

PUNITIVE DAMAGES IN TURKISH COMPETITION LAW

Arş. Gör. Büşra CÖMERT AKBAY*

ÖZET

Rekabet hukukunda rekabet normlarını ihlal eden teşebbüslerin yol açtığı zararların tazmininin zarar görenlerce talep edilmesi rekabetçi bir piyasanın oluşumunda ve bunun devamında önemli bir rol oynar. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 58. maddesi de zarara uğrayanların bu zararlarını telafi edebilmeleri için dava açma hakkını düzenlemektedir. Bu madde incelendiğinde, zarar görenlerin "üç katı oranında tazminat" talep edebileceklerine ilişkin bir düzenlemenin mevcut olduğu görülmektedir. Söz konusu düzenleme, Türk sorumluluk hukukunun temelini oluşturan ilkelerden sapmaktadır. Bu çalışmanın amacı söz konusu düzenlemenin hukuki niteliğinin tespiti ve mevcut sorunlara yönelik çözüm önerileri sunmaktır.

Anahtar kelimeler: Özel hukuk cezası, üç katı tazminat, Türk rekabet hukukunun icrası, 12 banka kararı.

ABSTRACT

The private enforcement of competition law has potential to play an important role in achieving undistorted competitive markets. Regarding this, the Act No. 4054 on the Protection of Competition article 58 allows victims of unlawful acts of undertakings that infringe the competition norms to bring damages actions cases before the courts. According to article 58, it is possible to request treble damages via private litigation. Due to the fact that this right is not in line with the philosophy behind Turkish liability law system, the purpose of this study is to detect the features of this norm and to bring solutions to current problems caused.

Keywords: Punitive damages, treble damages, private enforcement of competition law in Turkey, the decision of the board of Turkish Competition Authority regarding 12 banks.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-mail: busracomert@gmail.com) (Geliş Tarihi: 27.06.2018 / Kabul Tarihi: 26.10.2018).

I. GİRİŞ

Piyasalarda rekabetçi düzenin oluşturulması ve bu düzenin devam etmesi amacı ile yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“RKHK”) rekabet normlarının ihlal edilmesinin özel hukuk alanındaki etkisine ilişkin hükümleri ihtiva etmektedir. RKHK’nin 58. maddesinde de teşebbüslerin bir piyasadaki rekabeti engelleyici, bozucu, ortadan kaldırıcı davranışları sonucu verdikleri zarar dolayısıyla zarar görenlerin zararlarının tazminini talep edebileceği düzenlenmiştir. Fakat bu maddede düzenlenen “üç katı oranında tazminata hükmedilebileceğine” ilişkin ibare bazı tartışmalara yol açmaktadır. Bu konudaki en önemli tartışmalardan biri, bu hükmün hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkindir. Bu makale ile öncelikle özel hukuk cezası kavramına değinmeyi hedefliyoruz. Daha sonra, Türk rekabet hukukunda tazminata hükmedilen ender kararlardan biri olan ilk derece mahkemesi kararına yer verip sorumluluğun hangi şartlarda ve nasıl doğduğunu incelemeyi amaçlamaktayız. Tüm bunların değerlendirilmesini takiben ise söz konusu hükmün özel hukuk cezası olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşmayı planlamaktayız.

II. ÖZEL HUKUK CEZASI

A. KAVRAM

Yabancı doktrinde “punitive damages” veya “exemplary damages” olarak adlandırılan özel hukuk cezası, hukuk mahkemelerinin (veya jüri mekanizmasının yer aldığı hukuk sistemlerinde jürilerin) hukuka aykırı fiil dolayısıyla kişinin uğradığı zarardan daha fazlasının tazminine hükmetmesidir^{1,2}. Tanımdan da anlaşılacağı üzere

tazmin edilen kısım kişinin gördüğü zarardan daha fazlasını teşkil etmektedir. Burada, mahkemenin neden söz konusu zarardan daha fazlasına hükmedeceği sorusu sorulabilir. Zira sorumluluk hukukunda tazminat davası ile amaçlanan, sadece uğrılan ve ispat edilmiş zararın tazminidir. Tazminatla telafi edilmesi amaçlanan kısmı aşan bir tazminatın hangi gerekçeye dayanılarak düzenlenmiş olduğu merak uyandırmaktadır. Biz, çalışmamızda bu soruya cevap vermeden önce, kavramın daha iyi anlaşılabilmesi için belli başlı ülkelerdeki konuya ilişkin düzenlemelere değinmeyi amaçlıyoruz.

B. “COMMON LAW” VE KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMLERİNDE ÖZEL HUKUK CEZASI

Özel hukuk cezası esasen “common law” hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde yer alan bir yaptırım türüdür³. İngiltere, Avustralya, Yeni Zelanda özel hukuk cezası yaptırımının hukuk sisteminin bir parçası olduğu ülkelere örnek olarak gösterilebilir⁴. Bunun yanında, örneğin Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire ve Washington olmak üzere beş eyalet dışında ABD’de de jüri (bazı istisnai hallerde yargıç) kişinin kasten veya bilinçli olarak, dikkatsizce davranmak suretiyle başka bir kimsenin haklarını ihlal

¹ Owen, David G. (1994), ‘A Punitive Damages Overview: Functions, Problems And Reform’, Villanova Law Review, C. 39, s.363-413, s. 364, Tomillo, Manuel Gomez (2013), ‘Punitive Damages: A European Criminal Law Approach, State Sanctions and The System of Guarantees’, Eur J. Crim Policy Res., C. 19, s. 215-244, s. 215.

² Özel hukuk cezasının ceza hukuku anlamındaki ceza olduğu, devletin cezayı gerektiren fiillerin her birini kovuşturamayacağı gerekçesiyle bireyleri bu tür bir düzenleme ile dava açmalarına teşvik edebileceği ve böylece hukuka aykırı fiilleri işleyenlerin cezalandırılmalarının sağlanacağı görüşü için bkz. Mallor, Jane/ Roberts, Barry S.

(1999), ‘Punitive Damages: Toward a Principled Approach’, Hastings L.J., C.50, s. 969-999, s. 979 (bkz. Tomillo, s. 218 d. 12). Özel hukuk cezasının sadece cezalandırıcı fonksiyona sahip olduğunu içeren görüşler için bkz. Romero, Leo M. (2008), ‘Punitive Damages, Criminal Punishment, and Proportionality: The Importance of Legislative Limits’, Connecticut Law Review, C. 41 S. 1, s. 109-160, s. 124, Tomillo, s. 218. Özel hukuk cezasının hem telafi hem de cezalandırma, caydırma amaçları sebebiyle yarı-cezai (quasi-criminal) niteliğe sahip olduğuna ilişkin görüşler için bkz. Kimberly, A. Pace (1997), ‘Recalibrating the Scales of Justice through National Punitive Damage Reforms’, Am. U. L.Rev., C. 46, s. 1573-1638, s. 1580, Owen, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 375, Dobbs, s.837, Gotanda, John Y. (2004), ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, Colum. J. Transnat'l L., C. 42 S. 2, s. 391-444, s. 441.

³ Gotanda, John Y. (2007), ‘Charting Developments Concerning Punitive Damages Is the Tide Changing?’, Colum. J. Transnat'l L., C. 45, s. 507-528, s. 510.

⁴ Gotanda, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, Colum. J. Transnat'l L., s. 397.

etmesi halinde özel hukuk cezasına karar verebilmektedir⁵.

Özellikle ürün sorumluluğu ve haksız rekabet davalarında hükmedilen özel hukuk cezası ABD’de farklı şekillerde uygulanmaktadır⁶.

Michigan gibi eyaletlerde özel hukuk cezası, doğrudan doğruya cezalandırma amacı taşımadan zarar verenin başka bir kimsenin onurunu kırması, ona hakaret etmesi ve onu incitmesi durumlarında o kimsenin uğradığı zararı telafi amacı güder⁷. Bu anlamda “özel hukuk cezası” terimi aslında tazminat hukuku anlamında telafi amacını karşılamakta ve kişinin uğradığı manevi zararın tazminini hedeflemektedir⁸. Güney Carolina gibi eyaletlerde ise, özel hukuk cezası, kişilik hakkına tecavüz hallerinde uğranılan zararın telafisinden ziyade zarar gören kişinin onurunun tesisine hizmet eder⁹. Yani özel hukuk cezası burada “vindication of private rights” olarak tabir edilen ve bizim de “kişilik haklarını tesis etme” şeklinde ifade ettiğimiz fonksiyona sahiptir¹⁰. Bu hakların tesisi, özel hukuk cezası vasıtası ile telafi amacını aşacak bir biçimde hükmedilen parasal tazminatla söz konusu olmaktadır¹¹. Bu amacın aşılmasının, aynı zamanda cezalandırma amacını beraberinde getirdiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, zarar verenin parasal yaptırıma maruz bırakılması, zarar görenin zararının tazminin önüne geçmektedir¹².

ABD’de özel hukuk cezasına yüklenen bir diğer fonksiyon ise caydırma fonksiyonudur. Bu caydırıcılık hem hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişileri hem de toplumu bu tür hukuka aykırı fiilleri işlemekten caydırmayı kapsamaktadır¹³.

“Common law” hukuk sistemini benimsemiş ve özel hukuk cezası yaptırımını kabul eden bir diğer ülke ise İngiltere’dir. İngiltere’de özel hukuk cezası yaptırımının kapsamı Rookes v. Barnard davası ile belirlenmiştir¹⁴. Buna göre; İngiltere’de özel hukuk cezası yaptırımı, “kamu görevlilerinin zalimce, keyfi veya anayasaya aykırı davranışları”, “hukuka aykırı davranışta bulunanın bu davranışından elde edeceği kârın sebep olduğu zararın tazminini aştığı hesabı ile hareket etmesi hali” ve “kanunda açıkça belirtilen haller” olmak üzere üç durumda söz konusu olur¹⁵. Özel hukuk cezasına hükmedilebilmesi için bu üç kategoride de sağlanması gereken bazı kriterler mevcuttur¹⁶. Buna göre, bir mahkeme özel hukuk cezasına ancak hukuka aykırı fiili işleyen kişiyi cezalandırmanın yetersiz olduğu ve başka kimselerin de bu tür kınanan bir davranışta bulunmalarının önlenmesi amacının taşındığı hallerde hükmedebilir¹⁷. Zarar verenin hukuka aykırı davranışı sonucu kişi zarara uğramış olmalıdır¹⁸. Kişi, aynı hukuka aykırı davranış sebebi ile cezaya mahkûm edilmemiş olmalıdır¹⁹. Zarar verenin hukuka aykırı davranışı, iyi niyet (“good faith”) iddiasının yerinde olması sebebi ile hukuka uygun kabul edilmemelidir²⁰. Ancak bu kriterlerin sağlanması halinde ve yukarıda daha önce belirtilen üç kategoriden birine giren hallerde özel hukuk cezası yaptırımı söz konusu olur.

⁵ **Sebok**, Anthony J., ‘Punitive Damages in the United States’, Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör) (2009), ‘Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives’, Springer-Verlag, para. 1.

⁶ **Sebok**, para.4.

⁷ **Koziol**, Helmut (Editör) (2009) ‘Punitive Damages: Admission Into The Seventh Legal Heaven Or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions’, Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), ‘Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives’, Wien, Springer-Verlag, para. 8.

⁸ **Koziol**, para. 8.

⁹ **Koziol**, para. 9.

¹⁰ **Sebok**, para. 43.

¹¹ **Sebok**, para. 41.

¹² **Sebok**, para. 41.

¹³ **Koziol**, para. 11.

¹⁴ Rookes v. Barnard, 1964 A.C. 1129 (H.L.) bkz. **Gotanda**, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, s. 399, **Goudkamp**, James/**Katsampouka**, Eleni (2018), ‘An Empirical Study of Punitive Damages’, Oxford Journal of Legal Studies, C. 38 S. 1, s. 90-122, s. 93.

¹⁵ **Wilcox**, Vanessa (Editör) (2009), ‘Punitive Damages in the United States’, Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), ‘Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives’, Wien, Springer-Verlag, para. 5.

¹⁶ **Gotanda**, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, s. 402.

¹⁷ Cassell & Co., Ltd. v. Broome, 1972 A.C. 1027 (H.L.), 1126 bkz. **Gotanda**, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, s. 402 dn. 60.

¹⁸ Rookes v. Barnard, 1964 A.C. 1129 (H.L.), 1227 bkz. **Gotanda**, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, s. 402 dn. 61.

¹⁹ Archer v. Brown, 1Q.B. 401, 423 (1985) bkz. **Gotanda**, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, s. 402 dn. 62.

²⁰ Holden v. Chief Constable of Lancashire, 1987 Q.B. 380, 388 (C.A.) bkz. **Gotanda**, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, s. 402 dn. 64.

İngiltere’de durum özetle bu şekilde olmakla birlikte, sorumluluk hukukunda tazminatın sadece zararın tazmini yolu ile telafisinin amaçlandığı Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkeler, bu sebeple özel hukuk cezası yaptırımını desteklememektedir²¹. Örneğin, Fransız Medeni Kanunu’na bakıldığında özel hukuk cezasına ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir²². Avusturya Medeni Kanunu’nda da özel hukuk cezasını kapsamına alan bir hüküm mevcut değildir²³. Alman hukukunda da özel hukuk cezasına yaklaşımın olumsuz olduğu söylenebilir. Çünkü Alman hukukunda sadece uğranılan zararın tazmin edilebileceği kabul edilmiştir. Aksi bir düzenleme, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nda yer alan “cezanın kanuniliği” hükmüne aykırılık teşkil edecektir²⁴. Özel hukuk cezasına ilişkin yabancı bir kararın tanıma ve tenfizi için yapılan başvurunun, bu kararın uygulanmasının Alman hukukunun temel ilkelerine ve Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’na aykırılık teşkil etmesi dolayısıyla tanıma ve tenfizinin kamu düzenini (“ordre public”) ihlal edeceği gerekçesiyle reddedilmesi, Alman mahkemelerinin de özel hukuk cezasına olan olumsuz yaklaşımını göstermektedir²⁵.

Örneklerden de anlaşılacağı üzere “common law” hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerin aksine Kıta Avrupası sisteminde kural, telafiyi aşan tazminata hükmedilemeyeceğidir.

C. ÖZEL HUKUK CEZASININ ULAŞMAK İSTENİLEN AMAÇ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Özel hukuk cezası kavramının anlaşılabilmesi için onun ne amaçla düzenlendiğinin incelenmesi gerekir. Bu sebeple, biz bu başlık altında özel hukuk cezasının düzenlenmesine gerekçe olan caydırma amacını, cezalandırma amacını ve telafi amacını inceleyeceğiz.

1. Caydırma Amacı

Özel hukuk cezasının düzenlenmesindeki amaçlardan biri onun caydırıcı olmasıdır²⁶. Özel hukuk cezası ile benzer ve tekrarlanan davranışların önüne geçilmesi hedeflenmektedir²⁷. Caydırıcılığın temel olarak özel caydırıcılık (“specific deterrence”) ve genel caydırıcılık (“general deterrence”) olmak üzere iki alanda sonuç verdiği ileri sürülmektedir. Özel caydırıcılıkta, o hukuka aykırı fiili işleyen, özel hukuk cezası sebebi ile tekrar söz konusu davranışta bulunmasının engellenmesi söz konusu olur²⁹. Genel caydırıcılıkta ise benzer davranışlarda bulunmanın toplumun genelinde “bu tür hukuka aykırı davranışın şu tür ağır sonuçları olacaktır” algısı uyandırılmakta, gelecekte toplum fertlerinin belli tür davranışlarda bulunmasının önüne geçilmesi hedeflenmekte ve kişiler bu şekilde hukuka aykırı davranışlarda bulunmaktan caydırılmaktadır³⁰. Fakat bu fonksiyonun gerçekleştirilmesi için öncelikle hukuka aykırı fiillerde bulunanın tespit edilmesi gerekmekte ve diğerlerinin o davranışın olumsuz sonuçları doğuracağını da anlayabilmeleri gerekmektedir³¹. Böylece hem

²¹ Koziol, para. 21.

