

-ARAŞTIRMA MAKALESİ-

KARTEL TAZMİNATI VE HUKUKİ MAHİYETİ*

Halil Emre GÜRLER¹

Av.Öğr.Gör.

GURLER L/LC Hukuk, Piri Reis Üniversitesi

E-mail: av.emregurler@gmail.com

ORCID: 0000-0002-7585-3417

Öz

Ekonomik ilişkilerin ve iletişimin dünya üzerinde hiç olmadığı kadar çok yönlü hâle geldiği günümüz şartlarında neredeyse bütün dünya ekonomik sistemleri serbest piyasa ekonomisine dayanmakta yahut serbest piyasa ekonomisiyle etkileşim içindedirler. Bu ekonomik sistemi ayakta tutan ve refahın (ya da sermayenin) artmasını sağlayan unsurlardan biri rekabet özgürlüğüdür. Rekabet özgürlüğü, her şey gibi zıttı ile kaim olarak, kısıtlanma, engellenme, bozulma gibi olumsuz koşullara maruz kalabilmektedir. Bu olumsuz koşullardan birine kartel oluşumları sebebiyet vermektedir. Kartel oluşumları rekabet hukuku çerçevesinde yasaklanan hukuka aykırı faaliyetlerden olup ekonomik sistemi ve dolayısıyla toplumu negatif yönde ve hatta zarar verici yönde etkilemektedirler. Bu hukuka aykırılığın giderilmesi ve rekabet özgürlüğü ile güvencesinin sağlanması açısından getirilen bazı sıradışı hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Kartel oluşumlarına karşı bir özel hukuk yaptırımı olarak öngörülen üç kat tazminat (kartel tazminatı) cezası hukuk sistemlerinin sıradışı düzenlemelerinden biridir. Bunun yanında idari (kamusal) ve başkaca özel hukuk yaptırımları da bulunmaktadır. Kartel oluşumunun şartlarını karşılarsa da piyasada uyandırdığı etki açısından küçük teşebbüslere, oligopol piyasalarının olağan işleyişinin sınırını aşmayan teşebbüslere veyahut egemen devlet tarafından muafiyet uygulanan teşebbüslere

* Bu çalışmada bilimsel araştırma ve yayın etiği ilkelerine uyulmuştur.

¹ Sorumlu Yazar: av.emregurler@gmail.com

Atıf (APA): Gürler, H. E., (2024), Kartel Tazminatı ve Hukuki Mahiyeti, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, 16 (2): 187-208.

yaptırım uygulanmaması gündeme gelebilmektedir. Rekabet ihlâli gerçekleştiren ve piyasaları olumsuz yönde etkileyen kartel oluşumlarına ise yasal düzenlemeler çerçevesinde yaptırımlar uygulanacaktır. Üç kat kartel tazminatı yaptırımı özel hukuk yaptırımlarından olup, çeşitli açılardan tartışmaları içinde barındıran; alışlagelmiş hukuki süreçlerden farklı olarak düzenlenen ve işleyen bir kurumdur.

Anahtar Kelimeler: *Kartel tazminatı, Rekabet hukuku, Ticaret hukuku, Kartelleşme, Serbest piyasa*

Alan Tanımı: *Hukuk*

CARTEL DAMAGE COMPENSATION AND ITS LEGAL NATURE

Abstract

In today's world, where economic relations and communication have become more sophisticated than ever before, almost all world economic systems are based on or interact with the free (competitive) market economy. One of the elements that keeps this economic system alive and ensures prosperity (or capital) increases is freedom of competition. Freedom of competition, like everything else, can be subject to adverse conditions such as restriction, obstruction and disruption. One of these negative conditions is caused by cartel formations. Cartel formations are illegal activities prohibited within the framework of competition law and they affect the economic system and therefore the society affected negatively and even in a harmful way. There are some extraordinary legal regulations introduced to eliminate this unlawfulness and ensure freedom and assurance of competition. The penalty of triple compensation (cartel damage compensation), which is envisaged as a private law sanction against cartelisation, is one of the extraordinary regulations of legal systems. In addition, there are administrative (public) and other private law sanctions. Even if they meet the conditions for cartelisation, it may be possible not to impose sanctions on small enterprises in terms of the impact they have on the market and enterprises that do not exceed the limits of the normal functioning of oligopolistic markets and enterprises that are exempted by the sovereign state. Sanctions will be applied within the framework of legal regulations to cartel formations that violate competition and negatively affect the markets. The triple cartel damage compensation sanction, which is an institution that is organized and operates differently from conventional legal processes, is a private law sanction and contains discussions from various aspects.

Key Words: Cartel damage compensation, Antitrust law, Commercial law, Cartelisation, Competitive market

JEL Code: K10

1.GİRİŞ

İçinde yaşadığımız çağ icabı Türkiye'nin ve neredeyse diğer tüm ülkelerin ekonomik sistemi serbest piyasa ekonomisine dayanmaktadır. Serbest piyasa işleyişinin sağlanması için rekabet özgürlüğünün sağlanması gerekmektedir. Nitekim bu sistem teorik olarak mükemmel işlediğinde en yüksek ekonomik verimin alınacağı düşünülen tam rekabete dayalı ekonomik sistemdir. Pratik olarak düşünüldüğünde ise, aynı sektördeki mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin birbirlerine karşı rekabeti olumsuz etkileyici davranışlarda bulunmaları ya da ortak hareket edip piyasa şartlarını olumsuz etkilemeleri mümkündür. Bu tür ihlallerin engellenmesi ve rekabet özgürlüğünün güvence altına alınması ancak kanuni düzenlemeler ve yaptırımlar ile mümkündür. Bu duruma verilebilecek en önemli örnek, antitröst (tekelleşme/kartelleşme karşıtı) yasaları olarak Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde yer alan “rekabet hukuku ya da kartel hukuku” diyebileceğimiz sistemdir (Günay, 2014: 22). Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) rekabet hukuku fiyatlar arttığı zaman ortada tekel olduğuna, fiyatlar düştüğünde yıkıcı fiyat uygulaması olduğuna, fiyatların aynı kalması halinde ise uyumlu eylem bulunduğu inanan yargıçların kararlarıyla şekillendiği için eleştirilmektedir. Nitekim piyasa ekonomisinin dayandığı temel esaslardan birincisi teşebbüslerin kararlarını serbestçe alabildikleri yolundaki varsayımdır (Günay, 2014: 23). Belirtmek gerekir ki, “pazar modeli” serbest rekabet anlayışının sonucu olsa da, devletin düzenleyici olarak rol almadığı durumlarda ortaya tekelleşme ve kartelleşme eğilimleri çıkmaktadır (Günay, 2014: 27).

Rekabet hukuku, kamu hukuku ile özel hukukun bir araya geldiği hukuk alanıdır. “Kamu yararı” düşüncesi rekabet hukukunun temel yapı taşlarındadır. Özel hukuk alanında ekonomi hukukunun uygulanması ekonomik analizler yapılmasını gerektirmektedir. Rekabet hukukunda bir olayda karar verebilmek için yapılacak değerlendirmelerde ekonomik analiz ile bir ihlalin olup olmadığı, muafiyet verilip verilmeyeceği, işleme izin verilip verilmeyeceği, yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı karara bağlanmaktadır (Günay, 2014: 28). Türkiye’de Rekabet

Kurulu'nun kararlarında da esas olarak ekonomik analiz yönteminin uygulandığı açıkça vurgulanmaktadır.

Bu çalışmada ele alınacak konu rekabet ihlâli teşkil eden kartel oluşumu ve kartel tazminatıdır. “Kartel” kavramı açıklanarak, genel olarak kartel tazminatı ve kartel tazminatının hukuki mahiyeti ele alınmaktadır. Çalışmamız aracılığı ile kavramın hukuki mahiyetinin sınırlarının çizilmesi, uygulamada ve teoride yaşanan tartışmaların ve belirsizliklerin giderilmesine katkı sağlaması amaçlanmaktadır.

