



REKABET DERNEĞİ

REKABET FORUMU

HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Mart 2015

Sayı: 92

Sahibi: Rekabet
Derneği adına
Av.İbrahim Gül
Ayda Bir Yayınlanır.

Editör: Erdal Türkkan

Yazı Kurulu:Uğur Emek,
İbrahim Gül, Gönenç
Gürkaynak, Nejdet
Karacehennem, Nurkut
İnan, Ercan Kumcu, Gamze
Öz, Hamdi Pınar, Kubilay
Atasayar, Müfit Sonbay,
Nahit Töre, , Uğur Özgöker,
Yavuz Ege, Yılmaz Aslan.

GENEL MERKEZ:

Yazışma Adresi: Tuna
Caddesi No:27/2 Kızılay
Çankaya ANKARA
TURKEY
GSM:+90.533 6272474;
İrtibat
Tel:+ 90.312 435 6813
Faks:+90 312 4356816
e-posta:
rekabetgenel@gmail.com

EDİTÖR:

GSM :+905323410739
e-posta:
erdalturkkan@hotmail.com

WEB:

www.rekabetderneği.org
Banka:TC Ziraat Bankası
0795 Necatibey Şubesi
Hesap No: 647 654
VERGİ No:Ankara
Başkent Vergi
Dairesi:7340430101

İSTANBUL ŞUBESİ:

Başkan: Av. Dr. Kemal
Erol

Adres: Süleyman Seba
Caddesi, Spor Apt. No
62/4 Akaretler/
Valideçeşme -BEŞİKTAŞ
34357 İSTANBUL
Telefon:212- 236 53 00

İLK YAZI

***Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN**

**ADİL REKABETİN EKONOMİDE VE
SİYASETTE MEŞRUIYET SAĞLAMA
İŞLEVİ.....S.2**

MAKALELER

*** Av. Dr. İbrahim GÜL**

**ZARARLARIN TAZMİNİNE DAİR AB
DİREKTİFİ MEDENİ CEZAYI YASAKLAMIS
MIDIR?.....S.7**
DUYURU

Toplantı Duyurusu: AnkaraS.14
**Duyuru: Rekabet Derneği İki Dalda En İyi Makale
Ödülü Verecek.....S.15**

**Bu dergide yer alan yazıların telif hakları yazarlarına aittir.
Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.**

Rekabet Derneği Hakkında Kısa Bilgi

Rekabet Derneği 20 Mayıs 2004 tarihinde kuruluşunu tamamlamış bir sivil toplum örgütüdür. Derneğin amacı Türkiye’de rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesine katkıda bulunmaktır. Derneğin Genel Merkezi Ankara’da olup İstanbul Şubesi 10 Mart 2005’ten itibaren faaliyete geçmiştir. Dernek Rekabet Kurumu’nun eski başkan ve üyeleri, rekabet ve regülasyon üzerine çalışan üniversite öğretim üyeleri, bazı gazeteci, sanayici, bankacı ve hukukçular tarafından kurulmuştur. Tüm düzenleyici kurumların eski başkanları Derneğin tabii üyesidir.

Derneğin Yönetim Kurulu: Av. İbrahim Gül (Başkan), Av. Müfit Sonbay (II.Başkan), Prof. Dr. Erdal Türkkan, , Av. Mertaşk Kilciler, Doç. Dr. Nurkut İnan, Yard. Doç. Dr. Gamze Aşçıoğlu Öz, Yard. Doç. Dr. Hamdi Pınar, Onur Arı ve Av. Ömür Kasımay’ dan oluşmaktadır.

Derneğin İstanbul Şubesi Av. Dr. Kemal Erol Başkanlığında faaliyetini sürdürmektedir.

Dernek aylık Rekabet Forumu’nu elektronik olarak yayınlamakta ve düzenli aylık bilimsel toplantılar düzenlemektedir.

İLK YAZI**ADİL REKABETİN EKONOMİDE VE SİYASETTE
MEŞRUIYET SAĞLAMA İŞLEVİ****Prof. Dr. Erdal Türkkan**

(erdalturkkan@hotmail.com)

Adil rekabet kavramı, iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişi arasında aynı amaca ulaşmak için yapılan yarışın, kazancın meşruiyetini sağlama işlevi yapan kurallar ve ilkeler çerçevesinde gerçekleştirilmesini ifade eder. Bu yarış ekonomik alanda olabileceği gibi siyasi, sportif vs. alanlarda da olabilir. Burada meşruiyet kavramı hukuka ve evrensel ilkelere ve kamu vicdanına uygunluk olarak tanımlanabilir. Meşruiyet, toplum refahını ve huzurunu arttıran, toplumu gerilimler ve çatışmalardan koruyan istenilir bir durumdur.

Adil rekabetin ekonomik alandaki gerekliliği ve önemi üzerinde duran önemli bir literatür vardır. Buna karşılık adil rekabet kavramının siyasi açıdan önemi üzerinde yeterince durulmamıştır. Siyasi alanda adil rekabet çok sınırlı bir çerçevede ele alınmış, ve sandık emniyeti ile kısıtlı bir dönemdeki bazı propaganda kuralları içine hapsedilmiştir. Oysa konuya adil rekabetin meşruiyet sağlama işlevi açısından bakıldığında çok daha kapsamlı koşulların yerine getirilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Siyasi alanda adil rekabet en az ekonomideki adil rekabet kadar önemlidir. Siyasette adil rekabet milli iradenin doğru bir biçimde tecelli etmesini sağlayan ve demokrasinin kalitesini tayin eden bir husustur.

