

Fikir ve Sanat Eserleri Bağlamında Tecavüzün Ref'i Davası ve Üç Kat Bedel Sorunu

Hakemli Makale

Aytül ÖZKAN

Avukat, Ankara Barosu

Lawyer, Ankara Bar Association

Ahmet Fatih ÖZKAN

Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Dr. Gazi University Faculty of Law, Department of Commercial Law

İÇİNDEKİLER

Giriş	105
I. Tecavüzün Ref'i Davası	107
A. Genel Olarak	107
B. Koşulları	108
C. Tarafları	109
D. Görevli ve Yetkili Mahkeme	111
E. Zamanaşımı	112
II. Tecavüzün Ref'i Davası Kapsamında Üç Kat Bedel İstenmesi	113
A. Genel Olarak	113
B. Üç Kat Bedele Esas Alınan Ölçütler	114
C. "Üç Kat Fazla"nın Hesaplanmasındaki Tartışmalar	115
D. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu	117
E. Yargıtay Uygulamasında Üç Kat Bedel	118
III. Mevzuatta Üç Kat Bedelin Öngörüldüğü Diğer Durumlar	121
A. Genel Olarak	121
B. Rekabet İhlali Durumunda Üç Kat Tazminat	122
C. FSEK ve RKKH'da Üç Kata İlişkin Düzenlemelerin Karşılaştırılması	123
D. Rekabet Hukuku Uygulamasında Üç Kat Tazminat	124
Sonuç ve Değerlendirme	130
Kaynakça	133

ÖZET

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hak sahibine, eseri üzerindeki mali ve/veya manevi haklarının ihlali durumunda tecavüzün ref'i davası açma yetkisi tanımakta ve "sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını" davalıdan isteme imkânı vermektedir. Söz konusu düzenlemenin, "tamı tamına üç kat" mı, yoksa "üç katına kadar" mı olduğu yoruma açık olsa da, fikri mülkiyet haklarına yapılacak ihlalleri caydırmak amacıyla öngörüldüğü ifade edilmektedir. Benzer bir düzenlemeye 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da rekabet ihlali nedeniyle açılacak özel hukuk tazminat davası bağlamında da yer verilmiştir. Bu makalede mali haklarının ihlali durumunda hak sahibine tanınan bir hukuki koruma yöntemi olan tecavüzün ref'i davası incelenmekte ve bu dava özelinde üç kat bedel konusu Yargıtay içtihatları ve öğretideki farklı görüşler ışığında tartışılmaktadır. Makale, üç kat bedel isteme imkânının fikri mülkiyet haklarının etkin bir biçimde korunması amacına hizmet ettiğini, ancak gerek Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki gerekse Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'daki ilgili hükümlerin yapılacak bir yasa değişikliğiyle "üç katına kadar" şeklinde yeknesak hale getirilmesi ve konuyla ilgili hâkimlere takdir yetkisi verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Anahtar Kelimeler

Fikri mülkiyet hakları, Zarar, Tecavüzün ref'i davası, Tazminat davası, Rekabet ihlali

ABSTRACT

The Action for Cessation of Infringement in the Context of Intellectual and Artistic Works and the Issue of Treble Damages

The Act on Intellectual and Artistic Works no: 5846 grants right holders the right to bring an action for cessation of infringement in case of violation of their economic and/or moral rights, as well as the right to claim three times the amount of contractual value or market value of the infringed work from the defendant. Although it is debateable whether this amount is "exactly three times" or "up to three times" the contractual or market value, it has been argued that seeking treble damages aims to deter infringements of intellectual property rights. A similar provision can also be found in the Act on the Protection of Competition no: 4054 in the context of private action for damages for infringement of competition rules. This article analyses the legal remedy of action for cessation of infringement, as well as the right to seek treble damages in the light of the judgments of the Court of Appeals and the conflicting views in the literature. It argues that while seeking treble damages serves to effectively protect intellectual property rights, the relevant provisions of both the Act on Intellectual and Artistic Works and the Act on the Protection of Competition should be amended as "up to three times" and the judge should enjoy discretion in this regard.

Keywords

Intellectual property rights, Damages, Action for cessation of infringement, Action for damages, Infringement of competition

Giriş

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK); bir fikri çaba ve faaliyetin ürünü olan, "sahibinin hususiyetini taşıyan" ve "Kanunda sayılı kategorilerinden birine dâhil olan" bir eser üzerinde, eser sahiplerinin, veya devir vb. durumlarda ilgili diğer hak sahiplerinin, manevi ve mali hakları hem düzenlenmekte, hem de korunmaktadır. FSEK'in 13. maddesinde "[f]ikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür" denilmek suretiyle, hak sahiplerinin manevi haklarının (m.14-19) ve mali haklarının (m.20-29) söz konusu Kanun hükümleri uyarınca korunacağı açıkça belirtilmiştir. FSEK, manevi ve mali hakların korunması noktasında genel olarak iki farklı koruma yöntemi kabul etmiştir: hukuk davaları (m.66-70) ve ceza davaları (m.71-75). Eser sahibinin açabileceği hukuk davaları olarak ise FSEK'te üç farklı dava türü öngörülmüştür: "tecavüzün ref'i davası" (m.66-68), "tecavüzün men'i davası" (m.69) ve "tazminat davası" (m.70).

Tecavüzün ref'i davası (veya ref davası) (*Beseitigungsklage*), hak sahibinin mali ve/veya manevi hakları ihlal edilmişse ve söz konusu ihlal halihazırda devam ediyorsa açılabilir olan hukuk davasıdır. FSEK'te yapılan düzenlemedeki biçimiyle tecavüzün ref'i davası, tecavüzün giderilmesine ve birtakım tedbirlerin alınmasına hizmet eder. Örneğin intihal halinde bir heykel ya da yağlı boya sergilendiği yerden kaldırılır, yer aldığı katalogdan çıkarılır.¹ Tecavüzün men'i davası (veya men davası) (*Unterlassungsklage*), mali ve/veya manevi hakların ihlal tehlikesinin bulunduğu durumlarda söz konusu tehlikeyi ortadan kaldırmak veya ileride doğabilecek bir ihlali önlemek amacıyla açılabilir olan hukuk davasıdır. Örneğin bir edebiyatçı, kendisinden izin alınmadan eserinin tiyatroya uyarlanarak sergilenmek üzere olduğunu öğrenince, henüz tehlike aşamasında bulunan bu ihlali önlemek için men davası açabilir.² Son olarak, tazminat davası (*Schadenersatz*) ise manevi ve/veya mali hakların ihlali nedeniyle uğranılan zararların tazmini için açılabilir.

Hak sahibinin mali ve manevi haklarının korunması noktasında bu davaların rolüne bakıldığında tecavüzün ref'i davasının, mali ve/veya manevi haklara devam eden mevcut bir tecavüzün sona erdirilmesine ve var olan etkilerinin ortadan kaldırılmasına hizmet ettiği görülmektedir. Tecavüzün men'i davasında, mali ve/veya manevi haklara henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleşme ihtimali bulunan bir tecavüzün önlenmesi ve olası etkilerinin hiç doğmaması amaçlanmaktadır. Bu iki dava ile ya mevcut bir tecavüz ortadan kaldırılır, ya da olası bir tecavüz önlenir. Mali ve/veya manevi hakların ihlali nedeniyle hak sahibi açısından bir zarar oluşmuş ise bu zararın tazmin edilmesi için tazminat davası açılması gerekmektedir. Bu zarar maddi olabileceği gibi, manevi de (hak ihlali nedeniyle duyulan acı, elem veya ıstırap) olabilir. Ancak FSEK bu üç davaya ek olarak hak sahibine mali haklarının ihlali durumunda başka bir imkân daha sunmaktadır.

1 UYGUR, Atiye, **Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 149.

2 UYGUR, 2004, s. 149.

FSEK uyarınca mali hakların ihlali nedeniyle açılan tecavüzün ref'i davası kapsamında hak sahipleri, kendilerinden izin alınmadan eserlerini işleyen, çoğaltan, yayan veya bir şekilde umuma iletenlerden *"sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir"* (m.68/1). Benzer biçimde hak sahipleri, eserlerinin izinsiz çoğaltılan kopyaları henüz satışa çıkarılmasa da mali haklarını ihlal edenlerden *"sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir"* (m.68/2). Bu hükümler hak sahiplerine ek bir imkân tanımakta ve mali haklarının ihlali durumunda "üç kat bedel" isteme yetkisi vermektedir. Buna göre hak sahibinin mali haklarını ihlal edenlerin, hak sahibi ile söz konusu hakların kullanımına ilişkin bir sözleşme yapmış olsalardı hak sahibine bir miktar para (bedel) ödeyeceği varsayımından hareket eden kanun koyucu, hak sahibine bu bedelin "üç kat fazlasını" isteme hakkı tanımıştır.

Belirtmek gerekir ki her ne kadar bu imkân ilk bakışta tazminat davası kapsamında eser sahibinin uğradığı zararın "üç kat fazlasını" isteme hakkı gibi görünse de FSEK'in sistematiğine bakıldığında bu imkân tazminat davası bağlamında değil tecavüzün ref'i davası bağlamında öngörülmüştür. Dolayısıyla bu düzenlemeyle birlikte hak sahibine tazminat davası sonucu isteyebileceği maddi veya manevi zarardan bağımsız olarak bedel isteme imkânı tanınmıştır. FSEK'te kullanılan "bedelin üç kat fazlasını" ibaresi de bunun bir "üç kat tazminat" olmadığını göstermek açısından açıklayıcıdır. Ancak bu ibare, hak sahibinin isteyeceği bedel miktarının tam olarak ne olabileceği konusunda aynı belirliliği göstermemektedir. Bu ibarenin hak sahibinin söz konusu bedelin tamı tamına üç kat fazlasını mı, yoksa üç katına kadar mı (örneğin bir kat fazlasını) isteyebileceği açısından yoruma açık, özellikle de hâkime takdir yetkisi tanıma imkânı doğurabilecek bir durum yarattığını söylemek mümkündür.

Mevzuatımızda davacıya, davalının yol açtığı belli bir ihlal nedeniyle üç kat bedel isteme hakkı sadece FSEK'te tanınmamıştır. Her ne kadar davacıya, uğradığı zarardan bağımsız bir biçimde bedel veya tazminat isteme hakkı veren veya bedelin ya da zararın hesaplanmasını belli ölçüde kolaylaştırmak suretiyle davacıyı daha avantajlı duruma getiren yasalar bulunsa da, örneğin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) (m.66), FSEK'te düzenlendiği gibi üç kat bedel isteme imkânı veren tek yasa 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dur (RKHK). RKHK uyarınca söz konusu Kanuna aykırı olarak rekabeti kısıtlayan veya hakim durumunu kötüye kullanan davalı veya davalılar hakkında hâkim, talep halinde ve belli durumlarda, rekabet ihlali nedeniyle davacının uğradığı zararın veya davalıların elde ettikleri veya elde etmesi olası kârın "üç katı oranında tazminata" hükmedebilir (m.58). Üç kat bedel veya tazminata imkan veren tek örnekler olsalar da, FSEK ile RKHK'daki düzenlemeler karşılaştırıldığında aralarında birtakım farklılıkların olduğu da göze çarpmaktadır.

Bu makalede FSEK kapsamında mali haklarının ihlali durumunda hak sahibine tanınan hukuki koruma yöntemlerinden olan tecavüzün ref'i davası incelenmekte ve bu dava özelinde hak sahibinin isteyebileceği üç kat bedel konusu Yargıtay içtihatları ve öğretideki görüşler ışığında tartışılmaktadır. Birinci bölümde FSEK bağlamında tecavüzün

ref'i davası, tecavüzün ref'i davasının koşulları ve hükümleri ele alınmaktadır. İkinci bölümde hak sahibine tanınan üç kat bedel imkânı masaya yatırılmakta ve bu bağlamda konuyla ilgili Yargıtay içtihatlarında oluşan durumlar ile öğretilerdeki görüşler değerlendirilmektedir. Üçüncü ve son bölümde ise üç kat bedel isteme veya tazminat isteme imkânına ilişkin mevzuattaki diğer örnek olan rekabet ihlali durumunda üç kat tazminat uygulamasına yer verilerek, FSEK ile karşılaştırmalı bir analiz sunulmaktadır. Bu makale, üç kat bedel isteme imkânının fikri mülkiyet haklarının etkin bir biçimde korunması amacına hizmet ettiğini, ancak FSEK ve RKHK'daki ilgili hükümlerin yapılacak bir yasa değişikliğiyle "üç katına kadar" şeklinde yeknesak hale getirilerek bedele veya tazminata hükmedilmesinde hâkimlere takdir yetkisi verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

I. Tecavüzün Ref'i Davası

A. Genel Olarak

Eser ya da bağlantılı hak sahiplerinin mali ve/veya manevi haklarının ihlali³ durumunda FSEK'te öngörülen hukuki koruma yollarından biri de tecavüzün ref'i davasıdır (m.66-68). FSEK m.66 tecavüzün ref'i ile ilgili genel hükümleri içermektedir. Kanun'un 67. maddesi manevi hak, 68. maddesi ise mali hak ihlallerinin giderilme yöntemlerini düzenlemiştir. Genel itibarıyla, FSEK uyarınca tecavüzün ref'i davası açılabilmesi için her şeyden önce eser sahibinin veya diğer ilgili hak sahiplerinin, eser sahipliğinden kaynaklanan manevi ve/veya mali haklarının ihlal edilmiş olması ve ihlalin veya etkilerinin devam etmesi gerekmektedir. Esasen tecavüzün ref'i davası, manevi ve/veya mali hakların her türlü ihlali halinde açılabilir. Bu genel kural yanında manevi ve/veya mali hakların ihlali bazı durumlar (örneğin henüz alenileşmemiş bir esere karşı açılacak tecavüzün ref'i davasının ancak çoğaltılmış nüshalarının yayımlanması durumunda açılabilmesi) özel olarak hükme bağlanmıştır.⁴

3 FSEK'in tecavüzün ref'i davasını düzenleyen hükümleri incelendiğinde Kanun'un mali veya manevi hakları "tecavüze uğrayan" ibaresini kullandığı görülmektedir. Tazminat davasının düzenlendiği 70. maddede ise mali veya manevi hakları "haleldar edilen" ibaresi geçmektedir. Düşüncemize göre her ne kadar konuyla ilgili 1951 yılında kabul edilen FSEK'te "ihlal" sözcüğü geçmese de "tecavüz" ve "haleldar olma" yerine günümüz Türkçesi ile "ihlal" (*Verletzung*) sözcüğünün kullanılması isabetli olacaktır. Zira FSEK'te yapılan yeni tarihli değişikliklerde "ihlal" sözcüğünün kullanıldığı gözlemlenmektedir. Bkz. FSEK m.71 ("...manevi, mali ve bağlantılı hakları *ihlal* ederek...") (vurgu tarafımızca eklenmiştir). Öğretilerde söz konusu ibareler arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Örneğin Tekinalp, "tecavüz" ibaresini bir mali veya manevi hakkın ihlali olarak tanımlamaktadır. TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 307.

