyetten daha yüksek olacağı varsayıldığında, bu durum zararın hesaplanmasında kullanılacak bir veri olabilir¹³⁴.

Fakat uygulamada, teoride olduğu gibi marjinal maliyetlerin tespit edilmesi kolay olmayabilir. Özellikle, tazminat davalarına bakmaya yetkili olan mahkemelerin genelde iktisadi bilgilerden yoksun olması marjinal maliyetin tespit edilmesinde güçlükler yaratacaktır. Bu nedenle ABD başta olmak üzere, rekabet hukuku ihlallerine dayalı özel hukuk davalarında, iktisatçılardan uzman bilirkişi (“*expert witness*”) olarak yararlanılmaya başlanmıştır. AB Komisyonu da Yeşil Kitap’ta mahkemelerin zararın miktarının hesaplanmasında karmaşık bir ekonomik yol izlemeden önce daha basit yollardan bu hesaplama gidilip gidilemediğini gözetmeleri gerektiğini belirtmiş ve zararın hesaplanmasında gözetilecek bir rehber hazırlanabileceği önerisi getirmiştir¹³⁵.

Uzman bilirkişiler zarara ilişkin hesaplama yaparken iktisat teorileri kullanarak, mümkün olduğu kadar çok piyasa bilgisine ulaşmalı, geçmiş döneme ait fiyatları dikkate almalı ve “*ihlal olmasaydı*” durumunun ne olacağına ilişkin ekonometri modelleri kullanmalıdırlar. Bilirkişiler, incelemelerinin ilk aşamalarında ilgili ürün ya da hizmete ilişkin bilgiler edinmeye çalışacaklar, bazı durumlarda da zararın hesaplanmasında yardımcı olacak sorular soracaklardır. Örneğin, bilirkişi, şirkete ait dokümanları inceleyebilecek, aleni raporlara bakabilecek ya da üretimin yapıldığı birimi inceleyebilecek, teknik personelle ya da satış elamanlarıyla görüşebilecektir. Aynı zamanda bilirkişinin sektörle ilgili bilgisinin olması oldukça önemlidir. Çünkü, zararın hesaplanması endüstrideki belli bir ürün ya da hizmet üzerinde oldukça etkili olacaktır. Söz konusu

¹³³ HOVENKAMP, s.660.

¹³⁴ HOVENKAMP, s.660.

¹³⁵ European Commission, Green Paper, s.7.

verilere ilişkin olarak avukatların, müvekkillerin ve bilirkişilerin sorması gereken iki soru vardır¹³⁶:

1. Teşebbüs bu analizin yapılabilmesi için ne tür verilere sahiptir?
2. Ulaşılabilecek bu veriler, davada zararın hesaplanmasında kullanılmaya elverişli midir?

Tüm bunların yanı sıra, eninde sonunda, bilirkişinin yaklaşımı somut olaya ve şartlara göre şekillenecektir¹³⁷. Marjinal maliyetlerle ilgili söz konusu tespit zorluğu nedeniyle, marjinal maliyet analizinin yerine kullanılabilir iki temel yöntem geliştirilmiştir. Bunlardan biri “*kıstas yöntemi*”, diğeri ise “*önce ve sonra yöntemi*”dir. Bu iki yöntem, mahkemelerde sadece aşırı fiyatın değil kârdan mahrumiyetin hesaplanmasında da kullanılmaktadır¹³⁸.

a) Kıstas Yöntemi (Yardstick Method)

Kıstas yöntemine göre; rekabet hukuku ihlalinin etkilenen piyasa ile benzerlik gösteren ve fakat ihlalin etkisinde olmayan bir piyasadaki fiyatlar ile ihlale maruz kalmış piyasadaki fiyatlar karşılaştırılır. Buna göre, rekabet incelemesinin gerçekleştirildiği piyasa ile özdeş fakat rekabetçi olduğuna inanılan bir piyasada oluşan fiyatlar “*rekabetçi fiyatlar*” olarak ele alınır¹³⁹. Bu yöntem benzer ürünlerde ya da sektörlerde kullanılır ve ürünlerdeki fiyat hareketlerinin ihlalin olmadığı bir piyasadaki ile benzer özellik taşıdığı kabul edilir¹⁴⁰.

Bu, ilgili ürün pazarları aynı olan fakat ilgili coğrafi pazarları farklı olan ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması şeklinde olabilecektir. Burada olması gereken, karşılaştırma yapılan piyasanın, rekabet hukuku ihlalinin etkisi altında olan piyasa ile benzer ve fakat rekabetçi özellikler taşıyan bir piyasa olmasıdır. Örneğin, benzer maliyet yapısı ve talep özelliği olan piyasalar esas alınmalıdır¹⁴¹.

¹³⁶ JOHNSON, s.8.

¹³⁷ JOHNSON, s.2.

¹³⁸ HOVENKAMP, s.660.

¹³⁹ CLARK Emily/ HUGHES Mat./ WIRTH David, “*Analysis of Economic Models for The Calculation of Damages- Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules,*” Brussels ,August 2004,s.19; HOVENKAMP, s.661.

¹⁴⁰ JOHNSON, s.7.

¹⁴¹ CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.19.

Burada RK'nun Belko Kararı'nı¹⁴² örnek olarak vermek mümkündür. Ankara İli'nde kömür ithalatı ve satışı hakkının Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Sti.'ne ("Belko") verilerek diğer kömür ithalatçısı teşebbüslerin kömür satışının yasaklandığı, dolayısıyla bu ilin kömür pazarında tekelleşmeye yol açıldığı, Belko'nun da, pazarda tekel olmasından yararlanarak, perakende kömür satışında aşırı fiyat uyguladığı iddiası ile soruşturma açılmıştır. Kararda, Belko'nun uyguladığı aşırı fiyatın tespitinde Ankara'daki kömür fiyatları değerlendirilirken İstanbul, Bursa ve Polatlı'daki kömür fiyatlarına bakılarak rekabetçi fiyat tespit edilmeye ve fazladan ödenen bedel hesaplanmaya çalışılmıştır:

"Önaraştırma sürecinde Kasım 1999 dönemine ilişkin emsal kömürlerin diğer bazı coğrafi pazarlardaki fiyat karşılaştırmaları yapılmış, bu kıyaslamalar ile söz konusu dönem itibarıyla Belko'nun uygulamış olduğu fiyatların diğer pazardakilere nazaran % 60 - 70 oranında yüksek olduğu belirlenmişti. Soruşturma dönemi içerisinde özellikle, büyüklük açısından Ankara ile mukayese edilebilecek nitelikte olan İstanbul'da geçmiş dönemlere ilişkin fiyat bilgileri edinilmiştir. Bu itibarla, ağırlıklı olarak 1995 - 1996 sezonunda ithal kömürün kullanılmaya başlandığı İstanbul'da fiyatlar, söz konusu dönem hariç, adrese teslim, torbalı, peşin ve KDV dahil olmak üzere 115 - 130 ABD Doları seviyelerinde gerçekleşmiştir. Sadece 1995 - 1996 sezonunda yurt içi pazarda yaşanan arz - talep dengesizliği nedeniyle fiyatlar 140 ABD Doları seviyelerine kadar yükselmiş ve sonrasında düşme eğilimine girerek yukarıda belirtilen aralıkta dengeye oturmuştur. Bursa ilinde yapılan incelemelerde ise torbalanmış, ithal kömürün KDV dahil perakende satış fiyatınının 1996 dönemi hariç 110 - 120 ABD Doları civarında (Depo teslimi) seyrettiği tespit edilmiştir. Bu bağlamda, Ankara'da Belko'nun yaptığı organizasyona benzer bir yapıyla, ithalattan, İstanbul'un muhtelif yerlerinde kurduğu 70 civarında perakende satış noktası aracılığıyla müşterinin adresine kadar kömür teslimatı gerçekleştiren H...4 Madencilik San. ve Tic. Ltd. Sti.'nin fiyatlarının (torbalanmış, adrese teslim, KDV dahil) karşılaştırmada referans alınabileceği düşünülmektedir. Bu itibarla söz konusu fiyatlara bakıldığında, aşağıdaki tabloyla karşılaşılmaktadır.

05 Ağustos 1197	20.000.000	(122 ABD \$)
10 Eylül 1997	20.750.000	(121 ABD \$)
01 Haziran 1998	32.500.000	(127 ABD \$)

¹⁴² Rekabet Kurulu 06.01.2004 tarih ve D1/1/H.U.-99/1 Dosya, 01-17/150-39 Karar Sayılı soruşturma kararı

13 Ekim 1998	35.000.000	(125 ABD \$)
28 Şubat 1999	44.000.000	(125 ABD \$)
01 Temmuz 1999	48.000.000	(114 ABD \$)
30 Ekim 1999	56.000.000	(116 ABD \$)
27 Kasım 1999	64.000.000	(125 ABD \$)
15 Ocak 2000	68.000.000	(124 ABD \$)

Öte yandan, Ankara'ya nazaran küçük bir pazar olmakla birlikte, coğrafi bakımdan oldukça yakın olan Polatlı'da oluşan fiyatlar Belko'nun ne kadar yüksek fiyatlarla satış yaptığının görülebilmesi anlamında çarpıcı örneklerdendir. Söyle ki; son dönem itibarıyla Kasım 1999 Haziran 2000 döneminde Polatlı'da ithal torbalanmış kömürün adrese teslim KDV dahil fiyatı 113 ABD Doları olarak gerçekleşmiş ve Temmuz-Ağustos aylarında ise bu fiyat 118 ABD Doları'na yükselmiştir. Bu itibarla, Ankaralı tüketiciler kendilerinden sadece 75 km. uzaklıktaki tüketicilere göre kömüre yaklaşık 70 oranında daha yüksek bedel ödemektedirler.

Bu itibarla, yıl içinde ABD Doları/Ton bazında gerçekleşen ortalama fiyatlara bakıldığında ise aşağıdaki tabloyla karşılaşılmaktadır.

	Ankara	İstanbul	Fark (%)
1996	192	123	56
1997	180	123	46
1998	190	126	50

Yukarıdaki değerlerden, 1996 yılından bu yana alternatif temin kaynağı bulunmayan Ankara'lı tüketicilerin bir ton kömüre İstanbul'daki tüketicilerden yaklaşık % 46 ila % 57 oranında daha yüksek bedel ödediği görülmektedir. Diğer yandan dökme kömürde de torbalı kömürde olduğu gibi, Belko'nun aşırı yüksek fiyatla satış yaptığı tespit edilmiştir. Söyle ki; İstanbul Ticaret Odası verilerine göre İstanbul'da, 1997, 1998 ve 1999 yılları dökme kömür perakende satış fiyatı KDV dahil, adrese teslim olarak ortalama 100-105 ABD Doları/Ton olup, söz konusu dönemde Belko fiyatlarının ortalaması sırasıyla 163, 171 ve 175 ABD Doları/Ton olarak gerçekleşmiştir.

Kasım 1999 itibarıyla iç bölgelerimizdeki iller de dahil olmak üzere 1995-1996 döneminden sonra Bursa ve İstanbul'daki fiyatlar incelendiğinde, torbalı kömür fiyatlarının 120 - 125 ABD Doları seviyelerinde olduğu görülmektedir. Öte yandan, Ankara'da mutlak bir tekel konumunda olan Belko'nun fiyatlarının ise birden fazla teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarlarda

oluşan fiyatlara göre oldukça yüksek olduğu açıktır. Bu yüksekliğin, tamamına gerçekte maruz kalınıp kalınmadığı kesin olarak tespit edilemeyen yüksek maliyet kalemlerinin oluşumuyla açıklanmaya çalışılmasının, bu durumu hakim durumdaki teşebbüslere bazı özel sorumluluklar yükleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde kabul edilebilir kılmaya yetmeyecektir.

Öte yandan, bu süreçte Sincan Kaymakamlığı'ndan gönderilen ve Kurum kayıtlarına 25.08.2000 tarih ve 3611 sayı ile giren bir yazıda; Sincan Kaymakamlığı tarafından ilçede ithal kömürü satışı yapılmak istenmesi dolayısıyla bir çalışma gerçekleştirildiği, buna göre Belko kömüründen gerek kalori ve gerekse diğer özellikler itibarıyla % 20 daha kaliteli olan Sibiryaya kaynaklı kömürün adrese teslim olarak KDV dahil ve taksitli 91.000.000 TL/Ton fiyatla (yaklaşık 140 ABD Doları) satılabileceği belirtilmektedir. Ayrıca, buna istinaden Ankara Valiliği'ne sunulan izin yazısının ve analiz raporlarının birer örneği de ek olarak gönderilmiştir.

*11.08.2000 tarih ve 405 sayılı söz konusu yazıda özetle; özellikle Sincan'da halkın gelir seviyesinin düşük olduğu ve yüksek yakacak giderlerinin tüketicileri kaçak kalitesiz kömür kullanımına yönelttiği, bunun da bölgede hava kirliliğine neden olduğu, öte yandan kömür satışında Belko'ya sağlanan tekel hakkının rekabet olmayışı dolayısıyla çok yüksek fiyatlarla satış yapılarak kötüye kullanıldığı, bunun önüne geçilmesi amacıyla Kaymakamlık bünyesinde yapılan bir çalışmayla Belko kömüründen çok daha kaliteli Sibiryaya kaynaklı kömürün, Sincan Kaymakamlığı Kömür Tevzi Komisyonu amblemini taşıyan ve üzerinde seri numarası bulunan torbalar içinde, % 7 Komisyon karını ve KDV'yi de içerir, şekilde 1 + 3 taksitle adres teslimi 91.000.000 TL/Ton'dan (650.000 TL/\$'dan, yaklaşık 140 ABD Doları) satılabileceği, Komisyon karı olarak alınan % 7'lik kısmın masraflar çıktıktan sonra yine halkın ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarının karşılaşmasında kullanılacağı ve bu sayede yaklaşık 203 ABD Doları fiyatla satış yapan Belko kömüründen daha kaliteli ve de sürekli Kaymakamlık kontrolünde olan bir kuruluş aracılığıyla **ton başına 63 ABD Doları daha ucuz fiyatla** ve taksitli olarak halka intikal ettirebilecek kömür için izin verilmesi halinde, hem Belediye tekelinin kırılmış olacağı hem de kömürde kalitenin artırılmasıyla halkın sağlıklı ve çevreyi kirletmeden ısınmasının temininin sağlanacağı ifade edilmekte ve 1 Eylül 2000 itibarıyla dağıtım işlemlerine başlanabileceği belirtilmektedir.*

Kaymakamlık gibi idari bir merci tarafından yapılan bu çalışma, Belko'nun tekel bölgesi olan şehir merkezi ve mücavir alanı içerisinde kar oranını da içerir şekilde bir ton ithal kömürün ekonomik değerinin 1+3 taksitli şekilde 140 ABD Doları seviyesinde olduğunu göstermektedir.

Oysa, Belko'nun Ağustos 2000 itibarıyla fiyatları (21.06.2000 tarihli Hıfzısıhha Kurulu Kararı ile kurulan Fiyat Tespit Komisyonu'nun ilk çalışmasına istinaden) peşin 119.800.000 TL/Ton ve 1+5 taksitli olarak da 132.000.000.000 TL/Ton olarak belirlenmiştir.

Söz konusu fiyatların, peşin 184 ve taksitli 203 ABD Doları/Ton olduğu düşünüldüğünde, kömürün Ankara'daki ekonomik değeriyle arasında yaklaşık 60 ABD Doları/Ton kadar bir fark oluşmaktadır. Bu da göstermektedir ki; piyasanın rekabete açılmasıyla son dönem itibarıyla Belko tarafından 300.000 ton civarında kömürün satıldığı Ankara'da, yılda en az 18.000.000 ABD Doları değerinde bir tasarruf sağlanabilecektir.”

Kararda Ankara ve İstanbul kömür piyasaları büyüklükleri bakımından benzer piyasalar olarak değerlendirilirken, daha küçük olan Bursa ve Polatlı piyasalarının da karşılaştırmada emsal olarak alınmasının nedeni “kömür” ürününün homojen bir ürün olmasıdır. Karar bir yandan fazladan ödenen bedele ilişkin nasıl bir hesaplama yapıldığını gösterirken, bir yandan da RK'nun rekabetçi fiyatın nasıl belirlendiğine dair yaklaşımını ortaya koyması açısından önemlidir.

Kıstas yönteminin kendisinden kaynaklanan belirli kısıtlamaları vardır. Örneğin, farklı ülkelerin vergi ve sübvansé işlemleri birbirlerinden farklı olabileceği için, bunun sonucunda, farklı ülkelerdeki firmalar çok farklı maliyetlerle karşılaşabilirler¹⁴³. Bu nedenle, genelde ilgili ürün pazarının aynı, fakat coğrafi pazarın farklı olduğu, örneğin, yerel şartların fiyatı etkilediği ve belli yerel bölgelerin kartelden etkilendiği fakat diğerlerinin etkilendiği piyasalarda, bu yöntemin kullanılması farklı sonuçlara ulaşılmasına yol açabilmektedir. Aşağıda önce ve sonra yönteminde de görüleceği gibi, kıstas yöntemi de yerel, fakat arz ve talep özelliklerinin benzer olduğunun ispatlanabilir olduğu piyasalarda kullanılabilir¹⁴⁴.

b) Önce ve Sonra Yöntemi (Before- and- After Method)

Bu yöntemde, basit şekliyle, piyasada rekabet hukuku ihlali oluşmadan önceki dönem ile oluştuktan sonraki dönemdeki fiyatların karşılaştırması ile zarar hesaplanır. Bu yöntemde göre, davacı, var olduğu iddia edilen kartelin veya tekelin oluşmasından önceki veya sona ermesinden

¹⁴³ HOVENKAMP, s.661; Örneğin, Türkiye’de telekomünikasyon hizmetlerindeki vergi yükü oldukça fazla olduğu düşünüldüğünde, bu yöntemin Türkiye’de telekomünikasyon sektöründe kullanılması uygun olmayabilir.

¹⁴⁴ CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.19.

sonraki, ya da her iki haldeki piyasa fiyatlarına ilişkin delilleri ortaya koyar. Burada, kartel oluşmasından önceki ve sonraki fiyatlar makul ölçülerde birbirine yaklaştırılarak bir çözüm yolu aranır¹⁴⁵.

Örneğin, fiyat tespitine ilişkin davalarda, ihlalin olmadığı piyasa koşullarının ihlal gerçekleşmeden önceki piyasa koşulları ile aynı ya da benzer olduğu kabul edilir. Bu tür modellerde genelde, ihlalden önce ödenen bedel esas olarak alınır. Bu yöntemde fiyat seviyesinin ihlal sürecinde mevcut olan başka herhangi bir faktörden etkilenmediği kabul edilir¹⁴⁶.

AB Komisyonu'nun, rekabet hukukunun AB üye devletlerinin mahkemelerinde ne şekilde uygulandığına ilişkin yapmış olduğu çalışmada zararın hesaplanması üzerinde de durulmuştur. Önce ve sonra yöntemine göre şu şekilde kriterler belirlenmeye çalışılmıştır:

İlk olarak, karşılaştırma yapılacak olan dönem, “*normal*” olarak nitelendirilebilecek bir dönem olmalı; aynı zamanda fiyatlar da uzun dönemde dengeyi yakalayan ve adil fiyatlar olmalıdır. Bu nedenle, dikkat edilmesi gereken nokta, fiyatların kartel öncesine ve sonrasına ilişkin fiyatlar olmasıdır.

İkinci olarak, karşılaştırma yapılacak olan dönemdeki fiyatların, bu fiyatları etkileyen ana belirteçler kartel süresince değişmediği için, sabit olduğu varsayılır.

Üçüncü olarak, fiyatın, kartel tarafından, olması gerektiğinden daha fazla bir şekilde arttırıldığı varsayılır. Buna karşılık farklı alıcıların farklı tecrübeleri olabilir¹⁴⁷.

Kısacası, bu yöntemde kartelin ne zaman başladığının bilindiği ve piyasadaki şartların aslında esaslı bir şekilde değişmediği ve fakat kartelin buna neden olduğu hallerde başvurulur. Örneğin, kısa dönemli bir kartelin olduğu veya arz ve talepte önemli değişiklikler olmayan olgunlaşmış piyasalarda açılmış davalarda uygulanabilir. Bu nedenle kartelin etkisinden bağımsız olarak değişkenlik gösteren piyasalarda hatalı sonuçlara ulaşılabilir. Örneğin, fiyatın değişken olduğu piyasalarda önce ve sonra yöntemine ilişkin karşılaştırma çok farklı sonuçlara götürebilecektir¹⁴⁸.

¹⁴⁵ CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.17; HOVENKAMP, s.661.

¹⁴⁶ JOHNSON, s. 7.

¹⁴⁷ Örneğin, alıcının pazarlık yapması durumunda fiyat değişebilir.

¹⁴⁸ CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.17-18.

Bu nedenle, piyasaların zaman içinde değişiklik gösterebileceği dikkate alınarak, yöntemin uygulanmasında bir takım değişiklikler de hesaba katılmalıdır. Hesaplama da, örneğin, fiyatlar enflasyon oranına göre düzeltilerek değerlendirilebilir. Burada Rekabet Kurulu'nun Maya Kararı'nı¹⁴⁹ örnek olarak vermek mümkündür. Kararda, önce maya üreticilerinin son üç yıllık dönemde uyguladıkları satış fiyatları, ardından da maya satış fiyatlarındaki artışlar, tüketici fiyat endeksindeki, enflasyondaki artışlarla karşılaştırılmıştır. Şöyle ki;

“Ekmek mayası pazarında faaliyet gösteren Teşebbüslerin; Ocak 1996 – Ocak 2000 dönemi içerisindeki "fabrika çıkış fiyatları - liste fiyatları" ile "aylık ortalama satış fiyatları"nın artış tarih ve oranları karşılaştırılmıştır. Burada "fabrika çıkış fiyatı - liste fiyatı" üretici firmaların bayiye uygulamayı düşündükleri ve piyasaya deklare ettikleri, satış fiyatıdır. Başka bir ifadeyle "fabrika çıkış fiyatı" üretici firmaların yılda ortalama birkaç defa yayınladıkları listelerde yer alan üreticinin satış fiyatı, dolayısıyla bayinin alış fiyatıdır.

Maya üreticileri bayilere uygulamak üzere liste fiyatlarını açıklamalarına rağmen, bu liste fiyatları üzerinden bayilere zaman zaman indirim yapmak durumunda kaldıkları bunun sonucunda, uygulanması planlanan "fabrika çıkış fiyatı" ile "aylık ortalama satış fiyatı" arasında farklılıkların oluştuğu, görülmüş "Aylık ortalama satış fiyatı" ise her ay elde edilen net satış gelirinin, o ayki satış miktarına bölünmesi ile elde edilmiştir.

Ocak 1996 - Aralık 1998 dönemi fabrika çıkış fiyatlarındaki değişimler incelendiğinde aşağıdaki hususlar tespit olunmuştur.

1. Piyasada faaliyet gösteren 5 firma da, söz konusu 3 yıllık dönem içerisinde 8 defa liste fiyatlarını arttırarak fabrika çıkış fiyatına zam yapmıştır.

*2. Firmalar ilk fiyat artışını Ocak 1996'da yapmışlardır. Özmaya ve Safmaya'nın ilk fiyat artışı **19 Ocak 1996'da**, Maurimaya'nın **22 Ocak 1996'da**, Akmaya ve Pak Gıda'nın ise **29 Ocak 1996'da** olmuştur.*

*3. Faaliyet gösteren 5 firma da, bu dönem içerisindeki ikinci fiyat artışlarını Nisan 1996'da gerçekleştirmişlerdir. Özmaya ve Safmaya bu artışı **15 Nisan 1996'da** yaparken, Pak Gıda,*

¹⁴⁹ Rekabet Kurulu'nun 27.06.2000 tarih ve D3/2/A.Ç.-99/2 (S.Y./2-D-98/1) Dosya, 00-24/255-138 Karar sayılı Maya Kararı.

Akmaya ve Maurimaya bir hafta sonra **22 Nisan 1996**'da yapmışlardır. Nisan ayında gerçekleştirilen bu artışlarda, bir önceki listeye göre Pak Gıda, Maurimaya, Özmaya ve Safmaya %25 artış gerçekleştirirken, Akmaya'da bu oran %24 olmuştur.

4. Üçüncü fiyat artışını Pak Gıda **1 Kasım 1996**'da, Maurimaya **4 Kasım 1996**'da, Özmaya ve Safmaya **24 Kasım 1996**'da ve Akmaya **14 Ekim 1996**'da gerçekleştirmiştir. Artış oranları Pak Gıda, Akmaya ve Maurimaya'da %25 olurken, Özmaya ve Safmaya'da %22 olmuştur.

5. Faaliyet gösteren 5 firma da dördüncü fiyat artışını Mart 1997'de gerçekleştirmişlerdir. Bu fiyat geçişini Özmaya ve Safmaya **14 Mart 1997**'de %23'lik artış ile yaparken, Pak Gıda, Akmaya ve Maurimaya **15 Mart 1997**'de sırasıyla %20, %17 ve %20 olarak fiyat artışını gerçekleştirmişlerdir.

6. Beşinci fiyat artışı 2 ay sonra Mayıs ayı içerisinde gelmiştir. Özmaya ve Safmaya **13 Mayıs 1997**'de artış yaparken, Pak Gıda, Akmaya ve Safmaya **14 Mayıs 1997**'de bu artışı gerçekleştirmiştir. Artış oranı 5 firmada da %25 olmuştur.

7. Firmalar Ekim 1997 sonunda altıncı fiyat geçişini yapmışlardır. Özmaya ve Safmaya **27 Ekim 1997**'de %33, Pak Gıda **28 Ekim 1997**'de %33, Akmaya **28 Ekim 1997**'de %38 ve Maurimaya **30 Ekim 1997**'de %33'lük fiyat artışı gerçekleştirmişlerdir.