2. KARTEL KAVRAMI

Kartel kavramının kanunda bir tanımı olmamakla beraber Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 3. maddesinin (ç) bendinde “*Kartel: Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemleri ifade eder*”, şeklinde tanımlamaya gidilmiştir. Konuya ilişkin en güncel Rekabet Kurulu kararlarından, 12 bankaya karşı verilen rekabet ihlâli kararında da bu tanım kullanılmıştır (Rekabet Kurulu, 2013: 155).

Kartel kavramının tanımı OECD'nin (Organisation for Economic Co-operation and Development - İktisadi İş Birliği ve Kalkınma Teşkilatı) Endüstriyel Organizasyon İktisadi ve Rekabet Hukuku Sözlüğü'nde şu şekilde yapılmıştır: “*Kartel oligopolistik bir endüstride faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki bir anlaşmadır. Kartel üyeleri fiyat, arz miktarı, pazar payları, müşteri veya bölge paylaşımı, ihalelerde danışıklı hareket, ortak satış kanallarının tesisi, kâr paylaşımı gibi konularda anlaşmaya varabilirler (Kekevi, 2008: 7).*” Avrupa Birliği (AB) Rekabet Politikasında Kullanılan Terimler Sözlüğü'nde yapılan kartel tanımı şu şekildedir: “*Karteller fiyatları ve kârları artırmak amacıyla rekabeti sınırlar veya ortadan kaldırırken telafi niteliğinde herhangi bir somut fayda sağlamayan rakip teşebbüsler arası düzenlemelerdir. Uygulamada bu durum genellikle fiyat tespiti, arz miktarının kısıtlanması, pazar paylaşımı, müşteri veya bölgelerin bölüşümü, ihalelerde danışıklı hareket edilmesi veya bileşimi ile gerçekleştirilir. Karteller tüketicilere ve topluma zarar vermektedir. Çünkü kartelde yer alan teşebbüsler rekabetçi bir piyasadakinden daha yüksek fiyatlar uygulamakta ve daha fazla kâr elde etmektedir (Kekevi, 2008: 7).*”

Bununla beraber, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Ekonomik Hükümler başlıklı bölümünün 167. maddesinde devlete “*para kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme*” görevi yüklenmiştir.

Karteller çoğunlukla karmaşık ve uzun sürelidir. Kartellerin karmaşık yapısının varlıkları konusunda bir belirsizlik yaratacağı açıktır. Bu belirsizlik kolaylıkla gizlenmeleri sonucunu doğuracağından bu oluşumların rekabet otoriteleri tarafından ortaya çıkarılmalarını ve soruşturmalarını iyice güçleştirmektedir (Kekevi, 2008: 13). Bu zorluk sebebiyle kartel oluşumunun kanıtlanması ispat hukuku açısından hafifletilmiş, uyumlu eylem karinesi getirilerek tersine bir ispat hukuku öngörülmüş, ekonomik analiz ve piyasa etkisi temelli değerlendirme esas alınmıştır.

2.1. Kartel Oluşumunun Oligopolistik Pazar Şartlarından Ayırt Edilmesi

Oligopol kelimesi Latince'den gelmekte ve “az sayıda satıcı” anlamına gelmektedir. Oligopol piyasası piyasa politikalarını belirlerken birbirlerinin karar ve davranışlarından etkilenebilecek kadar az sayıda satıcının sonsuz sayıda alıcı ile karşı karşıya geldiği piyasadır (Cengiz, 2006: 165). Örneğin; havayolu, otomotiv, bankacılık, ilaç, telekomünikasyon, petrol ithalat ve ihracatı, gibi ekonomik faaliyet sektörleri oligopol piyasalardandır. Oligopol piyasasındaki satıcılar piyasa politikaları hakkındaki kararları bakımından, “oligopolistik karşılıklı bağımlılık” kavramı ile anılan, karşılıklı bağımlılık arz ederler (Cengiz, 2006: 166). Bu durumlarda ortaya çıkan paralel davranışların oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışlar olarak mı yoksa uyumlu eylem olarak mı değerlendirilmesi gerektiği sorun oluşturmaktadır (Cengiz, 2006: 201). Rekabet ihlâlinin tespiti bakımından oligopolistik bağımlılık (oligopolistik pazarlarda gözlenen paralel davranışlar) ile uyumlu eylemin arasındaki farkın gözetilmesi gerekmektedir.

Bu anlamda, kartel anlaşmaları ve oligopolistik bağımlılık birbirine benzer durumlar olup tazminat sorumluluğunun yüklenmesi hususunda, özellikle 3 kat gibi yüksek bir tazminat talebi söz konusu olduğunda bu iki durumun birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu iki durumun rekabet hukukundaki etkileri farklıdır. “Hukuki baskıların yokluğunda rakipler, pazar paylaşımı, fiyat artırımını ve arzın kısılanması suretiyle, aralarında anlaşarak rekabeti kısıtlayıcı davranışlara katılırlar.

Pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarındaki rekabeti azaltarak ortak kârlarını en üst düzeye çıkarmak amacıyla yaptıkları bu anlaşmalara kartel anlaşması denir. Oligopolistik bağımlılık halinden farklı olarak kartellerde, bireysel kar maksimizasyonu değil, birlikte edinilen toplam kârın en üst düzeye çıkarılması söz konusudur. Fiyatların ve arzın belirlenmesine dair anlaşmalar yoluyla teşebbüsler, adeta bir tekel gibi birlikte davranışlarda bulunabilirler, yapay olarak yüksek fiyatların oluşumuna yol açarak rekabet ortamına ve tüketicilere zarar verebilirler. Bu sebeplerle, fiyat veya arzın belirlenmesine yönelik anlaşmalar kendiliğinden (per se) hukuka aykırıdır (RKHK m.4)” (Kahraman, 2008: 23).

Rekabet Kurulu ilk defa “Banka, 20/5/1999, 99-24/211-124” kararında oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışların RKHK 4. madde çerçevesinde oligopolistik karşılıklı bağımlılığın en rasyonel gerekçe olduğu gerekçesiyle ihlâl oluşturmadığını açıkça ifade etmiştir (Cengiz, 2006: 253; Tersine ispat kuralını karşılayarak sorumluluktan kurtulmaya bir başka örnek olarak bkz. Rekabet Kurulu’nun 26.11.2014 tarih ve 14-46/831-373 Sayılı Kararı, Aktaran Aslan, 2017: 306). Bu karar, uyumlu eylem karinesinden kaynaklanan sorumluluğu ortadan kaldıracak tersine ispat kuralına bir örnek teşkil etmektedir.

2.2. Uyumlu Eylem Karinesi ve İstisnai Hâller

Rekabet hukukunda 4054 s.k. m. 4’e göre; kural olarak 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, uzlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir. Bu tip teşebbüsler arası anlaşma ya da uygulamaların yazılı ya da sözlü olmasının bir önemi bulunmamaktadır, anlaşmaların medeni hukukun şekil kurallarına uyması da aranmaz (4054 sayılı RKHK m. 4 gerekçesinden). Görüş bildiren, tespit yapan memorandumlar, tutanaklar, beyanlar, taahhütler, niyet açıklamaları, müşterek açıklamalar, genel işlem şartları, prensip anlaşmaları, çerçeve sözleşmeleri de anlaşma kavramı içerisinde değerlendirilebilir (Günay, 2014: 54). Bu çerçevede teşebbüslerin anlaşma düzeyine ulaşmayan ancak kendi bağımsız davranışları yerine ikame ettikleri pratik işbirlikleri uyumlu eylem kapsamında değerlendirilmektedir (Akipek Öcal, 2016: 43-44).