Burada üç temel soruya cevap aranacaktır. Bunlardan birincisi, kazancın veya kazananın meşruiyeti ile adil rekabet arasındaki ilişkinin ne olduğudur? İkinci soru siyasi rekabet sürecinde kazancın veya kazananın meşruiyetini sağlamak için hangi koşulların yerine getirilmesi gerektiğidir. Üçüncü önemli soru da Türkiye’de yeni ve kritik önemi olan bir genel seçim dönemine giderken adil rekabet koşullarının ne ölçüde yerine getirildiğidir.

Siyasi alanda adil rekabet ile kazancın veya kazananın meşruiyeti arasında dört boyutlu bir ilişki vardır:

-İlk olarak adil rekabet yarışmak isteyen herkesin yarışa katılabilmesini gerektirir. Ancak bu şekilde en iyilerin seçilmesi mümkün olabilecektir. Şayet katılanlar arasında bir ön eleme gerekiyorsa (bu husus siyasette çok önemlidir.) bu elemanın en iyileri ortaya çıkaracak şekilde yapılması gerekir. Böylece nihai yarışın en iyiler arasında yapılması başlı başına meşruiyeti artıran bir olgudur. Çünkü bu koşul sağlandığında her durumda toplum iyi bir seçim yapmış olacaktır. Demokrasinin amacı kötülerin iyisini seçmek değil, iyilerin en iyisini seçmektir. Öyle ki bazen kim seçilirse seçilsin toplum daima kazançlı çıkacaktır. Böylece yanlış tercih yapmanın toplumsal maliyeti de düşük olacaktır. İşte bu yanlış maliyetinin minimizasyonunu sağlayarak refahı ve huzuru arttıran kurallar ve düzenlemeler meşruiyetin bir kaynağıdır.

- İkinci olarak adil rekabet kaynakları ve kendisine verilen gücü en iyi kullanabilenin eline geçmesini sağlar. Bu da toplum yararına olur. Dolayısıyla meşruiyetin diğer bir kaynağı iyiler arasından en iyinin, mümkün değilse kötüler arasından en az kötünün seçiminin toplum yararına olmasıdır.

-Adil rekabetin meşruiyet sağlama işlevini yerine getirmesi için siyasi mücadelenin savaş biçimine dönüşmesinin engellenmesi gerekir. İşte tam bu noktada adil rekabet çok önemli bir rol oynayacaktır. Siyasi mücadelenin savaşa dönüşmesi, çok önemli iktisadi ve sosyal maliyetlerin ortaya çıkmasına yol açacaktır. Bu maliyetler savaş sonunda haklının ve doğrunun değil, güçlünün kazanması kuralıyla ilgilidir. Güçlü ise başlangıçta iyi bir tercih olsa bile kaçınılmaz olarak bir negatif seleksiyon, çürüme ve suiistimal girdabına kapılacaktır. Adil rekabet-meşruiyet ilişkisi bazen milyonlarca insanın hayatına mal olan büyük maliyetlerin ödenmesini engellediği için söz konusudur.

Adil rekabetin meşruiyetini sağlayan bir başka boyut da halkın aldatılmasının engellenmesidir. Siyaset aldatmanın en kolay olduğu alandır. Üstelik verilen oyun geri alınması da en azından gelecek seçime kadar mümkün değildir. Adil rekabet halkın doğru tercih yapabilmesini kolaylaştırdığı gibi siyasete yalancıların, göz boyayıcıların vs girmesini de zorlaştırıcı etkiler yapacaktır. Bu da aslında siyasette meşruiyeti, dolayısıyla kazananın istenilirliğini arttırıcı bir faktördür.

Siyasette adil rekabet nasıl sağlanır? Ekonomi ile benzerlikten söz edilebilir mi? Bu konuda üç aşamalı koşullardan söz etmek mümkündür. Birinci aşama aday olma

konusunda adil rekabet, ikincisi seçim sürecinde adil rekabet , üçüncüsü iktidar olma –muhalafet yapma süreçlerinde adil rekabettir. Bunlara ilaveten konulan kuralların rekabeti engelleyici nitelikte olmaması, ve bu kurallara uyulmasını sağlayan mekanizmaların oluşturulması gerekir. Bu beş süreçte de ekonomide adil rekabet ile siyasette adil rekabet arasında yakın bir benzerlik vardır.

İlk olarak aday olma konusunda adil rekabetin sağlanabilmesi için her iki alanda da (ekonomi ve siyaset) temel özgürlüklerin en geniş düzeyde olması çok önemlidir. Örgütlenme ve girişim özgürlüğü, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, gösteri ve yürüyüş özgürlüğü, mülkiyet özgürlüğü ve seçme seçilme özgürlüğü vs. farklı biçimlerde de olsa hem ekonomide hem de siyasette adil rekabetin sağlanmasının olmazsa olmazıdır.

