

**REKABET HUKUKUNUN İHLALİNDEN DOĞAN
HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA
EKONOMİK BİR BAKIŞ**

Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI

**İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi**



SUNUM PLANI

Giriş

- I. Ekonomik Açıdan Haksız Fiil Hukuku
- II. Ekonomik Teorinin Rekabet Hukukundaki Haksız Fiil Sorumluluğu Açısından Yansımaları
 - A. Ekonomik Zararın Tazmini
 - B. Rekabet Hukukunun Kasten İhlali
 - C. Genel Değerlendirme
- III. Sorun Ne Kadar Ciddi?
- IV. Gerçekçi Varsayımlar Işığında Tekelci Fiyatlandırma ve Dışlayıcı Uygulamalardan Kaynaklanan Zarar ve Bunun Tazmini
 - A. Tekelci Fiyatlandırma
 - B. Dışlayıcı Uygulama
- V. Nihai Değerlendirme ve Üçkatı Tazminat

GİRİŞ

Bu davet için, Sayın İsmail Hakkı Karakelle başta olmak üzere, Eğitim Dairesi ve Rekabet Kurumu'na teşekkürlerimi sunarım. Burada olmaktan mutluluk duyuyorum.

Rekabet Kurumu'na ilk olarak yine bir Perşembe Konferansı için 2000 yılının Ekim ayında gelmiş ve “*Tekelci Fiyatlandırma*” konulu bir tebliğ sunmuştum. Üzerinden yaklaşık 7.5 sene geçmiş. Zaman oldukça hızlı geçiyor.

İlk başta konu seçimi ve sunum planı hakkında konuşmak isabetli olur. Konumuz rekabet hukukunun özel hukuk uygulaması ile ilgili; fakat ancak bir yönüyle Kurum'un uygulamakla yükümlü olduğu idari yaptırımları ilgilendiriyor. *Ekonomik açıdan optimal yaptırımın* nasıl belirlenmesi gerektiği ve bu çerçevede üç katı tazminatın ne zaman ve hangi şartlarda uygulanabileceğini ele alacağım. Bu sunum, daha kapsamlı bir çalışmanın ilk adımı olarak adlandırılabilir.

Yapmayı düşündüğüm şey şu: doktora tezim “*Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizini*” konu alıyor ve haksız fiil sorumluluğuna ekonomik açıdan bakışı içeriyor. Burada, tezimde temel aldığım teoriyi, rekabet hukukundaki sorumluluğa uygulamaya çalışacağım. “Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel teori acaba rekabet hukukunda nasıl görünür? Karşımıza ne gibi sorunlar çıkıyor? Nasıl yansımaları var?” bu tür sorunları açıklamaya çalışacağım.

Bunun Rekabet Kurumu tatbikatı açısından belki şöyle bir pratik faydası olabilir: Açıklamalarımın Kurum'un hangi hâllerde, ne zaman yaptırım uygulaması veya ne ölçekte yaptırım uygulaması gerektiğine dair bazı çıkarımlar yapılabilir. Zira son tahlilde Kanun'da ikili yaptırım sistemi kabul edilmiş ve her ikisi de eş zamanlı uygulama alanı buluyor.

Sunum planına gelince: Başlangıçta, ekonomik açıdan haksız fiil hukukuna bakarsak nasıl bir resim göreceğimize bahsedeceğim. İkinci aşamada rekabet hukukunun özelliklerini dikkate aldığımız zaman rekabet hukukundaki haksız fiil sorumluluğundan nasıl bir sorun ortaya çıkıyor, bunun özelliği nedir? Burada esas olarak iki ayrı problematikten söz edeceğim:

1. Rekabet hukukundan doğan zararların ekonomik zarar mahiyeti taşıması, yani salt ekonomik zarar olması ve buna bağlanan sonuçlar.
2. Rekabet hukukunu ihlal eden eylemlerin *-her zaman değil ama ben en azından bu sunumumda bunu varsayacağım-* genellikle kasta dayanması ve kasten gerçekleştirilen ihlallerin ekonomik açıdan sonuçları.

Nihayet üç kat tazminat hükmünün uygulanma esasları ile ilgili temel bazı özellikleri açıklamaya çalışacağım.

Bütün bu açıklamalarımda şu varsayımları kullanıyorum:

- * Tarafların rasyonel davrandığını,
- * Yine tarafların risk-nötr olduğunu,
- * Tazminatın (ve/veya diğer yaptırımların) telafiden ziyade (içselleştirme)¹ caydırıcılık yaratma amacını taşıdığını,
- * Mahkemelerin zararı hesaplayabildiğini ve,
- * Başlangıçta idari yaptırımların olmadığını varsayıyorum.

Bu varsayımlar, teorik modelde çıkarım yapmak için zaruri gözüküyor. Gerçekçi olmadığında şüphe yok, ama varsayımlar aşamalı olarak gerçekçi kılınabilir.

Açıklamalara geçmeden önce konu ile ilgili bir itirafta bulunmam gerekirse, konuyu seçerken aslında fazla titiz davranmadığımı söyleyebilirim. Belki de buradaki dinleyici kitlesinin ilgi alanı dikkate alınarak daha faydalı bir konu seçilebilirdi. Örneğin, kısa bir süre önce **Kanun Tasarısı Taslağı** hakkında bir inceleme yapmıştım. Perşembe konferansı için daha geç bir zamanda benimle temasa geçilmiş olsaydı herhâlde Taslak hakkındaki görüşlerimi paylaşmayı tercih ederdim. Ama takvim önceden belirlendiği için, bu konuyu seçtik. Eğer zaman kalırsa, Taslak hakkında görüşlerimi de sunumun sonunda kısaca aktarabilirim.

Tekrar belirtmekte yarar var, bu çalışma henüz daha başlangıç aşamasında yani daha olgunlaşması gerekiyor. Buradaki tartışmaların olgunlaşma sürecine katkı sağlayacağını umuyorum.

Haksız fiil hukukuna ekonomik açıdan bakarsak neyi görüyoruz; öncelikle çok kısaca onu açıklamaya çalışayım.

I. Ekonomik Açıdan Haksız Fiil Hukuku

Haksız fiil hukuku, “*haksız fiil*” olarak adlandırılan davranışların düzenlenmektedir. Haksız fiil gerçekleşirse, hukuk düzeni zarar veren aleyhine

¹ İçselleştirme ve caydırma farklı kavramlar olmakla birlikte, yukarıda aynı amaca yöneldiklerini düşündüğümüz için birlikte kullanılmıştır. Zira her ikisinde de amaçlanan, *ex ante* olarak kurala muhatap olan teşebbüsün davranışlarının istenilen yönde değiştirilmesidir. Caydırma halinde kuralda betimlenen davranışın hiç yapılmaması istenirken, içselleştirme halinde eylemin sonuçlarının (tüm dışsal maliyetinin) dikkate alınması amaçlanmaktadır.

tazminat borcunun doğacağını belirtir ve zarar gören, zarar verene karşı tazminat alacağını içeren bir talep yöneltir. Hukuk doktrin ve uygulamasında tazminatın, zarar görenin zararlarını giderme amacını taşıdığı kabul edilmektedir.