8. Yedinci fiyat geçişi Mart 1998 ayı içerisinde olmuştur. Pak Gıda **2 Mart 1998**'de %30, Özmaya ve Safmaya **3 Mart 1998**'de %30, Akmaya **6 Mart 1998**'de %30 ve Maurimaya **10 Mart 1998**'de %32 fiyat artışı yapmışlardır.

9. İnceleme yapılan Ocak 1996 – Aralık 1998 dönemindeki son fiyat geçişi Aralık 1998'de gerçekleştirilmiştir. Akmaya **16 Aralık 1998** tarihinde %23, Özmaya ve Safmaya **17 Aralık 1998**'de %20, Pak Gıda **18 Aralık 1998**'de %23 ve Maurimaya **21 Aralık 1998**'de %22'lik fiyat artışı yapmışlardır. Görüldüğü üzere, Ocak 1996 - Aralık 1998 döneminde tüm maya üreticilerinin piyasaya açıkladıkları maya liste fiyatlarının (uygulanması öngörülen fabrika çıkış fiyatı) artış tarih ve oranlarında paralellikler söz konusudur.

1999 yılı içerisindeki liste fiyatları incelendiğinde ise su sonuçlar tespit edilmiştir.

1. 1999 yılı içerisindeki ilk fiyat artışını Pak Gıda **27 Nisan 1999**'da %25, Özmaya ve Safmaya **12 Nisan 1999**'da %28, Akmaya **12 Nisan 1999**'da %25 oranında gerçekleştirmiştir.

Nisan ayında liste fiyatını değiştirmeyen Maurimaya 10 Aralık 1999'da dokuzuncu fiyat artışıını %25 oranında gerçekleştirmiştir.

2. 1999 yılı içerisindeki ikinci fiyat artışı Aralık 1999 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Özmaya, Safmaya ve Akmaya 24.12.1999'da, Pak Gıda 28.12.1999'da ve Maurimaya da 31.12.1999'da liste fiyatlarını %39 oranında artırmışlardır.

Ankara Ticaret Odası'nın Őikayetine ilişkin olarak, maya üreticilerinin 1999 yılı içerisindeki liste fiyatı değişimleri incelendiğinde de görüleceği üzere, 1996 -1998 döneminde gözlenen fiyat artış paralellikleri Maurimaya hariç diğer üreticiler için 1999 yılında da aynen devam etmiştir.

.....

Maya Üreticilerinin satış fiyatlarında uyguladıkları artışların ölkemiz ekonomisinde varlığını sürdüren enflasyona göre durumunun ne olduğunun açıklığa kavuşturulması bakımından maya satış fiyatlarındaki artış oranları DIE'ce yayımlanan Tüketici Fiyat endeksindeki artışlarla karşılaştırılarak aşağıdaki tespitler yapılmıştır. Ocak 1996-Aralık 1998 dönemi içerisindeki DIE'nin Toplam Tüketici Fiyat Endeksi (TÜFE) oranı yaklaşık %450 olarak gerçekleşmiştir. Aynı dönem içerisinde;

Pak Gıda'nın3 liste fiyatı %306, ortalama satış fiyatı %337; Özmaya'nın liste fiyatı %388, ortalama satış fiyatı %383; Safmaya'nın liste fiyatı %388, ortalama satış fiyatı %381; Akmaya'nın liste fiyatı %400, ortalama satış fiyatı %365; Maurimaya'nın liste fiyatı %311, ortalama satış fiyatı %288 oranında artış göstermiştir.”

Soruşturma sonucunda, teşebbüslerden Pak Gıda Üretim ve Pazarlama A.Ő., Özmaya San. A.Ő., Safmaya San. A.S., Akmaya San. ve Tic. A.S. ve Maurimaya San. A.Ő.'nin uyumlu eylem içerisinde bulunarak bayiler arasındaki rekabeti önlemek ve bayi satış fiyatlarını yükseltmek suretiyle RKHK 'nun 4. maddesinin (a) bendini ihlal ettiklerine karar verilmiştir.

Hesaplamalarda, enflasyon oranına göre değerlendirme yapılabileceği gibi bazı ürünlerin fiyatları enflasyon oranının üzerinde veya altında da hareket edebilir. Ayrıca, piyasa koşullarındaki esaslı bir değişiklik, arz eğrisinde veya ilgili ürünün talep eğrisinde kaymalara sebep olursa, önce ve sonra metodu zararı tam olarak ortaya koyamayabilir. Eğer hem kartelin oluşmasından önceki, hem de sona ermesinden sonraki piyasa fiyatlarına ilişkin net deliller elde edilebilirse, hesaplama

daha sağlıklı bir şekilde yapılabilir. Ancak belirttiğimiz gibi, bu hususta net veriler elde etmek oldukça güç gözükmektedir¹⁵⁰.

Diğer taraftan, fazladan ödenen bedele ilişkin zararların hesaplanmasında, hem kıstas hem de önce ve sonra yöntemleri, aşağıda belirtildiği üzere, “*regresyon analizi*”¹⁵¹ gibi ekonometrik tekniklerle daha da doğru sonuçlar verecek şekilde uygulanabilir.

Basit regresyon modellerinin kullanılması, karşılaştırma yöntemlerinin kullanılması ya da regresyon analizine dâhil olabilecek ya da dışında kalacak değişkenlerin neler olacağına karar verilmesi, zararın miktarına ilişkin varsayıma etki edecektir. Uzman bilirkişiler de, zararı hesaplarken, tahminlerine yönelik bazı noktaları netleştirmelidirler. Bunlardan bazıları şu şekilde sıralanabilir¹⁵²:

- Davacının zararına neden olan ve tazminat talep etmesine yol açan rekabete aykırı davranış nedir?

- Bu rekabete aykırı davranışın ortaya çıkış dönemi ne zamandır?

- Uygulanacak metot ne olmalıdır ve ürüne ya da piyasaya ilişkin ne tür tahminler bu metoda dahil olacaktır¹⁵³?

c) Maliyet Esası Yöntemi (Cost-based approach)

Bir diğer hesaplama yöntemi olan maliyet esası yönteminde, kartel üyelerinden ortalama birim maliyetlerine ilişkin bilgi edinilir. Daha sonradan bu fiyata belli bir kâr marjının eklenmesi yoluyla rekabetçi bir fiyat oluşturulur. Ortalama birim maliyeti, kartel üyelerinin muhasebe kayıtlarından ya da ilgili ürüne ait yönetim raporlarından elde edilebilir. Bu hesaplama, ilgili ürünün üretilmesine ilişkin toplam maliyetin, üretilen toplam ürünün sayısına bölünmesi suretiyle yapılabilecektir¹⁵⁴. Ortalama birim maliyeti denildiği zaman aslında karşımıza iki farklı kavram çıkmaktadır. Bunlardan biri, ortalama değişken maliyet (*Average Variable Cost* - “*AVC*”) ve

¹⁵⁰ HOVENKAMP, s.661-662.

¹⁵¹ Regresyon analizi, matematik, finans, ekonomi, tıp gibi bilim alanlarında yoğun olarak kullanılan bir istatistik yöntemidir. Temelinde, gözlenen bir olayın değerlendirilirken, hangi olayların, etkisi içinde olduğunun araştırılması yatmaktadır. Bu olaylar bir veya birden çok olabilecekleri gibi doğrudan veya dolaylı etki ediyor da olabilirler. Regresyon analizi yapılırken, gözlem değerlerinin ve etkilenen olayların bir matematiksel gösterimle yani bir fonksiyon yardımıyla ifadesi gerekmektedir. Kurulan bu modele “regresyon modeli” denilmektedir. <http://analiz.ibsyazilim.com/egitim/regresyon.html>.

¹⁵² JOHNSON, s.5.

¹⁵³ JOHNSON, s.5.

¹⁵⁴ CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.19-20

diğeri, ortalama toplam maliyet (*Average Total Cost - "ATC"*)tir¹⁵⁵. Ortalama toplam maliyet de, toplam maliyetin üretilen toplam ürün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanır. Toplam maliyet ise hem değişken, hem de sabit maliyetleri kapsamaktadır. Ancak, maliyet esaslı yöntemde hesaplama yapılırken, ortalama birim maliyeti ile kastedilenin "*ortalama değişken maliyet*" mi yoksa "*ortalama toplam maliyet*"mi olduğuna değinilmemiştir.

Bu yönteme getirilen eleştiride, yukarıdaki gibi, kartelin yokluğunda fiyata etki eden diğer faktörlerin fazla hafife alındığı belirtilmiştir. Aslında bu yöntemde, rekabetçi fiyatın kartel süresince değişmediği, daha da önemlisi, rekabetçi fiyatın karşılaştırma için uygun olduğu varsayılır. Burada, önce ve sonra yöntemindeki gibi, karşılaştırma yapılacak döneme ait, anlaşma ile belirlenmemiş fiyat dikkate alınabilir. Fakat yine üzerinde durulması gereken bir nokta, bu fiyatların söz konusu dönemde örnek teşkil edebilecek fiyatlar olup olmadığıdır. Başka bir deyişle, önce ve sonra yönteminde ve kıstas yönteminde olduğu gibi, ihlal olmasa dahi, talep ve maliyetteki değişiklikler, fiyat ve maliyet arasındaki ilişkiyi etkileyebilecektir. Kısacası, maliyete ilişkin tüm veriler elde edilmiş dahi olsa, ki bir davada bu pek mümkün değildir, yine de rekabetçi fiyatı belirlemek çok zordur¹⁵⁶.

d) Fiyat Tahmini Yöntemi (Price Prediction)

Yukarıda önce ve sonra yönteminin ve kıstas yönteminin uygulanması sırasında karşılaşılabilecek sıkıntılar dile getirilmiştir. Bu yöntemlerdeki eksikliklerin tamamlanması ve daha sağlıklı sonuçlara varılabilmesi için eldeki verilerin ve zamanın yeterli olduğu durumlarda "*regresyon analizleri*" dediğimiz yöntemlerin kullanılması tercih edilebilir. Fiyat tahmini yönteminde, ekonometrik modeller ve diğer verilerle fiyata etki eden önceki döneme ait etmenleri temel alan bir senaryoya dayanarak ya da ihlalin gerçekleştiği piyasa ile ihlal olmayan piyasa karşılaştırılarak tahmini bir fiyat elde edilmeye çalışılır. Bu yöntemde, fiyat ve diğer çeşitli etmenler arasında süregelen ilişki dikkate alınarak bir tahmin yapılır. Bu tahmin, fiyat ve fiyatı etkileyen arz - talep arasındaki ilişki esas alınarak gerçekleştirilir¹⁵⁷.

¹⁵⁵ www.smallbusiness-dictionary.org

¹⁵⁶ CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.19-20; SANLI da, davalının kârlılığı ile rekabetçi piyasalarda elde edilen olağan kârlılık miktarının karşılaştırılmasına ilişkin bu yöntemin (*cost measurement*) de zararın ölçülmesinde kullanılabileceğini; ancak bu yöntemin davalının kârlılığının tespit edilmesindeki zorluk nedeniyle uygulamada pratik güçlüklerle neden olabileceğini belirtmiştir; SANLI, Tebliğ, s.267.

¹⁵⁷ CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.21-22.

Ancak bu teknikler oldukça karışık ve iktisat bilgisi gerektiren tekniklerdir. Söz konusu bu tekniklerden biri olan regresyon analizini, HOVENKAMP'ın verdiği şu örnekle ortaya koyabiliriz:

“Örneğin; makarna üreticileri bir anlaşma ile makarnanın içeriğini %50 ırmik ve %50 nişasta olarak belirliyorlar. Bunu da ırmığın yapıldığı durum buğdayı taleplerini ve fiyatlarını düşürmek için yapıyorlar. Bunun sonucunda durum buğdayı üreticileri ve satıcıları uğradıkları zarar nedeniyle dava açıyorlar ve üç kat tazminat talep ediyorlar. Açılan davada gizli bir anlaşmanın varlığı ve bunun 1994, 1995 ve 1996 hasat ve alım dönemlerinde etkili olduğu ispatlanıyor. Burada önce ve sonra yöntemi kullanılırsa zararın miktarının tespitinde ihlalin bulunduğu döneme ilişkin fiyat, yani düşürülen fiyat (sıkıştırılmış fiyat- depressed price) ile ihlalden önceki fiyat yani rekabetçi fiyat arasındaki fark bu yıllara göre hesaplanmalıdır.

Her ne kadar anlaşmanın yapıldığı yıllarda durum buğdayının fiyatı, ortalamanın altında olsa da bu, aşırı derecede düşük bir fiyat değildir ve anlaşmanın yapılmadığı bazı dönemlerdeki düşük fiyatlarla eşit seviyededir. Durum buğdayının dava dönemindeki son on yıllık ortalaması \$ 4.00'dır. Buna karşılık, deliller davalıların söz konusu yıllarda durumun fiyatını düşürmek için anlaştıklarını göstermektedir. Çünkü o yıllarda hasat çok kötüdür ve durum buğdayının geliri alışılmışın çok altındadır. Aynı zamanda, durum buğdayının fiyatı, diğer ürünlerin fiyatından da etkilenecektir. Örneğin; tamamlayıcı ürünlerin fiyatında sert bir yükseliş olursa, talep edilen durum buğdayının miktarı düşebilir. Bunun tersine, ikame ürünlerin fiyatları sert bir şekilde yükselirse, durum buğdayının talebi yükselecek ve fiyatı da yükselecektir. Fakat diğer faktörlerin varlığının dikkat çekecek ölçüde olmadığını farz edersek, 1990- 1999 dönemindeki durum buğdayının fiyatlarının, herhangi bir yıldaki durum buğdayının üretim miktarı ile ters olarak değişeceğini söyleyebiliriz.”

Bu örnekten de anlaşılacağı gibi, zarar miktarının hesaplanmasında kullanılan teknikler bir hukukçu için oldukça karmaşıktır. Kanaatimizce, bu tür davalarda mahkemeler, uzman bilirkişi olarak, iktisatçılardan destek alacak ve onlardan zarara ilişkin hesaplama yapmalarını isteyeceklerdir. Aslında bir yönüyle de rekabet hukuku bilgisi gerektiren bu yöntemlerin uzman bilirkişiler tarafından da ne kadar sağlıklı uygulanacağı da ayrıca bir tartışma konusudur¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Bu gibi ihtiyaçlar nedeniyle, gelişmiş ülkelerde ve özellikle ABD'de, hukuk kurallarının etkinliğini ölçmekte kullanılan yöntem “Hukuk ve Ekonomi” (*Law and Economics*) disiplini olarak gelişmiştir. Bu alan, mikro iktisadi kavramları kullanan ve analitik yeteneği yüksek hukukçular ile fiyat teorisi üzerine yoğunlaşmış iktisatçıların bir arada çalıştığı bir metodolojiyi gerektirmektedir; **ARDIYOK Şahin**, “*Mikro İktisadi Müdahalelerde Kavram ve Yetki*

B. Mahrum Kalınan Kâr Şeklinde Ortaya Çıkan Zararın Hesaplanması

1. Genel Olarak

Mahrum kalınan kâr şeklinde uğranılan zararlara, davacının davalı ile rakip konumda olduğu ve davalının dışlayıcı¹⁵⁹ ya da sömürücü kötüye kullanma eylemleri¹⁶⁰ ile karşı karşıya kaldığı hallerde rastlanmaktadır. Örneğin, tekelci kâr elde edilen piyasalarda, piyasaya girmek ya da piyasadaki kârını arttırmak isteyen ancak rakibinin faaliyetleri nedeniyle bunu gerçekleştiremeyen teşebbüslerin mahrum kalınan kârlarından söz edilebilmektedir. Çünkü tekelci kâr elde edilen bir piyasa doğal olarak yatırımcıların ilgisini çekecek ve yatırımcılar bu piyasaya girerek¹⁶¹ kâr elde etmek ya da piyasada hâlihazırda faaliyet gösteren teşebbüsler mevcutsa bunlar, üretim miktarlarını arttırmak isteyeceklerdir. Bu iki hal de, piyasada tekelci kâr elde eden teşebbüsün istemeyeceği bir durum olduğundan, rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırıcı,

Karmaşasının Analizi ve Çözüm Önerileri’i, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III; Erciyes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi ve Hukuk Fakültesi 8 Nisan 2005-Kayseri, Ankara, 2005, s.3.

¹⁵⁹ RK, 20.7.2001 tarih ve S.R. -01/1 Dosya, 01-35/347-95 Karar sayılı, Turkcell’in GSM hizmetleri pazarındaki hakim durumunu 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında kötüye kullanıp kullanmadığına ilişkin kararında; “*Turkcell’in kendisiyle münhasır çalışılması koşuluna dayalı olarak distribütörlerle çalışması yönündeki davranışı, Turkcell’in hakim durumunu gözardı edemeyerek tercihlerini bu yönde kullanan distribütörlerin, Turkcell ile zorunlu bir bağımlılık sergilemelerine neden olmaktadır. Bu durum sadece Telsim için değil, yeni giriş yapacak operatörler için de pazarda tutunmayı zorlaştırıcı, bu operatörleri pazardan dışlayıcı bir oluşuma neden olacaktır. Telsim’in bu firmaların distribütörlüğünü yaptığı cihazlara ancak bu firmalara göre daha küçük çaplı işletmeler olan paralel ithalatçılar kanalıyla ulaşabilmesi, bu cihazlar için Telsim’in gereğinden fazla harcama yapmasını zorunlu kılmakta, KVK, Gen-Pa, Tekofaks gibi büyük işletmelerin işbirliğinden de Telsim’i mahrum bırakmaktadır. Bu açıklamalar göstermektedir ki, Turkcell fiilen cep telefonu distribütörlerinin önemli bir bölümünün rakipleri ile çalışmamasını sağlamıştır. Distribütörler ise bu piyasanın yapısı itibarıyla sergilediği "şebeke dışsallıkları"nın etkisiyle, hakim durumda olan Turkcell ile çalışmamayı veya Turkcell’den destek almamayı göze alamadıklarından, normal koşullarda ticari çıkarlarına ters bir durumu kabullenmek zorunda kalmışlardır. Münhasırlığın rakipleri açısından yarattığı olumsuzlukların fiili olarak Telsim aleyhine gerçekleştiği net bir şekilde ortada olmakla birlikte, yeni operatörler için de pazara giriş engeli yaratıldığı, yeni teşebbüslerin mevcut kanallardan faydalanmak yerine kendi kanallarını yaratmak zorunda kalacakları anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanan gerekçelerle, Turkcell’in cihaz distribütörleri ile "rakip operatör ile kampanya düzenlememe" koşuluna dayalı olarak düzenlediği kampanyalar çerçevesinde cep telefonu distribütörleri ile münhasır çalışması veya bunları kendisine bağımlı konuma getirmesi suretiyle, bu distribütörlerin rakip operatörle benzer kampanyalar yapmasını ve sonuç olarak bu distribütörlere ait cihazların rakip operatör hattı ile satılmasını engelleyerek **rakip operatörün piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdığı**, böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesinin (a) bendinde örneklendiği üzere ihlale yol açtığı tespit edilmiştir.*” şeklinde bir değerlendirme yapılmıştır.

¹⁶⁰ RK, 06.04.2001 tarih ve D1/1/H.U.-99/1 Dosya, 01-17/150-39 Karar sayılı, Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.’nin Ankara ısınma amaçlı kömür pazarındaki hakim durumunu aşırı fiyat uygulayarak 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında kötüye kullanıp kullanmadığına ilişkin kararında; “*İster yasal isterse ekonomik nedenlerle doğal bir şekilde oluşsun, tekelci pazar yapılarının sonuçları, özellikle tüketici açısından, refah düşüşü şeklinde yaygın olarak görülebilmektedir. Tekelci gücün fiyatlama mekanizmaları yoluyla elde ettiği avantajları, AR-GE harcamaları aracılığıyla teknolojik gelişmeye dönüştürmesi ve bu nedenle diğer piyasa yapılarında faaliyet gösteren firmalara oranla tekelci pazarlarda yeniliklerin (inovasyon) daha yüksek olduğu argümanını bir tarafa, söz konusu piyasa yapılanmaları pazara giriş engellerinin yüksek olduğu durumlarda tekelci fiyat denilen, marjinal maliyetlerin çok üzerlerinde oluşturulan fiyatlar yoluyla "sömürücü kötüye kullanma" anlamında rekabet hukuklarının kapsamında yer alabilmektedir.*” şeklinde bir değerlendirme yapılmıştır.

¹⁶¹ Rakiplerin piyasaya girmeleri, piyasanın yapısından kaynaklanan bir giriş engelinin bulunmamasına bağlıdır.

büyümlerini engelleyici veya potansiyel rakiplerinin piyasaya girmesini önleyici eylemlerde bulunmasına yol açacaktır. Bu haller sadece tekeli elde edilen piyasalarda değil ve fakat kartel şeklinde bir araya gelmiş teşebbüslerin bulunduğu piyasalarda da geçerli olacaktır. Bunun doğal sonucu olarak, piyasaya giriş engeliyle karşılaşan, piyasada büyümlerinin önüne geçilen ya da piyasa dışına itilen teşebbüsler, rekabet hukukunu ihlal eden eylemlerden doğan zararlarının tazmini için dava açacaklardır. Mahrum kalınan kârın hesaplanmasına ilişkin yöntemlere AB’de görülmekte olan ticaret davalarında ve sözleşmenin ihlali ya da haksız fiilden kaynaklı ticari uyuşmazlıklara ilişkin tahkimde de kullanılmaktadır¹⁶².

Rekabet hukuku ihlaline dayalı tazminat davalarında, davacıların çoğunluğunun rakip teşebbüsler ya da davalının satış ağı içerisinde yer alan dağıtıcılar olduğu görülmektedir¹⁶³. Genelde dışlayıcı kötüye kullanma davaları şeklinde karşımıza çıkan bu tür davaların çoğunda, davacının mahrum kalınan kâr olarak ifade edebileceğimiz bir zararı söz konusudur. Davacıların kayıplarının temelinde, maliyetin altında satış yapılması, mal vermenin kesilmesi, sözleşmenin feshi veya tekelden alma anlaşmaları gibi uygulamalardan¹⁶⁴ doğan piyasa paylarındaki azalma, satılan her bir üründeki brüt kârın azalması, mevcut bir firmanın yatırımlarındaki ya da işletme aktifindeki bir azalma ya da kârlı bir işe girmekten çekinme şeklinde unsurlar bulunabilir¹⁶⁵. Bu tür davalarda, maliyetin altında satış yapmak, mal vermeyi kesmek gibi eylemler sonucu doğan zararların rekabetin kendisinden kaynaklanma olasılığı nedeniyle, hukuka aykırılık bağı çerçevesinde tazmin edilmelerinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu nedenle bu hususlar davayı gören hakim tarafından daha hassas bir şekilde değerlendirilmelidirler¹⁶⁶.

Davacının, “*mahrum kalınan kâr*” olarak tanımlanan tazminatı talep ettiği durumlarda, rekabete aykırı uygulama olmasaydı muhtemel olarak elde edebileceği gelir ya da kâr ile mevcut durum arasındaki fark zarar olarak talep edilebilir¹⁶⁷. Davacının uğradığı zararlar hesaplanırken, kârların, fiyatın ve parametrelerin piyasadaki rekabet hukuku ihlallerinden etkilenmiş halleri ile böyle bir etki altında olmadan, serbest rekabet ortamındaki halleri kıyaslanır¹⁶⁸.

¹⁶² CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.35.

¹⁶³ SANLI, Tebliğ, s.267.

¹⁶⁴ SANLI, Tebliğ, s.267.

¹⁶⁵ HOVENKAMP, s.666.

¹⁶⁶ SANLI, Tebliğ, s.267.

¹⁶⁷ SANLI, Tebliğ, s.268.

¹⁶⁸ HOVENKAMP, s.667.

Bu tür davalarda, rekabet hukuku ihlali ile zarar arasındaki nedensellik bağı bir kere ispatlandığında, zarar hesaplanırken, ihlalin devam edip etmediğine bakılmayacaktır. Ancak, davacının zararının ne kadarlık bir kısmının davalının eylemlerinden ya da diğer nedenlerden kaynaklandığını tespit etmek için ihlalin yapısı ile davacının ve davalının dava öncesindeki süreçte söz konusu olan ilişkileri önemlidir¹⁶⁹.

“Mahrum kalınan kâr” ya da “iş yapma olanaklarının kısıtlanması” genelde üç nedenden kaynaklanır:

- a- Davacının faaliyetine devam ettiği ancak davalının ihlalleri sonucunda satış ya da pazar payı kaybına neden olan ya da rekabet hukuku ihlali nedeniyle maliyetinin arttığı haller,
- b- Davacının, davalının ihlalleri sonucunda piyasa dışına itildiği durumlar,
- c- Davacının, piyasaya girişinin davalı tarafından engellendiği durumlar.

Bir başka ifade ile bu durumlar, davalının rekabet hukuku ihlalleri sonucu davacının piyasadaki faaliyetlerini zorlaştıran, davacıyı piyasadan çıkaran ya da piyasaya girişini engelleyen hallerdir¹⁷⁰.

ABD rekabet hukuku uygulamasında, genelde mahkemeler fazladan ödenen bedele ilişkin zararın hesaplanmasında kullanılan yöntemlerle mahrum kalınan kârı da hesaplamaktadırlar. Ancak mahrum kalınan kâr şeklinde doğan zararın hesaplanmasının daha zor olmasının nedeni, bu tür davalarda fazladan ödenen bir bedelin aksine, ortada var olmayan, fiktif bir kârın hesaplanmasının söz konusu olmasıdır. Mahrum kalınan kârın hesaplanmasında, “kıstas yöntemi” ve “önce ve sonra yöntemi”nin yanı sıra “piyasa paylaşımı yöntemi - (market share method)” de kullanılmaktadır. Tezimizin bu bölümünde, bu üç yöntem kullanılarak mahrum kalınan kârâ ilişkin zararların ne şekilde hesaplanabileceği açıklanacaktır.