İkinci olarak seçim ve eleme sürecinde her iki alanda da devletin yarışmacılar karşısında tarafsız tutumu büyük önem taşır. Devletin başkalarıyla rekabet eden güçlü bir teşebbüse bazı ayrıcalıklar tanınması veya yardım yapması ekonomide rekabeti nasıl bozarsa, iktidardaki veya muhalafetteki bir siyasi partiyi kayırması ve ona destek olması da o ölçüde adil rekabetle bağdaşmaz.

Üçüncü olarak iktidar olma sürecinde hakim gücün kötüye kullanılması hem ekonomik hem de siyasi alanda adil rekabeti imkansızlaştıran bir husustur. Bu açıdan özellikle hakim durumda olan siyasi iktidarın bu gücünü rakiplerini ortadan kaldırmak veya etkisizleştirmek amacıyla kullanması kesinlikle adil rekabeti ve dolayısıyla meşruiyeti sınırlandıran bir husustur.

Dördüncü olarak rekabeti sınırlayan veya azaltan veya ortadan kaldıran kuralların olmaması adil rekabetin meşruiyeti sağlama işlevini görebilmesi açısından büyük önem taşır. Bu durum ekonomide de siyasette de adil rekabet açısından bir olmazsa olmaz niteliğindedir. Bu açıdan özellikle seçim kanunu, siyasi partiler kanunu önem kazandığı gibi bazı düzenleyici kuruluşların (Anayasa Mahkemesi, Danıştay Yargıtay vs.) bağımsız tarafsız ve gerekli yeteneklere sahip bir statüde olması da önemlidir. Bu açıdan özellikle yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesine riayet edilmesi gerekir.

Nihayet siyasette adil rekabetin sağlanabilmesi için etkin ve bağımsız bir İzleme, denetleme ve kurallara uymayanları cezalandırma mekanizmasının(Yüksek Seçik Kurulu, RTÜK gibi) oluşturulması gerekmektedir. Bu koşul ekonomide olduğu gibi siyasette adil rekabetin sağlanması açısından da bir olmazsa olmazdır.

2015 Genel seçimlerine yaklaşırken Türkiye’de siyasi rekabetin adil olduğundan, hatta bu açıdan minimum gerekleri karşıladığından söz etmek maalesef mümkün değildir. Bu durumun arkasında ilk olarak darbe döneminden kalma seçim kanununun ve siyasi partiler kanununun ısrarla muhafaza edilmesi yatmaktadır. % 10 luk barajın adil rekabeti engelleyen ciddi bir etmen olduğu açıktır. Ayrıca mevcut düzenlemeler çerçevesinde gerçek vekil seçimi, liderler veya küçük bir grup tarafından yapılmakta ve bunlara halk sadece onay verme durumuna düşürülmektedir.. Bu seçim yapılırken lidere sadakat her türlü kriterin üzerinde tutulmaktadır., Bundan da vahimi seçilenler liderlerin istediğini yapan bir “el kaldırma makinesine “ dönüşmektedir.

İkinci olarak Türkiye’de kamunun hakim gücü, iktidar partisi lehine sınırsız bir biçimde kullanılmaktadır.Devletin imkanlarıyla yapılan her açılış töreni bir siyasi propaganda aracı haline getirilmektedir. Aynı şekilde devlet iletişim kanalları da neredeyse münhasıran siyasi iktidarın propaganda aracı olarak kullanılmaktadır. Yine devlet imkanlarıyla verilen sosyal yardımlar siyasi iktidarın önemli bir ikna ve şantaj aracı haline gelebilmektedir. Devlet , vergi denetimi, ruhsat, kamu ihalesi gibi silahları kullanarak muhalefete yakın medyayı ve teşebbüsleri sıkı baskı altında tutmaktadır.

Üçüncü olarak adil rekabet kurallarının ihlali halinde devreye girecek izleme, denetleme ve gerektiğinde cezalandırma yapabilecek etkin bir kurum mevcut değildir. Yüksek Seçim Kurulu, esas itibariyle seçim güvenliğine ve bürokratik işlemlerinin yerine getirilmesine odaklanmaktadır. Siyasi iktidarın hakim gücünü kötüye kullanması ve muhalefeti baskı altına almasını engelleyecek veya cezalandıracak etkin bir mekanizma mevcut değildir. Devlet hem seçim sürecinde hem de seçimlerden sonra yüzlerce rekabet ihlali yaparak yandaşlara veya partizanlara önemli menfaatler temin etmekte ve muhalifleri her fırsatta cezalandırabilmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken esas önemli husus şudur. Türkiye’de siyasi alanda her türlü rekabet ihlali adeta bir “siyaset ustalığı veya üstünlüğü” olarak nitelendirilmektedir. Öyle ki bir siyasi parti adil rekabet kurallarına tam riayet ederek seçimi, kazanabileceği ve başarılı bir icraat yapabileceği halde, yandaş medyanın de desteği ve teşvikiyle her türlü rekabet ihlalini yapmayı tercih etmektedir. Böylece meşru olma potansiyeline sahip olduğu halde bundan adeta özenle kaçınmakta ve rekabeti bir savaşa dönüştürerek her türlü hile ve şiddetin kullanılmasını tercih

etmektedir. Rekabet ile savaş arasındaki en önemli farklardan birisi rekabetin katı kuralları olan bir yarış olması, buna karşılık savaşın kuralı, güçlünün koyduğu bir süreç olmasıdır. Rekabette kaybeden bile bazı kazançlar elde ederken savaşın tek bir kazananı vardır. Böylece Türkiye’de iktidarlar zafer sarhoşluğunu meşruiyet sağlamaya tercih etmektedir.