4 FSEK m.67'de manevi hakların ihlali bazı özel durumlar (örneğin eser sahibinin eserini umuma arz etme yetkisinin ihlali, eser sahibinin adının esere konulmaması veya yanlış konulması ya da iltibasa meydan verecek şekilde konulması, eserin haksız olarak değiştirilmesi vs.) ve bu durumlarda açılacak tecavüzün ref'i davasında davacıların talep edebilecekleri (örneğin eserin aslı ve çoğaltılmış nüshaları üzerinde adının gösterilmesini talep etme, masrafı manevi hakları ihlal edene ait olmak üzere mahkeme kararının en fazla üç gazetede ilan edilmesini isteyebilme vs.) düzenlenmiştir. Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. ÖZTAN, Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 638 - 641; TEKİNALP, 2012, s. 311 - 316; KILIÇOĞLU, Ahmet, **Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 2. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 441 - 446. Mali hakların ihlali özel durumlar (örneğin çoğaltma hakkının ihlali ve çoğaltma hakkı dışındaki mali hakların ihlali, bu bağlamda eserin sahibinin izni olmadan çevrilmesi) ve bu durumlarda açılacak tecavüzün ref'i davasında davacıların talep edebilecekleri (örneğin çoğaltılmış kopyaların ya da çoğaltma araçlarının imha edilmesi,

Tecavüzün ref'i davasının temelinde, devam etmekte olan bir manevi ve/veya mali hak ihlalinin ortadan kaldırılması bulunmaktadır. Ancak bu durum FSEK'te yeterince açıklayıcı bir biçimde ifade edilmemiştir. FSEK'te kullanılan terminoloji uyarınca "[m] anevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimse tecavüz edene karşı *tecavüzün ref'ini* dava edebilir." 68. maddenin madde başlığı "*tecavüzün ref'i davası*" olup, madde metni uyarınca davacı "*tecavüzün ref'ini*" dava edecektir. Buna karşın 69. maddenin madde başlığı "*tecavüzün men'i davası*" iken, madde metni uyarınca davacı "*tecavüzün önlenmesini*" dava edecektir. Başka bir deyişle, FSEK uyarınca "men", önleme anlamına gelmekteyken, "ref" için başka bir ibare kullanılmamıştır. Dolayısıyla "ref" ibaresi basit bir dil bilgisi tercihi olmayıp, 68. maddenin uygulama alanını belirleyecek, özellikle 69. maddeden ayrılmasını sağlayacak, bir öneme sahiptir. Düşüncemize göre "ref" ibaresi, "kaldırmak" olarak anlaşılmalıdır.⁵

B. Koşulları

Eser sahipliğinden doğan mali ve/veya manevi hakların ihlali, söz konusu hakların hukuka aykırı olarak kullanılmasını ifade etmektedir. Bu hakların ihlali, taraflar arasındaki bir sözleşmeye aykırı olarak kullanılması şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin bir sinema filminin sadece televizyonda gösterim yani yayım hakkı (m.25) devredilmesine rağmen devralan kişi filmi bir DVD'ye yükleyip başka televizyon kanallarına satarsa, eser sahibinin çoğaltma (m.22) ve yaymaya (m.23) ilişkin mali haklarını ihlal etmiş olacaktır. Bu durumda, eser sahipliğinden doğan hakların korunmasında sözleşmeye aykırılıkla ilgili hükümlerden yararlanır. Diğer taraftan, taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmadan da ihlal söz konusu olabilir. Bu durumda, eser sahipliğinden doğan hakların korunmasında haksız fiile ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

Bu bağlamda tecavüzün ref'i davasında, eğer taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi yoksa ortada devam eden ya da etkilerini sürdüren bir haksız fiil söz konusu olacaktır. Hak sahibi, mali ve/veya manevi hakların ihlali şeklindeki haksız fiile son verilmesini ya da etkilerinin ortadan kaldırılmasını talep etmektedir.⁶ Genel kanun niteliği taşıyan 6098 sayılı Borçlar Kanunu uyarınca haksız fiilin unsurları arasında (i) hukuka aykırı bir eylem, (ii) bu eylem sonucu oluşan bir zarar, (iii) bu zarar ile eylem arasında uygun

çoğaltılmış kopyaların ya da çoğaltma araçlarının uygun bir bedel karşılığında hak sahibine devredilmesi vs.) ise FSEK m.68'de düzenlenmiştir.

5 Tecavüzün ref'i davasında tecavüz ya da sonuçları devam ettiği için iş bu dava için öğretilmiş "saldırının durdurulması", "saldırının kaldırılması" ya da "saldırının giderilmesi" terimleri de kullanılmaktadır. Örneğin Öztan'a göre ref kelimesi "(ortadan) kaldırmak", "bertaraf etmek" anlamına gelmektedir; mevcut bir tecavüz durdurulacak, hak ihlali ortadan kaldırılacaktır. ÖZTAN, 2008, s. 633. Kılıçoğlu ise FSEK'in bu davayla ilgili olarak kullandığı "tecavüzün ref'i" ifadesi yerine, davanın niteliğine daha uygun olması ve davayı daha iyi ifade etmesi nedeniyle "saldırının durdurulması" davasını tercih etmek gerektiğini ileri sürmektedir. KILIÇOĞLU, 2013, s. 434. Düşüncemize göre ref'i "kaldırmak" şeklinde anlamak, gerek ref'in sözlük anlamı gerekse tecavüzün men'i için kullanılan "önleme" ifadesi ile karışıklığa yol açmaması bakımından daha uygun olacaktır. Şöyle ki tecavüzün men'i davası, henüz mevcut olmayan ya da mevcut olan bir ihlalin devamı ve tekrarı için de açılabilirliğinden ihlalin tekrar edilmesi olasılığının varlığı durumunda açılacak tecavüzün men'i yani önleme ile tehlikenin durdurulması terimleri birbirlerine oldukça yaklaşıktır.

6 KILIÇOĞLU, 2013, s. 437.

illiyet bağı ve (iv) eylemi gerçekleştiren kişinin kusurunun bulunması gerekmektedir. Ancak özel kanun niteliği taşıyan FSEK'teki düzenlemeye bakıldığında (ii) zarar ve (iv) kusur koşullarının aranmadığı görülmektedir.⁷ Kusur ve zarar tecavüzün ref'i davasının açılması için zorunlu koşullardan olmasa da, aşağıda inceleneceği üzere, mali hakların ihlalinde üç kat tutarında talep edilebilecek bedelin miktarında önem arz etmektedir.⁸

Öncelikle ortadan kaldırılması talep edilen eylem objektif olarak hukuka aykırı olmalıdır. Diğer bir deyişle, hukuken korunan bir hakkın ihlal edilmesi ya da somut olayda zarar görenin rızası, kanunun emrini yerine getirme, zorda kalma vb. hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekmektedir. Tecavüzün ref'i davası için eser sahiplerinin ya da haleflerinin zarara uğramaları zorunlu değildir. Bu dava FSEK m.70'de düzenlenen tazminat davasından farklı olarak zararın giderilmesine değil, zararın hiç doğmamasına ya da doğmuş bir zararın etkilerinin artmamasına hizmet eder. Eser sahibinin ayrıca zararı varsa bunun giderilmesi için tazminat davası da açılabilir.⁹ Burada zarar aranmadığına göre uygun illiyet bağı, eylem ile zarar arasında değil, eylem ile ortaya çıkan sonuç arasında olmalıdır. Son olarak yukarıda ifade edildiği üzere tecavüz ref'i davası kapsamında kusurun varlığına gerek duyulmamaktadır.

C. Tarafları

Mali ve/veya manevi hakların ihlali durumunda açılan tecavüzün ref'i davasında davacı olarak ilk başta eser sahibi veya sahipleri gelmektedir. Mali ve/veya manevi haklarına yönelik hâlihazırda bir ihlalin varlığı durumunda eser sahibi, ihlalin ortadan kaldırılmasını veya etkilerinin giderilmesi amacıyla tecavüzün ref'i davası açacaktır. Eser sahibine ek olarak başka kişilerin de bu davayı açma hakkının bulunduğu görülmektedir.¹⁰ FSEK m.80 uyarınca "bağlantılı haklara sahip olanlar da eser sahipleri gibi Tecavüzün Ref'i, Tecavüzün Men'i ve Tazminat Davası haklarından faydalanırlar" denilmek suretiyle bağlantılı hak sahiplerine¹¹ de tecavüzün ref'i davasında davacı olabilme yetkisi tanınmıştır. Eser sahibine tanınan mali hakların bir veya birkaçının kullanımının başka kişilere

7 Tecavüzün ref'i davasına ilişkin genel hükümleri düzenleyen 66. maddenin 3. fıkrasında "[t]ecavüz edenin... kusuru şart değildir" denilerek tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için kusur koşuluna gerek bulunmadığı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Yine aynı madde uyarınca "[t]ecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa", bu kişiler açısından da kusur koşulu bulunmamaktadır (m.66(2)).

8 66. madde uyarınca zarara ilişkin de açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 68. maddenin 2008 yılında 5728 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki metninde "zarar" ibaresi geçmekteydi. Buna göre, mali haklarının ihlali durumunda hak sahibi "sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir" denilerek, üç kat bedel isteme bağlamında zarara yollamada bulunulmuştu (vurgu tarafımızca eklenmiştir). Yeni düzenleme ile "zarar" unsurunun madde metninden çıkarılması sonucu, zararın gerekmediği yönündeki görüşlerin haklılık payı artmıştır.

9 KILIÇOĞLU, 2013, s. 439.

10 Bu bağlamda FSEK m.68 hükmüne bakıldığında davacının "eser sahibi" ile sınırlı olmadığını göstermek üzere, "hak sahipleri" ibaresinin kullanılmış olması dikkat çekicidir.

11 Bağlantılı hak sahipleri, eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespiti gerçekleştiren film yapımcılarıdır (FSEK m.1/B(j)).

devredilmesi (ruhsat)¹² durumunda devralanların (ruhsat sahiplerinin) ref davası açıp açamayacakları FSEK'te düzenlenmemiştir. Yargıtay'ın güncel kararları uyarınca ruhsat sahiplerine tecavüzün ref'i davası açma hakkı tanınmamaktadır.¹³ Meslek birlikleri ise takip yetkisi aldıkları haklar yönünden davacı sıfatını haiz olabileceklerdir (FSEK, m.42).

Manevi haklar yönünden tecavüzün ref'i davasını açabilecek olan kişiler, aynı zamanda manevi hakları kullanma yetkisine sahip olan kişilerdir. Eser sahibi dışında, (i) eser sahibinin ölümünden sonra kendisine tanınan yetkilerin kullanılış tarzlarını tespit etmemişse veya bu hususu herhangi bir kimseye bırakmamışsa vasiyeti tenfiz memuru, (ii) tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eş ile çocukları ve atanmış mirasçıları, (iii) ana babası ve (iv) kardeşleri tecavüzün ref'i davası açabilirler (FSEK m.19). Tecavüzün ref'i davasında davalı ise malî ve/veya manevî hakları ihlal eden kişi (mütecaviz) olacaktır. İhlal, hizmetlerini yerine getirdikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya çalışanları tarafından gerçekleştirilmişse işletme sahibi hakkında da tecavüzün ref'i davası açılabilir (FSEK m.66(2)).

D. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Kanun koyucu, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin uyumsuzlukların çözümünü genel görevli asliye hukuk mahkemelerine bırakmamış, bunun yerine görevli mahkeme olarak uzmanlık (ihtisas) mahkemelerinin kurulmasını benimsemiştir. FSEK m.76 uyarınca FSEK'in düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalarda görevli mahkeme Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak ihtisas mahkemeleridir. 2001 yılında FSEK'te yapılan bir değişikliğin ardından 2005 yılında verilen 188 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararıyla birlikte ülkemizde Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri ve Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleri faaliyete geçmişlerdir. Buna göre FSEK'ten doğan uyumsuzluklara ilişkin hukuk davalarında, bu arada tecavüzün ref'i davasında, görevli mahkeme Fikri ve Sınai

12 Günümüz Türkçesi ile "lisans" (*licence, Lizenz*) olarak ifade edilebilen ruhsat, eser sahipliğinden doğan malî hakların kullanımının bir kişiye verilmesidir (FSEK m.48(2)). FSEK uyarınca ruhsatın, basit ve tam olmak üzere iki farklı türü bulunmaktadır. Buna göre ruhsat, malî hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine engel değil ise basit ruhsat (*nicht ausschließliche Lizenz*), yalnız bir kimseye özgü ise tam ruhsattır (*ausschließliche Lizenz*) (m.56(2)).

13 Eskiden Yargıtay tam ruhsat sahiplerinin tecavüzün ref'i davası açma hakkının bulunduğunu kabul etmekteydi. Bkz. Yargıtay 11. HD, 26.04.1999 tarih ve E.1999/594, K.1999/3250 sayılı karar ("*Tam ruhsatta, malî hakka ait kullanma yetkisi tamamen ruhsat sahibine devir edildiğinden, devir alan da bu yetkiyi kendi başına kullanabilecek ve tecavüzün menî ve ref'i davası ile birlikte 68 nci ve devamı maddelerinde yazılı bedel davasını açabileceklerdir.*"). Ancak daha sonra Yargıtay içtihat değişikliğine gitmiş ve ruhsat sahiplerinin ref davası açamayacaklarına karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD, 20.11.2007 tarih ve E.2006/6776, K.2007/14566 sayılı karar ("*Ruhsat verilmesi yoluyla malî hakları kullanma yetkisine sahip olan kişi ise zararının karşılanmasını sadece FSEK'nun 70/2. maddesi uyarınca açacağı maddî tazminat davasında isteyebilir. Bu durumda, davacının kanundan kaynaklanan ruhsat sahibi sıfatıyla FSEK'nun 68. maddesine dayalı tecavüzün ref'i ve tazminat davası açamayacağından dolayı davanın husumet yönünden reddi gerekirken, davanın kısmen kabulü doğru görülmemiştir.*"); Yargıtay 11. HD, 20.01.2006 tarih ve E.2005/166, K.2006/330 sayılı karar ("*FSEK 68/1. maddesine göre telif tazminatı talep hakkı eser sahibine veya eser sahibinden malî hakları FSEK m.48/1 fıkrasına göre devralan kişi veya kişilere aittir. Aynı yasanın 48/2 fıkrası uyarınca malî hakları kullanma yetkisini (ruhsat/lisans) devralan kişinin bu maddeye dayalı olarak dava açma hakkı ise mevcut değildir. Çünkü, lisansa konu eser üzerindeki malî hak sahipliği halen devreden (lisans veren) kişi üzerinde kalmaya devam etmektedir.*").

Haklar Hukuk Mahkemeleridir. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerinin bulunmadığı yargı çevrelerinde ise görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleri olacaktır.

Burada 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) konuyla ilgili 4. maddesindeki düzenlemeye değinmek gerekmektedir. Buna göre her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın "fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta"¹⁴ (*Urheberrecht*) öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları, (mutlak) ticari dava sayılırlar. Ancak herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır (TTK m.4/1). Başka bir deyişle, FSEK'te düzenlenen tecavüzün ref'i davası, davanın tarafları tacir olmasa da TTK anlamında bir ticari dava sayılacaktır meğerki taraflardan en az birinin ticari işletmesini ilgilendirsin. Örneğin ürettiği bir bilgisayar programı üzerinde mali hak sahibi olan şirketin, bu programı lisanssız olarak kişisel bilgisayarında kullanan kişiye açacağı tecavüzün ref'i davası ticari dava olacaktır. Buna karşın bir sinema filmi üzerinde tacir sıfatını taşımayan mali hak sahibinin, söz konusu filmi yasa dışı çoğaltan ve tacir olmayan kişiye karşı açacağı tecavüzün ref'i davası ticari dava olmayacaktır.

TTK bağlamında ticari dava sayılmanın sonucu ise aksine hüküm bulunmadıkça, görevli mahkemenin dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemeleri olmasıdır. TTK'da 2012 yılında yapılan bir değişiklikle asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki, iş bölümü ilişkisi olmaktan çıkarılıp görev ilişkisine dönüştürülmüştür (TTK m.5/3). Buna göre asliye ticaret mahkemesi bulunan yargı çevrelerinde görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacak, ancak asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevrelerinde asliye hukuk mahkemelerinde görülen ticari davalarda görevsizlik kararı verilemeyecektir.¹⁵ Bu doğrultuda tecavüzün

14 TTK'da geçen bu ibarenin 5846 sayılı FSEK'i içerdiği tartışmasıdır. TTK m.4'ün gerekçesinde söz konusu ibareyle ilgili olarak şu açıklamaya yer verilmiştir: "...TRIPS ile WIPO anlayışına ve dünya literatüründeki gelişmeye uygun olarak 'Fikri mülkiyet hukukuna' ibaresine yer verilmiş; ayrıca bu alanın dallarının adını sayma yöntemi terk edilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir. Çünkü, kavram TRIPS ile WIPO'nun terminolojisine uygun olarak *inter alia* fikir ve sanat eserlerine, markalara, patentlere, faydalı modellere, endüstriyel tasarımlara, coğrafi ad ve işaretlere, bitki çeşitleri ve ıslah haklarına, elektronik devrelerin topografyalarına, açıklanmamış bilgilere ilişkin mevzuatı ifade etmektedir." Ateş, "fikri mülkiyet hukuku" veya "fikri haklar" ibareleriyle kastedilen geniş anlamda fikir ve sanat eserleri olarak nitelendirilen ürünlere ek olarak patentler, markalar, tasarımlar vb.; dar anlamda ise ilim ve edebiyat eserleri, musiki, güzel sanat ve sinema eserleri gibi fikir ve sanat ürünleri ve bu ürünler üzerindeki haklar olduğunu kaydetmiştir. ATEŞ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 94.