2. Mahrum Kalınan Kâr Şeklinde Ortaya Çıkan Zararın Hesaplanması Yöntemleri

Mahrum kalınan kârın hesaplanmasında genel olarak, ortada bir rekabet hukuku ihlali olmasaydı davacının elde etmiş olacağı muhtemel gelir ile ihlal nedeniyle elde ettiği gelirin arasındaki farkın hesaplanması şeklinde bir yöntem izlenir¹⁷¹.

¹⁶⁹HOVENKAMP, s.667; bu tür tazminat davalarında, eğer davacının kâr kaybının bir kısmı hukuka aykırı bir hareketten bir kısmı da hukuki bir hareketten kaynaklanıyorsa, davacının sadece hukuka aykırı hareketten kaynaklı kısmı talep etme hakkı vardır (“burden of disaggregation”), HOVENKAMP, s.673.

¹⁷⁰HOVENKAMP, s.668.

Rekabet hukuku ihlalden kaynaklı mahrum kalınan kârın hesaplanmasında diğer davalarda olduğu gibi, zararın meydana geldiği dönem, hafifletici unsurlar, vergiler, önyargısal bir durumun varlığı¹⁷² gibi etkenler de dikkate alınabilir¹⁷³. Yine zararın hesaplanmasına ilişkin modeller geliştirilmeye çalışırken bilirkişiler, arz ve talebin ürünün fiyatına olan etkisini de göz önünde bulundurmalarıdır. Bu nedenle, her durumda geçerli olacak tek bir hesaplama yöntemi de söz konusu olamamaktadır¹⁷⁴.

Rekabet hukuku ihlalleri sonucunda uğranılan zararlara ilişkin açılan davalarda tazminat olarak “*mahrum kalınan kâr*”ın talep edilmesi durumunda, davacının elde etmesi gereken ve fakat ihlal nedeniyle elde edemediği kârın hesaplanmasında muhasebe, finans ve ekonometri teknikleri gibi yöntemler kullanılır. Mahrum kalınan kârın hesaplanmasında yukarıda ele alınan yöntem dışında başka yöntemler de kullanılmaktadır. Bunlar gelir esaslı yöntem (*earning-based methods/ discounted cash flows*), sermaye piyasası esaslı yöntem (*market-based valuations*), aktif değer esaslı yöntem (*asset based valuation*) şeklinde karşımıza çıkar¹⁷⁵. Aşağıdaki açıklamalarımızda ağırlıklı olarak kullanılan yöntemler olan önce ve sonra yöntemine, kıstas yöntemine ve ardından üretim kaybı yöntemine değinilecek ve sayılan diğer yöntemlerle ilgili kısa açıklamalar yapılarak mahrum kalınan kâr şeklinde ortaya çıkan zararın hesaplanması yöntemleri konusuna ilişkin açıklamalarımıza son verilecektir.

a) Önce ve Sonra Yöntemi

Önce ve sonra yönteminde davacının ihlalden önceki, ihlal sırasındaki ve sona erdikten sonraki faaliyetlerine bakılır ve davacının kârında ihlalin sebep olduğu azalmalar hesaplanır. Bu yöntemin en basit şeklinde, ihlalin varlığından önceki ve sonraki süreçte davacının net kârına bakılır. Bu kâr mevcut dönemdeki kârla karşılaştırılır ve davacının ihlalin olduğu dönemdeki kazancı ile ihlalin olmadığı dönemdeki kazancı arasındaki fark zararını oluşturur¹⁷⁶.

HOVENKAMP burada şu şekilde bir örnek vermiştir:

¹⁷¹ CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.35.

¹⁷² Örneğin, uygulanacak olan ücretin yasal düzenlemelerle belirlenmediği durumlarda, uygulanacak uygun ücretin ne olduğu konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık olabilir.

¹⁷³ CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.36.

¹⁷⁴ JOHNSON, s.3.

¹⁷⁵ CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.37.

¹⁷⁶ HOVENKAMP, s.668.

“Örneğin davacı, davalının 1995-1998 yılları arasında yıkıcı fiyat (predatory pricing) uyguladığını ileri sürüyor. Davacının 1992-1999 yılları arasındaki kârı dolar bazında şu şekilde bir seyir göstermekte:

1992: \$60,000	
1993: \$50,000	
1994: \$60,000	
1995: \$35,000	(ihlalin olduğu yıl)
1996: \$20,000	(ihlalin olduğu yıl)
1997: -(\$5,000)	(ihlalin olduğu yıl)
1998: \$10,000	(ihlalin olduğu yıl)
1999: \$50,000	

Davacının ihlalin olmadığı yıllardaki ortalama kârı \$55,000. Bu nedenle davacının mahrum kaldığı kârının tazmini için, ihlalin gerçekleştiği yıllardaki kârını, her bir yıkıcı fiyat uygulanan yıl için \$55,000'a tamamlanmasını talep etme hakkı vardır. Yani, 1995 yılı için \$20,000; 1996 yılı için \$35,000; 1997 yılı için \$60,000; 1998 yılı için de \$45,000 talep edebilecektir. Burada davacının mahrum kaldığı kâr şeklinde oluşan zararı toplam \$160,000'dır. Ve eğer üç kat tazminatın koşulları oluşmuşsa davacı bu tutarın üç katını tazminat olarak talep edebilecektir. Yani $\$160,000 \times 3 = \$480,000$ tazminat talebinde bulunabilecektir.”¹⁷⁷

Bazı durumlarda hesaplama yapılırken, piyasadaki kârlılığı etkileyecek birçok zımnî anlaşmanın, uyumlu eylemin göz ardı edilme riski vardır. Hatta ABD mahkemeleri, önce ve sonra yönteminin belirsiz yapısı nedeniyle bir takım tartışmalara yol açtığı görüşündedirler. Buna karşın Yüksek Mahkeme, *Bigelow v. RKO Radio Pictures*¹⁷⁸ davasında, rekabete aykırı davranışı sonucu doğan herhangi bir zararın hesaplanmasında, belirsizliklere ilişkin riski davalının üstlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak, her durumda belirsizlik riski sadece davalının üstünde

¹⁷⁷ HOVENKAMP, s.668-669.

¹⁷⁸ *Bigelow v. RKO Radio Pictures*, 327 U.S. 251, 264, 66 S.Ct. 574, 579 (1946)

kalmayabilir ve davacının da buna katlanması da söz konusu olabilir. Buna karşılık, davacının durumun aksini ispat etme hakkı vardır¹⁷⁹.

Yöntemin uygulanmasını zorlaştıran piyasa değişimlerinin mevcudiyeti, önce ve sonra yöntemini karmaşık bir hale getirebilir. Bu olumsuzluğun giderilmesi için de daha önceden de belirttiğimiz gibi regresyon analizleri gibi istatistiksel yöntemler kullanılabilir¹⁸⁰.

Mahrum kalınan kâra ilişkin önce ve sonra yönteminin kullanıldığı en karmaşık durumlardan biri tekelleşme ve yıkıcı fiyat¹⁸¹ iddiası ile *American Telephone and Telegraph Co.* (“AT&T”)’ye karşı açılan bir seri davada görülmüştür. Bu davada, davalının savunmalarının çoğu başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Şöyle ki davacı, davalının itirazlarına karşılık piyasaya girmesinin önünde yasal bir engel bulunmadığını ortaya koymuş; araştırma ve geliştirme çalışmaları için planladığından çok daha fazla yatırım yaptığını belirtmiş; AT&T’nin veri istasyonlarına ait cihazlara ilişkin piyasasındaki rakiplerinin büyüme oranlarının düzenli bir şekilde arttığını ve davacının, davalıyla aynı maliyetlerle yüz yüze olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme tüm bunları, davacının iddialarını güçlendiren unsurlar olarak nitelendirmiş ve jüri \$ 92.000.000 tutarında üç kat tazminata karar vermiştir¹⁸².

¹⁷⁹ HOVENKAMP, s.669.

¹⁸⁰ HOVENKAMP, s.669.

¹⁸¹ RK 2.10.2002 tarih ve 02-60/ 755-305 sayılı Türk Telekom III (ISS) kararında, yıkıcı fiyat; “...hakim durumdaki bir firmanın mal veya hizmet satış fiyatını, rakiplerini piyasa dışına çıkarmak ya da yeni aktörlerin piyasaya girişini engellemek amacıyla, belirli bir süre maliyetinin altında belirleyerek uygulaması durumunda söz konusudur.” şeklinde yorumlanmıştır. Ayrıca kararda Türk Telekom’un yıkıcı fiyat uygulamasına ilişkin yapılan değerlendirmeler de şu şekildedir: “Özellikle dikey entegrasyonun olduğu telekomünikasyon gibi sektörlerde yıkıcı fiyat uygulamaları, hakim durumdaki firmaların faaliyetlerin tümünde zararına satış yaptığı anlamına gelmemektedir. Çoğunlukla firma, hakim durumda olduğu pazarlarda elde ettiği karı, hakim durumda olmadığı diğer pazarlarda uyguladığı yıkıcı fiyat nedeniyle uğradığı zararı sübvansiyon etmekle kullanarak, toplam faaliyetlerinde kar elde edebilmektedir. Yıkıcı fiyat uygulamasıyla uğradığı zararı karşılamaya yönelik bu uygulama çapraz sübvansiyon olarak bilinmektedir.”

TTAS, TNet adı altında piyasadaki son kullanıcılara doğrudan dial-up (çevirmeli) internet erişimi hizmeti verirken, yine bu piyasada aynı kullanıcılara hizmet vermeye çalışan ISS’lerin zorunlu unsur olarak kullanmaları gereken kiralık hatların fiyatlarını da belirlemektedir. TNet’in kendi dial-up abonelerine uyguladığı tarifelerle TNet’ten kiralık hat kullanarak dial-up abonelerine hizmet veren ISS’lere uyguladığı tarifeler arasında, ISS’ler aleyhine çok büyük farklar olduğu görülmüştür.

Benzer şekilde, TTAS’ın TNet adı altında sunduğu internet erişim ücretini %70’e yakın bir oranda indirmesi ve 2.000.000 TL olan tesis ücretini tamamen kaldırması, dar bant internet erişim hizmetleri pazarında yaşanan rekabeti olumsuz yönde etkilemiş ve TTAS’ın uyguladığı bu fiyatların pazarda yıkıcı fiyat etkisi göstermesi ve çapraz sübvansiyon uygulamaları hususlarını gündeme getirmiştir.”

¹⁸² HOVENKAMP, s.670.

b) Kıstas Yöntemi

Kıstas yöntemi, “fazladan ödenen bedele ilişkin zarar”ların hesaplanmasında olduğu gibi “mahrum kalınan kâra ilişkin zararlar”ın hesaplanmasında da kullanılmaktadır. Bu yöntem sadece sınırlı durumlarda kullanılmasına rağmen, mahrum kalınan kâra ilişkin hesaplamalarda ABD mahkemelerinin işlerini kolaylaştırdığından tercih edilen bir yöntemdir. Bu yöntemde davacı, kendi şirketi ile her bakımdan aynı olan fakat ihlal etkisinde bulunmayan bir şirketi baz olarak ortaya koyar¹⁸³.

Bu yöntemde piyasalar ya da şirketler benzer kabul edilerek hareket edilse de, davacının elde etmesi gereken fakat davalı tarafından engellenen kârının ortaya konulmasında tam olarak güvenilir sonuçlar vermeyebilir. Çünkü, hem kıyaslama yapılacak piyasalar, hem de firmalar benzer olmayabilir. Bunun yanı sıra, eğer ihlal nedeniyle davalı sadece davacının kârına engel olmamış ve fakat aynı zamanda kendisi de bundan bir kâr elde etmişse, bu takdirde davalının elde ettiği kâr kıyas olarak alınır, davacının uğradığı zarar çok daha fazlaymış gibi görünebilir. Bu gibi dezavantajları nedeniyle kıstas yöntemi hem yerel piyasalarda, hem de nispeten homojen ürünlerde daha uygundur¹⁸⁴.

¹⁸³ HOVENKAMP, s.670.

¹⁸⁴ HOVENKAMP, s.670-671; Ne tür ürünlerin homojen ürün olarak değerlendirildiğine ilişkin RK kararları mevcuttur. Buna göre, **18.09.2000 tarih, D1/1/C.S.-99/1 Dosya ve 00-35/392-219 Karar Sayılı, Akaryakıt (Soruşturma) Kararında**, “akaryakıt”ın homojen bir ürün olduğuna dair şu ifadeler kullanılmıştır: “Sınır ticareti yoluyla gelen akaryakıt hesaba katılmazsa, istasyonlarda satılan akaryakıtların neredeyse homojen oldukları söylenebilir. Bunun da ötesinde, akaryakıtın kapalı depolarda muhafaza ediliyor olması ve aracıyla gelen müşterinin alacağı akaryakıtı görüp inceleme olanağının olmaması gibi faktörler, müşterilerin gözünde **akaryakıtı tamamen homojen bir ürün haline getirmektedir**. Firmaların ürünlerinin farklılık göstermemesi (ürünlerin neredeyse homojen olması), çok sayıda istasyonun bulunması, tüketicilerin bu istasyonlara ulaşımının kolay olması, istasyonlardaki pompa fiyatlarının araç sahipleri tarafından rahatça görülebiliyor olması ve maksimum satış fiyatının OFM ile belirlenmesi gibi faktörler, sektörde, fiyat farklılıklarının çok az olduğu sıkı bir marka içi ve markalararası rekabetin oluşmasını sağlamaktadır.” ;Yine **RK 27.06.2000 tarih ve D3/2/A.Ç.-99/2 (S.Y./2-D-98/1) Dosya, 00-24/255-138 Karar sayılı Maya Soruşturma kararında** “ekmek mayasının” homojen bir ürün olduğu ifade edilmiştir: “İlgili ürün olan ekme mayası, homojen bir üründür. Pazarda faaliyet gösteren ve ileri teknoloji kullanan üretici teşebbüslerin ürünlerini, rakiplerinkinden farklılaştırarak rekabette kendilerine avantaj sağlamaları mümkün değildir... Reklam faaliyetlerinin satış arttırmada bir araç olarak kullanılmadığı ve tamamen homojen bir malın söz konusu olduğu bu pazarda tüketici konumunda olan fırınlar arasında da, bir marka bağımlılığı oluşturulamamaktadır. Pazarda satılan tüm mayaların aynı kalitede olduklarını düşünen fırınlar için, hangi marka mayayı kullandıkları önem taşımamakta, çoğunlukla birden fazla markayı aynı anda kullanmakta ve bir markadan diğerine rahatlıkla geçebilmektedirler.”; **17.06.1999 tarih ve E2-D1-97/1 Dosya Nolu, 99-30/276-166 (a) Karar Nolu Çimento Kararında**, getirilen savunmaların biri de çimento ürününün homojen bir ürün olduğu temeline dayanmaktadır: “Batıçim Batı Anadolu Çimento Sanayi A.S.’nin yazılı savunmalarında; uyumlu eylem kavramı Topluluk Rekabet Hukukundan örneklerle açıklanarak, şirketlerinin eylemlerinin uyumlu eylem unsurlarını taşımadığı ifade edilmiş, şirketler arasındaki görüşme ve yazışmaların **çimento piyasasının homojen, şeffaf bir oligopol piyasası** olmasından kaynaklandığı, rakip firmalarla iletişimde olmanın ve bilgi alışverişinde bulunmanın bir uyumlu eylem göstergesi yapılamayacağı...”

c) Üretim Kaybı Yöntemi / Piyasa Payı Kaybı Yöntemi (Lost Market Share)

Mahrum kalınan kâra ilişkin zararın hesaplanmasında, fazladan ödenen bedele ilişkin kârın hesaplanmasından farklı olarak kullanılan diğer bir yöntem de “*üretim kaybı yöntemi*”dir. Bu yönteme “*piyasa payı kaybı yöntemi*” de denilmekle beraber, üretim kaybı yöntemi olarak adlandırmak daha uygundur. Çünkü davacı, ilgili piyasadaki pazar payı kaybından çok, üretiminde mutlak düşüş nedeniyle uğradığı zararı ortaya koymaya çalışmaktadır. ABD rekabet hukukunda bu yöntem, daha çok diğer iki yöntemin kullanılmasının uygun olmadığı durumlarda kullanılır ve diğer iki yöntemin tamamlayıcısı niteliğindedir¹⁸⁵.

Teorik olarak bu yöntem, rekabet hukuku ihlallerinin ulusal piyasalar ile sınırlı olduğu durumlara daha uygun düşer. Fakat ihlal sürecinde, piyasa bir bütün olarak dış şokların da etkisi altında olabilir. Örneğin, davacı perakende benzin sektöründe belli bir dönemde boykota maruz kaldığını ileri sürüyor. Aynı dönemde, OPEC karteli¹⁸⁶ benzin fiyatlarını üç katına çıkarıyor ve bu nedenle talep oldukça fazla düşüyor. Bu durumda önce ve sonra yöntemine göre davacının mahrum kaldığı kârların bir kısmının davalıdan ve OPEC kartelinden kaynaklandığı iddiasında bulunması çok zordur. Ayrıca, yapısı bu piyasa ile aynı olan ikinci bir piyasa da olmadığı için kıstas yöntemi de uygun olmayacaktır. Çünkü OPEC kartelinde tahminen, tüm akaryakıt satıcıları belli bir oranda etkilenmiş ve hepsi kendi büyüklükleri oranında bir satış kaybına uğramışlardır. Eğer davalı ihlalin olduğu dönemde kârının %32’den %7’ye düştüğünü ispatlayabilirse, belki bu durumda OPEC’in etkisini ayrı tutarak üretim kaybı yöntemi ile zarar hesaplanabilecektir¹⁸⁷.

Uygulamada, üretim kaybı yöntemi, hem önce ve sonra yönteminden, hem de kıyas yönteminden farklı olarak işler. Örneğin; *Zenith Radio Corp. v. Hazetine Research Inc.*¹⁸⁸ davasında davacı, Kanada televizyon piyasasındaki mevcut ihlalden dolayı %3 olan pazar payının, %16 olması gerektiğine mahkemeyi ikna etmiştir. Davacı %16 rakamına, ABD ve Kanada televizyon piyasalarının benzer olduğunu ve ihlal dönemindeki ABD piyasasındaki payının

¹⁸⁵ HOVENKAMP, s.671.

¹⁸⁶ OPEC (“*Organization of Petroleum Exporting Countries*”) Karteli, petrol ihraç eden ülkeler birliğini ifade etmekte olup, modern zamanların en iyi bilinen kartelidir ve belli bir süre en etkin kartel olmuştur; ayrıntılı bilgi için bkz. LIPSEY/ STEINER/ PURVIS/ COURANT, s.274 vd.

¹⁸⁷ HOVENKAMP, s.671.

¹⁸⁸ *Zenith Radio Corp. v. Hazetine Research Inc.*, 401 U.S. 1015, 91 S Ct. 1247 (1971).

%16'nın üzerinde olduğunu göstererek ulaşmıştır. Üretim kaybı metodunun Zenith'e uygulanması kıstas yönteminin çok küçük bir farkla uygulanmasıdır¹⁸⁹.

Mahkeme, belli bir üretim kaybının rekabet hukuku ihlalinden kaynaklandığını bir kere tespit ederse daha sonra, kâra ilişkin olarak ilgili piyasadaki pazar paylarını birbiriyle ilişkilendiren deneysel bir formül geliştirebilir. Kârlar her zaman pazar payı ile orantılı olmayabilir. Örneğin, aynı büyüklükteki iki teşebbüsten biri diğerine göre çok daha kârlı olabilir ya da bunlardan biri diğerine göre daha çok kâr elde edebilir. Daha da ötesi, bu tür formüllerde genelde, ilgili ölçek ekonomileri dikkate alınmaz. Bununla beraber, hesaplamada bu tür formüllerden doğabilecek sapmalar, mahkemenin zararı hesaplarken göze aldığı hata payının içinde yer alır¹⁹⁰.

Üretim kaybı yönteminin daha uygulanabilir hali, davacının üretimindeki azalmanın ne kadarlık bir kısmının, davalının rekabet hukuku ihlalinden kaynaklandığını ortaya koymasıyla hayata geçirilebilir. Eğer davacı, davalının ihlalinden dolayı kayba uğradığı belirli satışlarını ortaya koyabiliyorsa ve davacı her bir satış için kâr oranını gösterebiliyorsa, zarar bunlara dayalı olarak daha kolay hesaplanabilecektir¹⁹¹.

Bazı durumlarda, özellikle davacının birden çok piyasada faaliyet gösterdiği ancak ihlalin sadece tek bir piyasada gerçekleştiği hallerde, zararı ölçmek için önce ve sonra yöntemi ile üretim kaybı yöntemi bir arada kullanıldığında daha makul ve kabul edilebilir tahminlere ulaşılabilir.

d) Diğer Hesaplama Yöntemleri

Gelir esaslı yöntemde, ("*earning-based methods / discounted cash flows*"), temelde gelir beyannamesi dikkate alınır ve buradaki kârlar gerçek nakit akışına yaklaştırılmaya çalışılır. Daha sonradan bu nakit akışında, mevcut değerler üzerinden indirim gidilir. Bu yöntemde hesaplama yapılırken, ihlalin olmadığı varsayılarak, gerçek ve indirilmiş nakit akışı arasındaki fark, zararın ölçülmesinde dikkate alınır¹⁹².

Mahrum kalınan kâra ilişkin bir diğer hesaplama yöntemi olarak sermaye piyasası esaslı yöntemden söz edilmiştir. Ancak kanaatimizce bu yöntem, mahrum kalınan kârın hesaplanmasından ziyade teşebbüslerin maruz kaldıkları rekabet hukuku ihlalleri sonucu borsadaki

¹⁸⁹ HOVENKAMP, s.671.

¹⁹⁰ HOVENKAMP, s.672.

¹⁹¹ HOVENKAMP, s.672.

¹⁹² CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.38.

değerlerinde meydana gelen azalmanın hesaplanması için kullanılmaktadır. Bu yöntemde izlenen sistem şu şekildedir: rekabet hukuku ihlaline maruz kalan şirketin ihlalden önceki cirosundan ihlalden sonraki cirosu çıkartılır. Diğer yandan, ihlale maruz kalan şirketle benzer özellikler gösteren fakat ihlale uğramamış ve hisseleri borsaya kote edilmiş bir şirketin (kıstas olarak alınan şirket) sermaye piyasası değerinin, cirosuna oranı hesaplanır. Elde edilen oran ihlale uğramış şirketin cirosundaki kayıp ile çarpılır. Elde edilen değer, ihlale maruz kalmış olan şirketin piyasada sahip olması gereken değerini gösterir¹⁹³. Bunu basit bir şekilde şöyle formüle edebiliriz:

İhlale maruz kalan şirketin ihlalden önceki cirosu = **X**

İhlalden sonraki cirosu = **Y** dersek;

Kıstas olarak alınan şirketin sermaye piyasası değeri/ Kıstas olarak alınan şirketin cirosu = **Z** olduğunda

$(X-Y) \times Z$ = ihlale maruz kalmış olan işin olması gereken değerini ifade eder.

Buradan da görüleceği gibi, hesaplama sonucunda elde edilen değer, şirketin mahrum kaldığı kârı değil, sahip olması gereken borsa değerini ifade etmektedir. Bu nedenle mahrum kalınan kârın hesaplanmasında uygun bir yöntem olmadığını düşünmekteyiz.

Fazladan ödenen bedele ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi, mahrum kalınan kâra ilişkin zarar hesaplamasında da, sonuçta her davaya uygun olan yöntem seçilerek bir hesaplama yapılmaya çalışılacaktır. Bu nedenle, ortada somut bir davanın varlığı söz konusu değilken, hangi hesaplama yönteminin hangi tür rekabet hukuku ihlalinde kullanılmasının uygun olacağına yönelik kesin bir yorum yapmanın hatalı olacağı kanaatindeyiz.

C. Davacının Uğradığı Diğer Zararlara İlişkin Hesaplama Yöntemleri

Belirttiğimiz gibi, rekabet hukuku ihlaline maruz kalan bir teşebbüsün uğrayabileceği zararlar sadece kâr mahrumiyeti ya da fazladan ödenen bedelle sınırlı olmayıp, başka şekillerde de ortaya çıkabilir. Örneğin, teşebbüslerin belli bir alanda faaliyet gösterebilmek için yaptığı bir takım yatırımların geri dönmemesi halinde de zararları söz konusu olacaktır. Bu yatırımlar teşebbüsün faaliyet gösterebilmesi için gerekli olan makine, teçhizat gibi yatırımlar olabileceği gibi, işin

¹⁹³ CLARK/ HUGHES/ WIRTH, s.39.

geliştirilmesine yönelik araştırma geliştirme faaliyetleri, ilgili piyasada belli bir tanınmışlık kazanabilmek için yapılan marka ve reklâm harcamaları, yine personelin eğitimi için yapılan harcamalar ya da iş seyahatleri gibi pek çok unsuru da içeren yatırımlar olabilir. Bu yatırımların bir kısmı zarara uğransa dahi geri döndürülebilecek türden yatırımlarken bir kısmı ise hiçbir şekilde geri döndürülemez yatırımlardır. Bu yatırımlar “*batık maliyet*”¹⁹⁴ olarak da adlandırılmaktadır. Batık maliyetler genelde teşebbüslerin piyasa dışına çıkarıldığı durumlarda görülmektedir.