Ekonomik açıdan baktığımız zaman, haksız fiil “*olumsuz dışsallık*” (“*negative externality*”) olarak adlandırılır. Olumsuz dışsallık bir piyasa aksaklığıdır, yani iktisadi bir sorundur. Burada sorunun özü, dışsallığa sebebiyet veren kişinin (*zarar verenin*) davranışının dışsal maliyetlerini (*zararı*) dikkate almaması ve davranışını (*sosyal açıdan*) etkin şekilde gerçekleştirmemesidir. Örneğin riskli faaliyet yapan kişi, zarar başkaları üzerinde doğacağı için gereken tedbirleri almayabilir. Oysa kişinin tedbir alarak riski ve dolayısıyla haksız fiilin sosyal maliyetini azaltması mümkündür. Dolayısıyla sosyal açıdan kişinin tedbir alması arzu edilir. Bu sorunun, (*piyasa aksaklığının*) hukuk kuralları ile düzenlenmesi ve kişilerin sosyal açıdan arzu edilen şekilde davranmaya sevk edilmesi mümkündür. Bu itibarla haksız fiillerin (*dışsallıkların*) hukuken düzenlenmesi (*iktisadi açıdan*) ilk bakışta meşru gözükmektedir.

Ekonomik açıdan haksız fiil hukukunun temel işlevi; tazminat yaptırımı aracılığı ile kişilere etkin davranışları yönünde güdü yaratmasıdır. Teoriye göre kişi, tazminat riskini dikkate alarak davranışlarını değiştirir ve örneğin o riski, yani faaliyet sonucu olan risk her ne ise (*araba kullanmak, inşaat yapmak, kazı yapmak, benzin istasyonu işletmek vs.*), azaltmak için tedbir alma eğilimi gösterir. Dolayısıyla tazminat, tedbir almaya dair uygun bir güdü (*saik*) yaratır. Böylelikle, riskli davranışlarda bulunan kişiler daha az zarar vermeye eğilimli olurlar ve haksız fiil sonucunda gerçekleşen zararlar (*sosyal maliyetler*) azalır.

Tazminatın diğer etkisi nedir? İkinci etkisi kişi önleyici tedbir alamıyorsa faaliyet seviyesini değiştirebilir. Mesela kirlilik yaratan bir fabrikayı düşünelim; eğer filtre ya da benzeri bir tedbirle kirliliği azaltmak mümkün değilse, fabrika üretimini kısarak optimum seviyede (*marjinde sağladığı karın marjinal dışsal maliyetten daha fazla olduğu ölçüde*) üretim (*faaliyet*) yapar.

Dolayısıyla, haksız fiil hukuku tazminatı, ekonomik açıdan bakarsanız, içselleştirmeyi sağlıyor, böylelikle, etkin güdüleme (*saik*) yaratıyor.

Burada belki biraz “*Coase*” teoreminden bahsetmek uygun olur. Tipik yaklaşım yukarıda özetlediğim gibi ama *Coase* buna yeni bir açılım getiriyor. *Coase*’un ilk söylediği şey şudur: “*Zarar tek taraflı bir olgu değildir, dolayısıyla, sadece nedensellik tahtında yapılan bir değerlendirme çok anlamlı olmayabilir. Önemli olan iki faaliyetten maksimum fayda sağlamaktır, bunu dikkate alırsak tek tarafın davranışlarının düzenlenmesi doğru olmayabilir. Haksız fiil hukukunun her iki tarafa da güdü sağlaması lazım, zira hem zarar veren hem de zarar gören de bu riski azaltabilecek durumdadır*”. Zararın

karşılıklılığı olarak ifade edebileceğimiz bu ilke Coase'un ilk saptaması. İkinci saptama ki bu teoremin kendisini ifade ediyor, “işlem maliyeti yoksa sizin hakkı kime tahsis ettiğiniz, kimi haklı kimi haksız kıldığınız, tazminatı kime ödettiğiniz çok önemli değil, taraflar en nihayetinde pazarlık ederek etkin sonuca varacaktır”.

Teoremi açıkçası rekabet hukukundaki dışsallık sorun açısından düşünmemiştim. Bu açıdan bakmak oldukça ilginç geliyor. Aslında şöyle düşünebiliriz: bir tarafta tüketiciler, diğer tarafta teşebbüsler var; karteller ya da monopoller diyelim. Kartellerin varlığı tüketiciler açısından bir maliyet oluşturuyor (*fazladan ödenen bedel-piyasadan çıkan tüketiciler*). Fakat bu tüketicilerin menfaatleri açısından meseleye yaklaşılması ve maliyetin (*zararın*) buna göre tanımlanması anlamına gelir. Diğer taraftan yani teşebbüslerin perspektifinden bakalım. Bu durumda rekabet hukukunun uygulanması teşebbüsler için maliyet oluşturur. Dolayısıyla Coase açılımıyla bakıldığı zaman, hukuk düzeni çatışan bu menfaatler açısından tüketicilerin menfaatini himaye etmiştir (*hak tüketicilere tahsis edilmiş!*).

Peki acaba rekabet hukuku olmasaydı; yani teşebbüslerin menfaati (*zımnen*) himaye edilseydi (*hak teşebbüslere tahsis edilseydi*), tüketicilerle teşebbüsler bir araya gelip pazarlık ederek bu sorunu çözebilirler miydi? Mümkün değil, çözemezlerdi; dolayısıyla teoremin öngördüğü çözüm ihtimali üzerinde düşünmemiz anlamlı değil. Aslında bir pazarlık ve sözleşme aralığı olmasına rağmen (*teşebbüslerin karı < tekel karı + refah kaybı*)² burada işlem maliyeti olağanüstü yüksek. Dolayısıyla pazarlık yolu bu ihtimalde kapalı gözüküyor.

Coase perspektifinden baktığımız zaman, üzerinde durabileceğimiz ve daha önceden benim dikkatimi çekmeyen bir başka nokta var. Acaba aynı zamanda tekeli fiyatlandırmaya veya benzeri bir rekabet hukuku ihlaline muhatap olan teşebbüs ya da kişilerin, mesela tüketicilerin, davranışlarını değiştirmek istiyor muyuz? Bu kişiler de riski azaltabilecek konumdadır mıdır? Mesela yüksek fiyatlandırma yapan bir teşebbüsten mal almamak riski azaltır ve dolayısıyla istenen bir davranış biçimi midir? Aynen, kazaya muhatap olan yayanın dikkatli davranması gibi düşünebilirsiniz bunu.

² Prensip olarak teşebbüslerin rekabet hukukunu ihlal eden uygulamalarından elde edecekleri kazanç, tüketicilerin ya da buna muhatap olan kişilerin katlanacakları maliyetten daha az olur. Bu durumda tüketicilerin bu uygulamayı sona erdirmek için ödemeye hazır olacakları tutar (WTA), teşebbüslerin bu uygulamadan vazgeçmeleri karşılığında talep edecekleri miktardan fazla olacaktır. Bu ise taraflar arasında bir sözleşme aralığı olduğuna işaret eder.

İlk bakışta, belki olamaz diye düşünebilirsiniz; ama bu önemli bir nokta. Daha sonra buna döneceğim. Dolayısıyla, *zarar rekabet hukukunda da iki yönlü; yani iki taraf da bu zararı, risk önleyebilir. Bu ilk tespitimiz olsun.*

Şimdi temel teorinin rekabet hukukundaki yansımalarına bakalım.

II. Ekonomik Teorinin Rekabet Hukukundaki Haksız Fiil Sorumluluğu Açısından Yansımaları

İlk olarak “*zarara eşit tazminat kişileri etkin (optimum) davranmaya sevk eder ve kişiler davranışlarını değiştirerek etkin tedbirler alırlar*” önermesi rekabet hukukunda acaba geçerli mi? Rekabet hukukunun ihlalden doğan zararlar için tazminat yaptırımı öngörürseniz, teoriye uygun sonuçlar gerçekleşir mi? Cevap hayır!! Buradaki tazminat aynı prensiplere tabi değildir. Bunun iki sebebi var:

1. Buradaki zarar “*ekonomik zarar*” özelliğini gösteriyor (*teori açısından bunun çok önemli yansımaları var*);
2. İhlal ve dolayısıyla zarar kasten gerçekleştirilir. Oysa olağan bir haksız fiil açısından kast değil; ihmalden bahsederiz.