Uyumlu eylem kavramı, kanunlarda tanımlanmamaktadır. AB Rekabet Hukukunda ATAD’ın Dyestuffs kararına göre uyumlu eylem, “(...) bir anlaşmanın tamamlanması aşamasına ulaşılmamasına gerek olmaksızın, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı bilerek ikâme ettikleri, aralarında pratik bir işbirliği sağlayan bir eşgüdüm şeklindedir (Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, 64, Aktaran Kahraman, 2008: 52).” Bunun yanında, “Niteliği gereği uyumlu eylem, bir anlaşmanın bütün unsurlarını ihtiva etmez. Ancak, teşebbüslerin davranışlarından çıkarılabilecek açık bir eşgüdüm olmaksızın, sadece karşılıklı davranışların takip edilmesi suretiyle ortaya çıkabilir (Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, 65, Aktaran Kahraman, 2008: 52).” ATAD diğer kararlarında da benzer tanımlamalara yer vermiştir.

Türkiye’de Rekabet Kurumu, kararları benzerlik taşımakla beraber bir kararında “RKHK m. 4’ün lafzı ve amacından yola çıkarak şu tanımlı yapmıştır: “Uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasalardaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik veya rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması, uzun sayılacak bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası işbirliği durumudur. (Motor Yenileme Kararı, RK. 01-10/100-24, 27.2.2001, 20, Aktaran Kahraman, 2008: 57)”

Uyumlu eylem karinesi, Rekabet Kurulu’nun “Seramik, 24/2/2004, 04-16/123-26” kararında ifade edildiği şekliyle, devam eden tek bir anlaşma tanımlaması ise uzun dönemli kartellerde ilgili teşebbüslerin uzlaşmalarını tek tek göstermenin imkansızlığı nedeniyle geliştirilmiştir (Rekabet Kurulu, 2004: 147). Bu yaklaşım sayesinde deliller bütün olarak değerlendirilerek kartelin varlığı ve belirgin özellikleri ortaya konulmakta aksini gösteren bir kanıt olmadıkça ilgili teşebbüslerin bu sürecin tamamına katıldığı varsayılmaktadır (Cengiz, 2006: 150). Uyumlu eylem karinesinin kabul edilmesi sebebiyle, ancak ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak şartıyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Oligopol piyasada görülen fiyat artışları, herhangi bir rasyonel gerçekle açıklanamıyorsa uyumlu eylemden söz edilebilir.

Uyumlu eylemin varlığına rağmen, istisnai bir durum söz konusudur. Buna göre, teşebbüslerin RKHK m. 4 kapsamında uyumlu eylem gerçekleştirmesine rağmen, piyasa üzerindeki etkilerinin rekabeti bozucu etkisinin hissedilir durumda olmadığı hâllerde, yani piyasa etkisinin az olduğu hâllerde, *De Minimis* kuralı çerçevesinde yaptırıma tabi tutulmamaktadırlar (Günay, 2014: 49). Buna göre, Rekabet Kurulu'nun yaptırım uygulanması için esas kriterinin, teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birlikleri kararlarının piyasayı etkileyici yönde olması olarak anlamak gerekir. Piyasaları etkilemiş olması şartı da aranmamakla beraber, kanunun lafzında açıkça belirtildiği gibi “etkiyi doğurabilecek nitelikte” olan davranışlar da hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir.

En güncel ve ses getiren ihlâl yaptırımı kararlarından biri on iki bankaya karşı üç kat tazminat yaptırımı örneğidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, hakimiyetin kötüye kullanılması kartel oluşumuna sebebiyet vermeyecektir. Kanunun lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, Ünal Tekinalp'e göre, “üç kat tazminata, (1) kartel yasağına aykırı hareket edilmesi halinde, (2) ağır ihmalin varlığında ve (3) zarar verenlerin birden fazla olduğu ve bunların zararı birlikte oluşturdukları hallerde karar verilir. Başka bir deyişle, hafif kusurun varlığında ve hakim durumun kötüye kullanılması durumlarında veya birleşme ve devralmalarda, RKK anlamında hukuka aykırı hareket edilmişse, üç kat tazminat öngören RKK 58/2 hükmü uygulanmaz (Tekinalp, 2005: 264).”

3. KARTEL OLUŞUMUNA KARŞI YAPTIRIMLAR

Rekabet Hukuku'nun kamusal ve özel hukuk yönü bulunması dolayısıyla, kartel oluşturan piyasa aktörlerine (teşebbüslere) yüklenecek yaptırımlar hem kamusal niteliğe hem özel hukuk niteliğine sahiptir.

Kamu hukuku yönünden idari para cezaları RKHK m. 16 vd.'nda düzenlenmiştir. Konumuz kartel tazminatı olduğundan idari yaptırımlar üzerinde durulmayacaktır. RKHK'nın 56 ila 59. maddelerinde rekabetin olumsuz etkilenmesinin özel hukuk yaptırımları düzenlenmektedir. Madde 57 hükmünde belirtilen “her türlü zararı tazmin” ilkesi, rekabetin ihlâlinin sadece RKHK'da öngörülen kamusal nitelikteki cezalara ve geçersizliklere özgülenmediğini, onun özel hukukta da sonuçlar doğurduğunu açıkça belirtmektedir (Tekinalp, 2005: 259).

3.1. Kartel Tazminatı (3 Kat Tazminat) Düzenlemesi

Türkiye’de rekabet ihlallerinin özel hukuk yaptırımını talepleri yaygın değildir (Coşkun, 2017: 168). Oysa ABD ve AB uygulamaları çok farklıdır. ABD’deki özel hukuk alanındaki davalar çoğunluktadır. AB uygulamasında ise, ABAD aldığı kararlarla, ortaya çıkan zarar ile ihlâl arasında illiyet bağı bulunmak koşuluyla herkesin tazminat hakkına sahip olduğunu açıklamıştır (Coşkun, 2017: 151).

RKHK’nın 56-69’uncu maddelerin yerli hükümlerdir. RKHK danışıklı ilişkilere karşı etkin bir mücadele yürütebilmek amacıyla üç kat tazminat (treble damages action) RKHK’da yer alan diğer hükümlerin aksine Amerikan hukukundan, 15 Ekim 1914 tarihli Clayton Act’in 4. maddesinden alınmıştır; ancak üç kat tazminatın kullanıldığı ilk yasa 1623 tarihli İngiliz Monopol kanunudur (Arı, 2004: 226). Anılan hüküm uyarınca, antitröst kanunlar ile yasaklanmış olan herhangi bir davranış sonucunda işi veya malı zarar gören kişi dava açmak ve makul avukatlık ücreti dahil, uğradığı zararın üç katına kadar tazminat istemek hakkını haizdir (Tekinalp, 2005: 261). Zararın oluşması birden fazla teşebbüsün eylem ve işlemleri sonucu ortaya çıkmış ise, bu zarardan zarara sebep olanların hepsi müteselsilen sorumludur.

4054 sayılı kanuna aykırılığın özel hukuk alanındaki yaptırımlarının hukuk mahkemeleri tarafından belirlenmesine yer verilmiştir. Bunlar, RKHK m. 56 ve 58’e göre geçersizlik, sebepsiz zenginleşme ve üç kat tazminat olarak sıralanabilir. Bu nedenle rekabet ihlallerinde Rekabet Kurumu yanında adli mahkemeler de aktif olarak görevli ve yetkili kılınmıştır.