²² Borghetti, Jean-Sébastien (2009), Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), ‘Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives’, Wien, Springer-Verlag, para. 1.

²³ R. Reischauer in: Rummel, ABGB. II/1 (2002) §1293 no. 1c. (bkz. Koziol, para. 28 dn. 41)

²⁴ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası madde 103 fıkra 2, Koziol, para. 26.

²⁵ Fiebig, Andre R. (1992), ‘The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments’, GA. J. Int’l & Comp. L., C. 22 S.3, s.635-657, s. 644, BGHZ 118, 312 NJW 1992 3096 bkz. Koziol, para. 29, BGH 46 Westpapier-Mitteihunger 1992 1451, 1461 bkz. Fiebig, s. 648, dn. 80.

²⁶ Ellis, Dorsey D., Jr. (1982), ‘Fairness and Efficiency in The Law of Punitive Damages’, Southern California Law Review, C. 56, s. 1-78, s. 3, Schwartz, Gary T. (1982), ‘Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: A Comment’, Southern California Law Review, C. 56 S. 1, s. 133-153, s. 135, Owen, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 377, Dobbs, Dan B. (1989), ‘Ending Punishment in Punitive Damages: Deterrence- Measured Remedies’ Ala. L. Rev., C. 40, s. 831-917), s. 856.

²⁷ Owen, ‘A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 377, Dobbs, s. 844.

²⁸ Dobbs, s. 844-846.

²⁹ Dobbs, s. 844.

³⁰ Dobbs, s. 845-846.

³¹ Owen, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 377.

bireysel olarak hem de toplum genelinde belli tür davranışlarda bulunulmasının önüne geçilmesi istenmektedir. BMW of North America, Inc. v. Gore davasında da Alabama Yüksek Mahkemesi, devletin özel hukuk cezasına hükmedilmesinde hukuka aykırı davranışların cezalandırılması ve bu tür davranışların önlenmesinde menfaati olduğunu belirtmiş, özel hukuk cezasının ceza hukukundaki cezalandırma amacına benzer olduğunu, bu tür davranışların özel hukuk cezası yolu ile önleneneğine değinmiştir³².

Özellikle ürün sorumluluğunda özel hukuk cezasının caydırıcılığının öne çıkacağı belirtilmektedir³³. Çünkü ülke geneline ulaşan, ayıplı üretilen ve satılan mallar dolayısıyla tüketicilerin uğrayacağı zararın özel hukuk cezası sayesinde önüne geçileceği ve ayıplı mal üreticilerinin, tüketicileri bu şekilde zarara uğratmaktan caydırılmış olacağı açıktır³⁴.

Sonuç olarak söylenebilir ki, özel hukuk cezası ile zarara uğrayanın bu zararından daha çok cezaya hükmedilmesindeki amaç, bu şekilde hukuka aykırı davranışta bulunanların ve toplumun diğer fertlerinin aynı davranışı tekrarlamasının önüne geçilmesidir.

2. Cezalandırma Amacı

Özel hukuk cezasının bir diğer amacı ise cezalandırmadır³⁵. Buna göre, hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişi, bu fiili sebebiyle cezalandırılmalıdır. Çünkü zarar veren, zarar verdiği kişinin özgürlüğünü ve kanunların kişilere eşit değerinde tanıdığı hakları ihlal etmiştir³⁶. Herkesin kendine ait, sınırları çizilmiş ve içinde yaşadığı bir haklar kümesi vardır ve bu küme içerisinde herkes

istediğini yapma özgürlüğüne³⁷ sahiptir³⁸. Bu sınırları çizilmiş hak kümesi onlara ayrıca bu kümeye dışarıdan herhangi bir müdahale³⁹ olmayacağı garantisini de vermektedir⁴⁰. Tüm bunlara rağmen bir kimse diğerinin haklar kümesine müdahalede bulunursa, bunun sonucunda ortaya çıkan zarar tazmin edilmeli ve müdahalede bulunan kimsenin cezalandırılması gerekmektedir⁴¹. Ancak bu şekilde zarar görenin insan olmaktan kaynaklanan öz değeri ve özgürlüğü tesis edilebilir⁴². Özel hukuk cezası bu sebeple ceza benzeri, yarı-ceza ("quasi-criminal")⁴³ bir yaptırım olarak nitelendirilmektedir. Çünkü sadece uğranılan zararın telafisi yeterli görülmemekte, topluma da örnek teşkil etmesi için başkasının hukuki alanına hukuka aykırı bir şekilde tecavüz eden kimsenin cezalandırılması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴. Buna göre, özel hukuk cezasının cezalandırma fonksiyonunun temelinde de

³² BMW of N. America, INC. v. Gore 1996 517 US 559, 568 bkz. **Romero**, s. 125 dn. 91.

³³ **Owen**, David G. (1976), 'Punitive Damages in Products Liability Litigation', Mich. L. Rev., C. 74, s. 1257-1371, s. 1260.

³⁴ **Owen**, 'Punitive Damages in Products Liability Litigation', s. 1260.

³⁵ **Romero**, s. 124, **Ellis**, s. 3, **Özden Merhacı**, Selin (2013), Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), 1. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s.88, **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform' s. 375.

³⁶ **Owen**, David G. (1989), 'The Moral Foundations of Punitive Damages', Ala. L. Rev., C. 40, s. 705-739, s. 711-713.

³⁷ Yazara göre özgürlük, bireylerin kendi kaderlerini kontrol etme yeteneği ve hakkına sahip olmasıdır. Bkz. **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 708. Kant'a göre doğuştan gelen tek bir hak vardır bu da özgürlüktür. Bu hak kişiye başkasının zorlayıcı iradesinden müstakil olma hakkını tanıır. Özgürlük, toplumun bir arada yaşayabilmesinin temeli olan ortak ahlaki paydadır. Kişi başkasının özgürlüğünü ihlal etmediği sürece istediği gibi düşüncelerini açıklayabilir. Kendi amaçlarını gerçekleştirmeyi isteyen bireylerin birbirlerinin özgürlüklerini ihlal etmeksizin bir arada yaşamaları için Kant, evrensel bir hukuk yasası oluşturmayı amaçlar. Böylelikle genel bir yasa altında herkes kendi özgürlük hakkına dayanarak istediği gibi davranma olanağına sahip olur. Bkz. **Beysan**, Nazime (2015), Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi, 1. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, s. 127, 129.

³⁸ **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 711.

³⁹ Yine yazara göre, özgürlüğe müdahale ile kastedilen, devletin ya da bireylerin hukuka aykırı davranışta bulunmalarıdır. Bkz. **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 708. Kant'a göre de bireyin özgürlüğünün sınırları, diğerinin özgürlüğünün başladığı yer oluşturmaktadır. Dolayısıyla özgürlüğün müdahalesi, bireyin kendi amacını gerçekleştirebilmek için başkasının özgürlük sınırını ihlal etmesidir. Bkz. **Beysan**, s. 129.

⁴⁰ **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 711.

⁴¹ **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 711.

⁴² **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 712.

⁴³ **Gotanda**, 'Punitive Damages: A Comparative Analysis', s. 441, **Dobbs**, s. 837, **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform', s. 375.

⁴⁴ **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 711.

“öç” yatmaktadır⁴⁵. Bunu bir hırsız örneğiyle açıklamak gerekirse; bir hırsız başka birine ait bir malı çaldığında çalma fiili hem mal sahibine hem de topluma karşı gerçekleştirilmiş olur⁴⁶. Bir taraftan bireyin ve toplumun sebepsiz yere zarar görmesi, diğer taraftan hırsızın sebepsiz olarak zenginleşmesi nedeniyle hırsız cezalandırılmalıdır⁴⁷. Ancak bu şekilde zarara uğrayan birey ve toplumun durumu eski haline getirilmiş olur⁴⁸ ve hırsızdan bu davranışının öcü alınmış olur.

Tüm bunlar ışığında özetle söylenebilir ki özel hukuk cezası ile hukuka aykırı fiilde bulunan bireyin ve toplumun haklar kümesinin ihlal edilmesi sebebi ile öç alınması ve söz konusu kişinin cezalandırılması amaçlanmaktadır.

3. Telif Etme Amacı

Cezalandırma ve önleme amaçlarına ek olarak özel hukuk cezası ile zarara uğrayanın zararının telifi de amaçlanmaktadır⁴⁹. Fakat buradaki telifi, ispatının imkânsız veya çok zor olduğu veya özel hukukta telifi kabil olmayan zararların tazminidir⁵⁰. Örneğin, hukuka aykırı bir fiille zarar gören ve bir süre fiziksel olarak hareket edemeyen bir kişinin kaçırdığı ve tespiti mümkün olmayacak fırsatlar, kazanç kayıpları, geliştiremediği iş ilişkilerinin tazmini söz konusu olmamaktadır⁵¹. İşte, özel hukuk cezası ile normalde telifi edilmesi mümkün olmayan bu zararların da telifi edilmesinin amaçlandığı, bu sebeple de özel hukuk cezasının telifi fonksiyon ve amacı olduğu belirtilmektedir^{52,53}.

⁴⁵ (1957), ‘Exemplary Damages in the Law of Torts’, Harvard Law Review (Notes), C. 70 S. 3, s. 517-533, s. 521, **Gül**, İbrahim (2015), ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, 1. Bası, Yetkin Yayınları, s. 203, bkz. dn. 892, **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 375.

⁴⁶ **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 375.

⁴⁷ **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 377.

⁴⁸ **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 378.

⁴⁹ **Ellis**, s. 3, **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 378, **Dobbs**, s. 857, **Gül**, s. 200.

⁵⁰ **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 378-379, **Merhacı Özden**, s. 93.

⁵¹ **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 378.

⁵² **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 378, Fakat özel hukuk cezasının hem cezalandırma hem önleme hem de telifi fonksiyonlarını

D. ÖZEL HUKUK CEZASINA TÜRK SORUMLULUK HUKUKU AÇISINDAN ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Özel hukuk cezası kavramına, bu kavramın gelişimine ve düzenlenmesindeki amaca değindikten sonra Türk sorumluluk hukukuna temel teşkil eden esas ilkelere değinmek özel hukuk cezasının Türk sorumluluk hukukundaki yerini tespit için gereklilik arz etmektedir. Bu sebeple, özel hukuk cezasının bu açıdan değerlendirilmesine geçmeden önce biz sorumluluk hukukunun düzenlenmesinde esas teşkil eden üç amaca kısaca değineceğiz.

1. Sorumluluk Hukuku ve Amacı

Sorumluluk Hukuku, zararın telifi⁵⁴, zararın önlenmesi⁵⁵ ve hakkın takibi⁵⁶ olmak üzere üç temel amaca hizmet eder. Zararın telifi ile amaçlanan, zarar görenin durumunu eski haline getirmektir^{57,58}. Böylece hukuka aykırı bir fiille malvarlığı veya şahıs varlığı zarara uğrayan kişinin bu zararının zarar verene aktarılması söz konusu olur⁵⁹. Şayet hukuka aykırı davranışta bulunan kimse zararı tazmin edemiyorsa, zarar görenin zararı ona en yakın olan kişiye yani adam çalıştıran veya sigortacıya yükletilir⁶⁰.

içermesinin, özel hukuk cezasının farklı açılardan farklı ölçülere tabi olarak hesaplanmasının karışıklığına da bu sebeple işaret edilmektedir. bkz. **Dobbs**, s. 849.

⁵³ Özel hukuk cezasının telifi amacı ile manevi tazminatın amacının giderim olduğunu kabul eden görüşün benzer özellikler taşıdığı söylenebilir. Şöyle ki, bu görüşe göre aynen telifi mümkün olmayan manevi zararın, nakdi tazminatla giderilmesi amaçlanmaktadır. Her ne kadar ihlale uğrayanın şahıs varlığı ve kişisel değerlerinde oluşan zararının nakdi tazminatla tamamen telifi mümkün olmasa da bu yaptırımın zarar görene bir koruma sağladığı açıktır. Bkz. **Eren**, Fikret (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 808 bkz. dn. 232.

⁵⁴ **Koziol**, Helmut (2012), Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective, 1. Baskı, Viyana, Jan Sramek Verlag, s. 75, BeckOK BGB/Förster, 44. Ed. 1.11.2017, BGB § 823 Rn. 7-8, s.e.t. 28.03.2018, **Eren**, s. 535.

⁵⁵ BeckOK BGB/Förster, 44. Ed. 1.11.2017, BGB § 823 Rn. 9-11, s.e.t. 28.03.2018, **Eren**, s. 536.

⁵⁶ **Eren**, s. 537.

⁵⁷ **Eren**, s. 797 bkz. dn. 192.

⁵⁸ **Eren**, s. 797.

⁵⁹ **Wright**, Cecil A. (1944), ‘Introduction to the Law of Torts’, The Cambridge Law Journal, C. 8, S. 3, s. 238-246, s. 248.

⁶⁰ **Eren**, s. 536, BeckOK BGB/Förster, 44. Ed. 1.11.2017, BGB § 823 Rn. 9-11, s.e.t. 28.03.2018.

Sorumluluk hukukunun bir diğer amacı ise zararı önleme amacıdır⁶¹. Hukuka aykırı bir davranışta bulunanın zararı tazmin yükümlülüğü, kişilerin zarar verici davranışta bulunmalarını engelleyen, onları daha dikkatli davranmaya davet eden bir fonksiyona sahiptir⁶². Tazminat sorumluluğu ile karşılaşmak istemeyen kişiler böylece kusur sorumluluğunda kusurlu ve hukuka aykırı davranışta bulunmaktan kaçınırken, kusursuz sorumluluk hallerinde ise gerekli özeni göstermeye çabalarlar⁶³.

Optimal önleme/caydırıcılık fonksiyonu görüşünü (“optimal deterrence”) savunanlar bu çabanın temelinde ekonomik kaygıların yattığını ve tazminat sorumluluğu ile toplumun refahının ve zenginliğinin maksimize edilmesinin amaçlandığını ileri sürmektedirler⁶⁴. Bu da ancak zarar gören kişinin haksız fiil sonucu uğradığı zarardan daha azına hükmedilmemesi yolu ile mümkün olur⁶⁵. Zararın tazmini yükümlülüğü böylece kişilerin bu tür davranışlarda bulunmaması için teşvik edici niteliktedir⁶⁶.

Sorumluluk hukukunun üçüncü amacının ise “hakkın takibi” olduğunu belirtmiştik⁶⁷. Buna göre, sorumluluk hukuku, zarar görene tazminat talep hakkı tanıyıp “ikame fonksiyonunu” haizdir⁶⁸. Böylece ihlal edilen hak yerine kişinin tazmin talebinde bulunma hakkı geçmektedir⁶⁹.

