



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

**REKABET HUKUKUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT
SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Metin DEMİRCİ

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2019

REKABET HUKUKUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT
SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Metin DEMİRCİ

Yüksek Lisans Tezi

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Ankara, 2019

KABUL VE ONAY

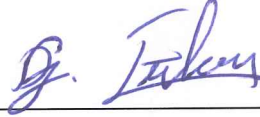
Metin DEMİRÇİ tarafından hazırlanan "Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği" başlıklı bu çalışma, 13.06.2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.



Prof. Dr. Rauf KARASU (Başkan)



Doç. Dr. Yıldız ABİK (Üye)



Doç. Dr. C. Gökhan ERBAŞ (Danışman)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.

Enstitü Müdürü

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan *“Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge”* kapsamında tezimin aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir.
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ay ertelenmiştir.
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir.

..19../06...../2019



Metin DEMİRCİ

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında zgn olduğunu, Doç. Dr. C. Gökhan ERBAŞ danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.



Metin DEMİRCİ

ÖZET

DEMİRCİ, Metin. *Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

Rekabet ihlalinden zarar görenlere tanınan tazminat hakkı, Türk rekabet hukukunun temel dayanağı olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen özel hukuk yaptırımlarından birisidir. Rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun genel olarak, haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bazı rekabet ihlallerinde, taraflar arasında daha önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bazı hallerde ise, taraflar sözleşme kurma amacıyla bir araya gelmişlerse de rekabet ihlalini gerçekleştiren tarafın hukuka aykırı davranışları nedeniyle sözleşme kurulamamıştır.

Rekabet ihlali ile taraflar arasındaki sözleşme arasında bir bağ kurulması halinde, haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra, ihlali gerçekleştiren tarafın sözleşme sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bunun yanında, taraflar sözleşme kurma amacıyla bir araya gelmelerine rağmen, rekabet ihlalini gerçekleştiren tarafın hukuka aykırı davranışları nedeniyle sözleşme kurulamamışsa, ihlali gerçekleştiren tarafın sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu (culpa in contrahendo sorumluluğu) söz konusu olabilecektir.

Kabul edilecek sorumluluk türüne göre sorumluluğun kapsamı, koşulları ve tazminat talebinin ileri sürülmesi bakımından birtakım farklılıklar oluşacağından, sorumluluk sebeplerinin dikkatle incelenmesi ve sorumluluk sebeplerinin çokluğu halinde ise, sebeplerin yarışmasını düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesine başvurmak gerekmektedir. Bu noktada, hangi rekabet ihlallerinde hangi sorumluluk türlerinin vücut bulacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Sorumluluk türlerinin genel esaslarının belirlenmesi ve rekabet hukukuna uyarlanması hususu ise, soruya doğru cevap verme açısından büyük bir önem teşkil etmektedir.

Anahtar Sözcükler: Rekabet ihlali, tazminat sorumluluğu, sorumluluk türleri, sözleşme sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo sorumluluğu), sebeplerin yarışması ilkesi.

ABSTRACT

DEMİRÇİ, Metin. *The Legality of Liability for Damages Arising from The Competition Law Infringements*, Master Thesis, Ankara, 2019.

Right to compensation for those who suffer from competition breaches constitutes one of the private enforcement of competition law in the Act No. 4054 on the Protection of Competition which is the main basis of Turkish competition law. The liability of compensation arising from the competition law infringements in action for damages is generally considered as tort liability. However, some competition infringements have a contractual relationship established between the parties. Moreover, in some cases, although the parties have come together to form a contract, no contract has been established due to the unlawful conduct of the party that has committed the infringement.

In case of a relation between competition violation and the contract between the parties, in addition to the tort liability, the contractual liability of the party performing the breach may be on the agenda. Besides, if the parties have come together to form a contract but have not been established due to the unlawful conduct of the infringing party, the contracting party may be responsible for the contract negotiations (*culpa in contrahendo*).

Because of the type of responsibility to be accepted, there will be some differences in terms of the scope, conditions and demand for compensation, the legal character of liability must be examined carefully and if there are many types for liability, it is necessary to apply to the Article 60 of the Turkish Code of Obligations which regulates the contestation of the responsibilities. At this point, it is confronted that the question of which types of responsibility can be found in the violations of competition. Determining the general principles of responsibility types and adapting them to competition law is of great importance in terms of providing correct answers to the question.

Key Words: Competition law infringements, actions for damages, the type of liability, contractual liability, tort liability, *culpa in contrahendo*, contest of responsibilities.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI	ii
ETİK BEYAN.....	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	1
1. BÖLÜM: GENEL OLARAK REKABETİN İHLALİ.....	5
1.1. Rekabet Hukukunun Tarihsel Gelişimi	5
1.1.1. Eski Devirlerde Rekabet Kavramı	5
1.1.2. Modern Dünyada Rekabet Hukukunun Doğuşu ve Gelişimi.....	6
1.2. Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler	8
1.3. Rekabet Hukukunun Kapsamı ve 4054 Sayılı Kanun'da Yasaklanan Faaliyetler	11
1.3.1. Kanun'un 4. Maddesinde Yasaklanan Faaliyetler: Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar	12
1.3.2. Kanun'un 6. Maddesinde Yasaklanan Faaliyetler: Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması	14
1.3.3. Kanun'un 7. Maddesinde Yasaklanan Faaliyetler: Hâkim Durum Yaratmaya ya da Hâkim Durumu Güçlendirmeye Yönelik Birleşme veya Devralmalar	15
1.4. Örnek İhlal Grupları	17
1.4.1. Kanun'un 4. Maddesinde Yasaklanan Örnek İhlal Grupları	17
1.4.2. Kanun'un 6. Maddesinde Yasaklanan Örnek İhlal Grupları	20
1.4.3. Kanun'un 7. Maddesinde Yasaklanan Örnek İhlal Grupları	22
1.5. Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümlere Aykırılığın Hukuki Sonuçları	24
1.5.1. Kamu Hukuku Alanındaki Sonuçları	24
1.5.1.1. İdari Kararlar	25
1.5.1.2. İdari Para Cezası	25
1.5.2. Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları	27
1.5.2.1. Geçersizlik Yaptırımı	29
1.5.2.2. Tazminat Yükümlülüğü	30

2. BÖLÜM: REKABET İHLALLERİNDE TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN KAPSAMININ BELİRLENMESİ	32
2.1. Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Yükümlülüğünün Amacı.....	32
2.1.1. Genel Olarak	32
2.1.2. Zararın Tazmini ve Haksız Gelir Transferinin İadesi.....	33
2.1.3. İdari Yaptırımların Yetersizliği Karşısında Kamusal Müdahaleye Olan Tamamlayıcı Etkisi	34
2.1.4. Cezalandırma	35
2.1.5. Caydırıcılık.....	36
2.2. Zararın Belirlenmesi ve Tazminatın Tayini	36
2.2.1. Rekabet Hukukunun İhlali Dolayısıyla Oluşabilecek Zarar Türleri.....	37
2.2.1.1. Fiili Zarar - Mahrum Kalınan Kar.....	38
2.2.1.2. Yansıma Zarar.....	39
2.2.1.3. Manevi Zarar	41
2.2.1.4. Müspet Zarar- Menfi Zarar	42
2.2.2. Zararın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler	42
2.2.3. Rekabet İhlalinden Zarar Görenler.....	43
2.2.4. Telafi Edici Tazminat (Compensatory Damages) / Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Ayrımı.....	46
2.3. 4054 Sayılı Kanun'da Düzenlenen Üç Katı Oranında Tazminat	50
2.3.1. Genel Olarak	50
2.3.2. Üç Kat Tazminatın Koşulları	52
2.3.3. Tazminatın Miktarı ve İndirim Yapılıp Yapılamayacağı Konusu	53
2.3.4. Müteselsil Sorumluluk.....	54
2.3.5. İspat Yükü (Kanun'un 4. Maddesinde Düzenlenen Uyumlu Eylem Karinesi ve İspat Yükünün Yer Değiştirmesi)	55
3. BÖLÜM: REKABET İHLALLERİNDE TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ	57
3.1. Tazminat Sorumluluğunun Kaynağının Belirlenmesinin Önemi	57
3.2. Haksız Fiil Sorumluluğu	58
3.2.1. Haksız Fiil Sorumluluğunun Genel Esasları	58
3.2.2. Haksız Fiil Sorumluluğunun Şartları.....	59
3.2.2.1. Fiil	59
3.2.2.2. Hukuka Aykırılık.....	60
3.2.2.3. Zarar.....	62
3.2.2.3.1. Haksız Fiilden Kaynaklanan Maddi Zarar	63

3.2.2.3.2.	Haksız Fiilden Kaynaklanan Manevi Zarar.....	64
3.2.2.4.	Kusur.....	64
3.2.2.5.	İllyet Bağı.....	66
3.2.3.	Haksız Fiil Sorumluluğunun Genel Esaslarının Rekabet Hukukuna Uygulanması	67
3.2.3.1.	Fiil	68
3.2.3.2.	Hukuka Aykırılık.....	68
3.2.3.3.	Zarar.....	73
3.2.3.4.	Kusur.....	74
3.2.3.5.	İllyet Bağı.....	76
3.2.4.	Rekabet İhlalinde Haksız Fiil Sorumluluğunun Söz Konusu Olacağı Durumlar	77
3.3.	Sözleşmeden Doğan Sorumluluk.....	78
3.3.1.	Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Genel Esasları	78
3.3.2.	Borç İlişkisinden Doğan Yükümlerin İncelenmesi	78
3.3.2.1.	Borç ve Borç İlişkisi Kavramları.....	78
3.3.2.2.	Borç İlişkisinden Doğan Yükümler	79
3.3.2.3.	Borç İlişkisinden Doğan Yükümlerin Rekabet Hukuku Açısından İncelenmesi	83
3.3.3.	Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları	85
3.3.3.1.	Borca Aykırı Davranış (Sözleşmenin İhlâli).....	85
3.3.3.2.	Zarar.....	86
3.3.3.2.1.	Sözleşmenin İhlalinden Doğan Maddi Zarar	87
3.3.3.2.1.1.	Müspet Zarar	87
3.3.3.2.1.2.	Menfi Zarar.....	88
3.3.3.2.2.	Sözleşmenin İhlalinden Doğan Manevi Zarar.....	89
3.3.3.3.	Kusur.....	90
3.3.3.4.	İllyet Bağı.....	92
3.3.4.	Sözleşme Sorumluluğunun Genel Esaslarının Rekabet Hukukuna Uygulanması	92
3.3.4.1.	Borca Aykırı Davranış (Sözleşmenin İhlâli).....	93
3.3.4.2.	Zarar.....	93
3.3.4.3.	Kusur.....	94
3.3.4.4.	İllyet Bağı.....	95
3.3.5.	Rekabet İhlalinde Sözleşme Sorumluluğunun Söz Konusu Olacağı Durumlar	95
3.3.5.1.	Sözleşme Sorumluluğu İçeren Rekabet Hukuku İhlalleri	96
3.3.5.2.	Sözleşme Sorumluluğu ile İlgili Yargı Kararları	97
3.4.	Culpa in Contrahendo Sorumluluğu	102

3.4.1.	Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Genel Esasları	102
3.4.2.	Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Niteliği	105
3.4.2.1.	Haksız Fiil Görüşü	106
3.4.2.2.	Sözleşme Sorumluluğu Görüşü	107
3.4.2.3.	Kendine Özgü Sorumluluk Görüşü.....	108
3.4.3.	Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Şartları	108
3.4.4.	Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Genel Esaslarının Rekabet Hukukuna Uygulanması.....	109
3.4.5.	Rekabet İhlalinde Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Söz Konusu Olacağı Durumlar	109
3.4.5.1.	Culpa in Contrahendo Sorumluluğu İçeren Rekabet Hukuku İhlalleri.....	109
3.4.5.2.	Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ile İlgili Yargı Kararları	111
4.	BÖLÜM: SORUMLULUK SEBEPLERİNİN ÇOKLUĞU HALİNDE SEBEPLERİN YARIŞMASI....	113
4.1.	Sözleşmeden Doğan Sorumluluk ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Karşılaştırılması....	114
4.1.1.	İki Sorumluluk Sebebinin de Vücut Bulabileceği Rekabet İhlalleri.....	118
4.1.2.	Sebeplerin Yarışması	119
4.1.2.1.	Uygulanacak Zamanaşımı Süresi	121
4.1.2.1.1.	Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı.....	121
4.1.2.1.1.1.	Genel Olarak.....	121
4.1.2.1.1.2.	Haksız Fiillerde Zamanaşımı Süresinin Başlama Anı	122
4.1.2.1.1.3.	Kabahatler Kanunu'ndaki Zamanaşımı Süresinin Uygulanıp Uygulanmayacağı Meselesi	125
4.1.2.1.1.4.	Tazminat İsteminin Zamanaşımına Uğramış Olması Halinde Borçlunun Borcu İfadan Kaçınabilmesi.....	127
4.1.2.1.2.	Sözleşme Sorumluluğunda Zamanaşımı	128
4.1.2.1.2.1.	Genel Olarak.....	128
4.1.2.1.2.2.	Sözleşme Sorumluluğunda Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı	128
4.1.2.1.2.3.	Sözleşme Sorumluluğuna Dayanan Rekabet İhlallerinde Zamanaşımının Durması veya Kesilmesi	129
4.1.2.2.	Görevli Mahkeme	131
4.1.2.2.1.	Genel Olarak.....	131
4.1.2.2.2.	Haksız Fiil Sorumluluğunda Görevli Mahkeme.....	132
4.1.2.2.3.	Sözleşme Sorumluluğunda Görevli Mahkeme	134
4.1.2.3.	Kusurun İspatı	135
4.1.2.4.	m. 57'de Öngörülen Müteselsil Sorumluluk	137
4.1.2.5.	m. 58'de Öngörülen Zararın Üç Katına Hükmedilebilmesi.....	139

4.1.2.6. Değerlendirme	140
4.2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Sözleşme Sorumluluğu ile Yarışması	141
4.2.1. İki Sorumluluk Sebebinin de Vücut Bulabileceği Rekabet İhlalleri	142
4.2.2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Sözleşme Sorumluluğu Karşısında Tali Niteliği 142	
4.3. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Haksız Fiil Sorumluluğu ile Yarışması	146
4.3.1. İki Sorumluluk Sebebinin de Vücut Bulabileceği Rekabet İhlalleri	147
4.3.2. Sebeplerin Yarışması (Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Sözleşme Sorumluluğu Hükümlerinin Kiyasen Uygulanması)	147
SONUÇ.....	149
KAYNAKÇA.....	154
EK 1. ORJİNALLİK RAPORU	165
EK 2. ETİK KURUL İZİNİ MUAFİYET FORMU	166

KISALTMALAR

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dp.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
H.D.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
No.	: Numara
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
4054 sayılı Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

GİRİŞ

Rekabet kavramı, aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış olarak tanımlanmaktadır¹. 4054 sayılı Kanun; rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları, hâkim durumun kötüye kullanılmasını ve hakim durum yaratacak veya hakim durumu güçlendirecek birleşme ve devralmaları yasaklamıştır. 4054 sayılı Kanun bu hallerde, Rekabet Kuruluna, ihlalin sona erdirilmesi için gerekli tedbirleri alma ve idari para cezası verme yetkisi tanımıştır. Kamusal yaptırımlar yoluyla rekabet ortamı yeniden sağlanabileceksen de, etkin rekabetin tesisi için zarar gören teşebbüs ve tüketicilerin gördüğü zararın tazmin edilmesi ve zarar görenlerin aleyhine oluşan refah kaybının telafi edilmesi gerekir. İşte, rekabet hukukunda tazminat müessesesi, zarar görenlerden rekabeti ihlal eden teşebbüslere transfer edilen haksız servetin tekrar bu kesimlere aktarılmasını ve böylece, rekabet karşıtı davranışların etkilerinin piyasadan tam olarak silinebilmesini sağlar. Ayrıca, tazminat tehdidi altında kalan teşebbüsler için caydırıcılık sağlanmış olduğundan teşebbüslerin rekabet hukukuna uyum motivasyonları da artar.

4054 sayılı Kanun'un beşinci kısmı (m.56-59), "*Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*"nı düzenlemektedir. 56. madde, rekabete aykırı anlaşma ve kararların geçersiz olacağını hüküm altına almıştır. 57, 58 ve 59. maddelerde ise bu tezin konusunu oluşturan rekabet hukukunda tazminat müessesesi düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerde; Türk hukukunda pek rastlanılmayan ve tazminatın zararın miktarını aşamayacağı ilkesine bir istisna teşkil eden üç katı tazminat sorumluluğu düzenlenmiş, zarar görenlerin dilerlerse zarar yerine Kanun'u ihlal edenlerin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârı talep etmelerine imkân tanınmış, ispat yükünün bazı durumlarda zarar görenler lehine olarak yer değiştirebilmesi sağlanmış ve zarara sebebiyet veren birden fazla teşebbüsün bulunması durumunda bunların oluşan zarardan müteselsilen sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır.

Rekabet hukuku kuralları, 1890 yılında Sherman Kanunu'nun çıkmasıyla ABD'de uygulanmış, Türkiye'de ise AB mevzuatı esas alınarak 07.12.1994 yılında 4054 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle vücut bulmuştur. 4054 Sayılı Kanun, rekabet hukuku kurallarının etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla, birbirini destekleyen ikili

¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=REKABET, (E.T.:25.03.2019.)

bir yaptırım sistemi benimseyerek hem kamu hukuku hem de özel hukuk yaptırımlarını bir arada düzenlemiştir. Ancak, uygulamada kamu hukuku yaptırımları baskın hale gelmiş, zararın üç katı tazminata hükmedilebilmesi imkânı olmasına rağmen, yakın zamana kadar, rekabet ihlalinin doğan tazminat sorumluluğuna neredeyse hiç başvurulmamıştır.

Rekabet ihlalinde tazminat sorumluluğuna nadiren başvurulmasının yanı sıra, 4054 sayılı Kanun'un 58. maddesinde düzenlenen üç kat tazminat müessesesinin hukuki niteliği de, bugüne kadar pek incelenmemiştir. Doktrinde, rekabet hukukunun ihlalinin kaynaklanan tazminat davalarında sadece haksız fiil sorumluluğuna dayanılabileceği kabul edilmiş, fakat bu kabulün sebepleri irdelenmemiştir. Halbuki, bazı rekabet ihlallerinde, taraflar arasında ihlal ile ilgili olarak daha önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bazı hallerde ise, taraflar sözleşme kurma amacıyla bir araya gelmişlerse de rekabet ihlalinin gerçekleştirilen tarafın hukuka aykırı davranışları nedeniyle sözleşme kurulamamıştır.

Bir hukuki işlem olan sözleşmeye aykırılık sadece ilişkiye karakteristik özelliğini veren edim yükümünün ihlaliyle değil, yan yükümler ve koruma yükümlerinin ihlaliyle de gerçekleştirilebilir. Genel olarak rekabet ihlalleri göz önünde bulundurulduğunda, sözleşme sorumluluğuna yol açabilecek hallerde, -edim yükümü ve koruma yükümlerinin ihlali söz konusu olabilecekse de- daha çok yan yükümlerinin ihlal edildiği görülmektedir. Örneğin, en sık karşılaşılan rekabet ihlali olan kartel uygulamalarında kartel üyesi teşebbüslerin, dürüstlük kuralına aykırı hareket ederek serbest piyasada belirlenmesi gereken fiyat, üretim miktarı, satış yapılacak pazar, dağıtım kanalları gibi unsurları kendi aralarında -müşterileri olan tüketiciler ve teşebbüsler aleyhine olarak- belirlemesi durumunda, kartel üyesi ile müşterisi arasında bir yan yüküm olan aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiği ve güven ilişkisinin zedelendiği açıktır. Kanımızca, doktrinde bugüne kadar rekabet ihlallerinde sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanabilmesinin mümkün olmadığının savunulmasının nedeni, hukuki bir işlem olan sözleşmenin taraflar üzerinde doğurduğu hak ve borçların yeterince anlaşılammış olmasıdır.

Tarafların sözleşme kurma amacıyla bir araya geldiği hallerde, sözleşme görüşmeleri esnasında birbirlerine doğru bilgi verme, bilinmesi gereken konularda açıklama yapma, karşı tarafı muhtemel birtakım zararlardan uzak tutma gibi birtakım yükümlülükler doğar.

Taraflar bu yükümlülükler kusurlu bir şekilde aykırı davranırlar ve aralarındaki güven ilişkisini ihmal ederlerse bundan doğan zararlardan sorumlu olurlar. Rekabet ihlali, sözleşme görüşmeleri esnasında sözleşmenin karşı tarafından birtakım bilgileri gizleme ve yanlış bilgi verme şeklinde gerçekleşebilir. Bu durumda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo sorumluluğu) söz konusu olacaktır.

Rekabeti ihlal eden teşebbüslerin hangi sorumluluk esasına göre sorumlu olacakları konusu, özellikle tüketici işlemleri açısından önem arz etmektedir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un birçok maddesinde, tüketiciler ile sözleşme ilişkisi içerisine giren tarafa aydınlatma ve bilinçlendirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu nedenle, tüketiciler ile yapılan sözleşmeler ve sözleşme görüşmeleri yoluyla rekabetin ihlali söz konusu olduğunda, tüketiciler sözleşme ve culpa in contrahendo sorumluluklarına dayanarak zararlarının tazminini talep edebileceklerdir.

Tazminat sorumluluğunun hukuki niteliğinin belirlenmesine salt teorik bir tatmin gözüyle bakılmamalıdır. Bunun ötesinde, kabul edilecek sorumluluk türüne göre; sorumluluğun kapsamı, koşulları ve tazminat talebinin ileri sürülmesi bakımından birtakım farklılıklar doğacaktır. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ve rekabet ihlalinin niteliğine göre birden fazla sorumluluk sebebinin vücut bulması halinde, sorumluluk sebeplerinin çokluğu halinde sebeplerin yarışmasını düzenleyen TBK'nın 60. maddesine başvurmak gerekir. TBK m. 60'a göre "*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*" Söz konusu hüküm gereğince sebeplerin yarışması söz konusu olacak ve zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verilecektir. Tüm bu nedenlerden dolayı, "rekabet ihlallerinden doğan tazminat sorumluluğunun hukuki niteliği"nin belirlenmesi ve birden fazla sorumluluk sebebinin vücut bulduğu hallerde zarar gören lehine olarak sebeplerin mukayese edilmesi son derece önemlidir.

Çalışmamızın ilk kısmında, konuya giriş olması açısından genel olarak rekabet kavramı ve rekabet ihlalleri üzerine bilgi verilecektir. Rekabet hukukunun tarihsel gelişimi, amacı ve koruduğu menfaatler, rekabet hukukunda yasaklanan durumlar ve rekabet kurallarının ihlal edilmesi halinde bunun kamu hukuku ve özel hukuk alanındaki sonuçları incelenecektir.

İkinci kısımda, rekabet ihlallerinde tazminat sorumluluğunun hukuki boyutu ve kapsamı değerlendirilecektir. Özellikle zararı aşan oranda -üç kat- tazminat yükümlülüğü getirilmesinin amacı, üç kat tazminatın unsurları, zararın belirlenmesi ve tazminatın tayini konuları ele alınacaktır.

Üçüncü kısımda, rekabet ihlallerinden doğan tazminat davasının hangi hukuki sorumluluk sebeplerine dayanabileceği tartışılacaktır. Bu kapsamda; haksız fiil, sözleşme ve culpa in contrahendo sorumlulukları genel hükümler ve rekabet hukuku kuralları açısından ayrı ayrı incelenecek ve -yargı kararları ışığında- hangi hallerde söz konusu sorumluluk sebeplerine başvurulacağı değerlendirilecektir.

Dördüncü ve son bölümde ise hangi rekabet ihlallerinde birden fazla sorumluluk sebebinin ortaya çıkacağı incelenecek ve sorumluluk sebeplerinin çokluğu halinde söz konusu sebeplerin mukayesesi gerçekleştirilecektir.

1. BÖLÜM: GENEL OLARAK REKABETİN İHLALİ

1.1. Rekabet Hukukunun Tarihsel Gelişimi

1.1.1. Eski Devirlerde Rekabet Kavramı

Rekabet ve tekelleşme kavramlarının, ilk bakışta, kapitalizme ve modern zamanlara ait olduğu düşünülebilecekse de, bu kavramların ortaya çıkışı insanlık tarihindeki ilk ticari faaliyetlerle eş zamanlıdır. Tarihin ilk tacirleri olan Fenikelilerin mısır, tabii boya ve kıymetli metaller piyasasında rekabeti kısıtladıkları bilinmektedir². Tekelleşmeyle ilgili ilk yasaların 4000 yıl önce Babil’de ortaya çıktığı belirtilmektedir³. Babil’de Hammurabi Kanunlarında piyasa fiyatından ve piyasanın işleyiş kurallarından bahsedilmekte ve teknelci davranışlar yasaklanmaktadır. Yine Eski Mısır, Hindistan ve Antik Yunan’da rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin görülmesi üzerine piyasa yapısına ilişkin düzenlemelere rastlanılmaktadır⁴.

Tekel sözcüğü ilk defa M.Ö. 347 yılında Aristo’nun Politika adlı eserinde, bütün yağ preslerini ve demiri satın alarak piyasayı kapatan ve daha sonra talep bollaştığında yüksek karlarla satan kişilerle ilgili bir tartışmada kullanılmıştır⁵. Tarihte bilinen ilk rekabet davası ise Antik Yunan’da M.Ö. 387’de bir grup hububat satıcısına karşı açılmış “Hububat Karteli” davasıydı. O dönemlerde hububat ticareti ithalinden iç piyasada satımı ve fiyatına kadar ayrıntılı bir şekilde yasayla düzenlenmişti ve bu yasaları ihlal etmenin cezası ölümdü. Fakat M.Ö. 387’de Ege Denizindeki savaş tehdidi ve artan gerginlik üzerine hububatçılar aralarında anlaşarak düşük fiyattan aldıkları ürünü iç piyasaya satmak yerine stoklamayı ve daha sonra yüksek fiyattan satmayı tercih ettiler. Bu durumun ortaya çıkması üzerine hububat satıcıları önce Senato karşısına çıkarıldı, dava daha sonra halk mahkemesine devredildi⁶.

Roma İmparatorluğu’nda Sezar döneminde çıkarılan *Lex Julia de Annona* ile o günün koşullarında en önemli mal olan mısır piyasasındaki rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler önlenmek istenmiştir. Sonraki dönemlerde de, tüketicinin zarar görmemesi, tacirlerin

2 Akıncı, 32.

3 Ilıcak, 8.; Machlup, 181.

4 Akıncı, 32.; Fontaine, 135.

5 Ilıcak, 8.; Machlup 185-186.

6 Ilıcak, 10-12.; Kotsiris, 2-5.

aralarında anlaşmalarının önlenmesi ve malların fiyatının piyasa fiyatını aşmaması konularında kanunlar çıkarıldığı görülmektedir⁷.

1.1.2. Modern Dünyada Rekabet Hukukunun Doğuşu ve Gelişimi

Modern anlamda rekabet hukukunun ve rekabet politikasının ortaya çıktığı ülke Amerika Birleşik Devletleri'dir. ABD Kongresinde 1890'da ilk modern rekabet yasası olan Sherman Antitrust Act (Sherman Kanunu) kabul edilmiştir⁸. Bu tarihten önce de rekabete aykırı eylemler dava konusu olmakla beraber, ortaya çıkan uyuşmazlıklar içtihat hukuku (common law) çerçevesinde çözümlenmiştir. Bununla birlikte, Sanayi Devriminin gerçekleşmesiyle yaşanan gelişmeler, bu alanda yasal düzenlemenin gerekliliğini ortaya koymuştur⁹. Şüphesiz ki ABD'yi bu sürece götüren ekonomik ve toplumsal değişikliklerin incelenmesi gerekir.

19. yüzyılda Sanayi Devriminin gerçekleşmesiyle buharın, petrolün ve kömürün enerji kaynağı olarak üretimde kullanılmaya başlanması; el emeğinin ve basit aletlerin yerini makineleşmenin almaya başlaması; teknolojinin ve keşiflerin eskiye göre büyük bir şekilde ilerlemesi; demiryollarının uzunluğunun hızla artması ve İç Savaşın sona ermesiyle iktisadi hayatta mevcut paradigma yıkıldı. Üretim ve ticarete meydana gelen muazzam artış çok büyük ölçekli üretim ile kapsamlı ve daha ucuz bir ulaşım ağı sisteminin kurulmasına yol açtı. Böylece yerel piyasalar arasındaki kopukluk ortadan kalkarak ülke geneline yayılacak ortak ve büyük bir pazar oluştu. Üretim, dağıtım ve pazarlamada ölçek ekonomilerinin ortaya çıkması sonucu şirketler yerel pazarlardan ulusal ve uluslararası pazarlara doğru yayıldılar. Bu şekilde büyüyemeyen küçük firmalar ise büyük şirketlerin hedefi haline geldi. Küçük firmalar büyük şirketler tarafından satın alındı veya iflas ederek piyasadan çekildi. Şirketler satın almalar, rakipler arası işbirliği ve çeşitli anlaşmalar ile daha da büyüdü. Bunun sonucunda şirketler fiyat, üretim miktarı, pazar payı gibi üretim unsurlarını kendi aralarında havuz anlaşmaları ve tröstler kurarak

7 Akıncı, 33.

8 Sherman Kanunundan bir yıl önce 1889 yılında Kanada'da rekabet yasası yürürlüğe girmiş olsa da İnan bu konuda Sherman Yasasının taslak metninin 1988 yılında hazırlanarak Kongreye sunulmasına rağmen kanunlaşmasının iki yıl aldığını, yasama süreci daha çabuk işleyen Kanada'da benzer bir metnin 1989'da yürürlüğe girdiğini, dolayısıyla Sherman Yasasına çok benzeyen bu kanunun rekabet hukuku düzenlemesinde Kanada'nın öncülük ettiğini göstermeyeceğini belirtmektedir. Bkz. İnan, Seminer, 83.

9 Aşçıoğlu Öz, 41.

ortak bir şekilde belirlemeye başladı¹⁰. Demiryolu, petrol, viski, şeker, pamuk ve sanayinin birçok kolunda tröstler ortaya çıktı. Bu durum, güçlülerin hayatta kalıp zayıfların kaybedeceği Sosyal Darwinizm'in ekonomik hayata uyarlanmış modeli olarak görülüyordu¹¹.

Tröstlerin etki alanı zamanla ekonomik hayatın da dışına çıkmaya başlamıştı. Tröstlerin –siyaset dâhil- her şeyi satın almaya başlamasıyla birlikte ABD'de rüşvet ve yolsuzluk iddiaları artmış ve tröstler ile siyaset arasındaki ilişki tartışılmaya ve başlamıştı.

Görüldüğü üzere, iktisadi hayatta meydana gelen değişiklikler sadece ekonomiyi etkilemekle kalmamış, toplumsal hayatı da son derece sarsmıştı. Ekonomik açıdan önemli güce sahip olan bir kesimin serbest rekabete dayanan ekonomik düzeni, fiyat ve pazar paylaşma anlaşmaları yoluyla tahrip etmeye yönelmesi, toplumun geniş bir kesiminin tepkisine neden olmuştu. Artan eleştiriler siyasette de karşılık buldu ve Kongre'nin Cumhuriyetçi üyesi John Sherman tarafından 1888 yılında Kongre'ye bu konu hakkında bir yasa önerisi verildi.

Sherman, Kongre'de önerinin tartışıldığı bir oturumda aşağıdaki sözleri söyledi:

“Eğer birleşmelerin yoğunlaşmış gücü bir tek adamda toplanırsa, bir kral kadar ayrıcalıklı olur ve bu durum bizim devlet biçimimize aykırıdır. Eğer yanlış bir şey varsa o da bu durumdur. Bir politik güç olarak krala tahammül edemiyorsak üretimin, ulaştırmanın ve yaşam için gerekli herhangi bir şeyin satışı için de bir krala tahammül etmemeliyiz. Bir imparatora boyun eğmiyorsak rekabeti engelleyecek ve herhangi bir malın fiyatını belirleyecek bir ticari diktatöre de boyun eğmemeliyiz¹².”

Sherman'ın bu sözleri, o günden bu yana ekonomik yaşamın Magna Carta'sı olarak nitelendirilmektedir¹³.

10 Ilıcak, 18.

11 Aktaş, 20.

12 Ilıcak, 40.

13 Aşçıoğlu Öz, 41; Aktaş, 19.

Tam iki yıl süren görüşmeler ve tartışmalar sonucunda öneri birçok defa değiştirilerek son halini aldı ve Senatör Sherman'ın adının verildiği yasa 1890 yılında yürürlüğe girdi. Sherman Antitröst Yasası'nın¹⁴ esasa ilişkin ilk iki bölümü aşağıdaki gibiydi:

“Birinci Bölüm: Eyaletler arasındaki ya da yabancı devletlerle girişilen ticaretin sınırlanması için yapılan, tröst ya da başka bir biçimdeki bütün sözleşme, yoğunlaşma veya gizli anlaşmalar yasaktır. Yasak olduğu belirtilen sözleşmeleri yapanlar, yoğunlaşmalara ya da gizli anlaşmalara taraf olanlar suçludur ve hüküm giymeleri halinde, beş bin doları geçmemek üzere para cezasıyla veya bir yılı geçmemek üzere hapis cezasıyla cezalandırılacaktır.

İkinci Bölüm: Eyaletler arasındaki ya da yabancı devletlerle girişilen ticareti tekelleştiren ya da tekelleştirmeye teşebbüs eden kişi ya da kişiler suçludur ve hüküm giymeleri halinde, beş bin doları geçmemek üzere para cezasıyla veya bir yılı geçmemek üzere hapis cezasıyla cezalandırılacaktır¹⁵.”

Sherman Antitröst Yasası'nın ardından 1914 tarihli Clayton Kanunu ve yine aynı tarihli Federal Ticaret Komisyonu Kanunu çıkarılmış ve daha sonraki yasa değişiklikleri ile yargı kurumlarının da içtihatlarıyla Amerikan Rekabet Hukuku modeli oluşturulmuştur.

Amerikan ekonomisindeki dönüşümün sonucu ortaya çıkan modern rekabet kuralları gerek ABD'nin ekonomik ve siyasi gücü nedeniyle, gerekse geride bıraktığımız yüzyılda piyasaların ölçeklerinin küreselleşerek, bütün ülkelerde kendi kurallarını dayatır hale gelmeleri nedeniyle modern rekabet yasalarının tamamı Sherman Yasasından esinlenmiştir¹⁶. Günümüzde, serbest piyasa ekonomisine sahip ülkelerin neredeyse tamamı rekabet hukuku mevzuatına sahiptir.

1.2. Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler

Rekabet kavramı, serbest piyasa ekonomisinin en önemli unsurlarından biridir. Dolayısıyla, öncelikle, rekabet hukukunun bir araç olduğunun kabul edilmesi gerekir.

¹⁴ Amerika'da Rekabet Hukukunun tarihi gelişimi tröstlerle mücadele şeklinde geçtiği için Rekabet Hukuku “antitröst hukuku” olarak adlandırılmıştır.

¹⁵ Ilıcak, 47.

¹⁶ Ilıcak, 7.

Rekabet hukukunun amacının ne olduğu ve ne olması gerektiği konusu doktrinde çokça tartışılmıştır. Söz konusu tartışmalarda rekabet hukukunun amacı olarak gösterilen kavramlar arasında; “iktisadi etkinliğin sağlanmasıyla toplam refahın artırılması”, “tüketici refahının artırılması”, “rekabetin korunması”, “tüketicinin korunması”, “küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması”, “piyasalara giriş serbestisi”, “kaynakların etkin dağıtılması”, “adil bir gelir dağılımının sağlanması”, “enflasyonla mücadele”, “ekonomik ve siyasi gücün tek elde toplanmasının önlenmesi” vb. kavramlar yer almaktadır¹⁷.

İlk bakışta, yukarıda zikredilen kavramların birçoğunun birbirine yakın kavramlar olduğu ve bu yüzden hepsinin veya birden fazlasının hedeflenmesinin mantıklı olduğu düşünülebilecekse de, bazı durumlarda söz konusu kavramlar arasında birincil hedef-ikincil hedef ayrımı yapmak gerekebilir. Hatta bazı durumlarda hedefler arasında bir çatışma meydana gelebilir. Dolayısıyla birden fazla amaç belirlemek amaçlar arasında ast-üst ilişkisini ve çatışmayı da beraberinde getirdiği için sakıncalıdır.

Bu noktada, rekabet hukukunun amacının “iktisadi etkinliği korumak suretiyle toplumsal refahın sağlanması” olduğu ve rekabet hukukunda birden fazla amaç benimsenemeyeceği savunulmaktadır. Bu düşünceye göre, kendisi bir araç olan rekabet hukuku disiplini başka bir amaç benimsendiği takdirde, asıl amaçtan taviz verilmesi kaçınılmazdır. Bu yüzden, rekabet hukukunun amacı ile işlevi arasındaki ayrımın tespit edilmesi gerekir. Toplumsal refahın sağlanmasını amaç iken rekabet hukuku uygulaması ile arzulanan sonuçlara ulaşılmaya çalışıldığında ortaya çıkan pozitif dışsallık, rekabet hukukunun işlevidir. Dolayısıyla; “tüketicinin korunması” “küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması”, “piyasalara giriş serbestisi”, “kaynakların etkin dağıtılması”, “adil bir gelir dağılımının sağlanması”, “enflasyonla mücadele”, “ekonomik ve siyasi gücün tek elde toplanmasının önlenmesi” gibi kavramlar rekabet hukukunun amacı değil fakat işlevi olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu kavramların rekabet politikası takip edilirken ortaya çıkması mümkün olabileceği gibi hiç etkilenmemeleri ve hatta zarar görmeleri dahi söz

17 Söz konusu amaçlar ekonomik amaçlar (üretimde ve kaynak dağılımında verimlilik, teknolojik ilerleme), sosyal faydalar (tüketicinin korunması, küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması) ve siyasal faydalar olarak da sınıflandırılmaktadır, bkz. Akıncı, 6 vd.; Aslan, Rekabet Hukuku, 3 vd.; Sanlı, Geçersizlik, 8 vd.

konusu olabilir. Bu durum, rekabet hukukunun amacının iktisadi etkinliği korumak suretiyle toplumsal refahın sağlanması olduğunu deđiřtirmez¹⁸.

Rekabet hukukunun amacı olarak farklı bir kavram kabul edilse dahi, serbest rekabetin ekonomik sonuçlarından en çok faydalanan kesimin tüketiciler olduğu görülmektedir. Fiyatların düşmesi, ürün çeşitliliği, teknolojik gelişme, mal ve hizmetlerin dağıtım ve pazarlamasında meydana gelen ilerlemeler gibi rekabetin dolaylı etkilerinin tümü, tüketicilerin menfaatine gerekleşmektedir¹⁹. Bununla birlikte, tüketicinin korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerle rekabetin korunmasına ilişkin kuralların işlevlerinin farklı olduğu da unutulmamalıdır.

Türk rekabet hukukuna baktığımızda, 4054 sayılı Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinde Kanunun amacının "mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak" olarak tanımlandığını görmekteyiz. Madde incelendiğinde; rekabetin korunmasının yanında, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamalar ile hâkim durumdaki bir teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanmasını önlemek ve bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yapmanın amaçlandığı görülmektedir. Maalesef bu durum, Kanun'da amaç ve araç kavramlarının karıştırılmasından ve gelişigüzel kullanılmasından kaynaklanmaktadır²⁰.

Aynı maddenin gerekçesinde ise; rekabet kavramının piyasa ekonomisinde yalnızca kaynakların etkin kullanımını sağlamakla kalmayacağı aynı zamanda rakip malların fiyatlarının düşmesini ve bu pazarda daha büyük paya sahip olmak isteyen teşebbüslerin ürünlerinin kalitelerini artırmalarına ve yeni teknolojileri üretimde kullanmalarına yol açacağı, serbest rekabetçi yapının getirdiği dinamizmin ülke ekonomisinin sürekli ve dengeli kalkınmasını sağlayacağı, fiyatların düşüşü ve kalitenin artışının ise toplumun

18 Gürkaynak, 11 vd.

19 Sanlı, Geçersizlik, 10.

20 Halbuki, Kanun'un 20. maddesinde "Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini" Rekabet Kurumunun genel vazifesi olarak öngörülmüştür. Amacın belirlenmesi açısından 20. maddenin amaç maddesine göre daha uygun ve tutarlı bir ifade içerdii açıktır.

tamamını yani tüketicileri korumak gibi sosyal bir fayda sağlayacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, gerekçede de birçok farklı kavram aralarında bir önceliklendirme ve amaç-araç-işlev-sonuç ayrımı yapılmadan aynı anda amaç torbasına koyulmuş bulunmaktadır.

1.3. Rekabet Hukukunun Kapsamı ve 4054 Sayılı Kanun'da Yasaklanan Faaliyetler

Anayasa'nın 167. maddesi "*Devlet, para, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" hükmü ile -açıkça rekabet kavramı Anayasa'da geçmese bile- rekabetin korunmasını anayasal güvence altına almış ve devleti rekabeti korumakla görevlendirmiştir. Bu doğrultuda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun, 7 Aralık 1994 tarihinde TBMM'nde kabul edilmiş ve 13 Aralık 1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir²¹.

4054 Sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler*" in Kanun kapsamına gireceği belirtilmiştir.

21 Esasen, Anayasa'nın 167. maddesinin amir hükmüne rağmen 4054 Sayılı Kanun'un 1982 Anayasasından tam 12 yıl sonra yasalaşabilmesi rekabet hukuku alanında yapılan yasal düzenlemenin temel sebebinin anayasal yükümlülük veya ülkede uygulanan serbest piyasa ekonomisi olmadığını göstermektedir. Gerçekten de, Türkiye ile –o dönemki adıyla- Avrupa Topluluğu (AT) arasında imzalanan Ankara Antlaşması ve Katma Protokol hükümleri uyarınca; ekonomi politikalarının uyumlaştırılması amacıyla, Roma Antlaşması'nın rekabeti bozucu anlaşma, karar ve uygulamalara ilişkin 85. maddesi, hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 86. maddesi, kamu işletmeleri ile kendisine devlet tarafından özel ya da münhasır yetkiler tanınan işletmelere de rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin 90. maddesi ve devlet yardımlarına ilişkin 92. maddesi ile düzenlenen ilkelerin Türk ulusal hukukuna aktarılması öngörülmektedir.

Ayrıca, Türkiye ile AT arasında Gümrük Birliğinin tamamlanmasına ilişkin 6 Mart 1995 tarih ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararında da, kararda öngörülen süreler içinde, Türkiye'nin gümrük birliği ile hedeflenen ekonomik bütünleşmeyi sağlayabilmesi için rekabet mevzuatını AT hukuku ile uyumlu hale getirmesi öngörülmektedir.

Rekabet hukukunun temel dayanağı olan 4054 sayılı Kanun, üç esas alanı düzenlemektedir.

1.3.1. Kanun'un 4. Maddesinde Yasaklanan Faaliyetler: Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar

4054 sayılı Kanun'un ilk düzenlediği alan rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlardır. 4. maddede “*belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri*” yasaklanmıştır.

Görüldüğü üzere, 4. maddede yasaklanan ilk davranış, teşebbüsler arası anlaşmadır. Burada, irade uyuşmalarını ifade etmek üzere sözleşme kavramına değil, daha geniş bir anlam ifade eden anlaşma ifadesine yer verilmesine dikkat edilmelidir. Sözleşme, belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan hukuki işlemdir²². Genel olarak anlaşma terimiyle ise, iki veya daha fazla kişinin, belirli konu veya konular üzerindeki her türlü uyuşma ve mutabakatı kastedilir. Mutabakatın yazılı, sözlü veya sadece fiil yoluyla gerçekleştirilmesinin, hukuki bir sonuca yönelip yönelmemesinin bir önemi bulunmamaktadır²³.

Nitekim madde gerekçesinde, “*maddenin amacı bakımından anlaşmanın, Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanıldığı, anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının öneminin olmadığı*” ifade edilerek, daha dar bir kavram olan sözleşme yerine, anlaşma kavramının bilinçli olarak tercih edildiği belirtilmiştir.

4. maddede ikinci olarak yasaklanan davranış, teşebbüsler arasında gerçekleştirilen uyumlu eylemlerdir. Uyumlu eylem, iki veya daha fazla teşebbüsün, ekonomik ve rasyonel gerçeklerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları olarak tanımlanabilir²⁴. Kanun koyucu, Kanun'un 4. maddesinin arkadan dolanılmasını önlemek

22 Eren, 200.

23 Sanlı, Geçersizlik, 76.

24 Aslan, Rekabet Hukuku, 53.

için yalnızca arası teşebbüsler arası anlaşmalar ve teşebbüs birliklerinin karar ve eylemlerini yasaklamakla kalmamış, rekabeti sınırlama amacı taşıyan teşebbüslerin aynı sonuca daha farklı yollardan ulaşmalarını engellemek amacıyla, uyumlu eylemleri de yasaklamıştır. Böylece, rekabeti sınırlamakla birlikte, anlaşma niteliği taşımayan teşebbüsler arasındaki ilişkilere engel olunmak istenmiştir.

4. maddede son olarak yasaklanan davranış, teşebbüs birliklerinin karar ve eylemleridir. Kanunun “*Tanımlar*” başlıklı 3. maddesinde teşebbüs birliği, “*teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzelkişiliği haiz ya da tüzelkişiliği olmayan her türlü birlikleri*” olarak tanımlanmıştır. Teşebbüslerin müşterek menfaatlerini korumak ve sektöre özgü sorunlarla mücadele edebilmek için meslek birlikleri ya da birimler oluşturması gayet normal ve çok sık karşılaşılan bir durumdur. Kaldı ki, meslek birliklerinin kurulması özel hukuk ilkelerine göre üyelerin iradeleriyle gerçekleşebileceği gibi, ilgili mevzuat tarafından bazı mesleklerin yapılabilmesi için birliğin kurulması ve birliğe üye olma şartı da getirilmiş olabilir. Bununla birlikte, aynı sektörde faaliyet gösteren ve serbest piyasa ortamında birbirinin rakibi olan teşebbüslerin ortak bir platformda buluşmaları teşebbüslerin birlikte hareket etmelerine ve böylece pazardaki rekabetin zarar görmesine neden olabilir. Bu nedenle kanun koyucu; rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerini yasaklamış bulunmaktadır.

4. maddede yasaklanan haller belirtildikten sonra, maddenin devamında yasaklanan haller örneklenmiştir. Söz konusu örnekler şüphesiz; tahdidi değil, tadadi bir nitelik taşımaktadır. Sayılan haller aşağıdaki gibidir:

- a) *Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,*
- b) *Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,*
- c) *Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,*
- d) *Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,*

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi.

1.3.2. Kanun'un 6. Maddesinde Yasaklanan Faaliyetler: Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

4054 sayılı Kanun'un ikinci olarak düzenlediği alan hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır. 6. maddede “bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması” yasaklanmıştır. Kanununun 3. maddesinde hâkim durum, “belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” olarak tanımlanmıştır.

Daha fazla kâr elde etmek ve pazar payını arttırmak, ekonomik hayatta faaliyet gösteren teşebbüslerin tabii bir hedefidir. Rekabet kuralları, serbest piyasa ilkesinin gereği olarak, bir teşebbüsün hâkim konuma gelmesini veya hâkim konumunu devam ettirmesini yasaklamaz. Bununla birlikte, hâkim konumdaki teşebbüsün, piyasadaki rekabet ortamını, diğer teşebbüslere kıyasla daha kolay bir şekilde etkilemesi mümkündür. Zira teşebbüsün sahip olduğu ekonomik güç ve bunun sağlayacağı rekabet avantajı, onun, piyasada büyük ölçüde keyfi davranabilmesine ve rekabetin işleyişine rahatça etkide bulunabilmesine imkân verir. İşte, rekabet kurallarıyla hâkim durumdaki teşebbüslerin faaliyetleri kontrol altına alınmakta ve bu teşebbüslerin serbest rekabetin gereklerine uygun davranmaları sağlanmaktadır. Sonuç olarak, rekabet kuralları teşebbüslerin piyasada hâkim duruma ulaşmasını yasaklamamakta, fakat hâkim durumda bulunan

teşebbüslere rekabetin sınırlanmamasına yönelik olarak özel bir sorumluluk yüklemek suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır²⁵.

Yine, 4. maddede olduğu gibi burada da maddenin devamında yasaklanan kötüye kullanma halleri tahdidi değil, tadadi olarak örneklenmiştir. Sayılan haller aşağıdaki gibidir:

- a) *Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,*
- b) *Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması,*
- c) *Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,*
- d) *Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,*
- e) *Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.*

1.3.3. Kanun'un 7. Maddesinde Yasaklanan Faaliyetler: Hâkim Durum Yaratmaya ya da Hâkim Durumu Güçlendirmeye Yönelik Birleşme veya Devralmalar

4054 sayılı Kanun'un üçüncü olarak düzenlediği alan ise birleşme ve devralmalardır. 7. maddede "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 mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya

25 Sanlı, Geçersizlik, 244.

da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması” yasaklanmıştır.

Teşebbüsleri birleşme ve devralmaya sevk eden pek çok ekonomik ve sosyal neden bulunmaktadır. Teşebbüslerin; kârlarını artırmak, daha verimli olmak veya piyasadaki konumlarını sağlamlaştırmak gibi çeşitli amaçlarla, başka bir teşebbüs veya teşebbüslerle kalıcı olarak bir araya gelmeleri, ekonomik açıdan olağan bir durumdur. Yirminci yüzyılın sonlarında ortaya çıkan küreselleşme olgusuyla rekabet baskısının küresel ölçekte hissedilmesi de, teşebbüsleri dış piyasaların rekabet koşullarına dayanabilmek için bir araya gelmeye zorlamakta ve bunun sonucu olarak pek çok sektörde, şirket evlilikleri ve benzeri kurumsal birliktelikler yoğun olarak yaşanmaktadır²⁶. Bununla birlikte, birleşme veya devralma işlemi taraflar açısından avantajlı olsa bile, bazı durumlarda piyasadaki rekabeti olumsuz etkileyebilir ve hatta ortadan kaldırabilir. Bu nedenle, piyasalarda çok sesliliğin korunması, iktisadi yoğunlaşmanın engellenmesi ve ekonomik gücün belirli merkezler etrafında toplanmasının önüne geçilmesi gereklidir.