4054 sayılı kanuna aykırı eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüs niteliğinde olsun olmasın gerçek ve tüzel kişilerin, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecbur oldukları hükme bağlanmıştır. Çünkü Rekabet Kurulu’nun rekabeti sınırlayan teşebbüs hakkında vermiş olduğu ceza üçüncü kişilerin zararını ortadan kaldırmamaktadır (Arı, 2004: 216). RKHK 57’de geçen eylem, karar, sözleşme ve anlaşma kavramları RKHK m. 4’te sayılan rekabet ihlâli hâllerini kapsamaktadır.

Neticede, tazminat hukukunda temel alınan denkleştiricilik ilkesi burada uygulanmayıp, zararın giderilmesi amaç edinilmiştir. Zira tazminatın amacı zarar vereni yalnızca cezalandırmak veya sebepsiz zenginleşmeye sebep olmak olmayıp

esasen ortaya çıkan zararı gidermektir. RKHK m. 58/2 üç katına kadar tazminat gibi yüksek bir miktarın talep edilebileceğini öngörmektedir. RKHK ile getirilen türde bir düzenlemenin amacı ceza miktarının artırılması oranında caydırıcılığın artacağına düşüncesinin kabul edilmiş olmasına dayanmaktadır (Arı, 2004: 226).

4. KARTEL TAZMİNATININ MEDENİ HUKUKTAKİ HAKSIZ FİİL UNSURLARINA GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ VE FARKLI GÖRÜŞLER

Rekabetin ihlâlinden kaynaklanan zararlardan sorumlulukta hukuka aykırılığı piyasadaki rekabet düzeninin bozulması, kısıtlanması ve engellenmesine sebep olma teşkil etmektedir. RKHK’da bu sorumluluğun dayanağı hususunda özel bir düzenleme yer almadığından, m. 57’de tazminat sorumluluğu için haksız fiil sorumluluğuna dayanılarak 3 şart öngörülmüştür (Tekinalp, 2005: 261). Bunlar, hukuka aykırılık, zarar doğurması ve nedensellik bağıdır. Tekinalp’e göre, “üç kat tazminata, (1) kartel yasağına aykırı hareket edilmesi halinde, (2) ağır ihmalin varlığında ve (3) zarar verenlerin birden fazla olduğu ve bunların zararı birlikte oluşturdukları hallerde karar verilir (Tekinalp, 2005: 264).” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2015/3450 Esas 2015/11139 Karar sayılı 27.10.2015 tarihli ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2012/15359 Esas 2014/5834 Karar sayılı 25.3.2014 tarihli kararlarında bu unsurlar sayılarak hüküm kurulduğu görülmektedir. Türk doktrini ve Yargıtay kararlarında 3 kat tazminatın dayandırıldığı esas haksız fiil sorumluluğudur. “Kanun ağır kusuru tanımlamadığı için rekabetin her ihlâlinin, ağır kusur, hatta kast olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak, kanunkoyucunun amacının bu olmadığına kuşku yoktur. Ağır kusurun belirlenmesinde Borçlar Kanununun haksız fiile ilişkin hüküm ve ilkeleri geçerli olur (Tekinalp, 2005: 265).” Buna göre, medeni hukuktaki haksız fiil tazminatının unsurlarına göre değerlendirme yapmak zarureti doğmuştur.

Hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması hâlinde başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı davranışlardır. Teşebbüslerin kanuna aykırı ve yasaklanmış faaliyetlerden uyumlu eylem ve işbirliği davranışlarında bulunmaları bu kapsamda değerlendirilmektedir. RKHK m. 4 kapsamındaki ilişkiler m. 5’te öngörülen muafiyet kapsamına girmedikçe hukuka aykırılık teşkil edecektir. Hukuka aykırılığın tespiti Rekabet Kurulu’nun kararlarına dayandırılmaktadır. Her ne kadar tazminat davasına bakacak mahkemeler genel mahkemeler olarak belirlendiyse de, genel mahkemelerin böyle uzmanlık isteyen

bir Kanun'a aykırılığı tespit etmekte oldukça zorlanacakları açıktır (Aslan, 2017: 1137). Yargıtay, kararlarında fiilen ilk derece mahkemeleri yolunu kapatıp (Coşkun, 2017: 168) RK kararlarının kesinleşmesi ile beraber hukuka aykırılığın tespiti sonucu tazminat davalarına bakılacağını belirterek, RK kararının kesinleşmesini bekletici mesele olarak ele alınmaktadır (Y. 11. HD. E. 2015/5134, K. 2016/2543, T. 8.3.2016). Yapılan uygulama, 3 kat tazminatın ağır bir yaptırım olması dolayısıyla ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkmasına sebebiyet verebileceğinden RK kararının kesinleşmesinin beklenmesi kabul edilebilir gözükmektedir. Nitekim, Rekabet Kurulu rekabet hukuku ihlallerini inceleyen yegane merci olduğu için, bilirkişi delili (Coşkun, 2017: 168) bakımından RK kararının beklenmesi haklı gözükmektedir. Fakat bu yönde düzenleme getirilmesi daha sağlıklı olacaktır.

Sözü edilen eylemler, ilişkiler yahut uzlaşmalar sonucu ortaya bir zarar çıkması gerekmektedir. Bu zarar teşebbüslerin rakiplerine veya etkilenen üçüncü kişilere (müşteriler, tasarruf sahipleri), esasında zarar gören herkese (Aslan, 2017: 311) yönelik olarak ortaya çıkmaktadır. RKHK m. 58'de belirtildiği gibi, rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı, rekabetin sınırlanmasından etkilenen zarar gören teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini, elde etmeyi umdukları bütün kârlar ile geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak belirlenecek zararın 3 katını talep edebileceklerdir. Tazminat sorumluluğunun yüklenebilmesi bakımından zarara sebebiyet verenin kusuru da değerlendirilmektedir. Doktrinde kusur sorumluluğuna mı kusursuz sorumluluğa mı dayanılacağı konusu tartışmalıdır. Ancak hakim görüşe göre, rekabet ihlallerinden doğan sorumluluk kusur sorumluluğu olarak kabul edilmiştir. Ancak önemli bir nokta, kartel anlaşmaları gibi bazı rekabet ihlâli oluşturan davranışların niteliği gereği failin kusuru bulunmaksızın işlenemeyeceği gerekçesiyle ihlâlin kanıtlanması hâlinde ayrıca kusurun ispatının gerekmeyeceğidir (Akıncı, 2001: 368). Konumuz açısından, uyumlu eylem karinesi gereği teşebbüslerce aksi ispatlanmadıkça teşebbüslerin kusurlu olduğu kabul edilir.

Haksız fiil sorumluluğunun bir diğer şartı ise nedensellik bağı olup bu şart olmadan bir sorumluluktan söz edilebilmesi mümkün değildir (Arı, 2004: 230). Rekabet ortamının olumsuz etkilenmesi sonucu buna sebep olan teşebbüs ile tazmini talep edilen zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Nedensellik bağına zarara uğrayan ispatlayacağına göre, Rekabet Kurulu'nun teşebbüsler hakkında uyumlu

eylem sonucu kartel oluşumuna sebebiyet verdiği yönündeki kararlarının günümüz uygulamaları çerçevesinde yukarıda da belirtildiği gibi yargı kararıyla kesinleşmesi aranmaktadır. Yahut da, Rekabet Hukuku'ndaki tersine ispat kuralı gereği teşebbüslerin sorumluluktan kurtulabilmeleri için kartel oluşumuna sebebiyet veren davranışlara katılmadıklarını rasyonel gerekçelerle ispatlamaları gerekmektedir.