Bu açıdan en büyük tehlike meşruiyet kavramını evrensel hukuka ve ilkelere uygunluk yerine Arapça anlamında şeriatı uygunluk olarak tanımlayıp, şeriatın de düşmanla savaş halinde iken her türkü kural ve ilkenin ihlal edilebileceğini öngördüğünü kabullenerek siyaset yapmaktır. Meşruiyetin bu şekilde tanımlanması halinde siyasette adil rekabetin ortaya çıkması mümkün olamayacaktır. Devletin iktisadi alanda büyük bir belirleyici ve karar verici olması nedeniyle siyasette adil rekabetin olmaması halinde ekonomide de adil rekabet olamayacaktır. Sadece devletin vergi, denetimi silahını kendisini savaş halinde gördüğü kişi ve gruplara karşı kötü niyetli olarak kullanması bile ekonomide adil rekabeti yok edebilecektir. Bu durumda dinin siyasete ve siyasetin dine bulaştırılmaması adil rekabetin ve siyasette meşruiyetin en temel koşulu haline gelmektedir.

Adil rekabet açısından günümüzde özel önem kazanan bir husus da medyanın bağımsızlığı ve özgürlüğüdür. Görsel medyanın geniş kitleler için birincil bilgi kaynağı olması nedeniyle seçmenlerin siyasi görüş ve kanaatlerin oluşmasında medya büyük ve bir rol oynamaktadır. Öyle ki günümüzde siyasi rekabette kimin üstün gelebileceğini medya desteği tayin etmektedir. Her gün saatler süren propagandaların onlarca medya kanalında yayınlanması belli kurallara bağlanmaz ise adil rekabetin gerçekleşmesi kesinlikle mümkün olamayacaktır. Aslında belki de siyasi rekabette medya adil bir biçimde kullanılabilirse bugün elde edilebilecek sonuç yine ortaya çıkacaktır. Ancak medyanın adil kullanımında kaliteli bir demokrasi, adil olmayan kullanımı sonucunda ise kusurlu bir demokrasiye sahip olunacaktır. Daha da önemlisi birinci halde siyasi iktidar meşruiyeti tartışılmayan bir iktidar olurken, ikinci durumda siyasi iktidarın meşruiyeti daima tartışmalı olacak, bu durumda siyasi ortamın gerilmesi ve siyasetin sokağa taşınması kaçınılmaz olacaktır. Bu ise iktidarı ister istemez otoriter yöntemlerle muhalefeti bastırmaya itecektir. Sonuç itibariye siyaset, kazananı olmayan, aslına ülkenin kaybettiği bir yarış haline dönüşecektir. Maalesef Türkiye böyle bir tuzağa düşmüş görünmektedir. İyimsizliği muhafaza edebilmemiz için siyasi iktidarın kendi kendisine kurduğu bu tuzağın farkına varması gerekmektedir.

MAKALE**ZARARLARIN TAZMİNİNE DAİR AB DİREKTİFİ
MEDENİ CEZAYI YASAKLAMIS MIDIR?****Av. Dr. İbrahim GÜL**

2014/104/EU sayılı Zararların Tazminine Dair AB Direktifi (Directive on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union), 05.12.2014 tarihli ve L 349/12 sayılı AB Resmi Gazetesinde (Official Journal of the European Union) yayınlanmıştır. Direktif 20.12.2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş ve üye ülkelere 27.12.2016 tarihine kadar hukuklarını Direktifle uyumlu hale getirme yükümlülüğü getirmiştir (m.21).

Rekabet ihlali nedeniyle meydana gelen zararların tazminine dair önemli hükümler Direktifte yer almaktadır. Bu hükümlerden biri de Direktifin 3.maddesinde düzenlenen tam tazmin hakkıdır. Madde hükmü şöyledir:

“Madde 3: Tam Tazmin Hakkı

1-Üye ülkeler, rekabet hukukunun ihlali nedeniyle zarara uğrayan gerçek veya tüzel kişilerin bu zararlarının talep edebilmelerine ve tam tazmin elde etmelerine imkân sağlamalıdır.

2-Tam tazmin, zarar gören kişinin rekabet ihlali yapılmaması halinde sahip olacağı konuma ulaştırmak zorundadır. Bunun sonucu olarak tam tazmin hakkı fiili zararı ve kâr kaybını, ilaveten faiz ödemesini, kapsamalıdır.

3-Bu Direktifle göre tam tazmin, ister medeni ceza, misli tazminat veya diğer bir çeşit tazminat yoluyla olsun, aşırı telafiye yol açmamalıdır.”¹

¹Article 3: Right to full compensation

1.Member States shall ensure that any natural or legal person who has suffered harm caused by an infringement of competition law is able to claim and to obtain full compensation for that harm.