Dikkat edilirse, 6. maddede hâkim durum başlı başına bir yasaklama nedeni olmazken bu maddede teşebbüslerin birleşme veya devralma suretiyle rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde hâkim durum haline gelmesi yasaklanmaktadır. Maddenin gerekçesinde, teşebbüslerin, birleşme veya devralma suretiyle, kendi iç dinamiği dışında büyüyerek hâkim duruma gelmelerinin rekabet düzenini bozacağı ileri sürülmüş ve teşebbüslerin bu şekilde hâkim duruma gelmelerinin denetim altına alınması gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Hükmün ikinci fıkrasında ise, *“Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul’a bildirilerek izin alınması gerektiğini, Kurul’un çıkaracağı Tebliğlerle ilan edileceği”* ifade edilmiş ve birleşmelerin denetiminde, Rekabet Kurulunun münhasıran yetkili olduğunu öngörülmüştür. Rekabet Kurulu ise, bu hükme dayanarak 12.7.1997 tarihinde, *“Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ”* yayımlamış ve hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kuruluna bildirilerek izin alınması gereken birleşme ve devralmaları tespit etmiştir.

26 Sanlı, Geçersizlik, 314.

1.4. Örnek İhlal Grupları

Bu başlık altında, konunun daha iyi anlaşılması açısından yukarıda anlatılan ihlal türlerinin örneklendirmesi yapılacaktır. Tezin ilerleyen kısımlarında da, rekabetin ihlalinden doğan tazminat sorumluluğunun hukuki niteliği incelenirken söz konusu örnek ihlal türlerine atıfta bulunulacaktır²⁷.

1.4.1. Kanun'un 4. Maddesinde Yasaklanan Örnek İhlal Grupları

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde en sık karşılaşılan ihlal türü kartellerdir. Kanunun kartel yasağı ile ilgili olan 4. maddesinde, açıkça kartel ifadesi geçmemektedir. Bununla birlikte, Kanun'un 4. maddesinde yasaklanan ihlal türlerinin büyük bir kısmını kartel uygulamalarının oluşturduğu görülecektir. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik²⁸'in 3. maddesinde kartel kavramı, *“fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler”* olarak tanımlanmaktadır. Kartel tanımında genel olarak bir uzlaşmanın var olduğu görülmektedir²⁹.

Kartel oluşumunun -söz konusu kartel üyelerinin müşteri olsun ya da olmasın- tüketicilere, aynı piyasada faaliyet gösteren diğer teşebbüslere, hatta kartel üyelerine dahi verdiği birçok zarar bulunmaktadır. Kartel nedeniyle müşterilerden kartel üyelerine haksız bir gelir transferi meydana gelmektedir. Oluşan fiyat artışı neticesinde ilgili ürünü satın alamayan kişiler, sunulan mal veya hizmetten mahrum kalmaktadır. Kartel üyeleri, maliyetleri azaltma ve ar-ge çalışmaları yapma konusunda kendilerini daha az baskı altında hissetmektedir. Dolayısıyla kartellerin yaygın olduğu bir piyasada etkinliğin

27 Önemle belirtmek gerekir ki; çeşitli hukuki sebeplerle verilecek örneklerdeki ihlalden etkilenen tarafların tamamının tazminat talep etme hakkı bulunmayabilir. Söz konusu zarar; haksız fiil, taraflar arasındaki sözleşmenin ihlali veya sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun ihlali neticesinde ortaya çıkmış ise, zararın tazmin edilebilmesi için, sayılan hukuki müesseselerin şartlarının somut olayda gerçekleşmesi gerekir.

28 <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/yonetmelikler/kartellerin-ortaya-cikarilmasi-amaciyla-aktif-isbirligi-yapilmasina-dair-yonetmelik-20180219102548976.pdf> (E.T.: 25.03.2019)

29 OECD'nin 1993 yılında çıkarmış olduğu “Endüstriyel Organizasyon İktisadi ve Rekabet Hukuku Sözlüğü”nde, AB Komisyonu'nun 2002 yılında çıkarmış olduğu “AB Rekabet Politikasında Kullanılan Terimler Sözlüğü”nde ve Rekabet Kurumunun 2010 yılında çıkarmış olduğu “Rekabet Terimleri Sözlüğü”nde yapılan kartel tanımları da benzer şekildedir.

ortadan kalkması, girişimciliğin azalması, yalnızca tüketicilerin değil gerek aynı sektörde hukuka uygun biçimde rekabet etmek isteyen gerekse alt veya üst pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin zarara uğraması, tüketicilerin daha kaliteli ürünü daha düşük fiyatla satın alamaması, enflasyonun artması, halkın serbest piyasa ekonomisine olan güveninin sarsılması gibi birçok iktisadi, sosyal ve siyasal problemlerden bahsedilebilir³⁰.

Türkiye’de faaliyet gösteren bazı bankaların bir araya gelerek faizleri aralarında anlaşmak suretiyle belirlemeleri durumunda³¹, aşağıdaki kişi ya da grupların ihlalden etkilenmesi muhtemeldir³²:

- Kartel üyesi bankadan, ev almak için normalden daha yüksek faiz oranıyla kredi çekmek zorunda kalan **tüketici T1**, (*doğrudan alıcı*³³)
- Ev almak için konut kredisi çekmeyi düşünen fakat kredi sözleşmesi yapmak üzere bankalarla yaptığı görüşmelerde, banka faizleri yüksek olduğu için kredi çekemeyen ve konut alma imkânı ortadan kalkan **tüketici T2**, (*potansiyel alıcı*)
- Kartel üyesi bankaların fiyatları yükseltmesi üzerine, karteğe üye olmamasına ve kartel üyesi bankaların faizleri aralarında anlaşarak yükselttiklerinden haberdar olmamasına rağmen piyasadaki artışı takip ederek faiz oranlarını arttıran bir bankadan kredi çeken **tüketici T3**. (*şemsiye etkisi*³⁴)

30 Kekevi, 9-10.

31 Verilen örnek ile aynı doğrultuda bir ihlal için bkz. 08.03.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Kararda, “*Türkiye’de faaliyet gösteren 12 bankanın mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri konusunda anlaşma ve/veya uyumlu eylem içerisinde bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiği*” tespit edilerek yürütülen soruşturma sonucunda 12 bankaya toplam **1.116.957.468,76 TL** idari para cezası verilmesine karar verilmiştir. Söz konusu para cezası, Rekabet Kurulu’nun şu ana kadar dosya bazında hükmettiği en büyük para cezası özelliğini taşımaktadır.

32 Bu ve devamındaki örneklerde ihlalden zarar görenlerin tamamına hukuk düzeni zararın tazmin edilmesi imkanı sağlamayabilir. Hangi zararların tazmin edilebileceği konusu için bkz. Gündüz/Bozkuş, 66-68.

33 İhlalden etkilenebilecek grupların tanımı için bkz. “*İkinci Bölüm, VII. Zararın Belirlenmesi ve Tazminatın Tayini, C. Rekabet İhlalinden Zarar Görenler*”

34 Şemsiye etkisi; rekabeti ihlal eden teşebbüslerin fiyatları yükseltmesiyle birlikte piyasadaki fiyatların genel olarak yükselmesi durumudur. İhlalle birlikte piyasada yaratılan yüksek fiyat şemsiyesi diğer teşebbüslerin de fiyat politikalarını gözden geçirmesine neden olur. Şemsiye etkisinde fiyat arttıran teşebbüsler ihlale taraf olmayabilir, hatta ihlalden haberdar olmayabilir. Teşebbüsler kuruluş amaçları gereği en yüksek oranda kar elde etmek isterler ve fiyatın

Çimento sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin bir araya gelerek çimento fiyatını ortaklaşa belirlemeleri, mal satacakları müşterileri ve bölgeleri paylaşmaları, arz miktarının kısıtlamaları durumunda³⁵, aşağıdaki kişi ya da grupların ihlalden etkilenmesi muhtemeldir:

- Çimento sektörünün bir alt pazarı olan hazır beton pazarında faaliyet gösteren ve çimento firmalarından yüksek fiyata mal almak zorunda kalan hazır beton üreticisi **A Şirketi**, (*doğrudan alıcı*)
- Hazır beton pazarının bir alt pazarı olan müteahhitlik pazarında faaliyet gösteren ve çimento firmalarından doğrudan alım yapmasa da hazır beton üretiminin maliyetlerinin yükselmesi nedeniyle yüksek fiyata hazır beton üreticilerinden mal almak zorunda kalan **B Şirketi**, (*dolaylı alıcı-1*)
- Konut ihtiyacı olan ve maliyetler yükseldiği için yüksek fiyattan konut almak zorunda kalan **tüketici T1**, (*dolaylı alıcı-2*)
- Konut ihtiyacı olan fakat maliyetler yükseldiği için konut alamayan **tüketici T2**, (*potansiyel alıcı*)
- Konut sektöründe maliyetlerin yükselmesi ile birlikte artık yatırımcı ve tüketicilerin bu alana rağbet göstermemeye başlaması sonucu sektördeki durgunluk yüzünden işleri kötüye giden alt ve üst pazarlardaki teşebbüsler (A, B,) ile ilişkili pazarlardaki **diğer teşebbüsler** (tesisatçı C, ev dekorasyon şirketi D, boyacı E). (*ilişkili pazardakiler*)

rekabetçi seviyenin üzerinde belirlenmesi durumunda fiyat artışına doğal olarak katılmak isterler. Bkz. Şahin, E., 91 vd.

35 Verilen örnek ile aynı doğrultuda bir ihlal için bkz. 14.01.2016 tarihli ve 16-02/44-14 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Kararda, “Ege Bölgesi’nde faaliyet gösteren çimento üreticilerinin aralarında anlaşmaları, çimento fiyatlarına ciddi oranlarda zamlar uyguladıkları, çimento fabrikalarının yerleşkelerini esas alarak müşteri ve bölge paylaştıkları, bayilerinin başka marka çimento satışını çimento fabrikaları bazında engelledikleri iddiaları üzerine yürütülen soruşturmada; ilgili teşebbüslerin anlaşma ve/veya uyumlu eylem içerisinde bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiği” tespit edilerek ilgili teşebbüslere toplam **70.915.528 TL** idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

1.4.2. Kanun'un 6. Maddesinde Yasaklanan Örnek İhlal Grupları

Kanun'un 6. maddesinde yasaklanan hâkim durumun kötüye kullanılması hali; dışlayıcı kötüye kullanmalar, ayrımcı kötüye kullanmalar ve sömürücü kötüye kullanmalar olarak üç alt gruba ayrılabilir:

Sömürücü kötüye kullanmalar; hâkim durumdaki teşebbüsün davranışı ile tüketici refahında doğrudan azalma meydana getiren ve teşebbüsün yüksek pazar gücünü bir silah olarak kullanarak normalde elde edemeyeceği düzeyde bir rant elde etmesini sağlayan kötüye kullanma türüdür. Sömürücü kötüye kullanma durumunun en bariz örneği aşırı fiyat uygulamasıdır. Aşırı fiyat, hâkim durumdaki teşebbüsün sattığı ürün veya hizmetin fiyatını rekabetçi koşullarda oluşması beklenen fiyat düzeyinden belirgin düzeyde yüksek belirlemesidir.

Ayrımcı kötüye kullanmalar; hâkim durumdaki teşebbüsün davranışı ile alt pazarda rekabetin bozulmasına neden olduğu ve tüketici refahında dolaylı azalmaya yol açan kötüye kullanma türüdür. Bu kötüye kullanma türünde ayrımcılığın teşebbüs konumundaki alıcılara yönelik olduğuna dikkat edilmelidir. Fiyat ayrımcılığı ve ayrımcı sözleşme koşulları ileri sürmek ayrımcı kötüye kullanmaya örnek verilebilir.

Dışlayıcı kötüye kullanmalar; rakiplerin pazar dışına itilmesi, güçsüz duruma düşürülmesi veya potansiyel rakiplerin pazara girişinin önlenmesi ile alt pazardaki teşebbüslerin bir kısmının pazardan dışlanması yoluyla pazardaki etkin rekabeti olumsuz etkileyen ve tüketici refahında azalmaya yol açan kötüye kullanma türüdür. Dışlama, hâkim durumdaki teşebbüsün kendisine rakip olan teşebbüslere yönelik davranışları sonucunda rakiplerin piyasadan dışlanması suretiyle meydana gelebileceği gibi kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan müşterilerine yönelik davranışları sonucunda alt pazardaki teşebbüslerin bir kısmının pazardan dışlanması suretiyle de gerçekleştirilebilir. Yıkıcı fiyat, bağlama, indirim sistemleri, anlaşma yapmayı reddetme, müşterilerle yapılan uzun dönemli münhasır sözleşmeler ve fiyat sıkıştırması çokça karşılaşılan dışlayıcı kötüye kullanma örnekleridir.

Akıllı telefon işletim sistemi pazarında hâkim durumda bulunan ve mobil uygulama ile hizmetlerin kullanıcılara sunulmasını sağlayan **G Şirketi**; telefonlarda kendi mobil uygulama/hizmetlerinin sunumuna yer verirken diğer uygulama/hizmetlerin mobil

işletim sisteminde yer almasını zorlaştırarak hâkim durumunu alt pazar olan mobil uygulama ve hizmetleri sektöründe kötüye kullanması halinde³⁶, aşağıdaki kişi ya da grupların ihlalden etkilenmesi muhtemeldir:

- Mobil uygulama ve hizmet üretimi gerçekleştiren fakat ürün/hizmetini akıllı telefon işletim sisteminde satışa koyabilmek için G Şirketine normalden daha fazla bedel ödemek zorunda kalan yazılımcı **Y Şirketi**, (*doğrudan alıcı*)
- Mobil uygulama ve hizmet üretimi gerçekleştiren fakat G Şirketinin çok yüksek bir fiyat istemesi nedeniyle ürün/hizmetini akıllı telefon işletim sisteminde satışa koyamayan, satış yapamadığı için de işleri yolunda gitmeyerek iflas eden **Z Şirketi**. (*potansiyel alıcı*)

Petrol rafinaj sektöründe faaliyet gösteren ve bu sektörde hâkim durumda bulunan, ham petrolü işleyerek benzin, motorin, jet yakıtı, fuel-oil gibi yakıt türlerini elde eden **R Şirketi**; ham petrol piyasasındaki fiyat dalgalanmalarını fırsat bilerek ham petrol fiyatlarının yükseldiği dönemlerde bunu kendi fiyatlarına yansıtırsa fakat fiyatların düştüğü dönemde bunu kendi satış fiyatlarına yansıtılmakta isteksiz ve yavaş davranarak aşırı fiyatlama yoluyla hâkim durumunu kötüye kullanması durumunda³⁷, aşağıdaki kişi ya da grupların ihlalden etkilenmesi muhtemeldir:

- Petrol rafinerisinden ürün olarak bunu piyasada satan **akaryakıt dağıtım şirketleri**, (*doğrudan alıcı*)

36 Verilen örnek ile aynı doğrultuda bir ihlal için bkz. 19.09.2018 tarihli ve 18-33/555-273 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Kararda, “*Google LLC, Google International LLC ve Google Reklamcılık ve Pazarlama Ltd. Şti.*’den oluşan ekonomik bütünlüğün mobil işletim sistemi ve mobil uygulama ve hizmetlerin sunumuna ilişkin davranışlar ve anılan ekonomik bütünlük ile cihaz üreticileri arasında imzalanan sözleşmeler yoluyla hâkim durumunu kötüye kullandığı ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesini ihlal ettiği” tespit edilerek Google LLC, Google International LLC ve Google Reklamcılık ve Pazarlama Ltd. Şti. unvanlı şirketlere müteselsilen **93.083.422,30 TL** idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

37 Verilen örnek ile aynı doğrultuda bir ihlal için bkz. 17.01.2014 tarihli ve 14-03/60-24 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Kararda, “*Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.’nin (TÜPRAŞ) fiyatlandırma ve sözleşmelere ilişkin uygulamaları yoluyla hâkim durumunu kötüye kullandığı, bu suretle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesini ihlal ettiği*” tespit edilerek TÜPRAŞ’a **412.015.081,24 TL** idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

- Akaryakıt dağıtım şirketlerinden ürün alan **akaryakıt bayileri**, (*dolaylı alıcı-1*)
- Bayilerin satış yaptığı **nihai tüketiciler**. (*dolaylı alıcı-2*)

1.4.3. Kanun'un 7. Maddesinde Yasaklanan Örnek İhlal Grupları

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde "*hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik*" birleşme ve devralmalar yasaklanmıştır. Hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gereken birleşme ve devralmalar ise Rekabet Kurulunun 12.7.1997 tarihinde çıkarmış olduğu "*Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ*"de tespit edilmiştir. 1997/1 sayılı Tebliğ ile getirilen pazar payı eşiği, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ (2010/4 sayılı Tebliğ) ile kaldırılmış, bunun yerine ciro eşikleri kabul edilmiştir.

2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesine göre,

- İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya*
- Devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi*

aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.

Aynı Tebliğin 5. maddesine göre kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

- İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da*
- Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması*

Kanunun 7. maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılacaktır.

Hukuka aykırı nitelikteki birleşme ve devralmaların tazminat sorumluluğuna yol açıp açmayacağı konusu tartışmalıdır. 4054 sayılı Kanun'un 57. maddesi, oldukça geniş bir ifade tarzı kullanmış olmasına rağmen, dikkatle incelendiğinde -eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanması yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunun kötüye kullanılması denilerek- metinde sadece 4. ve 6. maddede düzenlenen hallerin zikredildiği görülmektedir. Bu itibarla, ilk bakışta söz konusu hükmün 7. maddede düzenlenen birleşme ve devralmaları kapsamadığı ve dolayısıyla da 7. maddeye aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı söylenebilir³⁸. Bununla birlikte, sadece Kanun'un lafzı çerçevesinde bu türden bir sonuca varmak mümkün değildir. Fakat yine de 7. maddenin özellikleri, bu maddenin ihlal edilmesinin tazminat sorumluluğuna yol açıp açmayacağı konusunda tereddüt uyandırmaktadır³⁹.

Gerçekten de, izinsiz gerçekleştirilen birleşme ve devralmalardan doğan tazminat sorumluluğu son derece sınırlı hallerde uygulama alanı bulabilecektir⁴⁰. Bu durum, salt hâkim durum yaratmanın ya da hâkim durumu güçlendirmenin herhangi bir zarara yol açamaması ile açıklanabilir. Rakipler ya da müşteriler, teşebbüsün ancak hâkim durumunu kötüye kullanması halinde zarar görebilirler. Bu halde ise zarar birleşme veya devralma işleminden dolayı değil 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenen hâkim durumun kötüye kullanılması fiilinden dolayı meydana gelir. Dolayısıyla 7. maddeye aykırılığın doğrudan bir zarara sebep olmaması nedeniyle tazminat sorumluluğuna yol açmasının son derece sınırlı olduğu düşünülmektedir⁴¹.

38 Anlaşma kelimesinin sözleşmeyi de içerecek şekilde geniş kapsamlı olmasına rağmen, 4054 sayılı Kanun'da hem anlaşma hem de sözleşme kelimesinin kullanılmasının anlamlı olduğu, buradaki sözleşme kavramı ile birleşme ve devralmaların ifade edildiği görüşü için bkz. Tekinalp, 261.

39 Sanlı, Sempozyum, 216.

40 Farazi uygulama alanları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sanlı, Sempozyum, 216-218; Kesici, 99-105.

41 Aslan'a göre ise, Kanun'un 7. maddesi de yasaklar içeren diğer maddeleri (4. ve 6. madde) gibi rekabeti bozabilecek bir durumu yasaklamayı amaçlamaktadır. Bu itibarla 7. maddeye aykırı olarak izin almadan birleşen teşebbüslerin de kanuna aykırı bir durum içine girdikleri ve haksız bir fiil oluşturdukları sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla 7. maddenin ihlaline dayanarak da tazminat davası açılabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Yasak olan bir birleşme veya devralma nedeniyle özellikle rakipler ve müşteriler zarar görebilir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, 784. Benzer bir görüş için bkz. Güven, 738-739; Sayhan, 41-42.

1.5. Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümlere Aykırılığın Hukuki Sonuçları

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yukarıda yer verilen yasaklayıcı hükümlerin yanı sıra, bu hükümler açısından tamamlayıcı bir mahiyet teşkil eden diğer hükümler ve usule ilişkin birtakım hükümler de bulunmaktadır. Rekabet hukukunun hem kamu hukukunu hem özel hukuku ilgilendiren karma bir hukuk dalı olması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'da kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında farklı yaptırımlar yer almaktadır.

1.5.1. Kamu Hukuku Alanındaki Sonuçları

Kamu hukuku yaptırımları; rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanmasının toplumsal ve ekonomik zararlar meydana getirmesi nedeniyle, ekonomik sistemin ve kamu yararının koruyucusu devlete tanınan müdahale yetkisi olarak tanımlanmaktadır⁴². Söz konusu yaptırımlar arasında; idari para cezaları, ihlalde karar ve eylemleriyle katılımı olan bireylere ve yöneticilere hapis cezaları, kamu ihalelerine katılma yasağı, ihlalden önceki durumun tesisi, yöneticilik yapma yasağı gibi durumlar yer almaktadır⁴³.

4054 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabet ortamının temin edilmesi amacıyla Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzelkişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen idari yaptırımlar; idari kararlar ve idari para cezaları olmak üzere iki farklı kategori altında incelenebilir. Birbirleriyle eş zamanlı olarak uygulanması mümkün olan bu yaptırımlardan ilki, teşebbüslerin belli bir şekilde davranmalarını gerektiren kararlar; ikincisi ise, idari para cezalarıdır. İdari kararlar; rekabetin yeniden tesis edilmesi ve ihlalden önceki durumun korunmasını sağlamak amacıyla, teşebbüslere müspet ya da menfi bir şekilde davranma yükümlülüğü yükleyen kararlardır. İdari para cezaları ise, teşebbüslerin rekabete aykırı davranması ya

42 Şahin, Tazminat Talepleri, 7.; Akıncı, 289.

43 Bireylere ve yöneticilere yönelik hapis cezaları Anglo-Sakson Hukuk Sisteminin uygulandığı ABD, Kanada, İngiltere gibi ülkelerde görülmektedir.

da Kurul kararının gereğini yerine getirmemesi halinde teşebbüslere uygulanacak olan yaptırımlardır⁴⁴.

Türk rekabet hukukunda yer alan kamu hukuku yaptırımları aşağıdaki gibidir:

1.5.1.1. İdari Kararlar

4054 sayılı Kanun'un "*Ihlale Son Verme*" başlıklı 9. maddenin birinci fıkrasına göre Kurul; ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir.

Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, aynı maddenin dördüncü fıkrasına dayanarak ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir.

1.5.1.2. İdari Para Cezası

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilecektir.

Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine söz konusu idari para cezasının verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilecektir.

44 Sanlı, Geçersizlik, 385.

Kurul, idari para cezasına karar verirken, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacaktır.

Yukarıdaki hükümler incelendiğinde, söz konusu hükümlerin, ihlalin esasına ilişkin para cezalarının uygulanması ile ilgili olduğu görülecektir. Bunun yanı sıra, başvurularda yanlış ve yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi; bilgi isteme ve yerinde inceleme halinde eksik, yanlış ve yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi; izinsiz birleşme veya devralma işlemlerinin gerçekleştirilmesi gibi usul kurallarına aykırı davranışlar da kanun koyucu tarafından idari para cezası yaptırımına tabi tutulmuştur.

16. maddenin birinci fıkrasına göre Rekabet Kurulu, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine;

- a) *Muafiyet ve menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi,*
- b) *İzne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi,*
- c) *Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi,*
- d) *Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması*

hallerinden (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen durumlarda yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında, (d) bendinde belirtilen durumda ise yıllık gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası verecektir.

Yukarıdaki cezaların yanı sıra, 4054 sayılı Kanun'un "Nispi İdari Para Cezası" başlıklı 17. maddesinde düzenlenen para cezaları da usule ilişkin süreli para cezası olarak değerlendirilmektedir. Madde.17'ye göre Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16. maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla,

- a) *Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülüklerle ya da verilen taahhütlere uyulmaması,*
- b) *Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,*

c) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi

durumunda her gün için, yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idari para cezası verecektir.

Sürelî para cezaları, Rekabet Kurulunun vermiş olduğu bir kararın, gerektiği gibi uygulanmasını sağlamak üzere, kararda belirtilen hususların yerine getirilmediği her gün için ayrı ayrı tatbik edilen para cezalarıdır. Görüldüğü üzere, bu cezanın öngörülmesindeki asıl amaç karara uymayan teşebbüsleri cezalandırmak değil, kararlara uyulmasının sağlanması, bir başka deyişle, kararın tazyikidir⁴⁵.

Usulî nitelikteki para cezaları incelendiğinde; bu tür cezalara Kanun'da sabit ve nispeten düşük bir miktar olarak öngörüldüğü ve bu hususta Kurul'a herhangi bir takdir hakkı tanınmadığı, ihlalin esasına ilişkin para cezalarının ise daha ağır ve somut olayın özelliklerine göre Kurulun takdir yetkisi dâhilinde olduğu anlaşılmaktadır.

1.5.2. Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları

4054 sayılı Kanun'un beşinci kısmı (m.56-59), "*Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*"nı düzenlemektedir. 56. madde, rekabete aykırı anlaşma ve kararların geçersiz olacağını hüküm altına almıştır. 57, 58 ve 59. maddelerde ise rekabet hukukunda tazminat müessesesi düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerde; Türk hukukunda pek rastlanılmayan ve tazminatın zarar miktarını aşamayacağı ilkesine bir istisna teşkil eden üç katı tazminat sorumluluğu düzenlenmiş, zarar görenlerin dilerlerse zarar yerine Kanun'u ihlal edenlerin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel karı talep etmelerine imkân tanınmış, ispat yükünün bazı durumlarda zarar görenler lehine olarak yer değiştirebilmesi sağlanmış ve zarara sebebiyet veren birden fazla teşebbüsün bulunması durumunda bunların oluşan zarardan müteselsilen sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır.

4054 sayılı Kanun; rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamış ve bu hallerde, Rekabet Kuruluna, ihlalin sona erdirilmesi için gerekli tedbirleri alma ve idari para cezası verme yetkisi tanımıştır.

45 Sanlı, Geçersizlik, 386.

Bununla birlikte, rekabet hukukunun konusunu oluşturan eylem ve işlemlerin temelde özel hukuka ait olması nedeniyle Kanun'a aykırı davranışlar kaçınılmaz olarak aynı zamanda özel hukuk alanında neticeler doğurmaktadır. Özellikle geçersizlik yaptırımını, ticari hayattaki işlemler açısından ekonomik hayatı etkileyecek ve hukuk güvenliğini tehlikeye sokacak potansiyele sahiptir⁴⁶. Rekabet ihlalinin zarar gören kimselerin açabileceği tazminat davaları da, rekabet hukukunun özel hukuk boyutunun önemli bir ayağını oluşturmaktadır⁴⁷.

Kamusal yaptırımlar yoluyla rekabet ortamı yeniden sağlanabileceksin de, etkin rekabetin tesisi için rekabetin ihlal edildiği dönemde tüketicilerin ve teşebbüslerin gördüğü zararın tazmin edilmesi ve zarar görenler aleyhine oluşan refah kaybının telafi edilmesi gerekir. Tazminat sorumluluğu tam bu noktada, tüketicilerden rekabeti ihlal eden teşebbüslere transfer edilen haksız servetin tekrar tüketicilere aktarılmasını ve böylece, rekabet karşıtı davranışların etkilerinin piyasadan tam olarak silinebilmesini sağlar. Ayrıca, tazminat tehdidi altında kalan teşebbüsler için caydırıcılık sağlanmış olacağından teşebbüslerin rekabet hukukuna uyum motivasyonları da artar.

Bir ülkede etkin rekabet ortamının elde edilebilmesi için kamusal yaptırımların yanında özel hukuk yaptırımlarının da hukuk düzeni içerisinde kendisine yer edinmesi şarttır. Söz konusu kurallar, birbirini tamamlayıcı niteliktedir⁴⁸. 4054 Sayılı Kanun, rekabet hukuku kurallarının etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla, birbirini destekleyen ikili bir yaptırım sistemi benimseyerek hem kamu hukuku hem de özel hukuk yaptırımlarını bir arada düzenlemiştir⁴⁹. Ancak, uygulamada kamu hukuku yaptırımları baskın hale gelmiş,

46 Sanlı, Geçersizlik, 387.

47 Sanlı'ya göre burada, özel hukukun tamamından değil, borçlar hukuku alanında ortaya çıkan neticelerden bahsetmek daha uygun olacaktır. Geçersizlik ve tazminat kavramlarının borçlar hukukuna ait kavramlar olması ve söz konusu kavramların içerik, uygulanma ve sonuçları yönünden borçlar hukukunun temel prensiplerinden ayrılmaması, yazarı bu sonuca ulaştırmaktadır. Bununla birlikte, rekabet hukukunun kendine has karakteri ve 4054 sayılı Kanun'un bu neticelere ilişkin farklı bir takım düzenlemeler öngörmüş olması, özel hukuk alanında ortaya çıkan neticelerin müstakil olarak incelenmesini ve bunların borçlar hukuku açısından değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Bkz. Sanlı, Geçersizlik, 387.

48 Commission of the European Communities, Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 9.

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (E.T.: 25.03.2019.)

49 4054 sayılı Kanun'un temel aldığı yaptırım sisteminin idari bir nitelik taşıdığı hakkındaki görüş için bkz. Sanlı, Geçersizlik, 399 vd.

zararın üç katı tazminata hükmedilebilmesi imkânı olmasına rağmen, tazminat taleplerine neredeyse hiç başvurulmamıştır⁵⁰. Bununla birlikte, son zamanlarda Türk rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının önem kazanmaya başladığı görülmektedir.

Türk rekabet hukukunda yer alan özel hukuk yaptırımları aşağıdaki gibidir:

1.5.2.1. Geçersizlik Yaptırımı

Modern hukuk sistemlerinde, irade özerkliği ilkesi ve bu ilkenin doğal sonucu olan sözleşme özgürlüğü mutlak bir prensip olarak kabul edilmemektedir. Hukuki işlemin geçerli olabilmesi, pozitif hukukun aradığı çeşitli koşulların gerçekleştirilmesine bağlanmakta; koşulların eksikliği hukuki işlemin geçerliliğinin etkilenmesine veya tamamen etkisizleşmesine sebep olabilmektedir⁵¹. Bir sözleşmenin, tarafların istediği hukuki hüküm ve sonuçları meydana getiremediği bütün hallere, bir üst kavram olarak geçersizlik veya hükümsüzlük adı verilir^{52,53}.

Rekabet hukukundaki geçersizlik yaptırımına gelinecek olursa, 4054 sayılı Kanun'un "Bu Kanuna Aykırı Anlaşma ve Kararların Hukuki Niteliği" başlıklı 56. maddesi aşağıdaki gibidir:

"Madde 56 – Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanununun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir.

50 Şahin, Tazminat Talepleri, 5.

51 Sanlı, Geçersizlik, 389.

52 Eren, 349.

53 Doktrin ve uygulamada sık rastlanılan yokluk ve geçersizlik kavramlarını birbirinden ayırmak gerekir. Yokluk, sözleşmenin kurulmasıyla ilgili bir kavramdır. Kurucu unsurları içermeyen bir sözleşme kurulmamış, meydana gelmemiştir. Hukuk düzeni, kurucu unsurlardan yoksun bir sözleşmeye yokluk yaptırımını bağlamıştır. Geçersizlik (hükümsüzlük) ise sözleşmenin kurucu unsurlarıyla değil, geçerlilik unsurlarıyla ilgilidir. Kurucu unsurlar sözleşmeyi kurar, geçerlilik unsurları ise kurulmuş bir sözleşmenin geçerli hukuki sonuçlar doğurmasını sağlar. Geçerlilik ya da geçersizlik, sözleşmenin kurulmasından sonra olur; dolayısıyla kurulmamış (yok) bir sözleşmenin geçerliliğinden veya geçersizliğinden söz edilemez. Bkz. Eren, 348-349.

Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz.”

56. madde incelendiğinde, maddenin lafzından, üçüncü başlıkta yer verilen rekabet ihlallerinin tümünü kapsayıp kapsamadığı anlaşılammaktadır. Bilindiği üzere rekabet ihlali; teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararı (madde 4), hâkim durumun kötüye kullanılması (madde 6) ve hâkim durum meydana getirecek veya hâkim durumu güçlendirecek birleşme veya devralmalar (madde 7) yoluyla meydana gelir.

Rekabet hukukundaki geçersizlik yaptırımından bahsedebilmek için, ortada bir hukuki işlemin bulunması şarttır. Bu nedenle, 4. maddede yer alan “uyumlu eylem” ve “teşebbüs birliği eylemleri”nin geçersiz olabilmesi, bu kavramların hukuki işlem olmaması nedeniyle mümkün değildir. Yine, 4. maddede yer alan “anlaşma” kavramının hukuki işlemi de kapsayan geniş bir kavram olduğu düşünüldüğünde, rekabete aykırı bütün anlaşmaların değil sadece sözleşme niteliğindeki anlaşmaların geçersiz olabilmesi mümkündür. Dolayısıyla Kanun’un 56. maddesinde yer alan “anlaşma” kavramı, “sözleşme” olarak anlaşılmalıdır. Kanun’un 6. maddesindeki hâkim durumun kötüye kullanılması ise ancak kötüye kullanma teşkil eden fiilin hukuki işlem şeklinde gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olabilir. Son olarak, 7. maddede yer alan birleşme veya devralma işleminin hukuki işlem dışı bir şekilde gerçekleşmesinin neredeyse imkânsız olması nedeniyle, 7. maddeye aykırı bir durumun ortaya çıkması halinde, geçersizlik yaptırımı söz konusu olacaktır⁵⁴.

1.5.2.2. Tazminat Yükümlülüğü

4054 sayılı Kanun’da, ihlalden zarar görenlerin zararının tazmini 57 ila 59. maddelerde düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerde sorumluluk hukukunun genel esasları ile paralel düzenlemeler olduğu gibi⁵⁵, ihlalden zarar görenlerin tazminat davası açmasını teşvik amacıyla üç katı oranında tazminat ve ispat yükünün ters çevrilmesi gibi sorumluluk hukukunda yer almayan düzenlemelere de yer verilmiştir.

54 Sanlı, Geçersizlik, 390.

55 Aksoy, 49.

Tezin “*Rekabet İhlallerinde Tazminat Sorumluluğunun Kapsamının Belirlenmesi*” başlıklı ikinci bölümünde tazminat yükümlülüğünden ayrıntılı olarak bahsedilecektir.

2. BÖLÜM: REKABET İHLALLERİNDE TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN KAPSAMININ BELİRLENMESİ

2.1. Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Yükümlülüğünün Amacı

2.1.1. Genel Olarak

Genel olarak sorumluluk hukukunda tazminat, haksız fiil veya borca aykırılık hallerinde kişilerin malvarlığında meydana gelen azalmanın (zararın) telafisi amacını taşır⁵⁶. Rekabet ihlallerinden doğan tazminat yükümlülüğünün amacı ise bundan çok daha fazladır. Gerçekten de, rekabet hukukundaki tazminata ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, yegâne amacın, tüketicilerin ve teşebbüslerin uğradıkları zararların tazmin edilmesi olduğunu kabul etmek oldukça güç görünmektedir⁵⁷. 4054 sayılı Kanun'un 56 ila 59. maddelerinde düzenlenen özel hukuk yaptırımları kısmında yer alan zararın üç katı oranında tazminat ve ispat yükünün ters çevrilmesine ilişkin hükümler, rekabet ihlalinden zarar görenlerin tazminat davası açmasını kolaylaştırıcı ve özendirici niteliktedir.

"1.2. Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler" bölümünde değinildiği üzere, ekonomik yaşamın serbest piyasa ekonomisi kurallarına göre şekillendirilmesinde ve iktisadi etkinliğin korunması suretiyle toplumsal refahın sağlanmasında rekabet politikalarının yeri son derece büyüktür. Dolayısıyla rekabet hukukundaki tazminat sorumluluğunda, sorumluluk hukukunda yer alan temel amacın yanında makro ölçüde piyasa yapısına dair amaçların da yer alması tabidir.

Teşebbüslerin rekabet hukukuna aykırı davranışları halinde, Rekabet Kuruluna, ihlalin sona erdirilmesi için gerekli tedbirleri alma ve idari para cezası verme yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte, rekabet hukuku ile hedeflenen amaca ulaşabilmek için sadece kamusal müdahalenin yeterli olmayacağı ve bunun tüketici refahındaki azalmayı telafi edemeyeceği açıktır. Ayrıca rekabet hukukunun konusunu oluşturan eylem ve işlemlerin temelde özel hukuka ait olması nedeniyle Kanun'a aykırı davranışlar kaçınılmaz olarak aynı zamanda özel hukuk alanında haklar ve borçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla rekabet

56 Eren, 537.

57 Yılmaz, 18.

ihlalden zarar gören kimselerin açabileceği tazminat davaları, rekabet hukukunun önemli bir ayağını oluşturmaktadır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında rekabet ihlallerinden doğan tazminat yükümlülüğünün amaçları; zararın tazmini ve haksız gelir transferinin iadesi, cezalandırma, kamusal müdahalenin etkisizliği karşısında özel hukuk yaptırımlarının tamamlayıcı rol oynaması ve caydırıcılık olarak sıralanabilir⁵⁸.

2.1.2. Zararın Tazmini ve Haksız Gelir Transferinin İadesi

Sorumluluk hukukuna egemen olan temel ilke, “Neminem laedere: Kimseye zarar verme” ilkesidir. Bu ilkeye aykırı davranılarak bir kişiye zarar verildiği takdirde, sorumluluk hukukunun amacı doğrultusunda zarar, zarar gören üzerinden alınarak bir başkasına ve özellikle zarar verene yükletilir⁵⁹.

Rekabet hukukunda zararın tazmini amacı, genel olarak sorumluluk hukukunun amacıyla aynıdır. Söz konusu amaç, rekabet ihlallerinden zarar gören tüketicilerin veya diğer teşebbüslerin zararlarının giderimi fonksiyonuna hizmet eder.

Etkin rekabetin tesisi için rekabetin ihlal edildiği dönemde tüketicilerin, rakip teşebbüslerin ve piyasadaki malın/hizmetin dağıtım zinciri içinde bulunan ara teşebbüslerin gördüğü zararın tazmin edilmesi ve söz konusu kesimler aleyhine oluşan refah kaybının telafi edilmesi gerekir. Tazminat sorumluluğu bu noktada, tüketicilerden ve diğer teşebbüslerden, rekabeti ihlal eden teşebbüslere transfer edilen haksız servetin tekrar tüketicilere aktarılmasını ve böylece, rekabet karşıtı davranışların etkilerinin piyasadadan tam olarak silinebilmesini sağlar.

58 Rekabet ihlallerinden doğan zararların tazmin edilmesiyle gerçekleşen amaçlardan bazıları ihlal öncesi, bazıları ise ihlal sonrası ortaya çıkar. İhlalden zarar görenlerin zararının telafi edilerek meydana gelen gelir adaletsizliğinin düzeltilmesi, ihlalde bulunan teşebbüslerin cezalandırılması ve özel hukuk yaptırımlarının tamamlayıcı rolü “*ex-post*” denetim ile gerçekleştirilirken, rekabeti ihlal etmeyi planlayan teşebbüsler üzerindeki caydırıcı etkinin “*ex-ante*” denetim ile sağlanır.

59 Eren, 537.

2.1.3. İdari Yaptırımların Yetersizliği Karşısında Kamusal Müdahaleye Olan Tamamlayıcı Etkisi

Bir ülkede etkin rekabet ortamının elde edilebilmesi için kamusal yaptırımların yanında özel hukuk yaptırımlarının da hukuk düzeni içerisinde kendisine yer edinmesi şarttır.

Avrupa Komisyonu'nun tazminat davalarına dair yayımlamış olduğu Yeşil Kitap'ta özel hukuk yaptırımlarının, idari yaptırımları tamamlayıcı nitelikte olduğu ve desteklenmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁰. Etkin bir rekabet politikası kamu hukuku yaptırımları ve özel hukuk yaptırımları olmak üzere iki önemli sütun üzerine oturur.

Rekabet ihlali halinde, kamu hukuku yaptırımları çoğu halde tek başına yeterli olamamaktadır. Bu yetersizliğin temel sebepleri arasında, rekabet hukuku kurallarını uygulamakla görevli otoritelerin yeterli mali kaynaklarının veya yetişmiş personelinin olmaması, kurumun yozlaşma veya siyasi baskı altına alınabilme risklerinin (regulatory capture) olması ya da yeterli politik veya kamuoyu desteğinin sağlanamaması gösterilebilir⁶¹. Özel hukuk yaptırımlarının tamamlayıcı etkisi, söz konusu sebeplerin varlığı halinde daha da önemli bir hale gelmektedir.

4054 sayılı Kanun'un, rekabetin ihlali halinde verilecek idari para cezalarını düzenleyen 16. maddesine göre, rekabeti ihlal eden teşebbüslerin yıllık gayri safi gelirinin (cirosunun) yüzde onuna kadar para cezası verilecektir. İlk bakışta, cironun yüzde onunu ceza olarak ödemenin rekabeti ihlal etmeyi düşünen teşebbüsler için caydırıcı bir etki yaratacağı düşünülebilir. Bununla birlikte, çoğu durumda, rekabet ihlallerinden doğan zararın büyüklüğü Rekabet Kurulunun verdiği para cezasından oldukça fazladır⁶².

İhlalin ortaya çıkardığı zararın büyüklüğüne ve kamusal müdahalenin yetersizliğine ilişkin olarak yürütülen bir çalışmada⁶³, Rekabet Kurulunun 23.9.2005 tarihli, 05-60/896-

60 Commission of the European Communities, Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 9.

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (E.T.: 20.03.2019.)

61 Şahin, Tazminat Talepleri, 16.

62 Kaldı ki; Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde, ihlalde bulunan teşebbüslere verilen cezanın teşebbüslerin cirolarının yaklaşık %1-2'si oranında olduğu ve cezaların üst sınıra olan %10 oranından oldukça uzak olduğu görülmektedir.

63 Şahbaz/Karakurt, 545-570; Şahbaz, 81-84.

241 sayılı “*Maya-2*” kararı incelenmiştir. Kararda, Türkiye yaş ekmek mayası pazarındaki dört teşebbüsün, Şubat 2003-Kasım 2003 döneminde uyumlu eylemde bulunmak suretiyle Kanun’un 4. maddesi kapsamında bir ihlal gerçekleştirdiklerine hükmedilmiş ve teşebbüslere takdiren cirolarının %1’i ölçüsünde ceza verilmiştir. Söz konusu çalışmada yapılan tahmini zarar hesabında ise ihlalin meydana getirdiği toplam zararın ihlale katılan teşebbüslere verilen para cezasının 17 katından daha fazla olduğu tespit edilmiştir. Çalışmada dikkat çeken bir diğer nokta ise, teşebbüslere yasal üst sınır olan cironun %10’u kadar para cezası verilse bile bu cezanın ihlalden kaynaklanan zarar miktarının altında kalacağı ve –tabiri caizse- teşebbüslerin gerçekleştirdikleri ihlalin yanlarına kâr kalacağı gerçeğidir.

Bu durum; özel hukuk yoluyla tazminat uygulamalarının, kamusal müdahale üzerindeki tamamlayıcı etkisini ve tazminat müessesesinin caydırıcılığın artırılması konusundaki önemini göstermektedir. Teşebbüslerin ihlal sonucu karşılaşacakları tazminat yükümlülüğü yetersiz kalan idari yaptırımları tamamlayacak ve rekabeti ihlal etmeyi düşünen teşebbüsler üzerinde caydırıcı bir etki yaratacaktır.

2.1.4. Cezalandırma

Tazminatın üst sınırının zarar miktarı olduğu ve hâkimin zarardan daha yüksek bir miktarda tazminata hükmederek zarar görenin aşırı zenginleşmesine yol açmaması gerektiği şeklinde ifade edilebilecek olan genel prensip⁶⁴, 4054 sayılı Kanun’da düzenlenen “*üç katı oranında tazminat*” hükmü nedeniyle –maddede yer alan koşulların gerçekleşmesi halinde- rekabet ihlalden doğan tazminat davalarında uygulanmayacaktır. Dolayısıyla zarardan daha fazlasına tazminat olarak hükmedilmesi tazminat müessesesinin cezalandırma fonksiyonunu ortaya koymaktadır.

“2.2.4. *Telaflî Edici Tazminat (Compensatory Damages)/Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Ayrımı*” bölümünde, tazminatın hangi durumlarda cezalandırma işlevinin ağır bastığı incelenecektir.

64 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 432.

Her ceza normu gibi üç kat tazminat da ceza niteliği gereği, rekabeti ihlal etmeyi düşünen teşebbüsler üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olacaktır⁶⁵.

2.1.5. Caydırıcılık

Danışıklı ilişkilerin çoğunluğunun gizli yapılması, bunların tespit edilmesindeki güçlük ve rekabet ihlalleri sayesinde elde edilecek kazancın yüksekliği teşebbüsleri ihlal içinde yer almaya teşvik edebilecektir⁶⁶. 4054 sayılı Kanun'da yer alan ve ihlali gerçekleştirenlerin aleyhine olan üç katı tazminat ve ispat yükünün yer değiştirmesi düzenlemeleri, rekabeti ihlal etmeyi düşünen teşebbüsler üzerinde caydırıcı bir etki yaratacaktır⁶⁷.

Caydırıcılık probleminin ortaya çıkmasında rekabet ihlallerini tespit etmek ve gereken tedbirleri uygulamakla yükümlü olan rekabet otoritelerinin imkânlarının azlığı da rol oynamaktadır (under-deterrence)⁶⁸.

2.2. Zararın Belirlenmesi ve Tazminatın Tayini

Zarar kavramı, sorumluluğun, dolayısıyla tazminat borcunun en önemli unsurunu oluşturmaktadır. Sorumluluk hukukunda -gerek akit dışı sorumlulukta gerekse akdi sorumlulukta- tazminat borcunun doğabilmesi için zararın gerçekleşmesi gerekir⁶⁹. Zarar kavramı Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Türk hukukunda zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma olarak tanımlanmaktadır. Malvarlığının zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durum ile fiilin gerçekleşmesi neticesinde almış olduğu mevcut durum arasındaki fark, zararı oluşturur. Zarar; malvarlığının aktifinin azalmasından, pasifinin artmasından veya mahrum kalınan kardan ileri gelebilir⁷⁰.

65 Yiğit, 268.

66 Yiğit, 267.

67 Rekabet hukukundaki tazminat sorumluluğunun temel amacının rekabeti ihlal etmeyi düşünen teşebbüslerin (potansiyel failer) caydırılması olduğu ve ancak bu sayede gerçekleşmesi muhtemel toplam zararda azalma sağlanabileceği görüşü için bkz. Sanlı, Sempozyum, 206.

68 Bülbül, 3.

69 Aral, 156.

70 Oğuzman/Öz, C. 2, 38-39.

Doktrin ve uygulamada zarar, “dar anlamda zarar” ve “geniş anlamda zarar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda zarar, maddi zararı ifade ederken; geniş anlamdaki zarar kavramı ise, kişinin malvarlığında uğradığı zararlarla birlikte, şahıs varlığında, başka bir deyişle manevi varlığında uğradığı zararı da kapsamaktadır⁷¹.

Rekabet ihlali dolayısıyla açılacak davalarda tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle zararın belirlenmesi gerekir. Zarar miktarının hesaplanması ise oldukça çetrefilli bir konudur⁷². Doktrinde, zararın hesaplanmasına yönelik birtakım yöntem ve modeller geliştirilmiştir.

Zarar belirlendikten sonra mahkeme tarafından yapılacak şey ise tazminatın tayinidir. Bu aşamada rekabet hukukundaki tazminat müessesesi, genel hukuk ilkelerinden ayrılmaktadır. Tazminatın üst sınırının zarar miktarı olduğu ve hâkimin zarardan daha yüksek bir miktarda tazminata hükmederek zarar görenin aşırı zenginleşmesine yol açmaması gerektiği şeklinde ifade edilebilecek olan prensip, 4054 sayılı Kanun’da düzenlenen “*üç katı oranında tazminat*” hükmü nedeniyle –maddede yer alan koşulların gerçekleşmesi halinde- rekabet ihlalinin doğan tazminat davalarında uygulanmayacaktır.

2.2.1. Rekabet Hukukunun İhlali Dolayısıyla Oluşabilecek Zarar Türleri

4054 sayılı Kanun’un “Zararın Tazmini” başlıklı 58. Maddenin birinci fıkrası aşağıdaki gibidir:

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

71 Eren, 545.

72 Zarar miktarının hesaplanmasında pratik güçlük ve karşılaşılan sorunlar için bkz. Kesici, 226-229.

Söz konusu madde hükmü ve madde hükmünü de içine alan 4054 sayılı Kanun'un Beşinci Kısmı (m. 56-59) yakından incelendiğinde, bu hükümlerin çoğunun borçlar hukukunun genel esaslarından ayrılmadığı, sadece rekabet hukukuna özgü ifadeler içerdiği görülmektedir. Dolayısıyla rekabet hukukunda, borçlar hukukunun genel hükümleri büyük ölçüde aynen uygulama alanı bulacaktır⁷³.

Tazmin edilebilecek zararın; somut olaydaki fiilin türüne, ilgili pazar veya endüstrinin özelliklerine ve ihlalin vasfına göre değişkenlik gösterebileceği özellikle belirtilmelidir⁷⁴. Aşağıda, Kanununun 58. maddesinde yer alan zarar türlerine yer verilecektir.

2.2.1.1. Fiili Zarar - Mahrum Kalınan Kar

Zarar görenin malvarlığının mevcut net durumunda iradesi dışında meydana gelen fiili azalmaya, fiili zarar denilmektedir⁷⁵. Fiili zarar, malvarlığının aktifinde azalmayla gerçekleşebileceği gibi malvarlığının pasifinin çoğalması ile de söz konusu olabilir⁷⁶. 58. maddede yer alan “...zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler.” ifadesi ile zarar görenlerin fiili zararı kast edilmektedir.

Yoksun kalınan kar, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade eder. Yoksun kalınan kâr durumunda malvarlığı artış göstermemekte, buna karşılık, söz konusu olay malvarlığının gelecekteki muhtemel artışını önlemektedir⁷⁷. 58. maddede yer alan “...zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.” ifadesi ile zarar görenlerin yoksun kaldıkları karı talep edebilecekleri belirtilmektedir.