1. Teşebbüsün Piyasa Dışına Çıktığı Hallerde Zararın Hesaplanması Yöntemleri

Eğer davacı, davalının rekabet hukuku ihlaline yol açan eylemleri sonucunda tamamen piyasa dışına çıkarıldığını ileri sürerse, başka bir belirsizlik söz konusu olacaktır. Eğer davacının çıkışı kademeli ise; azalmanın olduğu yıllardaki zararın hesaplanması, yukarıda izah edilen metotları içerecektir¹⁹⁵. Çünkü ihlal nedeniyle azalmanın olduğu dönemlerde teşebbüsün bir büyüme engeli ile karşı karşıya olduğu ortadadır. Başka bir deyişle, iflas anına kadar, gelirin azalması ya da mahrum kalınan kâr türünde zararlar meydana gelir¹⁹⁶. Bu nedenle teşebbüsün uğradığı zararlar bu metotlarla hesaplanabilecektir. Kademeli bir çıkışın görüldüğü durumlarda, ihlalin söz konusu olduğu her bir dönem dikkate alınarak hesaplama yapılacaktır.

Bu ihlallere son verilemediği durumlarda ise, zarara uğrayan teşebbüsün büyüme engeli devam edecek ve sonuçta teşebbüsün piyasa dışına çıkma riski söz konusu olacaktır. Buna karşın bazı durumlarda teşebbüsün zarara uğradığı bir ihlal süreci söz konusu olmayabilir¹⁹⁷. Eğer teşebbüsün piyasadan çıkışı ani ise; sadece son dönemdeki zararını talep edebilecektir.

¹⁹⁴ Batık maliyet (“*sunk cost*”), yatırımdan vazgeçildiği takdirde yatırım mallarının satışı yoluyla veya başka bir yol ile geri kazanılması mümkün olmayan maliyetlerdir. HOVENKAMP, s.677; SHAPIRO C. /VARIAN H. R. , *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, Boston Massachusetts, 1999, s.20-21. Başka bir anlatımla, batık maliyet (“*sunk cost*”), sabit maliyet olarak da adlandırılmakta olup, başka bir alanda kullanılması mümkün olmayan yatırımları ifade eder. Sadece belli bir ürünün imalatı için kullanılan makineler, belirli müşteriler için geliştirilen ürünler, reklâm harcamaları, Ar-Ge Çalışmaları bunlara örnek verilebilir; www.europa.eu.int.

¹⁹⁵ HOVENKAMP, s.674.

¹⁹⁶ SANLI, Tebliğ, s.268.

¹⁹⁷ Örneğin, ticari açıdan çok önemli olan bir sözleşmenin feshedilmesi halinde davacının kısa sürede iflas etmesi söz konusu olabilir; SANLI, Tebliğ, s.268.

Her iki çıkış halinde de, teşebbüsün piyasadan çıkması, yani faaliyetlerine son vermesi sonucunda, artık ticari faaliyette bulunamayacak olmasından kaynaklı, bir takım zararları da söz konusu olacaktır¹⁹⁸.

ABD mahkemeleri bir işin sona ermesinden kaynaklı zararları iki farklı metotla hesaplar. Birinci metoda göre, davacı iflas etmeseydi teşebbüsün faaliyette bulunabileceği muhtemel süre ve makul kârlılık oranı tespit edilir, elde edilmesi muhtemel kâr oranı bulunur ve bu miktardan, peşin ödemenin yapılması ve davacının başka ticari faaliyetlerden gelir elde etmesi ihtimali de göz önünde bulundurularak indirim yapılır. Diğer yöntem ise, birincisine göre daha basit bir yöntemdir. Buna göre, ihlal oluşmadan önce makul bir alıcının o işe verdiği değer dikkate alınır; başka bir ifadeyle teşebbüsün piyasadaki ticari değeri dikkate alınır. Mahkeme bu durumda ya gelecekte elde edilmesi muhtemel kârı ya da teşebbüsün ihlalin olmadığı piyasadaki değerini esas alacaktır. Yani ikisinin birden dikkate alınarak hesaplama yapılması söz konusu değildir¹⁹⁹.

Bayilerin piyasa dışına çıkmasının söz konusu olduğu davalarda ise, bayii genelde, yeniden satış fiyatının belirlenmesine ya da hukuka aykırı bir şekilde satış bölgesinin belirlenmesine ilişkin sınırlamalara uymadığı için piyasa dışına itildiğini ileri sürebilir. Mahkeme bu durumda geçmiş dönem kârlarında meydana gelen azalma ve gelecekteki muhtemel kârlara ilişkin artışı dikkate alarak sınırlamanın neden olduğu miktarı hesaplamaya çalışır²⁰⁰.

Teşebbüsün piyasa dışına çıktığı hallerde mahkemeler, zararı hesaplarırken bir takım faktörleri de göz önünde bulundurmalıdırlar. Örneğin, çeşitli piyasalardaki istikrarlı büyüme oranları, davacı bir bayi ise sağlayıcı ile arasındaki ilişkinin yapısı ve piyasadaki ekonomik görünüm dikkate alınmalıdır²⁰¹.

2. Teşebbüsün Piyasaya Girişinin Engellendiği Hallerde Zararın Hesaplanması

Bu halde, her türlü yasal hakka ve alt yapıya sahip olan bir teşebbüsün piyasadaki rekabete aykırı davranışlar nedeniyle faaliyet gösterememesi söz konusudur. Teşebbüsün piyasada henüz herhangi bir faaliyet göstermediği hallerdeki zararının hesaplanması, piyasada faaliyet gösterirken ihlal nedeniyle uğradığı zararların hesaplanmasından daha zordur.

¹⁹⁸ SANLI, Tebliğ, s.268.

¹⁹⁹ HOVENKAMP, s.674.

²⁰⁰ HOVENKAMP, s.675.

²⁰¹ HOVENKAMP, s.676.

Bu gibi durumlarda zarar hesaplanırken, önce ve sonra yönteminin uygulanamayacağı açıktır. Çünkü ortada ne “önce”ye ilişkin, ne de “sonra”ya ilişkin bir hal vardır. Kıstas yönteminde ise, davacı ile aynı piyasada faaliyet gösteren benzer bir firma ortaya çıkarılmalıdır. Ancak bu durumda benzer bir firma da söz konusu olmayacaktır. Ancak mahkemenin mutlaka bir zarar hesaplaması gerekiyorsa, bu takdirde genelde piyasa dışına itilen teşebbüsler için uygulanan yöntem dikkate alınarak bir hesaplama yapılmaya çalışılacaktır²⁰².

Sonuç olarak, gerek piyasaya giriş engeli, gerek piyasada büyüme engeli, gerekse de piyasa dışına itilme sonucunda ortaya çıkan bir zarar söz konusu olduğunda, her halükârda, bu zararların tazmini talep edildiğinde hakim ya da uzman bilirkişi somut olay için bu yöntemlerden en uygunu hangisi ise önce onu tespit etmeli ve daha sonra bir hesaplama yapmalıdır. Daha önce ifade ettiğimiz gibi Türk hukukunda, rekabet hukuku ihlallerinin yol açtığı zararlara ilişkin hükmedilmiş ve Yargıtay denetiminden geçerek hukuken kesinleşmiş bir tazminat kararı, henüz bulunmamaktadır. Bu davalarda zararın hesaplanmasına ilişkin nasıl bir yol izleneceği ve ne tür bir yöntem benimseneceği bilinmemekle beraber, hesaplama yöntemlerinin oldukça karışık ve teknik analizler gerektirmesi nedeniyle mahkemelerin uzman bilirkişilerden destek alacağı düşünülmektedir²⁰³.

²⁰² HOVENKAMP, s.676.

²⁰³ GÜZEL, s.6.

§ 3. REKABET HUKUKUNDAN DOĞAN ZARARLARIN TAZMİN EDİLMESİ

I. Genel Olarak

Tazminat sözcüğü “*tazmin*” sözcüğünün çoğulu olup, tazmin, bir kimsenin uğradığı zararın bir başkası tarafından giderilmesini ifade eder. Aynı şekilde, başkasının zararını gidermek için gerekli olan edim için de tazminat sözcüğü kullanılmaktadır. BK’da böyle bir yükümlülük getirilmesinin nedeni olarak doktrinde çeşitli yaklaşımlar öngörülmüştür²⁰⁴.

RKHK’da, haksız fiil sorumluluğu ile ilgili genel olarak BK’daki düzenlemelerle benzer düzenlemeler getirilmekte ise de hem tazminatın hesaplanması hem de ispatlanması bu genel kurallardan ayrılmaktadır²⁰⁵.

Rekabet hukukunun ihlalden doğan zararların tazmini RKHK’un 57.vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu tür tazminat davalarında taraf sıfatlarına ilişkin olarak, RKHK’nun 57. maddesinde “*Her kim 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...*” denilmek suretiyle rekabet hukuku ihlaline yol açan kişilerin davalı olacağından ve yine 57. ve 58. maddede “*bundan zarar görenlerin*” zararının tazmin edileceğinden bahsedilerek davacı sıfatına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Bu madde ile rekabet hukukunun ihlal edilmesi sonucu bundan zarar görenlerin her türlü zararlarının tazminini talep etme imkânı tanınmıştır. Tersine bir yaklaşımla, RKHK’a göre “*kartel anlaşmaları*” ve “*bu kanuna aykırı eylemlerle*” ya da “*hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunda*” bir kimse zarara uğrayacak olursa, anlaşmaya taraf olanlar, hukuka aykırı eylemde bulunanlar ya da karara katılanlar “*zarar görenlerin her türlü zararını*” tazmin etmekle yükümlüdürler²⁰⁶.

²⁰⁴ En temel görüş, “*zararın telafisi gayesidir*”. Buna göre tazminat yükümlülüğünün ilk amacı, bir kimsenin uğradığı zararın, bir başkası tarafından giderilmesini sağlamaktır. Bu temel görüşün yanı sıra, “*hakkın devam ettirilmesi gayesi*”, “*cezalandırma (yaptırım uygulama) gayesi*”, “*önleme gayesi*” gibi görüşler de mevcuttur; **NOMER**, s.34-36; ayrıca RKHK’da üç kat tazminatın getiriliş amacı için bkz. §3. II. A.

²⁰⁵ RKHK’da rekabet hukukuna aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliği 56. maddede düzenlenmiştir. Bu madde hükmü ile 4. maddeye aykırı her türlü anlaşma ve karar geçersiz kılınırken, tarafların iade borcunun BK hükümlerine tabii olduğu belirtilmiştir. RKHK 56. maddesinin açık ifadesine göre, “*tarafların iade borcu Borçlar Kanunu 63 ve 64. maddelerine tabiidir.*” Aynı zamanda BK’nun haksız ve ahlaka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere verilen şeylerin geri istenemeyeceğine ilişkin 65. maddesinin bu Kanun’dan doğan ihtilafırlara uygulanamayacağı hükme bağlanmıştır; Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Madde Gerekeçleri.

²⁰⁶ **ÖZSUNAY**, s.16.

Kanaatimizce tazminata ilişkin düzenlemeler arasında en önemli hüküm, üç kat tazminat hükmüdür. Çünkü bu hükümle genel tazminat hukuku uygulamalarının tamamen dışına çıkılmış ve bir tür cezai tazminat öngörülmüştür. Ayrıca daha önceden de belirttiğimiz gibi, bu hükümden hareketle rekabet hukukundaki haksız fiil düzenlemelerinin yegâne sebebinin zarar görenlerin zararının tazmini değil ve fakat aynı zamanda rekabetin kendisini de korumak olduğu anlaşılmaktadır.

Gerçekten rekabetin korunmasına ilişkin hükümlerin ihlalden kişiler zarar görebilir ama bundan daha fazla zararı ülke ekonomisi görecektir. Çünkü rekabetin sınırlanması sonucunda toplumsal refahın azalması söz konusu olacaktır²⁰⁷. RKHK’da tazminata ilişkin ayrıcalıklı hükümler getirilmesinin nedeni, tazminat ödeme riskinin, rekabet hukukunu ihlal etmeyi düşünen teşebbüsler üzerinde caydırıcı etki yaratarak gerçekleşmesi muhtemel toplam zararda azalmaya yol açmasıdır²⁰⁸. Burada özellikle üç kat tazminat hükmünün varlığı sadece kişilerin zararlarının tazmini amacının güdülmediğini, aksine dava açmayı cazip hale getirerek, özellikle idari makamların yetersiz kaldığı durumlarda özel kişilerin açacağı davalar yolu ile rekabet hukuku ihlallerinin önlenmesinin hedeflendiğini göstermektedir. Davacı sadece kendi zararını değil, uğradığı zararın ya da karşı tarafın elde etmesi muhtemel kârın üç katını da tazminat olarak talep edebilecektir. Bu özendirici unsur sayesinde teşebbüsler rekabet hukuku ihlallerine ilişkin tazminat davaları açabilecekler ya da bu davaları açabilmek amacıyla Rekabet Kurulu’na şikâyette bulunacaklar ve bir şekilde ihlallerin öğrenilmesinde ve durdurulmasında aktif rol oynamış olacaklardır. Nitekim ABD’de rekabet hukuku davalarının %80-90’ı özel davalardan oluşmaktadır²⁰⁹. Avrupa’da ise durum tam tersinedir²¹⁰. Ayrıca AB rekabet hukukunda üç kat tazminata ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ülkemizde ise bu hükmün yeni yeni farkına varılmaya başlandığı ve tazminat davalarının artmaya başlamış bulunduğu gözlenmektedir²¹¹.

²⁰⁷ ASLAN, s.686.

²⁰⁸ SANLI, Tebliğ, s.220.

²⁰⁹ Örneğin, 2004 yılında Federal Mahkeme’de rekabet hukuku ihlali nedeniyle 800’den fazla dava açılmış; birçok dava sonuçlanmasına rağmen her sene rekabet duruşmalarına devam edilmektedir; **McDAVID Janet L.**, “*Enhancing Private Enforcement of EC Competition Rules*”, Hoagn& Hartson LLP, Washington DC, March 2005, s.3; “*Özel davalar ABD rekabet hukuku uygulamasında çok ağırlıklı bir orana ve rekabet hukukunun gelişiminde büyük bir öneme sahiptir. 1965 yılına kadar 1 kamu davasına karşı, 6 özel dava açılmakta iken, bu oran 1980’de 1’e karşı 10’a, 1985’te ise 1’e karşı 20’ye çıkmıştır.*” GÜZEL, s.5.

²¹⁰ **European Commission**, Working Paper, s.16; AB’de, ABD rekabet hukukunun tersine, 1962’den beri, rekabet hukuku ihlali nedeniyle açılmış sadece 12 tane tazminat davası başarı ile sonuçlanmıştır; **McDAVID**, s.3; **MONTO Mario**, *Private Litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusion on the implementation of the Merger Regulation*, IBA- 8th Annual Competition Conference, Fiesole, 17 September 2004, s.2.

²¹¹ ASLAN, s.686.

AB’de bugüne kadar rekabet hukuku ihlalden doğan tazminat davaları oranı düşük olmakla beraber, son dönemdeki değişiklikler tazminat davalarının artacağına işaret etmektedir²¹². Özel hukuk yaptırımları AB’de bir özel hukuk kişinin rekabet hukuku ihlali nedeniyle uğramış olduğu zarar sonucu diğer bir özel hukuk kişisine karşı açtığı tazminat davası olarak kabul edilir. Tazminat davaları özel hukuk yaptırımlarının bir parçası olarak kabul edilmekle beraber, özel hukuk yaptırımlarının farklı şekillerde de ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Fakat Komisyonun yayımladığı Yeşil Kitap sadece tazminat davaları ile ilgilidir²¹³. Yeşil Kitap’ta, AB Anlaşmasının 81.ve 82. maddelerinin uygulanmasına ilişkin usul kurallarının modernizasyonundan sonra AB’deki rekabet hukukunun etkinliğinin artırılabilmesi için, rekabet hukuk ihlallerinden doğan zararlarının tazminine ilişkin öneriler getirilmektedir. Getirilen bu düzenlemelerin sadece rekabet hukuku ihlali nedeniyle zarar gören kişilerin zararlarının tazminini kolaylaştırmayacağı, aynı zamanda rekabet hukukunun etkinliğini de arttıracığı ifade edilmiştir.

Yayımlanan Yeşil Kitap’ın temelinde tazminat davalarının, AB rekabet hukuku sisteminin bir parçası olduğu düşüncesi yatmaktadır. AB Anlaşması’nın 81 ve 82. maddeleri hem idari davalarda hem de özel hukuk davalarında uygulanır ve idari davalar kadar, özel hukuk davalarının da rekabetçi bir ekonominin oluşmasında önemli bir araç olduğu kabul edilir. Yeşil Kitap’ta, özel hukuk davalarının daha etkin bir şekilde uygulanmasıyla, Avrupa’daki teşebbüslerin ve tüketicilerin rekabet hukukuna giderek yakınlaşacağı ve bu durumun da rekabet kurallarının etkinliğini arttıracığı düşünüldüğü ifade edilmiştir. AAD, 81. ve 82. maddelerin ihlalden dolayı zarara uğrayan bireylerin bu zararlarının tazminini talep edebileceklerini kabul etmiştir. *Courage vs Crehan*²¹⁴ davasında, 81. maddenin daha etkin bir şekilde uygulanabilmesi için bireylerin rekabet hukuku ihlali nedeniyle uğradıkları zararların giderilmesi amacıyla tazminat davası açmalarının önemi vurgulanmıştır²¹⁵. Zira rekabet ihlali durumunda kamu otoriteleri, teşebbüslerin zararlarının tazmini ile değil, ihlalin geneliyle ilgilenirler²¹⁶.

²¹² İngiltere’de Rekabet Temyiz Mahkemesi “*Competition Appeal Tribunal*” kurulmuştur. İsveç’te, her ne kadar sözleşme ilişkisinin varlığı aransa da, 2003 yılında “*class action*” denilen toplu davalar yürürlüğe girmiştir. Yine Almanya’da Alman rekabet hukukuna 7. ek olarak özel hukuk davalarını düzenleyen bir reform paketi yayımlanmıştır. Bunun yanı sıra Hollanda’da da özel hukuk davalarına ilişkin çalışmalar olduğu görülmektedir; **MONTI**, s. 4; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. **European Commission**, Green Paper.

²¹³ **Commission of The European Communities** “*European Commission Green Paper on Damages Actions for Breach of EC Treaty Anti-trust Rules- Frequently Asked Questions*”, Brussels 20 December 2005, s.1.

²¹⁴ *Courage v. Crehan*, C-453/99, 20 September 2001; **European Commission**, Green Paper, s.4.

²¹⁵ **Commission**, Frequently Asked Questions, s.2; **MONTI**, s.2-3.

²¹⁶ **KROES Neelie**, “*Damages Actions for Breaches of EU Competition Rules: Realities and Potential*”, Paris, 17 Ekim 2005, s.3.

Komisyonu göre, özel hukuk davaları ile sadece rekabet hukuku ihlali sonucu zarar gören bireylerin zararlarının tazmini değil ve fakat bu davalar sayesinde tüketiciler de dahil olmak üzere piyasalarda rekabet hukuku kültürünün gelişmesi sağlanmaktadır. Buna göre, özel hukuk davaları, ihlalli gerçekleştiren teşebbüslerin üzerinde ek bir ekonomik baskı yaratmaları nedeniyle idari yaptırımların tamamlayıcısı niteliğindedirler²¹⁷.

A. Davacı ve Davalı Sıfatı

RKHK'un 57. ve 58. maddelerine baktığımızda kimlerin dava açabileceği ve kimlere karşı dava açılabilirliğine ilişkin düzenlemelerin çok açık olmadığı görülmektedir. Eğer tazminat hakkının açık bir şekilde düzenlenmesi gerekiyorsa, bu hükümde kimin kime karşı dava açmaya hakkı olduğunun belirtilmesi en doğru çözüm olacaktır²¹⁸.

1. Davacı Sıfatı

a) Genel Olarak

Maddi tazminat davasını açma hakkı kural olarak zarar verici fiil veya olaydan doğrudan zarar gören kimseye veya onun kanuni haleflerine aittir²¹⁹.

BK 49. maddesine göre ise, kişilik değerlerinin ihlalden zarar gören kişi manevi tazminat davası açabilir ve manevi tazminat isteme hakkı "*kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak*" olduğundan kanuni mümessil temsil ettiği şahıs adına manevi tazminat davası açamaz²²⁰. Buna karşılık manevi tazminat istemi, miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez, bu hakkın geçebilmesi için, manevi tazminat istemini kanıtlanabilen iradesiyle ileri sürmesi, saldırıda bulunandan herhangi bir yolla manevi tazminat talebinde bulunması gerekir²²¹. BK 49 maddesine göre tüzel kişiler sosyal kişilik değerlerine sahip olduklarından, bu değerlerinin ihlaline dayanan

²¹⁷ **Commision**, Frequently Asked Questions, s.3.

²¹⁸ **ASLAN**, s. 687; **GÜRZUMAR** ise 57. madde hükmünün, tazminat borcu bakımından, şu şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiği kanaatindedir: "*Madde 57 : Her kim, kusurlu olarak, bu Kanun'un 4'üncü maddesine aykırı olan ve muafiyetten de yararlanmayan anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut bu Kanun'un 6'ncı maddesini ihlal ederse, anılan hükümlerin koruma kapsamına giren kişilerin bu nedenle uğradıkları zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Zarar birden fazla kişinin davranışıyla ortaya çıkmışsa, bunlar zarardan müteselsilen sorumludur.* ", bu formül, aynı zamanda, RKHK'da bir değişiklik yapılması halinde kullanılmasını önerdiği bir formüldür, **GÜRZUMAR** s.32.

²¹⁹ **REİSOĞLU** s.221, **TİFTİK** s.165. Haksız fiilden dolayısıyla zarar görenlerin zararı "*yansıma zarar*" olarak kabul edilmekte olup, yansıma zararların rekabet hukuku kapsamında da tazminat olarak talep edilemeyeceği kabul edilmektedir.

²²⁰ **EREN**, s.764- 765; **OĞUZMAN**, s.660; **REİSOĞLU**, s.221.

²²¹ **REİSOĞLU**, s.222.

manevi tazminat davası açabilirler. Acı ve ıstırabı ise tüzel kişi adına organlarının duyup ve yaşadığı kabul edilmektedir²²².

Rekabet hukuku açısından konuya yaklaştığımızda ise davacı rekabet hukukunun ihlal edilmesinden dolayı zarara uğradığını iddia eden kişi ya da kişilerdir²²³. RKHK’da kimlerin davacı olabileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak tazminata ilişkin maddelere baktığımızda kimlerin dava açabileceğine dair çıkarımlar yapmak mümkündür. Buna göre, 57. ve 58. maddede “zarar görenler” ifadesi kullanılırken, yine 58/I. maddesinde “rakip teşebbüsler” ve “zarar gören teşebbüsler”den bahsedilmiştir. İlk bakışta, tazminat davalarının rekabetin kısıtlanmasından zarar gören rakipler tarafından açılacağı izlenimi doğmakta ise de, madde ifadelerinden görüleceği üzere, aslında davacılara ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Zarar görenler ifadesinin tekrarlanması ve 58/I hükmündeki “*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir.*” ifadesinden hareketle en azından tüketicilerin de tazminat istemesine herhangi bir engel bulunmadığını söylenebilecektir²²⁴. Ancak doktrinde, yorumdan doğan bu karışıklıkları önlemek için madde metninde bu konuda bir açıklık getirilmesinin yerinde olacağı belirtilmiştir²²⁵. RKHK’da “zarar görenler” şeklinde geniş bir ifade kullanılması, sadece rakiplerin değil ve fakat rakip konumunda olmasa da zarar gören diğer teşebbüslerin de tazminat talep edebilmelerine olanak tanımaktadır. Zira bazı durumlarda birbirinin rakibi konumunda bulunmayan teşebbüslerin zararı, rakip konumundaki teşebbüslerin zararından daha önemli olabilmektedir²²⁶. Bu nedenle tazminat hakkını sadece zarar gören rakip teşebbüslere hasretmemek, rakip konumunda olmasalar da zarar gören diğer teşebbüslerin ve hatta tüketicilerin de tazminat talep edebilme hakkı olduğunu kabul etmek gerekmektedir²²⁷. Bununla birlikte 57. madde hükmündeki “zarar görenler” ve “her türlü zararını” deyimleri, normun koruma amacı

²²² EREN, s.765. Bunun yanı sıra, yansıma yoluyla manevi zarara uğrayanlar bakımından da hukuka aykırılık bağının bulunmaması tazminat istenmesine engel teşkil etmektedir, OĞUZMAN, s. 660.

²²³ SANLI, Tebliğ, s.249.

²²⁴ Aynı görüşte GÜRZUMAR, s.40; İNAN, Tebliğ, s.51; karşı görüşte SANLI, Tebliğ, s.249-250.

²²⁵ ASLAN, s.688; GÜRZUMAR, s.24 -28; İNAN, Tebliğ, s.50.

²²⁶ İNAN, Tebliğ, s.50.