Dolayısıyla, baktığınız zaman, *özellikle ilk bakışta, bu davranışların düzenlenmesinde haksız fiil hukukunun uygun bir kurumsal yapı olmadığı söylenebilir.* Bunu biraz açalım; ne anlama geliyor? İlk önce ekonomik zararlar kısmını açıklayacağım, daha sonra kasten verilen zararların nasıl değerlendirilmesi gerektiğini söyleyeceğim.

a. Ekonomik Zararın Tazmini

Yukarıda belirttiğim gibi rekabet hukukunun ihlali salt ekonomik zarara sebebiyet verir. Ekonomik zararın aynen tazmin edilmesi ise, genellikle ekonomik açıdan istenen bir sonuç değildir. Bu bir ölçüde rekabet hukuku açısından da geçerlidir. Peki neden?

Klasik varsayım şu: temel teori açısından zarar ile net dışsal maliyetin aynı olduğu varsayılır. Yani size bir zarara sebebiyet verdiğim, örneğin bir cismani veya maddi zarara yol açıtıysam, dışsal maliyet ile bu zararın ayniyet gösterdiği düşünülür. Mesela arabanız hasar gördüyse, buradaki dışsal maliyet arabanın onarım maliyetinden ibarettir ve dolayısıyla da zarara eşittir. Tazminatın bu zarara eşit kılınması halinde, zarardan sorumluluk benim etkin davranmam için genellikle yeterli ve gereklidir. Zira bu durumda ben davranışımın tüm sosyal maliyetini (*özel maliyet+dışsal maliyet*) göz önünde tutarım. Normal varsayım budur; “*özel davranışın maliyeti+net dışsal maliyet=sosyal maliyet.*” Bundan sorumlu tutulduğunuz zaman da zaten etkin davranıyorsunuz.

Peki, ekonomik zararlar bakımından durum böyle mi? Hayır. Niye değil? Çünkü buradaki zarar genellikle net dışsal maliyete eşit olmaz. Ekonomik zarar, zarar görenin kâr kaybı anlamına gelir ve bu kâr kaybı genellikle başkalarının kazancını oluşturur. Dolayısıyla ekonomik zararın söz konusu olduğu hallerde, aslında genellikle bir kaynak transferinden söz ederiz (*pecuinary externality*). Dolayısıyla zarar görenlerin tüm zararı giderilirse, tazminatın kapsamı net dışsal (*ve dolayısıyla sosyal*) maliyeti aşar. Gereğinden fazla tazminat ise (*uygulanan sorumluluk kuralına bağlı olarak*) kişilerin etkin olmayacak şekilde davranmaya güdülenmesi anlamına gelir.

Rekabet hukuku özelinde bakarsak, kişilerin uğradığı zararlar haricinde bir de refah kaybının telafisi sorunu vardır. Yani salt daha fazla ödeme yapması nedeniyle zarar görenler değil, bunun haricinde piyasadan çekilen kişilerin menfaat kayıpları vardır ki, bunlar tazminat konusu olmayacaktır³.

Özetle zarar görenlerin zararı ile net dışsal maliyet arasında fark oluşur. Siz (rekabet hukukunu ihlal eden kişi olarak) zarardan sorumlu kılmanız bile, bu size etkin davranma yönünde bir güdü yaratmaz. Zarar ve dışsal maliyet arasındaki ilişkiye göre, ya fazlasıyla caydırıcılık (over deterrence) ya da gereğinden az caydırıcılık (underdeterrence) söz konusu olur.

Daha da ötesinde ekonomik zararlar (*yansıma zarar olarak*) toplumun geneline yayılır. *Bu durumda tüm zararın giderilmesi yargılama sistemi üzerinde neden olabileceği maliyetler nedeniyle anlamlı değildir.* Örneğin toplumda tekeller ya da kartel fiyatlandırması yapılırsa çok sayıda kişi zarar görür ve/veya siz kimin ne kadar zarar gördüğünü takip edemezsiniz. Çünkü zarar alıcının malı farklı fiyatlardan satması nedeniyle toplumdaki çeşitli kesimler tarafından paylaşılır. Dolayısıyla zararın ekonomik mahiyeti nedeniyle, genel teori burada aynen uygulama alanı bulmuyor. *Herhalde bunun önemli bir sonucu haksız fiil hukukunun uygun bir kurumsal yapı olmamasıdır.*

Burada şunu belirtelim. Bu sadece rekabet hukukunda değil; salt ekonomik zararın ortaya çıktığı hallerde de gerçekleşir. Mesela klasik olarak bilgi verenin sorumluluğunu örnek verelim. Siz birisine bilgi veriyorsunuz, örneğin bir finansal denetçisiniz, bir şirketin sermayesi hakkında bir rapor yazıyorsunuz ve o şirket değil ve/fakat o şirketi alacak olan kişi sizin raporunuza dayanarak daha yüksek bir teklif veriyor. Verdiğiniz bilgiler (*rapor*) yanlış ise (*ve özellikle bu yanlışlık ihmalinize dayanıyorsa*) ciddi bir zarara (*sosyal maliyete*) sebebiyet verebilirsiniz. Bu da bir ekonomik zarar kalemidir. Burada

³ Gerçi bir taraftan gereğinden fazla tazminat; diğer tarafta zarar görenlerin (piyasadan çıkmaları nedeniyle) tazminat davasına taraf olmamaları olasılığı toplamda birbirini dengeleyebilir. Fakat herhalde optimum tazminattan sapılma olasılığı yüksektir.

şirketin gördüğü zarar ile sosyal maliyet arasında fark var. Neden? Çok basit: alıcı şirketin gördüğü zarar, aynı zamanda satıcıların kazancı anlamına gelir, burada sosyal maliyet yanlış bilgi nedeniyle kaynakların optimum olarak tahsis edilmemesidir ve genellikle (*bilginin kullanma yoğunluğuna bağlı olarak*) alıcı şirketin zararından çok daha azdır.

Ekonomik açıdan bakıldığında zaman zarar görenin zararına eşit tazminat olacak mı? Cevap kural olarak hayır olmalı ama hukuk meseleyi farklı şekilde düzenlemiş. Benzer sorunlar bir şehre giden elektrik kablosunun kesilmesi veya çevre kirliliğine yol açan eylemlerde de görülebilir. Bu gibi hallerde kimlerin zararları ne ölçüde tazmin edilecek? Örneğin şehirde elektrik kesilmesinden dolayı zarar görenler tazminat alabilecek midir? Bunlar çok ciddi problemler. Hukuk teorisi fikrimizce bu sorunları anlamlı bir şekilde çözemiyor. Hatta iktisat teorisinin dahi anlamlı çözümleri olduğu söylenemez. Ama sorunun özünü kavramak ve çözüm üretmek açısından iktisattan yararlanılabilir.

Fakat şunu da ekleyelim. Türk hukukundaki ana prensip iktisat teorisi ile uyumludur. Yani salt ekonomik zararlar (*hukuka aykırılık şartının yokluğu nedeniyle*) prensip olarak tazmin edilmez, ancak özel koruma normu var ise tazminat sorumluluğu doğar. Bunun temel sebebi de aslında rekabet olgusuna dayandırılabilir ama bu konunun çok fazla üzerinde durmayacağım. Meselenin anlaşıldığını tahmin ediyorum⁴.