73 Sanlı, Sempozyum, 202.

74 Kesici, 171.

75 Eren, 550.

76 Oğuzman/Öz, C. 2, 40.

77 Eren, 550-551.

2.2.1.2. Yansıma Zarar

Yansıma zarar, rekabet hukuku ihlaline maruz kalan kimseden başka bir kişinin ihlal dolayısıyla uğradığı zararı ifade eder. Bu anlamda, haksız fiilin doğrudan yöneldiği kişilere değil, dolaylı kişilere etkisi söz konusudur⁷⁸. Doktrinde yansıma zararın sözleşme hukukunda da yer bulduğu belirtilmektedir⁷⁹. Yansıma zararlardan failin sorumlu tutulabilmesi için, hem fiille uygun nedensellik bağı hem de hukuka aykırılık bağı bulunması gerekir⁸⁰. Borçlar hukukunun genel hükümlerine göre, hukuka aykırı fiil nedeniyle yansıma yoluyla zarar gören kişilerin tazminat talep hakkı bulunmamaktadır. Yansıma yoluyla zarar istisnai bir sorumluluk türüdür ve ancak kanunda öngörülen hallerde gündeme gelebilir⁸¹. Borçlar Kanunu m. 53'te yer alan destekten yoksun kalma tazminatı yansıma zarara örnektir.

Rekabet ihlali nedeniyle doğrudan zarar görenler dışındakilerin bu ihlal neticesinde uğramış oldukları zarar yansıma yoluyla zarardır. İhlal nedeniyle ortaya çıkan zararın doğrudan olmadığı, örneğin sadece ilk alıcının değil, ondan ürünü satın alan ya da ilişkide bulunan diğer kişilerin veya nihai tüketicilerin de zarar görmesi durumunda, yani yansıma yoluyla oluşan zararlarda bu zararın tazmininin istenip istenemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır^{82,83}.

Piyasada –üretimden mal/hizmetin nihai tüketicilere ulaşmasına kadar- herhangi bir aşamada gerçekleştirilecek bir rekabet ihlalinin fiyat artışına yol açacağı ve bundan en büyük zararı tüketicilerin göreceği açıktır. Nihai tüketicilerin, ihlalin gerçekleştirildiği mal/hizmetin doğrudan alıcısı olmadığı fakat ihlal nedeniyle fazladan bedel ödemek

78 Kesici, 182.

79 Eren, 554.

80 Oğuzman/Öz, C. 2, 43.

81 Topçuoğlu, 302; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 562.

82 Güven, 757. Yansıma zararların talep edilebileceği yönündeki görüşler için bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, 792; Topçuoğlu, 303 ve 313. Aksi yöndeki görüşler için bkz. Akıncı, 380-381; Şahin, Tazminat Talepleri, 175; Sekmen 53, 56, 57; Gürzumar, 168; Sanlı, Sempozyum, 225-226; Güven, 758; Utku/ Polat/Deniz, 111.

83 Rekabet ihlalinde meydana gelen zararın ekonomik mahiyeti itibarıyla salt ekonomik zarar olduğu ve hukuka aykırılık şartı yokluğu nedeniyle prensip olarak tazmin edilemeyeceği, ancak özel koruma normu var ise tazminat sorumluluğunun doğabileceği, bu nedenle yansıma yoluyla zarar görenlerin zararının tazmin edilemeyeceği görüşü için bkz. Sanlı, Perşembe Konferansı, s. 6-9.

zorunda kaldığı durumlarda yansıma zararın tazminine olanak tanınmaması; tüketicilerden, rekabeti ihlal eden teşebbüslere transfer edilen haksız servetin tekrar tüketicilere aktarılmasını önleyecek, rekabet karşıtı davranışların etkilerinin piyasadan tam olarak silinebilmesinin önünde bir engel oluşturacak ve tüketici refahında azalmaya sebep olacaktır.

Yansıma zararın istisnai bir sorumluluk türü olması ve ancak kanunda öngörülen hallerde gündeme gelebilmesi, onu, rekabet ihlalinde tazmin edilip edilemeyeceği konusunda tartışmalı hale getirmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 57. maddesinde herhangi bir zarar çeşidi belirtilmemiş ve çok geniş bir ifade ile "*her türlü zarar*" kavramına yer verilmiştir. Ayrıca zarar görenler açısından da herhangi bir ayırım yapılmayarak "*bundan zarar görenler*" ifadesi kullanılmıştır. Kanımızca, Kanundaki zarar ifadesinin çok geniş bir şekilde kaleme alınmış olması ve yansıma yoluyla uğranılan zararın tazmin edilebilmesinin rekabet hukukundaki tazminat müessesesinin yukarıda ifade edilen amaçları açısından bir zorunluluk olması nedeniyle, rekabet ihlalden yansıma yoluyla zarar görenlerin zararının da tazmin edilebilmesi gerekmektedir.

Yansıma zararın tazminini kabul etmeyen yazarların gerekçelerine bakıldığında; zararın belirlenebilmesinin güçlüğü, zararın toplumun büyük bir kesimine yayılması sonucu bilhassa tüketicilere yansıyan zarar miktarının düşük, dava masraflarının ise yüksek olması nedeniyle tüketicilere dava hakkı tanınmasının işlevsiz olacağı ve tüketicilerin bu konuda isteksiz olacağı görüşü önemli bir yer tutmaktadır. Bu görüşlere katılmak hukuken mümkün değildir. Çünkü bir zararın ve hakkın (tazminat hakkı) var olup olmaması başka bir şey, onun miktarı (azlığı-çokluğu) ve tazmin edilebilmesi başka bir şeydir. Dolayısıyla yansıma yoluyla zarara uğrayanların bu zararını tazmin edip edemeyeceği problemini değerlendirirken bunu zararın tazmininde karşılaşılabilecek güçlüklerden ayrı değerlendirmek gerekir. Kaldı ki, ABD ve Avrupa Birliği rekabet hukuk sistemlerinde yer alan "*toplulu dava modelleri*" ile zararın miktarının düşük, dava masraflarının ise yüksek olması nedeniyle dava açmakta isteksiz davranan tüketicilerin bu sorunu çözülmüş bulunmaktadır. Anılan endişeyi gidermek adına ülkemizde de benzer bir hukuki müesseseyi hayata geçirmek, tüketiciler aleyhine oluşan refah kaybının telafi edilebilmesi adına son derece önemlidir.

2.2.1.3. Manevi Zarar

Manevi zarar, bir kimsenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Bir kişinin, şahıs varlığını oluşturan hukuki değerlerin ihlali dolayısıyla uğramış olduğu objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir⁸⁴.

Rekabet hukukunun ihlalinden doğan manevi zararın tazmininin mümkün olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Kanun'un 57. maddesinde yer alan "*her türlü zarar*" ifadesinin kapsamına, maddi zararın yanı sıra manevi zararın da girmesi gerekir. Teşebbüslerin boykot ya da ayrımcı davranışlarla piyasa dışına itilmeye zorlanması veya piyasaya giriş engellerinin oluşturulması gibi hallerde rakip teşebbüslerin girişim özgürlüğü, ticari itibarı ve kişilik haklarının ihlal edilmesi nedeniyle manevi tazminat koşullarının gerçekleştiğini kabul etmek gerekir⁸⁵.

Manevi zararın tazmininin mümkün olmadığını ileri süren görüşe göre ise Kanun'da sadece maddi zararlar kast edilmektedir⁸⁶. Bu görüşe göre, rekabetin korunmasını ve ekonomik verimliliği amaçlayan 4054 sayılı Kanun'un, manevi zararların giderilmesine dair düzenleme içermesi makul değildir⁸⁷. Bununla birlikte, özellikle hâkim durumun dışlayıcı uygulamalar yoluyla kötüye kullanılması halinde, ticari gelişmeyi engelleme, alıcılar nezdinde güven ve itibar kaybetme şeklinde ortaya çıkabilecek bir kişilik hakkına tecavüzdten bahsedilebilir. Bu durumda ortaya çıkan manevi zarar, 4054 sayılı Kanun'a göre değil, kişiliği koruyan genel hükümlere göre tazmin edilecektir⁸⁸.

İki görüş de incelendiğinde, aslında rekabet ihlalinin manevi zarara yol açmasının mümkün olduğu noktasında hemfikir olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, ikinci görüşün savunduğu, rekabet ihlalinin manevi zarara neden olabileceğinin kabul edilmesine rağmen kanun koyucunun "*her türlü zarar*" ifadesinin manevi zararları da kapsamadığı tezine katılmak güçtür⁸⁹.

84 Eren, 555.

85 Aslan, Rekabet Hukuku, 788; Güven, 756, Aksoy, 51; Badur, 162; Topçuoğlu, 303-304.

86 Akıncı, 389; Sanlı, Sempozyum, 222; Kesici, 187.

87 Sanlı, Sempozyum, 222-223.

88 Akıncı, 389; Kesici, 188; Tekinalp, 260 ve 263.

89 Aslan, Rekabet Hukuku, 788-789.

2.2.1.4. Müspet Zarar- Menfi Zarar

Müspet zarar-menfi zarar ayrımı, sözleşmenin hükümsüzlüğü ve sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmemesi hallerinde karşımıza çıkmaktadır⁹⁰. Sözleşmeden doğan sorumlulukta en önemli zarar ayrımı müspet zarar-menfi zarar ayrımıdır⁹¹. “3.3. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk” bölümünde, müspet zarar-menfi zarar ayrımına ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir.

Rekabetin ihlal edilmesi durumunda, müspet zarardan farklı olarak, rekabet hukukuna aykırı bir sözleşme dolayısıyla zarara uğrayan taraf menfi zararlarını karşı taraftan talep edebilir⁹².

2.2.2. Zararın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler

Rekabet ihlalinden zarar gören bir alıcının karşı karşıya kalabileceği zararın tespit edilebilmesi için öncelikle üç etkinin belirlenmesi gerekmektedir. İlki, ürünlerin daha yüksek fiyatla satılması suretiyle gerçekleşen zarardır. İkincisi, alıcının son kullanıcı olmadığı durumlarda ürünün tekrar satışında dolaylı alıcılara aktarılan fazladan ücret, üçüncüsü ise çıktı etkisi olarak adlandırılan ve ihlal olmasa idi alınacak olan fakat ürünün/hizmetin daha yüksek bir fiyattan satılması nedeniyle alınamayan ürün/hizmetler nedeniyle oluşan zarardır. Zararın tam olarak belirlenebilmesi açısından, ürünün tekrar satılması aşamasında tüketicilere yansıtılan tutarın fazladan ödenen bedelden çıkarılması, alınmayan ürün/hizmetin yol açtığı zararın ise fazladan ödenen bedele eklenmesi gerekmektedir⁹³.

Rekabet ihlallerinden doğan zararın hesaplanması için temel olarak davacının fiili durumu ile farazi durumu arasındaki farkın bulunması gerekmektedir. Davacının fiili durumunun ortaya konulmasında genel olarak sorun yaşanmamakla birlikte, farazi durumun tespitinde birtakım zorluklar ortaya çıkmaktadır. Ancak iktisat ve finans teorisi

90 Bakar/Topuz, 129.

91 Eren, 1082-1083.

92 Kesici, 171. dp. 479.

93 Gündüz/Bozkuş, 68-69.

ekonomik zararın farazi durumun tahmin edilmesine yönelik çok sayıda yöntem ve model geliştirmiştir⁹⁴.

Fiili zararın ve yoksun kalınan karın hesaplanmasında genel olarak ihlal dönemi ile ihlal öncesi dönemin karşılaştırıldığı “önce-sonra yöntemi” ile ihlalin olmadığı benzer bir pazardaki verilerin karşılaştırıldığı “mukayese yöntemi” kullanılmaktadır. İhlal türüne göre zararın hesaplanmasında farklı metotların kullanılması gündeme gelebilecektir⁹⁵. Bununla birlikte bazen daha spesifik analizlerin yapılması gerekebilir⁹⁶.

2.2.3. Rekabet İhlalinden Zarar Görenler

Rekabet ihlalleri dağıtım zincirinin farklı kademelerinde yer alan pek çok kişinin zarar görmesine neden olduğundan yaygın bir zarara sebebiyet verir. Rekabet ihlali neticesinde, ihlalden etkilenebilecek birçok taraf bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu husus, tüm bu zarar görenlerin tazminat almaya hakkı olup olmadığına ilişkin soruyu da beraberinde getirir. Zarar görenlerin zararlarını ispat bakımından birbirinden farklı durumlar içerisinde olabilmesi ve bazılarının diğerlerine göre daha zor koşullara tabi olması nedeniyle bu soruya cevap vermek kolay değildir. Özellikle zarar ile rekabet ihlali arasında illiyet bağının kurulması, ihlalden zarar görme şekillerine göre mağdurların tazminat elde etmede karşılaşılan başlıca sorunlardan birisidir⁹⁷. Ayrıca ihlali gerçekleştirenler ile ihlalden etkilenenler arasındaki hukuki ilişkinin niteliği de zararın tazmini hususunda belirleyici olacaktır. Çalışmanın, “*Rekabet İhlallerinde Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği*” başlıklı üçüncü bölümünde bu konuya ayrıntılı olarak değinilecektir.

Aşağıdaki tabloda, yaygın bir rekabet ihlali olan kartel uygulamasından zarar görebilecek gruplar yer almaktadır:

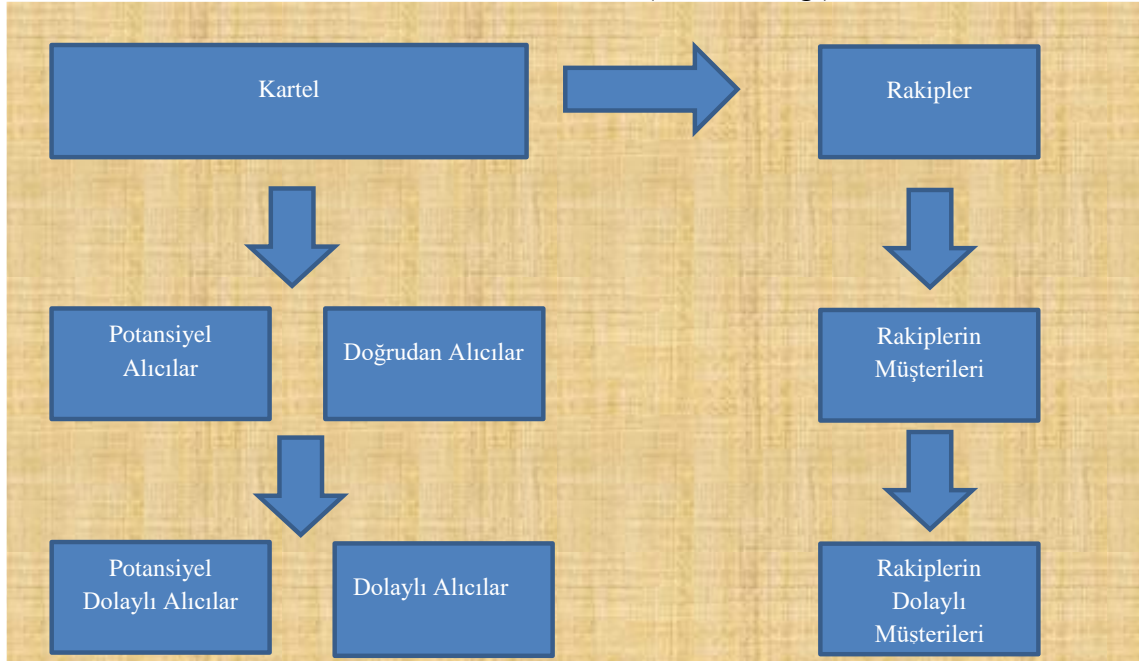
94 Gündüz/Bozkuş, 75.

95 İhlal tipleri özelinde zarar miktarının hesaplanması için bkz. Şahbaz, 55-65; Kesici 235-250.

96 Bkz. Gündüz/Bozkuş, 75-93. Bu makalede rekabet ihlalleri sonucunda ortaya çıkan zararın hesaplanması için kullanılan yöntemler; karşılaştırmaya dayanan yöntemler (mukayese, önce-sonra, farkın farkı), finansal analize dayanan yöntemler (maliyete dayalı, karlılık analizine dayalı) ve simülasyon yöntemi olmak üzere üç başlık altında incelenmiştir.

97 Şahin, E., 89.

Şekil 1: Rekabet İhlalinden Zarar Gören Taraflar (Kartel örneği)⁹⁸



Aşağıda, ihlalden etkilenebilecek taraflara yer verilecektir.

- **Doğrudan Alıcılar:** Üretim, dağıtım veya perakende seviyesinde faaliyet gösteren ve doğrudan rekabeti ihlal eden teşebbüsten veya teşebbüslerden mal/hizmet satın alan kişilerdir. Doğrudan alıcıların hangi yoldan zarar gördüğü ve bu zararın büyüklüğü, uğranılan zararı kendilerinden mal/hizmet satın alan müşterilere yansıtıp yansıtılmalarına bağlıdır⁹⁹.
- **Dolaylı Alıcılar:** Doğrudan alıcıların müşterileri olan ve ihlalde bulunan teşebbüsten dolaylı olarak mal/hizmet satın alan müşterilerdir. Bununla birlikte; ara satıcıların, ihlalin yol açtığı zararı özümseyerek ihlal nedeniyle artan fiyatları müşterilerine yansıtması söz konusu olabileceğinden, zararın boyutu fazladan ödenen bedelin dolaylı alıcılara ne oranda yansıtılacağına bağlıdır¹⁰⁰.
- **Potansiyel Müşteriler:** İhlal olmasaydı mal/hizmet satın alabilecek olan ve ihlal neticesinde fiyatların artması sonucu mal/hizmet satın alamayan müşteri grubudur. Potansiyel müşterilerin ürünü satın alamamış olmaktan kaynaklanan bir zararı söz konusudur. Bununla birlikte, bu müşterilerin doğru bir şekilde

98 Gündüz/Bozkuş, 66.

99 Gündüz/Bozkuş, 67.

100 Gündüz/Bozkuş, 67.

tespit edilmesi ve ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağının kurulması oldukça zordur. Nitekim çok sayıda dava, ihlal dolayısıyla ürünü alamamış olanlar tarafından değil yüksek fiyattan almak durumunda kalanlar tarafından açılmaktadır¹⁰¹.

- **Tüketiciler:** Tüketiciler rekabet hukuku ihlallerinden doğrudan veya dolaylı olarak zarar görebilmektedir. Rekabet ihlalinin gerçekleştirilen teşebbüs veya teşebbüslerden mal/hizmeti doğrudan aldığı durumlarda tüketiciler doğrudan zarar görmektedir. Buna karşılık, tüketicilerin mal/hizmeti dolaylı olarak satın almaları halinde maruz kaldıkları zararın kapsamı biraz daha hafiflemektedir. Zira bu durumda mal/hizmeti ihlali gerçekleştiren teşebbüsten alan diğer teşebbüsler (üreticiler, tedarikçiler veya dağıtıcılar) maruz kaldıkları yüksek fiyatın tamamını tüketiciye yansıtmamış olabilmektedir¹⁰².
- **Rakipler:** Doğrudan ihlali gerçekleştiren teşebbüsle aynı pazarda faaliyet gösteren veya ihlal dolayısıyla faaliyet göstermesi engellenen teşebbüslerdir. Teorik olarak, rakiplerin, kartel veya sömürücü davranıştan ziyade dışlayıcı uygulamalardan zarar gördüğü kabul edilmektedir¹⁰³.
- **Tedarikçiler (Sağlayıcılar):** İhlali gerçekleştiren teşebbüslere girdi sağlayan teşebbüsler de ihlalden zarar görebilecektir. İhlal sonucunda fiyatların artması talebin azalmasına yol açacağından, arz edilen ürün/hizmet miktarı düşecek ve bu nedenle sağlayıcılar daha az ürün/hizmet satacağından karları düşecektir¹⁰⁴. Ayrıca ihlalin alt pazardaki teşebbüslerce gerçekleştirilen bir alım karteli şeklinde gerçekleşmesi durumunda, kartel üyeleri fiyat üzerinde baskı oluşturacağı için tedarikçiler daha az kâr marjıyla hatta zarar ederek satış yapmak zorunda kalabilirler.
- **İlişkili Pazarlardaki Teşebbüsler:** İhlalle bağlantılı pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, rekabet ihlali nedeniyle zarar görebilmesi mümkündür. Bu durum özellikle tamamlayıcı malların tedarikçileri açısından söz konusu olmaktadır. Örneğin, inşaat sektöründe faaliyet gösteren tuğla üreticileri

101Gündüz/Bozkuş, 67.

102 Utku/Polat/Deniz, 145.

103Gündüz/Bozkuş, 67.

104 Gündüz/Bozkuş, 68.

tarafından fiyatların yükseltilmesini amaçlayan bir anlaşma yapılması halinde, bu endüstriye girdi sağlayan diğer sağlayıcılar da satışlarının düşmesi nedeniyle bundan zarar görecektir¹⁰⁵. Oyun konsolu sektöründe bulunan bir kartelin bu konsollar için oyun üreten teşebbüslerin satışlarını etkilemesi de başka bir örnek olarak verilebilir¹⁰⁶.

2.2.4. Telif Edici Tazminat (Compensatory Damages) / Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Ayrımı

Sorumluluk hukukunun temel amacının, zarara uğrayan kişilerin zararlarının giderilmesi suretiyle denkleştirici adaletin sağlanması olduğu genel olarak kabul edilmektedir¹⁰⁷. Rekabet hukukunu ihlal eden davranışlar da çeşitli zararlara yol açabilir. Örneğin fiyat karteli nedeniyle alıcılar, ödemeleri gerekenden daha yüksek bir bedel öderler ve bu fark onlar için zarar teşkil eder.

Tazmin edilecek zararın azami haddi, husule gelen zararın miktarıyla sınırlıdır. Başka bir ifadeyle, zararın tazminiyle güdülen amaç, zarar göreni, zarar verici olay gerçekleşmeseydi bulunacağı iktisadi duruma getirmektir; tazminatın zarar göreni zenginleştirmemesi, sorumluluk hukukunun temel prensiplerindedir¹⁰⁸. Gerçek tazminat olarak da adlandırılan telif tazminatı, haksız fiil işlenmesi idi mağdurun sahip olacağı konuma ulaştırmaya çalışır. Telif tazminatında telif miktarı, zarar miktarını aşamaz¹⁰⁹.

Bununla birlikte, -tıpkı rekabet hukukunda olduğu gibi- bazı alanlarda “*tazminatın zarar miktarını aşamayacağı*” ilkesinin terk edildiği görülmektedir. Bu durum, rekabet ihlallerinden doğan tazminat yükümlülüğünün amacının klasik bir haksız fiilden ya da sözleşme ihlalinden doğan tazminat yükümlülüğünün amacından çok daha fazla olmasıyla yakından ilgilidir.

105 Utku/ Polat/Deniz, 147.

106 Gündüz/Bozkuş, 68.

107 Eren, 537.

108 Aral, 186.

109 Gül, 124-125.

Anglosakson hukuku kökenli¹¹⁰ bir kavram olan cezalandırıcı tazminat (punitive damages), zarara sebep olan kişinin kötü niyetinden ve başkalarının haklarını pervasızca önemsememesinden kaynaklanan ölçsüz davranışları nedeniyle, bu kişinin sebep olduğu zararın üzerinde bir tazminat ödemesini öngören bir özel hukuk yaptırımıdır¹¹¹. ABD hukukunda cezalandırıcı tazminat, belli bir haksız fiil tipine konu eylemin gerçekleştirilmesinden daha çok failin niyetini veya kusurluluk derecesini ele aldığından, cezalandırıcı tazminat verilecek haksız fiiller tahdidi olarak sayılmamıştır¹¹². Bu nedenle de ABD hukukunda geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim haksız fiil hukuku (tort law) yanında sözleşme hukuku (contract law), mülkiyet (property), deniz hukuku (admiralty), havacılık hukuku (aviation law), iş hukuku (employment law), sigorta hukuku (insurance law), iflas hukuku (bankruptcy law), aile hukuku (family law) gibi alanlarda da medeni ceza verilebileceği kabul edilmektedir¹¹³.

Cezalandırıcı tazminat ifadesi, İngiliz Hukukunda “exemplary damages” (ibret tazminatı) olarak kullanılmaktadır¹¹⁴.

Türk hukukunda tazminatın telafi etme fonksiyonu esas iken bazı düzenlemelerde tazminatın zararın üst sınırını aştığı ve cezalandırıcı özelliğinin daha ağır bastığı görülmektedir. Türk hukukundaki belli başlı cezalandırıcı tazminat¹¹⁵ örnekleri şu şekildedir:

110 Nitekim Amerikan rekabet hukukunda Clayton Act ile öngörülen zararın üç katı oranında tazminat kavramı (treble damages), İngiliz Hukukundaki 1623 tarihli Tekeller Kanunu’na dayanmaktadır. Bkz. Özsunay, 120.

111 Başoğlu, 618.

112 Medeni ceza sorumluluğuna neden olan eylem unsuru, esas olarak haksız fiildir. Sırf sözleşme ihlali nedeniyle medeni cezanın verilemeyeceği yerleşik bir ilkedir. Bunun nedeni sözleşmenin ihlali halinde karşı tarafın telafi tazminatı hakkının zaten saklı olmasıdır. Bununla birlikte, geleneksel sözleşme ihlali nedeniyle verilen tazminatın yeterli bir çözüm olmaması gerekçesiyle mahkemeler, son 25 yılda sözleşme ihlallerinde artan bir biçimde medeni ceza vermeye başlamışlardır. Bkz. Gül, 239-243.

113 Gül, 213.

114 İstemi, 2692.

115 Doktrinde rekabet hukukundaki üç kat tazminatın tanımlanmasının çok farklı şekillerde yapıldığı görülmektedir. Üç katı tazminat İnan’a ve Gül’e göre “medeni ceza”, Aslan’a göre “ceza tazminatı”, Aşçıoğlu Öz’e göre “özel tazminat”, Topçuoğlu’na göre “bir tür kanundan doğan cezai şart”, Gürzumar’a ve Sanlı’ya göre “özel hukuk cezası”, Badur’a göre “bir çeşit cezai tazminat”, Oğuzman/Öz’e göre ise “medeni hukuk cezası” olarak tanımlanmaktadır.

- 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun "İtirazın İptali" başlıklı m. 67/2'de düzenlenen icra inkar ve kötü niyet tazminatında cezalandırıcı tazminat örneklerinde olduğu gibi zarar ile tazminat arasında herhangi bir bağ bulunmamaktadır. Söz konusu madde şu şekildedir:

○ *"Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla edilir."*

İcra ve İflas Kanunu'nun diğer birçok maddesinde de (m. 21/3, m. 68/7, m. 69/5, m. 72/4-5, m. 89/3) icra inkar ve kötü niyetli istihkak iddialarında zarara ilave olarak hükmolunan şeyin bedelinin %15 veya %20 oranlarından az olmamak üzere tazminat ödeneceği hükmü yer almaktadır.

- 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "Mali haklara tecavüz halinde" başlıklı 68. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, eser sahibinden izin alınmadan eserin kullanılması halinde eser sahibinin ihlali gerçekleştirenlerden telif tazminatı olarak eser bedelinin üç kat fazlasına kadar olan tutarı isteyebileceğine hükmedilmiştir. Söz konusu madde şu şekildedir:

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

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

- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Taşıma İşleri" başlıklı 4. kitap ve "yolcu taşıma" başlıklı beşinci kısımda; seferin yapılamaması halini düzenleyen 907. maddesinde, seferin gecikmesi halini düzenleyen 908. maddesinde ve taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen 914. maddesinde taşıyıcının bilet bedelinin üç katı oranında tazminat ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. İlgili madde hükümleri aşağıdaki gibidir:
 - *"Sefer, herhangi bir sebeple yapılmamış ve yolcu da o sefer için saatinde gerekli yerde bulunamamışsa, o seferi izleyen seferlerden birinde, aynı düzeydeki bir araçla ve aynı düzeydeki bir yerde seyahat etme hakkını haizdir; meğerki, bu istemin yerine getirilmesi taşıyıcı yönünden imkânsız olsun veya büyük bir mali yük oluştursun. Yolcuya sefer öneremeyen taşıyıcı **bilet ücretinin üç katı tutarında** tazminat öder. Seferin yapılamamasında taşıyıcının kusuru yoksa, yolcu aynı şartlarla kendisine önerilen seferi, haklı bir sebep göstermeksizin reddederse taşıma ücretini öder."* (TTK m. 907)
 - *"Hareket, duruma ve şartlara göre yolcudan katlanması istenemeyecek bir süre gecikirse, yolcu sözleşmeden cayıp ödediği ücreti ve varsa zararını isteyebilir. Yolcu, gecikmeye rağmen yolculuğu yapmışsa, sadece gecikmeden doğan zararının tazminini dava edebilir. Cayma şekle bağlı değildir; hareket yerinden ayrılma, cayma kabul edilir. Sözleşmeden cayılsın veya cayılmasın, gecikme nedeniyle doğmuş **herhangi bir zarar ispat edilemese bile mahkemece bilet parasının üç misli tazminata** karar verilir."* (TTK m. 908)
 - *"Taşıyıcı, bilette belirtilen yerin başka bir kişiye verilmesi, bilette gösterilen araç yerine onunla aynı düzeyde olmayan başka bir aracın sefere konulması, aracın belli saatten önce hareketi nedeniyle yolcunun yetişememesi, taşıma aracında durumun gerektirdiği ilk yardım malzemelerinin ve ilaçlarının bulundurulmaması veya bunlardan derhâl yararlanma imkânının sağlanmamış olması sebebiyle de, ikinci fıkraya göre sorumludur; **herhangi bir zarar ispat edilmese bile taşıyıcı bilet parasının üç katını** tazminat olarak öder."* (TTK m. 914)

- TBK’da “Hizmet Sözleşmeleri” başlıklı 6. bölümünde yer alan 434. maddesinde, işverenin haksız yere sözleşmeyi feshetmesi durumunda, işçiyi korumak amacıyla, fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:
 - *“Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait **ücretin üç katı tutarında** tazminat ödemekle yükümlüdür.”*
- 4857 sayılı İş Kanunu’nun “Sürelî Fesih” başlıklı 17/6. maddesinde de Türk Borçlar Kanunu’nun 434. maddesi ile benzer bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:
 - *“18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye **bildirim süresinin üç katı tutarında** tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir.”*

2.3. 4054 Sayılı Kanun’da Düzenlenen Üç Katı Oranında Tazminat

2.3.1. Genel Olarak

Rekabet hukukunun özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenleyen 4054 sayılı Kanun’un Beşinci Kısmı’nın en can alıcı noktası, hiç şüphesiz ki -bir cezalandırıcı tazminat örneği olan ve Türk hukukunda son derece sınırlı bir şekilde yer bulan- zararın üç katı oranındaki tazminat hükmüdür. Söz konusu hükmün vücut bulduğu “Zararın Tazmini” başlıklı 58. maddenin ikinci fıkrası aşağıdaki gibidir:

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

Türk rekabet hukukundaki üç kat tazminat düzenlemesi esas olarak Amerikan antitröst hukuku kaynaklıdır. Gerçekten de, Clayton Kanunu m.4’te yer alan hüküm uyarınca

rekabet ihlallerinden doğan zararlarda hâkim davacının uğradığı zararın üç katı oranında tazminata (treble damages) hükmedebilmektedir. Bunun için ayrıca davalının kusurlu olmasına veya davacının üç kat tazminat talebine gerek yoktur.

“*Modern Dünyada Rekabet Hukukunun Doğuşu ve Gelişimi*” başlıklı bölümde anlatıldığı üzere, Sanayi Devrimi sonrasında Amerika’da yaşanan ekonomik ve toplumsal değişiklikler tekellerin (tröstlerin) –siyaset dâhil- hayatın her alanında görülmesine yol açmıştı. Amerikan hukukunda yer alan cezalandırıcı tazminatın bir örneği olan Clayton Kanunu’ndaki üç kat tazminat düzenlemesi, ABD’nin tarihindeki tekellerle olan mücadelesi düşünüldüğünde daha iyi anlaşılmaktadır. Günümüzde Amerika’da rekabet ihlalden doğan tazminat davaları antitröst hukukunda en önemli enstrüman olarak görülmektedir. Nitekim ABD’de kamusal müdahale özel hukuk yaptırımlarına oranla son derece sınırlı kalmaktadır¹¹⁶.

Bilindiği üzere, Türk rekabet hukuku, Avrupa Birliği (o zamanki adıyla Avrupa Topluluğu) mevzuatı ile uyum sürecinde Birlik hukukundan iktibas edilerek oluşturulmuştur. Roma Antlaşması’nın rekabeti bozucu anlaşma, karar ve uygulamalara ilişkin 85. maddesi ile hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 86. maddesi¹¹⁷, 4054 sayılı Kanun’un üç sac ayağından ikisi olan 4. ve 6. maddelerine tekabül etmektedir. Bununla birlikte, kanun koyucunun, rekabetin ihlalinin özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenlerken, Avrupa Birliği düzeyinde olmayan üç kat tazminat müessesesini Amerikan hukuk sisteminden kodifiye etmesi, bu durumun bilinçli bir tercih olduğuna işaret etmektedir. Bu tespit, 4054 sayılı Kanun’u anlama ve yorumlama adına önem taşımaktadır.

116 ABD’deki özel hukuk davalarının tarihi gelişimi ve yakın bir zamana kadar toplam antitröst dosyalarının yaklaşık %90’ını tazminat davalarının oluşturduğu hakkındaki bilgi için bkz. Özsunay, 120.

117 Şimdiki adıyla “Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Anlaşma”nın 101. ve 102. maddeleri.

2.3.2. Üç Kat Tazminatın Koşulları

4054 sayılı Kanun'un m. 58/2 hükmü incelendiğinde, hâkimin üç kat tazminata hükmedebilmesi için; ortaya çıkan zararın, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanması ve zarar görenin talebi gerekmektedir¹¹⁸.

Maddede yer alan ilk koşul incelendiğinde, maddenin kötü ifade tarzı dikkat çekmektedir. Madde hükmü; tarafların anlaşmasını, kararını ve ağır ihmali aynı çatı altında değerlendirmektedir. Söz konusu ifadenin anlaşılır ve isabetli olmadığı konusunda doktrinde kuvvetli bir ittifakın bulunduğunu söylemek mümkündür¹¹⁹.

Doktrinde, haklı olarak, söz konusu maddede anlaşma ve karar ile ifade edilmek istenen şeyin kast olarak anlaşıldığı görülmektedir¹²⁰. Gerçekten de anlaşma ve karar ile ağır ihmali aynı çatı altında değerlendirilmesinin izahı bulunmamaktadır. Kast, kusurun en ağır derecesi olup, failin hukuka aykırı sonucu tasavvur ettiğini (bu sonucu bildiğini) ve istediğini ifade eder¹²¹. Zorlama bir yorum ile belki kanun koyucunun, anlaşma ve kararın taraflarının ihlali kast ederek, bilerek ve isteyerek işleyeceklerini varsaydığı düşünülebilir. Sonuç olarak kast veya ağır ihmali halinde hâkim üç kat oranında tazminata hükmedebilecek, davalının fiili hafif ihmalle işlemiş olması halinde ise tazminat miktarı uğranılan zararı aşamayacaktır.

M. 58/2'deki açık ifade ile kanun koyucu, kökeni olan Clayton Kanunu'nun aksine, üç kat tazminata hükmedebilmek için zarar görenin talebini şart koşturmuştur. Zarar görenin sadece zarar miktarının tazminini talep etmesi halinde, üç kat tazminatın şartları mevcut olsa bile hâkim kendiliğinden üç kat tazminata karar veremeyecektir. Üç kat tazminatın dava dilekçesinde açıkça talep edilmesi gereklidir.

118 Hukuka aykırı bir fiil bulunması, bu fiil neticesinde zararın meydana gelmesi ve söz konusu fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunması genel şartlarına burada değinilmeyecektir.

119 Kesici, 297; Aksoy, 53; Sanlı, Sempozyum, 256; Sekmen, 86; Topçuoğlu, 306.

120 Kesici, 298; Aksoy, 53; Şahin, Tazminat Talepleri, 167; İlhan, 277.

121 Oğuzman/Öz, C. 2, 55.

2.3.3. Tazminatın Miktarı ve İndirim Yapılıp Yapılmayacağı Konusu

4054 sayılı Kanun'un m. 58/2 hükmünde yer alan “*hâkim... üç katı oranında tazminata hükmedebilir.*” ifadesinin nasıl anlaşılacağı konusunda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır.

Birinci görüş, söz konusu hükmü “*üç katına kadar*” şeklinde anlamakta ve maddede yer alan şartlar gerçekleşse bile üç kat tazminata hükmetmenin hâkimin takdir yetkisinde olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre hâkim, somut olayın özelliklerine göre (ihlalin türü, zarar verenin kusurunun ağırlığı vs.) tazminatın miktarını ve oranını takdir edecektir¹²².

İkinci görüş ise, kanunun lafzına bağlı kalarak “*üç katı oranında*” ifadesinden hâkimin bu konuda takdir yetkisinin bulunmadığının açık olduğunu ve şartları oluştuğu takdirde hâkimin üç kat tazminata hükmetmesi gerektiğini ifade etmektedir^{123,124}.

Kanaatimizce, söz konusu maddenin ikinci görüş doğrultusunda üç katı oranında anlaşılması ve hâkimin bu konuda takdir yetkisinin bulunmadığının kabulü gerekir. Sadece maddenin lafzı¹²⁵ değil, koyuluş amacı da bizi bu sonuca ulaştırmaktadır. Türk hukukunda çok nadir olarak rastlanılan cezalandırıcı tazminatın rekabet hukukunda koyuluş amacı teşebbüslerin rekabet ihlalden kaçınmalarını sağlamaktır. Dolayısıyla hükmün “*üç katına kadar*” şeklinde anlaşılması, cezalandırıcı tazminat amacına hâlel getirecektir.

Ayrıca 4054 sayılı Kanun'da öngörülenin sadece zarar olmadığına dikkat etmek gerekir. Nitekim zarar, zarara uğrayanın malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmayı

122 Aşçıoğlu Öz, 184; Gürzumar, 170; Atilla, 97-98.

123 Aslan, Rekabet Hukuku, 793-794; Aksoy, 54; Akipek/Öcal/Kırkbeşoğlu/Tokbaş, 96; Güven, 763; Topuz/Bakar, 175.

124 Üçüncü görüş nev'inden bkz. Kesici, 304-306; Sanlı, Sempozyum, 257; Yiğit, 277. Kesici; üç kat tazminatın cezalandırıcı amacının, hâkimin somut olayın özelliklerini gözeterek takdir yetkisini kullanmasına engel olmaması gerektiğini ifade etmektedir.

125 Kanun koyucu, 4054 sayılı Kanun'un “Zararın Tazmini” başlıklı 58. maddesinde kusuru derecelendirerek, hangi derecedeki kusura hangi tazminat miktarının karşılık geldiğini sabit bir oranla belirlemiştir. Topuz/Bakar, üç katı sabit oran şeklinde nitelendirmekte ve hükmedilecek tazminat tutarının fiili zarar veya yoksun kalınan kâr çarpanlarından birinin üç ile çarpılması ile belirleneceğini ileri sürmektedir. Topuz/Bakar'a göre, aksi kabul edilecek olsaydı FSEHK m. 68/1'deki gibi “en çok üç kat fazlası” veya “üç katına kadar” ifadesinin kanunda yer alması gerekirdi. Bkz. Topuz/Bakar, 175.

ifade eder; dolayısıyla aslında zarara uğrayanın malvarlığını esas alır. Oysa m. 58’de zarara uğrayanın malvarlığı durumunun yanında, zarara verenlerin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların da tazminata esas alınabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla üç katı tazminatın rekabet ihlâline maruz kalan kişilerin salt zararının giderilmesi amacına yönelik olmadığı kabul edilmelidir¹²⁶.

Öğretide, ihlali gerçekleştirenlerin verdikleri zararı tazmin yüküyle karşılaşma olasılıklarının çok düşük olduğu ve bu nedenle zarardan fazla tazminatın ekonomik açıdan isabetli olduğu belirtilmektedir¹²⁷.

2.3.4. Müteselsil Sorumluluk

4054 sayılı Kanun’un “Tazminat Hakkı” başlıklı 57. maddesinin son cümlesine göre, “zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur.”

Kanunun beşinci kısmını oluşturan “*Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*” alanında, kanun koyucunun rekabet ihlalinin zarar gören ve tazminat davası açmayı düşünen potansiyel davacıların lehine olacak düzenlemeleri burada da devam ettirmektedir. Söz konusu madde hükmü, rekabet ihlalinin zarar görenlerin uğradıkları zararı tazmin etme ve alacağın tahsili konusunda, elverişli bir koruma sağlanmaktadır.

Özellikle teşebbüsler arası iş birliği faaliyetlerini konu edinen Kanunun 4. maddesindeki ihlaller, iki veya daha fazla teşebbüsün varlığını gerektirdiğinden ve her bir teşebbüs müteselsilen sorumlu olduklarından, dava teşebbüslerden birine, birkaçına veya hepsine karşı açılabilir¹²⁸. Kanunda öngörülen müteselsil sorumluluk hükmü, zarar görenin lehine olduğu gibi rekabeti ihlal etmeyi planlayan teşebbüsler üzerinde caydırıcı bir etki sağlaması nedeniyle önemlidir.

126 Yiğit, 266.

127 ABD’deki istatistiklere göre normal bir haksız fiil uygulamasında bile, zarar verenin tazminat davasına muhatap olması olasılığı, 1/8 ve 1/10 civarında olduğu, Türkiye’deki oranın bundan –muhtemelen- çok daha düşük olduğu, dolayısıyla zarardan fazla tazminatın ekonomik açıdan isabetli bir kural olduğu görüşü için bkz. Sanlı, Perşembe Konferansı, 19-20.

128 Topçuoğlu, 313.

2.3.5. İspat Yüğü (Kanun'un 4. Maddesinde Düzenlenen Uyumlu Eylem Karinesi ve İspat Yüğünün Yer Değıştirmesi)

Rekabet hukukunu ihlal eden fiiller ekseriyetle gizli bir ilişkinin ürünü olduğundan bu ilişkiye dayanan belgelere ve diğer delillere ihlalden zarar görenlerin erişimi son derece güçtür. Bu açıdan bakıldığında, ihlalden zarar gören ve tazminat davası açmayı düşünen potansiyel davacıların “ispat sorunu” ile karşılaşacakları açıktır¹²⁹. Rekabet ihlalden zarar görenlerin içinde bulunduğu dezavantajlı konumu göz önünde bulunduran kanun koyucu, 4054 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile –kanunun 4. maddesinde yer alan uyumlu eylem karinesi¹³⁰ doğrultusunda- zarar görenlerin ihlalin piyasadaki etkilerini göstermeleri halinde ispat yükünün yer değıştireceğı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

“İspat Yüğü

Madde 59 – *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.*

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

Kanunun ispat yüküyle ilgili getirdiğı özel düzenlemenin, zararın değış yasak faaliyetlerin ispatına ilişkin olduğuna dikkat edilmelidir. Davacı, bir anlaşmanın varlığını veya ihlali

129 Kesici, 492.

130 Karine, bilinen bir olaydan, özellikle bilinmeyen diğer bir olayın veya hukuksal durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına imkan tanıyan kuraldır. İspat hukukunda karine, vasıtalı delillerle ispat edilen bir olayın, ispat edilemeyen sonucu olarak tanımlanmaktadır. Karineye dayanan tarafın bir ölçüde artık o hususu ispat etmek durumunda olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, 658-659. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında; “*Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değışmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiğı, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.*” denilerek, uyumlu eylem karinesi kabul edilmiştir.

gerçekleştiren taraflar arasındaki teması (tarafların toplantı tertip etmeleri, uyumlu hareketlere yön veren plan, belge, tutanak düzenlemeleri gibi) doğrudan ispat edemiyor fakat piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren birtakım emarelerin (eş zamanlı ve aynı miktarlarda fiyat artışı, belirli satıcıların boykot edilmesi gibi) varlığını gösterebiliyor veya bu olguları destekleyen delilleri ibraz edebiliyorsa, davalı teşebbüsler, aralarındaki paralel davranışların uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyeceğini ispat etmekle yükümlüdürler¹³¹.

59. maddenin ikinci fıkrasında, rekabeti kısıtlayıcı uygulamaların “*her türlü delille ispatlanabileceği*” hükmü, ihlalden zarar görenlerin içinde bulunduğu dezavantajlı konumu kolaylaştırmaya yönelik bir başka düzenlemedir.

131 Topçuoğlu, 309.

3. BÖLÜM: REKABET İHLALLERİNDE TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

3.1. Tazminat Sorumluluğunun Kaynağının Belirlenmesinin Önemi

Borç ilişkisinin kaynakları, Roma hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkileri ve haksız fiilden doğan borç ilişkileri olmak üzere iki kısma ayrılmakta iken, daha sonra bunlara sözleşme benzeri fiillerden doğan borç ilişkileri ve haksız fiil benzeri fiillerden doğan borç ilişkileri de eklenmiştir. Borç kaynaklarını sınıflandırmada Roma hukukunu takip eden TBK’da ise üçlü bir ayırım bulunmaktadır. TBK’nın “*Borç İlişkisinin Kaynakları*” başlıklı 1. Bölümüne (m. 1-82) göre ise borç ilişkisini kuran sebepler; sözleşme (m. 1-48), haksız fiil (m. 49-76) ve sebepsiz zenginleşme (m. 77-82) olmak üzere üç kısımdır¹³².

Bununla birlikte; vekaletsiz iş görme, nafaka alacağı, sözleşme görüşmeleri esnasında kusur, fiili sözleşme ilişkileri, koruma yükümlülüklerinin ihlali gibi sebeplerden doğan borçların Kanunun öngördüğü üçlü tasnife sokulması mümkün değildir. Bu nedenle, Kanundaki klasik borç kaynaklarının yanına dördüncü kaynak olarak “*diğer sebeplerden doğan borç ilişkileri*”nin eklenmesi gerektiği savunulmaktadır¹³³.

Bugüne kadar doktrinde, rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarında, sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edilmiş fakat bu kabulün sebepleri irdelenmemiştir. Hâlbuki, bazı rekabet ihlallerinde, taraflar arasında daha önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bazı hallerde ise, taraflar sözleşme kurma amacıyla bir araya gelmişlerse de rekabet ihlalini gerçekleştiren tarafın hukuka aykırı davranışları nedeniyle sözleşme kurulamamıştır.

Tazminat sorumluluğunun hukuki niteliğinin belirlenmesine salt teorik bir tatmin gözüyle bakılmamalıdır. Bunun ötesinde, kabul edilecek sorumluluk türüne göre; sorumluluğun kapsamı, koşulları ve tazminat talebinin ileri sürülmesi bakımından birtakım farklılıklar doğacaktır¹³⁴.

132 Eren, 115; İnal, 44-45. Eren’e göre; “*sözleşmeden doğan borç ilişkileri*” tabiri yerine, “*hukuki işlemde doğan borç ilişkileri*” tabirini kullanmak gerekir. Zira borç ilişkisi, sadece iki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşmeden değil, vasiyetname ve ilan yoluyla ödül vaadi gibi tek taraflı hukuki işlemlerden de doğabilir. Ayrıca iki taraflı hukuki işlem olan sözleşme yanına çok taraflı hukuki işlem olan kararı da eklemek gerekir.

133 Eren, 115-116.

134 Karan, 724.

Rekabet ihlali ile taraflar arasındaki sözleşme arasında bir bağ kurulması halinde, ihlali gerçekleştiren tarafın sözleşme sorumluluğu gündeme gelebilir. Bunun yanı sıra, taraflar sözleşme kurma amacıyla bir araya gelmelerine rağmen, rekabet ihlalinin gerçekleştirilmesini sağlayan tarafın hukuka aykırı davranışları nedeniyle sözleşme kurulmamışsa, ihlali gerçekleştiren tarafın culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Böyle durumlarda, sorumluluk sebeplerinin çokluğu halinde sebeplerin yarışmasını düzenleyen TBK'nın 60. maddesine başvurmak gerekir. TBK m. 60'a göre "*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*" Söz konusu hüküm gereğince zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verilecektir.

Genel olarak sorumluluk, başka bir kimsenin uğradığı zararı giderme borcu olarak tanımlanabilir. Borçlar hukuku alanında sorumluluk rejimi, genel olarak, TBK 49 ila 76'da düzenlenmiştir. Sözleşmeye aykırılık sonucu ortaya çıkan zararın giderilmesi ile ilgili ise TBK 112 ila 116'da, özel birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Kanunun sistematigi, bu hükümlerle, genel haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, özel bir sözleşmesel sorumluluk rejimi kurmaktadır. Böylece, sözleşmesel sorumluluk ile ilgili kurallar, borçluya, sözleşmeden doğan bir borcu ihlal ederek alacaklıya verdiği zararı giderme zorunluluğu getiren kurallar kümesi olarak tanımlanır. Diğer bir ifade ile, sözleşmesel sorumluluk, genel bir ödevde aykırılık (hukuka aykırılık) gerektiren haksız fiil sorumluluğuna karşıt olarak, nispi bir ödevde aykırılıktan (sözleşmeye aykırılık) doğmaktadır. Yine de haksız fiil sorumluluğu ile ilgili kuralların, sözleşmesel sorumlulukta özel olarak düzenlenmeyen hususlarda TBK 114/2 uyarınca kıyasen uygulama alanı bulacağını unutmamak gerekir¹³⁵.

3.2. Haksız Fiil Sorumluluğu

3.2.1. Haksız Fiil Sorumluluğunun Genel Esasları

Haksız fiil sorumluluğu, başkasına verilen zararı giderme yükümlülüğü olarak tanımlanır¹³⁶. Geniş anlamda haksız fiil kavramı, hem kusur sorumluluğunu hem de

135 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 373-374.

136 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 569.

kusursuz sorumluluğu içine alır. Gerçi doktrinde haksız fiil denilince, bundan dar anlamda olmak üzere daha çok kusur sorumluluğu anlaşılmaktadır¹³⁷.

Hâkim görüş sözleşme sorumluluğunu dar ve teknik anlamdaki sorumluluk kavramı içinde görmemektedir. Dar ve teknik anlamda sorumluluk, sadece sözleşme dışı sorumluluk hallerini ifade etmektedir. Bu anlamda sorumluluk bir borç kaynağı olup, borçlu, yani zarar veren, alacaklıya (zarar görene) vermiş olduğu zararı tazmin etmek zorundadır. Sorumluluk hukukunun konusu, zarar verenin, zarar görenin uğramış olduğu zararı gidermektir. Bu anlamda sorumluluk hukukuna tazminat hukuku demek de mümkündür. Sorumluluğu dar anlayan bu görüşe göre, sözleşme dışı olaylardan meydana gelen zararın giderilmesini düzenleyen normlar bütününe sorumluluk hukuku denir. Geniş anlamda sorumluluk hukuku ise hem sözleşme dışı sorumluluğu hem de sözleşmeden doğan (akdi) sorumluluğu kapsamaktadır¹³⁸.