²²⁷ Aynı yönde görüş için Bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 182. Bununla birlikte tüketici örgütlerinin tüketicileri ilgilendiren konularda dava açması mümkün olmakla birlikte, tüketiciler adına tazminat davaları açmalarının mümkün olmadığı düşünülmektedir. “4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un. 25. maddesinin 4. fıkrasına göre, tüketici birliklerinin açabilecekleri davalar tüketici kanununun ihlalini oluşturan konularla sınırlanmaktadır. Bu nedenle bu hükmün rekabet hukuku ihlali nedeniyle açılacak davalarda uygulanması mümkün görünmemektedir”; ASLAN, s.688.

kuramına göre ve uygun nedensellik bağı perspektifinden yorumlanmalı; kimlerin tazminat davası açabilecekleri buna göre belirlenmeli, bu *sınırsız* bir tazminat olanağı şeklinde anlaşılmamalıdır²²⁸.

b) Dolaylı Alıcı Kuralı (Indirect Purchaser Rule)

Bazı durumlarda rekabeti sınırlayıcı uygulama neticesinde, daha fazla bedel ödemek suretiyle mal alan sonraki alıcıların da zarara uğraması söz konusu olabilmektedir. Bu durum yansıma zarara²²⁹ benzerlik göstermektedir, çünkü burada da sonraki alıcının zararı ilk alıcının zarara uğramasından kaynaklanmaktadır. Ancak buradaki zarar ilk alıcının zararından tamamen bağımsız olabileceği için yansıma zararlardan ayrılması gerekmektedir. SANLI bu duruma fiyat kartelinin bulunduğu bir piyasadaki durumu örnek olarak vermiştir. Bu durumda mal alan bir teşebbüsün de zarara uğrayacağı açıktır, çünkü kartel nedeniyle, malın piyasa fiyatı olması gereken fiyattan daha yüksek seyrederek ve bu nedenle de alıcı teşebbüs daha fazla fiyat ödemek durumunda kalır. Bu alıcının bir dağıtıcı olduğu hallerde ise, alıcı yüksek fiyattan malı aldıktan sonra kâr elde edebilmek için belli bir kâr marjı ile tüketicilere satacaktır. Böylece tüketicilerin de uğradığı bir zarar ortaya çıkacaktır. Burada tüketicilerin zararı, alıcı üzerinden doğmadığı için de bu, yansıma zarar olarak nitelendirilemeyecektir. Sonuç olarak bu halde de maddi hukuk açısından teorik olarak tazmin edilebilir bir zarar söz konusu olacaktır²³⁰.

Uygulamada ise durum daha farklıdır. Zira bu tür zararların tazmin edilmesinde güçlüklerle karşılaşılacaktır. Sonraki alıcılar rekabet hukuku ihlali nedeniyle zarara uğramış olsalar da bu zararlarının kapsamını tam olarak belirlemek ve zararın ne kadarına ilk alıcıların, ne kadarına sonraki alıcıların katlandığını tespit etmek oldukça güçtür. Her ne kadar teknik yöntemlerle bu tür bir analizi yapmak teorik açıdan mümkün görünse de zararı tespit etme ve tazminata hükmetme

²²⁸ GÜRZUMAR, s.39.

²²⁹ Bkz. § 3.I.B.

²³⁰ SANLI, Tebliğ, s.240; GÜRZUMAR'a göre de, "... bütün mesele, korunan hukuk sùjelerinin kimler olduğudur ki, bunun tespiti de sağlıklı bir yorumun bütün unsurlarını bir arada dikkate alarak ve fakat teleolojik ve pratik unsurlara ağırlık vererek yapılacak bir yorumla mümkün olur. Böyle bir yorum gerçekleştirilirken ise, Kanun'un anti rekabetçi eylemlere karşı etkinliğinin sağlanması için özel hukuk korumasının da mümkün olduğunca geniş tutulması düsturu dikkate alınmalı; ancak bu yapılırken diğer taraftan dava açabilecek kişilerin ve tazmini gereken zararların çevresinin sonsuza yakın bir şekilde geniş tutulması halinde ortaya çıkacak aşırı maliyetin rekabet hukukunun işlevselliğinin sorgulanmasına yol açması riski de gözden kaçırılmamalıdır. Böyle bir yorum, "zarar görenler" kavramından yansıma zarara uğrayanları dışlar ve fakat pazar zincirinin en sonunda yer alan nihai alıcıları ve tüketicileri ise kapsam içinde tutabilir.", GÜRZUMAR, s.28.

yetkisinin mahkemelere ait olduğu göz önüne alındığında uygulamada güçlükler yaşanacağı düşünülmektedir²³¹.

Davacı sıfatı ABD hukukunda da en fazla tartışılan konuların başında gelmektedir. Genelde rakip teşebbüslerin ve tüketiciler dışındaki diğer teşebbüslerin, iddiaları karşısında tereddütlü davranılmakta, bunlara davacı sıfatı nadiren tanınmaktadır. ABD hukukunda bu konuda sınırlı düzenlemeler getirilmesinin önemli bir nedeni de üç kat tazminata ilişkin getirilen hükümler ve hakimin bu konuda takdir yetkisinin bulunmamasıdır²³².

ABD hukukunda bu sorun “*dolaylı alıcı kural (indirect purchaser rule)*” ile çözülmeye çalışılmaktadır. Bu durumda, rekabetin sınırlanması nedeniyle yüksek fiyata mal alanlardan sadece ilk alıcıların zararı tazminat sorumluluğuna dayanak oluşturmakta, sonraki alıcıların dava hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir. Ancak bu kuralın istisnası olarak, ilk alıcının fazladan ödediği bedelin tümünü herhangi bir zarara uğramaksızın tamamen sonraki alıcılara yansıttığı hallerde, sonraki alıcı bu durumu ispatlayabiliyorsa, zararının tazminini talep edebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle rekabet hukukundan kaynaklanan tipik davalarda, davacılar genelde üreticiler ya da davalıdan mal alan bayiler olmakla birlikte bu durum, dolaylı alıcı konumunda bulunan teşebbüslerin hatta tüketicilerin de benzer şekilde korunmasının önüne geçmemektedir²³³. Özetle, ABD rekabet hukukunda, işi ya da malı rekabete aykırı bir fiil nedeniyle zarar gören rakipler, tüketiciler, eyaletler ya da federal hükümet, ABD ile alakalı olan yabancı devletler ya da tüketiciler de dahil olmak üzere herkes davacı olabilmektedir. Davacı sıfatı geniş tutulmakla beraber, dolaylı alıcı kuralından hareketle sadece ihlal nedeniyle “doğrudan zarar gören”lerin tazminat talep etme hakları olduğu kabul edilmektedir²³⁴.

AB rekabet hukukunda ise, dolaylı alıcıların rekabet hukuku ihlali nedeniyle açtıkları davalara oldukça az rastlanmaktadır. Burada tartışılan konu, rekabet hukuku ihlallerine ilişkin özel hukuk davalarında, AAD’nın (“*European Court of Justice- ECJ*”), dolaylı alıcı kuralına ilişkin olarak ABD rekabet hukukundaki yaklaşımları uygulayıp uygulamayacağıdır. Bir görüş, AB

²³¹ SANLI, Tebliğ, s.241.

²³² SANLI, Tebliğ, s.250.

²³³ AKINCI Ateş, “*Rekabetin Yatay Kısıtlanması*”, Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001, s.130; AREEDA/KAPLOW, s.78-79; SANLI, Tebliğ, s.242.

²³⁴ Federal hukuka göre, dolaylı alıcıların davacı olamayacağı kabul edilmekle birlikte, birçok eyalette durum tersinedir; McDAVID, s.2; JONES, s.177-180.

hukukunda dolaylı alıcı kuralının davalı lehine kullanılabileceği yönündedir²³⁵. Buna karşı çıkan görüşe göre ise, rekabet hukuku ihlaline dayanan tazminat davalarında AAD, davalının dolaylı alıcı kuralına dayalı bir savunma yapmasını yasaklayacak düzenlemeler getirebilir²³⁶. Bu görüşe göre, ABD rekabet hukukundaki dolaylı alıcı kuralı AB rekabet hukuku ile uyumlu değildir, çünkü AB rekabet hukukunda davacı sıfatına ilişkin (*locus standi*), ABD rekabet hukukunda yer alan sınırlamalar bulunmamaktadır²³⁷.

AB rekabet hukukunda nihai tüketicilerin dava ehliyetine ilişkin de farklı görüşler bulunmaktadır. Tüketiciler rekabet hukuku ihlali sonucunda zarar görseler bile, satın aldıkları ürün miktarının daha sınırlı ve ilk alıcılarla karşılaştırıldığında, dava açmak için ellerindeki delillerin daha kısıtlı olduğu kabul edilmektedir. Genel yaklaşıma göre, bu durumda dava açmadaki sosyal fayda göz önünde tutulmalıdır. Yani, rekabet hukuku ihlali nedeniyle zarara uğrayan herkesin zararının tazmin edilmesi durumunda, zararın hesaplanması sırasında mahkemelerin, her bir davacı için, uzun ve karmaşık teknikleri kullanması söz konusu olacaktır ki; bu da fahiş maliyetlerin doğmasına yol açacaktır²³⁸.

AB'de bu konu Komisyon'da tartışılmıştır ve burada belirleyici unsur olarak rekabet hukuku kurallarının en etkin şekilde nasıl uygulanacağı üzerinde durulmuştur. Eğer 81. ve 82. maddelerin daha etkin bir şekilde uygulanması için bireylerin hakkına kısıtlama getirilmesinde fayda varsa bu durumda sınırlamaların makul olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle de en etkin uygulama biçimini oluşturmak için bireylerin haklarının sınırlarının doğru olarak çizilmesi gerektiği belirtilmiştir²³⁹. Komisyonu'nun yayımladığı Yeşil Kitap'ta dolaylı alıcıların dava açıp açamayacaklarına ilişkin de bazı öneriler getirilmiştir. Bunlardan birincisine göre, hem doğrudan hem de dolaylı alıcı dava açabilecektir. Bu seçenekte davalının, doğrudan alıcının zararını dolaylı alıcılara yansıttığı ve bu nedenle de bir zararın doğmadığı savunmasını getirmesi riski mevcuttur. Dolaylı alıcı için ise, tarafların aralarındaki ilişki zincirinin uzun olması nedeniyle zararın söz konusu olmadığı savunması getirilebilir. Bu ihtimallere karşılık farklı bir ispat yükü getirilmelidir. İkinci görüşe göre, sadece doğrudan alıcının dava açabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda davacı, davalıya karşı iddiasını ispatlamakta daha avantajlı bir konumda olacaktır. Üçüncü

²³⁵ A-G Van Gerven'in, C-128/92 *Banks v. British Coal*, [1994] ECR I-1209; [1994] 5 C.M.L.R. 30 davasındaki görüşü bu yöndedir.

²³⁶ **HOSEINIAN Foad**, "Passing-on Damages and Community Antitrust Policy- An Economic Background", Kluwer Law International, World Competition 28 (1): 3-23, Netherlands, 2005, s.20.

²³⁷ **HOSEINIAN** s.19-20.

²³⁸ **HOSEINIAN**, s.21.

²³⁹ **European Commission**, Working Paper, s.50-51.

ihhtimalde, hem doğrudan alıcı hem de dolaylı alıcı dava açabilecek ve fakat bu kez doğrudan alıcının zararını dolaylı alıcıya yansıttığı iddiası kabul edilmeyecektir. Bu halde de hem doğrudan alıcıya hem de dolaylı alıcıya tazminat ödenmesine karar verildiği durumda, davalının birden çok tazminat ödemesi söz konusu olabilecektir. Son olarak iki aşamalı bir yöntem önerilmiştir. Birinci aşamada hem doğrudan hem de dolaylı alıcı dava açabilecektir. İkinci aşama olarak ise fazladan ödenen bedel zarara uğrayan tüm davacılar arasında paylaşılacaktır. Bu yöntemin teknik olarak oldukça zor olmasına karşın, zarar gören herkesin zararının tazmin edilmesi avantajı olduğu kabul edilmektedir²⁴⁰.

Dolaylı alıcı kuralında, ABD mahkemeleri özellikle üç kat tazminatın da etkisi ile bu istisnaları çok daha dar uygulamakla beraber, hukukumuzda bu kuralı fazla dar yorumlamamak ve ilk ve sonraki alıcıların zararlarının kolaylıkla ayrıştırılabildiği, usul ekonomisi bakımından da sonraki alıcıların dava açmalarının herhangi bir engel yaratmadığı durumlarda sonraki alıcıların da dava açabileceğini kabul etmek yerinde bir yaklaşım olacaktır. Çünkü zararın ayrıştırılabildiği hallerde aynı zarar için birden fazla tazminat ödenmesi söz konusu olmayacaktır. Yine sonraki alıcıların kimler olduğunun belirlenebildiği ve bunların az sayıda olduğu hallerde de bu alıcıların zararının tazmin edilebileceği kabul edilebilir²⁴¹.

c) Kanun'un 4. Maddesini İhlal Eden Teşebbüslerin Davacı Sıfatı

Türk rekabet hukuku ihlalleriyle ilgili olarak RKHK'un 4. maddesine baktığımızda ise, kanunu birlikte ihlal edenlerin birbirlerine karşı rekabet hukuku ihlali nedeniyle tazminat davası açamayacakları kabul edilmelidir. Şöyle ki; 4. maddeye aykırı anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararları nedeniyle zarar görenler, anlaşmanın ve uyumlu eylemin tarafları veya kararı alan teşebbüs birliği ile karara olumlu oy veren veya kararı uygulayan üyelere karşı dava açabilirler. Buna karşılık rekabeti sınırlayıcı işlemi birlikte gerçekleştirenlerin birbirlerine karşı tazminat davası açma hakkı bulunmamaktadır²⁴². 4. maddeye baktığımızda maddede sayılan ihlallerin ancak iki taraf veya daha fazla teşebbüs tarafından gerçekleştirilebileceği görülmektedir.

²⁴⁰ **European Commission**, Green Paper, s.8.

²⁴¹ SANLI burada, sabit miktar mal alımı şartı içermeksizin, ilk alıcıların, sonraki alıcılara belli bir kâr marjı ile satış yapması halinde zararın ayrıştırılabileceğine örnek vermiştir. Çünkü ilk alıcının buradaki zararı fazla bedel ödemekten değil ve fakat kâr mahrumiyetinden kaynaklanmaktadır. Buna karşın sonraki alıcıların zararı fazladan ödenen bedel şeklinde karşımıza çıkmaktadır, **SANLI**, Tebliğ, s.243.

²⁴² ASLAN bu konuya açıklık getirmek amacıyla şu örnekleri vermektedir: "Örneğin, kartel üyelerinin birbirlerine karşı rekabet hukuku ihlali nedeniyle dava açması söz konusu olamaz çünkü bu ihlali birlikte yapmaktadırlar. Yine 4. madde kapsamında olan dikey anlaşmalarla, hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olmadıkça, her iki tarafın birlikte rekabeti sınırlayıcı sonuçları doğurmaları söz konusudur.", **ASLAN**, s.687.

Zira sadece tek bir teşebbüsün tek yanlı davranışları ile bu ihlalleri ortaya çıkaramayacağı ortadadır. Bu nedenle kanunu birlikte ihlal edenler, yani anlaşmanın taraflarının birbirlerine karşı ihlal nedeniyle tazminat davası açamayacakları sonucu ortaya çıkmaktadır. 6. maddenin ihlal edildiği haller ise ayrı tutulmalıdır. 6. maddenin ihlali halinde bundan herkes zarar görebilir, özellikle bir işlem söz konusu olduğu hallerde işlemin diğer tarafının da zarar görmesi mümkün olduğundan, zarar görenlerin dava açma haklarının olduğu kabul edilmelidir²⁴³.

Farklı hukuk sistemlerinde davacı sıfatına ilişkin bu tartışmaların sonucunda, SANLI, zarar gördüğü konusunda tereddüt duyulmayan kişiler bakımından davacı sıfatının tanınmasında dört ayrı sınırlama yapılabileceğini belirtmiştir. Bunlardan ilki, uğranılan zararın mahiyeti ile ihlal edilen norm arasında “*hukuka aykırılık bağının*” bulunmasıdır. Bu bağın bulunmaması halinde kişi zarara uğramış olsa bile davacı sıfatının olmadığı ifade edilmektedir. İkinci sınırlama, “*yansıma zararlar*”la ilgilidir. Yansıma zarara uğrayan 3. kişilerin davacı sıfatlarının bulunmadığını düşünülmektedir²⁴⁴. Üçüncü olarak, mutlak bir kural olmamakla beraber “*dolaylı alıcı*” kuralının, sonraki alıcıların davacı sıfatını kazanmalarına engel olduğu belirtilmiştir. Son sınırlama olarak da, zararın niteliğinin ve/veya niceliğinin, zarara uğradığını iddia eden ve gerçekten de zarara uğramış olabileceği kabul edilen kişilerin tazminat istemelerine engel oluşturabileceğine değinilmiştir²⁴⁵. Biz de RKHK’da ifade edilen “*zarar görenler*” kavramından hareketle, davacı sıfatının geniş yorumlanması gerektiği, ancak bu yorum yapılırken SANLI’nın belirttiği bu sınırlamalar dikkate alınarak bir sonuca varmanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Aksi takdirde normun koruma amacından uzaklaşılması, davalı teşebbüsün aynı zarar için birden çok tazminat ödemek zorunda kalması, zarar gören herkesin zararının tazmin edilmesine çalışılırken, yargılama masraflarının artması ve usul ekonomisi açısından sıkıntılar yaşanması gibi risklerle karşılaşılabilir.

2. Davalı Sıfatı

Maddi ve manevi tazminat davası, esas itibariyle haksız fiil failine karşı açılır²⁴⁶. Maddi ve manevi tazminat davası aynı zamanda haksız fiili yapan kişinin yanı sıra, kanunun kendisine sebep

²⁴³ ASLAN, s.687.

²⁴⁴ ABD rekabet hukukunda da genel olarak, bu tür zararların, davacı sıfatının yokluğu nedeniyle tazmin edilemeyeceği kabul edilmektedir, JONES, s.160-161.

²⁴⁵ SANLI, Tebliğ, s.251-252.

²⁴⁶ OĞUZMAN s.661; REİSOĞLU s.222; TİFTİK, s.168.

sorumluluğu yüklediği kişilere²⁴⁷ karşı da açılabilir. Bu, zarar sorumlusu ile zarar gören arasında kanundan doğan alacaklılık-borçluluk ilişkisinin tabii bir sonucudur²⁴⁸.

Rekabet hukuku ihlallerine dayanarak açılacak olan tazminat davalarında ise husumet doğal olarak RKHK’u ihlal eden teşebbüs ya da teşebbüslere yöneltilecektir. Bunun sonucu olarak rekabet hukukunu ihlal eden davranışta bulunmayan veya anlaşmanın tarafı olmayan, ancak bu ihlalden dolayı olarak faydalanan teşebbüslere karşı dava açılması mümkün değildir.

57. maddenin ilk cümlesindeki “*Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanması*” ifadelerinin RKHK’un 4.maddesini; yine “*belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanılması*” ifadesinin ise 6. madde anlamında aykırılıkları işaret ettiği görülmektedir. Bu noktadan hareketle hukuka aykırı eylem, karar, sözleşme veya anlaşmalarda, eylemi gerçekleştiren, karara katılan ya da sözleşme veya anlaşmaya taraf olan kişilere karşı dava açılabilecektir. Yine hâkim durumun kötüye kullanılması halinde ise, “*belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanan*” kişiye karşı dava açılacaktır.

Burada dikkati çeken bir diğer husus ise RKHK’un 57. maddesinde “*teşebbüsler*”den değil; “*her kim*” denilmek suretiyle kişilerden bahsedilmiş olmasıdır. Bilindiği gibi Usul Hukuku sistemimizde davalarda husumetin yöneltmesi için kişilik aranacağından kişiliği olmayan teşebbüs veya teşebbüs birlikleri aleyhine dava açılmayacaktır. Bu nedenle RKHK’da “*teşebbüs*” kavramının kullanılması yerine “*her kim*” ifadesi kullanılarak kişilerden bahsedilmesi sonucunda kişiliği olmayan teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine karşı dava açılmak istendiğinde bunları oluşturan gerçek ve tüzel kişilere karşı husumet yöneltilebilecektir²⁴⁹.

RKHK’daki “*Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur*” ifadesinden hareketle de ihlali gerçekleştirenlerin birden fazla teşebbüs veya teşebbüs birliği olması halinde müteselsil sorumluluk esası uygulanacağı görülmektedir. Aslında 57. madde anlamında tazminat sorumluluğuna yol açacak ihlallerin 4. ve 6. madde kapsamında ihlaller olduğu düşünüldüğünde müteselsil sorumluluk

²⁴⁷ BK m. 55, 56, 58; MK. m.320; KTK m. 85.

²⁴⁸ TİFTİK, s.168.

²⁴⁹ ASLAN, s.687- 688; ayrıca SANLI, herhangi bir tüzel kişiliği olmayan bir şirketler topluluğunda ya da gerçek ve/veya tüzel kişilerden oluşan ve adi ortaklık temeline dayanan bir birlikteliğin de rekabet hukuku anlamında teşebbüs olarak kabul edileceğinden, fakat Medeni Usul Hukuku anlamında bu tür toplulukların davada taraf ehliyetlerinin bulunmadığından bahsetmektedir; SANLI, Tebliğ, s.253.

halinin daha yaygın olduğu da görülecektir. Sonuç olarak rekabet hukukunun birlikte ihlali halinde, ihlali birlikte gerçekleştirenler katılma payları ne olursa olsun, zararın tamamından müteselsilen sorumlu olacaklardır. Dolayısıyla da dava, ihlali gerçekleştirenlerden herhangi birine, birkaçına veya hepsine karşı açılabilir²⁵⁰.

B. İstenebilecek Zararlar

1. Maddi Zararlar

a) Genel Olarak

Maddi tazminat; maddi zararın giderilmesi için sorumlu kişi tarafından yerine getirilmesi gereken ve para ile ifade edilebilen bir edimdir. Maddi tazminat akit dışı sorumluluk hallerinin en önemli yaptırımı olup, bu yaptırım ile maddi zararın ortadan kaldırılması ve zarar görenin ekonomik durumunun mümkün olduğu kadar eski haline getirilmesi amaçlanmaktadır²⁵¹. Bu nedenle zarar ile tazminat arasında sıkı bir bağlantı vardır. Bu bakımdan maddi tazminat, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamalı, zararın tamamını gidermelidir. “*Tam Tazmin- (totalreparation)*” adı verilen bu ilkeye Alman hukukunda “*ya hep, ya hiç ilkesi- (alles oder nichts-prinzip)*” denilmektedir²⁵². Sorumluluk hukukunda, zarar verici fiil veya olay sonucu ortaya çıkan zararın, ödenmesi gereken tazminatın en yüksek sınırını oluşturacağı, temel ilke olarak benimsenmiştir. Bu bakımdan tazminat, zarar görenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmayı telafi etmelidir, ancak onu zenginleştirmemelidir. RKHK ise bu temel kuraldan üç kat tazminat hükmü ile ayrılmıştır. Zira RKHK’un 58/2. maddesinde hakimin zarar görenin uğradığı maddi zararın ya da zarar görenlerin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebileceği belirtilmiştir²⁵³.

Rekabet hukuku ihlalden doğan tazminat davalarında nelerin tazminat olarak istenebileceği ise RKHK’un 58. maddesinde düzenlenirken, maddenin 1. cümlesi “*rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu zarar görenler, ödedikleri **bedelle**, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları **bedel** arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler.*” demektedir. Maddenin bu hükmünden hareketle kısaca “*bedel farkından*” bahsedildiği

²⁵⁰ SANLI, Tebliğ, s.252-253.

²⁵¹ TİFTİK s.61.

²⁵² EREN, s.728.

²⁵³ Bkz. § 3.II.

görülmektedir²⁵⁴. Burada rekabetin sınırlanması sonucunda fiyatların artmış olacağı öngörülerek, fazla ödemek zorunda kalan müşterilerin talep edebileceği tazminat miktarı bu artış ile sınırlanmak istenmiştir. Ancak rekabet her sınırlandığında fiyatların artması zorunlu olmayıp, fiyatların düşebileceği ya da hiç değişmeyebileceği ihtimali de göz önüne alındığında, tazminat miktarının hesaplanmasında böyle bir kısıtlamanın uygun olmadığı düşünülmektedir²⁵⁵. Fazladan ödenen bedel şekline ortaya çıkan zarara ilişkin hesaplama yöntemlerine yukarıda ayrıntılı olarak yer vermiştik. Bu tür zararların tazmini talep edildiğinde ise, bu yöntemlerden hangisinin kullanılabilmesi somut olayın niteliklerine göre belirlenebilir ve ona göre uygun bir seçim yapılabilir. Tazminat davalarında davacı, zararını ispatla yükümlü olduğu için bu yöntemlerden hangisi veya hangileri zararını ispatlamasında daha kolay ve pratik oluyorsa o metotları tercih etmesinde fayda vardır.

58. maddenin 1. fıkrasının son cümlesinde yer alan “zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar” ifadesinden ise “mahrum kalınan kâr”ın kastedildiği açıktır. Genelde dışlayıcı ya da sömürücü kötüye kullanma halleri düşünüldüğünde uğranılan zararın daha çok kazanç kaybı ya da mahrum kalınan kâr şeklinde olması olasıdır. Mahrum kalınan kâr şeklinde ortaya çıkan zararın, manevi tazminat ve bedel farkına kıyasla, ihlalin kendisinden kaynaklanması olasılığının daha yüksek olduğu düşünülmektedir²⁵⁶. Bu tür zararın hesaplanmasında, hangi yöntemlerin kullanıldığına da yukarıda ayrıntılı olarak yer verilmiştir²⁵⁷. Bu tür hesaplama yöntemlerinin yanı sıra RKHK’da zararın hesaplanmasında zarar gören işletmelerin elde etmeyi umdukları bütün kârların, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanacağından bahsedilmektedir. Ancak bilançoların tek delil olarak gösterilmesi de uygun olmayıp, başka delillerin de gösterilmesi de mümkün olduğundan, yapılacak değerlendirmelerde bilançolar dışında başka veriler ve yukarıda sayılan yöntemlerden somut olaya uygun olanı da kullanılabilir²⁵⁸.