Peki, özel koruma normu hangi hallerde söz konusu olmalıdır? Cevabı basit: davranış ancak sosyal maliyete ve dolayısıyla ciddi net dışsal maliyete neden olduğu hallerde özel koruma normu vasıtasıyla hukuka aykırı olmalıdır. Türk hukukundaki haller bunu önerme ile uyumlu mudur? Tümü hakkında bir değerlendirme yapmak mümkün değilse de, genellikle bir uyumdan bahsedilebilir. Mesela rekabet hukuku haricinde haksız rekabet hukuku, ekonomik zarardan dolayı tazminat sorumluluğu öngördüğü bir diğer alandır. Bu yegâne değil tabi ki, ama bu güzel bir örnektir. Zira haksız rekabet olarak adlandırılan davranışlar da sosyal maliyete yol açar. Haksız rekabetten kaynaklanan tazminat sorumluluğu da bu sosyal maliyetin giderilmesine hizmet eder. Çünkü haksız rekabet dediğimiz şey aslında iki tür davranışı konu alır: bunlardan biri “*yanlış bilgi verme*” (*ve kasten oluyor genellikle bu eylem*); diğeri de, bir başkasının emeğinden karşılığını ödemeksizin yararlanmak, yani “*bedavacılık*” (*free riding*) tabir edilen olgu. Burada iktisadi açıdan bir pozitif dışsallık söz konusudur ve iktisadi açıdan bu alanın hukuk kuralları ile düzenlenmesi anlamlıdır.

⁴ Ekonomik zararların tazmin edilmemesi gerektiği şeklindeki ana ilkenin rekabet tahtında açıklanması hakkında bkz. SANLI, s.366 vd.

Rekabet hukuku yukarıdaki temel önerme ile uyumlu mudur? Cevabı evet! Her ne kadar ihlal ekonomik zarara yol açsa da, ihlal teşkil eden davranışın net dışsal maliyete yol açtığı kesindir. Diğer bir ifadeyle, zararın dışsal maliyetten ayrışması sorunu var ise de en azından hukukun içselleştirme ya da caydırıcılık sağlayabileceği bir dışsal maliyet yine de söz konusudur.

Buradaki problemi tekrar belirtelim: Siz ihlalde bulunuyorsunuz, birisi zarar görüyor ya da birileri zarar görüyor, fakat onların gördüğü zarar ile ortaya çıkan sosyal maliyet arasında ciddi bir fark var veya fark olma olasılığı var. Bazı hâllerde hiçbir sosyal maliyetten bahsetmiyoruz, bazı hâllerde bahsediyoruz. Rekabet hukukunun ihlal edildiği hallerde (*hukuk doğru tatbik edildiği ölçüde*) sosyal maliyet söz konusu oluyor. En azından teorik olarak sadece sosyal maliyeti olan davranışlar hukuka aykırı kabul ediliyor.

Şimdi rekabet hukukundaki açıklamaları biraz derinleştirelim. Rekabet hukukunun ihlalinin (en azından) iki tip zarar doğabilir:

1. Tekelci fiyatlandırmanın (*uygulamaların*) ortaya çıkardığı zarar;
2. Dışlayıcı uygulamalara bağlı zarar.

Her iki hâlde de, kişilerin uğradıkları zarar net dışsal maliyetten farklıdır. Tekelci fiyatlandırmada; tüketici zarar görüyor, fazladan bedel ödüyor, bir kısım tüketici de bedel bile ödemiyor ve o piyasadan çıkıyor, başka mal almaya yöneliyor (*zaten bu refah kaybı olarak nitelendiriliyor.*) Burada tazminat talep edebilecek olan kişiler doğal olarak o piyasadan çıkanlar değil, o piyasada kalıp fazla bedel ödeyen kişiler. Dolayısıyla, onların ödeyecekleri zarar esas alınır, bu, doğal olarak net dışsal maliyetten farklı; bu kesin.

Dışlayıcı uygulamalar daha da enteresandır. Buradaki sorun: bir teşebbüs piyasa dışına itiliyor ya da itilme riski var ya da giremiyor, bu teşebbüsün uğradığı zararın sosyal maliyetle hiç alakası yok. Dışlayıcı uygulamalar bakımından sosyal maliyet, uygulama başarılı olduktan sonra genellikle teşebbüsün teknelci davranışlarıyla gerçekleşiyor. Tabii, dışlanma ihtimalinde de bir sosyal maliyet doğuyor. Teşebbüs batık maliyete yol açacak bazı yatırımlar yapmışsa ve iflas ederse, bunlar da net dışsal maliyetin bir parçasıdır.

Özet Olarak, hiçbir zaman *net dışsal maliyetle tazmin edilebilir zarar eşit değil*. Dolayısıyla klasik olarak düşündüğümüz tazminat hukukundan ve ekonomik teoremin genel yaklaşımından çok farklı bir durum var. Zarar ile dışsal maliyet arasında anlamlı bir ilişki yoksa o zaman, genel teoriye göre düşünersek, tazminat yaptırımının etkin davranmaya sevk etmesi son derece güçtür. Dikkat tekrar hatırlatalım: *rekabet hukukunun ihlalinin sosyal maliyete yol açtığı kesin*,

yani içselleştirilmesi gereken bir davranış söz konusudur. Fakat tazmin edilebilir zarar ile içselleştirilmesi gereken tutar arasında bir fark vardır. Ayrıca zarar topluma yayılır dolayısıyla burada kimin zararların hangi ölçekte tazmin edileceği sorunu söz konusudur.

b. Rekabet Hukukunun Kasten İhlal Edilmesi

Şimdi gelelim ikinci önemli soruna: rekabet hukukunun ihlali genellikle kasta dayanır. Bu durumda da temel önermemiz büyük ölçüde geçersiz hale geliyor. Zira ekonomik açıdan bakarsanız haksız fiil hukuku ihmal suretiyle verilen zararları düzenleyen bir yapıdır. Kasten söz konusu olduğu hallerde, “zarara eşit tazminatın etkin davranışlar için yeterli ve gerekli olması” ilkesi geçerliliğini yitirir. Neden? Geri dönelim.

Klasik yaklaşım önermesi her olayda zarar görenin tespit edildiği ve aleyhine dava açılarak, tüm zararın giderildiği varsayılır. Her olayda kişi yakalanacak, davaya muhatap olacak, davaya ve tazminata muhatap olma riski onun davranışlarını istenilen şekilde değiştirecektir. Daha da ötesinde, zararı gerçekleştiren de bizzatihi o zarardan fayda sağlamayacak, zarar onun için de istenmeyen bir yan ürün olacak. Dolayısıyla, tazminat yaptırımını dikkate alınca davranışlarını değiştirecek, örneğin çevreyi kirleten fabrika kendiliğinden filtre takacaktır⁵.

Kast açısından bu varsayımlar tamamen değişir. Niye? Sebeplerini sıralayalım.

1. Kast olduğu zaman kişi doğrudan o ihlali ve zararlı sonucu ister. Zira zararlı sonuçtan fayda sağlar. Dolayısıyla bunu sağlayacak davranışlardan bulunur, yani zarar olasılığını artırmaya çalışır.
2. Daha da önemlisi; kişi bu eylemini gizleme eğilimindedir. Rekabet hukukundaki yansıması ise, ihlalde bulunan teşebbüs veya teşebbüslerin davranışlarını yaptırıma muhatap olmayacak şekilde gizlemesidir. Bu doğal olarak karteller açısından karşımıza çıkmaktadır. Olağan bir haksız fiil olgusunda ise, gizleme olgusundan bahsedemeyiz.
3. Bir başka sonuç, *Coase'un* saptamaları ile ilgilidir. Hatırlanırsa Coase, zararın karşılıklı olduğunu ve genellikle her iki tarafın davranışlarının da kontrol edilmesinin istendiğini belirtmekteydi. Oysa kasten yapılan haksız fiillerde, her zaman zararı en uygun

⁵ Burada mukayese edilen değerler, bir taraftan filtre maliyeti diğer taraftan tazminatın beklenen maliyetidir. Yani eğer tazminatın beklenen maliyeti, filtre maliyetinden yüksekse fabrika filtreyi takar; aksi halde takmaz.

konumda önleyebilecek olan kişi zarar verenin kendisidir. Dolayısıyla, burada hiçbir zaman zarar görenin davranışlarını değiştirmek istemiyoruz. Öyle bir kurumsal yapı uygulanmalı ki, zarar görenin davranışları değişmemeli; sadece ihlali yapan teşebbüslerin davranışları değişmelidir.