3.2.2. Haksız Fiil Sorumluluğunun Şartları

Haksız fiil sorumluluğu TBK’da 49 ila 76. maddelerinde düzenlenmiştir. TBK’nın 49. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

Buna göre haksız fiilin kurucu unsurları; fiil, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılıktır¹³⁹.

3.2.2.1. Fiil

Haksız fiil nedeniyle bir borcun doğması için, öncelikle bir fiilin varlığı gereklidir. Fiil kavramı, hem bir şey yapmayı ifade eden olumlu davranışı hem de bir şey yapmama anlamındaki olumsuz davranışı kapsamaktadır. Olumsuz davranış doktrinde “ihmal”

137 Eren, 509.

138 Eren, 510-511.

139 Eren, 540-638; Kılıçoğlu, 277-317; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 568-584; Oğuzman/Öz, C. 2, 11-66; Tandoğan, 11; İnal, 413-415.

olarak tanımlanmasına karşılık, bu kavram kusurun bir çeşidi olan ihmal ile karışıklığa sebebiyet verebilmesi nedeniyle kullanılmamalıdır¹⁴⁰.

Bir kimsenin olumsuz bir davranışını (yapmamasını) hukuka aykırı sayabilmek için, o kimseye “yapma” görevini yükleyen bir hukuk kuralı bulunmalıdır. Prensip itibariyle, başkalarının mutlak haklarını, “yapma” tarzındaki fiillerle ihlal etmemeyi emreden genel bir hukuk kuralı mevcut sayıldığı halde, yine prensip itibariyle, başkalarını zarar görmekten kurtarmak veya başkalarının yardımına koşmak gibi bir zorunluluk yoktur. Bununla birlikte, “yapmama”nın dürüstlük kuralına aykırı bir nitelik taşıdığı hallerde hukuka aykırılık meydana gelir. Nitekim durumun gerekliliklerine göre -susarak aldatma (hile) olayındaki gibi- gerekli uyarmayı ve aydınlatmayı yapmayan kimsenin sorumlu tutulabilmesinin kaynağı çok defa dürüstlük kuralıdır¹⁴¹.

3.2.2.2. Hukuka Aykırılık

TBK m. 49/1’e göre, “...*hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” Maddede, “hukuka aykırı bir fiil” tabiriyle, hukuka aykırılığın, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarından birini oluşturduğu belirtilmekte, fakat hangi fiillerin hukuka aykırı sayılacağı konusunda bir ölçüt verilmemektedir. Burada, hâkime hukuka aykırılığı tespit konusunda geniş bir serbestlik tanıyan bir genel kural, tabiri caizse bir açık kural söz konusudur¹⁴².

Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her davranış, hukuka aykırıdır. Şu halde, zarar verici fiil, başkasının hukukça korunan bir varlığına müdahaleyi yasaklayan veya böyle bir müdahaleden kaçınmayı emreden hukuk normuyla çatıştığı zaman, hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur¹⁴³.

Doktrinde, hukuka aykırılık kavramını açıklayan iki temel teori bulunmaktadır. Sübjektif hukuka aykırılık teorisine göre, başkasının zarar görmesine neden olan her davranış, sırf

140 Oğuzman/Öz, C. 2, 13; Eren, 540-542.

141 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 484-485.

142 Tandoğan, 17.

143 Eren, 611.

bu nedenle hukuka aykırı kabul edilir. Bu teori uyarınca kişilerin başkalarına zarar verme hakkının olmadığı, bu nedenle de zararın varlığı halinde haksızlığın gerçekleştiği varsayılır. Objektif hukuka aykırılık teorisine göre ise hukuka aykırılık, zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmaktır. Bu nedenle, başlı başına zarar vermek hukuka aykırı olmadığı gibi kuralın görünürde ihlal edilmesi dahi tek başına hukuka aykırılığa yol açmaz. Burada önemli olan husus, ihlal edilen kuralın zarar gören değeri ve zarar göreni himaye etmesi gereğidir. Bu yaklaşım, normun koruma amacı bağlantısı izdüşümünde hukuka aykırılık kavramının dar yorumlandığına delalet etmektedir¹⁴⁴. Türk, Alman ve İsviçre hukukunda hâkim görüş objektif teoridir¹⁴⁵.

Haksız fiillerde hukuka aykırılık, önceden mevcut olan bir hukuki münasebetin yüklediği borçları yerine getirmemek şeklinde değil; objektif hukuk kurallarının zorunlu kıldığı genel vazifelere aykırı davranmak şeklinde tezahür eder. Örneğin bir otomobil sürücüsünün yoldan geçen bir kişiye çarparak onu yaralaması halinde sürücünün fiili haksız fiil teşkil eder. Sürücü yolda kiracısına çarparak onu yaralaması halinde bile haksız fiil işlemiş olur, çünkü aralarında önceden mevcut olan kira sözleşmesi ile yaralama olayı arasında herhangi bir bağ bulunmamaktadır¹⁴⁶. İhlal edilen genel davranış kuralları, toplum içinde kişilerin yapmaları gereken davranışlar (emirler) ile yapmamaları gereken davranışları (yasakları) belirten kurallardır. Bu kurallar kamu hukuku veya özel hukuk kuralı niteliği taşıyabilir¹⁴⁷.

Hukuka aykırılığın olumlu ve olumsuz olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Olumlu unsur, zarar vermeyi yasaklayan veya böyle bir sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden bir hukuk normunun ihlali neticesinde meydana gelir. Olumsuz unsur ise, somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması halinde vücut bulur¹⁴⁸.

Hukuka uygunluk sebepleri üç bölüme ayrılabilir. Birincisinde bir kamu menfaati ikincisinde ise özel bir menfaat çatışan diğer bir menfaate üstün tutulur. Üçüncü tür

144 Kesici, 48-49; Gürzumar, 144-146.

145 Eren, 610. Yazar objektif teoriye katılmakla birlikte yazara göre iki teori arasındaki fark pratik olmaktan çok teorik düzeydedir.

146 Tandoğan, 7.

147 Oğuzman/Öz, C. 2, 14-15.

148 Eren, 612.

uygunluk sebebi ise zarar görenin rızasıdır¹⁴⁹. TMK m. 24/2’de göre hukuka uygunluk sebepleri olarak; zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel yarar veya kamu yararı ve kamu ya da özel hukuka dayanan kanunun verdiği yetkinin kullanılması gösterilmiştir. TBK’nın “*Hukuka aykırılığı kaldıran hâller*” başlıklı 63. maddesinde ise; kanunun verdiği yetkiye dayanma, zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, haklı savunma, zorunluluk ve kişinin hakkını kendi gücüyle koruması hâllerinde fiilin hukuka aykırı sayılmayacağı düzenlenmektedir.

3.2.2.3. Zarar

Zarar kavramı, sorumluluğun, dolayısıyla tazminat borcunun en önemli unsurunu oluşturmaktadır. Sorumluluk hukukunda -gerek akit dışı sorumlulukta gerekse akdi sorumlulukta- tazminat borcunun doğabilmesi için zararın gerçekleşmesi gerekir¹⁵⁰. Bir kimse hukuka aykırı bir fiili ağır bir kusurla işlemiş olsa bile, eğer ortada bir zarar mevcut değilse, tazmin yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Mesela bir şoförün trafikte hız sınırının üzerinde seyretmesi hukuka aykırı bir fiildir; fakat bundan herhangi bir zarar doğmadığı takdirde hukuki sorumluluk da doğmayacaktır. Öte yandan, nasıl hukuka aykırı olan her fiil tazmin yükümlülüğü doğurmuyorsa, meydana gelen her zarar da tazmini gereken bir zarar değildir. Zira hukuka aykırılık unsuru bulunmadığı takdirde bir kimsenin başkasına verdiği zararı tazminle yükümlü olacağı kabul edilemez. Mesela bir bakkal, aynı sokakta yeni bir bakkal dükkânı açılınca bir kısım müşterisini kaybederek bundan zarar görebilir; fakat böyle bir zarardan dolayı ikinci bakkal sorumlu tutulamaz¹⁵¹.

Zarar kavramı Türk Borçlar Kanunu’nda tanımlanmamıştır. Türk hukukunda zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma olarak tanımlanmaktadır. Malvarlığının zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durum ile fiilin gerçekleşmesi neticesinde almış olduğu mevcut durum arasındaki fark, zararı oluşturur. Zarar; malvarlığının aktifinin azalmasından, pasifinin artmasından veya mahrum kalınan kardan ileri gelebilir¹⁵².

149 Eren, 627.

150 Aral, 156.

151 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 545-547.

152 Oğuzman/Öz, C. 2, 38-39.

Doktrin ve uygulamada zarar, “dar anlamda zarar” ve “geniş anlamda zarar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda zarar, maddi zararı ifade ederken; geniş anlamdaki zarar kavramı ise, kişinin malvarlığında uğradığı zararlarla birlikte, şahıs varlığında, başka bir deyişle manevi varlığında uğradığı zararı da kapsamaktadır¹⁵³.

Bir haksız fiil faili sadece fiilin doğurduğu zararlardan sorumlu olup, zarar, hükmedilebilecek tazminatın üst sınırını belirler. Bununla birlikte, -tıpkı rekabet hukukunun ihlalden doğan tazminat davalarında olduğu gibi- bazı özel sorumluluk hükümlerinde faillerin caydırılması amacıyla mağdurun zararını aşan miktarda tazminat istemesine imkân tanınmış olabilir¹⁵⁴. “2.2.4. *Telafi Edici Tazminat (Compensatory Damages)/Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Ayrımı*” bölümünde, söz konusu sorumluluk hükümleri örneklendirilerek açıklanmıştır.

3.2.2.3.1. Haksız Fiilden Kaynaklanan Maddi Zarar

Türk ve İsviçre hukukunda hâkim görüş olan Mommsen’in menfaat (menfaat farkı/fark) teorisine göre, tazminata konu olan maddi zararın belirlenmesinde, sorumluluğu doğuran olayın gerçekleşmesinden sonraki durum ile bu olay olmasaydı içinde bulunulacak olan farazî durum karşılaştırılır. Zira aradaki fark zararı meydana getirir. Karşılaştırılan fiili ve farazi durumların neye ilişkin olduğu konusu ise doktrinde tartışmalıdır. Tabii zarar görüşüne göre zarar, bir kimsenin hayattayken sahip olduğu maddi ve manevi varlıklarda meydana gelen eksilme ve değişikliklerdir. Bu eksilme ve değişikliğe kimin ve neyin sebep olduğunun önemi yoktur. Bu görüşe göre zarar belirlenirken, ilk planda malvarlığı değil, doğrudan doğruya ihlâl uğrayan hakkın konusu varlıkta meydana gelen somut değişiklik dikkate alınmalıdır. Menfaat teorisini (fark teorisi) savunanlara göre, zarar verici olay neticesi hak konusu varlıkta meydana gelen olumsuz yöndeki değişiklikler değil, malvarlığında meydana gelen eksilme esas alınmalıdır. Normatif zarar görüşüne göre ise, zarar kavramının muhtevasının belirlenmesi, hukukî bir değerlendirme ile olur. İktisadi bakımdan malvarlığında bir azalma olmasa dahi, hukukî değerlendirme ile tazminata konu olabilecek bir zararın bulunduğu sonucuna varılabilir¹⁵⁵.

153 Tandoğan, 63; Eren, 545.

154 Oğuzman/Öz, C. 2, 38 ve 111-112.

155 Eren, 547-552; Şahin, Tazminat Talepleri, 113-114.

Haksız fiil nedeniyle meydana gelen maddi zarar konusunda, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr; şahsa verilen zarar, şeye verilen zarar ve diğer zararlar; doğrudan zarar, ve dolaylı zarar; somut zarar ve soyut zarar olarak çeşitli ayrımlar yapılabilir. Sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararlar (müspet zarar) ile sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zararlar (menfî zarar) ayrımı, sözleşmeye aykırı davranıştan kaynaklandığı için, haksız fiilden doğan zararlarda böyle bir ayırım söz konusu değildir¹⁵⁶.

3.2.2.3.2. Haksız Fiilden Kaynaklanan Manevi Zarar

Manevi zarar, haksız eylem sonucu kişinin manevi cephesinde meydana gelen zararı ifade eder. Manevi zarar genellikle şahıs (kişi) varlığına yönelik haksız fiiller sonucu ortaya çıksa da, malvarlığına yönelik haksız fiil nedeniyle de söz konusu olabilir¹⁵⁷.

Kişi varlığı, bir kişinin şahıs olarak haiz olduğu hukukça korunan kişilik değerlerinin tümünü ifade eder. Yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, isim, resim, şeref, haysiyet, ticari itibar gibi değerler kişilik değerlerini, dolayısıyla kişilik hakkını oluşturur. Doktrinde kabul edilen “objektif teori”ye göre bir kişinin, şahıs varlığını oluşturan hukuki değerlerin ihlali dolayısıyla uğramış olduğu objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir¹⁵⁸.

Kişiliğe tecavüz hallerinde hem maddi hem de manevi zarar söz konusu olabileceği gibi sadece manevi zarar da söz konusu olabilir. Onur ve saygınlığa tecavüzde böyle bir durum söz konusudur¹⁵⁹.

3.2.2.4. Kusur

TBK m. 49/1, kusur sorumluluğunda kusuru, sorumluluğun kurucu unsuru olarak düzenlemiştir. Ancak sözü geçen madde, kusur kavramını tanımlamış değildir. Doktrin ve uygulamadaki hâkim görüşe göre kusur kavramı, hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen ve hoş görülmemeyen davranış biçimidir¹⁶⁰. Türk haksız fiil hukukunda

¹⁵⁶ Eren, 554; Şahin, Tazminat Talepleri, 114.

¹⁵⁷ Kılıçoğlu, 300.

¹⁵⁸ Eren, 556.

¹⁵⁹ Oğuzman/Öz, C. 2, 40.

¹⁶⁰ Eren, 594.; Kılıçoğlu, 313. Doktrindeki bir diğer tanıma göre kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istememiş olmakla beraber hukuka aykırı davranıştan

sorumluluğun kusur esasına dayanması nedeniyle kusur kavramı merkezi ve asli bir öneme sahiptir. Kusursuz sorumluluğun uygulanmadığı tüm hallerde sorumluluğun gerçekleşebilmesi prensip olarak zarar verenin kusurlu olmasını gerektirir¹⁶¹.

Kusur teorilerinden sübjektif kusur teorisi kusuru failin psikolojik ve moral şartlarına göre değerlendirir. Kusur, zarar verici davranışla değil, failin iradi ve zihni yapısıyla ilgilidir. Bu nedenle, bir davranış faile kusur olarak yükletilirken, onun kişisel yetenek ve özelliklerinden soyutlanamaz. Objektif kusur teorisine göre ise, davranışın kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken, zarar veren kişi değil, objektif bir tip esas alınmaktadır. Bu kişi, failin mensup olduğu sosyal veya mesleki grup içinde, aynı şartlar altında yaşayan makul, dürüst ve ortalama bir insan tipidir. Bu tipin davranışı, örnek (model) davranış olarak ele alınmakta ve bununla failin davranışı kıyaslanmaktadır¹⁶². Haksız fiil hukukunda kusur kavramının belirlenmesinde baskın olan teori objektif kusur teorisidir¹⁶³.

Sorumluluk hukuku açısından kusur, kast ve ihmal olmak üzere ayrılır. Fakat bu ayrım, ceza hukukundaki kadar büyük bir önem taşımaz. Fail ister kasten, isterse ihmal ederek zarar versin, yine de tazmin borcuyla yükümlüdür¹⁶⁴.

Hukuka aykırı sonucun fail tarafından bilerek istenmesine kast denir. Kastta zarar verenin iradesi, hukuka aykırı sonuca yönelmiştir. Kast kavramı, tasarlama ve isteme unsurlarını içerir. Hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özenin gösterilmemesine ise ihmal denir. Başka bir deyişle, ihmal, zararlı sonucun doğmasını önlemek için hukuk düzeninin yüklemiş olduğu ödeve aykırı hareket etmek, gerekli önlemleri almamaktır. Sorumluluk hukuku, ceza hukukunun

kaçınmak için iradesini yeteri derecede kullanmamaktır (ihmal). Bkz. Oğuzman/Öz, C. 2, 53.

161 Kesici, 192.; Oğuzman/Öz, C 2, 53-54.

162 Eren, 595.

163 Kesici, 195.

164 Tandoğan, 46; Kesici, 599; Kılıçoğlu, 314. Haksız fiil hukukunda bu durumun tek istisnası, TBK m. 49/2’de görülmektedir. Fıkraya göre, “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” Sözleşme sorumluluğunda da bazı hallerde kanun, sorumluluk için kastı öngörmüştür.

aksine, ihmali objektif açıdan değerlendirmektedir. Bu nedenle failin subjektif durumu, bireysel ve kişisel yetenekleri ilke olarak göz önünde bulundurulmaz¹⁶⁵.

Kusuru ispat yükümlülüğü, haksız fiil sorumluluğunda zarar görene aittir. Ancak istisnai olarak bazı hallerde zarar veren hakkında kusur karinesi mevcut olabilir. Bu durumda kusuru ispat yükü ters döner ve fail kusursuz olduğunu ispat etmek zorunda kalır. Örneğin, TBK'nın 59. maddesine göre, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlü olmakla birlikte, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur¹⁶⁶.

Haksız fiilin mahiyetinden, kusurun varlığı hakkında fiili bir karine çıkarılabilmektedir. Örneğin, birisi komşusunun camını kırdığı veya komşusunu dövdüğü takdirde kusurun mevcudiyetinin aşikar olması nedeniyle davacıdan bunun ayrıca ispat edilmesi istenmeyebilir¹⁶⁷.

Kusurun işlevini sorumluluğun tesisi ile sınırlı olarak düşünmemek gerekir. Zira kusur, sorumluluğun kapsamının belirlenmesi açısından da büyük öneme sahiptir. Zarar verenin ve zarar görenin kusuru, tazminat miktarının belirlenmesi (TBK m. 51) ve indirilmesi (TBK m. 52) açısından büyük öneme sahiptir. Bazı durumlarda ise zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurlu oluşu, kusurun belirli bir yoğunluğa erişmesi halinde kusuru olsa dahi zarar verenin sorumlu tutulmaması şeklinde kendini gösterir. Bu tür durumlarda nedensellik bağının kesilmesinden söz edilir. Son olarak müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde, sorumlular arasındaki iç ilişkide zararın paylaşımında kusurun miktarı göz önünde bulundurulur¹⁶⁸.

3.2.2.5. İliyet Bağı

Gerçekleşen zarar ile sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine illiyet bağı denir. Sorumluluk, ister sözleşme sorumluluğuna, ister kusur

165 Eren, 601-602. Kusurun objektifleştirilmesinin kusur kavramıyla bağdaşmayacağı ve kusursuz bir kusura dayanan sorumluluk haline sebep olacağı eleştirisi için bkz. Oğuzman/Öz, C. 2, 59.

166 Eren, 606.

167 Tandoğan, 62.

168 Kesici, 195-196.

sorumluluğuna, ister kusursuz sorumluluğa, hatta tehlike sorumluluğuna dayansın, illiyet bağının varlığı mutlaka aranır¹⁶⁹.

Hukukta sebep kavramına verilen değişik anlamlar nedeniyle, çeşitli illiyet teorileri geliştirilmiştir. Türk, İsviçre ve Alman hukukunda hâkim olan teori ise uygun illiyet bağı teorisi. Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunan zorunlu şart ile söz konusu sonuç arasındaki bağa uygun illiyet bağı denir¹⁷⁰. Uygun illiyet bağı teorisine göre, zararlı netice tipik mahiyeti itibarıyla fiile uygun olmalı, onun uygun neticesi olarak görünmelidir¹⁷¹.

3.2.3. Haksız Fiil Sorumluluğunun Genel Esaslarının Rekabet Hukukuna Uygulanması

Rekabet hukukunu ihlal eden fiiller sonucu meydana gelen zararın tazmin edilmesi amacıyla, 4054 sayılı Kanun'un 57. maddesi ile getirilen hüküm, haksız fiil hukuku açısından özel hüküm (lex specialis) mahiyetindedir¹⁷². Dolayısıyla rekabet hukukunda, haksız fiile dayalı tazminatın şartlarının oluşması için öncelikle maruz kalınan fiilin 4054 sayılı Kanun'a aykırı olması gerekir. 4054 sayılı Kanun'un "Tazminat Hakkı" başlıklı 57. maddesi aşağıdaki gibidir:

"Madde 57 – Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur."

Haksız fiil sorumluluğunun genel esasları 4054 sayılı Kanun ışığında incelenirken, haksız fiilin kurucu unsurları olan fiil, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılık açısından değerlendirilecektir.

169 Eren, 561.

170 Eren, 565; Oğuzman/Öz, C. 2, 44-45.

171 Tandoğan, 77.

172 Sayhan, 32; Kesici, 51.

3.2.3.1. Fiil

Rekabet hukuku bağlamında fiil; rekabet hukuku normlarının kendisine müspet veya menfi bir sonuç bağladığı, yani “hukuka uygun” veya “hukuka aykırı” şeklinde bir değer yargısında bulunduğu, rekabet hukuku süjesine atfı kabil her türlü eylem, işlem, hal, hareket ve tutum olarak tanımlanabilir¹⁷³.

4054 sayılı Kanun’un 57. maddesi incelendiğinde, rekabet hukukunu ihlal eden fiilin; anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararı (4054 sayılı Kanun m.4), hâkim durumun kötüye kullanılması (4054 sayılı Kanun m.6) ve sözleşme (4054 sayılı Kanun m.4, m.6 ve m.7’yi kapsayacak şekilde) şeklinde ortaya çıkabileceği görülmektedir¹⁷⁴.

Rekabet hukukunda fiilin tek taraflı/çok taraflı olmasına ve müspet/menfi olmasına göre çeşitli ayrımlar yapılabilir. Hâkim durumdaki bir teşebbüsün yapacağı rekabet ihlalleri çoğu zaman tek taraflı eylemler olarak tezahür ederken rakip teşebbüslerin kendi aralarında bilgi paylaşması çok taraflı gerçekleştirilen bir eylemdir. Yine hâkim durumdaki bir teşebbüsün “zorunlu unsur doktrini” uyarınca müşterilerine veya rakip teşebbüslere mal vermeyi/sözleşme yapmayı reddetmesi durumunda rekabet hukukunu ihlal eden menfi bir davranış söz konusudur¹⁷⁵.

3.2.3.2. Hukuka Aykırılık

Rekabet hukukunun ihlalden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunda, sorumluluğun gündeme gelebilmesi için zarara sebebiyet veren fiilin 4054 sayılı Kanun’daki maddi yasaklayıcı normları ihlal etmesi gerekir¹⁷⁶. Kanun’un 57. maddesinde hukuka aykırılık unsuru, TBK m. 49’dan farklı olarak, hukuka aykırılık kavramına genel bir atıf yapıp çerçeve hüküm (Blankettnorm) şeklinde düzenlenmemiş, hukuka aykırı fiil ve işlemlerin sayılması şeklinde belirtilmiştir¹⁷⁷. Dolayısıyla ilgili kanun maddelerine aykırı fiillerin

173 Ateş, 295.

174 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesinde yasaklanan hukuka aykırı nitelikteki birleşme ve devralmaların 57. madde kapsamında yer alıp almadıkları doktrinde tartışmalıdır. 57. maddede yer alan “sözleşme” kavramının yasaklanan birleşme ve devralmaları da kapsadığı şeklinde görüşler mevcuttur. Bkz. “*Birinci Bölüm, IV. Örnek İhlal Grupları, C. Kanun’un 7. Maddesinde Yasaklanan Örnek İhlal Grupları*”

175 Kesici, 44-45.

176 Kesici, 50-51.

177 Sayhan, 36.

gerçekleştirilmesi hukuka aykırılığı da kendiliğinden oluşturacaktır¹⁷⁸. 4054 sayılı Kanun'da 4, 6 ve 7. maddelerde öngörülen haksız fiile ilişkin hukuka aykırılık halleri, "X. D. Rekabet İhlalinde Haksız Fiil Sorumluluğunun Söz Konusu Olacağı Durumlar" başlığı altında incelenecektir.

Hukuka aykırı fiil ve işlemlerin sayılmış olması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı olmamasına rağmen fiilin sırf rekabeti bozucu nitelikte olduğu iddiasıyla tazminat talep edilemeyecektir. Zira 4054 sayılı Kanun'a göre zararı tazmin yükümlülüğü rekabetin bozulmasına değil, rekabetin bu kanunda yazılmış olan fiil ya da işlemlerle bozulmuş olmasına dayandırılmıştır. Örneğin, bir teşebbüsün sigortasız işçi çalıştırarak ürünlerini daha ucuza mal etmesi halinde, -bu durum sosyal güvenlik hukuku açısından bir ihlal sayılabilecekse de- rekabet hukuku açısından ihlal kabul edilemez. Söz konusu olayda, teşebbüsün, çalıştırdığı işçilerin sigortasını yatırmayarak maliyetini düşürmesi sayesinde rakipleriyle olan rekabetinde bir avantaj sağladığı açıktır. Fakat bu durumun bir rekabet ihlali teşkil edebilmesi için, fiilin, 4054 sayılı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı olması gerekir. Sonuç olarak denilebilir ki, haksız fiil alanında hukuka aykırılığın oluşması için, davranışın herhangi bir emredici norma aykırılığı yeterli iken; rekabet hukukundaki hukuka aykırılık unsuru daha dar kapsamlıdır¹⁷⁹.

4054 sayılı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlali hukuka aykırılığın olumlu unsurunu teşkil etmekte iken, davranışın hukuka aykırı sayılmasına engel olan hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması ise olumsuz unsuru meydana getirir. TBK'nın 63. maddesinde sayılan genel hukuka uygunluk sebeplerinin (kanunun verdiği yetkiye dayanma, zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, haklı savunma, zorunluluk ve kişinin hakkını kendi gücüyle koruması hâlleri) rekabet hukukunda uygulanamayacağı doktrinde kabul edilmekle¹⁸⁰ birlikte, özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması ve

178 Arı, 204.

179 Sayhan, 37.

180 Kesici, 110. Bu noktada yazar, zarar görenin rızasının ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Zarar gören kişinin hukuka aykırı fiile rıza göstermesi halinde tazminat talebinde bulunmasının önü kapanmış olmaktadır. Bununla birlikte, zarar görenin rızası, rekabeti kısıtladığı düşünülen bir sözleşmenin tarafını oluşturanların kısıtlama dolayısıyla uğradıkları zararların tazminini talep edip edemeyeceği noktasında önem arz etmektedir. Özellikle dikey anlaşmalarda, perakende seviyesindeki yeniden satıcı konumunda olan teşebbüslerin, dikey kısıtlamaları serbest iradeleri ile kabul etmeyecekleri düşünülmektedir. Bkz. Kesici, 111-113. Gerçekten de, tarafların ekonomik koşullarının açık

kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması durumlarının rekabet hukukunda hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilebilmesi gerekir.

Fikri ve sınai mülkiyet gibi özel hukuktan doğan hakların kullanılması durumunda hukuka aykırı bir fiilden bahsetmek güçtür. Marka veya patent hakkı sahibinin, markasını kullanma hakkını veya buluşundan yararlanma hakkını tek başına elinde tutması, malın geliştirilmesinde, üretimi ve satımında tekel oluşturur ve hak sahibine piyasadaki arz miktarını kontrol ederek fiyatı istediği gibi belirleyebilme imkânını verir. Patent hakkı sahibi, malının fiyatını tekel gibi tespit edebilir. Bunun nedeni, patent hakkı sahibinin, tekel olan teşebbüsten farklı olarak patent hukuku kurallarına göre korunan bir özel hakka sahip olmasıdır¹⁸¹.

Kamu hukukuna dayanan yetkinin kullanılması ise kanunla kurulmuş teşebbüs birlikleri konusunda gündeme gelebilir¹⁸². Teşebbüs birlikleri, teşebbüslerin belli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu, kuruluşu kanuna veya özel hukuktan doğan bir hakka dayanan birliklerdir. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye Barolar Birliği, Türk Tabipleri Birliği, Türk Dişhekimleri Birliği, Türk Eczacıları Birliği ve Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği gibi teşebbüs birlikleri, yasa koyucunun çıkardığı kanunlara istinaden kurulmuş birliklerdir. Bu kanunlarda sektörü ilgilendiren birtakım düzenlemeler bulunduğu gibi asgari-azami fiyat, piyasaya girişin sınırlandırılması, pazar paylaşımı gibi rekabete aykırı sayılabilecek bazı konular da düzenlenebilmektedir. Söz konusu teşebbüs birliklerinin rekabete aykırı faaliyetlerinin, kamu yetkisinin kullanımı veya kamu hizmetinin ifası niteliğinde olması halinde, bu durum hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilecektir.

Rekabet hukukuna özgü hukuka uygunluk sebepleri ise 4054 sayılı Kanun'un "Muafiyet" başlıklı 5. maddesinde düzenlenmiştir¹⁸³. Söz konusu madde hükmünde bireysel muafiyet

bir orantısızlık içerisinde olduğu bu gibi durumlarda, sözleşmenin zayıf tarafını temsil eden teşebbüslerin uğradıkları zararı tazmin edebilmesi gerekir.

181 Sayhan, 43-44.

182 Sayhan, 44-46; Kesici, 117.

183 Rekabet hukukunda haklı sebep (rule of reason) ve hoş görülebilirlik (de minimis) kurallarının hukuka uygunluk sebebi sayılıp sayılamayacağı tartışması için bkz. Sayhan, 46-49. Rekabet hukukuna özgü hukuka uygunluk sebeplerinin 4054 sayılı Kanun'da düzenlenen (muafiyet ve menfi tespit müesseseleri) ve düzenlenmeyen (haklı sebep doktrini ve hoş

ve grup muafiyeti olmak üzere iki tür muafiyet rejimi öngörülmüştür. Bireysel muafiyeti düzenleyen 5. maddenin birinci ve ikinci fıkraları aşağıdaki gibidir:

“Madde 5 – Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4’üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

- a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*
- b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,*
- c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,*
- d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.*

Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.”

Görüldüğü üzere, 5. maddede yer verilen koşulların tamamının gerçekleşmesi halinde, 4. maddede yasaklanan teşebbüsler arası rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları Kanunun öngördüğü yaptırımlardan muaf tutulacaktır. Burada, m. 6’da yasaklanan hâkim durumun kötüye kullanılmasının ve m. 7’de yasaklanan hukuka aykırı birleşme ve devralmaların muafiyet kapsamında olmadığını belirtmek gerekir.

Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere, doktrinde belirtilenin aksine¹⁸⁴, Kurul tarafından verilen muafiyet kararı verildiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğuran bir karar niteliğinde olmayıp, muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı

görülebirlilik ilkesi) hukuka uygunluk sebepleri şeklindeki sınıflandırma için bkz. Kesici, 117-144.

184 Kesici, 123 ve orada dp. 299’daki diğerleri. Yazar, verilen muafiyet kararının verildiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğuran bir karar niteliğinde olduğunu savunmaktadır.

veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.

Grup muafiyetini düzenleyen 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin son fıkrası ise aşağıdaki gibidir:

“Kurul, birinci fıkra da gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.”

Nitekim Rekabet Kurulunun m. 5'e dayanarak çıkarmış olduğu ve an itibarıyla geçerli olan 6 adet grup muafiyeti tebliği bulunmaktadır¹⁸⁵. Söz konusu tebliğler; 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2008/3 sayılı Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2013/3 sayılı Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2016/5 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile 2017/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'dir.

Rekabet Kurulunun çıkarmış olduğu grup muafiyeti tebliğleri incelendiğinde, tebliğlerin bir kısmının belirli sektörlere yönelik olduğu (sigorta sektörü ve motorlu taşıtlar sektörü tebliğleri), bir kısmının ise belirli konulara yönelik olduğu (dikey anlaşmalar, teknoloji transferi, uzmanlaşma anlaşmaları ile araştırma ve geliştirme anlaşmaları tebliğleri) görülmektedir.

Grup muafiyeti tebliğlerinde, teşebbüsler arasındaki bir anlaşmada muafiyet alabilecek veya alamayacak hükümlere yer verilmiştir. Kanun koyucu, Rekabet Kuruluna grup muafiyeti çıkarma yetkisi vermek ile -5. maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere- teşebbüsler ve piyasada akdedilen sözleşmeler için yasal belirlilik ve hukuki güvenilirlik ortamı sağlamak istemiştir. Ayrıca grup muafiyeti tebliğleri, teşebbüslerin tek tek bireysel muafiyet alabilmek için Kuruma başvurmasını önlemekte ve böylece Kurumun iş yükünü de azaltmaktadır. Son olarak grup muafiyeti tebliğleri ile tebliğlerdeki hükümlerin açıklanmasına dair yayımlanan kılavuzların, piyasadaki rekabet kültürünü olumlu yönde

¹⁸⁵ Sanıldığıının (bkz. Kesici, 128) aksine, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ bir grup muafiyeti tebliği değildir.

etkilediği ve teşebbüsler ile tüketicilerin rekabet hukukunu anlamaları açısından yol gösterici nitelikte olduğu söylenebilir.

3.2.3.3. Zarar

Rekabet hukukunun ihlali iki tür zararın ortaya çıkmasına neden olur. Bunlardan ilki, piyasada etkin rekabet ortamının bozulması nedeniyle kaynak dağılımında verimliliğin bozulmasının yarattığı toplumsal zarar, ikincisi de rekabetin kısıtlanması nedeniyle tüketiciler ve rakip teşebbüsler gibi üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardır¹⁸⁶. İlk türdeki toplumsal zararın genel niteliğinden farklı olarak, üçüncü kişilerin uğramış oldukları zarar, özel ve bireysel nitelikte olup, mahkemeler nezdinde açılan tazminat davalarının konusunu oluşturmaktadır¹⁸⁷.

Zararın toplumsal zarar ve üçüncü kişilerin uğradıkları zarar şeklinde iki genel başlık altında ele alınmasında, ekonomi bilimindeki gelişmelerin katkısı büyüktür. Rekabetin sadece ekonomik yarar yönü ile ilgilenen ekonomistlere ve ekonomi bilimi ağırlıklı bir rekabet hukuku sistemi taraftarı hukukçulara göre, rekabet ihlallerinin en önemli etkisi verimlilik ilkelerinden uzaklaşılması nedeniyle toplumsal refahta meydana gelen azalmadır. Bu durum ise, rekabet hukuku ile ekonomi bilimi arasındaki farkın temelini oluşturmaktadır, çünkü rekabet hukuku rekabetin korunması kadar zarar gören üçüncü kişilerin korunması görevini de üstlenmiştir¹⁸⁸.

Rekabet ihlalden dolayı tazminat davası açılabilmesi için davacıların sadece ihlalin varlığını değil söz konusu ihlalden zarar gördüğünü de kanıtlaması gerekir. Zarar kavramı, -TBK ile paralel olarak- 4054 sayılı Kanun'da tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, m. 57 ve m. 58'de zararlı ilgili bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun'un "*Tazminat Hakkı*" başlıklı 57. maddesinde, "...bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur." denilerek, tazmin edilecek zararın türü ve kapsamı açısından

186 Akıncı, 373. Yazara göre zarar sorunu, rekabet hukukunun amacı ve koruduğu menfaatler ile yakından ilgilidir. Rekabet hukuku, hangi zararların tazmin edileceği kadar kimlerin tazminat talebinde bulunabileceğini de belirler. Örneğin, teşebbüslerin anlaşarak, piyasada bir kartel oluşturmaları durumunda, her iki türden zarar da aynı anda meydana gelir. Ayrıca, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören üçüncü kişiler; tüketiciler, rakip teşebbüsler, alt veya üst pazardaki teşebbüsler gibi farklı gruplara da dâhil olabilirler. Bu da, rekabet hukukunun ihlalden kaynaklanan zararların çok karmaşık bir görünüm almasına yol açar.

187 Kesici, 163.

188 Akıncı, 373.

herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Yine, Kanun'un "Zararın Tazmini" başlıklı 58. maddesinde yer alan "...*Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir.*" ifadesiyle her türlü zararın tazmininin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Doktrinde, söz konusu hükümler, zararın türü ve kapsamı ile ilgili herhangi bir belirleme ve sınırlamada bulunmaması ve çok geniş bir şekilde kaleme alınmış olması nedeniyle eleştirilmektedir¹⁸⁹.

Bilindiği üzere, 4054 sayılı Kanun'un 58. maddesinde "...*hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.*" denilerek, zararın (veya zarar verenin elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel karın) üç katı oranında tazminata hükmedilebileceği belirtilmiştir. Söz konusu maddenin lafzı incelendiğinde, "zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların" ifadesinden, ortada herhangi bir zarar olmasa bile ihlali gerçekleştiren teşebbüsün tazminat ödemeye mahkum edileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Madde hükmü böyle anlaşıldığı takdirde ise sorumluluk hukukunun genel ilkelerinden uzaklaşılacağı açıktır. Dolayısıyla 58. maddede anlatılmak istenen durumun, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin elde ettikleri haksız kazancın zarar gören üçüncü kişilerin zararından daha büyük olması halinde, ihlali teşebbüslerin kazançlarının yanlarına kâr kalmaması için, tazminatın ihlalden elde edilen kâr üzerinden hesaplanması olduğu düşünülmektedir.

3.2.3.4. Kusur

Rekabet hukukunda tazminat sorumluluğunun oluşması açısından kusurun gerekli bir unsur olup olmadığına dair herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Sadece m. 58/2'de "Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, ..." denilerek, zararın üç katı oranında tazminata hükmedilebilmesi açısından kusurun kurucu unsur olduğu belirtilmiştir. Bu durumda, Kanunun kusur şartını sadece üç kat tazminat ile sınırlı olarak aradığı, diğer hâllerde kusur şartına yer verilmediği söylenebileceği gibi; kusursuz sorumluluğun ancak kanunda

189 Sanlı, Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlar, 40; Kesici, 162; Gürzumar, 160; Tekinalp, 263.

açıkça yazılı olduğu hallerde söz konusu olabileceği ve bu nedenle m. 57 hükmünün bir kusursuz sorumluluk hali şeklinde algılanmaması gerektiği de söylenebilir¹⁹⁰.

Kanunda kusurun gerekliliğine ilişkin açık bir düzenlemenin mevcut olmaması nedeniyle, doktrinde rekabet hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun kusursuz sorumluluk ilkesine dayandığı yönünde görüşler¹⁹¹ olduğu kadar; buradaki sorumluluğun kusur sorumluluğu olarak anlaşılması gerektiğini savunan görüşler¹⁹² de bulunmaktadır.

Haksız fiil sorumluluğu kural olarak borçlunun kusurlu olması esasına dayandırılmışsa da, TBK'da ve diğer bazı kanunlarda kusur aranmaksızın ve hatta borca aykırılık söz konusu olmaksızın sorumluluğun düzenlendiği durumlar söz konusu olabilmektedir. Kusursuz sorumluluğa doktrinde objektif sorumluluk veya sebep sorumluluğu da denmektedir¹⁹³. Kusursuz sorumluluk; hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olmak üzere üçe ayrılmaktadır¹⁹⁴.

Haksız fiil sorumluluğunda, kusura dayanan sorumluluğun genel kural, kusursuz sorumluluk hallerinin ise istisnai nitelikte olması¹⁹⁵ ve kanun koyucunun rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan sorumluluk bakımından özel bir durum yaratmamış olması nedeniyle, aksi yöndeki görüşlere rağmen, genel kural olan kusur sorumluluğu ilkesinin burada da uygulanacağını kabul etmek gerekir.

Rekabet hukukunda failin kusuru çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Kusur, rekabet hukuku kurallarını ihlal eden failin davranışları ve faaliyetleri, elde etmeyi istediği amaç ve bunda etkili olan saikler de dikkate alınarak belirlenecektir. Teşebbüsler arasındaki anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olduğu durumlarda, anlaşma ile hukuka aykırı bir sonucu elde etmeye yönelmiş olmaları sebebi ile kişilerin kusuru, eylemin kendisinden

190 Şahin, Tazminat Talepleri, 153.

191 Topçuoğlu, 299 ve 311-312; Eğerci, 254; ARI, 217-220.

192 Akıncı, 367 vd.; Aslan, Rekabet Hukuku, 794; Utku/Polat/Deniz, 112-113; Sanlı, Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlar, 43; Yiğit, 288; Kesici, 207 vd.

193 Oğuzman/Öz, C. 2, 135.

194 Eren, 639.

195 Güven, 754.

doğmaktadır. Faillerin, hukuka aykırı sonucu istemiş olmaları hukuki sorumluluğun doğumu için yeterlidir¹⁹⁶.

Rekabetin kısıtlanmasının amaç olmadığı anlaşmanın ya da eylemin, rekabetin kısıtlanmasına neden olması durumlarında da, tarafların kusurunun varlığı söz konusu olabilir. Bu durumda da, her iki hal arasındaki fark, ilkinde faillerin hukuka aykırı eylemin sonuçlarını elde etmeyi amaçlamalarına karşılık, ikincisinde hukuka aykırı sonucu görmeleri gerekirken, bunu ihmalleri sebebi ile görmemiş olmalarıdır. Bu da, teşebbüslerin üçüncü kişilerin zararlarından sorumluluklarını bertaraf etmez, çünkü anlaşma ya da uyumlu eylem ile rekabetin kısıtlanmasına neden olan teşebbüslerin kusuru, hukuka aykırı davranış ve sonuçtan doğmaktadır¹⁹⁷.

Rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalarda, zararın doğumuna neden olanların kusurunun belirlenmesi, kartel anlaşmalarına göre daha zordur. Rekabetin ikinci dereceden kısıtlanması durumunda, hukuka aykırı sonuç, anlaşma hükümlerinden kaynaklanabileceği gibi, piyasa şartlarının böyle bir sonucun ortaya çıkmasına uygun olmasından da olabilir. Bu sebeple, rekabetin ikinci dereceden kısıtlandığı durumlarda, failin kusuru, rekabetin kısıtlanmasında etkili olan unsurlar dikkate alınarak belirlenecektir¹⁹⁸.

3.2.3.5. İliyet Bağı

Rekabet hukuku ile genel haksız fiil hükümleri arasında nedensellik unsuru açısından fark yoktur. Kanunun 57. maddesinde yer alan “... *bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur.*” ifadesinden, rekabet hukukunda da üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan doğan sorumlulukta uygun illiyet bağı teorisinin kabul edildiği anlaşılmaktadır¹⁹⁹.

Buradan hareketle, davacı rekabet kurallarının ihlali nedeniyle zarara uğradığını ileri sürdüğünde, bu zararın Kanuna aykırı olan bir anlaşma, teşebbüs birliği kararı ya da uyumlu eylemden kaynaklandığını, başka bir deyişle, uygun illiyet bağının varlığını

196 Akıncı, 367.

197 Akıncı, 367-368.

198 Akıncı, 369.

199 Aslan, Rekabet Hukuku, 795; Akıncı, 372; Şahin, Tazminat Talepleri, 149; Yiğit, 289; Kesici, 214.

kanıtlamak durumundadır. Aksi takdirde, örneğin rakibin rekabetçi uygulamaları sonucunda teşebbüsün zarara uğraması halinde veya eylem olmasaydı da zararın her durumda gerçekleşeceği ispat edilirse, davalının sorumluluğundan söz edilemeyecektir²⁰⁰.

3.2.4. Rekabet İhlalinde Haksız Fiil Sorumluluğunun Söz Konusu Olacağı Durumlar

Doktrindeki hâkim görüş, -sözleşmesel sorumluluk hükümlerini dışarıda bırakarak- bütün rekabet ihlallerini sadece haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirmiştir. Hukuk düzeninde herkese karşı uyulması zorunlu olan genel bir hukuki ödevin ihlali haksız fiil olarak nitelendirildiğinden, kanaatimizce, rekabet ihlalden kaynaklanan zararın her halükârda haksız fiil sorumluluğu kapsamında yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır²⁰¹.

Haksız fiil sorumluluğunun, rekabet hukukunun ihlalden doğan sorumluluk konusunda -tabiri caiz ise- evrensel küme olduğu kabul edildiğinde, tezin “*Genel Olarak Rekabetin İhlali*” başlıklı birinci bölümünde yer verilen rekabet ihlallerinin tamamında, haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Buna göre; rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hâkim durumun kötüye kullanılması ve hâkim durum yaratmaya/hâkim durumu güçlendirmeye yönelik birleşme ve devralma hallerinde zarar verenlerin haksız fiil hükümleri doğrultusunda sorumluluğu doğacaktır.

Bununla birlikte; rekabet ihlalden zarar gören ile zarar veren arasında sözleşmesel bir ilişki mevcutsa ya da taraflar sözleşme kurma niyetiyle bir araya gelmişler ve tarafların sözleşme görüşmelerine başlamasıyla birlikte birbirleri üzerinde bazı yükümlülükler ortaya çıkmışsa, haksız fiil sorumluluğunun yanında sözleşme sorumluluğu ve culpa in contrahendo sorumluluğu da gündeme gelecektir.

200 Utku/Polat/Deniz, 112.

201 Muhakkak ki, haksız fiil sorumluluğunun yanında sözleşme ya da culpa in contrahendo sorumlulukları da gündeme gelebilecektir. Bu noktada doktrindeki hâkim görüşe katılmadığımızı önemle belirtmek istiyoruz. İlerleyen kısımlarda diğer sorumluluk türlerinin vücut bulacağı hallere yer verilecektir.

3.3. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

3.3.1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Genel Esasları

Sorumluluk, genel olarak, başka bir kimsenin uğradığı zararı giderme borcu olarak tanımlanabilir. Sözleşmeden doğan sorumluluk²⁰² ise; borçlunun, sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmesi nedeniyle alacaklıya verdiği zararı giderme borcudur. Diğer bir ifadeyle, sözleşme sorumluluğu, genel bir ödevde aykırılık (hukuka aykırılık) gerektiren haksız fiil sorumluluğuna karşıt olarak nispi bir ödevde aykırılıktan (sözleşmeye aykırılık) doğmaktadır²⁰³.

Sözleşmeye aykırılık sonucu ortaya çıkan zararın giderilmesi konusu TBK’da 112 ila 116. maddelerde düzenlenmiştir. 114. maddenin ikinci fıkrası uyarınca “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*” Dolayısıyla sözleşme sorumluluğunun, genel sorumluluğun (haksız fiil sorumluluğunun) özel bir hali olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, haksız fiilin aksine sözleşme sorumluluğunda, taraflar arasında önceden kurulmuş bir hukuki ilişki (sözleşme) ve bu ilişkiden doğan borcun ihlal edilmesi söz konusudur.

3.3.2. Borç İlişkisinden Doğan Yükümlerin İncelenmesi

Rekabet ihlalinde ihlale sebebiyet verenler ile zarar görenler arasında sözleşme ilişkisinin bulunması halinde, sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanabilmesi için, zarar ile sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlali arasında bir bağlantı bulunmalıdır²⁰⁴. Bu nedenle, taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlerin incelenmesi gerekmektedir. Ancak borç ilişkisinden doğan yükümlerin tasnifi yapılabildiği takdirde sözleşmeden doğan sorumluluğun vücut bulduğu haller daha iyi anlaşılacaktır.

3.3.2.1. Borç ve Borç İlişkisi Kavramları

Borç ve borç ilişkisi kavramları Türk Borçlar Kanunu’nda tanımlanmış değildir. Borç ilişkisi, doktrinde “geniş anlamda borç ilişkisi”, “dar anlamda borç ilişkisi” olmak üzere

202 Sözleşmeden doğan sorumluluk; sözleşme sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluk veya borca aykırılık olarak adlandırılabilir.

203 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 373-374.

204 Tandoğan, 530.

iki ayrı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan dar anlamda borç ilişkisi, “borç” kavramını, geniş anlamda borç ilişkisi ise, “borç ilişkisi” kavramını karşılamaktadır²⁰⁵.

Borç kavramıyla eş anlamda kullanılan dar anlamda borç ilişkisi, münferit bir alacağın sahibiyle bir edimde bulunmakla yükümlü borçluyu karşılıklı olarak birbirine bağlayan hukuki bir ilişkidir. Başka bir ifadeyle, bu anlamdaki borç ilişkisi, iki veya daha çok şahıs arasındaki bir hukuki ilişki olup, buna dayanarak taraflardan biri (borçlu) diğerine (alacaklı) bir edimde bulunmakla yükümlüdür. Buna karşılık geniş anlamda borç ilişkisi, iki taraf yani alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkinin tamamını ifade eder. Bu ilişkiden çok sayıda edim yükümleri, yan yükümler ve koruma yükümleriyle, inşai haklar ve hukuki durumlar (mesela feshi ihbar veya seçimlik hakkın kullanılmasına ilişkin beyanlara muhatap olma) doğar²⁰⁶. Yapılan tanımlardan da anlaşılacağı üzere, borç ilişkisi borca oranla daha kapsamlı bir kavram olup, alacaklı ile borçlu arasında mevcut hukuki durum ve ilişkiler bütününe ifade eder.

Borç ilişkisi içerisinde yer alan hukuki unsurlar, ifa veya başka bir sebeple sona erse bile, borç ilişkisi varlığını sürdürür. Borç ilişkisinin devri veya bu ilişkiye dâhil olan şahısların değişmesi, dönme veya fesihle borç ilişkisinin bir tasfiye ilişkisine dönüşmesi hallerinde de borç ilişkisi varlığını devam ettirir. Borç ilişkisinden doğan yükümlerin oldukça geniş ve karışık olması nedeniyle, doktrinde bu ilişkiyi ifade etmek üzere kullanılan çok çeşitli kavramlar bulunmaktadır. “Organizma anlamındaki borç ilişkisi”, “devamlı çerçeve ilişkisi”, “anlamalı yapı”, “zaman içinde cereyan eden süreç”, “kaynak ilişkisi”, “kanunen tespit veya akitle düzenlenmiş plan”, “çalılık” ve “çok renkli palet” tanımlamaları; borç ilişkisinin müphemliği göstermektedir²⁰⁷.

3.3.2.2. Borç İlişkisinden Doğan Yükümler

Borç ilişkisinden doğan yükümler edim yükümü, yan yükümler ve koruma yükümleri olarak üçe ayrılabilir²⁰⁸.