Kartel tazminatı olarak geçen üç kat tazminat sorumluluğu, Yargıtay kararlarında ve doktrinde haksız fiil hükümlerine dayandırılmaktadır. Ancak, sözleşmeye dayandırılması yönünde de doktrinde görüşler mevcut olup, sözleşmeye dayandırmanın haksız fiile dayandırılmasından ispat ve zamanaşımı gibi hususlar yönünden daha fazla menfaat sağladığı açıktır. Baskın görüş haksız fiil tazminatı olarak değerlendirilmesi yönündedir. Ancak, en güncel rekabet ihlâli örneği olan, on iki bankaya karşı açılacak davaların hukuki dayanağının toptan haksız fiil veya toptan sözleşmeye aykırılık esasına dayandıramayız (Topuz & Bakar, 2017: 182). Bir yandan, Yargıtay uygulaması çerçevesinde de haksız fiil dayanak olarak ele alınabilecekken, bir yanda zarar bankalar ile müşterilerin yaptığı sözleşmeler nedeniyle ortaya çıktığından, sözleşmeye aykırılık esasına da dayanılabilir; bir başka görüşe göre ise de bu iki kurum yarışır (Topuz & Bakar, 2017: 182). Neticede, kartel oluşturan ve 4. maddedeki eylemleri gerçekleştiren teşebbüslerin haksız kazanç elde ettiği sabittir. Aşağıda ayrıca tartışılacak olsa da, cezalandırıcı tazminatın yalnızca haksız fiillerde istenebileceği yönünde Yargıtay'ın görüşü mevcuttur; ancak Topuz ve Bakar'a göre cezalandırıcı tazminat genellikle haksız fiillerde söz konusu olsa bile sözleşmeye aykırılık hâllerinde de uygulanmasına bir kanuni engel bulunmamaktadır; nitekim TBK m. 434'te ve İş Kanunu m. 17'de hizmet sözleşmesi kapsamında üç kat tazminat öngörülmektedir (Topuz & Bakar, 2017: 189). Açıklamalar ışığında, somut olaya göre değerlendirme yapıp dayanak olarak haksız fiil ve sözleşmenin yarıştırılması menfaatler dengesi açısından uygun görünmektedir. Neticede, zarar görenin ispatlayacağı illiyet bağı bir sözleşme ile de kurulabilir, yahut başka bir ilişki neticesinde de meydana gelmiş olabilir. 3 kat tazminata hükmedilmesinde kamu yararı, caydırıcılık ve zararın tazmini amaç edinildiğine göre, illiyet bağının ispat edilmesi ile üç kat tazminatın talep edilebilmesi mümkündür. Buna engel bir husus bulunmamakta; ancak tazminatın dayandırılacağı esasın tespitinde özen gösterilmelidir. Çünkü, dayanak esasa göre yargılamaya ilişkin hukuki yöntemler değişebilmekte ve menfaatler açısından farklılık doğabilmektedir.

4.1. Kartel (Üç Kat Tazminat) Tazminatının Hukuki Niteliği ve Bunun Sonucu Olarak Hakimin Yetkisinin Tartışılması

RKHK'nın tazminat hususunda getirdiği bazı düzenlemeler genel medeni hukuk tazminat sisteminden farklıdır. RKHK hem tazminatın hesaplanmasında, hem ispatlanmasında, hem de diğer şartlarında genel kurallardan ayrılmıştır (Aslan, 2017: 310). Yukarıda bahsedilen, üç kat tazminatın dayandırılacağı esasın haksız fiil mi sözleşme mi olduğu tartışması yanında, kartel tazminatının hukuki niteliği de doktrinde tartışma konusu olmuştur. “Bir görüşe göre, bu tazminat medeni bir ceza niteliğindedir. Gül’e göre, kanun koyucu bir çeşit medeni ceza öngörmüş; yazar, piyasalarda rekabetin sağlanması için adli mahkemeler yolunun seçilmesinin teşvik edilmek istendiğini ve “oranına ifadesi yerine oranında” ifadesi kullanıldığından üç kat tazminata hüküm verilebileceği, daha azına hüküm verilemeyeceği, yani bağlı yetkiye sahip olduğunu kabul etmektedir (Aktaran Aslan, 2017: 1148). Diğer görüşe göre cezai tazminattır. Üçüncü bir görüşe göre ise cezai şarttır. (Arı, 2004: 228)” Kanuni ceza şartı olarak Topçuoğlu’nun nitelendirmesine göre, üç kat tazminat talebi m. 58/II’de öngörülen durumlarda sınırlı olarak kabul edilecektir, zira kanun koyucu diğer tazminat maddelerinde bilerek kusur şartı öne sürmüyüp, yalnızca üç kat tazminatla sınırlı olarak kusur şartını dikkate almaktadır (Topçuoğlu, 2009: 17). Amerikan hukukunda kullanılan “punitive damages” ifadesi Türkçe karşılığında “ceza tazminat”, “ceza tazminatı”, “medeni ceza”, “hususî ceza” veya tercih ettiğimiz şekilde “cezalandırıcı tazminat” kavramı kullanılmaktadır (Topuz & Bakar, 2017: 166). Bu tür tazminat, Başoğlu’na göre “zarara sebep olan kişinin kötü niyetinden veya başkalarının haklarını pervasızca önemsememesinden kaynaklanan ölçüsüz davranışları nedeniyle, bu kişinin sebep olduğu zararın üzerinde bir tazminat ödemesini öngören bir özel hukuk yaptırımı”dır (Başoğlu, 2016: 618). Yani, caydırıcılık, ağır kusur ya da pervasızca davranış sonucu ihmal karşısında bu yaptırımın amaçlarındandır. Kanunun düzenlemesinden yalnızca zararın tazmin edilmesinin amaçlanmadığı anlaşılmaktadır. Gerçekten rekabetin korunmasına ilişkin hükümlerin ihlâlinden kişiler zarar görebilir ama hiç şüphesiz ki bundan daha fazla zararı ülke ekonomisi görür (Aslan, 2017: 1138). RKHK m. 58’de düzenlenen 3 kat tazminat cezası, yalnızca kişilerin zararlarının tazmini amacı gütmeyip, idari makamların yetersiz kaldığı durumlarda özel kişilerin açacağı dava yolu ile rekabet ihlallerinin önlenmesini de hedeflemektedir; bu bir çeşit cezai tazminattır (Aslan, 2017: 312). Bu noktada, üç kat tazminat kapsamında zarar miktarının belirlenmesi önemlidir. RKHK, üç kata kadar tazminatın uğranılan maddi zarar ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârın üç katı oranında olacağını

öngörmektedir. Bu kapsamda, bazı yazarlara göre manevi zararlar, fiyat artışı dolayısıyla oluşan mal ya da hizmetin bedelinin farkı, mahrum kalınan kâr, uğranılan maddi zarar, ihlâlde bulunanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârlar talep edilebilecektir (Aslan, 2017: 315). “Zarar verenlerin kâr elde etmediklerini yönelik itirazları onları sorumluluktan kurtarmayacaktır. Çünkü kanun kârın fiilen elde edilmesini şart koşmamıştır. Kârını elde edilmesinin ihtimal dahilinde olması yeterlidir (Arı, 2004: 228).” Sorun üç katı tazminata hangi şartların gerçekleşmesi halinde karar verilebileceği noktasında yoğunlaşmaktadır; doktrinde, daha çok “*üç katı tazminat*”ın kaynağı ve niteliği tartışılmıştır (Tekinalp, 2005: 264). Buna göre, zarar görenin talebi, ihlâl fiilini gerçekleştiren zarar verenin ağır ihmali ya da kastının varlığı üç kat tazminata hükmedilmesi için aranan şartlardır. Başoğlu'nun cezalandırıcı tazminata ilişkin yaptığı tanıma göre, kartel tazminatı bu şartları karşılamakta, hatta doktrinerler tarafından Türk hukukundaki cezalandırıcı tazminatın kuşkusuz en iyi örneği olarak görülmektedir (Topuz & Bakar, 2017: 169).