Bunların yansıması ne? İlk olarak zarara eşit olan bir tazminat, davranışın etkin olmasını, yani net fayda sağlamasını teminat altına almaz. *Zarar veren fiilden fayda sağladığı ve gizlenme riski olduğu için, takdir edilecek tazminatın zarardan fazla olması şarttır.*

Rekabet hukukunu ihlal etmeyi tasarlayan bir teşebbüsün karar (*seçim*) denklemini dikkate alarak bu açıklamayı biraz daha açalım. Rekabet hukukunu ihlal eden teşebbüs, ihlale karar verirken kural olarak iki değişkeni dikkate alır: “*ihlali sağlayacağı ilave kar*” (tek el karı) ve “*ihlalin beklenen maliyeti*”. İlave kar, rekabetçi seviyenin üzerinde yapılan fiyatlandırma; yani tek elci kara işaret eder. İhlalin beklenen maliyeti ise, teşebbüsün hukuka aykırı davranışını neticesinde yaptırım (*tazminat ve/veya idari para cezası*)⁶ ödemesidir. Teşebbüs, tazminat riskiyle, davranışının beklenen faydasını, yani kârını mukayese edecek ve eğer kârlıysa ihlali gerçekleştirecektir. Rekabet hukukunda kişi kasten hareket edeceğine göre, genellikle bunu düşünecek ve gizleyerek kendisinin yakalanma olasılığını da düşürecektir.

Bu, şu anlama gelir: 100 bin YTL zarara neden olan bir teşebbüs, zarar verdiği her durumda (gizlenmesi nedeniyle) tazminat ödemeyecektir. Mesela varsayalım ki teşebbüs ihlali gizlesin ve her 10 olaydan ancak birinde tazminat ödesin. Bu durumda teşebbüs için 100 bin YTL tazminat, beklenen maliyet açısından aslında sadece 10.000 YTL’dir (100000 x 1/10). Dolayısıyla risk onun için azaldığına göre, tazminat hiçbir zaman teşebbüsün etkin davranmasını sağlamayacaktır. Peki, etkin davranış için ne yapılmalı? Gizleme olasılığı ne ise, bu olasılık zararın çarpanı olarak kullanılmalıdır. Mesela 1/10 olasılık ile tazminata muhatap olacaksa, belirlenen zarar 10 ile çarpılmalıdır. Dolayısıyla zarardan fazla tazminat şarttır.

Bu açıklamalar çerçevesinde optimum bir yaptırım ya da tazminat, -şu aşamada ikisini aynı düşünebiliriz- nasıl olabilir?

Amaç, etkin olmayan davranışın caydırılması olduğuna göre yapılacak olan basittir. Tazminat ya da yaptırım tutarı en azından “*zarar+sosyal maliyete*” eşit olmalıdır. Zarar burada, mesela “*tek elci fiyatlandırmadan dolayı kişilerin ödedikleri fazla bedel*”+ “*ilgili piyasadan çıkan tüketicilerin zararına*” eşittir.

⁶ İdari para cezasının bir an için uygulanmadığını düşünelim.

Bunun yanı sıra olasılık değeri eğer düşük ise, yani zarar verenin tazminata muhatap olma olasılığı birden az ise, elde edilen tutarın yakalanma olasılığı ile çarpılması gerekir (*yakalanma olasılığı çarpanı*). Bu çarpan her olayda farklı olacaktır. Kartel anlaşması gibi, gizlenebilir bir davranış söz konusu ise, çarpan 1/10, 1/15 olabilir. Buna karşılık birleşme veya dışlayıcı uygulama gibi ihlaller açısından çarpan muhtemelen 1/1 olacaktır.

Bu açıklamaların daha somut ve anlamlı olması açısından ikili bir ayırım yapabiliriz. İlk olarak tekeli fiyatlandırmayı düşünelim. *Tekelci fiyatlandırma* bakımından optimum yaptırım ya da tazminat neye eşit olabilir? Bir kere, zarar tutarı burada, “sosyal maliyet”+“fazladan ödenen bedeldir” (*yani refah kaybı+fazladan ödenen bedeldir*). Bunu, yakalanma olasılığıyla çarparsanız aşağı yukarı, (*yaptığım gerçekçi olmayan varsayımlarım içerisinde*) optimum tutara ulaşılabilir.

İkinci olarak *dışlayıcı uygulamalar* açısından değerlendirme yapmak gerekir. Burada durum farklıdır. Piyasa dışına itilen teşebbüsün batık maliyeti, tekeli fiyatlandırma ile elde edilen aşırı kar ve tüketicilerin piyasa dışına çıkması nedeniyle yaşanan refah kaybı dikkate alınacaktır. Ekonomik açıdan dışlayıcı uygulamaya muhatap olan teşebbüsün zararı ile uygulamanın sosyal maliyeti arasında doğrudan bir ilişki olmadığı için, onun zararı (*batık maliyete neden olmadığı sürece*) dikkate alınmaz. Diğer taraftan burada bir çarpan kullanmak, tekeli fiyatlandırmada olduğu üzere gerekli değildir. Zira dışlayıcı uygulamaların gizlenmesi son derece güçtür.

Bütün söylediklerimiz yargılama maliyetlerini dikkate almamaktaydı. Eğer yargılama maliyetlerini de bunun içerisine sokarsak ne olur? Bu durumda sosyal maliyetler ve dolayısıyla uygulanması gereken yaptırım tutarı artar. Zira yargılama maliyetleri net refah kaybı olarak telakki edilir.

Bu söylediklerim gerçekçi mi? Çok gerçekçi değil tabii. Bu son derece teorik bir modeldir. Ama meseleyi düşünmek için çıkış noktası olabilir, uygun bir yaptırım sistemi yaratmak açısından anlamlı olabilir.

c. Genel Değerlendirme

Özetle pozitif hukukun mevcut ilkeleri çerçevesinde tazminat hiçbir zaman optimum olmayacaktır. Bunun bazı çok bilindik sebepleri var. Hesaplamadığımız için refah kaybı kapsam dışı olacaktır. Ayrıca zarar gören herkese (*bunların sayısının çok olması nedeniyle*) tazminat davası açma hakkı tanımak son derece güçtür. Fazladan ödenen bedelin değerlendirilmesi ve tazminata konu olmasında ciddi pratik zorluklar olacaktır. Dışlayıcı uygulamalar açısından ise, durum daha vahimdir. Çünkü burada zarar ile net dışsal maliyet arasında en ufak bir ilişki yoktur.

Bir başka komplikasyon ise davacıların dava açma saikleri genel olarak sosyal açıdan uygun değildir. Davacılar tamamen bireysel fayda (*olası tazminat miktarı*) ve maliyetlerini (*yargılama maliyetleri*) dikkate alırlar. Üç katı tazminat imkânı, onların dava açma güdülerini artırır. Dolayısıyla, onların sosyal açıdan çok uygun olmayan saikleri vardır.