205 Eren, 21-22.

206 Aral, 29-30.

207 Aral, 29-32.

208 Doktrindeki hâkim görüş ise borç ilişkisinden doğan yükümleri sınıflandırırken sadece asli yüküm ve yan yüküm ayırımından hareket etmekte, koruma yükümleriyle yan edim yükümünü, yan yükümler içinde mütalaa etmektedir. Borç, borç ilişkisi kavramları ve borç

Edim yükümü, borç ilişkisinin nitelik ve muhtevası belirleyerek ona birtakım ayırıcı özellikler kazandırır. Borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmekle mükellef olduğu edimin gerçekleşmesiyle, borç ilişkisi amacına ulaşmış olur. Alacaklının edim konusuna ilişkin alacak hakkı, borçlunun edim yükümüne tekabül eder. Edim yükümü de asli edim yükümü ve yan edim yükümü olarak tasnifi edilebilir. Asli edim yükümü ilişkinin özel tipini belirleyen ve ona hukuki özelliğini veren yükümler iken yan edim yükümü alacaklının menfaatinin tam olarak gerçekleşmesini sağlayan ve fonksiyon itibarıyla asli edim yükümünü tamamlayıcı bir nitelik taşıyan yükümlerdir²⁰⁹.

Borç ilişkisinde, edim yükümüne bağımlı birtakım yan yükümler de yer alır. Bu yükümlerin ortak tarafı, asli edimin ifasına ve borç ilişkisinin amacına ulaşmasına yardım etmektedir. Başka bir ifadeyle, bu yükümler gereğince borçlu, borçlanılan edimi tam olarak yerine getirmek için gerekli olan her şeyi yapmak; edimin amacını tehlikeye düşürecek veya akim bırakacak her türlü davranıştan kaçınmakla mükelleftir. Kanunla öngörülen bazı yan yükümler mevcut olduğu gibi taraflar da sözleşmeyle bazı yan yükümler öngörebilirler. Fakat yan yükümlerin başlıca kaynağını TMK m. 2’de öngörülen dürüstlük kuralı teşkil etmektedir²¹⁰. TMK m. 2’ye göre, “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, dürüstlük kuralına uymakla yükümlüdür.*” Bu maddede kullanılan “borç” ifadesi, yan yükümler de dahil olmak üzere, borç ilişkisinden doğan her türlü yükümlülüğü karşılamaktadır²¹¹.

Sözleşmeye aykırı bir fiilin mevcut olup olmadığının tespitinde, özellikle sözleşmenin yüklediği tali yükümlülüklerin ihlalinin belirlenmesi tereddütlere ve güçlüklerle sebebiyet verebilir. Zira mahkemeler, iyi niyet kuralına dayanarak, sözleşmelerden giderek daha geniş ölçüde tali yükümlülükler çıkarmak ve dolayısıyla zarar göreni mümkün olduğu kadar sözleşme sorumluluğunun elverişli hükümlerinden yararlandırmak eğilimindedirler. Örneğin, Alman Temyiz Mahkemesi bir kararında²¹², istasyondaki bekleme salonunda oturduğu kanepenin kırılması yüzünden yaralanan yolcunun,

ilişkisinden doğan yükümlerin sınıflandırılması konusunda birçokları yerine bkz. Aral, 29-58.

209 Aral, 33-37.

210 Aral, 39-40.

211 Eren, 39.

212 Warneier, Entscheidungen, 1915, Nr. 124.

Demiryolu İdaresine karşı, taşıma sözleşmesinden doğan tali bir yükümlülüğün, (yolculara zarar vermeyecek kanepeler bulundurma yükümlülüğünün) ihlalden dolayı dava açabileceğini kabul etmişti. İsviçre Federal Mahkemesinin de buna benzer kararları vardır. Örneğin, Federal Mahkeme vermiş olduğu bir kararında²¹³, bahçesinde atış talimleri yapılmasına müsaade eden bir otelcinin, gerekli emniyet tedbirlerini almaması yüzünden müşterilerden birinin yaralanması halinde, otelcilik sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir²¹⁴.

Bu anlamda yukarıda geçen yan yükümlülüklerden bazıları, örneğin aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü, dürüstlük kuralının bir gereğidir. Gerçekten unutmamak gerekir ki, tarafları sözleşme yapmaya sevk eden çeşitli düşünce ve saikler vardır. Ne var ki, taraflar ihtiyaçlarını gidermek için bir sözleşme yapma işine girerken, sözleşmenin konusu, sonuçları hakkında bazı bilgilerden yoksun olabilirler. Bu nedenle, taraflar sözleşme görüşmeleri esnasında birbirlerine sözleşmenin asli ve önemli unsurları hakkında gerekli bilgileri vermek, birbirlerini dürüstlük kuralının gerektirdiği noktalarda aydınlatmak zorundadırlar. Asli edimi oluşturan bir konuda diğer tarafa gerekli bilgiyi vermeyen, onu aydınlatmayan taraf, dürüstlük kuralına aykırı davranmış olur²¹⁵. Doktrinde yan yükümlükler arasında en çok ihlal edilenin, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir²¹⁶. Sözleşme öncesi ilişkiler açısından, eğer taraflardan biri, diğer tarafın elde edemeyeceği veya anlayamayacağı bilgilere sahipse, karşı tarafa bilgi verme ödevinin kapsamının daha geniş olacağı kabul edilmektedir²¹⁷. Konu özellikle tüketici işlemleri açısından önem arz etmektedir.

Klasik iktisat teorisine göre tüketicilerin tam bilgi sahibi olduğu ve kendi menfaatleri doğrultusunda rasyonel bir şekilde hareket ettiği varsayılır. Ne yazık ki, iktisatçılar tüketiciye piyasalar hakkında bilgi verilmesi konusunda ilgisiz kalmışlardır. Hâlbuki, tüketicinin bilgilendirilmesi, tüketicinin korunmasında merkezi bir role sahiptir. Teşebbüsler ürünleri hakkında genellikle ya hiç bilgi vermemekte ya da yanıltıcı bilgi

213 BGE, 71 ii 114.

214 Tandoğan, 530-531.

215 Eren, 39; Aral, 44-45.

216 Eren, 1076. Aydınlatma ve doğru bilgi verme yükümünü davranış yükümü olarak niteleyen görüş için bkz. Doğan, 281-293.

217 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 199.

vermektedirler. Dolayısıyla tüketici yaptığı sözleşmelere tamamen tesadüfi ve genellikle eksik veya yanlış bilgilere dayanarak girişmektedir. Bu nedenle, hem tüketicinin korunabilmesi hem de pazar ekonomisinin doğru işleyebilmesi açısından tüketicinin bilgilendirilmesi ve aydınlatılması tüketicinin en temel haklarından birini oluşturmaktadır. Nitekim 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (6502 sayılı Kanun) "Amaç" başlıklı 1. maddesinde "*tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak*" da, Kanunun amaçları arasında sayılmıştır. Ayrıca "Temel İlkeler" başlıklı 4. maddede ve "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar" başlıklı 5. maddede tüketicilerin bilgilendirilmesi ve aydınlatılması doğrultusunda hükümlere yer verilmiştir²¹⁸. Bu durum, taraflar arasındaki adaletsiz ve orantısız konuma müdahale etmek üzere ortaya atılan, "*zayıf tarafın korunması ilkesi*"nin bir sonucudur²¹⁹. Görüldüğü üzere kanun koyucu, tüketiciyi korumak için tüketicinin dâhil olduğu işlem ve uygulamalarda, diğer tarafın üzerindeki aydınlatma yükümlülüğünü kanuna derç etmiştir. Dolayısıyla söz konusu yan yükümün kaynağı kanun hükmüdür.

Tüketicinin bilgilendirilmesinin tüketicinin bir hakkı olarak düzenlenmesi genellikle üreticilere ve satıcılara yüklenen bazı bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülükleriyle ve uyulması gereken bazı kurallarla sağlanmaktadır. Bu genel hükümler dışında; 6502 sayılı Kanun'da tüketici kredisi sözleşmesi (m. 23), konut finansmanı sözleşmeleri (m. 33), ön ödemeli konut satış sözleşmeleri (m. 40/2), iş yeri dışında yapılan sözleşmeler (47/3), mesafeli sözleşmeler (m. 48/2), finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler (m. 49/2), devre tatil ve uzun süreli tatil sözleşmeleri (m. 50/4) ve paket tur sözleşmeleri (m. 51/4) gibi çeşitli özel tüketici sözleşmesi tiplerinde "*tüketiciyi sözleşme öncesinde bilgilendirme yükümlülüğü*" ayrıca düzenlenmiştir²²⁰.

Tüketici kredi sözleşmelerinde kredi verenin bilgilendirme yükümlülüğünün getirilmesi 6502 sayılı Kanun'la getirilen en önemli değişikliklerdendir. Tüketicinin aldığı kredinin gerçek maliyetini bilmesi, kötüye kullanımlara karşı korunacak şekilde bilgilendirilmesi

218 Aslan, Bankacılar İçin Tüketici Hukuku, 13-14.

219 Baysal, 278-279.

220 Aslan, Bankacılar İçin Tüketici Hukuku, 15.

önemlidir. Bu sadece tüketici menfaatine hizmet etmez, rekabeti ve pazarı da olumlu etkiler²²¹.

Modern borçlar hukuku doktrini, sözleşme ilişkilerinde ifa menfaati yanında -onun kadar önemli olan- ikinci bir menfaati de koruma gereği duymuştur. Bu menfaat, alacaklının korunma menfaatidir. Çünkü, sözleşme yapma amacıyla bir başka kişi ile sosyal temasa giren kişi arasında, sosyal temasın başlamasıyla yani sözleşme kurulmadan önce bazı yükümlülükler doğar²²². İşte, borç ilişkisinden doğan koruma yükümü, akdin icrası dolayısıyla alacaklının gerek şahsının, gerekse mamelekinin zarardan uzak tutulmasına yönelmiş yükümlerdir. Edim yükümleri (asli veya yan edim yükümleri) ile yan yükümler, alacaklının akdin ifasına olan menfaatine hizmet ederken; koruma yükümleri, sözleşmenin karşı tarafının şahsının ve ifanın dışında kalan sair menfaatlerinin korunmasını amaçlarlar. Bu itibarla koruma yükümleri borç ilişkisinden doğan edim yükümü ve bağımlı yan yükümlerin yanında yer alan ve fakat onlardan bağımsız bir kavramdır. Koruma yükümleri doktrinde, hukuki dayanağına göre culpa in contrahendo çerçevesinde koruma yükümleri ve akitten doğan borç ilişkisi çerçevesinde koruma yükümleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²²³.

3.3.2.3. Borç İlişkisinden Doğan Yükümlerin Rekabet Hukuku Açısından İncelenmesi

Görüldüğü üzere, borç ilişkisinden doğan yükümler, ilişkiye karakteristik özelliğini veren edim yükümünden ibaret değildir. Bu nedenle, bir hukuki işlem olan sözleşmeye aykırılık sadece edim yükümünün ihlaliyle değil, yan yükümler ve koruma yükümlerinin ihlaliyle de gerçekleştirilebilir. Kanımızca, doktrinde bugüne kadar rekabet ihlallerinde sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanabilmesinin mümkün olmadığı savunulmasının nedeni, hukuki bir işlem olan sözleşmenin taraflar üzerinde doğurduğu hak ve borçların yeterince anlaşılammış olmasıdır. Rekabet ihlalinde, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tamamını ifade eden geniş anlamda borç ilişkisi kavramı çerçevesinde; edim yükümü, yan yükümler ya da koruma yükümlerinin ayrı ayrı ihlal edilmesi söz konusu olabilir.

221 Baysal, 292.

222 Eren, 40.

223 Aral, 49-58.

Genel olarak rekabet ihlalleri göz önünde bulundurulduğunda, sözleşme sorumluluğuna yol açabilecek hallerde daha çok yan yükümlerinin ihlal edilmesi söz konusudur. En sık karşılaşılan rekabet ihlali olan kartel uygulamalarında kartel üyesi teşebbüslerin, dürüstlük kuralına aykırı hareket ederek serbest piyasada belirlenmesi gereken fiyat, üretim miktarı, satış yapılacak pazar, dağıtım kanalları gibi unsurları kendi aralarında - müşterileri olan tüketicilere ve teşebbüsler aleyhine olarak- belirlemesi durumunda, kartel üyesi ile müşterisi arasındaki aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiği ve güven ilişkisinin zedelendiği açıktır. Sözleşme öncesi ilişkiler açısından, taraflardan birinin, diğer tarafın elde edemeyeceği veya anlayamayacağı bilgilere sahip olması durumunda, karşı tarafa bilgi verme ödevinin kapsamının daha geniş olacağı kabulünden²²⁴ hareketle, ihlale sebep olan teşebbüslerin sorumluluğu son derece açıktır.

Rekabet ihlallerinde kusurun -hukuka aykırılık unsuru ile kusurun (kast) iç içe geçmiş olması nedeniyle- açık bir şekilde var olduğu görülmektedir²²⁵. Dolayısıyla rekabeti ihlal eden teşebbüslerin sözleşme görüşmeleri esnasında dürüstlük kuralına aykırı hareket ettikleri ortadadır.

Bazı ihlal türlerinde ise yan edim yükümüne aykırılık, taraflar arasındaki sözleşmenin bir hükmü nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Rekabete aykırı dikey anlaşmalarda sağlayıcı tarafından bayilere getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, pasif satış yasağı, münhasırlık şartı ve yeniden satış fiyatının belirlenmesi gibi kısıtlamalar rekabeti ihlal eden teşebbüs ile ihlalden zarar görenler arasında kurulan sözleşmede yer alır.

Sözleşme öncesi ilişkide, taraflar dürüst davranma ödevine uymakla mükelleftir. Genel olarak, sözleşme görüşmelerine giren kişi doğru ve dürüst davranmakla yükümlüdür. Hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle diğer tarafın üzerinde kanuna aykırı bir şekilde baskı kurmak ile rakiplerle danışıklı ilişkiler içine girerek rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar yapmak veya gizli bilgileri yaymanın sözleşme öncesi ödevlere aykırılık teşkil ettiği doktrinde kabul edilmektedir²²⁶.

224 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 199.

225 Kesici, 21, dp. 37; Doğan, 65.

226 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 199; karşı görüş için bkz. Kesici, 20. Yazara göre, taraflar arasında sözleşmesel ilişkiye dayanan bir rekabet ihlalinin varlığı halinde, sözleşmenin kendisinden değil, ancak sözleşme öncesi görüşmelerden veya asli edimi bulunmayan kanuni borç öğretisinden kaynaklanan sorumluluğa dayalı bir sorumluluk rejimi gündeme

3.3.3. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları

Sözleşmeden doğan sorumluluğun söz konusu olması için, önce taraflar arasında “*hukuki işlem*den doğan bir borç ilişkisi”nin mevcut olması gerekir. Borç ilişkisi mevcut olmadan, borçlunun borcu ifa etmemesi, borca aykırı davranması, dolayısıyla sözleşme ilişkisini ihlal etmesi söz konusu olmaz²²⁷.

TBK'nın 112. maddesine göre, “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” Buna göre, sözleşmeden doğan sorumluluk, borcun hiç ifa edilmemesi (ifa imkânsızlığı) veya borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması (kötü ifa, sözleşmenin müspet ihlali ve temerrüt) hallerinde ortaya çıkar.

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan zarar tazmin sorumluluğunun koşulları ile haksız fiillerden doğan zarar tazmin sorumluluğunun koşulları arasında paralellik vardır. Taraflar arasında önceden kurulmuş bir hukuki ilişkide, sözleşmeden doğan sorumluluğun şartları dörde ayrılabilir. Bunlar; borçlunun borca aykırı davranması yani sözleşmenin ihlali, zarar, ihlal fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve kusurdur²²⁸.

3.3.3.1. Borca Aykırı Davranış (Sözleşmenin İhlâli)

Borca aykırılık, borcu yerine getirmeme, borcu ifa etmemedir. Borçlu, borçlanmış olduğu edimi hiç veya gereği gibi yerine getirmez ya da vaktinde ifada bulunmazsa, borca aykırı davranmış, sözleşme ilişkisini ihlal etmiş olur. Sözleşmeden doğan sorumlulukta borca aykırılık, haksız fiillerdeki hukuka aykırılığa tekabül eder^{229,230}.

gelebilir. Yazar, buradaki zararın ekseriyetle bilgi verme ya da aydınlatma yükümlülüğünün ihlalden kaynaklandığını kabul etmekle birlikte, bunun rekabet hukukunun ihlal edilmesinden doğan zararın tazmini ile doğrudan bir ilgisinin olduğunun söylenemeyeceğini iddia etmektedir. Son olarak yazar, sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulama alanı bulsa dahi pratikte bir anlam ve değer ifade etmeyeceğini eklemektedir.

227 Eren, 1078.

228 Eren, 1078-1093; Oğuzman/Öz C. 1 379-447; Kılıçoğlu, 642-655; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 371-398; Tandoğan, 414-430, İnal, 413-415.

229 Eren, 1078; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 571.

230 Serozan, sözleşme sorumluluğundaki borca aykırılığı nispi hukuka aykırılık olarak nitelendirmektedir. Bunun nedeni ise sözleşmede haksız fiilden farklı olarak herkesin uymak zorunda olduğu bir norm değil sadece borçlunun alacaklıya karşı uymak zorunda olduğu bir

Sözleşme dışı kusur sorumluluğunda olduğu gibi sözleşmeden doğan sorumlulukta da sözleşmeyi ihlal eden fiilin, borçlunun veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin bir davranışı olması gerekir. Bu davranış, müspet bir davranış, bir yapma fiili (eylem) olabileceği gibi, pasif (menfi) bir davranış, bir yapmama fiili de olabilir²³¹. Borçlunun borca aykırı eylemi; borcu hiç ifa etmemesi, eksik ifa etmesi, yerinde ve zamanında ifa etmemesi ve kötü ifa etmesi (gereği gibi ifa etmemesi) gibi durumlarda ortaya çıkar²³².

Sözleşmeden doğan borcun dar anlamda ifa edilmemesi ve sözleşmeden doğan borcun müspet ihlali olmak üzere sözleşme ihlali ikiye ayrılır. Borç hiç ifa edilmediğinde veya eksik ifa edildiğinde dar anlamda ifa edilmemesi durumu gerçekleşir. Bu durumda, alacaklıya ödenen tazminat, borçlunun ediminin yerini alır. Borcun dar anlamda ifa edilmemesi durumu hariç, alacaklıya zarar veren diğer tüm sözleşme ihlalleri ise borcun müspet ihlali olarak değerlendirilir. Bu ihlal türünde borçlunun ihlali asli borç ile veya daha sıklıkla bundan doğan yan borçlar ve koruma yükümlülükleriyle ilgilidir²³³.

3.3.3.2. Zarar

Sözleşmenin ihlali sonunda alacaklının hukukça korunan değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalmaya sözleşmeden doğan zarar denir²³⁴. TBK m. 114/2'deki yollama nedeniyle, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacaktır. Dolayısıyla zararın ne olduğu, zararın belirlenmesi, ispatı, zararlar ilgili ayrımlar ve zararın hesaplanması konularında TBK'nın haksız fiillere ilişkin olan 49 ila 56. maddelerindeki hükümler burada da uygulanacaktır.

Sözleşmenin ihlalinden doğan zarar haksız fiillerde olduğu gibi burada da maddi zarar ve manevi zarar olmak üzere ikiye ayrılır.

norma aykırılığın söz konusu olmasıdır. Bkz. Serozan, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, 108-129.

231 Eren, 1078.

232 Kılıçoğlu, 648.

233 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 385.

234 Eren, 1078.

3.3.3.2.1. Sözleşmenin İhlalinden Doğan Maddi Zarar

Maddi zarar, alacaklının malvarlığının hâlihazırdaki fiili durumu ile borca aykırı davranış olmasaydı göstereceği durum arasındaki farktır. Maddi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere iki unsurdan oluşur. Fiili zarar ya malvarlığının aktif kısmında reel, gerçek bir azalmanın meydana gelmesiyle ya da pasifteki borçların artmasıyla gerçekleşir. Yoksun kalınan kâr ise, borca aykırı davranış olmasaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği artışı ifade eder²³⁵.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta maddi zarar, özellikle imkânsızlık nedeniyle ifa edilmeyen edimin değeri, giderler ve diğer unsurlardan oluşur²³⁶.

Zarar tiplerine göre haksız fiil sorumluluğunda yapılan ayrımlar burada da geçerli olmakla birlikte, sözleşmeden doğan sorumlulukta en önemli zarar ayrımı, müspet zarar ve menfi zarar ayrımıdır.

3.3.3.2.1.1. Müspet Zarar

Müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ya da vaktinde ifa edilmemesinden doğan zarardır. Müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya ilişkin menfaatidir. Edim, borçlu tarafından tam ve gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile hâlihazırdaki durumu arasındaki fark müspet zararı oluşturur²³⁷.

Müspet zarar, alacaklı için ifanın ifade ettiği anlamın eksikliğini karşılar, yani alacaklının sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi sebebiyle maruz kaldığı tüm zararları kapsar. Eğer tazminatın indirilmesi için bir sebep yoksa, alacaklının malvarlığı durumunun, borç ifa edilmiş olsa idi alacağı duruma müspet zararı gideren tazminat sayesinde denk olması gerekir²³⁸.

Müspet zarar; fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere iki kısma ayrılır²³⁹. Borçlanılan edimin ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının aktif kısmının

235 Eren, 1078-1079.

236 Eren, 1080.

237 Aral, 162; Eren, 1082; Tandoğan, 426.

238 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 382.

239 Fiili zarar ve yoksun kalınan kâr ayrımı ile müspet zarar ve menfi zarar ayrımı karıştırılmamalıdır. Fiili zarar ve yoksun kalınan kâr müspet zarar tarzında ortaya

azalmasına veya pasif kısmının çoğalmasına fiili zarar denir. Malvarlığının aktifinin azalmasına; alacaklının bir malının tahrip veya yok edilmesi, hasara uğratılması, bir hakkın veya bir şeyin kaybedilmesi, şeyin miktar ve niteliklerinin eksilmesi veya kaybolması örnek olarak gösterilebilir. Pasifin artması ise bir ipotek kurulması, sözleşmenin ihlali dolayısıyla yapılan giderler, örneğin reddedilen bir şeyin nakil ve muhafaza masraflarıdır. Fiili zarar kavramına, alacaklının, borçlunun edimi ifa edeceğine güvenerek üçüncü kişilerle yaptığı sözleşme ile borçlandığı edimi getirememekten dolayı ödeyeceği tazminat ve cezai koşullar da girer²⁴⁰.

Müspet zararın bir diğer parçasını oluşturan yoksun kalınan kâr ise, borca aykırı davranış olmasaydı alacaklının malvarlığının göstereceği artışı ifade eder. Burada sözleşmenin ihlali, malvarlığında meydana gelecek muhtemel bir artışı engellemiş, önlemiştir. Örneğin borçlu tarafından teslim edilen bozuk bir makinanın çalışmaması nedeniyle alacaklının elde edemediği kazanç, yoksun kalınan kârdır. Malvarlığının aktif kısmının artmamasından ya da pasif kısmının azalmamasından meydana gelen yoksun kalınan kar, farazi bir zarar olduğu için bunun miktarını belirlemek bazı hallerde zorluklar gösterebilir²⁴¹.

3.3.3.2.1.2. Menfi Zarar

Menfi zarar, sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Burada sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olarak kurulmuş bulunduğu duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan bir zarar söz konusudur. Alacaklının malvarlığının halihazırdaki durumu ile sözleşme yapılmamış olsaydı arz edeceği durum arasındaki fark, menfi zararı meydana getirir. Menfi zarar, alacaklının söz konusu sözleşmeyi yapmamasındaki menfaate tekabül eden zarardır²⁴².

Menfi zarar, alacaklının sözleşme öncesi görüşmeler ve kurulması düşünülen sözleşme nedeniyle maruz kaldığı bütün kayıpları ve hatta kaçırılan kazançları dahi kapsar.

çıkabileceği gibi menfi zarar olarak da ortaya çıkabilir. (Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, 400-401; Aral, 165)

240 Eren, 1082-1083.

241 Eren, 1082-1083.

242 Eren, 1082.

Alacaklının durumunun, eğer zarar tam olarak giderilirse, taraflar hiç sözleşme kurmasalardı olacağı duruma gelmesi gerekir²⁴³.

Sözleşme ilişkisinde bir taraf diğer tarafın borcunu ifa etmemesi halinde ifadaki çıkarının tazminini isteyebilirken, sözleşmenin hükümsüzlüğü halinde ise artık ifadaki çıkarının değil sözleşmeye güvenmesi yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyebilir²⁴⁴.

Menfi zarar, tıpkı müspet zararda olduğu gibi, fiili zarar veya yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkabilir²⁴⁵.

Menfi zararı oluşturan unsurların başında, sözleşmenin kurulması için yapılan giderler gelir. Özellikle noter veya resmi bir makamda yapılan sözleşmeler için ödenen resim, harç ve giderler bu arada yer alır. Alacaklının, borçlu tarafından yapılacak ifayı kabul için yaptığı giderler de menfi zarara dâhildir. Örneğin alacaklının malı koymak için bir araba veya yer kiralaması ve bunun için bir miktar para ödemesi halinde durum böyledir. Yapılan sözleşmenin geçerliğine güvenerek başka bir sözleşme yapmamak suretiyle kaçırılan fırsatlar da menfi zararın bir türünü oluşturur. Menfi zararda kaçırılan fırsat, müspet zararda yoksun kalınan kâra benzer. Sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna güvenerek başka bir sözleşmeyi yapmaktan vazgeçen kimsenin kaçırdığı fırsat, yapmadığı sözleşmeyi yapmış olsaydı bundan elde edeceği ekonomik menfaattir. Keza alacaklı, geçersiz sözleşmeye binaen alacağı mal ve hizmeti üçüncü bir kişiye devretmeyi taahhüt eder ve bunun için ceza koşulu ya da tazminat ödemek zorunda kalırsa, bunlar da menfi zarar içinde yer alır²⁴⁶.

3.3.3.2.2. Sözleşmenin İhlalinden Doğan Manevi Zarar

Manevi zarar, mağdurun kişiliğine yapılan bir saldırı sonucu çektiği fiziksel ve psikolojik acıların karşılığıdır. Manevi zararın tazmini, özellikle sözleşmenin müspet ihlali halinde uygulama alanı bulur²⁴⁷.

243 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 382.

244 Oğuzman/Öz, C. 1, 397.

245 Aral, 165.

246 Eren, 1084.

247 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 383.

Sözleşmenin ihlali manevi zarara sebebiyet verdiği takdirde, alacaklı TBK m. 114/2 uyarınca TBK m. 56'ya göre manevi tazminat davası da açabilir. TTK m. 914/2, 1130/1 ve TBK m. 417/3 ile sözleşmenin ihlalinin sebep olduğu ölüm ve vücut bütünlüğünden doğan manevi zarardan borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluk ilkesine göre tazmin yükümlüsü olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Manevi zarar özellikle adam öldürülmesi ve beden bütünlüğünün ihlâli halinde söz konusu olmakla birlikte sözleşmeye aykırılık, diğer kişilik değerlerini de ihlâl etmiş ve bundan da manevi bir zarar doğmuşsa, alacaklı bu zararın tazminini de talep edebilir²⁴⁸.

3.3.3.3. Kusur

Sözleşmeden doğan sorumlulukta da zarara, kural olarak borçlu katlanır. TBK m. 114/1'e göre, borçlu her türlü kusurundan sorumludur. Bu maddeden çıkan sonuç, sözleşmeden doğan sorumluluğun ilke olarak kusur sorumluluğu olduğudur.

Sözleşmeden doğan sorumluluğun kurucu unsuru, borçlunun kusurudur. Gerçekten, TBK. m. 112'ye göre borçlu, alacaklıya verdiği zararın tazmininden, ancak kusursuz olduğunu ispat etmek suretiyle kurtulabilir. Nitekim sözü geçen maddeye göre, “*Borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” Buna karşılık istisnai bazı hallerde, özellikle bir kanun hükmüne dayanan hallerde borçlu sebep ilkesine göre sorumlu olur. Örneğin TBK. m. 116'ya göre borçlu, yardımcı kişilerin alacaklıya vermiş oldukları zarardan kusur şartı aranmaksızın sebep ilkesine göre sorumludur²⁴⁹. Ayrıca TBK m. 119'da düzenlenen temerrütteki borçlunun beklenmedik halden dolayı sorumluluğu ve TBK m. 65'te düzenlenen ayırt etme gücü olmayan kişilerin sorumluluğu da sözleşme hukukuna ilişkin diğer kusursuz sorumluluk hallerine örnek olarak gösterilebilir²⁵⁰.

Haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi sözleşmeden doğan sorumlulukta da objektif kusur teorisi doktrinde hâkim olan görüştür. Ayrıca kusurun alt türlerinden olan kast ve ihmal hakkında haksız fiil sorumluluğunda yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

248 Eren, 1080.

249 Eren, 1086-1087.

250 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 389.

Kusurun yoğunluğu sorumluluk açısından çok büyük bir önem taşımamakla birlikte²⁵¹ tıpkı haksız fiilde olduğu gibi borca aykırılıkta da tazminat miktarının takdirinde göz önünde bulundurulmaktadır.

Sözleşmeden doğan sorumluluğun kusur açısından haksız fiil sorumluluğundan en önemli farkı kusurun ispatı noktasındadır. Kusuru ispat yükümlülüğü, haksız fiil sorumluluğunda zarar görene ait iken, sözleşmeden doğan sorumlulukta kusuru ispat yükü ters çevrilmiş ve böylece alacaklı borçlunun kusurunu ispat yükümlülüğünden kurtulmak suretiyle daha iyi bir durum getirilmiştir.

TMK m. 6'ya göre herkes hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmek zorundadır. Bu kural gereğince sözleşmeden doğan sorumlulukta borçlunun kusurunu da alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekirdi. Nitekim bu söylenenlere uygun olarak sözleşme dışı sorumlulukta kusuru ispat yükü zarar görene aittir. Oysa sözleşmeden doğan sorumlulukta bu ilke uygulanmadığı için alacaklı da borçlunun kusurunu ispatla yükümlü değildir. Gerçekten, TBK m. 112'ye göre, kusursuz olduğunu ispat yükü borçluya aittir²⁵².

Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusuru ispat yükünün alacaklıya değil de, kusursuzluğunu ispatın borçluya yükletilmiş olmasının sebebi, her şeyden önce borçlunun edimin ifasını imkânsız hale getiren olay ve durumları, faaliyet ve işletmesi üzerindeki bilgi ve hâkimiyet sahibi olduğu için alacaklıya oranla daha iyi bilecek durumda bulunması fikrine dayanır. Gerçekten, örneğin televizyonunu tamir etmesi için B'ye veren A, B'nin yanında bulunmadığından, onun kusurlu davranıp davranmadığını tespit edebilecek durumda değildir. Ayrıca sözleşmeden doğan borç, TBK m. 136'ye göre kusursuz olarak sonradan imkânsız hale gelinceye kadar devam eder. Kusursuz imkânsızlık da borcu sona erdiren bir sebep olduğu için, bunu ispat yükü, kusursuz imkânsızlık nedeniyle borcun sona erdiğini iddia eden borçluya düşer. Zira burada ayrıca hakkı ortadan kaldıran bir olay söz konusudur. Bu düşünce de kusursuzluğun ispatının borçluya ait olmasını gerektirmektedir²⁵³.

251 Kanunda belirtilen bazı istisnai hallerde sorumluluk için borçlunun kast veya ağır ihmali aranmaktadır. Örneğin, TBK m. 220, 225 ve 477/1'de sorumluluk için borçlunun kastı gerekir. Aynı şekilde TBK m. 294/1'e göre bağışlamada hafif kusurdan doğan zarardan sorumluluk söz konusu değildir.

252 Eren, 1091.

253 Eren, 1091-1092; Tandoğan, 422.

Son olarak ispat yükünü ters çeviren TBK'nın 112. maddesinin emredici bir hukuk kuralı olmadığını belirtmek gerekir. Düzenleyici nitelikte olan bu hükmün aksinin taraflarca kararlaştırılması ve böylece borçlunun kusurunu ispat yükünün alacaklıya yükletilmesi mümkündür. Buna karşılık kusur dışında kalan diğer sorumluluk unsurlarının özellikle sözleşmenin ihlali, zarar ve uygun illiyet bağı gibi unsurların varlığını ispat yükü alacaklıya düşer²⁵⁴.

3.3.3.4. İlliyet Bağı

Sözleşme dışı sorumlulukta olduğu gibi, sözleşme sorumluluğunda da uygun illiyet bağı, borçlunun sorumluluğunun kurucu unsurlarından birini oluşturur. Sözleşmeden doğan sorumluluğun gerçekleşmesi için ihlal fiiliyle zarar arasında yalnız tabii illiyet bağının bulunması yeterli değildir. Ayrıca uygun illiyet bağının da mevcut olması gerekir. Sözleşmenin ihlali, olayların olağan akışına, genel hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye niteliği itibariyle elverişli olmalıdır²⁵⁵.

3.3.4. Sözleşme Sorumluluğunun Genel Esaslarının Rekabet Hukukuna Uygulanması

Rekabet hukukunun ihlali sonucu meydana gelen zararın tazmininde, 4054 sayılı Kanun'un 57. maddesi ile getirilen hükmün özel hüküm (lex specialis) mahiyetinde olması nedeniyle, rekabet hukukunda sözleşme sorumluluğunun şartlarının oluşması için, sözleşme ihlalinin öncelikle 4054 sayılı Kanun'a aykırı olması gerekir.

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan zararın tazmin sorumluluğunun koşulları ile haksız fiillerden doğan zararın tazmin sorumluluğunun koşulları arasında paralellik olması nedeniyle, -tabii olarak- rekabet hukukuna özgü sözleşme sorumluluğunun koşulları ile haksız fiil sorumluluğunun koşulları arasında da benzerlikler mevcuttur.

Rekabet ihlalinde sözleşmeden doğan sorumluluğun söz konusu olması için, zarar verenle zarar gören arasında hukuki işlemde doğan bir borç ilişkisinin yanı sıra, zarar ile sözleşmesel ilişkiden doğan yükümlülüğün ihlali arasında bir bağlantının varlığı da gerekmektedir.

254 Eren, 1093.

255 Eren, 1086.

3.3.4.1. Borca Aykırı Davranış (Sözleşmenin İhlâli)

Borca aykırılık, borcu yerine getirmeme, borcu ifa etmemedir. Borçlu, borçlanmış olduğu edimi hiç veya gereği gibi yerine getirmez ya da vaktinde ifada bulunmazsa, borca aykırı davranmış, sözleşme ilişkisini ihlal etmiş olur.

Sözleşme sorumluluğunun genel esaslarının rekabet hukukuna uyarlanması konusunda dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmenin ihlalinin aynı zamanda 4054 sayılı Kanun'da yasaklanan bir davranış olması gerektiğidir. Dolayısıyla sözleşme hükümlerine aykırılık her durumda rekabetin ihlali manasına gelmeyecektir. Ortada bir rekabet ihlali olmamasına rağmen borca aykırılık söz konusu olması halinde, genel hükümlerdeki sözleşme sorumluluğu kurallarına göre zararın tazmini talep edilecektir.

3.3.4.2. Zarar

Rekabet ihlalinin sözleşmeye aykırılık yoluyla gerçekleştirilmesi durumunda, zarar unsuru, rekabetin haksız fiil sonucu ihlal edilmesi durumu ile genel olarak aynıdır. Bunun nedeni, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanması ve 4054 sayılı Kanun m. 57 ve m. 58'de zararlar ilgili yer verilen düzenlemelerde tazmin edilecek zararın türü ve kapsamı açısından herhangi bir ayrıma gidilmemiş olmasıdır.

Bununla birlikte, haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, ihlalin sözleşmeye aykırılık yoluyla gerçekleştirilmesi halinde menfi zarar ve müspet zararın tazmini gündeme gelecektir. Bilindiği üzere, müspet zarar-menfi zarar ayrımı, sözleşmenin hükümsüzlüğü ve sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmemesi hallerinde karşımıza çıkmaktadır²⁵⁶.

“3.2.3. *Haksız Fiil Sorumluluğunun Genel Esaslarının Rekabet Hukukuna Uyarlanması*” bölümünde de anlatıldığı üzere, 4054 sayılı Kanun'un “*Zararın Tazmini*” başlıklı 58. maddesinin kötü bir şekilde kaleme alınmış olması nedeniyle, tazminata hükmedilebilmesi açısından zarar unsurunun zorunlu olup olmadığı anlaşılammaktadır. 58. maddede “...*hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı*

256 Topuz/Bakar, 129.

oranında tazminata hükmedebilir.” denilerek, zararın (veya zarar verenin elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel karın) üç katı oranında tazminata hükmedebileceği belirtilmiştir. Söz konusu maddenin lafzı incelendiğinde, “*zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların*” ifadesinden, ortada herhangi bir zarar olmasa bile ihlali gerçekleştiren teşebbüsün tazminat ödemeye mahkum edileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Madde hükmü böyle anlaşıldığı takdirde ise sorumluluk hukukunun genel ilkelerinden uzaklaşılacağı açıktır. Dolayısıyla 58. maddede anlatılmak istenen durumun, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin elde ettikleri haksız kazancın zarar gören üçüncü kişilerin zararından daha büyük olması halinde, ihlaleci teşebbüslerin kazançlarının yanlarına kâr kalmaması için, tazminatın ihlalden elde edilen kâr üzerinden hesaplanması olduğu düşünülmektedir.

3.3.4.3. Kusur

Rekabet ihlalinden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunda, 4054 sayılı Kanun’da tazminat sorumluluğunun oluşması açısından, -üç katı oranında tazminat hariç olmak üzere- kusurun gerekli bir unsur olup olmadığına dair herhangi bir düzenleme öngörülmediğini, bununla birlikte kusur sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştik. Sözleşmeden doğan sorumluluğun ilke olarak kusur sorumluluğu olması nedeniyle, rekabet ihlalinden kaynaklanan sözleşme sorumluluğunda da, ihlali gerçekleştiren teşebbüsün sorumlu tutulabilmesi için kusurun varlığı aranmalıdır.

Haksız fiil sorumluluğunun aksine, rekabet ihlali taraflar arasında kurulmuş bir sözleşme neticesinde meydana gelmiş ise, bu durumda sözleşme sorumluluğu gereği kusuru ispat yükü rekabeti ihlal eden taraf (borçlu) üzerinde olacaktır. Dolayısıyla, kusurun ispatı yönünden, ilk bakışta, ihlalin sözleşmeden kaynaklanması ihlalden zarar görenler açısından daha avantajlı görünmektedir. Bununla birlikte, doktrinde, rekabet hukuku ihlallerinin özel yapısı ve karakteri gereği hukuka aykırılığın ortaya konulmasıyla kusurun mevcudiyeti de varsayıldığından, ihlallerin büyük bir kısmında hukuka aykırılık ile kusurun iç içe geçmiş olması nedeniyle kusurun ispatı noktasında haksız fiil ve sözleşme sorumlulukları arasında belirgin bir fark bulunmadığı belirtilmektedir²⁵⁷.

257 Kesici, 21, dp. 37; Doğan, 65.

Sonuç olarak, rekabet ihlalden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunda geçerli olan kusurun rekabet hukuku açısından özellik arz eden durumları, rekabet ihlalden kaynaklanan sözleşme sorumluluğunda da geçerlidir.

3.3.4.4. İlliyet Bağı

Rekabet hukuku ile sözleşmesel sorumluluk hükümleri arasında nedensellik unsuru açısından fark yoktur. Sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı zaruridir. Sözleşme ihlal edilmiş olsa bile zarar ile arasında uygun illiyet bağı kurulamazsa, örneğin zararın piyasadaki rekabetçi ortamdan veya regülasyon kurallarından kaynaklanması halinde, uygun illiyet bağından -dolayısıyla sözleşmeyi ihlal edenin sorumluluğundan- söz edilemeyecektir.

3.3.5. Rekabet İhlalinde Sözleşme Sorumluluğunun Söz Konusu Olacağı Durumlar

Doktrinde, her ne kadar rekabet ihlalden doğan tazminat sorumluluğunun hukuki niteliği pek tartışılmamış olsa da, haksız fiil sorumluluğunun yanında sözleşme sorumluluğunun da gündeme gelebileceği bazı yazarlarca kabul edilmiştir²⁵⁸.

4054 sayılı Kanun'un ihlali durumunda zarar görenler ile zarar veren teşebbüs arasında sözleşmesel ilişkinin bulunduğu kurgular olabileceği gibi, herhangi bir sözleşme ilişkisi olmaksızın da 4054 sayılı Kanun'un ihlali neticesinde zarar ortaya çıkabilir. Rekabet hukuku ihlali neticesinde ortaya çıkan zararın tazmini için, haksız fiil sorumluluğunun yanında sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin de uygulama alanı bulması noktasında, zarar gören ile teşebbüs arasında sözleşmesel ilişki bulunması veya tarafların en azından sözleşme kurma amacıyla bir araya gelmiş olması büyük önem arz etmektedir²⁵⁹.

258 Bkz. Akıncı, 358-359; Aksoy, 51; Bülbül, 52 ve 106; Atilla, 18-19; Şahin, Tazminat Talepleri, 131 ve orada dp. 412, 242-243; Arı, 215, Develioğlu, 50. Akıncı'ya göre, herkese karşı yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğün ihlali söz konusu olduğu için rekabet ihlalden haksız fiil sorumluluğuna gidilir. Zarar gören ile zarar veren arasında bir borç ilişkisi olmadığı gibi, bir borç ilişkisinin varlığı halinde de sorumluluğun niteliği değişmez. Zarar gören ile rekabeti kısıtlayanlar arasında bir borç ilişkisi olduğu durumlarda, örneğin rekabeti kısıtlayanların doğrudan tüketicilere mal satması halinde, zarar görenin zararının giderimi davasını dilerse haksız fiile ilişkin hükümlere dilerse sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine dayandırabilir. Rekabeti kısıtlayanların sözleşme hukukundan doğan sorumluluğu, sözleşmenin kuruluş safhasında doğru bilgi vermek ve özen göstermek borcuna aykırı davranmaktan doğmaktadır.

259 Doğan, 277.

Örneğin, tarafların kendi aralarındaki kartel anlaşmasını gizleyip sözleşme yaptığı müşterilerine piyasadakinden daha pahalı mal veya hizmet sunması durumu, sözleşme öncesi karşı tarafı bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmesi manasına gelir ve sözleşmenin ihlaline sebebiyet verir.

3.3.5.1. Sözleşme Sorumluluğu İçeren Rekabet Hukuku İhlalleri

Rekabet ihlali doğrudan taraf olunan sözleşme nedeniyle gerçekleşebileceği gibi rekabeti ihlal eden bir fiile istinaden kurulan sözleşmeyle de gerçekleşebilir. Rekabete aykırı dikey anlaşmalarda sağlayıcı tarafından bayilere getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, pasif satış yasağı, münhasırlık şartı ve yeniden satış fiyatının belirlenmesi gibi kısıtlamalar rekabeti ihlal eden teşebbüs ile ihlalden zarar görenler arasında kurulan sözleşmede yer alırlar²⁶⁰. Aşırı fiyatlama yoluyla veya eşit durumdaki alıcılara farklı şartlar ileri sürerek alıcılar arasında ayrımcılık yapmak (fiyat ayrımcılığı/sözleşme ayrımcılığı) yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması halinde de ihlal doğrudan taraflar arasında kurulan bir sözleşmeden kaynaklanmaktadır.

“1.4. Örnek İhlal Grupları” bölümünde yer verilen “akıllı telefon ihlali”nde; mobil uygulama ve hizmet üretimi gerçekleştiren yazılımcı Y Şirketi, ürün/hizmetini akıllı telefon işletim sisteminde satışa koyabilmek için akıllı telefon işletim sistemi pazarında hâkim durumda bulunan ve mobil uygulama ile hizmetlerin kullanıcılara sunulmasını sağlayan G Şirketine normalden daha fazla ödemek zorunda kaldığı bedeli, zararını tazmin için açacağı davada sözleşme sorumluluğuna dayanabilecektir.

Yine, “petrol rafinerisi ihlali”nde, petrol rafinaj sektöründe hâkim durumda bulunan ve piyasadaki fiyat dalgalanmalarını fırsat bilerek ham petrol fiyatlarının yükseldiği dönemlerde bunu kendi fiyatlarına yansıtan fakat fiyatların düştüğü dönemde bunu kendi satış fiyatlarına yansıtmakta isteksiz ve yavaş davranarak aşırı fiyatlama yoluyla hâkim

260 Örnek verilen ihlallerde rekabet ihlalinin aynı zamanda sözleşmenin bir hükmü olduğuna dikkat edilmelidir. Sağlayıcı ile bayi arasında yapılan dikey anlaşmalar, tarafların nasıl hareket edeceğini ve karşılıklı hak ve sorumluluklarını belirlediği için, dikey ihlallerin birçoğunda ihlal sözleşmenin genel hükümlere aykırılığı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla genel bir ödev olan ve herkese karşı yerine getirilmesi gereken rekabet kurallarına aykırı hareket etmeme kuralı, -rekabete aykırı şartın sözleşmenin içine derç edilmesi suretiyle- taraflar arasındaki sözleşmeyle ihlal edilmektedir.

durumunu kötüye kullanan petrol rafinerisi, kendisinden ürün alan müşterilerine karşı sözleşme sorumluluğu uyarınca sorumlu olacaktır.

Rekabeti ihlal eden bir fiile istinaden kurulan sözleşmelere ise kartel neticesinde kartel üyeleriyle müşterileri arasında akdedilen sözleşmeler gösterilebilir. Teşebbüslerin bir araya gelerek bir kartel uygulamasına gitmeleri halinde, ihlalden zarar görenler kartel anlaşmasının tarafı olmayıp kartel anlaşması nezdinde üçüncü kişi konumundadır. Rekabeti ihlal eden teşebbüsler, kendi aralarındaki kartel anlaşması sayesinde, alt pazardaki teşebbüsler veya tüketiciler ile yaptıkları sözleşmelerde, serbest piyasa koşullarına aykırı olarak karşı taraf aleyhine suni ve haksız koşullara (fiyatlarda artış vs.) yer verirler. Burada rekabeti ihlal eden teşebbüslerin sorumluluğu aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanmaktadır.

“1.4. Örnek İhlal Grupları” bölümünde yer verilen “banka ihlali”, kartel üyesi bankadan ev almak için normalden daha yüksek faiz oranıyla kredi çekmek zorunda kalan tüketici ve “çimento ihlali”nde, çimento sektörünün bir alt pazarı olan hazır beton pazarında faaliyet gösteren ve çimento firmalarından yüksek fiyata mal almak zorunda kalan hazır beton üreticisi şirket açacakları davada sözleşme sorumluluğuna dayanabileceklerdir.

Sözleşme sorumluluğuna özellikle tüketicilerin zarar gördüğü rekabet ihlallerinde başvurulabileceği düşünülmektedir. Bunun nedeni, 6502 sayılı Kanun ile birçok konuda, tüketiciler ile sözleşme ilişkisi içerisine giren tarafa aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün yüklenmiş olmasıdır. Özellikle tüketiciler ile yapılan sözleşmeler ve sözleşme görüşmeleri yoluyla rekabetin ihlali söz konusu olduğunda, tüketiciler sözleşme ve culpa in contrahendo sorumluluklarına dayanarak zararlarının tazminini talep edebileceklerdir.

3.3.5.2. Sözleşme Sorumluluğu ile İlgili Yargı Kararları

Doktrinadaki yaklaşımın aksine, rekabet hukukunun ihlalinden doğan tazminat yükümlülüğünün sözleşme sorumluluğuna dayanabilmesi durumu, birçok ilk derece mahkemesinin ve Yargıtay’ın çeşitli hukuk dairelerinin kararlarında kabul edilmiştir.

İstanbul 12. Tüketici Mahkemesinin 09/05/2017 tarihli ve E. 2016/152 K. 2017/172 sayılı kararında, rekabeti ihlal eden dava konusu fiilin haksız fiil olarak nitelendirilebileceği veya

tarafklar arasındaki sözleşme ilişkisine dayanarak sözleşme sorumluluğuna gidilebileceği, fakat her halükârda zamanaşımı açısından sürenin sona ermediği belirtilerek davalının zamanaşımı def'i yerinde görülmemiştir²⁶¹.

Marmaris 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin -tüketici mahkemesi sıfatıyla- almış olduğu 14.11.2017 tarihli ve 2017/17 E. 2017/494 K. sayılı kararında, aşağıdaki gerekçelerle, ihlalin taraflar arasında var olan bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanması halinde uyuşmazlığın sözleşme sorumluluğu kurallarına göre çözümlenmesi gerektiğine hükmedilmiştir²⁶²:

"...RKHK'nın 57. maddesinde rekabet ihlali hukuka aykırı bir eylem olarak nitelendirilmiş, bundan zarar görenlerin tazminat talep edebileceği belirtilmiş ve 58. maddede kusur şartı getirilmiş olduğu göz önüne alındığında, bu tazminatın haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmesinin olası olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, bizce bu belirleme yetersizdir. Zira anılan yorumlar rekabet ihlalinin zarar göreceği olanların ihlal eden kişi ve kurumlar ile herhangi bir hukuki ilişkide olmayan piyasa aktörleri olacağı varsayımından hareket etmektedir. Fakat rekabet ihlali taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine dayalı da zarar doğurabilir. Bu sebeple sorumluluğun kapsamı belirlenirken ihlalde bulunan ve zarar gören arasındaki hukuki ilişki dikkate alınmalıdır. Buna göre taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmadığı sürece rekabet ihlalinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanacak, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi varsa ve ihlal eylemi bu sözleşmedeki şartlar nedeniyle diğer tarafın zararına sebebiyet vermişse sözleşmesel sorumluluk hükümleri uygulanacaktır (...) Bu sebeple ihlale dayalı tazminatlarda görev ve yetki hususu ile zamanaşımı bu belirlemelere göre şekillenecek; sorumluluk haksız fiile dayandırılırsa dava asliye hukuk mahkemesinde, sözleşmeye dayandırılırsa tarafların niteliğine göre ticaret yahut tüketici mahkemesinde görülecektir..."