2. Değerlendirme

Özel hukuk cezası bakımından bizim için önemli ve vurgulanması gereken husus, Kıta Avrupası hukuk sisteminde haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukta, zararın tazmini bakımından

telafi amacının temel alındığı noktasıdır. Daha önce de belirtildiği üzere özel hukuk cezasının tartışılmasının sebebi, zararın tazminini hedef alan sorumluluk hukukuna yarı-ceza niteliğini haiz özel hukuk cezasının uymamasıdır. Tazminatın üst sınırını uğranılan zararın oluşturduğu bir sistemde, cezalandırma ve öç fonksiyonunun ön plana çıktığı özel hukuk cezası sadece telafiyi aşan bir miktara hükmedildiği için değil, ceza hukuku- özel hukuk arasındaki çizgiyi belirsizleştirilmesi, kişilerin aynı fiilden dolayı birden fazla kez cezalandırılması tehlikesine yol açması, suçların ve cezaların kanuniliği ilkeleri ile bağdaşmaması tehlikelerinden dolayı da eleştirilmektedir.

a. Özel Hukuk Cezasının Ceza Hukuku ve Özel Hukuk Arasındaki Çizgiyi Ortadan Kaldırması Tehlikesi Yönünden Değerlendirme

Ceza hukuku-özel hukuk arasında keskin bir çizgi olduğunu iddia edenlere göre, yarı-cezai nitelikteki özel hukuk cezası bu keskin sınırlarla belli edilmiş iki ayrı alan arasında olduğu için kabul edilmemektedir⁷⁰. Yine bu görüşe göre hukuk mahkemelerince hükmedilen özel hukuk cezasının bu cezai niteliği, özel hukuk-ceza hukuku ayrımı ile çelişmektedir⁷¹. Zira her alan kendine özgü bazı özellikleri içerisinde barındırmaktadır ve bu alanlardaki terimler, bu alanların fonksiyonları kendilerine has özellikler taşımaktadır⁷². Özel hukuk-ceza hukuku ayrımı kanun hükümlerine ve uygulamaya hatta fakültelerdeki ders kataloglarına yansımıştır⁷³.

Bu iki alan arasındaki çizginin grileşmesi başlı başına bu kurumun eleştirilmesi için yeterli bir sebep değildir. Kanaatimizce her iki hukuk dalının özelliklerini taşıyan bir yaptırıma sırf bu çizgiyi ortadan kaldırdığı için itiraz yeterli bir gerekçe olarak ileri sürülmemelidir. Fakat cezai niteliğe sahip özel hukuk cezasının hukuk mahkemelerince, hukuk muhakemesi kurallarına dayana-

⁶¹ Eren, s. 536.

⁶² Eren, s. 536.

⁶³ Eren, s. 515.

⁶⁴ Shmueli, Benjamin (2015), ‘Legal Pluralism in Tort Law Theory: Balancing Instrumental Theories and Corrective Justice’, U. Mich. J. L. Reform, C. 48, S. 3, s. 745-812, s. 754, Sanlı, Kerem Cem (2007), ‘Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi’(Doktora), İstanbul, Arkan Yayınevi, <https://www.bilgi.edu.tr/media/uploads/resume/publication/attachment/618/doktora-tezi-17-nisan-basim-oncesi_qXakV7S.pdf > s.e.t. 06.09.2018, s. 194,198.

⁶⁵ Shmueli, s. 755.

⁶⁶ Shmueli, s. 755.

⁶⁷ Eren, s. 537.

⁶⁸ Eren, s. 537.

⁶⁹ Eren, s. 537.

⁷⁰ Rendleman, Doug (2009-2010), ‘Common Law Punitive Damages: Something for Everyone?’, St. Thomas Law Journal, S. 71, s. 1-24, s. 2, Owen, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 382.

⁷¹ Rendleman, s. 2.

⁷² Owen, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 382.

⁷³ Rendleman, s. 2.

rak hükmedilmesi sonucu olumsuz bir durum ortaya çıkabilir⁷⁴. Hakkında özel hukuk cezası uygulanan kişinin ceza usulü kurallarına göre değil de hukuk muhakemesi kurallarına göre yargılanması onu hukuken mağdur duruma sokabilir⁷⁵. Bu sebeple, bu kişiye de şüpheye yer bırakmayacak delil, aynı suçtan iki kere yargılanmama ve kişinin kendi aleyhine tanıklık etmemesi gibi ceza usul kurallarının uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁶.

b. Özel Hukuk Cezasının Hukuk Güvenliğini Tehdit Etmesi İhtimali Yönünden Değerlendirme

Özel hukuk cezasının bazı hallerde hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmayacağı hususuna da işaret edilmektedir⁷⁷. Kanunilik ilkesi; yaptırımların kapsamının, türünün, “bunun hesaplanması, dönüştürülmesi, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler ile bu nedenlerin uygulanması usulleri”nin de kanun tarafından öngörülmesini gerektirmektedir⁷⁸. Ceza benzeri niteliği sebebi ile özel hukuk cezası uygulanırken kanunilik ilkesine uyulması gerektiği söylenebilir. Bu ne anlama gelmektedir? Kanunilik ilkesine uyulması, özel hukuk cezasının uygulanabilmesi için varlığı gerekli unsurların tespitine yönelik kriterlerin kanun koyucu tarafından somutlaştırılması anlamını taşımaktadır. Örneğin, 4054 sayılı RKHK’ye göre özel hukuk cezasının iki katı veya üç katı olarak belirlenmediği hallerde, tazminat miktarının ceza davalarında hükmedilene aşma ihtimali her zaman söz konusu olabilir⁷⁹. Üst sınırın bu şekilde belirlenmediği hukuk sistemlerinde dahi belirsizliğin mümkün olabileceği ve bunun hukuk güvenliğini tehdit edeceği gerçeği göz ardı edilmemelidir. Kanunilik ilkesi, belli bir miktar tazminata hükmedilirken mahkemenin dikkate alması gereken kriterlerin tespitinin mümkün olmasını gerektirir. Örneğin,

Yüksek Mahkeme BMW of North America, Inc. v. Gore davasında özel hukuk cezasının tespitinde dikkate alınacak üç kriter belirlemiştir⁸⁰. Şöyle ki, özel hukuk cezası hesaplanırken davalının hukuka aykırı davranışı (“the nature of wrongful conduct”) ve bunun davacı ve diğerleri üzerindeki etkisi, zararın telafisi amacı ile ödenen tazminatın miktarı ve ödenmiş veya ödenecek olan idari para cezaları, cezalar, başka zarar kalemleri dikkate alınır⁸¹. Her ne kadar bizim hukuk sistemimizde bir tazminat davasında ceza mahkemesinin vereceği hüküm tazminat miktarının belirlenmesinde hâkimi bağlamasa da⁸² tazminatı aşan bir değere hükmedildiğinde, belirlenmiş kriterlerin hukuk güvenliğini sağlayıcı, belirsizliği ortadan kaldırıci nitelikte olduğu da göz ardı edilemez. Bu sebeple, bizim görüşümüz, hem özel hukuk cezası hesaplanırken bu hesabın belli kriterlere göre yapılması hem de üst sınırın belirlenmesi yönündedir.

Özel hukuk cezasının eleştirilmesinin sebeplerinden birinin de aynı suçtan dolayı iki kere cezalandırılma tehlikesi olduğu söylenebilir⁸³. Aynı suçtan iki kere cezalandırılmama ilkesi ceza hukukuna has bir ilkedir⁸⁴. Bu sebeple, bir kişinin hukuka aykırı davranışı yüzünden hem cezai hem de hukuki sorumluluğa tabi olması bu ilkenin ihlali anlamına gelmez⁸⁵. Fakat, daha önce belirtildiği üzere özel hukuk cezası, cezalandırma fonksiyonunu da ihtiva etmektedir. Peki böyle bir durumda

⁸⁰ BMW of N. America, INC. v. Gore, 517 US 559, **Tomillo**, s. 231.

⁸¹ BMW of N. America, INC. v. Gore, 517 US 559, **Tomillo**, s. 231.

⁸² 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 74. maddeye göre, “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da hukuk hâkimini bağlamaz”. Bu hüküm, hâkimin tazminat miktarına karar verirken ceza mahkemesince verilen kararı ve yapılan değerlendirmeleri göz önüne almayacağı anlamına gelmez. Bkz. **Eren**, s. 849.

⁸³ **Tomillo**, s. 231.

⁸⁴ (1966), ‘The Imposition of Punishment by Civil Courts: A Reappraisal of Punitive Damages’, N.Y.U. L. Rev., S. 41, s. 1158-1185, s. 1181-1182.

⁸⁵ (1966), ‘The Imposition of Punishment by Civil Courts: A Reappraisal of Punitive Damages’, N.Y.U. L. Rev., S. 41, s. 1158-1185, s. 1181-1182.

⁷⁴ **Rendleman**, s. 2.

⁷⁵ **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 382-383, **Rendleman**, s. 2.

⁷⁶ **Rendleman**, s. 2.

⁷⁷ **Tomillo**, s. 231.

⁷⁸ **Katoğlu**, Tuğrul (2014), ‘Ceza Hukukçusu Gözüyle Rekabet Hukuku Mevzuatında Yapılması Öngörülen Değişiklikler’, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, s. 395-411, s. 398.

⁷⁹ **Tomillo**, s. 231.

aynı suçtan iki kere cezalandırılmama ilkesine aykırılık söz konusu olur mu? Bu soru yerinde bir sorudur. Çünkü ceza hukukunun caydırma ve cezalandırma işlevi ile özel hukuk cezasının caydırma ve cezalandırma işlevi paralellik göstermektedir. Aynı hukuka aykırı davranıştan dolayı hem cezai sorumluluğu hem de özel hukuk cezası sorumluluğuna tabi olmak caydırma ve cezalandırma fonksiyonları dolayısıyla tartışmalara yol açmaktadır. Bu husus özellikle, teşebbüslerin haklarında hem idari para cezasına hem de özel hukuk cezasına hüküm verildiği durumlarda söz konusu olur. Bu konuya ikinci bölümde ayrıntılı olarak değinileceğinden burada sadece bahsetmekle yetiniyoruz.

III. TÜRK REKABET HUKUKUNDA ÜÇ KATI TAZMİNAT

A. GENEL OLARAK

Türk Hukukunda rekabet ihlallerine bağlanan özel hukuk sonuçlarından biri haksız fiil sorumluluğudur⁸⁶. Teşebbüsler, hukuka aykırı davranışları sonucu verdikleri zararlardan sorumludurlar. Teşebbüslerin bu sorumluluğu RKHK'nin 58. maddesinde belirtilmiştir: *“Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir”*. Bu maddeden

de anlaşılacağı üzere Türk rekabet hukukunda rekabet ihlallerinden dolayı, zarar görenlerin “üç katı oranında” tazminat talebinde bulunabilmesi ve hâkimin bu talebi kabul etmesi mümkündür.

İlk bölümde belirttiğimiz üzere, sorumluluk hukukunda esas amaç meydana gelen zararın tazminidir. Telifi amacı dışında cezalandırma gibi bir amaç söz konusu değildir. Fakat neden RKHK'nin 58. maddesinde uğranılan maddi zararın veya zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminat düzenlenmiştir? Bu tazminatın hukuki niteliği nedir?

Bunlara cevap verebilmek için öncelikle rekabet hukukunun icrasının hangi amaca hizmet ettiğine göz atmak gerekmektedir. Çünkü rekabet hukukunun icrasının bir ayağını da rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat yaptırımını oluşturur. Zarar görenlerin öngörülen üç katı tazminatı talep etme hakkı da bunun bir parçasıdır. Bu sebeple, söz konusu amaçların incelenmesi üç katı tazminatın fonksiyonunun ve hukuki niteliğinin anlaşılmasında önemlidir.

B. REKABET HUKUKUNUN İCRASI İLE İZLENEN AMAÇ

Rekabet hukukunun icrasında iki temel amaç vardır⁸⁷. Bunlar caydırma ve telifidir. Bu bölümde rekabet hukukunun icrasında gerçekleşmesi istenen bu amaçları kısaca inceleyeceğiz.

1. Caydırma Amacı

Rekabet hukukunun icrasının en önemli amaçlarından biri caydırma amacıdır. Bu amaç rekabet hukuku normlarının teşebbüsler tarafından ihlalini önlenme gayesini ihtiva eder⁸⁸. Bu da ihlal sonucu teşebbüslere yaptırım uygulamak

⁸⁶ **Sanlı**, Kerem Cem, 'Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış', Rekabet Kurumu (Düzenleyen), Perşembe Konferansları, Mart 2008, Ankara, s. 3, **Şahin**, Murat (2017), 'Rekabet Hukukunda Tüketici Zararları ve 3 Katı Tazminat Davası', Balkuvvar, Ege/Çakır, İsmail/ Kara, Ertuna, 6. Tüketici Hukuku Kongresi 3 Kat Tazminat Davası Oturumu Ses Çözümleri, Tüketici Hukuku Enstitüsü, Aristo Yayınevi, İstanbul, s. 18, **Kara**, İlhan (2017), 'Bankaların Tüketicilerden Aldıkları Haksız Masraflar, Mevduat Faizi ve Kredi Faizi ve Kredi Faizinin İstirdatı ile Rekabet Kurulu Kararlarının Bu Alandaki Etkisi', Balkuvvar, Ege/Çakır, İsmail/ Kara, Ertuna, 6. Tüketici Hukuku Kongresi 3 Kat Tazminat Davası Oturumu Ses Çözümleri, Tüketici Hukuku Enstitüsü, Aristo Yayınevi, İstanbul, s. 10, **Tekinalp**, Ünal, Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları, **Odman Boztosun**, N. Ayşe (Editör) Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadi ve İdarî Bilimler Fakültesi, 2005, Kayseri, s. 259-265, s. 261.

⁸⁷ Rekabet hukukunun icrasında caydırma ve telifi amacına ek olarak yorum (“interpretation”) amacı olduğu da ileri sürülmektedir. Fakat konumuzla bağlantılı olmadığı için biz burada sadece caydırma ve telifi amacına değinmeyi gerekli buluyoruz. Yorum amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Wils**, Wouter P.J. (2007), 'The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages', *Concurrences*, N°4, s. 1-13, s. 2.

⁸⁸ **Wils**, Wouter P.J. (2003), 'Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?', *World Competition*, S.26 (3), s. 473-488, s. 478.

aracılığıyla gerçekleşir. Bu yaptırımlar; idari para cezaları, tazminat kararları, bazı ülkelerde hapis cezası olarak karşımıza çıkmakta olup bu yaptırımlarla teşebbüslerin, normları ihlal edici davranışlardan caydırılması hedeflenir⁸⁹. Hukuk sistemimizden örnek vermek gerekirse, RKHK'nin 16. maddesinde Rekabet Kurulu'nun uyumlu eylemde bulunan veya hâkim durumlarını kötüye kullanan teşebbüsler hakkında idari para cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir. Bazı ülkelerde teşebbüsler üzerinde cezai yaptırımlar da uygulanabilmektedir. Örneğin, ABD'de hâkim durumunu kötüye kullanan veya kartel ilişkisi içerisine giren teşebbüslerdeki yöneticiler hapis cezasına çarptırılmaktadır⁹⁰. Cezai, idari ve hukuki olarak karşımıza çıkan bu yaptırımların iki amacı vardır: Rekabet normlarını ihlal eden teşebbüsün o normları tekrar ihlal etmesini önlemek ve diğer teşebbüslerin de o normları ihlalini önlemek⁹¹. Özellikle son yıllarda bu amacın gerçekleşmesi için idari para cezalarının yetersizliği görülmekte olup zarar görenlerin tazminat davası açmaları yönünde teşvik edilmeleri söz konusudur. Hatta, rekabet hukukunun icrasının tazminat sorumluluğu ayağının güçlendirilmesi ve tazminat davalarının sayısının artırılması için Avrupa Birliği'nde yıllar süren çalışmalar sonucu bir Direktif hazırlanmış ve bu Direktif, 2014 yılında yürürlüğe girmiştir⁹². Rekabet Hukukunun icrasında sorumluluğa önem verilmesi ve hukuki imkânların güçlendirilmesinin temelinde caydırma amacının yattığı açıktır⁹³.