Yukarıda yapılan tartışmalar neticesinde, kartel tazminatının hukuki niteliği hakimin tazminata hükmetme konusundaki yetkisinin mahiyeti belirlenmektedir. Üç kat tazminat bakımından gerek tazminatın kapsamı gerek tazminatın verilmesinde hakimin yetkisi doktrinde tartışmalı olduğu yukarıda belirtilmişti. RKHK m. 58/II'deki “*üç katı oranında tazminata hükmedebilir*” ifadesi açık bir ifade olmadığından, yorumlanması gerekmektedir. Bu da tartışmalara yol açmaktadır. Bir görüşe göre RKHK m. 58/2'de belirtilen üç kat tazminat üç katına kadar şeklinde yorumlamak gerekir (Coşkun, 2017: 169) ve hakimin yetkisinin takdiri olduğunun kabulü gerekir. Yani, üç katına kadar tazminatı ihlâlin niteliğine ve kusura göre hakimin takdirine bırakmak gerekir; ve hakim somut olaya göre en fazla üç kata kadar tazminata hükmedebilir (Aslan, 2017: 316). Diğer görüşe göre üç kat tazminat cezai bir tazminattır. Aslan'ın görüşü de bu yöndedir. Yani, 58/II hükmünün koşulları gerçekleşmişse hakim 3 kat tazminata karar vermek zorundadır (Aslan, 2017: 316). Hakimin tazminatın oranına karar vermektен ziyade, genel haksız fiil kaidelerinden ayrı olarak cezai tazminat koşullarının ya gerçekleştiğine ya da gerçekleşmediğine karar vermesi gerekmektedir. Yani, bu görüşe göre hakimin yetkisi bağlı yetkidir. Eğer bu şartlar gerçekleşmişse hakim üç kat tazminata hükmetmek zorundadır. Üç katına kadar tazminata hükmedemez. Eğer üç kat tazminat şartları gerçekleşmemiş ise RKHK m. 58/1 uygulanacaktır (Arı, 2004: 227).

Aslan'ın düşüncesi yukarıda ifade edilmişti, buna göre cezai tazminatın 58/II'de öngörülen şartları gerçekleşmişse, hâkimin üç kat tazminatı vermeme veya azaltma yönünde takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Şahin'e göre ise, kanun hakime bu konuda bir takdir yetkisi tanımamaktadır; hakimin takdir yetkisinin olduğunun kabulü için madde hükmünün "uğranılan maddi zararın üç katına kadar tazminata hükmedebilir," şeklinde olması gerekir (Akipek Öcal, 2016: 97).

RKHK 58. maddenin 2. fıkrasındaki şartlar (kast veya ağır kusur) gerçekleşmiş ise hâkim, üç kat tazminata karar vermelidir; kanun, her ne kadar m. 58/2 cümlesini "hükmedebilir" yüklemi ile bitirse dahi, bu konuda hâkime bir takdir yetkisi tanınmadığını söylemek isabetli olacaktır (Akipek Öcal, 2016: 96). Nitekim, üç kat kartel tazminatı bir tür cezai tazminattır.

4.2. Kartelleşme Tehlike Suçu Mu, Zarar Suçu Mu?

İdare hukuku alanında yaptırım düzenlenmesinde korunan yarar kamu yararıdır. Amaç ise, kamu düzeninin korunması ve kamu düzenini bozucu eylemlere karşı caydırıcılığın sağlanmasıdır. Böylece, kartel tazminatına yaptırım öngörülmesi ile korunan hukuki değer de kamu yararıdır. Korunan hukuki yararın ihlâl edilmesi dış dünyada bir değişiklik meydana getirir. Bu değişiklik kural olarak iki aşamadan oluşmaktadır. "Hareket birinci aşamada bir hukuki yararı tehlikeye sokar, tehdit eder; ikinci aşamada hukuki yarara zarar verir. Zarar suçları, suçun tamamlanması için hukuki yarar zarar verilmesi gereken suçlardır. tehlike suçları ise suçun tamamlanması için hukuki yararın tehlikeye sokulmuş olmasının yeterli olduğu suçlardır (Cengiz, 2006: 337)."

"RKHK m. 4'teki rekabeti bozucu işbirliklerinin hukuka aykırılık koşulları açıklanırken bu düzenlemenin açık ifadesi gereği hem amaç hem de etki grubu işbirliklerinin hukuka aykırılık oluşturabilmeleri için yapılmalarının yeterli olduğu, uygulanıp rekabeti bozucu fiili etkiler yaratmış olmalarının gerekli olmadığı hususu burada bir tehlike suçunun düzenlenmiş olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak diğer bir görüşe göre ilgili piyasadaki fiili etki kavramının kapsamı rekabeti bozucu paralel davranışların yeterli olmadığı, sonuç itibari ile rekabetin bozulmuş olmasının gerekli olduğu şekilde yorumlanıyorsa bir zarar suçu ortaya çıkacaktır (Cengiz, 2006: 339)."

Ancak, uyumlu eylem, uzlaşma, anlaşma hususlarında kartel oluşumunun ispat zorluğu göz önünde bulundurulduğunda, doğrudan delillerle beraber dolaylı delillerin ve özellikle kartel oluşumunun RKHK'nın 4. maddesinde sayılan ihlalleri gerçekleştirerek piyasada oluşturduğu etki uyumlu eylemin varlığına karine teşkil ettiğinden, bu tür rekabet ihlallerinin zarar suçu olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülmelidir. Aksi halde, bu rekabet ihlallerinin piyasa üzerindeki etkisi yani ihlalin neticesi uyumlu eylemin varlığına karine teşkil ettiği kabul edilmezdi. Karine olması, ispat edildiği anlamına gelmemekle beraber, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerce aksi ispatlanmadıkça uyumlu eylemin varlığı doktrinde, Yargıtay ve RK kararlarında kabul edilmektedir. Nitekim, yukarıda belirtildiği gibi uyumlu eylem karinesi ispat yükünü tersine çevirmiştir. Tabi, farklı bir senaryo ile bir somut husus değerlendirmesi yapmak gerekirse, RKHK'nın hükümlerini ihlâl etmeye hazırlanan bir etki ve işbirliği grubu Rekabet Kurumu'nun soruşturmasına konu edilir ve henüz faaliyete geçmeden tespit edilirse, bu durumda zarar oluşumu aranmamalı, tehlikenin varlığı ihlalin gerçekleşmiş olması için yeterli kabul edilmelidir. Zaten RKHK'nın 4. maddesinde, piyasada rekabeti ihlâl edici etki doğuran ve "doğurabilecek nitelikte olan" teşebbüslerden bahsedilmektedir. Dolayısıyla, sorumluluk için zararın varlığının şart olmadığı kabul edilmelidir. Sonuçta, hükmün lafzından yola çıkarak iki durumda da bir ihlalin varlığı ortadadır. RKHK 4. maddenin ihlali, hem zarar hem tehlike suçu niteliğini ihtiva ediyor gözükmektedir.

4.3. Kartel Tazminatının Kapsamı (maddi ve manevi tazminatı ihtiva edip etmediği) ve Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Çerçevesinde "Kartel" Kavramının Değerlendirilmesi

RKHK m. 58/II'deki düzenlemenin amacı yukarıda anlatılanlar kapsamında, kamusal yönden kamu düzeninin korunması ile caydırıcılık ve özel hukuk yönünden ise zarar görenlerin zararının tazmin edilmesidir. Diğer taraftan öğretilerde bu düzenlemenin zarar gören kişilere dava açmaya teşvik edici etkisi ve zararın miktarının kesin olarak belirlenemediği durumlarda zarar gören lehine bir işlevinin olduğu da vurgulanmaktadır (Cengiz, 2006: 403). RKHK 58/I'in kapsamına uyumlu eylem gerçekleştirerek kartel oluşturulması ve hakim durumun kötüye kullanılması da girmektedir. Oysa 58/II kapsamına teşebbüslerin anlaşması ya da kararı veya ağır ihmali sonucu m. 4'teki eylem ve işbirliklerinin gerçekleştirilmesi girmektedir. RKK 58/1 uyarınca, rekabetin engellenmesi, bozulması ve kısıtlanmasından zarar görenlerin "*ödedikleri bedelle rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedeli arasındaki fark*" zararı oluşturur (Tekinalp, 2005: 263).