261 Söz konusu karar, Rekabet Kurulu'nun kararını dava şartı olarak kabul eden ve eğer Rekabet Kurulunun kararı yoksa konu hakkında Kurulun karar vermesini bekletici mesele olarak gören Yargıtay'ın mevcut içtihadını değerlendirerek aksi yönde bir sonuca ulaşması yönünden önemlidir. Ayrıca karardaki, Rekabet Kurulunun kararındaki maddi vakıalara ilişkin tespitlerin delil olarak kabul edilmesi ve zararın üç katı oranındaki tazminatın hukuki niteliği üzerine değerlendirmeler dikkat çekicidir.

262 Sanlı/Kesici/Doğan, 128-129.

Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesinin 25.10.2017 tarihli ve 2016/955 E. 2017/729 K. sayılı kararında ise rekabet ihlalden kaynaklanan sorumluluğun haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra sözleşme sorumluluğunu da gündeme getirebileceği, böyle bir durumda ise TBK m. 60'ta düzenlenen sebeplerin yarışması hükmüne başvurulması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu kararda yer verilen değerlendirmeler aşağıdaki gibidir²⁶³:

"... Rekabet Kanunu 4, 6, 7. maddelerinden kaynaklanan rekabet ihlalleri doktrinde genellikle haksız fiil olarak kabul edilmektedir. Ancak doktrindeki bu kural mutlak kabul edilemez. Rekabet ihlali nedeni ile zarar gören tüketici (ticari şirket ve diğer müşteriler) ile rekabet ihlali yapan firma, banka, teşebbüs, vb. arasında sözleşme bulunması halinde, akdi sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması zorunludur. Bu konuda TBK m. 60 hükmü (hukuki sebeplerin yarışması, hakların telahuku) unutulmamalıdır. Kural olarak sözleşmeye dayanmak davacı için daha lehedir. Ayrıca zamanaşımı, kusuru ispat gibi konularda tüketiciye kolaylık sağlar..."

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 19/10/2016 tarihli ve 2016/12718 E. 2016/18811 K. sayılı kararında, Rekabet Kurulunun 12 bankaya ilişkin vermiş olduğu 08.03.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı kararına istinaden açılan tazminat davası incelenmiştir. 13. HD uyuşmazlığın kredi veren banka ile tüketici arasındaki tüketici kredisinden kaynaklandığını belirterek ilk derece mahkemesinin dosyayı Asliye Ticaret Mahkemesine göndermesi kararını bozmuştur. Söz konusu değerlendirme görev bakımından yapılmış olsa da, Yargıtay'ın somut olaydaki uyuşmazlığın tüketici sözleşmesi olduğu yönündeki tespiti, 12 bankaya karşı açılacak tazminat davasında olduğu gibi -koşulların varlığı halinde- sözleşmesel sorumluluğun kabul edildiğini göstermektedir²⁶⁴. 13. HD'nin sözleşme sorumluluğuna dair değerlendirmesi aşağıdaki gibidir²⁶⁵:

"6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3. maddesine göre tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil

263 Sanlı/Kesici/Doğan, 129.

264 Topuz/Bakar, 190.

265 www.kazanci.com.tr (E.T.:21.03.2019)

olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder. 6502 sayılı yasanın 73. maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Bir hukuki işlemin sadece 6502 Sayılı yasada düzenlenmiş olması tek başına o işlemde kaynaklanan uyuşmazlığı tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmez. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldırılmasının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir.

Somut uyuşmazlığın taraflar arasındaki tüketici kredisi sözleşmelerinden kaynaklandığı ve bu sözleşme ilişkisinin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldırıldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. O halde mahkemece işin esası incelenerek sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”

Yargıtay 19. HD'nin 20/06/2017 tarihli ve E. 2016/10649 K. 2017/5244 sayılı kararında, Rekabet Kurulunun 12 bankaya ilişkin vermiş olduğu 08.03.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı kararına istinaden açılan tazminat davası incelenmiştir. Tüketici mahkemesinin; uyuşmazlıkta doğrudan bir tüketici işlemi bulunmadığı, tüketicinin bilgisi ve inisiyatifi dışında bankanın kanuna aykırı faaliyeti ve manipülasyonun söz konusu olduğu gerekçesiyle görevsizlikten davayı reddetmesini kanuna aykırı bulan 19. HD, sorumluluğun kaynağını haksız fiil olarak nitelendiren ilk derece mahkemesinin aksine olayda sözleşme ilişkisinin mevcut olması nedeniyle uyuşmazlığın tüketici mahkemesinin görev sınırları içerisinde olduğuna hükmetmiştir. 19. HD'nin değerlendirmesi aşağıdaki gibidir²⁶⁶:

266 www.kazanci.com.tr (E.T.:21.03.2019)

“Dava tüketici kredileri ve kredi kartı uygulamalarını etkileyecek şekilde kartel faizi uygulaması sebebiyle uğradığı zararın tazmini için açılmış alacak istemine ilişkindir. Görevli mahkeme taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin tüketici sözleşmesi mahiyetinde olduğundan görevli mahkeme tüketici mahkemesidir. Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.”

Sorumluluğun kaynağını haksız fiil olarak gören yukarıdaki iddia 19. HD'nin 22/06/2017 tarihli ve E. 2016/10675 K. 2017/5443 sayılı kararında da kabul görmemiş ve banka ile tüketici arasındaki işlem hukuki işlem olarak nitelendirilerek görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğuna karar verilmiştir.

Yine 19. HD 13/06/2017 tarihli ve E. 2016/10957 K. 2017/4906 sayılı kararında, tüketici mahkemesinin uyuşmazlık konusu olayda sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanamayacağını ileri sürerek davayı görevsizlikten reddetmesini kanuna aykırı bulmuş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Mahkeme bozma gerekçesinde banka ile müşterisi arasındaki sözleşme ilişkisinin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. 19. HD'nin değerlendirmesi şu şekildedir²⁶⁷:

“Mahkemece, davacının davalı ile aralarındaki sözleşme niteliği belirlenmeden görev yönünden reddine karar verilmiştir. Davacıya davalı ile aralarındaki sözleşmenin hangi tür sözleşme olduğu açıklattırılıp, bu sözleşme getirildikten sonra sözleşmenin kapsamına göre tüketici sözleşmesi mahiyetinde olup olmadığı belirlenerek tüketici sözleşmesi ise işin esasına girilmesi aksi halde yine görev yönünden karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir.”

İlk derece mahkemelerinin ve Yargıtay'ın verdiği kararlar incelendiğinde, sözleşme sorumluluğuna ilişkin değerlendirmelerin çoğunlukla uyuşmazlıkların görev yönünden incelenmesi noktasında yapıldığı görülmektedir. Dikkat çeken bir diğer nokta ise, Rekabet Kurulunun 12 bankaya ilişkin vermiş olduğu 08.03.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı kararına istinaden açılan tazminat davalarında, tüketiciler ile banka arasındaki

267 www.kazanci.com.tr (E.T.:21.03.2019)

sözleşme ilişkisinin sorumluluk kaynağı olarak kabul edilmesi içtihadının kabul edilmiş olmasıdır.

3.4. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu

3.4.1. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Genel Esasları

Kişinin yolda yürürken veya araba sürerken, mal veya kişi varlığının korunacağı konusunda herkese karşı beslediği genel, soyut, anonim, yüzeysel güven sarsılırsa ve o kişi bu sırada özensiz bir eylemle zarara uğratılırsa, haksız fiilden ötürü sorumluluk mekanizması harekete geçer. Buna karşılık, bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde, sözleşme partnerine karşı malvarlığının arttırılacağı konusunda beslediği özel, somut, yoğun sözleşmesel güven sarsılırsa ve o kişi zarara uğrarsa, sözleşmeye aykırılık kuralları devreye girer. Bu iki güven olgusu arasındaki yoğunluk ayırımına ve farklı dozda özen beklentisine ilişkin olarak, sözleşmeye aykırılık hükümleri zarara uğrayan kişi için daha avantajlı biçimde düzenlenmiştir²⁶⁸.

Haksız fiil sorumluluğu; sanayi, üretim, pazarlama ve tüketim kavramlarının aşırı bir şekilde geliştiği ve kompleks bir hal aldığı günümüz dünyasında yetersiz kalmaktadır. Sözleşme öncesi görüşmeler, ulaştığı güven derecesinin yoğunluğu açısından, haksız fiil ve sözleşme arasında ortalama bir yerde, gri bir alanda bulunmaktadır²⁶⁹.

Sözleşme, bir anda kurulan bir hukuki işlem değildir; aksine çoğu zaman, sözleşmenin kurulması bir sürecin varlığını gerektirir. Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin içeriği, şartları, taraflara sunacağı hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar. Bu görüşmelerin uzunluğu veya kısalığı sözleşmenin mahiyetine, hal ve şartlara göre

268 Serozan, İfa Engelleri, 252-253.

269 Serozan, İfa Engelleri, 253-254. Serozan, sözleşme öncesi görüşmelerin bulunduğu gri alanı şöyle somutlaştırmaktadır: Yaygın ve yoğun reklam kampanyalarıyla bireyin yemek ve yatak odasına kadar girerek müşteri toplayan kuruluş, kapılarını olası müşterilerine, üstelik tahrik edici bir biçimde açan market ya da galeri, hele belirli bir sözleşme kurma girişiminde bulunan kişi, hitap ettiği ve yanaştığı bireylerin malvarlığı ve şahıs varlığı ile ilgili hiçbir çıkarını ihlal etmeyeceği, onları olası bir zarardan koruma konusunda özel bir özen göstereceği, kendilerine doğru ve dürüst davranacağı konusunda özel bir güven yaratmış olur. Dolayısıyla, sokaktaki muz kabuğuna basıp düşüldüğünde kabuğu yere atanın haksız fiil sorumluluğuna başvurulabiliyorken, marketteki muz kabuğuna basılıp düşüldüğü takdirde marketin culpa in contrahendo sorumluluğu devreye girer. Sokaktaki temas rastlantısal ve gönülsüz iken; marketteki karşılaşma gönüllüdür, üstelik zarar veren çıkarınadır. Aynı gerekçeyle, gazete reklamındaki yanılma salt haksız fiil oluştururken, yüz yüze reklamdaki yanılma culpa in contrahendo teşkil eder.

değişebilir. Sözleşme kurmak amacıyla görüşmelere başlayanlar arasında, karşı tarafın ve onun koruma alanındaki üçüncü kişilerin şahıs ve mal varlığı değerleri üzerinde etkili olabilecek bir konuma geçmeleri nedeniyle, TMK'nın 2. maddesindeki dürüstlük kuralı kapsamında bir güven ilişkisi meydana gelir. Bu nedenle sözleşme görüşmelerinde taraflar arasında; birbirlerine doğru bilgi verme, bilinmesi gereken konularda açıklama yapma, karşı tarafı muhtemel birtakım zararlardan uzak tutma şeklinde bazı koruma yükümlülükleri doğar.²⁷⁰

Latince'de "sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusur" anlamına gelen "culpa in contrahendo" kavramı, yukarıdaki tartışmalar kapsamında ortaya çıkmıştır. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, ilk olarak Alman hukukçu Jhering tarafından "Sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusur veya batıl ya da kurulmamış sözleşmelerde tazminat" adlı çalışmasında incelenmiştir. Jhering, batıl ya da kurulmamış sözleşmelerdeki zararın tazmin edilmesi gerektiğini savunmuş fakat görüşme kusuruna rağmen geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerdeki soruna eğilmemiştir. Leonhard ise "Sözleşmenin kurulması sırasında kusur" adlı eserinde sorumluluğun sadece geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde söz konusu olabileceğini savunmuştur. Zamanla doktrin ve uygulamada, her iki hukukçunun görüşleri birleştirilmiştir. Günümüzde hâkim görüşe göre, görüşmelerden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için sözleşmenin kurulmuş veya kurulmamış olması, geçerli veya batıl olmasının bir önemi yoktur²⁷¹.

Yukarıdaki bilgilerin ışığında, culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşmenin kurulmasından önceki safhada taraflardan birinin veya yardımcılarının, diğer tarafa veya onun koruma alanında bulunan kişilere aralarında oluşan toplumsal bağlantı sonucu doğan, kökenini dürüstlük kuralında bulan güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumlu olmasıdır şeklinde tanımlanabilir²⁷².

Culpa in contrahendo kavramı, ekonomik ve sosyal hayatta meydana gelen değişimlerin yarattığı sorunlara, hakkaniyete uygun çözümler getirebilmek bakımından önemli bir işleve sahiptir²⁷³. Yapımcıların, bankaların, yatırım danışmanlarının yanlış bilgiler

270 Arıkan, 69-70; Tandoğan, 403; Eren, 1156-1157; Oğuzman/Öz, C. 1, 488.

271 Eren, 1157-1158.

272 Arıkan, 71.

273 Adıgüzel, 281-312.

vermeleri ve yanıltıcı, çarpıtıcı reklamlar yapmaları, culpa in contrahendonun son yıllarda tüketiciden yana özel önem kazanan bir görünümünü oluşturur. Sözleşmelerin zayıf tarafı olan tüketicilerin özellikle bankalar, büyük ticari işletmeler ve mağazalar karşısında daha etkili bir biçimde korunmasında culpa in contrahendo müessesesi hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmaktadır²⁷⁴.

Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu düzenleyen genel bir kural mevcut olmamakla birlikte bazı maddelerde bu sorumluluğa ilişkin münferit hükümler bulunmaktadır. Ayrıca kanunda yer almamasına rağmen doktrin ve uygulamada kabul edilen sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk halleri de mevcuttur.

- TBK m. 35'e göre kendi kusuruyla yanılan tarafın, sözleşmeyi iptal etmesinden dolayı karşı tarafın uğradığı zarardan sorumluluğu, niteliği itibarıyla sözleşme görüşmelerinden doğan bir sorumluluktur.
- TBK m. 39'a göre aldatarak veya korkutarak karşı tarafı sözleşme yapmaya razı edenin sorumluluğu, niteliği itibarıyla sözleşme görüşmelerinden doğan bir sorumluluktur.
- TBK m. 44'e göre temsil olunanın, temsilciye verdiği temsil belgesini geri almamasından dolayı iyiniyetli üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumluluğu bir görüşme sorumluluğudur. Aynı şekilde m. 47'ye göre yetkisiz temsilcinin, üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeyi temsil olunanın onamaması halinde de, sözleşmenin hüküm ifade etmemesinden doğan zarardan sorumluluk, bir görüşme sorumluluğudur.
- TBK m. 27'ye göre başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin butlanından doğan zarardan sorumluluk, sözleşme öncesi sorumluluk teşkil etmektedir.
- Son olarak TMK m. 452'de yer alan vesayet altındaki şahsın sorumluluğunu zikretmek gerekir. M. 452'ye göre vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan

274 Serozan, İfa Engelleri, 256; Altop, 79-98.

sorumlu olur. Burada da sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk söz konusudur.

Doktrin ve uygulamada kabul edilen görüşme sorumluluğu halleri ise görüşmeler sırasında kusurlu olarak yanlış bilgi verme, kişinin sözleşme yapma niyeti olmamasına rağmen kötü niyetli ve aldatıcı hareketlerle diğer bir kimsede sözleşme yapma ümidi uyandırma ve koruma yükümlülüklerinin ihlali halleridir²⁷⁵.

Sözleşme öncesi sorumluluk bir kusur sorumluluğu olduğu için sözleşme kurulmadan önce zarar gören kişi, ancak diğer tarafın kusurlu olması halinde zararının giderilmesini talep edebilecektir²⁷⁶.

3.4.2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Culpa in contrahendo sorumluluğu, temel dayanak noktasını oluşturan dürüstlük kuralı ile açıklanmakla birlikte, TBK'da açıkça ve genel bir sorumluluk kaynağı olarak düzenlenmemiştir. TBK'da, haksız fiil sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğundan farklı olarak, sözleşme öncesi sorumluluğun şartlarını belirleyen genel bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, doktrinde, borç ilişkisinin klasik kaynakları esas alınarak, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini açıklayan, böylece sorumluluğun doğumu için gerekli şartları belirleyen çeşitli görüşler ileri sürülmüştür²⁷⁷.

İster kanunun bir maddesinde açıkça belirtilmiş olsun, isterse kanunun ruhuna ve dürüstlük kuralına dayandırılmış olsun, sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurlu davranışların tümü bakımından, bunlardan doğan sorumluluğun haksız fiil hükümlerine mi yoksa borca aykırılık hükümlerine mi tabi olacağı tartışmalıdır²⁷⁸. Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini sözleşmeye ya da haksız fiile dayandırmanın pratik önemi zamanaşımı, kusurun ispatlanması ve yardımcı kişilerin sorumluluğu gibi konularda kendini göstermektedir²⁷⁹.

275 Eren, 1163-1165; Arıkan, 77-78.

276 Kılıçoğlu, 88.

277 Adıgüzel, 285-286.

278 Oğuzman/Öz, C. 1, 489.

279 Bu konu ileride ayrıntılı olarak işlenecektir.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda haksız fiil görüşü²⁸⁰, sözleşme sorumluluğu görüşü²⁸¹ ve kendine özgü sorumluluk görüşü²⁸² olmak üzere üç farklı görüş bulunmaktadır²⁸³.

3.4.2.1. Haksız Fiil Görüşü

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun, niteliği itibarıyla haksız fiil sorumluluğu olduğu görüşünü savunanlara göre, görüşme ilişkisinin başlamasıyla taraflar arasında akdi bir ilişki meydana gelmez. Bu nedenle sözleşme henüz kurulmamıştır. Sözleşmeden doğan sorumluluk, doğal olarak, sözleşmenin kurulmasını ve içerdiği bir yükümlülüğün ihlalini gerektirir. Görüşülen sözleşme ileride kurulsun ve hatta ifa edilse bile, görüşmeler esnasındaki kusur bu haliyle sözleşmenin ihlali anlamına gelmez. Kaldı ki, bu sorumluluğun uygulandığı en önemli hallerde sözleşme ya hiç kurulmamış ya da kurulan sözleşme iptal veya başka sebeplerle ortadan kaldırılmıştır. Sözleşmenin mevcut olmadığı bir yerde ise sözleşme sorumluluğundan söz edilemez²⁸⁴.

Haksız fiil kuramına göre culpa in contrahendo sorumluluğu, kimseye zarar vermeme, davranışlarda gerekli dikkat ve özeni gösterip güveni sarsmamaya ilişkin genel bir yükümlülüğün ihlali biçiminde belirir. Meseleyi dürüstlük kuralının ihlali çerçevesinde genel özen ve açıklama yükümlülüğünün ihlali olarak belirleyen haksız fiil kuramının dayandığı başlıca gerekçe “Akitsiz akdi sorumluluk olmaz.” ilkesidir²⁸⁵.

Haksız fiil görüşü, hukuka aykırılık unsurunun culpa in contrahendo sorumluluğunda ne şekilde belirdiği konusunda alt başlıklara ayrılmaktadır. Sözleşme görüşmeleri esnasında karşı tarafa kusurlu olarak zarar verilmesinin kendisini başlı başına hukuka aykırılık

280 Kılıçoğlu, 88.

281 Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, 491; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 979; Eren, 1156 vd.; Uluşan, 300 vd.

282 Kendine özgü sorumluluk görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demircioğlu, 108-118.

283 Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda, yukarıda belirtilen görüşler haricinde, sorumluluğu klasik sorumluluk kaynakları dışında arayan görüşler de mevcuttur. Buna göre sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun kaynağını; kanundan doğan borç ilişkisi, sözleşme benzeri bir güven ilişkisi, kaçınma borcu, davranış yükümlülüklerinin ihlali olarak nitelendiren görüşler bulunmaktadır. Bkz. İnal, 122-149; Demircioğlu, 119-201; Adıgüzel, 287-290.

284 Eren, 1158-1159.

285 Arıkan, 80; Uluşan, 302.

kabul edenler olduğu gibi, hukuka aykırılık unsurunu tehlike ilkesinden doğan genel davranış yükümlülüklerinin ihlâline dayandıran ve culpa in contrahendoyu dürüstlük kuralı kapsamında hukuka aykırı sayan görüşler de bulunmaktadır²⁸⁶.

3.4.2.2. Sözleşme Sorumluluğu Görüşü

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun, niteliği itibarıyla sözleşme sorumluluğu olduğu görüşünü savunanlara göre, görüşme ilişkisinin başlamasıyla taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi doğar. Görüşülmeye başlanan sözleşme daha sonra ister kurulsun ister kurulmasın, ister geçerli ister geçersiz olsun, bu ilişki, görüşmelere başlayan taraflara birbirine özen gösterme, birbirini aydınlatma ve koruma yükümlülükleri yükler. Bu yükümlülüğün ihlali, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali gibi sözleşme sorumluluğuna neden olur.

Görüşenlerin birbirleriyle sözleşme görüşmelerine girdikleri anda aralarında temeli güven ilişkisine dayanan bir “görüşme ilişkisi” kurulur. Görüşme, dolayısıyla güven ilişkisi hiç kuşkusuz bir hukuki ilişkidir. Haksız fiilde taraflar arasında daha önce kurulmuş hiçbir hukuki ilişki bulunmadığından, taraflar arasında görüşme ilişkisinin kurulduğu yerde, bunun ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Bu nedenle, sözleşme ve güven ilişkisinin ihlaline en azından kıyas yoluyla sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanmalıdır²⁸⁷. Kanımızca; sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu arasında gri bir alanda yer almakla birlikte, sözleşme görüşmelerinin hukuki niteliği konusunda sözleşme sorumluluğu görüşüne öncelik tanınması daha isabetlidir.

Sözleşme görüşü, kurulacak (hedeflenen) sözleşme ve bağımsız işlem şeklinde alt başlıklar halinde ele alınmıştır. Kurulacak sözleşme kuramına göre, sözleşme öncesi yükümlülükler, geçerli olarak meydana gelmesi tasavvur edilen sözleşmeye dâhil olup, bu sözleşme ile bir bütün oluşturmaktadır. Bağımsız sözleşme kuramına göre ise sözleşme öncesi özen yükümlülüğünün ihlali, sorumluluğa bağımsız bir nitelik

286 Demircioğlu, 76-88.

287 Eren, 1159-1160.

katmaktadır. Özen yükümlülüğünün ihlali, açıklama ve koruma yükümlülüklerinin ya da sosyal temastan doğan fiili sözleşme ilişkisinin ihlaliyle meydana gelebilir²⁸⁸.

3.4.2.3. Kendine Özgü Sorumluluk Görüşü

Bu görüşe göre sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kendine özgü bir sorumluluk türü olup burada haksız fiil veya sözleşme sorumluluğu geçerli değildir. Bu fikre göre culpa in contrahendo sorumluluğu, hukuki dayanağını TMK m.2’de bulan kendine özgü bir sorumluluk türüdür ve kendine özel kurallarına tabidir. Culpa in contrahendo sorumluluğunu değerlendirirken hem haksız fiil hem de sözleşmeye ilişkin unsurlar taşıdığını göz önünde tutmak gerekir. Bazı yazarlar ise bu sorumluluğu mutlaka haksız fiil veya sözleşme sorumluluğu içine sokmanın zorunlu olmadığını, aksine her somut olaya, sorumluluk sebebi ve durumun özellikleri de dikkate alınarak haksız fiil ya da sözleşme sorumluluğuna ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar²⁸⁹.

3.4.3. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Şartları

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine mi yoksa sözleşme hükümlerine mi tabi olacağı sorusuna verilecek cevap, sorumluluğun tabi olacağı esasları da belirleyecektir. Diğer bir deyişle, sorumluluk şartları, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine göre değerlendirilecektir.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması görüşümüz çerçevesinde, sözleşme sorumluluğunun şartları burada da geçerli olacaktır. Bununla birlikte, iki sorumluluk müessesesinin de kendine özgü durumlarının göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır. Örneğin, culpa in contrahendo sorumluluğunda borca aykırı davranış; sözleşme kurmayacak olmasına rağmen diğer tarafı sözleşme kurulacağına inandırmak, kurulacak sözleşmenin geçersiz olduğu bilinmesine rağmen diğer tarafı sözleşmenin geçerliliğine inandırmak ve doğru bilgi verme yükümlülüğünün ihlali gibi durumlardır.

288 Demircioğlu, 57-70.

289 Eren, 1160-1161.

Doktrinde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa uygulanacak olan hükümler tespit edilirken, kurulması amaçlanan sözleşme ile ilgili hükümler yerine TBK'daki sözleşmeye ilişkin genel hükümlere başvurulması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin taraflar arasında görüşmeleri yapılan sözleşme bir istisna sözleşmesi ise, sonradan istisna sözleşmesi geçerli olarak kurulmuş olsa bile, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa TBK m.147'nin son fıkrasındaki beş yıllık zamanaşımı değil, TBK m.146'daki on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır²⁹⁰. Bu görüşün temelinde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun, bağımsız sözleşme kuramı ile açıklanması yer almaktadır.

3.4.4. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Genel Esaslarının Rekabet Hukukuna Uygulanması

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması görüşümüz çerçevesinde, sözleşme sorumluluğunun şartları burada da geçerli olacaktır. Bu çerçevede, culpa in contrahendo sorumluluğunun kendine özgü durumları haricinde, rekabet ihlalinin sözleşme sorumluluğuna dayandığı hallerde uygulanacak esaslar, culpa in contrahendo sorumluluğunda da uygulanacaktır.

3.4.5. Rekabet İhlalinde Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Söz Konusu Olacağı Durumlar

3.4.5.1. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu İçeren Rekabet Hukuku İhlalleri

Doktrinde, pek tartışılmamış olsa da, rekabet ihlallerinde haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunun yanı sıra culpa in contrahendo sorumluluğunun da gündeme gelebileceği bazı yazarlarca kabul edilmiştir²⁹¹.

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi çerçevesinde, hem sözleşme öncesi sorumluluğa (culpa in contrahendo), hem sözleşmenin ifası esnasındaki sorumluluğa (culpa in solvendo), hem de sözleşme sonrasındaki sorumluluğa (culpa post contrahendum ya da culpa post pactum perfectum) sözleşme sorumluluğu hükümlerinin

290 Bulut, 331.

291 Doğan, 288 vd.; Develioğlu, 51, Sanlı/Kesici/Doğan, 130.

uygulandığı²⁹² göz önünde bulundurulacak olursa, sözleşme görüşmeleri esnasında karşı tarafı yanlış bilgilendirme ve aydınlatılması gereken noktaları açıklamama hallerinde, sözleşme sorumluluğunun yanı sıra culpa in contrahendo sorumluluğu da gündeme gelecektir. Sözleşmenin geçerli olarak kurulamaması halinde sadece culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanılabilecek iken, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde culpa in contrahendo ve sözleşme sorumluluğunun yarışması düşünülebilir. Bununla birlikte “sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun (culpa in contrahendonun) sözleşmeden doğan sorumluluk (culpa in solvendo) karşısında ikincilliği (taliliği)” ilkesi uyarınca, iki sorumluluk türünün de vücut bulduğu hallerde doğrudan sözleşme sorumluluğu hükümleri uygulanacaktır²⁹³.

Buna göre, “1.4. Örnek İhlal Grupları” bölümünde yer verilen “banka ihlali”nde, ev almak için kartel üyesi bankalardan konut kredisi çekmeyi düşünen fakat kredi sözleşmesi yapmak üzere bankalarla yaptığı görüşmelerde, banka faizleri yüksek olduğu için kredi çekemeyen ve konut alma imkânı ortadan kalkan tüketici, zararının tazmini için açacağı davada culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanabilecektir.

Yine, “akıllı telefon ihlali”nde, akıllı telefon işletim sistemi pazarında hâkim durumda bulunan ve mobil uygulama ile hizmetlerin kullanıcılara sunulmasını sağlayan G Şirketinin, mobil uygulama ve hizmet üreterek akıllı telefon işletim sistemi üzerinden satışını gerçekleştiren Z Şirketinden çok yüksek bir fiyat istemesi nedeniyle Z Şirketinin ürün/hizmetini akıllı telefon işletim sisteminde satışa koyamayıp zarar etmesi halinde, G Şirketinin culpa in contrahendodan doğan sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Uygulamada bankalar tarafından görüşmeler esnasında verilen yanlış bilgi, bilgi alanın zarar görmesine sebep olabilir. Bilgi veren ile bilgi alan arasında vekalet veya danışmanlık sözleşmesi varsa, yanlış bilgi verenin sorumluluğu bu ilişkiye, özellikle TBK m. 506 ve 112’ye göre çözümlenir. Buna karşılık taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut değilse, yanlış bilgi verenin sorumluluğu bir görüşme sorumluluğudur.

292 Serozan, İfa Engelleri, 263; Oğuzman/Öz, C. 1, 38; Demircioğlu, 173; Topuz/Bakar, 183-186.

293 Bkz. “Dördüncü Bölüm, XIV. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Sözleşme Sorumluluğu ile Yarışması”

Sorumluluk, sözleşmenin bu görüşmeler sonunda geçerli olarak kurulup kurulmamasına bağlı değildir²⁹⁴.

3.4.5.2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ile İlgili Yargı Kararları

İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 29.12.2008 tarih ve E. 2006/684 K. 2008/777 sayılı kararında, rekabet ihlaline karşı hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağı tartışılmıştır. Kararda önemli olan husus, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da zamanaşımına yönelik herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle zamanaşımı süresinin taraflar arasındaki ilişkiye göre belirlenmesi gerektiğinin tespit edilmesidir. Olayda davacı taraf sözleşme görüşmeleri esnasında karşı tarafın kusurlu davrandığını iddia etmekte ve sorumluluğun dayanağının culpa in contrahendo olduğunu iddia etmekte iken davalı taraf ise olayda sadece haksız fiil sorumluluğunun vücut bulabileceğini ve davanın bir yıllık yasal süresi içinde açılmadığını belirterek zamanaşımı def'inde bulunmuştur. Mahkeme, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğinden hareketle sözleşme öncesi sorumluluğun söz konusu olabileceğini belirlemiş ve culpa in contrahendo sorumluluğunda sözleşme hükümlerini kıyasen uygulayarak zamanaşımını on yıl olarak belirlemiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 10.03.2011 tarihli ve E. 2009/3852 K. 2011/2528 sayılı kararıyla, söz konusu kararı onamış bulunmaktadır. İlk derece mahkemesinin sorumluluğun dayanağına dair değerlendirmesi şu şekildedir²⁹⁵:

“Doktrin akit öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) adı verilen sorumlulukta aktin kurulmasından önceki safhada, taraflardan birinin diğer tarafa veya onun koruma alanında bulunan kişilere aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan akit benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumluluk anlamına gelmektedir. Davalıların sorumluluğunun akit öncesi sorumluluğu dayandırılmasının en önemli sonucu olaya Borçlar Yasasının 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zaman aşımı süresinin uygulanması olacaktır. ... Davada davacının tazminat talepleri 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 57. ve 58. maddelerine dayanmakta olup yasada özel bir zaman aşımı süresi düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu durumda zaman aşımı süresinin taraflar arasındaki ilişkiye göre belirlenmesi gerektiği, olayın özellikleri

294 Eren, 1163-1164.

295 www.kazanci.com.tr (E.T.:21.03.2019)

göz önüne alındığında her ne kadar taraflar arasında doğrudan akit öncesi görüşme söz konusu değil ise de 4054 Sayılı Yasa bir bütün olarak değerlendirildiğinde davacı yana Ulaştırma Bakanlığı tarafından hâkim GSM operatörleri ile eşitliğin sağlanacağı ve özellikle roaming hizmetlerinden yararlandırılacağı hususundaki vaat ve taahhütler, somut olayın özellikleri olayda hâkim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığının belirlenmesi tespiti gerekmekte olup bu nedenle BK'nun 125. maddesindeki 10 yıllık zaman aşımı süresinin davada uygulanması gerektiği salt taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığı için olaya BK'nun 60. maddesindeki haksız fiil zaman aşımı süresinin uygulanması gerektiği yönündeki bilirkişi kurulunun görüşünün yerinde olmadığı anlaşılmış, Rekabet Kurumunun 09.06.2003 tarihli kararının Telekom İtalia SpA isimli davacının ortağı olduğu İş-Tim AŞ'ye tebliğ edildiği, 09.06.2003 tarihi esas alındığında dava tarihi itibarıyla zaman aşımı süresinin geçirilmemiş olduğu anlaşılmıştır.”

4. BÖLÜM: SORUMLULUK SEBEPLERİNİN ÇOKLUĞU HALİNDE SEBEPLERİN YARIŞMASI

Zarar verici bir olay, birden fazla hukuki sorumluluk sebebinin şartlarını yerine getirebilir. Yani tek bir kişi, tek bir olaydan dolayı ve fakat farklı sebeplerle sorumlu tutulabilir. Sorumluluk sebeplerinin birden fazla olması halinde taleplerin yığılması, taleplerin tekleşmesi (dışlanması) ve taleplerin yarışması olmak üzere üç durum söz konusudur.

Taleplerin yığılmasında; A, B'ye karşı hem haksız fiile hem de sözleşme sorumluluğuna dayanarak dava açabilir. Bu takdirde A, B'den iki defa tazminat alacağından, hukukumuzda taleplerin yığılması ilkesi uygulanamaz.

Taleplerin tekleşmesi ilkesinde ise iki talepten birinin diğerini dışlaması söz konusudur. Doktrinde bazı yazarlar, sözleşme hükümlerinin haksız fiil hükümlerine nazaran özel hüküm niteliğinde olması nedeniyle, iki sorumluluğun da söz konusu olduğu hallerde, sözleşme sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğunu dışlayacağını iddia etmektedir²⁹⁶. Bazı yazarlara göre ise, özel kanunla düzenlenmiş kusursuz sorumluluk hallerinde, taraflar arasında ayrıca bir sözleşme ilişkisi olsa bile haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerekir; çünkü özel özel yasaların varlığı, sözleşme sorumluluğuna dayanmayı önler²⁹⁷.

Son olarak taleplerin yarışması ilkesine göre ise sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu kural olarak birbirini dışlamaz. Aynı olayda birden fazla hukuki sebebin söz

296 Von Tuhr'a göre, sözleşme sorumluluğunu düzenleyen kuralların özel nitelikte olması, sözleşme sorumluluğuna dayanmanın zarar gören açısından daha avantajlı olması ve son olarak aynı konuda tek bir dava kabul etmenin hukuki belirliliği sağlayacak olması nedeniyle aynı olayda haksız fiil sorumluluğu söz konusu olsa bile, sözleşme sorumluluğu hükümleri uygulanmalıdır. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, 446, dp. 283; Karacabey, 666-685. Von Tuhr'un ileri sürdüğü son argümana, farklı hukuki sebeplerin aynı davada ileri sürülebilecek olması nedeniyle karşı çıkılabilir de, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesine göre görevli mahkemenin değişebileceği durumlar açısından söz konusu argüman önem arz etmektedir. Özellikle ileride inceleneceği üzere, tüketici mahkemelerinde görülecek davalarda rekabet ihlalinin taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi yerine haksız fiilden kaynaklandığı kabul edilecek olursa, bu tür uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinin görevli olup olmadıkları noktasında ciddi tereddütler bulunmaktadır.

297 Oftinger'e göre, taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunsa bile, alacaklının ifaya olan çıkar kaybı dışında borçlunun verdiği bütün zararlar sadece haksız fiil hükümlerine tabi olmalıdır. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, 446, dp. 284; Karacabey, 677.

konusu olduğu hallerde, zarar gören açısından sebeplerden daha avantajlı olana göre hüküm verilir. Bizim hukukumuzda da sebeplerin yarışması ilkesi kabul edilmiştir²⁹⁸.

Sorumluluk sebeplerinin çokluğu halinde sebeplerin yarışmasını düzenleyen TBK'nın 60. maddesine göre “*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*” Söz konusu hüküm gereğince zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verilecektir²⁹⁹.

Bu bölümde, hangi rekabet ihlallerinde birden fazla sorumluluk sebebinin bulunabileceği durumlar incelenecek ve TBK m. 60 kapsamında sorumluluk sebeplerinin karşılaştırılması yapılacaktır.

4.1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Karşılaştırılması

Sözleşmeden doğan sorumlulukta; sözleşme ilişkisinde taraflarından birinin bu ilişkiden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınması ya da gereği gibi yerine getirmemesi halinde, sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle karşı tarafa tazminat ödemekle yükümlü tutulması söz konusudur. Buna karşılık, kişiler arasında önceden bir sözleşme ilişkisi bulunmaksızın veya bulunsun bile bu ilişki ihlal edilmeksizin söz konusu ilişkiden tamamen bağımsız olarak ortaya çıkan hukuka aykırı bir davranışla başkasına zarar verilmesi hâlinde ise haksız fiil sorumluluğu vücut bulur. Bazı durumlarda, borçlunun sözleşmeye aykırı bir davranışı aynı zamanda haksız fiil de teşkil edebilir ve böylece aynı olayda hem sözleşmeden doğan sorumluluk hem de haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilir³⁰⁰.

298 Eren, 1166-1167; Oğuzman/Öz, C. 1, 445-446; Türk/Yılmaz, 378-380.

299 Maddedeki “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesinin maddenin kendi amacıyla ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33. maddesinde yer alan “re'sen uygulama ilkesi” ile çeliştiği yönündeki görüş için bkz. Memiş/Yılmaz, 349-370. Yazarlara göre hükmün sevk edilmiş amacı zarar verenin birden çok sebeple sorumlu tutulabildiği hallerde, bu sebeplerden birinin zarar gören açısından diğer sebebe göre avantajlı olmasına rağmen öncelikle uygulanıp, zarar görene aleyhine bir sonuç oluşmasını önlemektir. Dolayısıyla amaçsal yorum gereği “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesinin göz ardı edilmesi gerekir.

300 Karan, 723-724.

Haksız fiil sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğunun kesişim kümesini çoğunlukla sözleşmede yer alan yan yükümler ve koruma yükümlerinin ihlali oluşturmaktadır. Nitekim bu konuda en çok bilinen yargı kararlarından bir tanesi, 1915 tarihinde Alman Temyiz Mahkemesi'nin vermiş olduğu karardır³⁰¹. Alman Temyiz Mahkemesi, tren istasyonundaki bekleme salonunda oturduğu kanepenin kırılması yüzünden yaralanan yolcunun, Demiryolu İdaresi'ne karşı, taşıma sözleşmesinden doğan bir yan yükümlerin (yani yolculara zarar vermeyecek kanepeler bulundurma yükümlülüğünün) ihlalinden dolayı dava açabileceğini kabul etmiştir. Mahkeme, bunun gibi bir başka kararında³⁰² da, tütüncü dükkanındaki muşambanın fazla cilalanmış olması nedeniyle kayarak düşen ve omzu çıkan müşterinin açtığı davada, davalı dükkan sahibinin sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir³⁰³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında³⁰⁴, uyuşmazlık konusu olayda kaçak kullanılan su bedelinin tahsilinin hem haksız fiil hükümlerine hem de abonelik sözleşmesine dayanarak istenebileceği ve hakların yarışması durumunun söz konusu olduğu belirtilerek, davacı açısından daha avantajlı olması nedeniyle somut olayda sözleşme sorumluluğu hükümlerine başvurulmuştur³⁰⁵. Bir başka kararda³⁰⁶, taraflar arasında özel yoğunlukta gönüllü bir güven bağılılığının söz konusu olduğu hallerde sözleşmeye aykırılığa; taraflar arasındaki ilişkinin gönülsüz, rastlantısal ve yüzeysel olduğu durumlarda ise zarar iddiasının haksız fiil sorumluluğuna dayanması gerektiği belirtilmiştir³⁰⁷.

Rekabet hukuku ihlalinden doğan sorumluluk temelini, topluma karşı sahip olunan genel bir yükümlülüğün ihlalinden doğması sebebiyle, her halükârda TBK m. 49'da düzenlenen haksız fiil sorumluluğu olduğu görülmektedir³⁰⁸. Bunun yanı sıra, ihlalde bulunan

301 Warneyer, Entscheidungen, 1915, Nr. 124.

302 Warneyer, Entscheidungen, 1928, Nr. 105.

303 Tandoğan, 530.

304 Yargıtay HGK'nın 11.11.2009 tarihli ve E. 2009/13-461, K. 2009/495 sayılı kararı. Aynı görüş doğrultusunda bkz. Yargıtay HGK'nın 21.02.2018 tarihli ve E. 2017/3-1001, K. 2018/245 sayılı kararı. www.kazanci.com.tr (E.T.: 21.03.2019)

305 Türk/Yılmaz, 381.

306 Yargıtay HGK'nın 07.07.2010 tarihli, E. 2010/9-328, K. 2010/370 sayılı kararı. www.kazanci.com.tr (E.T.: 21.03.2019)

307 Gürpınar/Perçin/İlik, 133.

308 Doğan, 295.

teşebbüs ile zarar gören arasında sözleşme ilişkisinin bulunduğu bazı durumlarda, rekabet ihlali ile sözleşme arasında bir ilişkinin bulunması koşuluyla, rekabet ihlalinde bulunan teşebbüsün sözleşme sorumluluğu da gündeme gelecektir. Dolayısıyla aynı zarar verici olay bazen hem sözleşme sorumluluğunun hem de haksız fiil sorumluluğunun şartlarını gerçekleştirebilir³⁰⁹.

Hem sözleşme sorumluluğunun hem de haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, tazminat talebinin sözleşmeden doğan sorumluluğa veya haksız fiil sorumluluğuna dayandırılması arasında kapsam, koşullar ve tazminat talebinin ileri sürülmesi bakımından birtakım farklılıklar bulunmaktadır³¹⁰. Haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk hükümleri kapsamındaki iki güven olgusu arasındaki yoğunluk ayrımı ve farklı seviyede özen beklentisinin doğal bir sonucu olarak sözleşmesel sorumluluk hükümleri, zarar gören kişiler açısından daha avantajlı olarak düzenlenmiştir^{311,312}.

Sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun birlikte gerçekleşebileceği durumlar şu şekilde örneklendirilebilir:

- A'dan otomobil kiralayan B, bu otomobili ağaca çarparak hasara uğratırsa, hem kira sözleşmesinden doğan özen borcuna aykırı davranmış, hem de kiralayan A'nın malını tahrip etmekle haksız fiil işlemiş olur³¹³.
- A'nın sahibi olduğu ve B'ye kiraladığı evin inşasındaki bir bozukluk yüzünden çökmesi sonucu, B maddi zarara uğramıştır. B, bir haksız fiilden dolayı sorumluluk hükmü olan yapı malikinin kusursuz sorumluluğu esasına dayanabileceği gibi aralarındaki kira sözleşmesine dayanarak da zararını tazmin edebilir³¹⁴. Veya kiracı B, kiralayan A'nın kira sözleşmesine göre evinde otururken evin bazı kapı ve pencerelerini kırarsa, B bu davranışıyla hem kira

309 Eren, 1166.

310 Karan, 724.

311 Serozan, İfa Engelleri, 248.

312 Genellikle sözleşme sorumluluğunun tercihi davacı bakımından daha elverişli olmakla beraber, bazı hallerde davacının haksız fiil sorumluluğuna dayanmayı daha yararlı bulması mümkündür. Davalının yardımcılarından birinin TBK m. 116 çerçevesinde yardımcı sayılamaması ve onun fiilinden dolayı ancak m. 66 gereğince sorumlu tutmak imkanı bulunması durumu buna örnektir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 982.

313 Oğuzman/Öz, C. 1, 445; Tandoğan, 529.

314 Oğuzman/Öz, C. 1, 446, dp. 286; Tandoğan, 532.

sözleşmesine aykırı davranmış hem de mülkiyet hakkına zarar verdiği için haksız fiil işlemiş olur³¹⁵.

- Taksiye binen A, şoför B'nin dikkatsizlikle kaza yapması sonucu yaralanırsa, şoför hem A'nın vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle haksız fiil işlemiş hem de aralarındaki taşıma sözleşmesine aykırı davranmış olur³¹⁶.
- B, A'dan ödünç aldığı kitabı yakması halinde bu davranışıyla hem aralarındaki ödünç (ariyet) sözleşmesine aykırı davranmış hem de mülkiyet hakkına zarar verdiği için haksız fiil işlemiş olur³¹⁷.
- Vedia sözleşmesinde emanet alan kişi aldığı şeyi tahrip ederse, yalnızca aralarındaki sözleşmeyi ihlal etmekle kalmaz aynı zamanda bir haksız fiil işlemiş olur³¹⁸.
- Cerrah A'nın hastası B'yi işin kurallarına aykırı bir şekilde ameliyat etmesi ve hasta B'nin bu durumdan zarar görmesi halinde, hasta ile doktor arasındaki sözleşmesel bir borca aykırılıktan bahsedilebileceği gibi, aynı zamanda genel bir ödeve (hakkı olmaksızın başkasının vücut bütünlüğüne saldırmama yasağı) aykırılık durumu da söz konusudur³¹⁹.
- Bozuk bir gıda maddesinin satılmasında, zehirlenen alıcıya karşı, hem satış sözleşmesi ihlal edilmiş hem de haksız bir fiil işlenmiştir³²⁰.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, zarar verenle zarar gören arasında sadece bir sözleşmesel ilişkinin bulunması yeterli olmayıp, zarar ile sözleşmesel ilişkiden doğan yükümlülüğün ihlali arasında bir bağlantının varlığı gerekmektedir. Örneğin, bir taksi şoförünün müşterisine küfür etmesinin taşıma sözleşmesiyle bir ilişkisi yoktur. Yine, bir kimsenin eşyalarını taşıyan kamyon, tesadüfen yolda karşılaştığı eşya sahibine çarparak

315 Eren, 1166.

316 Tandoğan, 7.

317 Eren, 1166.

318 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 980.

319 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 379; Tandoğan, 531. Benzer bir örnek için bkz. İnal, 94.

320 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 980.

onu yaralarsa, yaralama fiili ile taşıma sözleşmesi arasında bir bağlantı bulunmamaktadır³²¹.

Aynı zarar verici olayda, hem sözleşme sorumluluğunun hem de haksız fiil sorumluluğunun şartlarını gerçekleştirebilmesi için, yukarıda belirtilen zarar ile sözleşmesel ilişkiden doğan yükümlülüğün ihlali arasındaki bağlantının yanı sıra, sözleşmenin ihlalinin aynı zamanda toplumda herkese karşı uyulması gereken genel kurallara aykırılık teşkil etmesi gerekir. Örneğin, kiracının kirayı ödememesi veya tamirat yaptırmanın ustanın parasını vermemesi, yahut satıcının sattığı şeyi teslim etmemesi borca aykırılık teşkil etmekle birlikte, sadece sözleşmenin diğer tarafına karşı yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğu için, haksız fiil sorumluluğunu doğurmaz³²².

Sorumluluk sebeplerinin çokluğu halinde sebeplerin yarışmasını düzenleyen TBK'nın 60. maddesine uyarınca, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verilecektir³²³. Bu durumda haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeden doğan sorumluluğun farklarının değerlendirilmesi gerekir³²⁴.

4.1.1. İki Sorumluluk Sebebinin de Vücut Bulabileceği Rekabet İhlalleri

Rekabet ihlalinin, taraflar arasında bir sözleşme olsun veya olmasın, topluma karşı sahip olunan genel bir yükümlülüğün ihlalden doğması sebebiyle bir haksız fiil teşkil ettiği kabulünden hareket edilecek olursa; ihlalde bulunan teşebbüs ile zarar gören arasında bir sözleşmesel ilişkinin bulunması halinde iki sorumluluk sebebi de vücut bulmuş olur.

321 Tandoğan, 530.

322 Tandoğan, 531.

323 Maddedeki “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesinin maddenin kendi amacıyla ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33. maddesinde yer alan “re'sen uygulama ilkesi” ile çeliştiği yönündeki görüş için bkz. Memiş/Yılmaz, 349-370. Yazarlara göre hükmün sevk ediliş amacı zarar verenin birden çok sebeple sorumlu tutulabildiği hallerde, bu sebeplerden birinin zarar gören açısından diğer sebebe göre avantajlı olmasına rağmen öncelikle uygulanıp, zarar gören aleyhine bir sonuç oluşmasını önlemektir. Dolayısıyla amaçsal yorum gereği “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesinin göz ardı edilmesi gerekir.

324 Belirtmek gerekir ki, özel kanunlarla düzenlenen tehlike sorumluluklarından doğan tazminat talebi ile sözleşmenin ihlalden doğan tazminat talebinin birbiriyle yarışması mümkün değildir. Zira tehlike sorumluluklarından doğan tazminat talepleri, özel hükme dayandığı için, genel hükme dayanan akdi tazminat talebini engeller, dışlar. (Bkz. Eren, 1168)

Sağlayıcı tarafından bayilere getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, pasif satış yasağı, münhasırlık şartı veya yeniden satış fiyatının belirlenmesi gibi kısıtlamalar içeren dikey anlaşmalar ile aşırı fiyatlama yoluyla veya eşit durumdaki alıcılara farklı şartlar ileri sürerek alıcılar arasında ayrımcılık yapmak (fiyat ayrımcılığı/sözleşme ayrımcılığı) yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde rekabet ihlali taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine dayanmaktadır³²⁵. Yine, piyasada bir kartel uygulamasının mevcut olması halinde, -ihlalden zarar görenler kartel anlaşması nezdinde üçüncü kişi konumunda olsa bile- kartel müşterilerinin (teşebbüsler veya tüketiciler) kartel üyeleriyle yaptıkları anlaşmalar neticesinde ihlalden zarar görmeleri halinde, kartel üyesi teşebbüslerin sorumluluğu taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine istinaden aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu hallerde rekabet ihlali, hem genel bir ödevde aykırılıktan dolayı haksız fiil teşkil edecek hem de taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmasından dolayı sözleşmesel sorumluluk hükümlerine tabi olacaktır.

4.1.2. Sebeplerin Yarışması

Borçlar hukukunda sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun farkları şu şekildedir:

- Her iki sorumluluk türünde de prensip olarak borçlunun kusuru aranır. Bununla birlikte, haksız fiil sorumluluğunda ispat yükü alacaklı üzerindeyken sözleşme sorumluluğunda ise borçlu üzerindedir. Haksız fiil sorumluluğunda zarar gören, zarar verenin kusurunu ispat etmekle yükümlü olduğu (TBK m. 50) halde, sözleşme sorumluluğunda borçlu, sorumluluktan kurtulabilmek için kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır (TBK m. 112).
- Sözleşme sorumluluğunda tazminat davası, TBK m. 146 uyarınca kural olarak 10 yıllık zamanaşımına tabi iken³²⁶, haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı, zararı ve faili öğrenmeden itibaren 2 yıl ve her halde fiilin işlenmesinden itibaren 10 yıldır (TBK m. 72).

325 Bkz. “Üçüncü Bölüm, XI. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, E. Rekabet Hukukunun İhlal Edildiği Hangi Durumlarda Sözleşme Sorumluluğu Söz Konusu Olur?”