⁸⁹ **Wils**, 'Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?', s. 478.

⁹⁰ Sherman Act, 15 U.S.C. §1, Sherman Act, 15 U.S. Code § 2.

⁹¹ **Schoneveld**, Frank R. (2003), 'Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross-Border Cooperation and Appropriate Forums for Cooperation', World Competition, C. 26 S. 3, s. 433-471, s. 437.

⁹² Council Directive 2014/104/EU On Certain Rules Governing Actions For Damages Under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union.

⁹³ **Monti**, Mario, 'Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation' (IBA – 8th Annual Competition Conference, 17.10.2004) <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-04-403_en.htm?locale=en > s.e.t. 15.07. 2014.

2. Telifi Amacı

Caydırma amacına ek olarak rekabet hukukunun icrasındaki diğer amaç ise telifidir⁹⁴. Rekabet hukuku normlarının ihlali ile sadece rekabetçi piyasadaki kamu yararının zarar görmesi söz konusu olmaz. Ayrıca kişiler somut olarak bu ihاللerden dolayı zarara uğrayabilirler. İşte rekabet hukukunun icrası ile kişilerin bu zararlarının telif edilmesi istenir. Bu ise açılacak tazminat davaları ile mümkündür. Rekabet ihاللlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı tazminat talebi RKHK'nin 57. ve 58. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Daha önce belirttiğimiz üzere, AB'de de rekabet hukukunun icrasındaki telif amacının gerçekleşmesi ve kişilerin tazminat taleplerinin teşvik amaçlı ile yıllar süren çalışmalar sonucu⁹⁵ Direktif⁹⁶ dü-

⁹⁴ Commission of the European Communities (2005), 'Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper Damages Actions For Breach of the EC Antitrust Rules', SEC (2005) 1732, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf> s.e.t. 09.05.2018, s. 6, **Wils**, 'The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages', s. 5, **Schoneveld**, Frank R., s. 437, **Ferguson**, Rebecca (2017), 'Private Enforcement of Competition Law in the UK', Business Law Review, C. 38 S. 3, s. 123-124, s. 124.

⁹⁵ Çalışmalar için bkz. Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, C (2013) 3440, 11.6.2013, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> s.e.t. 09.05.2018, Commission Staff Working Document – Practical Guide on Quantifying Harm in Actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union SWD (2013) 205, 11.6.2013, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> s.e.t. 09.05.2018, White Paper On Damages Actions For Breach Of The EC Antitrust Rules, Brussels, 2.4.2008 COM (2008), 165 final, <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008D0165&from=EN> s.e.t. 09.05.2018, Commission Staff Working Paper Accompanying The White Paper On Damages Actions For Breach Of The EC Antitrust Rules, Brussels, 2.4.2008 SEC(2008) 404, <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008SC0404&from=EN> s.e.t. 09.05.2018, **Clark**, Emily/ **Hughes**, Mat/ **Wirth**, David (2004), 'Study On The Conditions Of Claims For Damages In Case Of 'Infringement Of EC Competition Rules Analysis Of Economic Models For The Calculation Of Damages', <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf> s.e.t. 09.05.2018.

⁹⁶ Council Directive 2014/104/EU On Certain Rules Governing Actions For Damages Under National Law for Infrin-

zenlenmiş olup bu direktif üye ülkeler tarafından iç hukuklarına aktarılmıştır⁹⁷.

C. TÜRK REKABET HUKUKUNDA ÜÇ KATI TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Üç katı tazminatın hukuki niteliğinin sistematik olarak telafi ve caydırıcılık amaçlarından sonra incelenmesinin sebebi bu amaçların hukuki nitelik tespitinde bize yol gösterici olmasıdır. Buna ek olarak, hangi merciinin tazminata hükmedebileceği de bu tespitten sonraki değerlendirmede önem teşkil etmektedir. Şöyle ki, RKHK'nin 58. maddesinin düzenlediği üç katı tazminata özel hukuk mahkemeleri hükmetmekte olup teşebbüslerin rekabet hukuku normlarını ihlal etmesi de bu Kanuna göre haksız fiil sorumluluğuna yol açmaktadır⁹⁸. Dolayısıyla, ortaya çıkan zararın tazminine de özel hukuk mahkemeleri karar vermektedir. Peki bunun yukarıda belirtilen amaçlarla bağlantısı var mıdır? Rekabet hukukunun icrasındaki telafi ve özellikle caydırma amacının üç katı tazminat düzenlemesinde temel alındığı ileri sürülebilir. Çünkü üç katı tazminata kadar karar verebilmek, uğrılan zararın telafisine ek olarak, bu zararı aşan bir tazminata hükmetmek demektir. Bu da teşebbüsleri caydırma fonksiyonuna sahiptir. Fakat üç katı tazminata hükmetmenin telafi ve caydırmaya ek olarak başka bir fonksiyonu olduğu da göz ardı edilmemelidir. Bu da cezalandırma fonksiyonudur. Rekabet hukuku ihlallerinin nitelikleri gereği tespitlerinin zor olması, bu sebeple telafi edici bir yaptırıma hükmedilmesine ilişkin engeller herhangi bir tespit durumunda örnek de teşkil etmesi amacıyla kanunu ihlal edenlerin cezalandırılmaları gerekliliğini ortaya çıkarmıştır⁹⁹. Böylece hem

caydırıcılık amacına hizmet edilmekte hem de bireyin uğradığı kişisel zarardan ziyade toplumun da zarara uğraması dolayısıyla teşebbüslerin tekrar aynı davranışlarda bulunulması önlenmeye çalışılmaktadır.

Tüm bunlar göz önüne alındığında, RKHK'nin 58. maddesinde düzenlenen üç katı tazminatta, özel hukuk yaptırımı olan maddi tazminattaki telafi amacına ek olarak caydırma ve cezalandırma fonksiyonlarının da ön planda olduğu^{100,101} tespit

yumu I, 4 Nisan 2003, Kayseri, s. 256, **Kesici**, Buğra (2017), Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha, s. 283-284.

¹⁰⁰ RKHK madde 58'deki yaptırım, Türk hukukunda telafiyi aşan ve caydırma-cezalandırma amaçlarını taşıyan yaptırıma verilebilecek tek örnek değildir. Hukuki nitelikleri tartışmalı olmakla birlikte Türk hukukunda bu tür yaptırımlara örnek olarak TBK madde 438'in üçüncü fıkrası, 4857 sayılı İş Kanunu'nun ("İş Kanunu") 5. maddesinin altıncı fıkrası yine aynı kanunun 17. maddesi ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ("FSEK") 68. maddesi örnek olarak verilebilir. TBK madde 438'in ilk fıkrasında, haksız fesih olmasaydı yani işveren belirsiz süreli iş sözleşmelerinde fesih için öngörülen sürele uyarak fesihte bulunsaydı ya da belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşme süresinden önce sözleşmeyi sona erdirmeseydi işçinin kazanabileceği miktarın işverenden talep edebileceği belirtilmiştir. Aynı maddenin cezalandırma-caydırma fonksiyonunu içeren üçüncü fıkrasında, iş güvencesi altında olmayan işçilerin hizmet sözleşmelerinin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde hâkimin işçinin altı aylık ücretinden fazla olmayacak şekilde işveren aleyhine tazminata hükmedebileceği öngörülmüştür. Bu maddenin ilk fıkrasında öngörülen tazminat "ücret kaybı tazminatı" olarak karşımıza çıkmaktadır. [Bkz. **Senyen Kaplan**, E. Tuncay (2016), 'İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması' İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD) (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan), Sayı:1 Cilt: 15, s. 313- 353, s. 334] Gümüş, "ücret kaybı tazminatı"nın "gelir ikamesi" olarak ifade etmektedir. [Bkz. **Gümüş**, Alper (2013), Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-1, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 535.] Bunun sebebi, işçinin uğradığı ücret kaybının telafisinin amaçlanmasıdır. [Bkz. **Senyen Kaplan**, 'İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması', s. 334.] Maddenin üçüncü fıkrasındaki "hâkimin takdirine bağlı olarak işçinin altı aylık ücretinden fazla olmayacak şekilde tazminata hükmedileceğine" ilişkin hükmün amacının ise işverenin caydırılması ve bu davranışı sebebi ile cezalandırılması olduğu ileri sürülmektedir. [Bkz. **Senyen Kaplan**, 'İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması', s. 335, **Gümüş**, s.534, **Senyen Kaplan**, E. Tuncay (2010) 'Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler', Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş, Ankara, s. 213-229, s. 225, **Mollamahutoğlu**, Hamdi/ **Astarlı**, Muhittin/ **Baysal**, Ulaş (2014), İş Hukuku,

gements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union.

⁹⁷ 6 Haziran 2018 tarihi itibarıyla tüm üye devletler bu direktifi iç hukuka aktarılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html> s.e.t. 15.10.2018.

⁹⁸ Aksi görüş için bkz. İstanbul 12. Tüketici Mahkemesi E: 2016/152 K: 2017/172, T: 09.05.2017.

⁹⁹ Üç katı tazminata hükmedilmesindeki birincil amacın zarar görenlerin zararlarının tazmini olmadığı; asıl amacın cezalandırma ve caydırıcılığı tesisi hakkında bkz. **Sanlı**, Kerem Cem, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu', Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempo-

edilmekte olup bu sebeple de söz konusu yaptırı-

6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 350, dn. 879]. Bu sebeple de bu tazminatın hukuki niteliğinin “medeni ceza” olduğu belirtilmektedir. [Bkz. **Gümüş**, s. 529.] Ayrıca Gümüş bu tazminatın sui generis bir tazminat olduğunu ileri sürmektedir. [Bu görüş ve diğer görüşler için bkz. **Gümüş**, s. 534, dn. 2603-2605]. İş Kanunu madde 17’ye göre fesih hakkının kötüye kullanılmak sureti ile iş akdinin feshedilmesi halinde, işveren, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu yaptırımda da telafi amacının aşıldığı görülmektedir. Bunun sebebi, işverenin fesih hakkını kötüye kullanmasının önüne geçilmesinin istenmesidir. [Bkz. **Oğuzman**, M. Kemal (1955) Türk Borçlar Kanunu ve iş mevzuatına göre hizmet ‘iş’ akdinin feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s.282.] Bu yüzden, kanun koyucunun böyle bir düzenleme ile işvereni korkutmayı ve onu bu davranıştan caydırmayı amaçladığı ileri sürülebilir. [Bkz. **Oğuzman**, s. 282. Bu fonksiyonları sebebi bu yaptırımın “hususî ceza (medeni ceza)” olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Ripert**, Georges (1935), La regle morale dans les obligations civiles, 3. Bası, Paris, s. 361 (bkz. **Oğuzman**, s. 282 dn. 207, bkz. **Sarper**, Süzek (1976) İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, Kazancı Yayınları, s. 163, dn. 6)] İş Kanunu’nun 5. maddesi de Türk hukuk sisteminde tazminatta ‘caydırma ve cezalandırma’ amaçlarını (bkz. **Özden**, Merhacı, s. 212) ihtiva eden düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir. [Bkz. **Gül**, s. 375.] Bu maddeye göre işveren işçilerle arasındaki iş ilişkisinde tüm işçilere eşit davranmakla yükümlüdür. Kısaca, iş ilişkisinde değil iş ilişkisinin sona ermesinde de geçerli olan bu yasak işverenin işçiler arasında dil, din, ırk vb. sebeplerle ayrımcılık yapmasını yasağını içermektedir. [Bkz. **Sarper**, Süzek (2015) İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta, s. 493] Bu yasağın ihlalinin yaptırımı olarak İş Kanunu’nun 5. maddesinin 6. fıkrasında işçinin dört kata kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı istenebileceği düzenlenmiştir. Bu tazminatın tutarı olayın özellikleri, işçinin iş yerindeki konumu ve kıdemi göz önüne alınarak belirlenmektedir. [Bkz. **Sarper**, s. 494] Ayrımcılık tazminatına, eşit davranma yasağına aykırı işlem veya davranışın varlığı yeterli olması sebebi ile işçinin zarara uğraması şartı aranmaksızın hükmedilebileceğinden bu tazminatın teknik anlamda bir tazminat olmadığı ileri sürülmektedir. [Bkz. **Gül**, s. 375, **Mollamahmutoğlu / Asartarlı/Baysal**, s. 746] Tüm bunlara ek olarak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun (“FSEK”) 68. maddesinin ilk ve ikinci fıkrasındaki mali haklara tecavüz halinde tecavüz edenin talep edebileceği üç kat tazminat miktarı düzenlenmesinde telafi amacından ziyade failin cezalandırılmasının ön planda olduğu ileri sürülmektedir. [Bkz. **Demirbaş**, Ali (2015), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., s. 84] Bu düzenlemenin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. **Demirbaş**, s. 83-87, **Özden**, Merhacı, s. 198-200, **Gül**, s. 340-346).

¹⁰¹ Türk hukukunda cezalandırma-caydırma amacını ihtiva eden ve hukuki nitelikleri tartışmalı diğer düzenlemeler için bkz. **Gül**, s. 307-417.

mın özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız^{102, 103}.

Türk rekabet hukukundaki üç katı tazminata kaynak teşkil eden ABD’ye bakmak gerekirse, tazminat sorumluluğunun düzenlenmesinde kongre üyelerinin amacının rekabet hukuku normlarını ihlal edenlerin davranışları sonucu zarar görenlerin tazminat taleplerinde bulunmalarını teşvik etmek olduğu söylenebilir¹⁰⁴. Bu zararların çoğu zaman tazmin edilememesi de bu teşvike temel teşkil etmiştir¹⁰⁵. Tüm bu sebeplerle, tazminat hakkı Clayton Act’te¹⁰⁶ tanınmış ve üç katı tazminat (“treble damages” adı altında) düzenlenmiştir.

¹⁰² **Sanlı**, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 256.

¹⁰³ Doktrinde söz konusu hükmün hukuki nitelendirilmesinde farklılıklara rastlanmaktadır. Bir görüş bunun **cezai tazminat** olduğunu ileri sürmektedir. [Bkz. **Aksoy**, M. Nazlı (2004), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu 3. Dönem Uzmanlık Tezi, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/uzmanlik-tezleri?listedeAra=aksoy>s.e.t. 10.09.2018, dn. 193] Diğer bir görüş bunu **cezalandırıcı tazminat** olarak vasıflandırmaktadır. [Bkz. **Başoğlu**, Başak (2016), ‘Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD) (Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Cilt II), C. 15 S. 1, s. 617-637, s. 625-627, **Kesici**, s. 289] Başka bir görüş bunun **cezai şart** olduğunu ileri sürmektedir. [Bkz. **Topçuoğlu**, Metin (2009), Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Yıldırım, Fadıl M./Atay Ender E. (Editörler) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Ankara, s. 8] Diğer bir görüş ise bu yaptırımı **medeni ceza** olarak nitelendirmektedir. [Bkz. **İnan**, Nurkut, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükmelerine Eleştirel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Nisan 2004 Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, s. 52, **Gül**, s. 308]. Bir diğer görüşe göre söz konusu hüküm **özel hukuk cezası** olarak vasıflandırılmalıdır. [Bkz. **Gürzumar**, s. 169, **Sanlı**, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 256]. Tüm bu vasıflandırmaların ortak özelliği, tazminatın caydırıcı ve cezai fonksiyonu haiz olduğunun savunulmasıdır. Fakat bu yaptırım türünü en doğru şekilde ifade eden kavramın “özel hukuk cezası” olduğu kanaatindeyiz. Bu vasıflandırmanın üç katı tazminat yaptırımının telafi-cezalandırma-caydırma fonksiyonlarını en iyi şekilde yansıttığı görüşünü taşımaktayız.

¹⁰⁴ (1983), ‘The Antitrust Treble Damages Remedy’, Wm. Mitchell L. Rev., C. 9, s. 435-457, s. 437.

¹⁰⁵ (1983), ‘The Antitrust Treble Damages Remedy’, s. 439.

¹⁰⁶ Clayton Act § 4, 15 U.S.C. § 15.

Bunlara ek olarak Yüksek Mahkeme¹⁰⁷ de üç katı tazminatın temelindeki felsefeye açıklık getirmiştir. Mahkeme, zarar görenlerin zararlarını tazmin için hükmedilen üç katı tazminatı iki ana sebebe dayandırmaktadır: İhlalde bulunan teşebbüsü cezalandırmak ve teşebbüsleri gelecekte gerçekleşmesi muhtemel ihlallerden caydırmak¹⁰⁸. Yüksek Mahkemenin üç katı tazminatın sebeplerini cezalandırma ve caydırma olarak temellendirmesi, Türk Hukukundaki üç katı tazminatın özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi hususunda bağlayıcı olmasa da bize yol gösterici olabilir.

2. Üç Katı Tazminatın Şartları

Rekabet hukuku normlarının ihlalinin özel hukuka ilişkin sonuçları olduğunu ve bu ihlalin haksız fiil sorumluluğuna yol açtığını belirtmiştir. Şimdi ise bir mahkemenin üç katı tazminat kararı verebilmesi için gerekli olan şartlar incelenecektir.

a. Hukuka Aykırı Fiil Şartı

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için zarar verenin hukuka aykırı fiilinin olması gerekir (TBK m. 49). Hukuka aykırı fiil; fiil ve fiilin hukuka aykırılığı olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Fiil, olumlu veya bir davranış yükümlülüğünü yerine getirmeme şeklindeki olumsuz bir insan davranışdır¹⁰⁹. Hukuka aykırılık ise, kişilerin şahıs varlığını veya malvarlığını koruyan hükümleri ihlal olarak karşımıza çıkar¹¹⁰. Bu iki unsurun

varlığı halinde ancak doğan zararın tazmini söz konusu olabilecektir.

Rekabet normu ihlallerinden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunda da bu iki unsurun varlığı aranır. RKHK'nin 57. maddesine göre “Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur”. Buna göre; haksız fiilin fiil unsurunu “eylem, karar, sözleşme ve anlaşma”lar¹¹¹ oluşturmaktadır. Sorumluluğun doğmasına yukarıda sayılan fiiller yol açmakla birlikte bu fiillerin mutlak malvarlığı veya şahıs varlığı hakkını ihlal etmemesine rağmen neden hukuka aykırı fiil sayıldığı sorusu sorulabilir. Çünkü Türk sorumluluk hukukunda kabul edilen objektif görüşe göre dar anlamda haksız fiil sorumluluğu, bir kimsenin kişilik hakkı veya mutlak malvarlığı hakkı ihlal edilmişse doğar¹¹². Mutlak hakların ihlali “başkalarının mutlak haklarını ihlal etmeme konusunda genel bir davranış yükümü”nün ihlali anlamına gelir¹¹³. Tüm bu açıklamalardan hareketle sadece mutlak hakların ihlali halinde hukuka aykırılığın söz konusu olabileceği çıkarımında bulunulsa da böyle bir sonuca ulaşmak yanlış olur. Mutlak hak ihlali niteliğinde olmayan “salt malvarlığı değerleri ihlalinde”¹¹⁴ bu ihlali yasaklayan “özel davranış kuralları”¹¹⁵ mevcutsa, zarar gören bu zararının tazminini talep edebilir. RKHK ile korunmak istenen değerlerin ihlali mutlak hak ihlali anlamına

¹⁰⁷ (1983), ‘The Antitrust Treble Damages Remedy’, s. 440 bkz. dn. 23.

¹⁰⁸ (1983), ‘The Antitrust Treble Damages Remedy’, s. 440 bkz. dn. 23. Agency Holding Corp. v. Malley-Duff & Assocs., Inc., 483 US 143, 151, **Bruckner**, W. Joseph / **Salzwedel**, Matthew R., ‘Plaintiff’s Remedies’, Foer Albert A. (Editör) / Cuneo, Jonathan W. (Editör) 2010, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law, Edward Elgar Publishing Limited, Glos/Massachusetts, s. 200, dn. 200.

¹⁰⁹ **Tandoğan**, Hâluk (2010), Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), 1961 Yılı 1. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 12, **Kılıçoğlu**, M. Ahmet (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Turhan Kitabevi, s. 362.

¹¹⁰ **Tandoğan**, s. 18, **Hatemi**, Hüseyin/ **Gökyayla**, Emre (2017), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 116, **Kılıçoğlu**, s. 365, **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul, 2017, s. 16, **Eren**, s. 614.

¹¹¹ RKHK m. 4’teki “anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları” kastedilmektedir. Bkz. **İnan**, s. 49, **Gürzumar**, Osman Berat, ‘Özel Hukuk Açısından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’, Abdullahzade, Cavid (Editör), 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, 7-8 Ekim 2005, Ankara, s. 143.

¹¹² **Tandoğan**, s. 18, **Hatemi/Gökyayla**, s. 116, **Kılıçoğlu**, s. 365, **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul, s. 16, **Eren**, s. 614.

¹¹³ **Hatemi/Gökyayla**, s. 116.

¹¹⁴ **Antalya**, Gökhan (2015), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul, s. 53.

¹¹⁵ **Antalya**, s. 53.

gelmeyeceğinden, ancak ve ancak bu değerleri (“mutlak hak konusu dışında kalan iktisadi menfaatler”)¹¹⁶ koruyan hükümlerin varlığı ile haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilir. Peki söz konusu hükümler hangileridir? RKHK’nin 4. maddesine göre “Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır”. Bir diğer hükümse, mal veya hizmet piyasasında hakim durumdaki teşebbüsün hakim durumunu tek başına veya başkalarıyla anlaşarak kötüye kullanmasını yasaklayan 6. maddedir.

Kısacası “iktisadi menfaatleri”¹¹⁷ korumak amacı ile ihdas edilmiş bu normların teşebbüslerce ihlali Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun uyarınca hukuka aykırı sayıldığı için, tazminat sorumluluğu doğmaktadır.

b. Kusur

Türk Hukukunda, dar anlamda haksız fiilde, bir kimsenin hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar vermesi sonucu sorumluluğunun doğabilmesi için, fiili gerçekleştirenin kusurlu olması gerekir (TBK m. 49). Kusur, kişinin o fiili ile gerçekleştirecek hukuka aykırı sonucu istemesi veya bu sonucu istememiş olmakla beraber bu davranışından kaçınmak için iradesini gereği gibi kullanmamasıdır¹¹⁸. Şayet kişi bu hukuka aykırı fiili ile zarar vereceğini biliyor ve bunu istiyorsa burada kast söz konusu olur¹¹⁹. Fakat kişi zararlı sonucu bilmeseyse de gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüne rağmen bu tedbirleri almamış, özensiz davranmış ise burada da ihmal söz konusu olur¹²⁰.

RKHK’ye göre sorumluluğun doğması için kusur unsuru aranıp aranmadığı sorusu sorulabilir. Her ne kadar RKHK’nin 57. maddesinde kusur unsurundan bahsedilmese de rekabet normlarının

ihlalden kaynaklanan sorumluluk kusur sorumluluğudur¹²¹. Kusursuz sorumluluk halleri kanunda açıkça belirtilmek zorunda olup Türk hukukunda kural¹²² da kusura dayanan haksız fiil sorumluluğudur. Bu yüzden teşebbüsün zarardan sorumlu tutulabilmesi için ona isnat edilebilen bir fiilin olması gerekmektedir.

Kanun koyucu üç katı tazminata hükmedilebilmesi için ise ihlal “ tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa” (RKHK 58. madde) demek sureti ile kusurun ağır ihmal veya kasıt derecesinde olmasını aramıştır¹²³.

Fakat burada özellikli bir durum söz konusudur. Çünkü “Rekabet Hukuku bakımından kusur ve hukuka aykırılık unsuru iç içe geçmiştir”¹²⁴. Şöyle ki, uyumlu eylem içerisinde bulunan teşebbüslerin veya kartel anlaşması yapan teşebbüslerin bu eylemleri ile bir piyasadaki rekabetin sınırlandırılmasına, engellenmesine ve ortadan kalmasına yol açacağını bilmemeleri imkansızdır. Bu “davranışlar, niteliği icabı, failin kusurlu davranmış olmasını gerektirir”¹²⁵. Zaten, rekabet ihlallerinin niteliğine bakıldığında, bu davranışların kusura dayanmaksızın mevcut olduğu düşünülemez¹²⁶. Bir kartel anlaşması sonucunda tarafların bir piyasada rekabetin bu şekilde bozulabileceğini öngörememeleri söz konusu olmaz¹²⁷.

Dolayısıyla, rekabet normlarının ihlallerinden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunun bir unsurunun kusur olduğunu, üç katı tazminat talep edebilmek için de teşebbüsün kastının veya ağır ihmalinin ispat edilmesi gerektiği rahatlıkla söylenebilir¹²⁸.

¹²¹ Gürzumar, s.152.

¹²² Kılıçoğlu, s. 412.

¹²³ Madde hükmündeki “ tarafların anlaşması ya da kararı” ibaresi ve bu ibarenin nasıl anlaşılması gerektiği hususunda bkz. Kesici, s. 297-298.

¹²⁴ Sanlı, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 232.

¹²⁵ Sanlı, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 232; Gürzumar, s. 153.

¹²⁶ Gürzumar, s. 153.

¹²⁷ Gürzumar, s. 154.

¹²⁸ Rekabet ihlalinin kanıtlanması ile kusurun da ispat edilmiş sayılması, aksinin ispatının davalıya yüklendiğine ilişkin görüşler için bkz. Gürzumar, s. 154.

¹¹⁶ Gürzumar, s. 143.

¹¹⁷ Gürzumar, s. 143.

¹¹⁸ Oğuzman/ Öz, s. 54, dn. 136, Hatemi/ Gökyayla, s. 147.

¹¹⁹ Kılıçoğlu, s. 406.

¹²⁰ Kılıçoğlu, s. 406.

c. Zarar

Kişinin rızası olmadan malvarlığı değerlerinde meydana gelen eksilmeye zarar denir¹²⁹. Haksız fiilden kaynaklanan bir zarar yoksa kişinin bu fiilden dolayı haksız fiil sorumluluğuna gidilemez. Zarar; fiili zarar veya mahrum kalınan kazanç (kâr) olarak ortaya çıkabilir¹³⁰. RKHK'de zarar 57. ve 58. maddede düzenlenmiştir. RKHK'nin 57. maddesi, zarar görenlerin her türlü zararını talep edebileceğini, RKHK'nin 58. madde ise kasıt veya ağır ihmal halinde talep üzerine "uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebileceğini" içermektedir.

Zarar, zararın ve zarar görenlerin kapsamı olmak üzere iki açıdan incelenmelidir. Zarar, hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüsten alım yapan bir kişinin normalde ödeyeceğinden yüksek bir bedeli ödemek zorunda olması örneğindeki gibi uğranılan fiili zarar olarak karşımıza çıkabileceği gibi; piyasadaki rekabetin bozulması sebebi ile piyasa dışına itilen teşebbüsün uğradığı kazanç kaybı şeklinde de karşımıza çıkabilir¹³¹.

Zarar görenler ise rakip teşebbüsler, ihlalde bulunan teşebbüslerin hukuki ilişki içerisinde bulunduğu ve normun koruma amacının kapsamına giren diğer teşebbüsler ile tüketiciler olarak karşımıza çıkar¹³². Doktrinde zararlarının tazmini talep edip edemeyecekleri en tartışmalı grup dolaylı alıcılardır¹³³. Rekabetin ihlal edildiği bir

piyasadan mal alıp bu malı daha yüksek bir fiyatla son alıcıya sattığında son alıcının-ki bu son alıcı bazı hallerde tüketicilerdir-, ödediği fazla bedelden oluşan zararın tazmininin talebinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır¹³⁴. Buna olumsuz yanıt veren görüş bu zararın kapsamının ve zarara katılma oranının belirlenmesindeki zorluğu temel almaktadır¹³⁵. Kartel oluşumu barındıran bir piyasadan mal tedarik eden teşebbüsün, kartel sebebi ile uğradığı zararı ondan satın alan tüketiciye yansıttığı bir durumda kimin, ne kadar zarara uğradığının tespit edilmesindeki zorluk, zararın kapsamının belirlenmesindeki engele örnek olarak gösterilebilir¹³⁶.

Bunun yanında, yansıma zararların talep edilebilir olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Rekabet normu ihlallerinden zarar gören teşebbüslerin iş ilişkisi içerisinde buldukları kişiler bu ihlal sebebi ile uğradıkları zararı talep edebilecekler midir? Bu soruya cevap vermeden önce yansıma zararlarının ne anlama geldiğini kısaca açıklamak gerekir. "Hukuka aykırı fiile maruz kalan kimse-den başka bir şahsın da bu fiil yüzünden uğradığı zarar"¹³⁷ anlamına gelen yansıma zararın tazmininin talep edilebilmesi için normun koruma amacının bu kimselerin bu sebeple uğradıkları zararın tazminini de ihtiva etmesi gerekir. Konumuza dönersek, ihlal sonucu zarara uğrayan teşebbüslerin ilişki içerisinde bulunduğu kişilerin bu sebeple zarara uğramaları hallerinde tazminat talebinde bulunabilmeleri için kanunda bu kimseleri koruyucu bir hüküm bulunması gerekmektedir. Fakat RKHK incelendiğinde böyle bir korumanın söz konusu olmadığı görülmektedir.

¹²⁹ Oğuzman/ Öz, s. 38.

¹³⁰ Oğuzman / Öz, s. 41.

¹³¹ Gürzumar, s. 161-162.

¹³² Gürzumar, s. 156-157, 166-167.

¹³³ Dolaylı alıcılar için bkz. Roth, Henning-Wulf, 'Private Enforcement of European Competition Law, Recommendations Flowing from the German Experience: Basedow Jürgen (Editör) (2007), Private Enforcement of EC Competition Law, 1. Bası, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, s. 74, Hellwig, Martin, 'Private Damages Claims and the Passing on Defense in Horizontal Price-fixing Cases- An Economist's Perspective', Basedow Jürgen (Editör) (2007), Private Enforcement of EC Competition Law, 1. Bası, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, s. 140, Özsunay, Ergun, 'Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Amerikan, Alman, İsviçre ve AB Rekabet Hukuklarının Işığında 4054 sayılı RKK'daki Çözümlerin Değerlendirilmesi': Odman Boztosun, N. Ayşe (Editör) Rekabet Hukukunda Güncel Geliş-

meler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadiaküldarî Bilimler Fakültesi, 2005, Kayseri, s. 117-155, s. 121, Gündüz, Hale/Bozkuş, Sinan (2012), 'Rekabet ihlallerinden doğan zararın hesaplanması: AB uygulaması bağlamında genel yaklaşımlar', Rekabet Dergisi 13(1), s. 51-102, s. 67.