Madde hükmü bütün olarak telafi tazminatı yaklaşımını yansıtmaktadır. Geleneksel yaklaşım olan telafi yaklaşımına göre zarar gören haksız fiil olmasaydı hangi durumda olacak idi ise bu konuma tazminat yoluyla kavuşturulur. Yine telafi edici tazminat yaklaşımına (telafi tazminatına) göre tazminat tutarı, kâr kaybı dâhil zarar görenin zararının ne fazlası, ne eksidir. Telafi tazminatında zarar, mağdurun malvarlığı gözetilerek belirlenir, mağdurun zenginleşmesi sonucunu doğuracak bir tazminat kabuledilmez ve mağdurun elde ettiği yararların zarardan düşülmesi benimsenmez. Ayrıca failin kusuruna göre tazminatın derecelendirilmesi kabul edilmez.

Direktif, telafi tazminatı yaklaşımını benimserken zararın kapsamını da belirlemiştir. Direktife göre kişinin uğradığı zarar, fiili zarar ile yoksun kalınan kârdan oluşur. Bu zarar ayrımı haksız fiilin malvarlığında yarattığı etkiye göre yapılan bir ayrımdır. Bu ayrım dışında zararın kimde meydana geldiğine bağlı olarak doğrudan ve yansıma zarar, zararın hesaplanma anına bağlı olarak mevcut ve müstakbel zarar, zarara konu olan varlığa bağlı olarak eşyaya ve şahsa gelen zarar biçiminde zarar ayrımları da bulunmaktadır. Direktifin 3. maddesinde bu ayrımlara ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte zararın kimde meydana geldiğine bağlı olarak yapılan doğrudan ve yansıma zarar ayrımının Direktifin “The Passing-On of Overcharges” bölümünde düzenlendiği söylenebilir. Bu konuyu; yani Direktif bağlamında doğrudan ve yansıma zarar ayrımının nasıl düzenlenmesi gerektiğini ayrı bir makalede ele alacağım.

Diğer yandan rekabet ihlali nedeniyle rekabet ihlali yapanın elde ettiği kazancın alınmasının rekabet ihlallerinin önlenmesi bakımından çok önemli olmasına rağmen Direktif, bu konuda bir açıklık getirmemektedir. Diğer bir anlatımla telafi yaklaşımı rekabet ihlali yapanın elde ettiği kazançları dikkate almadığından, Direktifin bu konuyu açıklığa kavuşturması beklenirdi.

2. Full compensation shall place a person who has suffered harm in the position in which that person would have been had the infringement of competition law not been committed. It shall therefore cover the right to compensation for actual loss and for loss of profit, plus the payment of interest.

3. Full compensation under this Directive shall not lead to overcompensation, whether by means of punitive, multiple or other types of damages.”

Direktifin medeni cezaya bakışı bakımından 3.maddenin 3.fıkrasının yorumlanması önemlidir. Rekabet Derneği'nin "Zararların Tazminine Dair Avrupa Direktifi, Türk Rekabet Kanunu'nda Neleri Değiştirecek?" başlıklı 25.11.2014 tarihli toplantısında panelistlerden Sayın Yrd. Doç. Dr. İlhan YİĞİT'in Direktifin medeni cezayı (punitivedamages) yasakladığını ifade etmiştir. Daha sonra bu görüşlerini Rekabet Derneği'nin Rekabet Forumu 89.sayısında yayınlanan "*Avrupa Birliğinin Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Davalarına İlişkin Direktifi Kapsamında Türk Rekabet Hukukuna Bakış*" adlı makalesinde tekrarlamıştır (s.12). Sayın YİĞİT'in makalesinde görüşleri özetle şöyledir:

"b.1) Medeni Ceza Hakkında (Üç Katı Tazminat)

Bilindiği üzere RKHK m. 58/2'de "Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir".

Görüldüğü üzere RKHK m. 58/2'de, ihlâli gerçekleştirenlerin kastı veya ağır kusurunun bulunduğu hâllerde hâkime, elde edilen veya elde edilmesi muhtemel kârların üç katı oranında tazminata hükmetme imkânını vermiştir.

1970'li yıllarda ekonomik kuralların, özellikle verimlilik ve maliyet/ fayda analizlerinin uygulanması neticesinde, üç katına kadar tazminatın faydaları tartışılır olmuştur. Tartışmaların temelini üç ana husus oluşturmaktadır. Bunlar tazminat davalarının verimliliği artırıcı olmadığı, bunların kötüye kullanılabileceği ve üç katına kadar tazminatın adil olmadığı, aşırı caydırıcı olduğu noktasında toplanmaktadır.

Buradan hareketle Amerikan rekabet hukukunda, üç katı tazminatın kaldırılması veya değiştirilerek uygulanması yahut olduğu gibi kalması gerektiği ileri sürülmüştür. Değiştirilerek kalmasını isteyenler, tarafların kusurunun derecesinin önem taşıdığı, kasıt veya ağır kusurun bulunduğu hâllerde uygulanması gerektiğini görüş olarak bildirmişlerdir.

TBMM internet sitesinden tespit edebildiğimiz kadarıyla Tasarı'da üç katı tazminat korunmuş, ancak Kurumla aktif işbirliği yapanların ancak zararla sınırlı sorumlu olacakları belirtilmiştir.