RKHK m. 58/I, c. 2, kartel fiyatı zararı ile tekelci fiyat zararı dışındaki her türlü zararı içerir (Tekinalp, 2005: 263). Madde cümlesinde “*Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ve teşebbüslerden talep edebilirler.*” şeklinde ifade edilmiştir. Hükümde yer alan “bütün zararlar” zararın kapsamı hakkında bir nitelendirme olup, zararın türüne ilişkin değildir. Bu sebeple “bütün zararlar” ibaresini maddî zararlar yanında manevi zararların da istenebileceği şeklinde yorumlamamak gerekir (Tekinalp, 2005: 263). Maddede sözü edilen zarar maddî zararlardır. Kanun hükmüne göre maddi zararların talep edilmesi mümkündür. “Bazı yabancı hukuk düzenlerinin sistemleri içinde yer alan zararların bu bağlamda Türk hukukunda da istenebileceği sonucuna varılabilmesi için titiz ve özenli bir sistemler araştırması yapmak gerekir. Bu yönden yansıma zararlar önem kazanabilir. Kanun maddî zararlar içinde yoksun kalınan kârı açıkça zikretmiş ve bu tür zararın ispatının geçmiş yıllara ait bilançolarla tespit edilmesini öngörmüştür (Tekinalp, 2005: 263).”

“RKK m.58/2 anlamında ağır kusurdan söz edebilmek için, zarar verenin iradesini, ihmâl suretiyle değil bilinçli olarak ve zarar sonucunu hedefler şekilde saptırması gerekir. Saptırma da sadece rekabetin bozulması, engellenmesi veya kısıtlanması yönünde değil, rakibe zarar vermek şeklinde olmalı; genel değil özel nitelik taşımalıdır (Tekinalp, 2005: 265).” RKHK m. 58/II kapsamında tazminata hükmedilebilmesi için 3 koşul gerekmektedir. Kusura ilişkin yukarıdaki açıklamalar neticesinde, anlaşma ve kararların kast ya da ağır ihmâl derecesinde olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Madde hükmü gereği, zarar görenlerin talebi de aranmaktadır. Yani, hakimin taleple bağlılığı ilkesi üç kat tazminata hükmedilmesi için şart koşulmuştur. Son olarak ise, zararın tespiti açısından zararın niteliği önem taşımaktadır. Kanunda maddi zarar açıkça ifade edilse de zaten bu tür tazminata uygun olan zararlar maddi nitelikli zararlardır; manevi zararlar bakımından zararın kapsamına ilişkin kesin bir sınır olmadığından, bu tür bir tazminata gereksinim bulunmamaktadır (Cengiz, 2006: 404).

Maddi zarar bir kimsenin malvarlığındaki haksız olarak meydana gelen eksilmeyi ifade ederken, manevi zarar, bir kimsenin şahıs varlığında haksız olarak meydana gelen zararı ifade eder. İsim resim ve ticari itibarî şahıs varlığına örnek olarak vermek mümkündür (Arı, 2004: 229). Manevi tazminatın doğması için zarar görenin haksız davranış sonucu acı ve elem duyması aranmaktadır. Rekabet ihlâlinden doğan zararların manevi zararı içerip içermediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, boykotlar rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin kısıtlanması, ayrımcı

davranışlar sonucu teşebbüslerin piyasayı terke zorlanması veya piyasaya giriş engelleri oluşturulması, teşebbüslerin iç huzurunu, girişim özgürlüğü ve cesaretini ihlâl etmesi nedeniyle, manevi tazminat şartlarının da oluştuğunu kabul etmek gerekir (Aslan, 2017: 314). Müşteriler açısından ise, piyasaya olan güvenlerinin sarsılması, iç huzurlarının bozulması ve yüksek faizleri ödemeye çalışırken ekonomik hayatlarının kaygı ve endişelerle geçmesi manevi tazminat talebi için sebep teşkil edecektir (Akipek Öcal, 2016: 120). Diğer bir görüşe göre, “rekabetin kısıtlanmasından doğan zararlar, manevi tazminat talepleri ile bağdaşmaz. Bu zararların etkisi genellikle üçüncü kişilerin mal varlığı üzerinde görülür. Oysa, manevi tazminatın amacı, mağdurun elem ve ızdıraplarının giderilmesidir. Öte yandan rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler, piyasadaki rekabet düzenini değiştirmeyi amaçlar. Bunun sonucu tüketiciler daha fazla para ödemek zorunda kalırken, rakip teşebbüsler kâr elde edemezler (Arı, 2004: 229).” Belirtilen durumlar bakımından manevi tazminatın talep edilebilmesi mümkündür. Manevi tazminatın koşulları karşılanıyorsa talep edilebilmesi mümkün olacaktır. Üç kat tazminatı öngören m. 58/II’de, “tazminatın maddi olması gerektiğinin açıkça belirtilmiş olmasına rağmen RKHK m. 58/1’de bu tür bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, RKHK m. 57 kapsamında manevi zarar da talep edilebilir. Bununla birlikte, rekabet hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda manevi tazminatın pek mümkün olmadığını da kabul etmek gerekir (Arı, 2004: 230).”

Ancak, hâkim manevi tazminatın tazmini biçimi noktasında davacının talebiyle bağlı değildir; TBK m. 58/2’ye göre, hakim manevi tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına karar verebilir (Akipek Öcal, 2016: 120). Coşkun’un ifadesine göre, üç katı tazminat manevi tazminat hakkı dışında seçimlik bir haktır (Coşkun, 2017: 159). Neticede, madde hükmünde de öngörüldüğü üzere, zarar gören her türlü maddi tazminatını, zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârlarını üç katı oranında talep edebilecektir. Buna göre, düzenlemede ortaya konan üç kat tazminat manevi olarak talep edilemeyecektir; kanun koyucu fiili zarar (hükümde geçen maddi zarardan fiili zarar kastedildiği düşüncesindeyiz) ve *kâr mahrumiyetine* hasreder biçimde üç kat tazminatı öngörmüştür (Topuz & Bakar, 2017: 57). ABD Hukukunda zarar kavramına manevi zararlar girmemektedir; keza, AB Rekabet Hukuku kuralları gereği de manevi tazminat mümkün değildir (Aslan, 2017: 314).