²⁵⁴ GÜRZUMAR da burada eleştirel bir bakış açısı ile “...m. 58 hükmünün 1’inci fıkrasının son cümlesi de doktrinde haklı olarak tereddütle karşılanmaktadır. Burada, rekabet ihlalden zarar gören teşebbüsün uğradığı “mahrum kalınan karın” nasıl hesaplanacağına dair bir hüküm getirilmek isteniyorsa -ki Kanun’un gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla maddede hangi tür zararların tazmin edileceği ve zararın nasıl hesaplanacağı düzenlenmek istenmiştir- bu da esasen gereksizdir. Çünkü, mahrum kalınan karın hesaplanmasında bu cümlede öngörülen yöntem, hükümde yer almasa da zaten uygulanacak bir yöntemdir. Buna karşın burada, m. 4 veya m. 6 hükmüne aykırı davranıştan zarar gören teşebbüsler lehine, örneğin TTK m. 58/1 son cümlede olduğu gibi, hakimin zarar veren teşebbüsün ihlal neticesinde elde etmesi mümkün görülen kazançta karar verebileceği düzenlenmek isteniyor idiyse, cümledeki ifadenin bunu dile getirmediği çok açıktır.” yorumunu getirmiştir, **GÜRZUMAR**, s.42.

²⁵⁵ **ASLAN**, s.689; ayrıca bkz. § 2.IV.A.2.

²⁵⁶ **ASLAN**, s.689; **SANLI**, Tebliğ, s.267.

²⁵⁷ Bkz. § 2.IV.B.

²⁵⁸ **ASLAN**, s.689; **SANLI**, Tebliğ, s.267.

BK’da haksız fiilin sebep olduğu maddi zararların iki şekilde giderilebileceği ifade edilmektedir. Bunlar “aynen tazmin” ve “nakden tazmin” şeklidir²⁵⁹. “Aynen tazmin”²⁶⁰, davacının malvarlığının, zararın doğumuna neden olan olaydan önceki durumuna aynen iadesi veya bu hale benzer nitelikte bir durumun meydana getirilmesidir. Aynen tazmin ile zarar sorumlusu, zarara uğrayan malvarlığını eski hale getirmeyi, mesela hasar gören şeyi tamir etmeyi veya ettirmeyi ya da ona benzer bir şeyi sağlamayı borçlanır ve böylece zarar gören, zarar verici olayla kendisinden alınan şeyi tekrar aynen elde etmiş olur²⁶¹.

Zararın nakden tazmininde ise, aynen tazminden farklı olarak ihlal edilen hak ve değer aynen eski haline getirilmesi yerine, bunu karşılayan bir paranın ödenmesi, başka bir deyişle, malvarlığına zarar verici olaydan sonraki durumu ile bu olay meydana gelmeseydi bulunacağı durum arasındaki farkın para ile telafi edilmesi söz konusudur. Bu suretle malvarlığının yeniden, ihlalden önceki duruma getirilmesi amaçlanır²⁶².

Rekabet hukuku ihlalleri sonucunda meydana gelen zararların tazmini açısından ise aynen tazmin mümkün görünmemektedir. RKHK’un ilgili maddeleri incelendiğinde bu düzenlemelerin nakden tazminata ilişkin düzenlemeler olduğu izlenimi doğmaktadır. Ayrıca kanaatimizce, 58. maddede yer alan üç kat tazminat hükmü de aynen tazminattan uzaklaştırıldığının bir göstergesidir.

b) Yansımaya Zararlar

RKHK’un 57. maddesinde yer alan “her türlü zarar” kavramı oldukça geniş bir kavram olup; bundan maddi-manevi her türlü zararı anlamak gerektiği kanısındayız. Ancak her ne kadar “her türlü zarar” geniş bir kavram olsa da burada davacı sıfatı büyük önem taşımaktadır. Başka bir deyişle davacı sıfatının yokluğu halinde her türlü zararın tazmin edilmesi mümkün değildir. Bu noktada karşımıza “yansımaya zarar”lar çıkmaktadır²⁶³. Yansımaya zararlardan failin sorumlu

²⁵⁹ Alman hukukunda aynen tazmin, Anglo–Amerikan hukuku, Fransız hukuku, ve Roma hukuklarında ilke olarak nakden tazmin kabul edilmiştir. İsviçre ve Türk hukukların da ise tazminatın şeklini tayin hususu hakimnin takdirine bırakılmıştır; **TİFTİK**, s.67-68.

²⁶⁰ Başlıca aynen tazmin halleri; haksız olarak alınan şeyin semereleriyle birlikte geri verilmesi, aynı cinsten olan başka şeylerin verilmesi, zarara uğrayan şeyin, masrafi zarar sorumlusuna ait olmak üzere tamir edilmesi veya ettirilmesi, haksız fiil failinin tazminata mahkûm edildiğini belirten mahkeme kararının ilanı şeklinde ortaya çıkabilir.

²⁶¹ **EREN**, s.740; **TİFTİK**, s.63.

²⁶² **EREN**, s.741; **TİFTİK**, s.65.

²⁶³ “Doğrudan zarar (“direkter Schaden”) gören kişi, zarar verici davranış kendisine isabet etmiş (hukuka aykırı davranışa maruz kalmış) olan kişiyken; yansımaya zarara (“indirekter Schaden”) uğrayan kişi, doğrudan zarara maruz kalan kişinin bu zarara uğraması nedeniyle zarar gören bir üçüncü kişidir. Yansımaya zarar ile kastedilen hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimseden başkasının da bu fiil yüzünden uğradığı zarardır.”, **GÜRZUMAR**, s.45; Örneğin dışlayıcı bir fiil nedeniyle bir teşebbüsün iflas etmesi halinde, bundan kredi veren banka, mülk sahibi, hissedarlar gibi

tutulabilmesi için, hem fiille uygun nedensellik bağı, hem de hukuka aykırılık bağı bulunması gerekir. Yansıma yoluyla uğranılan zararların bir mutlak hakkın veya bir nispi hakkın ihlalden kaynaklanması hukuka aykırılık bağı açısından önem arz etmektedir²⁶⁴. Yansıma zararlara uğrayan diğer kişilerin uğradığı zararlar ancak normun koruma amacının kapsamına giriyorsa tazmin edilebilecektir. ABD hukukunda genel olarak bu tür zararların davacı sıfatının yokluğu nedeniyle tazmin edilemeyeceği kabul edilmektedir²⁶⁵.

c) İhlalde Bulunanların Elde Ettiği Veya Elde Etmesi Muhtemel Kârlar

Kanun koyucu 58. maddenin birinci fıkrası ve ikinci fıkrasına göre açılacak tazminat davalarında tazminat olarak istenebilecek hususları birbirinden farklı olarak düzenlemiştir. RKHK’da “zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların” da tazminat olarak talep edilebileceği hükmü, RKHK’un üç kat tazminatın düzenlendiği 58/2 maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeden hareketle sadece üç kat tazminatın şartlarının gerçekleştiği hallerde “zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kâr”ların üç katı oranında tazminat istenebileceği sonucuna varılabilir²⁶⁶. Bu durumda davacının üç kat tazminatın şartlarının varlığını kanıtlamadıkça zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârları tazminat olarak istemesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir²⁶⁷. Rekabet hukuku ihlalleri sonucunda uğranılan diğer maddi zararların hesaplanmasında yaşanan güçlükler göz önüne alındığında ise eğer üç kat tazminatın talep edilmesi için RKHK’da belirtilen şartlar oluşmuşsa, ihlalde bulunan teşebbüslerin bilançolarından ve muhasebe kayıtlarından elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel kârların hesaplanmasının daha kolay olacağı kanaatindeyiz.

2. Manevi Zararların Tazmininin Talep Edilip Edilemeyeceği Sorunu

Manevi zarar, bir kişinin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder²⁶⁸. Başka bir ifade ile hukuka aykırı hareketten dolayı kişinin ıstırap, elem, keder duyması ve ruhen olumsuz yönde etkilenmesidir²⁶⁹. Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, resim, şeref, haysiyet, ticari itibar gibi değerler, kişilik değerlerini dolayısıyla kişilik hakkını oluşturur. Burada

pek çok kişinin zarara uğraması mümkündür. Fakat bu kişilerin zararı doğrudan rekabet hukuku ihlalden değil, teşebbüsün ihlal nedeniyle iflas etmesinden kaynaklanmaktadır; SANLI, Tebliğ, s.239.

²⁶⁴ OĞUZMAN, s.501.

²⁶⁵ SANLI, Tebliğ, s.239-240.

²⁶⁶ ASLAN, s.690-691.

²⁶⁷ ASLAN, s.690-691.

²⁶⁸ EREN, s.482

²⁶⁹ ŞENYÜZ, s.63.

objektif unsur, zarar görenin, kişilik haklarından birinin objektif olarak bir saldırıya uğramasını ifade eder. Sübjektif unsur ise, zarar görenin söz konusu ihlal sonucu kişiliğinde, manevi varlığında objektif olarak meydana gelen bu eksilmeyi yaşaması, duyması, onu hissetmesi; bunun sonucunda acı, elem, ıstırap duymasıdır. Objektif teoriye göre, hukuka aykırı bir saldırı sonucunda şahıs varlığında meydana gelen eksilme manevi zararın varlığı için yeteri görülmektedir. Doktrinde savunulan hakim görüşe göre ise, manevi zararın tazmin edilebilmesi için, sadece objektif unsur yeterli değildir. Objektif unsurun yanında bir de sübjektif unsurun da gerçekleşmesi gerekir. Sübjektif teori olarak adlandırılan bu teoriye göre; zarar görenin kişilik değerlerinde meydana gelen bu ihlal sonucunda yaşama sevincinde bir eksilme hissetmesi ve iç dengesinin ve ruhsal bütünlüğünün bozulması gerekmektedir²⁷⁰.

Ancak sübjektif teori kabul edildiğinde tüzel kişilerin manevi acı ve ıstırap duyma, hissetme yetenekleri olmadığı için bunların manevi zarara uğrama, dolayısıyla manevi tazminat davası açabilme olanakları da kalmayacaktır. Diğer taraftan “acıyı hissetme, ıstırap yaşama” unsuru muğlâk ve son derecede sübjektif bir unsurdur. Oysa bir tüzel kişinin de kişilik hak ve değerlerinin birçoğuna sahip olduğu ortada olup; şeref ve haysiyetinin, isminin mevcut olduğu inkâr edilemez. Ayrıca BK’nın 49. maddesinde “*şahsi menfaatlerin haleldar olması*” başlığı altında “*şahsiyet hakkı hukuka aykırı olarak zarara uğrayan bir kişi*”den bahsedilmektedir. Buradaki “kişi” sözcüğü hem tüzel hem de gerçek kişileri kapsar²⁷¹. Bu nedenlerle biz de manevi zararın varlığından söz edebilmek için objektif unsurun yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Manevi zararın tazmini talep edildiğinde, hakim tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine karar verebileceği gibi onun yerine veya onunla birlikte başka bir tazminat yoluna da karar verebilir²⁷². BK’nun (değişik) 49. maddesine göre; “*Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık, manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.*”

Kişilik değerindeki eksilmenin para ile ölçülmesi, ekonomik bir değer olarak hesaplanması mümkün değildir. Bu nedenle manevi tazminatın temel amacı haksız tecavüz nedeniyle uğranılan manevi zararın, ruhsal sarsıntının en tatminkâr şekilde giderilmesidir. Bu nedenle manevi tazminatın tayininde hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır ve hakim tarafların sosyal

²⁷⁰ EREN, s.483-484.

²⁷¹ EREN, s.485-487.

²⁷² EREN, s.772; REİSOĞLU, s.194.

pozisyonlarını, tecavüzün etkisini arttıracak nitelikteyse, takdir yetkisini kullanırken göz önünde bulundurmalıdır²⁷³.

Rekabet hukukuna aykırılık nedeniyle açılan tazminat davalarında manevi zararların tazminat olarak talep edilip edilemeyeceği, daha doğru bir deyişle rekabet hukuku anlamında teşebbüslerin manevi zararlarının doğup doğmayacağı doktrinde tartışmalı bir konudur. ASLAN, GÜRZUMAR ve ÖZSUNAY, RKHK’da “her türlü zarar” denildiği için manevi tazminat talep edilebileceğini kabul ederken, SANLI ve AKINCI karşı görüştedir. Biz ilk görüşe katılıyoruz.

SANLI, rekabet hukuku anlamında “zarar” kavramıyla kastedilenin sadece maddi zararlar olduğunu, RKHK’un manevi zararlara ilişkin bir düzenleme içermesinin makul bir yaklaşım olmadığını kabul etmektedir²⁷⁴. Buna karşın GÜRZUMAR’ın da isabetle belirttiği gibi, “RKHK’nu ihlal eden bir davranış aynı zamanda mağdurun kişilik hakkına bir tecavüz niteliğini taşıyorsa, bundan doğan manevi zararın telafisi için mağdurun manevi tazminat isteyebileceğinde tereddüt bulunmamaktadır. Rekabet ihlalinin aynı zamanda kişilik hakkına tecavüz teşkil etmesi, daha çok, kişilik hakkı değerleri arasında kabul edilen ekonomik faaliyet özgürlüğüne tecavüz şeklinde ortaya çıkabilir ve eğer mağdur teşebbüs bir tüzel kişi ise (ki çoğunlukla öyle olacaktır), burada “tüzel kişinin elem ve ızdırap duyacağından” bahisle manevi tazminat isteyemeyeceğinin ileri sürülmesi mümkün değildir.... Öte yandan, dışlayıcı bir uygulama neticesinde pazar dışına itildiği için ticari işletmesini kaybetmiş (kapatmak zorunda kalmış ve böylece iktisadi faaliyet olanağı engellenmiş) bir gerçek kişi tacirin, bu nedenle duyduğu bir üzüntüden de (elem ve ızdıraptan da) rahatlıkla bahsedilebilir ve bu üzüntünün de manevi zarar olarak nitelendirilmesi kuşkusuz mümkündür.”²⁷⁵. Kaldı ki, ilk bakışta şirket veya işletmeyi çağrıştıran “teşebbüs” sözcüğünün rekabet hukuku anlamında dar yorumlanmamakta ve gerçek kişilerin de teşebbüs olabileceğinin kabul edilmektedir²⁷⁶. “Teşebbüs” kavramı, RKHK’un “tanımlar” başlıklı 3. maddesinde “Piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerdir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi gerçek kişiler de “gerçek kişi teşebbüs” olarak nitelendirilebilmektedirler. Rekabet kurallarının uygulamasında da ülkemizde gerçek kişilerin de teşebbüs sayıldığı görülmektedir. RK tarafından İstanbul Ekmek kararında fırıncılar, Ankara

²⁷³ EREN s.789; REİSOĞLU s.215- 216.

²⁷⁴ SANLI, Tebliğ, s.236, aynı görüşte AKINCI, s.389.

²⁷⁵ GÜRZUMAR, s.54.

²⁷⁶ Aynı görüşte, AŞÇIOĞLU ÖZ, s.147.

Minibüsçüler kararında minibüsçüler, Seslendirme Sanatçıları kararında da seslendirme sanatçıları teşebbüs olarak kabul edilmiştir²⁷⁷.

Özetle, 4. ve 6. madde anlamında rekabet hukuku ihlaline yol açan uygulamaların, zarara uğrayan teşebbüsler bakımından maddi zararın yanı sıra manevi zarara da yol açabileceğinin kabul edilmesi kanaatindeyiz. Özellikle RKHK'un 4/I-d. maddesinde ifade edilen "*Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,*" faaliyetlerinin teşebbüslerin iktisadi faaliyetleri kadar iç huzurlarını ve girişim özgürlüklerini ihlal ettiğinden şüphe edilmemelidir. Bu halde manevi tazminata ilişkin şartların gerçekleştiği kabul edilmeli; RKHK rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden zarar görenlerin her türlü zararlarının tazmini gerekliliğinden bahsettiğine göre, manevi tazminat da bu kapsamda değerlendirilmelidir²⁷⁸. Kaldı ki rekabet hukuku ihlali nedeniyle açılacak bir tazminat davasında manevi tazminatın koşullarının oluşup oluşmadığına karar verecek olan makam adli mahkemelerdir. Hâkimin burada takdir yetkisi olup, somut davada koşulları oluşmamışsa zaten manevi tazminata hükmetmeyecektir.

C. İspat Yükü

Türk usul hukukunda kural, kanunda aksi belirtilmedikçe davanın her iki tarafının da iddialarını ispatla yükümlü olduklarıdır(MK. m. 6). İspat yükü önce kural olarak davacıya düşer ve davacı davasını dayandırdığı vakıaları ispat etmelidir²⁷⁹. Ancak Medeni Kanun'da yer alan "*kanun hilafını emretmedikçe*" ifadesi ile de bu kuralın istisnalarının bulunduğu belirtilmiştir. Örneğin normal bir durumun aksini iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gerekir. Yine ispat yükü özel olarak bir kanunla düzenlenmişse, bu takdirde ispat yükünün kime düştüğü araştırılmaksızın özel kanun hükümlerinde belirtilen kişiye düştüğü kabul edilir. Bu düzenlemelerden biri de BK'da yer alan haksız fiillere ilişkin zararın ispatıdır²⁸⁰. Borçlar hukukundaki genel düzenlemeye göre, haksız fiil sebebiyle maddi tazminat talebinde bulunan kimse, BK m 42 uyarınca, maddi bir zarara uğradığını

²⁷⁷ 04.08.1999 tarih ve D3/1/H.S.-99/1 Dosya, 99-37/376-241 karar sayılı İstanbul Ekmek kararı ile 25.01.2000 tarih ve D4/1/M.A.-99/2 Dosya, 00-4/33-15 karar sayılı Ankara Minibüsçüler kararı. Ayrıca 08.07.2005 tarih ve 2005-2-49 Dosya, 05-44 /636-168 Karar sayılı Seslendirme Sanatçıları İlk inceleme kararı ve 11. 17.08.2005 tarih ve 2005-2-49 Dosya, 05-52/792- 209 sayılı Seslendirme Sanatçıları Önaraştırma kararı.

²⁷⁸ ASLAN, s.688; ÖZSUNAY, s.16.

²⁷⁹ KURU Baki, "*Hukuk Muhakemeleri Usulü*", 6. Baskı, Cilt 2, İstanbul, 2001, s.1975.

²⁸⁰ KURU, s.2001-2002; KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder, "*Medeni Usul Hukuku*" Değiştirilmiş 11. Baskı; Ankara, 1999, s.343-345.

ve zararın miktarını ispat etmekle yükümlüdür. Anılan maddede açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, davacı uğranılan zararın hem varlığını hem de miktarını ispat etmekle yükümlüdür²⁸¹.

Rekabet hukuku ihlallerinden doğan tazminat davalarında da ne tür zararının tazminini talep ederse etsin, davacı, davalının rekabet hukukuna aykırı bir fiille kendisine zarar verdiğini ve bu zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu ve davalının kusurlu olduğunu ispatla yükümlüdür. Bu durumda davacı ya rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, karar veya uyumlu eylemin ya da hâkim durumdaki bir işletmenin hakim durumunu kötüye kullandığını ispatlamalıdır²⁸².

RKHK'un 59. maddesinde "*Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.*" denilmektedir. Yine RKHK'nun 58. maddesinin son cümlesinde "*Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.*" denilmektedir. Her iki maddeyi birlikte yorumladığımızda davacıya ispat külfeti bakımından geniş bir serbesti tanındığı anlaşılmaktadır. Davacı, davasını her türlü delille ispatlarken geçmiş yıllara ait bilançolardan da yararlanılabilecektir. Eğer zarar gören uğradığı zararları kendi alıcılarına yansıtabilmiş ise zararının varlığından söz edilemeyeceğinden ve bu durum bilançolardan görülebileceğinden 58. maddenin son cümlesi önem arz etmektedir²⁸³.

Her ne kadar mahkemeler elde edecekleri delillerle zararın miktarını hesaplamada daha ehil olsalar da, ihlal gerçekleşmemiş olsaydı davacının gerçek durumunun tam olarak nasıl olacağını ortaya koymaları oldukça zordur²⁸⁴. Çünkü zararın gerçek miktarını tam olarak ispat etmek bazen çok güç hatta imkânsızdır. Bu takdirde borçlar hukukunun genel ilkelerine başvurulabilecektir. Hakim BK 42/ 2 maddesine göre, işlerin olağan gidişini ve zarar görenin aldığı tedbirleri göz önünde bulundurarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun bir şekilde tayin ederek takdir hakkını kullanacaktır²⁸⁵.

AB Komisyonu tarafından da ispat probleminin özel hukuk davalarındaki en önemli engellerden biri olduğu vurgulanmıştır. Bunun yanı sıra, Komisyon'a göre, zararın tam olarak ortaya konması ve hesaplanması rekabet hukuku davalarında oldukça zordur. Bunun nedeni olarak

²⁸¹ EREN s.692; REİSOĞLU, s.182.

²⁸² AREEDA/KAPLOW, s.85; ASLAN, s.694-695; SANLI, Tebliğ, s.254.; zira rekabet hukuku ihlali sona ermiş olsa da, teşebbüsün ihlal sürecinde katlanmak zorunda kaldığı bir zarar söz konusu olabilecektir.

²⁸³ ASLAN, s.694-695.

²⁸⁴ AREEDA/KAPLOW, s.74.

²⁸⁵ EREN s.692; REİSOĞLU, s.182.

delillerin genelde ihlali gerçekleştiren tarafın elinde bulunması hali gösterilmiştir²⁸⁶. Bu nedenle AB hukuku açısından da kural olarak ispat yükü davacıda olmakla beraber, davacının bu yükümlülüğünün hafifletilmesi gerektiği belirtilmiştir²⁸⁷. Yeşil Kitap'ta davacının iddiasını ispatlayabilmesi ve zararın hesaplanması için hangi tür delillere ne şekilde ulaşabileceği konusunda çeşitli yorumlar getirilmiştir. Bu olasılıklar davalının belirli delilleri davacıya vermesi yükümlülüğü ile ilişkilidir. Aynı zamanda davacı ile davalı arasındaki bilgi asimetrisi nedeniyle ispat külfetinin ne şekilde uygulanabileceği tartışılmıştır. Burada delillerin elde edilmesi hakkında farklı soru başlıkları yer almaktadır²⁸⁸.

Sorulardan ilki, açılan davalarda, tarafların karşı tarafın elinde olan delillere ulaşması ile ilgilidir. Buna göre, 81 ve 82. maddelere dayanan tazminat davalarında uygulanmak üzere yazılı delillerin ifşası ile ilgili olarak bir düzenleme getirilip getirilmeyeceği, getirilecekse bunun ne şekilde olabileceği üzerinde durulmuştur. Bu sorunun çözümü için 5 farklı seçenek sunulmuştur. Bunlardan ilki eğer herkesin iddiasını ispatlamakla yükümlü olduğu kabul edilirse ve delil karşı tarafın elinde ise, bunu iddia eden tarafın ilgili delili makul bir şekilde tanımlaması ve bu delilin iddiasını destekleyecek nitelikte bir delil olması koşulu ile, mahkemenin delili elinde bulunduran diğer taraftan isteyebileceği yönündedir. İkinci seçenek olarak, iddia ve savunmalar çerçevesinde mahkemece karar verilerek tarafların ellerinde bulunan delilleri açıklamasının zorunlu hale getirilebileceğini belirtmektedir. Bir diğer seçenek olarak, dava sürecinde tarafların iddia ve savunmalarını destekleyen ve kendi ellerinde bulunan her türlü ilgili dokümanın ne olduğunu bir liste halinde mahkemeye sunması zorunluluğu önerilmiştir. Bunlara ek olarak, delil karartmanın bir cezaya bağlanabileceği de ifade edilmektedir. Ayrıca, bir diğer seçenek, dava tam olarak başlamadan önce, mahkemenin tarafların elinde bulunan ve ihlal ile ilgili olabilecek olan delilleri isteyebileceği yönündedir. Bu öneriye göre, böyle bir kararın verilmesini talep eden taraf, karşı tarafın ihlalinin ilk bakışta (*Prima facie*) bir dava konusu olacağını ispatlayabilmelidir²⁸⁹.

Bir diğer soru da rekabet otoritelerinin elinde bulunan dokümanların ifşasına ilişkin özel kurallar konulmasının tazminat davalarında faydalı olup olmayacağı ve bu yönde kurallar koyulacaksa bunların nasıl olması gerektiğine ilişkindir. Bu soruya karşılık olarak 2 farklı seçenek sunulmuştur. Bunlara göre, rekabet otoritesine sunulmuş olan dokümanların davacıya sunulması

²⁸⁶ **European Commission**, Frequently Ask Questions, s.4.

²⁸⁷ **European Commission**, Working Paper, s.25-26.

²⁸⁸ **European Commission**, Green Paper, s.5; **European Commission**, Frequently Ask Questions, s.4; **KROES**, s.3.

²⁸⁹ **European Commission**, Green Paper, s.5.

yükümlülüğü yüklenebilir. Bu uygulamada ticari sırların korunması, savunma hakları vs. konularda doğabilecek olan uyuşmazlıkların, mahkemelerin yetkisi dahilinde, örneğin, yetkili mahkemenin hukukuna göre çözümlenebileceği önerilmiştir. Ayrıca, üye ülkelerin yerel mahkemelerine AB Komisyonu'nun elinde bulunan dokümanlara ulaşma imkanı sağlanabilir. Bu durumda Komisyon'un da söz konusu dokümanların hangilerinin ticari gizlilik nedeni ile korunması gerektiği ve de tarafların sunması gereken başka belgeler olup olmadığı konusunda mahkemeye bilgi verebileceği ifade edilmektedir²⁹⁰.