326 TBK m.147’de tahdidi olarak sayılan alacaklar ise 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

- Her iki sorumluluk türünde de borçlu üçüncü kişilerin fiilinden sorumlu tutulabilir. Ancak, haksız fiil sorumluluğunda borçtan kurtarıcı kanıtlar ileri sürme imkânı varken sözleşme sorumluluğunda ise böyle bir durum mevcut değildir. Haksız fiil sorumluluğunda borçlu; çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ve işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat ederse sorumlu olmaz (TBK m. 66). Sözleşme sorumluluğunda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen TBK m. 116'da ise haksız fiildeki gibi kurtuluş beyyinesi öngörülmemiştir. Bununla birlikte, m. 116/2 uyarınca yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğun, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilceğini belirtmek gerekir.
- Sözleşme sorumluluğunda, TBK m. 114 uyarınca işin borçlu için bir yarar sağlamaması, sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirilmesine sebep olurken haksız fiil sorumluluğunda böyle bir durum söz konusu değildir.
- Sözleşme sorumluluğunda zarar görenin tüketici olması durumunda tüketici mahkemeleri görevli iken, sorumluluğun haksız fiile dayandırıldığı hallerde zarar gören tüketici olsa bile asliye hukuk mahkemeleri görevlidir.

Rekabet ihlalden doğan tazminat sorumluluğunun hukuki niteliğini belirlerken, yukarıda yer verilen farkların tamamıyla karşılaşılmayabilir. Örneğin, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk açısından sorumluluğun hukuki niteliğinin değişmesinin bir önemi bulunmamaktadır.

Borçlar hukukundaki farkların yanı sıra, özel hüküm (lex specialis) mahiyetindeki 4054 sayılı Kanun'a bakıldığında, m. 57'de öngörülen müteselsil sorumluluk yönünden ve m. 58'de öngörülen zararın üç katı oranında tazminata hükmedilebilmesi yönünden sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun arasında bir fark olup olmadığı düşünülebilir.

Aşağıda, borçlar hukuku ve rekabet hukuku açısından, sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu arasında tezahür edebilecek farklı durumlar ele alınacaktır.

4.1.2.1. Uygulanacak Zamanaşımı Süresi

Zamanaşımı; kanunun öngördüğü bir zaman diliminde, borçlu veya alacaklının, kanunun öngördüğü davranışları yerine getirmemeleri nedeniyle, alacağın, dava ve cebri icra marifetiyle elde edilebilmesi imkânının kaybedilmesidir³²⁷. Zamanaşımı borcu gerçek anlamda sona erdiren bir sebep olmayıp, borcu dar anlamda sona erdiren sebeplerdendir. Burada kanun koyucu, zamanaşımı alacak hakkını zayıflatan bir etki tanımıştır. Zamanaşımı, borçluya sadece bir def'i hakkı verir. Borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürdüğü takdirde, alacaklının açmış olduğu dava reddedilir ve borç eksik bir borç haline dönüşür³²⁸.

4054 sayılı Kanun'da, rekabet ihlallerinden doğan zararlardan dolayı açılacak davalarda zamanaşımı süresine ilişkin herhangi bir kural öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu konuda zamanaşımına ilişkin genel hükümler ve TBK'daki süreler uygulanacaktır.

4.1.2.1.1. Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı

4.1.2.1.1.1. Genel Olarak

Haksız fiillerde zamanaşımını düzenleyen TBK'nın 72. maddesinde normal, azami ve istisnai olmak üzere üç tür zamanaşımı öngörülmüştür. Zarara neden olan rekabet ihlalinin bir haksız fiilden kaynaklandığı davalarda zamanaşımı, TBK m. 72 hükmü gereğince, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın³²⁹ (normal süre) ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın (azami süre) geçmesiyle sona erecektir. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı (istisnai süre) öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanacaktır.

327 Erdem, 7.

328 Eren, 1311.

329 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nda normal süre bir yıl olarak düzenlenmiş idi. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 5. maddesine göre, TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri eski Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi olmaya devam edecektir. Dolayısıyla TBK'nın yürürlük tarihi olan 1 Temmuz 2012'den önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı sürelerinde normal sürenin bir yıl olarak uygulanacağına dikkat edilmelidir.

Rekabeti ihlal eden haksız fiilin aynı zamanda ceza kanunlarına göre suç teşkil etmesi halinde, eğer ceza kanunlarında söz konusu fiil için daha uzun bir zamanaşımı öngörülmüşse, TBK m. 72'deki istisnai zamanaşımı hükmü gereğince bu süre tazminat davası bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Örneğin; belirli bir sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında anlaşarak pazarı ve müşterileri paylaşmaları, ihale ile gerçekleştirilen ticari işlerde ihaleye girecek (ve girmeyecek) teşebbüsleri önceden belirlemek suretiyle ihaleleri ve fiyatları kontrol etmeleri halinde bu durum, bir rekabet ihlali olduğu gibi aynı zamanda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde düzenlenen "*ihaleye fesat karıştırma suçu*"nun ihlalidir. Böyle bir durumda, TCK'nın 66. maddesinde ihaleye fesat karıştırma suçu için on beş yıllık zamanaşımı süresi öngörüldüğünden, ihlalden zarar görenlerin açacağı tazminat davası da on beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır³³⁰.

4.1.2.1.1.2. Haksız Fiillerde Zamanaşımı Süresinin Başlama Anı

Görüldüğü üzere, haksız fiillerde normal zamanaşımı süresi (sübjektif süre) zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren iki yılken, sözleşme sorumluluğunda normal süre/azami süre (sübjektif süre/objektif süre) ayırımına gidilmemiş ve zarar ile faili öğrenme gibi bir şart koşulmamıştır. Bu açıdan bakıldığında, sözleşme sorumluluğundaki zamanaşımı süresinin rekabet ihlalden zarar görenler adına daha avantajlı bir durum içerdiği söylenebilir.

Haksız fiil suretiyle gerçekleştirilen rekabet ihlallerinde, iki yıllık normal zamanaşımı süresinin başlangıçlı zararın tazmin edilebilmesi açısından önem arz etmektedir. Kanunun ifadesi ile zamanaşımı, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayacaktır. Burada zararı öğrenmeden kasıt zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında bir dava ikame etmeye, o davayı ciddi ve objektif bir şekilde desteklemeye ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli tüm hal ve şartların öğrenilmesidir. Zararın öğrenilmesi, zararın bütün ayrıntılarının değil; varlığını, niteliğini ve temel unsurlarını

330 Burada istisnai zamanaşımı süresinin hem normal hem de azami zamanaşımı sürelerinin yerini aldığına dikkat edilmelidir. Yani on beş yıllık süre hem zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği iki yıllık sürenin hem de on yıllık azami sürenin yerini alacaktır. Bununla birlikte, eğer ceza zamanaşımı süresi azami zamanaşımı süresinden daha kısa olsaydı ceza zamanaşımı süresi yerine azami zamanaşımı süresi uygulanacaktı. Bkz. Eren, 861; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 725, Develioğlu, 55.

hülasa dava açabilmek için gerekli hususların öğrenilmesidir³³¹. Bu bilgiler ışığında, bir rekabet ihlalden zarar görenlerin, zararı ve tazminat yükümlüsünü nasıl ve ne zaman öğrenebileceklerinin değerlendirilmesi gereklidir.

Bilindiği üzere Kurul'un rekabet ihlaline ilişkin olarak almış olduğu kararlar, Kurum'un internet sitesinde yayımlanmaktadır. Rekabet Kurulunun bir ihlal tespit etmesi halinde, bunun yayımlanarak duyurulmasıyla ihlalden etkilenen üçüncü kişiler durumdan haberdar olacaktır. Bu durumda kısa zamanaşımı süresinin Kurul kararının resmi web sitesinde yayımlanmasıyla başlayacağı düşünülebilir³³². Bununla birlikte, rekabet ihlalden doğan zararların tazmini için adli yargıda dava açılması halinde, Rekabet Kurulunun ihlal kararı vermesini ve hatta verdiği ihlal kararının idari yargıda kesinleşmesini dava şartı olarak kabul eden Yargıtay'ın mevcut içtihadı uyarınca, ilk derece mahkemeleri davanın esasına ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın durumu bekletici mesele yapmakta veya davayı reddetmektedir³³³. Bu nedenle, ihlal kararının idari yargıda kesinleştiğinin öğrenildiği tarih, kısa zamanaşımı süresinin başladığı tarih olarak kabul edilebilir.

Rekabet ihlalden zarar görenlerin tazminat davalarında başarılı olabilmeleri için, öncelikli olarak davranışın hukuka aykırı olduğunun ispatlanması gerekmektedir.

331 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 718-719; Kesici, 344.

332 Rekabeti ihlal eden teşebbüs hakkındaki Kurul incelemesinin, ihlalden etkilenen üçüncü kişilerin şikayeti üzerine gerçekleştirilmesi halinde ise, şikayeti gerçekleştirenlerin zararı ve tazminat yükümlüsünü bilmeden Kurum'a şikayet başvurusunda bulunamayacakları düşünüldüğünde, kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için Kurum'un internet sitesindeki ihlal kararının yayımlanmasının beklenmeyebilecektir. Şüphesiz ki bu durum, Rekabet Kurumunu harekete geçirerek bir rekabet ihlalinin ortaya çıkmasını sağlayan üçüncü kişilerin aleyhinedir. Bu nedenle böyle bir yorumdan kaçınılması gerekir.

333 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 13.04.2015 tarihli ve E. 2015/15, K. 2015/5128 sayılı kararında, "*Somut olayda, davacının davalı aleyhine Rekabet Kuruluna şikayette bulunduğu, şikayetin reddine dair Kurul kararının Danıştay 13. Daire tarafından iptal edildiği, Danıştay kararına istinaden Rekabet Kurulunca davalı aleyhine idari para cezası tesis edildiği, davalının Danıştay kararını temyiz ettiği, 01.06.2012 tarihi itibarıyla temyiz incelemesinin henüz sonuçlanmadığı dosya içeriğinden anlaşılmış, bu tarihten sonra dosyanın akıbeti mahkemece araştırılmamıştır. Bu durumda mahkemece, davacının davalı hakkındaki 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna aykırı davrandığına dair şikayetin Danıştay İdari Dava Dairelerindeki temyiz sonucunun beklenmesi, davalı tarafın zamanaşımı definin yukarıdaki hükümler doğrultusunda değerlendirilmesi gerekirken, mahkemece zamanaşımı sürelerinin dolduğu gerekçesiyle davanın reddine dair hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.*" denilerek, tazminat davasının sonuçlandırılması için Rekabet Kurulu'nun ihlal kararı vermesi ve bu kararın idari yargı organlarında kesinleşmesi şart koşulmuştur.

Davacıların, rekabet ihlâli niteliğindeki davranışları kendi imkânları ile ispatlamaları; ihlâlin varlığına ilişkin delillerin önemli bir kısmının davalının elinde oluşu ve rekabet hukukunun karmaşık yapısı nedeniyle güçleşmektedir. Gerçekten de, Rekabet Kurumunun bu alanda münhasıran faaliyet gösteren bir idari otorite olması, çok sayıda uzman personeli istihdam etmesi ve yerinde inceleme ile bilgi isteme gibi idari otorite olmasından kaynaklanan önemli yetkilere sahip olması nedeniyle ihlalden zarar görenlerin delilleri elde etme konusunda Rekabet Kurumuna nazaran zayıf bir konumda buldukları açıktır. Bu nedenle zarar görenler genellikle, Rekabet Kurulunun ihlâlin varlığını tespit eden kararından sonra tazminat davası açmayı tercih etmektedir. Zira Kurul yapacağı soruşturmada bilgi isteme ve yerinde inceleme gibi yetkilerini kullanarak ihlâle ilişkin birçok delile erişebilmektedir. Ancak Kurul'un karar vermesi ve Kurul kararının kesinleşmesine ilişkin yargı sürecinin de beklenmesi uzun zaman alacağından, tazminat davaları bakımından zamanaşımı süresinin dolması ihtimali söz konusu olabilecektir³³⁴.

Zararın öğrenilmesi, zararın gerçekleşmesini, zarar verici fiil veya olayın sona ermesini gerektirir. Bu itibarla, zarar veya zarar verici fiil devam ettiği sürece, zarar görenin zararı öğrenmesi mümkün değildir. Bu durum özellikle kesintisiz, sürekli (temadi eden) zararlar söz konusu olur. Zarar verici fiil veya olay, dolayısıyla bundan doğan zarar, kesintisiz olarak devam ediyorsa, tazminat talebinin esasını oluşturan zarardan söz etmek mümkün olamaz. Zarar, ister ani ister sürekli bir fiilden doğsun, daima tektir. Buna zararın tekliği ilkesi denir. Zararın tekliği ilkesine göre, aynı fiil veya olaydan doğan sonuçlar bir bütün oluşturur ve zarar gören, zarar devam ettiği müddetçe bunu tam olarak öğrenemez³³⁵. Rekabet ihlallerinin çok büyük bir bölümünün -ihlalcı teşebbüslerin kazançlarını maksimize etmek istemesi nedeniyle- tek sefere mahsus olmayan ve zamana yayılan ihlaller olduğu düşünüldüğünde, bu durumun rekabet hukuku açısından önemi daha iyi anlaşılacaktır. Buna göre, ihlalin devam ettiği durumlarda, fiilin tamamlanmaması nedeniyle zamanaşımı süresi de işlemeye başlamayacaktır³³⁶.

334 Şahin, Tazminat Talepleri, 171-172; Aslan, Rekabet Hukuku, 797.

335 Eren, 856.

336 Sanlı, Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlar, 74-75. Sanlı'ya göre zarar gören ile ihlalcı teşebbüs arasında süregelen bir hukuki ilişki olmasa bile yani zarar gerçekleşmiş olsa bile,

4.1.2.1.1.3. Kabahatler Kanunu'ndaki Zamanaşımı Süresinin Uygulanıp Uygulanmayacağı Meselesi

Bir idari otorite olan Rekabet Kurulunun ihlalcı teşebbüslere verdiği para cezaları, idari para cezası mahiyetindedir ve 5236 sayılı Kabahatler Kanunu'na tabidir. 4054 sayılı Kanun'da idari soruşturmaların zamanaşımına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca yürütülecek soruşturmalar 8 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Rekabeti ihlal eden haksız fiilin aynı zamanda ceza kanunlarına göre suç teşkil etmesi halinde, TBK m. 72'deki "... tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır." hükmü gereğince bu süre tazminat davası bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Tam da bu noktada, ceza hukuku açısından kabahat teşkil eden rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarında, TBK m. 72 uyarınca Kabahatler Kanunu'ndaki sekiz yıllık zamanaşımı süresinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusuyla karşılaşılmaktadır³³⁷.

Bilindiği üzere, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cezalar cürüm ve kabahat şeklinde ikiye ayrılmakta iken; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kabahatler suç olmaktan çıkarılmış, suç karşılığında uygulanan yaptırımlar TCK m. 45 uyarınca hapis ve adli para cezaları şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde ise kabahat, "*kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*" olarak tanımlanmakta ve aynı kanunun 16. maddesine göre uygulanacak idari yaptırımlar; idari para cezası ve idari tedbir olarak ikiye ayrılmıştır. Buradan da anlaşılacağı üzere, Kanun koyucu eski yaptırım sisteminden farklı olarak, kabahatleri suç olmaktan çıkarmış bulunmaktadır. Dolayısıyla kabahat teşkil eden rekabet ihlallerinin TBK m. 72 bağlamında suç olarak kabul edilmesi mümkün değildir³³⁸.

Hukuki durum bu olmakla birlikte, Yargıtay, rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarında, TBK m. 72'nin göndermesiyle zamanaşımı süresini Kabahatler Kanunu m.

zamanaşımının başlaması için, ihlal teşkil eden fiilin –yalnızca zarar görene karşı değil- herkese karşı sona ermesi beklenmelidir. Bkz. Sanlı, Tüketici Hukuku Kongresi, 84.

337 İhaleye fesat karıştırma gibi, konusu aynı zamanda suç teşkil eden rekabet ihlallerinin TCK'daki zamanaşımı sürelerine tabi olması hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

338 Yiğit, 325-330; Kesici, 353-355.

20 uyarınca sekiz yıl olarak kabul etmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 30.3.2015 tarihli ve E. 2014/13296, K. 2015/4424 sayılı kararı aşağıdaki gibidir³³⁹:

“... Davaya konu olaydan ve dava tarihinden önce yürürlüğe giren 30.03.2005 tarih ve 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde, “idari yaptırım” gerektiren eylemlerin “kabahat” niteliğindeki suçlar olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. 5326 Sayılı Kabahatler Kanununun 16. maddesinde ise “idari para cezası” idari yaptırım türleri arasında sayılmıştır. Yine aynı Kanunun “Soruşturma Zamanaşımı” başlıklı 20/4. maddesinde ise “nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıl” olarak belirlenmiştir.

Dava ve olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun “Müruruzaman” başlıklı 60/2. maddesinde yer alan “Şu kadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik olunur” hükmü uyarınca ceza zamanaşımının BK'daki zamanaşımından daha fazla olduğu durumlarda, hukuk davasına da ceza davasına dair zamanaşımının uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.

Somut olayda, davacı tarafın tazminatı gerektiren olayı öğrenerek Rekabet Kurumuna başvurduğu 6.6.2008 tarih ile bu davaya esas 29.10.2012 dava tarihi birlikte değerlendirildiğinde dava zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılmaktadır. Davalı tarafın zamanaşımı def'inin yukarıdaki hükümler doğrultusunda değerlendirilmesi gerekirken, yerel mahkemece davanın zamanaşımı sebebiyle reddi kararı doğru olmadığından Dairemizin onama kararının kaldırılarak mahkemece verilen kararın açıklanan gerekçeyle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”

339 www.kazanci.com.tr (E.T.: 21.03.2019) Benzer gerekçelerle 11. HD 13.04.2015 tarihli ve E. 2015/15, K. 2015/5128 sayılı; 27.10.2015 tarihli ve E. 2015/3450, K. 2015/11139 sayılı kararlarında zamanaşımı süresini sekiz yıl olarak belirlemiştir.

4.1.2.1.1.4. Tazminat İsteminin Zamanaşımına Uğramış Olması Halinde Borçlunun Borcu İfadan Kaçınabilmesi

Haksız fiil sorumluluğunda tazminat isteminin zamanaşımına uğramış olması halinde, kanun koyucu tarafından TBK m. 72/2 ile zarar gören lehine bir daimî def'i imkânı tanınmıştır. İlgili madde aşağıdaki gibidir:

“Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.”

M. 72/2'ye göre, haksız fiil nedeniyle rekabet ihlalden zarar gören kimse zamanaşımı nedeniyle zararını tazmin edememiş olsa bile, zarara sebep olan teşebbüsle arasındaki hukuki ilişkiden doğan bir borcunun olması halinde, bu borcu ifadan kaçınabilecektir³⁴⁰. Söz konusu madde; rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat talepli davalarda, haksız fiillerdeki zamanaşımı süresinin kısalığı nedeniyle yaşanan çıkmaz açısından büyük bir önem arz etmektedir. Şöyle ki; rekabet ihlalden doğan zararların tazmini için adli yargıda dava açılması halinde, Rekabet Kurulunun ihlal kararı vermesini ve hatta verdiği ihlal kararının idari yargıda kesinleşmesini dava şartı olarak kabul eden Yargıtay'ın mevcut içtihadı, bu tür davaların zamanaşımına uğramasına sebep olmaktadır³⁴¹. Bu noktada, tarafların süregelen bir hukuki ilişki içerisinde karşılıklı borçlarının olması ve ihlalden zarar görenin zamanaşımı nedeniyle zararını tazmin edememesi halinde, zamanaşımı süresinden bağımsız olarak borçluya daimi def'i imkânı tanınması son derece olumludur.

340 Aynı yönde görüş için bkz. Topuz/Bakar, 202-203.

341 Bunun en önemli nedenlerinden biri de, yukarıda yer verildiği üzere, ihlal iddiasıyla Rekabet Kurumuna başvurmanın veya ihlal iddiasının Rekabet Kurumu tarafından incelenmesinin - ve Kurumun bu konuda bir karar alması halinde bu kararın idari yargıda kesinleşmesinin-beklenmesinin zamanaşımını durduracağı veya keseceği ile ilgili herhangi bir kanuni düzenleme olmamasıdır.

4.1.2.1.2. Sözleşme Sorumluluğunda Zamanaşımı

4.1.2.1.2.1. Genel Olarak

Rekabet ihlalinin sözleşmesel sorumluluğa dayandığı davalarda tazminat istemi, TBK'nın 146. maddesinin “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*” hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir. 147. maddede ise bu hükmün istisnaları düzenlenmiş ve aşağıdaki alacakların beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu hükme bağlanmıştır:

1. Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler.
2. Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri.
3. Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar.
4. Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar.
5. Vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar.
6. Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar.

Bu noktada, komisyon ve acentelik sözleşmeleri açısından beş yıllık zamanaşımı süresinin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yasaklanan dikey ihlallerden kaynaklanan tazminat davalarında -özellikle bayilerin yeniden satış fiyatının belirlenmesi, bayilere pasif satış yasağı getirilmesi gibi durumlarda- uygulama alanı bulabileceği düşünülmektedir.

4.1.2.1.2.2. Sözleşme Sorumluluğunda Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı

Zamanaşımı, TBK'nın 149. maddesinin “*Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar.*” hükmü uyarınca kural olarak alacağın muaccel olduğu tarihte işlemeye başlar. Sürenin işlemeye başlaması için, alacaklının alacağından haberdar olması veya

haberdar olabilecek durumda bulunması şart değildir³⁴². Buna karşın, haksız fiillerde ihlalin devam ettiği durumlarda, fiilin tamamlanmaması nedeniyle zamanaşımı süresi de işlemeye başlamamaktadır.

Haksız fiillerdeki süregelen ihlallerde zararın tekliği ilkesi uyarınca zamanaşımı süresinin başlamaması göz önünde bulundurulduğunda, bu durumun sözleşme sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğu karşısında dezavantajlı bir konuma getirdiği açıktır. Rekabet ihlallerinin çok büyük bir bölümünün doğası gereği tek sefere mahsus olmayan ve zamana yayılan ihlaller olduğu düşünüldüğünde, olay bazında zarar gören adına sözleşme sorumluluğuna dayanmak zamanaşımı süresinin kaçırılmasına neden olabilecektir. Örneğin, 01.01.2008 ile 01.01.2018 tarihleri arasında gerçekleşen bir rekabet ihlalinde, taraflar arasında 06.06.2008 tarihinde sözleşme ilişkisi kurulduğunu varsayalım. Buna göre, sözleşme sorumluluğuna başvurulması halinde sözleşmenin kurulmasıyla alacak muaccel olacak ve üzerinden 10 yıl geçmesiyle 06.06.2018 tarihinde alacak zamanaşımına uğrayacaktır. Haksız fiil sorumluluğuna gidildiği takdirde ise, zamanaşımı süresi eylemin tamamlandığı 01.01.2018 tarihinde işlemeye başlayacağından, rekabet ihlalinin zarar gören kimse zamanaşımı süresini kaçırmadan zararının tazminini talep edebilecektir.

4.1.2.1.2.3. Sözleşme Sorumluluğuna Dayanan Rekabet İhlallerinde Zamanaşımının Durması veya Kesilmesi

Zamanaşımının durma nedenleri TBK'nın 153. maddesinde, kesilme nedenleri ise 154. maddesinde düzenlenmektedir. Durma halinde, durma sebepleri ile duran zamanaşımı, sebep ortadan kalkınca durduğu ana kadar işlediği yerden devam eder. Kesilme halinde ise, o ana kadar işleyen süre sıfırlanmakta ve sebep ortadan kalkınca yeniden işlemeye başlamaktadır. Zamanaşımını durduran ve kesen sebepler haksız fiil ve sözleşme kaynaklı tazminat davalarında geçerlidir ve haksız fiillerde hem iki yıllık hem de on yıllık süreler için dikkate alınmalıdır³⁴³.

Rekabet ihlalinin nedeniyle Rekabet Kurumuna başvurma halinde zamanaşımı sürelerinin devam edip etmeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Borçlar Kanunu'nun 154.

342 Eren, 1315.

343 Oğuzman/Öz, C. 2, 77-78; Kesici, 343, dp. 495.

maddesi uyarınca, hukuk mahkemesinde tazminat davası açmakla zamanaşımı kesilmektedir. Örneğin zamanaşımı öğrenmeden itibaren başlamış ve dokuz ay geçmişken dava açılmış ise, zamanaşımı kesilir ve bu dokuz aylık işlemiş zamanaşımı sıfırlanıp yeniden işlemeye başlar. Böylece kesilmiş olan zamanaşımı, iki tarafın yargılamayla ilgili her işleminden ve hâkimin her emir ve kararından sonra yeniden işlemeye başlamaktadır. Rekabet ihlali nedeniyle Rekabet Kurumuna başvurmuş olmak, TBK’da yer alan ve yukarıda bahsedilen zamanaşımının durma ve kesilme sebepleri arasında yer almamaktadır. Rekabet Kurumuna yapılan başvurunun zamanaşımını durduracağına veya keseceğine ilişkin bir hüküm 4054 sayılı Kanun’da da bulunmamaktadır. Bu çerçevede, zarar görenin, dava açmadan önce Rekabet Kurulunun kararını ve bu kararın kesinleşmesini beklemesi durumunda yaklaşık 4-5 yıllık bir sürenin geçeceği ve bu süre esnasında tazminat hakkının zamanaşımına uğrayacağı açıktır³⁴⁴. Bununla birlikte, Yargıtay’ın, rekabet ihlalinden kaynaklanan tazminat davası açabilmek için Rekabet Kurulunun bu konu hakkında bir karar almış (ve hatta bu kararın idari yargıda kesinleşmiş) olmasını dava şartı olarak gören mevcut içtihadı durumu çıkmaza sürüklemektedir.

Bu noktada, hukuki çözüm üretebilme adına, TBK m. 153’te yer alan zamanaşımının durma hallerinden “*alacağı, Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmaması*” durumunun, rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarında uygulanmasının mümkün olup olmadığı düşünülmelidir. Kesinleşmiş bir Rekabet Kurulu kararını dava şartı olarak kabul eden Yargıtay içtihadı doğrultusunda, rekabet ihlalinden zarar görenlerin bu zararını -Rekabet Kurulu kararı kesinleşmediği sürece- adli yargıda tazmin edebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, alacağın Türk mahkemelerinde ileri sürülmesinin mümkün olmadığı sebebine dayanarak, Rekabet Kurulunun ihlal kararı alması ve bu kararın idari yargıda kesinleşmesine kadar geçecek sürede zamanaşımının durmuş sayılması hakkaniyete uygun bir çözüm olacaktır³⁴⁵. “De lege lata” açısından durum böyle olmakla birlikte “de lege ferenda” açısından düşünüldüğünde, 4054 sayılı Kanun veya TBK’da yer verilecek bir hüküm ile, Rekabet Kurulunun ihlal iddiasına ilişkin olarak soruşturma açması halinde zamanaşımı süresinin duracağı ve Kurul kararına karşı

344 Gündüz/Koyuncu, 155.

345 Sanlı, Tüketici Hukuku Kongresi, 84-85; Kesici, 360, dp. 554.

gidilebilecek yargı yollarının tükenmesi anından sonra devam edeceği şeklinde bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır³⁴⁶.

4.1.2.2. Görevli Mahkeme

4.1.2.2.1. Genel Olarak

Bu başlık altında, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine ve davacı ile davalının sıfatına göre görevli olabilecek mahkemeler incelenecektir. Davacı ve davalının sıfatları aynı kalsa dahi, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine göre görevli mahkemenin değişip değişmeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Özellikle, haksız fiil sorumluluğuna dayanan bir rekabet ihlalinden zarar görenlerin tüketici olması halinde, sözleşme sorumluluğundaki gibi tüketici mahkemelerinin söz konusu davaya bakmakla görevli olup olamayacağının değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 1. maddesine göre, göreve ilişkin kurallar kamu düzenindedir. Görev, m. 114'te yer alan dava şartları arasında sayıldığından, m. 115'e göre taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir ve ileri sürülme dahi mahkemece re'sen dikkate alınır. HMK'nın "*Asliye hukuk mahkemelerinin görevi*" başlıklı 2. maddesine göre, aksine bir düzenleme olmadıkça, - herhangi bir malvarlığı, şahıs varlığı, miktar veya değer ayrımı yapılmaksızın- genel görevli mahkemelerin asliye hukuk mahkemeleri olduğu belirtilmiştir. Buna göre, rekabet ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarında da görevli mahkeme kural olarak, asliye hukuk mahkemesidir. Bununla birlikte, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine ve tarafların hukuki statüsüne göre uyuşmazlık, özel mahkemelerin görev alanına da girebilir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) bir davanın ticari dava sayılması halinde bu duruma bağlanacak sonuçlar belirtilmiş fakat ticari davanın tanımı yapılmamıştır. Ticari dava, bir başkası tarafından ihlal edilen veya tehlikeye sokulan hakkın ticari bir hak olması ya da haksız talebe veya talep tehlikesine maruz konunun ticari vasıfta olması halinde söz konusu olur³⁴⁷. TTK m. 5'e göre, dava olunan şeyin değerine veya tutarına

346 Aslan, Rekabet Hukuku, 797.

347 Kesici, 423, dp. 141; Karayalçın, 249-259.

bakılmaksızın tüm ticari davalara bakmakla görevli olan mahkeme, asliye ticaret mahkemesidir. Bir davanın ticari dava sayılmasına bağlanan en önemli sonuç, davanın asliye ticaret mahkemesi nezdinde görülmesi ve buna bağlı olarak özel birtakım ispat ve usul kurallarına bağlı olmasıdır³⁴⁸.

TTK m. 4 hükmüne göre, ticari davalar üç başlık altında ele alınabilir. Bunlardan ilki, tarafların sıfatına ve işin ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, kanun gereği ticari sayılan davalardır (mutlak ticari davalar). İkincisi, en az bir ticari işletmeyi ilgilendiren davalardır (yarı nispi ticari davalar). Sonuncusu ise, her iki taraf için de ticari sayılan hususlardan doğan davalardır (nispi ticari davalar)³⁴⁹.

4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde teşebbüs, "*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, teşebbüs kavramının çoğu durumda ticari işletmeyi kapsayacağı düşünülse de, gerçek bir kişinin teşebbüs olarak nitelendirilmesinin önünde bir engel yoktur. Sanatçılar, buluş sahipleri, serbest meslek sahibi gerçek kişiler ve danışmanlar yukarıdaki maddede yer alan şartları sağladıkları takdirde teşebbüs olarak nitelendirilebilirler³⁵⁰.

Rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarının ticari dava olarak vasıflandırılabilmesi için, her iki tarafın tacir ve aynı zamanda uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesi ile ilgili olması gerektiği açıktır. Burada sorumluluğun vasıf ve mahiyeti dikkate alındığında, haksız fiilden kaynaklanmasının özellik arz etmediği görülmektedir. Zira, her iki tarafın tacir ve davaya konu olan uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması koşuluyla, nispi ticari dava olarak görülmesi ve uyuşmazlığın ticaret mahkemesi nezdinde çözümlenmesi mümkündür³⁵¹.

4.1.2.2.2. Haksız Fiil Sorumluluğunda Görevli Mahkeme

HMK m. 2 hükmü uyarınca, haksız fiil sorumluluğuna dayanan rekabet ihlallerinde, açılacak tazminat davalarında genel görevli mahkeme kural olarak, asliye hukuk

348 Kesici, 423, dp. 142; Arkan, 96.

349 Kesici, 424.

350 Güzel, 17-20.

351 Kesici, 426.

mahkemesidir. Yukarıda bahsedildiği üzere, her iki tarafın tacir ve aynı zamanda uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesi ile ilgili olması halinde bu bir ticari dava sayılır ve asliye ticaret mahkemesinde görülür.

Haksız fiil sorumluluğuna dayanan bir rekabet ihlalinden zarar görenlerin tüketici olması halinde ise, hangi mahkemenin davaya bakmakla görevli olacağıın değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir. İlk bakışta, söz konusu davalarda genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemelerinin görevli olacağı iddia edilebilecekse de, tüketici mahkemelerinin -haksız fiil sorumluluğuna dayansa dahi- tıpkı sözleşme sorumluluğundaki gibi, rekabet ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarında görevli olup olmayacağıın değerlendirmesi yapılmalıdır.

6502 sayılı TKHK'nın "*Kapsam*" başlıklı 2. maddesine göre "*her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalar*" kanun kapsamındadır. Aynı kanunun "*Tüketici mahkemeleri*" başlıklı 73. maddesine göre ise, "*tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.*"

Görüldüğü üzere 6502 sayılı Kanun'da tüketici işleminin yanında, tüketiciye yönelik uygulamalar kavramına da sistematik bir şekilde yer verilmiştir. Buradan kanun koyucunun, sözleşmenin yanı sıra tüketiciye zarar veren çeşitli uygulamaları da kanun kapsamına almayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Nitekim "*Haksız ticari uygulamalar*" başlıklı kanunun 62. maddesinde tüketicilere ilişkin hangi uygulamaların haksız olduğu belirtilerek tahdidi olmamak üzere örneklendirilmiş ve haksız ticari uygulamalar yasaklanmıştır. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

"Bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır."

Ayrıca, madde gerekçesinde, “tüketiciye mal veya hizmetin niteliği veya menşei hakkında veya müteşebbisin özellikleri hakkında yanlış bilgi verilmesi veya tüketicinin karar vermesi için gerekli olan bazı bilgilerin kendisinden saklanması hallerinde haksız ticari uygulamaların varlığı kabul edileceği” belirtilmiştir. Gerekçeden hareketle, tüketicilerle işlem gerçekleştirecek olanların sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamaların da kanun kapsamında değerlendirileceği kabul edilmiştir³⁵². Bu kapsamda, -haksız fiil sorumluluğuna dayansa dahi- teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen ve tüketiciye zarar veren bir rekabet ihlalinin, haksız bir ticari uygulama olarak nitelendirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla doktrindeki görüşlerin aksine³⁵³, haksız fiil sorumluluğuna dayanan rekabet ihlalinin, haksız ticari uygulamalar kapsamında olması nedeniyle, tüketici mahkemelerinin görev sınırları içerisinde kaldığı düşünülmektedir^{354,355}.

4.1.2.2.3. Sözleşme Sorumluluğunda Görevli Mahkeme

HMK m. 2 hükmü uyarınca, sözleşme sorumluluğuna dayanan rekabet ihlallerinde, açılacak tazminat davalarında genel görevli mahkeme kural olarak, asliye hukuk mahkemesidir. Haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi sözleşme sorumluluğunda da, her iki tarafın tacir ve aynı zamanda uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesi ile ilgili olması halinde bu bir ticari dava sayılır ve asliye ticaret mahkemesinde görülür.

352 Kesici, 435.

353 Doğan, 306; Şahin, Tüketici Kongresi, 28.

354 Topuz/Bakar, 207-210; Tokbaş, H., Tüketici Hukuku Kongresi içinde soru-cevap kısmı, 85. Burada, 6502 sayılı Kanun ile tüketici hukukunun sözleşmeler hukuku olmaktan çıkarıldığı, her türlü sözleşme ve uygulamanın tüketici işlemi sayıldığı, bu nedenle haksız fiil sorumluluğunda dahi tüketici mahkemelerinin görevli olacağı belirtilmiştir. Benzer bir görüş için bkz. Özel, Ç., Tüketici Hukuku Kongresi içinde soru-cevap kısmı, 87.

355 Kesici, 437-439. Yazara göre; konu, doktrinde ileri sürülecek görüşler ve yargı kararları ile netlik kazanacak olsa da, 6502 sayılı TKHK'daki ifadenin oldukça geniş bir alana sirayet etmesi ve haksız ticari uygulamaların muhatabının tüketiciler olması karşısında, rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarında tüketici mahkemesinin görevli olacağı (veya olması gerektiği) rahatlıkla ileri sürülebilir. Ancak, de lege ferenda bir bakış açısıyla kanunun amacına göre, anılan hükmün kapsamı ve koruduğu hukuki menfaatlerden hareketle dar yorumda bulunarak, haksız ticari uygulamaların, rekabet ihlalinin haksız fiil yoluyla gerçekleştirilmesini kapsamadığı sonucuna ulaşmak gerekir.

Sözleşme sorumluluğuna dayanan bir rekabet ihlalden zarar görenlerin tüketici olması halinde ise, 6502 sayılı TKHK'nın “*Tüketici mahkemeleri*” başlıklı 73. maddesi uyarınca görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır. Maddede geçen tüketici işlemi ifadesi ise m. 3/1-1'de şöyle tanımlanmıştır:

“Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem.”

Yukarıdaki tanım değerlendirildiğinde, rekabet ihlalden zarar gören tüketici ile zarar veren teşebbüs arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması halinde, bu ilişkinin tüketici işlemi kabul edildiği ve dolayısıyla bu ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğu anlaşılmaktadır.

“3.3.5.2. *Sözleşme Sorumluluğu ile İlgili Yargı Kararları*” kısmında yer verildiği üzere, tüketiciler ile rekabete aykırı davranan teşebbüsler arasındaki sözleşmenin tüketici işlemi olması nedeniyle görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olması gerektiğine dair Yargıtay'ın ve ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu birçok karar bulunmaktadır³⁵⁶. Dolayısıyla mahkeme içtihatları sözleşme sorumluluğunda görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğu yönündedir.

4.1.2.3. Kusurun İspatı

Rekabet hukukunun ihlalden kaynaklanan sorumluluğun dayandığı esas, ispat yükünün hangi taraf üzerinde olacağı noktasında belirleyici olmaktadır. Eğer ihlal bir haksız fiil ile gerçekleştirilmişse, zararını ispatlama yükümlülüğü ihlalden zarar gören tarafa ait olacaktır. Eğer ihlal taraflar arasında kurulmuş bir sözleşme neticesinde meydana gelmiş ise bu durumda sözleşme sorumluluğu gereği ispat yükü rekabeti ihlal eden taraf (borçlu) üzerinde olacaktır.

³⁵⁶ Yargıtay 13. HD'nin 19/10/2016 tarihli ve 2016/12718 E. 2016/18811 K. sayılı kararı; Yargıtay 19. HD'nin 20/06/2017 tarihli ve E. 2016/10649 K. 2017/5244 sayılı, 22/06/2017 tarihli ve E. 2016/10675 K. 2017/5443 sayılı, 13/06/2017 tarihli ve E. 2016/10957 K. 2017/4906 sayılı kararları. www.kazanci.com.tr (E.T.:21.03.2019) Ayrıca İstanbul 12. Tüketici Mahkemesinin 09/05/2017 tarihli ve E. 2016/152 K. 2017/172 sayılı kararı.

Kusurun ispatı yönünden, ilk bakışta, ihlalin sözleşmeden kaynaklanması ihlalden zarar görenler açısından daha avantajlı görünmektedir. Bununla birlikte, doktrinde, rekabet hukuku ihlallerinin özel yapısı ve karakteri gereği hukuka aykırılığın ortaya konulmasıyla kusurun mevcudiyeti de varsayıldığından, ihlallerin büyük bir kısmında hukuka aykırılık ile kusurun iç içe geçmiş olması nedeniyle kusurun ispatı noktasında haksız fiil ve sözleşme sorumlulukları arasında belirgin bir fark bulunmadığı belirtilmektedir³⁵⁷.

4054 sayılı Kanun'un "İspat Yükü" başlıklı 59. maddesi ile, -4. maddedeki uyumlu eylem karinesiyle aynı doğrultuda olarak- teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olmaları halinde ispat yükünün yer değiştireceği ve rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığının her türlü delille ispatlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

"İspat Yükü

Madde 59 – 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.

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

4054 sayılı Kanun'un özel hüküm niteliğinde olması ve 59. maddede sorumluluğun hukuki dayanağı ile ilgili herhangi bir saptamada bulunmaması nedeniyle, hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğuna dayanan ihlallerde yukarıdaki hüküm uygulama alanı bulacaktır. Özellikle haksız fiil sorumluluğunda ispat yükünü tamamen zarar görene bırakan TBK m. 50 hükmü karşısında, 4054 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile rekabet ihlalden zarar görenlerin avantajlı bir konuma ulaştıkları söylenebilir.

357 Kesici, 21, dp. 37; Doğan, 65.

4.1.2.4. m. 57’de Öngörülen Müteselsil Sorumluluk

4054 sayılı Kanun’un “*Tazminat Hakkı*” başlıklı 57. maddesine göre, “*zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur.*”

4054 sayılı Kanun’da sorumluluğun hukuki temeli üzerine herhangi bir değerlendirmede bulunulmaması nedeniyle, doktrinde kimi yazarlar tarafından, burada kast edilen sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğu ileri sürülmekte ve rekabeti ihlal eden teşebbüslerin Kanun’da müteselsilen sorumlu tutulması da -sözleşmenin nispiyeti ilkesi gereğince sözleşme sorumluluğunda sadece sözleşmenin tarafları yükümlülük altına gireceğinden- haksız fiil sorumluluğuna kanıt olarak gösterilmektedir. Ayrıca, yine kimi yazarlar tarafından, sözleşmesel sorumluluğun teorik olarak mümkün olsa bile, müteselsil sorumluluk hükümlerinden yararlanılamayacak olması nedeniyle zarar görenler açısından sözleşme sorumluluğunun daha dezavantajlı olduğu iddia edilmektedir³⁵⁸.

Rekabet ihlalini gerçekleştiren teşebbüslerin kendi aralarında müteselsil sorumlu olmasını buradaki sorumluluğun haksız fiile dayanmasına kanıt olarak gösteren ve sözleşme sorumluluğu mümkün olsa bile, ihlali gerçekleştirenlerin sözleşme sorumluluğu ihtimalinde müteselsil sorumlu sayılamayacaklarını iddia eden yukarıdaki görüşlere katılmak -hukuk tekniği açısından- mümkün değildir. Öncelikle, 4054 sayılı Kanun’un 57. maddesinde öngörülen müteselsil sorumluluk hükmünde herhangi bir sorumluluk sebebinin belirtilmediğini vurgulamak gerekir. Müteselsil sorumluluk için zararın - Kanun’un ifadesiyle- “*birden fazla kişinin davranışları sonucu*” ortaya çıkması yeterlidir. Kişilerin hangi eylem ve işlemleri sonucu zararın ortaya çıktığının bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca, rekabet ihlalini gerçekleştirenlerin sorumluluğunun -sözleşme veya kanun hükmü gibi- farklı sebeplere dayanması da pekâlâ mümkündür. Dolayısıyla, kartel örneğinde olduğu gibi, rekabet ihlalini gerçekleştiren birden fazla teşebbüs bulunması fakat ihlalin zarar gören ile kartel üyelerinden birisi arasındaki sözleşme ilişkisine dayanması halinde, zarar gören, zararının tazminini sözleşme ilişkisi içerisinde olduğu teşebbüsten sözleşme sorumluluğu hükümlerine istinaden isteyebilecekken, kartel

358 Teorik olarak mümkün olmasına rağmen, sözleşme sorumluluğuna başvurulması halinde müteselsil sorumluluk hükümlerinden yararlanılamayacağı görüşü için bkz. Kesici, 21.

üyesi diğer teşebbüsler ise haksız fiil sorumluluğu uyarınca zarardan sorumlu olacaklardır^{359,360}.

Gerçekten de, 4054 sayılı Kanun'un 57. maddesinde öngörülen müteselsil sorumluluk, rekabetin birden fazla teşebbüs tarafından ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkacağından, burada kast edilen ihlal tipinin Kanun'un 4. maddesindeki teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararı olduğu anlaşılmaktadır. 4. maddede en sık karşılaşılan ihlal türünün ise karteller olduğu bilinmektedir. Teşebbüs veya tüketicilerin, piyasada oluşmuş bir kartelin üyelerinden birisi ile arasındaki sözleşme uyarınca mal veya hizmet aldığı varsayımında, rekabet Kurumunun kartelin varlığını tespit etmesi üzerine kartelden zarar gören teşebbüs veya tüketiciler, aralarında sözleşme ilişkisi bulunan kartel üyelerinden zararlarını sözleşmesel sorumluluk uyarınca talep edebilecekleri gibi, sözleşme ilişkisinde olmayan kartelin diğer üyelerinden de zararlarını haksız fiil hükümlerine göre talep edebileceklerdir³⁶¹.

Rekabet hukuku açısından müteselsil sorumluluğun bu şekilde yorumlanmasını yasaklayan herhangi bir norm bulunmadığı gibi, borçlar hukuku açısından da müteselsil sorumluluğun farklı sebeplere dayanması mümkündür. Borçlar hukukuna göre, bir zararın meydana gelmesinden dolayı birden fazla kimse, birbirinden bağımsız sebeplerle sorumlu olabilir³⁶². Sözleşmeden doğan bir borcun borçlusunun, aynı zarardan, başka sözleşmeler veya kanun uyarınca borçlu olan kimselerle beraber sorumlu olması halinde, sebeplerin yarışmasından faydalanan alacaklı, borçlulardan her birini bireysel olarak takip edebilir³⁶³. Nitekim, müteselsil sorumluluğu düzenleyen TBK'nın 61. maddesi aşağıdaki gibidir:

359 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Akipek/Öcal/Kırkbeşoğlu/Tokbaş, 146.

360 Sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan kartel üyesinin sorumluluğu için de haksız fiil hükümlerine başvurulmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.

361 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Doğan, 306. Yazara göre, zarar görenin sözleşmesel ilişkiye bağlı olarak ürün aldığı kartel üyesinin sorumluluğuna başvururken, diğer kartel üyelerinin sorumluluğuna haksız fiil sorumluluğu tahtında gidebilmesinin önünde hukuk tekniği açısından bir engel bulunmamaktadır. Fakat bu durumda dahi, ihlalde bulunan teşebbüslerin müteselsil sorumluluğu açısından, haksız fiil hükümlerinin işletilmesi sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre daha avantajlıdır.

362 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 705.

363 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 394.

“Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.”

Sonuç olarak, hâkim görüşün aksine, rekabet ihlali halinde sözleşme sorumluluğuna gidilmesi halinde 4054 sayılı Kanun’un 57. maddesinde öngörülen müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanması noktasında herhangi bir engel bulunmadığını düşünmekteyiz.

4.1.2.5. m. 58’de Öngörülen Zararın Üç Katına Hükmedilebilmesi

Bilindiği üzere, 4054 sayılı Kanun’un 58. maddesinde “...*hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.*” denilerek, zararın (veya zarar verenin elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel karın) üç katı oranında tazminata hükmedilebileceği belirtilmiştir.

Rekabet hukuku ihlallerinin haksız fiil temeline dayalı olması halinde, zararın üç katı oranında tazminat hükmünün uygulama alanı bulacağı hususunda herhangi bir tartışma bulunmamakla birlikte, sözleşme sorumluluğu temeline dayanan ihlallerde, hâkimin üç kat tazminata hükmedebilmesine doktrinde tereddütlü yaklaşılmaktadır³⁶⁴.

“2.1. *Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Yükümlülüğünün Amacı*” bölümünde yer verildiği üzere, rekabet hukukunda ihlalden doğan tazminat yükümlülüğünün amacı klasik bir haksız fiilden ya da sözleşme ihlalinden doğan tazminat yükümlülüğünün amacından çok daha fazladır. Yine, “2.2.4. *Telaifi Edici Tazminat/Cezalandırıcı Tazminat Ayrımı*” bölümünde yer verildiği üzere, rekabet hukukundaki üç kat tazminat müessesesi, Türk hukukunda sınırlı alanlarda görülen, cezalandırma amacının daha ağır bastığı bir cezalandırıcı tazminat örneğidir. Dolayısıyla zararın üç katı oranında tazminata hükmedilebilmesinin, ihlalden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliği ile bir ilgisi bulunmamaktadır³⁶⁵. Nitekim, kanun koyucunun cezalandırma amacının ağır bastığı

364 Kesici, 21.

365 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Akipek/Öcal/Kırkbeşoğlu/Tokbaş, 146 ve Topuz/Bakar, 189. Topuz/Bakar’a göre, cezalandırıcı tazminat çoğunlukla haksız fiillerde söz konusu olsa da, sözleşmeler hukuku alanında da uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

diğer bazı alanlarda^{366,367} da, - taraflar arasında mevcut olan bir sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlık bulunmasına rağmen- bilet ücretinin üç katı tutarında/bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat öder denilerek, sözleşme sorumluluğunun mevcut olduğu hallerde zarardan daha yüksek bir bedelin (hatta bazı durumlarda zarar ortaya çıkmamış olsa bile belirlenen bir bedelin) tazminat olarak ödenmesine karar verilmiştir.

Savunulan görüş doğrultusunda, İstanbul 12. Tüketici Mahkemesinin 09/05/2017 tarihli ve E. 2016/152 K. 2017/172 sayılı kararında yer verilen değerlendirmeler dikkat çekicidir. Kararda, *“Davacı tarafından, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 58. maddesine dayanılarak istenilen tazminat, haksız fiil tazminatı olmayıp İİK. Düzenlenen icra inkâr tazminatı gibi kendisine özgü (Sui generis) özel bir tazminat türüdür. Bu nedenle davalı vekilinin haksız fiil tazminatına ilişkin olarak yapmış olduğu savunmalar somut dosya yönünden Mahkememizce dikkate alınmamıştır.”* denilerek, üç katı oranında tazminatın, sorumluluğun hukuki niteliğinden bağımsız olması nedeniyle sözleşmeye aykırılık hallerinde de talep edilebileceği belirtilmiştir.

4.1.2.6. Değerlendirme

Rekabet ihlalinin hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğuna dayandığı kurgularda, TBK m. 60 uyarınca sebeplerin yarıştırılması ve zarar gören lehine en iyi giderim imkanını sağlayacak sorumluluk sebebinin tercih etmek gerekir. Haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu mukayesesinde; zamanaşımı, görevli mahkeme, kusurun ispatı, müteselsil sorumluluk ve üç kat tazminat gibi borçlar hukukunun genel ilkelerinden ve rekabet hukuku düzenlemelerinden kaynaklanan durumlar incelenirken; ne rekabet hukuku doktrininde olduğu gibi sorumluluk sebeplerini tartışmadan haksız fiil sorumluluğunu

366 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “Taşıma İşleri” başlıklı 4. kitap ve “yolcu taşıma” başlıklı beşinci kısımda; seferin yapılamaması halini düzenleyen 907. maddesinde, seferin gecikmesi halini düzenleyen 908. maddesinde ve taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen 914. maddesinde taşıyıcının bilet bedelinin üç katı oranında tazminat ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. 908. ve 914. maddelerde yer alan “herhangi bir zarar ispat edilmese bile bilet parasının üç katının tazminat olarak ödeneceği” hükmü, sözleşmenin ihlalinden doğan zarar bulunmasa bile tazminat ödenmesinin kararlaştırılması yönünden, ayrıca dikkat çekicidir.