¹³⁴ Sanlı, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu', s. 226.

¹³⁵ Sanlı, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu', s. 227.

¹³⁶ Sanlı, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu', s. 227.

¹³⁷ Oğuzman/ Öz, s. 19.

Tazmini kabil zararlar ve tazmin talebinde bulunabilecek kimseler bu şekilde olmakla birlikte, 58. maddede bahsi geçen ve kaynağını Amerikan hukukundan alan¹³⁸ üç katı tazminat, teşebbüslerin kast¹³⁹ veya ağır ihmalleri sonucu zarara sebebiyet vermeleriyle zarara maruz kalanların talebi sonucu hükmedilir. Burada tartışılan husus zarar gören tarafın üç katı tazminat talebinde bulunması sonucu hâkimin mutlak olarak “*uğranılan maddi zararın*” ya da ihlalde bulunan teşebbüslerin “*elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların*” üç katına mı hükmedeceği; yoksa takdir yetkisini kullanarak üç katına kadar hükmedip hükmedemeyeceği hususudur. Her ne kadar madde hükmünde “üç katı kadar” ifadesi geçse de bir kısım görüş ve Yargıtay bu konuda hâkimin takdir yetkisinin olduğu ve bu sebeple hâkimin dilerse iki katına kadar da hükmedebileceği kanaatindedir.^{140,141}

Sonuç olarak, zarar, rekabet normlarının ihlalinden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için olmazsa olmaz unsurdur. Rekabet hukukunun kendine özgü niteliği sebebi ile hem zararın kapsamı hem de zarar görenlerin tespiti tipik haksız fiil sorumluluğu unsurlarının tespitine göre özellik teşkil etmektedir.¹⁴²

¹³⁸ Özsunay, s. 144.

¹³⁹ Maddenin lafzında geçen “ortaya çıkan zarar tarafların anlaşması ya da kararı” ile anlaşılması gerekenin “kasıt” olduğu, hükmün ulaşmak istediği amaçla lafzının aynı olmadığı savunulmaktadır. bkz. **Gürzumar**, s. 170, **Sanlı**, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 256.

¹⁴⁰ **Gürzumar**, s. 170, **Sanlı**, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 257.

¹⁴¹ İstanbul 12. Tüketici Mahkemesinin önüne rekabet ihlali sebebi ile 3 katı tazminat talebiyle gelen davada, mahkeme bu ibareyi 3 katına kadar yorumlayıp, 1 katı tazminata hükmetmiştir. İlerleyen başlıklar altında bu karar daha ayrıntılı olarak işlenecektir. Bu yüzden biz burada bu hususa sadece değinmekle yetiniyoruz.

¹⁴² Zararla ilgili olarak değinilmesi gereken bir husus da hesaplanmasındaki zorluktur. Rekabet normlarının ihlali sonucu doğan zarar miktarının hesaplanması genel haksız fiil sorumluluğunu doğuran zararların hesaplanmasından farklılık gösterir. Bu zararların niteliği gereği, zararların tespiti için iktisadi ve finansal teorilerden yararlanmak gerekebilmektedir. Söz konusu zararların hesaplanmasındaki bazı yaklaşımlar şu şekilde sıralanabilir: karşılaştırmaya dayalı yaklaşım, yardsticks metodu (a. before-after metodu, b. difference in difference metodu), finansal analize dayalı yaklaşım ve market yapısına dayalı yaklaşım. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gündüz/Bozkuş**, s. 75-84.

d. Uygun İlliyet Bağı

Haksız fiil sorumluluğunun doğması için fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının olması gerekmektedir. Uygun illiyet bağı hayatın olağan akışında bir fiilin o zararlı sonucu doğurup doğurmayacağı sorusunu cevaplar¹⁴³. Tersten gidersek, bir zarar doğduğunda yaşam deneyimlerine göre o zararlı sonucu hangi fiile bağlayacağımız uygun illiyet bağı ile tespit edilir¹⁴⁴.

RKHK’ye bakıldığında, illiyet bağının özellik göstermediğini, Türk borçlar hukuku ilkelerine göre ihlal edici davranışla zarar arasında uygun illiyet bağının varlığına dayanarak zarar görenin tazminat talebinde bulunabileceği söylenebilir.

3. Rekabet Kurulu’nun 12 Banka Hakkında Verdiği İhlal Kararı Üzerine Açılan Üç Katı Tazminat Davası

a. Olay

Rekabet Kurulu’nun, 12 bankanın 2007-2011 tarihleri arasında mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri konusunda anlaşma ve uyumlu eylemde buldukları dolayısıyla RKHK’nin 4. maddesini ihlal ettikleri tespiti¹⁴⁵ üzerine söz konusu bankalardan birinden taşıt kredisi çeken bir müşterinin bu yüzden uğradığı zararın üç katını talep etmek üzere açtığı dava, İstanbul Anadolu 4. Asliye Ticaret Mahkemesi’nde karara bağlanmıştır¹⁴⁶.

b. Mahkeme Kararı

Mahkeme, gerekçeli kararında Rekabet Kurulu’nun kararına¹⁴⁷ atf yaparak davalının eyleminin hukuka aykırı olduğunu, bu eylem sonucunda davacının zarar gördüğünü, zararlar bu eylem arasında illiyet bağının bulunduğunu, davalının kusurlu olduğunu belirtmiştir¹⁴⁸. Mahkeme ayrıca davalının diğer bankalarla kartel ilişkisinde bulunması sonucu piyasadaki faiz oranlarına etki

¹⁴³ **Oğuzman/Öz**, s. 45.

¹⁴⁴ **Kılıçoğlu**, s. 398, **Oğuzman / Öz**, s. 45.

¹⁴⁵ Rekabet Kurulu K: 13-13/198-100, T: 08.03.2013.

¹⁴⁶ İstanbul Anadolu 4. Asliye Ticaret Mahkemesi E: 2015/1008 K: 2017/1325, T: 12.12.2017.

¹⁴⁷ Rekabet Kurulu K: 13-13/198-100, T: 08.03.2013.

¹⁴⁸ İstanbul Anadolu 4. Asliye Ticaret Mahkemesi E: 2015/1008 K: 2017/1325, T: 12.12.2017.

ettiğini ve davacının hakim durumunu kötüye kullanarak RKHK madde 6'yı ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Piyasada bozulan rekabet sebebi ile ortaya çıkan zararın da RKHK'nin 57. maddesi gereğince zarar görenler tarafından talep edilebileceği de eklenmiştir. Mahkeme tazminat miktarını belirlerken, RKHK'nin 58. maddesinde yer alan “üç katı oranında tazminata hükmedebilir” hükmünü esas alarak tazminat miktarının belirlenmesinin hâkimin takdir yetkisinde olduğunu belirtip davalıyı iki katı tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.

c. Kararın Özel Hukuk Cezası Açısından Değerlendirilmesi

Bu kararın en önemli özelliği, rekabet ihlallerinden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğu sonucunda tazminata hükmedilmesi konusunda verilmiş ender kararlardan olmasıdır. Çünkü son birkaç yıla kadar rekabet hukukunun özel hukuk alanındaki sonuçlarından tazminat sorumluluğuna uygulamada rastlanmamaktaydı. Dolayısıyla, teşebbüsler idari para cezasına çarptırılmış olsa da teşebbüslerin verdikleri zararın tazminine ilişkin sorumlulukları gündeme gelmemekteydi. Fakat Rekabet Kurulu'nun 2013 yılında verdiği 12 bankaya ilişkin kararını¹⁴⁹ takiben teşebbüslerin tazminat sorumluluğunun doğması için birden çok tazminat davası açıldığı görülmüştür¹⁵⁰. Karar incelendiğinde, mahkemenin Rekabet Kurulu'nun verdiği kararı temel aldığı anlaşılmaktadır. Mahkeme, 58. maddede düzenlenen tazminata ilişkin herhangi bir hukuki nitelendirme yapmamış ve takdir yetkisine dayanarak iki katı tazminata hükmetmiştir.

Her ne kadar bu karar üç katı tazminata hükmedilen ender bir karar olma özelliğini taşısa ve rekabet ihlallerinin caydırıcılığına hizmet etmesi açısından önem arz etse de bu karar birkaç yönden eleştirilebilir. Şöyle ki; gerekçeli karar okunduğunda mahkemenin, Rekabet Kurulu'nun verdiği ihlal kararını temel alarak Kurul'un yaptığı gibi ayrıntılı

bir “hukuka aykırı fiil” unsuru analizine girmediği görülmektedir. Şayet böyle bir analiz yapılmışsa da bu gerekçeli karara yansımamıştır. Bunun önemi şuradadır: Haksız fiilden dolayı tazminata hükmedilebilmek için hukuka aykırı fiil unsurunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Sadece telafi değil aynı zamanda cezalandırma fonksiyonu taşıyan bu tazminata hükmedildiği için hukuka aykırı fiil analizinin daha ayrıntılı yapılması ya da en azından gerekçeli kararda buna daha ayrıntılı değinilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, “hukuka aykırı” bir fiilden söz ederek bu fiilin yol açtığı zararın tazminine hükmedilebilmesi için nisbi hakkı ihlal edilen bu kişinin uğradığı zararın tazmin edileceğini öngören özel bir koruma normuna ihtiyaç bulunmaktadır. Fakat bu eleştirinin mahkemelerin Rekabet Kurulu kadar konu hakkında bilgi sahibi olmadığı bunun zamanla davaların mahkeme önüne daha sık gelmesi sureti ile aşılabacağı savunması ile bertaraf edilebileceğini de söyleyebiliriz.

Bir diğer eleştiri noktası ise hâkimin neden iki katı tazminata hükmettiğini daha başka bir ifade ile neden bir katına ya da üç katı tazminata hükmetmediği konusunda herhangi bir gerekçe göstermemesidir. Her ne kadar bağlayıcı nitelikte olmasa da diğer benzeri davalarda örnek olabilecek bu kararda bu tür bir gerekçelendirme yapılmaması hukuk güvenliğini tehlikeye sokacak niteliktedir.

Bu karar, rekabet ihlalleri sonucunda zarar görenlerin zararlarının tazmin edilebileceği hükmünün uygulamaya yansımaları sebebi ile önem arz etmektedir. Çoğu zaman ispat zorlukları sebebi ile ihlalinin bile tespit edilmediği durumlarda tüm zararı yüklenen zarar görenler için bu karar değer taşımaktadır. Bu, ayrıca, sadece idari para cezası ile kurtulduklarını düşünen teşebbüslerin rekabeti ihlal eden davranışlardan kaçınmaları için de caydırıcı bir örnek teşkil etmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar eleştirilere açık olsa da karar, rekabet normlarının ihlalden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunun uygulamaya yansımaları açısından temel teşkil etmektedir.

¹⁴⁹ Rekabet Kurulu K: 13-13/198-100, T: 08.03.2013.

¹⁵⁰ **Sanlı**, Kerem Cem (2018), ‘Rekabet Kurulu’nun 12 Banka Hakkında Verdiği İhlal Kararı Üzerine Açılmakta Olan Tazminat Davaları Hakkında Bazı Düşünceler’, LHD, C. 16, S. 183, s. 1089-1158, s. 1092.

4. Üç katı Tazminat Düzenlemesinin Değerlendirilmesi

Zarar görenlerin -Rekabet Kurumu'nun soruşturma açmaması halinde- ihlalde bulunan teşebbüsün hukuka aykırı fiilini ve fiili ile zarar arasındaki uygun illiyet bağına ispatı çok zordur. Bunun temel sebebinin zararın hesaplanmasındaki ve ispatındaki zorluk olduğunu söyleyebiliriz. Zararın hesaplanmasında hangi metoda başvurulacağı konusundaki belirsizlik ve bunu tespit edecek uzman kişilerin mevcut olmaması, ihlallerin niteliğini ispat aşamasında zorluk yaratmaktadır. Bu durum zarar görenleri mağdur duruma sokmakta, nasılsa hakkında tazminat davası açılmayacak olduğunu düşünen teşebbüsün rekabeti ihlal edici davranışlarda bulunmaya devam etme ihtimalini doğurmaktadır¹⁵¹. İspatın mümkün olduğu hallerde üç katı tazminata hükmetmek caydırıcılık fonksiyonunu yerine getirir.

Üç katı tazminatın yerinde bir tazminat sistemi olduğunu savunan bir görüşe göre, teşebbüslerin kasten ve gizli bir şekilde rekabet ihlallerinde bulunmaları, onların "ihlali sağlayacağı ilave kâr" (tekel kârı) ve "ihlalin beklenen maliyet" (tazminat ve/veya idari para cezası) hesabı yapmaları sonucu ihlale başlamaları veya ihlale devam etmeleri "zarar veren fiilden fayda sağladığı ve gizlenme riski olduğu için, takdir edilecek tazminatın zarardan fazla olması" gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵². Burada teşebbüs, ihlale sebep olacak davranışın maliyeti ile ihlalden elde edeceği fayda arasında bir değerlendirme, hesaplama yapıp buna göre gizli bir şekilde ihlalde bulunur¹⁵³. Bu sebeple, her on ihlalden sadece birinde yakalanan teşebbüs-

sün zarar hesabının on ile çarpılarak bulunması gerektiğine ilişkin bir görüş dahi ileri sürülmektedir¹⁵⁴.

Caydırma fonksiyonunun gerçekleşebilmesi için bu tazminatın/yaptırımın en az verilen zarara ve buna eklenecek sosyal maliyete eşit olması gerektiği belirtilmektedir (örneğin tazminat, "tekelci fiyatlandırmadan dolayı kişilerin ödedikleri fazla bedel" + "ilgili piyasadan çıkan tüketicilerin zararı"na eşit olmalıdır)¹⁵⁵. Zarardan daha fazla bir tazminata hükmedilmesi bu şekilde gerekçelendirilmektedir.

Fakat her ne kadar üç katı tazminatla, belirtilen mevcut sorunlar aşılmaya çalışılsa da Türk hukukundaki düzenleme birkaç açıdan eleştirilebilir¹⁵⁶. Şöyle ki, üç katı tazminatın özel hukuk cezası niteliği taşıması sebebiyle cezalandırma amacına hizmet ettiği açıktır. Bu yüzden bu tazminata hukuk mahkemelerince hükmedilmesi mevcut düzenlemeye yöneltilecek eleştirilerden birini oluşturmaktadır.