Maddi veya manevi tazminatın doğumu için dayanak gösterilen haksızlığın ya da suçun kanunda düzenlenmesi ilke olarak kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak, “kartel” suçunun kanunda değil de yönetmelikte tanımlanması doktrinde tartışma konusu olmuştur. Nitekim, kartel kavramı Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’te 3. maddenin (ç) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, Kartel: “*Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler*” olarak ifade edilmiştir. Rekabet Kurulu’nun 8.3.2013 tarihli kararı gerekçesinde kanunda bulunmayan “kartel” adlı bir kabahat tipi yaratıldığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Reşat Gürpınar’ın farklı gerekçesinde belirttiği şekilde, RKHK 4. maddede sayılan fiiller arasındaki ayırım Yönetmelikle suç tipi yaratılarak değil, cezayı ağırlaştıran veya hafifleten nedenlerle yapılabilecek ve saptanacak ceza oranları ile yapılabilecek bir husustur (Rekabet Kurulu, 2013: 161). Gürpınar’a göre, Anayasanın 167. hükmünün kabahat tipi yaratılmasına gerekçe teşkil etmeyecektir, belirtilen sebeplerle yaratılan kabahat/suç tipinin hukuka açıkça aykırı bulunmaktadır. Rekabet Hukuku’nun istisnai ve karma doğası gereği bu tip bir düzenlemenin de istisnai olarak bu alanda kabul edilebileceği yönünde görüş bildirilebilmesine karşın, bu tip bir görüşün hukuk güvenliğini zedeleyeceği ve telafisi imkânsız zararların doğabileceği göz önünde bulundurulabilir. Gürpınar’ın gerekçesinin kabul edilmesi ile birlikte, bu yaptırımın uygulanmayacağı kabulü gerekir. Ancak, üç kat (kartel) tazminatının amaçları göz önüne alındığında bu yaptırımın uygulanmaması da zarar doğuracaktır. Bu sebeple kartel tanımının kanuna alınması ve kanunîlik şartının da gerçekleştirilmesi faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Fakat bu durumda da, soruşturma aşamasında olan kartel oluşumlarına uygulanacak yaptırımlar açısından kanunun geçmişe yürürlüğü sorunu mevcuttur. Doktrinde tartışma mevcut olup uygulamada etkili olan Yargıtay kararları yukarıda açıklanmıştır.

5. SONUÇ

Çalışmamız aracılığı ile kartel tazminatının hukuki mahiyetinin sınırlarının çizilmesi, bu yolla uygulamada ve teoride yaşanan tartışmaların ve belirsizliklerin giderilmesine katkı sağlanması amaçlanmaktadır. Bu suretle çalışmamızda hem özel hukuk hem kamu hukuku boyutu ele alınmış, uygulamada karşılaşılan örnekler kanun hükümleri ile birlikte değerlendirilerek kavramın fiili ve yasal sınırları tespit edilmeye çalışılmıştır.

RKHK m. 4'te sayılan fiilleri işleyen iktisadi teşebbüsler aleyhine, kanunun tazminata ilişkin 56 ilâ 59. maddeleri ile rekabet ihlâlinin özel hukuk alanındaki yaptırımları düzenlenmektedir. Kanunun 58. maddesinin ikinci fıkrası özel bir tazminat öngörerek üç kat (kartel tazminatı) tazminat hususunu düzenlemiştir. Metinde üç kat tazminata ilişkin doktrindeki ve RK kararlarındaki tartışmalar ışığında kartel tazminatının hukuki mahiyeti hususuna açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Tartışmalar, tazminatın dayanağını teşkil edecek hukuki kurum, kartel tazminatının hukuki mahiyeti ve buna bağlı olarak üç kat tazminata hükmedecek ilk derece mahkemesi hakiminin yetkisi, kartelleşmenin ceza hukuku kapsamında nitelendirilmesi, tazminatın kapsamı ve kanunilik ilkesi noktalarında ortaya çıkmaktadır. Buna göre, kartel tazminatı kavramının hukuki çerçevesi uygulamadan örneklerle ve teorik açıdan aktarılmış ve belli konularda hukuki çerçevede görüş değerlendirmesinde bulunulmuştur. Bu tartışmalar ve üç kat tazminatın kapsamı hususunda karşılaştırmalı hukuk yöntemi de kullanılmıştır.

Netice olarak, üç kat kartel tazminatının, hukuk sistemimizde alışılmış olan haksız fiil tazminatına benzer ve fakat kendine özgü karakteri olduğu ortaya konmaya çalışılmıştır. Nitekim, kanun koyucunun iradesi bu yönde olmakla birlikte tartışmalar da buradan doğmuştur. Önemli bazı hususlardan bahsetmek gerekirse, RKHK m. 58/II'de öngörülen tazminatın talebi ilk derece mahkemelerinin görev alanında olsa da, rekabet ihlâline ilişkin Rekabet Kurulu kararının bekletici mesele yapılması Yargıtay kararlarında istikrar kazanmıştır. Tazminatın hukuki mahiyetinin baskın görüş ve yine Yargıtay kararları çerçevesinde değerlendirilmesiyle cezalandırıcı tazminat olarak kabul gördüğü anlaşılmış, buna göre hakim tazminata hükmetme yetkisinin madde hükmünden açıkça anlaşılmasa da bağlı yetki olarak kabul edildiği sonucuna varılmıştır. Son olarak, kanunilik sorunu hâlâ tartışmaya açık olmakla beraber bu aşamada kanuni düzenleme yapılmasının da yaratacağı sorundan bahsedilmiştir. Bu kapsamda, kartel tazminatı kavramının hukuki çerçevesi çizilmeye çalışılmış olmakla, Rekabet Hukuku görece yeni ve karma bir hukuk alanı olduğundan tartışmalar ve çözümler ile ilerlemesi, kanun koyucunun amacı olan kamu yararının gerçekleştirilmesi, ekonomi piyasalarının sağlıklı ve güvenli olarak işleminin sağlanması önem arz etmektedir. Çalışmamızda kartel tazminatı kavramının ve kartel oluşumlarının benzeri kavramlardan ayırt edilmesi, özel hukuk ve kamu hukuku boyutuyla hukuki niteliğinin ve dolayısıyla sınırlarının tespit edilmesi, bu suretle uygulama ve teorideki tartışma ve belirsizliklerin aydınlatılması amaçlanmıştır.

YAZARIN BEYANI

Katkı Oranı Beyanı: Yazar çalışmaya tek başına katkı sağlamıştır.

Destek ve Teşekkür Beyanı: Çalışmada herhangi bir kurum ya da kuruluştan destek alınmamıştır.

Çatışma Beyanı: Çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar çatışması söz konusu değildir.

KAYNAKÇA

Akıncı, A. (2001). Rekabetin Yatay Kısıtlanması. Ankara: Rekabet Kurumu.

Akipek Öcal, Ş., Kırkbeşoğlu, N. & Tokbaş, H. (2016). Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Tazminat (Kartel Tazminatı) Davası Rehberi. İstanbul: Aristo Yayınevi.

Arı, Z. (2004). Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Aslan, İ. Y. (2017). Rekabet Hukuku: Teori ve Uygulama. 5. Baskı. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

Aslan, İ. Y. (2017). Rekabet Hukuku Dersleri. 6. Baskı. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

Başoğlu, B. (2016). “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımını ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi,” Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Cilt II, İKÜHFD, 15:1, 617-637.

Cengiz, D. (2006). Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları. İstanbul: Beta Basım A.Ş.

Coşkun, S. Y. (2017). “Rekabet Hukukunda Üç Katı Tazminat Davası: Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri.” Journal of Current Researches on Social Sciences. 7:1, 149-172.

Günay, C. İ. (2014). Rekabet Hukuku Dersleri. Ankara: Yetkin Yayınları.

Kahraman, Z. (2008). Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık. İstanbul: Beta Basım A.Ş.

Kekevi, H. G. (2008). ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını.

Rekabet Kurulu. (2004). Seramik Dosyası, 24/2/2004, 04-16/123-26, s. 147. www.rekabet.gov.tr

Rekabet Kurulu. (2013). Dosya Sayısı: 2011-4-91, Karar Sayısı: 13-13/198-100, Karar Tarihi: 08.03.2013, s. 155. www.rekabet.gov.tr

Tekinalp, Ü. (2005). “Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları.” Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 259-265.

Topçuoğlu, M. (2009). “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat.” Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 5-60.

Topuz, M. & Bakar, G. (2017). On İki Banka Üzerinden Uyumlu Eylem İle Kartel Oluşturan Bankaların Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Seçkin Yayıncılık.