Türk hukukunda, ispat yükünün davacıda olduğuna ilişkin kuralın kanunda getirilen bir düzenleme ile yer değiştirebilmesi mümkündür. Rekabet hukuku açısından da kural ispat yükünün davacıda olması olmakla beraber, 59. madde bazı durumların varlığı halinde ispat yükünün yer değiştirdiğine ilişkin düzenlemeler içermektedir. RKHK'un 59/1 maddesi şu şekildedir:

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

RKHK'un bu maddesi ile Türk rekabet hukuku açısından çok önemli bir konu hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile 59. madde uyumlu davranışlarla ilgili olarak ispat yükünü kolaylaştırmıştır. Görüldüğü gibi bu hüküm kural olarak 4. madde bakımından uygulama alanına sahiptir. Bilindiği gibi 4. maddede “anlaşma”nın yanı sıra “uyumlu eylem” kavramı da yer almaktadır. Uyumlu eylemler genelde taraflar arasında bir anlaşma varmış izlenimini uyandıran piyasa davranışlarını ve kararlarını ifade etmektedir. 59. madde ile de 4. maddede getirilen bu uyumlu eylem karinesine benzer bir karine getirilmeye çalışılmıştır. Böylece ispat yükü yer değiştirecektir. Karinenin geçerli olabilmesi için davacının mahkemeye bazı deliller sunması gerekmektedir²⁹¹.

²⁹⁰ **European Commission**, Green Paper, s.6.

²⁹¹ ASLAN'a göre, bu karineden yararlanmak sanıldığından daha zordur. Bunun birinci nedeni olarak, verilmesi gereken kanıtların bulunmasının oldukça zor olmasını; ikinci nedeni olarak ise, uzmanlık işi olan bu davaların gerektirdiği iktisadi analizleri, zaten iş yükü çok fazla olan mahkemelerin yapamayacaklarını ileri sürmüştür. Bunun çözümü olarak mahkemelerle Rekabet Kurulu arasında "zorunlu bilirkişilik" ilişkisi kurulması önerisi getirilmektedir; ASLAN, s.694; İNAN, Tebliğ, s. 53; SANLI, Tebliğ, s. 254- 255.

59/1 maddesinde düzenlenen bu karine adî bir karine olup, aksi ispatlanabilir. Başka bir ifade ile davacının, mevcut bir uyumlu eylemi ispat etmesi halinde, davalı uyumlu eylem karinesinin aksini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bu noktada davalı konumundaki teşebbüsler uyumlu eylem gibi görünen davranışların piyasa koşulları sonucunda ve ekonomik nedenlerle kendiliğinden oluştuğunu ispat ederek karineyi çürütebilirler²⁹². Bu husus RKHK'un 4. maddesinde düzenlenmiştir:

“Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”

59. maddeye bakıldığında ise sadece 4.maddedeki ihlallere ilişkin bir düzenleme getirilmiş olduğu izlenimi doğmaktadır. Ancak buradan 6. maddenin kapsam dışı kaldığı ve hâkim durumun kötüye kullanılması fiilinin her türlü delille ispat edilemeyeceği sonucu çıkarılmamalıdır²⁹³.

AB Komisyonu'nun Yeşil Kitap'ta davacının ispat yükünün hafifletilmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin sorusuna, karşılık getirilen önerilerden biri, rekabet otoritelerinin verecekleri rekabet hukuku ihlali kararlarının mahkemeler açısından bağlayıcı hale getirilmesi, alternatif olarak da, böyle bir karar bulunması halinde ispat yükünün değişeceği yönündedir. Bir diğer seçenek olarak, tarafların ellerindeki deliller itibariyle bir asimetrinin söz konusu olması durumunda ise, ispat yükünün davalıya geçeceği önerilmiştir. Ayrıca, taraflardan birinin herhangi bir delilin ifşasını hukuki bir dayanağı olmaksızın reddetmesi durumunda, mahkemenin bunun davanın ispatı ile ilgili bir delil olduğunu kabul edebileceği ve aksini ispatlamak yükünün de delili sunmayı reddeden tarafa düşeceği seçeneği getirilmiştir.

²⁹² İNAN “Paralel davranışa konu olan bir ürünün imalatında örneğin dolara bağlı girdilerin önemli yer tuttuğu ve dolar değeri artınca ürünün fiyatının da tüm imalatçılar açısından aynı zamanda ve aynı oranda artmasının piyasa koşulları gereği olduğu ispatlanabilir.” diyerek konuya ilişkin bir örnek getirmiştir, İNAN, Tebliğ , s.55.

²⁹³ İNAN, Tebliğ , s.53-54.

D. Zamanaşımı

Tazminat davalarında zamanaşımı süresi genel hükümlere tabidir. Bir başka deyişle, BK hükümleri burada da uygulanır. BK'nın 60/1 maddesi hükmü şu şekildedir:

“Haksız fiil nedeniyle maddi ve manevi tazminat istenmesine ilişkin dava hakkı, haksız fiilden zara gören tarafın, zararı ve zara vereni (faili) öğrenmesinden itibaren bir yıl ve her halde zarara sebep olan fiilin meydana gelmesinden itibaren on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”

Kanun koyucu bir yıllık kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için hem zararın hem de tazminat sorumlusunun öğrenilmiş olmasını şart kılmaktadır. Zararın öğrenilmesi için zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkına, dava açmaya ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hal ve şartların öğrenilmesi gerekir. Zarar görenin dava hakkı zararı doğuran fiil veya olayın meydana gelmesinden itibaren 10 yıl geçmekle herhalde zamanaşımına uğrar. Bu 10 yıllık zamanaşımı süresi zararı doğuran fiil veya olayın meydana gelmesinden itibaren başlamakla birlikte kimi durumlarda zarar hemen ortaya çıkmayabilir ve daha sonra da meydana gelebilir. Ancak zarar daha sonra meydana gelmiş olsa bile, bu sürenin başlangıcı zararı doğuran fiilin veya olayın meydana geldiği gün olduğundan artık davacının tazminat davası açma hakkı zamanaşımına uğramış olacaktır²⁹⁴. Rekabet hukuku bakımından BK'daki 10 yıllık süre de geçerlidir. Dolayısıyla zarar gören, ihlalin gerçekleşmesinden itibaren 10 yıl geçtikten sonra zararı ve zarar veren teşebbüsü öğrense bile dava açma hakkını kaybetmiş olur.

RKHK'da tazminat davasının ne zaman açılacağına dair ise net bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak zarar görenlerin tazminat davası açabilmeleri için zararın varlığını kesin olarak öğrenmeyi beklemeleri halinde yani, tazminat davalarının RK kararının yargısal olarak kesinleşmesinden daha sonra açılması halinde 1 yıllık zamanaşımı süresini kaçırmaları riski söz konusu olacaktır. Bu durum da hem mahkemelerin iş yükünü arttıracak hem de tarafların zamanı ve parası boşa gitmesine yol açacaktır²⁹⁵.

Rekabet hukuku bakımından karşımıza çıkan sorun, 1 yıllık zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı konusudur. Burada karşımıza 3 olasılık çıkmaktadır. Birincisi bir teşebbüsün rekabet hukuku ihlali iddiası ile RK'ya başvuru yapması halinde 1 yıllık zamanaşımı süresinin bu

²⁹⁴ EREN, s.794-795; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.720; TİFTİK, s.179-180.

²⁹⁵ ASLAN, s.695.

tarihten itibaren işlemeye başlayacağı olasılığıdır. Zira burada şikayetçinin, hukuka aykırı fiili ve bu fiilin failinin öğrendiği kabul edilerek RK'ya başvuruda bulunduğu düşünülmektedir. Ancak Kurul'un nihai kararının beklenmeden dava açılması durumunda rekabet hukuku ihlalinin varlığı tartışmalı olacak ve zarar gören teşebbüsün tazminat davası açması halinde öncelikle hukuka aykırı fiilin ispatı problemi ile karşılaşılacaktır. Bunun yanı sıra, Kurul'un ihlal olmadığı yönünde bir karar vermesi durumunda da davacı açısından zaman ve para kaybı söz konusu olacaktır.

İkinci olasılık RK'ya başvuru yapıldığı tarihte henüz rekabet hukuku ihlalinin varlığına yönelik açık bir Kurul kararı bulunmadığı kabul edilerek, RK'nın nihai kararının beklenmesi gerektiği yönündedir. Bu takdirde 1 yıllık zaman aşımı süresi RK'nın nihai kararının taraflara tebliği ile işlemeye başlayacaktır. Bu durumda da sürenin, RK'nın ihlalin varlığını belirten ancak gerekçeli olmayan kısa kararın tebliği ile mi yoksa gerekçeli kararın tebliği ile mi işlemeye başlayacağı sorunu karşımıza çıkar. Tarafların ileri sürdükleri bütün delillerin ve savunmaların değerlendirmeleri, Kurul kararının gerekçeleri ve hukuki dayanaklar ancak gerekçeli kararın taraflara tebliği ile öğrenilmektedir. Zarara uğrayan teşebbüsün açacağı tazminat davasında bu gerekçelerin ve hukuki dayanakların oldukça büyük bir önem arz ettiği düşünüldüğünde, 1 yıllık zamanaşımı süresinin gerekçeli kararın taraflara tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilebilir. Ancak RKHK'un 48. maddesinde nihai kararın kaç gün içinde verileceğine yönelik düzenleme bulunurken, gerekçeli kararının yazılmasına ilişkin 53. maddede bir süre öngörülmemiş olması zamanaşımının işlemeye başlayacağı tarih bakımından soru işaretine yol açmaktadır. 48 maddede, Kurul'un sözlü savunma toplantısı yapıldıktan sonra aynı gün, bu mümkün olmaz ise gerekçesi ile birlikte 15 gün içinde karar vereceği; sözlü savunma toplantısı yapılmasının taraflarca talep edilmediği ve Kurul'un da kendiliğinden sözlü savunma yapılmasına karar vermediği hallerde, nihai kararın dosya üzerinde yapılacak incelemeye göre, soruşturma safhasının bitiminden sonra 30 gün içinde verileceği belirtilmiştir. RKHK'da yer alan bu sürelerin oldukça kısa süreler olmasına karşılık Kurul'un gerekçeli kararını bu süreler içinde yazmadığı ve bazı durumlarda bunun 1 yıla yakın ya da daha fazla sürdüğü de görülmektedir. Bu nedenle zamanaşımı süresinin gerekçeli kararın tebliği ile işlemeye başlayacağı kabulü beraberinde ihlali gerçekleştiren teşebbüsün sürekli bir dava tehdidi ile karşı karşıya kalması durumunu da getirmektedir. Gerekçeli kararın beklenmesine yer olmadığına ve tazminat davası açmak için Kurul'un "ihlal vardır" yönündeki kısa kararının yeterli olduğuna ilişkin yaklaşımda ise, davacının açacağı tazminat davasının dayanaklarını oluşturmakta ve iddiasını ispatta güçlüklerle karşılaşmasına yol açabilecektir.

Üçüncü hal olarak ise, zarara uğrayan teşebbüsün ihlalin varlığından kesin olarak haberdar olmasının ancak Kurul'un nihai kararının Danıştay denetiminden geçerek yargısal anlamda kesinleşmesi ile mümkün olduğu düşünülebilir. Bu takdirde zamanaşımı süresinin Danıştay kararının taraflara tebliği ile başlayacağı kabul edilecektir. Ancak Danıştay denetiminin tamamlanarak Kurul kararının yargısal anlamda kesinleşmesi ise yaklaşık 2-3 yılı bulan uzun bir süreç almaktadır²⁹⁶. Yargıtay'ın RK kararının kesinleşmesinin beklenip beklenmeyeceği ile ilgili kararları mevcuttur. Yargıtay 19. HD. 1.11.1999 tarih ve E.99/3350- K.99/6364 kararında tazminata hükmedilebilmesi için RK kararının beklenmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁹⁷. Yargıtay 19. HD. 29.11.2002 tarih ve E.2002/2827- K.2002/7580 sayılı kararında ise, RK'nun, RKHK'nu ihlal eden bir hal bulunmadığını tespit etmesi halinde, tazminat hakkında karar verecek olan mahkemenin, RK kararının kesinleşmesinin beklenmesine yer olmadığı yönünde hüküm vermiştir²⁹⁸. Ancak söz konusu kararın karşı oy yazısında ise, RK, rekabet hukuku ihlali olmadığına karar vermiş olsa bile, bu kararın yargısal anlamda kesinleşmesinin beklenmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁹⁹.

Uygulamada karşılaşılabilecek muhtemel olan bu sıkıntıların giderilmesi amacıyla, RKHK'da tazminat davalarında zamanaşımı ile ilgili açık bir düzenlemenin yapılması gerektiği düşünülmektedir.

²⁹⁶ ASLAN, s.695.

²⁹⁷ Yargıtay 19. H.D. 1.11.1999 tarihli bu kararında şu şekilde hüküm kurmuştur. “*Dava, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 57. maddesinde ifadesini bulan hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemine ilişkindir. Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetildiğinde, tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 sayılı Yasanın yetkili kıldığı Rekabet Kurulu tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan Yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa, yapılacak başvurunun, ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.*”, GÜZEL, s.26.

²⁹⁸ Yargıtay 19. HD. 29.11.2002 tarihli kararında şu şekilde hüküm kurmuştur: “*Öte yandan, davanın dayanaklarından biri, 1998/3 sayılı tebliğdir. 1998/3 sayılı tebliğdeki feshi ihbar sürelerinin taraflardan birinin sözleşmeyi tek taraflı fesih etmesi hali için getirilmiş bulunmasına, somut olayda tarafların karşılıklı oluşan rızaları sonucu sözleşmenin fesih edilmiş olmasına ve protokol gereklerinin de taraflar tarafından yerine getirilmiş olduğunun anlaşılmasına, Rekabet Kurulunun 21.12.1999 tarih 1999-58/624-398 sayılı kararı ile de davalının 4054 Sayılı Yasaya aykırı bir eyleminin bulunmadığı saptandığından, anılan Kanununun 58. maddesindeki tazminata hükmedilmesi koşullarının da oluşmamış olmasına, olay ikrahi oluşturmadığından 4054 Sayılı Yasaya aykırılık dolayısı ile açılan idari davanın sonucunun da beklenmesine yer olmadığından davanın reddine karar...*”, GÜZEL, s.26.

²⁹⁹ Kararda azlık oyu gerekçesinde Daire Başkanı; “*Somut olayda, davacının rekabet ihlali yönünden Rekabet Kuruluna başvurduğu Kurulca bu iddialar yönünde görülmeyle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar verildiği ancak karara karşı idari yargı yoluna başvurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece idari davanın ön mesele olarak sonucu beklenip, tüm delillerin birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi...*” gerektiği düşüncelerine yer vermiştir; GÜZEL, s.27.

E. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Haksız fiil nedeniyle açılacak maddi ve manevi tazminat davaları kural olarak “*hukuk mahkemelerinde*” görülür. Mahkemelerin yetkisine ilişkin genel düzenleme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda (“*HUMK*”) yer almaktadır. HUMK 9. maddesinin genel hükmü uyarınca yetkili mahkeme “*dava açıldığı tarihte davalının ikametgâhı sayılan yer mahkemesidir.*”. HUMK’nun 21. maddesine göre dava “*haksız fiilin yapıldı yer mahkemesinde*” de açılabilir. Bu yetki kuralı kesin değildir. Kanunda haksız fiilden doğan davalardan bahsedilmekle birlikte; bu kural, tüm akit dışı sorumluluktan doğan davalarda uygulanır. Medeni Kanunun kişiliğin korunmasına ilişkin 25. maddesine göre de “*Davacı kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.*”³⁰⁰.

Hukuk mahkemelerinden hangisinin tazminat davasına bakmakla görevli olduğu ise, kural olarak dava olunan meblağın miktarına göre belirlenecektir (HUMK m. 8). Rekabet hukuku açısından görevli mahkemelerin ticaret mahkemeleri olacağı ise ortadadır. Zira TTK’nın 4, 5 ve 21. maddelerinden hareketle, rekabet hukuku anlamında teşebbüsler tacir sıfatını haiz olup, yaptıkları iş de ticari niteliktedir. Dolayısıyla açılacak tazminat davaları da ticari dava niteliğinde olup, ticaret mahkemelerinin görev alanına girmektedir.

II. Üç Kat Tazminat

A. Genel Olarak

Türk hukukunda tespit edilen zararın miktarı, tazminatın üst sınırını belirler. Başka bir ifade ile hükmedilecek tazminatın üst sınırı ortaya çıkan zarara göre belirlenecek olup, tazminat zarar miktarını aşmamalı ve davacıyı zenginleştirmemelidir³⁰¹. Ancak RKHK’un üç kat tazminata

³⁰⁰ REİSOĞLU s.220-221, TİFTİK . s.172. Rekabet hukuku ihlali nedeniyle açılan tazminat davalarında yetkili mahkemeye ilişkin RKHK’da getirilmiş bir düzenleme bulunmamaktadır. Durum böyle olmakla birlikte yetkiye ilişkin genel kuralların burada da uygulanabileceğini kabul etmek mümkün görünmektedir. Ancak “*haksız fiilin yapıldı yer mahkemesinde*” dava açılabilirliğinin kabulü rekabet hukuku açısından uygulama alanı bulamayabilecektir. Zira ihlalin gerçekleştiği ilgili coğrafi pazarın sadece tek bir il veya ilçe ile sınırlanması pek mümkün görünmemektedir. Genelde ilgili coğrafi pazarın “Türkiye Cumhuriyeti Sınırları” olarak tespit edildiği düşünüldüğünde, yetkili mahkemenin rekabet hukuku ihlaline yol açan teşebbüsün ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde açılmasının daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Ayrıca davada zararın hesaplanması safhasında davalı teşebbüsün defterlerinin, muhasebe kayıtlarının vb. evrakının incelenmesine ihtiyaç duyulması halinin de söz konusu olabileceği göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz.

³⁰¹ NÖMER, s.35; OĞUZMAN, s.554; SANLI, Tebliğ, s.269; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.583; TİFTİK, s.61.

ilişkin hükmünde bu temel amacın dışına çıkılarak istisnai bir düzenleme yapıldığı görülmektedir³⁰².

RKHK, AB rekabet hukukunu model almakla birlikte, üç katı tazminatın kaynağı ABD rekabet hukukunda “*treble damage action*” olarak adlandırılan hukuk davalarıdır. Hukukumuzda “*üç kat tazminat*” davası olarak geçen bu davaların, rekabet hukuku ihlali nedeniyle, zarar gören teşebbüsler açısından ekonomik bir teşvik aracı olduğu düşünülmektedir. ABD rekabet hukukunda bu davaların açılmasına olanak tanıyan düzenlemelerden biri Sherman Kanunu’nun (“*Sherman Act*”) 7. bölümü iken bir diğeri de Clayton Kanunu’dur. (“*Clayton Act*”). 1890 tarihli Sherman Kanunu ile 1914 tarihli Clayton Kanunu’nun getirdikleri ana esaslar değişmeksizin yürürlükte³⁰³. Clayton Kanunu 4.maddesine göre, rekabet hukuku ihlali sonucunda zarar gören bireyler, ticari birimler veya idari birimler, katlandıkları zararların üç katı oranında tazminat talep edebilecektir. Davada ayrıca, makul düzeydeki bir vekâlet ücreti de dâhil olmak üzere yargılama masrafları da talep edilebilir³⁰⁴.

58/2 maddesinin hükmünden hareketle rekabet hukuku ihlalinin kaynaklı olarak açılmış bir tazminat davasında, hükmedilecek olan üç kat tazminatın tek amacının zarar görenin zararının giderilmesi olmadığı ortadadır. Zira yukarıda bahsedildiği gibi, bu düzenleme ile tazminatın zararın miktarını aşmasına imkân tanındığı gibi, zarardan bağımsız olarak hesaplanması da söz konusu olmaktadır. Tüm bu düzenlemelere baktığımızda, üç kat tazminata ilişkin hükmün zarar görenin uğradığı zararın giderilmesinden daha çok caydırıcılık amacına hizmet ettiği anlaşılmaktadır³⁰⁵. Kaldı ki, GÜRZUMAR’ın da isabetle belirttiği gibi, zarara eşit olarak hükmedilecek bir tazminat, ihlali gerçekleştirenler için caydırıcı nitelikte olmayacaktır; çünkü rekabeti ihlal eden teşebbüsler özel hukuk davası sonunda tazminat ödemeye mahkûm edilseler bile elde edilen haksız kazanç tamamen ortadan kalkmayacaktır. *Teşebbüslerin, risk bakımından nötr davrandıklarında, hukuka aykırı bir davranışla elde edecekleri kazancı bu davranıştan doğacak maliyetlerle karşılaştırıp, bu kazancın beklenen maliyetlere nazaran daha fazla olacağı*

³⁰²Üç kat tazminat hükmünün ABD hukukundan esinlenerek getirdiği, ancak bu hükmün “*tazminat*” kavramı ile bağdaşmadığı ve Kara Avrupası hukuklarında yer almayan bu çözümün hukukumuzdaki “*varlık nedeninin*” anlaşılacağı belirtilmiştir, ÖZSUNAY, s.16. Ancak RKHK’da yer alan üç kat tazminat hükmünün getiriliş amacının, rekabet hukuku ihlali gerçekleştiren teşebbüsler üzerinde caydırıcılık etkisi yaratması olduğu kanaatinde olduğumuzdan, bu görüşe katılmamaktayız.

³⁰³ASLAN, s.691; GÜZEL, s.4.

³⁰⁴AREEDA/KAPLOW, s.73; “*Bunlara ek olarak, federe devlet savcılarının Clayton Kanunu 4/C’ye göre o eyalette yerleşik gerçek kişilerin adına ve onların menfaatlerini gözetmek üzere federal rekabet davaları açma yetkileri bulunmaktadır.*”, GÜZEL, s.4-5.

³⁰⁵SANLI, Tebliğ, s. 270; AKINCI, s.385.

kanaatine varırlarsa, hukuka aykırı davranışla bir başkasına zarar verme yolunu seçmeleri her zaman ihtimal dahilindedir. Hukuka aykırı davranıştan beklenen maliyetler hesaplanırken ise sadece ödenmek zorunda kalınacak tazminatın yüksekliğine değil, bu tazminata hükmedilmesi ihtimalinin yüksek olup olmadığına da bakılır. Eğer teşebbüsler, bu ihtimalin düşük olduğu sonucuna varırlarsa (ki çeşitli ispat zorlukları vs. onları bu düşünceye sevk edebilir), bu durumda zararın tazmini onlar için caydırıcı olmaz. Buna karşın, teşebbüsler çok küçük gördükleri tazminata mahkum olma ihtimalinin gerçekleşmesi halinde, hukuka aykırı davranışla başkalarına verdikleri zararlardan çok daha fazla bir bedel, mesela bu davranışla elde ettikleri kazancın birkaç mislini ödemek zorunda kalacaklarını bilirlerse, o zaman risk hesaplarını da başka şekilde yapıp, hukuka aykırı davranmanın kendilerine çok daha maliyetli olacağı gerekçesiyle, bu tür davranışlardan cayabilirler³⁰⁶.

RKHK’da düzenlenen üç kat tazminata ilişkin hükümlerin, zarara uğrayanların RKHK maddelerine dayanarak tazminat davası açmalarında özendirici rol oynayacağını ve özel hukuk davaları ile ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin peşine düşmelerinin teşebbüsler üzerinde caydırıcılığı daha da arttıracığı kanaatindeyiz.

B. Üç Kat Tazminatın Belirlenmesi

1. Genel Olarak Üç Kat Tazminat

Rekabet hukuku ihlaline dayalı olarak açılmış bir tazminat davasında üç kat tazminata hükmedilmesinin ön koşulu, 58/2 maddesinde ifadesini bulan, ortaya çıkan zararın, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmasıdır. Görüldüğü gibi cezai tazminat niteliğinde olan üç kat tazminata hükmedilebilmesi için talep edilebilecek diğer zararlardan farklı olarak daha sıkı koşullar aranmaktadır. Bir diğer farklılık ise, 58/1 maddesinde zarar görenlerin uğradıkları zararların talep edilebileceğinden bahsedilirken, 58/2’de karşı tarafın elde ettiği kârların da tazminat olarak kendisine verilmesinin isteyebileceğine ilişkindir. Maddede yer alan “*elde edilmesi muhtemel kâr*” ifadesi, kârın fiili olarak elde edilmiş olması şartının aranmadığını da göstermektedir³⁰⁷. Burada davacılar için seçimlik bir hak öngörülmüştür. Yani zarar görenler ya “*uğrandıkları maddi zararın*” ya da “*zarara neden olanların elde ettiği veya elde*

³⁰⁶ GÜRZUMAR, s.47; Aynı görüşte AKINCI, s.387.

³⁰⁷ AŞCIOĞLU ÖZ, s.184.

etmesi muhtemel olan kârların” üç katını tazminat olarak talep edebilecektir. İkisinin birden tazminat olarak talep edilmesi söz konusu olamayacaktır.

2. RKHK 58/2 Hükümünde Yer Alan Hatalı Düzenlemeler

Doktrinde, RKHK’un 58/2 hükmünde bir takım hatalı düzenlemeler olduğu yönünde görüşler mevcuttur. İlk olarak maddedeki “ *taraflar*” kavramına değinmekte fayda görmekteyiz. Burada yer alan “*lar*” çoğul eki ilk bakışta üç kat tazminata hükmedilebilmesi için, rekabetin birden fazla teşebbüs tarafından ihlal edilmiş olması gerektiği kanaatini uyandırmaktadır. Ancak böyle bir yorumu kabul etmek mümkün değildir. Zira bilindiği gibi teşebbüslerin tek başına rekabet hukuku ihlaline yol açan eylemleri de mevcuttur. Örneğin; tek başına hâkim durumda olan ve bu durumunu kötüye kullanan teşebbüsler söz konusu olmaktadır. Eğer madde metnini hatalı bir şekilde yorumlarsak, bu takdirde bu teşebbüsten üç kat tazminat istenemezken, birlikte hâkim durumunu kötüye kullanan teşebbüslerden istenebilmesi gibi garip bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu nedenle buradaki “ *taraflar*” ifadesini rekabet hukuku ihlalini gerçekleştiren teşebbüsler olarak yorumlamak gerekmektedir³⁰⁸.