Deliller açısından buna açıklık getirmek gerekirse, Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasına göre, "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz". Buna *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesi de denilmektedir¹⁵⁷. Dolayısıyla, hiç kimse kendisi veya yakınları aleyhine delil vermeye zorlanamaz. Bir kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunma ve bu yolda delil göstermeye zorlanmaması ilkesi adil yargılanma hakkının da bir parçasıdır¹⁵⁸. Bu aynı zamanda susma hakkı ile de doğrudan bağlantılıdır. Kişi, bu hak çerçevesinde, suç-

¹⁵¹ Zararın hesaplanmasındaki belirsizliğin teşebbüsler açısından da olumsuz sonuçlar doğurabileceği ileri sürülebilir. Sonuçta aleyhlerine sonuçlanabilecek bir tazminat davasında, dava sonucunda ifa etmekle yükümlü oldukları zararın miktarının tespitine temel teşkil edecek unsurların belirsizliği onlar için de bir risk faktörü oluşturabilir. Fakat bu belirsizliğin zarar görenlerin dava yoluna başvurmalarını baştan engelleme ihtimalini doğurması, zarar görenlerin teşebbüslerin rekabet normlarını ihlal edici davranışları sonucu uğradıkları zararlarını bu yüzden belki de hiç talep edememelerine yol açması sebebi ile mağdurları teşebbüslere nazaran daha zor durumda bırakabileceği ileri sürülebilir.

¹⁵² **Sanlı**, 'Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış', s. 13.

¹⁵³ **Sanlı**, 'Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış', s. 13.

¹⁵⁴ **Sanlı**, 'Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış', s. 13.

¹⁵⁵ **Sanlı**, 'Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış', s. 13.

Üç katı tazminata hükmetmenin caydırıcılık açısından yerinde bir düzenleme olduğu görüşü için bkz. **Topçuoğlu**, s. 24, dn. 54.

¹⁵⁷ **Ünver**, Yener/ **Hakeri**, Hakan (2015), Ceza Muhakemesi Hukukun Giriş, 10. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 83, **Gedik**, Doğan/ **Topaloğlu**, Mahir (2014), Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 31.

¹⁵⁸ **Ünver/ Hakeri**, s. 83.

landığı konularla ilgili susma hakkına sahiptir¹⁵⁹. Susma hakkının kullanılması halinde de söz bu durum da onun aleyhine kullanılamaz¹⁶⁰. Fakat Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) madde 219’a göre, taraflar kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. HMK madde 220’ye göre ise “belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir”. Bu maddelerden de anlaşılacağı üzere, belgelerin ibrazı zorunlu tutulmuş, kişinin kendi aleyhine de olsa delilleri verme zorunluluğu kanunen düzenlenmiştir. Davalı bu sebeple, kendi aleyhine olan delilleri de ibraz etmek zorunda kalmaktadır. Aksi takdirde yaptırıma maruz bırakılabilir.

Cezalandırıcı özelliği sebebi ile üç katı tazminat HMK’ye tabi olduğu için teşebbüslerin, kendilerini zor duruma sokacak delilleri ibraz zorlanması söz konusu olabilir. Bu durum da kişinin adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir. Bahsi geçen bu deliller pişmanlık programlarına başvuran teşebbüslerin kendi elleri ile kuruma sundukları belgelerden oluşabileceği gibi, RKHK 14., 15. ve 44. maddeleri kapsamında ihlalin mevcut olup olmadığının araştırılması için raporörlerden oluşan bir heyetin yerinde inceleme yaparak -ki çoğu zaman bu teşebbüslere baskın yapmak sureti ile söz konusu olmaktadır-, elde ettiği belgelerden de oluşabilir. Teşebbüslerin kendi aleyhlerine olan delilleri vermek istememesi üzerine sulh ceza hâkimi kararı ile bu belgeleri vermek zorunda oldukları hallerde elde edilen delillerin de mahkemede sunulması onların adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (“AİHM”) Menarini v. Italy davasında, rekabet ihlalleri sonucu rekabet otoritelerinin verdikleri idari para cezalarının cezai ve caydırıcı nitelikleri dolayısıyla ceza niteliğini

haiz olduğu ve bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (“AİHS”) 6. maddesi olan adil yargılanma hakkı bakımından incelenebileceği belirtmesi de bu savımızı desteklemektedir¹⁶¹¹⁶². Bu da göstermektedir ki cezai ve caydırıcı fonksiyonları içeren üç katı tazminat hakkında da adil yargılanma ilkesi uygulanmalıdır. Dolayısıyla, üç katı tazminat delillerin sunulması açısından adil yargılanma hakkının ihlali tehlikesine yol açması sebebi ile eleştirilebilir.

Üç katı tazminata yönelik eleştirilerden biri de rekabet otoritelerinin idari para cezasına hükmetmelerinin yanı sıra bir de hukuk mahkemelerince üç katı tazminata hükmedilmesi durumunda karşılaşılabilecek gereğinden fazla tazminat (“over-deterrence”) sorunudur¹⁶³. Söz konusu durumun aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz ilkesine (“ne bis in idem”) de aykırılık teşkil edebileceği ihtimali de ayrıca gündeme gelebilir. Şöyle ki, ceza hukuku yaptırımlarında olduğu gibi idari yaptırımlarda da “esasen ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerine uyulması gerektiği kabul edilmektedir^{164,165}. Dolayısıyla, Rekabet Kurulu’nun idari yaptırım kararı alma

¹⁵⁹ Ünver / Hakeri, s. 83.

¹⁶⁰ Gedik / Topaloğlu, s. 47.

¹⁶¹ A. Menarini Diagnostics S.R.L. V. Italie (2011) 43509/08, Information Note on the Court’s case-law, No: 114 2011, s. 9.

¹⁶² Bu karara göre iç hukukta cezai olarak nitelendirilmeyen bir fiili içeren uyuşmazlıkta AHİM ‘in Engel ve Diğerleri ve Hollanda kararında belirtilen kriterleri sağlamaktaysa söz konusu fiil cezai sayılıp uyuşmazlıkta AİHS’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. Maddesi uygulama alanı bulur. Bu kriterler “a. İç hukuktaki sınıflandırma b. Suçun niteliği c. İlgili kişinin karşılaşılabileceği cezanın ağırlığıdır”. Engel ve Diğerleri ve Hollanda, AİHM, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, K. T. 8.6.1976 bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Bölümü, ‘İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü), 2014, s. 7.

¹⁶³ Hukuka aykırılık analizinin başarılı bir biçimde yapılmadığı durumlarda aynı zamanda idari yaptırım uygulanmasının gereğinden fazla tazminat sorunu oluşturacağına dair görüş için bkz. Sanlı, ‘Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış’, s. 21.

¹⁶⁴ Öztürk v. Germany ECHR Application No: 8544/79, 21.02.1984 davasında AİHM, hakkında dikkatsiz araba kullanmaktan dolayı idari yaptırım uygulanmasının yaptırımın cezai niteliğini ortadan kaldırmayacağını bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının uygulanacağına karar vermiştir.

¹⁶⁵ Katoğlu, s. 397; Ulusoy, Ali (2013), İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, s. 116.

sürecinde bu temel ilkeleri göz önüne alacağı konusunda bir tereddüt olmaması gerekir. Bu noktada tartışılması gereken husus üç katı tazminata hükmedilirken gündeme gelip gelmeyeceği sorudur. Özel hukuk cezası olarak nitelendirdiğimiz üç katı tazminatta telafi kadar cezalandırma ve caydırma amaçları ön plandadır. Mahkemelerce hükmedilen ve davacının zararının aşan her değer, fiili işleyeni cezalandırma fonksiyonunu yerine getirir. Sırf bu fonksiyonu sebebi ile mahkemenin ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerine uygun olarak yargılamayı sürdürmesi gerektiğini ileri sürebilir mi? Örneğin, Ceza Muhakemesi Kanunu (“CMK”) madde 223/b.7’ye göre “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir*” hükmü üç katı tazminata hükmedilirken de uygulanabilir mi? Bahsi geçen soru ve madde hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı hususu özellikle, hakkında rekabet otoritesi tarafından idari para cezasına hükmedilen bir teşebbüs aleyhine mahkemede üç katı tazminat talebinde bulunulduğunda önem arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, idari yaptırımlar kamu düzeni ile ilgiliyken, haksız fiil sonucu hükmedilen tazminat, zarar görenin zararının telafisi ile ilgilidir. Burada korunan menfaatler de farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla, aynı anda bir kişi hakkında idari yaptırım uygulanabilirken, onun haksız fiil sorumluluğuna da gidilebilmektedir^{166,167}. Fakat buradaki problem, telafi amacını aşan kısma hükmedilmesi durumunda karşımıza çıkar.

Üç katı tazminattaki cezalandırma ve caydırma amacının, idari yaptırımlardaki cezalandırma ve caydırma amaçları ile kesişme ihtimali mevcuttur. Belirtmek gerekir ki daha önceki bölümler-

de kısaca değindiğimiz, Türk hukukunda karşımıza çıkan hukuki nitelikleri tartışmalı olan fakat amaçları cezalandırma ve caydırma olan telafiyi aşan yaptırımların hiçbirinde ayrıca idari para cezasına hükmedilme durumu söz konusu değildir. Bu yüzden için böyle bir tartışma onlar için gündeme gelmemektedir. Fakat üç katı tazminat açısından hem gereğinden fazla caydırıcılık ihtimali ile *ne bis in idem* ilkesinin ihlali tehlikesi sorunu mevcuttur. Sorumluluk hukukundaki caydırıcılığın sadece verilen zarar kadarken, idari para cezasının varlığı halinde ayrıca mahkemenin zararı aşan bir değere hükmetmesi ihtimalinde; idari para cezası ile zarardan fazlaya hükmedilen değer için caydırıcılık ve cezalandırma amaçları doğrultusunda belli bir noktada kesişim kümesi oluşturma söz konusu olabilir. Bu sebeple hem gereğinden fazla caydırıcılık hem de bahsi geçen ilkenin ihlali¹⁶⁸ durumu ortaya çıkabilir. Nitekim bu ilke ile bağlantılı olarak, İngiliz Yüksek Mahkemesi, *Devenish etc. v. Vitamin* davasında *ne bis in idem* ilkesini uygulayarak davacının zararı aşan değeri talebini reddetmiştir¹⁶⁹. Yargıç Lewison’a göre, “*ne bis in idem*” ilkesi Avrupa Birliği hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır¹⁷⁰. Her ne kadar, Komisyon’un karara bağladığı idari para cezası ile mahkemece hükmedilen zararı aşan değer için takip ettikleri amaçların farklı olduğuna dair görüşler ileri sürülmekte ise de yargıç, iki yaptırımın da amacının caydırma ve cezalandırma olduğunu ileri sürerek buna karşı çıkmaktadır¹⁷¹. Yargıç ayrıca, her iki yaptırımın anti-rekabetçi fiilleri cezalandırmayı ve söz konusu fiillerden teşebbüsleri caydırmayı fonksiyonuna sahip olduğunu da belirtmektedir¹⁷². Dolayısıyla, bu davada talep edilen zarardan fazla değere hükmedilmesi

¹⁶⁶ Bir kişi hakkında hem cezai yaptırım hem de idari yaptırım uygulanabileceğine ilişkin Danıştay kararı için bkz. Danıştay, E. 2002/521, K. 2003/4772, K. T. 05.12. 2003.(bkz. **Uran**, Emre (2012), Türkiye’deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi, 1.Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık A.Ş., s. 96-97.

¹⁶⁷ Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesinin üçüncü fıkrasına göre bir fiil hem kabahat hem de suç teşkil ediyorsa, “*sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır*”.

¹⁶⁸ **Del Olmo**, Pedro, ‘Punitive Damages in Spain’, Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), (2009), ‘Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives’, Springer-Verlag, s. 139, para. 6, dn. 10

¹⁶⁹ *Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc.*, [2007] EWHC 2394 (Ch), K. T. 19.10.2007.

¹⁷⁰ *Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc.*, [2007] EWHC 2394 (Ch), K. T. 19.10.2007, para. 40.

¹⁷¹ *Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc.*, [2007] EWHC 2394 (Ch), K.T. 19.10.2007, para. 46-47.

¹⁷² *Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc.*, [2007] EWHC 2394 (Ch), K. T. 19.10.2007, para. 48.

halinde *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edileceği gerekçesiyle davacının talebi reddedilmiştir.

Tüm bunlar ışığında, yaptırımlar arasında cezalandırma ve caydırıcılık amaçları kapsamında bir kesişim kümesi olabileceği, bu sebeple her ne kadar bir ceza hukuku ilkesi olsa da ceza hukuku ilkesi olan aynı suçtan iki kere yargılanamaz ilkesinin göz önüne alınarak bir karar verilmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız. Üç katı tazminat telafi amacının yanında caydırma ve cezalandırma amaçlarını ihtiva ettiğinden, sorumluluk hukuku sistemimizden farklılık arz ettiği için dikkatle uygulanması gereken bir yaptırım türüdür. Somut bir olayda, “ne bis in idem” ilkesinin aşılabılmesine ilişkin olarak, hukuk mahkemelerinin rekabet otoritesinin kararını bekletici sorun yapması veya idari para cezasına hükmedilirken mahkemelerin hükmettiği kararların rekabet otoritesince dikkate alınması önerileri yapılabilir¹⁷³. Hatta her ne kadar pek mümkün görünmese de rekabet ihlalinde bulunan teşebbüslerle bundan zarar görenler henüz mahkeme sürecine girilmeden aralarında yapacakları müzakerelerle orta bir yol bulmaları başka bir çözüm önerisi olarak da sunulabilir.

Bir diğer eleştiri konusu durum ise, üç katı tazminata hükmedilmesi için gerekli kriterlerin belirsizliğidir. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin sonuçlarından biri de belirlilik ilkesidir. Belirlilik ilkesi hem suç teşkil eden fiillerin hem de bunların yaptırımlarının kapsamının, hesaplanmasına yönelik kriterlerin açıkça belirtilmesi zorunluluğunu içerir¹⁷⁴. Hangi fiillerin suç niteliğini taşıdığını, cezanın hangi kriterlere göre nasıl belirleneceğinin açık olması gerekir. Aynı durum üç katı tazminat yaptırımı için de geçerlidir. Ceza benzeri

niteliği dolayısıyla ceza hukuku ilkelerinden suçlarda ve cezalarda kanunilik ilkesinin burada da uygulama alanı bulması gerektiği açıktır. Bu ilke ışığında RKHK'nin 58. maddesine bakıldığında üç katı tazminata hükmedilmesinde dikkate alınacak kriterlerin belirlenmediği açıktır. İhlalin özel hukuk sonuçlarından birinin haksız fiil sorumluluğu olarak düzenlenmesi sebebi ile hâkimin tazminata karar verirken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre dikkate alacağı hususların burada da dikkate alınabileceği ileri sürülebilse de üç katı tazminatta telafi amacını aşan cezalandırma amacını taşıyan kısımda ne olacağı belirsizdir. Nitekim bir önceki başlıkta bahsi geçen mahkeme kararından da anlaşılabilir gibi mahkeme¹⁷⁵ iki katı tazminata hükmederken sadece takdir hakkı olduğu gerekçesi ile bir hüküm vermiştir. Fakat belirlilik ilkesi ışığında, kanaatimizce burada hâkimin neden iki katı tazminata hükmettiğine ilişkin bir gerekçelendirme yapması gerekirdi. Bu sebeple, idari yaptırımlarda olduğu gibi burada da üç katı tazminatın “hesaplanması, dönüştürülmesi, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler ile bu nedenlerin uygulanması usulleri”¹⁷⁶ nin belirtilmesi gerektiğini savunmaktayız. Aksi takdirde, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin açıkça ihlali söz konusu olur. Bu da hukuk güvenliğinin temelinden sarsılması sonucunu doğurur.