15 Yargıtay'ın 2012 sonrası verdiği kararlarda da asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemelerinin kararlarının görevsizlik nedeniyle bozulduğu görülmektedir. Yargıtay 17. HD, 10.07.2014 tarih ve E.2014/11559, K.2014/11089 sayılı kararda zorunlu mali sorumluluk sigortasına dayanılarak sigorta şirketinden, dava konusu trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı isteminin TTK'nın 1401-1520. maddeleri arasında düzenlenen sigorta hukukunun kapsamına girdiğine, TTK m.1483 vd. hükümlerinde zorunlu sigortalıların düzenlendiğine, bu nedenle dava konusu uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkemenin TTK m.5 uyarınca asliye ticaret mahkemeleri olduğuna hükmederek, ilk derece asliye hukuk mahkemesinin esasına ilişkin verdiği kararını görev yönünden bozmuştur. Yine Yargıtay 17. HD, 18.03.2013 tarih ve E.2013/3064, K.2013/3616 sayılı kararda zorunlu mali sorumluluk sigortasına dayanılarak sigorta şirketinden, dava konusu trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemi hakkında görevsizlik kararı veren ilk derece asliye ticaret mahkemesinin kararını görev yönünden bozmuştur. Son olarak Yargıtay 17. HD, 15.02.2013 tarih ve E.2013/702, K.2013/1676 sayılı kararda trafik kazası nedeniyle maruz kalınan iş gücü kaybından kaynaklanan tazminatın

ref'i davasının TTK m.4 kapsamında ticari dava sayıldığı durumlarda görevli mahkemenin normalde asliye ticaret mahkemeleri olması gerekirken, TTK m.5'te yer alan "aksine hüküm bulunmadıkça" ibaresi ve FSEK m.76'da ihtisas mahkemeleri kuruluncaya kadar asliye hukuk mahkemelerinin görevli olacağına ilişkin düzenleme birlikte değerlendirildiğinde sonuç olarak tecavüzün ref'i davasında görevli mahkemenin, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin bulunmadığı yargı çevrelerinde, asliye hukuk mahkemeleri olacağı sonucuna ulaşılabilir.

Yetki açısından ise tecavüzün ref'i davasında genel yetkili mahkeme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 6. maddesine göre "davalı gerçek ya da tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir". Dava taraflar arasındaki bir sözleşmeden doğmuş ise HMK m.10 uyarınca sözleşmenin yerine getirileceği yer mahkemesi de yetkili olacaktır. Ancak tecavüzün ref'i davasının tarafları arasında sözleşmesel bir ilişki yok ise davanın dayanağı haksız fiil olduğundan HMK m.16 uyarınca "haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi" de yetkili olacaktır. HMK'daki genel ve özel yetki kuralları bir yana, 1995 yılında FSEK m.66'ya eklenen son fıkra hükmü uyarınca eser sahibi, yerleşim yeri mahkemesinde de tecavüzün ref'i davası açabilecektir. Dolayısıyla tecavüzün ref'i davasında kesin yetki kuralı bulunmayıp, (i) eser sahibinin yerleşim yeri mahkemesi ve (ii) davacının yerleşim yeri mahkemesine ek olarak (iii) taraflar arasındaki sözleşmenin ifa edildiği yer mahkemesi veya (iv) haksız fiil oluşturan ihlalin gerçekleştiği yer mahkemesi yetkili olacaktır.

E. Zamanaşımı

Tecavüzün ref'i davası açısından zamanaşımı konusu FSEK'te düzenlenmemiştir. Bu nedenle özel kanun niteliğindeki FSEK'te düzenlemeyen bu konuyla ilgili olarak genel kanun niteliğindeki 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda (BK) düzenlenen zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanacaktır. BK'da zamanaşımına ilişkin farklı hükümlerin uygulama alanını ise tecavüzün ref'ine konu edilen davranışın niteliği belirleyecektir. Buna göre mali ve/veya manevi hakların taraflar arasındaki bir borç ilişkisine aykırı biçimde kullanılması durumunda, örneğin bir bilgisayar programının lisans sözleşmesine aykırı olarak birden fazla bilgisayara yüklenmiş olması, tecavüzün ref'i davası açılması için zamanaşımı on yıl olacaktır (BK m.146). Buna karşın, eser sahibinin mali ve/veya manevi haklarını ihlal eden davranış BK anlamında bir haksız fiil oluşturmakta ise tecavüzün ref'i davasından doğan istemler, eylemin ve failin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her durumda fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır (BK m.72). Ancak istem, ceza kanunlarının daha uzun bir (dava) zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, o zamanaşımı uygulanacaktır.

Bilindiği üzere FSEK'te eser sahibinin mali ve/veya manevi haklarının ihlali aynı zamanda ceza hukuku anlamında bir suç olarak tanımlanmıştır. FSEK'in ceza davalarını

sigorta şirketinden tahsil istemiyle açılan davada önce ilgili ilk derece asliye hukuk mahkemesinin, sonra da asliye ticaret mahkemesinin görevsizlik kararı vermeleri üzerine görevli yargı yeri olarak asliye ticaret mahkemelerini belirlemiştir.

düzenleyen hükümlerinde 2008 yılında 5728 sayılı Kanunla esaslı değişiklikler yapılmıştı. Söz konusu Kanun ile değiştirilmeden önce eser sahibinin mali ve/veya manevi haklarının ihlaline ilişkin cezalar farklı maddelerde düzenlenmekteydi. Örneğin manevi hakları ihlal eden kişiler için FSEK 72. maddede iki yıldan dört yıla kadar, mali hakları ihlal eden kişiler için ise 73. maddede yine iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştü. 5728 sayılı Kanun sonrasında ise mali ve manevi hakların ihlali tek bir maddede (m.72) düzenlenmiş ve bu suçlara ilişkin verilecek hapis cezasının sürelerinde bazı değişikliklere gidilmiştir. Mevcut durumda FSEK'te mali ve manevi hakların ihlali için öngörülen hapis cezasının üst sınırının beş yıl olduğu görülmektedir. Gerek 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki durumda, gerekse söz konusu değişiklik sonrasında FSEK'teki hapis cezalarını içeren hükümler incelendiğinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 66. maddesi uyarınca tecavüzün ref'i davası için BK'da halihazırdaki on yıllık zamanaşımından daha uzun bir (dava) zamanaşımının bulunmadığı anlaşılmaktadır.¹⁶ Aşağıda görüleceği üzere zamanaşımı, FSEK açısından olmasa da rekabet ihlali nedeniyle açılan tazminat davalarında son derece önemli bir tartışma haline gelmiştir.¹⁷

II. Tecavüzün Ref'i Davası Kapsamında Üç Kat Bedel İstenmesi

A. Genel Olarak

Eser sahibinin mali ve manevi haklarının korunmasına yönelik olarak tecavüzün ref'i davasının, tecavüzün men'i davasının ve tazminat davasının açılabilmesine yukarıda değinilmiştir. Ancak FSEK, bu hukuk davalarına ek olarak eser sahibine başka bir imkân daha sunmakta ve tecavüzün ref'i davası kapsamında davacıya davalıdan üç kat bedel isteme hakkı vermektedir. Buna göre eser sahibi, mali haklarını ihlal eden kişi ile bir sözleşme yapmış olsaydı isteyebileceği bedelin veya tespit edilecek rayiç bedelin "en çok üç kat fazlasını" söz konusu kişiden talep edebilecektir (FSEK m.68/1). Eser sahibine tanınan bu imkan, yukarıda sayılan üç farklı dava türüne ek ayrı (yeni) bir dava açılmak suretiyle değil, yalnızca açılmış bir tecavüzün ref'i davası kapsamında kullanılabilir. FSEK'te düzenleniş tarzı uyarınca üç kat bedel, münhasıran tecavüzün ref'i davasında istenebilecektir. Örneğin mali haklarının ihlali nedeniyle tazminat davası açan davacının bu davada üç kat bedel isteme hakkı olmayacaktır. Buna ek olarak, üç kat bedel isteme sadece mali hakların ihlali durumunda geçerli olup, manevi haklar bağlamında böyle bir imkan söz konusu değildir.

Manevi hakların aksine mali haklar, eser sahibinin eseriyle olan ekonomik ve mali ilişkilerinden kaynaklanan haklar olduğundan söz konusu hakların ihlali halinde açılacak

16 TCK'nın dava zamanaşımını düzenleyen 66. maddesine göre beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar için dava zamanaşımı sekiz yıl olarak düzenlenmiştir. TCK'nın genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağına ilişkin 5. maddesi uyarınca, normal şartlar altında TCK'daki dava zamanaşımına ilişkin hükümler haksız fiil niteliğindeki mali ve/veya manevi hak ihlallerine ilişkin açılacak davalarda uygulanacaktır. Ancak BK'da haksız fiiller için öngörülen zamanaşımının (iki yıl ve on yıl), TCK'da beş yıldan fazla olmayan hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar için öngörülen dava zamanaşımından (sekiz yıl) daha uzun olması nedeniyle TCK uygulama alanı bulmayacaktır.

17 Bkz. aşağıda "III/D. Rekabet Hukuku Uygulamasında Üç Kat Tazminat".

olan tecavüzün ref'i davası çoğu zaman mali sonuçlar doğurmaktadır. Tecavüzün ref' i davasının sadece telif ücretinin ödenmesi ile sınırlı tutulmasının mali haklara yönelik saldırılar için caydırıcı olamayacağı düşünülerek, telif ücretinin üç katının talep edilmesine olanak tanınmıştır.¹⁸ Burada bedelden kastedilen telif ücreti veya Yargıtay kararlarında ifade edildiği üzere, telif tazminatıdır. FSEK uyarınca eser sahibi, kendisinden izin almadan eserini başka bir dile çeviren, basan, işleyen, yayınlayan veya bir şekilde umuma iletenlerden, (i) sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya (ii) FSEK hükümleri uyarınca belirlenecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir (m.68/1). Maddede sayılan mali hak ihlalleri, çoğaltma hakkı dışındaki mali hakların ihlali biçiminde sınıflandırılabilir. Hak sahibinin çoğaltma hakkının ihlali durumunda da, henüz çoğaltılmış kopyalar satışa çıkarılmamışsa, ihlal edenlerden sözleşme yapılması durumunda istenebilecek miktarın üç kat fazlası talep edilebilir (m.68/2).¹⁹ Dikkat edileceği üzere çoğaltma hakkının ihlali durumunda istenilebilecek üç kat bedelin hesaplanmasında sadece sözleşme olması halinde istenilebilecek miktarın üç katı imkânı geçerlidir; rayiç bedel imkânı bulunmamaktadır.

B. Üç Kat Bedele Esas Alınan Ölçütler

Tecavüzün ref'i davasının istem sonucuna doğrudan etki edeceğinden sözleşme yapılması halinde istenilebilecek bedel ile rayiç bedelin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Buna göre sözleşme yapılması halinde istenilebilecek bedel, eser sahibinin ücreti, yani onun aldığı veya diğer eserleri için almakta olduğu ücret esas kabul edilerek belirlenecektir (öznel ücret).²⁰ Örneğin eser sahibi, belli bir bilgisayar programı için kullanıcılarından yıllık 100.000 TL lisans bedeli istemekteyse, bu programı kendisiyle sözleşme yapmadan kullanan kişilerden diğer kullanıcılar için uygulanan lisans bedelinin üç kat fazlasını (bu örnekte 300.000 TL) talep edebilecektir. İkinci ölçüt ise rayiç bedel ölçütüdür. FSEK 68. maddenin 2008 yılında 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hali "*emsal veya rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını*" şeklindeydi. "Zarar" sözcüğü, maddi tazminat davasındaki zarar ile karıştırılma olasılığına neden olmaktadır. "Zarar" ile ifade edilmek istenenin, ref davasının bir koşulu olmak yerine, mali hakların ihlali durumunda eser sahibinin "telif hakkı" nedeniyle bir parasal kayba uğradığı ve ref davası ile de bu kaybın üç kat fazlasını talep edebilmesi olduğu ifade edilmekteydi.²¹ Söz konusu değişiklikle birlikte gerek "emsal bedel" kavramı, gerekse "zarar" unsuru madde metninde çıkarılmıştır.

Şu halde hak sahibi açısından varsayımsal sözleşme yoksa, yani hak sahibi daha önce ölçü alınabilecek sözleşmeler yapmamışsa, ölçü yokluğu dolayısıyla rayiç bedel

18 KILIÇOĞLU, 2013, s. 448.

19 Burada aslında FSEK çoğaltma hakkının ihlali durumunda çoğaltılan kopyaların satışa çıkarılmasını ve çıkarılmamasını iki ayrı fıkrada düzenlemiş, ancak çoğaltılıp satışa çıkarılmış kopyalar hakkında da eser sahibinin çoğaltılıp satışa çıkarılmamış kopyalar için isteyebileceği üç kat bedel imkânı veren m.68(2) hükmüne atıf yapmıştır.

20 TEKİNALP, 2012, s. 318 - 319.

21 KILIÇOĞLU, 2013, s. 448.

usulüne başvurulacaktır.²² Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlası tıpkı bir sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedelin en çok üç kat fazlasında olduğu gibi, öncelikle hakkı ihlal edilen hak sahibi yönünden, yani sübjektif olarak belirlenecektir; objektif tayin, esas itibarıyla söz konusu değildir.²³ Objektif olarak belirleme yoluna, ancak hakkı ihlal olunan hak sahibinin kolayca tespit edilebilen bir telif ücretinin bulunmaması durumunda gidilebilir. Her iki durumda da madde metninden çıkarılmış bulunmasına rağmen, ilgili meslek birliğinin yardımıyla istifade edilebilir.²⁴ Uygulamada sıklıkla talep edilen ve hak sahibinin lehine olan seçenek “varsayımsal sözleşmeye” dayalı talep edilen telif bedelidir. Somut davalarda telif bedelinin belirlenmesinde hak sahibinin diğer müşteriler ile yapmış olduğu sözleşme örneklerinden ve geçmiş satış faturalarından yararlanılmaktadır. Hak sahibinin daha önceden böyle bir satışı ve/veya sözleşmesi söz konusu olmamış ise o alanda rayiç olarak kabul edilebilecek satış bedelleri ve/veya sözleşmeler telif ücreti için esas alınmaktadır.

C. “Üç Kat Fazla”nın Hesaplanmasındaki Tartışmalar

İster sözleşme yapılmış olması halinde istenilebilecek bedel ölçütü, ister rayiç bedel ölçütü seçilmiş olsun, FSEK’te öngörülen “üç kat fazla”nın nasıl hesaplanacağı teca-vüzün ref’i davasının önemli bir aşamasını oluşturmaktadır. İlgili maddenin düzenleniş biçimi farklı anlaşılmalara yol açabilecek niteliktedir. İlk olarak FSEK’te öngörülen “sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin... en çok üç kat fazlasını” ifadesinin, sözleşme olsaydı talep edilebilecek olan bedel (ücret) dışında ayrıca bunun üç katı biçiminde mi, yoksa talep edilecek miktarın tamamının üç katı biçiminde mi anlaşılması gerektiği konusunda tereddüte düşülebilir. Örneğin eser sahibi ile mali haklarını ihlal eden kişi arasında bir sözleşme olsaydı yine 100.000 TL’lik bir lisans bedeli istenebileceği varsayıldığında, ilk duruma göre üç kat bedel 100.000 TL + (3 x 100.000 TL) (toplamda 400.000 TL), ikinci duruma göre ise 3 x 100.000 TL olacaktır. Bu durum özellikle FSEK’in bu iki ölçütten hangisini kabul ettiği konusunda tereddüte düşen fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin (veya asliye hukuk mahkemelerinin), benzer hukuki olaylarda çelişkili kararlar vermelerine yol açabilir.

Kılıçoğlu FSEK m.68’de yer alan 4630 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hükmün, “*talep edeceği mutlak bedelin en çok %50 fazlasını isteyebilir*” biçiminde olduğunu, burada kat sözcüğünün kullanılmadığını, değişiklikten sonraki maddede “üç kat fazlası” ifadesindeki “kat” sözcüğünün asıl ile birlikte bunun üç katı şeklinde anlaşılmaya uygun olduğunu, ancak uygulamada bu hükmün asıl ücret ve üç katı şeklinde değil, sadece talep edilecek ücretin üç katı şeklinde anlaşıldığını ifade etmektedir.²⁵ Gerçekten

22 TEKİNALP, 2012, s. 318.

23 Tekinalp konuyla şu örneği aktarmaktadır: “Söz konusu varsayımda nesnel bir ölçü, yani emsal ya da rayiç bedel göz önünde bulundurulmaz. Çünkü, hakkı ihlâl edilen, az tanınmış bir eser sahibi ile, hakkı ihlâl edilmiş Orhan Pamuk’un veya yabancı bir yazarın telif ücretleri arsında fark vardır. Herkes için aynı ölçü uygulanmaz.” TEKİNALP, 2012, s. 319.

24 ÖZTAN, 2008, s. 648.

25 KILIÇOĞLU, 2013, s. 451.

de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (HGK) verdiği bir kararda belirtildiği üzere telif tazminatı, "farazi sözleşme ilkesi" uyarınca hesaplanan miktarın üç katını geçemez.²⁶ Yargıtay'ın ilk derece mahkemeleri tarafından verilen ve dört kata ulaşan bedellere hükmedilen kararları bozduğu görülmektedir.²⁷ Düşüncemize göre FSEK'in öngördüğü sistemde ref davası kapsamında istenebilecek üç kat bedel, asıl ücret ve üç katı biçimde değil sadece ücretin üç katı biçiminde anlaşılmalıdır. Aksi taktirde asıl ücret (bedel) ile birlikte üç kat istenmesi durumunda toplam miktar aslında dört kat olacak, bu durum da FSEK m.68'deki düzenlemeye aykırılık oluşturacaktır.

Daha önemli bir tartışma ise "üç kat fazlası" ibaresinin, istenilebilecek bedelin tamamına üç kat fazlasını mı, yoksa üç katına kadar arttırılarak mı (örneğin bir kat fazlasını) biçiminde anlaşılması gerektiği noktasındadır. Özellikle FSEK m.68(1)'de "en çok üç kat fazlasını" ibaresi farklı yorumlara yol açabilecek niteliktedir. Yine aynı örnek üzerinden gidecek olursak eser sahibinin isteyeceği üç kat bedelin doğrudan 300.000 TL mi olacağı, yoksa tek kat (100.000 TL) veya çift kat (200.000 TL) bedelin de verilip verilemeyeceği açısından yoruma açık bir durumun bulunduğunu söylemek mümkündür. Aslında tartışma davacının üç kat isteyip isteyememesi değil- zira FSEK'teki en fazla üç katını isteyebilir ifadesi buna açıkça izin vermektedir- mahkemelerin tecavüzün ref'i davalarında davacılar aleyhine tek kat ya da çift kat bedellere hükmedip hükmedemeyeceklerine ilişkindir. Ekonomik açıdan rasyonel davranan her davacı, mahkemelerden tek kat ya da çift kat değil, üç kat bedele hükmedilmesini talep edecektir. Önemli olan mahkemelerin davacıların talepleriyle bağlı olup olmadığı, başka bir deyişle üç kata hükmetmekte takdir yetkilerinin bulunup bulunmadığıdır.

Öğretide konuyla ilgili hâkim görüş FSEK m.68'deki düzenlemenin "üç mislini" (üç kat fazlasını) isteyebilir şeklinde anlaşılması gerektiği, tek kat veya üç kat isteme yetkisinin davacıya ait olduğu ve mahkemenin davacının talebini değiştiremeyeceği yönündedir.²⁸ Bu konuda aksi düşüncede bulunanlar ise FSEK'te 1995 yılında 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında özel hüküm niteliğindeki 68. maddede düzenleme bulunmayan hususlarda genel hüküm niteliğindeki 66. maddenin dikkate alınmasında bir engel bulunmadığını, aksine bunun Kanunun sistemi gereği zorunlu olduğunu, 68. maddenin 1. fıkrasında "en çok" ve "üç kat fazlasını isteyebilir" şeklinde iki önemli vurgu yapıldığını, bu vurgunun davacının talebinin üst sınırını belirlemeye yönelik olduğunu, zira kanun koyucunun talep halinde her koşulda rayiç bedelin üç katının ödenmesini

26 Yargıtay HGK, 02.04.2003 tarih ve E.2003/4260, K.2003/271 sayılı karar.

27 Yargıtay 11.HD, 06.03.2000 tarih ve E.1999/9978, K.2000/1893 sayılı karar ("*Bir eserin izinsiz çoğaltılması hâlinde, hak sahibinin tecavüz edenden isteyebileceği maddî tazminat miktarı, farazi sözleşme ilkesi uyarınca hesaplanan miktarın üç kat fazlasını geçemez. Mahkemece, bilirkişi raporunda hesaplanan ve hüküm altına alınan miktarın, sözleşme olsaydı istenebilecek miktarın dört katı fazla olduğu gözden kaçırılarak fazla miktarda maddî tazminata hükmedilmesi doğru değildir.*")

28 ÖZTAN, 2008, s. 647 - 648, TEKİNALP, 2012, s. 319 vd., KARAHAN, Sami / SULUK, Cahit / SARAÇ, Tahir vd., **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, 4. Basım, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2015, s. 151. Kılıçoğlu'nun, önceleri benzer yönde bir görüş bildirmekleyen daha sonra bu konuda sessiz kalmayı tercih ettiği anlaşılmaktadır. Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 393 - 396.

arzulanması durumunda açıkça buna uygun bir ifadeyi tercih etmesi gerektiğini, davacının talep ettiği üç kat bedel aşırı (fahiş) ise hâkimin bir talep olmasa dahi bunu makul bir miktara indirebileceğini, böylece hâkimin üç kat fazlaya hükmetmek konusunda takdir yetkisininin bulunduğu ileri sürmektedirler.²⁹ Konuyla ilgili yargı kararlarına ise aşağıda değinilmektedir.³⁰

D. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Mali hakları ihlal edilen eser sahibine, açacağı tecavüzün ref'i davası kapsamında "üç kat fazla" bedel isteme hakkı veren ve yukarıda ifade edildiği üzere bazı tartışmalara yol açan FSEK m.68 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir. FSEK m.68'in "üç kat fazlasını isteyebilir" hükmünün genel olarak ölçülülük ilkesini aykırılık oluşturduğu, fikri mülkiyet hakkı sahibi yararına pozitif ayrımcılık niteliğinde olduğu ve toplumsal gerçeklerle örtüşmediği belirtilerek konu İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Bakmakta olduğu bir davada FSEK m.68'deki düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı gören söz konusu Mahkeme, 1982 Anayasası'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Başvuru dilekçesinde FSEK m.68 hükmünün Anayasa'nın; Cumhuriyetin niteliklerini gösteren 2. maddesine, kanun önünde eşitlik ilkesini içeren 10. maddesine, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasındaki ölçütlerden biri olan ölçülülük ilkesini düzenleyen 13. maddesine ve son olarak hak arama özgürlüğünü garanti altına alan 36. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.³¹

Kısa sayılabilecek bir karar veren Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu FSEK m.68 hükmünün davacının dava edebileceği miktara bir üst sınır getirdiğini, söz konusu hükmün "korsan mal" ticaretinin engellenmesi ve fikri mülkiyetin oluşturduğu ticari piyasada güven ortamının sağlanabilmesi amacıyla yasalaştığını ifade ettikten sonra hükmün Anayasa'ya uygunluğunu incelemiştir. Anayasa Mahkemesi konuyu hâkimin takdir yetkisi açısından ele almış ve FSEK m.68 hükmünün, davacı tarafından istenilecek bedeli belirlemede hâkimin takdir yetkisini kısıtlamadığına veya hâkimin taleple bağlı olduğuna ilişkin herhangi bir kural içermediğine vurgu yapmıştır. İlgili hükmü Anayasa'nın 2. maddesi ve mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. maddesi ışığında değerlendirerek itiraz dilekçesinde öne sürülen Anayasa'nın diğer maddeleri açısından herhangi bir inceleme yapmayan Anayasa Mahkemesi, sonuç olarak hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu bağlamda Yüce Mahkeme şunları kaydetmiştir:

"Hâkim, anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi her türlü yazılı pozitif hukuk kurallarıyla bağlıdır. Bu bağlılık takdir hakkını kullanamayacağı anlamına gelmez. Bu nedenle hâkim delillerin değerlendirilmesinde, yasaların yorumunda ve soyut kuralların somut olaya uygulanmasında takdir yetkisini kullanır. İtiraz konusu kural, eser, icra, fonogram

29 YAVUZ, Levent / ALICA, Türkiye / MERDİVAN, Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu**, Cilt: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 2033 - 2034.

30 Bkz. aşağıda "II/E. Yargıtay Uygulamasında Üç Kat Bedel".

31 Anayasa Mahkemesi, 28.02.2013 tarih ve E.2012/133, K.2013/33 sayılı karar.

veya yapımın izinsiz kullanılması halinde hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele üst sınır getirmiştir. Kural, hâkimin taleple bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine ilişkin olumsuz bir düzenleme içermemektedir. Bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hâkimin dosya içeriği ve talebi de gözeterek takdir yetkisi kullanacağı açıktır. Öte yandan dava edilen eser, icra, fonogram veya yapımın bedelini belirleme görevi de hâkime bırakıldığından hüküm altına alınacak bedelin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin olmadığından söz edilemez. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. Kuralın, Anayasa'nın 10., 13. ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir."

E. Yargıtay Uygulamasında Üç Kat Bedel

Mali hakları ihlal edilen eser sahibinin FSEK m.68 uyarınca sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını talep ettiği tecavüzün ref'i davaları, ilk derece adliye mahkemelerinin kararlarının temyiz mercii olan Yargıtay'ın önüne gelmiştir. Aşağıda değinileceği üzere Yargıtay'ın, RKHK kapsamında rekabet ihlali durumunda istenebilecek üç kat tazminatı onayan hiçbir kararı bulunmasına karşın,³² fikir ve sanat eserleri bağlamında mali hakların ihlali durumunda üç kat bedel istendiği davalar hakkında esasa ilişkin pek çok kararı bulunmaktadır. Genel olarak kararlarında Yargıtay'ın, tecavüzün ref'i davasında davacıya tanınan üç kat bedel isteme yetkisini kabul ettiği, davacı üç kat talep etmişken tek kat veya iki kat bedele hükmeden ilk derece mahkemesi kararlarını bozduğu, ancak üç katı istenecek bedelin hesaplanmasında davacının ortak kusurunu araştırdığı, FSEK' te kusur şartı aranmasa da ortak kusurun varlığı durumunda indirim yapmayan ilk derece mahkemesi kararlarını bozduğu görülmektedir.

Verdiği bir kararda Yargıtay, FSEK m.68 uyarınca üç kat bedel isteme yetkisini kullanan davacının bu talebiyle ilk derece mahkemesinin bağlı olduğunu belirtmiş ve talep edilen üç kat bedeli iki kata düşüren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur:

"FSEK'in 68/1 fıkrasındaki eser sahibinin 'uğradığı zararın, en çok üç kat fazlasını isteyebilir' şeklindeki düzenleme, eser sahibinin mali haklarına tecavüz halinde gerektiğinde rayiç bedelin üç katının mütecevizden istenilebilmesi hususunda eser sahibine tanınmış bir seçeneğin kullanılması yetkisidir. Bu bakımdan Kanun'da eser sahibine tanınan rayiç bedelin üç katı fazlasına kadar isteyebilme seçeneklerinden herhangi birisini kullanma yetkisi eser sahibi olan davacıya aittir. Mahkeme seçilen talebi değiştiremez. O halde, davacının FSEK'in 68/1 fıkrası uyarınca rayiç bedelin üç katına hükmedilmesine ilişkin talebi gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, kararda yazılı gerekçelerle iki katına hükmedilmesi doğru görülmemiş kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmektedir."³³

Anayasa Mahkemesi'nin FSEK m.68'in Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığına ilişkin kararından sonrası Yargıtay, görüşünü prensipte değiştirmemekle birlikte farklı

32 Bkz. aşağıda "III/D. Rekabet Hukuku Uygulamasında Üç Kat Tazminat".

33 Yargıtay 11. HD, 25.01.2010 tarih ve E.2008/8996, K.2010/757 sayılı karar.

gerekçelerle ifade etmeye yoluna gitmiştir. Bu bağlamda Yargıtay, verdiği bir kararda şunları kaydetmiştir:

*"...5846 Sayılı FSEK'nun 68/1. fıkrası uyarınca... üç katına kadar arttırım seçeneğini kullanma yetkisinin davacıya ait olduğu, anılan hükmün iptali isteminin reddine dair Anayasa Mahkemesi'nin 28.2.2013 gün 133/33 Sayılı karar gerekçesindeki... açıklama-nın da bağlayıcı olmamakla beraber yol gösterici mahiyette bulunduğu ve gerekçenin Dairemizin 27.11.2011 gün ve 14831/17744 Sayılı ve yine 4. Hukuk Daire'nin 30.9.2002 tarih 5472/10458 Sayılı kararlarında da açıklanan ödenecek rayiç bedelin bu sınır içinde tespitinde hakimın takdir yetkisi bulunduğu ve 5846 Sayılı FSEK 66/4 ve 818 Sayılı BK 42 ve 43 maddelerinin dikkate alınabileceğine dair görüşle de çelişkili olmadığı halde mahkemece kararda yazılı gerekçeyle rayiç bedelin (2) katına hükmedilmesi de doğru görülmediğinden kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir."*³⁴

Yargıtay'ın bu kararında, Anayasa Mahkemesi'nin kararında vardığı sonuç için *"bağlayıcı olmamakla beraber yol gösterici mahiyette bulunduğu"* ibaresinin, Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi kararı öncesindeki yerleşik içtihadını değiştirme niyetinde olmadığını gösterdiği ileri sürülebilir. Ancak Yargıtay, Anayasa Mahkemesi kararından sonra hâkimin takdir yetkisi hususunu kararlarında daha sık dile getirmeye başlamıştır. Şöyle ki Anayasa Mahkemesi kararından önce *"Kanun'da eser sahibine tanınan bedelin üç kat fazlasına kadar isteyebilme yetkisi eser sahibi olan davacıya aittir, mahkeme seçilen talebi değiştiremez"* görüşünde olan Yargıtay, Anayasa Mahkemesi kararının ardından *"sözleşme olsaydı istenebilecek bedelin ya da rayiç bedelin belirlenmesinde yasal sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır, ancak takdir yetkisi var diye hâkimin bir kata veya iki kata hükmetmesi hukuka aykırı olacaktır"* şeklinde bir yaklaşım benimsemiştir.

Yakın tarihli bir kararında Yargıtay, rayiç bedelin üç katını isteyen davacının bu talebini makul görmeyen mahkemenin üç kattan daha düşük bir artırım yapmasını ve bu konuda da takdir yetkisinin bulunduğu yönünde bir karar vermesini FSEK m.68'deki düzenlemenin amacına aykırı bulmuş ve bozma kararı vermiştir. Yargıtay bu kararında üç kattan daha düşük bir bedele hükmedilmesi konusunda hâkimin takdir yetkisinin bulunmadığını ifade ederken FSEK m.68 hükmünde 1995 yılında yapılan değişikliği gerekçe göstermiştir. Buna göre:

"...FSEK'nın 68/1... geçen üç katına kadar artırım seçeneğini kullanım yetkisi davacıya ait olup, mahkeme seçilen talebi değiştiremez. Çünkü 1.1.1952 tarihinde yürürlüğe giren 5846 Sayılı FSEK 68. maddesinin 7.6.1995 tarih ve 4110 Sayılı Kanun'la değiştirilmesinden önceki düzenleme biçimine göre, eser sahibi mali haklarına tecavüz durumunda mütecevizle bir sözleşme yapılması halinde talep edebileceği mutlak bedelin en çok %50 fazlasını isteyebilmekteydi ve aynı maddenin (5). fıkrasına göre de %50 artırım koşulu mütecevizin kusurlu olması şartına bağlanmıştı. Söz konusu (5). fıkra hükmü uyarınca, mütecevizin kusurunun bulunmaması halinde %50 artırıma hükmedilemeyeceği gibi, tarafların müsterek kusurlu olması durumunda ise hakimın mutlak bedelin %50'sinin altında

34 Yargıtay 11. HD, 23.06.2014 tarih ve E.2014/1671, K.2014/11833 sayılı karar.

bir artırım yapmak konusunda da takdir hakkı bulunmaktaydı... Ancak, 5846 Sayılı FSEK 68. maddesinin 7.6.1995 tarih ve 4110 Sayılı Kanunla değişikliğinden sonraki metninde "mutat bedel" kavramı "rayiç bedel", "%50 fazlasını isteyebilme" hakkı da "en çok üç katını isteyebilir" olarak değiştirilmiş ve söz konusu artırımın yapılabilmesini kusur şartına bağlayan 68. maddesinin (5). fıkrası da yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, mali hakların ihlali halinde eser sahibinin rayiç bedel üzerinden isteyebileceği artırım oranı müteceviz aleyhine daha da ağırlaştırıldığı gibi bu artırımı kusur koşuluna bağlanması ve tarafların kusur oranlarına göre gerektiğinde %50'nin altında bir indirim yapmak konusunda hakime tanınan takdir hakkı ortadan kaldırılmıştır."³⁵

Kararları incelendiğinde Yargıtay'ın üç kat isteminin mahkemece tek ya da çift kata düşürülmesi noktasında hâkimin takdir yetkisi olduğu yönündeki ilk derece mahkemesi kararlarına tutarlı bir biçimde karşı duruş sergilediği, ancak üç kat fazlası istenebilecek bedelin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi olduğunu sıklıkla vurguladığı görülmektedir. Özellikle Yargıtay sözleşme olması durumunda istenilecek bedel ve rayiç bedelin belirlenmesinde davacının ortak kusurunun araştırılmasına önem vermekte ve üç kat fazlasına hükmedilecek bedelin belirlenmesinde BK'nın haksız fiil nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerinin uygulanmasını aramaktadır. Bu konuda Yargıtay'ın öğretideki görüşleri de dikkate alması dikkat çekicidir. Yukarıda bahsedilen kararın devamında Yargıtay şu sonuca varmıştır:

"...[Ö]ğretide de benimsendiği üzere, 4110 Sayılı Kanunla değişik 5846 Sayılı FSEK'nın 68. maddesinin uygulanmasında mütecevizin kusuru aranmamakla birlikte, ortak kusurun varlığı halinde; mahkemece tecavüzün ref'i için alınacak tedbir niteliğini tayin açısından aynı Kanun'un 66/4. maddesi dikkate alınabileceği gibi, belirlenen toplam bedel itibarıyla B.K.42 ve 43. [6098 sayılı BK'nın 51 ve 52.] maddelerinin uygulanması da mümkündür..."³⁶

Ancak Yargıtay'ın üç kat bedel istemeye yönelik yerleşik içtihadına aykırılık oluşturabilecek kararları da bulunmaktadır. Bu bağlamda yakın tarihli bir kararında Yargıtay, davalının ekonomik durumunu gözeterek üç kat bedeli iki kata düşüren ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Olay konusu ilk derece mahkemesi, "FSEK 66/4. maddesi uyarınca, tarafların ekonomik ve sosyal durumu, davalılara yüklenebilecek kusur, aynı iş yerinde bir başka bilgisayarda aynı işlemi gören lisanslı yazılımın da bulunması, ele geçirilen lisanssız yazılımın davalı işletmesi yönünden işlev ve değeri, işletmenin büyüklüğü, 3 kat telif tazminatının davalı yönünden doğuracağı ekonomik ve sosyal sonuçlar[ı]" gözeterek, davacının üç kat talebini kabul etmeyip, davalıların iki kat bedel ödemesine hükmetmiştir. Kararı yalnız davalı vekili temyiz etmiş, ancak Yargıtay temyiz itirazlarını reddetmiştir. Davacı ise temyiz etmemiştir. İlk derece mahkemesinin iki kat bedele hükmettiği kararı davacının temyiz etmemesi nedeniyle Yargıtay, kararın üç kattan iki kata indirilen bölümünü, "aleyhe bozma yasağı" gereği davalının aleyhine sonuçlanacak olması nedeniyle, hukuken inceleyememiştir.

35 Yargıtay 11. HD, 19.06.2015 tarih ve E.2014/18483, K.2015/8539 sayılı karar.

36 A.g.k.

Sonuç olarak Yargıtay'ın FSEK m.68 uyarınca açılan tecavüzün ref'i davasında davacıya tanınan üç kat bedel isteme yetkisini kabul ettiği, davacı üç kat talep etmişken tek kat veya iki kat bedele hükmeden ilk derece mahkemesi kararlarını bozduğu, bu konuda hâkimin takdir yetkisini tanımadığı, üç katı fazlasına hükmedilecek bedelin hesaplanmasında BK anlamında davacının ortak kusurunu araştırdığı, FSEK'te kusur şartı aranmasana rağmen davacının ortak kusurunun varlığını bir indirim nedeni olarak değerlendirdiği, ortak kusur nedeniyle indirim yapmayan ilk derece mahkemesi kararlarını bozduğu görülmektedir. Konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın yerleşik bir içtihadının bulunduğu söylenebilir. Bu durum tecavüzün ref'i davası açarken davacılar için önemli ölçüde hukuki belirlilik ve güvenilirlik oluşturmaktadır. Yargıtay uygulamasında üç kat yerine tek kat veya çift kat bedele hükmeden ilk derece mahkemesi kararlarının onandığı görülse de, bu kararların kendine özgü koşulları göz önünde bulundurularak (davacının kararı temyiz etmemesi, davacının davasını ıslah etmemesi, davalının davayı kabul etmesi vs.) bu durumun Yargıtay'ın yerleşik içtihadına aykırılık oluşturmadığı ileri sürülebilir.

III. Mevzuatta Üç Kat Bedelin Öngörüldüğü Diğer Durumlar

A. Genel Olarak

Türk hukukunda bir hakkın veya bir hukuk kuralının ihlali durumunda bundan ekonomik bir zarar gören hak sahiplerine veya ilgililere, uğradığı zararların veya yoksun kaldıkları kârların üç kat fazlasını zarar verenlerden isteme hakkı sadece 5846 sayılı FSEK ve 4054 sayılı RKHK uyarınca tanınmaktadır.³⁷ Belirtmek gerekir ki mevzuatımızda, uğranılan zarardan daha fazla bir bedel/tazminat isteme hakkı veren veya bedelin/zararın hesaplanmasını belli ölçüde kolaylaştırmak suretiyle hak sahiplerini veya ilgilileri daha avantajlı duruma getiren örnekler bulunmaktadır. Örneğin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK (m.66), 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK (m.140), 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK (m.52) uyarınca marka/patent/tasarım hakkı sahibinin uğradığı zararın, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca yoksun kalınan kazancı da kapsayacağı belirtilmiştir. Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında ise zarar gören marka/patent/tasarım hakkı sahibine, ilgili mevzuatta öngörülen kolaylaştırıcı üç seçenekten birini seçme yetkisi tanınmıştır.³⁸ Ancak bu KHK'ların hiçbirinde FSEK ve RKHK'daki gibi üç kat uygulaması öngörülmemiştir.

37 RKHK'daki üç kat tazminat uygulamasının kaynağı, niteliği ve diğer esasları hakkında geniş bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, Metin, "Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu** (28 - 29 Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi, Ankara, 2009, (s. 5 - 60).

38 Buna göre yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka/patent/tasarım sahibinin seçimine bağlı olarak (a) marka/patent/tasarım hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin markayı/patenti/tasarımı kullanması ile elde edebileceği potansiyel gelire göre veya (b) marka/patent/tasarım hakkına tecavüz edenin, marka/patent/tasarım konusu markayı/patent konusu buluşu/tasarımı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançla göre ya da (c) marka/patent/tasarım hakkına tecavüz edenin, markayı/patent konusu buluşu/tasarımı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun biçimde kullanmış olması durumunda ödemesi gereken lisans bedeline göre hesap edilebilecektir.

B. Rekabet İhlali Durumunda Üç Kat Tazminat

4054 sayılı RKHK'nın kabulüyle birlikte "[m]al ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek" üzere Rekabet Kurumu (RK) kurulmuştur (m.20/1). RKHK'da yasaklanan davranışlar hakkında inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak, RKHK'da düzenlenen hükümlerin ihlali durumunda ihlale son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp Kanunu ihlal eden teşebbüslere idari para cezası uygulamak RK'nın görev ve yetkileri arasında bulunmaktadır (m.27). RKHK'nın 4. maddesi rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmaları, uyumlu eylemleri veya teşebbüs birliği kararlarını; 6. maddesi ilgili pazarda tek başına veya birlikte hakim durumunda bulunan teşebbüs veya teşebbüslerin sahip oldukları hakim durumu kötüye kullanmalarını; 7. maddesi ise hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme ve devralmaları yasaklamaktadır. Bağımsız bir idari otorite olan RK, söz konusu maddeleri ihlal eden teşebbüs veya teşebbüslere açacağı idari soruşturma sonucu idari para cezaları vermeye yetkilidir.

Ancak RKHK, rekabet ihlaline karşı RK'nın uygulayacağı idari para cezalarına ve idari tedbirlere ek olarak, rekabet ihlalinin özel hukuku alanındaki sonuçlarını da düzenlemektedir. Buna göre rekabet ihlalden zarar gören rakip teşebbüsler, müşteriler veya tüketiciler, RK tarafından verebilecek idari para cezasından ayrı bir biçimde, adli yargı mahkemelerine başvurup ihlali gerçekleştiren teşebbüslere tazminat davası açabileceklerdir.³⁹ RKHK'ya göre "[h]er 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" (m.57). Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilecektir (m.58(1)).⁴⁰ Zarar tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu durumlardan kaynaklanmaktaysa hâkim, davacının talebi üzerine uğranılan "zararın ya da zarara neden

39 4054 sayılı Kanun'un Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) kabul ettiği ilk halinde, RK'nın kararlarının yargısal denetiminin Danıştay tarafından yapılacağı düzenlenmişti. Ancak 2012 yılında 6532 sayılı Kanun ile RK'nın kararlarına karşı başvurulacak yargı merciini düzenleyen 55. maddesi değiştirilmiş ve yetkili mahkeme idare mahkemeleri olarak belirlenmiştir. İdari işlemi gerçekleştiren RK'nın bulunduğu yerin Ankara olması sonucu yetkili mahkeme, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca Ankara İdare Mahkemeleri'dir. Ankara İdari Mahkemeleri'nin kararlarına karşı Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabilir. Ancak Ankara İdari Mahkemeleri, sadece RK'nın idari işlemlerine karşı itiraz merciidir. RKHK m.58 uyarınca açılacak tazminat davalarında görevli mahkeme adliye mahkemeleri, HMK'da göreve ilişkin değişiklik sonrasında da asliye hukuk mahkemeleri olacaktır.

40 Aslında RKHK'daki düzenleme tutarsızdır. RKHK m.58'de önce rekabet ihlalden zarar görenlerin, ödedikleri bedel ile rekabet sınırlanmasaydı ödeyecekleri bedel arasındaki farkı (fiili zarar) talep edebilecekleri belirtilmiş, ancak hemen ardından rekabet ihlalden zarar gören teşebbüslerin, "bütün zararlarının tazminini" (fiili zarar + yoksun kalınan kâr + yansınan zarar(?) + manevi zarar(?)) talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Eğer bütün zararların tazmini amaçlanmış ise, zarar görenlerin ödedikleri bedel ile rekabet sınırlanmasaydı ödeyecekleri bedel arasındaki farkın istenilebileceği biçimde sınırlı bir zarar kaleminin bahsedilmesine gerek bulunmamaktadır. Ayrıca bkz. TOPÇUOĞLU, 2009, s. 24 - 32.

olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir” (m.58(2)).

C. FSEK ve RKHK’da Üç Kata İlişkin Düzenlemelerin Karşılaştırılması

Kanun koyucunun davacıya üç kat isteme hakkı tanıdığı FSEK ile RKHK’daki düzenlemeler karşılaştırıldığında aralarında birtakım farklılıkların olduğu göze çarpmaktadır. Öncelikle FSEK’teki düzenlemeye göre üç kat bedeli, eser sahipliğinden doğan mali hakları ihlal edilen kişiler (eser sahibinin kendisi, bağlantılı hak sahipleri vb.) isteyebilecektir. Yani ortada bir hak ihlali olmalıdır. RKHK’ya göre ise rekabeti kısıtlayıcı anlaşma veya uyumlu eylemden ya da hakim durumun kötüye kullanılmasından zarar gören kişiler uğradıkları zararın üç katını talep edebileceklerdir. Bu noktada RKHK’da davacıların FSEK’teki mali haklar gibi ihlal edilen bir hakkı bulunmasa da⁴¹ kanun koyucu menfaatleri zarar gören ilgililere, zarar verene karşı tazminat davası açma imkanı tanımıştır. İkinci olarak, FSEK’te tecavüzün ref’i davası açılıp, davalıdan üç kat bedel istenilebilmesi için kusur şartına gerek duyulmazken, RKHK uyarınca açılacak tazminat davasında üç kat tazminat talep edebilmek için davalının kusurlu olması zorunludur. RKHK m.58(2) uyarınca üç kat tazminat sadece “tarafaların anlaşması ya da kararı”⁴² veya “ağır ihmalinin” olduğu durumlarda talep edilebilir. Dolayısıyla tazminat davasının açılabilmesi için rekabet ihlali gerçekleştiren teşebbüsün kusurlu olması gerekmemektedir; kusur (kasıt veya ağır ihmal) sadece söz konusu teşebbüsten üç kat tazminat talep edilebilmesi için aranmaktadır.⁴³

41 FSEK, eser sahibine mali ve manevi haklar tanımakta ve bu hakları koruma altına almaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere mali ve/veya manevi hakların ihlali durumunda eser sahibi veya diğer ilgililer, FSEK’te bir hukuk davası olarak düzenlenen tecavüzün ref’i davası açabileceklerdir. RKHK’da ise piyasada faaliyet gösteren teşebbüslere bir “rekabet etme” hakkı tanınmamaktadır. Başka bir deyişle, RKHK m.58 uyarınca üç kat tazminat isteyen teşebbüslerin açacağı tazminat davasının gerekçesi “rekabet etme hakkının” ihlali değildir. Rekabet etmenin yasal dayanağını, Anayasa’nın 48. maddesinde düzenlenen “çalışma ve sözleşme özgürlüğü” oluşturmaktadır. Buna göre “[h]erkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”. Dolayısıyla rekabet etmek, kaynağını Anayasa’dan alan bir temel hak ve özgürlüktür. Benzer biçimde, BK m.49 vd. hükümlerinde düzenlenen haksız fiil sorumluluğu uyarınca rekabet etmek, bir haksız fiil de oluşturmamaktadır. Rekabet, BK anlamında haksız fiillerde bir hukuka uygunluk nedenidir. Örneğin bir sokakta bir ekmek fırını varken aynı sokağa yeni bir ekmek fırını açılması durumunda eski fırın, rekabetin kendisine zarar verdiği ve kâr kaybına yol açtığı gerekçesiyle yeni fırın aleyhine tazminat davası açamaz. Kaybeden teşebbüsler açısından rekabet ve rekabetten doğan kâr kaybı, kazanan teşebbüslere karşı herhangi bir hukuki başvuru imkanı vermemektedir meçur ki 4054 sayılı RKHK anlamında bir rekabet ihlali yapılmış olsun.

42 Bu ibareyi “kasıt” biçiminde anlamak gerekir. Şöyle ki sorumluluk hukukunda sorumluluğa yol açan kusur, genel olarak “kasıt” (*dolus, intention*) ve “ağır ihmal” (*culpa lata, gross negligence*) ile “hafif ihmal” (*culpa levis, negligence*) biçimindedir. Tarafların anlaşması veya kararı, kasıtın öğelerinden olan “bilme” ve “isteme” anlamına gelmektedir. Maddedeki “veya ağır ihmali” ibaresindeki “veya” bağlacı da ağır ihmalden daha ağır bir kusur türünü, yani kasti işaret etmektedir. Aynı yönde bkz. SANLI, Kerem Cem, “Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-1** (3 - 4 Nisan 2003), Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2003, (s. 270). (“Aslında burada ifade edilmek istenen ‘tarafaların kasti’dir. Zira anlaşma ya da karar kusur kavramının bir türü olmadığı gibi, aynı şekilde ağır ihmal de bir çok taraflı işlem türü değildir... Burada örtülü kanun boşluğunu [sic] bulunduğunu kabul ederek, kanunun ruhu çerçevesinde bu boşluğu yukarıda belirtilen şekilde doldurmak uygun olur.”).

43 Hemen belirtelim 4054 sayılı RKHK’da değişiklik yapılmasına ilişkin hazırlanan yasa tasarısı uyarınca reka-

Üçüncü olarak, FSEK'teki düzenlemeye göre davacının herhangi bir fiili zarara uğraması şart değildir; hak sahibi zarara uğramadan da sözleşme olsaydı istenilebilecek bedel veya rayiç bedelin üç katını isteyebilir. Fiilin zararın gerekmemesi davacının yoksun kalınan kârına (kazanç kaybı) işaret etmektedir. FSEK m.68 uyarınca üç kat bedel isteyen davacının ayrıca uğradığı zararların da tazmin edilmesini isteme hakkı bulunmamaktadır. Fiili bir zarar söz konusu ise FSEK m.70 uyarınca tazminat davası açılmalıdır. Bu yola özellikle manevi hak ihlalleri için gidilebilir, çünkü mali hakların ihlali durumunda üç kat isteme imkanı bulunmaktadır ve üç kat bedel çoğu zaman uğranılan zarardan daha fazla olacaktır. Ancak davacının zararının üç kat bedeli aşması durumunda ve davalının da kusuru varsa, FSEK m.70 uyarınca tazminat davasının açılması mümkündür.⁴⁴ Buna karşın, RKHK'daki düzenleme ise rekabet ihlalinin çoğu zaman fiili bir zararın doğacağı varsayılarak hazırlanmıştır. Örneğin normal şartlar altında piyasada 4 TL'ye satılan bir ürün, teşebbüslerin anlaşması sonucu 10 TL'ye satılmaya başlanırsa, bu ürünü alan müşteri 6 TL'lik bir fiili zarara uğrayacaktır. FSEK'te yapılan değişiklikle 68. maddeden çıkarılan zarar ölçütü, aslında RKHK'da tazminat davasının temel unsurlarından biridir. RKHK'nın 57., 58. ve 59. maddelerinde yer alan "zarar", "maddi zarar", "ortaya çıkan zarar", "zarar gören", "zarara neden olanlar", "zararın oluşması", "zararın belirlenmesinde" vb. ibarelere bu bağlamda dikkat edilmelidir.

Son olarak FSEK ve RKHK'da davacının isteyebileceği üç kat bedel veya tazminat konusunda da ifade farklılıkları bulunmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere FSEK m.68'de tecavüzün ref'i davası kapsamında davacı, sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin veya rayiç bedelin "en çok üç kat fazlasını" davalıdan talep edebilecektir. RKHK m.58'de ise davacı, zararın veya davalının elde ettiği kârın "üç katı oranında" tazminat isteyebilecektir. Rekabet hukuku literatüründe de RKHK'daki ibarenin "üç kat" mı, yoksa "üç katına kadar" mı şeklinde anlaşılması gerektiği tartışmalıdır, ancak fikri mülkiyet hukuku literatüründeki hakim görüşün aksine RKHK uyarınca tazminatın "üç katına kadar" olarak hükmedilmesini ileri süren görüşlerin ağırlıkta olduğu gözlemlenmektedir.⁴⁵ Bunun muhtemel bir nedeni de FSEK ve RKHK'daki ifade farklılıklarıdır:

bet ihlalinin doğan tazminat davalarında davalının kusurlu olması şartı getirilmiştir. Böylece FSEK'in aksine RKHK'da kusursuz sorumluluk esasına son verilmek istenmiştir. Üç kat tazminatın ise kasit ve ağır ihmal durumlarıyla sınırlı olması noktasında mevcut düzenleme korunmuştur. Ancak söz konusu tasarı 7 Haziran 2015 seçimleriyle kadük olmuştur. ÖZKAN, Ahmet Fatih, "Seçimler ve Rekabet Hukuku, Başka Bir Rekabet Yasa Tasarısı Daha Kadük Oldu", Rekabet Forumu, Yıl: 2015, Sayı: 95, (s. 6 - 16).

44 GÜL, İbrahim, **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 343. Ayrıca bkz. TEKİNALP, 2012, s. 319. ("FSEK m.68(1) anlamında ref davası ikma edilmesi ve üç katının istenilmesi hâlinde kural olarak FSEK m.70(2)'ye dayanılarak, ayrıca maddi tazminata talebinde bulunulamaz; meğerki hak sahibinin zararı bu tutarı açıkça aşsın ve tecavüzün eden kusurlu bulunsun...").

45 "Üç katı oranında" ibaresini "üç kat" biçiminde yorumlayan yazarlara örnek olarak AKSOY, Nazlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Sayı: 52, Ankara, 2004, s. 54. ("58. madde hükmünün uygulanmasında ortaya çıkan bir başka tartışma konusu ise hakim'in cezaya karar verirken esas alınan miktarın 'üç katına' mı hükmedeceği, yoksa 'üç katına kadar' olan herhangi bir miktara mı hükmedeceğidir. Bu konuda her iki görüş de savunulabilir olmakla birlikte Kanun'un açık ifadesi 'üç katı oranında' şeklinde olduğu için... Kanunun ifadesine bağlı kalınarak, esas alınan miktarın üç katı olarak anlaşılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir."); GÜVEN, Pelin, "Reka-

FSEK'teki ibare davacıya hitap etmekteyken ("*hak sahipleri... en çok üç kat fazlasını iste-yebilir*"), RKHK'daki ibare tazminat davasına bakacak hâkime hitap etmektedir ("*hâkim... üç katı oranında tazminata hükmedebilir*"). Sözel (lafzi) yorum yöntemiyle incelendiğinde RKHK'daki ibarenin, hâkime takdir yetkisi tanıdığı söylenebilir; hâkim üç kat tazminata hükmedebilecekte, tek kat ya da çift kata da hükmedebilmelidir. Zira RKHK "hükmeder" değil, "hükmedebilir" ibaresini kullanmaktadır. Bu bakımından FSEK'te üç kat bedele ilişkin hâkimin takdir yetkisinin olup olmadığı yönündeki tartışmanın RKHK açısından da geçerli olabileceği düşünülse de, aşağıda görüleceği üzere rekabet hukukundaki esas tartışma üç kat tazminata ilişkin değil tazminat davasının nasıl açılacağına ve zamanaşımına ilişkindir.

D. Rekabet Hukuku Uygulamasında Üç Kat Tazminat

Mevzuatımızda FSEK'e ek olarak üç kat tazminatın öngörüldüğü diğer bir yasa da RKHK'dır. Ancak FSEK'teki durumun aksine RKHK uygulamasında, her ne kadar söz konusu Kanun 1994 yılında yürürlüğe girmiş olsa da, şu ana kadar karara bağlanan tazminat davalarında hiçbir davacı üç kat tazminat elde edememiştir. İlk derece mahkemeleri tazminat davalarını reddetmiş, ilk derece mahkemelerinin üç kat tazminata hükmettiği bir kaç karar ise Yargıtay tarafından bozulmuştur. Bunun nedeni tazminat davasının nasıl ve ne zaman açılacağına ilişkin sorulara kesin bir yanıt verilememiş olmasıdır. Bu bağlamda tazminat davasının açılabilmesi için öncesinde RK'dan dava konusu rekabet ihlalini belgeleyen bir karar alınmasının gerekli olup olmadığı ve zamanaşımının ne

bet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V** (6 - 7 Nisan 2007), Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2007, (s. 234). ("*RKHK'nın 58 inci maddesi uyarınca üç kat tazminata hükmedilmesi gerektiği ile ilgili hükmün uygulanması konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Şartlar oluşmuşsa hakim üç kat tazminata hükmetmesi gerektiği belirtildiği gibi, üç kata kadar tazminata hükmedilebileceği de ifade edilmektedir... Kanun'un açık ifade karşısında - her ne kadar BK'da düzenlenen tazminat sistemi ile uyumuna da, bir değişiklik yapılmaya kadar - üç kat tazminata hükmedilmesi şeklinde uygulanması gerekmektedir.*") Buna karşın, söz konusu ibarenin "üç katına kadar" biçiminde anlaşılması gerektiğini ileri süren yazarların ağırlıkta olduğu görülmektedir. Bkz. SANLI, **2003**, s. 271 ("*Kanımcı bazı yazarların aksine, hakim sadece 'üç' katı değil, somut olayın özelliklerine göre 'iki' katı tazminata da hükmedebilmelidir.*"); ASLAN, İsmail Yılmaz, "Kanun Değişikliği Gerekliliğine Yol Açan Faktörler ve Yeni Bir Kanun Önerisi", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III**, (der. A. Odman Boztosun), Seçkin Kitabevi, Ankara, (s. 33). ("*Mevcut düzenlemede üç kat tazminatın üç kat mı yoksa üç katına kadar mı olduğu konusundaki tartışmaya son vermek amacıyla üç katına kadar ifadesine yer verilerek hakime çok geniş bir takdir yetkisi [tanınmalıdır.]*"); ARI, Zekerriya, "Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", **Rekabet Forumu**, Yıl: 2006, Sayı: 26, (s. 9 - 10). ("*Üç kat tazminat bakımından, gerek tazminatın kapsamı gerek tazminatın verilmesinde hakim takdir yetkisi doktrinde tartışılmaktadır... Kanaatimizce, üç kat tazminat çok ağır bir yaptırımdır... Hakimler üç kat tazminat uygulamayı kolay kolay göze alamayacaklardır. Çünkü, bu tür bir uygulama ilgili teşebbüslerin yıkımına bile yol açabilir. Bu nedenler ile üç kat tazminatı, hem uygulanabilir hale getirmek, hem etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla 'üç katına kadar tazminat' şeklinde anlaşılması gerektiğine inanıyoruz.*"); GÜL, **2015**, s. 354. ("*[M]adde hükmünden hareketle üç misli tazminatın bütün şartlarının bulunmasına rağmen üç misline karar verilip verilemeyeceğinin hâkimin takdirinde olduğu söylenebilir.*"). Hemen belirtelim 4054 sayılı RKHK'da değişiklik yapılmasına ilişkin hazırlanan ve kadük olan yasa tasarısında bu konuda da bir değişikliğe gidildiği görülmektedir. Söz konusu tasarıda kasıt veya ağır kusur hallerinde açılacak tazminat davalarında, uğranılan zararın "*üç katına kadar*" tazminata hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Tasarı yasalaşmış olsaydı RKHK'nın mevcut halindeki "*üç katı oranında*" ibaresinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bu tartışma da son bulmuş olacaktı. ÖZKAN, **2015**, s. 12.

zaman başlayacağı uygulamada çok tartışılmış, bu usulî sorunların tutarlı bir biçimde çözüme kavuşturulamamasından dolayı esasa ilişkin kararlar verilememiş, bu nedenle “üç kat oranında” tazminatın “üç kat” mı yoksa “üç katına kadar” mı olacağı konusuna hiç değinilmemiştir. Verdiği kararlarda Yargıtay’ın⁴⁶ tazminat davası açabilmek için öncelikle RK’nın vereceği bir ihlal kararını zorunlu tuttuğu, RK kararı alınmadan açılan davalarda dava konusu davranışın bir rekabet ihlali oluşturduğunu tespit eden RK kararının verilmesini bekletici mesele yaptığı ve zamanaşımının ne zaman başlayacağına ilişkin tutarlı bir içtihat geliştiremediği gözlemlenmektedir.⁴⁷

RKHK uyarınca üç kat oranında tazminat istenebilmesi için davalıların bir rekabet ihlaline yol açmış olmaları gerekmektedir. Ortada bir rekabet ihlali bulunmuyorsa zarar da doğmuş olmayacaktır. Bir bağımsız idari otorite olarak RK’nın RKHK’da düzenlenen görev ve yetkileri arasında hangi davranışların rekabet ihlaline yol açtığını araştırma ve karara bağlama bulunduğu tartışmasızdır. Başka bir deyişle, rekabet hukuku bağlamında ortada bir idari otorite bulunmakta ve aslında tazminata esas oluşturacak bir rekabet ihlalinin olup olmadığına karar vermektedir. Fikri mülkiyet hukuku bağlamında ise eser sahibinin mali haklarının ihlal edilip edilmediğine karar veren bir idari otorite bulunmamaktadır; davacı doğrudan adli yargı mahkemelerine başvurmakta, söz konusu mahkemeler de hem ortada bir mali hak ihlalinin bulunup bulunmadığını tespit etmekte, hem de ihlal halinde üç kat bedele hükmetmeye karar vermektedir. Aslında rekabet hukuku bağlamında da adliye mahkemelerinin öncelikle bir rekabet ihlalinin olup olmadığına karar vermesi ve ardından da üç kat tazminata hükmetmesi (*stand-alone action*) noktasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Zira RKHK’da konuyla ilgili herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Ancak Yargıtay, verdiği kararlarla bu yolu fiilen kapatmıştır.

Türkiye’de rekabet hukuku uygulamasının henüz ilk yıllarında Yargıtay, RKHK uyarınca özel hukuk tazminat davalarının açılabilmesi için tazminat istemine konu edilen rekabet ihlalinin RK tarafından belgelendirilmiş olmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Başka bir deyişle Yargıtay, ancak bir RK kararının ardından tazminat davası açılması gerektiğine karar vermiştir (*follow-on action*). Tazminat davasına konu edilen davranış hakkında RK’nın vermiş olduğu bir kararın bulunmadığı durumlarda ise RK kararının ilk derece mahkemeleri tarafından bekletici mesele yapılmasına hükmetmiştir. Dolayısıyla

46 Aşağıda görüleceği üzere rekabet ihlalden doğan tazminat davalarına ilişkin Yargıtay kararlarının bazen 11. Hukuk Dairesi tarafından, bazen de 19. Hukuk Dairesi tarafından verildiği görülmektedir. Bunun nedeni tazminat davasının açılış biçimiyle ilgilidir. Buna göre tazminat davası, alacak davası biçiminde açılırsa 11. Hukuk Dairesi’nin önüne gelmektedir. Buna karşın, tazminat alacağı ilamsız icraya konulup takip borçlusuna itiraz edince açılan itirazın iptali davasında verilen hüküm temyiz edilirse dosya 19. Hukuk Dairesi’nin önüne gelmektedir. Dolayısıyla esaslı aynı olmakla birlikte Yargıtay’daki dairelerin önüne gelme biçimi farklılaşmaktadır.

47 Bkz. ÖZKAN, 2015, s. 13. (“Türk rekabet hukuku uygulamasında zamanaşımının, zararın öğrenildiği tarihten itibaren mi yoksa Rekabet Kurulu’nun gerekçeli kararından itibaren mi başlayacağı çok tartışma konusu oldu. Bir de zamanaşımının durması/kesilmesi ve bekletici mesele olma tartışması var. Rekabet ihlalinin ispatlanması sürecinde Kurul kararının adli mahkemelerde bekletici mesele yapılıp yapılmaması (ve buna bağlı olarak zamanaşımının durması ya da kesilmesi) da henüz bir çözüme kavuşmadı. Bugüne kadar açılan tazminat davalarında ki bunları sayısı son 10 yılda 10’u geçmemiştir- Yargıtay bu tarz sebeplerle davanın hiç esasına giremedi.”).

Yargıtay, ihlal tespiti görevini münhasıran RK'ya bırakmıştır. RK'nın kararının olduğu durumlarda ise bu kararın itiraz (istinaf) yolundan veya temyiz incelemesinden geçerek kesinleşmiş olmasına ise gerek duymamıştır. Yargıtay'ın bu uygulaması kısa sürede yerleşik içtihat haline gelmiş ve hiçbir zaman değişmemiştir. Yerleşik içtihadı aykırı karar veren ilk derece mahkemelerinin kararları ise bozulmuştur. 1999 tarihli bir kararında Yargıtay şu sonuca ulaşmıştır:

*"Dava, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması hakkındaki Kanununun 57. maddesinde ifadesini bulan hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemine ilişkindir... tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 Sayılı Yasanın yetkili kıldığı 'Rekabet Kurulu' tarafından hakim durumu kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa, yapılacak başvurunun, ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir."*⁴⁸

Yukarıda incelenen Yargıtay kararına konu olan ilk derece mahkemesi kararında, rekabet ihlali olduğu iddia edilen fiyatlama davranışının RKHK uyarınca hakim durumun kötüye kullanılması olmadığına ilişkin bir bilirkişi raporu esas alınmış ve davacının tazminat talebi reddedilmiştir. Karar davacı tarafından temyiz edilerek Yargıtay'ın önüne getirilmiştir. Dolayısıyla davacının tazminat talebi ilk derece mahkemesince reddedilmiş, Yargıtay ise bu kararı farklı bir gerekçe ile bozmuştur. Ancak davacının üç kat tazminat talebinde bulunduğu ve ilk derece mahkemelerinin tazminata hükmettiği kararların da bulunduğu, ancak bu kararların, ihlal tespiti yapan bir RK kararının bulunmadığı gerekçesiyle yine Yargıtay tarafından bozulduğu görülmektedir. Bu bağlamda Yargıtay şu kararı vermiştir:

*"...Rekabet Kurulunun 21.12.1999 tarih 1999-58/624-398 sayılı kararı ile de davalının 4054 Sayılı Yasaya aykırı bir eyleminin bulunmadığı saptandığından, anılan Kanunun 58.maddesindeki tazminata hükmedilmesi koşullarının da oluşmamış olmasına... 4054 Sayılı Yasaya aykırılık dolayısı ile açılan idari davanın sonucunun da beklenmesine yer olmadığından davanın reddine karar verilmek gerekirken, yazılı gerekçeyle karar verilmesi isabetli görülmemiştir."*⁴⁹

Yukarıda incelenen Yargıtay kararına konu olan ilk derece mahkemesi kararında davacı üç kat tazminat talep etmişken ilk derece mahkemesi takdiren tek kat tazminata hükmetmiştir. İhlal tespiti yapan bir RK kararının bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozan Yargıtay, üç kat tazminatın hâkimin takdir yetkisiyle tek kata düşürülmesine ilişkin olarak ise hiçbir değerlendirmede bulunmamıştır. Dolayısıyla Yargıtay, tazminat için RKHK'da geçen "üç katı oranında" ibaresinin uygulamada "üç kat" mı, yoksa "üç katına

48 Yargıtay 19. HD, 01.11.1999 tarih ve E.1999/3350, K.1999/6364 sayılı karar.

49 Yargıtay 19. HD, 29.11.2002 tarih ve E.2002/2827, K.2002/7580 sayılı karar. Karara karşı oy yazan bir üye ise adli yargı mahkemelerinin tazminat davalarında RK'nın vereceği kararı beklemeleri gerektiğine katılmakla birlikte, RK kararına karşı itiraz edilmesi durumunda idari yargıda verilecek kararın da beklenmesinin, bu bağlamda RK kararının kesinleşmesinin gerektiğini ifade etmiştir.

kadar" mı anlaşılması gerektiği konusunda hukuki belirliliği sağlayabilecek bir imkanı değerlendirememiştir.

İlk derece mahkemesinin üç kat tazminata hükmettiği kararını bozan başka bir kararında Yargıtay, yine üç kat tazminat konusuna değinmemiş, RK kararının varlığını arayan içtihadını tekrarlamış ve konuyla ilgili hükmünü şu şekilde ifade etmiştir:

*"Tazminata karar verebilmek için, ilgili anlaşma veya uygulamanın 4054 sayılı Yasa'ya aykırı olup olmadığının saptanması zorunludur ki, bu tespit için önce Rekabet Kurulu ve Kurul kararına karşı da Danıştay görevlidir. Bu nedenlerle mahkemece, öncelikle, davacının bu davadan önce 4054 sayılı Yasa'ya göre Rekabet Kurulu'na başvurup başvurmadığının araştırılması, başvurmuşsa, davalı eylemlerinin 4054 sayılı Yasa'ya aykırılığın tespiti yönünden, bu başvuru neticesini ve kesinleşmesini bekleyerek sonucuna göre karar vermesi, Rekabet Kurulu'na davadan önce başvurmamışsa, eldeki bu davayı Rekabet Kurulu'na başvurma olmadan dinlenemeyeceği ve henüz dava açma zamanı gelmediği nazara alınarak karar vermesi gerekirken, bu hususları yerine getirilmeden işin esasına girilerek, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmadığından kararın davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir."*⁵⁰

Zamanaşımı konusunda ise FSEK gibi, RKHK'da da tazminat davasına ilişkin herhangi bir zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir. Bu noktada BK'nın zamanaşımına ilişkin hükümleri kıyasen uygulanacaktır. FSEK'ten farklı olarak, rekabet ihlali niteliği itibarıyla bir haksız fiil oluşturacağından sözleşmeye aykırılıktan doğan borçlar için öngörülen zamanaşımına değil, haksız fiiller için öngörülen zamanaşımına tabi olacaktır. Buna göre BK m.72 uyarınca rekabet ihlali nedeniyle açılan tazminat davasından doğan istemler, zararın ve failin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her durumda fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. Zamanaşımının azami (maksimum) süresi olan on yıl noktasında herhangi bir uyumsuzluk yargı mercilerine taşınmamıştır. Buna karşın, iki yıl noktasında, yani zararın ne zaman öğrenilmiş olabileceği noktasında tutarlı bir içtihat oluşturulmamıştır. Bunun nedeni zarar öğrenilmiş olsa bile rekabet ihlalinin tespiti için RK'nın gerekçeli kararının zorunlu tutulması, hatta bazı kararlarda (karşı oy yazılarında) ifade edildiği üzere RK kararının da kesinleşmesinin beklenmesi gereğidir. Şöyle ki tazmin edilecek bir zarar olması için o zarara yol açan eylemin bir rekabet ihlali oluşturması gerekmektedir. Bu da RK'nın kararından sonra tespit edilecektir.⁵¹ İş yükü nedeniyle

50 Yargıtay 11. HD, 23.06.2006 tarih ve E.2005/3755, K.2006/7408 sayılı karar. Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD, 12.09.2014 tarih ve E.2013/7687, K.2014/13657 sayılı karar ("Davacının 4054 sayılı Yasa uyarınca Rekabet Kurumu'na yaptığı şikayet üzerine davalı şirketlerin 4054 Sayılı Kanun'un 4 maddesini ihlal ettikleri kabul edilmiş, bu kararın davalı şirketlerce temyizi üzerine Danıştay 13. Dairesi'nin davalıların temyiz istemi reddedilmiş ve davalıların rekabeti bozucu eylemlerde bulunduğu yargı kararı ile kesinleşmiştir. Bu doğrultuda davacının uğradığı zararın davalılarca tazminini talep hakkı mevcuttur.").

51 Yargıtay 11. HD, 27.10.2015 tarih ve E.2015/3450, K.2015/11139 sayılı karara karşı oy yazan bir üye, bu bağlamda konuyla ilgili şunları kaydetmiştir: "Haksız fiil için, davacıya yönelik fiilin "hukuka aykırı" olması gerekir. Ülkemizde, rekabete aykırılık tarzında ortaya çıkan fiillerde [sic], fiilin rekabet hukuku kurallarına ve bu konudaki kanun hükümlerine aykırı olup olmadığını, yani fiilin "hukuka aykırılık" unsurunu taşıyıp taşımadığını belirleyecek yegane makam ise Rekabet Kurumu bünyesindeki Rekabet Kurulu'dur. Bu halde, fiilin hukuka aykırılığını sap-

RK kararının BK'da düzenlenen 2 yıllık zamanaşımını geçmesi durumunda da hak kayıpları yaşanacaktır.⁵²

Ancak Yargıtay yeni tarihli bir kararında, rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davasında zamanaşımı konusunda BK'nın haksız fiiller için öngörülen iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağına, bunun yerine 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20(3). maddesi uyarınca "nisbi idari para cezası gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi[nin] sekiz yıl" olacağına ilişkin hükmün uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.⁵³ Özellikle bu karar ile birlikte iyice tartışmalı duruma gelen zamanaşımı konusunun, üç kat tazminatla doğrudan bir ilgisinin olmaması nedeniyle, daha fazla üzerinde durulmayacaktır. Özetle, rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarında zamanaşımı konusunda mevcut Yargıtay içtihadları davacılar açısından hukuki belirliliği sağlamaktan uzaktır. Konuyla ilgili olarak önümüzdeki dönemde, öğretide ifade edilen görüşleri de dikkate alan, bir yasal düzenleme yapılmasının isabetli olacağı ileri sürülebilir.⁵⁴ Sonuç olarak RKHK uygulamasında üç kat tazminata hükmedilen az sayıda ilk

tama konusunda yetkili tek merci olan Rekabet Kurulu tarafından ortada rekabet kurallarının ihlal eder nitelikte "hukuka aykırı bir fiil" bulunduğu tespit edilmeden zarar gören şahsın yine de kendi anlayış ve kavrayış biçimine göre durumu takdir (!) ederek dava açmasını beklemek söz konusu olamaz."

52 Bu bağlamda 6098 sayılı BK ile yürürlükten kaldırılan 818 sayılı eski BK'da haksız fiiller için 60. maddede öngörülen zamanaşımının, zararın ve failin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl, her hâlükârda haksız fiilin gerçekleşmesinin üzerinden on yıl olduğu hatırlanmalıdır. Şüphesiz yeni BK'yla bu sürenin iki yıla çıkarılması, rekabet ihlali nedeniyle tazminat davası açacak davacıların lehine bir gelişme olmuştur.

53 Yargıtay 11. HD, 27.10.2015 tarih ve E.2015/3450, K.2015/11139 sayılı karar. Bu kararda Yargıtay, ilk derece mahkemesinin zamanaşımı nedeniyle davayı reddetmesi üzerine şu hükmü vererek mahkemenin kararını bozmuştur: "30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde, "idari yaptırım" gerektiren eylemlerin "kabahat" niteliğindeki suçlar olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinde ise "idari para cezası" idari yaptırım türleri arasında sayılmıştır. Yine aynı Kanunun "Soruşturma Zamanaşımı" başlıklı 20/4. maddesinde ise "nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıl" olarak belirlenmiştir... kanun koyucucu, ceza zamanaşımının BK'daki zamanaşımından daha fazla olduğu durumlarda, hukuk davasına da ceza davasına ilişkin zamanaşımının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Somut olayda, davacı tarafın tazminatı gerektiren olayı öğrenerek Rekabet Kurumu'na başvurduğu 22.11.2005 ve 06.03.2006 tarihleri ile bu davaya esas 20.03.2012 dava tarihi birlikte değerlendirildiğinde dava zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılmaktadır." Bu karardan görüleceği üzere Yargıtay, zamanaşımının başlangıcı olarak RK'ya başvuru tarihini esas almıştır. Karardaki başka bir ayrıntı da karşı oy yazısında tazminat davasının açılabilmesi için RK'nın kararının yargısal anlamda kesinleşmiş olmasının ifade edilmiştir. Yukarıda adı geçen karardan önce verilmiş ancak yayınlanmamış bir Yargıtay kararında rekabet ihlali nedeniyle Avea'nın Turkcell'e karşı açtığı tazminat davasında ilk derece mahkemesi zamanaşımı başlangıcını zararın öğrenildiği tarihten itibaren başlatmış, zamanaşımının RK'nın gerekçeli kararı sonrası başlaması gerektiğine ilişkin Avea'nın iddiasını reddetmiş, Yargıtay iş bu kararı onamış ancak Daire kararına karşı yapılan karar düzeltme başvurusunda Yargıtay HGK zamanaşımı konusunda Kabahatler Kanunu'ndaki yukarıda adı geçen düzenlemenin uygulanması gerektiğine hükmederek Daire kararını bozmuştur. Bu karar hakkında bilgiye Turkcell'in hesaplarını inceleyen bir bağımsız denetçi inceleme raporundan ulaşılmıştır. Bkz. <http://s.turkcell.com.tr/hakkimizda/tr/yatirimciiliskileri/InvestorReportLibrary/TCELL-SPK-Q214.pdf> (erişim tarihi 11.03.2016).

54 Öğretide rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarında, dava açma süresinin gerekçeli kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren başlaması gerektiği, böylece zararın da gerekçeli karar ile öğrenildiğinin kabul edilmesinin hak kayıplarının yaşanmamasını teminen daha güvenli bir yol olduğu ifade edilmekle birlikte, RKHK'nın 57. maddesine göre ihlale neden olan eylemlerden zarar gören herkese tazminat isteme hakkı tanındığından zamanaşımının RK kararlarının RK'nın internet sitesinde yayınlandığı tarihte başlamasının yerinde bir uygulama olacağı ileri sürülmektedir. UTKU, Hilal / POLAT, Belit / DENİZ, Seda, "Rekabet Hukukunda Haksız

derece mahkemesi kararı bulunmakla birlikte, bu kararların hiçbiri Yargıtay tarafından onanmamıştır. RKHK uygulamasında asıl tartışma “üç kat” mı, “üç katına kadar” mı tartışması olmayıp, tazminat davasına esas oluşturacak bir RK kararının gerekli olup olmadığı ve zamanaşımının ne zaman işlemeye başlayacağıdır.

Sonuç ve Değerlendirme

Eser sahibinin mali haklarının ihlali durumunda açılacak tecavüzün ref'i davası kapsamında davacıya, davalı ile aralarında sözleşme olsaydı isteyebileceği bedelin veya rayiç bedelin üç katı oranında bedel isteme imkanı veren FSEK'teki düzenlemenin, Türk hukukunda kabul gören “tazminatın uğranılan zarar ile orantılı olması ilkesi”nin⁵⁵ dışına çıktığı açıktır.⁵⁶ Hatta öğretilerde pek çok yazarın FSEK'teki düzenlemenin uğranılan zararın giderilmesine yönelik olması yerine, davalıyı cezalandırma ve caydırma amacı güttüğü ifade edilmektedir.⁵⁷ Gerçekten de FSEK'in ilgili hükümler sonucu istenilen taz-

Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları”, **Rekabet Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: 13, Sayı: 1, (s. 126 - 127). Düşüncemize göre rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarında zamanaşımının kararın tarafları açısından tebliğ tarihinden, üçüncü kişiler açısından kararın RK'nin internet sitesine koyulmasından itibaren başlaması isabetli olacaktır. Ne yazık ki 4054 sayılı RKHK'da değişiklik yapılmasına ilişkin hazırlanan yasa tasarısında rekabet ihlalinin doğan tazminat davalarında zamanaşımı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

55 Bu konuda daha fazla bilgi ve eleştiri için bkz. SANLI, Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 151 - 169. Yukarıda “II/D. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu” başlığı altında FSEK m.68 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşındığına değinilmişti. Yüce Mahkeme'ye başvuru dilekçesinde dile getirilen argümanlardan biri de söz konusu hükmün tazminatın zarar ile orantılı olmasına ilkesine aykırılık oluşturmasıdır. Konuyla ilgili dilekçede şunlar kaydedilmiştir: “[S]orumluluk hukukunda aslolan herkesin neden olduğu miktar kadar zararı tazminle sorumlu olmasıdır. Tazminatın miktarı ise fiilin işleniş şekli, ağırlığı, kusurun derecesi, tarafların ekonomik ve sosyal durumu, karşı tarafın ödeme gücü, iyi niyet, hâkimin vicdani kanaati gibi unsurlar dikkate alınarak her somut durumun özelliklerine göre objektif olarak belirlenir. İtiraza konu yasada bu prensipler göz ardı edilerek her davalı peşinen üç kat tazminat ödemeye zorlandığından ‘yasa önünde eşitlik’ hakkı davacı lehine keyfi olarak ihlal edilmiştir.” Ancak ilgili hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı olarak görülmemiştir.

56 Burada kastedilen üç kat bedel isteme yetkisidir. Yoksa hukukumuzda fiili bir zarara uğranılmadığı durumlarda davacıya/alacaklıya rayiç bedel isteme hakkı tanıyan başka düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin BK m.213(2) uyarınca satım sözleşmesinden satıcı borcunu ifa etmezse alıcı, *satış bedeli ile kendisine devredilmeyen satılanın yerine bir başkasını satın almak için dürüstlük kurallarına uygun olarak ödediği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararının* giderilmesini isteyebilir. Burada satıcının borca aykırılığı nedeniyle alıcı fiili bir zarara uğramaktadır ve bu zararını satıcıdan tazmin etmeye BK izin vermektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise satım sözleşmesine konu olan malın, *borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan olması durumunda* alıcının, onun yerine bir başkasını satın alma zorunda olmaksızın, satış bedeli ile ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Burada ise alıcı herhangi bir fiili zarara uğramasına bile satıcının borca aykırılığı nedeniyle uğradığı kâr kaybını gidermek üzere alıcıya rayiç bedel isteme hakkı tanınmıştır. Ancak burada alıcının, uğradığı kâr kaybının üç katını satıcıdan talep etme imkanı bulunmamaktadır.

57 SANLI, 2007, s. 163. (“[RKHK m.58 ve FSEK m.68 hükümlerinin] *telafi amacının bir sonucu olan, tazminat miktarının zarar ile sınırlı olması kuralı ile açık bir şekilde çeliştiği* görülmektedir. Dolayısıyla bu hükümlerin varlığı karşısında, pozitif hukuk açısından telafi amacının savunulması son derece güçtür.”); TEKİNALP, 2012, s. 319. (“Buradaki ‘bedel’ bir tazminat değil, hak sahibine ödenen kanuni cezadır.”); GÜL, 2015, s. 345 (“Telif tazminatının telafi tazminatı olmadığı ve cezai nitelikte olduğu genellikle kabul edilmektedir.”). RKHK bağlamındaki üç kat tazminat açısından da benzer düşünceler ifade edilmektedir. Bkz. AKSOY, 2004, s. 45 ve 53 (“Rekabetin kısıt-

minat hem zarar miktarını aşabilmekte, hem de zarardan bağımsız bir biçimde hesaplanabilmektedir. Bu nedenle üç katı istenilecek bedelin teknik anlamda tazminat olup olmadığı tartışılabilir. Bu çalışmada FSEK kapsamında istenilenin, "üç kat tazminat" değil "üç kat bedel" olduğu titizlikle vurgulanmıştır. Zaten FSEK sistematığına bakıldığında üç kat bedelin tecavüzün ref'i davasında istenebileceği, buna karşın adı geçen Kanunun düzenlendiği başka bir hukuk davası olan tazminat davası kapsamında üç kat bedelin istenemeyeceği hükme bağlanmıştır. RKHK uygulamasında ise bunun "üç kat tazminat" biçimde olduğu, zira açılan davanın bir tazminat davası olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Üç kat bedel fikri ve sınai hakların ihlali durumunda, fikri mülkiyet hukuku bağlamında öngörülmüştür. Buna karşın klasik mülkiyet haklarının (örneğin eşya hukuku bağlamında taşınmaz malinin taşınmazı üzerindeki mülkiyet hakkı) ihlali durumunda üç kat bedel isteme söz konusu değildir. Fikri mülkiyet haklarının, klasik mülkiyet haklarıyla hukukten ilgili hak sahibine aynı yetkiler tanıyıp tanımadığını tartışmaya bile gerek olmaksızın şurası bir gerçektir ki fikri mülkiyet haklarının çoğu zaman ticari bir boyutu bulunmaktadır. Fikri mülkiyet haklarını ihlal edenler hemen hemen her zaman bunu ticari bir çıkar umarak yapmaktadırlar (örneğin orjinal bir kitabının kopyalanarak yasa dışı olarak sokaklarda satılması). Fikri hakları ihlal edenler bir anda belki de hayat boyu kazanamayacağı kârlar elde edebilirler. Buna ek olarak, fikri mülkiyet haklarının ihlali, klasik mülkiyet haklarının ihlaline oranla daha kolaydır (örneğin bir DVD yazıcı almak suretiyle orjinal bir DVD'nin yasa dışı nüshaları ev ortamında bile oluşturulabilir) ve cesaret gerektirmeden yapılabilir (örneğin taşınmaz maliki ile taşınmazın ihlali sırasında karşılaşma ve çatışma riski bulursa da fikri mülkiyet hakkı sahibiyle karşılaşma ihtimali sifıra yakındır). Bu nedenlerle fikri mülkiyet haklarının etkin bir biçimde korunması gerekmektedir. Üç kat bedel isteme bu bakımdan ilkesel olarak savunulabilir, caydırıcı bir yaptırımdır.

Gerek FSEK, gerekse RKHK'daki üç kat bedele/tazminata ilişkin hükümler, BK anlamında sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil durumunda istenilecek maddi tazminata ilişkin hükümlerden ayrılmaktadır. Ancak buradaki sorun teorik bir akademik tartışma olmaktan çok, son derece ciddi sonuçlar doğurabilecek pratik bir konuya ilişkindir. Üç kat bedelin/tazminatın talep edildiği davalı açısından bu durum yıkıcı etkiler doğurabilir. Her somut olayda davalının ciddi güce mali güce sahip olduğu düşünülerek hareket edilmemelidir. Aksine mali hakları ihlal eden davalı, üç kat bedel ödemek bir yana, belki de tecavüzün ref'i davasında kendisini dava eden davacının avukatının avukatlık ücretini dahi ödeyecek bir mali güce sahip olmayabilir. Kaldı ki bu örnekte davalının

*lanmasından doğan tazminata ilişkin olarak uygulanacak kurallar, Borçlar hukukunda yer verilen kurallar olmakla birlikte, 4054 sayılı Kanun, tazminatın hesaplanmasında ve ispatında Borçlar Hukukunun tazminata ilişkin genel kurallarından ayrılmaktadır... Üç kat tazminata ilişkin bu düzenleme ile tazminat hukukunun temeli teşkil eden ve zarar görenin zararı gidermeyi amaç edinen ilkenin dışına çıkıldığı görülmektedir. Zira hukuk sistemimizde tazminat davası sonucunda hükmedilecek miktarın, uğranılan zararı aşmayacağı ilkesi geçerlidir... Tazminat hukuku ilkeleri ile bağdaşmayan bu kuralın... tazminat değil bir tür cezai yaptırım niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir."); GÜNAY, Cevdet İlhan, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 189. ("Rekabet hukukunda tazminat hukukunun temel ilkelerinden ayrılmıştır. Zarar görenin zararını giderme amacı, tazminatın, uğranılan zararı aşmayacağı ilkesi dikkate alınmamaktadır.").*

gerçekleştirdiği ihlal ile üç kat bedeli gerektirecek bir ekonomik çıkar elde etmesi de her zaman olanaklı olmayabilir. FSEK'te tecavüzün ref'i davası için davalının kusurunun aranmamış olması bu bağlamda bir eksiklik olacaktır. Bazı Yargıtay kararlarına yansıdığı üzere FSEK'te kusur koşulunun aranmamasına rağmen Yargıtay'ın, üç kata esas oluşturacak sözleşmesel veya rayiç bedeli belirlerken davacının ortak kusurunu araştırması uygulaması ise, hukuk tekniği açısından isabetsiz, ancak somut olay adaleti (hakkaniyet) açısından yerindedir. Zira her davacı, rasyonel bir işletmenin gereğine uygun olarak, her zaman üç kat bedel talep edecektir. Ancak üç kat bedele, davalının işletmesinin büyüklüğü ile ekonomik durumu dikkate alınmadan her olayda aynı oranda hükmedilmesi somut olay adaleti ile bağdaşmayacak sonuçlar doğurabilecektir.

Konuyla ilgisi olabilecek bir örnek de BK'da düzenlenen ceza koşulundaki durumdur. BK'nın 179. maddesinde bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda alacaklı ile borçlunun bir ceza koşuluna (cezai şart) karar vermelerine izin verilmiş, 180. maddede alacaklının hiçbir zarara uğramamış olsa bile önceden kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesini isteyebileceği kabul edilmiş, 182. maddede de kural olarak alacaklı ile borçlunun serbestçe ceza koşulunu belirleyebilecekleri, ancak aşırı gördüğü bir ceza koşulunu hâkimin re'sen indirebileceği hükme bağlanmıştır. Buradan hareketle borçlar hukukunda aşırı ceza koşuluna, alacaklı ile borçlu arasında rızai bir sözleşmesel ilişki bulunmasına rağmen hâkim tarafından müdahale edilebiliyorsa, eser sahibi ile mali haklarını ihlal eden kişi arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmadığı halde davacının üç kat bedel istemine hâkimin müdahale edebilmesi evleviyetle (*a priori*) mümkün olmalıdır. Sözleşmesel ilişkide taraflar ceza koşulunu serbest iradeleriyle kararlaştırmışlardır ve buna rağmen hâkim müdahale edebilmektedir. Mali hakların ihlali bağlamında ise ihlal eden kişi, eser sahibi ile bir sözleşmesel ilişki içerisine girerek bir yana eser sahibini dahi tanımayabilir. Bu nedenle eser sahibinin, mali haklarını ihlal eden kişiye karşı talepleri noktasında hâkime takdir yetkisi verilmemesi isabetli olmayacaktır.

Tüm bu nedenlerle eser sahibinin mali haklarının durumunda istenilebilecek üç kat bedele hükmedilmesinde, her ne kadar üç kat bedel isteme fikri mülkiyet haklarının etkin şekilde korunmasına hizmet eden caydırıcı bir yaptırım olsa da, gerek üç kat istemenin Türk hukuk sistemindeki tazminat esaslarıyla uyumlu olmaması, gerekse davalı açısından ciddi ekonomik sonuçlar doğurabilecek nitelikte olması nedeniyle hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır. Başka bir deyişle, eser sahibine üç kat bedel isteme yetkisi tanınsa da, üç kata kadar bedele hükmetme noktasında hâkime takdir yetkisi tanımak, hem Türk hukuk sistemindeki tazminat esaslarına hem de hakkaniyete uygun olacaktır. Zaten üç kata esas alınacak bedel hesaplanırken ortada fiili bir zararın dahi varlığı aranmamakta, davalının elde ettiği kâr davacının kazanç kaybı olarak değerlendirilmektedir. Caydırıcılık amacını aşırıp davacı açısından zenginleşmeye yol açmaması için, üç kata hükmedilmesinde belli bir esneklik gerekmektedir. Mevcut haliyle gerek FSEK, gerekse RKHK'da üç kata ilişkin hükümlerin hâkime takdir yetkisi tanımak konusunda muğlak olduğu anlaşılmaktadır. RKHK'da değişiklik yapılmasına ilişkin kadük olan yasa

tasarısında da tazminatın “üç katına kadar” olması esasını benimsenmişti. Bu nedenlerle gerek FSEK, gerekse RKHK’da değişiklik yapılmalı ve üç kata ilişkin hükümler “üç katına kadar” biçiminde yeknesak olarak tekrar düzenlenerek, hâkimin üç katına kadar tazminata hükmetmede takdir yetkisinin bulunduğu açıkça hükme bağlanmalıdır.

Kaynakça

- AKSOY, Nazlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Sayı: 52, Ankara, 2004
- ARI, Zekeriya, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, **Rekabet Forumu**, Yıl: 2006, Sayı: 26, (s. 9 - 10)
- ASLAN, İsmail Yılmaz, “Kanun Değişikliği Gerekliliğine Yol Açan Faktörler ve Yeni Bir Kanun Önerisi”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III**, (der. A. Odman Boztosun), Seçkin Kitabevi, Ankara, (s. 9 - 40)
- ATEŞ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003
- GÜL, İbrahim, **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015
- GÜNAY, Cevdet İlhan, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014
- GÜVEN, Pelin, “Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V** (6 - 7 Nisan 2007), Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2007, (s. 211 - 259)
- KARAHAN, Sami / SULUK, Cahit / SARAÇ, Tahir vd., **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, 4. Basım, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2015
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 2. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013
- ÖZKAN, Ahmet Fatih, “Seçimler ve Rekabet Hukuku: Başka Bir Rekabet Yasa Tasarısı Daha Kadük Oldu”, **Rekabet Forumu**, Yıl: 2015, Sayı: 95, (s. 6 - 16)
- ÖZTAN, Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008
- SANLI, Kerem Cem, “Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I** (3 - 4 Nisan 2003), Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2003, (s. 211 - 276)
- SANLI, Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007
- TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012
- TOPÇUOĞLU, Metin, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu** (28 - 29 Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi, Ankara, 2009, (s. 5 - 60)
- UTKU, Hilal / POLAT, Belit / DENİZ, Seda, “Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları”, **Rekabet Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: 13, Sayı: 1, (s. 129 - 162)
- UYGUR, Atiye, **Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004
- YAVUZ, Levent / ALICA, Turkey / MERDIVAN, Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu**, Cilt: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013

Anayasa Mahkemesi Kararları (kronolojik olarak)

Anayasa Mahkemesi, 28.02.2013 tarih ve E.2012/133, K.2013/33 sayılı karar

Yargıtay Daire Kararları

Yargıtay 11. HD, 26.04.1999 tarih ve E.1999/594, K.1999/3250 sayılı karar
Yargıtay 19. HD, 01.11.1999 tarih ve E.1999/3350, K.1999/6364 sayılı karar
Yargıtay 11. HD, 06.03.2000 tarih ve E.1999/9978, K.2000/1893 sayılı karar
Yargıtay 19. HD, 29.11.2002 tarih ve E.2002/2827, K.2002/7580 sayılı karar
Yargıtay 11. HD, 20.01.2006 tarih ve E.2005/166, K.2006/330 sayılı karar
Yargıtay 11. HD, 23.06.2006 tarih ve E.2005/3755, K.2006/7408 sayılı karar
Yargıtay 11.HD, 20.11.2007 tarih ve E.2006/6776, K.2007/14566 sayılı karar
Yargıtay 11. HD, 25.01.2010 tarih ve E.2008/8996, K.2010/757 sayılı karar
Yargıtay 17. HD, 15.02.2013 tarih ve E.2013/702, K.2013/1676 sayılı karar
Yargıtay 17. HD, 18.03.2013 tarih ve E.2013/3064, K.2013/3616 sayılı karar
Yargıtay 11. HD, 23.06.2014 tarih ve E.2014/1671, K.2014/11833 sayılı karar
Yargıtay 17. HD, 10.07.2014 tarih ve E.2014/11559, K.2014/11089 sayılı karar
Yargıtay 11. HD, 12.09.2014 tarih ve E.2013/7687, K.2014/13657 sayılı karar
Yargıtay 11. HD, 19.06.2015 tarih ve E.2014/18483, K.2015/8539 sayılı karar
Yargıtay 11. HD, 27.10.2015 tarih ve E.2015/3450, K.2015/11139 sayılı karar

Yargıtay HGK Kararları

Yargıtay HGK, 02.04.2003 tarih ve E.2003/4260, K.2003/271 sayılı karar