Son olarak, aynı ihlaller açısından sadece tazminat değil, aynı zamanda Rekabet Kurumu'nun idari yaptırımlar uygulaması söz konusudur. Etkin davranışlar aynı zamanda bu yaptırımlardan etkilendiğine göre, tazminat tutarının (*veya idari yaptırımların*) tespitinde doğal olarak uygulanacak olan diğer yaptırımın büyüklüğü dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, ikili bir yaptırım sisteminde, bütün bu söylediklerinizi revize etmeniz gerekir. “*Ne zaman hangisi öncelikle uygulanmalı veya her ikisinin uygulandığı bir kurguda, hangi ölçekte uygulanmalı?*” Bu sorunları düşünmek ve optimum bir iş bölümü yapmak gerekir.

Kanımcı bu ilkeler (*yani tazminat yaptırımının hangi alanlarda problematik olduğunun belirlenmesi*) bize, Kurum'un hangi hâllerde yaptırım uygulayabileceğine dair bir fikir verecektir. Dolayısıyla, en azından bu noktada yaptırım uygulanmasında kurumsal iş bölümü açısından bir çıkarımda bulunabilirsiniz.

III. Sorun Ne Kadar Ciddi?

Yukarıda yaptığım açıklamalar, rekabet hukukunda optimum bir tazminat sisteminin uygulanmasının güç olduğuna işaret etmektedir. Özellikle zarar ile sosyal maliyetin ayrışması ve aynı zamanda idari yaptırımların tatbik edilmesi; ideal bir yaptırım sistemi kurgulamanın güçlüğüne işaret etmektedir. Şimdi burada şu soru sorulabilir: Sorun ne kadar ciddi? Bu soruya ikili bir varsayım içerisinde cevap verebiliriz.

Birinci varsayım: Eğer hukuk uygulaması, sadece caydırılmak istenen, yani net sosyal maliyete sebebiyet veren davranışları hukuka aykırı addediyorsa *-ki teoride böyle-* o zaman bu sorunlar çok da önemli değildir. Zira zarar ve tazminatın net dışsal maliyete dayanarak belirlenmesi, sadece tazminat aracılığı ile sosyal maliyete neden olan davranışların caydırılması için gerekir. Eğer hukuka aykırılık aracılığı ile davranışın sosyal maliyete neden olduğunu tespit edebiliyorsa, tazminatın caydırıcılık yaratacak ölçekte ve dolayısıyla da net dışsal maliyetten çok daha yüksek belirlenmesinin sakıncası yoktur. Diğer bir ifadeyle rekabet hukuku zaten sadece sosyal maliyete neden olan (herhangi bir şekilde refah arttırmayan) davranışları hukuka aykırı kabul ediyorsa, tazminatın optimum olandan fazla olması problem teşkil etmez. Bu varsayımında yaptırımın

sadece optimum seviyenin altına düşmemesi yeterlidir. Bu son derece önemli bir saptamadır.

İkinci varsayım: Eğer sadece sosyal maliyete neden olan davranışların hukuka aykırı kılınması konusunda bir belirsizlik var ise, bu durumda sorun ciddidir. Yani etkin olmalarına rağmen bazı davranışların hukuka aykırı kılınması riski mevcutsa, bu durumda belirttiğimiz sorun önemlidir. Zira bu ihtimalde tazminatın ölçeği (*veya uygulanacak olan yaptırım*) etkin olan davranışların teşvik edilmesine, etkin olmayan davranışların ise caydırılmasına neden olacaktır. Bu sakıncanın doğmaması için ise, doğal olarak tazminat tutarının net dışsal maliyet ile eşitlenmesi gerekecektir. Yukarıda belirttiğim çerçevede bu son derece güçtür.

Özetle, rekabet hukuku kuralları salt sosyal maliyete neden olan davranışları yasaklıyorsa (*bu konuda bir tereddüt yoksa*), tazminat veya uygulanacak yaptırımın ölçeği konusunda çok hassas olmaya gerek yoktur. Burada davranışın gerçekleşmesi istenmediği için, ceza hukukunda olduğu gibi bunu caydıracak ölçekte yaptırım uygulayabilirsiniz. Dolayısıyla, çok iyi (*sosyal maliyeti olan ve olmayan davranışı hukuka aykırılık tahtında birbirinden kesin çizgiler ile ayırabilen*) bir hukuk uygulaması varsa, yukarıda sorun olarak ifade edilen konular önemsizdir. Fakat tabi ki hukuk uygulamasının bu kadar hassas olmasını beklemek gerekçi değildir. Hukuka aykırılık konusunda ciddi tereddütler mevcuttur ve bu durum, sorunların varlığını baki kılmaktadır.

Ama ilk varsayım şu açıdan önemlidir. Kartellerin net sosyal maliyete neden olduğu artık herkesçe kabul görmektedir. Dolayısıyla (*net dışsal maliyetten bağımsız olarak*) yaptırım ölçeğinin yüksek kılınması, bu ihlaller için rahatlıkla uygulanabilir. Zaten bu davranışların etkinliğinden bahsedemeyiz.

Daha gerçekçi senaryoda (*sosyal maliyete neden olan davranışların belirlenememesi*) tazminat (*ve yaptırım*) optimum olmazsa, iki sorun çıkıyor.

1. Sosyal açıdan faydalı birtakım ekonomik faaliyetleri caydırıyorsunuz ya da tam tersi,
2. Sosyal maliyete yol açan davranışları caydıramıyorsunuz.

Şimdi bu açıklamalarımızı biraz derinleştirelim ve gerçekçi varsayımlar içerisindeki değerlendirmeyi aşağıda ele alalım.

IV. Gerçekçi Varsayımlar Işığında Tekelci Fiyatlandırma ve Dışlayıcı Uygulamalardan Kaynaklanan Zarar ve Bunun Tazmini Meselesi

Burada öncelikle tekelci/kartelci fiyatlandırma, akabinde dışlayıcı uygulamalar üzerinde durmak anlamlı olacaktır.

A. Tekelci Fiyatlandırma: Eğer hukuka aykırılık analizi başarılı değilse (*etkin olan bazı davranışların hukuka aykırı olması riski var ise*); tekelci fiyatlandırma açısından ne yapabilirsiniz? İlk bakışta, *tekelci/kartelci* fiyatlandırmada optimum tazminatın daha kolay uygulanabilir olduğu görülüyor. Bunun aşikâr bir sebebi var: Zarar görenlerin zararı (*fazladan ödenen bedel*), dışsal maliyetin⁷ önemli bir parçasıdır; dolayısıyla bu kişilere tazminat hakkı verdiğiniz zaman, tazminat davası ile bu zararlar giderilebilir. Böylelikle optimum tazminat ölçeğine yakın bir tazminat elde edebilirsiniz. Burada en önemli problem, (*Rekabet Kurumu'nun idari para cezası uygulamasını kenara koyarsak*) genellikle uygun konumda davacı bulmanın güçlüğüdür. Özellikle nihai tüketiciye satılan bir mal varsa, tüketicilere dava açma hakkı vermek pratik açıdan son derece zordur. Fakat burada da meseleyi ikiye ayırmak gerekir; *nihai tüketiciye ve dağıtıcı/tedarikçilere yapılan fiyatlandırmalar*.

Nihai tüketiciye yapılan fiyatlandırma açısından, zarar çok düşük olacağı için, zarar görenlerin, zararı fark etseler ve kaynağını tespit etseler dahi (*üç katı tazminat hükmüne rağmen*) muhtemelen dava açma güdüsü yeterli olmayacaktır. Ayrıca bunların dava açması halinde de çok sayıda dava ve davacı olacak ve tazminat hukuku olağan üstü yargılama maliyetleri doğacaktır. Bu nedenle pratikte nihai tüketiciye satılan mallar açısından dava açma olasılığının çok düşük olduğu söylenebilir.