Tüm bunlar göz önünde bulundurularak söylenebilir ki, üç katı tazminatın cezai niteliğinin hukuk sistemimizle uyumsuz olduğu aşikârdır. Bu uyumsuzluğun temel sebeplerinden biri, tazminat miktarı olarak, uğranılan zararın üç katına hükmedilmesinin, sadece uğranılan zararın tazmininin amaçlandığı Türk sorumluluk hukukuna aykırılık oluşturmasıdır. Üç katı tazminatın temelindeki caydırıcılık fonksiyonu rekabet ihlallerinin ve zararların tespitindeki ve ispatındaki zorluklar sebebi ile anlaşılabilenekte ise de ceza benzeri yapısı onu haksız fiil sorumluluğundan uzaklaştırmakta ve ceza yaptırımı niteliğine yakınlaştırmaktadır. Bu da ceza hukukunun temel ilkelerinin uygulanması gereğini doğurur. Bu gereklilik sebebi ile

¹⁷³ Örneğin, ECA'nın (“European Competition Authorities”) maddi yaptırımlara ilişkin 2008 yılında yayınladığı bağlayıcı olmayan ilkelerde, rekabet otoritelerinin idari para cezasına hükmederken söz konusu teşebbüsün rekabet normlarını ihlal ederek verdiği zararları tazmin etmesi durumunu göz önüne alarak hükmedeceği para cezasında indirim gitmesi önerilmiştir. European Competition Authorities (ECA), The Principles for Convergence on Pecuniary Sanctions Imposed on Undertakings for Infringements of Antitrust Law, http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/eca_principle_s_uk.pdf s.e.t. 10.10.2018, para. 18.

¹⁷⁴ **Koca**, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan (2015), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara, Seçkin, s. 53.

¹⁷⁵ İstanbul Anadolu 4. Asliye Ticaret Mahkemesi E: 2015/1008 K: 2017/1325, T: 12.12.2017.

¹⁷⁶ **Katoğlu**, s. 398.

mevcut düzenlemeye bakıldığında, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin, adil yargılanma ilkesinin ve *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktayız. Bu durum Alman Yüksek Mahkemesince de hükmedildiği üzere kamu düzenine de aykırılık teşkil etmektedir¹⁷⁷. Bu nedenle, üç katı tazminat kurumunun Türk Hukuk Sisteminin temel ilkeleri ile bağdaşmadığını, gerekli düzenlemelerle mevcut hukuka aykırılığın düzeltilmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

IV. SONUÇ

Temelini “common law” sisteminden alan özel hukuk cezası; cezalandırma, caydırma ve telafi amaçlarını gerçekleştirmek üzere hukuk mahkemelerince uğranılan zarardan daha fazlasına hükmedildiği ve bu sebeple cezai niteliği haiz bir yaptırım türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kurum, tazminatın üst sınırını meydana gelen zararın oluşturduğu Kıta Avrupası hukuk sistemi ile bu yüzden bağdaşmamaktadır. Her ne kadar Türk hukuku Kıta Avrupası hukukuna tabi olsa da RKHK'nin 58. maddesinde üç katı tazminata hükmedilebileceğine dair bir düzenleme mevcuttur. Söz konusu norm Türk sorumluluk hukukunun benimsediği sistemden farklılık gösterdiği için kafalarda soru işareti yaratmaktadır. Dolayısıyla, bu kurumun hukuki niteliğinin tespit edilmesi uygulama açısından da önem arz etmektedir. Bu tespit yapılırken ise söz konusu düzenlemenin arkasında yatan amacın öncelikle belirlenmesi gerekir.

Bu inceleme sonucunda, üç katı tazminatın telafi, caydırma ve cezalandırma amaçlarına hizmet etmesi sebebi ile bu yaptırımın özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi gerektiği çalışmamızda tespit edilmiştir. Bu sonuca ulaşılması ise uygulamadaki bazı sorunları gün yüzüne çıkarmaktadır. Nitekim mevcut düzenlemeye bakıldığında zarara hükmedilirken dikkate alınacak kriterlerdeki belirsizlik, ihlalde bulunan teşebbüsler hakkında HMK hükümlerinin uygulanması sonu-

cu oluşabilecek mağduriyet, aynı anda uygulanacak idari para cezası ve üç katı tazminat; suçların ve cezaların kanuniliği, ayrıca aynı suçtan dolayı iki kere yargılanmama ilkelerini ihlal etme tehlikesini doğumuna yol açabilecektir. Bu yüzden, söz konusu düzenlemenin mahkemeler tarafından dikkatle uygulanması gerektiği, buna ek olarak, söz konusu hüküm uygulanırken, mahkemelerin hukuka aykırılık analizini ayrıntılı bir şekilde yapıp karara konu olan gerekçeleri de somutlaştırması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Ancak bu şekilde Türk sorumluluk hukukunda farklılık arz eden bu kurum düzenleme sebebine hizmet edebilir.

¹⁷⁷ BGHZ 118, 312 NJW 1992 3096, **Koziol**, para. 29, BGH 46 Westpapier-Mitteilhunger 1451, 1461 (1992), **Fiebig**, s. 648.

KAYNAKÇA

- (1957), 'Exemplary Damages in the Law of Torts', *Harvard Law Review (Notes)*, C.70 S.3, s. 517-533, doi:10.2307/1337816.
- (1983), 'The Antitrust Treble Damages Remedy', *Wm. Mitchell L. Rev.*, C. 9, s.435-457.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Bölümü, 'İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü), 2014.
- Aksoy**, M. Nazlı (2004), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu 3. Dönem Uzmanlık Tezi,
 ≤<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/uzmanlik-tezleri?listedeAra=aksoy> ≥ s.e.t. 10.09.2018.
- Antalya**, Gökhan (2015), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul.
- Başoğlu**, Başak (2016), 'Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi', İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD) (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Cilt II), C. 15 S. 1, s. 617-637.
- Borghetti**, Jean-Sébastien (2009), Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), 'Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives', Wien, Springer-Verlag.
- Bruckner**, W. Joseph/ **Salzwedel**, Matthew R., 'Plaintiff's Remedies', Foer Albert A. (Editör)/ Cuneo, Jonathan W. (Editör) 2010, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law, Edward Elgar Publishing Limited, Glos/ Massachusetts.
- Del Olmo**, Pedro, 'Punitive Damages in Spain', Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), (2009), 'Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives', Springer-Verlag.
- Demirbaş**, Ali (2015), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A. Ş.
- Dobbs**, Dan B. (1989), 'Ending Punishment in "Punitive Damages: Deterrence- Measured Remedies' *Ala. L. Rev.*, C. 40.
- European Competition Authorities ("ECA"), The Principles for Convergence on Pecuniary Sanctions Imposed on Undertakings for Infringements of Antitrust Law,
 ≤http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/eca_principles_uk.pdf ≥ s.e.t. 10.10.2018.
- Ellis**, Dorsey D., Jr. (1982), 'Fairness and Efficiency in The Law of Punitive Damages', *Southern California Law Review*, C. 56, s. 1-78.
- Eren**, Fikret (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Ferguson**, Rebecca (2017), 'Private Enforcement of Competition Law in the UK', *Business Law Review*, C. 38, S. 3, s. 123-124.
- Fiebig**, Andre R. (1992), 'The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments', *GA. J. Int'l & Comp. L.*, C. 22 S. 3, s. 635-657.
- Gedik**, Doğan/ **Topaloğlu**, Mahir (2014), Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Goudkamp**, James/ **Katsampouka**, Eleni (2018), 'An Empirical Study of Punitive Damages', *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 38 S. 1, s. 90-122.
- Gotanda**, John Y. (2007), 'Charting Developments Concerning Punitive Damages Is the Tide Changing?', *Colum. J. Transnat'l L.*, C. 45 S. 2, s. 507-528.
- Gotanda**, John Y. (2004), 'Punitive Damages: A Comparative Analysis', *Colum. J. Transnat'l L.*, C. 42, S. 2, s. 391-444.
- Gül**, İbrahim (2015), ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, 1. Bası, Yetkin Yayınları.
- Gümüş**, Alper (2013), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Hatemi, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre (2017), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Hellwig, Martin, 'Private Damages Claims and the Passing on Defense in Horizontal Price-fixing Cases- An Economist's Perspective', Base-dow Jürgen (Editör) (2007), Private Enforcement of EC Competition Law, 1. Bası, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International.

İnan, Nurkut, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Nisan 2004 Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını.

Kara, İlhan (2017), 'Bankaların Tüketicilerden Aldıkları Haksız Masraflar, Mevduat Faizi ve Kredi Faizi ve Kredi Faizinin İstirdatı ile Rekabet Kurulu Kararlarının Bu Alandaki Etkisi', Bal-kuvvar, Ege/Çakır, İsmail/ Kara, Ertuna, 6. Tüketic-i Hukuku Kongresi 3 Kat Tazminat Davası Oturumu Ses Çözümleri, Tüketici Hukuku Enstitüsü, Aristo Yayınevi, İstanbul.

Katoğlu, Tuğrul (2014), 'Ceza Hukukçusu Gözüyle Rekabet Hukuku Mevzuatında Yapılması Öngörülen Değişiklikler', Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, s. 395-411.

Kesici, Buğra (2017), Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha.

Kılıçoğlu, M. Ahmet (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Turhan Kitabevi.

Koca, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan (2015), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara, Seçkin.

Koziol, Helmut (2012), Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective, 1. Baskı, Viyana, Jan Sramek Verlag.

Koziol, Helmut (Editör) (2009) 'Punitive Damages: Admission Into The Seventh Legal Heaven Or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions', Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), 'Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives', Wien, Springer-Verlag.

Mallor, Jane/ **Roberts**, Barry S. (1999), 'Punitive Damages: Toward a Principled Approach', Hastings L.J., C.50, s. 969-999.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/ **Astarlı**, Mu-hittin/ **Baysal**, Ulaş (2014), İş Hukuku, 6. Bası, Ankara.

Monti, Mario, 'Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation' (IBA – 8th Annual Competition Conference, 17.10.2004) ≤http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-04-403_en.htm?locale=en s.e.t. 15.07.2014.

Oğuzman, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul.

Oğuzman, M. Kemal (1955) Türk Borçlar Kanunu Ve İş Mevzuatına Göre Hizmet 'İş' Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.

Owen, David G. (1976), 'Punitive Damages in Products Liability Litigation', Mich. L. Rev., C.74, s. 1257-1371.

Owen, David G. (1989), 'The Moral Foundations of Punitive Damages', Ala. L. Rev., C. 40, s. 705-739, s. 711-713.

Owen, David G. (1994), 'A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform', Villanova Law Review, C. 39, s. 363- 413.

Özden Merhacı, Selin (2013), Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), 1. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.

Özsunay, Ergun, 'Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Amerikan, Alman, İsviçre ve AB Rekabet Hukuklarının Işığında 4054 sayılı RKK'daki Çözümlerin Değerlendirilmesi': Odman Boztosun, N. Ayşe (Editör) Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi, 2005, Kayseri, s. 117-155.

Rendleman, Doug (2009-2010), 'Common Law Punitive Damages: Something for Everyone?', St. Thomas Law Journal, S. 71.

Romero, Leo M. (2008), 'Punitive Damages, Criminal Punishment, and Proportionality: The Importance of Legislative Limits', Connecticut Law Review, C. 41, S. 1, s. 109-160.

Roth, Henning-Wulf, 'Private Enforcement of European Competition Law, Recommendations Flowing from the German Experience: Based on Jürgen (Editör) (2007), Private Enforcement of EC Competition Law, 1. Bası, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International.

Şahin, Murat (2017), 'Rekabet Hukukunda Tüketici Zararları ve 3 Katı Tazminat Davası', Balkuvvar, Ege/Çakır, İsmail/ Kara, Ertuna, 6. Tüketici Hukuku Kongresi 3 Kat Tazminat Davası Oturumu Ses Çözümleri, Tüketici Hukuku Enstitüsü, Aristo Yayınevi, İstanbul.

Sanlı, Kerem Cem (2007), 'Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi'(Doktora), İstanbul, Arıkan Yayınevi, <https://www.bilgi.edu.tr/media/uploads/resume/publication/attachment/618/doktora-tezi-17-nisan-basim-onesi_qXakV7S.pdf> s.e.t. 06.09.2018.

Sanlı, Kerem Cem, 'Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış', Rekabet Kurumu (Düzenleyen), Perşembe Konferansları, Mart 2008, Ankara.

Sanlı, Kerem Cem, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu', Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 4 Nisan 2003, Kayseri.

Sanlı, Kerem Cem (2018), 'Rekabet Kurulu'nun 12 Banka Hakkında Verdiği İhlal Kararı Üzerine Açılmakta Olan Tazminat Davaları Hakkında Bazı Düşünceler', LHD C. 16, S. 183, s. 1089-1158.

Sarper, Süzek (1976), İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, Kazancı Yayınları.

Sarper, Süzek (2015), İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta.

Schoneveld, Frank R. (2003), 'Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross-Border Cooperation and Appropriate Forums for Cooperation', World Competition, C. 26, S. 3, s. 433-471.

Schwartz, Gary T. (1982), 'Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: A Comment', Southern California Law Review, C. 56, S. 1, s. 133-153.

Sebok, Anthony J., 'Punitive Damages in the United States', Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör) (2009), 'Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives', Springer-Verlag.

Senyen Kaplan, E. Tuncay (2016), 'İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması' İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD) (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan), C. 15, S.1, s. 313- 353.

Senyen Kaplan, E. Tuncay (2010), 'Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler', Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş, Ankara, s. 213-229.

Shmueli, Benjamin (2015), 'Legal Pluralism in Tort Law Theory: Balancing Instrumental Theories and Corrective Justice', U. Mich. J.L. Reform, C. 48, S. 3, s. 745-812.

Tandoğan, Hâluk (2010), Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 1961 Yılı 1. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tekinalp, Ünal, Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasasına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları: Odman Boztosun, N. Ayşe (Editör) Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi, 2005, Kayseri, s. 259-265.

Tomillo, Manuel Gomez (2013), 'Punitive Damages: A European Criminal Law Approach, State Sanctions and The System of Guarantees', Eur J. Crim Policy Res, C. 19, s. 215-244.

Topçuoğlu, Metin (2009), Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Yıldırım, Fadıl M./Atay Ender E. (Editörler) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Ankara.

Ulusoy, Ali (2013), İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık.

Uran, Emre (2012), Türkiye'deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi, 1.Baskı, İstanbul ,12 Levha Yayıncılık.

Wilcox, Vanessa (Editör) (2009), 'Punitive Damages in the United States', Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), 'Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives', Wien, Springer-Verlag.

Wils, Wouter P. J. (2007), 'The Relationship Between Public Antitrust Enforcement And Private Actions For Damages', Concurrences, N°4, s. 1-13.

Wright, Cecil A. (1944), 'Introduction to the Law of Torts', The Cambridge Law Journal, C. 8, S. 3, s. 238-246.

Mahkeme Kararları

Cassell & Co., Ltd. v. Broome, 1972 A.C. 1027 (H.L.).

Archer v. Brown, 1Q.B. 401, 423 (1985).

Holden v. Chief Constable of Lancashire, 1987 Q.B. 380, 388 (C.A.).

BMW of N. America, INC. v. Gore, 517 US 559.

Agency Holding Corp. v. Malley-Duff & Assocs., Inc., 483 US 143.

Özturk v. Germany ECHR Application No: 8544/79, 21.02.1984.

Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc., [2007] EWHC 2394 (Ch), K.T.19.10. 2007.

Engel ve Diğerleri ve Hollanda, AİHM, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, K. T. 8.6.1976.

Danıştay, E.2002/521, K.2003/4772, K. T. 05.12. 2003.

Mevzuat

Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1-7.

Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 12-27.

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu.

AİHS

Council Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.