Madde metninde yer alan diğer bir hatalı düzenleme ise, “ *tarafların anlaşması ya da kararı*” ifadesidir. Burada ifade edilmek istenenin “ *tarafların kastı*” olduğu açıktır. Her şeyden önce “ *anlaşma*” ve “ *karar*” bir kusur türü değildir³⁰⁹. Bilindiği gibi rekabet hukuku bakımından tazminata hükmedilebilmesi için de kusurun varlığı şarttır. Bu nedenle SANLI’nın da belirttiği gibi burada örtülü bir kanun boşluğunun bulunduğu göz önünde tutularak, anlatılmak istenenin “ *tarafların kastı*” olduğu kabul edilmelidir³¹⁰.

Bu düzenlemelerin yanı sıra dikkate alınması gereken bir diğer husus da, maddeye göre üç kat tazminata hükmedebilmek için ya bir anlaşmanın veya kararın varlığı ya da “ *ağır ihmal*” aranacaktır. Bu ifadeden de ilk bakışta “ *ağır kusur*”un gerekmeyeceği şeklinde bir sonuca varılabileceği düşünülse de bunun kabulü mümkün değildir. Çünkü üç kat tazminat yöntemi oldukça ağır bir yaptırımdır³¹¹. Bu nedenle üç kat tazminata hükmedilebilmesi için “ *kast*”ın ya da “ *ağır ihmalin*” varlığı gerekmektedir. Başka bir deyişle “ *hafif ihmal*” halinde üç kat tazminata

³⁰⁸ ASLAN, s.691-692.

³⁰⁹ İNAN da “ *tarafların anlaşması ya da kararı*” ifadesinin hatalı bir ifade olduğunu ileri sürerek, rekabet hukukunda “ *tarafların anlaşması*” diye bir kavram olmadığını ve doğru kavramın “ *teşebbüs birliği kararları*” olduğunu belirtmiştir, İNAN, Tebliğ, s.52.

³¹⁰ SANLI, Tebliğ, s.270; aynı görüşte GÜRZUMAR, s.48.

³¹¹ İNAN, Tebliğ, s.52.

hükmedilemeyecektir³¹². Madde metninde yer alan bu karışıklığın da Taslak Metin’de yer alan “ *tarafların kastı veya ağır ihmalden kaynaklanmaktaysa*” şeklinde getirilen düzenleme ile çözümlenebileceği kanaatindeyiz.

Bu açıklamaların yanı sıra, hakimin üç kat tazminata hükmedebilmesi için davacının bu yönde bir talebinin olması gerektiği de belirtilmelidir. Maddede yer alan “*zarar görenlerin talebi üzerine*” ifadesinden bu hal açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının, üç kat tazminata ilişkin iradesi açıkça anlaşılmıyorsa bu takdirde hakimin re’sen üç kat tazminata hükmetmesi söz konusu olmayacaktır³¹³.

3. Üç Kat Tazminatın Tayininde Hakimin Takdir Yetkisi/ Üç Kat Tazminatın Oranı

BK’da, tazminat miktarının tayininde hakime takdir yetkisi verilmiştir. Buna göre hakim, tazminatta indirimle gidilip gidilmeyeceğine, gidilecekse hangi oranda olacağına, somut olayın özelliklerini dikkate alarak karar verecektir³¹⁴.

RKHK’un 58/2. maddesine batığımızda “*üç katı oranında tazminata hükmedebilir*” ifadesi hakime bir takdir yetkisi tanıdığı izlenimini vermektedir. Ancak üç kat tazminatın tayininde “*hakimin takdir yetkisi*” konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu ifade doktrinde iki şekilde yorumlanmaktadır. Birinci görüşe göre; eğer zarar tarafların anlaşmasından ya da kararından veya ağır ihmalden kaynaklanmaktaysa üç kat tazminata hükmetmek hakimin takdirindedir. Başka bir ifade ile şartları oluşmuşsa bile hakim üç kat tazminata hükmetmek zorunda değildir. Yine bu görüşe göre hakim sadece “üç kat” tazminata değil, somut olayın özelliklerine göre “iki kat” tazminata da hükmedebilecektir. Bu görüşün dayanağı, kusurun derecesinin tazminatın tayinine etkide bulunmasıdır. Bunun yanı sıra hakim ihlalin ağırlığı, davalının ekonomik durumu ve diğer unsurları da göz önüne almalıdır³¹⁵.

Diğer görüşe göre ise, 58. maddenin ikinci fıkrası hükmünün koşulları gerçekleşmişse hakim üç kat tazminata hükmetmelidir. Hakimin “*üç kata kadar*” tazminata hükmetmesi mümkün

³¹² SANLI, Tebliğ, s.270; aynı görüşte ÖZSUNAY, s.16.

³¹³ SANLI, Tebliğ, s.270.

³¹⁴ NOMER, s.64.

³¹⁵ SANLI, Tebliğ, s.271, yazar ayrıca, ağır ihmali söz konusu olduğu hallerde üç katı tazminata hükmetmenin mümkün olmadığını, bu gibi durumlarda tazminatın kapsamının belirlenmesinde genel esasların uygulama alanı bulacağını belirtmektedir; aynı görüşte AŞÇIOĞLU ÖZ, s.184.

değildir. Hakim tazminatın koşullarının oluşup oluşmadığına bakacak ve eğer gerçekleşmişse 58/2 hükmüne göre üç kat tazminata hükmedecektir³¹⁶.

Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan 19.Nisan.2005 tarihli, “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin”in³¹⁷ (“Taslak Metin”) 27. maddesinde ise şu şekilde bir düzenleme getirilmesi düşünülmektedir:

“4054 sayılı Kanun’un 58 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki “ *tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa*” ifadesinin yerine “ *tarafların kastı veya ağır ihmalden kaynaklanmaktaysa*” ifadesi, aynı fıkrada yer alan “ *üç katı oranında*” ifadesinin yerine “ *üç katına kadar*” ifadesi getirilmiştir.”

Taslak Metin’in bu maddesinden hareketle, Rekabet Kurumu’nun gerçekleştirmeyi düşündüğü bu kanun değişikliği sonucunda ortaya çıkacak olan metnin şu şekilde olabileceği düşünülmektedir:

“ *Ortaya çıkan zarar, tarafların kastı veya ağır ihmalden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katına kadar tazminata hükmedebilir.*”

Getirilmesi düşünülen bu değişiklikle, açıkça hakime maddede düzenlenen üç kat tazminatın oranına ilişkin bir takdir yetkisi tanınmak istendiği görülmektedir. Kanaatimizce, eğer bir “ *kast*” söz konusu ise hakim üç kat tazminata hükmedecekken, “ *ağır ihmal*”in varlığı söz konusu ise bu takdirde daha düşük bir oranda, örneğin iki kat tazminata hükmedecektir³¹⁸. Diğer yandan her ne kadar maddede “ *tazminata hükmedebilir*” denilmekte ise de, burada hakimin bir takdir yetkisi söz konusu olamamalıdır. Başka bir ifade ile hakime tanınan takdir yetkisi sadece tazminatın oranına ilişkin olmalı, üç kat tazminata ilişkin şartlar gerçekleşmişse hakim “ *üç katına kadar*” tazminata hükmetmelidir³¹⁹. Aksi takdirde, hakime çok geniş bir takdir yetkisi tanıması olacaktır ki bu durumun da üç kat tazminata ilişkin genel açıklamalarımızda belirtmiş olduğumuz caydırıcılık etkisini ortadan kaldıracağı kanaatindeyiz.

³¹⁶ ASLAN, s.691.

³¹⁷ Metin, Rekabet Kurumu’nun resmi internet sitesi olan www.rekabet.gov.tr adresinde “mevzuat çalışmaları” başlığı altında yer almaktadır.

³¹⁸ Kusurun ağırlığı konusunda BK’da bir derecelendirme yapılmamıştır; NOMER, s.75.

³¹⁹ Aynı görüşte GÜRZUMAR s.48.

SONUÇ

Tezimizde oldukça yeni ve gelişmekte olan rekabet hukukunda özel hukuk sorumluluğu alanı incelenmiş ve rekabet hukuku ihlalleri sonucunda ne gibi zararların ortaya çıkabileceği, bu zararların hesaplanması yöntemleri ve RKHK'na göre tazmin edilmesi konuları üzerinde durulmuş ve şu temel sonuçlara varılmıştır:

1- Rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğu hukuk sistemimize yeni giren bir alan olmakla beraber, özellikle piyasalardaki rekabetin ve etkinliğin sağlanması amacıyla idari yaptırımların tamamlayıcısı niteliğindedir. Bu nedenle doktrinde RKHK'un bu ikili yaptırım sistemini benimsemesinin isabetli olduğu düşünülmektedir.

2- Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, tazminat sorumluluğuna yol açan rekabet hukuku ihlallerinin RKHK'un 4 ve 6. maddelerinin ihlaline ilişkin olduğu; 7. maddeye aykırı birleşme ve devralmaların tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı düşünülmektedir. Kanunun sadece lafzından hareketle değil, aynı zamanda maddenin özünden hareketle de bu sonuca varmanın mümkün olduğu kanaatindeyiz. Zira 7. maddenin önleyici karakteri ve getirilen bildirim ve izin sistemi sayesinde, henüz bir rekabet hukuku ihlali doğmadan, başka bir ifade ile, henüz bir yoğunlaşma ya da hâkim durum ortaya çıkmadan uygulanmasına olanak tanımaktadır. Bunun sonucunda RK'na bildirilen ve izin alınan bir birleşme ve devralma işleminde, hukuka aykırı bir eylem ve kusur söz konusu olmadığı gibi, zararın doğması da düşünülemeyecektir. RKHK'un 7. maddesinin ihlali nedeniyle bir zarar doğmuşsa da, bu zarar, söz konusu birleşme veya devralmanın piyasada hakim durum yaratması veya mevcut hakim durumunu güçlendirmesi nedeniyle gerçekleşmiş olacağından, 6. madde kapsamında bir zarar olacağı kabul edilmektedir. Ayrıca, konuya normun koruma amacı kapsamında bakıldığında ise, ortada bir zarar söz konusu olsa dahi, bunun tazminat sorumluluğu kapsamında değerlendirilemeyeceği, çünkü kişilerin zararlarının giderilmesi halinin 7. maddenin kapsamı dışında kaldığı düşünülmektedir. Zira burada normun getiriliş amacı, teşebbüslerin zarara uğramalarının önlenmesinden ziyade, hukuka aykırı birleşme ve devralma işlemleri sonucunda ortaya çıkabilecek piyasa aksaklıklarının önlenmesidir.

3- Rekabet hukuku ihlalinden doğan zararların genel olarak üç başlık altında toplanabileceği düşünülmektedir. Bunlar; teşebbüslerin her türlü dışlayıcı ya da sömürücü kötüye kullanma faaliyetleri sonucunda karşı karşıya kalınan mahrum kalınan kâr, fazladan ödenen bedel

ve diğ er zararlar olarak sınıflandırılmış tır. Diğ er zararlar şeklinde üçüncü bir ayırım yapılmasının nedeni, teşebbüslerin rekabet hukuku ihlali sonucunda uğ radıkları zararların tamamının sadece mahrum kalınan kâr ya da fazladan ödenen bedel şeklindeki zararlarla ifade edilmesinin yeterli olmayabileceğ i düşüncesidir. Bu kapsamda özellikle “*batık maliyet*” olarak adlandırılan zararlar diğ er zararlara örnek olarak gösterilmiştir.

4- Zararın hesaplanması yöntemleri olarak hem mahrum kalınan kâr, hem de fazladan ödenen bedel şeklindeki zararlar için; önce ve sonra yöntemi ve kıstas yöntemi olmak üzere iki temel yöntem önerilmiştir. Bunun yanı sıra, bu iki temel yöntemin tamamlayıcısı niteliğ inde olan maliyet esası yöntemi, üretim kaybı yöntemi gibi başka hesaplama yöntemleri de söz konusudur. Ancak zararın hesaplanması yöntemlerine ilişkin en temel sonuç; zararın hesaplanmasının her somut olayın niteliğ ine ve ihlalin gerçekleş tiğ i piyasaya göre değ iş kenlik göstereceğ i ve tüm zararların hesaplanmasına yönelik tek bir yöntemin kabul edilmesinin hatalı olacağ ıdır. Bu nedenle, açıklanan hesaplama yöntemlerinden somut dava için en uygun olanının seçilmesi ve gerekirse regresyon analizleri de kullanılarak mümkün olan en sağlıklı sonuca ulaşılmaya çalışılması gerektiğ i düşünölmektedir.

5- Her ne kadar RKHK’da “*her türlü zarar*” ifadesi kullanılmış sa da ve bu ifadenin de geniş yorumlanması gerektiğ i düşünölmekteyse de rekabet hukukundan doğ an her türlü zararın tazmini talep edilemeyecektir. Özellikle normun koruma amacı dikkate alınarak, usul ekonomisi açısından da en uygun olacak şekilde bir sonuca varmak gerekmektedir. Burada karşımıza “*yansıma zarar*” kavramı çıkmaktadır ve bu tür zararların ancak normun koruma amacının kapsamına giriyorsa tazmin edilebileceğ i kabul edilmektedir. Ayrıca yine RKHK’da uğ ranılan maddi zararların yanı sıra, ihlalde bulunanların elde ettiğ i veya elde etmesi muhtemel kârların da tazminat olarak talep edilebileceğ i ifade edilmiştir. Ancak bu ifade madde RKHK’un 58/2 maddesinde yer aldığından, bu tür bir tazminat talebi için üç kat tazminatın şartlarının gerçekleş miş olması gerektiğ i düşünölmektedir.

6- Rekabet hukuku ihlalinden dolayı manevi zararın varlığ ından söz edebilmek için objektif unsurun yeterli olduğu düşünölmektedir. Rekabet ihlalinin daha çok, kişilik hakkı değerleri arasında kabul edilen ekonomik faaliyet özgürlüğüne tecavüz şeklinde ortaya çıkabileceğ i ve eğer mağdur teşebbüs bir tüzel kişi ise, tüzel kişinin elem ve ızdırap duyamayacağ ından hareketle manevi tazminat talep edilemeyeceğ i şeklinde getirilen eleştiriler de kabul edilmemektedir. Ayrıca ilk bakış ta “*şirket*” kavramını çağ rıştıran “*teşebbüs*” kavramının, aslında gerçek kişileri de kapsadığ ı ve gerçek kişilerin de “*teşebbüs*” olarak kabul edilebileceğ i, bu nedenle rekabet

hukukuna dayalı tazminat davalarında maddi tazminatın yanı sıra manevi tazminatın da talep edilebileceği, bu konudaki takdir yetkisinin davaya bakmakta olan hakime bırakılması gerektiği kanaatindeyiz.

7- RKHK’da ifade edilen “zarar görenler” kavramından hareketle, davacı sıfatının geniş yorumlanması, ancak bu yorum yapılırken bazı hususların dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir. İlk olarak, uğranılan zararın mahiyeti ile ihlal edilen norm arasında “hukuka aykırılık bağının” varlığı göz önünde tutulmalıdır. Ayrıca, mutlak bir kural olmamakla beraber, “dolaylı alıcı” kuralının ve yine zararın niteliğinin ve/veya niceliğinin de dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir. Bunun yanı sıra, rekabeti sınırlayıcı işlemi birlikte gerçekleştirenlerin de birbirlerine karşı tazminat davası açma hakkı bulunmamaktadır.

8- Rekabet hukuku ihlalleri nedeniyle açılan tazminat davalarında kural olarak ispat yükü davacıdadır. Ancak, genelde delillerin ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin elinde bulunması gibi karşılaşılan güçlükler nedeniyle davacıya iddiasını ispatlamada bazı kolaylıklar tanındığı ve RKHK’un 59. maddesinde de ispat yükünün tersine döndürülerek davalıya geçtiği görülmektedir.

9- Rekabet hukuku ihlallerine ilişkin tazminat davalarına bakmakla görevli olan adli mahkemelerin iktisadi donanımlarının ve iş yüklerinin bu teknik analizlerin yapılması için yeterli olmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle, zararın hesaplanması konusunda hukukçu ve iktisatçı uzman bilirkişilerden birlikte destek alınması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, bu durum mikro iktisadi kavramları kullanan ve analitik yeteneği yüksek hukukçulara ihtiyaç duyulduğunun da bir göstergesidir.

10- RKHK’da kusursuz sorumluluğa ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bunun yanı sıra, hukuka aykırılıkların tespiti halinde teşebbüslerin kusurlu olduklarının kabul edileceği karinesinden de hareketle, rekabet hukukunda haksız fiillerden ve dolayısıyla tazminattan sorumlu olabilmek için kusur şartının aranacağı düşünülmektedir.

11- Zarar görenlerin tazminat davası açabilmeleri için zararın varlığını kesin olarak öğrenmeyi beklemeleri halinde 1 yıllık zamanaşımı süresini kaçırmaları söz konusu olacaktır. Bunun sonucu olarak, davaların RK kararının yargısal olarak kesinleşmesinden sonra açılması zamanaşımı nedeniyle söz konusu olamamaktadır. Uygulamada karşılaşılabilecek olan bu sıkıntıların giderilmesi amacıyla, RKHK’da tazminat davalarında zamanaşımı ile ilgili açık bir düzenlemenin yapılması gerektiği düşünülmektedir.

12- Üç kat tazminatla ilgili düzenlemelerin, borçlar hukukunda tazminata ilişkin olarak yer alan “zararın telafisi amacı”, “hükmedilen tazminatın davacının maddi durumunda zenginleşmeye yol açmayacak miktarda olması” ve “tazminatın üst sınırını uğranılan zarar miktarının belirlemesi” gibi temel kurallardan ayrıldığını görmekteyiz. Bu nedenle, üç kat tazminatın, zarar görenin zararının giderilmesinden ziyade rekabet hukuku ihlallerine karşı caydırıcılık etkisi yaratması ve piyasada rekabetin korunması amacıyla düzenlendiği kabul edilmektedir.

13- Tayin edilecek üç kat tazminatın oranına ilişkin olarak ise farklı görüşler bulunmakla beraber, kanaatimizce, eğer şartları oluşmuşsa hakim mutlaka üç kat tazminat hükümlerini uygulamalı, ancak RKHK’deki “üç katına kadar” ifadesinden de hareketle, tazminatın oranının takdiri hakime bırakılmalıdır. Hakim, kusurun ağırlığını dikkate alarak tazminatın oranını belirlemeli, somut olayın niteliklerine göre üç kat veya iki kat tazminata hükmetmelidir.

14- Üç kat tazminat hükmü RKHK’da düzenlenirken birçok hatalı ifadeye yer verildiği düşünülmektedir. Bu durum, RKHK’un ilgili maddelerinin farklı ya da hatalı uygulanmasına yol açabilecektir. Bu nedenle, her halükarda, RKHK’un bu maddesinde düzenlemeye gidilerek, tartışmalı konulara açıklık getirilmelidir.

REKABET KURUMU KARARLARI

1. 17.06.1999 tarih ve E2-D1-97/1 Dosya, 99-30/276-166 (a) Karar sayılı imento kararı.
2. 04.08.1999 tarih ve D3/1/H.S.-99/1 Dosya, 99-37/376-241 Karar sayılı İstanbul Ekmek kararı
3. 25.01.2000 tarih ve D4/1/M.A.-99/2 Dosya, 00-4/33-15 sayılı Ankara Minibüsçüler kararı.
4. 27.06.2000 tarih ve D3/2/A.Ç.-99/2 (S.Y./2-D-98/1) Dosya, 00-24/255-138 Karar sayılı Maya Soruşturma kararı.
5. 18.09.2000 tarih ve D1/1/C.S.-99/1 Dosya, 00-35/392-219 Karar sayılı Akaryakıt Soruşturma kararı.
6. 20.07.2001 tarih ve S.R.-01/1 Dosya, 01-35/347-95 Karar Sayılı Turkcell Soruşturma kararı.
7. 2.10.2002 tarih ve SR/02-2 Dosya, 02-60/ 755-305 sayılı Türk Telekom III (ISS) kararı.
8. 1.12.2004 tarih ve 2003-1-92 Dosya, 04-76/1086-271 Karar sayılı, Anadolu Cam kararı.
9. 06.01.2004 tarih ve D1/1/H.U.-99/1 Dosya, 01-17/150-39 Karar sayılı Belko Soruşturma kararı.
10. 08.07.2005 tarih ve 2005-2-49 Dosya, 05-44 /636-168 Karar sayılı Seslendirme Sanatçıları İlk inceleme kararı.
11. 17.08.2005 tarih ve 2005-2-49 Dosya, 05-52/792- 209 sayılı Seslendirme Sanatçıları Öneraştırma kararı.

KAYNAKÇA

AKINCI Ateş, *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001.

AKSOY M. Nazlı, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004.

ARDIYOK Şahin, *Mikro İktisadi Müdahalelerde Kavram ve Yetki Kârmaşasının Analizi ve Çözüm Önerileri*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III; Erciyes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi ve Hukuk Fakültesi 8 Nisan 2005-Kayseri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

AREEDA Philip/ KAPLOW Louis, *Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases*, Fifth Edition, Newyork, 1997.

ASLAN İsmail Yılmaz, *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ekin Kitabevi, İstanbul 2005.

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

ATAMER Yeşim, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramı*, Beta Basım Yayın, İstanbul 1996.

BÜYÜKKUŞOĞLU Burak, *Rekabet İktisadi Çerçevesinde Monopson (tek alıcı)*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004.

CLARK Emily / HUGHES Mat / WIRTH David, *Analysis of Economic Models for The Calculation of Damages- Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Brussels, August 2004.

Commission of The European Communities, *Green Paper- Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, 19.12.2005 COM (2005) 672 final, Brussels, 2005. (atıf şekli: European Commission, Green Paper)

Commission of The European Communities, *Commission Staff Working Paper*, 19.12.2005 COM (2005) 672 final, Brussels, 2005. (atıf şekli: European Commission, Working Paper)

Commission of The European Communities, *European Commission Green Paper on Damages Actions for Breach of EC Treaty Anti-trust Rules- Frequently Asked Questions*, Brussels 20 December 2005. (atıf şekli: European Commission, Frequently Ask Questions)

EREN Fikret, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler*, 8. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003.

ESİN İsmail G./ LOKMANHEKİM S. Tunç, *Uygulamada Birleşme ve Devralmalar*, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003.

GÖNEN Kazım Eren, *Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

GÜRKAYNAK, Gönenç; *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin 'Hukuk ve İktisat' Perspektifinden 'Amaç' Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003.

GÜRZUMAR, Osman Berat, *Özel Hukuk Açısından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişlik Yapılması Hakkında Taslak, Sempozyum, 7-8 Ekim 2005, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2005.

GÜZEL, Oğuzkan, *Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Yargının Rolü; Onbir Yıllık Denetimin Sonuçları*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- IV, Erciyes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi ve Hukuk Fakültesi-Kayseri, Yayımlanmamış Sunum Metni, 7 Nisan 2006.

HOSEINIAN Foad, *Passing-on Damages and Community Antitrust Policy- An Economic Background*, Kluwer Law International, World Competition 28 (1): 3-23, Netherlands, 2005.

HOVENKAMP Herbert, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competititon and Its Practice*, 2nd Edition, St. Paul, 1999.

İNAN Nurkut, *Rekabet Hukukunun Uygulanmasında Adli Mahkemelerin Rolü*, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı- 2002, Ankara, 2002.(atıf şekli: İNAN,...)

İNAN Nurkut, *4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, Erciyes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi ve Hukuk Fakültesi 9 Nisan 2004-Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004. (atıf şekli: İNAN, Tebliğ...)

JONES Clifford A., *Private Enforcement of Antitrust Law, In the EU, UK and USA*, Oxford University pres New York, 1999.

JOHNSON John, *Economic Approachs to Antitrust Damage Estimation*, NERA Economic Consulting, January 2005.

KROES Neelie, *Damages Actions for Breaches of EU Competition Rules: Realities and Potentials*, Paris, 17 October 2005.

KERSE C. S., *E.C. Antitrust Procedure*, Fourth Edition, Sweet& Maxwell, London, 1998.

KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, Cilt 2, Demir- Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.

KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder, *Medeni Usul Hukuku Değiştirilmiş* 11. Baskı, Ankara 1999.

McDAVID Janet L., *Enhancing Private Enforcement of EC Competition Rules*, Hoagn& Hartson LLP, Washington DC, March 2005.

MONTO Mario, *Private Litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusion on the implementation of the Merger Regulation*, IBA- 8th Annual Competition Conference, Fiesole, 17 September 2004.

NOMER Haluk N, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta Basım Yayın, İstanbul 1996.

OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M.Turgut, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.

ÖZSUNAY, Ergun; *Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III; Erciyes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi ve Hukuk Fakültesi 8 Nisan 2005- Kayseri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

REİSOĞLU Safa, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 17. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2005.

LIPSEY Richard G./ STEINER Peter O./ PURVIS Douglas D./ COURANT Paul N., *İktisat 1*, Seventh Edition, Çeviri Bilim Teknik Yayınevi.

SANLI, Kerem Cem, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000. (atıf şekli: SANLI, Tez...)

SANLI Kerem Cem, *Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Erciyes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi ve Hukuk Fakültesi - 4 Nisan 2003 Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003. (atıf şekli: SANLI, Tebliğ...)

SHAPIRO C./ VARIAN H. R. , *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Pres Boston Massachusetts, 1999.

ŞENYÜZ Doğan, *Borçlar Hukuku*, Ezgi Kitabevi, Bursa 2003.

TEKİNAY S. Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Halûk/ ALTOP Atillâ, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

TİFTİK Mustafa, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Yetkin Yayınevi Ankara 1994.

ÜNLÜSOY Kürşat, *Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003.

www.analiz.ibsyazilim.com

www.ekonomist.com.tr

www.ec.europa.eu

www.rekabet.gov.tr

www.smallbusiness-dictionary.org