Bunun hukuk politikası açısından nasıl bir sonucu olabilir? Açıkçası benim aklıma ilk şu gelmişti: Eğer “*toplular (sınıf) dava*” (*class action*) ya da benzeri (*TTK'da haksız rekabet hükümlerinde olduğu gibi*) bir usul kurumu ihdas ederek yargılama maliyetini azaltabilirsek, bu durumda tazminat sistemi en azından tüketicilerin (*ahlıcılar*) ödedikleri fazladan bedel için uygulanabilir. Bunun dışındaki maliyetler açısından (*refah kaybı*) ise, Rekabet Kurumu idari para cezaları tatbik edebilir. Bu tatbik edilirken de, tazminatın ölçeği dikkate alınarak caydırıcı olabilecek bir yaptırım (*yakalanma olasılığı çarpanı ile*) uygulanabilir.

⁷ Burada şu hususa dikkat edilmelidir: zarar görenlerin zararı, tekelci fiyat nedeniyle tekelin karıdır ve ekonomik zarar bahsindeki açıklamalarda belirttiğimiz üzere, aslında bu zarar net dışsal maliyete işaret etmez. Ama burada fiil kasten gerçekleştirildiği ve tekel bu kar güdüsüyle ihlali yaptığı için, tazminatın en azından bu tutarı içermesi gerekir.

Tabiatıyla bu usul kurumu ihdas edilmeden, bu söylenenler çok geçerli değildir. Dolayısıyla nihai tüketiciye yapılan yüksek fiyatlandırmaya bağlı olarak ortaya çıkan rekabet hukuku ihlalleri bakımından, yaptırım sisteminin kamu hukukuna dayanması mecburidir. Burada özel hukuka dayalı bir sistem, en azından mevcut hukukta çok anlamlı gözüküyor. Ama bu analizin derinleştirilmesi gerekiyor.

İkinci olarak, nihai tüketiciye yapılmayan tekelci fiyatlandırma söz konusu olabilir. Bu ihtimalde yukarıda yer verilen sorunların önemli bir kısmı görülmeyebilir. Fakat buradaki sorun, tekelci fiyat nedeniyle yüksek fiyat ödeyen teşebbüslerin, bunları (*talep elastikiyetine bağlı olarak*) kendi alıcılarına yansıtması olasılığıdır (*passing on*). Bu durumda doğal olarak bu teşebbüslerin ne ölçüde zarar gördüğünü belirlemek gerekir ki bu son derece güç bir değerlendirme olacaktır. Mevcut hukuk çerçevesinde bir yasal düzenleme yapılmaksızın, bu teşebbüslerin ödenen tüm tekelci prim açısından davacı kabul edilmesi güçtür. Bu nedenle, bu teşebbüsler açısından da tazminat sistemi mevcut haliyle uygulanabilir gözükmemektedir.

B. Dışlayıcı Uygulamalar: Peki, -yine gerçekçi varsayımda- dışlayıcı uygulamalar bakımından durum nedir? Buradaki temel sorunu biraz önce söyledik: net dışsal maliyet zarara eşit olmadığı için zaten optimum tazminata ulaşmak mümkün değildir. Zarar gören rakibin zararıyla, ekonomik etkinlik açısından giderilmeye çalıştığımız dışsal maliyet arasında ciddi bir fark var. Dolayısıyla, zarar görenin zararı giderilirse, bunun net dışsal maliyete eşit olması ihtimali yok denecek kadar azdır.

Ama burada da ilginç bir ikilem var: tekelci fiyatlandırmadan farklı olarak, dışlayıcı uygulama muhataplarının tazminat davası açısından ciddi bir üstünlükleri var. Bu kişiler gerek ihlal, gerekse ihlalin kaynağı konusunda üstün bilgiye sahipler ve dava açmak için güdülerini mevcut. Üstelik nicelik açısından da fazla olmadıkları için, bunların dava açması yargılama maliyetine neden olmaz. Dolayısıyla bu kişilere dava açma hakkı vermek, özellikle yargılama sistemi perspektifinden bakıldığında zaman anlamlı, ama etkin olmayan (*ihlallerin*) davranışların caydırılması açısından anlamsızdır. Bu ikilem nasıl çözümlenebilir?

Şöyle bir çözüm önerilebilir: hâkimin tazminatın ölçeğini takdir etmesi imkânı her zaman mümkündür. Kanun'un 58. maddesi ışığında, zarardan daha az tazminattan; zararın üç katına kadar geniş bir yelpazede tazminata karar verilebilir. Sosyal maliyet genellikle zarardan fazla olacağı için, hâkim bu maliyete yakın bir tutara hükmedebilir. Pratikte son derece güç olsa da, üç katı tazminat hükmü en azından bu esnekliğe sahiptir. Bunun dışında, en azından bu

ihtimalde, kamu hukukunun uygulanmasının çok fazla anlamlı olmadığını düşünüyorum.

Dolayısıyla dışlayıcı uygulamalardan kaynaklanan zararlar açısından uygun kurumsal yapı, özel hukuka dayanan veya (*rekabet hukukunun sağladığı sübjektif*) hakka dayanan yaptırım sistemidir. Tekelci uygulamalar bakımından ise tam tersi, kamu hukukunun ağırlıklı olduğu bir sistem tercih edilmelidir.

Peki, dışlayıcı uygulamalarda Rekabet Kurumu'nun yaptırımları hiç uygulanmayacak mı? Tabii ki uygulanacak; bu hukuki bir zorunluluktur. Ama Kurum (ve Kurul), olası mahkeme tatbikatını gözeterek uygulama yapmalıdır. Önce Rekabet Kurulu karar veriyorsa, dava açma olasılığını düşünerek yaptırıma hükmetmelidir. Sonrasında da hâkim tazminata hükmederken, önceden bir yaptırım uygulanıp uygulanmadığını dikkate almalıdır. Tabiatıyla bu ifade edilenler mevcut uygulama açısından bir anlam ifade etmiyor zira şu anda mahkemeler rekabet hukukunun uygulanmasında son derece çekingen davranıyor. Ama yakın bir gelecekte mahkeme uygulaması yaygınlaştığında, bu söylediklerim dikkate alınabilir.

Özetle; iki ihlal türü bakımından iş bölümü şu şekilde yapılabilir: Mağduru belli olmayan zararın topluma yayıldığı hâllerde kamusal bir yaptırım sistemi her zaman için daha uygundur. Burada sosyal maliyetin hesaplanması güç olmakla birlikte, Kurul bunu caydırıcılığı dikkate alacak şekilde yapabilir. Buna karşılık mağduru belli olan dışlayıcı uygulamalar açısından ise özel hukuka dayalı bir sistem daha üstündür. Bu kurguda da bir iş bölümü düşünülerek etkin yaptırım sistemi uygulanabilir. Kamu hukukunun yaptırımları ne kadar etkin, ne ölçüde uygulanıyor, bu iki yaptırım sistemi birbirini dikkate almaya elverişli mi? tüm bu açıkladığım ilkelerin doğruluğu bu soruların yanıtlarına bağlıdır.