367 TBK’da “Hizmet Sözleşmeleri” başlıklı 6. bölümünde yer alan 434. maddesinde, işverenin haksız yere sözleşmeyi feshetmesi durumunda, işçiyi korumak amacıyla, fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun “Sürelî Fesih” başlıklı 17/6. maddesinde de TBK m. 434 ile benzer bir hükme yer verilmiştir.

kabul etmek ne de klasik borçlar hukuku doktrinde olduğu gibi -sözleşme sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğuna kıyasla alacaklıyı daha fazla koruyucu hükümler içermesi nedeniyle- sözleşme sorumluluğuna öncelik tanımak gerekir.

Hangi sorumluluk sebebinin daha avantajlı olduğunun tespit edilebilmesi için, herhangi bir ön kabulden kaçınılması ve yukarıda değerlendirilen durumların, somut olaya uygulanması gerekmektedir. Bu durum, rekabet ihlalini tespit etmede kullanılan olay bazlı (case-by-case basis) değerlendirme yöntemiyle de paraleldir.

Örneğin zamanaşımı konusunda borçlar hukuku kurallarına baktığımızda sözleşme sorumluluğuna başvurmak daha avantajlı gözükmekteyken; zamanaşımının başlama süresi, zararın öğrenildiği tarih, ihlalin tespit edildiği Kurul kararının kesinleşmesi, Yargıtay'ın hukuk kurallarını esneten mevcut içtihatları gibi durumlar -somut olay bazında- değerlendirildiğinde, sözleşme sorumluluğunun avantajları ortadan kalkabilmekte ve -hatta ilk bakışta dezavantajlı olarak düşünülse bile- haksız fiil sorumluluğuna başvurmak zarar gören açısından daha avantajlı olabilmektedir. Bununla birlikte, doğal olarak zamanaşımı konusunda sözleşme sorumluluğunun zarar görene daha iyi bir giderim sağladığı senaryolar da mevcuttur.

Bunun yanı sıra, doktrinde sözleşme sorumluluğuna başvurulması halinde uygulama alanı bulamayacağı iddia edilen 4054 sayılı Kanun'un 57. maddesindeki müteselsil sorumluluk ve 58. maddesindeki zararın üç katı oranındaki tazminat hükümlerinin sözleşme sorumluluğunda da uygulanabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu açıdan haksız fiil sorumluluğunun sözleşme sorumluluğuna nazaran daha avantajlı olduğunu söylemek mümkün değildir.

Sonuç olarak; rekabet hukuku ve borçlar hukuku kuralları, olaya uygun düştüğü ölçüde somut olaya uygulanmalı ve her iki sorumluluk türünün de zarar gören adına avantajlı ve dezavantajlı yönleri tespit edildikten sonra hangi sorumluluk türünün tercih edileceğine karar verilmelidir.

4.2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Sözleşme Sorumluluğu ile Yarışması

“3.3. *Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*” kısmında da anlatıldığı üzere, hukuki bir işlem olan sözleşmenin taraflar üzerinde doğurduğu birçok haklar ve borçlar bulunmaktadır.

Alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkinin tamamını ifade eden (geniş anlamda) borç ilişkisi kavramından çok sayıda edim yükümleri, yan yükümler ve koruma yükümleri doğar. Sözleşme sorumluluğu; hem sözleşme öncesi sorumluluğu (culpa in contrahendo), hem sözleşmenin ifası esnasındaki sorumluluğu (culpa in solvendo), hem de sözleşme sonrasındaki sorumluluğu (culpa post contrahendum ya da culpa post pactum perfectum) kapsar³⁶⁸.

Özellikle; sözleşme görüşmeleri esnasında taraflardan birinin karşı tarafı zarara uğratacak davranışlarda bulunması, güven ilkesine aykırı hareket etmesi, yanlış bilgi vermesi veya karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi durumlarında, taraflar arasında yine de sözleşme kurulmuşsa, zarar gören tarafın zararının tazminini culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca mı yoksa sözleşme sorumluluğuna dayanarak mı talep edeceği sorusuyla karşılaşılır. Bir diğer soru ise aynı zarar verici olayın hem culpa in contrahendo sorumluluğunun hem de sözleşme sorumluluğunun şartlarını gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi halinde, söz konusu iki sorumluluk sebebinin yarışmasının mümkün olup olmadığıdır.

4.2.1. İki Sorumluluk Sebebinin de Vücut Bulabileceği Rekabet İhlalleri

Kartel ve benzeri rekabet ihlallerinde olduğu gibi, ihlalin, aydınlatma ve doğru bilgi verme yükümlerine aykırılık şeklinde sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilmesi halinde, taraflar arasında geçerli bir sözleşme kurulmuş ise, hem culpa in contrahendo sorumluluğundan hem de sözleşme sorumluluğundan bahsetmek mümkündür.

4.2.2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Sözleşme Sorumluluğu Karşısında Tali Niteliği

Koruma yükümlülüklerini içeren borç ilişkileri, genellikle sözleşme görüşmeleri esnasında söz konusu olur. Sözleşme görüşmelerinin sonuçsuz kalması, yani sözleşmenin kurulamaması mümkün olduğu gibi, bunun başarıyla sonuçlanması ve istenilen

368 Serozan, İfa Engelleri, 263; Oğuzman/Öz, C. 1, 38; Demircioğlu, 173; Topuz/Bakar, 183-186. Serozan'a göre culpa post pactum perfectum, culpa in contrahendonun sözleşme sonrasındaki izdüşümüdür. Doktorun tedavi amacıyla geldiği eve hastalık bulaştırması sözleşme öncesinde ihlale, yanlış tanı koyması sözleşme sırasında ihlale, tedavisini yaptığı bir hastasının sırrını ifşa etmesi ise sözleşme sonrasında ihlale örnek gösterilebilir.

sözleşmenin kurulması da mümkündür. İşte, görüşmeler sonunda sözleşme kurulmuşsa, acaba daha önce bir kanuni borç niteliğinde ve edim yükümünden bağımsız olan bu tür bir borç ilişkisi, sonradan kurulan ve aynı zamanda edim yükümü de içeren akdi borç ilişkisine mi dönüşecektir, yoksa eskiden olduğu gibi kanuni borç ilişkisi niteliğini sürdürecektir midir³⁶⁹?

Böyle bir durumda, culpa in contrahendo safhasında vücut bulan, -hukuki muameleye dayanmayan ve kanuni bir borç ilişkisi olarak nitelendirilen- edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin; culpa in contrahendo alanı terk edilip, geçerli bir sözleşme kurulması halinde hukuki dayanağını açıklayan iki görüş bulunmaktadır.

Doktrinde hâkim görüş olan birlik teorisine göre, sözleşme öncesi görüşmelerde olduğu gibi, sözleşme kurulduktan ve hatta sona erdikten sonra bile, koruma yükümlülükleri kanunilik vasfını korur. Her iki safhada da koruma yükümlükleri TMK m. 2'deki dürüstlük kuralına dayanır. Kanuna dayanan tek koruma ilişkisi kavramı Alman hukukçu Canaris tarafından geliştirilmiştir. Canaris'e göre sözleşme kurulduktan sonra culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olamaz. Çünkü sözleşmenin kurulmasıyla birlikte müzakere kısmı bitmiş, artık ifa kısmına geçilmiştir. Bununla birlikte, Canaris'e göre, culpa in contrahendodaki sorumluluk esası geliştirilerek sözleşme safhasında da uygulanabilir. Bunun nedeni, taraflar arasındaki karşılıklı tesir imkânı ve mevcut güven ilişkisinin sözleşmenin kurulması nedeniyle daha da sıkılaşmasıdır. Dolayısıyla culpa in contrahendodaki aynı esasların evleviyetle sözleşme sorumluluğunda da geçerli olması gerekir. Kanuni borç ilişkisi anlayışının sözleşme sorumluluğunda da geçerli olmasının tabii sonucu olarak, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, butlan veya sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması hallerinden etkilenmez³⁷⁰.

Doktrindeki diğer bir görüş olan dönüşme teorisi ise Alman hukukçu Larenz tarafından savunulmuştur. Larenz'e göre sözleşme kurulduktan sonra sözleşme öncesinde yer alan kanuni borç ilişkisi, daha geniş kapsamlı olan sözleşmesel borç ilişkisi içerisinde erir, yani dönüşür. Bu durumda, sözleşmeye dayanan borç ilişkisi, kanuni borç ilişkisinin yerini alır. Bunun nedeni; sözleşmeden doğan borç ilişkisinin, o ana kadar olan kanuni borç ilişkisiyle tesis edilen koruma yükümlerini ve dahi başka yükümleri kapsayan daha

369 Eren, 44.

370 Aral, 54-55.

geniş bir kavram olmasıdır. Butlan veya sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması hallerinde ise geçerli bir sözleşme ilişkisinin mevcut olmaması nedeniyle, sözleşme görüşmeleri esnasında kurulmuş olan koruma yükümleri tekrar ortaya çıkar^{371,372}.

Sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafın hukuki değer ve menfaatlerine etki etme imkânının artması ve taraflar arasındaki güven ilişkisinin daha da yoğunlaşması nedeniyle, sözleşme öncesinde kabul edilen koruma yükümünün, geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonra evleviyetle kabulü gerekir. Fakat bu kabul, geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonra koruma yükümünün ihlâlinin, culpa in contrahendo teşkil edeceği manasına gelmez. Geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonra kavramsal olarak culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilemez³⁷³.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun ortaya çıkmasında etkili olan sebepler arasında; sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar arasındaki güven ilişkisinden kaynaklı zararların tazmininde haksız fiil hükümlerinin uygulanmasının -özellikle zamanaşımı ve ispat bakımından- ortaya çıkaracağı olumsuzlukların önemli etkiye sahip olması ve taraflar arasındaki güvenin sözleşme görüşmeleri esnasında ortaya çıkmış olmakla basit, tesadüfî bir haksız fiilden ziyade sözleşmesel bir güvene daha yakın olması önemli bir yer tutmaktadır. Bu nedenle, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk halinde, sözleşme sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulamanın daha yerinde olacağı belirtilmiştir³⁷⁴. Buradan, culpa in contrahendo müessesesinin bir boşluk doldurma faaliyeti sonucunda ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

371 Aral, 56.

372 Demircioğlu'na göre, iki görüş arasındaki ayrım pratikten ziyade teoriktir. Sözleşmenin kurulmasından önceki safhada ve batıl veya geçmişe etkili olarak ortadan kalkan sözleşmelerde koruma yükümlülüklerinin nasıl açıklandığı konusunda iki teori arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. İki teori arasındaki ayrımı oluşturan geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde koruma yükümlülüklerinin nasıl izah edildiği konusunda ise, her iki teorinin farklı noktalardan aynı sonuca ulaştıkları görülmektedir. Gerçekten, dönüşme teorisi, koruma yükümlülüklerini geçerli olarak kurulan sözleşmenin içeriğine dâhil etmekle bunların akdi hükümlere tâbi kılınmasını sağlamakta; buna karşılık, birlik teorisi, aynı sonuca, borç ilişkisinin her safhasında aynı kalan, güven esasına dayalı bütünsel bir koruma ilişkisi yaratarak ulaşmaktadır. Bkz. Demircioğlu, 157-158.

373 Demircioğlu, 160-161.

374 Bulut, 329.

Doktrinde aksi yönde görüşlerin varlığına rağmen³⁷⁵, culpa in contrahendo sorumluluğunun, sözleşme sorumluluğu ile yarışması mümkün görünmemektedir. Çünkü zarar görenin akdi bir talep hakkına sahip olduğu durumlarda, culpa in contrahendo sorumluluğunun işletilmesini gerektiren bir kanun boşluğundan veya hakkaniyete daha uygun bir sorumluluk tesis etme ihtiyacından bahsedilemez. Bunun yanı sıra, culpa in contrahendo sorumluluğunun, sözleşme sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulandığı bir sorumluluk türü olması nedeniyle, doğrudan doğruya sözleşme sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda dahi culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurularak aynı hükümlerin kıyasen uygulanmak istenmesi, yanlış bir yöntemdir^{376,377}.

Borçlar hukukumuzun sistematığının sorumluluk sebeplerini -genel olarak- haksız fiil ve sözleşme olmak üzere iki sütun üzerine bina etmesi, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisini münhasıran bir sorumluluk sebebi olarak görmemesi ve sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hükümlerinin çıkış noktası göz önünde bulundurulduğunda, kanımızca, geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde sözleşmeye dayanan borç ilişkisinin varlığını kabul etmek gerekir. Culpa in contrahendo müessesesinin, haksız fiil ve sözleşme sorumluluğuna gidilemediği veya gidildiği takdirde zarar gören aleyhine bir durum oluşturduğu hallerde başvuru bir boşluk doldurma faaliyeti olması ve bunun yanında sözleşme ilişkisinin sözleşmenin öncesi, ifası ve sonrasını kapsayan daha geniş bir kavram olması sebepleri de, sözleşme sorumluluğuna öncelik tanınması yönündeki görüşümüzü destekler niteliktedir.

Gerçekten de, kurulmuş ve geçerli olan bir sözleşmenin varlığı halinde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanması yoluna gitmek gerekmez. Sözleşme kurulduktan sonra, karşı tarafı zarara uğratabilecek davranışlardan kaçınma, güven

375 Bulut, 329-330. Yazara göre; sözleşme görüşmeleri esnasında sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek bir yükümlülük ihlâline rağmen sözleşme kurulmuş olabilir. Böyle bir durumda, sözleşme öncesi sorumluluk sona ermez veya sözleşme ilişkisi içerisinde değerlendirilmeye başlanamaz. Dolayısıyla, sonradan sözleşmenin kurulmuş olması artık culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurulamayacağı manasına gelmez.

376 Demircioğlu, 356-357.

377 Sözleşme sorumluluğunun; hem sözleşme öncesi sorumluluğu (culpa in contrahendo), hem sözleşmenin ifası esnasındaki sorumluluğu (culpa in solvendo), hem de sözleşme sonrasındaki sorumluluğu (culpa post contrahendum ya da culpa post pactum perfectum) kapsadığı, bu nedenle geçerli bir sözleşme kurulduktan sonra culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme sorumluluğu içerisinde eriyeceği görüşü için bkz. Topuz/Bakar, 183-186.

ilkesine aykırı hareket etmeme, yanlış bilgi vermeme ve karşı tarafı aydınlatma gibi yükümlülükler taraflar arasındaki yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri uyarınca da devam eder. Davranış yükümleri ihlalinin, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu meydana getirebilmek için, ya sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç sözleşmenin kurulması aşamasında olması gerekir. Davranış yükümü ihlali, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelirse kötü ifa ya da sözleşmenin müspet ihlalden bahsedilir³⁷⁸.

Doktrinde sözleşmeden doğan talep haklarının culpa in contrahendonun doğan talep haklarını engellemesine “sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun (culpa in contrahendonun) sözleşmeden doğan sorumluluk (culpa in solvendo) karşısında ikincilliği (taliliği)” denmektedir³⁷⁹. Buna göre, sözleşme görüşmeleri dönemindeki kusurlu davranış, sözleşme kurulduktan sonra sözleşmeden doğan borca aykırılık yaratırsa doğrudan doğruya borca aykırılıktan sorumluluk söz konusu olur³⁸⁰. Bununla birlikte, sözleşmenin geçerlilik şartlarından birinin eksik olması örneğinde olduğu gibi, sözleşmeden doğan bir talep ileri sürme imkânı kalmadığında, sözleşmesel sorumluluk temelini kaybeder ve bu durumda sözleşme öncesi sorumluluk tekrar doğar³⁸¹.

4.3. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Haksız Fiil Sorumluluğu ile Yarışması

Aynı zarar verici olayın -tıpkı hem sözleşme sorumluluğunun hem de haksız fiil sorumluluğunun şartlarını gerçekleştirebilmesi gibi- hem culpa in contrahendo sorumluluğuna hem de haksız fiil sorumluluğuna dayanması mümkündür. Culpa in contrahendo sorumluluğunu; dürüstlük kuralı çerçevesinde kimseye zarar vermeme, davranışlarda gerekli dikkat ve özeni gösterip güveni sarsmamaya ilişkin genel bir yükümlülüğün ihlali biçiminde tanımlayan görüşler göz önünde bulundurulduğunda, aynı olayda haksız fiil sorumluluğunun da gündeme gelmesi son derece normaldir.

378 Yalman, 88.

379 Kutlu Sungurbey, 112; Oğuzman/Öz, C. 1, 491-492; Yalman, 65-68; Demircioğlu, 357; Bulut, 332; Topuz/Bakar, 189. Bu durumun “soğurma teorisi” olarak adlandırıldığı ifadesi için bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 200.

380 Oğuzman/Öz, C. 1, 488, dp. 477; Yalman, 67.

381 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, 200.

4.3.1. İki Sorumluluk Sebebinin de Vücut Bulabileceği Rekabet İhlalleri

Rekabet hukuku ihlalinden doğan sorumluluk temelini, topluma karşı sahip olunan genel bir yükümlülüğün ihlalinden doğması sebebiyle, her halükârda TBK m. 49'da düzenlenen haksız fiil sorumluluğuna dayandığını belirtmiştik. Bunun yanı sıra, tarafların sözleşme kurma amacıyla bir araya geldikleri durumlarda; taraflardan birinin karşı tarafı zarara uğratabilecek davranışlarda bulunması, güven ilkesine aykırı hareket etmesi, yanlış bilgi vermesi veya karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde rekabet ihlalinde bulunan teşebbüsün -haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra- sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu gündeme gelecektir.

4.3.2. Sebeplerin Yarışması (Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Sözleşme Sorumluluğu Hükümlerinin Kıyasen Uygulanması)

Aynı olayda haksız fiil sorumluluğunun şartları ile culpa in contrahendo sorumluluğunun şartlarının ayrı ayrı gerçekleşmesi durumunda, haksız fiil sorumluluğu ile culpa in contrahendo sorumluluğunun yarışması söz konusu olur. Zarar gören, ister haksız fiil, isterse culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak zararını tazmin ettirebilir.

Doktrinde, irade sakatlığı hallerinden hata, hile ve ikrah halinde de, culpa in contrahendo ile haksız fiil sorumluluğunun yarışmasının söz konusu olduğu belirtilmektedir³⁸².

Culpa in contrahendo sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun yarışması, çoğu zaman, koruma yükümlerinin ihlâl edildiği culpa in contrahendo vakıaları bakımından ortaya çıkar³⁸³. Koruma yükümleri, esas olarak, haksız fiil hukukunun koruma sahasına

382 Eren, 413-414 ve 418. Yazara göre, sözleşme görüşmeleri ile birlikte taraflar arasında dürüst davranma, özen gösterme ve karşı tarafı aydınlatma yükümlülüklerini içeren bir borç ilişkisi doğmaktadır. Hata (yanılma) ve hile (aldatma) hallerinde karşı tarafın, sözleşmenin geçerliliğine olan güvenini sarsılmış, zarara uğratılmıştır. Hata ve hile halleri hukuki niteliği itibarıyla aynı zamanda bir haksız fiil teşkil eder. Dolayısıyla bu hallerde zarara uğrayan lehine, sözleşme öncesi sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğundan doğan hakların yarışması hali mevcuttur.

383 Demircioğlu, 295-305. Yazar, koruma yükümü ve korunma menfaati kavramları yerine bütünlük menfaati kavramını kullanmaktadır. Yazar, sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükleri “doğrudan sözleşme görüşmeleri ilişkisiyle bağlantılı yükümlülükler”, “görüşmeleri yapılan sözleşmeyle bağlantılı yükümlülükler” ve “bütünlük menfaatlerinin korunmasına yönelik yükümlülükler” şeklinde tasnif etmiş ve bütünlük menfaatinin, kişilerin edim dışında kalan kişi ve malvarlığı değerlerinin tamamı olarak tanımlamıştır. Yazara göre, bütünlük menfaatinin ihlâli de, culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında haklı güven ihlâlinin bir başka görünüm biçimini oluşturur; çünkü sözleşme görüşmeleri ilişkisinin

girmesine ve ihlâli halinde haksız fiil sorumluluğu doğurmasına rağmen, taraflar arasında özel bir bağlantı, edim yükümlülüklerinden bağımsız da olsa bir borç ilişkisi içerisinde gerçekleştirildiğinde, haksız fiilin unsurları, somut olayın unsurlarıyla tam olarak örtüşmez. Ayrıca, koruma yükümlerinin ihlaline sadece haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmek, zarar göreni hak ettiğinden daha elverişsiz hükümlerle korumaya mahkum etmek olur. Dolayısıyla burada, “koruma normlarının bulunmamasından kaynaklanan” değil, “var olan koruma normlarının somut olay adaletini tesis edememesinden kaynaklanan” bir kanun boşluğundan bahsedebilir. Bilindiği üzere, mevcut koruma normlarının uygulanması sonucu, zarar görenin olması gerekenden daha az korunduğu durumlarda da bir kanun boşluğunun bulunduğu doktrinde kabul edilmektedir. Bu kanun boşluğu, uygun düştüğü ölçüde culpa in contrahendo sorumluluğu ile doldurulur ve somut olaya sözleşme sorumluluğu hükümleri kıyasen uygulanır³⁸⁴.

Görüldüğü üzere, culpa in contrahendodan doğan talep hakları ile haksız fiilden doğan talep hakları arasında, sözleşmeden doğan talep hakları ile haksız fiilden doğan talep hakları arasındaki ilişkiye benzer bir ilişki ortaya çıkar. Buna göre, somut bir olaya haksız fiil hükümlerinin uygulanabilirliği, aynı olayda şartları gerçekleşmiş bulunan culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanabilirliğini engellemez. Başka bir deyişle culpa in contrahendo sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu yanında ikincil (tali) bir nitelik taşımaz; aksine ona alternatif oluşturur³⁸⁵. Sonuç olarak, culpa in contrahendo sorumluluğunda sözleşme sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulanması nedeniyle, culpa in contrahendo sorumluluğunun haksız fiille yarışması mümkündür.

tarafra yüklediği yükümlülüklerden önemli bir kısmı, görüşmecilerin birbirlerinin sözleşme dışı kişi ve mal varlığı değerlerini korumalarına ilişkindir.

384 Demircioğlu, 355-356.

385 Demircioğlu, 356.

SONUÇ

Rekabet ve tekelleşme kavramları, ilk bakışta, kapitalizme ve modern zamanlara ait olduğu düşünülebilecekse de, bu kavramların ortaya çıkışı insanlık tarihindeki ilk ticari faaliyetlerle eş zamanlıdır. Modern anlamda rekabet hukuku ve rekabet politikası kavramları ise, Sanayi Devrimi ile üretim ve ticarete meydana gelen devasa artış sayesinde, yerel pazarlardan ulusal ve uluslararası pazarlara doğru yayılan şirketlerin, piyasaları satın almalar, rakipler arası işbirliği ve çeşitli anlaşmalar ile ele geçirmesi sonucu Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmıştır.

7/12/1994 tarihinde kabul edilen ve Türk rekabet hukukunun temel dayanağı olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun; rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hâkim durumun kötüye kullanılması ve hâkim durum yaratıcı ya da hâkim durumu güçlendirici birleşme veya devralmalar olmak üzere üç esas alanı düzenlemektedir.

Rekabet hukukunun hem kamu hukukunu hem özel hukuku ilgilendiren karma bir hukuk dalı olması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'da kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında farklı yaptırımlar yer almaktadır. Kurul'un alacağı idari kararlar ve idari para cezaları, kamu hukuku yaptırımları iken; rekabete aykırı anlaşma ve kararların geçersiz sayılması ve rekabet ihlalden zarar görenlere tanınan tazminat hakkı özel hukuk yaptırımlarını oluşturmaktadır.

Türk hukukunda genel olarak "tazminatın zarar miktarını aşamayacağı" ilkesi geçerli iken, -son derece sınırlı olarak- bazı düzenlemelerde Anglosakson hukuku kökenli olan cezalandırıcı tazminat (punitive damages) kavramı uyarınca, bu ilkenin terk edildiği görülmektedir. Rekabet ihlalden kaynaklanan tazminat sorumluluğu da, -rekabet ihlalden zarar görenlerin, zararın üç katı oranında tazminat talep edebilmeleri nedeniyle- bu ilkenin terk edildiği alanlardan bir tanesidir. Bu durum, rekabet ihlallerinden doğan tazminat yükümlülüğünün amacının klasik bir haksız fiilden ya da sözleşme ihlalden doğan tazminat yükümlülüğünün amacından çok daha fazla olmasıyla yakından ilgilidir.

Genel olarak sorumluluk hukukunda tazminat, haksız fiil veya borca aykırılık hallerinde kişilerin malvarlığında meydana gelen azalmanın (zararın) telafisi amacını taşımakta iken, rekabet ihlallerinden doğan tazminat yükümlülüğünde; zararın tazmin edilmesinin yanı sıra zarar gören tüketici ve teşebbüslerden rekabeti ihlal edenlere giden haksız gelir transferinin iadesi, rekabeti ihlal edenlerin cezalandırılması ve caydırılması, kamusal müdahalenin etkisizliği karşısında özel hukuk yaptırımlarının tamamlayıcı rol oynaması amaçlanmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un beşinci kısmı (m.56-59), "*Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*"nı düzenlemektedir. 56. madde, rekabete aykırı anlaşma ve kararların geçersiz olacağını hüküm altına almıştır. 57, 58 ve 59. maddelerde ise rekabet hukukunda tazminat müessesesi düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerde; Türk hukukunda pek rastlanılmayan ve tazminatın zararın miktarını aşamayacağı ilkesine bir istisna teşkil eden üç katı tazminat sorumluluğu düzenlenmiş, zarar görenlerin dilerlerse zarar yerine Kanun'u ihlal edenlerin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel karı talep etmelerine imkân tanınmış, ispat yükünün bazı durumlarda zarar görenler lehine olarak yer değiştirebilmesi sağlanmış ve zarara sebebiyet veren birden fazla teşebbüsün bulunması durumunda bunların oluşan zarardan müteselsilen sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. 4054 sayılı Kanun ile Türk Borçlar Kanunu arasında bulunmakta olan özel hüküm-genel hüküm ilişkisi uyarınca, 4054 sayılı Kanun'da düzenlenen konularda öncelikli olarak söz konusu kanun hükümleri uygulanacak iken, bu kanunda düzenlenmeyen konularda genel hüküm olan Türk Borçlar Kanunu uygulanacaktır.

Bugüne kadar doktrinde, rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarında, sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bazı rekabet ihlallerinde, taraflar arasında daha önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bazı hallerde ise, taraflar sözleşme kurma amacıyla bir araya gelmişlerse de rekabet ihlalini gerçekleştiren tarafın hukuka aykırı davranışları nedeniyle sözleşme kurulamamıştır.

Rekabet ihlali ile taraflar arasındaki sözleşme arasında bir bağ kurulması halinde, haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra, ihlali gerçekleştiren tarafın sözleşme sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bunun yanında, taraflar sözleşme kurma amacıyla bir araya gelmelerine rağmen, rekabet ihlalini gerçekleştiren tarafın hukuka aykırı davranışları

nedeniyle sözleşme kurulamamışsa, ihlali gerçekleştiren tarafın sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu (culpa in contrahendo sorumluluğu) söz konusu olabilecektir. Teorik bir tatmin duygusunun ötesinde, kabul edilecek sorumluluk türüne göre sorumluluğun kapsamı, koşulları ve tazminat talebinin ileri sürülmesi bakımından birtakım farklılıklar oluşacağından, sorumluluk sebeplerinin dikkatle incelenmesi ve sorumluluk sebeplerinin çokluğu halinde ise, sebeplerin yarışmasını düzenleyen TBK'nın 60. maddesine başvurmak gerekmektedir. Kanun koyucu, söz konusu madde ile zarar görenin lehine bir durum yaratmış ve zarar gören açısından hangi sorumluluk sebebi daha avantajlı ise -zarar gören aksini istemedikçe- o sorumluluk sebebine göre karar verilmesine hükmetmiştir. Dolayısıyla bu noktada, hangi rekabet ihlallerinde hangi sorumluluk türlerinin vücut bulacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Sorumluluk türlerinin genel esaslarının belirlenmesi ve rekabet hukukuna uyarlanması hususu ise, soruya doğru cevap verme açısından büyük bir önem teşkil etmektedir.

Hukuk düzeninde herkese karşı uyulması zorunlu olan genel bir hukuki ödevin ihlali haksız fiil olarak nitelendirildiğinden, kanaatimizce, rekabet ihlalden kaynaklanan zararın her halükârda haksız fiil sorumluluğu kapsamında yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Haksız fiil sorumluluğunun, rekabet hukukunun ihlalden doğan sorumluluk konusunda -tabiri caiz ise- evrensel küme olduğu kabul edildiğinde, tezin "*Genel Olarak Rekabetin İhlali*" başlıklı birinci bölümünde yer verilen rekabet ihlallerinin tamamında, haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Buna göre; rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hâkim durumun kötüye kullanılması ve hâkim durum yaratmaya/hâkim durumu güçlendirmeye yönelik birleşme ve devralma hallerinde zarar verenlerin haksız fiil hükümleri doğrultusunda sorumluluğu doğacaktır.

Rekabet hukuku ihlali neticesinde ortaya çıkan zararın tazmini için, haksız fiil sorumluluğunun yanında sözleşme sorumluluğu ve culpa in contrahendo sorumluluğu hükümlerinin de uygulama alanı bulabilmesi için, zarar gören ile rekabeti ihlal eden teşebbüs arasında sözleşmesel ilişki bulunması veya tarafların en azından sözleşme kurma amacıyla bir araya gelmiş olması büyük önem arz etmektedir.

Sözleşme sorumluluğunda, rekabet ihlali doğrudan taraf olunan sözleşme nedeniyle gerçekleşebileceği gibi, rekabeti ihlal eden bir fiile istinaden kurulan sözleşmeyle de gerçekleşebilir. Rekabete aykırı dikey anlaşmalarda sağlayıcı tarafından bayilere getirilen

rekabet etmeme yükümlülüğü, pasif satış yasağı, münhasırlık şartı ve yeniden satış fiyatının belirlenmesi gibi kısıtlamalar rekabeti ihlal eden teşebbüs ile ihlalden zarar görenler arasında kurulan sözleşmede yer alırlar. Sağlayıcı ile bayi arasında yapılan dikey anlaşmalar, tarafların nasıl hareket edeceğini ve karşılıklı hak ve sorumluluklarını belirlediği için, dikey ihlallerin birçoğunda ihlal sözleşmenin genel hükümlere aykırılığı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla genel bir ödev olan ve herkese karşı yerine getirilmesi gereken rekabet kurallarına aykırı hareket etmeme kuralı, -rekabete aykırı şartın sözleşmenin içine derç edilmesi suretiyle- taraflar arasındaki sözleşmeyle ihlal edilmektedir. Aşırı fiyatlama yoluyla veya eşit durumdaki alıcılara farklı şartlar ileri sürerek alıcılar arasında ayrımcılık yapmak (fiyat ayrımcılığı/sözleşme ayrımcılığı) yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması halinde de ihlal doğrudan taraflar arasında kurulan bir sözleşmeden kaynaklanmaktadır.

Rekabeti ihlal eden bir fiile istinaden kurulan sözleşmelere ise kartel neticesinde kartel üyeleriyle müşterileri arasında akdedilen sözleşmeler gösterilebilir. Teşebbüslerin bir araya gelerek bir kartel uygulamasına gitmeleri halinde, ihlalden zarar görenler kartel anlaşmasının tarafı olmayıp kartel anlaşması nezdinde üçüncü kişi konumundadır. Rekabeti ihlal eden teşebbüsler, kendi aralarındaki kartel anlaşması sayesinde, alt pazardaki teşebbüsler veya tüketiciler ile yaptıkları sözleşmelerde, serbest piyasa koşullarına aykırı olarak karşı taraf aleyhine suni ve haksız koşullara (fiyatlarda artış vs.) yer verirler. Burada rekabeti ihlal eden teşebbüslerin sorumluluğu aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanmaktadır.

Sözleşme sorumluluğuna özellikle tüketicilerin zarar gördüğü rekabet ihlallerinde başvurulabileceği düşünülmektedir. Bunun nedeni, 6502 sayılı Kanun ile birçok konuda, tüketiciler ile sözleşme ilişkisi içerisine giren tarafa aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün yüklenmiş olmasıdır. Özellikle tüketiciler ile yapılan sözleşmeler ve sözleşme görüşmeleri yoluyla rekabetin ihlali söz konusu olduğunda, tüketiciler sözleşme ve culpa in contrahendo sorumluluklarına dayanarak zararlarının tazminini talep edebileceklerdir.

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi çerçevesinde, tarafların sözleşme kurma amacıyla bir araya geldiği hallerde, sözleşme görüşmeleri esnasında birbirlerine doğru bilgi verme, bilinmesi gereken konularda açıklama yapma, karşı tarafı muhtemel birtakım

zararlardan uzak tutma gibi birtakım yükümlülükler doğar. Taraflar bu yükümlülüklere kusurlu bir şekilde aykırı davranırlar ve aralarındaki güven ilişkisini ihmal ederlerse bundan doğan zararlardan sorumlu olurlar. Rekabet ihlali, sözleşme görüşmeleri esnasında sözleşmenin karşı tarafından birtakım bilgileri gizleme ve yanlış bilgi verme şeklinde gerçekleşebilir. Bu durumda ise culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Rekabet ihlalinin birden fazla sorumluluk sebebine dayandığı kurgularda, TBK m. 60 uyarınca sebeplerin yarıştırılması ve zarar gören lehine en iyi giderim imkanını sağlayacak sorumluluk sebebini tercih etmek gerekir. Özellikle haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu mukayesesinde; zamanaşımı, görevli mahkeme, kusurun ispatı, müteselsil sorumluluk ve üç kat tazminat gibi borçlar hukukunun genel ilkelerinden ve rekabet hukuku düzenlemelerinden kaynaklanan durumlar incelenirken; ne rekabet hukuku doktrininde olduğu gibi sorumluluk sebeplerini tartışmadan haksız fiil sorumluluğunu kabul etmek ne de klasik borçlar hukuku doktrininde olduğu gibi -sözleşme sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğuna kıyasla alacaklıyı daha fazla koruyucu hükümler içermesi nedeniyle- sözleşme sorumluluğuna öncelik tanımak gerekir. Hangi sorumluluk sebebinin daha avantajlı olduğunun tespit edilebilmesi için; herhangi bir ön kabulden kaçınılması ve rekabet hukuku ile borçlar hukuku kurallarının uygun düştüğü ölçüde somut olaya uygulanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, S.; Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 9, Ankara, 2012.
- AKİPEK ÖCAL, Ş.; KIRKBEŞOĞLU, N.; TOKBAŞ, K.; Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Tazminat (Kartel Tazminatı) Davası Rehberi, 2. Baskı, İstanbul , 2017.
- AKSOY, N., Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2004.
- AKTAŞ, C., Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Çalışması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003.
- ALTOP, A., Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları, İstanbul, 1996.
- ARAL, F., Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara, 2011.
- ARI, Z., Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı, Ankara, 2004.
- ARIKAN, M.; Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 1, Konya, 2009.
- ARKAN, S., Ticari İşletme Hukuku, BTHAE, Ankara, 2014.
- ASHURST, Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules: Analysis of Economic Models for Calculation of Damages, 2004.
- ASLAN, İ. Y., Rekabet Hukuku, Bursa, 2016 (Aslan, Rekabet Hukuku).
- ASLAN, İ. Y., Bankacılar İçin Tüketici Hukuku, İstanbul, 2016 (Aslan, Bankacılar İçin Tüketici Hukuku).
- AŞÇIOĞLU ÖZ, G., Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000.
- ATEŞ, M., Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara, 2013.

- BAKAR, G., TOPUZ, M., Kartel Oluşturan Bankaların Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2017.
- BAŞ, K., Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler, Rekabet Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 4, s. 3-74, Ankara, 2011.
- BAŞAR, B., Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Ankara, 2018.
- BAŞOĞLU, B., Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımını ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, s. 617-637, İstanbul, 2016.
- BAYSAL, B., Tüketici Kredisi, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı Makaleler-Tartışmalar içinde, Derleyen İNCEOĞLU, M., İstanbul, s. 273-325, 2015.
- BEYAZ KİTAP, The White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty of May 1999, OJ C 132/1, 2008.
- BULUT, U., Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2012/2, s. 321-348, 2012.
- BÜLBÜL, A., Civil Law Claims on The Enforcement of Competition Rules: A Comparative Study of US, EU and Turkish Laws, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ODTÜ Avrupa Çalışmaları Enstitüsü, Ankara, 2006.
- CENGİZ, D., Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2006.
- COŞKUN, S. Y., Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat Davası: Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Journal of Current Researches on Social Sciences, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 149-172, 2017.
- ÇALIŞMA BELGESİ, Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672, 2005.

- ÇALIŞMA BELGESİ, Commission Staff Working Paper, Accompanying the White Paper, Brussels, 2.4.2008, COM (2008) 165, 2008.
- ÇALIŞMA BELGESİ, Commission Staff Working Document, Public Consultation: Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, Brussels, 4.2.2011, SEC (2011) 173, 2011.
- ÇALIŞMA BELGESİ, European Parliament Directorate General For Internal Policies, Collective Redress in Antitrust Study, 2012.
- DEMİRCİOĞLU, H. R., Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara, 2007.
- DEVELİOĞLU, H. M., Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Rekabete Aykırı Davranışlar Sebebiyle İleri Sürülen Taleplerle İlgili Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 151, s. 47-67, 2017.
- DOĞAN, C., Rekabet Hukuku İhlalinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Temeli ve Buna Bağlı Sorunlara İlişkin Kısa Bir Değerlendirme, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 4, 2017.
- DURAK, Y., Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, 2017.
- EĞERCİ, A., Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2005.
- ERDEM, E., Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul, 2007.
- ERDEM, M., Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010.
- EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, 2017.
- GÖKCAN, H. T., Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2010.
- GÜNDÜZ, H., BOZKUŞ, S., Rekabet İhlallerinden Doğan Zararın Hesaplanması: AB Uygulaması Bağlamında Genel Yaklaşımlar, Rekabet Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, s. 51-102, Ankara, 2012.

- GÜNDÜZ, H., KOYUNCU, T., ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller, *Rekabet Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 3, s. 85-178, Ankara, 2011.
- GÜRKAYNAK, G., Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması, *Rekabet Kurumu Yayınları*, Ankara, 2011.
- GÜRPINAR, R.; PERÇİN, Ö.; İLİK, H., Rekabet Kurulunun Banka Kartel Kararının Rekabet Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Ankara, 2017.
- GURZUMAR, O. B., Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak içinde, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2006.
- GÜVEN, P., Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V* içinde, Rekabet Kurumu, Ankara, 2007.
- GÜZEL, O.; Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi*, Ankara, 2003.
- HOWARD, M., C., *Antitrust and Trade Regulation Selected Issues and Case Studies*, 1983.
- ILICAK, A., Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi*, Ankara, 2003.
- İNAL, T., *Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih*, Ankara, 2015.
- İNAN, N., 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II*, Kayseri, 2004 (İnan, Sempozyum).
- İNAN, N., *Rekabet Hukukunun Tarihçesi ve Ana Yapısı, Serbest Piyasa Ekonomisi ve Rekabet Kuralları Semineri (Rekabet Kurumu-TİKA işbirliğiyle)*, İstanbul, 2000 (İnan, Seminer).

- JHERING, R.; Culpa in Contrahendo bei Nichtigen oder Nicht zur Perfection Gelangten Vertragen, 4, 1861.
- KARACABEY, Ö. F., Hakların Yarışması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 6, s. 666-685, 1980.
- KARAN, Y., Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, s. 723-749, İstanbul, 2013.
- KARAYALÇIN, Y., Ticaret Hukuku 1, Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968.
- KEKEVİ, G., ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2008.
- KESİCİ, B., Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul, 2017.
- KILIÇOĞLU, A. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2014.
- KICALIOĞLU, M., Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, 2015.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.; HATEMİ, H.; SEROZAN, R.; ARPACI, A., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3, İfa-İfa Engelleri ve Haksız Zenginleşme, 7. Basım, İstanbul, 2016 (Serozan, İfa Engelleri).
- KOMNINOS, A.P., Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?, Vol. 3, s. 5-26. 2006.
- KOMNINOS, A.P., EC Private Antitrust Enforcement, Hart Publishing, Oxford, UK, 2008.
- KORTUNAY, A., Alacağın Temlik Yoluya Kollektif Tazminat Taleplerine İmkan Veren Bir Model Geliştirilebilir mi?, Rekabet Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 3, s. 179-204, Ankara, 2011.
- KOYUNCUOĞLU, H., Rekabet Kurulunun Bankalara Verdiği Kartel Cezası ve Tüketiciler, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, 2014.
- KUTLU SUNGURBEY, A., Yetkisiz Temsil, İstanbul, 1988.

- MEMİŞ, M. Ő.; YILMAZ Ő., Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi Kapsamında Sebeplerin Yarışması Hükümünün Değerlendirilmesi, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, Editör BAYSAL, B., s. 349-370, 2019.
- NİHAİ RAPOR, Report for the European Commission, Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios, 21.12.2007, DG COMP/2006/A3/012, 2007.
- OECD, Relationship Between Public And Private Antitrust Enforcement, Working Party No:3 on Co-operation and Enforcement, Paris, 2015.
- OĞUZMAN, K., ÖZ, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Basım, İstanbul, 2015.
- ÖZSUNAY, E., Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Amerikan, Alman, İsviçre ve AB Rekabet Hukuklarının Işığında 4054 sayılı RKK'daki Çözümlerin Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III içinde, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi, Ankara, 2005.
- PEKCANİTEZ, H.; ATALAY, O.; ÖZEKES, M., Medeni Usul Hukuku, 14. Basım, Ankara, 2013.
- SANLI, K. C., Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, 2008 (Sanlı, Perşembe Konferansı).
- SANLI, K. C., Rekabet Hukukunun İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Davalarında Zarar Hesabı, 6. Tüketici Hukuku Kongresi 12 Bankaya Karşı 3 Kat Tazminat Davası Oturumu Ses Çözümleri, İstanbul, 2017 (Sanlı, Tüketici Hukuku Kongresi).
- SANLI, K. C., Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000 (Sanlı, Geçersizlik).
- SANLI, K. C., Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-1, s. 211-276, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2003 (Sanlı, Sempozyum).

- SANLI, K. C., Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007 (Sanlı, Haksız Fiil).
- SANLI, K. C., Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları Sempozyumu, İstanbul, 2013 (Sanlı, Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlar).
- SANLI, K. C., Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Sanlı, Hukuk ve Ekonomi).
- SANLI, K. C., KESİCİ, B., DOĞAN, C., Güncel Yargı Tatbikatı Işığında Rekabet Kurulunun 12 Banka Kararı Üzerine Açılan Tazminat Davaları Bağlamında Ampirik Bir İnceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 4, s. 123-200, 2018.
- SAYHAN, İ., Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, s. 29-61, 2005.
- SEROZAN, R., "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müspet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3, İstanbul, 1968 (Serozan, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi).
- SULLIVAN, L. A.; W. S. GRIMES, The Law Of Antitrust: An Integrated Handbook, West Group, 2000.
- ŞAHBAZ, A. U.; KARAKURT, A., Maya Kartelinde Antitrost Zararlarının Tahmini, Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD) Gelişmekte Olan Ülkelerdeki Anti-Rekabetçi Uygulamaların Niceliksel Etkilerinin Hesaplanması Raporu içinde, 2008.
- ŞAHBAZ, A. U., ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2008.

- ŞAHİN, E., Şemsiye Etkisi Nedeniyle Zarar Görenlerin Tazminat Taleplerinin Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Kone Kararının Yansımaları, *Rekabet Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 2, s. 89-126, Ankara, 2014.
- ŞAHİN, M., Rekabet Hukukunda Tüketici Zararları ve 3 Kat Tazminat Davası, 6. Tüketici Hukuku Kongresi 12 Bankaya Karşı 3 Kat Tazminat Davası Oturumu Ses Çözümleri içinde, İstanbul, 2017 (Şahin, Tüketici Kongresi).
- ŞAHİN, M., Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, İstanbul, 2013 (Şahin, Tazminat Talepleri).
- TANDOĞAN, H., Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul, 2010.
- TARTIŞMA METNİ, Consultation Paper for Discussion on The Follow-Up to The Green Paper on Consumer Collective Redress, 2009.
- TEKİNALP, Ü., Rekabet Sınırlamaları ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III* içinde, Kayseri, 2005.
- TEKİNAY, S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Basım, İstanbul, 1993.
- TERCIER, P., PICHONNAZ, P., DEVELİOĞLU, H. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.
- The Private Competition Enforcement Review, *Law Business Research*, 4. Edition, 2011.
- TOPÇUOĞLU, M., Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009.
- TÜRK, B., YILMAZ Ç., Türk Borçlar Kanunu'nun 60. Maddesi Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması, *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018*, Editör BAYSAL, B., s. 371-408, 2019.
- ULUSAN, İ., Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan'ın içinde, İstanbul, 1982.

- UTKU, H., POLAT, B., DENİZ, S., Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları, Rekabet Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, s. 129-162, Ankara, 2012.
- UYGUR, M. S., Rekabet Hukukunda İzinsiz Gerçekleştirilen Birleşme ve Devralmalara Uygulanan Yaptırım Rejimi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2017.
- UYGUR, T., Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2010.
- WISH, R., BAILEY, D., Competition Law, Oxford University Press, 7. Basım, New York, 2012.
- WILS, W. P. C., Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?, World Competition, Vol. 26, s. 473-488, 2003.
- YALMAN, S.; Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006.
- YEŞİL KİTAP, Green Paper, Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672, 2005.
- YEŞİL KİTAP, Green Paper on Consumer Collective Redress, 27.11.2008, COM (2008) 794, 2008.
- YEŞİL KİTAP–Soru ve Cevaplar, Press Release, Europa, Green Paper on Consumer Collective Redress - Questions and Answers, 2008.
- YILMAZ, T., Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Zararlar ve Bu Zararların Tazmini, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- YİĞİT, İ., Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, İstanbul, 2013.

Yararlanılan İnternet Kaynakları

www.kazanci.com.tr (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

www.rekabet.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

www.tdk.gov.tr

Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulunun 08.03.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı kararı.

Rekabet Kurulunun 14.01.2016 tarihli ve 16-02/44-14 sayılı kararı.

Rekabet Kurulunun 19.09.2018 tarihli ve 18-33/555-273 sayılı kararı.

Rekabet Kurulunun 17.01.2014 tarihli ve 14-03/60-24 sayılı kararı.

Mahkeme Kararları

Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 25.10.2017, E. 2016/955, K. 2017/729 sayılı karar.

İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 29.12.2008, E. 2006/684, K. 2008/777 sayılı karar.

İstanbul 12. Tüketici Mahkemesi, T. 09.05.2017, E. 2016/152, K. 2017/172 sayılı karar.

Marmaris 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, T. 14.11.2017, E. 2017/17, K. 2017/494 sayılı karar.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 13.04.2015, E. 2015/15, K. 2015/5128 sayılı karar.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 13.04.2015, E. 2015/15, K. 2015/5128 sayılı karar.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 10.03.2011, E. 2009/3852, K. 2011/2528 sayılı karar.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 30.3.2015, E. 2014/13296, K. 2015/4424 sayılı kararı

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 13.04.2015, E. 2015/15, K. 2015/5128 sayılı karar.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 27.10.2015, E. 2015/3450, K. 2015/11139 sayılı karar.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 13.04.2015, E. 2015/15, K. 2015/5128 sayılı karar.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 19.10.2016, E. 2016/12718, K. 2016/18811 sayılı karar.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 19.10.2016, E. 2016/12718, 2016/18811 K. sayılı karar.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, T. 20.06.2017, E. 2016/10649, K. 2017/5244 sayılı karar.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, T. 22.06.2017, E. 2016/10675, K. 2017/5443 sayılı karar.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, T. 13.06.2017, E. 2016/10957, K. 2017/4906 sayılı karar.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, T. 22.06.2017, E. 2016/10675, K. 2017/5443 sayılı karar.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, T. 13.06.2017, E. 2016/10957, K. 2017/4906 sayılı karar.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 21.02.2018, E. 2017/3-1001, K. 2018/245 sayılı karar.



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 19/06/2019

Tez Başlığı : Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 155 sayfalık kısmına ilişkin, 18/06/2019. tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 30 'dur.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç
- 2- Kaynakça hariç
- 3- Alıntılar hariç
- 4- Alıntılar dâhil
- 5- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Adı Soyadı: Metin DEMİRCİ
Öğrenci No: N14223460
Anabilim Dalı: Özel Hukuk
Programı: Tezli Yüksek Lisans

Tarih ve İmza

19.06.2019

Metin Demirci

Metin Demirci

DANIŞMAN ONAYI

19/06/2019

UYGUNDUR.

G. Erbaş

DOÇ. DR. C. GÖKHAN ERBAŞ

(Unvan, Ad Soyad, İmza)



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 19/06/2019

Tez Başlığı: Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmam:

1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır,
2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir.
3. Beden bütünlüğüne müdahale içermemektedir.
4. Gözlemsel ve betimsel araştırma (anket, mülakat, ölçek/skala çalışmaları, dosya taramaları, veri kaynakları taraması, sistem-model geliştirme çalışmaları) niteliğinde değildir.

Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullar ve Komisyonlarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre tez çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kurul/Komisyon'dan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Tarih ve İmza

Adı Soyadı: Metin DEMİRCİ
Öğrenci No: N14223460
Anabilim Dalı: Özel Hukuk
Programı: N14223460
Statüsü: Yüksek Lisans Doktora Bütünleşik Doktora

19.06.2019
Metin Demirci

DANIŞMAN GÖRÜŞÜ VE ONAYI

Uygun dur
19.06.2019
C. Gökhan Erbaş

DOÇ. DR. C. GÖKHAN ERBAŞ

(Unvan, Ad Soyad, İmza)

Detaylı Bilgi: <http://www.sosyalbilimler.hacettepe.edu.tr>

Telefon: 0-312-2976860

Faks: 0-3122992147

E-posta: sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr