

ABD, AB ve TÜRK REKABET HUKUKUNDA

TAZMİNAT TALEPLERİ

Murat ŞAHİN

(Doktora Tezi)

Eskişehir, 2011

ABD, AB ve TÜRK REKABET HUKUKUNDA
TAZMİNAT TALEPLERİ

Murat ŞAHİN

DOKTORA TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Ayşe Tülin YRK

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Eylül, 2011

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Murat ŞAHİN'in "ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri" başlıklı tezi 07 Eylül 2011 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Özel Hukuk** Anabilim Dalında, Doktora tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı) : Doç.Dr.Ayşe Tülin YÜRÜK
Üye : Prof.Dr.Muhammet ÖZEKES
Üye : Prof.Dr.İ.Yılmaz ARSLAN
Üye : Yard.Doç.Dr.Ayhan KORTUNAY
Üye : Yard.Doç.Dr.Neval OKAN

İmza

.....

.....

.....

.....

.....

Prof.Dr.B.Zafer ERDOĞAN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Doktora Tez Özü

ABD, AB ve TÜRK REKABET HUKUKUNDA

TAZMİNAT TALEPLERİ

Murat ŞAHİN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011

Danışman: Doç. Dr. Ayşe Tülin YÜRÜK

ABD, Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri başlığı taşıyan bu çalışmada, rekabet hukuku kurallarının ihlâli sonucunda zarar gördüklerini iddia edenlerin, zararlarının tazmini için açacakları tazminat davaları, ABD, AB ve Türk rekabet hukukları bakımından karşılaştırılmalı olarak incelenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde, genel olarak rekabet hukukunda kamu hukukuna ve özel hukuka ilişkin yaptırımlar incelenmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, rekabet hukukunda tazminat taleplerine ilişkin düzenleme ve uygulamaların kaynağını teşkil eden ABD rekabet hukukunda tazminat taleplerine ilişkin mevcut düzenlemeler ve yerleşik uygulamalar incelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde AB rekabet hukukunda tazminat taleplerine ilişkin mevcut durum ve buna ilişkin en son değişiklik önerileri incelenmiştir. Çalışmanın dördüncü bölümünde, Türk rekabet hukukunda tazminat taleplerinin mevcut yapısı ve özellikle neden kamu hukuku yaptırımları karşısında geri planda kaldığı konuları ve AB'ye uyum sürecinde Türk rekabet hukukundaki tazminat taleplerine ilişkin düzenlemelerin mevcut yapısıyla, AB hukukuna ne kadar uyum sağlayabileceği konuları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel Hukuk Yaptırımları, Tazminat Talepleri, Antitröst Zararı, Toplu Davalar, Delillere Erişim

Abstract

CIVIL DAMAGE CLAIMS in USA, EU and TURKISH COMPETITION LAW

Murat ŞAHİN

Department of Private Law

Anadolu University Graduate School of Social Science, 2011

Advisor: Assoc. Prof. Dr. Ayşe Tülin YÜRÜK

In this study titled Civil Damage Claims in USA, European Union and Turkish Competition Law, the law suits for damage to be opened by natural persons who claim they have been sustained damage because of infringement of competition board's rules for compensation of their loses are comparatively examined in terms of USA, EU and Turkish competition laws.

In the first section of the study, the sanctions, related to public law and private law in competition law, are examined in general. In the second section of the study, existing arrangements and established practices related to claims of damage in the USA competition law that form the source of arrangements and practices about claims of damage in competition law are examined.

In the third section of the study, the existing situation related to claims of damage in the EU competition law and the last related modification suggestions are examined. In the fourth section, the existing structure of claims of damage in the Turkish Competition Law and why they remain in the background especially against the public law sanctions and the existing structure of arrangements related to claims of damage in the Turkish competition law during the EU adaptation process and the subjects about in what extent it can be adapted with the EU law are examined.

Keywords: *Private Enforcements, Damage Actions, Antitrust Injury, Class Actions, Disclosure of Evidence*

Özgeçmiş

Murat ŞAHİN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora

Eğitim

Y. Ls. 2004 Pamukkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi
Anabilim Dalı

Ls. 2002 İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Lise 1998 Muğla Turgut Reis Lisesi

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri/yılı: İstanbul / 15.09.1980 Cinsiyet: Erkek Yabancı dil: İngilizce

İçindekiler

Sayfa

Jüri ve Enstitü Onayı.....	ii
Öz.....	iii
Abstract	iv
Özgeçmiş.....	v
Kısaltmalar	xiii
Giriş	1

Birinci Bölüm

Rekabet Hukukunda Yaptırım Türleri

1. Rekabet Hukukunda Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Yaptırımları	7
1.1 Kamu Hukuku Yaptırımları.....	7
1.1.1.ABD rekabet hukukunda kamu hukuku yaptırımları.....	8
1.1.2.AB rekabet hukukunda kamu hukuku yaptırımları.....	11
1.1.3.Türk rekabet hukukunda kamu hukuku yaptırımları	13
1.2. Özel Hukuk Yaptırımları.....	14
1.3. Kamu Hukuku Yaptırımları – Özel Hukuk Yaptırımları Arasındaki İlişki	15

İkinci Bölüm

ABD Rekabet Hukuku

2. ABD Rekabet Hukukunda Genel Olarak Tazminat Talepleri.....	17
2.1. ABD Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Maddi Hukuka İlişkin	
Esasları	18
2.1.1. Zarar kavramı ve zararın belirlenmesi	18
2.1.1.1. Doğrudan zarar kriteri.....	20
2.1.2. Normun koruma amacı kriteri.....	21
2.1.2.1. Normun koruma amacı kriterinin uygulanmasında kullanılan	
yöntemler	21
2.1.3. Nedensellik bağı.....	23

2.1.4. Kusur şartı	25
2.1.5. Zararın intikali savunması ve dolaylı alıcı kuralı	26
2.1.6. Üç kat tazminat.....	28
2.1.7. Tazminat hesaplaması.....	30
2.1.7.1. Tazminat hesaplamasında kullanılan yöntemler	31
2.1.8. Müteselsil sorumluluk ve zamanaşımı.....	33
2.1.9. Pişmanlık programlarının tazminat taleplerine etkisi.....	35
2.2. ABD Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Usûl Hukukuna İlişkin	
Esasları	38
2.2.1. Tazminat davalarında taraflar.....	38
2.2.1.1. Davacı taraf	38
2.2.1.2. Davalı taraf	40
2.2.2. İspat yükü.....	40
2.2.3. Deliller ve ikamesi	41
2.2.4. Yargılama giderleri	42
2.2.5. Topluluk davası	43
2.2.5.1. Topluluk davası tanımı.....	43
2.2.5.2. Topluluk davasının kabul edilmesinin ön şartları	44
2.2.5.3. Topluluk davasının yürütülmesi.....	46
2.2.5.4. Topluluk davası sonucu verilen hükmün etkisi.....	47
2.2.5.5. Rekabet ihlallerinde topluluk davası	49
2.2.6. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları	50
2.2.6.1. Müzakere	50
2.2.6.2. Arabuluculuk.....	50
2.2.6.3. Kısa yargılama	51
2.2.6.4. Tahkim	52

Üçüncü Bölüm

AB Rekabet Hukuku

3. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri	54
3.1. AB Rekabet Hukukunda Genel Olarak Tazminat Talepleri.....	54

3.1.1. 1/2003 Sayılı tüzükle getirilen değişiklikler ve tazminat taleplerine olan etkisi	56
3.1.2. Adalet Divanı'nın "courage" ve "manfredi" Kararları.....	58
3.1.3. Yeşil Kitap, Beyaz Kitap Ve Komisyon Çalışma Belgelerinde Ele Alınan Konular ve Bunlara İlişkin Görüşler.....	61
3.2.AB Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Maddî Hukuka İlişkin Esasları	63
3.2.1. Zarar kavramı ve zararın belirlenmesi	63
3.2.2. Normun koruma amacı kriteri.....	67
3.2.3. Nedensellik bağı.....	68
3.2.4. Kusur şartı	68
3.2.5. Zararın intikali savunması ve dolaylı alıcı kuralı	70
3.2.6. Tazminat hesaplaması.....	73
3.2.7. Müteselsil sorumluluk ve zamanaşımı.....	75
3.2.8. Pişmanlık programlarının tazminat taleplerine etkisi.....	77
3.3. AB Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Usûl Hukuka İlişkin Esasları	80
3.3.1. Yetkili mahkeme.....	80
3.3.2. Uygulanacak hukuk	80
3.3.3. Tazminat davalarında taraflar.....	81
3.3.3.1. Davacı taraf	81
3.3.3.2. Davalı taraf	83
3.3.4. İspat yükü.....	83
3.3.5. Deliller ve ikamesi	85
3.3.6. Bilirkişilik.....	88
3.3.7.Yargılama giderleri	88
3.3.8. Topluluk davası	89
3.3.9. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları	93
3.4. Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerde Mevcut Durum	94
3.4.1. Almanya	94
3.4.2. İtalya	98
3.4.3. Fransa	99

3.4.4. Birleşik Krallık	101

Dördüncü Bölüm

Türk Rekabet Hukuku

4.1. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Maddî Hukuka İlişkin Esasları.....	105
4.1.1. Genel olarak haksız fiilin unsurları ve haksız fiil sorumluluğu	108
4.1.1.1. Hukuka aykırılık.....	110
4.1.1.1.1. Hukuka aykırılık kavramı.....	110
4.1.1.1.2. Hukuka uygunluk sebepleri	111
4.1.1.2. Fiil.....	112
4.1.1.3. Zarar	112
4.1.1.3.1. Maddi zarar ve maddi zararın çeşitleri	113
4.1.1.3.1.1. Fiilî zarar - yoksun kalınan kâr.....	114
4.1.1.3.1.2. Şahsa verilen zarar, şeye verilen zarar ve diğer zararlar.....	115
4.1.1.3.1.3. Doğrudan zarar- dolaylı zarar- yansıma zarar.....	115
4.1.1.3.2. Manevi zarar.....	116
4.1.1.4. Nedensellik bağ.....	116
4.1.1.5. Normun koruma amacı kriteri	117
4.1.1.6. Kusur.....	119
4.2.1. Rekabet hukukunda haksız fiilin unsurları ve haksız fiil sorumluluğu	121
4.1.2.1. Hukuka aykırılık ve hukuka aykırılığın tespiti.....	121
4.1.2.2. Hukuka aykırı fiiller	122
4.1.2.2.1. Rekabeti sınırlayan anlaşma, teşebbüs birliği kararı ve uyumlu eylemler.....	122
4.1.2.2.2. Hakim durumun kötüye kullanılması	126
4.1.2.2.3. Birleşme ve devralmalar.....	127
4.1.2.3. Hukuka uygunluk sebepleri	132

4.1.2.3.1 Rekabet hukukunda uygulama kabiliyeti olan genel sorumluluk hukukuna özgü hukuka uygunluk nedenleri	132
4.1.2.3.2. Rekabet hukukuna özgü hukuka uygunluk nedenleri	135
4.1.2.4. Zarar	142
4.1.2.4.1. Müspet zarar.....	143
4.1.2.4.2. Menfi zarar	143
4.1.2.4.3. Fiilî zarar.....	144
4.1.2.4.4. Yoksun kalınan kâr.....	144
4.1.2.4.5. Doğrudan zarar ve dolaylı zarar	145
4.1.2.4.6. Yansıma zarar	146
4.1.2.4.7. Manevi zarar.....	147
4.1.2.4.8. Çeşitli rekabet ihlallerinde oluşabilecek zarar	148
4.1.2.5. Uygun nedensellik bağı.....	149
4.1.2.6. Normun koruma amacı kriteri	150
4.1.2.7. Kusur.....	153
4.1.2.8. Zararın intikali savunması ve dolaylı alıcı kuralı.....	156
4.1.3. Rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunda zararın belirlenmesi ve tazminatın hesaplanması	158
4.1.3.1. Zararın belirlenmesi	158
4.1.3.1.1. Fiilî zararın belirlenmesi	159
4.1.3.1.2. Yoksun kalınan kârın belirlenmesi	160
4.1.3.1.3. Zararın ispatı.....	161
4.1.3.1.4. Zararın belirlenmesinde esas alınacak tarih	163
4.1.3.1.5. Denkleştirme.....	163
4.1.3.2. Tazminatın hesaplanması ve tenkis sebepleri	164
4.1.4. Üç kat tazminat.....	165
4.1.4.1. Üç kat tazminat sorumluluğunun niteliği	165
4.1.4.2. Üç kat tazminat sorumluluğunun şartları	167
4.1.4.3. Üç kat tazminat sorumluluğunda tazminat miktarının hesaplanması.....	167

4.1.5. Müteselsil sorumluluk ve zamanaşımı.....	170
4.1.6. Pişmanlık programlarının tazminat taleplerine etkisi	175
4.1.6.1. RKHK m. 16 kapsamında işbirliği.....	175
4.1.6.2. Yeni pişmanlık yönetmeliği.....	176
4.1.6.2.1. İhlâli gerektiren teşebbüslere para cezası verilmemesi ve cezalarda indirim hâlleri	176
4.1.6.2.2. Yönetici ve çalışanlara para cezası verilmeyecek hâller ve cezalarda indirim	178
4.1.6.2.3. Tazminat talepleri bakımından pişmanlık yönetmeliğine ilişkin görüş ve değerlendirmelerimiz	179
4.2. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Usûl Hukukuna İlişkin Esasları	180
4.2.1. Adli yargı - rekabet kurumu ilişkisi	180
4.2.1.1. Genel olarak adli yargı - rekabet kurumu ilişkisi.....	180
4.2.1.2. Mevcut uygulama çerçevesinde adli yargı - rekabet kurumu ilişkisi.....	183
4.2.1.2.1. Uyuşmazlığa ilişkin bir soruşturmanın olmaması	188
4.2.1.2.2. Uyuşmazlığa ilişkin bir soruşturmanın devam ediyor olması	190
4.2.1.2.3. Uyuşmazlığa ilişkin bir karar verilmiş olması	191
4.2.2. Görevli mahkeme	194
4.2.3. Yetkili mahkeme.....	196
4.2.4. Uygulanacak hukuk	198
4.2.5. Tazminat davalarında taraflar.....	199
4.2.5.1. Davacı taraf	199
4.2.5.1.1. Rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşmanın taraflarının birbirleri hakkında tazminat davası açabilmeleri	201
4.2.5.1.2. Tüketiciler ve diğer müşteriler	204
4.2.5.1.3. Rakip teşebbüsler	205
4.2.5.2. Davalı taraf	206
4.2.6. İspat yükü.....	206

4.2.6.1. İspat ölçüsü	213
4.2.7. Deliller ve ikamesi	216
4.2.8. Bilirkişilik.....	224
4.2.9. Yargılama giderleri	228
4.2.10. Topluluk davası	230
4.2.10.1. Topluluk davası kavramı	230
4.2.10.2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Türk Ticaret Kanunu'nda topluluk davası.....	232
4.2.10.3. Türk medeni usul hukukunda mevcut durum ve rekabet hukuku bakımından çözüm önerileri.....	233
4.2.11. Tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuk	242
4.2.11.1. Tahkim	242
4.2.11.2. Arabuluculuk.....	244
4.2.12. Geçici hukukî korumalar.....	245
4.3. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerine İlişkin Öneriler.....	246
4.3.1. Tazminat talep hakkına ilişkin öneriler	246
4.3.2. Zararın tazminine ilişkin öneriler.....	249
4.3.3. İspat yükü ve mahkemelerin yetkisine ilişkin öneriler	252
4.4. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına İlişkin Düzenlemelerin AB Rekabet Hukukundaki Gelişmelere Uygunluğu	256
4.4.1. Maddi hukuka ilişkin değerlendirmeler.....	256
4.4.2. Usûl hukukuna ilişkin değerlendirmeler.....	257
Sonuç	260
Kaynakça	266

Kısaltmalar

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ATA	: Avrupa Topluluğu Anlaşması
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AÜHFD	: Anra Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
CAT	: Competition Appeal Tribunal
ECR	: European Competition Review
FMR	: Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
m.	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
OFT	: Office of Fair Trading
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SSNR	: Social Science Research Network
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
v.b	: ve benzeri

Giriş

Rekabet hukuku düzenlemelerinin temel amacı; rekabetin korunması yoluyla ekonomik etkinliğin sağlanması, toplumsal refahın korunması ve artırılmasıdır. Rekabet hukukunun tüm amacını salt ekonomik etkinliğin sağlanmasına indirgeyen görüş yanında¹, rekabet hukukunun amaçlarının; büyük teşebbüsler karşısında küçük teşebbüsleri korumak, pazara giriş kolaylığı sağlamak, tüketicileri korumak ve adil bir gelir dağılımının sağlanmasına yardımcı olmak vb. olduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur². Rekabet hukukunun ekonomik ve sosyal amaçlarının çatışması halinde, kanun koyucunun rekabet hukukunun hangi amacına öncelik vereceği ise, rekabet politikasına yön veren bu temel görüşler çerçevesinde şekillenmektedir. Rekabet sürecinin korunması fikrinden hareketle oluşturulan rekabet hukuku kuralları, sözü edilen amaçların elde edilmesine yönelik bir araçtır.

Rekabet hukuku düzenlemeleri ile rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan her türlü anlaşma, karar veya uyumlu eylemler ve hakim durumun kötüye kullanılması hâlleri yasaklanmaktadır. Rekabet hukuku kurallarının, piyasa oyuncuları tarafından ihlâl edilmesi durumunda ise, ihlâl ve doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılmasına yönelik kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan değişik yaptırımlar öngörülmektedir.

Amacı, rekabet ortamının korunması yoluyla ekonomik etkinliğin sağlanması ve toplumsal refahın artırılması olan kamu hukuku yaptırımları, yetkili idarî otoritelerce ihlâli gerçekleştirenleri hedef alarak uygulanan yaptırımlardan oluşmaktadır. Bu yaptırımlar arasında, idarî para cezaları, hapis cezaları, kamu ihalelerine katılma yasağı, ihlâlden önceki durumun tesisi ve yöneticilik yapma yasağı vb. bulunmaktadır³.

¹ Bu görüş Posner ve Bork gibi “Chicago Okulu” yazarları tarafından savunulmaktadır.

² Bu görüş başta Sullivan ve Hovenkamp olmak üzere “Harvard Okulu” yazarları tarafından savunulmaktadır. O. Williamson (1980). *Antitrust and economics: some perspectives. antitrust law and economics*. Philadelphia: Dame Publications, Inc., s.5-7; D. Ginsburg (2005). Comparing antitrust enforcement in the United States and Europe. *Journal of Competition Law and Economics*, 1(3), s. 427-428; G. Gürkaynak (2003). *Türk rekabet hukuku uygulaması için hukuk ve iktisat perspektifinden amaç tartışması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 7-8.

³ A. Bülbül (2006). *Civil law claims on the enforcement of competition rules: a comparative study of USA, EU and Turkish laws*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: ODTÜ Avrupa Çalışmaları Enstitüsü, s. 3.

Diğer yandan, rekabet ihlâli sonucunda zarar gördüklerini iddia eden kişilerin bu zararların tazminini ve bunun yanı sıra, diğer tedbirlerin de alınmasını talep edebilmeleri, rekabet ihlâli halinde özel hukuk yaptırımlarının⁴ düzenlenmesi ile mümkün olabilir. Bu bağlamda öngörülebilecek özel hukuk yaptırımları arasında; rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşma ve kararların geçersizliği ve tazminat sorumluluğu öne çıkmaktadır. Rekabet ihlâlinin özel hukuk alanındaki diğer sonuçları arasında ise, ihlâlin önlenmesi, ihlâlin tespiti ve ihlâle son verilmesi davaları yer almaktadır.

Kamu hukuku yaptırımları, yaptırımın muhatapları, korunmak istenen menfaat, yaptırımı uygulayacak olan otorite ve yaptırım türleri bakımından özel hukuk yaptırımlarından farklılaşmaktadır.

Rekabet hukuku kurallarının uygulanmasından beklenen faydanın sağlanabilmesi açısından kamu hukuku ve özel hukuk yaptırımları birbirinden bağımsız düşünülmemelidir. Aksine, rekabet düzenlemeleri yapılırken bu iki yaptırım türünün, birbirini bütünleyen yaptırımlar olduğuna dikkat edilmesi gerekmektedir⁵. Ayrıca, rekabet hukuku kurallarının uygulanmasını sadece kamu hukuku yaptırımlarını yerine getiren idarî otoritelerden beklemek, önemli aksaklıklara sebep olabilmektedir. Bu noktada özel hukuk yaptırımları, hem ihlâlden zarar görenlerin zararını gidermekte hem de idareye destek olarak piyasa oyuncularını ihlâlden caydırmaktadır⁶.

⁴ “Özel hukukuk yaptırımı” kavramının, ABD ve AB hukuklarında kullanıldığı şekliyle İngilizce aslı “*private enforcement*” olmakla birlikte, Türk hukuku bakımından “*enforcement*” kelimesinin karşılığı tam olarak yaptırım kelimesi ile karşılanamamaktadır. Zira ABD ve AB hukuklarında özel hukuk yaptırımları arasında sayılan ihlâlin önlenmesi, ihlâlin tespiti ve ihlâle son verilmesi kararlarını Türk hukuku bakımından bir yaptırım olarak nitelemek mümkün olmamaktadır. Bu nedenle çalışmada özel hukuk yaptırımı kavramının geçersizlik ve tazminat hâlleri ile sınırlı olarak kullanılmasına, ihlâlin önlenmesi, ihlâlin tespiti ve ihlâle son verilmesi hâllerinde ise rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki diğer sonuçları olarak kullanılmasına dikkat edilmiştir.

⁵ A. Komninos (2006). Public and private enforcement in Europe. *The Competition Law Review*, Vol. 3. Issue 1, s. 6-7.

⁶ Rekabet hukuku bakımından tazminat, ihlâl nedeniyle meydana gelen zararı telafi etmekte ve potansiyel failleri ihlâli gerçekleştirmekten caydırmaktadır. Ancak tazminatın temel amacının zararın telefisi mi yoksa caydırıcılık mı olduğu tartışmalıdır. İktisadi açıdan tazminatın temel amacının ihlâle kalmışma niyeti olan teşebbüsleri caydırma olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Elbette tazminat sonucunda ihlâlden zarar görenlerin zararında telafi edilmiş olmaktadır. Ancak zararın telafisi tazminat süreci içinde ortaya çıkan bir sonuçtur, tazminatın esas amacı olmamalıdır. Garret (1967), s. 1568; İktisadi etkinliğin temini için, olumsuz dışsallık oluşturan davranışların (rekabeti ihlâl nedeniyle zarar veren davranışların) optimal düzeyde gerçekleşmesi, bunun içinde davranışın başkaları üzerinde oluşturduğu zararların, davranışı yapan teşebbüsler tarafından yüklenilmesi gerekmektedir. Bu açıdan haksız fiil sorumluluğu, hukuka aykırı fiille başkasına zarar verenlerin, bu zararı tazmin etmnek suretiyle; oluşturdukları olumsuz

Bilindiği üzere, rekabet hukukunda öne çıkan temel yaklaşımlar, ABD ve AB rekabet politikalarıdır. Her iki yaklaşımın ortak noktalarının yanısıra, ayrıldıkları noktalar da bulunmaktadır. Örneğin, kamu hukuku ve özel hukuk yaptırımlarına ilişkin rekabet politikaları bakımından ABD ve AB hukukları arasında önemli yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır. Türk rekabet hukuku düzenlemelerinde ise, ağırlıklı olarak AB hukukunun etkileri görülse de, ABD hukukundan alındığı görülen bazı kurumların da bulunması, karma bir sistemin kabul edilmiş olduğunu düşündürmektedir.

ABD hukukunda rekabet ihlallerine ilişkin kurallar, ulusal düzeyde ilk olarak *Sherman Kanunu* ile düzenlenmiştir. Sonrasında bu kanunun, daha etkin uygulanmasını sağlamak amacıyla 1914 yılında, *Clayton Kanunu* ve *Federal Ticaret Komisyonu Kanunu* çıkartılmıştır. ABD rekabet hukukunda, *Sherman* ve *Clayton Kanunları*nda, hem kamu hukuku hem de özel hukuk yaptırımlarının düzenlendiği görülmektedir. Bunun yanında, tüm eyalet hukuk sistemlerinde, federal rekabet hukuku kurallarına genel olarak uygun olacak biçimde, özel hukuk yaptırımlarına yer verilmiştir. ABD rekabet hukuku kurallarını uygulamakla görevli organlar, *Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission)* ile *Adalet Bakanlığı Rekabet Dairesi (Antitrust Division Department of Justice)*'dir. Ayrıca, Eyalet Adalet Bakanları'nın da (*State's Attorney General*) rekabet mevzuatının uygulanmasına ilişkin bazı yetkileri bulunmaktadır.

ABD rekabet hukukunda, rekabet ihlalleriyle mücadelede hem kamu hukuku hem de özel hukuk yaptırımları bir arada düzenlenmiştir. Ancak uygulamada tazminat davaları daha çok başvurulmuş bir yol haline gelmiştir⁷. Tazminat davalarına gösterilen bu yoğun ilginin oluşmasında, zararın üç katı tazminat istenebilmesinin mümkün olmasının yanında, topluluk davası açma imkânlarının mevcut olması, davacılara tanınmış olan ispat kolaylıkları gibi zarar görenlerin tazminat davası açmalarını kolaylaştıran, usûl hukukuna ilişkin bir takım düzenlemelerin etkisi de büyüktür.

dışsalığı (ihlâl nedeniyle meydana gelen zararı) yüklenmeleri ve bu suretle dışsalılık oluşturan davranışların optimal düzeyde gerçekleşmesini amaçlayan bir kurumsal yapı olarak değerlendirilmektedir. Rekabet ihlallerinden doğan tazminat yükümlülüğü de netice itibarıyla bir haksız fiil sorumluluğu olduğundan, tazminatın amacının bu çerçevede caydırıcılık olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. A. U. Şahbaz (2009). *ABD uygulaması ışığında rekabet ihlallerinden doğan zararların tayini ve tazmini*. Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 88, s. 5.

⁷ 1995-2006 yılları arası istatistiklerine göre rekabet ihlallerinin %90'ından fazlasının tazminat davaları ile ortaya çıktığı görülmüştür. H. Hovenkamp (2011). Quantification of harm in private antitrust actions in the United States. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, s.1.

SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1758751> (Erişim tarihi: 10.01.2011)

AB rekabet hukukuna baktığımızda, kamu hukuku yaptırımlarına ilişkin olarak *Avrupa Topluluğu Antlaşmasının (ATA)* 101. (eski 81. madde) maddesi, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklamakta, ayrıca, yasaklanan anlaşma ve kararları hükümsüz saymakta, aynı zamanda belli koşulların varlığında, yasaktan muaf tutulabilecek hâlleri de düzenlemektedir. ATA m. 102 (eski 82. madde) ise, hâkim durumdaki teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır. ATA 101 ve 102. maddelerinin ihlâline ilişkin kamu hukuku yaptırımları, Avrupa Komisyonu ve ulusal rekabet otoritelerince uygulanmaktadır. Bu kurumların vermiş oldukları kararlar, *Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD)* ve ulusal mahkemelerce denetlenmektedir.

AB rekabet hukukunda Birlik çapında özel hukuk yaptırımlarına ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmamış, bu yaptırımlara ilişkin düzenlemeler ulusal hukuklara bırakılmıştır. Özel hukuk yaptırımlarına ilişkin, AB rekabet hukukunda ayrıca bir düzenlemenin yapılmaması; özel hukuk yaptırımlarının kamu hukuku yaptırımları kadar etkili olamamasına neden olmuştur.

AB Komisyonu tarafından, 2004 yılında *Ashurt* hukuk firmasına, özel hukuk yaptırımlarına ilişkin bir rapor⁸ hazırlanmıştır. Raporda belirtilen birçok konuyu dikkate alan Komisyon, AB rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının, daha etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması için 19.12.2005 tarihinde, Avrupa Topluluğu rekabet kurallarının ihlâlinden doğan tazminat davalarını ele alan ve buna ilişkin görüşleri tartışmaya açan Yeşil Kitabı (*Green Paper, 2005*)⁹ yayımlamıştır. Ayrıca, hazırlanan Komisyon Çalışma Belgesiyle (*Commission Staff Working Paper, 2005*)¹⁰, Yeşil Kitap'ta yer alan konulara ilişkin öneri ve görüşler ele alınmıştır. Daha sonra AB

⁸ Commission of the European Communities (2004). Study on the conditions for damage in case of infringement of European Communities competition rules, comparative report. Brussels: Ashurt. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (Erişim tarihi: 10.02.2008)

⁹ Commission of the European Communities (2005). Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussels: SEC 2005, 1732. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (Erişim tarihi: 10.02.2008)

¹⁰ Commission of the European Communities (2005). Commission staff working paper annex to green paper, Brussels: SEC 2005, 1732. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (Erişim tarihi: 11.02.2008)

Komisyon’u Yeşil Kitap’ta yer alan önerileri somutlaştırmak amacıyla, 02.04.2008 tarihinde Beyaz Kitap (*White Paper*)¹¹ ve buna ilişkin Komisyon Çalışma Belgesini (2008)¹² yayımlamıştır. Tüm bu çalışmalar sonucunda ortaya çıkan tartışmalar ve görüşler ışığında, Komisyon’un AB’de daha etkin bir özel hukuk yaptırım sistemi kurmayı amaçladığı söylenebilir.

Türk rekabet hukukunda, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, hem kamu hukuku hem de özel hukuk yaptırımlarını bir arada düzenlemiştir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda, rekabet hukuku kurallarının etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla, birbirini destekleyen ikili bir yaptırım sistemi benimsenmiştir. Ancak, uygulamada kamu hukuku yaptırımları baskın hale gelmiş, zararın üç katı tazminata hükmedilebilmesi imkânı olmasına rağmen, tazminat taleplerine neredeyse hiç başvurulmamıştır.

ABD rekabet hukukunda, özel hukuk yaptırımlarına ilişkin etkin bir uygulamanın uzun zamandan beri var olmasına karşın, Türk ve AB rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının uygulanmasına ilişkin talepler kamu hukuku yaptırımları karşısında geri planda kalmıştır. Rekabet ihlâli nedeniyle zarar görenlere tanınan tazminat talep hakkı, yetkili rekabet otoritelerince haberdar olunmayan rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılmasına da yardımcı olduğundan, kamu hukuku yaptırımlarının daha etkin bir şekilde uygulanmasına önemli katkılar sağlamaktadır.

Bu çalışmanın ilk bölümünde rekabet hukukuna ilişkin kamu hukuku ve özel hukuk yaptırımları, ana hatlarıyla anlatılmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde, özel hukuk yaptırımları ve özel hukuk taleplerine ilişkin düzenleme ve uygulamaların kaynağı olan ABD rekabet hukukunda, tazminat taleplerine ilişkin genel esaslar ele alınmıştır. Üçüncü bölümde, Türk rekabet hukukuna kaynak teşkil etmesi ve sürekli etkileşim içinde olması bakımından AB rekabet hukukunda özel hukuk taleplerine ilişkin son

¹¹ Commission of the European Communities (2008). White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. Brussels: SEC 2008, 404.

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (Erişim tarihi: 11.06.2008)

¹² Commission of the European Communities (2008). Commission staff working paper, accompanying the white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. Brussels: COM (2008) 165 Final, SEC 404. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (Erişim tarihi: 11.06.2008)

gelişmeler, örnek yargı kararları ve ilgili diğer düzenlemeler incelenmiştir. Dördüncü bölümde ise, Türk rekabet hukukunda özel hukuk taleplerine ilişkin yaşanan sorunların tespiti ve giderilmesine yönelik düzenleyici makamlara ve uygulamacılara çözüm nerileri sunulmuştur.

Birinci Bölüm

Rekabet Hukukunda Yaptırım Türleri

1. Rekabet Hukukunda Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Yaptırımları

1.1 Kamu Hukuku Yaptırımları

Kamu hukuku yaptırımları (*Public Enforcements*); rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanmasının toplumsal ve ekonomik zararlar meydana getirmesi nedeniyle, ekonomik sistemin ve kamu yararının koruyucusu devlete tanınan müdahale yetkisi olarak tanımlanmaktadır¹³. Rekabet otoriteleri veya yetkili mahkemeler tarafından uygulanan bu yaptırımlar arasında, idarî para cezaları, hapis cezaları, kamu ihalelerine katılma yasağı, ihlâlden önceki durumun tesisi, yöneticilik yapma yasağı vb. yer almaktadır.

Kamu hukuku yaptırımları teşebbüslere dönük olanlar ve bireysel olanlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İhlâli gerçekleştiren teşebbüslere idari para cezaları, ihlâlden önceki durumun tesisi ve kamu ihalelerine katılma yasağı vb. yaptırımlar uygulanmaktadır. Bu yaptırımlar uygulanırken ihlâlin süresine, mahiyetine, soruşturma sürecinde tarafların davranışlarına bakılmaktadır. Teşebbüslere uygulanan bu yaptırımlardan en etkili olanı şüphesiz para cezalarıdır. Para cezaları teşebbüsler bakımından ciddi bir cezalandırma tehdidi olarak algılanmakta ve genel olarak teşebbüsleri ihlâl kararından caydırılabilecek etkiye sahip olmaktadır¹⁴. Ancak para cezaları ekonomik ve kanuni gerekçelerle azami bir sınır belirlenerek (genellikle teşebbüslerin cirolarının belli bir oranı (AB ve Türk rekabet hukukunda azami % 10) kadar) uygulanabilmektedir¹⁵. Bu halde para cezaları kimi durumlarda (özellikle ihlâl nedeniyle elde edilen kârın para cezalarından yüksek olduğu veya teşebbüsün para

¹³ A. Akıncı (2001). *Mukayeseli hukuk açısından, Amerikan ve Avrupa Topluluğu hukukunda rekabetin yatay kısıtlanması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 277-288; V. Beal ve J.F. Bellis (2005). *Competition law of the European Community*. London: Kluwer Law International, s. 2.

¹⁴ W. Wils (2005). Is criminalization of EU competition law the answer ? *World Competition Journal*, Volume 28, s.44; E Aygün (2008). *Rekabet hukukunda para cezaları: teori ve uygulama*. Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri, Seri no; 86, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 6

¹⁵ J. Fingleton (2010). The appropriate balance between corporate and individual sanctions and business education in incentivising compliance with competition law. *Mentor Group's London Forum*, s. 8-9.

cezalarını tüketicilere yansıttığı hallerde) istenilen düzeyde caydırıcı bir etkiyi sağlamaktan uzak kalabilmektedir¹⁶.

İhlâlde karar ve eylemleriyle katılımı olan bireylere ise hapis cezası, para cezası, kamuda çalışma yasağı, yöneticilik yapma yasağı gibi bir takım yaptırımlar uygulanmaktadır. İhlâl nedeniyle bireylere de yaptırım uygulanması ve rekabet kurallarının caydırıcı etkisinin artırılması konusunda genel bir kabulün var olduğu söylenebilirse de, bireylere uygulanacak yaptırım türünün belirlenmesi noktasında çeşitli ülkelerde farklı görüşler çerçevesinde farklı yaptırım politikaları uygulanmaktadır¹⁷.

Çalışmanın bu bölümünde kamu hukuku yaptırımlarına ilişkin ilk düzenlemelerin yapıldığı ABD rekabet hukuku ana hatlarıyla incelendikten sonra AB ve Türk rekabet hukukunda kamu hukuku yaptırımları kısaca ele alınacaktır.

1.1.1. ABD rekabet hukukunda kamu hukuku yaptırımları

Rekabet hukukuna ilişkin ilk düzenlemeler, ABD’de 1890’lı yıllarda *Sherman Kanununun* kabulü ile başlamıştır¹⁸. Bu kanunun, daha etkin uygulanmasını sağlamak amacıyla *Clayton Kanunu* (1914) ve *Federal Ticaret Komisyonu Kanunu* (1914) çıkartılmıştır. *Sherman* ve *Clayton Kanunları*’nda kamu hukuku yaptırımları ve özel hukuk yaptırımları birlikte düzenlendiği için, özel hukuk yaptırımı içeren ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek duyulmamıştır. Sözü edilen bu kanunlarda, 1936’da *Robinson Patman Kanunu*, 1950’de *Celler Kefauver Kanunu* ile bazı değişiklikler yapılmıştır¹⁹.

¹⁶ H. Orman (2009). *Kartellerde bireylere uygulanacak yaptırımlar*. Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri, Seri no; 110. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 32.

¹⁷ P. Whelan (2007). A Principled argument for personal criminal sanctions as punishment under EC cartel law, *The Competition Law Review, Volume 4 Issue I*, s. 28.

¹⁸ 1890 yılında kabul edilen Sherman Kanunu (Sherman Act) rekabetin yatay veya dikey anlaşmalar ve uygulamalar yoluyla kısıtlanması ve tekelleşmenin yasaklanmasına yönelik düzenlemeler içermektedir. D. I. Baker (2001). The use of criminal law remedies to deter and punish cartels and bid-rigging. *The George Washington Law Review*, Vol. 69, No; 5/6, s. 714; W.E. Kovacic (2001). Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants to Reveal Cartels. *The George Washington Law Review*, Vol. 69, No; 5/6, s. 788.

¹⁹ Y. Aslan (1999). Amerikan rekabet hukuku sistemi. Ankara: Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, s. 66.

Kamu hukuku yaptırımları bakımından, ABD rekabet hukuku²⁰ kurallarını uygulamakla görevli temel organlar, Federal Ticaret Komisyonu ile Adalet Bakanlığı Rekabet Dairesi'dir. Ayrıca, Eyalet Adalet Bakanları'nın da rekabet mevzuatının uygulanmasına ilişkin bazı yetkileri bulunmaktadır²¹.

Adalet Bakanlığı Rekabet Dairesi, Clayton Kanununun hükümlerinin uygulanmasına ilişkin yetkilerini Federal Ticaret Komisyonu ile paylaşırken, Sherman Kanununun hükümlerinin uygulanmasında münhasıran yetkilidir²².

Sherman Kanununun 1. maddesinde, rekabeti kısıtlayan her türlü anlaşma ve işbirliği, hukuka aykırı sayılıp yasaklanmıştır. Kanunun 2. maddesinde, bir teşebbüsün tekelleşmesi veya tekelleşmeye teşebbüs etmesi yasaklanmış ve bu durum, suç kabul edilmiştir²³. *Sherman* Kanununun uygulaması içtihat hukukundan kaynaklanan, *rule of reason* ve *per se* doktrinleri ile tamamlanmıştır²⁴. *Per se* yasak ilkesine göre, rakipler arasında fiyat tespiti, yatay pazar paylaşımı, miktar kısıtlanması ve ihalelere fesat karıştırılması gibi bazı anlaşmaların rekabeti bozacağına kesin gözle bakılır, çünkü bu tür anlaşmalarda rekabeti sınırlama amacı açıktır. Bu durumda, anlaşma, rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek duyulmadan yasaklanır. Bu anlamda, tarafların, yaptıkları anlaşmanın ticareti kısıtlamadığına ya da fiyatların makul ölçüde tespit edildiğine ilişkin iddiaların dinlenilmesine gerek duyulmaz. Mahkemelerin tespit etmesi gereken tek husus, *per se* hukuka aykırı olan bir anlaşmanın mevcut olup olmadığıdır²⁵. *Rule of reason* ilkesi gereğince ise, kanunun ihlal edilip edilmediğine karar verilmeden önce, rekabeti sınırladığı iddia edilen anlaşma ve uygulamalar

²⁰ Çalışmada, ABD literatüründeki “antitröst hukuku” (*antitrust law*) terimi yerine, istisnai bazı hâller dışında “rekabet hukuku” terimi kullanılmaktadır.

²¹ Ginsburg (2005), s. 427-428.

²² F. Wamser (1994). Enforcement of antitrust law: a comparison of the legal and factual situation in Germany, the EC and the USA. *European University Studies*, Frankfurt, s. 29-30.

²³ Aslan (1999), s. 70; *Sherman Kanunu* m.I'de; “Eyaletlerarası ya da ABD ile başka devletlerarası ticareti ve rekabeti sınırlar nitelikte olan, hertürlü sözleşme, gizli anlaşma, tröst veya benzeri davranışlar hukuka aykırıdır”. m.II'de; “Eyaletler arası ya da ABD ile başka devletlerarası ticaretin bir alanında tekelleşen, tekelleşmeye teşebbüs eden ya da tekelleşmek için başkaları ile sözleşme ya da gizli anlaşma yapan herkes suç işlemiş sayılır” ifadeleri yer almaktadır.

²⁴ J. H. Shenefield ve I. M. Stelzer (2000). *The antitrust laws*, (4. Edition). Washington D.C., s. 24; G. A. Öz (2000). *Avrupa Topluluğu ve Türk rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 41.

²⁵ A. Abbott (2005). A brief overview of American Antitrust Law. *The University of Oxford - Centre for Competition Law and Policy. Competition Law and Policy Guest Lecture Program*, s. 8.

değerlendirmeye tabi tutulur. Bu yapılan değerlendirme sonucunda rekabeti bozduğu ve piyasaları olumsuz etkilediği düşünülen davranışlar yasaklanır²⁶.

Rekabet ihlallerinde Rekabet Dairesi, şikâyet üzerine soruşturmaya başlayabileceği gibi, kendiliğinden soruşturma yapabilme yetkisine de sahiptir. Rekabet Dairesi, bir şikâyet başvurusu ya da kendi araştırmaları sonucu ortaya çıkan ihlâl şüphesi üzerine, konuyu ilgili birime havale eder. Burada, somut olayın bir rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığı ve ihlalin mevcut olduğu durumlarda ihlalin soruşturmaya tabi tutulup tutulmayacağı kararlaştırılır. Rekabetin ihlal edilmiş olabileceği yönünde bir kanaate ulaşıldığı takdirde önaraştırma açılır. Önaraştırma, soruşturma açılmasının uygun olup olmayacağına karar vermeden önce gerekli bilgilerin toplanması amacına hizmet eder. Önaraştırma esnasında, daha derin bir araştırmaya ihtiyaç duyulması halinde, FBI'dan yardım talep edilebilir. Bu takdirde, FBI, ifadelere başvurma ve belgelerin incelenmesi suretiyle, araştırmaya katkıda bulunur²⁷. Rekabet Dairesi önaraştırma sonucunda ihlâlın gerçekleştirildiğine dair yeterli delillerin elde edilmesi üzerine, soruşturma açılmasına karar verir²⁸. Rekabet Dairesi, soruşturma sürecinde, soruşturmaya ilgili tüm bilgi ve belgeleri isteme yetkisine sahiptir. Gerçek kişiler, kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı çerçevesinde istenen bilgileri vermekten kaçınabilecek iken, tüzel kişilerin bu tür bir hakkı bulunmamaktadır²⁹.

Soruşturma sonucunda Rekabet Dairesi kamu hukuku yaptırımlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla federal bölge mahkemesinde dava açtığı takdirde, yargılamaya geçilmeden önce davalı ile Rekabet Dairesi arasında uzlaşma görüşmeleri yapılabilmektedir. Bu tür bir uzlaşmada devletin amacı, başarılı bir yargılama sonucunda elde edeceği faydayı yargılama yapmadan elde etmektir. Vakaların önemli bir çoğunluğunda bu yolun tercih edildiği görülmektedir. Bu tür bir uzlaşmaya varıldığı

²⁶ *Rule of reason* ilkesi ile rekabeti kısıtlayıcı davranışların, rekabet hukuku bakımından değerlendirilmesi, piyasa koşulları, rekabete olan etkisi ve tarafların görünür amaçlarının incelenmesi gibi, daha fazla analizin yapılması sonucu, ihlâl ile ilişkin tespitler yapılmaktadır. Akıncı, a.g.e., s. 227; Avrupa Birliği rekabet hukukunda mevcut olan muafiyet sistemi (ATA m.81/3), Amerikan rekabet hukukunda bulunmamaktadır. Ancak, mahkemeler, *rule of reason* analizinde, rekabeti kısıtlayan uygulamaların, piyasa koşulları, ihlâlın rekabete olan etkisi ve tarafların görünür amaçlarının incelenmesi yolu ile rekabeti gerçekten sınırlandırıp sınırlandırılmadığının tespitini yaparak muafiyet sistemine benzer sonuçlara ulaşabilmektedir. Aslan (1999), s. 86.

²⁷ Wamser (1994), s. 29-30.

²⁸ Wamser (1994), s. 30.

²⁹ Abbott (2005), s. 8-9.

takdirde, söz konusu anlaşma ilgili mahkemeye tevdi edilmekte ve mahkeme, anlaşmanın kabul edilip edilmemesi hususunu karara bağlamaktadır³⁰. Rekabet Dairesinde uzlaşmaya varılamaması halinde mahkeme, ihlâli gerçekleştirenlere para cezası ya da hapis cezası verebileceği gibi, belirli bir müşteriye karşı ayrımcılığı sona erdirmeye ya da boykota maruz bırakılan müşteriye mal verilmesi şeklinde karar da verebilir³¹.

Sherman Kanununun geniş kapsamlı olması, uygulamacılara geniş takdir yetkisi vermiş olması ve bir takım özel durumları ele almamış olması nedeniyle, *Clayton* Kanunu, *Sherman* Kanununun tamamlayıcısı olarak kabul edilmiştir. Bu Kanun ile rekabeti önemli derecede sınırlayan ya da sınırlayabilecek olan veya tekelleşmeye yol açabilecek olan anlaşma, uygulama ve birleşme ve devralmalar yasaklanmıştır³². *Clayton* Kanununu, Federal Ticaret Komisyonu Kanununu ve tüketicileri korumaya yönelik bir dizi kanunu uygulamakla görevli organ olan Federal Ticaret Komisyonu, kanuna aykırı uygulamaları öğrendiğinde kendiliğinden harekete geçer ve soruşturma başlatır. Soruşturma sürecinde Komisyon, ihlâl ile ilgili gerekli tüm bilgi ve belgelerin verilmesini istemeye ve ilgililerin ifadelerini almaya yetkilidir. Federal Ticaret Komisyonu soruşturmadan sonra ihlâlin gerçekleştirildiğine dair maddi delillere erişir ise yetkili mahkemede dava açarak gerekli kamu hukuku yaptırımlarının uygulanmasını talep eder³³. Komisyon'un hapis cezası ya da para cezasına hükmetme yetkisi yoktur. Ancak bazı hâllerde doğrudan Federal Mahkemeden, ihlâlin sona erdirilmesine yönelik emir (*injunctive relief*) çıkartabilmektedir³⁴.

1.1.2. AB rekabet hukukunda kamu hukuku yaptırımları

AB rekabet hukuku, kamu hukuku ve özel hukuk yaptırımlarının bir arada uygulanmasını içeren, uzun ve köklü bir geçmişe sahip olan ABD rekabet hukuku uygulaması ve tecrübesinden oldukça etkilenmiştir. AB rekabet hukukunda kamu hukuku yaptırımlarına ilişkin olarak ATA m. 101, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklamakta, yasaklanan anlaşma ya da kararları hükümsüz

³⁰ Wamser (1994), s. 31-32; S. W. Waller (2006). Rekabet hukukunda kamu özel ortaklıkları. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 52-55

³¹ Abbott (2005), s. 9.

³² Aslan (1999), s. 72.

³³ Waller (2006), s. 52-53.

³⁴ Waller (2006), s. 52-55.

saymakta ve belli koşulların varlığı halinde, yasaktan muaf tutulabilecekleri hâlleri düzenlemektedir. ATA m. 102 ise, hâkim durumdaki teşebbüslerin, hâkim durumlarını kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır³⁵.

AB rekabet hukukunda 101. madde kapsamında yasaklanan rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararlar, hükümsüz kabul edilmektedir (m.101/2). Bununla birlikte rekabet ihlâllerinde AB Komisyon'u, ihlâlin tespiti, ihlâlin sona erdirilmesi (1/2003 Sayılı Tüzük m. 7/1) ve ihtiyati tedbir (1/2003 Sayılı Tüzük m. 8/1) kararı verebilmektedir. Ayrıca, Komisyon tarafından, AB rekabet hukukuna aykırı uygulamalarda bulunan veya Komisyon tarafından istenen bilgi ve belgeleri vermeyen teşebbüslere, idarî para cezaları verilmektedir (1/2003 Sayılı Tüzük m. 23-34)³⁶. AB Komisyonu tarafından para cezasına hükmedilirken, kast veya ihmalin varlığı belirlenerek, ihlâlin ağırlığı ve devam ettiği süre göz önünde bulundurulmaktadır. Komisyon tarafından hükmedilen cezalar idarî nitelikte olduğu için, ceza hukuku alanında bir sonuç doğurmaz³⁷.

Komisyon kararlarına karşı AB İlk Derece Mahkemesi'ne (*Court of First Instance of the European Communities*) itiraz edilebilir. İlk Derece Mahkemesi kararlarına karşı da Adalet Divanı'na temyize gidilebilir³⁸.

AB rekabet usûl hukukuna ilişkin önemli reformlar içeren 1/2003 Sayılı Tüzükle birlikte, üye devlet mahkemeleri artık ATA m. 101 ve 102 hükümlerini doğrudan uygulama yetkisine sahip olmuştur. Bu maddelerin uygulanmasında üye devlet mahkemeleri, AB Komisyonu'na dava hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. Ayrıca, ulusal mahkemeler, AB rekabet hukukunu uygularken Komisyon'dan davaya ilişkin rekabet hukuku kurallarının nasıl uygulanacağını gösteren açıklayıcı yorumlar isteyebilir. Komisyon, ulusal mahkemelere, Avrupa Birliği rekabet hukukunun uygulanacağı davalarda kendiliğinden görüş de bildirebilir.

³⁵C. Bellamy ve G. Child (2001). *Common market law of competition*. (5. Edition). London: Sweet&Maxwell, s. 71.

³⁶E. Özsunay (1982). AET'deki rekabet sınırlamalarıyla "üye devletler arasındaki ticaret"in etkilenmesine ilişkin ölçütler ve komisyonun para cezası verme yetkisi: "tepea b.v. v. komisyon kararı" üzerine bazı düşünceler, *İktisat ve Maliye Dergisi*. C. XXIX, S. 7, s. 274 vd.; E Erdem, *Rekabet hukuku ile ilgili makaleler*, (1. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları, s. 217-220

³⁷Beal ve Bellis (2005), s. 2; M. Topçuoğlu (2001). *Rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası işbirliği davranışları ve hukuki sonuçları*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 66

³⁸Öz (2000), s. 60

Ulusal mahkemeler, davaya ilişkin verilen hükmü, Komisyona göndermekle yükümlüdür (1/2003 Sayılı Tüzük m.15). Ayrıca, ulusal mahkemeler, Komisyon kararları ile çelişen kararlar vermemek için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. İċtihat birliğinin sağlanması, ulusal mahkemeler tarafından Adalet Divanı'na yapılan ön karar³⁹ başvurusu ile yahut Adalet Divanı'nda henüz sonuçlanmamış bir dava varsa, bunun sonucunun bekletici sorun yapılması ile gerçekleşir⁴⁰. Komisyon'un sürdürmekte olduğu bir soruşturmada, ulusal mahkemenin yetkisi kendiliğinden kalkmaz, bu konuda Komisyon'un kararı gerekir. Komisyon, isterse, ulusal mahkemede görölmekte olan davayı kendi yetkisine alabilir ya da kendi soruşturmasını durdurarak ulusal mahkemenin yetkili olduğuna karar verebilir.

1.1.3. Türk rekabet hukukunda kamu hukuku yaptırımları

1990'lerden itibaren, hem küreselleşen piyasalarının etkisi, hem de AB rekabet hukuku kurallarıyla uyumlu bir rekabet kanunu yapma ihtiyacı, AB'ye üyelik için müzakereleri yürütmekte olan Türkiye'de rekabet kanuna yönelik çalışmaların yapılmasına sebep olmuştur. Bu çerçevede çıkartılan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK), 4., 6. ve 7. maddelerinde *yasaklanan faaliyetler*, 8. - 15. maddeleri arasında *Rekabet Kurulu'nun yetkileri*, 16. ve 17. maddelerinde *idari para cezaları* düzenlenmiştir.

RKHK, rekabet ihlalleri karşısında Rekabet Kurulu'na önemli yetkiler vermektedir. Buna göre Kurul, rekabet ihlalinin varlığından ihbar ya da şikâyet üzerine haberdar olmasıyla veya kendiliğinden, soruşturma başlatabilme yetkisine sahiptir. Kurul'un rekabet ihlalinin gerçekleştiğine ilişkin yaptığı tespitten sonra, Kurul ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin, rekabetin tesisi ve ihlâlden önceki durumun korunması için yerine getirmeleri ya da kaçınmaları gereken davranışları içeren bir

³⁹ Divan, ulusal mahkemelerin başvurusu üzerine AB hukukunun çeşitli hususlarının yorumlanması hakkında kararlar alır. Bir hukuki işlemin bu tür tartışmalı bir husus doğurması halinde, ulusal mahkemelerden herhangi biri Avrupa Adalet Divanı'ndan ön karar isteyebilir. Ancak bunun için üye devlette daha yüksek bir temyiz mercii bulunmaması gerekir. Bu durumda Adalet Divanı'nın kararları kesin ve bağlayıcıdır.

⁴⁰ N. İnan (2004). 4054 Sayılı rekabetin korunması hakkında kanun'un özel hukuk hükümlerine eleştirisel bir bakış. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu –II*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 57-58

karar verebilir (m.9/I). Ayrıca Kurul gerekli hâllerde, ihlâli gerçekleştirenlere, ihlâle ne şekilde son vereceklerini de bildirir (m.9/III).

Kurul, nihai karara kadar, ciddi ve telafi olunmayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlâlden önceki durumu koruyucu nitelikte geçici tedbirler almaya da yetkilidir (m.9/IV). Kurul, soruşturma neticesinde, nihai karar olarak, ihlâle katılan teşebbüslere ve ihlâlde belirleyici etkisi olan teşebbüs yöneticilerine ve çalışanlarına yönelik idarî nitelikte para cezasına hükmedebilir (m.16, m.17). Kurul'un nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idari para cezalarına ilişkin kararlarına karşı iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür.

1.2. Özel Hukuk Yaptırımları

Rekabet ihlâli sonucunda, kamu yararının ve ekonomik sistemin zarar görmesinin yanısıra, kişiler de zarara uğramaktadır. Rekabet ihlâlleri nedeniyle zarar gördüğünü iddia edenlerin tazminat talep edebilmeleri ancak özel hukuk yaptırımlarının yürürlüğe konmasıyla mümkündür. Bu yaptırımlar arasında, genel olarak, ihlâlden doğan zararların tazmini (*claims for damage*) ve rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşmaların geçersizliği (*invalidity of agreements*) yer almaktadır. Ancak, ihlâlden zarar görenlerin rekabet hukuku kurallarından yararlanma usulleri ve davacı olabileceklerin kapsamı bakımından, ABD, AB ve Türk rekabet hukuku düzenlemeleri arasında bazı yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır⁴¹.

ABD rekabet hukukunda, *Sherman ve Clayton* Kanunlarında, rekabet ihlâllerinden zarar görenlerin yargıya başvurup, zararlarının giderilmesi (zararın üç katı tazminat ve makul bir avukatlık ücreti de dâhil olmak üzere) amacıyla tazminat taleplerinde bulunmalarına imkân tanınmıştır. Ayrıca, rekabet ihlâlinden zarar görenlerin ya da zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya bulunanların, tecavüz veya tecavüz tehlikesinin önlenmesi veya ihlâlin durdurulmasına yönelik talepte bulunmaları da mümkün kılınmıştır⁴².

⁴¹ Ky P. Ewing (2006). *Competition rules for the 21st century*. (2. Edition). Netherlands: Kluwer Law International, s. 234-236.

⁴² K. C. Sanlı, (2003). Türk rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğu, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 213-214; J. Ostoyich ve P. Normann (2009). More of the same: growth in private antitrust litigation and cutbacks by the US Supreme Court. *The Antitrust Review of the Americas*, s. 46-47.

AB rekabet hukukunda, özel hukuk yaptırımlarına ilişkin özel bir düzenleme, henüz mevcut değildir. Ancak, ihlâlden zarar görenlerin ulusal mahkemelerden zararlarının giderilmesini talep edebilmeleri mümkündür⁴³. AB Komisyonu, özel hukuk taleplerinin ileri sürülebilmesinin kolaylaştırılması ve bu taleplere ilişkin üye ülke mevzuat ve uygulamalarının uyumlu hale getirilmesi amaçlarıyla, 2004'ten bu yana yoğun çalışmalar yürütmektedir. Buradan hareketle, özel hukuk taleplerinin, AB'nin gündemindeki en önemli konulardan birisi olma özelliğini ve önceliğini koruduğu söylenebilir.

Türk rekabet hukukunda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, “*rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçları*” başlığı altında, ihlâl nedeniyle zarar görenlere tanınan haklara ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Bu bağlamda, Kanun'un 56. maddesinde *kanuna aykırı anlaşma ve kararların hukukî niteliği*, 57. maddesinde *tazminat hakkı*, 58. maddesinde *zararın tazmini* ve 59. maddesinde, *ispat yükü kuralları* düzenlenmiştir. Ancak, Türk rekabet hukuku uygulamasında, kamu hukuku yaptırımları daha çok başvuru olan bir yol haline gelmiştir⁴⁴.

1.3. Kamu Hukuku Yaptırımları – Özel Hukuk Yaptırımları Arasındaki İlişki

Kamu hukuku yaptırımları ile özel hukuk yaptırımlarının hedefleri, özellikle korumayı amaçladıkları menfaatler bakımından birbirinden farklıdır. Dolayısıyla kamu hukuku yaptırımları ile özel hukuk yaptırımları arasında bir tercih yapılmasına gerek olmadığı ortadadır. Ancak, kamu hukuku yaptırımları ile özel hukuk yaptırımları arasında optimum bir denge kurmanın da, çok basit olmadığı genel olarak kabul edilmektedir⁴⁵. Çünkü kamu hukuku yaptırımları ve özel hukuk yaptırımları, caydırıcılık etkileri, uygulanma maliyetleri ve ihlâl ile ilişkin bilgiye erişim kapasiteleri bakımından birbirinden farklı özelliklere sahiptir⁴⁶.

⁴³ C. Jones ve M. Matsiushita (2002). *Competition policy in the global trade system*. London: Kluwer Law International, s. 216.

⁴⁴ Sanlı (2003), s. 249-251.

⁴⁵ I. Segal ve M. Winston (2007). Public vs. private enforcement of antitrust law. *European Competition Law Review*, Vol. 28, Is. 5, s. 306 vd.

⁴⁶ Doktrinde ikili yaptırım sistemine gerek olmadığı, özel hukuk taleplerinin ayrıca bir özel hukuk yaptırımı düzenlemesine gerek olmadan, rekabet otoriteleri aracılığı ile yerine getirilebileceği, bunun da özel hukuk yaptırımları sistemi kadar verimli olabileceği ileri sürülmüştür. Segal (2007), s. 306-311..

Rekabet ihlâli halinde, kamu hukuku yaptırımları çoğu halde tek başına yeterli bir caydırıcı etkiye sahip olamamaktadır (*under-deterrence*)⁴⁷. Bu yetersizliğin temel sebepleri arasında, rekabet hukuku kurallarını uygulamakla görevli otoritelerin yeterli mali kaynaklarının veya yetişmiş personelinin olmaması, kurumun yozlaşma veya siyasi baskı altına alınabilme risklerinin (*regulatory capture*) olması ya da yeterli politik veya kamuoyu desteğinin sağlanamaması gösterilebilir⁴⁸.

Rekabet hukuku kurallarının, etkin bir şekilde uygulanması ve bu kurallardan beklenen faydanın tam olarak sağlanması bakımından, kamu hukuku yaptırımlarının, özel hukuk yaptırımlarıyla birlikte uygulanması gereklidir⁴⁹. Özellikle, zararın üç katının tazmininin mümkün olduğu sistemlerde, zarar gören kişiler, zararlarının tazmin edilmesi için daha istekli olacaktır. Böylece, açılacak çok sayıda dava ile ortaya çıkabilecek muhtemel tazminat yükünden çekinen teşebbüsler, rekabet ihlâllerinden kaçınmaya gayret edecektir⁵⁰. Ancak uygulamada tazminat davalarının bazı olumsuzlukları da beraberinde getirdiği görülmektedir. Rekabet ihlâllerinin tespiti ve ispatı, uzmanlık ve ayrıntılı ekonomik analizler yapılmasını gerektirmektedir. Tazminat davalarında hâkimlerin ve davacıların bu imkânlarla sahip olmayışları bazı sorunları ortaya çıkarabilir. Ayrıca, rekabet hukuku kurallarının iki ayrı kurum tarafından uygulanacak olması, bu iki kurum arasındaki sorumluluk alanlarının iyi tanımlanmadığı hâllerde, birbiri ile çelişen kararların ortaya çıkmasına da neden olabilir⁵¹.

ABD rekabet hukuku uygulamasında, kamu hukuku yaptırımları yanında özel hukuk yaptırımlarının benimsenmesi, rekabet hukuku uygulamasını güçlendirmiştir. Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda ise aksine, kamu hukuku yaptırımlarına uygulamada daha fazla başvurulmuş bir yol halini almış, tazminat davaları ise geri planda kalmıştır. Ancak, yakın zamanda AB ve Türk rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının rekabet hukuku kurallarının bütünlüğü ve etkinliği içindeki öneminin artırılması amacıyla önemli çalışmalara başlandığı görülmektedir.

⁴⁷ Bülül (2006), s.3; B. Lee (2008). The harmonization of public and private enforcement. *Seoul: 5th. Seoul International Competition Forum*, s. 2-3

⁴⁸ D. Rosenberg ve J. P. Sullivan (2006). Coordinating private class action and public agency enforcement of antitrust law. *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 2, Iss. 2, s. 171.

⁴⁹ Sanlı (2003), s. 213.

⁵⁰ Öz (2000), s. 105.

⁵¹ Sanlı (2003), s. 219-221.

İkinci Bölüm

ABD Rekabet Hukuku

2. ABD Rekabet Hukukunda Genel Olarak Tazminat Talepleri

ABD rekabet hukukunda, *Sherman ve Clayton* Kanunları hükümleri uyarınca, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin yargıya başvurarak, maddî tazminat talebinde bulunmaları mümkündür. Ayrıca, tüm eyaletlerin rekabet hukuku sistemlerinde, kişisel zararların tazminine ilişkin davalara, genel olarak federal rekabet hukuku kurallarına uygun şekilde yer verildiği görülmektedir⁵².

Clayton Kanunu m. 4(a)⁵³,ya göre, rekabet hukuku kurallarının ihlâli nedeniyle işi ya da malı zarar gören herkes, zararın üç katı tazminat talebinde bulunabilecektir. Zararın üç katının tazmininin talep edilebilmesi, ABD hukukunda tazminatın, meydana gelen zararın giderimi ve zarar görenleri dava açmaya teşvik fonksiyonlarının yanısıra, cezalandırıcı fonksiyonun olduğu yönünde yorumlar yapılmasına da neden olmuştur⁵⁴.

Rekabet ihlâlinin varlığını tespit eden bir mahkeme kararı olmaksızın tazminat davası açılan hallerde (*stand-alone action*), ihlâl nedeniyle zarara uğradıklarını iddia eden davacıların, öncelikle davalıların davranışlarının bir rekabet ihlâli teşkil ettiğini

⁵² Abbott (2005). s. 41-42. Ayrıca, zarar görenlerin Clayton Kanununun 16. maddesi uyarınca ihlâlin önlenmesini talep etme hakları da mevcuttur. C. A. Jones (1999). *Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA*. New York: Oxford University Press, s. 15;

ABD hukuku ele alınırken kısaca ABD mahkeme teşkilatı hakkında bilgi vermek gerekmektedir. ABD’de iki ayrı yargı sistemi bulunmaktadır. Bunlar federal yargı ve eyalet yargısıdır. Eyalet mahkemelerin yargılama yetkisi eyalet anayasası ve yasalarından kaynaklanır. Eyalet mahkemeleri genel yargılama yetkisine sahip olduğundan her türlü uyuşmazlığa bakmak hususunda yetkilidir. Eyalet yargılama sisteminin en alt düzeyinde Eyalet İlk Derece Mahkemeleri (*State Trial Courts*) yer alır. Bu alt derecedeki mahkemelerin kararlarını ise, Eyalet Temyiz Mahkemesi (*State Appellate Court*) esasa ve usûle uygunluk açısından inceler. Her eyalette, o eyaletin en yüksek yargı mercii olarak bir de Eyalet Yüksek Mahkemesi (*State Supreme Court*) bulunur.

Federal mahkemelerin yargılama yetkisi Eyalet mahkemelerinkine göre daha sınırlı olarak, ABD Anayasasının 3. maddesinde ve Kongrenin kabul ettiği yasalarda belirlenmiştir. Federal mahkemeler, federal hukuka ilişkin davalara ve farklı eyalette ikamet eden kişi ya da kuruluşlar arasındaki davalara bakarlar. Federal yargıda ilk derece mahkemesi olarak Federal Bölge Mahkemeleri (*Federal District Courts*) görev yapmaktadır. Federal bölge mahkemesince verilen kararlara karşı Federal Temyiz Mahkemesine (*Court of Appeals*) gidilebilir. Federal yargılamada teşkilatın en üst mahkemesi olarak ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) görev yapar. Yüksek Mahkeme Federal Temyiz Mahkemesi’nden gelen davalarda temyiz mahkemesi olarak faaliyet gösterir. M. Özbek (2009). *Alternatif uyuşmazlık çözümü*. (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s.313 vd.

⁵³ Clayton Kanunu m. 4(a) 2’ye göre; “Her kimin işi ya da malı rekabet kanunlarıyla yasaklanan bir nedenden ötürü zarar görmüş ise, zararın üç katıyla, yargılama giderleri ile makul bir avukat ücreti kadar tazminata hak kazanır”.

⁵⁴ Akıncı (2001), s. 386.

sonrasında, rekabet hukukun korumayı amaçladığı kişiler arasında olduklarını, söz konusu ihlâlin bir zarara neden olduğunu ve ihlâl nedeniyle meydana gelen zararın miktarını ispat etmeleri gerekmektedir. İhlalin varlığını tespit eden mahkeme kararından sonra tazminat davası açılan hallerde (*follow on action*) ise, davacıların ihlâl ile ilişkin bir ispat faaliyetine girişmeleri gerekli olmadığından, mahkemeler uğranılan zararın tespiti ve zarar hesaplaması konularına odaklanmaktadır.

Clayton Kanununda, federal rekabet hukuku kurallarının ihlâli sonucunda zarara uğrayan herkesin, zararın tazmini için yargıya başvurma hakkı olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar Kanunda, zarar gören herkesin yargıya başvurma hakkına sahip olduğu ifade edilse de, uygulamada birçok yargı kararı ile davacıların kapsamına dönük önemli sınırlamalar getirilmiştir⁵⁵.

2.1. ABD Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Maddi Hukuka İlişkin Esasları

2.1.1. Zarar kavramı ve zararın belirlenmesi

ABD rekabet hukukunda, rekabet ihlâlinden doğan zararın kapsamına ve niteliğine ilişkin birçok konu tartışılmıştır. Örneğin, hangi zararlar tazmin edilecektir? Buna bağlı olarak kimler tazminat talebinde bulunabilecektir? Rekabet ihlâlleri sonucunda ekonomide çok çeşitli türde ve sayıda zarar meydana gelebilir. Meydana gelen zararların sayıca çok ve çeşitli oluşu, rekabet ihlâlinin neden olduğu bütün zararların tazminini mümkün kılmamaktadır⁵⁶. ABD rekabet hukuku uygulamasında, hem oluşan bütün zararların tespitinin güçlüğü, hem de üç kat tazminatın yaratacağı ekonomik yük, tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak önemli sınırlamaların konmasına sebep olmuştur⁵⁷.

Öncelikli olarak belirtmek gerekir ki, ABD rekabet hukukunda zarar kavramı kapsamına manevî zararlar girmemektedir. Nitekim *Clayton* Kanunu m. 4'te ifade edildiği üzere, tazminat talep etme hakkı, ihlâl sonucunda işi ya da malı zarar görenlere tanınmıştır. İş kavramı (*business*) ticarî çıkarları ve işletmeleri kapsamakta, mal

⁵⁵ Ginsburg (2005), s. 427- 429.

⁵⁶ Sanlı (2003), s. 243-244.

⁵⁷ T. Sullivan ve H. Hovenkamp (1999). *Antitrust law policy and procedure*. (4. Edition). Washington: Lexis Law Publishing, s. 111.

kavramı (*property*) ise, hukuken tanınan ve koruma altında olan hak ve menfaatleri ifade etmektedir.

Rekabet ihlâli neticesinde elde edilen kâr, çoğu zaman piyasa şartlarındaki normal kârın çok üstünde gerçekleşmektedir. İşte bu normalin üstünde elde edilen kâr ile alıcıların ve rakip teşebbüslerin uğradıkları zarar arasında doğrudan bir bağ vardır. Özellikle az sayıda satıcı ve çok sayıda alıcının olduğu oligopol piyasasında⁵⁸, genellikle fiyat tespiti nedeniyle alıcılar daha fazla bedel ödemek durumunda kalmaktadır⁵⁹.

Rekabet ihlâli sonucu meydana gelen zararın her zaman fazladan ödenen bedelden kaynaklanması söz konusu olmayabilir. Özellikle, yıkıcı fiyatlandırma ve boykot gibi piyasadan dışlayıcı uygulamalarda, rakiplerin uğradığı zarar, ödenen yüksek fiyattan kaynaklanmamaktadır⁶⁰. Rekabet ihlâllerine karışmamış rakip teşebbüsler, rekabet imkânları kısıtlanarak veya azaltılarak veya piyasadan dışlanarak zarara uğrayabilir. Rekabet ihlâlinden etkilenen rakip teşebbüsler, tüm bu zararların yanında, üretim miktarlarının düşmesinden kaynaklanan bir atıl kapasite sorunu ile de karşılaşabilir. Yani, üretimde kullanmadıkları araç gerecin ve malların, rekabet ihlâli süresince maliyetine katlanmak durumunda kalabilirler⁶¹.

Rekabet ihlâli neticesinde, rakip teşebbüslerin, ekonomik faaliyetlerine son vermeleri de söz konusu olabilir. Bu durum, teşebbüslerin gelecekte elde edebilecekleri gelirlerini ortadan kaldıracığından, teşebbüsler gelecekteki muhtemel kazanç kayıplarını ispatlayarak, bunların da tazminini isteyebilir⁶². Ancak, rakip teşebbüslerin uğradıkları bu zararı tam olarak hesaplamak, gelecekteki şartların belirsizliği yüzünden mümkün değildir. Bu durumda mahkemeler, teşebbüsün geçmiş faaliyetlerini,

⁵⁸ Oligopol Piyasası; birbirlerini etkileyebilecek kadar az sayıda satıcının, sonsuz denilebilecek kadar çok sayıda alıcı ile karşı karşıya geldiği piyasalardır. Oligopol piyasasında, az sayıda satıcı firma olduğu için, her firma özellikle fiyat belirleme gibi davranışla da diğer firmaları izlemektedir. Bazen firmalar arasındaki bu ilişki, rekabet kurallarını ihlâl edecek şekilde birlikte fiyat tespiti ya da pazar paylaşımı halini almaktadır. Gerçek hayatta monopollü rekabet piyasası gibi, en fazla görülen piyasa şeklidir. E. Bocutoğlu (2003). *Genel iktisada giriş*. (3.Baskı). Trabzon: Derya Kitapevi, s. 155.

⁵⁹ Jones (1999), s. 201.

⁶⁰ Jones (1999), s. 201.

⁶¹ Abbott (2005), s. 41.

⁶² Jones (1999), s. 223.

ürünlerinin marka değerini ve müşteri portföyünü bir arada değerlendirerek, gelecekteki gelir kayıplarını belirlemeye çalışmaktadır⁶³.

Rekabet ihlalleri sonucunda üçüncü kişilerin de yansıma zarara uğramaları söz konusu olabilir. Örneğin, piyasa dışına itilen ve piyasadan çekilmek durumunda kalan şirkete mal veren teşebbüsün de satışları ve dolayısıyla geliri azalacak ve bu teşebbüs de ihlâlden etkilenmiş olacaktır. Ancak, yansıma zarara uğrayanların zararlarının tazmini, bu gruptaki kişilerin tespitin güçlüğü ve rekabet kurallarınca korunmak istenen hedef grupta yer almadıkları gerekçesi ile kabul edilmemektedir.

ABD uygulamasında mahkemeler, tazminat hesaplamasına esas alınacak zararın miktarını belirlerken, aynı olaya konu olan fakat ihlâl niteliği taşımayan davranışların oluşturduğu zararı ve ihlâl dışında piyasa koşullarının etkisiyle oluşan zararı hariç tutmaktadırlar. Ayrıca ihlâlden zarar gören davacının uğradığı zararı azaltmak için gerekli davranışları gerçekleştirip gerçekleştirmediği de dikkate alınmaktadır⁶⁴.

2.1.1.1. Doğrudan zarar kriteri

ABD rekabet hukukunda tazmin edilebilir zararın niteliğini ve kapsamını belirlemeye yönelik en önemli kriter doğrudan zarar (*direct injury*) kriteridir. Doğrudan zarar kriterinde, tazminat sorumluluğunun ortaya çıkması bakımından zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı kurulması yeterli görülmemekte, ayrıca taraflar arasında hukukî ya da fiilî bir ilişkinin varlığı da aranmaktadır. Bu sebeple, rekabet ihlâlinden doğrudan zarar gören teşebbüse dava açma hakkı tanınırken, teşebbüsün pay sahiplerine, teşebbüse mal satan ve kredi veren şirketlere, ihlâl nedeniyle zarar gördükleri iddiası ile dava açma hakkı tanınmamaktadır.

Konuya ilişkin olarak, Yüksek Mahkeme *Loeb* kararında⁶⁵, doğrudan zarar kriterini esas alarak, şirket pay sahiplerinin açtığı davayı, zarar gören pay sahiplerinin

⁶³E. Garret (1967). Private damage antitrust suits measure of damage for destruction of all or part of a business. *Harvard Law Review*, Vol. 80, N. 7, s. 157.

⁶⁴ Uygulamada zararın azaltılması yükümlülüğünün gerçekleştirilmediği ve dolayısıyla zararın miktarının düşürülmesi taleplerinin, yoksun kalınan kâr talep edilen davalarla sınırlı olduğu söylenebilir. Jones, (1999), s. 201-203.

⁶⁵ J.P. Baine (1943). Injury to business or priority under sherman act. *California Law Review*, Vol. 31 s. 114

ihlâlin neden olduğu zarardan uzak olduğu ve zararın dolaylı zarar olduğu gerekçeleriyle reddetmiştir⁶⁶.

Doğrudan zarar kriterinin esnetilmeden uygulanması halinde ihlâl nedeniyle zarar gören önemli bir kesimin zararı, tazminat kapsamına alınmamaktadır. Bu durumda örneğin, rekabet ihlâli yüzünden bir malı rayiç değerinden daha pahalıya almak zorunda kalan tüketiciye dava hakkı tanınmazken, aldığı fiyata normal kârını da ilave edip satan aracı şirkete dava hakkı tanınabilmektedir.

2.1.2. Normun koruma amacı kriteri

Rekabet ihlâllerinden doğan zararın, piyasaya yayılması ve farklı kişileri etkilemesi, meydana gelen zararın miktarının tam olarak belirlenmesini güçleştirmektedir. Bu durum zararın belirlenebilmesini kolaylaştırmak amacıyla bir takım kriterlerin oluşturulmasına neden olmuştur. Doğrudan zarar kriterinin uygulanmasının, ihlâl nedeniyle zarar gören birçok kişinin, tazminat talep edebilecekler arasında yer almamasına yol açtığı görülmüştür. Bu sebeple mahkemeler, tazminat talebinde bulunabilecek kişilerin kapsamını, doğrudan zarar kriterine oranla genişletmek amacıyla, normun koruma amacı (*Prospective Purpose of the Norm*) kriterini uygulamaya başlamıştır. Normun koruma amacı kriteri, normun korumayı hedeflediği menfaati tespitiye yöneliktir. Yani, zarar gördüğü iddiası ile dava açmak isteyen kişilerin öncelikli olarak, rekabet hukuku kuralları ile korunmak istenen ekonomik grup içinde olduklarını ispatlamaları gerekmektedir.

2.1.2.1. Normun koruma amacı kriterinin uygulanmasında kullanılan yöntemler

Normun koruma amacı kriterinin uygulanmasında, Yüksek Mahkeme'nin, bu kritere bağlı olarak geliştirdiği bir takım yöntemler etkili olmuştur. Bunlardan ilki ve en önemlisi, normun koruma amacına dahil olan menfaatlerin tespitinde kullanılan, hedef bölge testidir (*target area test*)⁶⁷. Hedef bölge testi dışında, Yüksek Mahkemenin bazı

⁶⁶ Jones (1999), s. 161.

⁶⁷ *Conference of Studio Illinois v. Loew's Inc.* (1952), 342 US 919

kararlarında, menfaat alanı (*the zone of interest test*) testi ve *factual matrix* testi gibi birtakım yöntemleri de uyguladığı görülmektedir⁶⁸.

Hedef bölge testinde önemli olan, rekabet hukuku kurallarıyla korunmak istenen hukukî menfaatin yer aldığı piyasanın (ekonomik sektörün) tespitidir. Böylece, zararın bu hedef piyasada oluşup oluşmadığı anlaşılmakta ve meydana gelen zararın rekabet hukuku kuralları gereğince tazmin edilip edilmeyeceğine karar verilmektedir. Yüksek Mahkeme, hedef bölge testini uyguladığı en önemli kararlarından biri olan *Karseal Corporation*⁶⁹ kararında, tazminat taleplerinin kabul edilebilmesi için, davacının, rekabet ihlâli neticesinde zarar gören sektör içinde olduğunu, yani zarar gören piyasa ile anlamlı bir bağlantısının bulunduğunu ortaya koyması gerektiğini belirtmiştir. Hedef bölge testinin doğru bir şekilde uygulanabilmesi, rekabet ihlâline neden olan davranışların hangi piyasada gerçekleştirildiğinin ve ihlâlin piyasa üzerindeki etkisinin ayrıntılı olarak araştırılmasına bağlıdır. Yüksek Mahkeme *Billy Baxter* kararında⁷⁰, hedef bölge testinin sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi için hangi ekonomik sektörün, hedef bölgeyi teşkil ettiğinin tam olarak tespit edilmesi ve zararın rekabet hukuku kuralları ile korunan menfaate yönelik olması gerektiğini belirtmiştir. Aynı şekilde, Yüksek Mahkeme, *Calderone Enterprise Corp*⁷¹, *Karseal vs. Richfield Oil Company* vb. birçok kararında, tazmin edilecek zararın ve dolayısı ile davacıların tespitinde hedef bölge testini kullanmıştır⁷².

Hedef bölge testi doğrudan zarar kriterinin sakıncalarını gidermek amacıyla ortaya konmuş olmasına rağmen, bu yöntemin uygulanmasında mahkemelerin ilgili ekonomik sektörün tespitinde kısıtlayıcı bir yaklaşım göstermesi nedeniyle, istenilen amaca ulaşmaktan uzak olduğu eleştirisi yapılmaktadır⁷³.

Menfaat alanı testinde ise davacının zarar gören menfaatinin, rekabet hukuku kurallarınca düzenlenen ve korunan bir menfaat alanı içinde yer aldığını ispatlaması yeterlidir. Uygulamada bu test, davacı sayısını geniş tuttuğu ve davaların olması

⁶⁸ Jones (1999), s. 165-167.

⁶⁹ *Karseal Corp. v. Richfield Oil Corp.*, 221 F.2d 358, 362-65, (1955)

⁷⁰ *Billy Baxter, Inc. v. Coca-cola Co.*, 401 US 923, (1971)

⁷¹ *Calderon Enterprises Corp. v. United Artists Theatre Circuit*, 454 F.2d 1292, (1971)

⁷² Jones (1999), s. 163-164.

⁷³ Jones (1999), s. 164.

gerekenden daha uzun sürede sonuçlanmasına neden olduğu gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁷⁴.

The factual matrix test, hâkim Garth tarafından ilk defa *Cromar*⁷⁵ davasında kullanılmıştır. Garth'a göre, rekabet hukuku kurallarının temel amacı, kimin korunması gerektiği üzerine odaklanmalıdır. Bunun yanında, ihlâlin gerçekleştiği piyasanın yapısı ve zarar görenle ihlâli gerçekleştirenler arasındaki ilişki de gözlenmelidir. Garth, doğrudan zarar kriterinde olduğu gibi, dava açabileceklerin kısıtlanmasının, güçlü rekabet anlayışını zayıflattığını da belirtmektedir⁷⁶.

Normun koruma amacı kriterinde, zarar görenlerin, korunan ekonomik grup içinde olduklarının ispatı yeterli görülmeyip, bunun yanında, olayın özelliklerine göre rekabet ihlâlinin gerçekleştiği piyasada faaliyet gösteren kişilerden olmaları şartı da aranmaktadır⁷⁷. Ancak, uygulamada, normun koruma amacı kriterinin, doğrudan zarar kriterinin yol açtığı bütün sorunları gidermediği, bazen davacı sayısını olması gerekenden çok aza indirdiği, bazen de çok artırdığı⁷⁸ görülmüştür. Uygulamada yaşanan tüm bu sorunlara rağmen, genel olarak, normun koruma amacının doğrudan zarar kriterinden daha etkin olduğu kabul edilmektedir⁷⁹.

2.1.3. Nedensellik bağı

Nedensellik bağı, rekabeti ihlâl eden fiil ile zarar arasındaki ilişkiyi ifade eder. Yüksek Mahkeme birçok kararında, davacının tazminat talebinin kabulü için öncelikli olarak, rekabeti ihlâl eden fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağına ihtiyaç olduğunu belirtmektedir⁸⁰. Dolayısıyla tazminat taleplerinin kabul edilebilmesi için, rekabet kurallarını ihlâl eden fiil ya da anlaşmanın sonucunun, dava konusu zararlar

⁷⁴ C. A. Sanford (1983). A defense of the zone of interests standing test, *Duke Law Journal* , Vol.? s. 450-451.

⁷⁵ *Cromar Co. v. Nuclear Materials and Equipment Corp.*, 543 F.2d 501, (1973)

⁷⁶ Jones (1999), s. 166-167.

⁷⁷ Akıncı (2001), s.306.

⁷⁸ P. Areeda ve H. Hovenkamp (2000). *Antitrust Law, an Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Aspen Publisher Kluwer Company, s. 131-132. Rekabetin kısıtlanmasından ya da bozulmasından doğan her zararın rekabet kuralları ile korunmak istenen menfaat alanı içinde kaldığı yaklaşımının kabulü halinde, bu kısıtlamadan zarar gören teşebbüsün alacaklıları, işçileri, ona kredi verenler, şirketin ortakları, tedarikçileri ve hatta şirkete bina kiralayanlar bile zararlarının tazminini talep edebileceklerdir. Bu ise, tazminat davalarını yürütülemez hale getirebilecektir. Jones, (1999), s. 165-167.

⁷⁹ Jones (1999), s. 166-167.

⁸⁰ Bülbul (2006), s. 68.

bağlantılı olduğunun ispat edilmesi gerekir⁸¹. Yüksek Mahkeme *Bily Baxter*⁸² kararında, varlığı iddia edilen zararlar rekabet kurallarını ihlâl eden fiil arasındaki nedensellik bağının, davacı tarafından ispat edilememesi nedeniyle, zararın üç katı tazminat talebiyle açılan davanın reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir⁸³.

Yüksek Mahkemenin kararları ışığında, nedensellik bağı ile ilişkili olarak, antitröst zararı (*antitrust injury*) doktrini oluşturulmuştur⁸⁴. Antitröst zararı doktrini, ilk olarak, Yüksek Mahkeme'nin *Brunswick*⁸⁵ kararında ortaya konmuştur. *Brunswick* davasında, davacı, *Clayton Kanununun* şirket birleşmelerine ilişkin 7. maddesinin ihlâl edilmesi sonucunda⁸⁶ zarar gördüğünü iddiasıyla zararın tazmini için dava açmıştır. Mahkeme haksız fiilden kaynaklanan diğer tazminat davalarında olduğu gibi zarar görenin zararının, davalının fiili neticesinde meydana geldiğini yani fiille zarar arasındaki uygun nedensellik bağına ispatla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Ancak mahkeme, zarar görenlerin bu nedensellik bağına ispatlamalarının yeterli olmadığını ayrıca, zarar görenin menfaatinin niteliği itibarıyla rekabet hukuku kurallarınca korunmak istenen bir menfaat türü olduğunu, yani “antitröst zararının” mevcut olduğunu ispatlaması gerektiğini ifade etmiştir⁸⁷.

Yüksek Mahkeme, *Atlantic Richfield Co. vs. USA Petroleum Co. (ARCO)*⁸⁸ kararında, antitröst zararı koşulunun, sadece *Clayton Kanununun* uygulandığı hâllerde değil, aynı zamanda *Sherman Kanununun* uygulanacağı hâllerde de aranması gerektiğine karar vermiştir⁸⁹. Ayrıca, mahkeme, *per se* yasak kabul edilen rekabet ihlâllerinde bile, tazminat talebinde bulunan davacıların, uğradıkları zararın rekabet ihlâlinden kaynaklandığını ispatlamaları gerektiğini belirtmiştir.

⁸¹ J. Mc David (2005), Enhancing private enforcement of EC competition rules, *Hohan Harston LLP*, s. 9.

⁸² *Billy Baxter Inc. V. Coca Cola* 401 US 923, (1971)

⁸³ *Areeda vd.* (1997), s. 113.

⁸⁴ Bkz. İlgili kararlar; *Indeck Energy Svces v. Consumers Energy Co.*, 250 F3.d 972 6th Cir. 2001; *Gleen Holly Entertainment, Inc. V. Tektronix, Inc.*, 343 F.3d 9.th Cir. 2003; *Bucklew v. Hawkins, Ash, Baptie Co.* 329F3.d 923, 7th Cir. 2003; *Midwest Gass Svces, v. Indiana Gas Co.*, 317 F3.d 703, 7th Cir 2003.

⁸⁵ *Brunswick Corp. V.Pueblo Bowl-O- Mat.*429 US 477, (1997)

⁸⁶ ABD rekabet hukukunda, *Clayton Kanunu*'nun 7. maddesine aykırı birleşmeler neticesinde zarar görenlere de tazminat davası açma hakkı tanınmaktadır. bkz. P. Areeda, L. Kaplow ve A. Edlin (1997). *Antitrust analysis, problems text and cases*. Aspen Publisher Kluwer Comp. s. 58.

⁸⁷ *Hewitt Pate* (2004). Antitrust law in the US Supreme Court, US Antitrust Division Department of Justice, s.2; *Areeda vd.* (1997), s. 67.

⁸⁸ *Atlantic Richfield Co v.USA Petroleum CO.*, 495 US 328, (1990)

⁸⁹ J. Jacobson ve T. Greer (1998). Twenty one years of antitrust injury, *Antitrust Law Journal*, Vol. 66, Issue 2, s. 7.

ABD rekabet hukukunda, mahkemenin, antitröst zararı araştırmasını bir dava şartı sayıp ilk incelemesinde mi denetleyeceği, yoksa davacının iddiasını ispat etmesi bakımından gerekli bir şart olarak ele alıp (ispat şartı) davanın esasına dair inceleme yaptıktan sonra mı karar vereceği konusu ise tartışmalıdır⁹⁰.

2.1.4. Kusur şartı

ABD hukukunda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel kurallara baktığımızda, haksız fiili gerçekleştirenlerin, meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırı bir fiilin kusurlu olarak zarara yol açmış olması gerekir. Kusurun varlığını ispat yükü ihlâlden zarar gördüğü iddiası ile yargıya başvuran davacıya aittir. Ancak, özellikle kartel, yıkıcı fiyatlandırma, dışlayıcı uygulamalar vb. hallerde, ihlâli gerçekleştirenlerin kusurlu olmaması, bu davranışların niteliği itibariyle pek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla bu tür ihlâllerde, kusur ve hukuka aykırılık unsurlarının iç içe geçmiş olduğu söylenebilir. Bu durumda, hukukî sorumluluğun doğması bakımından, ihlâli gerçekleştirenlerin hukuka aykırı sonucu istemiş olmaları yeterli görülmekte, ayrıca zararın meydana gelmesini istemiş olup olmadıkları dikkate alınmamaktadır. Sonuç olarak ABD rekabet hukukunda, tazminat taleplerinin kabulü için, davalının kusurunun şart olarak görüldüğü söylenebilirse de, mahkemeler genelde, rekabeti ihlâl eden davranışı ve zararla olan bağlantısını tespit ettikten sonra, kusur konusunda ayrıntılı bir araştırmaya ihtiyaç duymamaktadır⁹¹.

Rekabet ihlâlinin amaç olmadığı hâllerde bile, sonuç olarak rekabet ortamı kısıtlanmış ise, ihlâli gerçekleştiren taraflar ihmalleri neticesinde hukuka aykırı sonucu öngörmeleri gerekirken, öngörmemiş olabilirler. Bu durumda taraflar, ihmal derecesinde olsa dahi kusurlu bulunabilirler. Bu nedenle, zarar görenlerin, rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşmanın ya da davranışın sonuçlarını ve zararı ispatlaması yeterli kabul edilmekte, ayrıca kusuru ispatlamalarına gerek görülmemektedir. Ancak *Sherman Kanununun* ihlâl edilmesi nedeniyle açılacak olan ceza davalarında, faile ceza verilebilmesi için kusurlu olması şartı aranmaktadır.

⁹⁰ Jones (1999), s. 175.

⁹¹ Jones (1999), s. 84.

2.1.5. Zararın intikali savunması ve dolaylı alıcı kuralı

Üretilen mal veya hizmetler piyasa tedarik zinciri içinde, üreticiden sonra sağlayıcı, dağıtıcı, perakendeci vb. gibi çok çeşitli aşamalardan geçmekte ve son olarak tüketicilere ulaşmaktadır. Ürettikleri mal veya hizmetleri satan teşebbüs ya da teşebbüslerin rekabet hukuku kurallarını ihlâl etmeleri sonucunda, bu mal veya hizmetleri satın alan ara teşebbüsler (sağlayıcı, dağıtıcı, perakendeci vb.), piyasa rayiç değerine oranla daha yüksek bedel ödemek durumunda kalmaktadır. Ara teşebbüslere, uğradıkları zarar nedeniyle tazminat davası açma hakkının tanınması durumunda, ihlâli gerçekleştiren davalı teşebbüs ya da teşebbüsler, ara teşebbüslerin fiyat artışını, sattıkları malların fiyatına ilave edip sonraki alıcılara intikal ettirdikleri gerekçesi ile zararın meydana gelmediği savunması yapabilmektedirler⁹². Rekabet ihlâllerini gerçekleştiren teşebbüslerin yaptıkları bu savunmaya, “zararın intikali savunması” (*passing on defense*) denilmektedir.

Bu savunma, ilk olarak, *Hannover Shoe*⁹³ davasında ileri sürülmüştür. Davacı ara teşebbüs, davalı teşebbüslerin gerçekleştirdiği rekabet ihlâli nedeniyle, fazla bedel ödemek zorunda kaldığı için zarara uğradığını iddia ederek, tazminat davası açmıştır. Davalı teşebbüs, davacının fazladan ödediği bedeli malın fiyatına yansıtıp, sonraki alıcılara intikal ettirdiği için, zarara uğramadığı savunmasında bulunmuştur. Yüksek Mahkeme, davalıların yaptığı savunmayı şu nedenlerle kabul etmemiştir⁹⁴: Öncelikli olarak karardan, mahkemenin, davalı teşebbüslerin hukuka aykırı yolla elde ettikleri gelirin yanlarına kâr kalmasını istemediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, mahkeme, ara teşebbüsün fazladan ödediği bedeli karşılamak için malın fiyatına yaptığı ilavelerin, rekabet ihlâline neden olanları tazminat sorumluluğundan kurtarmayacağına karar vermiştir. Bunlara ilaveten Yüksek Mahkeme, ihlâl nedeniyle zarar gördüğü iddiasıyla dava açabilecek en uygun grubun doğrudan (ilk) alıcılar olduğunu da belirtmiştir⁹⁵.

⁹² Akıncı (2001), s. 312.

⁹³ *Hannover Shoe, v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481, (1968)

⁹⁴ Martin Helwig (2006). Private damage claims and the passing on defense in horizontal price fixing cases: an economist perspective. Bonn: Max Planck Institute, s. 2.

⁹⁵ Jones (1999), s. 178; Ayrıca, Yüksek Mahkeme, sonraki alıcıların ve nihai tüketicilerin, zararlarının tespitindeki güçlükler ve zararın ne oranda yansıtıldığının belirlenmesinin güç oluşu nedeni ile davacı olamayacaklarına karar vermiştir. Dolaylı alıcılara dava hakkının tanınmasının, zararın bir kereden fazla tazminine sebep olabileceğini ve özel hukuk yaptırımlarının caydırıcılığını olumsuz etkileyebileceğini de belirtmiştir. *Areeda vd.* (1997), s. 63.

*Illinois Brick*⁹⁶ davasında, rekabet ihlâlinden doğan fiyat artışının kendilerine yansıtıldığını ve bundan dolayı zarar gördüklerini iddia eden bir grup tüketici, ihlâli gerçekleştiren teşebbüslere karşı, tazminat davası açmıştır⁹⁷. Bu davada Yüksek Mahkeme, zararın tazmini için dava açma hakkının, ihlâlden en çok etkilenen grup olan doğrudan alıcılara tanınması gerektiğine karar vermiştir⁹⁸. Yüksek Mahkeme dolaylı alıcıların tazminat taleplerini ise, zarar görenlerin tam olarak belirlenememesini ve zararın tüketicilere ne oranda intikal edildiğinin tespit edilmesindeki güçlükleri gerekçe göstererek reddetmiştir⁹⁹.

ABD rekabet hukukunda, birçok eyalet mahkemesi, *Illonis Brick* kararının aksine, dolaylı alıcıların zararlarının giderimi için açtıkları davaları kabul etmektedir¹⁰⁰. Eyalet mahkemelerinin, dolaylı alıcıların taleplerini, zararın birden fazla tazminine yol açmamak kaydıyla kabul ettikleri görülmektedir¹⁰¹.

Dolaylı alıcılara, zararın tazmini için dava açma hakkı tanınmayan hâllerde bile bu kişilerin, rekabet hukuku kurallarını ihlâl eden veya edebilecek davranışların önlenmesi veya sona erdirilmesini sağlamak üzere, yargıya başvurabilmeleri mümkündür¹⁰². Ayrıca, rekabet kurallarını ihlâl edenlerle doğrudan alıcının işbirliği

⁹⁶ *Illinois Brick Co.v. Illinois* ,431 US 720 (1977)

⁹⁷ Akıncı (2001), s. 314.

⁹⁸ William Page (1999). The Limits of state indirect purchaser suits; class certification in the shadow of *Illinois Brick*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 67 s. 17.

⁹⁹ *Illinois Brick* kararından sonra Yüksek Mahkeme *Blue Shield* kararı ile dolaylı alıcılara dava hakkı tanınması için dolaylı alıcıların zarar görmüş olduğunun ya da buna işaret eden belirtilerin varlığının tespitini ve rekabet kurallarının ihlâl edildiğinin ispatlanmasını yeterli bulmuştur. Yani doğrudan alıcıların ödediği fazla bedeli kendisini herhangi bir zarara uğratmadan, sonraki alıcılara tamamen intikal ettirdiği durumlarda, sonraki alıcıların bu zararı ispatlamaları koşuluyla, tazminat talep hakları kabul edilebilmektedir. *Blue Shield of Virginia v. McCready* 457 US 465, 1982

¹⁰⁰ American Bar Association (2006). Comments of the section antitrust law and the section of international law s. 32; W. Landes ve R. Posner (1979), Should indirect purchaser have standing to sue under the antitrust laws? an economic analysis of the rule of *Illinois Brick*, *University of Chicago Law Review*, Vol.46, s. 602-605

¹⁰¹ J. Jacobson (2007). Understanding the antitrust modernization commission on indirect purchaser recommendation. *American Antitrust Institute Symposium on The Future of Private Antitrust Litigation*, Washington: s. 3; Waller (2006), s. 66.; E. Cramer ve D. Simons (Ed. A. Foer ve J. Cuneo) (2011). *The international handbook on private enforcement of competition law*. Massachusetts: Edwar Elgar Publishing Inc., s. 97.

¹⁰² Mayer Brown LLP (2009). Private antitrust litigation: United States, *Getting Deal the Through, Private Antitrust Litigation*, s.185. Ayrıca bkz. In Re OSB Antitrust Litigation, 2007 US Dist LEXIS 56617, 2007.

içinde hareket ettiğinin ispatı halinde, dolaylı alıcıların dava haklarının olduğu, genel olarak kabul edilmektedir¹⁰³.

ABD rekabet hukukunda köklü reformlar yapmak üzere oluşturulan, Antiröst Modernizasyon Komisyonu (*Antitrust Modernization Commission*)¹⁰⁴, mevcut rekabet kurallarında yapılması gerekli değişiklikler üzerine ayrıntılı bir çalışma yapmış, görüş ve önerilerini, 2007 yılında Kongre'ye bir raporla sunmuştur. Raporla, *Illinois Brick* kararı nedeniyle federal mahkemede dolaylı alıcıların taleplerinin kabulünün mümkün olmadığını, oysa yaklaşık 36 eyalette, rekabet kuralları çerçevesinde dolaylı alıcıların davalarının mahkemelerce kabul edildiği belirtilmektedir. Komisyon, Yüksek Mahkeme'nin *Illinois Brick* ve *Hannover Shoe* kararları ile oluşturduğu dolaylı alıcıların taleplerinin kabul edilmemesine dair içtihadın uygulanmasına son verilmesi gerektiği görüşündedir. Komisyon, hem doğrudan alıcıların, hem de dolaylı alıcıların taleplerinin federal düzeyde kabul edilmesinin, özel hukuk yaptırımlarının etkinliğini de arttıracığını ileri sürmektedir¹⁰⁵.

2.1.6. Üç kat tazminat

Sherman ve Clayton Kanununa göre, rekabet ihlâlinden zarar görenlerin, uğradıkları zararın üç katı tutarında tazminat ve makul bir avukat ücreti talep etmeleri mümkündür. Davacı, zararının tazmini talebinde bulunursa, tazminata hükmedilmesi için diğer şartların da varlığı halinde, hâkim, her türlü rekabet ihlâli bakımından üç kat tazminata hükmetmek zorundadır. Bu konuda hâkime takdir yetkisi tanınmadığından, zararın üç katının altında tazminata hükmetme imkânı bulunmamakta ve sistemin kendiliğinden işlemesi sağlanmaktadır¹⁰⁶. Üç katı tazminat hesaplanırken hâkim

¹⁰³ Sullivan ve Hovenkamp (1999), s. 178. American Bar Association (2006), s. 39.

¹⁰⁴ Komisyon, "*Rekabet Modernizasyon Komisyonu Kanunu*" ile 2002'de kurulmuştur. 12 üyeden oluşmaktadır, üyelerin 4'ünü başkan, 4'ünü senato ve kalan 4'ünü de temsilciler meclisi seçmiştir. Komisyon, antiröst düzenlemelerinde yapılacak reformlarla ilgili görüş ve önerilerini rapor halinde Kongre ye ve başkana sunmak üzere kurulmuştur.

¹⁰⁵ Ayrıca Komisyon, zararın bir kereden fazla tazmininin (*duplicative recoveries*) davalı üzerinde yaratacağı aşırı yüke engel olmak ve davalının aynı olay nedeniyle birden fazla mahkemede savunma yapmak zorunda kalmasını önlemek için, bu tür davalarda, tüm iddiaların federal mahkemeye taşınması veya aynı mahkemede birleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Antitrust Modernization Commission Report and Recommendation, 2007. www.amc.gov

¹⁰⁶ Garret (1967), s. 1567; Ancak Ar-Ge amacıyla kurulan ortak girişimler ve pişmanlık programı kapsamında işbirliği yapan teşebbüsler bakımından, istisnalar getirilmiş. Bu sayılan hâllerde tazminat miktarı ihlâli gerçekleştirenlerin neden olduğu zarar miktarını aşmamaktadır. *Areeda vd* (1997), s. 58.

uğranılan zarar miktarını esas almakta, ihlâli gerçekleştiren teşebbüslerin kârını dikkate almamaktadır.

ABD rekabet hukukunda, üç kat tazminatın niteliği ve gerekliliği üzerine, yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. Bir görüşe göre, üç kat tazminatın gayesi, zararın giderilmesinden ziyade, ihlâli gerçekleştirenlerin cezalandırılmasına yöneliktir¹⁰⁷. Diğer bir görüşe göre, zararın üç katının tazminiyle hem davacıların zararlarının tamamen giderimi sağlanmış, hem zarar görenler dava açmaya teşvik edilmiş hem de tazminatın caydırıcılık fonksiyonundan yararlanılmış olunacaktır¹⁰⁸.

Meydana gelen zarar miktarından daha fazla tazminata hükmetme imkânının mevcut olmadığı tazminat sistemlerinde ihlâli gerçekleştirenlerin, haksız kazancın zarar miktarını aştığı çoğu hâlde, rekabet hukuku kurallarını ihlâl etmekten fazla çekinmeyecekleri ortadadır. Oysa üç kat tazminat sisteminin caydırıcılığının, teşebbüslerin rekabet kurallarını ihlâl eden davranışlardan kaçınmalarında önemli bir rol oynadığı genel olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹.

Üç kat tazminat sistemi, tüm bu avantajlarına rağmen, ekonomik teori olarak da bilinen *Chicago okulunun* bazı temsilcileri tarafından eleştirilmektedir. Bu yazarlar, üç kat tazminatın, ihlâli gerçekleştirenlerin ekonomik yıkımına sebep olduğunu belirtmektedirler. Üç kat tazminatın aşırı caydırıcı (*over deterrence*) olduğunu ve bu nedenle sistemin etkin bir şekilde işlemlerini engellediğini ileri sürmektedirler¹¹⁰. Bu sebepten, iki ya da üç kat tazminattan ziyade, meydana gelen zarar miktarı kadar tazminata hükmedilmesinin, sistemin işlerliği bakımından yeterli olduğu savunulmaktadır¹¹¹. En iyi ihtimalde dahi ancak her üç kartelden birisinin başarılı bir

¹⁰⁷ Jones (1999), s. 80-81.

¹⁰⁸ Garret (1967), s. 1567; Akıncı, a.g.e., s. 386-388

¹⁰⁹ Garret (1967), s. 1568.

¹¹⁰ Ayrıca bazı tür rekabet ihlalleri bakımından üç kat tazminat hükmünün çok fazla cezalandırıcı olduğu, rekabet hukuku uygulamasına konu olabilecek davranışların birçoğunun rekabetçi süreç açısından olumlu olduğu ya da en azından etkisiz olduğu; ayrıca bu davranışların hukuka uygun olup olmadığının her zaman açık olmadığı üç katı tazminatın, tüketicilerin yararına olan bazı davranışları caydırabileceği, çünkü karşı karşıya kalılabilecek tazminat miktarının söz konusu davranışın ilgili teşebbüse ve tüketicilere sağlayacağı yararları aşacağı; özellikle de hukuki durumun veya olguların yeterince açık olmadığı olaylarda üç katı tazminat uygulamasının adaletsiz bir biçimde cezalandırıcı olacağı da ifade edilmektedir. AMC Report 2007, s. 243.

¹¹¹ Jones (1999), s. 80-81; American Bar Association (2006), s.27; Sullivan ve Hovenkamp (1999), s. 175; Ayrıca ABD uygulamasında, üç kat olarak belirlenen oranın doğru bir katsayı olup olmadığı da tartışılmakta ve ihlalin gizlenebilir niteliğinin seviyesine bağlı olarak bu oranın değişmesi gerektiği ifade

şekilde ortaya çıkarılıp soruşturulduğu düşünüldüğünde, üç kat tazminatın rekabet kurallarının caydırıcılığı bakımından optimum yaptırım düzeyi olduğu ve bu nedenle aşırı caydırıcı bir etkisinin olmayacağı belirtilmektedir¹¹².

Üç kat tazminat talep hakkı, ihlâl nedeniyle zarar gören herkese ve bu arada yabancı alıcılara da tanınmış bir haktır¹¹³. Yüksek Mahkeme de görülen, *Pfizer Inc. vs. Government of Indiana*¹¹⁴ davasında, davalı teşebbüs, sadece, ABD şirketlerinin tazminat talep etme hakkı olduğuna dair bir savunmada bulunmuştur. Yüksek Mahkeme, yabancı alıcılara dava hakkının tanınmaması durumunda, teşebbüslerin, rekabet hukuku kurallarını ihlâl eden davranışlara sevk edilerek ihlâl konusunda cesaretlendirilmiş olunacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, bu durumdan Amerikan alıcılarının da etkilenebileceği tehlikesini dikkate alarak (ihlâlin Amerika’da gerçekleşmesi ya da etkilerinin Amerika’da ortaya çıkması şartıyla) yabancı alıcılara da üç kat tazminat talep etme hakkı tanınmasına karar vermiştir.

2.1.7. Tazminat hesaplaması

Rekabet ihlâli nedeniyle meydana gelen zarar miktarının hesaplanması, zarar gören kişilerin çeşitliliği ve zararın niteliği bakımından, zor ve karmaşık bir konudur. Tüketicilerin zararlarının belirlenmesi (bu zararların genelde, aldıkları mala ilişkin ödemek zorunda kaldıkları fazla bedelle sınırlı olması sebebiyle), rakip teşebbüslerin uğradıkları zararlara göre, nispeten daha kolaydır. Rakip teşebbüslerin uğradıkları zararların, yoksun kalınan kâr, nesnenin kullanımından yoksun kalma, piyasa dışına itilme ya da piyasaya girişin engellenmesi gibi fiillerden kaynaklanan farklı zararlardan oluşması, bu zararların kapsamının ve dolayısıyla tazminatın miktarının tam olarak hesaplanmasını zorlaştırmaktadır.

edilmektedir. Bkz. R. A. Posner, (2001), *Antitrust law*, (2. Edition). The University of Chicago Press, s. 272; ABD’de uygulanan kamu hukuku yaptırımlarına göre ihlâli gerçekleştiren teşebbüse ihlâlden elde edilen kazancın iki katına kadar para cezasına hükmedilebilir. Bu gibi hâllerde ihlâli gerçekleştirenlere yönelik hem özel hukuk yaptırımı olarak üç kat tazminata hükmedilmesi hem de kamu hukuku yaptırımı olarak elde edilen kazancın iki kat para cezasına hükmedilmesi gündeme gelebilecektir. Garret (1967), s. 1572.

¹¹² H. Hovenkamp (2011), s. 2-3.

¹¹³ A. Kenneth ve H. Teresa (1999). *Treble damage antitrust claims, outside perspective*. Special Advertising Section Corporate Counsel, s. 2.

¹¹⁴ Pfizer, Inc v., Government of India, 434 US,308,315,(1978)

Uygulamada, rekabet ihlâli neticesinde ihlâli gerçekleştirenlerin elde ettiği kazançtan ziyade, davacıların uğradıkları zarar ve kayıplar ön plana çıkmaktadır¹¹⁵. Bu zararların ispatında mahkemeler davacıdan, rekabet hukuku kurallarını ihlâl eden davranışlar sonucunda bir zarara uğradığını ve zararın makul bir şekilde hesaplanabilir olduğunu ispat etmesini istemektedir¹¹⁶.

2.1.7.1. Tazminat hesaplamasında kullanılan yöntemler

Davacının rekabet ihlâli nedeniyle uğramış olduğu zarar miktarını ve dolayısıyla tazminat miktarı hesabını, ilgili verilere dayanan makul bir çıkarsamayla gerçekleştirmesi gerekmektedir. Böyle bir çıkarsamaya dayandığı sürece takribi bir zarar hesabı Yüksek Mahkeme içtihadında yeterli görülmektedir¹¹⁷. İlgili verilerden yapılacak bu çıkarsamanın akla yatkın olup olmamasını belirleyecek en önemli faktörlerden biri, hesaplamanın yapıldığı yöntemdir. Bu yöntemler, gerçek hayattaki birçok unsurun arasından belirleyici olanlarının seçilip, bunlardaki değişiklikler kontrol edildikten sonra diğer unsurların değişmediği varsayımı altında çıkarsamalar yapılmasını içermektedir. Dolayısıyla bir tazminat hesaplama yöntemi tümüyle gerçek hayata uygun olamaz. İyi bir yöntemin dayandığı varsayımların (davalarda kullanıldığında) geçmiş tecrübeye uygun olması ve gelecekte geçerli olacağının beklenmesi gerekmektedir¹¹⁸.

ABD rekabet hukuku doktrinde, zararın ve tazminat miktarının hesaplanabilmesini kolaylaştırmak amacıyla, önce - sonra yöntemi (*pre-post approach*), yada yaklaşımı - mukayese yöntemi (*yardstrict method*), ekonomik yöntem, kayıp pazar payı yöntemi gibi belli başlı yöntemler oluşturulmuştur¹¹⁹.

Önce – sonra yönteminde zararın miktarı, normal piyasa dönemindeki bir malın piyasa fiyatı ile rekabet ihlâlinden sonraki dönemde oluşan ve ihlâlden etkilenmiş fiyatlar arasında yapılan karşılaştırma sonucu hesaplanır. Bu yöntem fazla ödemede bulunmaktan doğan zararlar ve yoksun kalınan kâr niteliğindeki zararlar bakımından daha uygun bulunmaktadır. Bu yöntemin en önemli avantajı ilgili piyasalara ilişkin veri

¹¹⁵ American Bar Association (2006), s. 18.

¹¹⁶ Lehman v. Gulf Oil Corp. 409 US 1077, (1972).

¹¹⁷ Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co. 282 U.S. 555, 250 (1931); Webb v. Utah Brokers Ass'n 568 F.2d 670 (1977).

¹¹⁸ Sullivan ve Hovenkamp (1999), s. 175; Şahbaz (2009), s. 33.

¹¹⁹ Jones (1999), s. 208; J. Bruckner ve M. Salzwedel (Ed. A. Foer ve J. Cuneo) (2011), s. 204-205.

bulmanın kolay olmasıdır. Ancak, yöntemin doğru biçimde uygulanabilmesi için, ihlâlin başladığı ve bittiği zaman aralığının doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir¹²⁰. Bu yöntemdeki başlıca sorun ise, normal piyasa dönemi ile ihlâlin gerçekleştiği dönem arasında, zarar gören davacının performansını etkileyen, arz - talep koşulları, ekonomik kriz vb. ihlâl dışındaki faktörlerde farklılıklar olması ihtimalidir.

Mukayese yönteminde, ihlâlin ilişkin olduğu piyasaya benzeyen ancak rekabet ihlâlinin bulunmadığı bir piyasa ile dava konusu piyasa karşılaştırılarak zarar miktarı ortaya çıkarılmaya çalışılmaktadır. Ancak bu yöntemde, karşılaştırılan piyasalar arasında gerçek bir uyum veya benzerliğin olmaması durumunda, gerçekçi sonuçlar ortaya çıkmayabilir¹²¹. Bu nedenle mukayese yöntemi genellikle aynı ürünün satıldığı farklı coğrafi pazarlar arasında kıyaslama yapılarak kullanılmaktadır.

Ekonomik yöntem yaklaşımında ise zarar miktarının tespiti için uzmanlar tarafından birtakım ekonometrik ve istatistiksel metotlar kullanılmakta, meydana gelen zarar ile çeşitli ekonomik faktörler ve değişik fiyat seviyeleri arasında anlamlı ilişkiler kurulmaya çalışılmaktadır. Bu yöntemde uzmanlar çok değişkenli regresyon¹²² teknikleriyle fiyatı etkileyebilecek girdi maliyetlerini, üretim kapasitesini, talep ve malın değişim değeri gibi faktörleri bir arada değerlendirmektedir¹²³.

Kayıp pazar payı yöntemi ise davacının yoksun kaldığı kârındaki ve verimindeki mutlak azalmanın hesaplanması için başvurulmuş bir yöntemdir. Bu yöntem genelde diğer yöntemlerle birlikte uygulanmaktadır¹²⁴.

¹²⁰ Ergun Özsunay (2005). Rekabet kısıtlamalarının özel hukuk alanındaki sonuçları. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 128-129.

¹²¹ Hannah Buxbaum (2008). Competition in the private enforcement of regulatory law. Tilburg: Law and Economics Center, *Workshop on Private Enforcement of Competition Law*, Tilburg University, s. 1-3; American Bar Association (2006), s.21; H. Hovenkamp (2011), s. 6.

¹²² Regresyon; Gözlenmiş ve miktarı belirlenmiş değişkenler arasındaki ilişkiyi matematiksel olarak saptama yöntemidir. Regresyon analizinin temelinde; gözlenen bir olay değerlendirilirken, hangi olayların etkisi içinde olduğunun araştırılması yatmaktadır. Bu olaylar bir veya birden çok olacağı gibi dolaylı veya direkt etkileyen olaylar da olabilirler. Regresyon analizi yapılırken, gözlem değerlerinin ve etkilenilen olayların bir matematiksel gösterimle yani bir fonksiyon yardımıyla ifadesi gerekmektedir. Kurulan bu modele de regresyon modeli denilmektedir. Amerikan rekabet hukukunda, bu regresyon modellerine, rekabet ihlallerinin meydana geldiği piyasanın ve ihlâlin piyasaya olan etkisinin tespitinde ve oluşan zararın hesaplanmasında sıklıkla başvurulmaktadır. American Bar Association (2006), s. 21.

¹²³ American Bar Association (2006), s.23; *Clayton Kanunu* m. 4'de de zararın hesaplanmasında istatistik ve örnekseme yöntemlerinden yararlanılabileceğini belirtilmektedir

¹²⁴ American Bar Association (2006), s.23-24.

Söz konusu hesaplama yöntemleri kullanılırken zararın kaynaklandığı ihlâlin türü ve niteliği önem arz eder. Davacılar, varsa birden fazla türde oluşan zararlarını, açacakları tek bir davada ileri sürebilirler. Bunun yanında davacılar, zararın ispatını kolaylaştırmak için alternatif yöntemleri aynı davada bir arada kullanabilirler. Mahkemeler de birden fazla yöntemi bir arada değerlendirerek, zararın hesaplanmasına ilişkin yeterli derecede bilgi sahibi olmaktadır. Ayrıca, alternatif yöntemlerin kullanımı, zararın ispatı bakımından daha ikna edici olabilmektedir¹²⁵.

Mevcut zararların hesaplanması sorununun yanında, önemli sorunlardan birisi de, gelecekte ortaya çıkması beklenen gelir kayıplarının nasıl hesaplanacağıdır. Örneğin, rekabet ihlâli yüzünden pazara girişinin engellendiği iddiasıyla tazminat talep eden bir kişinin, öncelikli olarak pazara girmek üzere hazırlık yaptığını, pazara giriş için yeterli tecrübesi olduğunu ve pazara girişinin rekabet ihlâli yüzünden engellendiğini ispat etmesi gerekir. Bu tür zararların hesaplanmasındaki en büyük sorun, beklenen gelir kaybının tam olarak ispatlanamamasıdır. Bu durumda mahkemeler, genellikle gelecekte gelir elde edebilme ihtimalinin ispatıyla yetinmektedir¹²⁶.

Zarar gördüğü iddiasıyla tazminat talep edenlerin, bazen rekabet ihlâline sebep olan davranışların ya da anlaşmaların tarafı oldukları görülmektedir. Bu durumda Yüksek Mahkeme, davacının davası kabul edilse bile, davacının bu ihlâl nedeniyle elde ettiği menfaatin zarardan mahsup (*offsetting benefits*) edilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹²⁷. Ayrıca Yüksek Mahkeme, rekabet ihlâlinden doğan zararın artmasında (yani davacının kaybının çoğalmasında) davacının da kusuru varsa, tazminat miktarında indirime gidilmesi (*mitigation of damages*) gerektiğini belirtmektedir.

2.1.8. Müteselsil sorumluluk ve zamanaşımı

ABD rekabet hukukunda kural olarak, ihlâli birlikte gerçekleştirenlerin zarardan müşterek ve müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilir. Böylece zararın tamamının,

¹²⁵ Jones (1999), s. 209; Areeda ve Hovenkamp (2000), s.115-116; State of New York v. Julius Nasso Concrte, 202 F3.d 82, 88-89 2th Cir. 2000

¹²⁶ Jones (1999), s. 209; Garret (1967), s.1584; MCI Communication Corp. 464 US 891,(1983)

¹²⁷ Amerikan rekabet hukukunda, ihlâle ilişkin anlaşmaya ya da davranışa taraf olanların tazminat talepleri, ancak, ihlâlde aktif rol almamaları ve ihlâlin gerçekleşmesinde aciz bir durumda olmaları şartı ile kabul edilmektedir. Trutte Payne Co v. Chrysler Motors Corp.,451 US 557,(1981)

ihlâldeki payının büyüklüğüne bakılmaksızın davalılardan herhangi birisinden talep edilebilmesi mümkün hale gelmektedir.

ABD uygulamasındaki bu müteselsil sorumlulukta davalılar arasında tazminatı rücu imkânı bulunmamaktadır. Davalılar arasında rücu imkânının olmayışının, tazminat davalarında keyfiliğe neden olabileceği ve davalıların sorumluluğu bakımından adil sonuçlar ortaya çıkarmayabileceği ifade edilmektedir. Zira bazen davacılar, yargılamanın başlangıç safhalarında bazı davalılarla nispeten düşük miktarlar karşılığında uzlaşabilmekte, davacıyla uzlaşmaya varamayan davalılar ise ortak davranış sonucunda oluşan zararın tamamından tek başına sorumlu tutulabilmektedir. Böylece bir davalının, kendi davranışlarıyla yol açtığı zararın üç katından çok daha fazla tazminat ödemesi söz konusu olabileceği gibi, eşit derecede kusurlu veya kusur derecesi daha yüksek bir diğer davalı ise hiçbir şekilde zarardan sorumlu tutulmayabilecektir¹²⁸.

Sonuç itibarıyla rekabet ihlalinde daha az role sahip olan davalılar, diğer davalılara rücu etme hakkı da olmadığı için oldukça orantısız bir sorumlulukla karşı karşıya bırakılmaktadır¹²⁹. Ancak müteselsil sorumluluğa ilişkin olan bu kurallar yargılama tamamlanmadan önce uzlaşma konusunda davalıları teşvik ederek toplam yargılama maliyetlerini düşürmektedir. İlk uzlaşacak davalının, diğer davalılara göre avantajlı konuma geçecek olması, sonuçta taraflar arasında bir uzlaşma yarışına dönüşmekte ve davalıların ilk uzlaşan olma konusundaki istekleri, davaların beklenenden daha fazla miktarlarda uzlaşmaya varmalarıyla sonuçlanmaktadır¹³⁰. Böylelikle davalılar, sırf üç kat tazminat kuralının da etkisiyle oluşan ağır sorumluluk ihtimalinden kaçınmak için, mesnetsiz ihlal iddiaları bakımından bile uzlaşma yolunu

¹²⁸ Müteselsil sorumluluğun, küçük teşebbüslerin ekonomik yıkımlarına sebep olabileceğini ileri sürenler olsa da, zarar gören davacıların elde edebilecekleri tazminatın tahsilini tehlikeye sokmamak ve tazminata daha hızlı kavuşmak amacıyla, ihlâlê karışan büyük ve güçlü teşebbüslere dava açmayı yeğleyecekleri kabul edilmektedir. İhlâlê taraf olan davalılar arasında müteselsil sorumluluğu kabul etmek, rekabet hukukunun temel hedeflerinden olan tüketici refahı ve ekonomik etkinliğin artırılması amacına da uygundur. Müteselsil sorumluluğun kabulüyle davacılar, ihlâlê taraf olan ancak kendisinden mal ya da hizmet alımında bulunmadıkları teşebbüslerden de tazminat talep edebilecektir. Areeda vd. (1997), s. 59; D. I. Baker (2001). The use of criminal law remedies to deter and punish cartels and bid-rigging. *The George Washington Law Review*, Vol. 69, No; 5/6, s. 703; J. Bruckner ve M. Salzwedel (Ed. A. Foer ve J. Cuneo) (2011), s. 201.; H. Gündüz ve T. Koyuncu (2011). ABD, AB ve Türk rekabet hukukunda tazminat davalarının önündeki usuli engeller. *Rekabet Dergisi*, 2011, 12(3), s. 91- 92.

¹²⁹ Hovenkamp 2005, s. 689; AMC Report (2007), s. 243-244. Gündüz ve Koyuncu (2011). s. 91-92.

¹³⁰ Hovenkamp 2005, s. 690; Gündüz ve Koyuncu (2011), s. 92. Uzlaşmadan sonra davada hâkim uzlaşılan kısım kadar indirim yaptıktan sonra tazminatı hesaplamaktadır.

tercih etme baskısıyla karşı karşıya kalmaktadırlar¹³¹. Pişmanlık programından başarılı bir şekilde yararlanan teşebbüsler ise müteselsil sorumluluktan kurtulmaktadırlar.

Clayton Kanununa göre davacıların, rekabet hukuku kurallarını ihlâl edici fiil nedeniyle zarara uğramalarından itibaren, 4 yıl içinde dava açmaları gerekmektedir¹³². Rekabet ihlâli gerçekleşmiş olup da zararın varlığının bilinmediği ya da zararın tahmini (*speculative*) bir zarar niteliğinde olduğu hâllerde, zamanaşımı süresi işlememektedir¹³³. Ayrıca, davacı, rekabeti ortadan kaldıran bir uyumlu eylemin varlığını ileri sürüyorsa, iddia edilen ihlâlin devamı sayılan sonraki davranışların her biri dava sebebi teşkil ettiğinden, zamanaşımı süresi ihlâl sona ermeden işlememektedir. Rekabet ihlâli ile ilgili bir kamu davasının açılması halinde ise zamanaşımı süresinin durduğu kabul edilmektedir¹³⁴.

2.1.9. Pişmanlık programlarının tazminat taleplerine etkisi

Pişmanlık programı (*Leniency Programmes*), rekabet otoritesi ile kartel üyelerinden biri arasında, kartelin tespiti veya ispatlanmasına yönelik işbirliği karşılığında, işbirliğinde bulunan teşebbüse ceza verilmemesi veya cezalarda indirim yapılması olarak tanımlanabilir. Pişmanlık programları içeriği itibariyle sınırlı ya da kapsamlı olabilmektedir. Kimi programlar işbirliği yapan teşebbüse ceza verilmemesini sağlarken kimileri sadece cezalarda indirim öngörmektedir. Pişmanlık programlarının temel amacı, özellikle organize rekabet ihlâllerinin (büyük veya gizli kartellerde olduğu gibi) topluma büyük zararlar vermesi nedeniyle, bunlara karşı etkili bir mücadelenin yapılabilmesidir.

ABD rekabet hukukunda, pişmanlık uygulamalarıyla rekabet ihlâllerine karışanlara, bu ihlâlleri bildirmeleri ve ihlâlin ispatlanması konusunda rekabet otoriteleri ile işbirliği yapmaları koşuluyla, para ya da hapis cezalarının verilmemesi ya da cezalarda indirime gidilmesi imkânı sağlanmaktadır.

¹³¹ AMC Report 2007, s. v-vi; H. Gündüz ve T. Koyuncu (2011), s. 92.

¹³² Mayer Brown LLP (2009). Private antitrust litigation: United States: *Getting Deal the Through*, *Private Antitrust Litigation*, s.184.

¹³³ Sullivan ve Hovenkamp (1999), s. 79.

¹³⁴ American Bar Association (2008). Joint comments of the american bar association section of antitrust law, section of international law; and section of business law on the commission of the European Communities, white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, s.14; Mayer Brown LLP (2009), s.184.

ABD’de pişmanlık programı uygulamaları, 1978 yılında başlamıştır. 1978 Pişmanlık Programında para veya hapis cezalarının verilmemesi ya da cezalarda indirim yapılması konusunda rekabet otoritelerine ve mahkemelere geniş takdir yetkisi tanınmıştı. 1978 Pişmanlık Programından beklenen faydanın elde edilememesinin temel nedeni olarak, bu takdir yetkisinden doğan belirsizlik gösterilmektedir. Adalet Bakanlığı Rekabet Dairesi, 10 Ağustos 1993’te, antiröst ihlallerinden pişmanlık duyan teşebbüslerin işbirliği yapmasını kolaylaştırmak ve programın etkinliğini artırmak amacıyla eski pişmanlık programını, “*Şirketler İçin Pişmanlık Programları*” adı altında yenilemiştir¹³⁵. Buna göre, ihlâlê karışan teşebbüsler hakkında rekabet otoritelerince henüz bir soruşturma açılmadan önce ihbar ya da işbirliğinde bulunan teşebbüse ve görevlilerine ceza verilemeyecektir. Böylece soruşturma öncesinde pişmanlık başvurusunda bulunanlar için öngörülen cezaların verilmeyeceği hükmü, takdir yetkisine tabi olmaktan çıkarılmıştır. Teşebbüs hakkında soruşturmaya başlanmış olması halinde bile kimi durumlarda ilgili teşebbüse ve teşebbüsün işbirliği yapan yönetici ve çalışanlarına, ceza verilmemesi ya da cezalarda indirime gidilmesi imkânı tanınabilmektedir¹³⁶.

1993 yılında yapılan bu yenileme sonrasında, pişmanlık programından yararlanmak üzere çok sayıda başvuru gerçekleşmiştir. Özellikle vitamin ve grafit elektrotlarına ilişkin kartellerin ortaya çıkarılmasında pişmanlık programının önemli uygulamaları olmuştur. Kartelin ortaya çıkarılması bakımından Amerikan rekabet otoriteleri ile işbirliği yapanlara ya hiç para cezası verilmemiş ya da cezalarda önemli miktarda indirime gidilmiştir¹³⁷. ABD Pişmanlık programlarında, şirketler için pişmanlık programları ve bireysel pişmanlık programları, birbirinden ayrı ele alınmaktadır. Bireysel pişmanlık programları, şirket yöneticileri, görevlileri ve çalışanlarına, para veya hapis cezalarının verilmemesi ya da cezalarda indirim yapılması imkânı tanımaktadır.

Pişmanlık programlarının yürürlüğe konmasıyla birlikte, rekabet hukuku kurallarının daha etkin bir şekilde uygulanması sağlanmıştır. Kamu otoriteleri ihbarda

¹³⁵ Scott Hamond (2004). Corner stone of an effective leniency program. *Sydney, Work Shop on Leniency Programs*, s. 6.

¹³⁶ Hamond (2004), s. 6.

¹³⁷ Hamond, (2004), s. 6-7.

bulunanlara karşı, kamu hukuku yaptırımını olarak para cezası veya hapis cezası uygulamaktan vazgeçerek ya da bu cezaları indirerek kartellerle mücadelede etkinliği sağlamaya çalışmaktadır¹³⁸. ABD’de rekabet ihlalleri ile mücadele eden kurumların, özellikle uluslararası büyük kartelleri ortaya çıkarmakta yaşadıkları güçlükleri aşmada pişmanlık programlarından önemli ölçüde yararlandıkları görülmektedir.¹³⁹

Pişmanlık programları uygulanırken devam eden ya da kamu otoritelerinin yaptığı soruşturmadan sonra açılacak olan tazminat davaları ile pişmanlık programları arasındaki ilişkinin iyi tanımlanmadığı durumlarda, bazı önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin, ihbarda bulunan şirketler kamu hukuku yaptırımlarından kurtulmakla birlikte, bu şirketlerin kendilerine karşı açılan tazminat davalarında durumları ne olacaktır? Özellikle ihlâlin kamu otoritelerince sabit bulunduğu hâllerde, ihlâlden zarar görenler soruşturma sonucunda ortaya çıkan kararı takiben dava açmayı tercih edeceklerdir. Bu kişiler soruşturmada ortaya çıkan delilleri kullanarak, büyük olasılıkla davalarında başarıya ulaşacak ve zararın üç katı tutarında tazminat elde edeceklerdir. Bu tür büyük tazminat riskleri karşısında, ihlâle katılan teşebbüslerin pişmanlık programlarından yararlanmak istemeyecekleri açıktır¹⁴⁰.

2004 yılında kabul edilen “*Antitröste İlişkin Cezaî Uygulamaların İyileştirilmesi ve Reformu Kanunuyla*”¹⁴¹, ABD rekabet hukukunda, pişmanlık programları ile ihlâlden zarar görenlerin tazminat talepleri arasında dengeli ve uyumlu bir ilişki kurulmaya çalışılmıştır. Bu kanun kapsamında pişmanlık programlarından yararlanan ya da yaralanmak için başvuran teşebbüslerin tazminat sorumluluğu, zarar gören davacılarla tam işbirliği yapılması koşuluyla (örneğin zarar gören davacılara ihlâle ilişkin tüm bilgi ve belgelerin verilmesi gibi), sadece verdikleri zararlarla sınırlı tutulmakta, yani hâkim üç kat tazminata hükmedememektedir¹⁴². Bu yolla pişmanlık programından yararlanan teşebbüsün tazminat sorumluluğu hayli sınırlanmış

¹³⁸ J. Hinloopean (2004), An economic analysis of leniency programs in antitrust law, *Journal of Economist*, Vol. 151, No.4, s. 1.

¹³⁹ S.Hamond (2005). Cracking cartels with leniency programs. *OECD Working Committee Working Party*, no.3, s. 2; E. Özsunay (2006), ABD ve kartel hukuklarında pişmanlık programları ve Türk rekabet hukuku üzerine düşünceler. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 33-38

¹⁴⁰ Kılpatrick Stockton Law Firm (2004). Increased criminal penalties for antitrust violations and detrebbling give new teeth to enforcers; minor tunney act changes, New York: s. 1-2.

¹⁴¹ “Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act”, Pub. No,108-237, 118 State, (2004)

¹⁴² J. Harrington (2006). Corporate leniency programs and the role of the antitrust authority in detecting collusion. *Competition Policy Research Center Discussion Paper. CPDP-18-E*, s. 6.

olmaktadır. ABD rekabet hukukunda yapılan bu son değişiklikler, teşebbüsleri, zararın üç katını tazmin sorumluluğundan ve müteselsil sorumluluktan kurtarmakla, teşebbüslerin pişmanlık programlarından çekinmeden yararlanmalarını sağlayarak pişmanlık programlarının uygulanma alanının genişletilmesi amaçlanmaktadır.

2.2. ABD Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Usûl Hukukuna İlişkin Esasları

2.2.1. Tazminat davalarında taraflar

2.2.1.1. Davacı taraf

Tazminat davalarında davacı ya da davacılar, rekabet ihlâlinden zarar gördüğünü iddia eden kişi ya da kişilerdir. Bu konuda, *Clayton* Kanunu, ihlâl nedeniyle zarar gören herkesin (*any person*) dava açabileceğini belirtmektedir. Kanun'da geçen kişi (*person*) kavramı, gerçek kişileri, adi şirketleri (*partnership*), tüzel kişi şirketleri (*corporation*), dernekleri, tüzel kişiliği olmayan birlikleri (*union corporate associations*), belediyeleri ve eyalet hükümetlerini de (tüketici sıfatıyla) kapsamaktadır¹⁴³.

Tazminat davalarında, üzerinde en çok tartışılan konulardan birisi kimlerin davacı tarafta yer alacağının belirlenmesine (*standing to sue – locus standi*) yöneliktir. Rekabet ihlâlinden zarar görenler kişiler davacı tarafta yer alabileceğinden, davacı tarafın belirlenmesinde zarar kavramı ön plana çıkmaktadır. Mahkeme tarafından esasa ilişkin yapılan incelemeden sonra, meydana gelen zararın niteliği gereği tazminat talep hakkı vermediği tespit edilirse, davanın reddedilmesi gerekecektir¹⁴⁴.

ABD rekabet hukukunda, ihlâl neden olanların sorumluluğunu sınırlamaya yönelik prensipler, aynı zamanda davacı tarafın belirlenmesini de doğrudan etkilemektedir. Daha evvel zararın belirlenmesi başlığı altında belirtildiği üzere,

¹⁴³ Areeda ve Hovenkamp (2000), s.130-133.

¹⁴⁴ Areeda ve Hovenkamp (2000), s. 107-108; Birlikler üyelerini temsilen açtıkları davalarda, tecavüzün önlenmesini veya durdurulmasını talep edebilmekte ancak Birliklerin tazminat talepleri kabul edilmemektedir. Bkz. *American Chiropractic Assn. V. Trigon Healthcare*, 151 F supp. 2d 723, W.D. Va 2001.; *Sullivan ve Hovenkamp* (1999), s.150. Yabancı devletler bizzat kendilerinin bir rekabet ihlâlinin mağdur oldukları durumlarda tazminat davası açabilirken, vatandaşları adına tazminat davası açmalarına izin verilmemiştir. Bkz. *Estados Unidos Mexicanos v. DeCoster*, 229F3. 332, 1st Cir. 2000

tazminat taleplerinin kabulü için zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağının kurulması yeterli görülmemiş, ayrıca, taraflar arasında hukukî ya da fiilî bir ilişkinin varlığı da aranmıştır. Bu sebepten, rekabet ihlâlinden doğrudan zarar gören teşebbüse dava hakkı tanınırken, onun pay sahiplerine, ona mal satan ve kredi veren şirketlere ve hatta kimi durumlarda tüketicilerine, ihlâl nedeniyle zarar gördükleri iddiasıyla dava açma hakkı tanınmamaktadır.

Rekabet ihlâli nedeniyle açılan tazminat davalarında kimlerin davacı olabileceğine ilişkin normun koruma amacı kriterinde, davacı olabilmek için, zarar gördüğü iddiasında bulunan kişilerin, zarar gören ekonomik grup içinde yer aldıklarını ispat etmeleri gerekmektedir¹⁴⁵.

Yansıma yoluyla zarara uğrayanların, bu gruptaki kişilerin tespitinin güçlüğü ve rekabet hukuku kurallarınca korunmak istenen hedef grupta yer almadıkları gerekçesi ile davacı olamayacakları kabul edilmiştir. Aynı şekilde, Yüksek Mahkeme, zararın tazmini için dava açma hakkını ihlâlden en çok etkilenen grup olan doğrudan alıcılara tanırken, dolaylı alıcıların davacı olma taleplerini red etmiştir¹⁴⁶.

Adalet Bakanlığı Rekabet Dairesi'ne ve Federal Ticaret Komisyonu'na rekabet ihlâlleri nedeniyle tazminat davası açma hakkı tanınmamıştır. Buna karşın eyalet başsavcılarına ve eyalet hükümetlerine, vergi mükelleflerinin paralarıyla mal ya da hizmet satın alırken fazla para ödemek zorunda kaldıkları ve rekabet ihlâlleri nedeniyle zarara uğradıkları iddiasıyla, federal mahkemede tazminat davası açma hakkı tanınmaktadır¹⁴⁷.

Tüketiciler rekabet ihlâlinin varlığını ve bu ihlâlden belirlenebilir bir zarara uğradıklarını ispatlamaları halinde davacı olabilmektedir. İhlâlden zarar gören rakip teşebbüsler ise, rekabet hukuku kurallarının korumayı amaçladığı kişilerden olduklarını ispatlamak koşuluyla davacı olabilmektedir.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Jones (1999), s. 159-165.

¹⁴⁶ ABD rekabet hukukunda, birçok eyalet mahkemesi, Yüksek Mahkeme kararlarının aksine, dolaylı alıcıların zararlarının giderimi için açtıkları davaları kabul etmektedir. Areeda ve Hovenkamp (2000), s. 125-126.

¹⁴⁷ Waller (2006), s.54 vd.

¹⁴⁸ Yüksek Mahkeme, *Karse Orp.l* kararında davacı rakip teşebbüslere, dava hakkının tanınabilmesi için, rekabet hukuku kurallarınca menfaati korunan kişiler arasında yer almaları gerektiğine karar vermiştir.

2.2.1.2. Davalı taraf

Tazminat davası rekabet hukuku kurallarını ihlâl eden teşebbüs ya da teşebbüslere veya gerçek kişilere karşı açılabilir¹⁴⁹. Rekabet hukuku kurallarını ihlâl eden davranış ya da anlaşmaya taraf olmayan, ancak ihlâlden dolayı olarak faydalanan teşebbüslere karşı dava açılması mümkün değildir. Zararın oluşmasına birden fazla teşebbüs sebep olmuşsa, bu teşebbüsler zarardan müteselsilen sorumlu oldukları için, tazminat davası bunlardan sadece birine ya da birkaçına karşı açılabilir¹⁵⁰.

2.2.2. İspat yükü

Rekabet ihlâlinden zarar gördüğü iddiasıyla dava açan kişilerin, davalının bu zarardan sorumlu tutulabilmesi için gerekli şartların varlığını ispat etmeleri gerekir. Dolayısıyla tazminat talebinde bulunanların, davalının rekabet hukuku kurallarını ihlâl edici davranışının varlığını ve zararının davalının fiilinden kaynaklanan bir antitröst zararı olduğunu ayrıca, zararın miktarını¹⁵¹ ve rekabet hukuku kurallarının korumayı amaçladığı grup içinde yer aldıklarını ispat etmeleri gerekir. Rekabetin ihlâli nedeniyle açılan tazminat davalarında, davacının tüm bunları tam ve kesin olarak ispat etmesi mümkün değildir. Bu sebeple davacılara, ispata ilişkin yaşanabilecek güçlükleri aşabilmeleri için birtakım ispat kolaylıkları sağlanmıştır. Örneğin, davacının, uğradığı zararın miktarını tam olarak değil ama gerçek zararı ortaya çıkarabilecek derecede yaklaşık olarak ispat etmesi tazminata hükmedilmesi bakımından yeterli görülmektedir¹⁵². Ayrıca davacının uğradığı zararın miktarını tam olarak tespit etmesi davalının kusuru sonucu güçleşmiş ise, davalının, uğranılan zararın miktarının kesin ve tam olarak belirlenemediği savunması dikkate alınmamaktadır¹⁵³. Bunların yanında mahkemeler, davacının zararını ispat etmesi için, mukayese veya önce - sonra yöntemlerinden yararlanmasına da müsaade etmektedir¹⁵⁴.

Karsel Orp. V. Richifield Oil. Corp.221 F 2d 358, (1995)

¹⁴⁹ Mayer Brown LLP (2009). Private antitrust litigation: United States. *Getting Deal the Through, Private Antitrust Litigation*, s.183.

¹⁵⁰ Sanlı (2003), s. 252.-254

¹⁵¹ Areeda vd. (1997), s. 58-59.

¹⁵² Jones (1999), s.205; Areeda ve Hovenkampt (2000), s. 135; *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.* 282 U.S. 555, 250 (1931).

¹⁵³ Bkz. ABD Yüksek Mahkemesi içtihatları; *Eastman Kodak Co. V. Southern Photo Materials Co.* 273 U.S., 359, 400 (1927); *Bigelow v. RKO Radio Pictures* 327 U.S. 251, 651 (1946).

¹⁵⁴ Jones (1999), s. 204.

2.2.3. Deliller ve ikamesi

Davacının rekabeti ihlâl eden fiilleri ispat etmesi için gerekli bilgi ve belgelerin çoğunluğunun davalının elinde olduğu düşünüldüğünde, davacının önemli ispat güçlükleri ile karşı karşıya kalacağı ortadadır¹⁵⁵. Bu ispat güçlüğüne aşılmaması için taraflara, delil ikâmesinde sadece kendisinin iddia ve savunmaları ispat için dayandığı belgeleri değil aynı zamanda karşı tarafın lehine olabilecek belgeleri de incelemeye hazır bulundurma yükümlülüğü getirilmiştir (*pre-trial discovery right*). Federal Hukuk Usûlü Kanunu m. 26(a)(1)'e göre tarafların yargılama (*trial*) öncesindeki aşamada (*pre-trial*), mahkeme emrini beklemeden birbirlerini bilgilendirmesi gerekmektedir. Buna göre, tarafların adres, telefon numaraları vb. bilgilerini ve talep halinde, davanın ilerlemesine etki edebilecek, iddia ve savunmaları destekleyen belgeleri ilk duruşmadan en az 30 gün önce birbirlerine iletmeleri gereklidir¹⁵⁶.

Taraflar yargılama başladıktan sonra da birbirlerinden dava ile ilgili belgeleri talep etme hakkına (*discovery rights*) sahiptir¹⁵⁷. Dava konusuyla ilgisi olmayan ve davanın ilerlemesi bakımından gereksiz olan belgeler, taraflardan istenemez. Bu aşamada tarafların, sırf diğer tarafın bu belgelerden kolayca istifade etmesini engellemek amacıyla aşırı sayıda belgeyi, düzensiz bir şekilde verdikleri görülmektedir. Mahkemeler bu tür kötüye kullanmaları engellemek için belgelerin dava konusu ile ilgili olup olmadıklarını veya belgelerin düzenli bir şekilde verilip verilmediğini de kontrol etmekle yükümlüdür¹⁵⁸. Ayrıca e-mail gibi elektronik belgeler de (*e-discovery*) istenildiğinde, diğer tarafa ya da mahkemeye sunulmak zorundadır. Bunların yanında

¹⁵⁵ Özellikle de davacının, rekabeti ihlâl eden anlaşmanın tarafı olmadığı durumlarda, örneğin söz konusu ihlalin ilişkin olduğu mal ve hizmetlerin alıcılarının açtıkları davalarda yaşanmakta ve delillere erişim konusunda etkili bir mekanizma sağlanmadan davacının iddiasını kanıtlayabilmesi neredeyse imkânsız hale gelmektedir. Bkz. P. Giudici (2004), "Private Antitrust Law Enforcement in Italy", *The Competition Law Review*, Cilt 1, Sayı 1, s. 81.

¹⁵⁶ American Bar Association (2008), s. 5; Ancak avukat - müvekkil ilişkisinin gizliliği ve korunması kapsamında yer alan konularda, ilgili taraflar bu korumadan vazgeçmedikçe, bu ilişki kapsamında değerlendirilen dökümanların istenmesi mümkün değildir. Bu açıdan Federal Hukuk Usûlü Kanunu m. 26 (a)(1) avukat müvekkil ilişkileri konusunda delillerin sunulmasına bir kısıtlama getirmektedir.

¹⁵⁷ M. Weinstein (1997). *Introduction to civil litigation*, (2. Edition). New York: West Publishing Company, s. 139-145; Ayrıca taraflar, yargılama sırasında en fazla 25 sorudan oluşan bir soru formunu cevaplanmak üzere birbirlerine verebilir. (Federal Hukuk Usûlü Kanunu m. 33). G. Shevere (1989). *Understanding civil procedure*. Legal Tex Series, Matthev Bander Comp., s. 267-268.

¹⁵⁸ American Bar Association (2008), s. 7; Federal Hukuk Usûlü Kanunu m. 34.

taraflar, tanıkların yeminli ifadesine de başvurabilmekte ve taraf avukatları tanıklara doğrudan soru yöneltebilmektedir¹⁵⁹.

Dava açma hakkı olanlar, ihlâli gerçekleştirenler hakkında daha önceden açılmış bulunan bir rekabet soruşturması varsa, bu soruşturmanın sonucunu beklemeyi tercih etmektedir. Çünkü soruşturma sonucunda ihlâl sabit olursa, verilen kararlar ve soruşturmada kullanılan deliller, ihlâli gerçekleştiren taraflara karşı, ihlâle ilişkin bir karine (*prima facie evidence*) olarak, tazminat davalarında da kullanılabilir [Clayton Kanunu m. 5(a)]. Zaten, soruşturma neticesinde ihlâl sabit olduktan sonra, bu soruşturmanın neticesini izleyen (*follow on action*) çok sayıda tazminat davası açılmaktadır. Mahkemeler bu gibi hâllerde, ihlâlin tespitinden çok davacıların zararlarını hesaplamaya odaklanmaktadır¹⁶⁰.

2.2.4.Yargılama giderleri

Rekabet davaları uzun ve derinlemesine bir araştırma gerektirdiği için, yargılama giderleri normalden fazla olmaktadır. Bu yüksek giderler, çoğu hâlde davacıların dava açmaktan vazgeçmelerine neden olmaktadır. ABD hukukunda yalnızca keşif ve tanık ücreti gibi belli yargılama giderlerinin, davayı kazanan taraf lehine hükmedilebileceği kabul edilmektedir¹⁶¹. ABD’de normal davalarda avukatlık ücreti, bazı istisnalar dışında (topluluk davası gibi), genellikle yargılama gideri olarak kabul edilmemekte, bunun sonucu olarak da davayı kazanan taraf, davayı kaybeden taraftan avukatlık ücreti alamamaktadır. Yani her müvekkil davayı ister kazansın ister kaybetsin kendi avukatının ücretini ödemektedir.

Ayrıca, çoğu ülkede yasaklanmış olmasına rağmen ABD hukukunda, avukatlık bürolarının, davanın kazanılması halinde avukatlık ücretini kazanılan tazminat miktarından temin etmek üzere müşterileri ile anlaşmalarına müsaade edilmektedir

¹⁵⁹ Ancak, Federal Hukuk Usûlü Kanunu m. 30(c)(2) göre, tanıkların sözlü ifadelerine başvurulurken tanıklara, sorulan bazı soruları korunması-gizli kalması gerekli haklarına ilişkin olduğu gereğiyle cevaplamama hakkı tanınmaktadır.

¹⁶⁰ W. Shughart (2007). Private antitrust enforcement, compensation, deterrence, or extortion, Washington: Cato Institute, s. 2.

¹⁶¹ S. Waller (2007). The US experience with competition class action certification. *Social Science Research Network*, s.54-57; J. Friedenthal vd. (1997). *Civil procedure cases and material*, (7. Edition). Saint.Paul: West Group Comp., s. 701; E. Paulis (2006). Policy issues in the private enforcement of EC competition law. *Max Planck Institute For Comparative and Private International Law*, s. 8-9.

(*contingency fees*)¹⁶². Bu anlaşma çerçevesinde davanın kaybedilmesi durumunda avukat davacıdan herhangi bir ücret talep edememektedir.

Davacılar yerleşim yeri eyalet dışında olan davalılara karşı, kendi eyalet mahkemelerine dava açabilme hakkına sahiptir (*long – arm jurisdiction*). Davanın davalının yerleşim yerinde açılması zorunlu olmadığı için, daha az masrafla takip edilebilmektedir.

2.2.5. Topluluk davası

2.2.5.1. Topluluk davası tanımı

Topluluk davası (class actions)¹⁶³, bir ya da daha fazla davacının, benzer durumda olan bütün kişilerin çıkarlarını temsil ettiği, toplu hâlde dava açma biçimidir¹⁶⁴. Topluluk davası hakkı, düşük miktardaki tazminat taleplerini kendi başlarına dava konusu yapamayacak, hukuka aykırı davranıştan benzer şekilde etkilenen kişilerin, birlikte dava açabilmelerini sağlamaktadır¹⁶⁵. Topluluk davası hakkının kullanımında bir ya da birden fazla kişi (temsilci davacı) topluluğun diğer bütün üyeleri temsil ederek dava açmakta ve topluluğun diğer üyeleri davaya katılmamakla birlikte davada verilen kararla bağlı olmaktadır¹⁶⁶. Burada “topluluk” kavramı, temsilci davacının açmış olduğu davaya konu olan ortak hukukî veya fiilî uyuşmazlıkta benzer iddialara sahip kişilerin bütününe ifade etmektedir¹⁶⁷.

Topluluk davası üyelerin yer aldığı tarafa göre, “davacı topluluk davası” ve “davalı topluluk davası” olarak ikiye ayrılmaktadır. Topluluk davalarının en yaygın olanı davacı topluluk davalarıdır. Topluluk davaları, talep edilen hukukî korumanın türüne göre, tespit davaları, kaçınma davaları ve tazminat davaları olarak çeşitli türlere ayrılmaktadır.

¹⁶² Sullivan ve Hovenkamp (1999), s. 178.

¹⁶³ Topluluk davası hakkında Türk hukukunda “grup davası”, “topluluk dava”, “sınıf davası” vb. terimler kullanılmaktadır. Çalışmada Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş bulunan “topluluk davası” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

¹⁶⁴ Waller (2007), s. 55-56; Friedenthal vd. (1997), s. 701; R. Mulheron (2004). The class action in common law legal system – a comparative perspective, Oxford – Portland Oregon, s.3; R. Wyne (2004). Diversity class action in louisiana; a resolution to the national class action debate, *Loyola Law Review*, Vol. 50, s.755

¹⁶⁵ Areeda vd. (1997), s. 70; J. C. Alexander (2000). An introduction to class action procedure in The United States. Remarks Debates Over Group Litigation Comparative Perspective, s.1.

¹⁶⁶ Wyne (2004), s.755; Mulheron (2004), s.3.

¹⁶⁷ Mulheron (2004), s.3; İbrahim Özbay (2009). *Grup davaları*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.34-35.

Topluluk davaları usûl hukuku bakımından yararlı ve etkili hukukî araçlar arasında yer alır. Topluluk davaları küçük miktarlardaki iddiaların dava edilmesine imkân sağladığı gibi, yargılamada kolaylık sağlar ve benzer hususların tekrarlanmasını önler. Ayrıca topluluk davaları, aynı davalıya karşı aynı veya benzer nedenlerle açılan birden fazla davanın farklı sonuçlanmasının önüne geçer¹⁶⁸.

2.2.5.2. Topluluk davasının kabul edilmesinin ön şartları

Topluluk davası ABD usûl hukukunda mevcut olan etkili bir hukukî düzenlemedir. ABD hukukunda topluluk davası Federal Hukuk Usûlü Kanununun m. 23. hükmünde düzenlenmiştir. Federal Hukuk Usûlü Kanunu m. 23, topluluk davasının açılabilmesini bir takım ön koşulların yerine getirilmesine bağlamıştır. Buna göre; topluluğun üye sayısının, her birinin davaya müdahil olması halinde davanın görülmesine pratik olarak imkân vermeyecek kadar çok olması [*numerosity of the class* m. 23(a)(1)], hukukî ihtilafın topluluk üyeleri için ortak olması [*commonality* m. 23(a)(2)], topluluğu temsil eden kişi ya da kişilerin iddia ve savunmalarının topluluk üyeleri bakımından tipik olması [*typicality* m. 23(a)(3)] ve temsilcilerin, topluluk üyelerinin çıkarlarını adil ve yeterli bir şekilde temsil edecek durumda olması [*adequacy* m. 23(a)(4)] koşullarının bir arada bulunması gerekir¹⁶⁹.

Federal Hukuk Usûlü Kanununun m. 23(a)(1)'de topluluk üye sayısının, her bir üyenin davaya müdahil olması halinde davanın görülmesine pratik olarak imkân vermeyecek kadar çok olması ibaresi yer almakla birlikte, en az kaç kişinin davacı ya da davalı toplulukta yer alması gerektiği belirtilmemiştir. Davacı topluluk üyelerinin sayısının davanın başında tam olarak belirtilmesinin her davada mümkün olmadığı ortadadır. Ancak, genel olarak, topluluk üyeleri olarak görünen kişilerin sayısına ilişkin bilgilerin veya tahmin edilen sayıların belirtilmesinde fayda vardır. Bu nedenle topluluk üyelerinin sayısı tam olarak tespit edilmese bile, davanın görülmesine pratik olarak imkân vermeyecek kadar çok kişinin topluluk içinde olduğuna dair, mahkemede tahmini bir kanaatin oluşması sağlanmalıdır¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Weinstein (1997), s. 132-133. Özbay (2009), s.40-41

¹⁶⁹ Weinstein (1997), s. 132; Shevere ve Hansen (1989), s. 249-251; Mulheron, (2004), s.115.

¹⁷⁰ Mulheron (2004), s.117- s.123-124; Özbay (2009), s.91 vd.

M. 23(a)(2)'de yer alan “ortak ihtilaf” ifadesiyle kastedilen, muhtemel tüm topluluk üyeleri için ortak olan hukukî veya fiilî bir ihtilafın bulunmasıdır. Bu nedenle topluluk davası, ancak topluluk üyelerinin iddia ve savunmaları arasında bir bağlantı bulunması halinde kabul edilebilir. Öğretide topluluğun homojen olmasının aranmadığı ve topluluk davasının kabulü için ortak bir sorumluluk nedeninin bulunmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir¹⁷¹.

M. 23(a)(3)'ye göre, topluluğu temsil eden kişi ya da kişilerin iddia ve savunmalarının topluluk üyelerinin iddia ve savunmaları bakımından tipik bir örnek oluşturması gereklidir. Yani topluluğu temsil edecek kişi ya da kişilerin davayı açmakta doğrudan ve kişisel bir menfaati bulunmalıdır ve bu menfaat topluluğun menfaati ile aynı ya da benzer nitelikte olmalıdır. Aksi halde bu kişi ya da kişiler topluluğu temsilen dava açamazlar.

M. 23(a)(4)'e göre temsilci ya da temsilcilerin, üyelerin çıkarlarını adil ve yeterli bir şekilde temsil etmesi gerekir. Bu nedenle temsilci ile topluluk üyeleri arasında bir çıkar çatışmasının veya genel bir rekabetin bulunmaması gerekir. Ayrıca, temsilcinin topluluk üyelerine yapılacak bildirimler ve üyelerle topluluk avukatı arasındaki bağlantının sağlanması konularında etkin ve yeterli bir birikime sahip olması aranır¹⁷².

Mahkeme, m. 23 (a)'da sayılan tüm bu koşulların bir arada bulunup bulunmadığına dair bir inceleme yaptıktan sonra, topluluk davası açılmasına onay vermektedir [*certification order*, Federal Hukuk Usûlü Kanunu m. 23(c)(1)]¹⁷³. Uygulamada, mahkemelerin bu incelemeleri titizlikle yaptıkları görülmektedir. Çünkü topluluk davasından haberi olmayan veya bilinmeyen topluluk üyelerinin de çıkarlarının korunabilmesi için, grubu temsil edenlerin, grubun tüm üyelerinin çıkarlarını yeterli şekilde temsile ehil olduklarının tam olarak tespit edilmesi gerekmektedir [Federal Hukuk Usûlü Kanunu m. 23(b)(3)]¹⁷⁴.

¹⁷¹ Mulheron (2004), s.277.

¹⁷² Mulheron (2004), s.275; Özbay (2009), s.119 vd.

¹⁷³ Michel P. Lehmann (2009). Dismissal standard following bell atlantic v. twombly – a one year perspective, *The Antitrust Review of the Americas*, s.50.

¹⁷⁴ Örneğin bkz. In Re Wellbutrin SR Antitrust Litigation, 2008 US Dist LEXIS 36719, 2008; American Bar Association (2008), s. 43; G. Hazard ve M. Taroffo (1993). *American civil procedure*, New Haven:

Mahkemenin, topluluk davasının açılmasına ilişkin onay kararını, mümkün olan en kısa zamanda vermesi gerekmektedir. Mahkeme davanın açılmasını kabul ettikten sonra, davacı topluluğun üyelerini, bu üyelerin iddialarını ve dava konusu ihtilafı da tam olarak belirlemektedir.

2.2.5.3. Topluluk davasının yürütülmesi

Mahkeme topluluk adına davayı takip edecek olan avukatı (topluluk - grup avukatını), topluluk üyelerinin avukatı olmak için başvuranlar arasından atamaktadır [Federal Hukuk Usûlü Kanunu m. 23(g) (1)]. Mahkeme, topluluk üyelerinin menfaatlerini en adil ve uygun bir şekilde gözetebilecek ve topluluk üyelerini en iyi şekilde temsil edebilecek, hukukî açıdan yeterli ve gerekli bilgi ve tecrübeye sahip kişiyi avukat olarak atama konusunda takdir yetkisine sahiptir. Mahkeme, davanın topluluk davası olarak açılmasına ilişkin henüz bir karara varmadığı evrede, topluluk üyelerinin temsil edilmesi için geçici olarak bir avukat atayabilmektedir [Federal Hukuk Usûlü Kanunu m. 23(g)(3)].

Topluluk davasının açılmasına onay veren mahkeme, davacı topluluğun üyelerini ve dava konusu ihtilafı tam olarak belirledikten sonra, topluluk üyelerine uygun bir biçimde bildirimde bulunmaktadır. Mahkemenin bu bildirimde, davanın niteliği, topluluk üyelerinin yapısı, dava konusu ihtilafın unsurları, topluluk üyelerinin istediğinde bir avukat aracılığıyla mahkeme huzuruna çıkabileceği, mahkemece verilen kararın tüm topluluk üyeleri için bağlayıcı olacağı gibi hususları açık ve kolay anlaşılabilir bir ifadeyle dile getirmesi gerekir [Federal Hukuk Usûlü Kanunu m. 23(c) (2),(3)]. Ayrıca mahkeme bu bildirimde muhtemel topluluk üyelerinin açıkça talep etmeleri halinde davadan çekilme hakkının bulunduğuyla ilişkin olarak da bilgi verir¹⁷⁵.

Topluluk davası görülürken mahkeme, delillerin sunumunda gereksiz tekrarların veya karışıklıkların önüne geçecek önlemlerin alınmasına karar verebilir. Mahkeme, topluluk üyelerinin korunması ve davanın adil bir şekilde görülebilmesi için dava süresince topluluk üyelerine gerekli bildirimleri ve uyarıları yapmaya yetkilidir [Federal Hukuk Usûlü Kanunu m. 23(d) (1)].

Yale University Press, s. 96; Dilworth Paxon LLP (2008). Dual enforcement of antitrust law keep business in line, <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=70290> , s.1-3. (Erişim tarihi: 15.06.2009)

¹⁷⁵ Mulheron (2004), s.275.

Hüküm verilmeden önce tarafların uzlaşma sağlamaları halinde, davanın çözümüne yönelik yapılan anlaşmanın mahkemece kabulü şart kılınmıştır. Davayı açan ve takip eden temsilci davacının, diğer topluluk üyelerine nazaran kendi çıkarlarını ön planda tutması veya topluluk avukatının bir yandan topluluğun üyelerinin asgari menfaatini korurken, diğer yandan kendi çıkarlarını ön planda tutması gibi hâllerde uzlaşmanın kötüye kullanılmasının engellenmesi amacıyla, tarafların yapmış oldukları anlaşmanın geçerlik kazanabilmesi için mahkemece kabulü zorunlu kılınmıştır¹⁷⁶.

2.2.5.4. Topluluk davası sonucunda verilen hükmün etkisi

Davanın rekabet ihlâlinden zarar gören davacıların lehine karara bağlanması halinde, mahkemece çözülmesi gereken en önemli sorunlardan ilki tazminat miktarının hesaplanması, ikincisi ise tazminatın topluluk üyeleri arasında dağıtılmasıdır.

Tazminat miktarının hesaplanmasında mahkemelere geniş takdir yetkisi verilmiştir. Mahkeme tazminat miktarının hesaplanmasında her bir üyenin bireysel olarak uğradığı zararı esas alabileceği gibi, topluluk bazında toplam olarak hesaplama da yapabilir. Özellikle topluluk üye sayısının az olduğu hâllerde, mahkeme her bir üyenin bireysel olarak uğradığı zararı dikkate alarak, tek tek tazminat miktarını belirleyebilmektedir. Ancak, topluluk üye sayısının çok fazla olduğu hâllerde, zararın tek tek hesaplanması mümkün değildir. Bu hâllerde mahkeme tazminat miktarının toplamını grubun tamamını kapsayacak şekilde hesaplamaktadır. Tazminat miktarının toplamının hesaplanmasında mahkemeler, davalının kendi kayıtlarından yararlanabileceği gibi ekonomik ve istatistikî yöntemlerden de yararlanabilmektedir¹⁷⁷.

Tazminat miktarının topluluk üyeleri arasında dağıtılması noktasında topluluk avukatı mahkemeye dağıtımın ne şekilde yapılacağına ilişkin önerge verebilir ya da topluluk üyeleri uzlaşma yoluna gidebilir. Tazminat paylaşımı konusunda verilen önerge kabul edilmez veya davacı taraflar paylaşım konusunda uzlaşma sağlayamazlarsa, mahkeme ihtilafların giderilmesi için özel bir uzmana başvurabilir. Tazminat miktarının topluluk üyeleri arasında dağıtılmasında mahkeme iki yöntem

¹⁷⁶ Özbay, (2009), s. 153 vd.

¹⁷⁷ Mulheron (2004), s.389; Özbay (2009), s.161 vd.

izleyebilir. Bunlardan ilki topluluk üyelerine yapılan doğrudan dağıtım ikincisi ise dolaylı (*cy- pres; non-direct*) dağıtımdır.

Topluluk üyelerine yapılan doğrudan dağıtımda mahkeme, üyelere dağıtılacak olan tazminat miktarını, üyelerin doldurup mahkemeye sundukları formlara göre ya da davalının muhasebe kayıtlarına göre hesaplamaktadır. Dolaylı dağıtımda ise mahkeme genellikle topluluk üyelerinin tanınmasının zor olduğu, üyelerin sürekli yer değiştirdiği veya topluluk üyelerinin iddialarının miktar olarak dağıtılamayacak kadar az olduğu hâllerde başvurmaktadır¹⁷⁸. Bu dağıtım usulünde gerçekte zarar görenlere yapılan bir tazminat ödemesi söz konusu olmamakta, dolaylı yollardan davacı toplulukta yer alan kişilerin menfaat elde etmeleri sağlanmaktadır. Örneğin, ihlâl nedeniyle zarar gören topluluk üyelerinin belirlenmesinin oldukça güç olduğu ya da her bir topluluk üyesinin uğradığı zararın miktarının hesaplanmasının mümkün olmadığı hallerde mahkeme (ihlâl nedeniyle elde edilen haksız kazancın ihlâli gerçekleştiren teşebbüslerde kalmansının engellenmesi amacıyla), teşebbüsleri fiyatlarda indirim yapmaya zorlamakta veya rekabeti ihlâl eden teşebbüslerin rakiplerine bu tazminatı aktarmaktadır (*fluid recovery*)¹⁷⁹.

Topluluk davası kaybedilir ise topluluğun bütün üyeleri davayı kaybetmiş sayılır ve avukatlık ücretlerine ve diğer yargılama giderlerine katlanır. Yani, dava sonucunda topluluk üyeleri hakkında birbirinden farklı hükümler tesis edilememekte ve dava sonunda verilen her türlü karar, bütün topluluk üyelerini bağlamaktadır. Ancak, topluluk üyeleri, dava henüz sonuçlanmadan önce, davadan çıkma taleplerini açıkça mahkemeye beyan ederlerse (*opt out*) davanın kaybedilmesi halinde ortaya çıkacak sonuçlara katlanmaktan kurtulmuş olmaktadır¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Mulheron (2004), s.411.

¹⁷⁹ Mulheron (2004), s.411.

¹⁸⁰ Dava sonucunda verilen hükmün, adına dava açılan tüm topluluk üyelerini kapsadığı ve davacıların eğer davada taraf olmak ve davanın sonuçlarına katlanmak istemiyorlarsa bunu açıkça belirtmeleri gereken türdeki topluluk davası sistemi "*opt out*" olarak adlandırılmaktadır. Bu sistemde davadan çıkma taleplerinin kabul edilmesi konusunda mahkemelere takdir hakkı tanınmamaktadır. "*Opt out*" sisteminden farklı olarak, davacı olabilmek ve davanın sonuçlarından yararlanmak ya da davanın başarısız olması halinde yargılama giderlerinden sorumlu olmak için, açıkça davacı gruba dahil olma talebinde bulunmak gereken, "*opt in*" sisteme de yer veren ülkeler vardır (örneğin İsveç gibi). Waller (2007), s. 55; Hazard ve Taroffo (1993), s. 96; Michael Hausfeld (2008). Private recovery action in the United States. *The Antitrust Review of the Americas*, s.57.

2.2.5.5. Rekabet ihlallerinde topluluk davası

Rekabet ihlâlinden doğan zararlar, özellikle fiyat tespiti hâllerinde çok geniş kitlelere yayılmış olabilir. Topluluk davası açma imkânının bulunmaması halinde, ihlâl nedeniyle zarar gören kişiler, özellikle zararın çok önemli bir meblağ olmadığı hâllerde dava açmakla ve bu davaları takip etmekle uğraşmak istemeyebilirler. Rekabet ihlallerinin tespitinin ve bu tür davalardaki avukat ücretlerinin, yüksek maliyetli olduğu düşünüldüğünde, kişiler tek başlarına yargılama giderlerini üstlenmekten çekinebilir ve uğradıkları zarara katlanmayı tercih edebilirler. Topluluk davası açma imkânının bulunması halinde, dava açanlar ihlâl uğrayan topluluk üyeleri adına davayı takip edecekleri için, zarar görenler davayı takip etme külfetinden kurtulacaklardır¹⁸¹. Böylece hem dava süresince yapılan giderler paylaşılmış hem de davanın kaybedilmesi halinde katlanılacak olan avukatlık ücretleri ve yargılama giderleri çok sayıda topluluk üyesi arasında paylaşılarak en aza indirilmiş olacaktır¹⁸².

2005 yılında çıkartılan “*Topluluk Davalarında Adillik Kanunu*” (*The Class Action Fairness Act*) kapsamında, belli koşulların varlığı halinde (en az bir davacı ve davalının farklı eyaletlerde olması, davacıların 2/3’ünden fazlasının davanın açıldığı yerden farklı yerde ikamet ediyor olması, uyuşmazlık konusu miktarın 5 milyon \$’dan fazla olması, gibi) topluluk davalarının eyalet mahkemelerinden federal mahkemelere taşınıp, birleştirilmesi de mümkün hale gelmiştir. Bu düzenlemeyle aynı davalıya karşı farklı eyalet mahkemelerinde birden fazla davanın açılıp görülmesinden doğabilecek sakıncalar giderilmiş olmaktadır¹⁸³.

Topluluk davası sistemi, tüm bu avantajlarına rağmen, bir takım dezavantajları da bünyesinde barındırmaktadır. Tazminat sorumluluğu, özellikle topluluk üye sayısının çok fazla olduğu hâllerde, ihlâl sebep olanların ekonomik çöküşüne sebebiyet verebilmektedir. Ayrıca topluluk davasında, hasımlarının belirsizliği

¹⁸¹ Ayrıca, topluluk davası açma imkânı sayesinde mahkemeler, açılacak çok sayıdaki bireysel davalardan kurtulacağından, mahkemelerin iş yükü ve yargılama için devlet tarafından yapılan giderler de azalacaktır. Hazard ve Taroffo (1993), s. 96

¹⁸² ABD hukukunda diğer davaların aksine, topluluk davalarında avukatlık ücreti yargılama gideri olarak kabul edilmekte ve davayı kazanan taraf, davayı kaybeden taraftan avukatlık ücretini talep edebilmektedir. Waller (2007), s. 55.

¹⁸³ Waller (2007), s. 54-55.

nedeniyle davalıya yeterince savunma imkânı da tanınmamaktadır¹⁸⁴. Bu sakıncaların yanısıra, kendisi adına dava açıldığından haberi dahi olmayan topluluk üyelerinin çıkarlarının yeterince korunmadığı, topluluk üyelerinin çokluğu nedeni ile topluluk davasının sonuçlanmasının uzun sürdüğü ve hatta bazen zarar miktarlarının belirlenemez bir hal aldığı da tartışma yaratan noktalar arasındadır¹⁸⁵.

2.2.6. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları

ABD rekabet hukukunda, birçok uyuşmazlık dava yoluna gidilmeden, yargılama öncesinde, tarafların anlaşması ile sona erdirilmektedir. Hukuk davalarının gerektirdiği yüksek yargılama giderleri ve davaların sonuçlanmasının uzun sürmesi gibi sebepler tarafları, uyuşmazlıklarını mahkeme dışında çözme yoluna itmektedir. ABD hukukundaki başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ise müzakere (*negotiation*), arabuluculuk (*mediation*), kısa yargılama (*mini-trial*) ve tahkim (*arbitration*) gibi yöntemlerdir¹⁸⁶.

2.2.6.1. Müzakere

Müzakere en geniş anlamıyla, belli bir uyuşmazlığın çözümü konusunda müşterek bir karara varmak amacıyla diğer tarafla iletişim kurmak veya görüşmek demektir. Müzakere, tarafsız bir üçüncü kişinin katılımını gerektirmediğinden uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözümünde sık kullanılan bir usûldür. Müzakerede taraflar şekli olmayan bir yapı içinde, avukatlarının ya da yetkili temsilcilerinin yardımı ile uyuşmazlıklarını çözmeye gayret ederler.

2.2.6.2. Arabuluculuk

Arabuluculuk yönteminde taraflar uzlaşmaya varabilmek için bir üçüncü kişinin (mediatör) yardımına ve önerilerine başvururlar. Arabuluculukta taraflar doğrudan doğruya uzlaşma isteklerini ortaya koyarlar. Arabulucunun kararı bağlayıcı olmamakla birlikte, tarafların uzlaşmada yol almalarında önemli katkı sağlayabilmektedir. Arabuluculuk taraflar arasında mevcut ilişkiyi sürdürme isteğinin olduğu durumlarda (*on-going*) ortaya çıkar. Arabuluculuğa, dava açılmadan önce ya da dava açıldıktan

¹⁸⁴ Friedenthal vd. (1997), s. 700-702; Hausfeld, (2008), s. 57.

¹⁸⁵ American Bar Association (2008), s. 45.

¹⁸⁶ Mustafa Özbek (2002). Dünya çapındaki adalete ulaşma hareketleriyle ortaya çıkan gelişmeler ve alternatif uyuşmazlık çözümü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/2, s. 121 vd.

sonra da başvurulabilir. Hatta bazı durumlarda dava açılmış olması tarafların düşüncelerini sorun üzerinde odaklamalarını da sağlayabilir¹⁸⁷.

2.2.6.3. Kısa yargılama

Kısa yargılama usûlü, taraf avukatlarının uyuşmazlığın mahkemeye gitmeden çözüp çözemeyeceklerini anlamaları hususunda, taraflara fikir vermesi bakımından faydalı bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Kısa yargılama usulünde öncelikle uyuşmazlığa taraf olanların temsilcileri (genellikle avukatları) ve tarafsız bir üçüncü kişinin (danışman) katılımıyla bir kurul oluşturulur. Taraf temsilcileri bir anlaşmaya varmayı başaramazlarsa, danışman, böyle bir durumda mahkemenin ihtilaflı konu üzerinde nasıl karar verebileceğine dair taraflara fikir verir. Kısa yargılamada, tıpkı dava yolunda olduğu gibi tarafların talepleri tüm ayrıntılarıyla anlatılır ve incelenir. Uyuşmazlığın belirlenmesi ve anlatılması için ayrılan sürenin kısa olması sayesinde, kısa yargılamada tarafların birbiriyle çatışan bir pozisyonda kilitlenip kalmaları ihtimali azaltılmıştır. Tarafsız bir üçüncü kişinin varlığı, bu usule ek bir disiplin katar. Taraflar görüşmeler esnasında bir çıkmaza girerlerse, üçüncü kişi uyuşmazlığın çözümüne dair bazı öneriler sunabilir. Nihayet, kısa yargılama nispeten gizlilik sağlaması bakımından da ayrıca avantajlıdır. Bu gizlilik uyuşmazlığın özellikle ticarî sırları içermesi halinde taraflar için önem arz eder¹⁸⁸.

Kısa yargılama genellikle taraflar arasındaki uyuşmazlığın çok küçük bir ayrıntıdan kaynaklanması durumunda başvurulmuş bir çözüm yoludur. Örneğin, taraflardan birinin sorumluluğu hususunda bir tereddüt yok, ancak neden olduğu zararın miktarı hususunda bir uyuşmazlık söz konusu ise, sadece bu durumu tespit için kısa yargılama yoluna başvurulur. Kişiler aralarında uyuşmazlık çıkması halinde, kısa yargılama yoluna gidebileceklerini ve bu yolla verilen karara karşı yargı yoluna başvuramayacaklarını da kararlaştırabilirler¹⁸⁹.

¹⁸⁷ A. Beva (1992). *Alternative dispute resolution*, London: Sweet&Maxwell Ltd., s.113; C. W. Moore (1986). *The mediation process*, San Francisco: Jossey-Bass Publishers, s.14.

¹⁸⁸ Özbek (2009), s.20-21.

¹⁸⁹ H. Bagner (1990). *International trade: law and practice* s. 45 vd.; E. Green (1986). *Corporate alternative dispute resolution*, American Case Book, s.648.

2.2.6.4. Tahkim

Tahkim usulünde, bir hukukî uyuşmazlığın çözümü için, taraflarca seçilen hakem ya da hakem heyeti tarafından muhakeme yapılmak sureti ile karar verilir. Tahkimin diğer alternatif çözüm yollarından en önemli farkı, hakem kararlarının taraflar bakımından bağlayıcı olmasıdır. Tahkim, genel olarak ticarî uyuşmazlıkların çözümünde uygulanmaktadır. Tarafların uyuşmazlığı çözmek için tahkime başvurmaları, uzun yargılama prosedürlerinden ve masraflarından kaçınmak, hızla sonuca ulaşmak ve uyuşmazlık konusunun aleniyete dökülmeden halledilmesi isteklerinden kaynaklanmaktadır. Yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde yabancıların devlet mahkemelerine duydukları güvensizliklerin de tahkime başvurulmasının önemli sebeplerinden biri olduğu ortadadır.

ABD federal tahkim hukukunun en önemli kaynağı 1925 tarihli Federal Tahkim Kanunu'dur (Federal Arbitration Act)¹⁹⁰. Federal tahkim hukukun başka kaynakları da mevcut olmakla beraber bunlar sadece özel tahkim tiplerine tatbik edilirler (iş tahkimleri ve milletlerarası tahkim gibi)¹⁹¹. Eyaletlerin tamamında Federal Tahkim Kanunu uygulanmaktadır.

Genel olarak taraflar tahkim anlaşmalarını bir uyuşmazlık çıkmadan önce yaparlar. Bazen mevcut bir ihtilafın tarafları da uyuşmazlığı tahkime götürmek konusunda anlaşabilirler. Taraflar arasındaki sözleşmede tahkimle çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklar tespit edilir. Tahkimin sınırları hususunda tereddüt ortaya çıkarsa, o takdirde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği şeklinde yorum yapılmalıdır. Tarafların anlaşması temeline dayanan tahkimde hakemin vereceği karar, tahkimin yürütülmesinde açık bir usûl hatası ya da önemli sayılabilecek başkaca bir maddi hata olmadıkça, taraflar arasındaki uyuşmazlığı kesin olarak sona erdirir. Dolayısıyla taraflar, uyuşmazlığı yeniden yargılama konusu yapamamaktadırlar.

Tahkim yolu kanunen zorunlu kılınmışsa ilgili kanun hükmü tahkimin ne şekilde yürütüleceğini de tarif eder. Federal Tahkim Kanunu'nun 3. ve 4. maddeleri uyarınca mahkemeler, tahkim anlaşmalarını ihlal edip doğrudan yargıya başvuran taraflara bu

¹⁹⁰ Bagner (1990), s. 45 vd.

¹⁹¹ A. G. Brayn (1999). Black's Law Dictionary s. 100.

anlaşmaları uygulamaları yani tahkime gitmelerini emretmektedirler¹⁹². Tahkim yolunun kanunen zorunlu kılındığı hâllerde, aleyhine karar verilen taraf hakem kararına karşı mahkemeye itiraz edebilir.

Bugün Amerika Birleşik Devletleri'nde otuz beşin üzerinde eyalet hukuk sistemi, uyuşmazlıkların taraflarını, yargılama öncesinde arabuluculuk veya tahkim gibi yollara yöneltmek amacıyla teşvik etmekte veya taraflara zorunluluk yüklemektedir. Bazı federal bölge mahkemelerinde (federal district courts), değeri 100.000 Amerikan dolarının altında olan ihtilaflarda önce tahkime gitmek zorunlu tutulmakta, diğer federal mahkemelerin çoğunluğunda ise gönüllü tahkim hizmeti (voluntary arbitration) sunulmaktadır¹⁹³.

¹⁹² J. Stephen (2001). Alternative Dispute Resolution, St.Paul: s. 55 vd.

¹⁹³ Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkemece yürütülen ADR programları son derece yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Bazı eyaletlerde ADR'ye başvurulması ihtiyarîdir. Örneğin Missouri'de, dava açan kişiye öncelikle çeşitli ADR yolları tavsiye edilir ve ADR hizmeti sunan kişi veya kurumların adları bildirilir. Minnesota gibi diğer eyaletlerde, federal bölge mahkemelerindeki uygulamada olduğu gibi, taraflar bir dava yargılamasına geçmeden önce ADR yollarına başvurmak zorundadırlar. S. Donna ve E. Thomas (1995). Alternatives to litigation: do they have a place in the federal district courts?, *Federal Judicial Center*, s.4; Özbek (2009), s.26-27.

Üçüncü Bölüm

AB Rekabet Hukuku

3. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri

3.1. AB Rekabet Hukukunda Genel Olarak Tazminat Talepleri

ABD rekabet hukuku düzenlemelerinin aksine, AB rekabet hukukunda rekabeti sınırlayan anlaşma, karar ya da uyumlu eylemlerin hukukî sonuçları arasında, ihlâlden kaynaklanan zararların tazmini için dava açma imkânı tanıyan yasal bir düzenleme henüz mevcut değildir. Buna karşın, AB Komisyonu'nun rekabet hukuku uygulamasının, kamu hukuku yaptırımları yanında özel hukuk yaptırımlarıyla da desteklenmesini ve böylece daha etkin bir rekabet hukuku sisteminin uygulanmasını istediği görülmektedir¹⁹⁴. Bu sebeple Komisyon 2004 yılından bu yana yoğun çalışmalar gerçekleştirmektedir¹⁹⁵. Bu çalışmalara ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce, aşağıda kısaca, AB rekabet hukukunda tazminat taleplerinin gelişimine değinilecektir.

AB rekabet hukuku kuralları, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören kişilerin, AB Komisyonu'na şikâyet yoluyla başvurarak, ihlâl edici anlaşmanın ya da uygulamanın sona erdirilmesine olanak tanımaktadır¹⁹⁶. Ayrıca, ATA m. 101/II'de, yasaklanan anlaşma ve kararların geçersiz olduğu hükmü de yer almaktadır¹⁹⁷. Ancak, ihlâlden zarar görenlerin Komisyon'a başvurarak zararlarının tazminini talep etmeleri mümkün değildir. Esasen Komisyon, böyle bir yetkiye de sahip değildir¹⁹⁸.

AB rekabet hukukunda, ihlâlden zarar görenlerin tazminat taleplerine yer veren açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bundan, tazminat taleplerinin hiçbir şekilde dikkate alınmadığı anlamı çıkarılmamalıdır. Zira ulusal hukuklarda tazminat taleplerine

¹⁹⁴ C. D.Ehlermann (2001). Effective private enforcement of EC antitrust law. The Robert Schuman Centre at the European University Institute. *European Competition Law Annual*, s. 4.

¹⁹⁵ J. Basedow (2007). *Private enforcement of EC competition law*. Netherland: Kluwer Law International, s. 8-9.

¹⁹⁶ Bellis (2005), s. 849-850.

¹⁹⁷ A. Komninos (2008). *EC private antitrust enforcement; decentralised application of EC competition law by national courts*. Oxford and Portland. Oregon, s.149.

¹⁹⁸ V. Korah (1997). *An introductory guide to EC competition law and practice*. (6.Edition). Oxford: Oxford University Press, s. 153; R.Wish (2001). *Competition law, enforcement and procedure*. London: Butterworths, s. 207; D.G. Goyder (2003). *EC competition law*. (4. Edition). London: Oxford University Press, s. 83-89.

ilişkin düzenlemelere yer verilmesinde herhangi bir engel yoktur. Nitekim İngiltere, Fransa, Almanya, İtalya gibi çoğu ulusal rekabet hukuku sisteminde, rekabet ihlallerinden kaynaklanan zararların tazmini bakımından birbirinden farklı esaslara dayansa da, ihlâl nedeniyle zarar gördüğünü iddia edenlere tazminat talep hakkı tanınmaktadır¹⁹⁹. Ayrıca, Adalet Divanı içtihatları ışığında, AB genelinde, ihlâlden zarar gören kişilerin uğradıkları zararın tazmini için yargı yoluna başvurmaları mümkündür²⁰⁰.

Doğrudan, tazminat davalarına yönelik olmasa da, Adalet Divanı'nınca, "*Van Gend & Loos*"²⁰¹ ve "*Francovich*"²⁰² davalarında hükme esas olan yaptırım sisteminin, bireylerin Topluluk Hukuku kurallarının ihlâlinden kaynaklanan zararlarının tazminini de içine alacak şekilde genişletmesi ihtimali doğmuştur²⁰³.

Adalet Divanı, "*Van Gend & Loos*" davasında, AB hukuku ile üye devletlerin hukukları arasındaki çatışmada, AB hukukuna üstünlük tanınmasını gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, kişilerin topluluk hukukundan kaynaklanan haklarını, daha etkili biçimde koruyabilmelerini güvence altına almak amacıyla, tam ve etkili yaptırım ve usullerin üye devletlerin iç hukukunda temini için, üye devletlerin, daha çok çaba harcaması gerektiğini belirtmiştir. Kararda, özel hukuk yaptırımlarının kamu hukuku yaptırımlarını tamamladığı ve ATA m.101 ve m.102'nin "*doğrudan etkisinin*"²⁰⁴ ilke olarak kabul edildiği de yer almaktadır²⁰⁵.

Adalet Divanı daha sonra verdiği "*Francovich*" kararında (*Francovich liability*),

¹⁹⁹ Jones ve Matsiushita, (2002), s. 216-217. Ehlermann (2001), s. 32.

²⁰⁰ Basedow (2007), s. 19; M. Holmes ve L. Davey (2004). *A practical guide to national competition rules across Europe*. Netherlands: Kluwer Law International, s. 113-155; Uygulamada, sadece ATA m. 101'in ihlâli halinde değil, aynı zamanda m. 102'ye göre teşebbüslerin, hakim durumlarını kötüye kullanması halinde de zarara uğrayanların tazminat talep hakları kabul edilmişken, ekonomik yoğunlaşmalar, tazminat taleplerinin kapsamı dışında bırakılmıştır.

²⁰¹ *Van Gend & Loos*, ECR I.26/62, 1963

²⁰² *Andrea Francovich v. Italian Republic*, ECR I-53/57, 1991; Jones ve Matsiushita (2002), s. 217.

²⁰³ Adalet Divan'ı, *Van Gend & Loos* ve *Francovich* davalarında esas olarak, "*Topluluk Hukukunun etkili biçimde uygulanmasını ve bireylerin topluluk hukukundan kaynaklanan haklarını daha etkin bir biçimde koruyabilmelerini sağlamaya yönelik, üye ülkelerin iç hukukta düzenleyeceği ve uygulayacağı, kamu hukuku kuralları ve yaptırımlarını*" ele almaktadır. Bkz. S. Baykal (2006). *Avrupa Birliği hukukunda tazminat davası*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 268

²⁰⁴ AB hukukunda, *doğrudan etkili (direct effect)* kurallar, üye devlet vatandaşlarının, ulusal makamlar önünde ileri sürebilecekleri hak ve yükümlülükler doğuran kurallardır.

²⁰⁵ G. Betlem (1996). *Being directly and individually concerned*. Utrecht: N.Reich&H – W Micklitz, s. 1-2

Topluluk hukuk kurallarının etkili uygulanmasının üye devletlerin bazı işlemleri gerçekleştirmesine bağlı olması halinde ve bu işlemlerin yokluğunda, bireylerin, Topluluk Hukuku kuralı ile düzenlenen haklarını kullanamamaları durumunda, üye devletlerin tazminat sorumluluklarının ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğu ve bu nedenlerle üye devletlerin, bireylerin zararlarını tazmin sorumluluğunun, Kurucu Antlaşmaların kurduğu hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçası olduğunu, belirtmiştir²⁰⁶.

Adalet Divanı, “*Sabam*”²⁰⁷ kararında,

Rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin üçüncü kişilerin zararlarından sorumluluğunun, Roma Antlaşması’nın 85. maddesi (şimdiki m.101) kapsamına girdiğini, bu maddede yer alan yasaklamanın üçüncü kişilerin haklarını da korumaya yönelik olduğunu, üçüncü kişilerin bu zararlarının giderimi için mahkemelere başvurabileceklerini, belirtmektedir.

Adalet Divanı’nın bu kararı, tazminat taleplerinin öne sürülebilmesi açısından önemli bir adım olmakla beraber, kimlerin, ne tür zararlarının tazmin edileceğine dair belirsizlikleri ortadan kaldırmış değildir²⁰⁸.

3.1.1. 1/2003 Sayılı tüzükle getirilen değişiklikler ve tazminat taleplerine

olan etkisi

ATA m. 101 ve 102’nin uygulanmasına yönelik usûl hukuku kurallarını içeren ilk düzenleme 17/62 Sayılı Tüzüktür. 17/62 sayılı Tüzükle getirilen izne bağlı muafiyet sistemi, teşebbüslerin anlaşma ve kararlarının ATA m. 101/1’deki yasak kapsamına girmediğinin tespiti (menfi tespit) veya m. 101/3 teki muafiyetten yararlanmak amacıyla münhasıran Komisyona başvurmalarını öngörmektedir. Tüzüğün uygulamaya girdiği 1962 yılından itibaren, üye ülke sayısında önemli bir artış olması sebebiyle, Komisyon

206 Komninos (/2008), s.166; G. Amato ve C. D. Ehlermen (2007). *EC competition law*. Oxford and Portland, Oregon. s. 726; Baykal (2006), s. 163.

207 Belgische Radio en Televisie v. Sabam, Case 127/73, (1974); Bkz. W. P. J. Wils (2005). *Principles of European antitrust enforcement*, Oregon: Hart Publishing, Oxford and Portland, s. 112; N.Aksoy (2003). *Rekabetin korunması hakkında kanunda yer alan yasaklayıcı hükümlerin genel sistematiği ve kanuna aykırılığın yaptırımları*. Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez serisi, s. 55.

²⁰⁸C. Jones (2006). After the green paper; the third devolution in European law and private enforcement. *The Competition Law Review*, Vol. 3, Issue. 1, s.1-3; Akıncı, a.g.e., s.301-302

kendisine yapılan muafiyet ve menfi tespit başvurularının altından kalkamaz durumdaydı. Bu nedenle artık ihtiyaçlara cevap veremez durumda olan 17/62 sayılı Tüzük'te köklü değişiklikler yapmak amacıyla çeşitli çalışmalar başlatılmıştır²⁰⁹.

Bu kapsamda, 17/62 sayılı Tüzüğün yerini alan ve AB rekabet hukukunun uygulanmasına yönelik son derece önemli reformları içeren (*new modernization regime*) 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü 1 Mayıs 2004 tarihinden itibaren uygulamaya konulmuştur²¹⁰. Söz konusu Tüzükle, ATA m. 101 ve 102'nin uygulanmasına yönelik usûl hukuku kurallarında önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Tüzükle getirilen en önemli yeniliklerden ilki, bildirim ve izne dayalı muafiyet sisteminden vazgeçilmesidir. İkincisi ise, Komisyon merkezli denetim- yaptırım sistemi yerine AB rekabet hukukunun yerelleşmesini sağlayan (*decentralised european competition law*) yeni bir sistemin benimsenmesidir²¹¹. Tüzükle, ulusal rekabet hukuklarının uygulama alanı daraltılmış, AB rekabet hukuku kuralları, ulusal rekabet otoriteleri ve mahkemelerince öncelikli olarak uygulanır hale getirilmiştir. Böylece, AB içinde rekabet hukuku kurallarına ilişkin tek tip uygulamaların gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır.

Tüzüğün 1. maddesi ile Komisyon kararına bağlı muafiyet sisteminden vazgeçilerek, doğrudan muafiyet sistemine geçilmiştir. ATA 101/3'te öngörülen muafiyet koşullarını taşıyan anlaşma, karar ya da uyumlu eylemlerin, hukuka uygun ve geçerli olacağı ve ayrıca bir muafiyet kararına gerek olmadığı belirtilmiştir²¹².

Tüzüğün 3. maddesinde belirtilen *AB hukukunun önceliği* ilkesi gereğince, ulusal rekabet otoriteleri ve mahkemeler, ATA m.101 hükümlerine aykırılık teşkil eden anlaşma, karar ya da uyumlu eylemlerin, üye ülkeler arasındaki ticareti etkilediği

²⁰⁹ Komninos (2008), s. 42.; H. E. Erdem (2007). *Rekabet hukuku ile ilgili makaleler*. (1. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, s.205-207; Komninos (2008), s. 7; W. Wills (2002). *The optimal enforcement of EC antitrust law*. London: Kluwer Law International, s. 149-150; L. F.Pace (2007). *European antitrust law*, Edward Elgar Publishing, s. 219 vd.

²¹⁰ EC Council Regulation No 1/2003, 16 Aralık 2002, ATRG; 4.1.2003; Latham ve Wathkins (Llp) (2007). *Litigation culture versus enforcement culture; a comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases*. New York: *The Antitrust Review of Americas*, s. 40; Wils (2005), s. 60-61.

²¹¹ C.D.C.Company (2007). *Development of private antitrust enforcement in Europe*. Brussels: Opinion of Cartel Damage Claims Comp., s. 1-2; F. Jenny (2007). *Implication of the EC regulation 1/2003 in the area of national courts. competition law and economics*. Netherland: Kluwer Law International, s. 77-79; G. Hirsch vd. (2008). *Competition law: European Community practice and procedure*. Thomson, Sweet&Maxwell, s.1505. vd.;Tüzükle, Komisyon'un artık az sayıda ama önemli rekabet ihlalleri (*hardcore cartels*) ile uğraşabilmek için daha çok zaman ve kaynak ayırabilir duruma gelmesi amaçlanmıştır. Komninos (2008), s. 60-66.

²¹² Erdem (2007), s. 207.

durumlarda, ulusal rekabet hukuku kuralları yanında, AB hukukunu da, doğrudan ve bütünüyle uygulamak durumundadır (m. 3/1)²¹³.

Tüzüğün 15. maddesinde, Komisyon ile ulusal rekabet otoriteleri ve ulusal mahkemeler arasındaki işbirliği düzenlenmektedir. Ulusal mahkemeler, AB rekabet hukukunu uygularken, hem ulusal rekabet otoriteleri ile uyumlu çalışacak, hem de Komisyondan bilgi ve görüş isteyebilecektir²¹⁴. Böylece, ulusal mahkemelerin Komisyon kararlarıyla çelişen kararlar vermeleri engellenmiş olacaktır. Ayrıca, tüm ulusal rekabet otoritelerinin birbiri ile uyum içinde çalışması için Avrupa Rekabet Ağı (*European Competition Network*) kurulması öngörülmüştür. Bunların yanısıra içtihat birliğinin sağlanması amacıyla, Adalet Divanı'nca ön karar²¹⁵ sisteminin işletilmesi de gerekmektedir²¹⁶.

Ancak, Tüzükle getirilen bu düzenlemeler tazminat taleplerine ilişkin mevcut belirsizliği ortadan kaldırmada ve tazminat taleplerinin teşvikinde, istenildiği kadar etkin ve başarılı olamamıştır²¹⁷.

3.1.2. Adalet Divanı'nın “*courage*” ve “*manfredi*” kararları

AB rekabet hukuku kurallarının ihlâlinden zarar gören kişilerin tazminat talepleri, özellikle *Sabam* kararından sonra, AB'nin gündeminde ilk sıralarda yer almaya başlamıştır. Talep edilen tazminat miktarının yüksek oluşu, tazminat taleplerine ilişkin esasların tam olarak belirlenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. AB rekabet hukukunda, Adalet Divanı'nın *Courage*²¹⁸ kararına kadar, *Sabam* kararında ifade

²¹³ Ulusal rekabet hukuku kurallarının AB rekabet hukuku kurallarına aykırı hükümler içermesi durumunda, AB hukukunun öncelikle uygulanması gerekmektedir. P. Willis (2005). *Introduction to EU competition law*. Informa Law - LLP London – Singapore: s. 294; G. L. Tosato ve L. Bellodi (2007). *EU competition law*. Claeys& Casteels, s. 215 vd.

²¹⁴ Komninos (2008), s. 82; Erdem (2007), s. 219.

²¹⁵ Divan, ulusal mahkemelerin başvurusu üzerine AB hukukunun çeşitli düzenlemelerinin yorumlanması hakkında kararlar alır. Bir hukuki işlemin tartışmalı bir husus doğurması halinde, ulusal mahkemelerden herhangi biri Avrupa Adalet Divanı'ndan ön karar isteyebilir. Ancak bunun için üye devlet hukuk sisteminde daha yüksek bir temyiz mercii bulunmaması gerekir. Bu durumda Adalet Divanı'nın kararları kesin ve bağlayıcıdır.

²¹⁶ Komninos (2008), s. 84; N. İnan (2004). 4054 sayılı rekabetin korunması hakkında kanunun özel hukuk hükümlerine eleştirisel bir bakış. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu –II*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s.57.

²¹⁷ Komninos (2008), s. 7-8; Bülbül (2006), s.23-25; T. Eilmansberger (2007). The green paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules and beyond; reflection on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action. *Common Market Law Review*, No.44, s. 434.

²¹⁸ *Courage v. Crehan*, Case C-453/99, (2001) <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust>.

edilenler de dahil olmak üzere, tazminat taleplerine ilişkin açıklayıcı ilkeler ortaya konulmamıştır²¹⁹.

*Courage*²²⁰ kararı, tazminat taleplerine konu olabilecek zararın türüne, ihlâli gerçekleştirenlerin yapabilecekleri savunmalara ve rekabet ihlâlinin özel hukuk alanında yaratacağı diğer sonuçlara ilişkin önemli tespitler ve analizler içermektedir²²¹. Söz konusu kararda, Adalet Divanı, şunları ifade etmektedir;

Rekabeti kısıtlayan veya bozan bir anlaşma ya da davranış nedeniyle zarara uğrayan herkes zararın tazminini talep edemez ise, ATA 81/I'deki (şimdiki m. 101/1) yasağın uygulamadaki etkinliği önemli ölçüde azalır. Bu şekilde zarar gören herkese tanınacak bir tazminat talep hakkı AB rekabet hukuku kurallarının etkinliğinin artmasının yanı sıra, rekabete aykırı ve çoğunlukla gizli olan anlaşma ve davranışlardan kaçınılmasını da sağlar. Bu bakımdan ulusal mahkemeler önündeki tazminat davaları Birlik içinde etkin bir rekabetin sağlanmasına önemli katkılar sağlayabilir²²².

Adalet Divanı, *Courage* kararında özel hukuk yaptırımlarının, ATA m. 101'in uygulamasını tamamladığına açıkça değinmiş ve tazminat taleplerinin gelişimine

²¹⁹ Basedow (2007), s. 19-20; Jones ve Matsiushita (2002), s. 216; Wils (2005), s.113;V. Milutinovic (2007). *Private enforcement: EC competition law, a critical assessmen*. Oxford and Portland, Oregon. s. 727.

²²⁰ Karara konu olayda, İngiliz bira üreticisi Courage şirketi (satıcı) ile birahane işletmecisi B. Crehan (alıcı) arasında yapılan hasılat kirası sözleşmesinde, alıcıya belirli miktarda birayı belirli bir fiyattan alım yükümlülüğü getirilmiştir. Bir süre sonra Courage şirketi alıcının biraların bedelini ödemediği gerekçesiyle dava açmıştır. Bunu üzerine davalı B. Crehan sözleşmenin ABA m 85'e (şimdiki 81) aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle karşı dava açarak tazminat talebinde bulunmuştur. Bu davada alıcı, satıcının kendisiyle bira alım sözleşmesi yapmamış diğer alıcılara daha düşük fiyattan satış yaptığını, bu fiyat farkı nedeniyle kendisinin de aralarında bulunduğu alım sözleşmesi yapmış alıcıların daha az kâr elde ettiklerini ve faaliyetlerine son vermek zorunda kaldıkları iddia etmiştir. İngiltere Temyiz Mahkemesi kartel üyelerinin birbirleri aleyhine tazminat davası açmasına engel teşkil eden iç hukuk hükmü nedeniyle AB Adalet Divanı'na ön karar istemiyle başvurmuştur. Adalet Divanı kararda özetle, rekabeti kısıtlayan veya bozan anlaşma ya da davranış nedeniyle zarar gören herkeze tazminat talep hakkı tanınması gerektiğini, bu nedenle rekabet kurallarına aykırı anlaşmanın taraflarının, rekabet ihlâlinde önemli ölçüde sorumluluk taşımaması kaydıyla, tazminat davası açabilme imkânının iç hukuk hükümleriyle kısıtlanamayacağını belirtmiştir. Bkz. A. Kortunay (2008). AB rekabet hukukunda tazminat davalarına yönelik reform çalışmaları ve Türk hukuku bakımından değerlendirilmesi. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s.92

²²¹ N. Reich (2005). The courage doctrine; encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries. *Common Market Law Review*. 42(1), s. 35-36. Ehlermann (2001), s. 69; Willis (2005), s. 279.

²²² Kortunay (2008), s.92; Kararda Adalet Divanı doğrudan etkileri kabul edilmiş olan ATA m.81 ve m. 82'nin, zarar gören kişiler için de tazminat davası açabilme hakkı tanınmasının, Topluluk Hukukunun niteliği ve yararlı etkisi bakımından doğal kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Komninos (2008), s. 167; Baykal (2006), s. 268-269

yönelik önemli bir adım atmıştır²²³. Kararda, zarar gören herkese (*any individual*), doğrudan AB rekabet hukuku kurallarına dayanarak, tazminat talep hakkının tanınması gerektiği belirtilmiştir²²⁴. Adalet Divanı, talepte bulunabilecek kişilerin kapsamını, içine dolaylı alıcıları ve tüketicileri de alacak şekilde genişletmiştir. Kararda yer alan bu ifade, Clayton Kanununun 4. maddesinde yer alan ve “iş i ya da malı zara gören herkese (*any person who shall be injured ...*)” tazminat talep etme hakkı tanıyan düzenlemeden esinlenildiğini göstermektedir²²⁵.

Courage kararı tazminat davaları bakımından önemli bir karar olmakla beraber, kararın tazminat taleplerine ilişkin tüm sorunların çözümünde yeterli olamadığı görülmüştür. Hatta kararda yer alan bazı ifadelerdeki belirsizlikler, yeni bir takım tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Örneğin, zarar gören herkese dava açma hakkı tanınmasının, davacıların kapsamını oldukça genişlettiği ve kapsamın mutlaka daraltılması gerektiği öne sürülmüştür²²⁶. Ayrıca, kararda hangi tür zararların tazmini gerektiği ve zararın varlığının nasıl ispat edilebileceğinin de açıkça ortaya konmadığı görülmektedir. Tüm bu eleştirilere rağmen *Courage* kararı, rekabet ihlâlinden doğan zararların tazminine ilişkin ilkelerin belirlenmesi bakımından önemli dönüm noktalarından birisi olmuştur.

Adalet Divanı, daha sonra verdiği *Manfredi*²²⁷ kararında *Courage* kararına da atıfta bulunarak, şu ifadelere yer vermiştir; “herkes, ATA m. 81’e (şimdiki m. 101) göre yasak olan anlaşmaların veya davranışların geçersizliğini ileri sürebilir ve meydana gelen zararın tazminini isteyebilir, yeter ki anlaşma veya davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağı mevcut olsun”²²⁸. Böylece Adalet Divanı, zarar ve hukuka

²²³ C.D.C. Company (2007), s. 1-2.

²²⁴ Milutinovic (2007), s.729.

²²⁵ Komninos (2008), s.167.

²²⁶ Bu nedenle tüketiciler gibi geniş kitlelere dava açma hakkı tanınmaması gerektiği belirtilmiştir. Reich (2005), s. 38.; Basedow (2007), s. 21-22.

²²⁷ Karara konu olayda, İtalyan Rekabet Kurumu bazı sigorta şirketlerinin, sektörel bilgi alışverişinde bulunmak suretiyle sigorta primlerini belirlemeye yönelik kartel oluşturdıklarına karar vermiştir. Bunun üzerine söz konusu şirketlerle sözleşme yapmış olan bazı tüketiciler, kartel anlaşması nedeniyle primlerin yükseldiği ve bu yüzden zarar uğradıkları gerekçesiyle tazminat davası açmışlardır. Davanın görüldüğü mahkeme Adalet Divanı’na ön karar istemiyle başvurmuş ve ABA m. 81’in tüketicilerin tazminat taleplerine imkan verip vermediği ve rekabet ihlâlini gerçekleştirenler bakımından (örneğin hukuka aykırı fiille elde edilen menfaatin zarardan fazla olduğu durumlarda) cezalandırıcı tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği, sorularını yöneltmiştir. Kortunay (2008), s.93.

²²⁸ Vincenzo Manfredi v. Lloyd, ECJ C-295/04, 2006. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/>; Kortunay (2008), s. 93-94; Komninos (2008), s.174-175; M. Carpagano (2006). Private enforcement of

aykırı fiil arasında nedensellik bağının varlığını, tazminat davası açılabilmesi bakımından yeterli bulmuştur²²⁹. Adalet Divanı'nın, dava açmaya yetkili olanların kapsamını, tüketiciler ve dolaylı alıcıları da kapsayacak şekilde genişlettiği görülmektedir²³⁰. Diğer yandan kararda, ulusal rekabet hukuku kurallarında *cezalandırıcı tazminatın*²³¹ benimsenmesinin Birlik hukuku bakımından sorun teşkil etmeyeceği, ancak, bunun davacının sebepsiz zenginleşmesine yol açmaması gerektiği de ifade edilmektedir²³².

3.1.3. Yeşil kitap, beyaz kitap ve komisyon çalışma belgelerinde ele alınan konular ve bunlara ilişkin görüşler

AB Komisyonu, Adalet Divanı'nın kararlarının da etkisiyle özel hukuk yaptırımlarına ilişkin yoğun çalışmalar yapmaya başlamıştır. Bu kapsamda, Komisyon, ilk olarak, konuyu tartışmaya açmak amacıyla, 2005'de Yeşil Kitap'ı²³³ yayımlamıştır. Komisyon Yeşil Kitap'ı yayımlamadan önce, 2004 yılında *Ashurt* adlı bir hukuk

competition law arrives in Italy: analysis of the judgment of the European court of justice in joined cases c-295-289/04 manfredi. *The Competition Law Review*, Vol.3, Is.I, s. 71-72.

²²⁹ Komninos (2008), s.174

²³⁰ Komninos (2008), s.175.

²³¹ Cezalandırıcı tazminatın, zarar veren teşebbüslerin zararı aşan bir bedeli ödemeye mahkûm edilebileceklerini düzenlediği ve caydırıcılık esasına dayalı olduğu belirtilmektedir (örneğin üç kat ya da iki kat tazminat sisteminde olduğu gibi) Vincenzo Manfredi v. Lloyd, ECJ C-295/04, 2006.

²³² Kortunay (2008), s.94; Carpagnano(2006), s.71-72.

²³³“Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”, Commission of the European Communities, (Brussels: 19.12.2005, SEC 2005,1732), (“Yeşil Kitap” olarak adlandırılacaktır); Yeşil Kitap: AB Komisyonu tarafından belli bir konuda AB düzeyinde tartışma ve öneri sürecini başlatmak üzere yayımlanan dökümandır. Yeşil Kitapta birbirinden farklı, bazen birbiriyle çelişen alternatif çözüm önerileri ortaya konmaktadır. Yeşil Kitabın kapsadığı tartışma ve önerilerin sonuçları, bir Beyaz Kitabın konusunu oluşturmaktadır; Beyaz Kitap: Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan, belli bir konudaki Topluluk eylemine yönelik somut öneriler içeren dokümandır. Beyaz Kitap, genellikle Yeşil Kitabın bir uzantısı şeklinde ortaya çıkmakta ve Yeşil Kitapta varılan sonuçları, daha somut önerilere dönüştürmektedir. Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap sonucunda ortaya çıkan somut öneriler ışığında, Konsey, Konsey-Parlamento veya Komisyon tarafından tüzük ya da direktifler hazırlanmaktadır; Tüzük (Regulation): Bağlayıcı Topluluk tasarruflarıdır. Tüzükler genel nitelikli düzenlemeler olup, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren iç hukuka aktarma işlemine ihtiyaç bulunmaksızın üye ülkelerde doğrudan uygulanır hale gelir. Tüzükler bütünüyle bağlayıcı olup, üye devletler tüzük hükümlerini ulusal çıkarlarına uygun geldiği biçimde eksik veya seçerek uygulama hakkına sahip değildir. Tüzükler; Konsey, Konsey-Parlamento veya Komisyon tarafından çıkartılabilir (ATA. m.249); Direktif (Directive): Üye devletleri, ulaşılabacak sonuçlar bakımından bağlayan Topluluk tasarrufudur. Direktiflerin muhatabı sadece üye devletlerdir. Direktifler, tüzüklerden farklı olarak, üye devletlerin iç hukukunda doğrudan uygulanmaz; bir iç hukuk düzenlemesine ihtiyaç gösterirler. Üye devletler, direktifte öngörülen amaçları gerçekleştirmek için gerekli iç hukuk araçlarının seçiminde serbesttirler. Mevzuat uyumlaştırılmasında ağırlıklı olarak kullanılan direktifler; Konsey, Konsey-Parlamento veya Komisyon tarafından çıkartılabilir. (Bkz. ATA m. 249)

firmasına özel hukuk yaptırımlarını ele alan bir rapor hazırlatmıştır (*Ashurt Study*)²³⁴. Raporda, üye ülkelerdeki tazminat taleplerine ilişkin mevcut düzenlemeler ve uygulamalar irdelenmiştir. Bu kapsamda üye ülkelerde rekabet ihlâlinden doğan tazminat taleplerine ilişkin uygulamanın yeterince gelişmemiş olduğu ve üye ülke uygulamaları arasında önemli farklılıklar olduğunun altı çizilmiştir. Raporda, tazminat taleplerinin gelişiminin ve etkin bir şekilde uygulanmasının önündeki önemli engeller olarak; çoğu üye ülkede topluluk davası açma imkânının olmayışı, zarardan sorumlu tutulmak için kusur şartının aranması, delillerin toplanmasına ve ispat yüküne ilişkin davacılara kolaylık sağlanmaması, ulusal rekabet otoritelerinin kararlarının mahkemeler için bağlayıcı olmaması, zararın hesaplanmasına ilişkin uygun metotların olmaması, tazminat davalarına ilişkin zamanaşımı sürelerinin kısa oluşu ve yargılama giderlerinin davayı kaybeden tarafça karşılanması gösterilmektedir.

Raporda belirtilen birçok hususu dikkate alan AB Komisyonu, AB rekabet hukuku kurallarının ihlâlüne ilişkin tazminat davalarını ele alan Yeşil Kitabı ve onun eki olarak Komisyon Çalışma Belgesini²³⁵ yayımlayarak, tazminat taleplerinin geliştirilmesine yönelik yapılabilecek düzenlemeleri, çeşitli önerilerle birlikte tartışılmak üzere kamuoyuna sunmuştur. Ayrıca, Avrupa Parlamentosu, Yeşil Kitapta yer alan konular hakkında, çok kapsamlı olmamakla birlikte bazı somut çözüm önerileri getirmiştir²³⁶.

AB Komisyonu, Yeşil Kitap ve buna ilişkin görüş ve öneriler ışığında, gerçekleştirilmesi tasarlanan düzenlemeleri somutlaştırmak amacıyla, 2 Nisan 2008 tarihinde Beyaz Kitabı²³⁷ ve buna ilişkin Komisyon Çalışma Belgesini (2008)²³⁸

²³⁴ Commission of the European Communities (2004). Study on the conditions for damage in case of infringement of European Communities competition rules, comparative report. Brussels: Ashurt. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (Erişim tarihi: 10.02.2008)

²³⁵ Commission of the European Communities (2005). Commission staff working paper annex to green paper, Brussels: SEC 2005, 1732. s.179. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (Erişim tarihi: 11.02.2008)

²³⁶ The European Parliament and The European Economic and Social Committee (2007). Resolution and an opinion on the green paper. (2006/2207-INI). AB Parlamentosu tarafından yapılan bu çözüm önerilerine ilgili bölümlerde değinilecektir.

²³⁷ Commission of the European Communities (2008). White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rule. Brussels: SEC 2008, 404. ("Beyaz Kitap" olarak adlandırılacaktır). <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (Erişim tarihi: 01.05.2008)

yayımlamıştır. Komisyon, Beyaz Kitapta, tazminat taleplerine ilişkin olarak AB müktesebatında yapılması gerekli düzenlemelere yer vermiştir. Ancak, bundan sonraki dönemde ne gibi yasal düzenlemeler yapılacağı ve Beyaz Kitapta ve Yeşil Kitapta yer alan önerilerin ne şekilde değerlendirileceği henüz tam olarak kesinlik kazanmış değildir.

Hemen belirtelim ki Komisyon tüm bu belgelerde genel olarak özel hukuk yaptırımlarını değil, sadece onun bir kısmını oluşturan tazminat taleplerini ele almaktadır. Dolayısı ile rekabeti kısıtlayan anlaşmaların geçersizliği gibi, diğer özel hukuk yaptırımlarına yer verilmemiştir.

Çalışmanın bundan sonraki bölümünde, Yeşil Kitap ve buna ilişkin Çalışma Belgesinde yer alan görüş ve öneriler ayrıntılı olarak incelenecek ve bu çalışmalara ilişkin olarak Komisyon'un Beyaz Kitapla somutlaştırdığı öneriler, ilgili bölümlerde ele alınacaktır.

3.2. AB Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Maddî Hukuka İlişkin Esasları

3.2.1. Zarar kavramı ve zararın belirlenmesi

Haksız fiil sorumluluğu bakımından zarar kavramı malvarlığında meydana gelen azalma olarak ifade edilmektedir. Meydana gelen zararın fiilî zarar ya da yoksun kalınan kâr şeklinde gruplandırılması da mümkündür. Fiilî zarar malvarlığının ihlâlden önceki durumuna göre aktifinde azalma, pasifinde çoğalma olarak ifade edilebilirken, yoksun kalınan kâr, zarar görenin somut olay olmasaydı elde edeceği kazançtan yoksun kalmasını anlatır.

AB rekabet hukukunda tazminat geleneksel anlamıyla rekabet ihlâlinin sebep olduğu zararların telafisini (*compensate*) veya denkleştirilmesini (*equalization*) amaçlamaktadır. AB rekabet hukuku uygulamalarına bakıldığında, meydana gelen zararın tazmin edilmesinin zarar görenleri dava açmaya teşvik etmek için yeterli

²³⁸Commission of the European Communities (2008). Commission staff working paper”, accompanying the white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. Brussels: 2.4.2008.COM. 165 Final, SEC 404. (“Çalışma Belgesi 2008” olarak adlandırılacaktır). <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (Erişim tarihi: 01.05.2008)

olmadığı görülmektedir. Bundan dolayı, bazı üye ülkelerde, sadece rekabet hukuku kurallarının ihlâl edilmesi nedeniyle doğan zararların tazminini değil, ihlâli gerçekleştirenlerin elde ettikleri haksız kazançların iadesini (*recovery of illegal gain*) sağlayan düzenlemelerin de bulunduğu görülmektedir²³⁹. Özellikle ihlâlden kaynaklanan haksız kazancın meydana gelen zararın miktarını aştığı hâllerde, hukuka aykırı yolla elde edilen kazancın zarar görenlere iadesini talep hakkını tanımak, sadece meydana gelen zararın tazminini talep hakkını tanımaktan daha adil olacaktır²⁴⁰.

Bazı üye ülkeler, tazminat davalarının caydırıcılık etkisinden daha çok yararlanmak amacıyla, ihlâli gerçekleştirenlere yönelik cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) sistemini benimsenmektedir. Cezalandırıcı tazminat sisteminin benimsenmesiyle zararın tazmininin sağlanmasının yanı sıra, ihlâli gerçekleştirenlerin aynı tür ihlâlleri tekrarlamalarının da önüne geçilmektedir²⁴¹. Cezalandırıcı tazminat konusunda Adalet Divanı “*Manfredi*” kararında şu görüşlere yer vermiştir:

Birlik hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından tazminat kapsamının belirlenmesinde dikkate alınacak kriterler, orantılılık ve etkinlik ilkelerine riayet edilmek şartı ile iç hukuk kurallarına bırakılmıştır. Orantılılık ilkesi gereği, şayet iç hukuk hükümlerine göre cezalandırıcı tazminata hükmedilebiliyor ise AB rekabet kurallarının ihlâli nedeniyle de hükmedilebilmesi gerekir. Ancak bu, ulusal mahkemelerin davacının sebepsiz zenginleşmesine yol açmasını önleyici kararlar alınmasına engel değildir.

Ulusal hukuk sistemlerinde genellikle, meydana gelen zararın tazmine imkân verildiği, cezalandırıcı tazminata ise pek yer verilmediği görülmektedir²⁴².

Üye ülkelerdeki farklı uygulamalardan dolayı, AB rekabet hukuku kurallarının ihlâlinden kaynaklanan tazminat davalarında, tazminatın hangi tür zararları kapsayacağı konusu çözülmesi gereken en önemli sorunlardan biri haline gelmiştir. Adalet Divanı,

²³⁹ Komninos (2008), s.207; Çalışma Belgesi (2005), s. 34; D. Waelbroeck ve D. Slater (2006). The commission’s green paper on private enforcement. *European Competition Annual*, s. 427.

²⁴⁰ Çalışma Belgesi (2005), s. 34

²⁴¹ Çalışma Belgesi (2005), s. 34-35; bkz. Kortunay (2008), s. 94.

²⁴² İtalya, Fransa ve Almanya gibi üye ülke rekabet hukuku sisteminde, iki ya da üç kat tazminata yer verilmemekte, çoğu hâlde tazminat miktarı uğranılan zararı aşmamaktadır. Eilmansberger (2007), s. 431-432; Çalışma Belgesi (2005), s. 35-36.

*Brasserie du Pecheur*²⁴³ kararında, tazminatın kapsamı belirlenirken üye ülkelerin AB hukukuna uygun düzenlemeler yapmaları gerektiğini belirtmiştir²⁴⁴.

Yeşil Kitapta, tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin olarak 14 no'lu öneride, rekabet ihlâli sonucu meydana gelen zararın, tazminat miktarının hesaplanmasına esas alınması gerektiği belirlenmektedir. 15 no'lu öneriye göre ise, ihlâli gerçekleştirenlerin hukuka aykırı yolla elde ettikleri kazancın, tazminat miktarının belirlenmesine esas alınması gerekmektedir²⁴⁵.

Çalışma Belgesi 2005'e göre, hukuka aykırı yolla elde edilen kazancın, tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınması halinde iki değişik sistem izlenebilecektir. Bunlardan ilkinde, öncelikli olarak tazminat davası sonucunda elde edilen bütün hukuka aykırı kazancın iadesi kararı verilmekte, sonrasında hükme bağlanan tazminat miktarı mahkemece tüm zarar görenler arasında paylaştırılmaktadır. İkincisinde ise, zarar görenlerin hukuka aykırı yolla elde edilen tüm kazançların iadesini değil, sadece ihlâli gerçekleştirenlerle olan ticarî ilişkileri neticesinde ortaya çıkan hukuka aykırı kazançların iadesini talep etmelerine izin verilmektedir²⁴⁶.

Yeşil Kitap 16 no'lu öneride, rekabeti kısıtlayan yatay anlaşmalara²⁴⁷ özgü olarak, kendiliğinden ya da mahkemenin takdirine bağlı olarak işleyen iki kat tazminat sisteminin benimsenmesi gerektiği önerilmektedir. Bu öneri, ihlâli gerçekleştirenler bakımından fazlaca mali yük yaratacağı, davacılar bakımından sebepsiz zenginleşmeye yol açacağı ve kötü niyetli davacılar tarafından asılsız iddialarla çok sayıda dava açılmasını teşvik edeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁴⁸.

²⁴³ *Brasserie du pêcheur and Factortame*, Joined Cases C-46/93 and C-48/93 (5 March 1996).

²⁴⁴ *Brasserie du Pêcheur / Factortame III* C-46/93 and C-48/93, [1996]; Komninos (2008), s.210.

²⁴⁵ Yeşil Kitapta genel olarak birbirinden farklı, alternatif çözüm önerileri ortaya konmaktadır. Dolayısıyla aynı konuda birbiriyle çelişen önerilere sıkça rastlamak mümkündür.

²⁴⁶ Çalışma Belgesi (2005), s. 42-43. ; Komninos (2008), s.210- 211; J. Rüggeberg ve M. P. Schinkel (2006). Reply to selected question in the European Commission's green paper. Amsterdam: s. 14-15.

²⁴⁷ Yatay anlaşmalar üretim zincirinin aynı seviyesinde olan işletmelerin meydana getirdiği sınırlamalardır. Üretim zincirinin aynı seviyesinde faaliyet gösteren işletmeler birbirinin rakibidir. Bu tip anlaşmalara kartel anlaşmaları da denmektedir. Rakipler arasındaki rekabeti sınırlayıcı yatay anlaşmaların genellikle olumlu etkileri olmadığı için, per se yasak kabul edilirler. Y. Aslan (2007). Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama –Mevzuat. (4. Baskı). Bursa: Ekin Kitapevi, s. 247.

²⁴⁸ A. Riley ve J. Peysner (2006). Damage in EC antitrust action: who pays the piper?, s. 3-4; Bununla birlikte, iki kat tazminatın, sadece yatay anlaşmalarla sınırlı tutulması gerektiği, diğer ihlâl türlerini, örneğin dikey anlaşmaları ve lisans anlaşmalarını, bu anlaşmaların yaratacağı olumsuz etkinin yatay anlaşmalara nispeten daha hafif olacağı gerekçesiyle kapsamaması gerektiği ifade edilmektedir. Caton

Komisyon'a göre, meydana gelen zararın tamamen tazmini için, tazminat kararının kesinleşmesine kadar geçen sürenin dikkate alınması ve zarara uğrayan tarafa toplam zarar üzerinden hesaplanan faizi talep etme hakkının tanınması gerekmektedir. Uygulanacak faiz oranının ve faizin işletilmeye başlayacağı tarihin belirlenmesi konusu önem kazanmaktadır²⁴⁹. Yeşil Kitap 17 no'lu öneriye göre, ihlâlin meydana gelmesinden ya da zararın gerçekleşmesinden itibaren hesaplanmaya başlanan, dava öncesi süreci de kapsayan faiz taleplerine imkân verilmesi gerekmektedir²⁵⁰.

Komisyon, Beyaz Kitapta, zararın belirlenmesine yönelik olarak *Manfredi* kararına atıfta bulunarak, AB rekabet hukuku kurallarının ihlâlinden zarar görenlerin, bütün zararlarının tazminini isteyebileceklerini belirtmektedir. Ayrıca tazminatın, meydana gelen fiilî zarar ve yoksun kalınan kârla birlikte, zararın meydana gelmesinden itibaren işleyecek olan faizi de kapsamı gerektiği belirtilmektedir.

Beyaz Kitapta prensip olarak, tazminat miktarının fiilî zararı aşamayacağı, zararın üç katı ya da iki katı tazminat sisteminin adil olmayacağı, sonuç olarak telafi edici tazminat sisteminin benimsenmesi gerektiği yer almaktadır. Ancak tekrar *Manfredi* kararına atıfta bulunularak, AB rekabet hukuku kurallarının ihlâlinden zarar görenlerin, orantılılık ve etkililik ilkelerine uygun olmak ve AB kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla, iç hukuk hükümlerinde düzenlendiği takdirde, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesini talep edebilecekleri belirtilmektedir²⁵¹.

Avrupa Parlamentosu Beyaz Kitaba ilişkin olarak Mart 2009'da hazırladığı raporunda, Topluluk hukuku kapsamında yapılması gerekli yasal düzenlemelerle zararın

(2006). s. 18-19; Wils (2005), s. 93-110; Association Française des Entreprises Privées (2006). European Commission green paper (AFEP), s. 9-10; Avrupa Parlamentosu'na göre, tazminatın sebepsiz zenginleşmeye yol açmasını engellemek için, telafi edici tazminatın benimsenmesi ve tazminatın fiilî zararı aşmaması gerekmektedir. Ayrıca, rekabeti kısıtlayan yatay anlaşmalarda, zarara uğrayanların yoksun kaldıkları kârın karşılanması ve zararın daha fazla olduğunun ispatlandığı hâllerde iki kat tazminata karar verilebilmesi gerekmektedir. European Parliament, 2006/2207 (INI), s. 4-6.

²⁴⁹ Çalışma Belgesi (2005), s. 36; Komninos (2008). s. 211.

²⁵⁰ Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Question E, s. 7; Zararın ihlâlle aynı zamanda değil de daha sonra gerçekleştiği hâllerde, adil bir tazminat miktarına ulaşmak için, faiz miktarının zararın meydana geldiği tarihten itibaren hesaplanmasının daha uygun olacağı ileri sürülmektedir. Rüggeberg, a.g.m., s.16; J. Steenberg (2006). Comments on the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels, s. 5; Buna karşın, zararın tamamen giderilebilmesi için faizin rekabet ihlâlinden itibaren uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir. Italian Association Between Insurance Companies (2006). Answer by ANIA to the EC. green paper questionnaire on damages, s. 2-5; Competition Law Forum (2006). Submission to the commission in response to it's green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, s. 18-19.

²⁵¹ Komninos (2008), s.213.

iki katı ya da üç katı tazminine izin veren üye ülke düzenlemelerinin ortadan kaldırılması gerektiğini ifade etmektedir. Avrupa Parlamentosu raporda, zararın bir kereden fazla tazmin edilmesine imkân tanıyan ülkelerde davacıların tazminat davası açmayı yeğleyecekleri ve bu durumun da üye ülke uygulamaları açısından ciddi adaletsizliklere yol açacağı konusuna vurgu yapmaktadır²⁵².

Manevî zararların tazmini konusu, ne Yeşil Kitapta ne de Beyaz Kitapta yer almaktadır. Manevi tazminat taleplerinin kabul edilmesinin AB rekabet hukuku kuralları gereği mümkün olmadığı söylenebilir²⁵³. AB rekabet hukukunda sadece, rekabeti ihlâl eden davranışlar sonucu meydana gelen maddî zararların tazmininin istenmesi mümkündür²⁵⁴.

3.2.2. Normun koruma amacı kriteri

Normun koruma amacı kriteri, hukuk kurallarından doğan davranış yükümlerinin yalnızca belli menfaatleri korumak istediği düşüncesinden yola çıkmaktadır. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğu bakımından, ihlâli gerçekleştirenleri ihlâl sonucu meydana gelen bütün zararları tazmin yükü altına sokmak, normun koruma amacı prensibine uygun düşmez²⁵⁵.

Hangi zararların tazmin edileceği ve dolayısıyla kimlerin tazminat davası açabileceğini belirlemeye ilişkin önemli ilkelerden birisi olan normun koruma amacı prensibi, davacı grubu fazlaca sınırladığı gerekçesi ile AB hukukunda yoğun olarak eleştirilmektedir.

Adalet Divanı *Courage* kararında, ihlâlin sebep olduğu tüm zararların tazmin edilmesine karar vermiştir. Ayrıca kararda, tazminata hükmedilebilmesi bakımından ihlâl edici davranış ile zarar arasında nedensellik bağının kurulması yeterli görülmüş, dava açabilecek kişiler açısından ek bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Sonuç olarak Adalet Divanı bu kararda belirtilen ilkeleri temel referans olarak görmekte ve zarar görenlerin ATA m. 101 veya 102 hükmünün koruma alanına girip girmediğine

²⁵² Beyaz Kitap, s. 6-7; ÇalışmaBelgesi (2008), s. 55-58; European Parliament Resolution of 26 March 2009 on the white paper on damage actions for breach of the EC competition rules [2008/2154 (INI)], s.6.

²⁵³ Cartels Working Group (2007). Interaction of public and private enforcement in cartel cases. Moscow: International Competition Network, s. 7.

²⁵⁴ European Parliament (2009), 2008/2154 (INI), s. 5.

²⁵⁵ Komninos (2008), s.194-195.

bakmaksızın, ihlâl nedeniyle zarar gören herkese tazminat talep etme hakkı tanınması gerektiğini belirtmektedir²⁵⁶. Komisyon da, davacı grubunu fazlaca sınırlayacağı ve artmakta olan tazminat talepleri üzerinde olumsuz etki yaratacağı düşüncesi ile Adalet Divanı ile aynı görüşte olup, tazminat taleplerinin kabulü için zararın, normun koruma amacı içinde yer almasının gerekli bir şart olmadığı görüşünü benimsemektedir²⁵⁷.

3.2.3. Nedensellik bağı

Nedensellik bağı, tüm ulusal hukuk sistemlerinde haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurları arasında yer almaktadır²⁵⁸. Zararla ihlâl arasında nedensellik bağının mevcut olması, zararın ihlâl sonucu ortaya çıkması, ihlal olmaksızın zararın ortaya çıkmayacağının kesin olarak belirlenmesi, sorumluluğun doğması için olmazsa olmaz koşul görünümündedir²⁵⁹.

Nedensellik bağının gerekliliğine ilişkin olarak ulusal hukuk sistemlerinde, uygun nedensellik, doğrudan nedensellik ya da öngörülebilir nedensellik gibi farklı teoriler kabul edilmektedir. AB hukukunda hakim fikir, uygun nedensellik bağının aranması gerektiği şeklindedir²⁶⁰.

Nedensellik bağının ispatı ihlâlden zarar gördüğü iddası ile tazminat davası açan tarafa düşmektedir. İhlal ile zarar arasında nedensellik bağının varlığını ispat etmek, , konunun ekonomik karmaşıklığı yüzünden çoğu zaman oldukça zordur. Rekabet ihlâli sebebi ile bir mal ya da hizmete rekabetçi piyasadaki fiyatından daha fazla ödeme yapmak zorunda kalanlar, bu fiyat farklılığının ihlâlden kaynaklandığını ispatlamalıdır. Buna karşı davalılar, zararın piyasa koşulları ya da üçüncü kişilerin davranışları gibi kendi faaliyetleri dışında bir nedenden kaynaklandığını ispat ederek sorumluktan kurtulabilir²⁶¹.

3.2.4. Kusur şartı

AB’de haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kurallara baktığımızda, haksız fiili gerçekleştirenlerin meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırı

²⁵⁶ Eilmansberger (2007), s. 463-464.

²⁵⁷ Çalışma Belgesi (2005), s. 77.

²⁵⁸ Çalışma Belgesi (2005), s. 77; Eilmansberger (2007), s. 469; Amoto ve Ehlermen (2007), s. 747.

²⁵⁹ Komninos (2008), s.209 ; Baykal, (2006), s. 109.

²⁶⁰ Eilmansberger (2007), s. 467-468; Caton (2006), s. 19.

²⁶¹ Komninos (2008), s.209; Çalışma Belgesi (2005), s. 77.

bir davranışın kusurlu olarak zarara yol açmış olması gerektiğini görürüz. Kusur kasıt ya da ihmal şeklinde belirebilir. Kusurun varlığını ispat yükünü ise ihlâlden zarar gördüğünü iddia eden taraf taşır²⁶².

Ulusal rekabet hukuku kurallarına bakıldığında, tazminat sorumluluğuna ilişkin genel kurallar bakımından farklı yaklaşımların olduğu görülmektedir²⁶³. Kimi ülkelerde, rekabet ihlâlinden doğan tazminat taleplerinin kabulü için davacıların, davalının kusurlu olduğunu ispat etmeleri gerekmemektedir²⁶⁴. Bu ülkelerde davacının haksız fiilin diğer unsurlarının varlığını ispat etmesi, tazminat sorumluluğunun doğması bakımından yeterli görülmekte, yani ihlâlin tespitiyle davalının kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmektedir. Söz konusu kusur karinesi bazı ülkelerde kesin karine olarak, bazı ülkelerde ise aksi ispat edilebilir karine olarak düzenlenmiştir²⁶⁵. Kimi ülkelerde ise, kusurun varlığını ispat yükü, sorumluluk hukukuna ilişkin genel kurallara uygun şekilde, ihlâlden zarar gören davacıya ait olmaktadır.

Yeşil Kitapta, kusur sorumluluğuna ilişkin olan 11 no’lu öneride, ihlâlin ispatının tazminat taleplerinin kabulü bakımından yeterli olacağı, ayrıca kusurun ispatına gerek olmadığı, sorumluluğun ihlâlin kendisinden kaynaklandığı belirtilerek kusursuz sorumluluk benzeri, kesin karine niteliğinde bir düzenlemenin getirilmesi önerilmektedir²⁶⁶. Bu öneriye karşın, tazminat hukukunun doğası gereği davacının davalının kusurunu ispatlaması gerektiği, ancak kusurun ispatından sonra davalının bunu çürütmek için ispat faaliyete başlaması gerektiği de ileri sürülmektedir²⁶⁷.

Yeşil Kitapta yer alan 12 no’lu öneriye göre, rekabet hukuku kurallarının yalnızca ciddi ve ağır bir şekilde ihlâl edildiği hâllerde, tazminat taleplerinin kabulü için, ihlâlin ispatı yeterli olacak, ayrıca kusurun varlığının ispatı aranmayacaktır. Bu

²⁶² Komninos (2008), s.194-195.

²⁶³ Waelbroeck ve Slater (2006), s. 436-437; Komninos (2008), s.194-195.

²⁶⁴ Bu ülkeler arasında; Çek Cumhuriyeti, İrlanda, Slovakya ve İngiltere bulunmaktadır. Çalışma Belgesi (2005), s. 38. Green Paper Question D; Çalışma Belgesi (2005),s. 31; AB rekabet hukukunun genel ilkelerine baktığımızda, ABA m. 81. ve 82.’ye aykırılığın olduğu hâllerde, Komisyon veya Adalet Divanı’nca, kamu hukuku yaptırımlarının uygulanabilmesi için, ayrıca kusurun ispatı gerekli görülmemiştir. Bu noktada, AB yargı içtihatları, rekabeti kısıtlama amacı veya etkisi olabilecek anlaşmaların veya uyumlu eylemlerin varlığını, ihlâlin ispatı için yeterli görmektedir. Çalışma Belgesi (2005), s. 32-33; Amoto ve Ehlermen (2007), s. 728.

²⁶⁵ Amoto ve Ehlermen (2007), s. 756.

²⁶⁶ Caton (2006), s. 1.

²⁶⁷ CMS Law Firm (2006). Comments on the green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. Competition Practice Group, s. 9.

öneriye ilişkin olarak, rekabet hukuku kurallarının ağır bir şekilde ihlâlüne yol açtığı kabul edilen yatay anlaşmalarda dahi, söz konusu karinenin aksini ispatlama hakkının davalıya tanınması gerektiği, kusur karinesinin kesin karine niteliğinde olmaması gerektiği öne sürülmektedir²⁶⁸.

AB hukukunda, kusur sorumluluğuna ilişkin önemli tartışmalardan birisi davacının, davalının kusurunu ispatlama konusunda yaşayacağı güçlükleri nasıl aşacağına ilişkindir. Davacının tazminat talebinin kabul edilebilmesinin, davalının kusurunun ispat edilmesi şartına bağlandığı hâllerde ispat güçlükleriyle karşılaşılacağı ortadadır²⁶⁹. Kanaatimizce, Adalet Divanı'nın içtihatları da dikkate alındığında, kusurun ispatına ilişkin yaşanabilecek güçlüklerin aşılması bakımından ihlâlin varlığı halinde kusurun karine olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Beyaz Kitapta, Adalet Divanı içtihatlarına uygun olarak, zarar görenlerin ATA m. 101 ve 102 hükümlerinin ihlâl edildiğini ispatlaması üzerine, ihlâli gerçekleştiren tarafların zarardan sorumlu olacakları belirtilmektedir. Ancak ihlâli gerçekleştirenlere, ihlâlin esaslı bir hata sonucu meydana geldiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı da tanınmaktadır. Hatanın esaslı sayılması için ise ihlâli gerçekleştirenlerin, basiretli bir kimsenin göstereceği dikkati göstermelerine rağmen ihlâlin gerçekleştiğinin ya da davranışlarının rekabeti sınırladığının gerçekten farkında olmadıklarını ispatlamaları gerekmektedir²⁷⁰.

3.2.5. Zararın intikali savunması ve dolaylı alıcı kuralı

Doğrudan alıcılar, bazı hâllerde rekabet ihlâli nedeniyle uğradıkları zararlarının bir kısmını ya da tamamını, sonraki alıcılara (dolaylı alıcılara) intikal ettirmektedir. Bu hallerde dolaylı alıcılara intikal ettirilen zararlar ilgili olarak, cevaplanması gereken iki önemli sorun ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, doğrudan alıcının zararının bir kısmını veya tamamını sonraki alıcılara intikal ettirdiği ve zararını azalttığı hâllerde, mahkeme intikal ettirilen miktarı tazminatı hesaplarken dikkate alacak mıdır? İkincisi

²⁶⁸ Allen&Overy (2006). European commission green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. International Legal Practice Firm, s. 3.

²⁶⁹ Komninos (2008), s.194-195; Allen&Overy (2006), s. 3.

²⁷⁰ Beyaz Kitap, s. 6-7; Çalıma Belgesi (2008), s. 53-54.

ise doğrudan alıcı tarafından kendilerine intikal ettirilen zararın tazmini için dolaylı alıcılara dava açma hakkı tanınacak mıdır?²⁷¹

Rekabet ihlâli nedeniyle meydana gelen fiyat artışları, sadece doğrudan alıcılar bakımından bir zarara yol açmamakta, tedarik zinciri içindeki diğer alıcılar ve tüketiciler de zarara uğramaktadır. Ancak, bu durumda zararın ne kadarının, kimlere intikal ettirildiğinin tespit edilmesinin oldukça güç olacağı da ortadadır. Zararın intikali konusunda, yaşanabilecek bir başka sorun ise, zararını diğer alıcılara intikal ettiren doğrudan alıcının, bir de tazminat talep edebilmesinin sebepsiz zenginleşmeye yol açma ihtimalinin yüksek olmasıdır²⁷².

Zararın intikali savunmasının kabul edildiği hâllerde davalıların, zararın diğer alıcılara intikal ettirildiğini ve doğrudan alıcının satış miktarında veya müşteri çevresinde bir azalma olmadığını ispat etmeleri gerekmektedir²⁷³. Ancak, zararın intikaliyle birlikte tazminat talebinde bulunmanın, her zaman sebepsiz zenginleşmeye yol açacağının kabul edilmesi doğru olmayabilir. Özellikle, fiyattaki artış nedeniyle satış miktarı ya da müşteri çevresi azalan doğrudan alıcıların zararlarının tazmini, sebepsiz zenginleşmeye yol açmayabilir²⁷⁴.

AB rekabet hukukunda zararın intikali savunması ve dolaylı alıcı davalarına ilişkin yeşil kitabın yayımlanmasına kadar konunun ele alınmadığı görülmektedir. Ancak, *Courage* kararında da belirtildiği üzere, Adalet Divanı'nın, dolaylı alıcıların taleplerine ilişkin olarak herhangi bir sınırlamanın getirilmesinden yana olmadığı görülmektedir²⁷⁵. Dolaylı alıcıların tazminat taleplerinin kabul edildiği, zararın intikali

²⁷¹ Komninos (2008), s.199-201; Çalışma Belgesi (2005), s. 45; Jones ve Matsushita (2002), s. 242; Waelbroeck ve Slater (2006), s. 438-439; Milutinovic (2007), s.743-747.

²⁷² Allen&Overy (2006), s. 3; Milutinovic (2007), s.743-747.

²⁷³ Çalışma Belgesi (2005), s. 47-48; Baker&Mckenze (2006). Response to green paper on private enforcement. European Competition Law Practice Group, s. 12; Competition Law Forum (2006), s. 16; Eilmansberger (2007), s. 474-475; A.Rinne (2009). Damage actions: The interplay between the passing on defense and indirect purchaser compensation, s.1-4. http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-3574700_ITM (Erişim Tarihi: 05.06.2010)

²⁷⁴ F. Verboven ve T. Dijk (2007). Cartel damages claims and the passing-on defense, CEPR Discussion Paper, s. 2-4, www.cepr.org/DP6329 - 18k (Erişim Tarihi: 05.04.2008)

²⁷⁵ CMS Law Firm (2006), s. 12; G. Kosicki ve M. Cahill (2006). Economic of cost pass through and damages in indirect purchaser antitrust cases, *Antitrust Bulletin* Vol. 51, s. 599-600; European Parliament Resolution of 26 March 2009 on the White paper on damage actions for breach of the EC competition rules [2008/2154 (INI)], s. 2-3.

savunmasının kabul edilmediği durumlarda, davalıların zararının bir kereden fazla tazmin edilmesi ihtimali gündeme gelmektedir.

Yeşil Kitap 21 no'lu öneride, davalıların yapacağı zararın intikali savunmasına ve hem doğrudan hem de dolaylı alıcıların tazminat taleplerinin kabul edilmesine imkân verilmektedir. Ancak bu yöntemin kabulü, tazminatın doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında paylaştırılması gerektirmektedir²⁷⁶. Bu durumda, paylaşımın adil bir şekilde yapılması için, tedarik zinciri içinde zararın ne kadarın, kimlere intikal ettirildiğinin tam olarak tespiti gerekmektedir²⁷⁷.

Zararın intikali savunmasının kabulü halinde esas sorun, zararın tamamının intikal ettiğinin davalı tarafından ispatlandığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, doğrudan alıcının tazminat talebinin kabul edilmemesi; dolaylı alıcıların ise, ellerinde yeterli delil olmaması nedeniyle, ihlâlî ve uğradıkları zararı ispatlayamamaları söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla davalının, ihlâl sebebi ile tazminat ödemekten tamamen kurtulması ihtimali ortaya çıkmaktadır²⁷⁸.

Yeşil Kitap 22 no'lu öneride, zararın intikali savunmasının kabul edilmemesi ve sadece doğrudan alıcıların tazminat taleplerinin kabul edilmesi yer almaktadır. Doğrudan alıcıların zararlarını ve ihlâlî ispat etmede dolaylı alıcılara göre daha avantajlı olduğu düşünüldüğünde, doğrudan alıcıların davalarında daha başarılı olacakları söylenebilir. Ayrıca, AB'de, çok sayıda dolaylı alıcının taraf olduğu bir davanın yürütülebilirliği de sorgulanmaktadır²⁷⁹. Ancak bu önerinin uygulamaya konulması halinde, zararını tamamen ya da kısmen diğer alıcılara intikal ettiren doğrudan alıcıların sebepsiz zenginleşmesi ihtimali söz konusu olabilecektir²⁸⁰.

Yeşil Kitap 23 no'lu öneride, zararın intikali savunmasının kabul edilmemesi ve hem doğrudan hem de dolaylı alıcıların tazminat taleplerinin kabul edilmesi yer almaktadır. Bu önerinin kabul edilmesi halinde, tazminat miktarı meydana gelen fiilî

²⁷⁶ Çalışma Belgesi (2005), s.49-50.

²⁷⁷ Spanish Section of the Ligue Internationale Du Droit De La Concurrence (2006). Observation to the green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. Madrid: s.8.

²⁷⁸ Office of Fair Trading (2006). Response to green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, s. 15. Bu nedenle, Amerikan rekabet hukukunda zararın intikali savunmasının kabul edilmemesindeki en önemli nedenlerden birisi olarak, davalıların hukuka aykırı davranışlarından elde ettiği kazancı muhafaza etme ihtimalinin ortadan kaldırılması, gösterilmektedir.

²⁷⁹ Baker&Mckenze (2006),s. 12.

²⁸⁰ Çalışma Belgesi (2005), s.51; Rüggeberg (2006), s. 18.

zararı aşabileceğinden, bu durumun teşebbüsler bakımından aşırı caydırıcı olacağı ve ticarî faaliyetlerini olumsuz etkileyebileceği ifade edilmektedir²⁸¹.

Yeşil Kitap 24 no'lu öneri ise, iki aşamalıdır. İlk aşamada, zararın intikali savunması kabul edilmeyerek, zarar görenlerin tamamına dava hakkı tanınmaktadır. İkinci aşamada ise tazminat zarar görenler arasında paylaştırılmaktadır. Bu yöntemin uygulanması teknik olarak zor olmakla beraber, zarar gören herkesin zararının giderilmesine imkân sağlamaktadır.

Beyaz Kitapta, zararın intikali savunmasının kabul edilmemesi halinde bunun, zararını sonraki alıcılara intikal ettiren doğrudan alıcılar bakımından sebepsiz zenginleşmeye ve davalılar açısından zararın bir kereden fazla tazminine yol açabileceği belirtilmektedir. Bu nedenle zararın intikali savunmasının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁸². Ayrıca, *Courage* ve *Manfredi* kararlarına atıfta bulunularak, rekabet ihlâliyle meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağının var olması halinde zarar gören herkesin dava açabileceği, bu gruba dolaylı alıcıların da dahil olduğu ileri sürülmektedir²⁸³.

3.2.6. Tazminat hesaplaması

AB rekabet hukuku kuralların ihlâli sebebiyle açılan tazminat davalarında zarar gördüğü iddiasında bulunanlar, uğradıkları zararın miktarını belirtmek ve ispatlamak zorundadır. Ancak rekabet hukukunda zararın miktarını tam olarak belirleyebilmek, ihlâllerin karmaşık ekonomik yapısı gereği zordur.

Tazminat taleplerine konu olan zarar genellikle, rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşma ya da hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla, rekabetçi piyasaya oranla fiyatlarda meydana gelen artış (monopol fiyatı) nedeniyle yapılan fazla ödemeden kaynaklanmaktadır. Zarar rekabetçi piyasaya göre daha az sayıda mal ya da hizmet alma nedeniyle oluşan yoksun kalınan kâr şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.

²⁸¹ R. V. Bergh ve W. V. Marc (2006). The EC green paper on damages actions in antitrust cases an academic comment, s. 15-16.

²⁸² Beyaz Kitap, s. 7-8.

²⁸³ Milutinovic (2007), s.749; Ancak, zararın intikali savunması kabul edilen davalının, dolaylı alıcıların ihlâli ispat etmede yaşacağı güçlüklerden yararlanıp, ihlâl neticesi elde ettiği kazancı muhafaza etmesinin önlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle dolaylı alıcılar lehine, “zararın kendilerine intikal ettirildiğinin kabulüne dair”, kesin olmayan bir karinenin kabul edilmesi gerektiği, haklı olarak ifade edilmektedir. Beyaz Kitap, s.4- s. 8, Çalışma Belgesi (2008), s. 13-15.

Bunların yanında, yıkıcı fiyat uygulaması ya da mal satmayı reddetme yoluyla rakipleri pazar dışına itme nedeniyle de zarar ortaya çıkabilmektedir.

Zararın meydana gelmesinde veya çoğalmasında zarar görenin de kusurunun olduğunun davalı tarafından ispatlanması ya da mahkemece ortaya çıkartılması, tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olmaktadır²⁸⁴. Ayrıca davacı bir menfaat elde etmişse bu menfaatin de tazminat miktarının hesaplanmasında mahkemece dikkate alınması gereklidir²⁸⁵.

Davacının, ihlâl sonrası içinde bulunduğu durum ile ihlâl olmasaydı içinde bulunacağı (varsayımsal) durum arasındaki farkı tam olarak hesaplayabilmesi için, ayrı ayrı ya da birlikte kullanılabileceği çeşitli ekonomik yöntemler bulunmaktadır. Bunlardan, “*önce- sonra yönteminde*”, zararın miktarı normal piyasa dönemindeki bir malın piyasa fiyatı ile rekabet ihlâlinden sonraki dönemde oluşan ve ihlâlden etkilenmiş fiyatlar arasında yapılan karşılaştırma sonucu hesaplanır. “*Mukayese yönteminde*” ise ihlâlden etkilenmeyen benzer piyasadaki fiyatlarla, ihlâl sebebiyle bozulmuş piyasadaki fiyatlar karşılaştırılarak zarar hesaplanır. “*Maliyet bazlı yöntemde*” ise ihlâlin, ortalama birim üretim maliyetleri üzerindeki etkisine bakılmaktadır. Bu yöntemlerden daha karmaşık yapıya sahip olan “*fiyat tahmini yönteminde*” ise, zararın miktarının tespiti için birtakım ekonometrik metotlar kullanılmakta ve ihlâl edici davranış olmasaydı, davacının içinde bulunacağı (varsayımsal) durum ortaya konmaya çalışılarak zarar hesaplanmaktadır²⁸⁶.

Yeşil Kitap öneri 18’de, tazminat miktarının hesaplanmasının uygun ekonomik yöntemlerin kullanılması koşuluyla mahkemenin takdirine bırakılması, öneri 19’da Komisyonun zarar miktarının belirlenmesi için yol gösterici bir rehber hazırlaması önerilmektedir²⁸⁷.

Beyaz Kitapta, zarar miktarının hesaplanmasındaki güçlüklerin aşılması amacıyla Komisyon’un değişik yöntemleri ele alan ve üye ülkeler bakımından bağlayıcılığı olmayan bir klavuz hazırlanması gerektiği yer almaktadır²⁸⁸. Bu

²⁸⁴ Çalışma Belgesi (2005), s. 38; Cartels Working Group (2007), s. 13-14.

²⁸⁵ Çalışma Belgesi (2005), s. 38.

²⁸⁶ Çalışma Belgesi (2005), s. 40-41.

²⁸⁷ Competition Law Forum (2006), s. 14.

²⁸⁸ Beyaz Kitap, s. 7; Çalışma Belgesi (2008), s. 59-60.

doğrultuda AB komisyonu 2009'da tazminatın hesaplanmasına ilişkin klavuz yayımlamıştır²⁸⁹. Klavuzda ilk olarak ihlâlin hangi piyasada (ekonomik sektörde) etkisini gösterdiği tespit edilmeye çalışılmakta, hangi tip ihlâllerin ne tür zararlara yol açabileceği tespit edilmekte ve bu ihlâlden kimlerin ne şekilde zarar görebileceği üzerinde durulmaktadır. İkinci olarak zararın hesaplanmasına ilişkin temel ekonomik yöntem ve modeller belirlenmiş ve bu yöntemlerin uygulanmasına ilişkin örnek tazminat hesaplamaları yapılmıştır.

3.2.7. Müteselsil sorumluluk ve zamanaşımı

AB rekabet hukukunda ihlâli birlikte gerçekleştirenlerin zarardan müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilmiştir. Davalıların zarardan müteselsil sorumlu olmaları, özellikle ihlâle karışan bazı teşebbüslerin tazminat ödemekten aciz olmaları ya da teşebbüslerin bir kısmının AB üyesi olmamaları halinde, davacılar açısından önemli bir güvence oluşturmaktadır. Ancak, müteselsil sorumluluğun pişmanlık programından yararlanan teşebbüsler bakımından kabul edilmemesi önerilmektedir²⁹⁰.

Tazminat davalarında zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi, taleplerin ileri sürülmesi bakımından önemli bir yere sahiptir. Zira rekabet hukuku kurallarının ihlâl edildiğinin tespitine ilişkin delillerin elde edilmesindeki güçlükler, kısa zamanaşımı süreleriyle birleşince, tazminat davalarının açılmasının hayli güçleştiği görülmektedir. Bu nedenle daha uzun zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi, davacıların üzerindeki bir an evvel dava açıp zamanaşımı süresini durdurma isteğinden kaynaklanan baskıları da azaltacağından, özellikle ihlâl kararını takiben açılacak tazminat davaları bakımından oldukça faydalı olacaktır.

Üye ülke düzenlemelerine bakıldığında, zamanaşımına ilişkin birbirinden çok farklı esasların benimsendiği görülmektedir. Kimi ülkelerde, zamanaşımı süresi, zarara uğrayanların ihlâli öğrenip öğrenmemelerine bakılmaksızın, ihlâlin gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Kimi ülkelerde ise, zarara uğrayanların zararı öğrendikleri ya da normal koşullarda öğrenmeleri gereken tarihten itibaren işlemeye

²⁸⁹ Quantifying antitrust damages. towards non-binding guidance for courts (2009). European Commission. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

²⁹⁰ Çalışma Belgesi (2005), s. 66; Beyaz Kitap, s. 10

başlamaktadır²⁹¹. Ancak çoğu ülkede kısa zamanaşımı süresi zarara uğrayanın zararı öğrendiği tarihten, uzun zamanaşımı süresi ihlâlin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlamak üzere, birlikte uygulanmaktadır²⁹².

Zamanaşımına ilişkin Yeşil Kitapta yer alan öneri 36'da, zamanaşımı süresinin kamu soruşturması boyunca durmasının ya da daha uzun zamanaşımı sürelerinin benimsenmesinin, özellikle ihlâl ile ilişkin soruşturmaları takiben açılacak davaların teşvikine yardımcı olacağı belirtilmektedir²⁹³. Komisyon tarafından ya da ulusal rekabet otoritelerince ihlâl ile ilişkin yürütülen soruşturma boyunca zamanaşımı süresinin durması ya da zamanaşımı süresinin mahkemenin ihlâl ile ilişkin kesin kararından sonra işlemeye başlaması önerilmektedir.

Komisyon Beyaz Kitapta, *Manfredi*²⁹⁴ kararına atıfta bulunularak, zamanaşımı süresinin çok kısa olması halinde tazminat taleplerinin ileri sürülmesinin önemli derecede zorlaşabileceğini belirtmektedir. Bu nedenle devam eden ya da tekrarlanan ihlâllerde, zamanaşımı süresinin ihlâl sona ermeden ya da tamamlanmadan işlemeye başlamamasına dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Ayrıca, zarar görenlerin ihlâli ve uğradıkları zararı öğrenebilecekleri makul bir süreden önce zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır. Genel olarak zamanaşımı süresi ihlâlin ve zararın öğrenildiği tarihten itibaren 5 yıldır. Komisyon ya da ulusal rekabet otoritelerinin kararından sonra açılacak davalarda zamanaşımı süresinin, bu kararların kesinleşmesinden itibaren 2 yıl olması gerektiği belirtilmektedir. Beyaz Kitapta, ihlâlin gerçekleştirildiğine ilişkin Komisyon ya da ulusal rekabet otoritelerinin kararından sonra açılacak davalar için önerilen zamanaşımı süresinin, genel zamanaşımı süresinden daha kısa olduğu görülmektedir. Ancak, ihlâlin tespit edildiğine dair kararın

²⁹¹ İspanya gibi.

²⁹² Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Almanya, Estonya, Hollanda, Yunanistan, Polonya, Slovakya, Slovenya gibi. Çalışma Belgesi (2005), s. 75-76; 1/2003 sayılı tüzüğün 25. maddesine göre, para cezalarına ilişkin zamanaşımı süresi ihlâlin gerçekleştiği tarihten itibaren, devam eden ya da tekrarlanan ihlâllerde ise ihlâlin sona ermesinden sonra işlemeye başlayacaktır.

²⁹³ Avrupa Parlamentosu, ihtilafları çözmek için taraflar arasında, müzakere ve arabuluculuk gibi yöntemlerin kullanılması halinde de zamanaşımı süresinin durması gerektiğini belirtmiştir. Baker&Mckenze (2006), s. 16-17.

²⁹⁴ Adalet Divanı zamanaşımı süresiyle ilgili olarak *Manfredi* kararında; “Bu meselenin esasen ulusal mevzuatlara bırakılmış olduğunu, ancak zamanaşımı süresinin kartelin meydana geldiği tarihte işleyeceği yönündeki bir iç hukuk hükmünün -özellikle sürenin çok kısa olması halinde- tazminat taleplerinin ileri sürülebilmesini önemli derecede zorlaştırabileceğine işaret ederek, ulusal mahkemelerce bu yönde bir denetimin yapılması gerektiğini” vurgulamıştır. Kortunay (2008), s.110.

varlığı, tazminat davalarında davacıların işini hayli kolaylaştıracağından, bu sürenin kısa tutulmasının herhangi bir sakınca yaratmayacağı da ortadadır²⁹⁵.

3.2.8. Pişmanlık programlarının tazminat taleplerine etkisi

AB rekabet hukukunda pişmanlık programları, özellikle son yıllarda kartelle mücadelenin en önemli araçlarından ve rekabet otoritelerinin kartellere ilişkin bilgilere erişmesinin önemli kaynaklarından birisi olmuştur²⁹⁶. Bu nedenle, Komisyon tarafından 1996’da yayımlanan 96/C 207/04 Sayılı “*Pişmanlık Bildiriminin*²⁹⁷” ardından, çoğu üye ülkenin ulusal hukuklarında pişmanlık programlarına yer verdiği görülmektedir²⁹⁸. Daha sonra Komisyon 2002’de yayımladığı Pişmanlık Bildirimiyle²⁹⁹, 1996 tarihli pişmanlık bildiriminde önemli değişiklikler yaparak, pişmanlık uygulamalarını daha etkin kılmayı amaçlamıştır. Komisyon 2002 tarihli pişmanlık bildirimi ile işbirliğinde bulunan ilk teşebbüse ceza verilmemesini güvence altına almıştır. Ayrıca karteli ilk bildiren teşebbüs yanında, daha sonra işbirliği yapan diğer kartel üyelerine de para cezalarında indirim imkânı sağlamıştır.

2002 tarihli pişmanlık bildiriminden sonra AB Komisyonu 2006’da “*Kartel Davalarında Para Cezalarından Muafiyet ve Para Cezalarının İndirilmesine İlişkin Bildiri*”yi yayımlayarak uygulamaya koymuştur³⁰⁰. Komisyon, bildiride, pişmanlık programlarından yararlanmak suretiyle para cezası verilmemiş ya da indirimden yararlanmış olmanın, ATA m. 101 kapsamındaki ihlâllerden doğan zararın tazmin edilmesi taleplerine engel olmayacağını belirtmektedir³⁰¹. Bu halde pişmanlık uygulamalarının bile teşebbüsler bakımından artık tam bir koruma sağlamadığı söylenebilir.

²⁹⁵ Beyaz Kitap, s. 8; J. Kortmann (2008). A tort lawyer’s perspective on the EC white paper. *Tilburg Law and Economics Center Workshop on Private Enforcement of Competition Law*, Tilburg University, s. 9.

²⁹⁶ Komisyon’un, yapılan çok sayıdaki pişmanlık başvurusuyla, özellikle gizli kalmış birçok ihlâlden haberdar o larak, çok sayıda soruşturma başlattığı görülmektedir. Eilmansberger (2007), s. 435.

²⁹⁷ Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases [1996] O.J.: C207, 18.07.1996.

²⁹⁸ Pişmanlık programları, Çek Cumhuriyeti 2002; Macaristan 2003; Fransa, Hollanda, Belçika, Polonya, Estonya, Letonya, İsveç, Litvanya ve Finlandiya ise 2004 yılında uygulamaya koymuşlardır. Basedow (2007), s. 218.

²⁹⁹ Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, 2002/C, OJ C 45/3 of 19.2.2002.

³⁰⁰ “Commission Notice on Immunity From Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases”, (Leniency Notice) ,O.J. 2006/C 298/11

³⁰¹ Commission Notice, Para.29.; M. Antalics vd. (2009). Developments in international leniency agreements: 2007 to 2008. *The Antitrust Review of the Americas*, s. 8-9.

Tazminat taleplerinin gündeme geldiği birçok dava, pişmanlık başvurusunu takiben açılmıştır³⁰². Pişmanlık başvurusu yapıldıktan sonra ihlâli gerçekleştirenlerden tazminat talebinde bulunanlar, ihlâlin gerçekleştiğini ve davalının kusurlu olduğunu ispatlamak zorunda kalmayacaktır³⁰³.

Pişmanlık programlarının yaygınlaşmasıyla, AB’de gizli kalmış kartellerle daha etkin bir mücadele yapılması hedeflenmektedir. Rekabet hukuku kurallarının ihlâl edilmesine yönelik anlaşma, karar veya uyumlu davranışların çoğu gizli olarak yapılacağından, tazminat davasında davacıların bu ihlâlin varlığını ispatlamaya yönelik bilgi ve belgeleri elde etmeleri kolay olmayacaktır. Bu nedenle, ulusal rekabet otoritesine veya Komisyon’a yapılan pişmanlık başvurusu sonrasında açılan tazminat davalarında, pişmanlık başvurusunu takiben ilgili kurumlarca yapılan soruşturmada elde edilen belgelerin kullanılması tazminat taleplerinin artmasında ve davaların başarı ile sonuçlanmasında önemli bir role sahiptir. Bu noktada, pişmanlık programları kapsamında başvuru yapan teşebbüslerin ihlâl nedeniyle zarara uğrayan kişilerin tazminat talepleriyle karşı karşıya kalmasının ve pişmanlık başvurusunda ortaya çıkan belgelerin tazminat davalarında teşebbüslerin aleyhine delil olarak kullanılmasının, teşebbüsleri ya da kişileri pişmanlık programlarına başvurmadan vazgeçirebileceği ortadadır³⁰⁴.

Komisyon Yeşil Kitapta, pişmanlık programları ve tazminat taleplerinin birbirinden çok farklı sonuçlar doğuran değişik etkileri karşısında, pişmanlık programları ve tazminat talepleri arasındaki ilişkiyi dengelemeyi ve açıklığa kavuşturmayı amaçlayan birçok öneri sunmuştur.

Yeşil Kitap 28 no’lu öneride, teşebbüslerin pişmanlık başvurularının alenileşmemesi ve rekabet otoritelerine sunulan bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunması ele alınmaktadır. Böylece, pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüsün

³⁰² Çalışma Belgesi (2005), s. 64. Pişmanlık programları, dikey anlaşmaları ve hakim durumun kötüye kullanılması hâllerini kapsamadığı için, pişmanlık başvurusunu takiben açılacak olan davalar ancak pişmanlık programları kapsamındaki ihlâller bakımından söz konusu olabilir.

³⁰³ Eilmansberger (2007), s. 438.

³⁰⁴ Çalışma Belgesi (2005), s. 65; Basedow (2007), s. 221.

verdiği bilgi ve belgeler, başvuruda bulunan aleyhine sonradan açılacak tazminat davalarında ibraz edilemeyecektir³⁰⁵.

Yeşil Kitap 29 no'lu öneride, pişmanlık programından yararlananlar aleyhine, pişmanlık başvurusunu takiben açılan tazminat davalarında, tazminat miktarında % 50 oranında indirimle gidilmesi öngörülmektedir. Kartel anlaşmasının tarafı olup da pişmanlık programlarına başvurmamayanlar ise bu indirimden yararlanamayacaktır³⁰⁶.

Yeşil Kitap 30 no'lu öneride, rekabeti ihlâl edici anlaşma veya davranışın tarafı olan, ancak, pişmanlık programlarından yararlanmak için başvuran teşebbüs ya da kişilerin, zararın tamamından diğerleriyle müteselsilen sorumlu olması yerine, zararın sadece kendi payına tekabül eden kısmından sorumlu tutulması öngörülmektedir.

Beyaz Kitapta, pişmanlık başvurusu kapsamında, AB veya ulusal rekabet otoritelerine sunulan ve şirketin mali durumunu yansıtan belgelerin, tazminat davalarında ibraz edilmesinin önlenmesi gerektiği, aksi hâlde pişmanlık programlarına başvurulardan kaçınılabileceği görüşü yer almaktadır. Bu açıdan, pişmanlık başvurusunda bulunan tüm teşebbüsleri (para cezası verilmemesi ya da indirim yapılacak olması yönünden ayırım yapılmaksızın) kapsayacak biçimde ve söz konusu başvurunun rekabet otoritesince kabul veya reddedilmiş ya da henüz bir karara bağlanmış olup olmadığına bakılmaksızın, pişmanlık başvurusunda bulunan şirketin mali durumunu yansıtan belgelerin, tazminat davalarında ibraz edilmesinin önlenmesi gerektiği belirtilmektedir³⁰⁷.

³⁰⁵ Ancak bu düzenlemenin, pişmanlık başvurusu yapan teşebbüslerce (örneğin haklarında açılacak tazminat davalarında ellerindeki bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmaktan kaçmasına neden olabilecek şekilde) kötüye kullanılmasının da önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, pişmanlık programına yapılacak başvuru aracılığı ile ulusal hukuk sistemlerinde yer alan delilleri karşı tarafa verme yükümlülüğünün aşılmasına çalışılması da engellenmelidir. Çalışma Belgesi (2005), s. 66; Office of Fair Trading (2006), s. 5-6.

³⁰⁶ Ayrıca, iki kat tazminatın öngörüldüğü yatay anlaşmalarda tazminatın tek kat olarak belirlenmesi gerektiği de belirtilmektedir. Bu öneri karşısında, sadece meydana gelen zararı telafi etmeye yönelik tazminat sistemlerinde bu tür bir indirimle gerek olmadığı, indirimin ancak cezalandırıcı tazminat sisteminin benimsendiği hâllerde kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Basedow (2007), s. 223; Spanish Section of the Ligue Internationale du Droit de la Concurrence (2006), s. 10-11.

³⁰⁷ Beyaz Kitap, s. 10; Çalışma Belgesi (2008), s.83-86.

3.3. AB Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Usûl Hukuka İlişkin Esasları

3.3.1. Yetkili mahkeme

AB hukuku çerçevesinde, yargılama yetkisi, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesine aittir. “*Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 44/2001 Sayılı Brüksel (I) Tüzüğü*”³⁰⁸, üye ülkelerin birinde ikamet eden kişinin, o ülkenin vatandaşı olup olmadığına bakılmasızın ikamet ettiği ülkede dava açabilmesine imkân vermektedir. Tüzük ayrıca, üye ülkelerde ikamet eden davacılara, ihlâlin ya da zararın meydana geldiği yer mahkemesinde de dava açma imkânı vermektedir³⁰⁹.

3.3.2. Uygulanacak hukuk

1/2003 sayılı Tüzük m. 3. hükmü, AB rekabet hukuku kuralları ile ulusal rekabet hukuku kurallarının birlikte uygulanacağını, ancak, bu iki hukuk düzeni arasındaki ihtilafların AB hukukunun önceliğinin kabul edilmesi ile çözümleneceğini düzenlemektedir. 3. maddede AB hukukun üye ülke mahkemelerince öncelikli olarak uygulanması için, ihlâl neticesinde üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesinin ve rekabetin kısıtlanmasının gerektiği de yer almaktadır. Ancak, 1/2003 sayılı Tüzük, rekabeti kısıtlayan anlaşma veya eylemlerin, birden fazla üye ülkenin iç hukukunu ihlâl etmesi halinde, davada uygulanacak hukukun seçimine ilişkin bir açıklık getirmemektedir. Ortaya çıkabilecek kanunlar ihtilafını önlemek için, AB içinde uygulamayı bütünleştirecek genel kurallara ihtiyaç duyulmaktadır³¹⁰.

Kanunlar ihtilafından doğacak sorunları azaltmak ve AB’de sözleşme dışı sorumluluk hâllerine ilişkin kuralların birbirine yakınlaştırılmasını sağlamak amacıyla Komisyon tarafından 2003 yılında hazırlanan “*Sözleşme Dışı Sorumlulukta Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzük (Roma II)*”, Avrupa Parlamentosu’nca 2007 yılında kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir³¹¹. Tüzüğün ilk maddesine göre (*Roma II*) Tüzük,

³⁰⁸ 22 Aralık 2001 tarih ve 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü, Mart 2002’de uygulamaya girmiştir. Bülent Çiçekli (2003). Avrupa Birliğinde özel hukukta adli işbirliği ve mahkeme kararlarının serbest dolaşımı, s. 14. www.turkaydanismanlik.com/tr/docs (Erişim Tarihi: 04.05.2008)

³⁰⁹ Komninos (2008), s. 250-251; Çalışma Belgesi (2005), s. 67.

³¹⁰ Basedow (2007), s. 240-241.

³¹¹ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007, “on the law applicable to non-contractual obligations (*Roma II*)”. <http://ec.europa.eu/comm/competition> (Erişim Tarihi: 04.05.2008)

ticarî olan ya da olmayan tüm sözleşme dışı sorumluluk hâllerine uygulanabilecektir. İkinci maddesine göre ise, sözleşme dışı sorumluluk hâlleri, haksız fiil sorumluluğunu, sebepsiz zenginleşmeden ve sözleşme öncesi yapılan görüşmelerden doğan sorumluluğu da kapsamaktadır³¹².

Sözleşme dışı sorumluluktan doğan tazminat taleplerinin önemli bir kısmını, haksız fiil sorumluluğuna dayanan tazminat talepleri oluşturmaktadır. Bununla ilgili olarak Tüzüğün (*Roma II*) 4/1. maddesine göre, haksız fiilden kaynaklanan sözleşme dışı sorumluluk hâllerine ilişkin davalarda, uygulanacak hukukun tespitinde zararın meydana geldiği ülke hukukunun esas alınması gereklidir. Haksız fiil sorumluluğunun rekabetin kısıtlanmasından kaynaklandığı hâllerde, rekabet ihlâli nedeniyle piyasaları doğrudan etkilenen ya da etkilenme ihtimali bulunan ülke hukuku uygulanacaktır [m. 6/3(a)].

Tüzük (*Roma II*) m. 14'e göre, davanın tarafları ihlâlin gerçekleşmesinden sonra bile davada uygulanacak hukuk konusunda anlaşma yapabilecektir. Taraflar, davada uygulanacak hukuk seçimine ilişkin yaptıkları anlaşmada, uygulanacak hukuka ve dava konusu ihtilafa ilişkin tüm unsurları kesin bir şekilde belirlemelidir (*Roma II m.14/1*).

Yeşil Kitap öneri 31'e göre, uygulanacak hukuka ilişkin belirlemelerin, *Roma II*'de ifade edilen genel sözleşme dışı sorumluluk kurallarına göre yapılması, yani zararın meydana geldiği ülke hukukunun davada uygulanacak hukuk olması gerekmektedir³¹³. Öneri 32'de ise rekabet ihlâlinden doğan tazminat taleplerine ilişkin davalarda, ihlâlden etkilenen piyasaları ve dolayısı ile davada uygulanacak hukuku belirlemeye yönelik özel kurallara ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir³¹⁴.

3.3.3. Tazminat davalarında taraflar

3.3.3.1. Davacı taraf

Tazminat davalarında davacılar, rekabet ihlâli nedeniyle zarar gören gerçek ya da tüzel kişilerdir. Davacı olabilecek ilk grup, ihlâli gerçekleştiren teşebbüsle aynı

³¹² Komninos (2008), s. 245.

³¹³ Steenberger (2006), s. 7; Allen&Overy (2006), s. 5; Baker&Mckenze (2006), s. 14; Komninos (2008), s. 246.

³¹⁴ Irish Competition Authority (2006). Submission to the commission green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules s. 16.

piyasada faaliyet gösteren rakip teşebbüslerdir. Rakip teşebbüslerin zararı genellikle fiilî zarar ya da yoksun kalınan kâr şeklinde gerçekleşmektedir.

AB rekabet hukukunda rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaya ya da davranışa taraf olanların tazminat talepleri, ancak ihlâlde önemli ölçüde rol almamaları ve sözleşme koşullarını tartışmada ve zarara engel olmada güçsüz durumda olmaları şartıyla kabul edilmektedir³¹⁵. Bu konuya ilişkin *Courage* kararında,

Rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın taraflarından birinin kendi hukuka aykırı davranışına dayanarak tazminat talep etmesini yasaklayan bir iç hukuk kuralı, ancak onun rekabet ihlâlinden önemli ölçüde sorumlu olması halinde AB hukukuyla bağdaşır. Davaya bakan mahkemece, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma nedeniyle zarara uğradığı iddiasında bulunan tarafın sözleşme koşullarını müzakere özgürlüğünün ve zararını önleme veya azaltmaya yönelik hukukî imkânlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir³¹⁶, ifadesi yer almaktadır.

Buna göre, dikey anlaşmalarda³¹⁷ kendisine sözleşme koşulları dayatılan alt seviyedeki alıcılara (bayiler gibi) tazminat talep etme hakkı tanınması mümkün olabilecektir.

İhlâl nedeniyle zarar gören teşebbüsün alıcıları (dolaylı alıcılar) da zarara uğramakta ve Adalet Divanı içtihatlarına göre bu kişiler de, zararlarının tazmini için dava açabilmektedir³¹⁸. Nitekim hem Yeşil Kitapta hem de Beyaz Kitapta dolaylı alıcıların taleplerinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Son olarak, tüketicilerin zararlarının tazmini için dava açabilmeleri, zararın tespitinde ve ispatında çeşitli güçlüklerle karşılaşma ihtimaline karşın, kabul edilmektedir.

AB rekabet hukuku kurallarının ihlâli sebebi ile tazminat talebinde bulunabilmek için, ihlâl edici davranış ile zarar arasında fiilî bir bağın, yani uygun

³¹⁵ Bülül (2006), s. 70.

³¹⁶ *Courage v. Crehan*, Case C-453/99, (2001) <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust>. (Erişim Tarihi: 01.05.2008)

³¹⁷ Dikey anlaşmalar hammadde temin anlaşmalarından başlayarak, bir ürünün tüketiciye ulaşmasına kadar geçen süreçte (üretim zincirinin farklı seviyesinde bulunan işletmeler arasında) yer alan teebbüsler arasındaki anlaşmalardır. Aslan (2007), s. 248.

³¹⁸ Bkz. Adalet Divanı'nın, Manfredi ve *Courage* kararı; Komninos (2008), s.192-193.

nedensellik bağının kurulması ve zararın ispatı yeterli görülmektedir. Adalet Divanı'nın vermiş olduğu kararlar ışığında, Divanın tazminat davalarında taraflara ilişkin başkaca bir sınırlamanın getirilmesi eğiliminde olmadığı görülmektedir³¹⁹.

3.3.3.2. Davalı taraf

Dava anlaşmanın, uyumlu eylemin veya teşebbüs birliği kararının taraflarına ve hakim durumunu ya da birlikte hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüs veya teşebbüslere karşı açılabilir.

3.3.4. İspat yükü

Çoğu üye ülke mevzuatına göre, tazminat talebinde bulunanların rekabeti ihlâl eden davranışın ya da anlaşmanın varlığını, zararının davalının fiilinden kaynaklandığını ve uğradıkları zararın miktarını ispat etmeleri gerekir. Ancak, davacıların, tazminat davasını kazanmak için gerekli tüm şartların varlığını tamamen ve kesin olarak ispat etmesi ve hâkimin kanaatini etkilemesi her zaman mümkün olmayabilir³²⁰.

Rekabet hukukunda tazminat davalarında, davacı ile davalı arasında ihlâl ilişkisi önemli bir bilgi asimetrisi vardır. Davayı aydınlatmaya yönelik çoğu bilgi ve belgenin davalının hakimiyeti altında bulunduğu da düşünüldüğünde, davacının iddiasını ispat edebilmesinin oldukça güç olduğu ortadadır³²¹. Bu açıdan davacıya, ispat faaliyetinde karşılaşacağı güçlükleri aşması için birtakım kolaylıkların sağlanması gerekmektedir.

AB rekabet hukukunda kamu hukuku yaptırımlarının uygulanması bakımından, 1/2003 sayılı tüzük m. 2'ye göre, ATA m. 101 ve 102 hükümlerinin ihlâl edildiğini ileri süren taraf (rekabet otoriteleri de dahil olmak üzere), ihlâli ispat yükü altındadır³²². ATA m. 101/3 uyarınca muafiyetten yararlandığını iddia eden tarafın da tazminat davasında muafiyet şartlarını yerine getirdiğini ispat etmesi gerekmektedir (1/2003 sayılı tüzük m.2).

³¹⁹ Bkz. Adalet Divanı'nın, Manfredi, Courage ve Sabam kararları.

³²⁰ G.Cumming vd. (2007). *Civil procedure used for enforcement of EC Competition law by the English, French and German civil courts*. Kluwer Law International, s.27 vd.

³²¹ Çalışma Belgesi (2005), s. 26-27.

³²² Willis (2005), s. 280-281.

Ulusal mahkemelerde görülmekte olan davalarda mahkemeler, dava konusuna ilişkin olarak önceden verilmiş Komisyon kararı ile çelişen bir karar vermemek için özen göstermelidir (1/2003 sayılı tüzük m.16). Bu davalarda davacılar, Komisyonun ihlâl ile ilişkin verdiği kararları, tazminat taleplerinin ispatı için kullanabilme imkânına sahiptir³²³.

Yeşil Kitap öneri 8’de, rekabet otoritelerince verilen ihlâl varlığının tespitine ilişkin kararların, mahkemeler bakımından bağlayıcı nitelikte olması önerilmektedir. İhlâl nedeniyle zarara uğradıklarını iddia eden davacılar, böyle bir karardan sonra tazminat davası açmayı tercih edecektir. Rekabet otoritelerinin ihlâl ile ilişkin kararı olmaksızın dava açmayı ise davanın kaybedilmesi halinde katlanılacak olan yargılama giderlerinin yüksek oluşu nedeniyle tercih etmeyeceklerdir³²⁴. Bu öneriye karşın, rekabet otoritelerinin yargılama makamı olmadığı, rekabet otoritelerince uygulanan kamu hukuku yaptırımları ile özel hukuk yaptırımlarının farklı amaçları olduğu ve kararlarının mahkemeler için bağlayıcı olmaması gerektiği, mahkemelerin serbestçe karar verme haklarının muhafaza edilmesi gerektiği de belirtilmektedir³²⁵.

Yeşil Kitap öneri 9’da, tazminat davalarında davacı taraf bakımından ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olarak aranmasının taraflar arasındaki bilgi asimetrisini dengelemede önemli rol oynayacağı belirtilmiştir³²⁶. Öneri 10’a göre ise, davalının haklı gerekçeler olmaksızın ispata yarayan delilleri ortaya çıkarmaktan kaçınması halinde, davacının, iddialarını kesin olarak ispat ettiğinin varsayılması (*irrebuttable presumption*) veya hâkimin bunu mutlaka delillerin değerlendirilmesinde dikkate alması gerektiği ileri sürülmektedir³²⁷.

³²³ Çalışma Belgesi (2005), s. 27; Fransa, İtalya, Danimarka ve Hırvatistan gibi ülkelerde, taraflardan birinin diğer tarafın iddiasını ispata yarayan delillere ulaşmasını imkânsızlaştırması halinde, ispat yükünün yer değiştirmesi, ilke olarak benimsenmektedir.

³²⁴ Komninos (2008), s.226-231; Competition Law Forum (2006), s. 7; Ulusal rekabet otoritelerinin vermiş olduğu ihlâl kararları sadece ihlâl belirlenmesi bakımından mahkemeleri bağlamalıdır. Bu durumda mahkemeler, uğranılan zararlar ihlâl arasındaki nedensellik bağına ayrıca araştırmalıdır. European Parliament Resolution of 26 March 2009 on the White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Competition Rules [2008/2154 (INI)], s. 6.

³²⁵ Finland Central Chamber of Commerce (2006). Statement to green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, s.3; M. Siragusa ve Marco D’ostini (2006). A reflection on some private antitrust enforcement issues, *European Competition Law Annual*, s. 9.

³²⁶ German Federal Ministry of Economics and Technology (2006). Comments on the green paper of the EU Commission, damages actions for breach of the EC antitrust rules, s.5.

³²⁷ Competition Law Forum (2006), s. 9; CMS Law Firm (2006), s. 8; AB Parlamentosu, AB rekabet hukuku kurallarını uygulayan otoritelerin taraflar arasındaki bilgi asimetrisini dikkate alması gerektiğini

Beyaz Kitapta, ispat yüküne ilişkin olarak, 1/2003 Sayılı Tüzüğün 16. maddesine³²⁸ atıfta bulunularak, AB Komisyon kararlarının tazminat davalarında kesin delil niteliğinde kabul edilmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır. Ayrıca, AB’de yasal belirliliğin ve tutarlı bir uygulamanın sağlanması için, ulusal rekabet otoritelerinin ve ulusal mahkemelerin ihlâlin varlığına dair verdikleri nihai kararların tüm üye ülkeler bakımından, aksi ispat edilemeyen karine olarak kabul edilmesi gerektiği öngörülmektedir. Buna göre ulusal mahkemeler ATA m. 101 ve 102 hükümlerinin ihlâli sebebiyle açılan tazminat davalarında, aynı konuda daha önce AB Komisyonu veya ulusal rekabet otoritelerince ya da ulusal mahkemelerce verilmiş olan ihlâli tespitiye yönelik ve kesinleşmiş kararlara aykırı karar veremeyeceklerdir³²⁹.

3.3.5. Deliller ve ikamesi

Rekabet ihlâlinden doğan zarar nedeniyle açılan tazminat davaları, ihlâli ve zararı belirlemeye yönelik olarak, geniş ve çok yönlü araştırmalar yapmayı gerektirmektedir. Bu tür tazminat davalarında, tazminat talebinde bulunan davacıların iddialarını ispata yönelik uygun delillere ulaşması, (özellikle dava konusu ihlâlin varlığına ilişkin, daha önceden rekabet otoriteleri tarafından verilen bir karara dayanmadan açılan davalarda) delillerin önemli bir kısmının ihlâli gerçekleştirenlerin hakimiyeti altında olması nedeniyle kolay olmamaktadır³³⁰. Ulusal rekabet otoritelerinin, ihlâlin varlığını tespitiye ilişkin kararlarından sonra açılan tazminat davalarında ise, rekabet otoritelerinin elinde bulunan ve ihlâlin varlığını tespitiye yönelik olan delillerden yararlanmak, davacıların işini hayli kolaylaştırmaktadır³³¹.

1/2003 sayılı tüzüğün 15. maddesine göre, ulusal mahkemeler görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak, Komisyon’dan bilgi ve belge isteyebilecekleri gibi, Komisyon

belirtmiştir. Ayrıca, rekabet otoritelerince verilmiş ve kesinleşmiş kararların, ihlâli gerçekleştiren taraf aleyhine açılacak tazminat davalarında kusurlu olduğuna karine oluşturacağını ifade etmektedir. Kortunay (2008), s. 100; Komninos (2008), s.231

³²⁸ 1/2003 sayılı Tüzük m. 16’ya göre, “ulusal yargı yerleri ve ulusal rekabet otoriteleri, ATA m.81 ve 82 kapsamındaki anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere ilişkin olarak verecekleri kararların, daha önce aynı konuda Komisyon tarafından verilmiş kararlarla çelişmemesine özen göstermekle yükümlüdürler”.

³²⁹ Beyaz Kitap, s. 5-6, Çalışma Belgesi (2008), s.46-49. Tüm bu bilgi alışverişlerinin sağlıklı bir şekilde yapılması için, Avrupa Rekabet Ağı’nın (European Competition Network) kurulup işlerlik kazanması gerekmektedir.

³³⁰ Siragusa (2006), s. 7-8; Ehlermann (2001), s. 34; Waelbroeck ve Slater (2006), s. 442; Komninos (2008), s.225 vd.

³³¹ Çalışma Belgesi (2005), s. 19; Bülbül (2006), s.92; Crowell & Moring (2006). Comments on the green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules s. 4; Komninos (2008), s.225 vd.; Cumming (2007), s.34-35.

ve ulusal rekabet otoriteleri de ulusal mahkemelere görüş bildirebilecektir. Ancak, Komisyon'un ulusal mahkemelere iletilecek ve taraflara ilişkin ticarî sırlar içeren bilgilerin korunmasına dikkat etmesi gerekmektedir³³².

Yeşil Kitap 1 no'lu öneriyle, davanın taraflarından birinin, diğer tarafın hâkimiyeti altındaki delillerin, kendi iddialarını desteklediğini ve dava konusu ile ilgili olduğunu belirtmesi halinde, mahkeme emriyle söz konu delillerin karşı tarafa ibrazına (*fact pleading*) mümkün olmaktadır. Tarafların hakimiyeti altında bulunan ve davanın aydınlanması için diğer tarafın incelemesine sunulacak olan delillerin kapsamına ve kabul edilebilirliğine mahkemece karar verilecektir³³³.

Yeşil Kitap 2 no'lu öneride, ispat bakımından önem arz eden belgelerin, talep edilmese bile mahkeme kararıyla tarafların incelemesine sunulması önerisi yer almaktadır. 3 no'lu öneride ise, taraflara, dava konusu ile ilgili sahip oldukları ulaşılabilir tüm belgelerin listesini diğer tarafa sunma yükümlülüğü getirilmektedir³³⁴. Bununla birlikte, tarafların sunacakları belgelere ilişkin mutlaka bir sınırlama getirilmesi gerektiği, aksi hâlde davayı yürütülemeyecek duruma getirecek kadar fazla bilginin yığılması sorunu ile karşılaşılabilceği ortadadır³³⁵.

Yeşil Kitapta 4 no'lu öneride, tarafların dava konusu delilleri yok etmeleri ya da tahrip etmeleri halinde, para veya hapis cezasına hükmedilmesi ya da diğer tarafın iddia veya savunmalarının ispat edilmiş sayılmasına karar verilebilmesi gibi bir takım usûlî sonuçlar doğurması konusu ele alınmıştır.

Yeşil Kitapta 5 no'lu öneride, mahkemelere dava konusu ihlâl iddiaları ile ilgili delillerin korunması için derhal ve etkili geçici önlemlerin alınmasına karar verebilme yetkisi tanınmaktadır. Ayrıca, tarafların ihlâlin gerçekleştiğine ilişkin emarelerin

³³² A. S. Graells (2006). Discovery; confidentiality and disclosure of evidence under the private enforcement of EU antitrust rules. Instituto de empresa, Working Paper Derecho, s. 16-17.

³³³ D. Woods (2006). European Commission's green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules; presentation of option on access to evidence. *ERA Conference*, Brussels, s.2-4. Komninos (2008), s.231.

³³⁴ Caton (2006), s. 1; Competition Law Forum (2006), s. 3.

³³⁵ CMS Law Firm (2006), s. 6; Cumming (2007), s.34-35.

varlığını ispatlamaları şartı ile dava süreci başlamadan da delillerin korunması için geçici önlemlerin alınmasını talep edebilme imkânı getirilmektedir³³⁶.

Yeşil Kitap 6 no'lu öneride davacıya, dava konusu ihlâlin ele alındığı Komisyon veya ulusal rekabet otoritelerindeki soruşturma sürecine ilişkin tüm belgelerin bir örneğini talep etme hakkının verilmesi gündeme getirilmektedir. Öneride, Komisyon veya ulusal rekabet otoritesinin, pişmanlık programları dahilindeki bir soruşturmaya ilişkin belgeleri veya ticarî sır niteliğinde ya da diğer gizli bilgileri içeren belgeleri vermeyebileceği belirtilmiştir³³⁷.

Yeşil Kitapta 7 no'lu öneride, Komisyonun AB menfaatlerini korumak ya da kendi görev alanına ve özerkliğine müdahaleleri engellemek gibi haklı gerekçelerle, mahkemelerin taleplerini red edebileceği belirtilmektedir. Mahkemelerin Komisyon tarafından kendilerine verilen ticarî sırları ve diğer gizli bilgileri nasıl koruyacağına dair Komisyona bilgi vermesi de gerekmektedir.

Delillerin ileri sürülmesine ilişkin Beyaz Kitapta, ulusal mahkemelerin belli şartlar altında taraflara ya da üçüncü kişilere, davayla ilgili delilleri mahkemeye sunmalarını emretme yetkisi düzenlenmektedir. Bu yönde bir kararın verilebilmesi için, tazminat talebinde bulunan davacının, mahkemeye sunulacak delillerin ihlâlin varlığına dair şüphe uyandırabilecek nitelikte olduğu, delilleri elde etmek için başka yolları denediği buna rağmen delilleri elde edemediği ve bu delillerin dava için gerekli olduğu konusunda mahkemede yeterli kanaati uyandırması gerekmektedir³³⁸. Mahkemelerin, delillerin sunulmasını emretmeden önce, pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüslerin mali durumlarını gösteren belgelerin gizliliğine ve rekabet otoritelerince yürütülmekte olan kamu soruşturmasına yönelik gizliliğe dair yeterli korumayı sağlaması gerekmektedir. Ayrıca, mahkemelerin, davayla ilgili delillerin yok edilmesini

³³⁶ AFEP (2006). Comments European Commission green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules s. 7-8.

³³⁷ Çalışma Belgesi (2005), s. 29; Graells (2006), s. 17-18; Cumming (2007), s. 34-35.

³³⁸ Komisyon Beyaz Kitaptaki bu önerilerini, Fikri Mülkiyet Haklarına Dair Tüzük hükümlerinden (IP Directive, 2004/48EC, OJ 2004 195/16) almıştır. Tüzükte, mahkemenin davaya ilişkin gizli kalmış konularda, taraflardan hâkimiyetleri altında bulunan delilleri mahkemeye sunmalarını emretme yetkisi düzenlenmektedir. Çalışma Belgesi (2008), s. 30-35; T. Reher (2009). The commission's white paper of damage actions for breach of the EC antitrust rules. *The European Antitrust Review; A Global Competition Review Special Report*, s. 39.

önleme ve delillerin mahkemeye sunulması kararının yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, caydırıcı yaptırımlar uygulama yetkisine de sahip olmaları gereklidir.

3.3.6. Bilirkişilik

Rekabet ihlâli neticesi meydana gelen zararın, dolayısıyla tazminat miktarının belirlenmesindeki güçlükler, mahkemelerin bu tür davalara bakarken uzman bilirkişiden yararlanmalarını ya da rekabet hukuku ile ilgili davalara bu konuda uzmanlaşmış mahkemelerin bakmasını gerektirmektedir³³⁹.

1/2003 sayılı tüzüğün 15. maddesinde, ulusal mahkemelerin AB rekabet hukuku kurallarını uygularken Komisyon'dan bilgi ve görüş isteyebileceği ifade edilmektedir. Ayrıca Komisyon da ATA m.101 ve m.102 hükümlerinin tutarlı bir şekilde uygulanmasının gerekli kıldığı hâllerde, kendi inisiyatifi ile yazılı görüşlerini ulusal mahkemelere sunabilir. Ancak, ulusal mahkemeler bu görüşlerle bağlı değildir.

Eğer ulusal mahkemeler, rekabet hukuku konusunda uzmanlaşmış mahkemeler değilse, yargılama giderlerini arttırmasına rağmen bilirkişiye başvurmak zorundadır. Yeşil Kitapta öneri 35'de bilirkişinin, mahkemenin belirleyeceği kişiler arasından tarafların anlaşmasıyla seçilmesi öngörülmüştür. Buna karşın bilirkişinin seçiminde sadece mahkemenin aday göstermesi yanında, tarafların da aday gösterebilme imkânının yer almasının daha uygun olacağı ileri sürülmektedir.³⁴⁰

3.3.7.Yargılama giderleri

Yargılama giderleri yargısal faaliyetin yürütülebilmesi için ödenmesi gereken giderlerdir. Davacının, davanın başında ve sonrasında davanın ilerlemesi için gerekli olan diğer yargılama giderlerini ödemesi gerekmektedir³⁴¹. Ayrıca, kural olarak davada haksız çıkan ve bu nedenle aleyhine hüküm verilen tarafın, hem davayı kazanan tarafça daha önce peşinen ödenen hem de dava sonunda ödenmesi gereken diğer yargılama giderlerini yüklenmesi (*loser pays*) de gerekmektedir. Bu büyük mali yük karşısında,

³³⁹ Çalışma Belgesi (2005), s. 73-74.

³⁴⁰ Spanish Section of the Ligue (2006), s. 12; Rüggeberg (2006), s. 22.

³⁴¹ Çalışma Belgesi (2005), s. 57; Komninos (2008). s.235-236; Cumming (2007), s.29.

nispeten küçük zararlara uğrayanların, zararların tazmini için yargıya başvurmaları pek mümkün görünmemektedir³⁴².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca üye ülkeler, herkesin haklarını mahkeme önüne getirebilmesini temin etmek için dava masraflarını makul bir düzeyde belirlemelidir. Dolayısıyla üye ülkelerin, rekabet hukukunun ihlâlinden doğan tazminat taleplerinde de bu ilkeyi dikkate almaları gerekmektedir³⁴³.

Yeşil Kitap 27 no'lu öneriye göre, açıkça kötü niyetle ve sırf diğer tarafa zarar verme kastı ile açılan davalarda, davacı başarısız olur ise yargılama giderlerini ödeyecektir³⁴⁴. Bu hâller dışında davacı davayı kaybetse bile yargılama giderlerine katlanmayacaktır. Bu öneriye ilişkin olarak, rekabet ihlâlinden doğan tazminat davalarında, sadece davacıların değil davayı kaybeden davalının da büyük ekonomik riskler taşıdığını belirten ve olağanüstü koşullar dışında, davacılara ilişkin olağan kurallardan ayrılmayı gerektirecek bir durumun olmaması gerektiğini ileri sürenler de vardır³⁴⁵.

Beyaz Kitapta, yargılama giderlerinin davacıların dava açmalarını teşvik edici bir düzeye indirilmesi konusunda gerekli düzenlemelerin üye ülkelerce yapılması gerektiği belirtilmektedir.

3.3.8. Topluluk davası

Rekabet ihlâlinden zarar gören nihai tüketicilerin tazminat davası açma imkânının olması, özel hukuk yaptırımlarının caydırıcılığın artmasına önemli katkılar sağlamaktadır. Ancak, dava sürecinde yaşanan gecikmeler, yüksek yargılama giderleri ve çok sayıdaki usûlî işlemler, özellikle ihlâl nedeniyle ekonomik kaybı az olan nihai tüketicilerin dava açmalarını engellemektedir. Bu nedenle çoğu üye ülke, davacılar

³⁴² Steenberg (2006), s.6; Caton (2006), s. 22.

³⁴³ Üye ülke hukuklarının çoğunda, davayı kaybeden davacının yargılama giderlerinin tamamını, avukat ve bilirkişi masraflarının ise, kanunun gösterdiği limitler dahilindeki kısmını ödemesi gerekmektedir. Çalışma Belgesi (2005), s. 61.

³⁴⁴ European Parliament (2009), s.6; Baker&Mckenze (2006), s. 13; Cumming (2007), s.34-35.

³⁴⁵ Komninos (2008), s. 236; Ayrıca, davacıların baştan yargılama giderlerine ilişkin herhangi bir risk altında olmadıklarını bilmelerinin, asılsız iddiaların mahkemelere taşınmasına sebep olabileceği de belirtilmiştir. Finland Central Chamber of Commerce (2006), s. 4.

üzerindeki ekonomik yükleri azaltmaya, delillerin elde edilmesi ve zararın hesaplanmasına ilişkin kuralları esnetmeye başlamıştır³⁴⁶.

Komisyon, Mart 2005'te, AB rekabet hukuku kurallarının ihlâli durumunda başvurulmak üzere “*Küçük Taleplere İlişkin Usûlî Düzenlemelerin*” yapılması amacıyla bir önerge kabul etmiştir³⁴⁷. Önergede, toplam değeri 2000 Euro'yu aşmayan talepler bakımından dava sürecinin basitleştirilmesi, hızlandırılması ve daha az maliyetli olması gerektiği belirtilmektedir. Dava açmak için bir avukatın yardımına gerek olmaksızın standart şikâyet formların doldurulması yeterli görülmekte ve bu gibi hâllerde davacı, davayı kaybetmiş olsa bile, yargılama giderlerini yüklenmek zorunda kalmamaktadır³⁴⁸. Bu önerge ile davacılara sağlanan usûlî kolaylıklara rağmen, tazminat taleplerinin tüketiciler tarafından dava konusu yapılmasını desteklemek için, topluluk davası açma hakkının da sağlanması gerekliliği ortadadır³⁴⁹.

Topluluk davaları belirli ya da belirlenebilir bir topluluk adına topluluk içinden kişilerce açılan *topluluk - grup davaları (collective action – group action)*³⁵⁰, tüketici birlikleri ya da odalar gibi kendi üyeleri ya da korumayı amaçladıkları kişiler adına açtıkları *temsili davaları (representative action)*³⁵¹ veya belli bir topluluk adına değil de, bir bütün olarak kamu yararını korumak için açılan (*public interest litigation*) *kamu yararı davaları* şeklinde olabilir³⁵².

AB'de çoğu üye ülke hukukunda, tüketici birliklerinin ya da diğer mesleki ve ekonomik birliklerin üyeleri ya da temsil ettikleri kişiler adına dava açmaları mümkündür. Ancak, bu hâllerde birlikler, sadece tecavüzün önlenmesi veya

³⁴⁶ Çalışma Belgesi (2005), s. 52.

³⁴⁷ “Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a European Small Claims Procedure”, Com. (2005) 87, of 15 March 2005

³⁴⁸ Çalışma Belgesi (2005), s. 52.

³⁴⁹ Baker&Mckenze (2006), s.13; Çalışma Belgesi (2005), s. 52-53. Cumming (2007), s.32.

³⁵⁰ Basedow (2007), s. 196.

³⁵¹ Office of Fair Tradin (2006). Private action in competition law; effective redress for consumer and business. London: OFT Discussion Paper, s. 13; Waelbroeck ve Slater (2006), s. 440-441; Milutinovic (2007), s.750-753; Cumming (2007), s. 32-33.

³⁵² Komninos (2008), s. 233-234; Çalışma Belgesi (2005), s. 53; Basedow (2007), s.197; Ancak Komisyon çalışma belgesinde (2005) bunun, davacıların davada taraf olmak ve davanın sonuçlarına katlanmak istemiyorlarsa bunu açıkça belirtmeleri gereken türdeki topluluk davası (*opt out*) sisteminden farklı olduğu belirtilmiştir. Bu açıdan benimsenmek istenen sistemin (örneğin topluluk davası açma hakkının mevcut olduğu İsveç'teki gibi), davanın sonuçlarından yararlanmak ya da davanın başarısız olması halinde yargılama giderlerinden sorumlu olmak için, açıkça davacı gruba dahil olma talebinde bulunmak (*opt in*) gereken bir sistem olması önerilmektedir, Milutinovic (2007), s.753-755.

durdurulmasını talep edebilmekte, temsil ettikleri kişiler adına tazminat talebinde bulunamamaktadır³⁵³.

Yeşil Kitap 25 no'lu öneride tüketici birliklerine, bireylerin ayrı ayrı dava açma hakları saklı kalma koşulu ile tazminat davası açma hakkı tanınması gerektiği belirtilmektedir. Ancak bu durumda, tazminatın üyelere ya da temsil edilen tüketicilere mi yoksa birliğin kendisine mi kalacağı konusu açıklığa kavuşmuş değildir³⁵⁴.

Topluluk davası açma yollarına ilişkin, çözülmesi gereken sorunlardan birisi de, mahkemece tazminata hükmedilirken, ihlâli yapanların ihlâlden kaynaklanan kazançlarının mı, yoksa tüketici zararlarının toplamının mı dikkate alınacağı konusudur.

Yeşil Kitap 26 no'lu öneride, üretim ya da dağıtım zincirinde yer alan toptancı ve perakendecilere de topluluk davası açma imkânının verilmesi ve bu davacıların isterlerse katılacakları topluluk davası (*opt in*) sisteminin benimsenmesinin daha uygun olacağı görüşü yer almaktadır³⁵⁵. Topluluk davası açma hakkının, yargılama giderleri ve vekâlet ücretlerine ilişkin mali yükleri azaltacak düzenlemelerle birlikte tanınmasının daha uygun olacağı da belirtilmektedir³⁵⁶.

Beyaz Kitapta, topluluk davası açma hakkına yönelik, ilk olarak, tüketici birliklerinin, kamu tüzel kişilerinin, ticarî ya da mesleki birliklerin ve odaların, kendi üyeleri adına açtıkları davalar (*representative action*) ele alınmaktadır. Dava açabilecek olan kuruluşların belirlenmesinde üye ülkelerin resmi makamlarının denetimi öngörülmüştür. Bu kuruluşların dava sonucu elde ettikleri tazminatı, mümkün olduğu

³⁵³ Çoğu üye ülkede tüketici dernekleri, tüketiciler adına kredi kartı mağduriyetlerinin giderilmesi için dava açabilmekte, bu davalarda mevcut uygulamaların durdurulması sağlanabilmekte ama tazminat talepleri gündeme gelmemektedir. Basedow (2007), s. 204; M. Brkan (2005). Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law. 28 World Competition (479), s. 498-502.

³⁵⁴ Topluluk davasının büyük hukuk firmaları tarafından topluluk üyelerinden çok, kendi çıkarlarını ön planda tutarak kötüye kullanmalarına müsait olduğu, davalı açısından ise ekonomik yıkıma neden olabileceği ve bu sebeple böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı belirtilmektedir. G. Schnell (2007). Class action madness in Europe. -a call for a more balanced debate. *European Competition Law Review, Issue. 11*, s.617-618; V. Bergh vd. (2006). the EC green paper on damages actions in antitrust cases and academic comments, s. 16.

³⁵⁵ Çalışma Belgesi (2005), s. 56; American Bar Association (2008), s. 68-69; Komninos (2008), s. 233-234; Cumming (2007), s. 32.

³⁵⁶ Baker&Mckenze (2006), s. 13; Competition Law Forum (2006), s. 17.

ölçüde doğrudan zarar görenlerin zararlarını telafi etmek için kullanmaları öngörülmektedir.

Topluluk davaları (*collective action*) Beyaz Kitapta da yer almaktadır. Ancak, Beyaz Kitapta öngörülen sistemde, davacıların hükmün sonucundan yararlanabilmeleri için açıkça davacı gruba dahil olmaları (*opt in*) gerekmektedir. Bu sistemde davacılar dilerse davalarını ayrı ayrı da açabilecektir. Komisyon Beyaz kitapta, topluluk davasına ilişkin olarak bu iki sistemin birlikte uygulanabileceğini ve hatta bireylerin de ayrı ayrı dava açmalarıyla aynı konuda üç farklı şekilde dava açılabilceğini belirtmektedir. Bu durumda üye ülkelerce, bu davalar arasındaki ilişkinin iyi tanımlanması, menfaat çatışmalarının engellenmesi ve sebepsiz zenginleşmelerin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir³⁵⁷.

Topluluk davası hakkına ilişkin son olarak, AB Komisyonu tarafından hazırlanan ve topluluk davası hakkının AB genelinde uyumlaştırılmasını amaçlayan çalışma (*Towards a Coherent European Approach to Collective Redress: Next Steps. (Sec(2010) 1192 Bruxelles, 2010)*), Komisyon tarafından 4 Şubat 2011 tarihinde kamuoyu görüşüne sunulmuştur. Çalışmanın giriş bölümünde topluluk davası hakkının önemi ve bu hakkın kullanılması bakımından AB genelinde tüm üye ülkeler açısından ilgili usûl hükümlerinin uyumlaştırılması gerektiği belirtilmektedir³⁵⁸. Çalışmanın devamında ise topluluk davası açma imkânının AB genelinde etkin bir şekilde kullanılması amacıyla bir takım genel ilkeler benimsenmiştir. Buna göre; topluluk davası açma imkânı, tazminatın etkinliğine dönük gereksinimleri karşılamalı, ancak bununla beraber dava hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçecek tedbirler de alınmalıdır. Ayrıca topluluk davası hakkının kullanımında temsilcilerin önemi dikkate alınmalı ve özellikle bireyler ve kobiler bakımından yargılama giderlerinin finanse edilmesi için uygun mekanizmalar öngörülmelidir.

Çalışmada Komisyon, topluluk davası hakkının, bireylerin kendi başlarına açacakları davalardan daha etkin bir çözüm yolu olduğu belirtilirken, topluluk davası sisteminin etkin bir şekilde kullanılmasının, bireylerin ve kurumların zarara uğradıkları

³⁵⁷ Çalışma Belgesi (2008), s.19-22. European Parliament Resolution of 26 March 2009 on the White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Competition Rules [2008/2154 (INI)], s. 2-3; Reher (2009), s.40.

³⁵⁸ S. Deniz (2011). Rekabet ve regülasyon güncesi, Act-Econ. (10.02.2011), s.1

ihlâlden en iyi şekilde haberdar olmaları ve temsil edilmelerine bağlı olduğu da özellikle vurgulanmaktadır. Komisyon aynı zamanda, AB'nin hukukî alt yapısına uygun olmaması ve dava hakkının kötüye kullanılması riskini artırması nedeniyle, ABD hukuk sisteminde yer alan topluluk davası (class action) yöntemine sıcak bakmadığını da açıkça ortaya koymaktadır.

3.3.9. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları

İhtilafların önemli bir kısmının dava yoluyla çözülmesi, çoğu üye ülkede hızla artan dava sayısı ile birlikte, yargılama giderlerinin devlet bütçesi üzerindeki yükünün artmasına ve davaların uzamasına neden olmaktadır. Hızlı ve dostane mahkeme dışı çözüm yolları, tazminat talebinde bulunanların taleplerine kavuşmalarını kolaylaştıracaktır. Bu yüzden, çoğu üye ülke hukukunda, rekabet hukukuna ilişkin ihtilafların, mahkeme dışı ya da mahkeme öncesinde çözülmesine yönelik tahkim, arabuluculuk gibi alternatif çözüm yolları kullanılmaktadır³⁵⁹.

Alternatif çözüm yolları AB Komisyonu'nun da gündeminde önemli bir yer tutmaktadır. Komisyon, AB çapında uygulama bütünlüğü sağlamak amacıyla, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin düzenleme ve uygulamaları 2002 yılından bu yana tartışmaya açmıştır. Komisyon, alternatif çözüm yollarının sözleşmelerde nasıl yer alacağı, zamanaşımı sürelerinin nasıl belirleneceği, ticarî sırların nasıl korunacağı ve alternatif çözüm yollarının özellikle tüketiciler açısından nasıl daha etkin uygulanacağı gibi konuları ele almaktadır. Komisyon, 2004'te, Avrupa Parlamentosu'na *Ticarî ve Medeni İhtilaflarda Uzlaşmaya İlişkin Esasları Belirleyen* bir taslak sunmuştur³⁶⁰. Taslakta, arabuluculuğun yargılama süreciyle olan bağlantısını tespit etmek üzere AB çapında bir düzenleme yapılması ve zorunlu tutulmamak şartı üye ülkelerde arabuluculuğun ve uzlaşmanın geliştirilmesine ilişkin düzenlemeler yapılması öngörülmektedir. Avrupa Parlamentosu, 2007'de, taslağa ilişkin kendi önerilerinin yer aldığı bazı değişiklikleri yayınlayarak konuyu gündemine almıştır.

³⁵⁹ Cartels Working Group, a.g.e., s. 26-27.

³⁶⁰ "A Proposal For a Directive of The European Parliament and of The Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters", COM (2004) 718, 2004/0251

3.4. Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerde Mevcut Durum

Çalışmanın bu kısmında, AB rekabet hukukunun oluşumunda ve gelişiminde etkili olan, Alman, Fransız, İtalyan ve İngiliz rekabet hukuku sistemlerinde tazminat taleplerine ilişkin düzenlemelere ve uygulamalara ana hatlarıyla değinilecektir.

3.4.1. Almanya

Alman rekabet hukukunda, Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*) kamu hukuku yaptırımlarının yanı sıra rekabet ihlâlinden doğan tazminat sorumluluğuna da açıkça yer vermektedir.

Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun m. 33(1) ve 33(2)'de önleme ve kaçınma davaları m. 33(3-5)'de ise tazminat davaları düzenlenmiştir³⁶¹. Rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşmaların geçersizliği (Alman Medeni Kanunu m. 134) ve tazminat hukukunun genel esasları (Alman Medeni Kanunu m. 823) konusunda ise Alman medenî kanunundaki hükümlere başvurulmaktadır.

Alman hukukunda, rekabet ihlâllerine ilişkin düzenlemelerin caydırıcılığının artırılması ve tazminat taleplerinin teşviki amacıyla Alman Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun'da 2005 yılında önemli reformlar yapılmıştır³⁶² (*Yedinci Yenilemeler*). Reform kapsamında yapılan değişiklikler tazminat davası açabileceklere ilişkin önemli kısıtlamalardan biri olan, davacı grubun normun koruma amacı içinde olması şartı kaldırılmıştır³⁶³. Ayrıca mahkemelere tazminat davalarında davacının davayı kaybetmesi halinde, yargılama giderlerinde kendiliğinden indirim yapabilme yetkisi tanınmıştır.

Alman rekabet hukukunda davalının zararın intikalini ispat etmesi halinde hâkim, zararın miktarının belirlenmesinde zararın intikali savunmasını dikkate

³⁶¹ Cumming (2007), s. 22-23.

³⁶² “The 7th Amendment to The German Act Against Restrain of Competition”, BGBl. 2005; Cumming (2007) s. 227-228; SJ Berwin LLP (2009). Private antitrust litigation, Germany. *Getting Deal the Through, Private Antitrust Litigation*, s.70; A.Rinne (2009). Germany: private antitrust litigation. *The European Antitrust Review; A Global Competition Review Special Report*, s. 110-111. P. Dietz ve E. Brödermann (Ed. A. Foer ve J. Cuneo) (2011). *The international handbook on private enforcement of competition law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc s. 330.

³⁶³ Ancak halen Alman doktrininde, zarar gören herkese dava açma hakkının verilmesinin, davacı grubu fazlaca genişleteceğinden bahisle, normun koruma amacı şartının uygulanması gerektiğini ileri sürenler de vardır. Cumming (2007), s. 227-228; Basedow (2007), s. 70

almaktadır³⁶⁴. Dolaylı alıcıların taleplerine ilişkin açık bir düzenleme getirilmediğinden, bu konudaki tartışmalar devam etmekle birlikte, ihlâl sonucu zarara uğradıklarını ve ihlâl nedeniyle etkilendiklerini ispatlamaları şartıyla, dolaylı alıcıların ve nihai tüketicilerin de tazminat davası açmasında bir engel bulunmadığı ileri sürülmektedir³⁶⁵.

Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun veya AB rekabet kurallarının ihlâli halinde zarar görenler ihlâlin varlığına ilişkin rekabet otoritesinin kararı olmadan da tazminat davası açabilmektedirler. Ancak ihlâlin varlığını tespit eden yetkili otoritenin kararını takiben dava açma yolu, davanın başarıyla sonuçlanması bakımından tercih edilmektedir. 2005 reformuyla AB Komisyonu veya Alman Kartel Ofisinin ya da AB'ye üye devletlerden birinin rekabet makamlarının veya mahkemesinin ihlâlin tespitine ilişkin kararı, Alman mahkemeleri için bağlayıcı hale getirilmiştir (GWB. 33(4)). Dolayısıyla ihlâl kararından sonra açılan tazminat davalarında davacılar ihlâlin gerçekleştirildiğini ispat yükünden kurtulmuş olmaktadır³⁶⁶.

Alman rekabet hukukunda, tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için, hukuka aykırı fiilin, ihlâli gerçekleştirenlerin kusuru ile işlenmiş olması ve davacının davalının kusurunu ispat etmesi gerekmektedir. Birlikte, ihlâlin gerçekleştirildiğinin tespitiyle, davalının kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmektedir³⁶⁷. Hem gerçek hem de tüzel kişiler davacı olabilmekte ve ayrıca gerçek ya da tüzel kişiliği olmasa da, kanunen dava açma hakkı ya da görevi verilenler de (ekonomik ve mesleki birlikler gibi) davacı olabilmektedir³⁶⁸.

³⁶⁴ A. Klees (2007). Breaking the habits, the German Competition law after the 7th amendment to the acts against restraint of competition, *German Law Journal*, Vol. 07, No. 04, s. 18; K.-J. Michaeli (2007). Private enforcement of competition rules Germany (Bird&Bird), s. 2-4;

³⁶⁵ Rinne (2008), s. 111.; Cumming (2007), s. 228. P. Dietz ve E. Brödermann (Ed. A. Foer ve J. Cuneo) (2011), s. 340- 341.

³⁶⁶ GWB 34: “Her kim, Bu Kanun’un bir hükmünü veya AT’yi kuran Antlaşmanın 81 veya 82. maddesinin bir hükmünü ihlâl nedniyle tazminat ödemekle yükümlü olursa, mahkeme, Kartel Makamı’nın, AT Komisyonunun veya AT’ye üye devletlerden birinin rekabet makamlarının ya da mahkemesinin kararında belirtilen şekilde ihlâlin tespitiyle bağlıdır”. Bkz. Özsunay (2005), s. 137-138; Rinne (2008), s.112.

³⁶⁷ Cumming (2007), s. 260; Michaeli (2007), s.2-4; GWB 33(5)’e göre rekabet ihlâlinden dolayı Kartel makamı ya da AB Komisyonu ya da AB’ ye üye bir devletin rekabet makamları, ATA 81 ve 82. maddelerinin ihlâli nedeniyle, bir soruşturmaya girmiş olurlarsa, zararın tazmini istemi bakımından zamanaşımı durmaktadır.

³⁶⁸ İhlâlden etkilenen taraf olarak ekonomik ve mesleki birliklerin dava açma hakkı GWB. 33(2)’de düzenlenmiştir. Buna göre kamu hukuku kurallarına göre kurulmuş olan meslek birlikleri örneğin ticaret ve sanayi odaları dava açabilmektedir. Bu birliklerin dava açabilmeleri için üyelerinin önemli bir

Alman rekabet hukukunda tazminat miktarı toplam zararı aşamamaktadır³⁶⁹. Ancak davacılar, zararın meydana gelmesinden itibaren işleyen faizi isteyebilmektedir. 2005 reformunda yer almamakla birlikte, doktrinde, rekabeti sınırlayan yatay anlaşmalarda, mahkemece zararın iki katı tazminata hükmedilmesinin mümkün hale getirilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir³⁷⁰.

Davacılar, ihlâlin Almanya’da gerçekleştirildiği ya da Alman piyasalarının ihlâlden doğrudan etkilendiği hâllerde, davalının yerleşim yerinde ya da ihlâlin gerçekleştirildiği yer mahkemesinde dava açabilmektedir. Kural olarak davayı kaybeden davacının tüm yargılama giderlerini yüklenmesi gerekmektedir. Ancak Alman hukukunda, davacının yargılama giderlerinin tamamını ödemesi halinde ekonomik durumunun ciddi olarak tehlikeye gireceğini inandırıcı biçimde ortaya koyması durumunda, mahkemece yargılama masrafların indirilebilmesi mümkündür (GWB. 89a)³⁷¹. Temmuz 2008’de Alman hukukunda yapılan değişiklikle³⁷², belli koşullar altında avukatların, davanın kazanılması halinde avukatlık ücretini, kazanılan tazminat miktarından temin etmek üzere müşterileri ile anlaşmalarına müsaade edilmektedir³⁷³.

ABD hukukunda olduğu şekli ile topluluk davası hakkı kabul edilmese de, ihlâl nedeniyle zarar gören kişiler yanında, ekonomik ve mesleki birlikler de dava açma hakkına sahiptir³⁷⁴. Ticarî ve mesleki birliklere dava açma hakkı tanıyan yasal düzenleme, birlik davaları (*Verbandsklage*) olarak adlandırılmaktadır³⁷⁵. Alman hukukunda özellikle tüketicinin korunmasını temin etmeye yönelik olan birlik davası 1976 tarihli Genel İşlem Şartları Hakkındaki Kanun ve Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun’da açıkça düzenlenmiştir. Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanuna göre; bir

çoğunluğunun ihlâlin gerçekleştiği piyasada faaliyet gösterdiğini ispatlamaları gerekmektedir. Bu nedenle GWB. 33(2) kapsamında genel olarak tüketiciyi koruma maksatlı kurulmuş olan birliklerin tazminat davası açma hakkı yoktur. P. Dietz ve E. Brödermann (Ed. A. Foer ve J. Cuneo) (2011) s. 333.

³⁶⁹ Rinne (2009), s.111.

³⁷⁰ Basedow (2007), s.75-78; Klees (2007), s. 416; W.Wurmnest (2007). A new era for antitrust litigation in Germany? A critical appraisal of the modernized law against restrains of competitions. *German Law Journal*, Vol. 06, No. 08, s. 1188-1189.

³⁷¹ Kortunay (2008), s. 113.

³⁷² German Act on the Renumeration of the Lawyers (RVG).

³⁷³ BGBl No. 23, 16 Temmuz 2008, Bölüm 1, sayfa 1000. Ayrıca bkz. Alman Anayasa Mahkemesi’nin 12 Aralık 2006 tarihli kararı (BVerfG 12.12.2006 – 1 BvR).

³⁷⁴ Cumming (2007) s. 22-25, s. 230; Basedow (2007), s. 69-70;

³⁷⁵ Özbay (2009), s.57; N. D. Yıldırım (1997). Kollektif hukukî himaye medeni usul hukukunda sonun başlangıcı mı, etkin hukukî himayenin vazgeçilmez unsuru mu? *Yargıtay Dergisi*, 1997/1, s.308 vd.

teşebbüs, kasten veya ihmal ile bu Kanun hükümlerine ya da ATA m. 101 ve 102 hükümlerine veya Alman Kartel makamının bir emrine aykırı hareket eder ve bundan menfaat sağlarsa, Kartel makamı (Bundeskartellamt –Alman Federal Kartel Ofisi) elde edilen menfaatin devrini emredebilir ya da teşebbüsün uygun bir meblağı ödemesine karar verebilir. Kartel makamının hukuka aykırı yolla elde edilen menfaatin devrine karar vermediği hâllerde ise, Birlikler ve Kuruluşlar vasıtası ile tecavüzün ortadan kaldırılması isteminin ileri sürülmesi veya elde edilen menfaatin Federal Hazineye gelir olarak alınması söz konusu olabilir (GWB 34, GWB 34/1)³⁷⁶. Birlik davası sonucunda elde edilen tazminat hazineye aktarıldığından, zarar görenlerin birlik davası yoluyla tazminat elde etmeleri mümkün değildir.

Yukarıda izah edildiği üzere alman usul hukukunda ihlâlden zarar görenlerin toplu şekilde tazminat davası açabilmesine müsaade eden bir topluluk davası sistemi mevcut değildir. Ancak Alman Yüksek Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) 7 Nisan 2009 tarihli kararında (*CDC vs. Dyckerhoff AG.*) ihlâlden zarar görenlerin topluluk davası açmalarına müsaade etmiştir. Karara konu olayda rekabet ihlâllerinden zarar görenlerin taleplerini toplayan merkezi Belçika’da olan Cartel Damage Claims S. A. (CDC) şirketi, pazar paylaşımı ve fiyat tespiti yoluyla kartel oluşturdukları Alman Federal Kartel Ofisi kararıyla 2003’de tespit edilen ve 6 alman çimento şirketleri aleyhine, ihlâlden zarar gören 29 alıcı şirketin tazminat alacaklarını devralarak, Düsseldorf Eyalet Mahkemesinde tazminat davası açmıştır. CDC ile zarar gören teşebbüsler arasında yapılan anlaşma gereği, alacak hakları CDC’ye devredilecek ve CDC dava sonucunda hükmedilecek tazminatın önemli bir kısmını alacağı devraldığı bu teşebbüslere iade edecektir.

Tazminat davasında davalı taraf savunmasında, CDC’nin ihlâlden zarar gören grup içinde yer almadığından davacı taraf sıfatı taşımadığını iddia etmiştir. Ayrıca zarar görenlerin tazminat talep haklarını CDC’ye devreden anlaşmanın alman usul hukukunda düzenlenmiş bir müessese olmadığını belirtmiştir. Davalılar, ihlâlden zarar gördüğünü iddia eden teşebbüslerle CDC arasında yapılan alacağın devri anlaşmasının, tarafların asıl amaçlarının bir alacağın devri olmadığını, aslında zarar gören teşebbüslerin CDC’ye alacağı tahsil yetkisini devrettiğini, bu durumda ise alacağı

³⁷⁶ P. Dietz ve E. Brödermann (Ed. A. Foer ve J. Cuneo) (2011) s. 333.

tahsil yetkisini devralan şirketin alacaklılar adına tazminat davası açma yetkisinin olmadığını iddia etmişlerdir. Bu iddialarının kanıtı olarak da CDC'nin kazandığı tazminat tutatırının önemli bir kısmını zarar gören teşebbüslere iade edecek olmasını göstermişlerdir³⁷⁷.

Düsseldorf Eyalet Mahkemesi CDC'nin davacı taraf olabileceğinden bahisle davalı taraf savunmalarını red etmiştir. Davalı taraf Düsseldorf Temyiz Mahkemesine müracaat etmiş, mahkeme CDC'nin alacağı devraldığını, bu nedenle alacak hakkı sahibi olarak davayı kendi adına ve hesabına açtığı³⁷⁸ ve CDC'nin davacı olmasında alman usul hukuku bakımından bir engel bulunmadığı gerekçesiyle temyiz talebini red etmiştir. Karar Alman Yüksek Mahkemesince de onanmıştır. Karardan opt-in topluluk davasına (class action) benzer bir yolun usul hukukunda mevcut geleneksel araçlarla da gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır. Bu aynı zamanda alman mahkemelerinin rekabet ihlallerinde tazminat taleplerini kolaylaştırma eğiliminde olduklarını göstermektedir³⁷⁹.

3.4.2. İtalya

İtalyan rekabet hukukunun temel prensiplerini belirleyen 1990 tarihli Rekabet Kanununun, 33. maddesinde (287/1990) rekabet hukuku kurallarını ihlâl eden anlaşmaların geçersizliği, ihlâl nedeniyle meydana gelen zararın tazmini ve mahkemece diğer gerekli önlemlerin alınması hakkında düzenlemelere yer verilmektedir. Rekabet Kanununa göre hem İtalyan rekabet hukuku kurallarının hem de ATA m. 101 ve 102 hükümlerinin ihlâl edilmesi sonucu zarar gören gerçek ve tüzel kişiler, zararlarının tazmini için dava açabilmektedir³⁸⁰.

Zarar gördüğü iddiasında bulunanlar, zararlar ihlâl arasındaki uygun nedensellik bağına ispat etmelidir³⁸¹. İtalyan rekabet hukukunda cezalandırıcı tazminat sistemine yer verilmediğinden, taraflar ancak uğradıkları zarar miktarı kadar tazminat talep edebilir.

³⁷⁷ Kortunay (2011). Alacağın temliki yoluyla kolektif tazminat taleplerine imkân veren bir model geliştirilebilir mi? *Rekabet Dergisi*, 2011, 12(3), s 190 vd..

³⁷⁸ Kortunay (2011). s.194 vd.

³⁷⁹ P. Dietz ve E. Brödermann (Ed. A. Foer ve J. Cuneo) (2011) s, 333.

³⁸⁰ M.Carpagnano,(2006). Private enforcement of competition arrives in Italy. *The Competition Law Review*, Vol.3, Issue.1, s. 47-48.

³⁸¹ Basedow (2007), s. 109-117.

İtalyan medenî usûl hukukunda topluluk davasına ilişkin özel bir düzenleme Temmuz 2009 tarihine kadar bulunmamaktaydı. Önceki haliyle İtalyan Medeni Usûl Kanunu, davacıların talepleri birbiri ile bağlantılı veya davanın sonuçlandırılması birbirine benzeyen taleplerin çözümüne bağlı ise, zarar görenlerin birlikte dava açmalarına kısmen imkân tanımaktaydı³⁸². İtalyan Parlamentosu 1 Temmuz 2009 tarihinde yürürlüğe giren Tüketici Kanunu değişikliği ile sözleşmenin ihlâli, haksız fiil ve haksız rekabet alanlarında uygulanmak üzere topluluk davası açma hakkını düzenlemiştir. Bu davalarda mahkeme, öncelikle topluluk davasının kabûlüne, sonrasında ise tazminat miktarının belirlenip dağıtılmasına karar vermektedir.

Tazminat davasında, davacılar rekabet hukuku kurallarını ihlâl eden davranışların varlığını ispat yükü altındadır. Davalının davranışının rekabet hukuku kurallarını ihlâl ettiği tespit edildikten sonra ayrıca, kusurun ispatı gerekli görülmemektedir. Mahkemeler, ulusal rekabet otoritesinin kararları ile bağlı değildir. Ancak, Avrupa Komisyonu'nun kararlarına uygun karar vermek zorundadır. Ayrıca, mahkemeler ulusal rekabet otoritelerinin ihlâli tespit eden kararlarını da dikkate almak zorundadır. Zararın intikali savunmasına ilişkin İtalyan rekabet hukukunda açık bir düzenleme olmasa da, İtalyan Medeni Kanununun haksız fiili düzenleyen hükümlerine dayanarak, davalının yaptığı zararın intikali savunması dikkate alınmaktadır³⁸³. Dolaylı alıcıların talepleri ise, zararın kendilerine intikal ettirildiğini ve bundan dolayı kendilerinin de zarara uğradıklarını ispat etmeleri şartıyla kabul edilmektedir.

Davacının davayı kaybetmesi halinde yargılama giderlerine katlanması gerekmektedir. Rekabet ihlâlinden doğan tazminat davalarında, davacılar yargılama giderlerine ilişkin özel bir kolaylık sağlanmasa da, İtalyan medenî usûl hukuku kurallar çerçevesinde, haklı sebeplerin varlığı halinde hâkim yargılama giderlerinin taraflar arasında paylaştırılmasına da karar verebilir³⁸⁴.

3.4.3. Fransa

Fransız hukukunda, Fransız Ticaret Kanunu rekabeti sınırlayan veya bozan anlaşmaları, uyumlu eylemleri (L420-1) ve hakim durumun kötüye kullanılmasını

³⁸² C.Panafieu (2007). Private enforcement of competition rules (Bird&Bird), s. 2-3.

³⁸³ Panafieu (2007), s.3; Italian Association Between Insurance Companies (2006), s. 2-5.

³⁸⁴ Panafieu 82007), s..2-3.

(L420-2) yasaklamakla birlikte, rekabet ihlâlinden doğan zararların tazmini için bir düzenleme yapılmış değildir³⁸⁵. Fransız Medeni Kanununun haksız fiile ilişkin hükümleri (m.1382) rekabet ihlâlinden doğan tazminat davalarının açılmasını mümkün kılmaktadır³⁸⁶.

Davacının, ihlâl neden olan davranışla zarar arasında uygun nedensellik bağının mevcut olduğunu, ihlâl neden olan davranışın davalı tarafınan gerçekleştirildiğini ve ihlâlde davalının kusuru olduğunu ispat etmesi gerekmektedir³⁸⁷. Ayrıca davacının, davayı açmada meşru bir menfaatlerinin bulunduğunu yani, rekabet ihlâlinden zarar gördüklerini en azından ilk görünüşte hâkimde kanaat uyandıracak şekilde ortaya koymaları gerekmektedir³⁸⁸. Davacının, rekabet otoritesinin ihlâlin gerçekleştirildiğinin tespitine ilişkin kararından sonra açtığı tazminat davalarında, her ne kadar rekabet otoritesinin kararı mahkemeleri bağlamasa da, ihlâl kararı kusurun ispatında davacıya yardımcı olmaktadır³⁸⁹.

Zararın tazmini kapsamında, fiilî zararın ve yoksun kalınan kârın tazmini mümkündür. Fransız hukukunda cezalandırıcı tazminat sistemi kabul edilmemiş olup, tazminat miktarının toplam zararı aşamayacağı kabul edilmiştir³⁹⁰.

Fransız rekabet hukukunda, davalı tarafın yapacağı zararın intikali savunmasına ilişkin açık bir düzenleme veya mahkeme kararı olmasa da, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel kurallar çerçevesinde, bu savunmanın mahkemece dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir³⁹¹.

³⁸⁵ Cumming (2007), s. 19-20.

³⁸⁶ A. Condomines (2009). Private enforcement of competition law in France s. 1-2 www.jurismag.net/articles (Erişim Tarihi: 10.11.2009) ; Yakın zamana kadar bu davalara bakmakla, genel mahkemeler görevli iken, 30 Aralık 2005’de, sekizi ticaret mahkemesi olmak üzere toplam 16 mahkeme rekabet hukuku ihtilafları için münhasıran görevli hale getirilmiştir. Salans LLP (2009). Private antitrust litigation, France. *Getting Deal the Through, Private Antitrust Litigation*, s.65.

³⁸⁷ Cumming (2007), s.191.

³⁸⁸ O.Berg (2007). Private enforcement of competition rules: France (Bird&Bird), s. 2-4; Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 9; Mahkemeler zararın ispatı konusunda oldukça titiz davranmaktadır. Yeni tarihli bir kararda (Juva v Hoffmann La Roche davasında- 2007) Paris Ticaret Mahkemesi davacının tazminat talebini zararın yeterince ispat edilemediği gerekçesiyle red etmiştir. Salans LLP (2009), s.66.

³⁸⁹ Basedow (2007), s. 100; Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 9; Ehlermann (2001), s. 128; Cumming (2007), s.190.

³⁹⁰ Basedow (2007), s. 103.

³⁹¹ Berg (2007), s.3; Cumming (2007), s.207.

Fransız hukukunda topluluk davası sistemi benimsenmemiştir³⁹². Ancak mesleki ya da tüketici birliklerinin, üyeleri ve temsil ettikleri ya da korumayı amaçladıkları kişiler adına, idarî otoritelerden izin almak şartı ile dava açmaları mümkündür³⁹³.

Delillerin mahkemeye sunulması konusunda, mahkemeler kendiliğinden inceleme yapabilir veya ilgili tarafın talebi üzerine delillerin sunulmasını emredebilir³⁹⁴. Mahkeme, gerekli gördüğü hâllerde ya da zarar görenin talebi üzerine dava açılmadan önce delil tespiti yapabilme yetkisine sahiptir³⁹⁵. Mahkeme emrine rağmen taraflardan birinin elindeki belgeleri haklı sebep olmaksızın sunmaktan kaçınması halinde, diğer tarafın iddialarının ispat edilmiş sayılacağına mahkemece karar verilebilir. Davacının, davasında başarısız olması halinde tüm yargılama giderlerini yüklenmesi gerekmektedir³⁹⁶.

Fransız rekabet hukuku uygulamasında tazminat taleplerinin yaygın olmadığı görülmektedir. Bunda tarafların dava yoluna gitmeden aralarında uzlaşmaları etkili olduğu kadar, zararın hesaplanmasında yaşanan güçlükler ve özellikle Amerikan hukukunda olduğu şekliyle bir topluluk davası sistemin benimsenmemiş olması da etkilidir³⁹⁷.

3.4.4. Birleşik Krallık

İngiliz Rekabet Kanunu, rekabet hukuku kurallarının ihlâli halinde, ihlâlin meydana getirdiği zararların tazmini için, zarar görenlere dava açma hakkı tanımaktadır (*The Competition Act 1998, Third Party Appeals, m.47/A*)³⁹⁸. Bununla birlikte, tazminat davalarının kolaylaştırılması amacıyla, 2002 tarihli Şirketler Kanunu (*Enterprise Act*) ile İngiliz Rekabet Kanununda (*The Competition Act 1998*) önemli bir takım değişiklikler yapılmıştır. Şirketler Kanunu ile Rekabet Yüksek Mahkemesi (*Competition Appeal Tribunal- CAT*) kurulmuştur. Rekabet Yüksek Mahkemesi rekabet ihlâlinden doğan tazminat davalarına bakmakla görevli özel bir yargı organıdır. Adil

³⁹² Cumming (2007), s. 179.

³⁹³ Amerikan topluluk davası sistemine tam olarak benzemese de, Fransız hukukunda topluluk davası hakkına ilişkin taslak çalışmalar halen devam etmektedir. Salans LLP (2009), s.67.

³⁹⁴ Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 11; Cumming, a.g.e., 2007, s. 199.

³⁹⁵ Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 145

³⁹⁶ Berg (2007), s.3.

³⁹⁷ Salans LLP (2009), s.64.

³⁹⁸ Willis (2005), s. 296-297; Cumming (2007), s.18.

Ticaret Ofisi³⁹⁹ (*Office of Fair Trading*) veya AB Komisyonu'nun bir rekabet ihlâlinin varlığına dair kesinleşmiş kararı sonrasında, ihlâlden zarar gören taraflar, tazminat davası açmak isterlerse, Rekabet Yüksek Mahkemesi'ne başvurmak durumundadırlar⁴⁰⁰. Bu durumda Rekabet Yüksek Mahkemesi sadece nedensellik bağının varlığına ve zararın hesaplanması konularına odaklanmaktadır. Önceden verilmiş bir ihlâl kararının olmadığı hâllerde ise, tazminat davaları genel mahkemelerde görülmektedir.

Komisyon'un tazminat taleplerine ilişkin Yeşil Kitabı yayınlamasından sonra İngiliz rekabet hukuku uygulamasında pek rastlanılmayan tazminat davalarında önemli bir artış olduğu görülmüştür⁴⁰¹.

Tazminat davasında davacının, ihlâl ile zarar arasındaki nedensellik bağı ve zararının ihlâlden kaynaklandığını ispatlaması yeterlidir. Ayrıca, davalının kusurunun ispatlanması gerekmemektedir. Özellikle ihlâlın varlığına dair AB Komisyonu'nun veya Adil Ticaret Ofisi'nin bir kararının bulunması halinde (ki bu ihlâl kararları mahkemeleri bağlayıcı etkiye sahiptir) davacının sadece ihlâlden kaynaklanan bir zararın varlığını ispat etmesi yeterlidir⁴⁰². Eğer davacının talebi, daha önceden rekabet otoritesince verilmiş bir karara dayanmıyorsa, davacının ATA m. 101 ve 102'de belirtilen kuralları ihlâl eden davranışların tespitine ilişkin diğer tüm unsurların varlığını ispat etmesi gerekmektedir⁴⁰³.

İngiliz hukukunda, mahkemelerin taraflara ya da üçüncü kişilere davayla ilgili iddia ve savunmalara ilişkin belgeleri mahkemeye sunmalarını emretme yetkisi vardır. Tarafların mahkemeye sunacakları bu belgeleri düzenli bir şekilde gruplandırması da

³⁹⁹ İngiliz rekabet kanunu hükümleri ve ATA'nın ilgili hükümleri gereğince rekabet ihlallerini tespit ve gerekli yaptırımları uygulamakla görevli İngiliz rekabet otoritesidir.

⁴⁰⁰ Cumming (2007), s.18-19; L. Farrel ve S. Ince (2009). UK: private antitrust litigation. *The European Antitrust Review; A Global Competition Review Special Report*, s. 213; Willi (2005), s. 288-289; V. Smith vd. (Ed. A. Foer ve J. Cuneo) (2011). *The International handbook on private enforcement of competition law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., s. 296-297.

⁴⁰¹ Örneğin en son 14 Mayıs 2008 tarihinde, Komisyonun ABA m. 81'in ihlâline ilişkin verdiği vitamin karteli kararına (Case Comp/E-1/37.512 Vitamins, OJ, 2003, 6/1) binaen, kartel süresince satın aldıkları mallara daha fazla bedel ödeyerek ekonomik zarara uğradıklarını iddia eden alıcılar tarafından tazminat davası açılmıştır. *The Competition Appeal Tribunal, Case No. 1101/5/7/08 Grampian Country Food Group Ltd and others v Sanofi-Aventis SA and others*.

⁴⁰² Cumming (2007), s.42-44.

⁴⁰³ Cumming (2007), s.42 vd.; Holmes ve Davey (2004), s. 398-399

gereklidir. Tarafların dava konusu delilleri yok etmeleri ya da tahrip etmeleri halinde uygulanacak yaptırımlar da düzenlenmiştir⁴⁰⁴.

Davacıların uğradıkları toplam zarar miktarını aşan tazminat talepleri kabul edilmemekle birlikte, nadiren de olsa mahkemelerin ihlâli gerçekleştirenleri cezalandırma amacı ile zarar miktarını aşan tazminata hükmettikleri görülmektedir⁴⁰⁵. Özellikle ihlâli gerçekleştirenlerin hukuka aykırı yolla elde ettikleri kazancın, ihlâl sonucu meydana gelen zararı aştığı hâllerde, mahkemelerin, ihlâlden elde edilen kazancın ihlâli gerçekleştirenlerde kalmasına izin vermemek amacıyla, cezalandırıcı tazminata hükmettikleri görülmektedir.⁴⁰⁶

İngiliz hukukunda dolaylı alıcılara tazminat talebinde bulunma hakkı verilmiştir. Ancak, sebepsiz zenginleşmelerin önlenmesi bakımından, mahkemeler zararın miktarının belirlenmesinde, davalının yapacağı zararın intikali savunmasını da dikkate almaktadır. Dolayısıyla zararın tamamını sonraki alıcılara intikal ettiren ilk alıcı zarara uğramadığından, tazminat talepleri de kabul edilmemektedir. Ancak, bu ilk alıcıların ihlâlin önlenmesi ya da sona erdirilmesini talep etmeleri mümkündür.⁴⁰⁷

İngiltere’de 2 Mayıs 2000 tarihine kadar ABD hukukunda mevcut olan topluluk davası sisteminden farklı olarak, “*temsili dava*” (*representative action*) sistemi uygulanmaktaydı⁴⁰⁸. Davacı gurubu temsil eden kişiler, sadece kendi menfaatlerini değil, benzer durumda bulunan kişilerin de haklarını savunmak amacıyla dava açmaktadırlar. Temsili davanın açılabilmesi için, birden fazla kişinin bir davada aynı menfaate sahip olması ve mahkemenin temsilci olmak isteyen kişi ya da kişilerin temsilci olarak hareket edebileceğine karar vermesi gerekir. Temsili davada davacıların tespit ve kaçınma talepleri söz konusudur. Temsili davada, temsilcinin talebi doğrultusunda verilen hüküm, davada temsil edilen tüm kişileri bağlamaktadır.

2 Mayıs 2000’de temsili dava şekli sona erdirilmiş ve ABD hukukuna benzer şekilde topluluk davası- grup davası (*group litigation*; *Civil Procedure Rules m. 19(10-*

⁴⁰⁴ The Competition Act 1998, m. 42-43; Willis (2005), s. 300.

⁴⁰⁵ Jones ve Matsiushita (2002), s. 222; Willis (2005), s. 292.

⁴⁰⁶ Lord Devlin in *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129; *Broome v Cassell* [1972] AC 1027; *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2001] UKHL 29; S. Brown (2009), *Damages in private cartel actions, the position England*. http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-3574700_ITM (Erişim Tarihi: 10.11.2009)

⁴⁰⁷ *Holmes ve Davey* (2004), s. 398, *V. Smith vd.* (Ed. A. Foer ve J. Cuneo), (2011) s. 300.

⁴⁰⁸ Farrel (2009), s.216; Cumming (2007), s.172-174.

11) düzenlenmiştir⁴⁰⁹. Temsili davadan farklı olarak topluluk davasında, ortak ya da benzer hukukî veya fiilî sorunların yol açtığı tazminat taleplerine de izin verilmiştir. Medeni Usûl Kanunu m. 19 (11)'a göre mahkeme ortak ya da benzer hukukî veya fiilî sorunların yol açtığı taleplerin dava yönetimi konusunda (*case management*) topluluk davası açılması kararı alabilir.

⁴⁰⁹ Milutinovic (2007), s.753-755; Basın Açıklaması, 29-10-2001; Ayrıca topluluk davalarına ilişkin İngiliz hukukunda yapılması gerekli yeniliklere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. R.Mulheron, (2009). Reform of collective redress in England and Wales: A perspective of need. http://www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/collective_redress.pdf (Erişim Tarihi: 10.11.2009)

Dördüncü Bölüm

Türk Rekabet Hukuku

4.1. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Maddî Hukuka İlişkin

Esasları

Türk rekabet hukukunda, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, sadece kamu hukuku yaptırımları değil, aynı zamanda rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçları da açıkça düzenlenmiş ve Kanunun uygulanmasında ikili bir yaptırım sistemi öngörülmüştür⁴¹⁰.

RKHK m. 56 ve m. 59 hükümleri arasında “*Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*” başlığı altında, Kanunda belirtilen rekabeti sınırlayan davranışların, özel hukuk alanında yaratacağı sonuçlar düzenlenmektedir. Kanunun 56. maddesinde, Kanunun 4. maddesine aykırı anlaşma ve teşebbüs birlikleri kararlarının geçersizliği düzenlenmektedir⁴¹¹. Kanunun 57. maddesi⁴¹² “*tazminat hakkı*” başlığı

⁴¹⁰ İkili yaptırım sisteminde, rekabet hukukunu ihlâl eden bir teşebbüs, sadece Rekabet Kurumu tarafından uygulanacak idari para cezalarına muhatap olmakla kalmayacak, aynı zamanda haksız fiil hükümlerine göre ihlâlden zarar görenlerin zararlarını da tazmin etmek zorunda kalacaktır. Sanlı (2003), s. 213.

⁴¹¹ RKHK m. 56’da, RKHK’nin 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birliği kararının geçersiz olduğu ve RKHK’nin 4. maddesine aykırı anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği, daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizlik nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcunun, Borçlar Kanununun 63 ve 64. maddelerine tabi olduğu ve Borçlar Kanunu’nun 65. maddesi hükmünün RKHK’den doğan ihtilaflara uygulanmayacağı düzenlenmektedir. Geçersizlik ve geçersizliğin taraflar açısından sonuçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. K. C.Sanlı (2000). *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da öngörülen yasaklayıcı hükümlere aykırı sözleşme ve teşebbüs birliği kararlarının geçersizliği*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, Yayın no; 0049, s. 400-425; O. B. Gürzumar (2002). 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesine aykırı sözleşmelerin tabi olduğu geçersizlik rejimi. *Rekabet Dergisi, Sayı; 12*, s 4-18; P.Güven (2008). *Rekabet hukuku*, (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 733-738; Aksoy (2003), s. 55.; İ. Y. Aslan (2007). *Rekabet hukuku, teori–uygulama –mevzuat*. (4. Baskı). Bursa: Ekin Kitapevi, s. 773-775; M. Topçuoğlu (2001). *Rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası işbirliği davranışları ve hukuki sonuçları*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın no; 0064, s. 289-292;

⁴¹² RKHK m. 57’ye göre, “*Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal ya da hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur*”. 57. madde hükmünün başlığı “*tazminat hakkı*”dır; oysa Gürzumar’ın ifade ettiği üzere, hüküm ihlâli gerçekleştirenler perspektifinden yazılmıştır; dolayısıyla hükmün başlığının ihlâli gerçekleştirenler bakımından yeniden düzenlenmesi, ihlâlin sonucu olarak meydana gelecek tazminat yükümlülüğünü içermesi daha doğru olurdu. O. B. Gürzumar (2005). 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve bu kanunda değişiklik yapılmasına ilişkin taslak. *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*,

altında genel olarak ihlâlden zarar görenlerin tazminat taleplerini; 58. maddesi⁴¹³ “zararın tazmini” başlığı altında tazmini gereken zararın belirlenmesi, belli zararlar bakımından tazminatın hesaplanması ve üç kat tazminat taleplerini; 59. maddesi de⁴¹⁴ “ispat yükü” başlığı altında ispat yükünün ne şekilde yerine getirileceğini düzenlemektedir⁴¹⁵. Kanunun tazminat taleplerine ilişkin hükümleri rekabeti sınırlandıran davranışların özel hukuk alanında yaratacağı sonuçları arasında geçersizlik ve tazminat taleplerine açıkça yer verirken, ihlâlin önlenmesi ya da ihlâlin durdurulmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamıştır⁴¹⁶.

Sempozyum; Bildiriler-Tartışmalar- Panel, Ankara: Ankara Üniversitesi, s. 135.; 57. madde hükmünde “sözleşme veya anlaşma” deyimi yerine, sadece “anlaşma” denmesi yeterliydi; zira anlaşma terimi borçlar hukuku anlamında “sözleşme”yi ve sözleşme dışında kalmakla beraber rekabet hukuku bakımından anlaşma sayılan diğer hâlleri de zaten kapsamaktadır. Gürzumar, a.g.e., s. 135.

RKHK’nun 57. maddesinin gerekçesi; “rekabetin bozulması nedeniyle bundan zarar gören teşebbüs niteliğindeki veya bu nitelikte olmayan gerçek veya tüzel kişilerin, zarar veren taraflardan bu zararın giderimini tazmin edebileceği hükme bağlanmıştır” şeklindedir. RKHK’nin madde gerekçeleri, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 19, Yasama Yılı 3, S. sayısı: 599, s.10.

⁴¹³ RKHK m. 58’e göre; “Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlandırmasaydı ödemekle yükümlü olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Rekabetin sınırlandırmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlandıran teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır. Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hâllerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya etmesi muhtemel olan kârların üç katı orarında tazminata hükmedebilir”.

RKHK’nun 58. maddesinin gerekçesi; “özel hukuk kükümleri çerçevesinde bu zararın nasıl tazmin edilebileceği hangi tür zararların karşılanacağı ve bunların nasıl hesaplanacağı düzenlenmiştir” şeklindedir. RKHK’nin madde gerekçeleri, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 19, Yasama Yılı 3, S.Sayı: 599, s.10.

⁴¹⁴ RKHK m. 59’e göre; “Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer. Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir”.

RKHK’nun 59. maddesinin gerekçesi ise; “Maddede 4’üncü maddenin üçüncü fıkrasına paralel olarak, ispat yükünü belirli bir takım emarelerin varlığı halinde davalı tarafa geçiren uyumlu eylem karinesi düzenlenmiştir” şeklindedir. RKHK’nin madde gerekçeleri, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 19, Yasama Yılı 3, S.Sayı: 599, s.10.

⁴¹⁵ Sanlı (2003), s. 215-216.

⁴¹⁶ Haksız fiil niteliği taşıyan rekabeti sınırlayıcı davranışlardan zarar gören kimselerin, tazminat taleplerinden başka, devam eden rekabet ihlallerinin sona erdirilmesine ilişkin bir dava açıp açamayacakları konusu tartışmaya açıktır. Topçuoğlu’nun da belirttiği gibi, ihlâlden zarar görenlere tazminat hakkı yanında, mahkemelerden ihlâlin durdurulmasına yönelik bir talepte bulunmalarına müsaade etmek, daha isabetli bir çözüm olacaktır. Topçuoğlu (2001), s. 275. Nitekim, hem İsviçre hem de Alman rekabet hukukunda, özel hukuk yaptırımı olarak, tazminat taleplerinin yanında ihlâlden zarar görenlere, hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması ve tekrar tehlikesinden kaçınılmasını talep hakkı tanınmaktadır. Yaşanan bu tartışmaların giderilmesi bakımından, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında (Tasarı m.26) “İhlalden etkilenenlerin ya da

Hukuk politikası bakımından rekabet kanunlarında haksız fiil sorumluluğuyla ilgili hükümler koymanın gerekliliği tartışmalı bir konudur. Kanun koyucu ya rekabet ihlâli nedeniyle uğranılan zararların tazmin edilmesi gerektiğini belirterek, tazminat sorumluluğunun şartları ve uygulanma tarzı konusunda genel hükümlere atıf yapmakla yetinebilir ya da bu konulara ilişkin olarak rekabet kanunlarında özel olarak bir düzenleme yapabilir⁴¹⁷. Türk rekabet hukukunda 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, tazminat taleplerine ilişkin olarak Borçlar Kanunundaki genel hükümlerden farklı olarak bir takım özel düzenlemelere yer vermiştir. RKHK, tazminat sorumluluğunu gerektiren hâlleri ve tazminat miktarının belirlenmesini açıkça düzenlemenin yanı sıra, Borçlar Kanununda yer alan genel kurallardan farklı olarak, haksız fiil sorumluluğuna dayalı tazminat davası açılmasını kolaylaştırmak ve teşvik etmek amacıyla, üç kat tazminata ve ispat kurallarına ilişkin özel düzenlemelere de yer vermiştir⁴¹⁸. RKHK idarî yaptırımları temel almakla birlikte, Kanunda tazminat sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemelerin ayrıca hükme bağlanmış olması, hem ihlâlden zarar görenlerin zararının telafi edilmesi hem de rekabet hukuku kurallarının daha etkin bir şekilde uygulanmasının ve dolayısıyla caydırıcı etkisinin artırılmasının sağlanması bakımından, kanun koyucunun haksız fiil sorumluluğunu özellikle önemseydiğini göstermektedir⁴¹⁹.

RKHK, Borçlar Kanunu karşısında özel kanun niteliğinde olduğundan, rekabet ihlâllerinden doğan tazminat taleplerinde öncelikle uygulanacaktır⁴²⁰. Ancak, RKHK

etkilenebilecek olanların, devam eden ihlâlin sona erdirilmesini veya yakın ihlâl tehlikesinin önlenmesini hukuk mahkemesinden talep etme hakları saklıdır” ifadesine yer verilmiştir. Böylece geçersizlik ve tazminat hakkı dışında, önleme ve durdurma davaları vasıtası ile de zarar görenlerin korunmaları sağlanmaya çalışılacaktır. Özellikle piyasadan dışlayıcı uygulamalar gibi ihlâl hâllerinde bu davalar hakkın korunması bakımından önemli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

⁴¹⁷ İsviçre rekabet hukukunda, “Karteller ve Diğer Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun” rekabet ihlâllerinden doğan tazminat sorumluluğunun şartları ve uygulanma tarzıyla ilgili olarak İBK’nın m. 41 vd. hükümlerine atıf yapmaktadır. Ancak, Kanunda, maddi ve manevi tazminat yaptırımları dışında, rekabeti ihlâl edici eylemin durdurulması ve önlenmesi taleplerine de açıkça yer verilmiştir. Ayrıca Kanunda rekabeti engelleyen davalının “sözleşme yapmaya mahkûm edilmesi” de özel olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere İsviçre rekabet hukukunda rekabet ihlâli nedeniyle meydana gelen tazminat sorumluluğuyla ilgili olarak İBK’ya atıfta bulunulmakla yetinilmemiş, bir takım koinlarda Kanun sorumluluk hukukuna ilişkin olarak özel düzenlemeler de yapmıştır. Benzer şekilde Alman Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanun hükümlerinde de genel sorumluluk hükümlerinden ayrılan düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Gürzumar (2005), s. 137-138.

⁴¹⁸ Sanlı (2003), s. 216.

⁴¹⁹ Zekeriya Arı (2004). *Rekabet hukukunda danışıklılık kavramı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 215; Öz (2000), s. 185.

⁴²⁰ Güven (2008), s. 738.

hükümlerinde tazminat sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemeler yapılmış olması, BK'daki genel esasların uygulama alanı bulmayacağı şeklinde anlaşılmamalıdır.

Tazminat taleplerine ilişkin olarak RKHK m. 57 ve devamı hükümlerinde, genel olarak, sözleşme dışı sorumluluk hâllerinden haksız fiil sorumluluğunun düzenlendiği kabul edilmektedir⁴²¹. Bu nedenle çalışmanın bundan sonraki kısmında, Türk rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunun unsurlarına ve tazminat taleplerine ilişkin değerlendirmeler ele alınacaktır. Haksız fiil sorumluluğunun unsurları incelenirken ikili bir ayırımın yapılması zarureti ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle öncelikle Türk sorumluluk hukukunun genel kuralları çerçevesinde haksız fiil sorumluluğunun unsurları incelenecek, sonrasında ise bu unsurlar Türk rekabet hukuku kuralları uyarınca özel olarak ele alınacaktır.

4.1.1. Genel olarak haksız fiilin unsurları ve haksız fiil sorumluluğu

Hukukî sorumluluk, zarar veren ile zarar gören arasında önceden bir hukukî ilişki bulunup bulunmamasına göre, sözleşme dışı sorumluluk ve sözleşme sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir hukukî işlemde, özellikle sözleşmeden doğan borca aykırı davranış sonucunda borçlunun, alacaklıya vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğüne sözleşme sorumluluğu denir. Buna karşılık, taraflar arasında önceden bir hukukî ilişki bulunmaksızın bir zararın doğması durumunda söz konusu olan tazminat yükümlülüğüne ise, sözleşme dışı sorumluluk denilmektedir⁴²². Bu hâlde sözleşme sorumluluğu özellikle sözleşmenin ihlâlinden, sözleşme dışı sorumluluk ise

⁴²¹ Rekabet ihlâli nedeniyle oluşan zarar, sözleşmeden kaynaklanan bir borcun değil, herkese karşı yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğün ihlâlinden doğmaktadır. Ancak, rekabet hukuku kurallarına aykırı sözleşmeden dolayı, sözleşme taraflarının da zarar görme ihtimali bulunmaktadır. Bu durumda ihlâl nedeniyle zarara uğrayanların, zararlarının giderilmesini talep edebilmelerine imkân tanıyan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu talebin mümkün olması halinde, tazminatın, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre mi, yoksa haksız fiil hükümlerine göre mi istenebileceği konusu tartışmalıdır. Konuyla ilgili tartışmalar ve kanaatimiz için bkz. Dördüncü Bölüm, 4.2.5.1. Davacı taraf, s. 197 vd.; Ü.Tekinalp (2005). Rekabet sınırlamaları ve hakim durumun kötüye kullanılması yasağına aykırılığın özel hukuka ilişkin sonuçları. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 260-261.

⁴²² Sözleşme dışı sorumluluk hâlleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Tiftik (1994). *Akit dışı sorumlulukta maddi tazminatın kapsamı*. Ankara: Yetkin Yayınları; S. Yalman (2006). *Türk- İsviçe hukukunda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

hukuk düzeninin herkese yüklediği genel ve objektif bir yükümlülüğün ihlâlinden doğmaktadır⁴²³.

Sözleşme dışı sorumluluk hâllerinden haksız fiil sorumluluğu (Geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu) hem dar anlamda haksız fiil sorumluluğunu, yani kusur sorumluluğunu, hem de sebep sorumluluğunu (kusursuz sorumluluğu) içine alır. Haksız fiil sorumluluğundan en yaygın ve geniş olanı kusur sorumluluğu olduğundan, haksız fiil denilince daha çok kusur sorumluluğu anlaşılmaktadır⁴²⁴.

Haksız fiil sorumluluğunun (kusur sorumluluğunun) unsurlarına ilişkin genel kural Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. 11.01.2011 de, 1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunun yerine 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu kabul edilmiştir. Ancak Yeni Borçlar Kanununun yürürlük tarihi 1 Temmuz 2012 olarak düzenlendiğinden, Eski Borçlar Kanunu bu tarihe kadar yürürlükte kalmaya devam edecektir. Bu nedenle tezin bundan sonraki kısmında haksız fiil hukukuna ilişkin genel esaslar ele alınırken hem Eski Borçlar Kanununda yer alan esaslar hem de Yeni Borçlar Kanununda yer alan düzenlemeler dikkate alınarak her iki Kanun hükümlerine göre bir inceleme yapılacaktır⁴²⁵.

Haksız fiil sorumluluğunun (kusur sorumluluğunun) unsurları Eski Borçlar Kanununda “*Haksız muamelelerden doğan borçlar*” başlığı altında m. 41’de düzenlenmiştir. Buna göre, “Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur”. Yeni Borçlar Kanununda haksız fiil sorumluluğu “Haksız fiillerden doğan borç ilişkileri” başlığı altında m. 49 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre,

⁴²³ Tiftik (1994), s. 33-34; F. Eren (2006). *Borçlar hukuku*. (9. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, s. 460 - 461. Sözleşme dışı sorumluluk, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğabilir. Ayrıca *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukukî niteliğine ilişkin haksız fiil görüşü, sözleşmeden doğan sorumluluk görüşü ve kendine özgü sorumluluk görüşü olmak üzere üç farklı görüş bulunmaktadır. Doktrinde tartışmalar için bkz. Eren (2006), s. 1084 vd.; M. K. Oğuzman ve T. Öz (2009). *Borçlar hukuku*. (6. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 321 vd.

⁴²⁴ Kusursuz sorumluluk çerçevesinde sorumlu tutulan kişi, kusurlu olmasa dahi zararı tazmin yükümlülüğü altına sokulmaktadır. Burada sorumluluğun doğması için kusur yerine, kanunun öngördüğü belirli bir olgunun gerçekleşmesi yeterli görülmektedir. Eren (2006), s.443-444; Oğuzman ve Öz (2009), s. 483-484.

⁴²⁵ Zira usûl hukuku kurallarında yapılan değişiklikler derhal uygulama kabiliyetine haiz iken, maddi hukuka ilişkin durumlarda olayın meydana geldiği tarihteki kurallar dikkate alındığından, eski BK döneminde gerçekleşen fiiller bakımından konunun her iki kanun hükmüne göre ele alınması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür”. Görüldüğü üzere maddede, Yeni Borçlar Kanunu bir takım düzeltmelerin ve arılaştırmaların dışında esaslı bir hüküm değişikliği öngörmemiştir. Bu hükümlere dayanarak haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarının, hukuka aykırılık, fiil, kusur, zarar ve uygun nedensellik bağı olduğu kabul edilmektedir⁴²⁶.

4.1.1.1. Hukuka aykırılık

4.1.1.1.1. Hukuka aykırılık kavramı

Hukuka aykırılık, hukuk düzenini oluşturan normlar açısından, bir davranışla normun çiğnenmesi; normun koruduğu menfaatler açısından ise menfaate zarar verme ya da tehlikeye düşürülmesidir. Zarar verenin haksız fiilden sorumlu tutulabilmesi için fiilin hukuk düzenine, diğer bir ifadeyle hukuka aykırı olması şarttır. Eski BK m. 41 hükmü “*haksız bir surette...*”, Yeni BK m. 49 hükmü ise “*hukuka aykırı bir fiille...*” demek suretiyle bu şartın aranacağını açıkça ifade edilmiştir. Ancak, her iki Kanun da hukuka aykırılığı tanımlamaktan kaçınmıştır. Böylece kanun koyucu hukuka aykırılığın tarifini doktrin ve uygulamaya bırakmıştır⁴²⁷.

Doktrinde, fiilin hukuka aykırılığının tespitine ilişkin subjektif ve objektif olmak üzere iki teori bulunmaktadır. Günümüzde pek taraftarı kalmayan subjektif hukuka aykırılık teorisine göre, başkasının zarar görmesine neden olan her davranış, hukuka uygunluk sebepleri yoksa sırf bu nedenle hukuka aykırıdır. Bu görüş çerçevesinde hukuka aykırılık, zarar verenin zarar verici davranışta bulunmaya yetkili ve izinli olmaması olarak tanımlanmaktadır⁴²⁸.

Türk ve İsviçre hukukunda bugün için hakim olan objektif hukuka aykırılık teorisine göre hukuka aykırılık, kişilerin malvarlığını ve şahıs varlığını doğrudan

⁴²⁶ Bu unsurlardan kusur dışındakiler, kural olarak, sebep sorumluluklarında da bulunması gerekli unsurlardır. Bu hâlde kusur sorumluluğu ile sebep sorumluluğu arasındaki fark, sorumluluğun doğması için kusurun varlığının zorunlu olup olmamasına indirgenmiştir. Eren (2006), s.468-469; Y. Atamer (1996). *Haksız fiilden doğan sorumluluğun sınırlandırılması*. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 24; Tiftik (1994), s. 45-46.

⁴²⁷ Eren (2006), s.468-469; Oğuzman ve Öz (2009), s. 483-484; Bkz. S. Kaneti (2007). *Haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru*. İstanbul: Kazancı Yayınları, s. 94 vd.

⁴²⁸ Kaneti (2007), s.77 vd.

doğruya veya dolaylı bir şekilde koruma amacı güden emredici hukuk kurallarının ihlâlüne denmektedir⁴²⁹.

Hukuka aykırılığın olumlu ve olumsuz olmak üzere iki unsuru vardır. Hukuka aykırılığın olumlu unsuru başkasına zarar vermeyi yasaklayan veya zararı önleme amacı güden bir davranış kuralının ihlâlidir. Başkasına zarar vermeyi yasaklayan norm, başkasının hukukça korunan varlıklarına ve özellikle mutlak haklarına müdahaleyi yasaklayan hukuk normudur. Hukuka aykırılığın olumsuz unsuru ise, somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut olmamasıdır⁴³⁰.

4.1.1.1.2. Hukuka uygunluk sebepleri

Hukuka aykırılığın olumlu unsuru başkasına zarar vermeyi yasaklayan veya zararı önleme amacı güden bir davranış kuralının ihlâlidir. Ancak hukuka aykırılığın olumlu unsurları gerçekleşse bile somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut olması halinde hukuka aykırılığın meydana gelmesi engellenmiş olur⁴³¹. Bu hâlde davranış başından itibaren hukuka uygun olup, hukuka aykırı addedilmez. Hukuka uygunluk sebepleri, çatışan iki menfaatin karşılaştırılması ve dengelenmesidir. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebepleri çatışan iki menfaatten hangisinin üstün tutulması gerektiğini ortaya koymaktadır⁴³².

Hukuka uygunluk sebepleri Eski BK m. 52’de düzenlenmiştir. Bunlar, meşru müdafaa, zaruret hâli ve kendi hakkını koruma için kuvvet kullanmadır. TMK m. 24/II’ye göre hukuka uygunluk sebepleri olarak, zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel yarar veya kamu yararı ve kamu ya da özel hukuka dayanan kanunun verdiği yetkinin kullanılması gösterilmiştir. Yeni BK’da “*Hukuka aykırılığı kaldıran hâller*” başlığı altında m. 63’de kanunun verdiği yetkiye dayanma, zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, haklı savunma, zorunluluk ve kişinin

⁴²⁹ Bu yapılan tarife “*dar anlamda hukuka aykırılık*” da denmektedir. “*geniş anlamda hukuka aykırılık*” ise, belirli biçimde bir davranışı zorunlu kılan hukuk kuralının ihlâlini ifade eder. Eren (2006), s. 551; Atamer (1996), s. 14 vd.; İ. Sayhan (2005). Rekabet hukukunda tazminat sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık unsuru ve sorumluluğun sınırı, *FMR Dergisi. Yıl; 5. Cilt; 5. Sayı 2005/3*, s. 40-41; A. Kılıçoğlu (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (7. Baskı). Ankara: Turhan Kitapevi, s. 107-108.

⁴³⁰ Eren (2006), s. 545-549; Kaneti (2007), s. 82 vd.

⁴³¹ Kaneti (2007), s. 235-238.

⁴³² Eren (2006), s. 562; Oğuzman ve Öz (2009), s. 500.

hakkını kendi gücüyle koruması hâllerinde fiilin hukuka aykırı sayılamayacağı düzenlenmektedir.

4.1.1.2. Fiil

Haksız fiil hukukunda bir kimsenin sorumluluğundan bahsedebilmek için bir fiilin bulunması, diğer bir ifadeyle bir insan davranışının bulunması gerekir. Burada fiil, iradeyle işlenen bir insan davranışı olarak tanımlanmaktadır⁴³³. Davranış, insanın bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ilişkin bilinçli, irade ürünü hareket tarzıdır⁴³⁴.

İnsan davranışı bir şeyi yapma, yani olumlu bir davranış şeklinde olabileceği gibi, bir şeyi yapmama, olumsuz bir davranış şeklinde de olabilir. Haksız fiil, olumlu davranışla bir şeyi yapma, aktif bir hareketle işlenebileceği gibi, yapılması gereken hareketin yapılmaması, yani ihmâli bir insan davranışıyla da işlenebilir⁴³⁵.

4.1.1.3. Zarar

Zarar, sorumluluğun ve dolayısıyla tazminat borcunun en önemli unsurunu oluşturur. Haksız fiil sorumluluğunda tazminat borcunun doğabilmesi için, hukuka aykırı fiil sonucunda zararın meydana gelmesi gerekir⁴³⁶. Zarar meydana gelmemişse, salt tehlike yaratan davranış, hukuka aykırı olsa bile tazminat borcunu doğurmaz.

Türk sorumluluk hukukunda tazminat sorumluluğunun “zararın telafisi”, “ihlâl edilen hakkın devamı” ve “zararı önleme” olmak üzere üç ayrı amaca hizmet ettiği kabul edilmektedir⁴³⁷. Tazminat her üç amacı da yerine getirmekle beraber, tazminatın esas amacının zarar görenin zararının telafî edilmesi olduğu kabul edilmektedir⁴³⁸.

⁴³³ Eren (2006), s. 468.

⁴³⁴ Oğuzman ve Öz (2009), s. 500; A. Kılıçoğlu (2006), s. 194.

⁴³⁵ Eren (2006), s. 468- 469; Oğuzman ve Öz (2007), s. 500.

⁴³⁶ Eren (2006), s. 472; T. Akünel (1977). *Haksız fiilden doğan zararlarda denkleştirme sorunu*. İstanbul. s. 43.

⁴³⁷ Hukuka aykırı fiil sonucu zarar gören kişilerin tazminat davası açtığı hâllerde, mahkemece verilen tazminat hükmü, zarar görenlerin zararını telafî ettiği gibi, ihlâl edilen hak konusu menfaatin yerine geçmekte ve ayrıca ihlâli gerçekleştirenleri daha özenli davranmaya yönelterek oluşması muhtemel zararları önleyici bir etkiyi de sahip olmaktadır. Eren (2006), s.466-467; Atamer (1996), s. 24-25; H. Nomer (1996). *Haksız fiil sorumluluğunda maddi tazminatın belirlenmesi*. (1. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, s. 33-36; K. C. Sanlı (2007). *Haksız fiil hukukunun ekonomik analizi*. (1. Baskı). İstanbul: Arıkan Yayıncılık, s. 152 vd.

⁴³⁸ Atamer (1996), s.98; Eren (2006), s.466; Tiftik (1994), s.61; Sanlı (2007), s. 153.

Eski BK m. 41, Yeni BK m. 49 hükümlerinde zarardan söz edilmekle birlikte, zarar kavramı Kanunda açıkça tanımlanmamış, bu konu doktrine ve yargısal içtihatlarla bırakılmıştır. Doktrin ve uygulamada zarar, “*geniş anlamda zarar*” ve “*dar anlamda zarar*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamdaki zarar teknik anlamdaki maddi zararı ifade etmektedir. Maddi zarara malvarlığı zararı adı da verilmektedir. Geniş anlamdaki zarar kavramı ise, kişinin malvarlığında uğradığı zararlar birlikte manevi varlığında uğradığı zararı da kapsamaktadır. Böylece geniş anlamda zararı, “bir kişinin malvarlığında ya da şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak” tanımlamak mümkündür⁴³⁹.

Zararın tazminat talebine esas olabilmesi için, belirlilik, kişisellik ve doğrudan doğrualık niteliklerine sahip olması gerekir. Buna göre, ancak belirli veya belirlenebilir nitelikte zararların tazmini talep edilebilir. Tazminat talep etme hakkı, sadece zarar görene veya zarar görenin bu hakkını kanuna uygun olarak intikal ettirdiği kişilere aittir⁴⁴⁰.

4.1.1.3.1. Maddi zarar ve maddi zararın çeşitleri

Maddi zarar, kişinin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalma olarak tanımlanabilir. Maddi zarar, malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesi, olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır. Malvarlığı ekonomik bir değer arz eden ve para ile ölçülebilen hukukî değerlerin oluşturduğu bir bütün olarak değerlendirilir ve malvarlığı aktif ve pasif unsurlardan meydana gelir⁴⁴¹. Malvarlığındaki azalma, aktifin azalmasından, yoksun kalınan kârdan veya pasifin artmasından ileri gelebilir. Zarar görenin malvarlığındaki azalma, ya zarar görenin rızası hilafına ya da rızası olmaksızın meydana gelebilir.

Tazminata konu olan maddi zararın belirlenmesinde, sorumluluğu doğuran olayın gerçekleşmesinden sonraki durum ile (fiilî) bu olay olmasaydı içinde bulunulacak olan farazî durum (fiktif) karşılaştırılır. Zira aradaki fark zararı meydana getirir. Karşılaştırılan fiili ve farazi durumların neye ilişkin olduğu konusu ise doktrinde tartışmalıdır. *Tabii zarar* görüşüne göre zarar, bir kimsenin hayattayken sahip

⁴³⁹ Eren (2006), s. 472-473; Tiftik (1994), s. 51; Oğuzman ve Öz (2009), s. 514.

⁴⁴⁰ Tiftik (1994), s. 51; Nomer (1996), s. 5-6.

⁴⁴¹ Eren (2006), s. 472-473.

olduğu maddi ve manevi varlıklarda meydana gelen eksilme ve değişikliklerdir. Bu eksilme ve değişikliğe kimin ve neyin sebep olduğunun önemi yoktur. Bu görüşe göre zarar belirlenirken, ilk planda malvarlığı değil, doğrudan doğruya ihlâl uğrayan hakkın konusu varlıkta meydana gelen somut değişiklik dikkate alınmalıdır. *Menfaat teorisini* (fark teorisi) savunanlara göre, zarar verici olay neticesi hak konusu varlıkta meydana gelen olumsuz yöndeki değişiklikler değil, malvarlığında meydana gelen eksilme esas alınmalıdır. *Normatif zarar* görüşüne göre ise, zarar kavramının muhtevasının belirlenmesi, hukukî bir değerlendirme ile olur. İktisadi bakımdan malvarlığında bir azalma olmasa dahi, hukukî değerlendirme ile tazminata konu olabilecek bir zararın bulunduğu sonucuna varılabilir⁴⁴².

Haksız fiil nedeniyle meydana gelen maddi zararın, fiilî zarar, yoksun kalınan kâr, şahsa verilen zarar, şeye verilen zarar, doğrudan zarar, dolaylı zarar, yansıma zarar ve diğer zararlar olarak ayrılması mümkündür. Sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararlar (müspet zarar) ile sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zararlar (menfi zarar) ayrımı, sözleşmeye aykırı davranıştan kaynaklandığı için, haksız fiilden doğan zararlarda böyle bir ayrıma gerek duyulmamaktadır⁴⁴³.

4.1.1.3.1.1. Fiilî zarar - yoksun kalınan kâr

Fiilî zarar, hukuka aykırı fiil sonucunda, kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi yani, malvarlığının aktifinde gerçekleşen fiilî bir azalmayı veya pasifinde meydana gelen fiilî bir çoğalmayı ifade eder. Malvarlığının zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durum ile fiilin gerçekleşmesi neticesinde almış olduğu durum arasındaki fark, fiilî zararı oluşturmaktadır⁴⁴⁴.

Yoksun kalınan kâr, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre, malvarlığında meydana gelebilecek artışların hukuka aykırı fiil nedeniyle kısmen ya da tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmayı (zararı) ifade eder⁴⁴⁵. Burada hayatın olağan akışı ve hayat tecrübelerinden yararlanılarak, malvarlığında gelecekte kesin olarak ya da büyük bir ihtimalle meydana gelebilecek aktifte bir artış yahut pasifte

⁴⁴² Nomer (1996), s. 18-21; Eren (2006), s. 472.; M. R. Karahasan (1981). *Sorumluluk ve tazminat hukuku*. Ankara, s. 254.

⁴⁴³ M. H. Atila (2009). *Rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Antalya: Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.10 vd.

⁴⁴⁴ Eren (2006), s. 472-473; Tiftik (1994), s. 51; A. Kılıçoğlu (2006), s. 212.

⁴⁴⁵ Eren (2006), s. 478; Tiftik (1994), s. 51.

bir azalış söz konudur⁴⁴⁶. Yoksun kalınan kârda, hâlihazırda malvarlığının aktifinde bir artış veya pasifinde bir azalış yoktur. Fakat zarar verici olay malvarlığının gelecekteki muhtemel değerinin eksilmesine yol açmaktadır⁴⁴⁷. Bu nedenle yoksun kalınan kâr geleceğe yönelik ve fiktif bir zarar olduğundan, ilerde gerçekleşebilecek gelir imkanının dikkate alınması gerekir⁴⁴⁸.

4.1.1.3.1.2. Şahsa verilen zarar, şeye verilen zarar ve diğer zararlar

Adam öldürme veya beden bütünlüğünün ihlâli sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilmeler, şahsa verilen zararı oluşturmaktadır. Dıştan gelen bir etki sonucunda kişinin bedeni veya iç dünyasında zarar meydana gelmektedir⁴⁴⁹.

Şeye verilen zarar, maddi mallara yapılan saldırılar sonucu meydana gelen zarardır. Örneğin taşınır veya taşınmaz bir malın yok edilmesi veya hasara uğratılması veya kaybindan doğan zararlar bu kapsamdadır.

Şahsa ve şeye verilen zararlar dışındaki zararları diğer zararlar adı altında gruplandırmak mümkündür. Bunlar kişinin şöhret ve itibarının ihlâlinden kaynaklanan zararlar olabileceği gibi, kişinin ticarî kredisi veya gayri maddi malları; diğer bir ifadeyle fikri mülkiyet gibi bir hakkının ihlâli veya haksız rekabetten doğan zararlar şeklinde gerçekleşebilir⁴⁵⁰.

4.1.1.3.1.3. Doğrudan zarar- dolaylı zarar- yansıma zarar

Maddî zarar, nedensellik bağı dikkate alınarak, doğrudan zarar ve dolaylı zarar şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Doğrudan zarar, hukuka aykırı fiilin araya hiçbir ilave neden girmeden meydana getirdiği zarar iken, dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak aynı kişinin ilave bir sebeple uğradığı zarardır⁴⁵¹. Dolaylı zararın tazmin edilip edilmeyeceği, dolaylı zararın uygun

⁴⁴⁶ Eren (2006), s. 478; Oğuzman ve Öz (2009), s. 515.

⁴⁴⁷ Atila (2009), s.11.

⁴⁴⁸ Eren (2006), s. 479.

⁴⁴⁹ Eren (2006), s. 480.

⁴⁵⁰ Eren (2006), s. 480.

⁴⁵¹ Eren (2006), s. 480; H. Tandoğan (1961). *Türk mes'uliyet hukuku*. Ankara, s. 70-71; A. Kılıçoğlu (2006), s. 210; Gürzumar (2005), s. 155.

nedensellik bağı içinde kalıp kalmadığına bağlıdır. Uygun nedensellik bağının varlığı halinde, dolaylı zararın da tazmini mümkün olmalıdır⁴⁵².

Haksız fiile doğrudan maruz kalan kişilerin dışında kalan üçüncü kişilerin, bu fiil yüzünden uğradıkları zarara, yansıma zarar adı verilmektedir⁴⁵³. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere baktığımızda, kural olarak haksız fiilden doğrudan zarar gören kişilerin tazminat talep hakkı bulunduğu, hukuka aykırı fiil nedeniyle yansıma yoluyla zarar gören kişilerin tazminat talep hakkı bulunmadığı ve yansıma yoluyla zarara uğrayanlara tazminat talep hakkı tanıyan hükümlerin istisnai nitelikte olduğu görülmektedir⁴⁵⁴.

4.1.1.3.2. Manevi zarar

Manevi zararda, kişinin malvarlığında bir eksilme söz konusu değildir. Manevi zarar, kişinin kişilik değerlerinde, şahıs varlığında iradesi dışında neyden gelen eksilmeyi ifade eder. Bir kişinin şahıs varlığını oluşturan hukukî değerlerin saldırıya uğraması dolayısıyla meydana gelen objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı oluşturur.

Manevi zarar kişinin şahıs varlığına yönelik fiillerden ortaya çıkabileceği gibi, malvarlığına dönük fiillerden de ortaya çıkabilir. Örneğin bir kimsenin manevi hatırası olan eşyasının haksız fiil neticesinde zarar uğratılması nedeniyle duyduğu üzüntü sonucu manevi zarara uğraması mümkün olabilir.

4.1.1.4. Nedensellik bağı

Hukukî sorumluluğu doğuran unsurlar arasında yer alan nedensellik bağı tazminat sorumluluğunun asli şartıdır. Hukuka aykırı bir fiilin haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için, zararlar söz konusu fiil arasında sebep - sonuç bağının bulunması gerekmektedir⁴⁵⁵. Sorumluluğun bir şartı olarak nedensellik bağının gerekliliği, Eski BK m. 41'de öngörülmüştür. BK m. 41/I'de "Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ikâ eden şahıs o zararın

⁴⁵² Eren (2006), s. 480.

⁴⁵³ Oğuzman ve Öz (2009), s. 516-517; Ç. Özel (2001). Sözleşme dışı sorumlulukta yansıma zarar ve giderimine ilişkin bazı düşünceler. *AÜHFD, C. 50, S.4*, s.84 vd.

⁴⁵⁴ D. Cengiz (2006). *Türk rekabet hukukuna uyumlu eylem ve bu eylemin hukuki sonuçları*. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 376-377.

⁴⁵⁵ Eren (2006), s. 487; Oğuzman ve Öz (2009), s. 518; A. Kılıçoğlu (2006), s. 213.

tazminine mecburdur”, m. 41/II’de “Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur ” ifadeleri yer almaktadır. Eski BK m. 41/I hükmünde yer alan “zarar ikâ eden” ve m. 41/II’de yer alan “sebebiyet veren” ifadeleri nedensellik bağının gerekliliğini işaret etmektedir⁴⁵⁶. Yeni BK’da m. 49/I ve m. 49/II hükmünde yer alan “zarar veren” ifadesiyle benzer şekilde nedensellik bağının gerekliliği belirtilmiştir.

Hukukta çeşitli nedensellik teorileri vardır. Bunun nedeni, sebep kavramına verilen değişik manalardır. Sebebe kavramı, sonucu meydana getiren şartlardan yalnız birine veya bir kaçına verilen addır. Ancak, sebep adını alacak bu şartın, sonucu doğuran şartlardan hangisi olduğu, tartışmalıdır⁴⁵⁷.

Bu teorilerden önemli olan iki tanesi, *şart teorisi* ve *uygun nedensellik bağı* teorisidir. Şart teorisine göre, bir olayın varlığı, zorunlu biçimde bu olayı meydana getiren her şartın varlığına bağlıdır. Bu şartlardan bir mevcut olmadığı takdirde olay meydana gelmemelidir⁴⁵⁸. Sonucu meydana getiren şartlardan herhangi birini gerçekleştiren şahıs, yalnız bu şartı gerçekleştirmiş olması sebebiyle zararlı sonuçtan sorumlu tutulmaktadır.

Türk hukukunda hakim olan “*uygun nedensellik bağı*” teorisine göre; genel hayat deneylerine ve olayların alışılmış akışına göre, bir zarar, belirli bir fiilin uygun ve normal bir sonucu gibi karşılanabiliyorsa, bu ikisi arasında hukukî bir nedensellik bağı gerçekleşmiş olur⁴⁵⁹.

4.1.1.5. Normun koruma amacı kriteri

Normun koruma amacı ilkesi gerek sözleşmeden doğan yükümlerin, gerekse kanundan doğan davranış yükümlerinin yalnızca belli menfaatleri korumak istediği düşüncesinden hareket eder. Bunun temelinde, hiçbir davranışın bütün bireyleri ve hukukî değerleri tehlikeye sokamayacağı düşüncesi yatmaktadır. Yalnızca belli kişiler ve değerler bakımından tehlike yaratan bir davranışı, bu sınırların dışında da sorumluluk sebebi saymak mümkün olmamalıdır. Bu nedenle hukuka aykırı bir fiilin nedensellik

⁴⁵⁶ Eren (2006), s. 487-488; Oğuzman ve Öz (2009), s. 518.

⁴⁵⁷ F. Eren (1975) *Sorumluluk hukuku açısından uygun illiyet teorileri*. Ankara: Sevinç Matbaası. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 361, s.17 vd.

⁴⁵⁸ Oğuzman ve Öz (2009), s. 518; Eren (1975a), s. 21 vd.

⁴⁵⁹ Eren (2006), s. 487-488; Eren (1975a), s. 51-52; Tandoğan (1961), s. 71.

bağı içinde yarattığı zararlı sonuçlardan hangileri için ihlâli gerçekleştirenlerin sorumlu tutulacağı, normun koruma amacı ilkesine başvurularak tespit edilmeye çalışılmaktadır⁴⁶⁰. Normun koruma amacı ilkesi uygun nedensellik bağı kuramından farklı temellere oturmaktadır⁴⁶¹. Sorumluluk hukukunda uygun nedensellik bağı teorisi tazmini gereken zararın belirlenmesine hizmet eden, ancak zamanla sorumluluğun sınırlarının hakkaniyete uygun belirlenmesine yetmediği anlaşılan bir ölçüttür⁴⁶². Bu eksikliğin giderilmesi amacıyla, haksız fiil alanında, ihlâl edilen davranış kurallarının amacını esas alan ve sorumluluğu sadece ihlâl edilen normun önleme amacı güttüğü zararla sınırlandırmayı öngören normun koruma amacı ilkesi oluşturulmuştur⁴⁶³. Dolayısıyla normun koruma amacı ilkesinin asıl ortaya çıkış nedeni ve gayesinin sorumluluğun sınırlandırılması olduğu söylenebilir⁴⁶⁴. Bir normun koruma amacının tespitinde üç önemli unsur öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki normun koruduğu kişilerin kimler olduğudur. İkincisi korunan değerın çerçevesinin tespit edilmesidir. Üçüncü ise ilgili hukuk normunun hangi zararlı davranışı engellemek istediğidir⁴⁶⁵.

Normun koruma amacı ilkesi uygun nedensellik bağından ayrı değerlendirilmekle birlikte, doktrinde çoğunluk tarafından, ihlâl edilen normun koruma amacının hukuka aykırılığın bir unsuru olarak dikkate alındığı ve bu nedenle *hukuka aykırılık bağı* kavramı ile eşanlamlı kullanıldığı görülmektedir⁴⁶⁶. Türk hukukunda bugün için baskın görüş olan objektif hukuka aykırılık esasına göre hukuka aykırılık; “hukuka uygunluk sebeplerinden birisinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla, belli bir davranışı emreden

⁴⁶⁰ Atamer (1996), s. 70; Fikret Eren (1975). Hukuka aykırılık bağı ve normun koruma amacı teorisi. *Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı*, Ankara, s.461 vd.

⁴⁶¹ Kimi yazarların aynı anlamda kullanmasına rağmen, bu iki kuram farklı temellere dayanmakta ve farklı amaçlara hizmet etmektedir.

⁴⁶² Ancak normun koruma amacı ile uygun nedensellik bağı sorumluluk hukukunda beraber uygulanmalıdır. Her iki kuram birbirini tamamlayan unsurlardır. Çünkü sadece bunlardan birinin ele alınması umulmaz sonuçlar doğurabilir. Örneğin kişi hemofili hastası olduğu için küçük bir yararlanma olayı sonucu kan kaybından ölmüştür. Buna yol açan kişi BK 45. maddeye göre hukuken haksız fiil hükümlerine göre sorumludur. Çünkü bu madde kişinin hayat hakkını korumayı amaçlayan bir normdur. Ancak uygun nedensellik bağına göre böyle bir yaralamadan normal olaylara göre kişinin ölmesi uygun bir sonuç değildir. O hâlde buna sebep olan kişinin bu zarardan sorumlu olmaması gerekir. Görüldüğü gibi her iki nazariye hukuki sorumluluğu farklı yönlerden sınırlamaktadır. Eren (1975b), s. 465-467.

⁴⁶³ Eren (1975b), s. 461 vd.; Sayhan (2005), s. 40-41; Ayrıntılı bilgi için bkz, Atamer (1996), s. 70 vd.

⁴⁶⁴ Eren (1975b), s.488; H. Tandoğan (1980). Hukuka aykırılık bağı. *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler. I. Sempozyum*. İstanbul, s.24

⁴⁶⁵ Atamer (1996), s.71, s.76-79; Eren (1975b), s.471, Tandoğan (1980), s.9

⁴⁶⁶ Atamer, normun koruma amacı ile hukuka aykırılık unsuru arasındaki sınırın çizilmesinin güç olduğunu belirtmekle birlikte, normun koruma amacına bağımsız bir işlev tanınması düşüncesinin ön plana çıkması gerektiğini belirtmektedir. Atamer (1996), s.106.

hukuk kurallarına aykırılığı” ifade eder⁴⁶⁷. Haksız fiil sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık, belirli hak ve hukukî varlıkları zarar verici müdahaleden korumayı amaçlayan hukuk normlarının ihlâli ile sınırlıdır. Mutlak hakkın arkasında onu herkese karşı koruyan hukuk kuralı bulunduğu göre (temel koruma normları), mutlak hakları ihlâl eden her davranış hukuka aykırı sayılacaktır⁴⁶⁸.

Bununla birlikte, hukuk kuralları her zaman kişilerin mutlak haklarını koruma amacı gütmeyiz. Bazı hukuk kuralları kişilerin mutlak hakları dışında kalan, ekonomik menfaatlerini (özel hukuk menfaatlerini) koruma amacı güder. Ekonomik menfaati koruyan davranış kurallarına “*özel koruma normları*” denmektedir⁴⁶⁹. Mutlak hak konusu oluşturmeyen bu tür menfaatlerin zarara uğratılması, başlı başına hukuka aykırılık teşkil etmez. Bir ekonomik menfaatin zarara uğratılmasının hukuka aykırı sayılması için, zarar verici davranışın, söz konusu ekonomik menfaati caiz görülmeven zarar verici davranışlara karşı koruyan bir hukuk normunu ihlâl etmesi ya da bir hukuk normunun böyle bir menfaatin zarara uğramasını özel olarak tazminat yaptırımına bağlı tutmuş olması gerekir⁴⁷⁰. Bu nedenle, mutlak hak ya da temel koruma normlarının himayesi dışında kalan menfaatlere müdahalenin, bu menfaatleri koruyan özel koruma normuna aykırı ise hukuka aykırı sayılacağı ve bu noktada “*özel koruma normunun*” sorumluluğun kurucu unsuru olduğu söylenebilir. Bu hâlde normun koruma amacı ilkesi, ihlâl edilen normun, zarar veren ve dolayısıyla sorumluluğu doğuran davranışı, gerçekleşen sonucu önlemek, zarara engel olmak amacıyla yasaklayıp yasaklamadığını araştırır⁴⁷¹. Böylece normun koruma amacı, korunacak kişilerin, korunacak hukukî değerlerin ve bu açıdan sorumluluğun sınırlarını tespit etmekte; ortaya çıkan zararın kanunun koruma amacının içinde kalmasını öngörmektedir.

4.1.1.6. Kusur

Kusur, sorumluluğun doğabilmesi için gereken şartlardan birisi ve sorumluluğun kurucu ögesidir. Bu çerçevede kusurun temel işlevi sorumluluğun kurulmasıdır. Kusur “hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istememekle birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede

⁴⁶⁷ Eren (2006), s. 544 vd; Atamer 81996), s. 24-25; Tiftik (1994), s. 49

⁴⁶⁸ Gürzumar (2005) s. 142.

⁴⁶⁹ Eren (2006), s. 556-557.

⁴⁷⁰ Gürzumar (2005), s. 142-143; Sayhan (2005), s. 40-41.

⁴⁷¹ Eren (2006), s. 558-559.

kullanmamak” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁷². Kusur, nedensellik bağından ve hukuka aykırılıktan bağımsız bir unsurdur. Kusurun işlevi, tazminat miktarının belirlenmesinde ortaya çıkar. Tazminat zarar gören ve zarar verenin kusurlarının yoğunluğuna göre belirlenmektedir.

Kusur, kast ve ihmal olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Kast, zarar verenin bir hukuk normuna aykırı davrandığını bilmesi ve hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesini istemesi olarak ifade edilir. Kastta zarar verenin iradesi hukuka aykırı sonuca yönelmiştir ve burada hukuken korunan bir değer istenilerek ihlâl edilmiştir⁴⁷³. Zarar verenin hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özeni göstermemesine ihmal denir. Zarar veren hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, bunu öngörebilmektedir. İhmal ağırlık derecelerine göre ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Sorumluluğun doğması bakımından, zarar verenin en hafif bir ihmali dahi yeterlidir⁴⁷⁴.

Haksız fiil sorumluluğu, kural olarak bir kusur sorumluluğu olmakla birlikte, kanunda açıkça düzenlenen hâllerde kusur sorumluluğu zayıflamakta veya tamamen ortadan kalkmaktadır⁴⁷⁵. Bu hâller tehlike sorumluluğu ve olağan sebep sorumluluğudur. Tehlike sorumluluğunda, sorumluluk bir işletme, faaliyet ya da nesneye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesiyle doğar. Hukukumuzda tehlike sorumluluğuna yol açan hâller, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre motorlu araç işletenin sorumluluğu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununa göre, sivil hava aracı işletenin sorumluluğu ve 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununa göre, devletin askeri manevra ve atışlardan doğan sorumluluktan ibarettir⁴⁷⁶. Olağan sebep sorumluluğu tehlike sorumluluğu dışında kalan sebep sorumluluğu hâllerini içerir. Bunlar, adam çalıştıranın sorumluluğu, hayvan tutucusunun sorumluluğu, bina ve diğer yapı maliklerinin sorumluluğu, ev başkanının sorumluluğu, taşınmaz malikinin sorumluluğu, ayırt etme gücünü haiz olmayanların sorumluluğu gibi sorumluluk

⁴⁷²Eren (2006), s. 530; M. Kılıçoğlu (2006). *Tazminat hukuku*. (2. Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 123; Tandoğan (1961), s. 46-49.

⁴⁷³Eren (2006), s. 535; Oğuzman ve Öz (2009), s. 537.vd.

⁴⁷⁴Eren (2006), s. 530.

⁴⁷⁵Eren (2006), s. 530; M. R. Karahasan (1995). *Sorumluluk hukuku, ikinci kitap sözleşme dışı sorumluluk*. İstanbul. s. 471 vd; H. Tandoğan (1981). *Kusura dayanmayan sözleşme dışı sorumluluk hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, s. 3-4.

⁴⁷⁶Eren (2006), s. 530; H.Hatemi (1994). *Sözleşme dışı sorumluluk hukuku*. İstanbul, s. 68-69; Tandoğan (1961), s. 93-95.

türleridir. Yeni BK m. 64 vd. hükümlerinde kusursuz sorumluluk hâlleri, hakkaniyet sorumluluğu⁴⁷⁷ (ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin sorumluluğu), özen sorumluluğu (adam çalıştıranın sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu) ve tehlike sorumluluğu olarak üç kısımda düzenlenmiştir⁴⁷⁸.

4.1.2. Rekabet hukukunda haksız fiilin unsurları ve haksız fiil sorumluluğu

4.1.2.1. Hukuka aykırılık ve hukuka aykırılığın tespiti

Hukuka aykırılığa ilişkin Borçlar Kanununda yer alan hükümler genel hükümler niteliğinde olup, özel hukuka ilişkin bütün hukuka aykırılık hâlleri bakımından uygulanma kabiliyetini haizdir. Bu sebeple rekabet hukukunda yasaklanan hukukî muamele ve fiiller bakımından da haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, her şeyden önce ortada bir fiil olması ve bunun hukuka aykırı olması gerekir⁴⁷⁹. RKHK m. 57 hükmünde yer alan ve üçüncü kişilerin zararlarının tazminini öngören, tazminat yükümlülüğü, “*hukuka aykırılık*” esasına dayandırılmıştır. RKHK m. 57’ye göre, “Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal ya da hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur”. Görüldüğü üzere, “*bu Kanuna aykırı olan*” ibaresi, esasen hukuka aykırılığı ifade etmektedir. Bu bağlamda rekabet hukukunda sorumluluğun kurulabilmesi için hukuka aykırı davranışın herhangi bir emredici hukuk normuna aykırı olması değil, mutlaka RKHK hükümlerine aykırı olması zorunludur⁴⁸⁰. Bu madde kapsamında

⁴⁷⁷ Borçlar Kanunu Tasarısında (Tasarı m. 64/I) tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkimin, zarar verenin kusuru olmasa bile, sebep olduğu zararın uygun şekilde giderilmesine karar verebileceği öngörülmektedir. Böylece hakkaniyet sorumluluğunun kapsamı genişlemekteydi. Ancak Adalet Komisyonu, kusur sorumluluğunun için boşalacağı, hukuk güvenliğine aykırı ve belirsiz bir sorumluluk alanının üretilmesi, kusursuz sorumluluğun somut sebepler temelinde yasayla düzenlenmesi gerektiği ve genel bir hakkaniyet sorumluluğunun benimsenemeyeceği gerekçesiyle, Tasarı m. 64/I hükmünü Tasarı metninden çıkartmıştır.

⁴⁷⁸ S. Yılmaz (2010). Türk Borçlar Kanunu tasarısında sebep sorumluluklarına ilişkin yeni hükümler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 59, Sayı 3*, s.560- 561.

⁴⁷⁹ İ. Sayhan (2004). Rekabet hukukunda rekabet düzeninin korunmasına yönelik düzenleme bakımından hukuka aykırılık. *Rekabet Dergisi, S.17.*, s. 5-6; Sanlı (2003), s. 228.

⁴⁸⁰ Atila (2009), s. 25.; Sayhan (2004), s.36.; RKHK m. 57 hükmünde, rekabet ihlalleri şeklinde ortaya çıkan ve tazminat borcunun doğumuna yol açan eylemlerin hukuka aykırılığı, spesifik olarak belirlenmiş ve bu hükümde rekabet ihlali nedeniyle tazminat sorumluluğunun doğmasındaki hukuka aykırılık unsuru bakımından, hem hangi normların ihlâl edilmesi gerektiği belirtilmiş, hem de böylece, bu normlarla

yasaklanan fiiller; rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler veya teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri (RKHK m.4), hakim durumun kötüye kullanılması (RKHK m.6) ve izinsiz gerçekleştirilen birleşme ve devralma (RKHK m.7) şeklinde ortaya çıkmaktadır.

RKHK'nın ihlâlin özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenleyen hükümlerini uygulamakla adli mahkemeler görevli olduğundan, mahkemenin öncelikle hukuka aykırılığı tespit etmesi gerekir⁴⁸¹. Bu nedenle mahkemenin tazminata hükmedilmesi için, davalıların davranışının, RKHK m. 4, m.6 ve m.7 hükümlerinden birini ihlâl ettiğinin saptanması gerekir. Öte yandan, rekabet ihlâllerinde hukuka aykırılığın tespiti bakımından yapılan ekonomik analizlerin değerlendirilmesi belirli düzeyde uzmanlık gerektirdiğinden bu konuda adli mahkemelerin ne kadar yetkin olacağı da tartışılması gereken önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁸².

4.1.2.2. Hukuka aykırı fiiller

4.1.2.2.1. Rekabeti sınırlayan anlaşma, teşebbüs birliği kararı ve uyumlu eylemler

RKHK m. 4 hükmünde rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler⁴⁸³ arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin⁴⁸⁴ bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı sayılmış ve yasaklanmıştır⁴⁸⁵.

yasaklanan davranışlar belirli olduğuna göre, hukuka aykırı davranışlar da spesifik olarak ortaya konmuştur. Gürzumar (2005), s.149.

⁴⁸¹ Ancak muafiyet kararında olduğu gibi münhasıran Rekabet Kurulu'nun yetkisine giren konularda adli mahkemelerin hüküm vermesi mümkün değildir. Atila (2009), s. 27.

⁴⁸² Tartışmalar ve çözüm önerileri için bkz. Dördüncü Bölüm, 4.2.1. Adli Yargı - Rekabet Kurumu İlişkisi s. 177. vd.

⁴⁸³ RKHK m.3'e göre, teşebbüs kavramı, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri" ifade eder.

⁴⁸⁴ RKHK m.3'e göre, teşebbüs birliği kavramı, "teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliğe haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri" ifade eder.

⁴⁸⁵ RKHK m.4'e göre; "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır".

Teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler yoluyla rekabet ihlâl edilmesi ve bu nedenle gerekli idari yaptırımların uygulanması bakımından, doğrudan ya da dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıma ya da böyle bir amacı taşımasa bile böyle bir etkiyi doğurma ya da doğurabilecek nitelikte olma yeterli kabul edilmiş, ayrıca bunun sonucunda zararlı bir sonucun ortaya çıkması şart konulmamıştır⁴⁸⁶. Ancak haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat sorumluluğunun doğması bakımından, amacı m. 4 hükmüne aykırı olduğu hâlde rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama sonucunu henüz doğurmamış olan bir anlaşma veya bir karar sonucunda rekabet hukuku anlamında bir zararın doğması söz konusu değildir⁴⁸⁷.

Kanun'da rekabetin ihlâl edilmesi halleri; “*rekabetin engellenmesi, rekabetin bozulması ve rekabetin kısıtlanması*” olarak düzenlenmiştir⁴⁸⁸. Bir rekabet ihlâlinde her üç durumun da gerçekleşmesi olasıdır. Ancak Kanunda rekabetin ihlâl edilmesi hâlleri için farklı bir yaptırım düzenlenmemiş olduğundan, ihlâlin bunlardan birisi ya da öbürü ile gerçekleşmiş olması sonucu ekilemeyecektir⁴⁸⁹.

Kanun'da yasaklanan davranışlar; “*rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylemler ve kararlar*” şeklinde üç başlıkta düzenlenmiştir. Bu davranışların her biri danışıklılık türleri arasında yer almaktadır⁴⁹⁰ ve hukuka aykırılık bakımından ortak sonuçlar doğurmaktadır. Hukukî sonuçları aynı olsa bile yasaklanan bu davranışlar arasında rekabete aykırı işbirliğinin ortaya konuluş şekli ve kanıtlanması bakımından temel farklılıklar bulunmaktadır.

4.1.2.2.1.1. Anlaşma

Rekabet hukukunda anlaşma kavramı, medeni hukuktaki sözleşmeden daha geniş bir anlama sahip olup, yazılı, sözlü, zımni anlaşmaları, centilmenlik anlaşmalarını

⁴⁸⁶ Güven (2008), s.81; Aslan (2007), s. 142.

⁴⁸⁷ Gürzumar (2005), s.150; Ancak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında (Tasarı m.26) ihlâlden etkilenenlerin ya da etkilenebilecek olanların, devam eden ihlâlin sona erdirilmesini veya yakın ihlâl tehlikesinin önlenmesini hukuk mahkemesinden talep etme haklarına yer verilmiştir. Tasarıda yer alan bu hüküm, rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisi doğurabilecek nitelikte anlaşma veya kararların varlığının da dava hakkı bakımından hukuka aykırılığı gerçekleştirmeye yeteceği anlamına gelmektedir.

⁴⁸⁸ Güven (2008), s. 81.

⁴⁸⁹ Güven (2008), s. 81.

⁴⁹⁰ Arı (2004), s.18.

yani her türlü uzlaşma ya da uyuşmayı içine alacak şekilde geniş olarak yorumlanmaktadır. Zira rekabet hukukunda bir anlaşmadan söz edebilmek için, tarafların kendilerini bu anlaşmayla bağlı kabul etmeleri yeterlidir⁴⁹¹. Diğer bir ifade ile rekabet ihlâlinin varlığından söz edebilmek için ortada hukukî bir sonuca yönelen irade beyanının olması şart değildir.

Rekabet hukuku anlamında anlaşma “*yatay anlaşma*”, “*dikey anlaşma*” ve “*aykırı (karma) anlaşma*” olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Yatay anlaşmalar aynı mal ya da hizmet piyasasında, üretim zincirinin aynı seviyesinde olan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalardır. Üretim zincirinin aynı seviyesinde faaliyet gösteren işletmeler birbirinin rakibidir. Bu tip anlaşmalara kartel anlaşmaları da denmektedir. Rakipler arasındaki rekabeti sınırlayıcı yatay anlaşmaların genellikle olumlu etkileri olmadığı için, per se yasak kabul edilirler.

Dikey anlaşmalar aynı mal ya da hizmet piyasasında, hammadde temin anlaşmalarından başlayarak bir ürünün tüketiciye ulaşmasına kadar geçen süreçte (üretim zincirinin farklı seviyelerinde faaliyette bulunan teşebbüsler arasında) yer alan teşebbüsler arasındaki anlaşmalardır. Türk rekabet hukukunda dikey anlaşmalar per se yasak olarak kabul edilmemektedir. Dikey anlaşmalara, Rekabet Kurulu’nun kabul etmiş olduğu Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde belirtilen şartlar dâhilinde muafiyet tanınmaktadır⁴⁹².

Aykırı (karma) anlaşmalar ise, birbirleriyle ilgili olmayan, ayrı mal ya da hizmet piyasasında faaliyette bulunan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalardır. Bu tip anlaşmalar aynı bölgede ve fakat farklı ürün piyasasında faaliyette bulunan teşebbüsler arasında yapılabileceği gibi, ayrı coğrafi piyasalarda bulunan teşebbüsler arasında da yapılabilir. Gıda sektöründe faaliyette bulunan bir teşebbüsle, temizlik sektöründe faaliyette bulunan bir teşebbüs arasında yapılan anlaşmalar, aykırı anlaşmalara örnek olarak gösterilebilir. Genel itibariyle rekabet üzerinde sınırlayıcı

⁴⁹¹ Güven (2008), s. 110-111; Aksi yönde, Topçuoğlu (2001), s. 133-138.

⁴⁹² Rekabet Hukukunda dikey anlaşmalar konusunda ayrıntılı bilgi için, İ. Y. Aslan (2004). *Rekabet hukuku bakımından dikey anlaşmalar teori ve uygulama*. Bursa: Ekin Yayınevi, s. 1 vd.

etkileri az olan anlaşma türleridir. Ancak istisnai olarak somut olaya göre rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabilmektedir⁴⁹³.

4.1.2.2.1.2. Uyumlu eylemler

Uyumlu eylemler yoluyla rekabetin ihlâl edilmesi de rekabet hukuku bakımından yaptırıma tabi tutulmaktadır. Uyumlu eylemde, rekabeti ihlâl eden teşebbüsler arasında yapılmış yazılı ya da sözlü bir anlaşma veya alınmış bir karar, yani taraflar arasında açık bir işbirliği bulunmamaktadır. Uyumlu eylemde tarafların davranışlarında bilinçli olarak yapılmış bir uyum, paralellik bulunmaktadır. Bir davranışın uyumlu eylem olarak kabul edilebilmesi için en az iki ya da daha fazla teşebbüsün davranışlarında bilinçli bir paralellik olmalıdır ve bu davranışlar piyasadaki teşebbüslerin ticarî faaliyetlerini etkileyerek teşebbüslerin gelecekteki rekabetçi davranışlarındaki belirsizliği ortadan kaldırma amacı taşınmalıdır⁴⁹⁴.

Uyumlu eylemin ispatı güç olduğundan RKHK m. 4 hükmünde “*uyumlu eylem karinesi*” kabul edilmiştir. Buna göre; bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder. Ancak, ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir⁴⁹⁵. Örneğin oligopol piyasalar az sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu homojen bir yapıya sahip piyasalar olduğundan, teşebbüsler önemli kararlar alırken rakip teşebbüslerden bağımsız hareket edemezler. Oligopolistik bağımlılık olarak tanımlanan bu tip durumlarda, teşebbüslerin birbirine benzer, paralel davranışlarda bulunması piyasanın oligopol yapısından kaynaklanabilir.

⁴⁹³ Güven (2008), s. 117. Atila (2009), s.36 vd.

⁴⁹⁴ Güven (2008), s. 127 vd; Aslan (2007), s. 156 vd.; Rekabet Hukukunda uyumlu eylemler konusunda ayrıntılı bilgi için, bkz. Cengiz (2006), s.13 vd.

⁴⁹⁵ Aslan (2007), s. 168-169.

4.1.2.2.1.3. Teşebbüs birliği kararları ve eylemleri

Rekabeti sınırlayan, engelleyen veya bozan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar gibi, teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri de RKHK kapsamında hukuka aykırı kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır. Teşebbüs birliği kavramı, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri ifade eder. Bu teşebbüs birliklerinin kurulduktan sonra, üyelerinin faaliyetlerine dönük almış oldukları kimi kararların rekabeti ihlâl eder nitelikte olduğu görülmektedir. Teşebbüs birlikleri özellikle üyeleri arasındaki rekabeti engellemek ve üyelerinin daha fazla menfaat sağlamalarını temin etmek amacıyla rekabeti ihlâl eden kararlar alabilirler. Bu tür teşebbüs birliği kararı tavsiye niteliği taşısa bile, üyelerin bu kararlar kendilerini bağlı hissederek kabul etmeleri ve uygulamaları, teşebbüs birliği kararını rekabet hukukuna aykırı kabul etmek için yeterlidir⁴⁹⁶. Ayrıca, teşebbüs birliği kararının rekabeti ihlâl amacı taşıması ya da bu etkiyi göstermesi veya gösterebilecek nitelikte olması da önem taşımaktadır. Genellikle rekabeti ihlâl eden teşebbüs birliği kararları, mal ya da hizmet alım ya da satım fiyatının üyeler bakımından belirlenmesi, mal veya hizmet piyasasının üyeler arasında bölüşülmesi veya arz ya da talep miktarının kontrolü vb. şekillerde ortaya çıkmaktadır⁴⁹⁷.

4.1.2.2.2. Hakim durumun kötüye kullanılması

4.1.2.2.2.1. Hakim durumun belirlenmesi

Hakim durum RKHK m. 3 hükmünde, “belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü”, olarak tanımlanmaktadır. Hakim durum tek el kavramından farklıdır. Tekelci piyasalarda piyasada yalnızca bir teşebbüs faaliyette bulunmaktadır. Oysa hakim durumun söz konusu olduğu piyasalarda birden fazla teşebbüs faaliyet göstermektedir. Ancak bu teşebbüslerden bir ya da bir kaç ülkenin tamamında ya da belli bir bölümünde (coğrafi pazarda) veya belli bir ürün piyasasında (ilgili ürün pazarında) hakim durumda bulunmaktadır. Kötüye kullanma hakim durumdaki teşebbüsler bakımından söz konusu

⁴⁹⁶ Aslan (2007), s. 179 vd.

⁴⁹⁷ Güven (2008), s. 120-121; Atila (2009), s.39.

olduğundan, hakim durumun tespiti için pazar analizlerinin yapılması ve ilgili pazarın saptanması şarttır⁴⁹⁸.

4.1.2.2.2. Hakim durumun kötüye kullanılması

Hakim durumun kötüye kullanılması RKHK m. 6'da düzenlenmiştir. Buna göre; “bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır”. Görüldüğü üzere m. 6 hükmünde hakim durumda bulunmak değil, hakim durumu kötüye kullanmak hukuka aykırı ve yasak kabul edilmektedir. Yani teşebbüsün kendi dinamikleriyle hakim duruma gelmesi yasaklanmış değildir⁴⁹⁹.

Hakim durumun kötüye kullanılması genellikle, piyasaya başka bir teşebbüsün girmesine engel olunması ve buna bağlı olarak dışlanması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını, eşit durumdaki alıcılara ayırımcılık yapılması veya belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler şeklinde gerçekleşmektedir⁵⁰⁰.

4.1.2.2.3. Birleşme ve devralmalar

4.1.2.2.3.1. Birleşme ve devralmaların (yoğunlaşmaların) denetlenmesi

RKHK m. 7'de düzenlenen hükümle, bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik, bulundukları mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal

⁴⁹⁸ Güven (2008), s. 261- 163; Öz (2000), s.153 vd.

⁴⁹⁹ Öz (2000), s.159 vd; Atila (2009), s. 42-43.

⁵⁰⁰ RKHK m. 58/I hükmü, “rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekle yükümlü olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebileceklerinden bahisle, hakim durumun kötüye kullanılması eyleminin gerçekleşmesi için, rekabetin sınırlanması, engellenmesi veya ortadan kalması şartının, en azından bazı kötüye kullanma hâlleri bakımından aranmayacağı hususunu gözden kaçırmıştır. Bu nedenle hükümden, rekabetin sınırlanması, engellenmesi veya kısıtlanması şeklindeki tüm ifadelerin çıkarılması gerekmektedir. Gürzumar (2005), s. 164.

varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması hukuka aykırı sayılmaktadır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere Kanun birleşme ve devir işlemlerini değil, bu yolla teşebbüslerin hakim duruma gelmelerini veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmelerini yasaklamaktadır.

Rekabet hukuku anlamında birleşme ve devralmadan söz edebilmek için ekonomik anlamda birbirinden bağımsız iki teşebbüsün söz konusu olması lazımdır. Grup şirketleri (holdingler) ekonomik anlamda bağımsız karar verebilen teşebbüsler olmadığından, bir bütün kabul edilmektedirler. Bu nedenle grup şirketleri arasında yapılan birleşme ve devralmalar m. 7 kapsamında bir değerlendirmeye tâbi tutulmamaktadır. Ayrıca rekabet hukuku açısından birleşme veya devralmanın hukukî boyutundan ziyade ekonomik yoğunlaşmanın ve ekonomik kontrolün el değiştirmesinin daha önemli olduğu söylenebilir⁵⁰¹.

4.1.2.2.3.2. İzinsiz gerçekleştirilen birleşme ve devralmalar

RKHK m. 7/II düzenlemesine göre, hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğle ilan eder. Kurul, “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”le (Tebliğ no: 2010/4) konuya ilişkin bir düzenleme yapmıştır. Tebliğin 7. maddesinde hangi tür birleşme ve devralmaların izne tabi olduğu ilgili teşebbüslerin toplam ciroları dikkate alınarak belirtilmiştir. Tebliğin 7. maddesine göre bir birleşme veya devralma işleminde; işlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL’yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL’yi veya işlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL’yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL’yi, aşması halinde söz konusu işlemin hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur. Ayrıca m. 7 (2)’de ortak girişimler hariç olmak üzere, yukarıda belirtilen eşikler aşılsa dahi, her hangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmediği ifade edilmektedir.

⁵⁰¹ Atila (2009), s. 46.

RKHK m. 57 hükmünün, 4 ve 6. maddede düzenlenen yasak fiilleri ele aldığı açık olmakla birlikte, 7. maddede düzenlenen birleşme ve devralmaların haksız fiil sorumluluğu (tazminat sorumluluğu) bakımından hukuka aykırılık teşkil edip etmediği konusu doktrinde tartışmalıdır⁵⁰².

Gürzumar, 57. maddede 7. maddeye işaret eden herhangi bir ifadeye rastlanılmadığını, hükmün amaca göre yorumunda da m. 7 hükmüne aykırı davranışların dikkate alınmamasının yanlış olmayacağını belirtmektedir. Yazar, yoğunlaşmanın salt kontrolden kaçmış ve böylece de gerçekleşmiş olması nedeniyle, rakiplerin, müşterilerin ve tüketicilerin bir zarara uğrayabileceğini düşünmenin güç olduğunu, ancak bu yoğunlaşmanın sonucu olan ya da bizzat bu yoğunlaşmayı ifade eden hakim durum kötüye kullanılırsa bir zararın doğabileceğini, bunun ise zaten 6. madde hükmüne aykırılık nedeniyle doğan bir zarar olduğunu, bu nedenle tartışmalı olmakla birlikte, salt m. 7 hükmüne aykırı davranışa dayalı tazminat davası olamayacağını ifade etmektedir⁵⁰³.

Aslan, tazminatın diğer koşullarının da mevcut olması şartı ile 57. maddenin ifadesinin, kanuna aykırılık olan her durumda tazminat istenebileceği gibi

⁵⁰² Aslan, “anlaşma ve sözleşmenin aynı anlama geldiğini, anlaşmadan söz edilmekle beraber sözleşmeden bahsetmenin anlamlı olmadığını, sözleşme kavramının birleşme ve devralmalar için kullanıldığının varsayılması halinde ise, 57. maddedeki belirsizliğin ortadan kalkabileceğini ve 57. maddenin ifadesinin Kanun’a aykırılık olan her durumda tazminat istenebileceği şeklinde anlaşılabileceğini” ifade etmektedir. Aslan (2007), s.783-784; Aynı yönde Tekinalp de, anlaşma kelimesinin sözleşmeyi zaten kapsadığını, buna rağmen kanun koyucunun sözleşme kavramını kullanmasının, birleşme ve devralmaları ifade ettiğini ve Türk doktrinin de genel olarak birleşme ve devralmaları m. 57 kapsamına aldığını belirtmektedir. Tekinalp (2005), s. 261; Buna karşın Gürzumar, 57. maddede yapılan “sözleşme ve hukuki işlem” vurgulamasının 56. madde hükmünde anlamlı olabileceğini belirtmektedir. Gürzumar (2005), s. 135.

⁵⁰³ Gürzumar (2005), s. 150-151; Benzer şekilde Sanlı, Kanun’un 7. maddesinin koruma amacının, rekabetin önemli ölçüde azalmasından dolayı kişilerin uğradıkları zararın giderilmesi olmadığını, normun koruma amacının, piyasa yapısının korunması ve yoğunlaşmanın ekonomide genel olarak neden olduğu toplumsal maliyetin azaltılması olduğunu belirtmektedir. Dolayısı ile Kanun’un 7. maddesine aykırı bir fiilin, hukuka aykırılık bağının olmaması nedeni ile haksız fiil sorumluluğuna yol açmayacağını ileri sürmektedir. Ayrıca, Kanun’un 7. maddesindeki hukuka aykırılık, sadece “rekabetin önemli ölçüde azalması” değil, bununla birlikte “hakim durumun ortaya çıkması ya da güçlendirilmesi” şartlarına da tabi kılındığından, hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için, hakim durumun ortaya çıkmasının şart olduğunu ve bu durumda esasen 6. maddenin uygulanmasının söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Sanlı (2003), s.230-231. Yazar, 7. maddeye aykırı yoğunlaşmaların, ancak “yoğunlaşma sonucu fiyatın artması” gibi sınırlı bazı olasılıklarda, tazmin edilebilir türden bir zarara sebebiyet verebileceğini belirtmektedir. K.C. Sanlı (2008). Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi. Rekabet Dergisi, Sayı 30, s. 39-44; İnan, 57. madde de kullanılan eylem ve karar ifadelerinden, teşebbüs birliği kararı ve uyumlu eylemlerin anlaşılması gerektiğini, 4. maddenin kapsamının her türlü eylem ve karar şeklinde anlaşılmasının yanlış olduğunu belirterek, birleşme ve devralmaların 57. madde kapsamında olmadığını belirtmektedir. İnan (2004), s. 49-50.

anlaşılabilecek nitelikte olduğunu, Kanunun 7. maddenin de her ne kadar yasaklama yöntemi itibarıyla farklılık arz etse de 4. ve 6. maddeler gibi rekabeti bozucu olabilecek durumları yasaklamayı amaçladığını belirtmektedir. Yazar yöntem bir kenara bırakılırsa, Kanunun tüm esasa ilişkin hükümlerinin amacının rekabetin sınırlandırılmasını önleme olduğunu ve bu itibarla 7. maddeye aykırı olarak izin almadan birleşen teşebbüslerin de Kanun’a aykırı bir durum içine girdiklerini ve haksız fiil oluşturduklarını ifade etmektedir. Esasen böyle bir aykırılığın üçüncü kişiler bakımından bir zarara sebebiyet verebilmesi için bazı eylemlerin yapılmış olması gerektiğini, bu eylemler aynı zamanda hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edeceğinden, 6. maddeye göre dava açılmasının da mümkün olacağını belirtmektedir. Ancak yazar, 7. maddenin de 4. ve 6. maddeler gibi açık bir yasak getirmesi karşısında, buna aykırılığın da hukuka aykırılık teşkil edeceğini ve buna dayanarak tazminat davası açılabilmesinin kabul edilmesi gerektiğine dikkati çekmektedir⁵⁰⁴.

Güven, hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilen bir birleşme ve devralma söz konusu ise, Rekabet Kurulunun para cezası ile birlikte, birleşme ve devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiilî durumların ortadan kaldırılmasına; ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine karar verebileceğini belirtmektedir. Yazar, böyle bir eski hale iadenin yerine getirilmesi gereken bir birleşme ve devralma sonucunda ortaya çıkan zararların tazmin edilmesinin gerektiğini ifade etmektedir⁵⁰⁵.

2010/4 Sayılı Tebliğe göre izne tabi birleşme ve devralmalar Rekabet Kurulu’na bildirilmiş ve Kurul izin vermişse, birleşme ve devralmaların hukuka uygun kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁰⁶. Sadece Rekabet Kurulu 7. maddeye aykırılık analizi yapabileceğinden, mahkemeler, Kurul’un izin kararı ile bağlı olacak (muafiyet

⁵⁰⁴ Aslan (2007), s. 784. Ayrıca, Aslan hazırlamış olduğu “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisi”nde; tazminat hakkı başlığı altında, 7. maddeye göre yoğunlaşmadan zarar görenlerin ve rekabeti bozucu idarî yardım nedeniyle zarar gören rakiplerin de asliye ticaret mahkemesinde tazminat davası açma hakkından bahsetmektedir. İ. Y. Aslan (2005). Rekabetin korunması hakkında kanun tasarısı önerisi. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – III*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 67.

⁵⁰⁵ Güven (2008), s. 739-740; Sayhan, Kanuna aykırı eylem ve işlemlerin haksız fiil sorumluluğuna sebebiyet vereceğini, RKHK 4, 6 ve 7. maddeler arasında ayırım yapmaksızın tamamı özel koruma normu olan bu kuralların hem kamusal hem de özel menfaatleri koruduğunu ve ayrıca bu korumanın da Kanunun amaçlarından olan “*küçük işletmelerin korunmasına*” hizmet ettiğini belirtmektedir. Sayhan (2005), s. 56-57.

⁵⁰⁶ Benzer yönde bkz. Atilla (2009), s. 47.

kararında olduğu gibi) ve hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden tazminat taleplerini red edecektir. Bildirim yapılmayan bir birleşme Kurul tarafından öğrenilmiş ise, Kurul soruşturma başlatır. Eğer birleşme RKHK m. 7 hükmüne aykırı değilse izin verilir ve fakat zamanında bildirimde bulunulmadığı için ilgili teşebbüslere RKHK m. 11/a hükmü kapsamında idari para cezası uygulanır. Bu hâllerde de hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden, tazminat sorumluluğu ortaya çıkmaz⁵⁰⁷.

Kanaatimizce izne tâbi olduğu hâlde Rekabet Kurulu'na bildirilmeyen ve RKHK m. 7 hükmü kapsamında hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilen bir birleşme veya devralmanın uygulamaya konduğu olduğu hâllerde, bu işlemlere katılan teşebbüslerin tazminat sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmalıdır. İzne tabi olduğu hâlde, izin alınmadan gerçekleştirilen birleşme ve devralmadan ötürü, üçüncü kişilerin zarara uğramasının ya da zarara uğrasa bile bu zararların belirlenmesinin güç olacağı düşünülebilir. Ancak belli hâllerde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen birleşme ve devralmaların m. 57 kapsamında bir zarara sebebiyet vermesi mümkün olabilir. Örneğin, izin alınmadan gerçekleştirilen birleşme ve devralmalar sonucu, dışlayıcı uygulamalara (yıkıcı fiyat uygulaması, boykot gibi) maruz kalan rakip teşebbüslerin zarara uğramaları yüksek ihtimaldir. Bu durumda hakim durumun kötüye kullanılmasına nedeniyle 6. maddenin uygulanması mümkün olduğu gibi, 7. maddenin ihlâline dayanarak tazminat talep etmek de mümkün olmalıdır. Ayrıca izin alınmadan gerçekleştirilen birleşme ve devralmalar sonucu piyasada fiyatların yükselmesi halinde tüketicilerin de zarara uğramaları ve bu nedenle 7. maddenin ihlâline dayanarak tazminat talep etmeleri mümkündür.

Son olarak, m. 57 vd. hükümlerinin, Kanun'a aykırı her durumda tazminat istenebileceği şeklinde yorumlanmasının ve bu nedenle m. 7 hükmüne aykırı olarak gerçekleştirilen birleşme ve devralmaların da 57. madde kapsamında yer almasının, kanun koyucunun özel hukuk yaptırımlarından elde etmeyi umduğu faydaların gerçekleşmesine daha fazla katkı sağlayacağı söylenebilir⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Atila (2009), s. 48.

⁵⁰⁸ Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında (Tasarı m. 26), “Her kim, kusurlu olarak, 4 üncü madde kapsamında olan ve muafiyetten yararlanmayan anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut 6 veya 7 nci

4.1.2.3. Hukuka uygunluk sebepleri

4.1.2.3.1 Rekabet hukukunda uygulama kabiliyeti olan genel sorumluluk hukukuna özgü hukuka uygunluk nedenleri

Genel sorumluluk hukukuna özgü hukuka uygunluk sebepleri, uygun olduğu ölçüde rekabet hukukunda uygulama alanı bulabilecektir. Bunlardan haklı savunma, kendi hakkını koruma için kuvvet kullanma ve vekâletsiz iş görme hâlleri niteliği itibarıyla rekabet ihlallerinde uygulama alanı bulamayacaktır⁵⁰⁹. Buna karşın, zarar görenin rızası, kamu yetkisinin kullanılması ve özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması hâllerinin bu konu bakımından ayrıca ele alınması gerekmektedir.

Rekabet Kanunun emredici hükümlerine aykırılık, mağdurun üzerinde tasarruf edebileceği nitelikte bir alan oluşturmadığı için, zarar görenin rızası fiilin genel olarak hukuka aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle rıza rekabet ihlali nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zararlar bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olmayacaktır. Zarar görenin rızası, rekabeti sınırlayan bir sözleşmenin tarafını oluşturanların sınırlama yüzünden uğradıkları zararı talep edip edemeyecekleri bakımından önem taşır⁵¹⁰. Genel olarak kabul edildiği üzere rekabete aykırı yatay anlaşmalarda zarar görenin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olacağından tarafların

maddeyi ihlâl ederse, ihlâlden zarar görenlerin bu nedenle uğradıkları her türlü zararı tazmin etmekle yükümlüdür” ibaresiyle birleşme ve devralmaların da tazminat kapsamına alındığı görülmektedir. Sanlı, Tasarıdaki düzenlemeyi ayrıntılı olarak ele aldığı makalesinde, 7. maddenin haksız fiil sorumluluğuna yol açtığı kabul edilmesinin pratik açıdan önemli bir etkisi olmadığını ve dolayısıyla 7. maddeye dayalı bir tazminat davasının muhtemen uygulamada görülmeyeceğini belirtmektedir. Yazar, teorik açıdan tasarıda yer alan bu düzenlemeyle, rekabetin önemli ölçüde azalmasına sebebiyet verecek yoğunlaşmaların gerçekleşmemesindeki menfaatin, salt kamusal değil, aynı zamanda özel bir vasfının olduğunun kabul edilmiş ve bir subjektif hakkın ihdas edilmiş olduğunu ifade etmektedir. Ancak yazar esas sorununun tasarıda yer alan önleme ve durdurma davaları bakımından yaşanacağına dikkati çekmektedir. Yazar, tasarıda hukuka aykırı yoğunlaşmaların haksız fiil sorumluluğuna yol açacağı açıkça kabul edildiğinden, ihlâlin sadece tazminat sorumluluğuna yol açmayacağını aynı zamanda menfaati olumsuz etkilenen kişilerin durdurma ve önleme davası da açabileceklerini ve bu hâlde mahkemenin durdurma ve önleme davasında esasa girerek bir değerlendirme yapmak durumunda olacağını, ancak mevcut hükümler çerçevesinde yoğunlaşmalara ilişkin analizleri yapmanın münhasıran Kurum’un yetkisinde olduğunu belirterek, tasarıda kabul edilen sistemde 7. maddeye aykırılık analizinde artık Kurum’un münhasır yetkisinin bulunmayacağını belirtmektedir. Yazar bu açıdan tasarinin ilgili hükmünün yeniden değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. K.C. Sanlı (2007). Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısı taslağın’nın özel hukuk alanında getirdiği değişikliklerin değerlendirilmesi. *Rekabet Dergisi*, 200. Nisan- Mayıs- Haziran, s. 33 vd. s.51, s.55.

⁵⁰⁹ Sayhan (2005), s.43; Gürzumar (2005), s. 152; Sanlı (2003), s.232; Doktrinde bir görüş, kriz kartellerinin durumunun zorda kalma olarak değerlendirilip, tazminat oranının hakkaniyete uygun olarak belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Cengiz (2006), s. 370.

⁵¹⁰ Gürzumar (2005), s. 151.

rekabetin sınırlaması nedeniyle uğradıkları zararı talep etmeleri mümkün değildir. Ancak dikey anlaşmalarda genellikle, hakim durumda olan sağlayıcıdan mal almak zorunda olan, zayıf konumdaki alıcılar, söz konusu dikey anlaşmanın hükümlerini sağlayıcı ile tartışma imkanı olmadan, kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Bu gibi hâllerde sözleşme hükümleri kendine dayatılan taraf bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceğinden, bu kişilerin rekabetin sınırlaması nedeniyle uğradıkları zararı talep etmeleri mümkün görünmektedir⁵¹¹.

Doktrinde bir kamusal yetkinin kullanılmasının rekabet hukuku bakımından hukuka uygunluk sebebi sayılıp sayılmayacağı konusu pek tartışılmamış olmakla beraber, bu konuda Sayhan, özellikle teşebbüs birliği kararları bakımından konunun tartışılmaya değer olduğunu ifade etmektedir. Sayhan, bazı teşebbüs birlikleri bakımından bir kamu yetkisinin kullanılması veya bir kamu görevinin yerine getirilmesi niteliğindeki işlemlerin Kanunun 57. vd. maddelerinde yer alan sorumluluk normu bakımından hukuka uygunluk nedeni sayılacağını ileri sürmektedir⁵¹².

Özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması, özellikle fikri mülkiyet haklarının kullanılmasının bir hukuka uygunluk nedeni sayılıp sayılmayacağı konusu, hakkın kullanım biçimine göre değişiklik arz etmektedir. Şöyle ki, fikri mülkiyet hakkı sahibi, bu hakkından en üst seviyede yararlanmak amacıyla hakkın konusu olan ürününü mümkün olduğu kadar değişik piyasalarda, farklı fiyat ve satış teknikleri kullanarak sunmak ister. Bu nedenle hak sahiplerinin çeşitli ülke piyasalarında ve hatta aynı ülkede farklı bölgeler arasında aynı tip ürünler bakımından fiyat farklılıkları uyguladıkları görülmektedir. Bu durumda alıcılar ürünün daha ucuz olduğu piyasalara yönelme eğilimi göstermektedir. Bu gibi hâllerde fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin,

⁵¹¹ Konu hakkında tartışmalar için bkz. Dördüncü Bölüm, 4.2.5.1.1. Rekabet Hukuku Kurallarına Aykırı Anlaşmanın Taraflarının Birbirleri Hakkında Tazminat Davası Açabilmeleri, s. 197 vd.

⁵¹² Sayhan (2005), s. 45-46; Örneğin TOBB’la ilgili bir Rekabet Kurulu kararında, “TOBB’un TIR karnesi karşılığı aldığı teminatta ayrımcılık yaptığına ilişkin şikayet ile TOBB’un bu konudaki menfaatinin tespiti talebi” üzerine, Kurul, teşebbüslerin üye olduğu odalar ve borsalardan oluşan Birliğin “teşebbüs birliği” olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir. Ancak Kurul, TOBB’un işleminin kaynağı, uluslararası sözleşme ve bu sözleşmenin devlete yüklediği sorumluluğun devrini öngören Bakanlar Kurulu Kararnamesi olduğu için, bu hizmeti bir kamu hizmeti olarak görmüş ve RKHK kapsamında olmadığına karar vermiştir.

alıcıların, hak konusu ürününü daha ucuz satıldığı pazarlardan alıp daha yüksek fiyatla satıldığı pazarlara sunmasına engel olmaya çalıştıkları görülmektedir⁵¹³.

Rekabet hukuku ve fikri mülkiyet haklarının etkileşimi, fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin, üçüncü kişilerle üretim, dağıtım, satış vb. içerikli yatay ya da dikey anlaşmalar yaparak bu haklarını kullanmaya başladıklarında ortaya çıkmaktadır. Fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin kazançlarını artırmak amacıyla fikri mülkiyet hakkından doğan tekel yetkilerini, pazar bölüşümü yaparak ya da bazen satış veya yararlanma taleplerini red ederek kullanmak istediklerine değinmiştik. Bu noktada fikri mülkiyet haklarını en üst seviyede korumak isteyen fikri mülkiyet hukuku ile rekabet düzenini korumak isteyen rekabet hukuku arasında çatışmalar yaşanabilmektedir. Fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin tekel yetkilerine dayanarak rekabeti sınırlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan veya hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ile kötüye kullanmasına yol açan davranışları, RKHK hükümleri uyarınca hukuka aykırı görülmektedir. Bu hâllerde fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki denge “tükenme ilkesi” ile sağlanmaya çalışılmaktadır⁵¹⁴.

Görüldüğü üzere, tükenme ilkesiyle, fikri mülkiyet hakkı sahiplerine verilen tekelleşici yetki ve haklara, rekabet düzenini koruyacak düzeyde bazı sınırlamalar getirilmekte ve rekabet düzeninin sarsıldığı noktada, rekabet ortamının korunması amacıyla hak sahibine fikri mülkiyet hakkının tükendiği söylenmektedir. Bu anlamda tükenme ilkesi, fikri mülkiyet haklarından doğan tekel yetkisinin kötüye kullanılmasına karşı fren mekanizması görevi görmektedir⁵¹⁵. Dolayısıyla, fikri mülkiyet haklarının bu

⁵¹³ A. Aslan (2004), *Türk ve AB hukukunda fikri mülkiyet haklarının tükenmesi*. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 43-45.

⁵¹⁴ Zira hakkın nerede başlayıp nerede bittiği konusu “tükenme ilkesinden” yola çıkılarak dengelenmeye çalışılmaktadır. Fikri mülkiyet haklarının tükenmesi, hakka konu olan ürünün hak sahibinin rızasıyla piyasaya sunulmasından sonra, hak sahibinin tekelleşici yetkilerine dayanarak o mal ile ilgili sonraki hukuki tasarruflara müdahale edememesi anlamına gelmektedir. A. Aslan (2004), s. 61-62; Doktrinde, fikri mülkiyet haklarının tükenmesinden söz edebilmek için “ilk defa Türkiye’de piyasaya sunulmuş olması” şartının asgari bir şart olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. A. Aslan (2004), s. 180.vd.; S.Arıkan (1996). Fikri- sınai haklarda hakkın tüketilmesi doktrini AB ve Türkiye, *İKV Dergisi*, S. 1996, s.43.vd, H.Pınar (2000). Marka hukukunda hakların tüketilmesi. *Kemal Oğuzman’ a Armağan*. İstanbul: Beta Yayınevi. s.91.

⁵¹⁵ A. Aslan (2004), s. 61-62.

ilkeler dahilinde kullanılması halinde, rekabet hukuku kurallarının ihlâl edildiğinden söz edilemeyecektir⁵¹⁶.

4.1.2.3.2. Rekabet hukukuna özgü hukuka uygunluk nedenleri

Genel sorumluluk hukuka özgü hukuka uygunluk nedenlerinden rekabet hukuku alanında uygulama kabiliyeti bulabilecek olanları yukarıda ayrıca ele alındı. Rekabet hukukuna özgü hukuka uygunluk nedenleri konusunda ise, kanuna dayanan veya uygulama ve doktrinde gelişmiş olan bir takım özel müesseseler ve kavramlar vardır. Bunlar, muafiyet, menfi tespit, haklı sebep kuralı ve hoş görülebilirlik kuralıdır. Bu müessese ve kavramlar hukuka aykırılığın tespiti ile doğrudan ilgili olduğundan, birer hukuka uygunluk nedeni sayılıp sayılmayacağının ayrıca tartışılması gerekmektedir.

4.1.2.3.2.1. Bireysel muafiyet ve grup muafiyeti

RKHK hükümleri çerçevesinde rekabet hukukuna özgü olan hukuka uygunluk nedeni teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararları bakımından Kanunun 5. maddesinde öngörülmüş olan “muafiyet” hükmüdür⁵¹⁷.

Muafiyet durumunda teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları rekabet ihlâlüne neden olmasına rağmen, muafiyet şartlarını taşıması nedeniyle Kurul kararıyla yaptırımlardan muaf tutulmaktadır.

Muafiyet kararının hangi şartlarda verileceği RKHK m. 5 hükmünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, Kurul Kanunda belirtilen dört şartın tamamının mevcut olması halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir⁵¹⁸. Bu şartlardan ilki, malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin

⁵¹⁶ A. Aslan (2004), s. 60-61.

⁵¹⁷ Kanun’da tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak m. 57 ve devamında hukuka uygunluk nedenlerinin neler olduğu açıkça sayılmış değildir. Bu noktada en azından bireysel ve grup muafiyetinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak Kanunda açıkça düzenlenmiş olması uygulamada karşılaşılabilecek tereddütlerin giderilmesi bakımından faydalı olurdu. Nitekim, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında (Tasarı m. 26), “Her kim, kusurlu olarak, 4 üncü madde kapsamında olan ve muafiyetten yararlanmayan..., ifadesiyle, muafiyet almış bir anlaşma ya da uyumlu eylemin haksız fiil sorumluluğuna yol açmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

⁵¹⁸ 5388 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değişik RKHK’nın 5. maddesindeki düzenlemeye göre, muafiyet kararı için ilgililerin talebi gerekmemektedir.

sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanmasıdır (m. 5 (a)). İkincisi ise tüketicinin bundan yarar sağlamasıdır (m. 5 (b)). Üçüncüsü, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmamasıdır (m. 5 (c)). Dördüncüsü ise, rekabetin, m. 5 (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmamasıdır (m. 5 (d)).

Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.

RKHK m. 5 son cümlesine göre ise, Kurul, yukarıda ele alınan muafiyet şartlarının gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine çıkartacağı Tebliğler ile grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayabilir.

Bireysel muafiyet kararı, grup muafiyeti tebliği kapsamı dışında kalan durumlarda muafiyet şartlarının gerçekleşmesi halinde münhasıran Rekabet Kurulu tarafından belli bir idarî usûle uyularak verilmektedir⁵¹⁹. Kurul'un, muafiyet kararı vermesiyle, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları hukuka uygun hale gelmektedir.

Adli yargıda tazminat davası açılması halinde, Kurul tarafından önceden verilmiş bir muafiyet kararı varsa, mahkemenin, muafiyet kararına uygun şekilde hareket ederek, davayı reddetmesi gerekmektedir⁵²⁰. Ancak, davacı tarafın, muafiyet kararının geri alınmasını gerektiren şartların varlığı konusunda hâkimi ikna etmesi

⁵¹⁹ Aslan (2007), s. 432-433.

⁵²⁰ AB rekabet hukukunda, 1/2003 Sayılı Tüzüğün 1. maddesi ile Komisyon kararına bağlı muafiyet siteminden vazgeçilerek, doğrudan muafiyet sistemine geçilmiştir. Tüzükle, ABA 81/3'te öngörülen muafiyet koşullarını taşıyan anlaşma, karar ya da uyumlu eylemlerin, hukuka uygun ve geçerli olacağı ve ayrıca bir muafiyet kararına gerek olmadığı hükme bağlanmıştır. Bu açıdan, Türk rekabet hukukunda da, Kanunda yapılacak yeni bir düzenlemeyle izne bağlı muafiyet sisteminden vazgeçildiği anda, mahkemeler özel hukuk taleplerinin değerlendirmeleri bakımından çok daha geniş yetkilere sahip olacaktır.

halinde, hâkim konuyu bekletici sorun yaparak Rekabet Kurulu'na başvurmalı, Kurul kararına göre davanın görülmesine devam etmelidir⁵²¹.

Kurul tarafından verilmiş muafiyet kararları, Kanun'un 13. maddesi çerçevesinde geri alınabilir. “*Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması*” nedeniyle muafiyet geri alınmışsa, geri alma kararı değişikliğin meydana geldiği tarihten itibaren geçerlidir. Bu durumda, değişikliğin meydana geldiği andan itibaren muafiyet kararı geçerliliğini yitirmiş ve fiiller hukuka aykırı hale gelmiş olacağından, bundan sonra devam eden ihlaller için tazminat istenmesi mümkün hale gelebilecektir. “*Karara bağlanan şartların ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi*” halinde muafiyet kararının geri alınması, muafiyet kararının verildiği tarihten itibaren geçerli olacağından, bu tarihten itibaren doğan zararların tazminini istemek mümkün hale gelecektir.

Muafiyetin geri alınması kararı “*kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması*” nedeniyle verilmişse, geri alma kararı muafiyet kararı verildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır. Ayrıca Kanunun 13. maddesinin son fıkrasına göre, muafiyet kararının, söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanılarak verilmesi halinde, eğer bu yanlışlık veya eksiklik ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleşmişse muafiyet kararı hiç alınmamış sayılacaktır. Bu noktada geri alma kararının, muafiyetin verildiği tarihten itibaren geçerli olması ile muafiyet kararının hiç alınmamış sayılmasının, tazminat davaları bakımından bir fark yaratıp yaratmayacağı konusu önem arz etmektedir.

Doktrinde **Aslan** m. 13 son cümlede belirtilen hükmün gereksiz olduğunu, geri alma kararının, muafiyetin verildiği ana kadar geri yürümesi ile muafiyet kararının hiç alınmamış sayılmasının sonuçlarının aynı olduğunu, her iki hâlde de Kurulun para cezaları dâhil her türlü yaptırımını uygulayabileceğini ifade etmektedir⁵²².

⁵²¹ Aynı yönde, Sanlı (2003), s. 232-233; Sayhan (2005), s. 47; Topçuoğlu (2001), s. 292; Gürzumar (2005), s. 152; Konuya ilişkin olarak Sayhan muafiyet kapsamındaki anlaşmaların, tazminat sorumluluğu bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmekle birlikte, hakkın kötüye kullanılması halinde tazminat sorumluluğunun söz konusu olacağını ifade etmektedir. Bu nedenle yazar bu hakkın kullanılmasında da “hakkın kötüye kullanılması yasağının” bir sınır teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Sayhan (2005), s. 47.

⁵²² Aslan (2007), s. 334;-335. Aslan, Burada esasen şöyle bir fark oluşabileceğini ifade etmektedir. “*Eğer “geri alma kararının, muafiyet kararının alındığı tarihten itibaren geçerli olacağı” ibaresi muafiyetin tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması şeklinde anlaşılırsa yukarıda bahsi geçen yaklaşım doğru*

Buna karşın **Sanlı**, Kanun'un 13. maddesi, "c" bendine ilişkin olarak muafiyetin geri alınması kararı alındığı takdirde, eksik bilgilendirmenin kasta dayanması halinde muafiyetin hiç alınmamış sayılacağını, diğer hâllerde ise, geri alınma kararının muafiyetin verildiği tarihe kadar geriye yürüyeceğini öngörmüştür. Hükümün yanlış veya eksik bilgilendirmenin kasta dayanıp dayanmaması arasında açık bir fark gözetmek amacıyla kaleme alındığını belirtilmiştir. Yazara göre, bir anlaşma hakkında muafiyet kararı alındığı takdirde, bu karar geriye etkili hüküm ifade etmekte ve anlaşma, ya yapıldığı andan itibaren ya da bildirim tarihinden itibaren geçerli kılınmakta, ayrıca diğer idari ve hukuki yaptırımlardan istisna tutulmaktadır. Ayrıca geri alma kararı, muafiyet verildiği tarihten itibaren hüküm ifade ettiği takdirde, muafiyetin geriye etkili olduğu bu dönemde, anlaşma hukuken geçerli kalmakta ve muafiyetten yararlanmaktadır. Buna karşılık yazar, muafiyet kararının hiç alınmamış sayılması halinde, anlaşmanın her zaman için 4. madde yasağına tabi olduğunu ve muafiyet sonrası veya öncesi ayırımına yer olmadığını ve Kanun'daki düzenlemenin ancak bu şekilde yorumlanabileceği ifade etmektedir.⁵²³.

Kanaatimizce geri alma kararının muafiyetin verildiği tarihten itibaren geçerli olması ile muafiyet kararının hiç alınmamış sayılması, zararın belirlenmesinde esas alınacak anın tespitinde değişikliklere neden olacağından, tazminat miktarının hesaplanması bakımından dikkate değer bir fark yaratacaktır. Bir anlaşma (uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararları) hakkında verilen muafiyet kararı geriye etkili hüküm ifade etmekte ve söz konusu anlaşma ya yapıldığı andan itibaren ya da bildirim

olacaktır. Eğer, muafiyet kararının alındığı tarihten itibaren geçerli olmaktan, muafiyet kararının ortadan kaldırdığı ancak geçmişe yürüyen etkilerinin baki kaldığı şeklinde anlaşılırsa farklı bir sonuç ortaya çıkar. Örneğin muafiyet kararı bildirimden itibaren altı ay sonra alınmışsa, geri alma kararı muafiyet kararının verildiği tarihten itibaren geçerli olacağı için, anlaşma veya karar bildirim tarihinden itibaren muafiyet kararının alındığı tarihe kadar muafiyet hükümlerinden yararlanmış olacaktır. Çünkü muafiyet kararı bildirim tarihine kadar geçmişe yürür. Ancak bizce muafiyet kararı verildiği andan itibaren geri alınırken aynı kararla verilmiş olan ve geçmişe etkili olan hükümlerinin baki kalması mantıklı görünmemektedir". Aslan, (2007), s. 334

⁵²³ Sanlı (2000). Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği. Ankara: Rekabet Kurumu. Lisans Üstü Tez Seri no: 3, s. 237. Yazar, "yanlış veya eksik bildirilen bir anlaşma hakkında muafiyet kararı alınır ve daha sonra muafiyetin bu yanlış ve eksikliğe dayandığı Kurul tarafından tespit edilirse, RKHK' nun 13. maddesi çerçevesinde bir geri alma kararı alınacak ve bu geri alma kararı muafiyet kararının verildiği tarihe kadar etkili olacaktır. Bunun doğal sonucu ise, muafiyet kararının verildiği tarih ile muafiyetin geriye etkisine bağlı olarak bildirim veya anlaşmanın akdedildiği tarih arasında anlaşma geçerliliğini koruyacaktır. Oysa aynı anlaşma eksik ve yanlış bildirilmemiş olsaydı, bu takdirde muafiyet alamayacak ve bildirim ile muafiyetin reddi kararı arasında geçen sürede de dahi geçersiz kalmaya mahkûm olacaktı. Dolayısıyla burada yanlış ve eksik bilgi verilmesinin ödüllendirilmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır ki, Kanun koyucunun bunu amaçlamadığının açık olduğunu" belirtmektedir. Sanlı (2000), s. 237.

tarihinden itibaren geçerli hale gelmektedir. Geri alma kararının, muafiyet verildiği tarihten itibaren hüküm ifade ettiği hâllerde, anlaşma bildirim tarihinden muafiyet kararı verildiği tarihe kadar geçen dönemde hukuken geçerli kalmaktadır. Bu nedenle zararın belirlenmesinde muafiyet kararının verildiği tarihin esas alınması gerekir. Buna karşın, muafiyet kararının hiç alınmamış sayılması halinde, anlaşma yapıldığı andan itibaren ya da bildirim tarihinden itibaren hukuka aykırı sayılacağından, zararın belirlenmesinde bu tarihin esas alınması gerekecektir. Oysa geri alma kararının, muafiyetin verildiği tarihten itibaren geçerli olması ile muafiyet kararının hiç alınmamış sayılmasının, Kurul tarafından uygulanacak olan, para cezaları dâhil her türlü idari yaptırımlar bakımından bir fark yaratmayacağı kanaatindeyiz.

Grup muafiyeti ise, Rekabet Kurulu tarafından verilmiş bir kararın bulunmaması nedeniyle, bireysel muafiyetten ayrılır. Zira grup muafiyetleri kapsamına giren teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemlerin bildirilmesine gerek yoktur. Ancak bu kapsamdaki anlaşmaların da bireysel muafiyet tanınmasında olduğu gibi, muafiyet tanınması için gereken bütün şartları bünyesinde barındırması gerekir. Grup muafiyetinde, ilgili tebliğlerdeki şartların yerine getirildiği anlaşma ve kararlar, Kurul kararına gerek olmaksızın 4. madde yasağından muafır. Grup muafiyeti tebliğleri genel düzenleyici işlem olmaları itibarıyla pozitif hukuk metinleridir⁵²⁴. Bu nedenle mahkemeler tarafından kendiliğinden uygulanacaktır.

Adli yargıda açılan tazminat davalarında, dava konusu anlaşmanın grup muafiyeti tebliğlerinin kapsamına girip girmediğini mahkeme değerlendirecektir. Anlaşma grup muafiyeti tebliğlerinden herhangi birinin kapsamında ise, doğal olarak hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Bu hâllerde hâkimin tazminat talebini reddetmesi gerekir. Grup muafiyeti şartlarını taşımayan bir anlaşmanın varlığını iddia eden tarafın bunu ispatlaması gerekmektedir. Anlaşmanın grup muafiyeti şartlarını taşımadığının

⁵²⁴ Ayrıca bkz. Aslan (2007), s. 434.; Rekabet Kurulu'nun çıkarmış olduğu ve halen yürürlükte bulunan grup muafiyeti tebliğleri; Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği (Tebliğ No: 2008/3), Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2008/2) Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2005/4), Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2003/2) 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğidir (Tebliğ No: 2002/2). Bu tebliğlerdeki şartları yerine getiren anlaşma ve kararlar, Kurul'un bir kararına gerek olmaksızın 4. madde yasağından muafır. Muafiyet kararına ilişkin geri alma şartları ilgili tebliğlerde belirtilmiştir. Grup muafiyeti tebliğlerinde geri almanın hüküm ifade edeceği tarihler yazmamakla birlikte, geri almanın, geri alma kararı tarihinden itibaren geçerli olacağı belirtilmektedir. Aslan (2007), s. 775.

ispatı halinde anlaşma hukuka aykırı olacağından tazminat talepleri kabul edilebilecektir. Elbette grup muafiyetinden yararlanamayan tarafların bireysel muafiyet başvurusu yapması da mümkündür. Bu halde ihlâli gerçekleştirdiği iddia edilen tarafın sorumluluktan kurtulabilmesi bakımından, Rekabet Kurulu'na bireysel muafiyet başvurusu yapması gereklidir. Muafiyet başvurusunun yapılması halinde mahkemenin sonucu bekletici mesele yapması ve Kurul'un muafiyet konusundaki kararının kesinleşmesiyle birlikte bu karara uygun şekilde bir hüküm vermesi gerekir⁵²⁵.

4.1.2.3.2.2. Menfi tespit kararı ve birleşme ve devralmaya izin verilmesi

Menfi tespit kararı, somut bir olayın Rekabet Kanununa aykırı olmadığını açıklayan Kurul kararıdır. İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanunun 4., 6. ve 7. maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir (RKHK m. 8). Kurul, bu belgenin düzenlenmesinden sonra 13. maddedeki şartlar çerçevesinde görüşünden her zaman dönebilir. Ancak bu durumda Kurul'un görüş değiştirmesine kadar geçen süre için taraflara cezai müeyyide uygulanmaz (RKHK m. 8).

Muafiyette teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları rekabet ihlâline neden olmasına rağmen, muafiyet şartlarını taşıması nedeniyle Kurul kararıyla yaptırımlardan muaf tutulmaktadır. Oysa menfi tespit her hangi bir rekabet ihlali söz konu değildir.

Rekabet Kurulu'nun bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın RKHK m. 4, 6 ve 7 hükümlerine aykırı olmadığını gösteren menfi tespit kararının, kararın veriliş şekli ve içeriği itibariyle bir hukuka uygunluk nedeni sayılması pek mümkün görünmemektedir. Şöyle ki, hakkında menfi tespit kararı verilen bir anlaşma veya karar, başvurunun yapıldığı andaki mevcut durum ve bilgiler dâhilinde Kurul tarafından incelenmekte olduğundan, bu kararın genel mahkemeleri bağlaması düşünülemez⁵²⁶. Zira menfi tespit kararının verildiği tarihten sonra taraflar arasındaki anlaşma veya kararda meydana gelen değişiklikler ya da kararın verildiği tarihte ortaya konmamış ancak varlığı sonradan tespit edilmiş bilgiler çerçevesinde menfi tespit

⁵²⁵

⁵²⁶ Topçuoğlu (2001), s. 290.

şartların oluşmadığının ya da kaybedildiğinin anlaşıldığı hâllerde, mahkeme rekabet ihlâlinin varlığından bahisle tazminata hükmedebilir. Dolayısıyla mahkeme, muafiyetten farklı olarak (muafiyet kararını münhasıran Kurul vermeye ve geri almaya yetkili olduğundan), Kurul tarafından verilen menfi tespit kararına rağmen, rekabete aykırı bir fiilin varlığı tespit ettiği durumlarda tazminata hükmedebilecektir.

Rekabet Kurulu'na bildirilerek izin alınması gereken birleşme ve devralmalar⁵²⁷ Rekabet Kurulu'na bildirilmiş ve Kurul izin vermişse, söz konusu birleşme ve devralmalar hukuka uygun kabul edileceğinden, mahmemenin bu karara uygun şekilde hareket ederek, tazminat davasını reddetmesi gerekmektedir.

4.1.2.3.2.3. Haklı sebep ve hoş görülebilirlik kuralı

Haklı sebep (*rule of reason*) kuralı, *per se* rekabete aykırılıktan farklı olarak rekabete aykırılık teşkil ettiği ileri sürülen anlaşma ya da fiilin rekabet üzerindeki etkilerinin araştırılmasını ve dolayısıyla belli düzeyde bir ekonomik analizi gerektirmektedir. Bu kural gereğince rekabetin sınırlandırılmasına neden olan anlaşmaya taraf olan ya da eylemi gerçekleştiren tarafların amacı ya da söz konusu anlaşma ya da eylemin doğrudan etkisi rekabetin bozulması olmayabilir. Bununla birlikte pazarda rekabet önemli boyutta olmasa da rekabeti ihlâl ediyor olabilir ya da bu sınırlandırmayla birlikte, piyasalar açısından olumlu etkiler görülebilir. Bir başka deyişle, bu ilke çerçevesinde, *per se* rekabete aykırı olmayan davranışların rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri birlikte değerlendirilerek, varılan sonuca göre, söz konusu sınırlamanın yaptırıma tabi kılınıp kılınmayacağına karar verilmektedir.⁵²⁸

Haklı sebep kuralının uygulandığı hâllerde, bunun bir idarî izin olmadığı, anlaşmanın tip, nitelik ve etkileri nazara alınmak suretiyle idari cezadan vazgeçildiği kabul edilmektedir. Bu nedenle haklı sebep kuralı, başkalarına verilen zararların tazmini bakımından soyut olarak hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyecektir⁵²⁹.

Rekabet hukukunda belli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi

⁵²⁷ Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'e göre (Tebliğ no: 2010/4).

⁵²⁸ Öz (2000), s.44. vd.

⁵²⁹ Sayhan (2005), s. 47-48.

doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı sayılmış ve yasaklanmıştır. Ancak bazı ihlaller rekabeti dikkate değer ölçüde sınırlamadığı için daha az önemsenmekte ve hoş görülebilirlik kuralı (*de minimis*) kapsamında yaptırma tabi tutulmamaktadır⁵³⁰. AB rekabet hukukunda 101. maddenin uygulanması sırasında rekabet üzerinde etkisi dikkate değer olmayan anlaşmalar bakımından “de minimis” kuralının uygulanması gerektiği özel olarak hükme bağlanmıştır. Oysa RKHK “de minimis” kuralının uygulanacağına ya da aksi yönde uygulanmayacağına dair açık bir düzenleme yapmamıştır. RKHK hükümlerinde “de minimis” kuralının uygulanması engelleyen açık bir hüküm bulunmadığı dikkate alındığında Rekabet Kurulu’nun bu kuralı uygulamasına bir engel bulunmamaktadır⁵³¹. Zaten Kurul’un kimi kararlarında da bu kuralı uyguladığı görülmektedir.

Hoş görülebilirlik kuralının uygulandığı hâllerde hukuka aykırılık tespit edilmekle beraber Rekabet otoritesi ihlâli önemsemediğinden herhangi bir yaptırım uygulamamaktadır. Dolayısıyla bu hâllerde idarî yaptırımların uygulanmasından bir vazgeçme söz konusu olmaktadır. Ancak bu durumun haksız fiil sorumluluğu bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyeceği açıktır⁵³².

4.1.2.4. Zarar

RKHK. m. 57 vd. hükümlerinde düzenlenen sorumluluk halinin, genel olarak haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edildiğinden, haksız fiil sorumluluğunun doğması için, hukuka aykırı davranış sonucunda belli bir zararın gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁵³³. RKHK. m. 57 ve m. 58’de yer alan “*her türlü zarar*” ve “*bütün zararlar*” ifadelerinin lafzı dikkate alınırsa rekabet hukukuna aykırı davranışın bütün zararlı sonuçlarının giderilmesi gerekecektir. İhlâl sonucu oluşan bütün zararların tazmin edilmesi mümkün olmadığından, zararın kapsamının sınırlandırılması gerekecektir⁵³⁴. Bu amaçla tazmin edilebilecek zararın kapsamının belirlenmesinde normun koruma amacı ve uygun nedensellik bağı teorilerinden de yararlanılacaktır. Zararın kapsamının tam olarak belirlenebilmesi ve meydana gelen zararların türleri ve

⁵³⁰ Güven (2008), s. 208-209.

⁵³¹ Güven (2008), s. 218.

⁵³² Sayhan 82005), s. 48-49;

⁵³³ Eren (2006), s. 472; A. Kılıçoğlu (2006), s. 208; M. Kılıçoğlu (2006), s. 47; Sanlı (2007), s. 298.

⁵³⁴ Benzer görüşler için bkz., Atila (2009), s.63 vd.

bunlardan hangilerinin tazmin edilebilir olduğunun tespiti amacıyla aşağıda, haksız fiil sorumluluğunun temel ilkeleri ve rekabet hukukunun arz ettiği özellikler de dikkate alınarak tazmin edilebilecek zarar türleri bakımından bir inceleme yapılacaktır.

4.1.2.4.1. Müspet zarar

Müspet zarar bir sözleşmede borçlunun edimini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sonucunda alacaklının maruz kaldığı zarardır⁵³⁵. Rekabet hukuku kurallarına aykırı teşebbüs birliği kararları veya teşebbüsler arası anlaşmalar geçersiz olacağından, *müspet zarar* kavramı rekabet hukuku uygulamasında yer bulamayacaktır⁵³⁶.

4.1.2.4.2. Menfi zarar

Menfi zarar sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Burada sözleşmenin kurulduğuna ve geçerli olarak kurulmuş bulunduğu duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan bir zarar söz konusudur⁵³⁷.

Rekabet ihlallerine bilerek ve isteyerek taraf olan kişi veya teşebbüslerin, kendi hukuka aykırı davranışlarından menfaat sağlamalarına izin verilmesi, hukukun genel ilkeleri çerçevesinde düşünülemez⁵³⁸. Ancak, ihlale katılan zayıf konumdaki teşebbüslerin⁵³⁹, ihlalin gerçekleşmesinde etkin ve güçlü konumda olan taraftan, meydana gelen zararlarının tazminini talep edebilmelerinin, haksız fiilden doğan sorumluluk çerçevesinde mümkün olması gerekir⁵⁴⁰. Zira taraflar arasında yapılan

⁵³⁵ Eren (2006), s. 1013.

⁵³⁶ M. Topçuoğlu (2009). Rekabet hukukunda üç kat tazminat. *Sorumluluk ve Tazminat Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara: Gazi Üniversitesi, s.14.

⁵³⁷ Eren (2006), s. 1014; Oğuzman ve Öz (2009), s. 339 vd.; H.Tandoğan (1961), s.427-428; M. R. Karahasan (1995). *Sorumluluk hukuku. ikinci kitap, sözleşme dışı sorumluluk*. İstanbul, s.64-65; Topçuoğlu (2009), s.14

⁵³⁸ RKHK hükümlerine aykırı anlaşmaların geçersiz sayıldığı bilinememesi, anlaşmanın tarafları bakımından haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, iradeyi sakatlayan hâllerden (hata, hile veya ikrahın) birinin etkisiyle yapılan sözleşme, hataya düşeni, hile ya da ikraha maruz kalan tarafı bağlamaz. İradesi sakatlanan tarafın, hata veya hilenin kesin olarak öğrenildiği andan, ikrahta korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren 1 yıl içinde sözleşmeyi iptal hakkını kullanması gerekir. Topçuoğlu (2009), s.15.; Topçuoğlu, rekabet ihlallerinin gösterdiği özellik açısından, irade sakatlığı hâllerinde, genel hükümden farklı olarak iptal hakkının derhal kullanılması gerektiğini belirtmektedir. Yazar, rekabeti ihlâl eden fiillerin, en kısa zamanda sonlandırılması gerekliliğinin, genel hükümden farklı bir sonuca varmayı zorunlu kıldığını ifade etmektedir. Topçuoğlu (2009), s.15.

⁵³⁹ Örneğin, otomotiv ya da beyaz eşya piyasasında yapılan dağıtım sözleşmelerinde, hakim durumda olan sağlayıcıdan mal almak ve bunun için de onun kararlarına uymak zorunda olan, zayıf konumdaki bayinin.

⁵⁴⁰ Aynı yönde, Öz (2000), s. 181; Topçuoğlu (2001), s. 299-300; Ayrıca, bkz. Yargıtay 19. H.D., E.2004/9634, K.2005/4463, T, 21.04.2005, Yargıtay 19. H.D., E.2004/9634, K.2005/4463, T, 21.04.2005, Yargıtay 13. H.D., E.2002/12626, K.2002/14028, T, 25.12.2002 vb. kararları; Arı, hukuka aykırı ilişkinin

sözleşmede zarara uğrayanın rızasının olduğu kabul edilse bile, bir tarafın sözleşmeyi diğer tarafa dayatması durumunda bu rıza bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmemeli, rekabet ihlâli sonucu ortaya çıkan zararın tazmininin istenebilmesi mümkün olmalıdır⁵⁴¹.

4.1.2.4.3. Fiilî zarar

Malvarlığının zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durum ile fiilin gerçekleşmesi neticesinde almış olduğu durum arasındaki fark, fiilî zararı oluşturmaktadır⁵⁴². RKHK m. 58/1 hükmünün ilk cümlesine göre; “rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekle yükümlü olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebileceklerdir”. Kanunda rekabetin sınırlanması sonucunda fiyatların artmış olacağı ve dolayısı ile zararın sadece ödenen yüksek bedelden oluşacağı öngörülmüştür. Oysa rekabet hukukunda her zaman, zararın ödenen yüksek fiyattan kaynaklanması söz konusu olmayabilir. Yıkıcı fiyatlandırma ve boykot gibi piyasadan dışlayıcı uygulamalarda zarar, ödenen yüksek bedelden kaynaklanmamaktadır. Bu açıdan, Kanun’da yapılan düzenlemenin isabetli olmadığı söylenebilirse de, Kanun’un tazminat miktarına ilişkin bir sınırlama getirmediği, her türlü zararın karşılanacağı ifadesinden anlaşılmaktadır⁵⁴³.

4.1.2.4.4. Yoksun kalınan kâr

RKHK m. 58/1 hükmü ikinci cümlesinde, *zarar gören rakiplerin bütün zararlarını isteyebileceklerinden*, m. 58/1 son cümlesinde ise *zarar gören teşebbüslerin*

tarafları bakımından uygulanması gereken hükümlerin RKHK m. 56 uyarınca sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler olduğu, ihlâlin tarafı olan kişilerin üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu oldukları ve bu durumda aynı zamanda davacı olamayacaklarını belirtmektedir, Arı (2004), s. 224.

⁵⁴¹ Güven (2008), s. 746; Konuya ilişkin olarak, Adalet Divanı *Courage* kararında; zarar gören herkese tanınacak tazminat talebinin, AB rekabet hukuku kurallarının etkinliğini artırmanın yanı sıra, rekabete aykırı ve çoğunlukla gizli olan anlaşma ve davranışlardan kaçınılmasını da sağlayacağını belirtmektedir. Bu bakımdan ulusal mahkemeler önündeki tazminat davaları Birlik içinde etkin bir rekabetin sağlanmasına önemli katkılar sağlayabileceğini ve dolayısıyla rekabet kurallarına aykırı bir anlaşmanın tarafının dahi dava açabilme imkânının peşinen (iç hukuk hükümleriyle) kısıtlanamayacağını ifade etmektedir. *Courage v. Crehan*, Case C-453/99, ECRI-6297, (2001

⁵⁴² Eren (2006), s. 472-473; Tiftik (1994), s. 51.

⁵⁴³ Cengiz (2006), s. 375.

*elde etmeyi umdukları bütün kârlardan bahsederek, yoksun kalınan kârın tazminat kapsamına gireceği ifade edilmektedir*⁵⁴⁴.

İhlâl teşkil eden fiil gerçekleşme idi, gelecekte ne kadar kâr elde edileceğinin tespiti oldukça güçtür⁵⁴⁵. Rakip teşebbüslerin, rekabetin kısıtlanması nedeniyle, rekabetçi döneme göre piyasa payları daralmakta ve satışları düşmektedir. Piyasa dışına itilmeleri halinde ise, hiç satış yapamamaktadırlar. Tüm bu hâllerde rekabetçi piyasa koşullarına nispeten, elde edilen gelirin düşmesi ya da hiç gelir elde edilememesi nedeniyle meydana gelen zarar, yoksun kalınan kârı oluşturmaktadır.

Kanunda, yoksun kalınan kârın sadece rakipler tarafından isteneceği ifade edilse de, kanaatimizce müşterilerin ve sağlayıcıların da, yoksun kaldıkları kârı talep etmeleri mümkündür. Yoksun kalınan kârı talep eden kişilerin, önce rekabet ihlâli olmasaydı, gelir elde edebileceğini, sonra da söz konusu ihlâlin gelirin elde edilmesini engellediğini ispat etmesi gerekir.

4.1.2.4.5. Doğrudan zarar ve dolaylı zarar

Doğrudan zarar, hukuka aykırı fiilin araya hiçbir ilave neden girmeden meydana getirdiği zarar iken, dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak aynı kişinin ilave bir sebeple uğradığı zarardır⁵⁴⁶. Dolaylı zararın tazmin edilip edilmeyeceği, dolaylı zararın uygun nedensellik bağı içinde kalıp kalmadığına bağlıdır. Uygun nedensellik bağının varlığı halinde, dolaylı zararın da tazmini mümkün olmalıdır⁵⁴⁷.

Rekabet hukuku kurallarına aykırı faaliyetler sonucunda rakip teşebbüslerin üretimleri ya da satış miktarları düşebilecektir. İhlâlin uygun sonucu olarak oluşabilecek bu zararlar doğrudan doğruya zarardır. Ancak rekabet ihlâli nedeniyle satışları ya da üretimleri azalan bu teşebbüsler aynı zamanda, satamadıkları ürünler için, depo masrafları, atıl kapasite ile çalışmaktan kaynaklanan harcamalar, işçi, makina, araç gereç vb. maliyetlere katlanmak durumunda olacaktır. İhlâli takip eden bu tür zararlar

⁵⁴⁴ Aslan (2007), 790.

⁵⁴⁵ Aslan (2007), s.790.

⁵⁴⁶ Eren (2006), s. 480; Tandoğan (1961), s. 70-71; Gürzumar (2005), s. 155.

⁵⁴⁷ Eren (2006), s. 480.

da ilk ihlâl fiiliyle uygun nedensellik bağı içinde bulunduğundan tazmini gerekecektir⁵⁴⁸.

4.1.2.4.6. Yansıma zarar

Haksız fiile doğrudan maruz kalan kişilerin dışında kalan üçüncü kişilerin, bu fiil yüzünden uğradıkları zarara yansıma zarar adı verilmektedir⁵⁴⁹. Yansıma zarara uğrayan kişi, doğrudan zarara mağruz kalan kişinin bu zarara uğraması nedeniyle zarar gören bir üçüncü kişidir. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere baktığımızda, kural olarak haksız fiilden doğrudan zarar gören kişilerin tazminat talep hakkı bulunduğu, hukuka aykırı fiil nedeniyle yansıma yoluyla zarar gören kişilerin tazminat talep hakkı bulunmadığı ve yansıma yoluyla zarara uğrayanlara tazminat talep hakkı tanıyan hükümlerin istisnai nitelikte olduğu görülmektedir⁵⁵⁰.

Kanaatimizce, RKHK'nın m. 57. vd. hükümlerinde yansıma yoluyla meydana gelen zararlara ilişkin hukuka aykırılık bağı kuran özel bir düzenlemeye rastlanılmadığından, Kanunun yansıma zararları tazmin edilebilir zararın kapsamına almadığı kabul edilmelidir. Bu bağlamda örneğin, piyasa dışına itildiği için iflâs eden teşebbüsün zararı doğrudan zarar olarak kabul edilip tazmin edilirken, bu teşebbüse kredi veren bankaların, teşebbüsün alacaklılarının, işçilerinin ve paydaşlarının uğradıkları zararlar, yansıma zararlar olduğu ve rekabeti kısıtlayan fiille hukuka aykırılık bağı kurulamadığı için tazminatın kapsamına alınmayacaktır⁵⁵¹.

Topçuoğlu ise, rekabetin kısıtlanmasından zarar görenlerin her türlü zararının tazmin yükümlülüğünü kabul eden RKHK m. 57 ve m. 58 hükümlerinde genel olarak zarar gören kimselerden bahsedildiği, dolayısı ile hukuka aykırı faaliyetlerin muhatabı olan teşebbüslere hammadde, makine, araç gereç temin eden gayrimenkul kiralayan, söz konusu teşebbüslerin ürünlerini satan, bakım hizmetlerini gerçekleştiren ara teşebbüslerin maruz kaldıkları zararın tazmininin gerekeceğini ve bu sebepten Rekabet

⁵⁴⁸ Topçuoğlu (2009), s.17.

⁵⁴⁹ Oğuzman ve Öz (2009), s. 516-517; Özel (2001), s.84 vd.

⁵⁵⁰ Cengiz (2006), s. 376-377.

⁵⁵¹ Gürzumar (2005), s. 146-147; Sanlı (2003), s. 240.

Kanunu açısından, yansıma zararlara ilişkin genel kurallardan farklı sonuçlara ulaşılmasının zaruri olduğunu belirtmektedir⁵⁵².

4.1.2.4.7. Manevi zarar

RKHK m. 57 vd. hükümlerinde zarardan söz edilmekle birlikte, zarar kavramı yeterince açıklanmış değildir. Konuya ilişkin m. 57’de, Kanuna aykırı davranışlardan zarar görenlerin her türlü zararının tazmin edileceği ifade edilmektedir. Her türlü zarar kavramı, zararın kapsamının tam olarak ortaya çıkarılması bakımından belirsizlik yaratmaya müsait gözükmemektedir. Her türlü zarar kavramından, maddî ve manevî zararların mı yoksa sadece maddî zararların mı anlaşılması gerektiği konusu doktrinde görüş ayrılıklarına neden olmuştur.

Aslan, rekabet ihlâl eden davranışların, rakip teşebbüslerin ekonomik faaliyetleri kadar, iç huzurunu, girişim özgürlüğünü ve cesaretini de ihlâl ettiğinden bahisle manevî tazminatın şartlarının gerçekleştiğini, bu nedenle manevi tazminat taleplerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁵³.

Gürzumar ise, manevî tazminat istenip istenemeyeceği konusunda, çözümün kanunda yer alan her türlü zarar (m. 57) ve bütün zararların (m. 58) ifadelerinde aranmasının gereksiz olduğunu, RHKH 4. ve 6. maddelerini ihlâl eden bir davranışın, BK m. 49 hükmünün de uygulanmasını gerektirecek bir şekilde ortaya çıkmış, yani davranış aynı zamanda kişilik haklarına da tecavüz teşkil etmişse, zarar görenlerin manevî tazminat isteyebileceğini belirtmektedir. Yazar, rekabet ihlâlinin aynı zamanda kişilik hakkına tecavüz teşkil etmesi (ki daha ziyade, kişilik hakkı değerleri arasında kabul edilen ekonomik faaliyet özgürlüğüne tecavüz şeklinde ortaya çıkabilir) durumunda mağdur teşebbüs tüzel kişi olsa bile manevi tazminat talep etmenin mümkün olduğunu ifade etmektedir⁵⁵⁴.

Sanlı, her türlü zarar kavramı içinde manevî zararların yer almadığını, Kanunun sadece maddî zararları kapsadığını belirtmektedir. Bu açıdan, rekabetin korunmasını ve

⁵⁵² Topçuoğlu (2009), s.17.

⁵⁵³ Aslan (2007), s. 788; Aynı yönde Özsunay (Özsunay (2005), s. 144) ve Topçuoğlu da (Topçuoğlu (2001), s. 303-304) manevî zararın tazmininin m. 57’ye dâhil olduğunu, manevî zararın tazmininin genel hükümlere göre de mümkün olduğunu belirtmektedir.

⁵⁵⁴ Gürzumar (2005), s. 165-166.

ekonomide verimliliğin arttırılmasını amaçlayan bir Kanunun, manevî zararların tazminini düzenlemesinin uygun olmayacağı ifade edilmektedir⁵⁵⁵.

Rekabet hukukuna aykırı olan bir fiilin, aynı zamanda kişilik haklarına tecavüz teşkil etmesi halinde, genel hükümlere göre manevî tazminat talebinde bulunmak mümkün olmakla birlikte, kanaatimizce, kanun koyucunun, tazminat taleplerini düzenlerken, tazminat kapsamını manevî zararları da içine alacak şekilde genişletme amacıyla olmadığı kabul edilmelidir. İhlali gerçekleştirenlere yönelik, Rekabet Kurulu'nca verilecek olan idarî para cezaları yanında, üç kat tazminat ve manevî zararların da tazminin mümkün kılınması, teşebbüsler açısından, ekonomik yıkımlara sebep olabilecektir. Bu nedenle tazminata ilişkin Kanun hükümlerinin elde etmek istediği amaca ulaşamayacağı ve bundan teşebbüslerin ve genel olarak da ekonominin aşırı zarar görmesi ihtimalinin yüksek olduğu söylenebilir⁵⁵⁶. Bu nedenle Kanunda yalnızca maddi tazminat taleplerine yer verildiğinin açıkça ifade edilmesi faydalı olacaktır.

4.1.2.4.8. Çeşitli rekabet ihlallerinde oluşabilecek zarar

Yatay fiyat tespiti, dikey fiyat tespiti, yıkıcı fiyatlama, anlaşarak pazar dışına çıkarma ve pazara girişin engellenmesi vb. çeşitli ihlâl hâllerinde meydana gelebilecek zararın belirlenmesi, hükmedilecek tazminat miktarının doğru hesaplanması bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle çeşitli ihlâl hâllerinde meydana gelebilecek zararın belirlenmesi konusunun ele alınması gerekmektedir.

İhlâle yatay fiyat tespitinin neden olduğu hâllerde, kartele üye olan teşebbüslerden alım yapanların fazladan ödedikleri bedel zararı oluşturmaktadır. Zararın tam olarak belirlenmesi için, öncelikle ihlâl olmasaydı oluşacak fiyat tahmin edilmekte, daha sonra ihlâl sonucu oluşan fiyatla tahmin edilen fiyat düzeyi ararsındaki fark hesaplanmaktadır⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Sanlı (2003), s. 236; Tekinalp, Kanun'un 57. maddesinde yer alan tazminatın maddi tazminat olduğunun, Kanunun 58 ve 59. maddelerinden anlaşıldığını ifade etmektedir. Tekinalp (2005), s. 263-264.

⁵⁵⁶ Nitekim Amerikan hukukunda zarar kavramı içine manevî zararlar girmemektedir. Clayton Kanunu madde 4'te ifade edildiği üzere işi ya da malı zarar görenlere talep hakkı tanınmıştır. Kanun manevî zararları ise tazminat kapsamına almamıştır.

⁵⁵⁷ Şahbaz (2009), s.55-58.

Dikey fiyat tespiti hâllerinde oluşabilecek zararın belirlenmesi, şayet daha ucuza ürün satan dağıtıcılar varsa, bu fiyatın referans olarak kabul edilip fazladan ödenen bedelin ortaya çıkarılması ile mümkün olabilir. Ayrıca dikey fiyat tespiti sonucu rakiplerine nispeten ürününü pahalıya satmak zorunda kalan ve satışlarının azalması nedeniyle zarara uğrayan bayiinin, yoksun kaldığı kâr da bu kapsamda tazmini gerekli zarar olarak değerlendirilmelidir.

Yıkıcı fiyatlama yoluyla pazar dışına itilen teşebbüsler de ihlâl olmasa elde edebilecekleri kârdan yoksun kalmaktadır. Bu hâllerde ihlâl olmasa fiyatın hangi düzeyde oluşacağını ve zarar gören davacının bu fiyattan ne kadar satış yapabileceğinin belirlenmesi gerekmektedir⁵⁵⁸.

Birden çok teşebbüsün anlaşarak bir potansiyel rakibi pazar dışına çıkarması (dışlaması) halinde zarar, fiyat seviyesinin, dışlama olmasaydı oluşacak fiyat seviyesinin üstünde oluşması sonucu fazladan ödenen bedel şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bu tip zararların miktarının tespitinde karşılaşılan en büyük sorun, ihlâl olmasa oluşabilecek fiyat seviyesini tahmin etmeye ilişkindir.

Tekelleşme sonucu pazara girişi tamamen engellenen teşebbüslerin zararının nasıl belirleneceği önemli bir sorundur. Pazara giriş için gerekli ve yeterli hazırlığı yaptığını ama ihlâl sonucu pazarın dışında kaldığını ispat eden teşebbüsün zararının, yapmış olduğu batık maliyet niteliğindeki yatırımlarla sınırlandırılması gerekir. Bunun dışında meydana gelen zararların, miktarını belirlemek mümkün olmayacağından, diğer zararların tazminatın kapsamına alınması pek mümkün görünmemektedir⁵⁵⁹.

4.1.2.5. Uygun nedensellik bağı

Rekabet hukukunda, tazminat sorumluluğunun doğması için, hukuka aykırı fiil ile zarar arasında neden sonuç ilişkisi kurulması gereklidir. Sorumluluğun kapsamı ise, uygun nedensellik bağına göre belirlenebilecektir. Dolayısıyla, rekabet hukuku bakımından, borçlar hukukundaki genel hükümlerden ayrılmayı gerektirecek, özel bir durumun söz konusu olmadığı açıktır. Davacının, fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağını, yani zararın sebebinin RKHK hükümlerine aykırı anlaşma, karar ya da

⁵⁵⁸ Şahbaz (2009), s. 61.

⁵⁵⁹ Sullivan ve Hovenkamp (1999), s. 676; Şahbaz (2009), s. 65.

uygulama olduğunu ispat etmesi gerekir. Meydana gelen zarar ile RKHK hükümlerine aykırı fiil arasında nedensellik bağı yoksa tazminat sorumluluğu da doğmayacaktır⁵⁶⁰.

Davalının, zararın doğmasına başkaca davranışların sebep olduğunu iddia etmesi durumunda, bu fiillerin nedensellik bağına kesip kesmediğinin ve bu fiillerin tazminat kapsamının belirlenmesine olan etkilerinin de ayrıca incelenmesi gerekecektir. Örneğin, rekabete aykırı fiyat tespiti anlaşmaları sonucunda fiyatlarda meydana gelen yükselmeler nedeniyle zarara uğrayanlar tarafından açılan tazminat davalarında, davalıların bu artışta enflasyonun veya maliyetlerdeki artışların etkili olduğunu ileri sürmeleri durumunda, hâkimin, nedensellik bağına kesilip kesilmediğini veya belirtilen nedenlerin tazminat kapsamına etki edip etmediğini de dikkate alması gerekmektedir.

Hukuka aykırı fiil zararlı sonucu henüz meydana getirmeden önce, araya mücbir sebep, zarar görenin kusuru veya üçüncü kişinin kusuru gibi başka fiillerin girmesi hallerinde, nedensellik bağı kesildiği için hukuka aykırı fiili gerçekleştirenler zarardan sorumlu olmaz. Örneğin rekabet ihlâli neticesinde piyasa dışına itilen teşebbüsün alacaklılarının uğradığı zarar ile fiil arasında nedensellik bağına kesildiğinin kabulü gerekir.

Kanaatimizce, zararın kitlelere yayıldığı ve özellikle dolaylı zararların gerçekleştiği rekabet ihlâllerinde, hâkimin önüne gelen her somut olayda, normun koruma amacını ve uygun nedensellik bağına birlikte dikkate alarak değerlendirme yapması ve sorumluluğu hangi zararla sınırlaması gerektiğini belirlemesi gerekmektedir.

4.1.2.6. Normun koruma amacı kriteri

Rekabeti ihlâl eden davranışlar, mutlak hak ihlâlinden ziyade, ekonomik menfaatlerin zarara uğramasına yol açar. Bu nedenle rekabeti ihlâl eden davranışların haksız fiil sorumluluğunu doğurabilecek nitelikte hukuka aykırı sayılabilmesi için, bu davranışları yasaklayan normların ihdas edilmesinin yanı sıra, bu yasaklamaların söz konusu menfaatlerin himayesini de kendi koruma alanının içine alması gerekir⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Aslan (2007), s. 795; RKHK 57. maddede geçen, ... *bundan zarar görenlerin hertürlü zararını tazmine mecburdur*” ifadesinden, Kanun’un nedensellik bağına aradığı açıkça anlaşılmaktadır.

⁵⁶¹ Gürzumar (2005), s. 143-144; Nitekim 2005 yılındaki yenilemelerden önceki halinde Alman Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanunun 33. maddesi “ *Her kim bu Kanunun bir hükmünü kasten ya da ihmali olarak ihlâl ederse, bu hükmün başkalarını koruyan bir hüküm olması şartıyla bu kişilerin söz*

RKHK m. 57 hükmünde, Kanun’a aykırı eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabetin kısıtlanması, engellenmesi, bozulması veya hakim durumunun kötüye kullanılması halinde, *bundan zarar görenlerin*, her türlü zararının tazmin edileceği belirtilmektedir. Kanunun 57. madde hükmünde ihlâl edilen normun koruma amacının dikkate alınması perspektifini açıkça yansıtan bir ifade yer almamaktadır. Yani 57. maddesinde *koruyucu norm ihlâli* şartının açıkça zikredilmediği görülmektedir. Ancak salt bundan hareketle, Kanun’a aykırı eylemlerden zarar gören herkesin kişi çevresi bakımından hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın tazminat talep edebileceği anlaşılmamalıdır⁵⁶². Bu nedenle m. 57 hükmünün, sorumluluğun sınırlarının, korunacak kişilerin ve korunacak hukukî değerlerin tespit edilmesi bakımından, sözleşme dışı sorumlulukta bugün hala yerleşik anlayış olan normun koruma amacı ve hukuka aykırılık bağı kavramlarına dayanılarak yorumlanması gerekir.

Gürzumar, 4054 sayılı Kanun m. 57 hükmündeki “*bundan zarar görenler*” sözünün, maddede sayılan ve aynı Kanunun 4 ve 6. maddelerine aykırılık oluşturan eylemlerden zarar gören herkesin, hiçbir sınırlama olmaksızın ve özellikle bu eylemlerden yansıma yoluyla zarar görenlerin de tazminat isteyebilmesini sağlamaya yarayacak şekilde hukuka aykırılık bağı oluşturan özel bir norm olarak düşünülmemesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar Kanun’un anti rekabetçi eylemlere karşı etkinliğinin sağlanması bakımından özel hukuk korumasının mümkün olduğunca geniş tutulması düsturunun dikkate alınması gerektiğini, ancak bu yapılırken dava açabilecek kişilerin ve tazmini gereken zararların çevresinin sonsuza yakın bir şekilde geniş tutulmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle yazar, “*zarar görenler*” kavramından “*yansıma zarara uğrayanların*” dışlandığını, fakat pazar zincirinin en sonunda yer alan *nihai alıcıların* ve *tüketicilerin* kapsam dâhilinde olduğunu haklı olarak ileri sürmektedir. Son olarak yazar, Kanun’un m. 57 hükmüne, “*tazminat isteyebilecek kişilerin bu*

konusu ihlâl edici davranış nedeniyle uğradıkları zararı tazmin eder” ifadesiyle, açıkça ihlâl edilen menfaatin normun koruma amacı içinde olması gerekliliği belirtilmiştir. Gürzumar, bu hükmün (GWB m. 33 hükmünün eski halinin), rekabeti ihlâl eden davranışlar sonucunda zarara uğrayan herkesin değil, sadece rekabeti ihlâl eden davranışları yasaklayan normların korumak istediği kişilerin tazminat talep edebileceğini, hem normun koruma amacı (veya kapsamı) hem de hukuka aykırılık bağı kuramları dikkate alındığı bir hüküm özelliği taşıdığını belirtmektedir. Yazar, bu nedenle normun koruma amacı kuramını dikkate alan her hukuksal faaliyetin, korunacak kişilerin ve korunacak hukukî değerlerin çevresinin belirlenmesi ve sorumluluğunun bu açıdan sınırlarının tespit edilmesi kaygısıyla gerçekleştirilen, yerinde bir faaliyet olduğunu ifade etmektedir. Gürzumar (2005), s.143-144.

⁵⁶² Gürzumar (2005), s.146.

hükümlerle korunmak istenen kişiler olabileceği” şeklinde bir ifadenin eklenmesinin yararlı olacağını belirtmektedir⁵⁶³.

RKHK hükümlerine göre hukuka aykırı (özel koruma normlarına aykırı) davranış, Kanun’un 4., 6. ve 7. maddesindeki yasakların ihlâli sonucu gerçekleşmiş olmaktadır. Kanunda düzenlenen zararı tazmin yükümlülüğü, bu özel koruma normlarının ihlâli sonucu gündeme gelmektedir. Bu bakımdan, rekabet hukukunda söz konusu hukuka aykırılığın tespitinde, sorumluluğun sınırlanmasında ve zararın tazmininde, normun koruma amacı ilkesinin esas alınması gerekir. Kimlerin zararlarının ve hangi zararlarının tazmin edilebileceğinin tespitinde, RKHK hükümlerinin koruma amacına uygun olarak, sorumluluğun mutlaka hakkaniyete uygun olarak sınırlanması gerekmektedir⁵⁶⁴.

Sayhan, rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüslerin, bütün zararlarının 58. madde hükmü ile korunduğu, her ne kadar tüketicilerin ve hatta toplumun korunmasının RKHK hükümlerinin amacı olduğu söylenebilirse de, normun koruma amacının rakip teşebbüslerle sınırlı olması gerektiği de öne sürmektedir⁵⁶⁵.

Kanaatimizce, RKHK’nın tazminat sorumluluğuna yol açan hükümlerinin hedefinin, doğrudan toplumun menfaatlerin korunması olmadığı açık ise de, normun koruma amacının sadece rakip teşebbüslerle sınırlı tutulması, dava açabilecek kişilerin ve tazmini gereken zararların kapsamına, Kanun’un amaçladığından fazla kısıtlama getirilmesine yol açabilir. Bu kısıtlama, rekabet hukuku kurallarının etkin bir şekilde uygulanmasını güçleştireceğinden, Kanunun amaçladığı yaptırım gücünü de zayıflatabilecektir. Bu açıdan, piyasa zinciri içinde, sağlayıcıların, toptancıların, perakendecilerin ve hatta tüketicilerin menfaatlerinin de, normun koruma amacı içinde kaldığının kabulü, daha uygun bir çözüm olacaktır.

⁵⁶³ Gürzumar (2005), s.147-148; Benzer şekilde, Sanlı, ekonomik ilişkilerin bağımlılığı ve karmaşıklığı nedeni ile rekabet hukukuna aykırı fiillerden doğan zararın yayılması ve birbirinden farklı kesimler üzerinde doğması nedeni ile oluşan zararlardan doğan sorumluluğu sınırlandırmak ve oluşan zararlardan hangilerinin tazmin edilmesinin daha uygun olacağını buna göre tespit etmek gerektiğini belirtmektedir. Sanlı (2003), s. 238 vd.

⁵⁶⁴ Amerikan rekabet hukukunda bu durum “*antitröst zararı*” doktrini olarak adlandırılmakta ve davanın kabulü için, uğranıldığı iddia edilen zararın bir rekabet zararı niteliği taşıması gerekmektedir.

⁵⁶⁵ Sayhan (2005), s. 47; Buna karşın İnan haklı olarak, tazminat talep hakkını rakip teşebbüslere hasretmenin yerinde olmadığını, tazminata hükmetmek için zarar verenle zarar görenin arasında bir rekabet ilişkisi aramanın gereksiz ve haksız sonuçlara yol açabileceğini söylemektedir. İnan (2004), s. 50.

Uygulamada, ihlâlden az miktarlarda zarar gören çok sayıda tüketicinin tazminat taleplerini mahkemelere taşınması ve bunların zararlarının hesaplanması zor gözükse de, tüketicilerin de zararlarını tazmin ettirme hakkına sahip oldukları kabul edilmelidir⁵⁶⁶. Bununla beraber, dava açabilecek kişilerin ve tazmini gereken zararların kapsamının mahkeme tarafından tespit edilemeyecek kadar geniş tutulmamasına da dikkat etmek gerekir. Bu nedenle, rekabetin kısıtlanması ya da hakim durumun kötüye kullanılması sonucu piyasa dışına itilen teşebbüslerin ortaklarının, alacaklılarının, işçilerinin ya da ona kredi veren bankaların, teşebbüsün piyasa dışına itilmesi sonucu bir takım zarara uğrama ihtimalleri olsa da, bu tür yansıma zararların tespiti ve zarar görenlerin kapsamının sınırlandırılabilmesi pek mümkün olmadığından, 57 ve 58. maddelerin koruma amacı içinde olduklarını kabul etmek oldukça güçtür⁵⁶⁷.

4.1.2.7. Kusur

RKHK m. 57 hükmünde, haksız fiil sorumluluğunun hangi esasa dayandığı, yani kusurlu sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk esasının mı benimsendiğine ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır. Sadece, tazminat hakkının düzenlendiği 58. maddenin ikinci fıkrasında, üç kat tazminata ancak kusurun varlığı halinde hükmedilebileceği yer almaktadır⁵⁶⁸. Bu durumda Kanunun kusur şartını sadece üç kat tazminat ile sınırlı olarak aradığı diğer hâllerde kusur şartına yer verilmediği söylenebileceği gibi, kusursuz sorumluluğun varlığının kanunda açıkça yazılı olmasına bağlı olduğu ve bu nedenle m. 57 hükmünün sorumluluk hukukunda geçerli olan genel ilkedен ayrılan bir kusursuz sorumluluk hali şeklinde algılanmaması gerektiği de söylenebilir⁵⁶⁹. Görüldüğü üzere sorumluluğun hangi esasa dayandığı konusu

⁵⁶⁶ Aynı yönde Özsunay (2005), s.145; Gürzumar (2005), s. 143-148.

⁵⁶⁷ İnan, teorik düzeyde mümkün olsa bile pratikte tüketicilerin, RKHK 57 ve 58. maddelerine dayanarak dava açabilmelerinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. N. İnan (Ekim 1999). Rekabet hukukunun diğer disiplinlerle ilişkisi. *Ankara: Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, s. 16-17; Topçuoğlu ise, özellikle aleyhine rekabetin kısıtlandığı teşebbüslerin pay sahiplerinin ve alacaklılarının maruz kaldıkları zararın tespiti ve kişiselleştirilebilmesindeki zorluklara dikkati çekmektedir. Topçuğlu (2001), s. 304-305.

⁵⁶⁸ Sanlı (2003), s. 224-225.

⁵⁶⁹ Doktrinde objektif sorumluluğun istisnai niteliği gereği, içtihat yoluyla kabul edilmesine dahi karşı çıkanlar vardır. Oğuzman ve Öz (2009), s. 647.

tartışmaya açıktır⁵⁷⁰. Doktrinde bu sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğunu veya olmadığını ileri süren farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Topçuoğlu, yalnızca üç kat tazminat sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için kusurun şart olduğunu, diğer hâllerde sorumluluk bakımından zarar veren teşebbüslerin kusurlu olup olmamalarının tazminat yükümlülüğüne etkisinin olmayacağını belirtmektedir. Bu nedenle yazar, Kanun'un 57. maddesi ile bir kusursuz sorumluluk halinin kabul edildiğini, Kanun'a göre rekabeti kısıtlayanların kusursuz sorumluluğunun, piyasa düzeninin korunmasının arz ettiği büyük önemden ve bu durumun toplum açısından bir zorunluluk teşkil etmesinden kaynaklandığını ve böylece objektif sorumluluk (olağan sebep sorumluluğu) hâlleri içine yeni bir sorumluluk ilkesinin eklendiğini ileri sürmektedir⁵⁷¹.

Gürzumar, Kanunun m. 57 vd. hükümlerinin, Türk Sorumluluk Hukukunda geçerli olan genel ilkeden (kusura dayanan sorumluluk) ayrılan ve bir kusursuz sorumluluk öngören hükümler şeklinde anlaşılması gerektiğini, m. 57 hükmünde açıkça "*kusur*"dan bahsedilmemiş olmasının sonucu etkilemeyeceğini, bu bakımdan RKHK m.4 veya 6 hükmünü ihlâl ettiği iddiası ile tazminat davasına muhatap olan bir kişinin bu nedenle sorumlu tutulabilmesi için, kusurlu olarak hareket etmiş olması gerektiğini belirtmektedir⁵⁷².

⁵⁷⁰ Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında (Tasarı m.26), "*Her kim, kusurlu olarak, 4 üncü madde kapsamında olan ve muaftiyetten yararlanmayan anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile rekabeti engeller....*" ifadesiyle, sorumluluğun kusur esasına dayandığı belirtilmiştir.

⁵⁷¹ Topçuoğlu (2001), s. 311-312.; İnan, RKHK 16. maddesi gereği para cezası verilebilmesi için kusurun gerekli olmadığını, ancak, Türk özel hukukunda, kusursuz sorumluluğun varlığının kanunda açıkça yazılı olmasına bağlı olduğunu ve Kanun'daki tazminat hükümleri ile para cezasına ilişkin hükümlerin tamamen farklı amaçlara hizmet ettiğini, bu nedenle tazminat davalarında kusurun ispatının şart olduğunu ifade etmektedir. İnan (2004), s. 48; Güven, buradaki sorumluluğun kusura dayanan bir sorumluluk olduğunu, kusursuz sorumluluk halinin Kanunda yer almadığını belirtmektedir. Yazar, buradaki fiilin tek olduğunu dolayısıyla statünün de tek olması gerektiğini, sadece yaptırımların farklı düzene bağlanabileceğini, bu nedenle Kanunun 57. maddesinde "*kusursuz sorumluluk*" kabul edilirken", 58. madde "*kusura dayanan sorumluluğun*" kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Güven (2008), s. 755.

⁵⁷² Bununla birlikte yazar, Kanunun yasakladığı anti rekabetçi davranışların özelliği dikkate alındığında, aslında, olayların büyük bir çoğunluğunda faillerin bu ihlâl davranışlarını gerçekleştirenlerin kusurlu olmamalarına imkân bulunmadığının görüldüğünü, belirtmektedir. Bu konuda, teşebbüslerin rekabeti sınırlamak amacıyla yaptıkları kartel anlaşmalarında kusursuzluktan söz etmenin mümkün olmadığını, amacı rekabeti kısıtlamak olmayan anlaşmalarda bile, eğer rekabetin sınırlanması, engellenmesi ya da ortadan kalması sonucu doğmuşsa, bu sonuçtan hareketle teşebbüslerin bizatihi bu sonucu öngörmemiş olmalarının kusura işaret ettiğini de ifade etmektedir. Yazar, rekabet ihlallerinin arz ettiği bu özelliğin, açılacak olan tazminat davalarının çoğunda rekabet ihlâlinin kanıtlanmasıyla kusurunda kanıtlanmış

Kanaatimizce, m. 57’de, haksız fiil sorumluluğun kusur sorumluluğu niteliğinde olup olmadığının açıkça ifade edilmiş olması gerekirdi. Kanun koyucunun örtülü iradesinin saptanabilmesi bakımından düzenlemenin gerekçesinde de bir açıklık bulunmamaktadır. Kanunda, objektif sorumluluğun benimsendiğine dair açık bir ifade olmayışı karşısında, sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığının kabulü zor gözükmemektedir⁵⁷³. Ancak, rekabeti sınırlayan, fiyat tespiti, pazar paylaşımı vb. gibi açıkça rekabeti ihlâl etmekten başkaca amacı olmayan kartel anlaşmalarında, tarafların kusurunun olmadığının düşünülmesi imkânsızdır⁵⁷⁴. Bu gibi hâllerde kanaatimizce, hukuka aykırılığının ve nedensellik bağının ispatı tazminat sorumluluğunun doğması için yeterli sayılmalı ve ayrıca kusurun ispatı gerekli olmamalıdır. Bu durumda, objektif sorumluluk benzeri bir sorumluluğun var olduğu söylenebilir.

Rekabet ihlâllerinin çoğunda, teşebbüsler, en azından ihlâlin gerçekleşmemesi için gereken özeni göstermediklerinden, ihmal derecesinde dahi olsa kusurlu oldukları kabul edilmelidir. Ancak, bazı hâllerde teşebbüslerin kusurlu olmadan hukuka aykırı davranışları mümkün olabilmektedir. Örneğin dikey anlaşmalarda, üreticiden mal almak için onun kararlarına uymak zorunda olan zayıf durumdaki ara teşebbüslerin, hukuka aykırı anlaşmaların oluşumunda kusurlarından söz etmek mümkün olmayabilir. Bu nedenle davalı tarafa, kusurlu olmadığını ispat hakkı tanınması gerekir.

Sonuç olarak sorumluluk sebepleri açısından konunun aydınlatılması için kanun koyucunun sorumluluğun dayandığı esası yeniden düzenlemesi gerektiği ortadadır. Bu noktada önerimiz, tazminat sorumluluğunun doğması bakımından kusursuz sorumluluk

olduğu sonucunu doğuracağını, ancak, bu özelliğin dâhi, Kanun’a bir *kanuni kusur karinesi* konması için yeterli bir neden oluşturmadığını, bu nedenle kusurun ispatının hallinin, hâkimin meseleye ispat konusundaki genel ilkelere dayalı olarak yaklaşmasına bırakılması gerektiğini belirtmektedir. Gürzumar (2005), s.154.

⁵⁷³ Cengiz (2006), s.372.

⁵⁷⁴ Benzer şekilde Sanlı, tazmin edilebilir zarar türleri düşünüldüğünde, tazminat sorumluluğunun esas olarak, dışlayıcı uygulamalar veya kartel anlaşmaları gibi rekabet hukukunda açık ihlâl olarak adlandırılan hâllerde uygulama alana bulacağını, bu hâllerde ise, hukuka aykırılık ve kusurun iç içe geçmiş olduğunu, dolayısıyla bu gibi hâllerde hukuka aykırı davranışı kusursuz olarak gerçekleştirmek mümkün olmadığından, kusurun varlığını ispat etmenin de güç olmadığını belirtmektedir. Yazar, davacının hukuka aykırılığı ispat etmesi halinde, aynı zamanda davalının kusurlu olduğunu da ortaya koymuş olacağını ileri sürmektedir. Buna karşılık açık bir rekabet ihlâlin olmadığı hâllerde, hukuka aykırılık analizi yapmak ve teşebbüslerin kusurlu olup olmadıklarını tespit etmekte tereddütler yaşanabileceğini, ancak bu hâllerde de hukuka aykırılık bir kere tespit edildikten sonra, artık teşebbüslerin kusursuzluğunu ispat etmesinin güçleştiğini, dolayısıyla hukuka aykırılık tespit edilmişse, rekabeti sınırlayan teşebbüslerin en azından ihmal içinde hareket ettiklerinin de kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Sanlı (2003), s. 225-226.

esasının kanunda açıkça düzenlenmesidir. Bu halde kusursuz sorumluluk esasının benimsenmesi dava hakkının kullanılması bakımından teşvik edici bir etkiye sahip olacaktır. Kusursuz sorumluluk halinde dava açanlar, uğradıkları zarar miktarıyla sınırlı bir tazminat hakkına sahip olacaklardır. Ek kusur yani kast veya ağır ihmalin olması durumunda ise, sorumluluğun üç kat tazminat şeklinde ağırlaştırılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz⁵⁷⁵.

4.1.2.8. Zararın intikali savunması ve dolaylı alıcı kuralı

Rekabeti sınırlayan davranışlar sonucu, daha fazla bedel ödeyerek mal veya hizmet alan doğrudan alıcıdan mal alan sonraki alıcıların (tedarik zinciri içinde doğrudan alıcı da sonra gelen perakendeci ya da tüketici gibi, dolaylı alıcıların) zararı, doğrudan alıcıların zarara uğramış olmasından kaynaklanmaktadır. Doğrudan alıcıların kâr elde etmeyerek ya da zararına satış yaparak, fazladan ödediği bedeli satış fiyatlarına yansıtmadığı hâller dışında, sonraki alıcılar ve tüketiciler meydana gelen zararın bir kısmına ortak olmaktadır⁵⁷⁶. Böylece, tedarik zinciri içinde malın doğrudan alıcıdan sonra dağıtıcı, perakendeci gibi çok çeşitli aşamalardan geçmesi durumunda, dolaylı alıcıların zararının kapsamının ve ne kadarının intikal ettirildiğinin tam olarak belirlenmesi zordur. Bu nedenle dolaylı alıcılara tazminat davası açma hakkı tanınmasının, açılacak çok sayıda dava ile mahkemelere aşırı yük getirebileceği ve bazı hâllerde zararın bir kereden fazla tazminine yol açabileceği belirtilmektedir⁵⁷⁷.

Dolaylı alıcıların tazminat taleplerinin kabulü halinde, bu kapsama tüketiciler de dâhil olacaktır. Bu durumda, dava açacak olan çok sayıda tüketiciye, zararın doğrudan alıcılar tarafından ne oranda intikal ettirildiğinin mahkeme tarafından tespitinin oldukça güç ve karmaşık olacağı söylenebilir. Ancak, dolaylı alıcılara dava hakkının tanınmamasının, rekabet ihlâlini gerçekleştirenlerin, ihlâlden elde ettikleri menfaatleri muhafaza etmelerine yol açabileceği de unutulmamalıdır. Özellikle, doğrudan alıcıların zararın tamamını sonraki alıcılara intikal ettirdikleri veya talebin esnek olmamasından dolayı tüketici taleplerinin azalmadığı hâllerde, doğrudan alıcılar ihlâl nedeniyle bir

⁵⁷⁵ Benzer görüşler için bkz., Atila (2009), s.22.

⁵⁷⁶ Gürzumar (2005), s. 162.

⁵⁷⁷ Sanlı (2003), s. 239-240. Ancak yazar, ilk ve sonraki alıcıların zararlarının kolayca ayrıştırılabileceği ve usûl ekonomisi ve caydırıcılık bakımından sonraki alıcıların dava açmalarının herhangi bir soruna yol açmadığı ve sonraki alıcıların zararlarının ayrıştırılabilir olduğu hâllerde sonraki alıcıların da dava açabileceklerini belirtmektedir.

zarara uğramadıkları için dava açamayacaklar ya da dava açsalar bile zarar oluşmadığı için talepleri reddedilecektir. Böylece, ihlâli gerçekleştirenler, herhangi bir tazminat ödemek zorunda kalmayacaktır.

Kanaatimizce, bu durumda, dolaylı alıcıların dava açma haklarının kabul edilmesi gerekir. Ancak, zararın bir kereden fazla tazmininin veya doğrudan alıcıların sebepsiz zenginleşmelerinin önüne geçilmesi için, doğrudan alıcıların açtığı tazminat davalarında, davalıların yapacağı zararın intikali savunmasının dikkate alınması gerekmektedir. Bu şekilde zararın intikal ettirildiği dolaylı alıcıların zararları tazmin edilirken, doğrudan alıcıların sebepsiz zenginleşmesi de engellenmiş olunacaktır.

Tazminat davasında, davalı taraf yapmış olduğu zararın intikali savunmasında, bir rekabet ihlâli neticesinde doğrudan alıcının zararının gerçekleştiğini kabul etmekle birlikte, doğrudan alıcının, zararını diğer alıcılara intikal ettirdiği gerekçesiyle tazminat sorumluluğunun doğmadığını iddia etmektedir. Bu durumda mahkemenin davalı tarafın yapmış olduğu zararın intikali savunmasını kabul etmesi, ihlâlin ve zararın gerçekleşmiş olduğunun tespiti anlamına da gelecektir.

Yukarıda açıkladığımız nedenlerden ötürü, tazminat davasında, hâkimin, öncelikli olarak hem doğrudan alıcıların hem de dolaylı alıcıların tazminat taleplerini kabul etmesi ve sonrasında, davalıların, doğrudan alıcılar için yaptıkları zararın intikali savunmasını dikkate alıp tazminatın paylaşımını bu esaslara göre yapması gerektiği kanaatindeyiz⁵⁷⁸. Böylece, doğrudan alıcıların dolaylı alıcılara intikal ettirdiği zarar, tazminat kapsamına alınmayarak, zararın bir kereden fazla tazmininin de önüne geçilmiş olunacaktır⁵⁷⁹.

Türk hukuku bakımından, davalıların yapacağı zararın intikali savunmasını, maddî hukuk anlamında bir **itiraz** olarak kabul etmek gerekir. Hâkim, talep edilen tazminat miktarının üst sınırı ile bağlı ise de, tazminat miktarını bu sınırın altında

⁵⁷⁸ Paylaşımın adil bir şekilde yapılması için, zararın ne kadarın tedarik zinciri içinde kimlere aktarıldığının da tespiti gerekmektedir.

⁵⁷⁹ Aslan; zarar görenin, zararı kendi alıcılarına yansıtabildiği durumlarda, zararın varlığından söz edilemeyeceğini, bunun ise bilançodan görülebileceğini belirtmektedir. Aslan (2007), s.797.

belirlemede ve zararın bir kereden fazla tazminini engellemede, zararın intikalini kendiliğinden ve davanın her aşamasında dikkate alabilmelidir⁵⁸⁰.

Uygulamada, mahkemelerin dava yüklerinin fazlalığının ve ayrıca rekabet hukukundaki zarar analizlerinin karmaşıklığının, bu tür davaların görülmesini zorlaştıracağı söylenebilir. Ancak, Kurul AB rekabet hukukunda yapılan çalışmalar paralelinde, genel olarak zararın hesaplanmasına ve özel olarak zararın intikali halinde zarar hesaplamasına ilişkin yöntemleri içeren yol gösterici nitelikte klavuzlar hazırlayarak, sorunun çözümünde mahkemelere yardımcı olabileceği kanaatindeyiz.

4.1.3. Rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunda zararın belirlenmesi ve tazminatın hesaplanması

Tazminat yükümlülüğünün, yani zarar verenin ödeyeceği tazminat miktarının tespit edilebilmesi için, her şeyden önce zararın belirlenmesi gerekir. Çünkü zararın belirlenmesi, tazminatın hesaplanmasına takaddüm eden, onun dayanağını teşkil eden bir konudur⁵⁸¹. Bu nedenle önce zararın kapsamının nasıl belirleneceği sonrasında ise tazminatın hesaplanmasında nelerin dikkate alınacağı konuları ele alınacaktır.

4.1.3.1. Zararın belirlenmesi

Haksız fiillerde, kural olarak, zarar görenlerin talep edilebilecekleri tazminatın kapsamına fiilî zarar, yoksun kalınan kâr ve faiz girecektir. Haksız fiil sonucu zarar gördüğünü iddia edenler haksız fiilin diğer unsurları yanında, uğradıkları zararın miktarını da ispat etmelidir. Taraflar yargıya başvurmadan ya da yargı kararı henüz kesinleşmeden tazmin edilmesi gereken zararın miktarını aralarında belirleyerek uzlaşma yoluna gidebilir. Özellikle üç kat tazminat taleplerinin mümkün olduğu hâllerde, rekabet ihlâlini gerçekleştiren teşebbüsler uzlaşma yoluna gitmeyi tercih edeceklerdir. Taraflar tazmin edilmesi gereken zararın miktarını belirleme konusunda hakeme de başvurabilirler⁵⁸².

Taraflar zararın miktarının belirlenmesi konusunda anlaşmazlığa düşerlerse, mahkeme yoluyla çözümden başka bir ihtimal kalmayacaktır. Rekabet ihlâli nedeniyle

⁵⁸⁰ Hâkimin, üç kat tazminata hükmetmesinin gerekli olduğu hâllerde bile, hâkimin yansıtılan zararı üç katı tazminattan mahsup etmesi gerekir.

⁵⁸¹ Tandoğan (1961), s.63; Atila (2009), s.72.

⁵⁸² Topçuoğlu (2009), s.18.

açılan tazminat davalarında hâkim tarafından tazminatın hesaplanmasına esas olacak zararın miktarının tam olarak belirlenmesi, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin çokluğu ve zararın niteliği bakımından farklılık arz etmesi nedeniyle zor ve karmaşık bir konudur⁵⁸³. RKHK'nın 58. maddesinin birinci fıkrasında, zararın belirlenmesine ilişkin olarak fiili zarar ve yoksun kalınan kâr esasına dayanan temel iki hesaplama yöntemine yer verildiği görülmektedir⁵⁸⁴. Bu nedenle RKHK m. 58 hükmü kapsamında tazminatın hesaplanmasına esas olacak zararlar bakımından bir tasnif yapılarak fiilî zararların ve yoksun kalınan kârın ekonomik yöntemler ve haksız fiil sorumluluğunun genel esasları çerçevesinde belirlenmesine çalışılacak ve zararın ispatı, zararın belirleneceği tarih ve denkleştirme konuları ele alınacaktır.

4.1.3.1.1. Fiilî zararın belirlenmesi

Fiilî zarar, tekeli fiyatlandırma, alım kartelleri, bağlama uygulamaları ve fiyatların olması gereken seviyeden yüksek olması gibi hâllerde fazladan ödenen bedel şeklinde gerçekleşen zarardır. Fiilî zararın belirlenmesinde RKHK m. 58/1 hükmüyle Amerikan hukukunda yaygın olarak kullanılan önce - sonra yöntemine benzer bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre zararın belirlenmesi, bir mal veya hizmetin rekabetçi piyasada olması gereken fiyatı ile ihlâlden etkilenmiş piyasadaki fiyat karşılaştırılarak yapılacaktır. Ancak, bu yöntemin doğru sonuçlar verebilmesi için ihlâlin başladığı ve bittiği zaman aralığının doğru belirlenmesi gerekmektedir⁵⁸⁵. Ayrıca, fiyat tespiti nedeniyle meydana gelen zararın belirlenmesinde bu yöntem kullanılırken, ihlâl gerçekleşmeden önceki dönemde piyasa koşullarında ödenen bedel ile ihlâl sonrasındaki ihlâlden etkilenen dönemde ödenen bedeller karşılaştırılmaktadır. Bu karşılaştırma yapılırken ihlâlden önceki dönemin normal bir dönem yani rekabetçi piyasa koşullarının olduğu bir dönem olması gerekir. Ancak hâkim bu yöntemle zararın belirlenmesi sırasında fiyatın yapısını etkileyen ihlâl (kartel) dışındaki diğer faktörleri de gözetmek durumundadır. Bu nedenle bu yöntem kullanılırken piyasadaki fiyat değişkenliği seviyeleri ve bunu etkileyen tüm diğer faktörler (enflasyon oranları, arz- talep kaymaları vb.) iyice analiz edilmelidir.

⁵⁸³ Atila (2009), s.72-74.

⁵⁸⁴ Gündüz ve Koyuncu (2011). s.118; Hâkimin bu maddede sayılan hesaplama yöntemleriyle sınırlı olmadığı, bu konuda takdir yetkisini kullanarak çeşitli yöntemler kullanabileceği konusunda bkz. Aksoy (2004). s. 52.

⁵⁸⁵ Özsunay (2005), s. 127-129.

Tazminat hesaplanmasına esas olacak fiilî zararın belirlenmesinde hâkim, davanın ilişkin olduğu coğrafi pazarla aynı yapıda ancak rekabet ihlâli bulunmayan, yani rekabetçi fiyatların söz konusu olduğu farklı bir coğrafi pazarla, dava konusu pazarı karşılaştırarak zarar miktarını belirleyebilir. Karşılaştırılan pazarlar arasında (hem pazar koşulları hem de söz konusu ürün bakımından) maliyet yapısı ve talep özelliği bakımından gerçekte bir uyum veya benzerlik yoksa gerçekçi sonuçlar ortaya çıkmayabilir⁵⁸⁶.

4.1.3.1.2. Yoksun kalınan kârın belirlenmesi

Hakim durumdaki teşebbüsün ya da kartelin dışlayıcı ya da ayırıcı uygulamaları neticesinde rakip teşebbüsler veya satış ağı içinde yer alan dağıtıcıların uğradıkları zararlar genelde yoksun kalınan kâr şeklinde gerçekleşmektedir⁵⁸⁷. Ancak ihlal teşkil eden fiil gerçekleşmese idi, gelecekte ne kadar kâr elde edileceğinin tespiti güç olduğundan yoksun kalınan kârın tam olarak belirlenebilmesinde mahkemelerin çeşitli sorunlarla karşılaşabileceği ortadadır. Zira bu tür davalarda davacı aslında fiili zararda olduğunun aksine, ortada var olmayan, fiktif bir kârdan yoksun kalması nedeniyle tazminat talep etmektedir.

RKHK m. 58/1 hükmü son cümlede zararın belirlenmesinde, “Zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllar bilançoları da dikkate alınarak hesaplanır” ifadesi yer alırken, “zarar gören” ifadesinin aslında “zarar veren” olması gerektiği belirtilmiştir⁵⁸⁸. Buna karşın, haksız rekabetteki (Eski TTK m. 58) düzenlemeye kıyasen zarar gören ibaresinin, zarar veren şeklinde anlaşılmasının zorunlu olmadığını, hem zarar görenin hem zarar verenin elde etmeyi umduğu kârın, yoksun kalınan kârın hesaplanmasında ölçüt olarak kullanılabileceği de belirtilmektedir⁵⁸⁹. Bu noktada, asıl önemli olan konunun, rekabet hukuku kurallarını

⁵⁸⁶ Benzer piyasalar, yerel kartel durumlarında kolayca bulunabilirken, kartelin ülke çapında olması halinde (karşılaştırılacak herhangi bir piyasa olmayacağından) bu yöntemin uygulanması zor görünmektedir. Ayrıca bu yöntem kullanılırken söz konusu ürünlerin homojen olmasına da dikkat edilmelidir. American Bar Association (2008), s. 21; Özsunay (2005), s. 128.

⁵⁸⁷ Atila (2009), s.76.

⁵⁸⁸ Aslan (2007), s.790; Benzer şekilde İnan’da, TTK m.58/1 deki düzenlemenin ışığında, RKHK m.58/1 son cümlesindeki “zarar görenler” ibaresinin “zarar verenler” şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. N. İnan (2002). Rekabet hukuk uygulamasında adli mahkemelerin rolü. Ankara: *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, s. 611.

⁵⁸⁹ Arı (2004), s. 224.

ihlâl edenlerin hukuka aykırı fiil sonucu elde ettikleri kazancı muhafaza etmelerinin önlenmesi olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Yoksun kalınan kârın hesaplanması sırasında, geçmiş yıllara ait bilançolar dikkate alınacaktır. Ancak, Türkiye’de vergi oranlarının yüksekliği ve yüksek enflasyon gibi nedenlerle bilançolar gerçeği yansıtmadıkları için, yoksun kalınan kârın hesaplanmasında, bilanço dışındaki delillerden de yararlanılabilecektir⁵⁹⁰. Özellikle, piyasadan dışlama uygulamalarında, hukuka aykırı birleşmelerde, yıkıcı fiyat uygulamalarında, sözleşme yapmaktan kaçınma ve piyasaya girişlerin engellenmesi gibi durumlarda, meydana gelen zararın tam olarak belirlenmesi, zararın yaygınlığı sebebi ile güçleşmektedir. Örneğin, davacı, dışlayıcı veya ayırmacı uygulamalar nedeniyle satışlarının düştüğünü veya piyasa payının azaldığını veya maliyetlerin arttığını ileri sürerek, ihlâl olmasa idi muhtemel pazar koşullarında elde edebileceği gelir ile hali hazır durumu arasındaki farkı, zarar olarak talep edebilecektir. Bu tür davalarda hâkim yoksun kalına kârı belirlerken, davacının ihlâl nedeniyle uğradığı üretim kaybını, gelir ve değer kaybını dikkate alacaktır.

İhlâl neticesinde iflas edip piyasadan tamamen çekilen teşebbüsler, ticarî faaliyette bulunamayacak olmalarından kaynaklanan muhtemel zararlarının tazminini de talep edebilecektir. Bu tür davalarda hâkim yoksun kalına kârı belirlerken, öncelikle teşebbüsün faaliyette bulunacağı muhtemel süre içinde makul bir kârlılık oranına göre elde edilmesi muhtemel kârı bulacaktır. Sonrasında piyasada meydana gelebilecek diğer koşulları da örneğin piyasanın büyüme yapısı ve sürecini, piyasadaki genel ekonomik durumları dikkate alarak zararı belirlemeye çalışacaktır.

4.1.3.1.3. Zararın ispatı

Haksız fiil sonucu açılan tazminat davalarında, borçlar hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde davacı zararın varlığını ve miktarını ispat yükü altındadır (Eski BK m. 42/1 “II. zararın tayini” kenar başlığı, Yeni BK m. 50/I “II. zararın ve kusurun ispatı” kenar başlığı, ibaresiyle). Çünkü davada hâkimin tazminata hükmedebilmesi için öncelikle zararın miktarını tespit etmesi gerekir⁵⁹¹. Ancak davacının dava açarken talep edeceği tazminat tutarına esas olan zarar miktarının (yani alacağını) tamamını tam

⁵⁹⁰ Aslan (2007), s.790.

⁵⁹¹ Atila (2009), s.78- 79.

olarak tespit etmesi bazı hallerde mümkün olmamaktadır. Özellikle zararın baştan belirlenemediği, ancak bir incelemeden sonra tam olarak tespitinin mümkün olduğu durumlarda, davacının dava dilekçesinde talep sonucu tam olarak yazabilmesi mümkün olmamaktadır. Örneğin rekabet ihlâli nedeniyle oluşan zararlarda özellikle yoksun kalınan kâr türündeki zararlarda, uğranılan zararı baştan tam olarak tespit etmek ve ispat etmek oldukça güçtür. Davacının, uğradığı zararın miktarını tam olarak ispatlayamadığı bu gibi hâllerde, dosyada mevcut deliller ve olayların normal akışı bir zararın varlığı için yeterli görülüyorsa, hâkim takdir yetkisini kullanarak zararın miktarını tespit edecektir (Eski BK m.42/II Yeni BK m. 50/II⁵⁹²). Hâkimin takdir yetkisi hem zararın varlığı hem de miktarı yönünden geçerlidir. Ayrıca hâkim, fiilen gerçekleşmiş zararlarda olduğu gibi, ileride gerçekleşecek zararla ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlarda da takdir yetkisine sahiptir. Ancak zarar gören gerek zararın varlığına gerekse hâkimin takdir yetkisine esas teşkil edecek delilleri mahkemeye sunmalıdır⁵⁹³. Aksi hâlde hâkimin yalnızca soyut iddialar üzerinden zararın miktarını tespit etmesi mümkün değildir.

Davacının dava açarken talep sonucunu tam olarak tespit edemediği hallerde, hak arama durumunda olan kişinin korunması bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (m. 107) ile hukukumuzda ilk kez belirsiz alacak ve tespit davası düzenlenmiştir. Buna göre, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir (m. 107/1). Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir (m. 107/2). Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir (m. 107/3).

⁵⁹² Yeni Bk m. 50/II'de "Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler" ifadesi yer almaktadır.

⁵⁹³ Atila (2009), s.78-80.

4.1.3.1.4. Zararın belirlenmesinde esas alınacak tarih

Zararın belirlenmesinde esas alınacak anın tespiti de, zarar miktarında değişikliklere neden olmaktadır. Zararın miktarının belirlenmesinde esas alınacak tarih konusu doktrinde tartışmalıdır. Zararın miktarının belirlenmesinde zarar verici olayın gerçekleştiği tarih, tazminat davasının açıldığı tarih veya hükmün verildiği tarih esas alınabilir. Türk/İsviçre hukukunda egemen görüş, zararın miktarının belirlenmesinde hükmün verildiği tarihi esas almaktır⁵⁹⁴. Hükmün verildiği tarihten amaç, ilk derece mahkemesinin kararı tefhim ya da tebliğ ettiği gün olup, Yargıtay'da kesinleştiği tarih değildir. **Nomer**, usûl hukuku bakımından kural olarak hüküm anına kadar gerçekleşmiş olaylar hükme esas teşkil edeceğinden, zararın hüküm anına göre tespit edildiğini belirtmektedir⁵⁹⁵. Ancak yazar, usûl hukuku bakımından benimsenen, zararın tespitinde hüküm anının esasa alınacağı prensibinin maddi hukuk açısından belirleyeceği olmadığını, malvarlığındaki eksilme hangi anda gerçekleşmiş ise, zararın o an itibariyle tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁹⁶.

Rekabet hukuku açısından RKHK hükümleri konuya ilişkin olarak özel bir düzenleme getirmediğinden, doktrindeki egemen görüşü uygun şekilde zararın miktarının belirlenmesinde hükmün verildiği tarih esas alınacaktır. Ancak Yargıtay, haksız fiilin işlendiği gündeki zararı esas almakta, hüküm anına kadar geçen süre içinde oluşabilecek zararları da faizle telafi etmektedir⁵⁹⁷.

4.1.3.1.5. Denkleştirme

Zararın gerçek miktarının belirlenmesinde, zarar verici olayın, zarar görenin malvarlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin yanı sıra olumlu etkileri de göz önünde tutularak, yararlar zararın denkleştirilmesi sağlanmaktadır. Hâkim zararın gerçek miktarını kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür. Bu nedenle zararın gerçek miktarının hâkim tarafından gerçeğe en yakın şekilde belirlenmesi için yararlar denkleştirilecek bir yararın bulunup bulunmadığının araştırılması gereklidir⁵⁹⁸. Borçlar hukukumuzda zararın belirlenmesini ve tazminatın hesaplanmasını birbirinden farklı iki safha olarak

⁵⁹⁴ Eren (2006), s. 695 vd.; Tandoğan (1961), s. 264-265; Oğuzman ve Öz (2009), s. 528.

⁵⁹⁵ Nomer (1996), s. 9.

⁵⁹⁶ Nomer (1996), s. 15

⁵⁹⁷ YİKB, T.12.11.1930, E.6,K.27.

⁵⁹⁸ Atila (2009), s.85-86.

düzenlenmektedir. Denkleştirme, zararın belirlenmesine ilişkin bir işlemdir. Zararın miktarının tam olarak belirlenebilmesi için zarar ile yarar birbiriyle denkleştirmeli, sonrasında tazminat miktarı hesaplanmalıdır. Denkleştirmede zarar hangi an esas alınarak belirlenmişse yarar da o ana göre belirlenmelidir⁵⁹⁹.

RKHK m. 58/I hükmü değerlendirildiğinde tazminatın hesaplanması için öncelikle uğranılan gerçek zararın belirlenmesi gerektiğinden, rekabetin ihlâl edilmesi nedeniyle elde edilen yararların denkleştirilmeye tabi tutulması gerekir. Bu bağlamda örneğin, zarar gören teşebbüsün ihlâl nedeniyle işletme giderlerinde bir azalma olmuşsa veya zarar gören aslında yapması gereken bir harcamadan kurtulmuşsa, zarar görenin elde ettiği bu yararların denkleştirme yapılırken dikkate alınması gerekir.

4.1.3.2. Tazminatın hesaplanması ve tenkıs sebepleri

Türk hukukunda tazminat sorumluluğunun esas amacının zarar görenin zararının telafî edilmesi olduğu kabul edildiğinden⁶⁰⁰ zarar miktarı tazminatın üst sınırı belirlemektedir. Bu kapsamda tazminat zarar görenin malvarlığında, ihlâlden önceki durum ile sonraki durum arasında meydana gelen farkı ortadan kaldırmayı amaçlar. Ancak RKHK m. 58 hükmü çerçevesinde rekabet ihlâlleri nedeniyle ortaya çıkan tazminat sorumluluğunun tek amacının zararın telafisi olduğunu söylemek güçtür. Zira m. 58 hükmü bazı hâllerde, hem tazminatın zarardan bağımsız olarak hesaplanabilmesini öngörmekte⁶⁰¹, hem de üç katı tazminat hükmüyle tazminatın zarar miktarını aşmasını mümkün kılmaktadır⁶⁰².

Tazminatın hesaplanması için uğranılan gerçek zararın belirlenmesi gerekir. Gerçek zararın tam olarak belirlenebilmesi amacıyla hâkim öncelikle zararlarla ilgili indirim nedenlerini dikkate alacaktır. Bundan sonra hâkim hükmedilecek tazminatın tutarını hesaplamak için, tazminatla ilgili indirim nedenlerini uygulamalıdır. Ancak hâkimin tazminat miktarında indirim yapabilmesi için somut bir indirim sebebinin var olması gerekir. RKHK m. 58 hükmü çerçevesinde hâkimin tazminat miktarında indirim

⁵⁹⁹ Atila (2009), s.86.

⁶⁰⁰ Atamer (1996), s.98; Eren (2006), s.466, Tiftik (1994), s.61; Sanlı (2003), s. 153.

⁶⁰¹ RKHK m. 58/II'ye göre; hâkim, “meydana gelen maddî zararın” ya da “zarara neden olanların elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan kârın” üç katı oranında tazminata hükmedebilecektir. Tazminat miktarının hesaplanmasında, hâkim hukuka aykırı yolla elde edilen kazancı da dikkate alabilecektir.

⁶⁰² Atila (2009), s.89.

yaparken zarar verenin kusurunun derecesini, ihlâlin ağırlığını, zarar gören ile zarar verenin ekonomik durumlarını göz önünde tutması gerekir⁶⁰³. Ayrıca, tazminat miktarının hesaplanmasında, zararın meydana gelmesinde veya artmasında, davacının veya üçüncü kişilerin kusurunun bulunması, genel ekonomik nedenlerin etkili olması veya ihlâl dışındaki piyasa koşullarının etkilerinin ayrıştırılması gibi unsurlar da hâkim tarafından dikkate alınmalıdır.

4.1.4. Üç kat tazminat

Borçlar hukukumuzdaki genel anlayış gereği, kural olarak tazminat miktarı zararın miktarını aşmamakta ve tespit edilen zarar miktarı, tazminatın üst sınırını belirlemektedir. RKHK m. 58/II hükmünde ise, sorumluluk hukukunda bulunmayan bir tazminat şeklini “üç kat tazminat” sistemi düzenlenmektedir. Üç kat tazminatı düzenleyen bu hükmün, ABD rekabet hukukundaki “*treble damage*” (*Clayton Act m. 4*) sisteminden esinlenilerek kaleme alındığı görülmektedir⁶⁰⁴. Kanunda tazminat taleplerine ilişkin olarak böyle bir hükme yer verilmesinin, ikili yaptırım sistemini benimsemiş olan Türk rekabet hukuku politikası bakımından isabetli olduğu söylenebilir. Nitekim Amerikan rekabet hukuklu uygulamasında üç kat tazminat sisteminin rekabet ihlâlleri ile mücadelede kuvvetli bir destek sağladığı açıktır. Üç kat tazminat sistemi ile rekabet ihlâllerinden zarar görenler, tazminat davası açmak için teşvik edilmiş ve buna karşılık ihlâli gerçekleştirmek isteyenler caydırılmak istenmiştir.

4.1.4.1. Üç kat tazminat sorumluluğunun niteliği

Üç kat tazminat, bir rekabet ihlâlinden zarar gören kişilerin talebi üzerine mahkeme tarafından, meydana gelen zararın üç katı oranında kararlaştırılabilen tazminat türüdür. Türk hukukunda üç kat tazminat hükmünün niteliği konusunda, doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Topçuoğlu, ilk bakışta üç kat tazminat sisteminin, yasak faaliyetleri gerçekleştirenleri cezalandırma amacına yönelik olduğu düşünülebilirse de, bunun teknik anlamada bir ceza olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir. Yazar üç kat tazminatla, kanun koyucunun, kasten ve ağır ihmal yolu ile rekabeti kısıtlayarak teşebbüslerin zarara uğramasına sebep olan kimseleri caydırmayı ve zarara maruz kalan

⁶⁰³ Atila (2009), s.91; bkz. Yeni BK m. 52.

⁶⁰⁴ Gürzumar (2005), s. 169.

kimseleri de kanun yoluna başvurmak açısından cesaretlendirmeyi amaçladığını ve bu nedenle üç kat tazminatın kanundan doğan bir *cezaî şart* olduğunu belirtmektedir⁶⁰⁵.

Gürzumar ise, üç kat tazminat hükmü ile RKHK'nın, zarar veren teşebbüslerin zararı aşan bir bedeli ödemeye mahkûm edilebileceklerini düzenlediğini, bunun caydırıcılık esasına dayalı bir "*özel hukuk cezası*" olduğunu belirtmektedir⁶⁰⁶.

Teşebbüslerin, hukuka aykırı bir davranışla elde edecekleri kazancın beklenen maliyetlere nazaran daha fazla olacağına kanaat getirdikleri zaman, hukuka aykırı davranışla bir başkasına zarar verme yolunu seçmeleri her zaman ihtimal dâhilindedir. Teşebbüsler hukuka aykırı davranışlardan beklenen maliyetleri hesaplarken sadece ödenmek zorunda kalınacak tazminatın yüksekliğine değil, bu tazminata hükmedilmesi olasılığının yüksek olup olmadığına da bakarlar. Eğer teşebbüsler bu ihtimalin düşük olduğuna kanaat getirirlerse, bu durumda zararın tazmini caydırıcı olmaktan çıkar. Buna karşın teşebbüsler, hukuka aykırı davranışla başkalarına verdikleri zarardan çok daha fazla bir bedel ödemek zorunda olacaklarını bilirlerse, o zaman hukuka aykırı davranmanın çok maliyetli olabileceği riski nedeniyle, bu tür davranışlardan cayabilirler. Dolayısıyla bu düzenlemenin temel amacının, sadece zararın tazminini sağlamak olmadığının, üç kat tazminat hükmünün ceza normları gibi caydırıcı olduğunun kabulü gerekir.

Son olarak, Rekabet Kurulu'nun uygulayacağı idari yaptırımla beraber, üç kat tazminatın aşırı caydırıcı olabileceği düşünülebilir. Ancak birçok rekabet ihlâlinin gizli kaldığı ve yaptırımdan kurtulduğu, mevcut uygulama çerçevesinde idari para cezalarının düşük olduğu dikkate alındığında, zaten rekabet hukuku yaptırımlarının genel olarak caydırıcı bir şekilde uygulandığından bahsetmek pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle üç katı tazminatın her hangi bir şekilde aşırı caydırıcılık sorununa yol açmayacağının kabulü gerekir⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ Topçuoğlu ayrıca, üç kat tazminat yolunun ceza mahiyeti kabul edilirse, üç kat tazminata ilişkin mahkeme kararlarının tenfizinde güçlük çekileceğini belirtmektedir. Topçuoğlu (2001), s. 306-307.

⁶⁰⁶ Gürzumar (2005), s. 169.

⁶⁰⁷ bkz. Sanlı (2008), s.20 – 21.

4.1.4.2. Üç kat tazminat sorumluluğunun şartları

Üç kat tazminat sorumluluğunun doğması için, bir rekabet ihlâli bulunmalı, rekabet ihlâli bir zarara yol açmalı, rekabet ihlâli ile zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmalı, zarara yol açan rekabet ihlâli, kast veya ağır ihmalden kaynaklanmalı ve zarar görenler üç kat tazminat talebinde bulunmalıdır⁶⁰⁸. Kanunda, üç kat tazminata hükmedilebilmesine ilişkin olarak, ortaya çıkan zararın tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalden kaynaklanması gerektiği ifade edilmiştir. Kanunun başarısız ifadesine rağmen, burada ifade edilmek istenen, üç kat tazminata hükmedilebilmesi için, zarar verenin kast veya ağır ihmal derecesinde bir kusurunun varlığının şart olduğudur. Dolayısı ile davalının hafif ihmalle davranmış olması halinde üç kat tazminata hükmedilemeyecek, yani tazminat miktarı uğranılan zararı aşamayacaktır⁶⁰⁹. Ancak, somut olayda hâkimin davalının kusurunun, ağır ihmal mi, hafif ihmal mi olduğunu tespit etmesi oldukça güçtür. Üç kat tazminata hükmedilmesinin diğer önemli bir şartı ise, zarar görenin talebine ilişkindir. Davacının talebi olmadan, hâkim, kendiliğinden üç kat tazminata hükmedemeyecektir.

4.1.4.3. Üç kat tazminat sorumluluğunda tazminat miktarının hesaplanması

Üç kat tazminata ilişkin olarak, diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde, hâkim, “meydana gelen maddî zararın” ya da “zarara neden olanların elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan kârın” üç katı oranında tazminata hükmedebilecektir (RKHK m. 58/II). Tazminat miktarının hesaplanmasında, meydana gelen maddî zararın mı yoksa hukuka aykırı yolla elde edilen kârın mı dikkate alınacağı, hâkim tarafından takdir edilecektir.

Rekabet hukukunu ihlâl eden bir fiilin sosyal maliyetinin yüksek olduğunu, buna karşılık zarar gören kişi ya da kişilerin malvarlığını pek etkilemediği hâllerde, tazminatın zarar miktarına dayanarak tayin edilmesinin yeterince caydırıcı

⁶⁰⁸ Görüldüğü üzere rekabet hukukunda üç kat tazminat sorumluluğunun diğer sorumluluk hâllerinden en önemli farkı, Kanunun açıkça kast veya ağır ihmali varlığını sorumluluğun kurucu unsuru olarak aramasıdır.

⁶⁰⁹ Gürzumar (2005), s. 169; Sanlı (2003), s.270-271; Cengiz (2006), s. 403; Tekinalp (2005), s. 263-264. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında(Tasarı m. 26), “Ortaya çıkan zarar, Kanunu ihlâl eden teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin kastı veya ağır ihmaliyle kaynaklanmışsa...” demekle bu sorun da giderilmiş görülmektedir.

olmayabileceğini ve bu gibi hâllerde hâkim tarafından, hukuka aykırı yolla elde edilen kârın esas alınması gerektiğini ifade edilmektedir⁶¹⁰. Bu bağlamda, davacının uğradığı zararın miktarının tam olarak belirlenemediği veya hukuka aykırı fiil sonucunda elde edilen kâra kıyasla düşük olduğu veya piyasadan dışlayıcı uygulamaların olduğu durumlarda, tazminatın tayininde, zarar verenin elde ettiği kârın esas alınması gerekir. Buna karşılık fazladan ödenen bedel şeklinde gerçekleşen zararlar için tazminat tayininde, zararın esas alınması daha uygun olacaktır⁶¹¹.

Tazminat miktarının hesaplanmasında, zarar verenin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel görülen kârın ölçüt alınması halinde, tazminat talep hakkının, talep eden kişiler ve talebin içeriği bakımından sınırlanması gerekmektedir. Bu nedenle tazminat miktarının, piyasa payı daraltılan rakiplere piyasa paylarının daraltılan kısmından elde edilen kâr miktarıyla, piyasa dışına itilen rakiplere sahip oldukları piyasa paylarından elde edilen kârla ve piyasaya girişi engellenen rakiplere ise, sahip olabilecekleri piyasa payından elde edilen kârla, sınırlı olarak hesaplanması gerektiği belirtilmektedir⁶¹².

Üç kat tazminata ilişkin olarak Kanun’da geçen “...*üç katı oranında*” ifadesi, hâkimin sadece, üç kat tazminata mı yoksa üç kattan farklı olarak, üç katına kadar tazminata mı hükmedebileceği konusu farklı yorumlara sebep olmuştur⁶¹³.

Doktrinde bir görüşe göre, hâkim, üç kat tazminat şartları gerçekleşse bile, üç kat tazminata hükmetmek zorunda değildir. Bu konuda Kanun’un lâfzının hâkime takdir yetkisi tanıdığı ve böylece hâkimin somut olayın şartlarına ve zararı gerçekleştirenlerin kusurunun derecesine göre zarar miktarını takdir edeceği belirtilmiştir⁶¹⁴.

⁶¹⁰ Sanlı (2003), s. 270. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında (Tasarı m. 26), “...uğranılan maddi zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebilir ” ifadesi yer almaktadır. Böylece hâkime tanınan zarara neden olanların elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan kârın üç katı tazminata hükmetme alternatifi tasarıda öngörülmeyle, tazminat hesaplamasında yaşanabilecek karışıklıklar da en aza indirgenmiş olacaktır.

⁶¹¹ Sanlı (2003), s. 270-271.

⁶¹² Cengiz (2006), s.403-405; Aynı yönde Topçuoğlu (2001), s. 308.

⁶¹³ Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında (Tasarı m. 26) “...*uğranılan maddi zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebilir*” ifadesine yer verilerek, hâkime tazminat miktarının belirlenmesi konusunda açıkça takdir hakkı tanınmakla, bu konuda yaşanan tartışmalar giderilmiş olacaktır.

⁶¹⁴ Öz (2000), s. 184; Sanlı (2003), s. 270-271; Gürzumar (2005), s. 170; Konuya ilişkin olarak verilmiş bulunan az sayıdaki mahkeme kararına bakıldığında, bu görüşe benzer bir anlayış dikkate alınarak, üç katına kadar tazminata hükmedildiği görülmektedir.

Diğer bir görüşe göre, 58. maddenin ikinci fıkrasındaki şartların gerçekleşmesi halinde hâkim, zararın üç katı oranında tazminata karar vermelidir. Yani Kanun hâkime bu konuda bir takdir yetkisi tanımamaktadır⁶¹⁵.

RHKK m. 58 hükmü açıkça kanunda yazılı şartların varlığı halinde tazminatın üç kat artırılarak uygulanması gerektiğini öngörmektedir. Kanaatimizce RKHK m. 58 hükmünde değişiklik yapılmadığı sürece tazminatın üç kat olarak uygulanması gerekmektedir. Zira rekabeti ihlâl edici davranışların önlenmesi, hükmün caydırıcılığının arttırılması ve davacıların talepte bulunmalarının teşviki açısından, hâkimin üç kat tazminata ilişkin diğer şartların varlığına karar vermesi halinde, talep üzerine üç kat tazminata hükmetmesi gerektiğinin kabulü, hükmün daha etkin uygulanması için gereklidir. Özellikle, Rekabet Kurulu’nun haberdar olmadığı ihlâllerin tespitinde veya kamu hukuku yaptırımlarının etkisiz kaldığı hâllerde, ihlâl kalkışacak olan teşebbüsler bakımından en caydırıcı hükmün üç kat tazminat olduğu açıktır⁶¹⁶. Ancak, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında (Tasarı m. 26)”, “...uğranılan maddî zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebilir” ifadesine yer verilerek, tazminat miktarının belirlenmesi konusunda hâkime takdir hakkı tanınmaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle üç kat tazminata

Kadıköy Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, rekabet ihlâli olduğu gerekçesiyle RKHK m. 58 gereğince zararın tazminine karar vermiş. Ancak, ortaya çıkan zararın tarafların anlaşması, kararı ve ayrıca davalının ağır ihmalden kaynaklandığı tespit ettikten sonra, tarafların konumuna, ekonomik durumlarına ve mevcut delillere göre hak ve nasafet kuralları gereği, tazminatın takdirence sadece bir kat artırılarak uygulanmasına hükmederek, üç kat tazminatı üst sınır olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Kadıköy Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, Esas no; 1999/466, Karar no; 2002/49, Tarih, 31.01.2002. İlgili davada Yargıtay yerel mahkeme kararını rekabet ihlâli olmadığı gerekçesi ile bozmuş, ancak, üç kat tazminatla ilgili herhangi bir görüş belirtmemiştir.

⁶¹⁵ Aslan, hâkimin bu cezaî tazminatın koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğine karar vereceğini, eğer tazminatın koşulları gerçekleşmiş ise üç kat tazminata hükmetmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aslan, (2007), s. 793; Aynı yönde P. Güven (2007). Rekabet hukukuna dayalı tazminat davalarının mahkeme kararları ışığında değerlendirilmesi. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu –V*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 67.

⁶¹⁶ Bu durumda hakkında Rekabet Kurulu tarafından idarî para cezası uygulanan teşebbüsün bir de üç kat tazminat ile ekonomik açıdan yıkıma süreklenme ihtimali her zaman vardır. Ancak bu sakınca rekabet kurallarının uygulamada fazlaca esnetilmesine neden olmamalıdır. Ayrıca, teşebbüslerin bu gibi hâller için, riski sigorta ettirerek, tazminat sorumluluğunu en aza indirme imkânları da mevcut olmalıdır; 2004 tarihli bir tazminat davasında mahkeme RKHK’nun 4. maddesine aykırı davrandığı gerekçesiyle Kanun’un 58/2 maddesi gereğince davacının zararın üç katını isteyebileceğine karar vermiştir (İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, Karar Tarihi: 03.12.2004, Esas No: 1999/1106, Karar No: 2004/925). Kararın temyizi üzerine Yargıtay başka bir nedenden dolayı yerel mahkeme kararını bozarken üç kat tazminata ilişkin bir değerlendirmeye yer vermemiştir (Yargıtay 11. H.D., Karar Tarihi: 23.06.2006, Esas No: 2005/3755, Karar No: 2006/7408).

ilişkin mevcut düzenlemenin değiştirilmemesi gerektiği ve bu açıdan Taslakla getirilen önerinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, tazminat davası açılmadan önce, zarara sebep olanlar hakkında Rekabet Kurumu tarafından yürütülen soruşturma sırasında, ihlâli gerçekleştiren tarafların pişmanlık hükümleri⁶¹⁷ çerçevesinde, Kurum’la aktif işbirliği yapmaları halinde, işbirliği yapan bu teşebbüs ya da teşebbüsler bakımından üç kat tazminata hükmedilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle işbirliği yapan bu teşebbüsler hakkında açılan tazminat davalarında, hâkime (kendiliğinden ya da talep üzerine), üç kat tazminat yerine, meydana gelen maddî zarar ya da sebebiyet verilen kısım ile sınırlı olarak veya zarara neden olanların elde ettiği ya da elde etmeleri muhtemel olan kâr miktarıyla sınırlı olarak, tazminata hükmetme imkânı veren bir düzenleme yapma ihtiyacı vardır. Böyle bir düzenlemeyle ilgili teşebbüslerin, Kurum’la yapacağı işbirliğinden olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmiş olunacaktır⁶¹⁸. İhlali gerçekleştiren teşebbüslerin karşılaşacakları ağır tazminat yükünün hafiflemesi, işbirliğinden uzaklaşmalarının önüne geçmede de yardımcı olacaktır. Ayrıca, ihlâl nedeniyle zarar gören alıcıların sonraki alıcılara intikal ettirdikleri zararların ve ihlâlden zarar görenlerin bu ihlâlden elde ettikleri menfaatlerin de, üç kat tazminat hesaplanırken, hâkim tarafından mutlaka dikkate alınması gerekmektedir.

4.1.5. Müteselsil sorumluluk ve zamanaşımı

RKHK m.57/c.2’de “*Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise, bunlar zarardan müteselsilen sorumludur*” ifadesi yer almaktadır. İhlal edilen norm, RKHK m. 4 veya m. 6 hükmü ise, gerçekleştirilen ihlâllerin önemli bir kısmında ihlâli gerçekleştirenlerin müteselsil sorumlulukları söz konusu olacaktır. Esasen, rekabet hukuku çerçevesinde eksik teselsülün uygulama alanı bulabileceği bir durum tasavvur etmek de güçtür⁶¹⁹. Dolayısıyla, rekabet hukukunu birlikte ihlâl eden

⁶¹⁷ RKHK m. 16 ve Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği, 15 Şubat 2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir) hükümleri kapsamında.

⁶¹⁸ Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında, Kurumla aktif işbirliği yaparak ceza bağışıklığından veya indiriminden yararlanan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri bakımından, hükmedilecek tazminatın uğranılan zararı aşmayacağı hükmüne bağlanmıştır (Tasarı m. 26). Burada hedeflenen amacın, teşebbüsleri pişmanlık programından yararlanmaktan caydırmamak ve böylece pişmanlık uygulamasının etkinliğini artırmak olduğu açıktır.

⁶¹⁹ İstisnai bir takım hâllerde, zarardan birden fazla kişinin ayrı nedenler ile sorumlu olması da mümkündür, fakat bu durumlar rekabet hukuku açısından herhangi bir özellik göstermez.

teşebbüsler, katılma payları ne olursa olsun zararın tamamından müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu durumda, Borçlar Kanununda yer alan genel ilkeler ışığında, dava bu kişilerden birine, bir kaçına ya da hepsine karşı açılabilir. Bu kişilerin kusurlarının ağırlığı veya kusurun derecesi sonucu değiştirmeyecektir. Önemli olan, zarara neden olan kişilerin işbirliği yapmaları ya da en azından birbirlerinin davranışlarından haberdar olmalarıdır⁶²⁰.

Müteselsil sorumluluk, birden fazla teşebbüsün birlikte bir zarara sebebiyet verdiği veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları durumlarda söz konusu olur. Zarar verenlerin her birinin işlediği zarar ayrı ve bağımsız olarak belirlenebiliyorsa, bu durumda zarar verenler sadece kendi verdikleri zarardan sorumlu olacaktır⁶²¹. Ayrıca, Pişmanlık hükümleri kapsamında, Rekabet Kurumu ile işbirliği yapan teşebbüsler için, tazminat davalarında müteselsil sorumluluğunun kabul edilmemesi daha uygun olacaktır.

Tarafların tazminat davalarında başarılı olabilmeleri için, öncelikli olarak davranışın hukuka aykırı olduğunun ispatlanması gerekmektedir. Davacıların, rekabet ihlâli niteliğindeki davranışları kendi imkânları ile ispatlamaları; ihlâlin varlığına ilişkin delillerin önemli bir kısmının davalının elinde oluşu ve rekabet hukukunun karmaşık yapısı gereği ispata ilişkin delilleri düzenli bir şekilde hazırlamanın zaman alması nedeniyle güçleşmektedir⁶²². Bu nedenle taraflar, Rekabet Kurulu’nun ihlâlin varlığını tespit eden kararından sonra tazminat davası açmayı tercih etmektedir. Zira Kurul yapacağı soruşturmada bilgi isteme ve yerinde inceleme gibi yetkilerini kullanarak ihlâle ilişkin birçok delile erişebilmektedir. Ancak Kurul’un karar vermesi ve Kurul kararının kesinleşmesine ilişkin Danıştay sürecinin de beklenmesi uzun zaman

⁶²⁰Yeni BK tasarısı m. 60 son fıkrasında, “müteselsil sorumluluk bu kişilerden her biri için, tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacağı tazminat miktarıyla sınırlıdır” ibaresi yer almaktaydı. Bu şekilde zarar verenler arasında dış ilişkide öngörülmüş olan paylaşımlı model, adalet komisyonu tarafından kabul görmemiş ve hüküm metinden çıkartılmıştır. Yeni BK m. 61 hükmü “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır” şeklindedir.

⁶²¹Cengiz (2006), s. 412; Sanlı, Kanun’un 57. maddesindeki düzenlemede, teşebbüs ifadesinin yerine, kişi veya kimse terimlerinin kullanılmasının isabetli bir tercihi yansıttığını belirtmektedir. Ayrıca, Kanun’da açık bir şekilde kabul edilen ekonomik birlik teorisi gereği (RKHK.m.3), somut olaydaki teşebbüsün bağımsız bir hak süjesi olmayabileceğini, örneğin herhangi bir tüzel kişilik çatısı altında olmayan bir şirketler topluluğu ya da gerçek ve/veya tüzel kişilerden oluşan ve adi ortaklık temeline dayalı birlikteliklerin de, rekabet hukuku anlamında teşebbüs olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Sanlı (2003), s. 250-254.

⁶²²Aslan (2007), s. 797.

alacağından, tazminat davaları bakımından zamanaşımı süresinin dolması ihtimali söz konusu olabilecektir.

RKHK zararın tazmini için zamanaşımını düzenleyen özel bir hüküm içermediğinden, rekabet hukukunda zamanaşımı tazminat davalarına ilişkin genel hükümlere tabidir. Eski BK m. 60'da 1 ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmektedir. Bir yıllık kısa zamanaşımı süresi zararın ve zarardan sorumlu olanların öğrenildiği tarihten itibaren, on yıllık zamanaşımı süresi ise, haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Yeni BK m. 71'de tazminat isteminin, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı şeklinde bir düzenleme yapılarak zamanaşımı süreleri nispeten uzatılmıştır. Zarar görenin zararı öğrenmesinden amaç, zararın varlığı, mahiyeti⁶²³ ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, o davayı ciddi ve objektif bir şekilde desteklemeye ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hal ve şartların öğrenilmesidir. Zarardan sorumlu olanların ise, kuşkuya yer bırakılmayacak şekilde kesin olarak öğrenilmesi gerekir⁶²⁴. Şayet zarara uğrayan bir tüzel kişi ise, kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasında tüzel kişi adına dava açmaya yetkili organın öğrenme tarihi dikkate alınır.

Uzun zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması bakımından haksız fiilin meydana geldiği tarih olarak, eylemin sonuç unsurunun meydana geldiği tarih (sonuç gerçekleşmeden fiilin tamamlanmış sayılamacağı gerekçesiyle) esas alınmaktadır⁶²⁵. Haksız fiil devam ettiği süre zarfında ise zamanaşımı süresi işlemez. BK m. 60/2'ye

⁶²³ Yargıtay zararın kapsamı ve tutarının belli olmamasının, zamanaşımının başlamasına engel olmadığını, zararın öğrenilmesinin, zararın kapsamı değil varlığının öğrenilmesi anlamında olduğunu, zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, o davayı ciddi ve objektif bir şekilde desteklemeye ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hal ve şartların öğrenilmesinin, zararın öğrenilemesi için yeterli olduğunu belirtmektedir. (Yargıtay 4. H.D.'nin 25.09.1978 gün ve 1978/11493-10367 sayılı; Yargıtay 4. H.D.'nin 04.12.1986 gün ve 1986/6073-8183 sayılı kararları.) M. Kılıçoğlu (2006), s.611.

⁶²⁴ M Kılıçoğlu (2006), s.615.

⁶²⁵ Yeni BK tasarısında fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak zaman aşımı süresi 20 yıl olarak öngörülmüştü. Ancak adalet komisyonu değişikliğiyle bu süre eskisi gibi 10 yıl olarak kabul edilmiştir. (Uzun zamanaşımı başlangıcına temel alınan fiil terimi eylemin sonuç unsurunun meydana geldiği tarihi içerdiğine; fiilin sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş sayıldığına göre, sonucun on yıl sonra meydana gelen fiillerde dahi zamanaşımının dolmamış bulunması karşısında “yimi yılın” ibaresi “on yılın” şeklinde değiştirilmiştir).

göre Ceza Kanununda tanınan zamanaşımı süresi şahsi davadan daha uzun ise ceza kanununda belirtilen süre esas alınır⁶²⁶.

Rekabet ihlâlini ispata yönelik delillerin elde edilmesindeki güçlükler, kısa zamanaşımı süresiyle birleşince tazminat davalarının açılmasını hayli güçleştirmektedir. Zira davacılar tazminat davası açmak için ihlâlin varlığına ilişkin Kurul kararını ve Kurul kararının kesinleşmesini beklemekte veya ihlâlden zarar görenler bir ihlâlin varlığını ve ihlâlden zarar gördüklerini en erken Kurul kararı ile birlikte öğrenmektedirler. Kurul kararına ilişkin süreçler uzun zaman alacağından, tazminat davası açmak isteyenler zamanaşımı süresinin dolma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadırlar⁶²⁷.

Rekabet ihlâli nedeniyle açılacak olan tazminat davalarında zamanaşımı sürelerinin başlama anı ve zamanaşımının kesilmesiyle ilgili çeşitli ihtimaller ve görüşler dâhilinde birbirinden farklı birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır.

İlk olarak ihlâlden zarar gördüğünü iddia eden tarafların ihlâle ilişkin henüz ortada bir Rekabet Kurulu kararı olmaksızın doğrudan adli yargıda tazminat davası açtığı halleri ele almak gerekir. Kanaatimizce zarar gördüğünü iddia eden taraflar ihlâle dair Kurul kararı olmaksızın bir dava açabilirler ve bu davada mahkeme ihlâlin varlığına ilişkin RKKHK hükümleri kapsamında doğrudan bir inceleme yaptıktan ve ihlâlin varlığını tespit ettikten sonra Kurul kararı olmaksızın tazminata hükmetme yetkisine sahiptir. Bu hallerde zarar görenlerin ihlâlin varlığını ve tazminat sorumluluklarını ve ihlâlden zarar gördüklerini kendiliğinden öğrenmelerinden itibaren zamanaşımı süreleri içinde tazminat davası açmaları gerekir.

İkinci olarak, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin istikrar kazanan içtihatları⁶²⁸ dikkate alındığında, zarar gördüğünü iddia eden taraflar ihlalin tespiti için ya öncelikle Rekabet Kurulu'na başvurup ihlâl kararı kesinleştikten sonra tazminat davası

⁶²⁶ Örneğin, rekabet ihlâlinin ihaleye fesat karıştırma suçunu da teşkil ettiği hallerde, Türk Ceza Kanunun 235. maddesinde öngörülen 15 yıllık daha uzun zamanaşımı süreleri dikkate alınacaktır.

⁶²⁷ Aslan Kanun'da zamanaşımı ile ilgili bir düzenleme yapılması gerektiğini, kısa zamanaşımı süresinin fiilin ve ihlâli gerçekleştirenlerin öğrenilmesinden itibaren başlayacağını, fiilin Rekabet Kurulu kararı ile öğrenildiğinin düşünülmesi halinde en azından bir yıllık kısa zamanaşımı süresinin Rekabet Kurulu kararından sonra işlemeye başlayacağı yorumunun yapılabileceğini ifade etmektedir. Aslan (2007), s.797.

⁶²⁸ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., ileride bölüm 4.2.1.2. "Mevcut Uygulama Çerçevesinde Adli Yargı - Rekabet Kurumu İlişkisi" s. 179.

açmamalılar ya da önce adli yargıda tazminat davası açıp sonrasında mahkemeden ihlâlin tespiti bakımından uyuşmazlığı zorunlu bekletici sorun yapmasını isteyerek Rekabet Kurumu'na başvurmalılar. Bu halde tarafların zamanaşımı süreleri içinde önce adli yargıda dava açmasıyla zamanaşımı kesilir ve kanaatimizce zorunlu bekletici sorun olduğu için Kurul kararı kesinleşinyece kadar zamanaşımı süreleri işlemez⁶²⁹. Taraflar bakımından mevcut halde başvurulması gereken en uygun çözüm de budur. Ancak taraflar önce Rekabet Kurumu'na başvurmuşlar ve henüz bir dava açmamamışlarsa, Kuruma başvuru zamanaşımı süresini kesecek midir? Borçlar kanununda zamanaşımını kesen sebepler sınırlı olarak sayılmış ve dava açmanın zamanaşımını kesen sebepler birisi olduğu belirtildiği halde, Kuruma (idari merciye) başvuruya ilişkin bir ifadeye rastlanılmadığından, Kuruma başvuru halinde zamanaşımı süreleri işlemeye devam edeceğinden, tazminat davasında zamanaşımı sürelerinin dolması söz konusu olabilir.

Sonuç olarak Rekabet ihlâlinden doğan tazminat davalarında zamanaşımına ilişkin iki temel sorunun çözüme kavuşturulması gerekliliği önem kazanmaktadır. İlk olarak zamanaşımı süreleri ne zaman işlemeye başlayacaktır? İkinci olarak Rekabet Kurumuna başvuru zamanaşımı sürelerinin kesilmesine veya durmasına yol açacak mıdır? Eğer zarar görenlerin ihlâlin varlığını ve dolayısıyla bu ihlalden zarar gördüklerini öğrendikleri tarih olarak Rekabet Kurulu'nun ihlâl kararı esas alınacaksa (ki Yargıtay içtihatları Kurul kararını zorunlu kılmaktadır) bu durumda kısa zamanaşımı süreleri şikayette bulunanlar bakımından kararın tefhimi, ihlâlden zarar gören diğer kişiler bakımından gerekçeli Kurul kararının⁶³⁰ Kurul'un resmi internet sitesinden kamuoyuna duyurulduğu (tebliğ edildiği) tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Kanaatimizce, zamanaşımı süresinin Rekabet Kurulu soruşturması boyunca durması⁶³¹ veya Rekabet Kurulu'nun kararına karşı Danıştay'da açılan iptal davasının sonuçlanmasından sonra işlemeye başlaması veya daha uzun zamanaşımı

⁶²⁹ Tazminat davası açıldıktan sonra Kurum'a başvuru yapılması halinde, dava açmakla kesilen zamanaşımı sürelerinin tekrar işlemeye başlayacağından bahisle Kurum'un bir yıllık kısa zamanaşımı süresinde karar vermesi gerektiği yönünde bkz. Gündüz ve Koyuncu (2011). s.157.

⁶³⁰ Ancak, gerekçeli kararın açıklanmasıyla ihlâlin ve zararın mahiyeti ve ihlâlden muhtemel zarar gören gruplar belirlenebilir.

⁶³¹ Aynı yönde bkz. Kortunay (2008), s.113; E. Yılmaz (2005). 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak'ın Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum; Bildiriler-Tartışmalar- Panel, Ankara, s. 218.

sürelerinin kanunda düzenlenmesi, özellikle ihlâl ile ilişkin soruşturmalar sonucunda verilen kararları takiben açılacak davaların teşvikine yardımcı olacaktır.

4.1.6. Pişmanlık programlarının tazminat taleplerine etkisi

4.1.6.1. RKHK m. 16 kapsamında işbirliği

RKHK m. 16’da hukuka aykırı davranışta bulunan, “teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine” idarî nitelikte para cezaları verilmesi öngörülmektedir. Ayrıca, ihlâlde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yönetici veya çalışanlarına, teşebbüs ya da teşebbüs birliğine verilen cezanın % 5’ine kadar “idarî para cezası” verileceği belirtilmektedir.

RKHK m.16’da, idarî para cezasına karar verilirken Kurulun, “Kabahatler Kanununun 17.maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlâlin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlâlin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyulup uyulmaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen ya da gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı⁶³² gibi hususları dikkate alacağı” hükme bağlanmaktadır. Maddenin devamında, “Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılmasında Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri ya da bunların yöneticisi ya da çalışanlarına, işbirliği niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek sureti ile...” idarî para “cezalarının verilmeyebileceği” ya da “cezalarda indirim” yapılabileceği ifadesi yer almaktadır. Ayrıca, Kanun’da, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim hâllerinin Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır⁶³³.

⁶³² Rekabet Kurulu’nun yürütülen soruşturmalar sonucunda idari para cezasına karar verirken, muhtemel zararın ağırlığını da dikkate alması, rekabet ihlallerinden doğan zararın Kurul uygulaması açısından da önemli olduğunu göstermektedir.

⁶³³ 4054 sayılı RKHK değişik 16. maddesi /13.03.2008; RKHK’nun 16. maddesi gereğince verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla 15 Şubat 2009 tarih ve 17242 sayılı Resmi gazetede, “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik” yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin “hafifletici unsurlar” başlıklı 7. maddesinde, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi halinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından ispatlanması durumunda, para cezalarının dörtte bir ile beşte üç arasında indirilebileceği de hükme bağlanmıştır.

Kurulun 16. madde kapsamındaki ilk pişmanlık uygulaması Sinyalizasyon Elektronik İnşaat San. ve Tic. Ltd.Şti.’ne ilişkin karardır. Kurul Trafik sinyalizasyonu pazarında yürüttüğü ve toplam 10 milyon yıl’nin üzerinde idarî para cezası verilen soruşturmada, Sinyalizasyon Elektronik İnşaat San. ve Tic. Ltd.Şti.’ye,

4.1.6.2. Yeni pişmanlık yönetmeliği

RKHK m. 16 hükmü kapsamında işbirliği cezayı hafifletici, hatta bazı hâllerde ortadan kaldırıcı niteliğe sahip olmakla birlikte, rekabet ihlalleri ile mücadelede yeterli etkiye sahip değildir. Bu nedenle, pişmanlık programlarına ayrıntılı şekilde yer veren düzenlemelerin hayata geçirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır⁶³⁴. Bu amaçla, Kurum bünyesinde hazırlanmış olan, “*Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği)*” 15 Şubat 2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁶³⁵. Ayrıca, Pişmanlık Yönetmeliği’nin uygulanması için Rekabet Kurulu tarafından bir birim özel olarak görevlendirilmiştir.

4.1.6.2.1. İhlâli gerektiren teşebbüslere para cezası verilmemesi ve cezalarda indirim hâlleri

Pişmanlık Yönetmeliğinin “*para cezası verilmemesi*” başlıklı 4. maddesine göre; Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden önce, rakiplerinden bağımsız bir şekilde Yönetmeliğin 6. maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları

Kurumla aktif işbirliğine girmesi nedeniyle idarî para cezası uygulanmamıştır. Bkz. 08-26/283-91 sayılı ve 27.03.2008 tarihli Rekabet Kurulu kararı.

⁶³⁴ P. Uyanık (Haziran, 2002). Pişmanlık Programları. Rekabet Dergisi, sayı:1, s. 46-47; Ş. Kocaer (2005). Kartelle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması. Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, s. 69-70.

⁶³⁵Yönetmeliğin genel gerekçesinde; “*En ciddi rekabet hukuku ihlâli olduğu kabul edilen kartellerin yol açtığı fiyat artışı, müşterilerden, kartel üyelerine, bir gelir transferine neden olmaktadır. Fiyat artışı neticesinde, bazı kişilerin ilgili ürünü artık satın alamayarak, bu mal veya hizmetten mahrum kalması, kartellerin yol açtığı diğer bir zarardır. Karteller, üyeleri üzerindeki, maliyetleri düşürmek ve yenilikler yapmak yönündeki baskıları azaltmaktadır. Bu zararlar, beraberlerinde, başka iktisadi, sosyal, kültürel ve siyasal problemler de doğurmaktadır. Örneğin; fiyatlar artmakta, etkinlik ortadan kalkmakta, girişimcilik azalmakta ve daha kaliteli ürünün, daha az fiyatla, daha çok kişi tarafından satın alınamaması nedeniyle sosyal problemler oluşmaktadır. Diğer rekabet ihlallerine kıyasla, doğası gereği gizli olan kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulması, kartele taraf olanların Kurum ile işbirliği yapmamaları halinde, çok zordur. Bu nedenle, kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulması amacıyla, kartele taraf olan diğer teşebbüsler ile bu teşebbüslerin yöneticileri ve çalışanlarından bağımsız olarak Kurum ile aktif işbirliği yapanlara ceza verilmemesi veya verilecek cezalarda indirim yapılması fayda sağlayacaktır. Kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulması amacıyla Kurum ile aktif işbirliği yapanlar, bu işbirliğini yapmayanlara göre dezavantajlı konuma düşmemelidir. Dolayısıyla, bu Yönetmelik’de açık bir düzenleme bulunmayan, tereddütlerin olduğu, yorum gerektiren durumlarda, aktif işbirliği yapanlar lehine sonuca ulaşılması esastır. Yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda, kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapanlara, Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen cezaların verilmemesinin veya verilecek cezalarda indirim yapılmasının usul ve esaslarını düzenlemek üzere”, aktif işbirliği (pişmanlık) yönetmeliği şeklinde adlandırılacak olan yönetmeliğin hazırlandığı ifade edilmektedir.*

yerine getiren ilk teşebbüse para cezası verilmez. Bu fıkranın uygulanabilmesi, Yönetmeliğin 7. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde bir başvurunun bulunmamasına bağlıdır. RKHK'nun 4. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna ulaştıracak deliller bulunmazken, Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar, belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren ilk teşebbüse de para cezası verilmez. Bu madde kapsamındaki teşebbüsün yöneticileri ve çalışanlarına da para cezası verilmez.

Pişmanlık Yönetmeliğinin “*para cezalarında indirim*” başlıklı 5. maddesine göre; Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar, rakiplerinden bağımsız bir şekilde Yönetmeliğin 6. maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren, ancak Yönetmeliğin 4. maddedeki ceza verilmemesine ilişkin düzenlemeden yararlanamayan teşebbüslere verilecek para cezaları indirilerek uygulanır. Bu çerçevede; ilk teşebbüse verilecek ceza üçte bir ile yarısı arasında indirilir. Bu durumda teşebbüsün ihlâli kabul eden ve aktif işbirliğinde bulunan yöneticileri ve çalışanlarına verilecek cezalar da üçte birden az olmamak kaydıyla indirilir veya ceza verilmeyebilir. İkinci teşebbüse verilecek ceza dörtte bir ile üçte bir arasında indirilir. Bu durumda teşebbüsün ihlâli kabul eden ve aktif işbirliğinde bulunan yöneticileri ve çalışanlarına verilecek cezalar da dörtte birden az olmamak kaydıyla indirilir veya ceza verilmeyebilir. Diğer teşebbüslere verilecek cezalar altıda bir ile dörtte bir arasında indirilir. Bu durumda teşebbüsün ihlâli kabul eden ve aktif işbirliğinde bulunan yöneticileri ve çalışanlarına verilecek cezalar da altıda birden az olmamak kaydıyla indirilir veya ceza verilmeyebilir. Sunulan deliller neticesinde, ihlâlin süresinin uzaması ve benzeri nedenlerle para cezasının arttırılması gerekirse, bu artıştan, ilgili delilleri ilk olarak sunan teşebbüs ve bu teşebbüsün ihlâli kabul eden ve aktif işbirliğinde bulunan yöneticileri ve çalışanları etkilenmez.

Pişmanlık Yönetmeliğinin 6. maddesinde ise, Yönetmelik hükümlerinden (Yönetmeliğin 4. ve 5. maddelerinden) yararlanmanın koşul ve usûllerine yer verilmektedir.

4.1.6.2.2. Yönetici ve çalışanlara para cezası verilmeyecek hâller ve cezalarda indirim

Pişmanlık Yönetmeliğinin 7. maddesinde, yöneticilere ve çalışanlara para cezası verilmeyecek hâller düzenlenmektedir. Buna göre; Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden önce, karteğe taraf olan teşebbüsler ile bu teşebbüslerin yöneticileri ve çalışanlarından bağımsız bir şekilde, Yönetmeliğin 9. maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren ilk yönetici veya çalışana para cezası verilmez. Bu fıkranın uygulanabilmesi, Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde bir başvurunun bulunmamasına bağlıdır. Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar, karteğe taraf olan teşebbüsler ile bu teşebbüslerin yöneticileri ve çalışanlarından bağımsız bir şekilde, Yönetmeliğin 9. maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren ilk yönetici veya çalışana para cezası verilmez. Bu fıkranın uygulanabilmesi, Yönetmeliğin 4. maddesi ile 7. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde bir başvurunun bulunmamasına bağlıdır.

Pişmanlık Yönetmeliğinin 8. maddesinde ise, yöneticilere ve çalışanlara verilecek cezalarda indirim yapılması düzenlenmektedir. Buna göre; Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar, karteğe taraf olan teşebbüsler ile bu teşebbüslerin yöneticileri ve çalışanlarından bağımsız bir şekilde, Yönetmeliğin 9. maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren, ancak 7. maddedeki ceza verilmemesine ilişkin düzenlemeden yararlanamayan yöneticilere ve çalışanlara verilecek para cezaları indirilir. Bu çerçevede; ilk yönetici veya çalışana verilecek ceza üçte birden az olmamak kaydıyla indirilir veya ceza verilmeyebilir. İkinci yönetici veya çalışana verilecek ceza dörtte birden az olmamak kaydıyla indirilir veya ceza verilmeyebilir. Diğer yöneticilere veya çalışanlara verilecek cezalar altıda birden az olmamak kaydıyla indirilir veya ceza verilmeyebilir. Sunulan deliller neticesinde, ihlâlin süresinin uzaması ve benzeri nedenlerle para cezasının artırılması gerekirse, bu artıştan, ilgili delilleri ilk olarak sunan yönetici veya çalışan etkilenmez.

Pişmanlık Yönetmeliğinin 9. maddesinde ise, Yönetmelik hükümlerinden (Yönetmeliğin 7. ve 8. maddelerinden) yararlanmanın koşul ve usûllerine yer verilmektedir.

4.1.6.2.3. Tazminat talepleri bakımından pişmanlık yönetmeliğine ilişkin görüş ve değerlendirmelerimiz

Pişmanlık Yönetmeliğinde, pişmanlık başvurusu yapan teşebbüs ya da teşebbüslere karşı açılacak olan tazminat davaları ile pişmanlık sürecinin davaya etkisinin nasıl olacağı ele alınmamaktadır. Bu noktada, işbirliği yapacak ya da pişmanlıktan yararlanmak için başvuracak olan teşebbüslerin başvurularının alenileşmemesi ve ilgili teşebbüslerce rekabet otoritelerine sunulan bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunması önem arz etmektedir. Böylece, pişmanlık başvurusu yapan teşebbüsün verdiği bilgi ve belgelerin, başvuruda bulunan hakkında sonradan açılacak tazminat davalarında ortaya çıkarılması engellenmiş ve teşebbüslerin pişmanlık başvurusundan çekinmelerinin önüne geçilmiş olunacaktır.

Kanaatimizce, pişmanlık başvurusu yapanlar için, pişmanlık başvurusunu takiben açılan tazminat davaları açısından, tazminat miktarında indirim imkân sağlayan düzenlemelere ihtiyaç vardır. Kartel anlaşmasının tarafı olup da pişmanlıktan yararlanmayanların, bu indirimden istifade etmeleri mümkün olmamalıdır. Üç kat tazminatın öngörüldüğü hâllerde ise, pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüsün tazminat sorumluluğunun, uğranılan zarar miktarı ile ya da sadece kendi verdiği zarar miktarı ile sınırlı tutulması daha uygun olacaktır. Bunun yanında, rekabeti ihlâl edici anlaşma veya davranışın tarafı olan, ancak pişmanlık başvurusu yapan teşebbüs veya kişilerin, zararın tamamından diğerleri ile müteselsil sorumlu olması yerine, zararın sadece kendi payına tekabül eden kısmından (münferit olarak) sorumlu tutulmasına dönük değişikliklerin de bir an evvel yürürlüğe konmasında fayda vardır. Aksi hâlde ihlâl katılan teşebbüslerin pişmanlık başvurusundan çekinmelerini söz konusu olabilir.

Tüm bunların yanında pişmanlık başvuruları ve tazminat talepleri ilişkisi bakımından ele alınması gereken iki önemli konu daha vardır. Bunlardan ilki kartel dışındaki diğer ihlâller bakımından tazminatın nasıl belirleneceği, ikincisi ise, ihlâlin aynı zamanda suç teşkil ettiği hallerde pişmanlık başvurularının bu cezai kovuşturmayı nasıl etkileyeceğidir.

RKHK'nın 16. maddesinin altıncı fıkrası kapsamında, aktif işbirliği karşılığında bağışıklık ve indirim tanınması bakımından ihlâller arasında bir ayrıma gidilmemiştir. Ancak pişmanlık yönetmeliği yalnızca kartelleri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu

nedenle diğer ihlâl bakımından tazminat davalarında durumun ne olacağı tartışmaya açıktır. Bu halde sadece pişmanlık yönetmeliği kapsamında bağışıklık veya indirimden yararlanan teşebbüsler değil diğer ihlâller bakımından da aktif işbirliği yapanların tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasından faydalanması gerektiği belirtilmektedir⁶³⁶.

Ayrıca kamu ihalelerinde meydana gelen rekabet ihlallerinde pişmanlık başvurusu, ilgili teşebbüsü idari yaptırımlardan kurtarmakla beraber, Türk Ceza Kanunu bakımından ihaleye fesat karıştırma suçu teşkil edeceğinden, özellikle başvuru yapan teşebbüsün yöneticileri bakımından ceza riski devam etmektedir. Dolayısıyla Ceza Kanunu'na pişmanlık hükümlerinden yararlanan teşebbüsler bakımından söz konusu cezaları kaldıran ya da hafifleten bir hükmün eklenmesi faydalı olacaktır.

4.2. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Usûl Hukukuna İlişkin Esasları

4.2.1. Adli yargı - rekabet kurumu ilişkisi

4.2.1.1. Genel olarak adli yargı - rekabet kurumu ilişkisi

Kamu hukuku yaptırımlarının uygulanması ile ilgili olarak Rekabet Kurulu ve Kurul kararlarının denetlenmesinde Danıştay yetkili iken, rekabet hukukundan doğan tazminat davalarında hukuk mahkemeleri ve temyiz mercii olarak Yargıtay yetkilidir. Bu durumda, aynı olay için hem adli yargıda dava açılması hem de Rekabet Kurulu'na bir soruşturma yürütülmesi halinde, konu hem adli yargı önüne gelebilecek hem de Rekabet Kurulu tarafından değerlendirilip bir karara bağlanabilecektir. Dolayısıyla hem Rekabet Kurulu'na ve Danıştay'a hem de adli yargıya başvurulması sonucunda iki farklı kararın ortaya çıkması ihtimali vardır. Örneğin, hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle zarar görenlerin, zararın tazmini istemiyle adli yargıda dava açmaları halinde, mahkemenin öncelikle, hakim durumun olup olmadığını, daha sonra bu hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığını tespit etmesi, nihayetinde ise bundan bir zarar oluşup oluşmadığına karar vermesi gerekecektir. Aynı olay Rekabet Kurulu önüne geldiğinde ise, Kurul, hâkim durumun oluşup oluşmadığını ve bunun kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirleyerek, Kanunda belirtilen idarî yaptırımları

⁶³⁶ Gündüz ve Koyuncu (2011). s.120. dip not 163.

uygulayabilecektir⁶³⁷. Dolayısıyla örneğin Rekabet Kurulu hakim durumun kötüye kullanılmasının oluşmadığına ve bu nedenle idarî yaptırımlarının uygulanmasına gerek olmadığına karar verirken, mahkemelerin tazminata hükmetmesi söz konusu olabilecek ve ortaya birbirinden tamamen farklı iki karar çıkabilecektir⁶³⁸.

⁶³⁷ Güven (2008), s. 768-770.

⁶³⁸ RKHK'nın özel hukuk sonuçlarına ilişkin hükümlerinin uygulanmasında Rekabet Kurulu ile adli mahkemeler yetkili kılınmıştır. Bu yetkilendirme Rekabet Kurulu ile adli mahkemelerin çelişik karar verebilme ihtimalini de birlikte getirmektedir. Bu konu, Türkiye Futbol Federasyonunun Rekabet Kurumu aleyhine Danıştay 10.Dairesinde dava açması üzerine yargıya intikal etmiştir.

Danıştay 10.Dairesi, yürütmenin durdurulmasına kararında "...Anayasanın 138.maddesinin son fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği kuralı, kuvvetler ayrılığı ilkesinin doğal sonucu olarak yer almıştır.... Aynı yasanın(RKHK.'nın) 9. maddesinde ise; Rekabet Kurulu'nun, ihbar, şikayet, Bakanlığın talebi ya da kendiliğinden 4054 sayılı Yasanın 4üncü, 6ıncı ve 7nci maddelerinin ihlâl edildiği tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine, rekabetin tesisi ve ihlâlden önceki durumunu koruması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları bildireceği, aynı maddesinin son fıkrasında ise nihai kararına kadar ciddi ve telafi olunmayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlar da, Rekabet Kurulunun, ihlâlden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararının kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabileceği kuralı yer almaktadır....Dolayısıyla, dava konusu olayda olduğu gibi, Yasanın koruduğu rekabetin bozulmasına ya da sınırlandırılmasına neden olduğu ileri sürülen hukuki işlem ya da davranışın, bir yargılama faaliyetinin konusu olması, yargı yerince bu işlem ya da davranışın Yasaya aykırı olmadığı belirlenmesi halinde veya yargılamanın halen sürmesine karşın, davalı idarece ayrıca bir inceleme yapılmasına ve tedbir kararı verilmesine olanak yoktur. Çünkü bu hâlde, davalı idarenin işlem tesis etmesi için gereken şartların oluştuğunu kabul etmek ve tesis edilen işlemle yargı kararının uygulama olanağını, niteliğini, varlığını ortadan kaldırarak yeni hukuki durumlar meydana getirmek yukarıda değinilen Anayasa kuralına ve onun dayandığı ilkeye uygun değildir. Bu haliyle davalı idarenin; yargı yerince incelenerek 4054 sayılı Yasaya aykırı olmadığı belirlenen hukuki işlem(burada sözleşmeden) ayrılmayan, bu sözleşmenin konusunu oluşturan davranışların, maç öncesinde ve maç sonrasında, şikayetçinin ve diğer yayın kuruluşlarının kameralarının statlara girerek görüntü alabilmeleri ve maçın naklen canlı yayınlanması sırasında şikayetçi ve diğer yayın kuruluşlarının haber amaçlı olarak maçın tamamı üzerinde her bir maç için doksan saniyeyi aşmayan görüntüyü ücretsiz alabilmesi konusunda, ve sözleşmenin tek yayıncısının (sözleşme gereği talep halinde diğer yayın kuruluşlarına üç dakika ile sınırlı olmak koşuluyla haber amaçlı görüntü verilmesi zorunlu olup, bu görüntülerin dakikası başına talep edilecek azami tutar iki bin Amerikan dolarıdır.) diğer yayıncılara haber amaçlı görüntü vermesi konusunda ayrımcı davranışının rekabeti bozucu davranış olarak tespit ederek, bu konuda tedbir kararı almasına ilişkin işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır." gerekçelerine yer vermiştir.

Buna göre adli mahkemeler, teşebbüsün davranışının RKHK'nu ihlâl etmediğine karar vermeleri durumunda Rekabet Kurulu, aynı davranış için RKHK'nın ihlâl edildiğinden bahisle yaptırım uygulayamayacaktır.

Bu sonucun her şeyden önce hukuki güvenliği sağladığı kesindir. Gerçekten kişiler, adli mahkemelerin verdiği karara güvenerek işlemlerini yapacaklardır. Bu güven Rekabet Kurulunun, adli mahkemelerin verdiği kararın aksine bir karar verememesi nedeniyle korunacaktır. Yukarıdaki sonucun pratik, rekabetin sağlanmasında memnuniyet verici ve yerinde olduğu konusunda bazı hususların incelenmesi gerekmektedir. Bu incelemeyi yaparken her şeyden önce yaptırımların ve yaptırımları uygulayacak otoritelerin karar alma usullerinin farklı olduğu göz önüne alınmalıdır.

Rekabet Kurumu ile adli mahkemelerin fonksiyonları(amaçları) farklıdır. Nitekim bu fonksiyon farklılığı nedeniyle, yaptırımlarda farklıdır. Gerçekten Rekabet Kurumu, ülke dahilinde rekabet politikasından sorumlu olması nedeniyle kararlarında kamu yararı lehine rekabetin korunmasını göz önüne alırken adli mahkemeler, bireyler arası uyumsuzluğu çözmeleri nedeniyle bireylerin menfaatlerini göz önüne alırlar. Bu çerçevede adli mahkemeler, bireylerin korunacak bir menfaatinin bulunmaması durumunda rekabetin

Konuya ilişkin olarak RKHK'nın ilgili hükümlerine baktığımızda Mahkeme ve Kurul arasındaki ilişkinin niteliğinin açık olarak tanımlanmadığını ve sorunun çözümü bakımından bir çözüm öngörmediğini görmekteyiz.

Konuyla ilgili olarak doktrinde yapılan tartışmalara baktığımızda, **İnan**, Rekabet Kurumunun idarî bir organ olması, yargı organı olmaması nedeniyle mahkemenin Kurul kararı ile bağlı olmayacağını, Kurul kararının Danıştay incelemesinden geçip kesinleşmesinden sonra dahi mahkemelerin bu kararla bağlı olmadığını belirtmektedir⁶³⁹. Yazar, aynı konuda kesinleşmiş Danıştay kararı ile kesinleşmiş Yargıtay kararı bulunması halinde, davanın konusunun, taraflarının ve amacının farklı olması nedeniyle bir hüküm uyumsuzluğu ortaya çıkmayacağını ileri sürmektedir⁶⁴⁰.

Aslan, yasal olarak mahkemelerin Rekabet Kurulu kararlarını beklemesinin gerektiğine dair bir dayanak bulunmadığını ancak rekabet hukukunun kendine özgü koşulları dikkate alındığında böyle bir yaklaşımın pratik yararı olacağını ve doğru çözümün Kurul ile mahkemelerin arasındaki ilişkinin yasal bir düzenleme ile kurulması gerektiğini ve özellikle zorunlu bilirkişilik ilişkisinin önemli derecede kolaylık sağlayacağını belirtmektedir. Bu konuda Kanuna;

Dava açıldığında ihlâlî tespit eden ve yargı yolları tüketildiğinden artık iptal edilmesi söz konusu olmayan bir Rekabet Kurulu kararının varlığı halinde, davacı gördüğü zararı tazminat olarak talep etmiş ise, zararın varlığını ve zararın ihlâlden kaynaklandığını kanıtlamakla yükümlüdür. Mahkeme, önündeki davada, bu kanunun ihlâl edilip edilmediğinin tespit edilmesi gerekiyorsa ve bu konuda ciddi deliller varsa, Rekabet Kurulu'na bir yazı göndererek bu konuda

ihlâl edildiği iddiasıyla açılan bir davayı reddedecektir. Bu farklılık kararların farklı olmasını da beraberinde getirebilir.

Rekabet Kurulu ile adli mahkemelerin karar alma usulleri de farklıdır. Gerçekten Rekabet Kurulu, RKHK'ya uygun bir prosedür takip ederek bir karar vermek zorundadır. Buna karşılık adli mahkemeler, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na uygun bir prosedür takip ederek karar vermekle yükümlüdür.

Bütün bunlar Rekabet Kurulu ile adli mahkemeler arasında yetki paylaşımının bulunduğunu göstermektedir. Yetki paylaşımında yetkili otoritelerin birinin diğerine üstünlüğü bulunmamakta ve ancak birbirlerinin yetkilerine saygı göstermeleri, hukuki güvenliğin sağlanması için gereklidir. Bu çerçevede Rekabet Kurumu ile adli mahkemelerin işbirliğine gitmesi gerekliliği açıktır. Adli mahkemeler ve rekabet kurumu arasındaki ilişkiler. Anteline Danışmanlık, <http://www.anteline.com/index.asp>. (Erişim Tarihi: 10.05.2010)

⁶³⁹ İnan (2004), s. 61-63; Aksi yönde Sanlı (2003), s. 261-262.

⁶⁴⁰ İnan (2004), s. 63; Aynı yönde Öz (2000), s. 189-190.

bir karar vermesini talep edebilir. Yazıya söz konusu deliller de eklenir, hükmünün konmasının sorunu mevcut yapıyı bozmadan çözebileceğini ve bu hükme göre de henüz yargısal olarak “kesinleşmemiş” Rekabet Kurulu kararlarının mahkeme önündeki kararları etkilemeyeceğini ifade etmektedir⁶⁴¹.

4.2.1.2. Mevcut uygulama çerçevesinde adli yargı - rekabet kurumu ilişkisi

Rekabet Kurumu ile hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkiyi çeşitli ihtimaller dâhilinde incelemek gerekir. Ancak bu değerlendirmelere geçmeden önce, mevcut uygulamanın ne yönde olduğunu tespit etmek gerekir⁶⁴². Her ne kadar rekabet ihlalleri nedeniyle açılan tazminat davalarına nadiren rastlanmaktaysa da, Yargıtay tarafından konuyla ilgili verilmiş kararlardan Kurum ve mahkemeler arasındaki ilişkiye dair bir fikir edinmek mümkündür⁶⁴³.

Tazminat talebinin ele alındığı bir davada, davacı RHKK m. 6 hükmü uyarınca hakim durumun kötüye kullanıldığını belirterek, rekabet ihlali nedeniyle meydana gelen zararın üç katı oranında tazminata hükmedilmesini talep etmiştir. Yerel mahkeme, davalının hakim durumda olduğunu ancak, hakim durumun kötüye kullanılmadığını belirterek davanın reddine karar vermiştir⁶⁴⁴.

Yerel mahkeme kararının temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, olayda tazminata karar verilebilmesi için öncelikle Rekabet Kurulu tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerektiğini, bu kapsamda;

Davacının Rekabet Kurumu’na başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması ve eğer Rekabet Kurumu’na başvuru yapılmışsa, yapılacak başvurunun ön sorun⁶⁴⁵ olarak kabul edilip sonucunun beklenmesi gerektiğini,

⁶⁴¹ Yazar ayrıca, bu durumda mahkemelerin Rekabet Kurulu kararlarının kesinleşmesini bekleyebileceği gibi, beklemeyerek davasını görmeye devam edebileceğini belirtmektedir. Aslan (2007), s.798-800; Gürzumar da mahkemenin genel olarak meseleyi ihtiyarî bekletici sorun olarak kabul ederek konu ile ilgili Rekabet Kurulu kararını bekleyebileceğini belirtmektedir. Gürzumar (2005), s. 43-46; Aynı yönde Aksoy (2003), s. 57; E. Yılmaz (2005). Rekabet kanunun uygulanmasında usûl ve ispat Sorunları. Ankara: *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları* s. 115-116; Güven (2008), s. 769.

⁶⁴² Sanlı (2003), s. 256.

⁶⁴³ Sanlı (2003), s. 256.

⁶⁴⁴ Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, Esas No;1997/99, Karar No; 1998/732, Tarih; 17.09.1998, Ayrıca mahkeme rekabet ihlalinin ve bundan doğan bir zararın olup olmadığına ilişkin olarak ayrı bilirkişiler atamış, Rekabet Kurulu’na başvurmamıştır. Güven (2007), s. 223-224.

⁶⁴⁵ Bir davada, davaya devam edilebilmesi ve karara bağlanabilmesi için çözümlenmesi gereken sorunlara ön sorun denir ve geniş anlamda dava içinde çözümlenmesi gereken her sorun, ön sorundur. Geniş

bu konu düşünülmeden verilen yerel mahkeme kararının isabetli olmadığını⁶⁴⁶, belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Karardan anlaşıldığı üzere Yargıtay, yerel mahkemenin hakim durumun varlığı ve hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı yönünde bir inceleme yapıp, Rekabet Kurulu kararı olmaksızın hüküm vermesini isabetli görmemiştir. Yasal olarak mahkemelerin Kurul kararlarını beklemesinin gerektiğine dair bir dayanak bulunmamasına rağmen, Yargıtay mahkemenin Rekabet Kurulu kararını beklemesinin gerektiği yönünde karar vererek, mahkemelerin ihlâlin varlığının tespiti konusunu zorunlu bekletici sorun yapması gerektiğini belirtmiştir⁶⁴⁷.

Bir başka olayda yerel mahkeme⁶⁴⁸, RKHK hükümlerinin ihlâli sebebiyle davacının davasını kısmen kabul edip tazminata hükmederken;

Olayda ortaya çıkan zararın tarafların anlaşması, kararı ve davalının ağır ihmalden kaynaklandığını, bu nedenle tarafların konumuna, ekonomik durumuna, mevcut deliller, hak ve nesafet kurallarına göre, kâr kaybından doğan zararlar için tazminatın takdiren bir misli arttırılmasına” karar vermiştir⁶⁴⁹.

Mahkeme ayrıca davacı lehine manevî tazminata da hükmetmiştir. Yargıtay’a yapılan temyiz başvurusu sonucu, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, ilgili Rekabet Kurulu kararına atıfta bulunarak;

Kurul kararı ile davalının RKHK’na aykırı bir hareketinin bulunmadığının belirlendiğini ve RKHK hükümleri uyarınca tazminata hükmedilmesi koşullarının bulunmadığını, RKHK’ya aykırılık nedeni ile açılan

anlamda ön sorun bekletici sorunu da kapsar, ancak dava hakkında karar verilebilmesi için çözümlenmesi gereken ön sorunun, başka bir mahkemeke ya da merci tarafından karara bağlanması gerekiyorsa, bu ön sorun bekletici sorun olarak nitelendirilir. H. Pekcanıtez, O. Atalay ve M. Özekes (2011). *Medeni usûl hukuku*. (11. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 397-398.

⁶⁴⁶ Yargıtay 19. H. D., Esas No;1999/3350, Karar No;1999/6364, Tarih;01.11.1999. www.kazanci.com

⁶⁴⁷ Karardan anlaşıldığı üzere Yargıtay, rekabetin RKHK hükümlerine aykırı bir şekilde ihlâl edilmediğinin tespiti konusunda tek yetkili mercii olarak Rekabet Kurulu’nu görmektedir.

⁶⁴⁸ Kadıköy Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, Esas no; 1999/466, Karar no; 2002/49, Tarih, 31.01.2002

⁶⁴⁹ Yerel mahkeme, davacının üç kat tazminat talebine karşın, tazminatın takdiren bir misli arttırılmasına karar vermiştir. Yargıtay ise, bu konuya kararında yer vermemiştir. Kanaatimizce, şartların oluşması halinde hâkimin üç kat tazminata hükmetmesi gerektiğinden, tazminatın takdiren bir misli arttırılması kararı isabetli olmamıştır. Güven (2007), s. 233.

idarî davanın sonuçlarının beklenmesine yer olmadığından, davanın red edilmesi gerekirken kabul edilmesine karar verilmesini isabetli olmadığını, belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur⁶⁵⁰.

Yargıtay kararına karşı oy yazısında, tazminata karar verilebilmesi için öncelikle Rekabet Kurulu tarafından 4, 6 ve 7. maddelerin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi gerektiği, Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlâli yönünden usûlen kesinleşmiş bir kararının bulunması durumunda mahkeme tarafından meydana gelen zararın tespit edilerek hükme bağlanacağı belirtilmiştir. Ayrıca Kanunun rekabet ihlâlinin tespiti konusunda Rekabet Kurulu'nu yetkili kıldığı ve çelişik kararların ortaya çıkmaması için adli mahkemelerin Kurulu'nun vereceği kararı beklemesi gerektiği ifade edilmiştir. Karşı oy yazısında Yargıtay tarafından konunun ön sorun olarak kabul edildiği, bu nedenle Rekabet Kurulu kararına karşı idarî yargı yoluna başvurulması nedeniyle idarî davanın da ön sorun olarak kabul edilip sonucunun beklenmesi, buna göre bir karar verilmesi, yerel mahkeme kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay bozma gerekçesine dayanak teşkil eden Kurul kararının iptali istemiyle Danıştay'a yapılan başvuru sonucu, Danıştay yeterli inceleme ve araştırma yapılmadığı gerekçesi ile Kurul kararını iptal etmiştir⁶⁵¹. Kurul, bunun üzerine yeni bir inceleme yapmış ve ilk kararına uygun şekilde, ihlâlin olmaması sebebiyle RKHK hükümleri çerçevesinde bir yaptırım uygulanmasına gerek olmadığına karar vermiştir⁶⁵².

Yargıtay'ın 2006 tarihli bir diğer kararında İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi⁶⁵³, davalının RKHK m. 4. hükmüne aykırı davrandığı gerekçesiyle,

⁶⁵⁰ Yargıtay 19. H. D., Esas No; 2002/2827, Karar No; 2002/7580, Tarih; 29.11.2002; www.kazanci.com Yargıtay 19. H.D'si daha yeni tarihli bir kararında, sadece Kurul kararının değil, Kurul kararına karşı Danıştay'a başvuru yapılmışsa bununda sonucunun beklenecek bir karara varılması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay 19. H. D., Karar Tarihi: 29.11.2007., Esas No: 2007/3229, Karar No: 2007/10677. www.kazanci.com

⁶⁵¹ Danıştay 10. Dairesi, Esas No; 2002/4519, Karar No; 2003/3811, Tarih; 07.10.2003. www.kazanci.com

⁶⁵² Rekabet Kurulu kararı; Dosya sayısı; D4/1/M.H.A.-99/1, Karar sayısı, 04-60/856-200 Tarih; 20.09.2004; Güven (2007), s. 225-226.

⁶⁵³ İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, Karar Tarihi: 03.12.2004, Esas No: 1999/1106, Karar No: 2004/925.

Kanun'un 58/2 maddesi gereğince davacının uğradığı maddi zararının üç katı oranında tazminata hükmetmiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi⁶⁵⁴;

Öncelikle davacının davadan önce Rekabet Kurulu'na başvurup başvurmadığının araştırılması, başvurmuşsa başvuru neticesinin kesinleşmesi beklenerek sonuca göre karar verilmesini, Kurul'a başvuru yapılmamışsa eldeki bu davanın Kurul'a başvuru yapılmadan dinlenemeyeceğini ve henüz dava açma zamanının gelmediğini dikkate alarak, hükmü davalı yararına bozmuştur.

Yerel mahkeme Yargıtay'ın bozma kararına uyarak, dava açılmadan önce davacının Rekabet Kurul'una başvurmadığını, bu nedenle henüz dava şartının yerine getirilmediğini belirterek davanın reddine karar vermiştir⁶⁵⁵. Bu kararında da Yargıtay daha önceki kararlarına uygun bir şekilde mahkemenin ihlâlê ilişkin Rekabet Kurulu kararını ve bu kararın kesinleşmesini beklemesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Ancak söz konusu kararda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 19. Hukuk Dairesinden farklı olarak, "*henüz dava açma zamanının gelmediğinden*" bahisle, Rekabet Kurul'una başvurma zorunluluğunu, bir dava şartı haline getirmiş ve bu nedenle alt mahkeme hükmünü bozarak davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu içtihadı dikkate alındığında alt mahkemede açılan tazminat davasında mahkeme ihlâlê ilişkin bir Rekabet Kurulu kararı olmadığı hallerde, dava açma şartları oluşmadığından davayı başta reddetmek zorunda kalacaktır. Dolayısıyla davanın açılmış olmasına bağlı maddî hukuka (zamanaşımının kesilmesi gibi) ve usûl hukukuna (davayı inceleme zorunluluğu ve derdestlik gibi) ilişkin sonuçlar meydana gelmemiş olacaktır. Oysa 19. Hukuk Dairesi'nin kanaatimizce daha isabetli görünen içtihadına göre alt mahkeme tazminat davasında ihlâlê ilişkin Rekabet kurulu kararı olmadığı hallerde, davayı Kurul kararı olmadığı gerekçesiyle reddetmeyecek ve fakat uyuşmazlığı zorunlu bekletici sorun olarak ele alıp Rekabet Kurulu'na başvuracaktır.

Kanaatimizce mahkemelerin tazminat davalarında ihlâlê ilişkin Rekabet Kurulu kararı olmaksızın, ihlâlê ilişkin bir inceleme yapıp sonrasında haksız fiil sorumluluğunun diğer şartlarında oluşması halinde tazminata hükmetmesinde hukukî

⁶⁵⁴ Yargıtay 11. H.D., Karar Tarihi: 23.06.2006, Esas No: 2005/3755, Karar No: 2006/7408. Güven (2007), s. 244 vd.

⁶⁵⁵ İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, Karar Tarihi: 16.03.2007, Esas No: 2006/726, Karar No: 2007/112; Ayrıca, bkz. Güven (2008), s.777-781.

bir engel bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay'ın istikrar kazanmış görünen kararlarından anlaşıldığı üzere, Yargıtay, rekabetin RKHK hükümlerine aykırı bir şekilde ihlâl edilmediğinin tespiti konusunda tek yetkili mercii olarak Rekabet Kurulu'nu görmektedir. Yargıtay içtihatlarının bu yönde gelişmesinde iki temel nedenin yer aldığı söylenebilir. Bunlardan ilki ihlâl ile ilişkin mahkeme kararlarıyla, Kurul kararlarının birbirinden farklılık arz etmesi halinde ortaya çıkacak hukukî güvenlik sorununun giderilmesidir. İkincisi ve kanaatimizce daha etkili olan neden ise, rekabet ihlâllerinin karmaşık yapısı, ihlâlin tespiti bakımından yapılacak incelemelerin derin bir uzmanlık gerektirmesi ve Kurul'un ihlâlin tespitine ilişkin gerek yetişmiş uzman personel gerekse delillere erişim imkânı bakımından adli mahkemelerden daha iyi imkânlara sahip olmasıdır. Yargıtay'ın mahkemelerin tazminat konusunda bir karar vermeden önce konuyu zorunlu bekletici sorun yaparak Kurul kararını ve hatta bu kararın kesinleşmesini beklemeleri gerektiği yönündeki görüşlerine katılmamaktayız. İhlâl ile ilişkin Rekabet Kurul'u ile adli mahkemeler arasında farklı kararların ortaya çıkma ve dolayısıyla hukuk güvenliğinin zedelenme ihtimali olduğu ileri sürülebilirse de, rekabet hukuku uygulamasının ve içtihatlarının gelişmesi ve zenginleşmesi bakımından mahkemelerin de rekabet ihlâline ilişkin tespitler yapması faydalı olacaktır. Elbette Rekabet Kurumu rekabet ihlâllerinin tespiti ve incelenmesi konusunda hali hazırda en yetkin kurumdur. Ancak hâkimlerin de ihlâl ile ilişkin tespitler ve incelemeler yapabilmesinde hukukî açıdan bir engel bulunmadığı gibi, daha zor ve karmaşık yapıdaki davaları çözmede yetkin olan mahkemelerin rekabet hukuku uygulamasında da başarılı olacağı kanaatindeyiz⁶⁵⁶. Ayrıca ihlâlin varlığı bakımından daha derin ekonomik analizlerin yapılması gereken hallerde mahkemelerin Kurum'un bilirkişiliğine ya da bu konuda uzman bilirkişilere başvurarak yardım alması da mümkündür. Ancak mevcut Yargıtay içtihatları göz önüne alındığında mahkemelerin ihlâl ile ilişkin olarak, Kurul kararından bağımsız bir değerlendirme yapma imkânı kalmadığından, kesinleşmiş Kurul kararları doğrultusunda hâkim yargılamaya devam edecektir.

⁶⁵⁶ Bu hâlde asıl çözüm yolu rekabet hukukunda uzmanlaşmış mahkemelerin bu davalara bakmasıdır. İngiltere örneğinde olduğu gibi bir rekabet temyiz mahkemesi kurularak tazminat davalarının da bu mahkemelerde görülmesi sağlanmalıdır. Gündüz ve Koyuncu (2011). s.150.

Yukarıdaki açıklamalar ve mevcut uygulamalar çerçevesinde mahkeme ve Kurul arasındaki ilişkinin belirlenmesi amacıyla çeşitli ihtimalleri dikkate alarak bir incelemenin yapılması gerekmektedir.

4.2.1.2.1. Uyuşmazlığa ilişkin bir soruşturmanın olmaması

Tazminat davasına konu olan bir uyuşmazlık hakkında, Rekabet Kurulu tarafından herhangi bir soruşturma açılmamış olması halinde, mahkemenin önünde iki seçenek bulunmaktadır. Mahkeme ya Rekabet Kanunu hükümlerini uygulayarak uyuşmazlığı karara bağlayacaktır⁶⁵⁷ ya da dava konusu durumun bir ihlâl oluşturup oluşturmadığının tespiti için Rekabet Kurumuna başvurup bekletici sorun yapacaktır⁶⁵⁸.

RKHK rekabet hukuku kurallarının uygulanmasında esas olarak Rekabet Kurumunu yetkili görmekteyse de, Rekabet Kurumunun münhasıran yetkili olduğu alanlar sınırlı tutulmuştur. Mevcut hükümlere göre tazminat davasının açılması, Kurul kararına bağlı kılınmadığına göre, mahkemelerin herhangi bir Kurul kararını beklemezsizin davaya konu davranışın RKHK hükümlerini ihlâl edip etmediğini tespit edip, buna göre tazminata hükmetmesi mümkündür⁶⁵⁹. İhlâlin çok açık olduğu hâllerde (birlikte fiyat tespiti ya da pazar paylaşımı gibi yatay anlaşmalarda), hâkimin ihlâlin varlığı konusunda bir kanaate varması ve haksız fiil sorumluluğunun diğer şartlarının da mevcut olması halinde tazminata hükmetmesi mümkündür. Ancak, özellikle karmaşık yapıdaki ihlâller bakımından mahkemelerin mevcut yapıları itibari ile bu konuda yetkin ve uzmanlaşmış olan Rekabet Kurumu kadar yeterli ekonomik analiz ve tespitler yapacak durumda olmadığı da ortadadır.

Sonuç olarak, açılan bir tazminat davasına esas olan davranışa ilişkin olarak Kurul'da yürütülen herhangi bir soruşturmanın olmaması durumunda hâkimin önüne

⁶⁵⁷ Mahkemenin Rekabet Kanunu uygulamak suretiyle tazminata hükmedebileceği, zira hukuk mahkemesinin incelemesinin tazminata ilişkin olmasına karşın, Kurul incelemesi sonunda uygulanacak yaptırımın idarî bir yaptırım olduğu belirtilmektedir. Öz (2000), s. 186-187; İnan (2004), s. 60-63; Aslan, (2007), s. 798-800. Örneğin, Kadıköy Asliye Ticaret Mahkemesinin Rekabet Kurumuna başvuru yapılmadan bir tazminat davasını isabetli olarak karara bağladığı görülmüştür. (Kadıköy Asliye 3. Ticaret Mahkemesi, Esas no; 2002/739, Karar no; 2006/266, Tarih, 04.04.2006).

⁶⁵⁸ RHKK'da bekletici soruna ilişkin bir hüküm olmadığına göre bunun zorunlu bekletici sorun değil ihtiyarî bekletici sorun yapılması söz konusu olmalıdır.

⁶⁵⁹ Bkz. Yargıtay 19. H.D., E.2004/9634, K.2005/4463, T. 21.04.2005, www.kazanci.com. Söz konusu kararda Yargıtay, dava konusu dikey anlaşmada yer alan şartların, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 4/a maddesi uyarınca geçerli olduğuna karar vermiştir. Kararda Yargıtay dikey anlaşma şartlarının geçerliliği konusunda Rekabet Kurumuna başvurunun gerekliliğine değinmeden, haklı olarak anlaşma şartlarının alt mahkeme tarafından incelenmesini isabetli bulmuştur.

gelen ihtilafı, ihlâl ile ilişkin bir Kurul kararı olmadan mevcut hükümler çerçevesinde sonuçlandırma yetkisine sahip olduğu açıktır. Ancak hâkimin özellikle karmaşık yapıdaki ihlâller bakımından ihlâlin varlığını tespit için konuyu bu alanda hali hazırda daha yetkin bir kurum olan Rekabet Kurulu'na başvurarak ihtiyarî bekletici sorun yapmasının⁶⁶⁰ daha uygun bir çözüm yolu olacağı kanatindeyiz. İhlâl ile ilişkin Kurul kararından sonra hâkim, Kurul kararına uygun şekilde ya da aksini düşünüyorsa bunu sağlam bir şekilde gerekçelendirerek hüküm verecektir. Bu nedenle, Yargıtay'ın yukarıda incelenen kararlarında ağırlık kazanan ve uyuşmazlığın Rekabet Kurulu'ndan önce adli yargıya intikal etmesi halinde, konunun zorunlu bekletici sorun yapılarak, Rekabet Kurulu kararının kesinleşmesinin beklenmesi gerektiği yönündeki görüşünün isabetli olmadığı⁶⁶¹ ve ayrıca, Kurul'a başvurunun bir dava şartı haline getirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Adli yargıda görülen tazminat davasında, mahkemenin Rekabet Kurulu'ndan önce hüküm vermesi halinde, Kurul bu karar ile bağlı olacaktır. Bu durumda çelişkili kararların doğması riski azalacaksa da, rekabet hukukunun uygulamasında yetkin olduğu kabule edilen, Kurul'un yetkisinin fiilen daralacağı belirtilmektedir⁶⁶². Ancak

⁶⁶⁰ Nitekim İsviçre rekabet hukukunda Karteller ve Diğer Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanunun 15 inci maddesinde yer alan hükme göre, adli yargıda dava konusu olan bir olayda rekabeti ihlâl ettiği iddia edilen bir davranışın Kanuna aykırılık oluşturup oluşturmadığı konusunda, konu bekletici sorun yapılarak, görüşü alınmak üzere İsviçre Rekabet Otoritesine gönderilmekte, ihlâli gerçekleştirdiği iddia edilen teşebbüsün, üstün kamu yararı gereği bu davranışı gerçekleştirdiğini idda etmesi halinde ise, Federal Konsey tarafından ihlâlin olup olmadığına karar verilmektedir. Güven (2008), s.784.

⁶⁶¹ Aynı yönde bkz., A. Akıncı (2006). ABD ve AT'deki son gelişmeler ışığında Türk rekabet hukuku uygulamasının genel değerlendirmesi. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 22-23; Aksi yönde Arı, adli yargının tazminat taleplerine ilişkin bir karar vermeden önce uyuşmazlığı bekletici sorun yapıp Kurul'a başvurusu gerektiğini, aksi hâlde mahkemelerin yeterli inceleme yapamaması nedeniyle ciddi sorunlar yaşanacağını belirtmektedir. Arı (2004), s. 244.

⁶⁶² Sanlı (2003), s. 258; Adli mahkemenin önce karar vermesi konusunda Eğerci, "Kamuoyunda Türkiye Futbol Federasyonu, CİNE-5 kararı olarak bilinen Kurul kararının yargı denetiminde Danıştay'ca verilen karar, yargısal denetimin sınırını göstermesi bakımından önem taşımaktadır. Anılan dava, Türkiye I. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmalarının televizyon kanallarından yayınına ilişkin olarak TFF ile ... Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş. arasında yapılmış sözleşmenin ve bu sözleşmenin uygulanmasıyla ortaya çıkan davranışların RKHK'ya aykırı görüldüğünden bahisle, Kurul'ca verilen 13.8.1998 günlü tedbir kararının iptali isteğiyle açılmıştır. Sözleşme ile dokuz maçtan üçünün yurt içinde canlı yayını, altı maçın da yurt içinde ve yurt dışında banttan veya özel yayın hakkı üç yıl süre ile adı geçen yayın kuruluşuna verilmiştir. Bu sözleşmeye dayanarak gerçekleştirilen davranışların RKHK'a aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan şikayeti inceleyen Kurul, gerek canlı yayınlanan haftada üç maçın, gerekse bant kaydı yapılan diğer maçların tüm görüntülerinden, şikayetçinin ve diğer rakip yayın kuruluşlarının arzu ettikleri miktarın ücreti mukabilinde satın alma taleplerinde, eşit durumdaki alıcılara eşit olmayan koşulların ileri sürülmesinin, hakim durumu kötüye kullanılmasına neden olduğu gerekçesiyle tedbir kararı verilmiştir. (Anılan sözleşmenin iptali istemiyle İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde açılan dava sonucunda, sözleşmenin hukuka aykırı olmadığına yönelik karar, Yargıtay 11. H.D. 'de onanmıştır).

adli mahkemelerin hukuka aykırılık dışında diğer nedenlerden dolayı tazminat davasını red etmesi halinde, Rekabet Kurul'unun aynı davranışa ilişkin soruşturma açması ve ihlâl karar vermesi ve idarî yaptırımlar uygulaması mümkündür.

4.2.1.2.2. Uyuşmazlığa ilişkin bir soruşturmanın devam ediyor olması

Rekabet Kurulu'nca uyuşmazlığa ilişkin bir soruşturma açılmış ve devam ediyor olması halinde, mahkemenin dava konusu uyuşmazlığa ilişkin Kurul kararını beklemesine gerek olmadığı söylenebilirse de, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında söz konusu uyuşmazlığı bekletici sorun yapması daha uygun olacaktır. Özellikle rekabet ihlâlinin açık ihlâl niteliğinde olmadığı hâllerde, hâkimin hukuka aykırılık ve hukuka uygunluk sebeplerinin şartlarının oluşup oluşmadığı noktasındaki şüphelerinin giderilmesi için dava konusu uyuşmazlığın çözümünü Kurul kararına kadar bekletilmesi uygun olacaktır⁶⁶³. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında “*Davanın konusuna ilişkin olarak Kurum bünyesinde bir inceleme, ön araştırma veya soruşturma yürütülüyor olması*

Anılan tedbir kararının iptali istemiyle açılan dava sonucu Danıştay, yargı yerince hukuka uygun bulunan sözleşmenin uygulanması aşamasındaki davranışların hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında olup olmadığını saptama hususunda Kurul'un yetkili olduğunu kabul etmiştir. (DDGK, 22.3.1999 tarih ve YD itiraz No: 1999/113 sayılı kararı). Başka bir anlatımla ilgili sözleşme bir rekabete aykırılık içermese de, bu sözleşme uyarınca hakim durumda bulunan teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmasının önüne geçilmesi Kurul'a Kanun tarafından verilen bir görevin yerine getirilmesidir. Tüm bu nedenlerle Danıştay'ın yukarıda sözü edilen kararının çok yerinde bulunduğunu” ifade etmektedir. A. Eğerci (2005). 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'nun 4. maddesine aykırı sözleşmelerin tabi olduğu geçersizlik rejimi. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No:12, s. 296-297.

⁶⁶³ Ayrıca, rekabet hukukuna ilişkin bir dava adliye mahkemelerinin önüne geldiğinde, mahkeme ile Kurumun bilgi alışverişi içinde bulunması gereklidir. Zira mahkemeler taraflarca hazırlama ilkesi gereği tarafların mahkemeye sunduğu delillerle sınırlı bir inceleme yapma yetkisine sahiptir. Oysa Kurul bilgi isteme ve yerinde inceleme yapma yetkilerini kullanarak ihlâl ilişkin her türlü delile erişme imkânına sahiptir. Bu noktada mahkemelerin Kurumun bu konudaki yetkinliğinden ve imkânlarından yararlanması, mahkemelerin işini kolaylaştırmak ve Rekabet Kurumu'nun haberdar olmadığı ihlâllerin ortaya çıkartılmasını sağlamak bakımından yararlı olacaktır. Ancak, her hâlde bunun yasal bir düzenlemeye kavuşturulması gerekir. Zira Kurulun ticarî sırları içeren ya da soruşturmanın devamı için gizlilik arz eden belgeleri mahkemelere vermesi gerekip gerekmediği ya da Kurulun mahkemelere kendiliğinden görüş bildirip bildiremeyeceği gibi konuların açıkça düzenlenmesi, daha sağlıklı bir özel hukuk yaptırım sisteminin gelişmesine yardımcı olacaktır. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında “*Adli mahkeme, Kanunun ihlâl edilip edilmediğinin saptanmasını gerektiren davalarda, ihlâl varlığı için gerçekleşmesi gereken ekonomik olgularla ilgili olarak Kurumun bilirkişiliğine başvurabilir. Başkanlık, bilirkişi raporunu hazırlamak üzere tarafsızlık esaslarını dikkate alarak yeter sayıda meslek personelini görevlendirir*” (Tasarı m. 27) ibaresi yer almaktadır.

durumunda ise, *hâkim Kurulun nihai kararını bekletici mesele sayabilir.*” ifadesiyle Kurul kararının beklenilmesi hâkimin takdirine bırakılmıştır (Tasarı m. 27)⁶⁶⁴.

Doktrinde, Rekabet Kurulu kararının bekletici sorun olarak ele alınmasının mümkün olduğu ileri sürüldüğü gibi⁶⁶⁵, Kurul kararının yanı sıra, eğer bu karara karşı Danıştay yoluna başvurulmuşsa Danıştay kararının beklenmesi gerektiği de ifade edilmiştir⁶⁶⁶.

4.2.1.2.3. Uyuşmazlığa ilişkin bir karar verilmiş olması

Adli yargıda açılan bir tazminat davasına konu olan uyuşmazlık hakkında, daha önceden Rekabet Kurulu’nun karar vermiş olması halinde, hukuken bu karar mahkeme için bağlayıcı niteliğe sahip olmadığından, tazminat davasında kesin delil teşkil etmeyecektir. Ancak mahkemenin, Kurulun yürüttüğü soruşturmadaki belgelerden yararlanması ve Kurul kararını dikkate alması gerekir. Ayrıca taraflar Kurul kararını mahkemede kesin delil olarak kullanamasa da, önemli bir takdiri delil olarak kullanabileceklerdir. Dolayısıyla mahkemece, RKHK hükümlerine aykırılığın varlığı ya da yokluğuna ilişkin verilen Kurul kararının aksi takdir edilecekse, bunun gerekçelerinin makul bir şekilde ortaya konması gerekecektir. Bu nedenle, ihlâlin bulunmadığına dair Kurul kararına rağmen mahkemelerin RKHK hükümleri kapsamında bu karara aykırı bir değerlendirme yapmaları pek mümkün görünmemektedir⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ Kurum bünyesinde bir inceleme, ön araştırma veya soruşturma yoksa mahkeme bu yola başvuramayacaktır.

⁶⁶⁵ Gürzumar (2005), s. 57-58; N. A. Odman (2002). *Fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukukunun teknolojik yeniliklerin teşvikinde rolü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 300-301; T.Songör (2005). *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu*, Ankara: Ankara Üniversitesi, s. 324.

⁶⁶⁶ Gürzumar (2005), s.263. İnan, tazminat talebini araştırarak hukuk mahkemesinin önceden verilmiş bir Kurul kararı varsa bunu delil olarak kullanabileceğini, ancak mahkemenin Rekabet Kurulu kararını beklemesinin mümkün olmadığını, bunun usul ekonomisi bakımından da yerinde olmadığını belirtmektedir. Rekabet Kurulu’nun kapsamlı bir araştırma neticesinde karar vermesinin uzun zaman aldığını, Danıştay yoluna da başvurulmasıyla sürenin daha da uzayacağını, tüm bu nedenlerle mahkemelerin RKHK hükümlerini, özel hukuk sonuçları ile sınırlı olmak kaydıyla, yorumlayıp uygulamalarının yerinde olacağını öne sürmektedir. İnan (2004), s. 62; Adli yargıya başvurulduğu sırada sonuçlanmış bir Rekabet Kurulu kararı yoksa ya da henüz Kurul herhangi bir soruşturma başlatmamış ise, bu durumda mahkemenin, Kurul kararını ve yine Danıştay’a bir başvuru yapılmışsa bunun sonucunu, bekletici sorun yapabileceği de belirtilmektedir. Güven (2007), s. 225-227.

⁶⁶⁷ Sanlı (2003), s. 251.

Kurul kararına karşı Danıştay'da iptal davası açılmış ise, Danıştay'ın hukuka aykırılığa ilişkin verdiği karar (Danıştay'ın bu kararıyla, Kurul kararı yargısal anlamda kesinleşeceğinden), kesin delil teşkil edeceğinden, hâkimin bu karara uygun şekilde hüküm vermesi gerekir⁶⁶⁸. Bu noktada ortaya çıkabilecek bir sorun Kurul kararına ilişkin Danıştay kararının yanında Yargıtay'ca da uyuşmazlık konusunda bir karar verilmesi halinde, bunun bir hüküm uyuşmazlığına yol açıp açmayacağıdır.

Kurul ve mahkeme kararlarının aynı teşebbüs ya da teşebbüslerin davranışlarının hukuka uygun olup olmadığına ilişkin olması durumunda, Uyuşmazlık Mahkemesine başvurularak hüküm uyuşmazlığının giderilmesinin istenebilmesi mümkün olmalıdır⁶⁶⁹. Ancak doktrinde, bu davaların iptal ve tazminat davaları olmaları nedeniyle konusu ve sebebi birbirinden farklı olacağı için hüküm uyuşmazlığı meydana gelemeyeceği ileri sürülmektedir⁶⁷⁰. Adli mahkemelerin uyuşmazlık konusu davranışlara ilişkin Kurul kararıyla birlikte Danıştay kararını da bekletici sorun yapmaları halinde, bu tür sorunların yaşanmayacağı açıktır. Örneğin, ihlâlinin varlığını tespit eden bir Kurul kararına dayanarak tazminata hükmeden mahkeme kararının Yargıtay tarafından onanarak kesinleştiğini kabul edelim. Bir yandan (adli) mahkemede hükme esas teşkil eden Kurul kararının Danıştay tarafından esastan iptal edildiğini ve Kurul'un da bu karara uyarak önceki kararını değiştirdiğini farz edelim. Bu hâlde mahkeme hükmüne esas teşkil eden Kurul kararı ortadan kalktığı için, mahkemenin hükmü dayanıksız kalabilecektir. Ayrıca ortada her ne kadar biri iptal diğeri tazminat kararı olması nedeniyle konusu ve sebebi birbirinden farklı iki dava olsa da, birinde ihlâlin hukuka aykırı olduğu diğeriinde aynı ihlâlin hukuka aykırı olmadığını tespit eden ve tarafları da aynı olan bir uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla birbiriyle çelişen kararların verilmesine engel olmak için, mahkemelerin Danıştay kararını da bekletici sorun yapması ya da burada hüküm uyuşmazlığına gidilmesinin mümkün olması gerekmektedir. Ancak, Kurul ve Danıştay kararının beklenilmesi en azından 2-3 yıl gibi bir zaman alacağından, adli mahkemelerde yaşanacak olası gecikmelerin önüne geçmek

⁶⁶⁸ Ancak, mahkemelerin, Danıştayca onaylanarak kesinleşmiş kararlarla dahi bağlı olmayacağı da ileri sürülmektedir. İnan (2004), s. 60-63.

⁶⁶⁹ Sanlı (2003), s. 259-261.

⁶⁷⁰ İnan (2004), s. 63-64; Aynı yönde Öz (2000), s. 189-190.

için, söz konusu uyuşmazlıkların öncelikle karara bağlanmalarını sağlayacak düzenlemelerin yapılması uygun olacaktır⁶⁷¹.

Tartışılması gereken diğer bir konu da, Rekabet Kurulu'nun ihlâlin varlığı tespit etmekle birlikte, ilgili teşebbüslere para cezası uygulanmadığı hâllerde, mahkemelerin bu karara dayanarak tazminata hükmedip hükmedemeyeceği meselesidir. Örneğin, Rekabet Kurulu 15.07.2009 tarihli bir kararında⁶⁷², ...A.Ş.'nin, dikey anlaşma yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğini ve söz konusu anlaşmaya grup muafiyeti ve bireysel muafiyet de tanınamayacağını tespit etmiştir. Ancak Kurul kararda, ...A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir. Bu kararı takiben, RKHK hükümlerini ihlâl eden söz konusu anlaşmadan zarar görenlerin tazminat davası açmış oldukları varsayıldığında, bahsi geçen Kurul kararının ihlâli gerçekleştiren teşebbüs aleyhine davacılar tarafından bir delil olarak kullanılması yarar sağlayacak mıdır? Kanaatimizce, Kurulun uygulamış olduğu rekabet politikaları gereği (hoş görülebilirlik – de minimis kuralı gibi) idari para cezası uygulamaya gerek görmemesi ihlâlin gerçekleştirilmiş olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu açıdan Kurul, kararında ihlalin varlığını ve anlaşmanın muafiyetten yararlanmayacağını

⁶⁷¹ Aynı yönde, Güven (2008), s.783-786; E.Yılmaz (2005). 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da değişiklik yapılmasına ilişkin taslak'ın usûl hukuku bakımından değerlendirilmesi. *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum; Bildiriler-Tartışmalar- Panel*, Ankara: Ankara Üniversitesi, s. 218..

⁶⁷² Rekabet Kurulu 15.07.2009 tarihli kararında (09-33/725-165), “...A.Ş. ile ...Ltd. Şti. arasında imzalanan tip sözleşme niteliğindeki bayilik sözleşmesi ile 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiası üzerine yapılan inceleme sonucunda; 1. ... A.Ş.'nin, dikey anlaşmaları ve uygulamaları yoluyla alıcılarının yeniden satış fiyatını belirleyerek 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunduğu ve bu sözleşme ve uygulamaların 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacağına, 2. Bahsi geçen sözleşme ve uygulamalara 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulları karşılamaması nedeniyle bireysel muafiyet de tanınamayacağına, 3. a) İhlalin dikey nitelikte olması, pazarın rekabetçi, büyüyen ve dinamik yapısı, Dagi Giyim ve Sanayi Ticaret A.Ş.'nin önemli bir pazar gücüne sahip olmaması ve mevcut durumda doğrudan ve başarılı bir şekilde yeniden satış fiyatını tespit edebileceği perakende alıcılarının sınırlı olması gibi unsurlar göz önünde bulundurulduğunda pazardaki rekabetçi yapıda kısıtlı bir zararın ortaya çıkmasının muhtemel olması nedeniyle...A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, b) Bununla birlikte, Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ihlale son verilmesini teminen, yeniden satış fiyatlarını belirlemeye yönelik sözleşme hükümlerinin alıcıların özgürce fiyat belirlemesine imkân tanıyacak şekilde düzenlenerek işbu kararın tebliğinden itibaren 60 gün içerisinde Kurumumuza tevsik edilmesi ve söz konusu düzenlemenin yapılmaması ve uygulamanın devam etmesi halinde 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem yapılacağı hususlarında ... A.Ş.'ye görüş bildirilmek üzere Başkanlığa yetki verilmesine” karar vermiştir.

belirtmekle, tazminat davasında davacılar bakımından delil olarak kullanılabilecek yeterli bir tespiti de yapmış olmaktadır⁶⁷³.

4.2.2. Görevli mahkeme

Rekabet hukukundan doğan tazminat davalarına bakmakla görevli mahkemeler hukuk mahkemeleridir. RKHK'da kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüsler arasında herhangi bir ayırım yapılmadığından, kamu teşebbüslerine karşı açılacak davalarda da hukuk mahkemeleri görevlidir⁶⁷⁴. Davanın ticarî bir dava olup olmadığına göre de görevli mahkeme değişecektir. Hangi davaların ticarî dava olduğu TTK⁶⁷⁵ ve diğer özel kanunlarda gösterilmiştir.

Ticarî davalar, mutlak ticarî davalar ve nispi ticarî davalar olarak ikiye ayrılır. Türk Ticaret Kanunu'nda ve özel kanunlarda, açıkça ticarî dava oldukları ve ticaret mahkemesinde bakılacakları öngörülmüş olan davalar mutlak ticarî dava sayılırlar. Mutlak ticarî davalarda, tarafların tacir olup olmadıkları ya da yapılan işin ticarî iş olup olmadığı önemli değildir⁶⁷⁶. Rekabet ihlâli nedeniyle açılacak olan tazminat davaları bakımından, bu davaların Ticaret Kanunu'nda sayılan mutlak ticarî davalardan olmadığı, RKHK'da da ticarî dava olduğu konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

⁶⁷³ Kurul'un, RKHK'nın 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca vermiş olduğu kararların hukukî niteliği de tartışmalıdır. Zira Kurul yukarıda bahsi geçen kararında olduğu gibi, m. 9/3 hükmü gereğince almış olduğu kararlarda ilgililerin savunmasını almadan işlem yapmaktadır. Kanunun m. 9/3 hükmü kapsamında Kurul ihlâli gerçekleştirenler hakkında soruşturma açmamakta ve idari para cezası uygulamamakla beraber, kimi kararlarında olduğu gibi açıkça ihlâlin varlığını tespit eden ifadelerle yer vermektedir. Kurul'un bu kararları Danıştay tarafından icrai bir karar olarak nitelendirilmediğinden aleyhine iptal davası açmak da pek mümkün görünmemektedir. Bu halde Kurul'un ihlâli gerçekleştirdiği iddia edilen teşebbüs ya da teşebbüs birliklerinin savunmasını almadan bir ihlâlin varlığını tespit etmesi hukuka uygun kabul edilebilecek midir? Ayrıca Kurul m. 9/3 hükmü kapsamında bir idari para cezası uygulamamakla beraber ihlâlin varlığına ilişkin tespit kararı ilgili teşebbüsler aleyhine tazminat davalarında bir delil olarak kullanılabileceğinden, ilgili teşebbüsler bakımından savunma hakkı oldukça kısıtlanmış olacaktır.

⁶⁷⁴ Güven (2008), s. 763.

⁶⁷⁵ 11 Ocak 20011 de, 1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunun yerine 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu kabul edilmiştir. Ancak Yeni Türk Ticaret Kanununun yürürlük tarihi 1 Temmuz 2012 olarak düzenlendiğinden, Eski Türk Ticaret Kanunu bu tarihe kadar yürürlükte kalmaya devam edecektir. Bu nedenle tezin bundan sonraki kısmında hem Eski Türk Ticaret Kanununda yer alan esaslar hem de Yeni Türk Ticaret Kanununda yer alan düzenlemeler dikkate alınarak her iki Kanun hükümlerine göre bir inceleme yapılacaktır.

⁶⁷⁶ Pekcanitez vd. (2011), s. 136; S. Arkan (1999). *Ticarî işletme hukuku*. (5. Baskı). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, s. 95-96; S. Karahan (2004). *Ticarî işletme hukuku*. (13. Baskı). Konya: Mimoza Yayınları, s. 73-75; (Eski TTK m.4 Yeni TTK m.4 (a-f) hükmünde mutlak ticarî dava sayılan haller belirtilmiştir).