V. Nihai Değerlendirme ve Üç Katı Tazminat

Son olarak üç katı tazminat hükmünün gerekçesi ve bu açıdan yerindeliği üzerinde durmak gerekir. İlk olarak idari para cezalarının olmadığını varsayalım. Bu varsayımda üç katı tazminat hükmünün yerinde bir kural olduğunda şüphe yoktur. Bunun ilk nedeni, ortaya çıkan ve ekonomik ilkelere göre tazmin edilmesi gereken tutarın, zarar görenlerin zararından fazla olmasıdır. Buna yargılama maliyetlerini de eklersek, aradaki fark çarpıcı bir şekilde açılmaktadır. İkinci neden, zarar verenlerin genellikle (*özellikle karteller açısından*) zararı gizleme eğilimi veya en azından zarar verilen her kurguda tazminata muhatap olmama ihtimalidir. ABD'ndeki istatistiklere göre normal bir haksız fiil uygulamasında bile, zarar verenin tazminat davasına muhatap olması olasılığı, 1/8 ve 1/10 civarındadır. Türkiye'de olasılıkları bilmiyoruz ama

bundan daha iyi rakamların olması güçtür. Bu olasılıklar karteller açısından daha da artmakta, belki 1/15; 1/20 gibi rakamlara ulaşmaktadır. Dolayısıyla tazminatın (*genel olarak yaptırımın*) ciddi ölçekte yüksek olması gerekiyor. Bu açıklamalar çerçevesinde zarardan fazla tazminat ekonomik açıdan isabetli bir kuraldır.

Burada da şöyle bir tabloya geliyoruz. 3 katı tazminat hükmü, idare hukuku yaptırımları yoksa kesinlikle isabetlidir; hatta zararın çarpanının uyarlanabilmesi kuralı daha isabetli hale getiriyor. Zira ihlalin türüne göre bu çarpanı değiştirmek gerekir. Örneğin dışlayıcı uygulamalar açısından çarpana ihtiyaç olmadığı iddia edilebilir.

İdari para cezalarının uygulandığı bir ihtimalde durum nedir? Bu durumda soruya net bir yanıt vermek mümkün değil. Bu ancak Rekabet Kurumu ile mahkemeler arasındaki bir işbölümünün kurulmasına bağlı olarak cevaplanabilecek bir sorudur. Eğer mahkeme tazminatı takdir ederken idari para cezalarını dikkate alıyorsa ve/veya Kurul da mahkemelerce belirlenen veya belirlenecek olan tazminatı göz önünde tutarak para cezasına hükmediyorsa, üç katı tazminat hükmü etkin bir şekilde uygulanabilir. Fakat tabi ki pratikte bu son derece güçtür. Dolayısıyla ciddi bir yaptırım teorisine ihtiyacımız vardır. Aksi halde rekabet hukuku yaptırımlarının etkinlikten son derece uzak bir şekilde belirlenmesi riski söz konusu olacaktır.

Son olarak şunları söyleyebilirim. Tazminata ilişkin düzenleme her şeye rağmen genel olarak isabetlidir. Bunun çeşitli nedenleri vardır. İlk neden, zarar görenlerin zararlarının giderilmesi bir anlamda onların sigorta edilmesi anlamına gelir ve bu sigorta nedeniyle zarar görenler davranış değişikliğine gitmez. Bu neden olumlu bir durum? Yukarıda açıkladığım üzere, rekabet hukuku kuralları genellikle kasten ihlal edildiği için, biz sadece failin davranış değişikliğine gitmesini istiyoruz. İşte zarar görenin zararının giderilmesi, bu kişilerin davranış değişikliğine gitmesini (*en azından teorik olarak*) önlüyor. Hatta tazminatın, refah kaybını azaltması olasılığı dahi mevcuttur. Zira “*mademki tazmin edileceğim*” diyen tüketici, kartelden mal almaya devam edebilir. Dolayısıyla bedelin yüksek olması nedeniyle piyasadan çıkması muhtemel olan kişi ve teşebbüslerin piyasada kalarak, refah kaybını azaltması mümkündür. Belki bu hususta ikinci bir neden, toplumun zarar görenlerin zararlarının zarar verenler tarafından giderilmesine ayrıca bir değer atfetmesi olabilir. Eğer zarar görenlerin tazmin edilmesi, alternatif değer yargıları tahtında önemli ise; mesela bu şekilde adaletin yerine geldiği düşünülüyorsa, bu da refahı arttıran bir olgu olarak dikkate alınabilir.

Bunun haricinde eğer hukuka aykırılık analizi başarılı bir şekilde yapılıyor ve ancak sosyal maliyete neden olan (*etkin olmayan*) davranışlar

hukuka aykırı kabul ediliyorsa, idari para cezaları yanı sıra tazminata hükmedilmesi herhangi bir sorun doğurmaz. Burada gereğinden fazla tazminat (*over deterrence*) sorunu olmayacağı için, tazminat yukarıdaki paragrafta belirtilen yararları sağladığı gibi, herhangi bir maliyete neden olmaz (*yargılama maliyetleri haricinde*). Fakat bu durumda dahi yargılama maliyetlerinin olağan üstü boyuta ulaşmaması için davacı olabileceklerin çerçevesinin çizilmesi gerekir.

Hukuka aykırılık analizi başarılı bir şekilde yapılmıyorsa, idari para cezaları ile birlikte uygulanan üç katı tazminat hükmünün gereğinden fazla caydırıcılığa yol açması olasıdır. Bunun için yukarıda belirttiğim iş bölümü sorunun çözülmesi ve dışlayıcı uygulamalar açısından özel hukuk; diğer haller için idare hukuku yaptırımlarının (*birbirini gözetmek suretiyle*) uygulanması önerilebilir. Şüphesiz bu mevcut hukuk açısından güçtür. Fakat imkânsız değildir. Bu gelecek için önemli bir çalışma ve araştırma alanı olabilir.

Mevcut uygulama açısından bir iki söz söylemek gerekir. Şu an için idari para cezaları tutarı son derece düşük seviyelerdedir. Bunun yanı sıra mahkemelerde (*bildiğim kadarıyla*) olumlu sonuçlanmış bir tazminat davası yoktur. Dolayısıyla zaten rekabet hukukunun genel olarak caydırıcı bir şekilde uygulandığı söylenemez. Bu durumda tazminatın üç kat olarak belirlenmesi, idari para cezaları politikasında bir değişiklik olmadığı sürece herhangi bir şekilde gereğinden fazla caydırıcılık sorununa yol açmayacaktır.

Taslak'taki hükümlere ilişkin de bazı açıklamalar yapmakta yarar var. Zira Taslakta da 56, 57, 58'inci maddelerde önemli değişiklikler var. Hem geçersizlik, hem haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bazı önemli değişiklik yapılmış. Özellikle dikkatimi çeken düzenleme Kurum'un zorunlu bilirkişi olarak belirlenmesine ilişkin. Bu düzenleme, ikili yaptırım sistemine ilişkin problemleri ağırlaştıracaktır. Bu konunun yeniden düzenlenmesi gerektiğini düşünüyorum. Eğer, mahkemeye gelen her olayda sorun Rekabet Kurumu'na gider ve Rekabet Kurumu'ndan (*bir uzman ya da uzman yardımcısı veya uzmanlardan oluşan kurulun hazırlayacağı*), bir rapor beklenirse, bu, rekabet hukukunun uygulanmasında ortaya çıkabilecek olası rekabeti, yani mahkemelerden kaynaklanabilecek bir rekabet baskısını ortadan kaldıracaktır. Rekabet hukukunun uygulanmasında bence bu önemli bir çelişkidir. Rekabet hukukunun zor ve disiplinler arası bir alan olduğu doğrudur. Ama mahkemeler daha zor meselelerle de ilgileniyorlar. Bilirkişi sisteminin de iyi işlemediği de söylenebilir. Fakat bu kanımca tarafların takdirine bırakılması gereken bir meseledir. Zorunlu bilirkişilik değil, "*ihtiyari bilirkişilik*" kurumu ihdas edilerek bu sorunlar çözülebilir. Bu konulara ilişkin açıklamaları soru-cevap kısmında yapabilirim sanıyorum.