Amerika'da getirilen eleştiriler, Clayton Kanunu'nun 4. maddesinde, zarara uğrayanların talebine ve davalıların (ihlâlde yer alanların) kusur derecesine yer verilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Oysaki RKHK m. 58/2'de, tarafların anlaşması veya kararı (kasıt) yahut ağır kusura yer vermiş, ayrıca davacıların talebi aranmıştır. Bu durumda RKHK m. 58/2'nin daha yerinde bir düzenleme olduğu söylenebilir.

Ancak, Direktif m. 2'de bu tür bir tazminatın kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir. Avrupa Birliği mevzuatına uyum sürecinde Direktifin, kanun koyucu üzerinde de etkisi olduğu söylenebilecektir. Bu durumda RKHK m. 58/2'deki üç katı tazminatın kaldırılması gündeme gelebilecektir.

Amerika rekabet hukuku uygulamasında tazminat davaları (privateenforcement) özel bir yer tutmaktadır ve sayıca çoklukları (Avrupa Birliği'ne ve Türkiye'ye oranla) nedeniyle de rekabet ihlallerinde caydırıcı etki göstermektedir. Bu tür bir tazminatın öngörülmesinin amacı ise, rekabet otoritelerinin bütün rekabet ihlallerini tespit etmelerinin ve cezalandırmalarının mümkün olmaması ve böylelikle tazminat davalarının, ihlalde bulunanların bu nedenle elde edecekleri/edebilecekleri kârları ile ödeyecekleri tazminat arasındaki farkı kazanç olarak görüp, ihlâli tekrarlamalarını önlemeleri, davaları önemsememelerinin engellenmesi gayesinde olduğu söylenebilir.

Soruna bu açıdan bakıldığında üç katı tazminatın kalmasının faydalı olabileceği söylenebilecektir. Buna, davacıların gerçek zararlarını ispatlamalarının zorluğu, ispatın ötesinde ve belki daha fazla zarara uğrayacakları ihtimali de eklendiğinde, bu yöndeki görüş daha kuvvetli bir şekilde savunulabilecektir.

Ancak, BK m. 50/2'deki zararın miktarının tam olarak ispat edilemediği durumlarda hâkimin, hakkaniyete göre zararı belirleyeceğine, RKHK m. 16'daki Kurul'un ceza oranını belirlerken zararın ağırlığını da dikkate alacağına dair hükümlerle birlikte düşünüldüğünde, bu tazminat türünün kaldırılmasının yerinde olacağı savunulması da mümkündür. Böylelikle zarara uğrayanların, üç katı tazminatla zenginleşmeleri ve tazminat davalarının kötüye kullanılmasının engellenmesi mümkün hâle gelebilecektir. Burada belki, RKHK m. 16'daki gayri safi gelirin en fazla %10'una kadar idari para cezasının, ihlâlden elde edilen kazancın çok gerisinde kalabileceği, böylelikle ihlâl edenlerin karşılaştıkları yaptırımların caydırıcı olmayabileceği çekince olarak ileri sürülebilir. Bu tür bir çekince, ceza hukukundaki cezaların belirli olması zorunluluğu ilkesi de gözetilmek kaydıyla, RKHK m. 16'da yapılacak bir değişiklikle giderilebilir.

Sonuç olarak, RKHK m. 58/2'deki üç katı tazminatın kaldırılmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.”

Sayın YİĞİT'in Direktifin medeni cezayı yasakladığı ve RKHK m. 58/2'deki üç katı tazminatın kaldırılmasının yerinde olacağını görüşlerine katılmamaktayım. Şöyle ki:

a-Direktif Medeni Cezayı Yasaklamamakta, Üye Ülkelerin İhtiyarına Bırakmaktadır.

Direktifin 3.maddesinin 3.fıkrası sadece tam tazminatın (fullcompensation) aşırı telafiye (overcompensation) yol açmaması gerektiğini ifade etmektedir. Direktifte belirtildiği üzere tam tazminat, telafi amacıyla verilecek tazminatı ifade eder. Telafi amacıyla verilecek tazminatın aşırı tazminat olmadığı yukardaki açıklamalarımızla açıktır. Diğer bir anlatımla Direktifin 3.maddesinin 3. fıkrası bilineni tekrarlamıştır. Öyleyse neden bu hüküm getirilmiştir? Hükmün getirilmesinin nedeni, üye ülkelerin hukuk sistemlerinde tam tazmin kavramının bulunmaması veya farklı olması nedeniyle tam tazmin kavramının yanlış yorumlanmaya yol açmasını engellemektir. Diğer bir anlatımla Direktif üye ülkelerin hukuk sistemlerinin farklılığını gözeterek telafi tazminatını aşan tazminatların tam tazminat kavramına dâhil olmadığını belirtmiştir. Bu düzenlemenin getirilmesinin altında yatan bir nedenin de Alman Hukuku'nun tazminatın sadece zararın telafisine hizmet edeceği düşüncesini katı biçimde uygulamak istemesi fakat AB Hukuku yoluyla bu katı düşünceyle uyumlu olmayan tazminatların Alman Hukuku'na yerleşmesinin yarattığı rahatsızlık olduğunu düşünmekteyim.

Ayrıca AB Hukuku'nda direktiflerin doğrudan etkiye sahip hukuk kuralları olarak kabul edilmediği gözetilmelidir. Diğer bir anlatımla Direktif hükümlerine dayalı zararın tazmini davası açılmaz. Bunun yanında rekabet ihlalinin doğan zararların tazmini için açılacak bir davanın Direktif hükümlerine dayandırılma zorunluluğu bulunmadığı gibi özel hükümler yanında genel kurallara da dayandırılabilir. Bunun yanında medeni ceza telafi tazminatına ilaveten verilen ayrı bir tazminat olduğundan, tam tazminattan farklıdır ama medeni ceza tam tazminatı da kapsayabilir. Eğer Direktif, rekabet ihlali nedeniyle sadece tam tazminat verileceğini düzenlemiş olsa idi Direktifin medeni ceza verilmesine engel olduğu söylenebilirdi. Ama Direktifte böyle bir hüküm bulunmamaktadır.

Direktifin 3. madde hükmü üye ülkelerin minimum yapmaları gerekenleri düzenlediğinden daha fazlasını yapmak üye ülkelerin ihtiyarındadır. Bu çerçevede Direktifin üye ülkeleremedeni ceza düzenlemesi yapma zorunluluğu getirmediği açıktır. Aynı şekilde Direktifin üye ülkelerin medeni ceza düzenlemesi yapmalarını yasaklamadığını, aksine ihtiyarına bıraktığını söylemek yanlış olmayacaktır.

b-ABD Hukuku'ndaki Gelişmeler Medeni Cezanın Yasaklanması Yönünde Değildir.

ABD Hukuku'nda medeni ceza 20. yüzyılın ikinci yarısında (özellikle son çeyreğinde) ürün sorumluluğu ve ticari haksız fiiller (businessstort) alanında kabul edilmeye başlanmıştır. Yakın zamanda medeni ceza uygulaması, caydırıcılık düşüncesinin etkisiyle ticari haksız fiiller (businessstorts) alanında belirgin hale gelmiştir. Bunların başında sigorta, istihdam, taşınmaz, sözleşme, ticari ve tüketici satışları gelmektedir.

Parasal değer kayıplarından arındırılmış olarak verilen medeni ceza tutarları bakımından son otuz yılda bütün dava çeşitlerinde bir yükselme olmasına rağmen, ticari haksız fiillerdeki yükselme dramatiktir. Ayrıca medeni ceza, kötü uygulama (malpractice) alanında, özellikle tıbbi kötü uygulamalarda artarak benimsenmiştir.

Ürün sorumluluğu, tıbbi kötü uygulama (medicalmalpractice) ve ticari haksız fiiller alanında medeni ceza doktrinin kabul edilmesi, eleştirilerin artması yanında anayasallığı hususunda tartışmaların alevlenmesine de neden olmuştur. Bu eleştirilerin etkisiyle haksız fiillerde reform (tort reform) yapılması, medeni cezaya üst sınır konulması, telafi tazminatın on mislinin gözetilmesi gibi sınırlamalar gündeme gelmiş ve bir kısım eyaletler değişik sınırlamaları yürürlüğe koymuştur. Ancak günümüzde 45-50 eyalette medeni cezanın birlikte yasaklanması söz konusu olmadığı gibi mahkemelerin ve yasa koyucuların büyük çoğunluğu, hukuk sistemi içinde medeni cezanın gerekli olduğuna inanmaktadır.

Bunların yanında ABD Hukuku'nda medeni ceza ile misli tazminat farklı kavramlardır. ABD Hukuku'ndamedeni ceza tutarının jürinin takdirinde olması ve medeni cezanın üst sınırının olmaması nedeniyle sınırlanması gündeme gelmektedir. ABD Hukukundajürinin maddi zarar 1.000.000 USD iken bunun 146 katı tutarında 146.000.000 USD medeni ceza verildiği görülmektedir. Bu nedenle ABD Yüksek Mahkemesi'nde maddi tazminatın on misli ile sınırlı olmasının yerinde olabileceğine dair görüşler ön plana çıkmış ancak kesin bir tavan getirilmesi benimsenmemiştir. Diğer yandan Türk Hukuku'nda üç misli tazminat gibi misli tazminatlar ABD Hukuku'nda yaygın olarak uygulanmaktadır. Bu tazminatların kaldırılmasına yönünde bir eğilim bulunmamaktadır.

Bütün bu nedenlerleABD Hukuku'nda medeni ceza tartışmalarıdayanak yapılarak Türk Hukuku'ndaki üç misli tazminatın kaldırılmasının yerinde olmayacağı düşüncesindeyim.

DUYURU

Sayın Rekabet Dostu,

Rekabet Derneği ile Rekabet Uzmanları Derneğinin ortaklaşa düzenlediği “**RK SEKTÖR RAPORU IŞIGINDA ELEKTRİK SEKTÖRÜNDE REKABET**” konulu panel **31.03.2015 Salı günü saat:18.30-21.00 arasında Midi Hotel’de (Karyağdı Sokak No:40, Çankaya–Ankara)** yapılacaktır. Toplantı davetiyesi ektedir.

Bu vesile ile toplantıya katkı sağlayanlara, desteklerini, önerilerini, ilgisini bizlerle paylaşan herkese teşekkür ederiz. Saygılarımızla,

Av. Dr. İbrahim GÜL

Şamil PİŞMAF

Rekabet Derneği Başkanı

Rekabet Uzmanları Derneği Başkanı

Oturum Başkanı : Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi-EPDK Eski Hukuk Danışmanı

Panelistler : Metin PEKTAŞ Rekabet Uzmanı

Mert KARAMUSTAFAOĞLU Rekabet Başuzmanı- FU Berlin (LL.M.)

Muhammet Ali ATEŞ- EPDK Enerji Uzmanı

Av. Süleyman BOŞÇA Enerji Hukuku Araştırma Enstitüsü Başkanı

Toplantı Yeri

Midi Hotel - Karyağdı Sokak No:40, Çankaya – Ankara

Toplantı Programı

31 Mart 2015 Salı

18.00-18.30 – Kokteyl

18.30-18.45 – Açılış

18.45-20.30 – Konuşmalar

20.30-21.00 – Sorular, Katkılar ve Tartışmalar

Toplantı Friedrich Naumann Vakfı’nın Katkıları ile Düzenlenmektedir

Lütfen toplantıya katılıp katılamayacağımızı en geç 20 Mart 2015 Pazartesi 15.00’a kadar

rekabetgenel@gmail.com veya mimhukuk.gul@gmail.com adresine veya aşağıdaki telefonlara bildiriniz.

Tel: +90.312.435 68 13;+90.533.627 24 74

DUYURU

Rekabet Derneği İki Dalda En İyi Makale Ödülü Verecek

2013 yılında yayınlanan makale, tebliğ vb. eserler arasından Rekabet Hukuku ve Rekabet İktisadı dalında ayrı ayrı en iyi makale ödülü verilmesine karar verilmiştir.

a-Rekabet Hukuku Dalında 2013 yılı En İyi Makale Ödülü

Bu dalda en iyi makale ödülünü hak eden eserin belirlenmesi için Doç. Dr. Nurkut İnan başkanlığında dört kişilik jüri oluşturulmuştur. Jüri, 2013 yılında yayınlanan makale, tebliğ

vb. eserleri inceleyip değerlendirecektir. Ayrıca ilgililer **rekabetodulu@gmail.com** e-posta adresine e-posta göndererek makale vb. yayınların değerlendirmeye alınmasını sağlayabilirler. Ayrıntılı duyuru Derneğimiz web sitesinde ve Rekabet Forumu'nda ayrıca yapılacaktır.

Rekabet Hukuku dalında Jüri başkanı ve üyeler şöyledir:

Başkan: Doç. Dr. Nurkut İnan-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Üye: Yrd. Doç. Dr. Gamze Aşçıoğlu Öz-Ortadoğu Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi

Üye: Av. Kubilay Atasayar-Rekabet Kurulu Emekli Üyesi

Üye: Şamil Pişmaf -Rekabet Kurumu

b-Rekabet İktisadı Dalında 2013 yılı En İyi Makale Ödülü

Bu dalda en iyi makale ödülünü hak eden eserin belirlenmesi için Doç. Dr. Uğur Emek başkanlığında dört kişilik jüri oluşturulmuştur. Jüri, 2013 yılında yayınlanan makale, tebliğ

vb. eserleri inceleyip değerlendirecektir. Ayrıca ilgililer **rekabetodulu@gmail.com** e-posta adresine e-posta göndererek makale vb. yayınların değerlendirmeye alınmasını sağlayabilirler. Ayrıntılı duyuru Derneğimiz web sitesinde ve Rekabet Forumu'nda ayrıca yapılacaktır.

Rekabet Hukuku dalında Jüri başkanı ve üyeler şöyledir:

Başkan: Doç. Dr. Uğur Emek-Kalkınma Bakanlığı

Üye: Yrd. Doç. Dr. Seyit Mümin Cilasun-Atılım Üniversitesi Öğretim Üyesi

Üye: Yrd. Doç. Dr. Fatih Cemil Özbuğday-Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Öğretim Üyesi

Üye: Dr. Ekrem Kalkan-Rekabet Kurumu

Ödüle ilişkin eleştiri ve önerilerinizi lütfen rdrekabetodulu@gmail.com e-posta adresine gönderiniz.

REKABET FORUMU İÇİN Makale Çağrısı

Sayın Dernek Üyelerimiz ve Okuyucularımız

Rekabet Forumu, Rekabet Politikaları ve Rekabet Hukuku'nun uygulamaları içinde bulunan tüm kurum, kuruluş ve kişilere gönderilmektedir. Rekabet Forumu'na göndereceğiniz yazılarla Forum zenginleşecek ve etki alanı genişleyecektir.

Değerli Dernek Üyelerimizden ve okuyucularımızdan ricamız, Rekabet Forumu'na, yaptıkları inceleme, araştırma, yorum ve değerlendirmeleri makale boyutunda göndermeleridir. Katkılarınız yalnız Forum'u zenginleştirmekle kalmayacak, aynı zamanda yararlanan çevrenin de genişletilmesini sağlayacaktır.

Rekabet Forumu için yazılarınızı **erdalturkkan@hotmail.com** adresine bekliyoruz.