Bir davanın nispi ticarî dava sayılması için, dava konusu uyuşmazlığın her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili bulunması ve davanın her iki tarafının tacir olması şartları aranmaktadır. Bir işin ticarî olması, ticaret hukuku hükümlerinin uygulanması ile ticarî dava olması ayrı şeylerdir. Dolayısıyla ticarî iş olan ancak ticarî dava olmayan bir uyuşmazlığın, asliye ticaret mahkemesinin iş bölümüne girmesi söz konusu olmaz⁶⁷⁷. Rekabet ihlâli sonucu meydana gelen haksız fiilde, zarar görenler rakip teşebbüsler olabileceği gibi tüketiciler de olabilir. RKHK açısından teşebbüs kavramı ticarî işletmeleri ve gerçek kişileri de kapsadığından ortada her zaman bir ticarî işletmeden söz edebilmek de mümkün olmayabilecektir. Böyle bir durumda rekabet ihlâli nedeniyle zarar doğmuşsa, örneğin anlaşmalar yoluyla, tarafların ticarî işletmeleriyle ilgili vermiş oldukları bir zarardan söz edilebilmesine karşın, tüketicilerin ticarî işletmesi ile ilgili olmayan haksız fiil söz konusu olabilecektir.⁶⁷⁸ Bu durumda, rekabet hukukundan doğan tazminat davaları genel olarak ticarî dava sayılmayacak, somut olaya göre, haksız fiil her iki tarafın ticarî işletmesi ile ilgili ise ticarî dava olarak kabul edilecektir⁶⁷⁹. Ticarî dava olarak kabul edilmeyen uyuşmazlıklarda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır (HMK m. 2/1)⁶⁸⁰. Davanın ticarî dava olarak kabul edilmesi halinde ise, görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacaktır⁶⁸¹. Ayrıca bir ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ise, dava asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir.

⁶⁷⁷ Pekcanitez vd. (2011), s. 137; Yeni TTK m. 4’de, “*her iki tarafında ticarî işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ile...*” ifadesiyle haksız fiilin her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili olması gerektiği belirtilmiştir.

⁶⁷⁸ Güven (2008), s. 764.

⁶⁷⁹ Güven (2008), s. 764.

⁶⁸⁰ 1086 Sayılı ve 1927 Tarihli “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu”, yerine 12.01. 2011’de 6100 Sayılı “Hukuk Muhakemeleri Kanunu” kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 01.10.2011’de yürürlüğe gireceğinden tezin usûl hukukuna ilişkin kısımlarında Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) esas alınacaktır. (Bununla birlikte HMK ile 1086 sayılı HMUK’ta yapılan esaslı hüküm değişikliklerine de karşılaştırmalı olarak yer verilecektir).

HMK ile malvarlığına ilişkin davalarda sulh ve asliye hukuk arasındaki miktara göre yapılan ayırım ortadan kalkmıştır. Dava konusu para olan ya da para ile değerlendirilebilen (malvarlığına ilişkin) davalarda asıl görevli mahkemenin asliye mahkemeleri olacağını hükme bağlanmıştır. Pekcanitez vd. (2011), s. 108-109.

⁶⁸¹ Aynı yerdeki asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasında ilişki işbölümüdür. Asliye ticaret mahkemesi ile sulh hukuk mahkemesi arasında görev ilişkisi bulunmaktadır. Dava konusunun miktar veya değerine bakılmaksızın tüm malvarlığını ilgilendiren ticarî davalar artık asliye ticaret mahkemesinde görülecektir. Sulh hukuk mahkemeleri malvarlığını ilgilendiren ticarî davalarda görevli olmayacaktır. Pekcanitez vd. (2011), s. 136.

İhtisas mahkemelerinin bulunması durumunda tazminat davasının hangi mahkemede açılacağı konusu gündeme gelebilir. Nitekim uygulamada Yargıtay, deniz taşıma işine ilişkin olarak kartel oluşturulduğu ve dolayısıyla rekabet ihlâlinden zarara uğranıldığı iddiasının ileri sürüldüğü bir olayda, İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi'nin görevli ve yetkili olduğunu kabul etmiştir⁶⁸².

4.2.3. Yetkili mahkeme

Rekabet ihlâlinden kaynaklanan tazminat davalarında, yetkili mahkeme HMK'da yer alan yetki ile ilgili hükümlere göre belirlenir. Buna göre haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir (HMK m. 16). Haksız fiilin işlendiği yer, haksız fiilin işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı yerdir. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın gerçekleştiği yer farklı ise, zararın gerçekleştiği yerde de dava açılabilir⁶⁸³.

Rekabet hukuku kurallarının ihlâlinden doğan zarar Türkiye genelinde etkili olmuşsa, zararın etkisinin görüldüğü her yerde dava açılabilir. Ayrıca, haksız fiilden doğan davalarda yetki kuralları genel yetkiyi kaldırmadığı için, davanın açıldığı tarihteki davalı gerçek veya tüzel kişinin yerleşim yeri sayılan yer mahkemesi de yetkilidir (HMK m. 6/1).

RKHK m. 57 hükmüne göre, birden fazla teşebbüsün davranışları sonucu ortaya çıkan zarardan, zarara neden olanlar müteselsilen sorumlu olmaktadır. Bu nedenle, Kanunun ihlâlının birden fazla teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi halinde yetkili mahkemenin tespiti gerekir. Usul hukukumuzda kural olarak, davalı sayısı birden fazla ise davanın bunlardan herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılması mümkündür (HMK m.7/1). Ancak bu kuralın istisnası davalıların tamamı hakkında dava sebebine göre kanunda, ortak yetkiyi taşıyan bir mahkemenin belirtilmesi durumunda ortaya çıkar. Bu hâlde davaya ortak yetkiyi taşıyan yer mahkemesinde bakılır. Ortak yetkili mahkemenin yetkisi, kesin yetki olarak düzenlendiğinden,

⁶⁸² Yargıtay 11. H.D., Karar Tarihi: 10.10.2007, Esas No: 2006/9834, Karar No: 2007/12673. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güven (2008), s.767.

⁶⁸³ HMK'da, 1086 sayılı HMUK'tan farklı olarak uygulama ve doktrindeki görüşler de dikkate alınarak, haksız fiilin işlendiği yer ile zarar farklı bir yerde gerçekleşmişse zararın gerçekleştiği yerde de dava açılabilir kabul edilmiş, ayrıca zararı önleme amacıyla açılacak davalar için muhtemel zarar yeri mahkemesi de yetkili kılınmıştır. Pekcanitez vd. (2011), s. 125.

davanın, davalılardan birinin yerleşim yerinde değil, ortak yetkili mahkemede açılması gerekmektedir⁶⁸⁴. Örneğin haksız fiil birden fazla teşebbüs tarafından işlenmişse, davalıların tamamı hakkında haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi ortak yetkili mahkeme olacağından, davaya bu yer mahkemesinde bakılır⁶⁸⁵.

Tüzel kişilere karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, tüzel kişinin yerleşim yerinin, yani merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Şubenin tüzel kişiliği olmadığı için, şubenin yaptığı işlemlerden doğan davalarda taraf olarak şubenin bağlı olduğu kişi (merkez) davalı gösterilmekle birlikte, dava merkezin bulunduğu yer dışında şubenin bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir (HMK m. 14/1).

Tazminat davalarında, mahkemelerin yetkisi kamu düzeni esasına göre belirlenmediğinden, yani kesin yetki bulunmadığından, tarafların yetki sözleşmesine göre, yetkili mahkemeyi belirlemeleri, böylece aslında yetkisiz bir mahkemeyi yetkili hale getirmeleri mümkündür. Yetki sözleşmesine ilişkin HMK m. 17 hükmü uyarınca, tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler⁶⁸⁶. Hükümden de anlaşılacağı üzere, yetki sözleşmesi yapabilecek olan kişiler sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri olarak sınırlandırılmıştır. Böylece güçlü konumda olan tarafın, zayıf durumda olan tarafa yetkisiz bir mahkemeyi yetkili kabul ettirmesinin önüne geçilmiş olmaktadır⁶⁸⁷. Dolayısıyla artık, tacir olmayan gerçek veya tüzel kişilerle geçerli bir yetki sözleşmesi yapılamayacağından, yetki sözleşmesinin güçlü konumda olan taraflarca kötüye kullanılması da engellenmiş olacaktır.

Rekabet ihlallerinde genel olarak ihlâli gerçekleştirenlerle zarara uğrayanlar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, taraflar arasında bir yetki sözleşmesinden bahsetmek pek mümkün değildir. Ancak özellikle dikey anlaşmalarda anlaşmanın tarafı olan güçlü konumdaki üretici veya sağlayıcının, daha zayıf konumda bulunan bayilerle yapmış olduğu anlaşmalarda, kimi zaman, rekabeti ihlâl eden hükümlere yer verildiği ve bu hukuka aykırı hükümlerin tartışma şansı olmaksızın

⁶⁸⁴ HMK m. 7'nin madde gerekçesinde belirtildiği üzere, ortak yetkili mahkemenin yetkisi kesin yetki haline getirilmiştir; Pekcanitez vd. (2011), s. 122.

⁶⁸⁵ Pekcanitez vd. (2011), s. 126.

⁶⁸⁶ Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır. Yani aksi kararlaştırılmadıkça yapılan yetki sözleşmesi münhasır yetki sözleşmesi şeklinde olacaktır.

⁶⁸⁷ Pekcanitez vd. (2011), s. 130.

bayilere dikte edildiği ve uygulatıldığı haller de söz konusu olabilmektedir. Bu halde kendisine anlaşma koşulları ve bunların uygulanması dikte edilen tarafın da haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep etme hakkı olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu tip dikey anlaşmalarda güçlü konumdaki üretici firmaların genel olarak kendi yerleşim yerinin olduğu yer mahkemelerini yetkili kıldıkları görülmektedir. Oysa sabit fiyat şartı veya yeniden satış fiyatı belirlemeye dönük dikey anlaşmalarda yer alan yetki şartı da dikey anlaşma gibi geçersiz olacağından, davanın haksız fiilin meydana geldiği yerde (ki genellikle burası bayiinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdir) açılması mümkün olmalıdır.

Yabancılik unsuru bulunması durumunda ise, yetkili mahkeme Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun⁶⁸⁸ (MÖHUK) hükümlerine göre belirlenecektir. Buna göre, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder (MÖHUK m. 40 vd.). Ayrıca, yabancılik unsuru taşıyan olaylarda, MÖHUK’a göre, yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarında yabancılik unsuru taşıyan ve borç ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olur (MÖHUK m. 47).

Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir (HMK m. 9-(1))⁶⁸⁹

4.2.4. Uygulanacak hukuk

Rekabet hukukunun ihlâlinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk ile ilgili olarak “*etki ilkesi*” çerçevesinde, merkezleri yurt dışında bulunan teşebbüslerin yaptıkları anlaşmaların, teşebbüs birliği kararlarının ve uyumlu eylemlerin, Türkiye sınırları içindeki mal ve hizmet piyasalarını etkilemesi halinde, Türk hukukunun, yani

⁶⁸⁸5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 27 Kasım 2007, Resmi Gazete Tarihi: 12 Aralık 2007, Resmi Gazete Sayısı: 26728.

⁶⁸⁹Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme olarak Türkiye’deki mutad meskeni kabul edilmiştir. Dolayısıyla davalının Türkiye’de son oturduğu yer ve Türkiye’de herhangi bir malı veya teminatı bulunuyorsa, dava konusu olmayan o malın veya teminatın bulunduğu yerin de yetkili olması kabul edilmemiştir. Pekcanitez vd. (2011), s. 121-122.

RKHK hükümlerinin uygulanması gerekir⁶⁹⁰. Zira, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun amaç ve kapsam maddesindeki ifadelerden yola çıkılarak, yabancı teşebbüslerin, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki mal ve hizmet piyasasındaki faaliyetlerinin ve /veya bu piyasaları etkiliyor ise, ülke dışındaki faaliyetlerinin Kanun kapsamında sayıldığı kabul edilmektedir (RKHK m. 2, MÖHUK m. 38/1).

RKHK’da açıkça etki ilkesini çağrıştıran bir ifade olarak “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen*” denilmek suretiyle, bu piyasalarda faaliyet göstermediği hâlde “*etkileyen*” teşebbüslerin kanun kapsamında oldukları kabul edilmiştir. O yüzden teşebbüslerin, Türkiye’de ya da yabancı bir ülkede kurulu olmasına ya da Türkiye’de mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteriyor olmasına bakılmaksızın, eylemin sonucunun Türkiye’de piyasaları etkilemesi halinde kanun kapsamında olduğunun kabulü gerekecektir⁶⁹¹.

4.2.5. Tazminat davalarında taraflar

4.2.5.1. Davacı taraf

RKHK tazminata ilişkin hükümlerinde, kimlerin davacı ya da davalı olabileceği açıkça belirtmemiştir. Sadece, Kanun’un 58. maddesinde rakip teşebbüslerin dava açabilecekleri ifadesi yer almaktadır. Oysa Kanun, tazminata ilişkin hükümleri genel hükümler yanında ayrıca düzenlediğine göre, davacı ve davalıların da belirtilmesi uygun olurdu⁶⁹².

Kimlerin davacı olabileceği, esas olarak maddî hukuk, yani sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler çerçevesinde tespit edilecektir. Buna göre davacı taraf sıfatı hukuka aykırı fiillerden zarar gören kişilere verilecektir⁶⁹³. Dolayısıyla davacı taraf sıfatının belirlenmesinde, zarar kavramı ve buna ilişkin olarak ortaya atılan

⁶⁹⁰ G. Tekinalp ve Ü. Tekinalp (2006). Rekabet hukukunda etki ilkesi. *Tuğrul Ansay’a Armağan*, Ankara: Turhan Kitapevi, s. 327; Ayrıca bu tür tazminat davalarında rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin etkilerinin doğduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır.

⁶⁹¹ K. Erol (2001). *Rekabet kurallarının ülke dışı uygulanması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 158

⁶⁹² Aslan (2007), s. 786.

⁶⁹³ Taraf sıfatı, dava konusu subjektif hak ile taraflar arasındaki ilişkidir. Taraf sıfatı dava şartı değildir. Bir kimsenin hak sahibi olup olmadığının tespiti davanın esasına girildikten sonra tespit edilir ve bu durumda ise dava esastan ret veya kabul edilir. B.Kuru, R. Arslan ve E. Yılmaz (2006). *Medeni usûl hukuku*. (17. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 277-280; Pekcanitez vd. (2011), s. 213; B.Kuru (2001). *Hukuk muhakemeleri usulü cilt I*. (6. Baskı). İstanbul: Demir Demir Müşavirlik Yayıncılık Ltd., s.1157-1158; E. Erişir (2007). *Medeni usûl hukukunda taraf ehliyeti*, İzmir: Güncel Yayınevi, s. 62.

ve sorumluluğu sınırlandıran hâller dikkate alınmalıdır. İhlalden zarar gördüğü iddiası ile dava açanların uğradığı zarar ile ihlâl edilen norm arasında hukuka aykırılık bağının olması, yani meydana gelen zararın rekabet hukuku kurallarının koruma amacı içinde kalması gerekir. Bu bağ yoksa ya da zarar normun koruma amacı içinde yer almıyorsa, zarara uğrayan kişinin davacı taraf sıfatının olmadığı kabulü gereklidir.

Kanun'un tazminata ilişkin hükümlerine bakıldığında, davacı rekabet hukuku kurallarının ihlâl edilmesinden dolayı zarara uğradığını iddia eden kişi ya da kişilerdir. Kanun'un 57. maddesi, Kanun'a aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşmanın sonucu olarak bir zarar ortaya çıkarsa, zarar görenlerin bu zararlarının tazminini talep edebileceğini düzenlemektedir⁶⁹⁴. Bundan, Kanun'un davacılar bakımından bir sınırlamaya gitmediği, yani tüketicilerin, mevcut veya potansiyel rakiplerin⁶⁹⁵ ve diğer teşebbüslerin de (dağıtıcılar, toptancılar ve perakendeciler gibi) dava açmalarının mümkün olduğu sonucu çıkarılabilir⁶⁹⁶. Ancak, rekabet ihlâlinden doğan bütün zararların giderilmesi, zarar miktarının tam olarak belirlenmesindeki güçlükler ve zararın geniş kitlelere yayılmasından dolayı mümkün değildir. Bu bakımdan, tazminat davalarında davacılara yönelik olarak, uygulama ve doktrinde bir takım sınırlamalara gidildiği görülmektedir.

RKHK'nın tazminata ilişkin hükümlerinin, sorumluluk hukukuna ilişkin genel hükümlerden farklı olarak yansıma yoluyla meydana gelen zararlara ilişkin bir istisna getirmediği, dolayısı ile yansıma yoluyla meydana gelen zararın, normun koruma amacı kapsamında olmadığı için tazminat davalarında dikkate alınmaması gerektiğini belirtmiştik⁶⁹⁷. Bu nedenle rekabeti sınırlayan davranışlardan doğrudan zarar gören rakip teşebbüslerin, bu rakip teşebbüslerin dağıtıcı ve alıcılarının ve tüketicilerin

⁶⁹⁴ Kanun, zarar görenler olarak tüketicileri ve rakipleri öngörmekle birlikte, piyasanın bütünü bakımından oluşacak zarar için bir telafi mekanizması oluşturmamıştır. Devlet rekabetin kısıtlanmasından toplumun uğradığı zararlar için dava açamayacaktır. Bununla birlikte, Rekabet Kurulu'nun bu işlevi kamu hukuku yaptırımları ile yerine getirdiği söylenebilir. Arı (2004), s. 231.

⁶⁹⁵ RKHK m. 58 zarar görenler yerine, rekabetin sınırlanmasından etkilenen ifadesini, zarar olarak yorumlamak gerekir. Bu yorum potansiyel davacıların dava açamayacakları anlamına gelmemektedir. Özellikle ilgili ürün piyasasına giriş engelleri bu bağlamda potansiyel rakiplere de dava açma hakkı vermektedir. Arı (2004), s. 233.

⁶⁹⁶ RKHK 57. madde gerekçesinde "*Maddede, rekabetin bozulması nedeniyle bundan zarar gören teşebbüslerin veya bu nitelikte olmayan gerçek veya tüzel kişilerin, zarar veren taraflardan bu zararın giderimini tazmin edebileceği hükme bağlanmıştır*" ifadesi yer almaktadır. 57. maddenin gerekçesinden kanun koyucunun tazminat talep etme hakkını sadece rakip teşebbüslerle sınırlandırmak istemediği anlaşılmaktadır.

⁶⁹⁷ Bkz yukarıda s. 144 vd.

tazminat talep etme hakkına sahip oldukları kabul edilirken ihlâlden zarar gören teşebbüslerin pay sahiplerinin, alacaklılarının ve teminat verenlerin tazminat davası açması mümkün görünmemektedir.

Davacı sıfatı asıl olarak rakip teşebbüslere, tüketicilere ve bazı hâllerde rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşmanın tarafına ait olduğundan aşağıda taraflar bakımından konu ayrıca incelenmiştir.

4.2.5.1.1. Rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşmanın taraflarının birbirleri hakkında tazminat davası açabilmeleri

Rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşmaların taraflarının, bazen bu anlaşmadan ötürü zarara uğradıkları görülmektedir. Bu zararların tazmini amacıyla, rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşmaların taraflarının birbirleri hakkında dava açabilmeleri konusunda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Konuya ilişkin olarak **Arı**, taraflar bakımından uygulanması gereken hükümlerin RKHK m. 56 hükmü uyarınca sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler olduğunu, ihlâlin tarafı olan kişilerin üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olduklarını ve bu durumda tarafların aynı uyuşmazlığa ilişkin hem müteselsilen sorumlu olması hem de davacı olabilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir⁶⁹⁸. **Aslan**, kartel üyelerinin birbirlerine rekabet ihlâli nedeniyle tazminat davası açamayacaklarını, bunların ihlâli birlikte gerçekleştirdiklerini, RKHK m. 4 hükmü kapsamında olan dikey anlaşmalarda ise, hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olmadıkça, her iki tarafın birlikte rekabeti sınırlayıcı sonuçları doğurmalarının söz konusu olduğunu ifade etmektedir⁶⁹⁹.

Kanaatimizce, rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşmanın taraflarının davacı taraf sıfatına sahip olup olmadıkları konusunda ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Genel olarak kabul edildiği üzere rekabete aykırı yatay anlaşmalarda (özellikle birlikte fiyat tespiti, pazar paylaşımı vb.) tarafların ihlâli kendi iradeleri ile birlikte gerçekleştirdiği kabul edildiğinden, bu tip bir anlaşmanın tarafının RKHK m. 57 hükmü çerçevesinde tazminat davası açabilmesi mümkün değildir. Ancak dikey anlaşmalarda ihlâle katılan teşebbüslerin ihlâlin gerçekleşmesinde etkin ve güçlü konumda yer alan taraftan tazminat talep etmeleri bazı hâllerde mümkün olabilmelidir. Zira bu tip dikey

⁶⁹⁸ Arı (2004), s. 232.

⁶⁹⁹ Aslan (2007), s.786.

anlaşmalarda genellikle (örneğin, otomotiv ya da beyaz eşya piyasasında yapılan dağıtım sözleşmelerinde) hakim durumda olan sağlayıcıdan mal almak ve bunun için de onun kararlarına uymak zorunda olan, zayıf konumdaki alıcılar (bayiler), söz konusu dikey anlaşmanın hükümlerini sağlayıcı ile tartışma imkanı olmadan, kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Yani genellikle sözleşme hükümleri hâkim konumdaki sağlayıcı tarafından dayatılmaktadır. Bu gibi hâllerde sözleşme hükümleri kendine dayatılan bayilere rekabete aykırı anlaşmanın tarafı olsalar bile tazminat davası açma hakkı verilmelidir⁷⁰⁰. Diğer yandan taraflar arasında yapılan sözleşmede zarara uğrayanın rızasının olduğu kabul edilse bile, bir tarafın sözleşmeyi diğer tarafa dayatması durumunda bu rıza, bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmeyerek, rekabet ihlâli sonucu ortaya çıkan zararın tazmininin talep edilebilmesi mümkün olmalıdır⁷⁰¹. Nitekim konuya ilişkin Yargıtay kararlarına baktığımızda, dikey anlaşmalarda zarara uğrayan sözleşme tarafının tazminat taleplerinin kabul edildiği görülmektedir⁷⁰². Ayrıca, hakim durum söz konusu olsa bile, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün yaptığı dağıtım sözleşmeleri, RKHK m. 6 hükmü kapsamında değil, teşebbüslerarası anlaşmalarla ilgili 4. madde kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁰³.

Rekabete aykırı anlaşmanın taraflarının uğradıkları zararların hangi hükümler çerçevesinde tazmin edileceği konusu da tartışmalıdır. Zira zarar görenlerin haksız fiil hükümlerine mi, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine mi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine mi başvuracağı ya da bu taleplerin yarışabilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. **Arı** zarar görenlerin dilerse haksız fiil hükümlerine dilerse sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine başvurabileceğini

⁷⁰⁰ Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, dava konusu dikey anlaşmada yer alan fiyat tespitine ilişkin şartların, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 4/a maddesi uyarınca tavsiye niteliğini aşmadığına ve üretici tarafından baskı niteliği taşımadığına, bu nedenle dikey anlaşmada yer alan şartların geçerli olduğuna karar vermiştir. Kararda Yargıtay dikey anlaşmanın taraflarının davacı olamayacağını ilişkin bir tespit yapmadığı gibi, üretici tarafından baskı niteliği taşıyan şartların geçerli olmayacağına da dolayısıyla dile getirmiştir (Yargıtay 19. H.D., E.2004/9634, K.2005/4463, T, 21.04.2005); İsviçre rekabet hukukuna, anlaşmanın taraflarının tazminat davası açma hakkıyla ilgili olarak doktrinde farklı görüşler bulunmakla beraber, kartel üyelerinin birbirlerinden tazminat istemelerinin mümkün olmadığı, ancak bunun dışında sözleşmenin dayatılması durumunda tazminat talep hakkının olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Özsunay (2005), s.130.

⁷⁰¹ Güven (2008), s. 746.

⁷⁰² Yargıtay 19. H.D., E.2004/9634, K.2005/4463, T, 21.04.2005, Yargıtay 13. H.D., E.2002/12626, K.2002/14028, T, 25.12.2002; Yargıtay 11. H.D., Karar Tarihi: 23.06.2006, Esas No: 2005/3755, Karar No: 2006/7408 vb.

⁷⁰³ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2002-1-27, Karar Sayısı: 05-65/928-250, Karar Tarihi:06.10.2005.

belirtmiştir⁷⁰⁴. Benzer şekilde **Atila**’ da zarar gören ile zarar veren arasında zararı doğuran olay gerçekleşmeden önce mevcut bulunan bir hukukî ilişkinin, zarar görenin haksız fiil hükümleri çerçevesinde zararını talep etmesine engel olmadığını, bu hâllerde zarar gören açısından sözleşmeden ve haksız fiilden doğan hakların yarıştığını, zarar görenin dilerse sözleşme hükümlerine göre, dilerse haksız fiil hükümlerine göre uyuşmazlığın çözümlenmesini isteyebileceğini belirtmektedir⁷⁰⁵

RKHK m. 56 hükmünde, RKHK’nin 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birliği kararının geçersiz olduğu ve RKHK’nin 4. maddesine aykırı anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği belirtilmektedir⁷⁰⁶. Bu durumda geçersiz bir sözleşme sebebiyle zarar gören tarafın sözleşme hükümlerine dayanması mümkün olmadığından, zarara uğrayan taraf ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tazminat talep edebilecektir⁷⁰⁷. Ancak bu hâllerde bile zarara uğrayan sözleşme taraflarının haksız fiil hükümlerine göre tazminat

⁷⁰⁴ Arı (2004), s. 215.

⁷⁰⁵ Atila (2009), s.18-19.

⁷⁰⁶ RKHK m. 56’da, RKHK’nin 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birliği kararının geçersiz olduğu ve RKHK’nin 4. maddesine aykırı anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği, daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizlik nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcunun, Borçlar Kanununun 63 ve 64. maddelerine tabi olduğu ve Borçlar Kanunu’nun 65. maddesi hükmünün RKHK’den doğan ihtilaflara uygulanmayacağı belirtilmektedir.

⁷⁰⁷ Aksoy, 4054 sayılı Kanunda yer alan geçersizlik yaptırımına ilişkin olarak; kısmi butlan hükümlerinin rekabet hukuku sözleşmelerine uygulanmasında, 4. madde kapsamına giren tüm sözleşmeleri aynı ölçüler içinde değerlendirmenin doğru olmadığını, rekabeti kısıtlayan sözleşmeleri tarafların amaçlarına göre farklı kriterlere göre değerlendirmenin yerinde olacağını, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarda, anlaşmanın tümünün mü geçersiz sayılacağı yoksa kısmi butlan hükümlerinin mi uygulanacağı konusunda karar verebilmek için, anlaşma ile elde edilmek istenen amacı ve geçersiz olan hükümlerin anlaşmanın esasını oluşturup oluşturmadığını irdelemek gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, kartel sözleşmeleri ile fiyat tespiti, pazar paylaşımı, boykot vb. amaçla yapılmış sözleşmelerde tarafların amaçlarının rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduğuna şüphe olmadığından, anlaşmanın esasının sakatlanacağını, dolayısıyla kartel anlaşmalarında kısmi butlan hükümlerinin uygulanması mümkün görünmediğini haklı olarak ifade etmektedir. Ancak yazar dikey anlaşmalarda tarafların asıl amacının rekabeti sınırlamak olmadığını ve bu nedenle örneğin bir bayilik sözleşmesinde yer alan fiyat tespiti vb. bir hükmün kısmi butlanla sakat olduğu kabul etmekte ve sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olmayan bu gibi rekabete aykırılık durumlarında, taraflardan birisinin sözleşmenin tamamen geçersiz olduğunu ileri sürmesinin, onun kötüniyetli davranarak sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulmak istemesinin bir sonucu da olabileceğini belirtmektedir. Aksoy (2003), s. 46-48. Oysa özellikle fiyat tespitine ilişkin hükümler içeren, bu nedenle RKHK m. 4’e aykırı olan ve muafiyetten yararlanması mümkün olmayan dikey anlaşmalarda, rekabet hukukuna aykırı olan hükümler “*tarafların hukuka aykırı hükümler olmasaydı o sözleşmeyi yapmayacakları*” şeklinde anlaşılabilirliğinden, tam (mutlak) butlan nedeniyle bu tip sözleşmelerin tümüyle geçersiz kabul edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira bu tip dikey anlaşmalarda fiyat sözleşmenin esaslı noktalarından birini oluşturmaktadır. Özellikle asgari satış fiyatının (yeniden satış fiyatının) tespiti hâllerinde, bayi bu fiyatın altında satış yapamayacağından, rekabet etme gücü ortadan kalkabilecek ve hatta ticarî faaliyetlerini sonlandırması gündeme gelebilecektir. Bu hâllerde fiyat sözleşmenin esaslı bir unsurunu oluşturmakta olduğundan dikey anlaşmalarda yer alan fiyat tespitine ilişkin hükümlerin sözleşmeyi tümüyle geçersiz kılması söz konusu olabilir.

talep edebilmelerinin iki nedenle daha uygun bir çözüm yolu olacağı kanaatindeyiz⁷⁰⁸. İlk olarak rekabet hukuku kurallarına aykırı dikey anlaşmalarda hukuka aykırılık, anlaşma koşullarını dayatan tarafın yapmış olduğu, haksız fiil sorumluluğuna yol açacak bir davranış sonucu meydana gelmektedir. Söz konusu hukuka aykırılık, bir dayatmanın ürünü olduğu için sözleşmeyi geçersiz kılmakta ve aynı zamanda haksız fiil sorumluluğuna neden olmaktadır.

İkinci olarak, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tazmin edilebilecek zararın kapsamı haksız fiil hükümlerine nazaran oldukça dar tutulduğundan, meydana gelen çoğu zararın tazmin edilememesi sonucu da ortaya çıkabilecektir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre bir geri verme borcunun doğabilmesi için, bir kimsenin malvarlığın da bir çoğalmanın (zenginleşmenin) meydana gelmesi gerekir. Zaten sebepsiz zenginleşme sebebiyle açılacak davalarda, istenebilecek alacağın azami sınırını da malvarlığındaki bu çoğalma tayin eder⁷⁰⁹. Bu nedenle taraflar arasında yapılan anlaşma geçersiz olsa bile davalı tarafın malvarlığında bir çoğalma meydana gelmemişse, uğranılan zararın tazmin edilmesi mümkün değildir. Diğer yandan uğranılan zararın miktarı davalı tarafın malvarlığında meydana gelen çoğalmanın çok üstünde olsa bile, bu zararların ancak çoğalma kadar olan kısmı geri vermenin kapsamına girebilecektir. Bu nedenle zarar görenler zararın giderimi için sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanırsa, uğranılan zararların çoğu geri vermenin kapsamına girmeyecektir. Buna mukabil haksız fiil hükümlerine göre dava açılırsa, zarar görenler haksız fiil sorumluluğuna dair diğer koşulların da varlığı halinde uğradıkları zararın tamamını tazmin edebilmektedirler⁷¹⁰.

4.2.5.1.2. Tüketiciler ve diğer müşteriler

RKHK'nın tazminat sorumluluğuna yol açan hükümlerinin koruma amacının sadece rakip teşebbüslerle sınırlı tutulması, davacıların kapsamı açısından Kanun'un

⁷⁰⁸ Aynı yönde, Öz (2000), s. 181; Topçuoğlu (2001), s. 299-300.

⁷⁰⁹ Eren (2006), s. 819-820.

⁷¹⁰ Sebepsiz zenginleşmeden doğan davalarda yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri sayılan yer mahkemesi olacaktır. Haksız fiil hükümlerine göre açılan davalarda yetkili mahkeme, genel yetkili mahkeme dışında, haksız fiilin meydana geldiği yer, yani haksız fiilin işlendiği ya da tamamlandığı yer mahkemesi olacaktır. Dikey anlaşmalarda zarar gören davacı (bayi) sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanırsa davasını davalının (üreticinin- sağlayıcının) ikametâhının bulunduğu yer mahkemesinde açmak zorunda kalacaktır. Oysa haksız fiil hükümlerine dayanırsa kendi yerleşim yerinin bulun yer mahkemesinde dava açabilecektir.

amaçladığından çok fazla bir kısıtlama getirilmesine yol açabilir. Davacıların kapsamına dönük bu kısıtlama, rekabet hukuku kurallarının etkin bir şekilde uygulanmasını güçleştirecektir. Bu açıdan, piyasa zinciri içerisinde son halkada kalan tüketicilerin menfaatleri de normun koruma amacı içinde kaldığından, tüketicilerin ve diğer müşterilerinde davacı taraf sıfatına sahip olduklarının kabulü gerekir⁷¹¹.

RKHK m. 57 ve 58 hükümlerinde, kimlerin davacı olabileceği açıkça belirtilmemiş olsa da, tüketicilerin ve diğer müşterilerinde davacı taraf sıfatını taşıdıkları genel olarak kabul edilmektedir⁷¹². Tüketicilerin zararı genelde, fazla bedel ödeme şeklinde veya satış sonrası hizmetlerin sınırlandırılması şeklinde ortaya çıkmakta olup, bu hâllerde tüketicilerin malvarlığında bir azalma meydana geldiği ölçüde tüketicilere ve diğer müşterilere de dava açma hakkı tanınmalıdır.

4.2.5.1.3.Rakip teşebbüsler

RKHK m. 58/I hükmü ikinci cümlesinde, rakip teşebbüslerin tazminat davasında davacı taraf sıfatına sahip oldukları açık bir şekilde düzenlenmiştir. Rakip teşebbüs kavramı, aynı ürün piyasasında mal veya hizmet üreten teşebbüsleri ifade eder. Ayrıca, birden çok teşebbüsün anlaşarak bir potansiyel rakibi pazar dışına çıkarması (dışlaması) halinde ise, potansiyel rakiplerde dava açma hakkına sahip olacaklardır⁷¹³.

RKHK m. 57 hükmünde yer alan hükme dayanılarak açılacak tazminat davası karşı dava yoluyla da ileri sürülebilir. Örneğin fikri mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle kendisine karşı dava açılan kişi, davacının fikri mülkiyet haklarını RKHK’da yer alan yasaklayıcı hükümlere aykırılık oluşturacak şekilde kullanarak kendisine zarar verdiğini iddia ediyorsa, karşı dava açarak zararın tazminini talep edebilir⁷¹⁴.

⁷¹¹ Uygulamada, ihlâlden az miktarlarda zarar gören çok sayıda tüketicinin tazminat taleplerini mahkemelere taşıması ve bunların zararlarının hesaplanması zor gözüktüğü de, tüketicilerin de zararlarını tazmin ettirme hakkına sahip oldukları kabul edilmelidir. Aynı yönde bkz. Özsunay (2005), s.145; Gürzumar (2005), s. 143-148, 161.

⁷¹²Gürzumar (2005), s. 161; Öz (2000), s. 181; Topçuoğlu (2001), s. 299-300. Atıla (2009), s.107-108; İnan, teorik düzeyde mümkün olsa bile pratikte tüketicilerin, RK 57 ve 58. maddelerine dayanarak dava açabilmelerinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. İnan (1999), s. 16-17; Sayhan, Tüketicilerin normun koruma amacı içinde kalmadıklarından bahisle davacı olamayacaklarını ifade etmektedir. Sayhan (2005), s. 59.

⁷¹³ Atıla (2009), s.109; Arı (2004), s. 233.

⁷¹⁴ Odman (2002), s. 298-299; Güven (2008), s. 749.

4.2.5.2. Davalı taraf

Tazminat davası, RKHK m. 4 hükmüne aykırı anlaşmanın ve uyumlu eylemin tarafı olan teşebbüslere, teşebbüs birliklerine veya teşebbüs birliği kararını uygulayan üyelere karşı açılabilir. Ayrıca, Kanunun 6. maddesine aykırı olarak hakim durumu ya da birlikte hakim durumu kötüye kullanan teşebbüs veya teşebbüslere ve Kanunun 7. maddesi uyarınca, yasak olan ekonomik yoğunlaşmayı uygulamaya sokan taraflara karşı da açılabilir. Rekabet hukuku kurallarını ihlâl eden davranış ya da anlaşmaya taraf olmamakla birlikte, ihlâlden dolayı olarak menfaat elde edenlere karşı dava açılması ise mümkün değildir⁷¹⁵.

Tüzel kişiliği olmayan teşebbüs veya teşebbüs birliklerine karşı tazminat davası açmak, bu toplulukların taraf ehliyeti bulunmamasından dolayı mümkün değildir⁷¹⁶. Bu durumda davalı olarak, teşebbüs birliği değil buna dahil olan gerçek ya da tüzel kişiler gösterilecektir⁷¹⁷. Tüzel kişiliğe sahip olan teşebbüs birliklerine karşı, tazminat davası açmak mümkündür. Bazı durumlarda rekabet ihlâli bir grup şirketi bünyesinde yer alan teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmiş olabilir. Bir yavru şirketin ana şirketten bağımsız karar alamadığı durumlarda ana şirket, bir veya birden fazla yavru şirketi tarafından gerçekleştirilen ihlâllerden sorumlu tutulabilir. Bu durumlarda, tazminat davası ana şirkete karşı açılmalıdır. Ayrıca, RKHK m. 6'nın ihlâli nedeniyle açılan bir davada, görünürde ihlâli gerçekleştiren yavru ortaklığın değil de, (diğer ortaklıklar ile birlikte) ana ortaklığın davalı olarak gösterilmesinin, gerek hakim durumun tespit edilmesi ve gerekse tazminatın tahsil edilmesi açısından daha uygun olacağı söylenebilir.

4.2.6. İspat yükü

İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için

⁷¹⁵ Fiyat karteli nedeniyle piyasa fiyatlarının artması sonucu, karteile taraf olmayan teşebbüsler de fiyat arttırmakta ve bu teşebbüslerin alıcıları da yüksek fiyat ödemek durumunda kalmaktadırlar. Bu alıcıların karteile taraf olmayan teşebbüslere dava açması söz konusu olamaz. Sanlı (2003), s. 249-253.

⁷¹⁶ Taraf ehliyeti dava şartıdır. Hakim davanın başında dava şartlarının bulunup bulunmadığını, kendiliğinden incelemeli ve dava şartlarının bulunduğunu tespit ettikten sonra davanın esasını incelemeye geçmelidir. Pekcanitez vd. (2011), s. 207-208; Erişir (2007), s. 248.

⁷¹⁷ Aslan (2007), s. 787; Tüzel kişiliği olmayan topluluklar bakımında, kanun koyucunun bir topluluğu davada doğrudan muhatap ya da talepte bulunan olarak kabul ettiğine ikin somut bir dayanak bulunmadığı sürece, topluluğun taraf ehliyetinin bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Erişir (2007), s. 219.

delil gösterilir (HMK m. 187/1). Dava konusu uyuşmazlığın konusu olan vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğini, kural olarak hâkim kendiliğinden araştıramayacağından, bu vakıaların ispatı taraflarca gerçekleştirilecektir. Ancak ispat faaliyetini yerine getirecek olan tarafın kim olduğu ve bu ispatı gerçekleştiremezse bunun sonucunun ne olacağını ispat yüküne ilişkin kurallar belirler⁷¹⁸. İspat yükü, belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usûlî bir yükür⁷¹⁹. İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir (HMK m. 190/1).

Rekabet hukukunda, tazminat davaları bakımından, ispat yüküne ilişkin genel kurallar geçerlidir. Yani, iddia edilen vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf ispatla yükümlüdür⁷²⁰. Bu bağlamda, davacı, davanın kendi lehine sonuçlanabilmesi için davanın dayanağı olan şartları, duruma göre haksız fiilin bütün unsurlarını⁷²¹, yani davalının hukuka aykırı bir fiille kendisine zarar verdiğini, bu zararlar fiil arasında uygun nedensellik bağı bulunduğunu, davalının kusurunu ve uğradığı zararını ispat yükü altındadır. Eğer davacı ispat yükünü yerine getiremezse, davalının ispat yönünden herhangi bir faaliyette bulunmasına gerek olmadan, davacının davası red edilir. Çünkü ispat yükü, ispatsızlığın riskini taşıyan tarafta (somut tazminat davasında davacıda) olması sebebiyle, sonuç davacı aleyhine olmaktadır.

⁷¹⁸ Pekcanitez vd. (2011), s. 443; İspat yüküne ilişkin kurallar, bir somut vakıa iddiasının ispatsız veya belirsiz kalması durumunda, hangi taraf aleyhine karar verileceği sorusuna cevap vererek, belirsizlik halinin aşılmasına hizmet eden ve dolayısıyla maddî meseledeki belirsizliğe rağmen hukukî mesele hakkında hâkime bir yönde karar verme yükümlülüğü yükleyen maddî hukuka ilişkin kurallardır. Pekcanitez vd. (2011), s. 443-444; Atalay (2001), s. 9.

⁷¹⁹B. Umar ve E. Yılmaz (1980). *İspat yükü*. (2. Baskı). İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 2-3; Pekcanitez vd. (2011), s. 443-444.; O. Atalay (2001). *Menfi vakıaların ispatı*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s. 9; Kuru vd. (2006), s. 419;; S. Taşpınar (2001). *Medeni yargılama hukukunda ispat sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 162-163; S. Üstündağ (1997). *Medeni yargılama hukuku cilt I-II*. 6. Bası. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, s. 613; T. Akkaya (2003). *Medeni usûl hukukunda delillerin hasredilmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 5 vd.

⁷²⁰ İspat yüküne ilişkin olarak Medeni Kanun m. 6 hükmü “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*” şeklindedir. Medeni Kanunun 6. madde hükmünü “*ileri sürdüğü olaydan kendi lehine haklar çıkaran kimse, iddia ettiği olayları ispat etmelidir*” şeklinde anlamak gerekir. Umar ve Yılmaz (1980), s. 86-88; Kuru vd. (2006), s. 421-422; Üstündağ (1997), s. 615; Doktrinde, 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren yeni Medeni Kanunun ispat yüküne ilişkin ifade tarzının, eski düzenlemeyi aşmadığı ve norm kuramının Kanun metnine tam olarak yerleştirilemediği belirtilmiştir. H. Konuralp ve E. Tercan (2003). *Türk Medeni Kanunun başlangıç hükümleri ile kişiler hukuku hükümlerinin medeni usûl ve icra iflâs hukuku açısından değerlendirilmesi*. Eskişehir: *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı*, s. 11-12; Ancak HMK m. 190/1 hükmüyle bu sorun giderilmiş bulunmaktadır.

⁷²¹ Umar ve Yılmaz (1980), s. 102-105, E. Yılmaz (2006). Rekabet hukukunda ispat yükü. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 79.

Davacı, rekabet ihlâlinin yani, anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin veya hakim durumun kötüye kullanıldığını ya da kanunun yasakladığı bir birleşme ve devralmanın varlığını ortaya koymalıdır. Her ne kadar fiilin ihlâl ettiği normu hâkim tespit etse de, davacı ihlâlin neden hukuka aykırı olduğunu ispat yükü altındadır⁷²².

Davacının, davalının hukuka aykırı fiili kusur ile gerçekleştirdiğini de ispatlaması gerekmektedir. Ancak, daha önce bahsedildiği üzere, rekabet hukukuna özgü çoğu hâlde hukuka aykırılık ve kusur iç içe geçtiği için⁷²³, davacının hukuka aykırılığı ispat etmesi, davalının kusurunun da ispat edildiği anlamına gelecektir ki, bu da davacının işini epeyce kolaylaştıracaktır.

Zararın ispatı bakımından, rekabet hukuku özellik arz eder. Davacı, sadece zarara uğradığını ve zararın kapsamını değil, aynı zamanda zararın rekabet hukuku kuralları çerçevesinde tazmin edilebilmesinin mümkün olduğunu da ispat etmelidir⁷²⁴. Örneğin, davacı özellikle hukuka aykırı fiil olmasaydı, malvarlığında bir çoğalmanın olacağını iddia ederken, böyle bir çoğalmaya uygun koşulların varlığını da ispat etmelidir⁷²⁵.

Davacı, fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağı ispat etmelidir. Yani davacı, uğradığı zararın bir rekabet ihlâlinden kaynaklandığını ispat etmelidir. Bazı durumlarda nedensellik bağı, ayrıca ispatlanmayı gerektirmeyecek kadar açık olabilir. Bu hâller dışında nedensellik bağının maddî koşulunun davacı tarafından ispatı gereklidir⁷²⁶.

⁷²² İhlâlin varlığını tespit eden Rekabet Kurulu kararını takiben açılan tazminat davalarında, hukuken Kurul kararı mahkeme için bağlayıcı niteliğe sahip olmasada, bu karar davacının ispat yükünü yerine getirmesinde yardımcı olacaktır. Kurul kararına karşı Danıştay’da iptal davası açılmış ise, Danıştay’ın hukuka aykırılığa ilişkin verdiği karar, kesin delil teşkil edeceğinden, davacının ihlâlin varlığını ayrıca ispatlamasına gerek kalmayacaktır. Bkz. Bölüm 4.2.1.2.3. “Uyuşmazlığa İlişkin Bir Karar Verilmiş Olması”, s. 187. vd.

⁷²³ Bkz. Bölüm 4.1.2.7 “Kusur şartı”, s. 15.vd.

⁷²⁴ Sanlı (2003), s. 254, Yerel mahkeme, önüne gelen bir davada, rekabet ihlâli olup olmadığını ve muafiyet kapsamında bir işlemin olup olmadığını değerlendirdikten sonra, ihlâl olduğu ve muafiyetin bulunmadığı sonucuna varmış ve ihlâl nedeniyle bir zararın oluşup oluşmadığını incelemiştir. Mahkeme olayda rekabet ihlâli nedeniyle zararın oluştuğunun ispat edilememesi nedeniyle tazminat taleplerini red etmiştir. Bu arada Kadıköy Asliye Ticaret Mahkemesinin Rekabet Kurulu’na hiç başvurmadan söz konusu tazminat davasını karara bağladığı görülmektedir. (Kadıköy Asliye 3. Ticaret Mahkemesi, Esas no; 2002/739, Karar no; 2006/266, Tarih, 04.04.2006)

⁷²⁵ Cengiz (2006), s. 383.

⁷²⁶ A. Kılıçoğlu (2006), s. 213-214.

Sonuç olarak rekabet ihlâli nedeniyle açılan bir tazminat davasında zarar gördüğünü iddia eden davacı, ihlâlin varlığını, zararını, zararın ihlâl nedeniyle gerçekleştiğini ve zararın rekabet hukuku kuralları çerçevesinde tazmin edilebilir bir zarar olduğunu ve davalının kusurunu ispat yükü altındadır.

Rekabet hukukunda tazminat davalarında genellikle, davacılar ile davalılar arasında ihlâl ilişkisi önemli bir bilgi asimetrisi vardır. Bu açıdan, kanun koyucu RKHK m. 59’da, davacıların yaşayacağı ispat güçlüğüne aşmalarına yardımcı olacak şekilde, uyumlu eylemlerin ispatı konusunda RKHK m. 4 hükmünde yer alan uyumlu eylem karinesine benzer bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre;

Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer⁷²⁷.

Doktrinde bu düzenlemenin yorumu ve 4. maddede yer alan uyumlu eylem karinesi ile olan ilişkisine yönelik farklı görüşler bulunmaktadır.

Aslan, 59. maddeyle, 4. maddede yer alan uyumlu eylem karinesine benzer bir karine getirilmeye çalışılarak ispat yükünün kolaylaştırıldığını, zarar görenlerin bir anlaşmanın varlığını ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi delilleri yargı organına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükünün davalılara geçeceğini ve böylece ispat yükünün ters döneceğini belirtmektedir⁷²⁸.

⁷²⁷ RKHK m. 59/I’nin gerekçesinde “maddede 4. maddenin üçünü fıkrasına paralel olarak, ispat yükünü belirli birtakım emarelerin varlığı halinde davalı tarafa geçiren uyumlu eylem karinesi düzenlenmiştir” ifadesi yer almaktadır. Kanunda geçen “rekabeti sınırlayıcı uygulamalar” deyiminin Kanun’da başka herhangi bir yerde geçmediği için gereksiz olduğu ve Kanun’un hakim durumun kötüye kullanılması halini de unuttuğu görülmektedir. İnan (2004), s. 53-54.

⁷²⁸ Aslan (2008), s.796-797; Aslan ayrıca, bu kariden yararlanmanın sanıldığından daha güç olacağını iki nedenle ileri sürmektedir. Bunlardan birincisi bu kanıtların bulunmasının zor olması, ikincisi uzmanlık işi

Yılmaz, Kanun'un 59. maddede davacı lehine bir karine koymak suretiyle onun işini kolaylaştırdığını, bu hükümde ispat hukuku bakımından birbirinden farklı hususların, teknik açıdan doğru olmayan şekilde bir arada ifade edildiğini belirtmektedir. Yazar, davacının, yasaklanan bir anlaşmanın varlığını ispat etmesi ile kendisine düşen ispat yükünü yerine getirmiş olduğunu ve kanun bu konuda herhangi bir düzenleme getirmemiş olsa dahi, asıl ispat yapıldığı için ispat yükünün (daha doğrusu karşı ispat yükünün) kendiliğinden davalılara geçeceğini belirtmektedir⁷²⁹.

Budak, rekabet hukuku ihlâli iddiasında bulunan tarafın, bu iddiasını ispat etmek bakımından karineden yaralanmasının söz konusu olacağını, mahkemenin rekabet hukuku ihlâlinin gerçekleştiğini kabul etmesi için, bu iddianın “piyasanın fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtlarla” ispat edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu delillerin, hâkimde kanaat oluşturmak için yeterli, rekabet hukuku ihlâlinin gerçekleştiği konusundaki *makul kuşkuları ortadan kaldıracak mahiyette* deliller olması gerektiğini, yoksa belirsizlik durumunun devam etmesine rağmen, hâkimde yalnızca rekabet hukukunun ihlâl edilmiş olabileceği konusunda bir şüphe uyandırmış olmasının iddianın ispat edilmiş sayılması için yeterli olmayacağını söylemektedir⁷³⁰.

Kanaatimizce, RKHK m. 59/I hükmünde düzenlenen karine, kesin olmayan bir kanunî olay karinesidir. Bu bağlamda, bu karine ispat yükünü ortadan kaldırmamakta ve ispat yükünün yerini değiştirmemektedir⁷³¹. İspat yükünü taşıyan tarafın (rekabet

olan bu davaların gerektirdiği iktisadî analizleri zaten iş yükü çok olan mahkemelerin yapamayacağıdır. Aslan (2008), s.796; İnan, Kanunun 59. maddesindeki karinenin bir “özel hukuk karinesi” olduğunu ve maddede önce uyumlu eylemin tanımlanarak karinenin belirlendiğini sonra da karinenin nasıl çürütüleceğinin gösterildiğini belirtmektedir. Ayrıca m.4/IV'deki karinenin çürütülmesine ilişkin düzenlemenin 59. madde bakımından da kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. İnan (2004), s. 53-54.

⁷²⁹E. Yılmaz (2006), s. 79-80.

⁷³⁰ Yazar ayrıca, m.59'daki karinenin, medenî yargılama hukuku ilkeleri gereği, bir kanunî olay karinesi niteliğinde olduğunun ve kanunî olay karinelerine ispat yükünün yer değiştirmeyeceğini, sadece karine teşkil eden maddi vakıaların ispatının, aksi yönde tatminkâr deliller bulunmadıkça, kanun hükmünde belirtilen hukuki sonucun uygulanması için yeterli kabul edilmesini sağladığını ve kanunî karinelerin, belirsizliğin ispatı halinde *belirsizlik* durumunun, karineyi ispat etmeyi başaran taraf lehine ortadan kalktığını öngördüğünü, yoksa *belirsizlik* durumunun devamına rağmen karşı taraf aleyhine hüküm verilmesini sağlamadığını belirtmektedir. A. C.Budak (2003). Rekabet hukukunda deliller ve ispat. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 59-60.

⁷³¹ Bu noktada; *ispat yükü*, *ispat yükünün paylaşılması*, *delil gösterme yükü* ve *karine* kavramlarının açıklanması ihtiyacı doğmaktadır. İspat yükü; belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda

hukukundan doğan tazminat davalarında lehine haklar çıkarmak isteyen davacıların), uyumlu eylemin varlığını ispatlamak için, uyumlu eylemin içerdiği, rekabeti bozucu gizli işbirliğini doğrudan delillerle ispatlaması her zaman mümkün olmadığından (doğrudan ispat faaliyetiyle⁷³²), bu kişiler, uyumlu eylemin varlığına emare teşkil eden

vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usûlî bir yüküdür. Bir husus kanunun aradığı şekilde ispatsız kaldığında, o husus hakkında kimin aleyhine karar verilecekse ispat yükü o taraftadır. İspat yükü objektif ve subjektif ispat yükü olarak ikiye ayrılmaktadır. Objektif ispat yükü, hükmün temelini oluşturan olayların ispat edilmemesi hâlinde belirsizliğin rizikosunu kimin taşıyacağını açıklarken, subjektif ispat yükü, çekişmeli olayların ispatı için hangi tarafın delil ikame edeceğini belirler. Pekcanitez vd. (2011), s. 444-445; Umar ve Yılmaz (1980), s. 2-4; Delil ikame yükü (Subjektif ispat yükü); objektif ispat yükü kuralları sebebiyle, hakim aleyhte karar verme tehlikesini bertaraf etmek amacıyla, tarafların delil ikamesi faaliyetiyle kendi vakıa iddialarının, doğruluğu veya karşı taraf iddialarının, yerinde olmadığı yolunda hakimde yeterli derecede bir kanaat oluşturma yükü olarak tanımlanabilir.

İspat yükü ispat edilmeme riskinin kime ait olduğunu belirlerken, delil gösterme, ispat yükünün yerine getirilme biçimi ve yöntemi ile ilgilidir. Çoğu kez ispat yükü taşıyan taraf, delil gösterme yükünü de taşır ise de, her zaman böyle değildir. Örneğin, iyi niyetin varlığını ispat etmesi gereken taraf, Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca, iyi niyeti de ispat etmiş sayılır ve iyi niyetin yokluğu hakkında delil gösterme yükü karşı tarafa geçer. İspat yükünü düzenleyen kurallar maddi hukuka, delil ikamesi yükünü düzenleyen kurallar ise usûl hukukuna ilişkin kurallardır. Ayrıca soyut delil gösterme yükü daima ispat yüküne bağlı iken, somut delil ikame yükü, ispat kuralları ile ilgili olmayıp, tamamen delillerin değerlendirilmesi faaliyetine bağlıdır, bu nedenle taraflar arasında yer değiştirmesi mümkündür. Pekcanitez vd. (2011), s. 449-450.; Umar ve Yılmaz (1980), s. 33-36; A. Başözen (2010). *Medeni usûl hukukunda ilk görünüş ispatı*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 92-93.

Karine: Bilinen bir olaydan, özellikle bilinmeyen diğer bir olayın veya hukuksal durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına imkân tanıyan kurallardır. İspat hukukunda karine, vasıtalı delillerle ispat edilen bir olayın, ispat edilemeyen sonucu olarak tanımlanır. Karine, karine temeli ve karine sonu olarak iki kısımdan oluşur. Karineye dayanan taraf, uygulanacak normun koşul vakasını ispat etmek zorunda değil ise de, karine temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükünü taşımaktadır (HMK m. 190). Karine, fiili karineler ve kanunî karineler olarak ikiye ayrılır. Fiili karineler, bir hukuk kuralına dayanmaksızın, tarafların vakıa iddialarının doğruluğu veya bir delilin değeri hakkında hâkimin kanaat oluşturmaya yarayan, hayat tecrübesi kurallarına dayanan değer yargılarıdır. Fiili karineler ispat yükü bakımından bir değişiklik yaratmazken, yasal karineler ispat yükünün gerçek istisnasıdır. Kanunî karineler, kanunlarda belli bir olaydan belli olmayan bir olay için sonuç çıkarılmasına imkân veren kurallardır, kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır. Kanunî karineler kesin- kesin olmayan kanunî karineler olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin kanunî karinelerin aksi iddia ve ispat edilemezken, Kesin olmayan kanunî karinelerin aksi ispat edilebilir (HMK m. 190/2). Pekcanitez vd. (2011), s. 438- 439.; Umar ve Yılmaz (1980), s. 165-170; Üstündağ (1997), s. 621; Atalay (2001), s. 47. Kanunî karineler, olay ve hak karineleri olarak da ikiye ayrılırlar. Kanunî olay karineleri, belirli bir hukuki sonucun doğumu için varlığı gerekli olumlu ya da olumsuz bir olayın gerçekleşmiş olduğunun, var olduğu anlaşılan fakat hukuksal sonuçla ilgisi olmayan başka bir olaydan çıkarılmasına olanak veren bir kanun kuralıdır. Hak karineleri ise bir hakkın veya hukuki ilişkinin halen var olduğu veya var olmadığı hakkında bir sonuca varılması sonucunu doğuran kanunî karinedir. Umar ve Yılmaz (1980), s. 167-172; Atalay (2001), s. 46; Bu noktada karine kavramı ile sıklıkla karıştırılan varsayım kavramının açıklanması ihtiyacı da doğmaktadır. Karinede, belirli (a) vakıasından, belirli olmayan (b) vakıasının kabulü söz konusudur. Varsayım ise, belirli bir olaya kanunen doğrudan bağlanan sonuçtur. Karinede, birinci vakıa bilinmemekte, ikinci vakıa bilinmemektedir ve bilinenden hareketle bilinmeye ilişkin sonuç çıkarılmaktadır. Varsayımda ise, her iki vakıa da bilinmektedir. Ancak, ilk vakıa için kabul edilen hukukî sonuç ikinci vakıa içinde geçerli sayılmaktadır. Özellikle ispata etkisi bakımından varsayım ve kanuni olay karinesi sıklıkla birbirine karıştırılmaktadır. Pekcanitez vd. (2011), s. 440; Taşpınar (2001), s. 155.

⁷³² İddia konusu maddi olayın varlığını doğrudan ve açıkça ortaya koyan delillerle ispatlanmasına “doğrudan ispat” adı verilmektedir. Bu yöntemde kullanılan delillere “doğrudan deliller” adı verilmektedir. O. Atalay (1999). Emare ispatı. *Manisa Barosu Dergisi*, C.18, S. 70, s.7-9; Pekcanitez vd (2011), s. 460.

vakıaların (uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi karine temelinin) varlığını ispatlayınca (dolaylı ispat - emare ispatı ile⁷³³) rekabetin bozulduğunun doğrudan ispatı gerekliliği de ortadan kalkmaktadır. Kanun koyucu, uyumlu eylemlerin varlığının doğrudan ispat yöntemiyle ispatlanmasının, uyumlu eylemin gizlilik ve örtülülük yöntemleriyle gerçekleşmesi nedeniyle oldukça güç olduğunun farkında olarak, RKHK m. 59/I'deki karine ile uyumlu eylemin dolaylı ispat yöntemiyle ispatlanmasına imkân tanımaktadır⁷³⁴. Davacının dolaylı ispat yöntemiyle uyumlu eylemin varlığını ispatlaması durumunda, ispat yükü sabit olduğundan, m. 59'da belirtilen “*ispatlama yükü davalılara geçer*” ifadesini, aslında, “*delil gösterme yükü davalılara geçer*” şeklinde anlamak gerekir.

RKHK m. 59'daki bu karine kesin olmayan bir yasal karine olduğu için, delil gösterme yükü kendilerine geçen davalılar, rekabetin bozulmasında uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlayarak, hâkimde beliren kanaati ortadan kaldırmaya çalışacaktır. Yani davalılar, karine sonucunun doğumunu veya karineyi, aksini ispat faaliyetiyle bertaraf etmeye çalışacaktır. Bu noktada tazminat davasında davalının karinenin aksini ne şekilde ispat edeceğine dair Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aksini ispat faaliyetinde davalılar her türlü delilden yararlanabilecek midir? Yoksa RKHK m. 4 son fıkrada belirtildiği üzere “ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla” mı bu ispat faaliyetini yerine getireceklerdir? İnan'ın da belirttiği üzere m.4/IV'deki karinenin çürütülmesine ilişkin düzenlemenin 59. madde bakımından da kıyasen uygulanması gerekmektedir⁷³⁵. Bu halde davalılar ancak,

⁷³³ İddia konusu maddi olayın varlığını doğrudan yansıtan delillerin bulunmaması durumunda, bu olayla ilgili emare teşkil eden belirli (komşu) olayların değerlendirilmesi suretiyle olayın gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılmasına “dolaylı ispat” adı verilmektedir. Bu ispat türüne “emare ispatı” da denir. Atalay (2001), s. 8; Üstündağ (2007), s. 621; Dolaylı ispat yönteminde iddia konusu olayla ilgili belirli olaylara “emare” adı verilmektedir. Önce emare olaylar kanıtlanmakta, sonra emare olay ya da olaylara dayanılarak iddia konusu olayın gerçekleşmiş olup olmadığına ilişkin bir değerlendime yapılarak sonuca varılmaktadır. Dolaylı ispat yöntemi, ispatlanmasında güçlük olan, bu nedenle tecrübe kurallarına gereksinim duyulan alanlarda kullanılan bir yöntemdir. S. Taşpınar (1996). Fiili karinelerin ispat yükünün dağılımındaki rolü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.45. S. 1-4, s. 541-542; Bkz. H. Konuralp. (2007). Rekabet hukukunda deliller ve değerlendirilmesi. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 18-19.

⁷³⁴ Medeni usûl hukukunda, dolaylı ispat yöntemi, iddia konusu maddi olayın ispatlanması için, ispat güçlüğü bulunan alanların hukukun denetimi dışında kalmasını engellemek amacıyla, tek başına yeterli kabul edilmektedir. Atalay (1999), s. 8-17; Taşpınar (1996), s. 541-542.

⁷³⁵ İnan (2004), s. 53-54.

ekonomik ve rasyonel gerekçelere uygun delillerle karinenin aksini ispat edebileceklerdir. Bunun için de, ya piyasadaki rekabet düzeninin bozuk olmadığını, aksine rekabetin bulunduğunu ortaya koyacak deliller sunacak ya da piyasadaki rekabet düzeninin bozulmuş olduğunu kabul etmekle beraber bunun gizli bir işbirliğinden değil piyasanın işbirliğine gereksinim duyulmayacak kadar koordinasyona tamamen uygun oligopol yapısından kaynaklandığını ortaya koyan ekonomik deliller sunacaktır⁷³⁶.

4.2.6.1. İspat ölçüsü

Hâkimin bir vakıanın ispatlanmış sayılması için o vakıanın doğruluğu konusunda bir kanaate sahip olması gerekir. Bu kanaatin derecesini ise ispat ölçüsü belirler. Bu açıdan ispat ölçüsü hâkimin dayanan vakıayı ispatlanmış kabul edebilmesi için gereken kanaatin derecesini ifade eder⁷³⁷. İspat faaliyetinin ne zaman başarılı olmuş sayılacağı ise, önceden soyut ve genel bir kurallar halinde ortaya konan ispat ölçüsüne göre belirlenir. İspat ölçüsü ile delillerin değerlendirilmesinin birbirinden farklı içeriklere sahip olduğunu da (aralarında sıkı bir ilişki mevcut olmakla birlikte) belirtmek gerekir. İspat ölçüsü vakıa iddiasının ne zaman ispatlanmış sayılacağını anlatırken, delillerin değerlendirilmesi ise, somut davada, gereken kanaat derecesine ulaşıp ulaşılmadığını, yani iddianın doğruluğunun ispatlanıp ispatlanmadığı meselesi ile ilgilenir. Yani hâkim, uygulanacak normdaki ispat ölçüsünü öncelikle belirleyecek ve daha sonra bu ölçü çerçevesinde kendisinde kanaat oluşup oluşmadığını değerlendirecektir⁷³⁸.

İspat ölçüsü bazen tam ispat olarak aranırken (kesinlik sınırındaki ihtimal derecesi) bazı hâllerde yaklaşık ispat (ağır basan ihtimal derecesi) yeterli görülmektedir⁷³⁹. Yaklaşık ispat ölçüsü, tam ispat ölçüsünün maddi olayların nitelik ve koşulları gereği sağlanamadığı alanlarda, bu alanların hukukun denetiminin dışında kalmasının engellenmesi amacı ile kabul edilmektedir⁷⁴⁰. Yaklaşık ispat ölçüsünün üst sınırı ilgili normun anlam ve amacına göre değişebilir. Ancak bu üst sınır ne kadar yüksek olursa olsun, yaklaşık ispat ölçüsünün, iddia konusu maddi olayın

⁷³⁶ Cengiz (2006), s. 393.

⁷³⁷ Pekcanitez vd. (2011), s. 454; Başözen (2010), s. 112.

⁷³⁸ Atalay (2001), s. 39; Pekcanitez vd. (2011), s. 454; Başözen (2010), s. 114.

⁷³⁹ Atalay (2001), s. 43; Pekcanitez vd. (2011), s. 454; K. Yıldırım (1990). *Medeni usûl hukukunda delillerin değerlendirilmesi*. İstanbul: Kazancı Yayıncılık, s. 39; Başözen (2010), s. 114.

⁷⁴⁰ Başözen (2010), s. 138.

gerçekleşmemiş olduğu olasılığını, düşük de olsa daima içerdiğini belirtmek gerekir⁷⁴¹. Türk medenî usûl hukukunda tam ispat ölçüsünün kural, yaklaşık ispat ölçüsünün ise istisnai nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁷⁴².

Doğrudan ispat yönteminde, yöntemin niteliği gereği tam ispat ölçüsünün arandığı tartışmasız kabul edilmekle birlikte, dolaylı ispat yönteminde, dolaylı delillerin verileri tam ispat ölçüsünün sağlanması bakımından yeterli olmayabilir, yani yaklaşık ispat ölçüsünü aşamayabilir. Bu bağlamda, medeni usûl hukukumuzda dolaylı ispat yönteminin kabul edildiği durumlarda dahi, sadece yaklaşık ispat ölçüsünün mü kabul edileceği, yoksa bazı durumlarda tam ispat ölçüsünün mü sağlanabileceği konusu tartışmalıdır⁷⁴³. Kanaatimizce, RKHK m. 59/I'deki karineye dayanarak uyumlu eylemin dolaylı ispat yöntemiyle ispatlanmasında yaklaşık ispat ölçüsünün sağlanması yeterli kabul edilmelidir. Buna karşın **Cengiz**, RKHK m. 59/I'deki karineye dayanarak uyumlu eylemin dolaylı ispat yöntemiyle ispatlanmasında, tam ispat ölçüsünün sağlanmasının gerekliliği nedeniyle dolaylı ispat yöntemiyle sadece yaklaşık ispat ölçüsünün sağlanabileceği görüşü kabul edilirse, uyumlu eylemin dolaylı ispat yöntemiyle ispatlanmasının reddi; dolaylı ispat yönteminde bazı durumlarda tam ispat ölçüsünün de sağlanabileceği görüşü kabul edilirse, uyumlu eylemin dolaylı ispat yöntemiyle ispatlanmasının sadece bu tam ispat ölçüsünün sağlanabildiği durumlar bakımından kabulü, bunun dışındaki durumlar bakımında reddi gerekeceğini ifade etmektedir⁷⁴⁴.

Dolaylı ispat yöntemiyle ilgili olarak emare ve ilk görünüş ispatına da değinmek ve benzer kavramlarla karşılaştırılması yapmak gerekmektedir. Emare ispatı uygulanacak hukuk kuralındaki koşul vakıya yabancı komşu vakıaların ispatlanması yoluyla, hayat tecrübesi kurallarına dayanılarak, hukukî sonuç bakımından önem taşıyan vakıaların ispatlanmış sayılması şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁴⁵. Emare ispatı bir dolaylı

⁷⁴¹ Pekcanitez vd. (2011), s. 457; K. Yıldırım (1990), s. 65-66; Cengiz (2006), s. 272.

⁷⁴² Pekcanitez vd. (2011), s. 458; Başözen (2010), s. 134-136; K. Yıldırım (1990), s. 40; Türk hukukunda yaklaşık ispat, ihtiyatî tedbirler, ihtiyatî haciz, doğrudan iflas hâlleri, ilk görünüş ispatının geçerli olduğu hâller, menfi vakıa iddiaları, tecrübe kuralları ile ispat ve emare ispatının caiz olduğu vakıalar gibi istisnai durumlarda söz konusu olmaktadır. Atalay (2001), s. 44; Pekcanitez vd. (2011), s. 458; H. Konuralp (1999). *Medeni usûl hukukunda ispat kurallarının zorlanan sınırları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 18-29. Pekcanitez vd. (2011), 458.

⁷⁴³ Cengiz (2006), s. 392-396; Budak (2003), s. 59.

⁷⁴⁴ Cengiz (2006), s. 274-275.

⁷⁴⁵ Atalay (1999), s. 4; Pekcanitez vd. (2011), s. 461; Başözen (2010), s. 58.; Taşpınar (1996), s. 540-542.

ispat olduğundan, komşu vakıaların ispatı ile asıl vakıalar hakkında hâkimde bir kanaat oluşturulmaya çalışılmaktadır⁷⁴⁶.

İlk görünüş ispatı ise, aksinin kabul edilmesi için özel nedenlerin bulunmaması koşuluyla, doğruluğu konusunda genel kabul bulunan, güvenilirliği yani ispat gücü kuvvetli tecrübe kuralları aracılığıyla kanıtlanan belirli maddi olaylardan hareketle, mahkemenin delillerin değerlendirilmesi çerçevesinde, uygulanacak normdaki maddi olaya ilişkin unsurların tamamının gerçekleşmiş olduğu sonucunu çıkarmasına olanak tanıyan ispat türüdür. İlk görünüş ispatında emare ispatından farklı olarak, olayların tipik akışı mahkemede ilk bakışta belirli bir kanaatin oluşmasına imkân tanımaktadır⁷⁴⁷. Emare ispatında olduğu gibi ilk görünüş ispatı da tam ispatın mümkün olmadığı hâllerde uygulama yeri bulur⁷⁴⁸.

RKHK m. 59/I'deki karineye dayanarak uyumlu eylemin dolaylı ispat yöntemiyle ispatlanmasında, emarelere dayanılarak, ispatlanması olanaklıdır. Bu bağlamda RKHK m. 59/I'deki karineye dayanarak uyumlu eylemin dolaylı ispat yöntemiyle ispatlanmasında, ortaya konan deliller yaklaşık ispat ölçüsünü sağlayacak

⁷⁴⁶ N. Boran (2007). Bir karar ışığında ispat hukukunun bazı kavramlarına bakış. *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 3, S.8, s. 777. Taraflar, komşu vakıaların kanunî unsurlarının gerçekleştiğini büyük bir ihtimal dâhilinde gösterdiği zaman, hâkim bu vakıalara dayanarak hüküm verecektir. Emare ispatında, komşu vakıadan yaşam deneyine ve mantık kurallarına dayanılarak somut vakıa hakkında sonuç çıkarılmaya çalışılmaktadır. Komşu vakıaların kanunî unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ise, tecrübe kuralları ile belirlenecektir. Emare vakıa ve bu vakıanın dayanağı olan tecrübe kuralı kuvvetli ise, “*kuvvetli emare ispatı*”, emare vakıa ve bu vakıayla ilgili olan tecrübe kuralı zayıf ise, “*basit emare ispatı*” söz konusu olmaktadır. Atalay (1999), s. 14.

⁷⁴⁷ Atalay (1999), s. 8; K. Yıldırım (1999), s.124; Taşpınar (1996), s. 542; İlk görünüş ispatı tecrübe kurallarına dayanır. Bu ispat türünde bir ispat vasıtası değil, aksine genel yaşam deneyi kaidelerinin, delillerin serbestçe değerlendirilmesi çerçevesinde göz önüne alınması söz konusudur. Böylece her tecrübe kuralından ilk görünüş ispatı olarak istifade edilemeyeceğini ifade etmek gerekir. İlk görünüş ispatı ile emare delil arasındaki fark ise, ispat ölçüsünün azaltılmasında yatmaktadır. Dolayısıyla ilk görünüş ispatı şartları ve sonuçları bakımından tam ispattan ayrılır. İlk görünüş ispatı ile ulaşılan ispat gücü, talepleri bakımından tam ispattan çok farklı olmakla birlikte “ilk görünüş” delil sonucu bakımından tam ispat ile uyusulmadığını göstermektedir. L.Keser (2001). İlk görünüş ispatı (prima facie beweis). İzmir: Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel'e Armağan, s. 238-239; Doktrinde, ilk görünüş ispatı ve emare ispatı arasında farklar bulunduğu ifade edilmekle birlikte, her iki ispat türün de tümevarım yöntemine dayanan düşünsel bir çaba olduğu ve bu nedenle emare ispatının, ilk görünüş ispatının bir ara türü olduğu ve ilk görünüş ispatının kuvvetli bir emare ispatı olduğu belirtilmektedir. Atalay (1999), s. 12-13; K. Yıldırım (1990), s.137-138; Taşpınar (1996), s. 542-543.

⁷⁴⁸ Pekantez vd. (2011), s. 462; Başözen, dolaylı ispat türü olarak kabul gören emare ispatı ile ilk görünüş ispatı arasında sonuçları bakımından önemli farklılıklar bulunduğunu ifade etmektedir. Yazar ilk görünüş ispatının ispat ölçüsünün düşürülmesi işlevini gördüğünü, emare ispatında ise ispat ölçüsünün azaltılmasına müsaade edilmediğini belirtmektedir. Başözen (2010), s. 62- 63. Bu nedenle Yazar, emare ispatı söz konusu olduğunda, istenilen ispat ölçüsü seviyesine ulaşıp ulaşılmadığı konusunda ayrıntılı araştırma yapma gereği bulunurken, ilk görünüş ispatının güvenilirlikleri yüksek tecrübe kurallarına dayanmasından dolayı, o olaya ilişkin tecrübe kuralının daha yüksek bir ihtimali yansıtmaya özelliği bulunduğundan bununla yetinildiğini belirtmektedir. Başözen (2010), s. 64.

nitelikte değilse, davalı aksi yönde hiç ya da yeterli delil sunmamış olsa dahi, RKHK m. 59/I'deki karineye dayanan davacı, uyumlu eylemi ispatlayamamış sayılacaktır⁷⁴⁹.

RKHK, m. 59/I'deki karine dışındaki hâllere özgü bir istisna getirmediğinden ve Türk medenî usûl hukukunda tam ispat ölçüsünün kural olarak sağlanması gerektiğinden, m. 59/I'deki karine dışındaki hâllerde doğrudan ispat yöntemiyle tam ispat ölçüsünü sağlanması gerekmektedir. **Atalay** bu konuda;

Tam ispatın arandığı vakıaların sadece kesin delille ispat zorunluluğu olan hukuki ilişkilerden ibaret olmadığını, maddi hukuk kuralından yaklaşık ispatın yeteceği anlaşılmadıkça, vakıalar (hukuki fiiller) ve senetle ispatı zorunlu olmayan hukuki işlemler için de tam ispat ölçüsünün geçerli olacağını, belirtmektedir⁷⁵⁰.

Ancak, davacının rekabet ihlâli nedeniyle uğradığı zararın miktarını, her zaman tam olarak ispat etmesi mümkün olmayabilir. Davacının, uğradığı zararın miktarını tam olarak ispatlayamadığı hâllerde, dosyada mevcut deliller ve olayların normal akışı bir zararın varlığı için yeterli görülüyorsa, hâkim takdir yetkisini kullanarak zararın miktarını tespit edecektir.

4.2.7. Deliller ve ikamesi

Deliller, ispat faaliyetinde kullanılan ve hâkimde dava öncesi, mahkeme dışında gerçekleşmiş olan vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasına yarayan ve çekişmeli vakıayı temsile elverişli olan inandırma araçlarıdır⁷⁵¹. Deliller, kural olarak ispat yükünü (delil ikame yükünü) taşıyan tarafça ileri sürülmelidir. İspat yükü ispat edilmeme riskinin kime ait olduğunu belirlerken, delil ikamesi, ispat yükünün yerine getirilme biçimi ve yöntemi ile ilgilidir. Bu açıdan “*ispat yükü*” ve “*delil ikame yükü*” kavramları, birbirine karıştırabilen, ancak birbirinden tamamen farklı kavramlardır⁷⁵². Delil ikame yükü soyut ve somut delil ikame yükü olarak ikiye ayrılır. Soyut delil ikame yükü; devam etmekte olan davanın gidişatından bağımsız olarak taraflardan

⁷⁴⁹ Metin İkizler (2005). *Rekabet hukukunda uyumlu eylemler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 289; Cengiz (2006), s. 275-276.

⁷⁵⁰ Atalay (2001), s. 44-45.

⁷⁵¹ Atalay (1999), s. 7-8; Pekcanitez vd. (2011), s. 474; E. Yılmaz (2004), s. 69; K. Yıldırım (1990), s.138-139.

⁷⁵² Umar ve Yılmaz (1980), s. 34-37; Pekcanitez vd. (2011), s. 449-450; Taşpınar (2001), s. 165.

birinin kendi aleyhine bir karar verilmesini önlemek üzere, belli bir koşul vakia hakkında delil ikame yükü olarak ifade edilir. Somut delil ikame yükü ise; hâkimin görülmekte olan dava hakkında belli bir derecede bilgi sahibi olmasından sonra, taraflardan hangisinin delil ikameye davet olunacağı ile ilgilidir. Ayrıca, soyut delil gösterme yükü daima ispat yüküne bağlı iken, *somut delil ikame yükü (subjektif ispat yükü)*, ispat kuralları ile ilgili olmayıp, tamamen delillerin değerlendirilmesi faaliyetine bağlıdır, bu nedenle taraflar arasında yer değiştirmesi mümkündür⁷⁵³.

Deliller kural olarak, delil ikame yükünü taşıyan tarafça ileri sürüleceğinden, ileri sürdüğü vakıaların doğruluğunu idia eden taraf, delil göstererek bunu ispata çalışacaktır. Delillerin ileri sürülme zamanı hakkında HMK'nın 119. maddesi ve 129. maddesinde düzenlemeler getirilmiştir⁷⁵⁴. Buna göre; davacı taraf dava dilekçesinde, iddia ettiği her bir vakıanın hangi delillerle ispat edeceğini açıkça belirtmelidir (HMK m. 119/1,f). Dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye tâbi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar içinde bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması zorunludur (HMK m. 121). Davalı taraf ise cevap dilekçesinde, savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edeceğini (HMK m. 129/1,e) açıkça belirtmelidir.

Taraflar, dilekçelerinde göstermiş oldukları delillerini, dilekçeyle birlikte mahkemeye sunmamış iseler, bu hususun ön inceleme aşamasında mutlaka tespit edilmesi ve taraflara bu eksikiliğin giderilmesi için iki haftalık kesin süre verilmesi gerekir. Bu süreye rağmen delil gösterilmesindeki eksiklikler giderilmemiş ise ilgili tarafın o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına mahkemece karar verilecektir (HMK m. 140/5)⁷⁵⁵. Ayrıca taraflar, dayandıkları vakıaları ispata elverişli şekilde

⁷⁵³ Atalay (2001), s. 16-22; Pekcanıtez vd. (2011), s. 450-451; Musielak, delil ikame yükünün yer değiştirmesi kavramını, “*delil ikame yükünün taraflar arasında sarkaç gibi ileri geri salınması*” olarak ifade etmektedir. Aktaran, Atalay (2001), s. 21; Umar ve Yılmaz (1980), s. 34-37.; M. A. Tutumlu (2007). *Medeni yargılama hukukunda delillerin ileri sürülmesi*. (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 28-29.

⁷⁵⁴ Pekcanıtez vd. (2011), s. 464-465.

⁷⁵⁵ Pekcanıtez vd. (2011, 2), s. 465. Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremeyeceğinden, süresinde ve haklı mazereti olmadan delilleri mahkemeye sunmamış olan tarafın, daha sonra bu delilleri ileri sürmesi mümkün değildir. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir (HMK m. 145).

somutlaştırmak (HMK m. 194/1) ve dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakianın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmek (HMK m. 194/2) zorundadır.

Yukarıda anlatılmaya çalışıldığı üzere taraflar iddialarını dayandırdıkları olayların ispatı için ellerinde olan tüm delilleri mahkemeye sunacaktır. Bu deliller, tabii olarak tarafların kendi lehine deliller olacaktır. Kural olarak tarafların doğruyu söyleme ödevi bulunmasına rağmen, bu ödev, tarafın kendi aleyhine olan delilleri mahkemeye sunması zorunluluğunu kapsamaz⁷⁵⁶. Ancak Kanun, bir davada delil olarak dayanılan belgelerin mahkemeye verilmesini bazı hallerde zorunlu kılmaktadır. HMK belgelerin mahkemeye ibrazı zorunluluğunu davanın tarafları ve üçüncü kişiler ya da kurumlar bakımından düzenlemiştir⁷⁵⁷.

HMK m. 219 “*Tarafların belgeleri ibrazı zorunluluğu*” başlığı altında delillere erişimin kolaylaştırılması bakımından taraflara, (HMK m. 326/1’de öngörülenden daha geniş) ibraz yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre; taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Ayrıca HMK m. 220’ye göre; İbrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir (m. 220/1). Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir (m. 220/2). Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir (m. 220/3)⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Pekcanitez vd. (2011, 2), s. 491-492.

⁷⁵⁷ Pekcanitez vd. (2011, 2), s. 491-492.

⁷⁵⁸ Üçüncü kişinin belgeyi ibraz zorunluluğuna ilişkin olarak HMK m. 221’e göre; Mahkeme, üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan bir belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar verirse, bu belgenin ibrazını emreder (m. 221/1). Belgeyi ibraz etmesine karar verilen herkes, elindeki belgeyi ibraz etmek; belgeyi ibraz edememesi hâlinde ise bunun sebebini delilleri ile birlikte açıklamak zorundadır. Mahkeme yapılan açıklamayı yeterli görmezse, bu kimseyi tanık olarak

HMK'nın 219 vd. maddelerinde öngörülen belgelerin ibrazı zorunluluğu kapsamında, bir belgenin veya ticarî defterin belli parçalarının ibrazını isteyen tarafın, öncelikle mümkün olduğu kadar bu belgelerin içeriğini ve hangi hususu ispata yarayacağını açıkça belirtmesi gerekir. Aksi taktirde dava ile ilgisi olmayan belgelerin gereksiz yere incelenmesi veya bazı hallerde sırf karşı tarafın ticarî sırlarını bu yolla öğrenilmesi amacıyla kötüye kullanılması söz konusu olabilir⁷⁵⁹.

Rekabet hukukunda, tazminat davalarında ihlâli ve zararı belirlemeye yönelik geniş ve çok yönlü araştırmalar yapmak gerekmektedir. Davacıların, iddialarını ispat faaliyetine yönelik uygun delillere ulaşması, delillerin önemli bir kısmının ihlâli gerçekleştirenlerin kontrolü altında olmasından dolayı oldukça zordur. Özellikle davacının, dava konusuna ilişkin daha önceden rekabet otoriteleri tarafından bir karar verilmeden açtığı davalarda, davalının dava konusu davranışlarına ilişkin bilgi ve belgeleri davacıya vermesinin ya da davacının delillere ulaşmasının sağlanması davanın başarı ile sonuçlanması bakımından kilit rol oynamaktadır. Bu açıdan HMK'nın 219. vd. maddelerinde öngörülen belgelerin ibrazı zorunluluğuna ilişkin hükümlerin, rekabet ihlâlinden doğan tazminat davalarında zarar gören davacılar bakımından delillere erişimi oldukça kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olacağı söylenebilir.

Türk medenî usûl hukukunda, asıl olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerli olduğundan, talep sonucunu haklı gösterecek vakıaların ileri sürülmesi ve delillerin toplanıp mahkemeye sunulması taraflara aittir. Taraflarca getirilme ilkesinin istisnası ise, kamu düzenini ilgilendiren davalardır⁷⁶⁰. Rekabet ihlâlinden doğan tazminat davaları, kamu düzenini ilgilendiren davalar olmadığından, bu tür davalarda taraflarca getirilme ilkesi geçerli olacaktır⁷⁶¹. Bu durumda, davacı tarafın haksız fiil sebebiyle

dinleyebilir (m. 221/2). Belgeyi ibraz zorunda olanlar, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere göre, belgeyi ibrazdan veya bu konudaki tanıklıktan çekinebilirler. Belgeyi ibraz veya bu konuda tanıklık yapmak zorunda olanlar hakkında, tanıklara ilişkin hükümler uygulanır (m. 221/3).

⁷⁵⁹ Pekcanitez vd. (2011, 2), s. 492.

⁷⁶⁰ Taşpınar (2001), s. 95-96.; Kuru vd. (2006), s. 401-403; Y. Alangoya (1979). *Medenî usûl hukukunda vakıaların ve delillerin toplanmasına ilişkin ilkeler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 9 vd.

⁷⁶¹ Taraflarca getirilme ilkesinin istisnası olan kamu düzenini ilgilendiren davalarda, örneğin babalık davası gibi hâkim tarafların getirdikleri delillerle bağlı olmaksızın kendiliğinden delil araştırabilir. Rekabet hukukunda tazminat davalarında ise geniş anlamda kamu düzenini ilgilendirdiği söylenebilirse de, toplumun tamamının zarar gördüğü iddiası ile tazminat davası açmak mümkün olmadığından, medenî usûl hukukunu genel ilkesinden ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur.

Aksi yöndeki bir görüşe göre, özel hukuk yaptırımları uğranılan zararları gidermenin yanında, idari yaptırımlar gibi rekabeti kısıtlayanları caydırarak rekabet düzenini korumaktadır. Bu nedenle her iki yaptırım türünün amacı da aynı olduğuna göre, Rekabet Kurulu'nun soruşturmalarında geçerli olan re'sen

tazminat talep edebilmesi için, haksız fiilin tüm unsurlarını oluşturan vakıları (Kanunda belirtilen koşul vakıalara uygun somut vakıları) eksiksiz ve somut olarak ileri sürmesi ve mahkeme önüne getirmesi gerekir. Bu ilkenin bir sonucu olarak mahkeme, tarafların ileri sürmediği vakılar hakkında inceleme yapamayacaktır (HMK'nın 25/1 maddesi uyarınca Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlabileceği davranışlarda dahi bulunamaz).

Taraflarca getirilme ilkesi deliller hakkında da geçerli olacağından delillerin toplanması, delillerin bildirilmesi (yani tarafların dilekçelerle ya da sözlü olarak tutanağa yazdırarak, davada kullanacakları deliller hakkında bilgi vermeleri, delilleri beyan etmeleri) ve delillerin mahkemeye sunulması (tarafların ellerinde bulunan belgelerin asıllarının ya da örneklerinin dilekçelere eklenerek mahkemeye verilmesi veya tanıkların dinletilmesi gibi) taraflara ait olacaktır⁷⁶². Bu nedenle dava malzemelerinin mahkemeye tam olarak getirelememesinin sorumluluğunu da taraflar üstlenmiş olmaktadır. HMK'nın 25/2 maddesi uyarınca Kanunda belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz (HUMK'daki m. 75/I hükmü). Ancak hâkim, dava dosyasındaki bilgilerden olayla ilgili olduğu anlaşılan kişileri tanık olarak dinleyebilir, keşfe ve bilirkişi incelemesi yapılmasına kendiliğinden karar verebilir. Ayrıca hâkim, HMK m. 31 hükmü uyarınca, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.

Delillerin mahkemeye ibraz edilmesinden sonra, davaya bakan mahkeme gösterilen deliller vakıaların ispatına elverişli ve caiz delillerse, delilleri inceler ve değerlendirir. Delillerin sunulması ve toplanması için gerekli işlemler ise ön inceleme aşamasında yapılır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (m. 137- 142) ile “*ön inceleme*” adı verilen ve hukukumuzda ilk defa kabul edilmiş olan tahkikat öncesi bir yargılama

araştırma ilkesinin tazminat davaları bakımından da geçerli olabileceği belirtilmektedir. Ayrıca, m. 59/2 hükmünde serbest delil sistemi benimsendiğinden ve genellikle ihlâl sonucunda rekabetin kısıtlayanlara göre çok zayıf konumda olan tüketicilerin delillere ulaşmaları oldukça güç olduğundan bahisle, hâkimin gerekli gördüğü hallerde delil ibrazını kendiliğinden isteyebileceği ifade edilmektedir. O. Sekmen. (2008). *Rekabet hukukunda tazminat sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi S.B.E., s. 111-112.

⁷⁶² E. Yılmaz (1982). *Medenî yargılama hukukunda ıslah*. İstanbul: Kazancı Matbaacılık Sanayii, s. 106-107.

aşaması düzenlenmiştir⁷⁶³. Buna göre dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra, mahkeme tarafından ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede, dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler; hazırlık işlemleri ile tarafların delilleri sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda tarafları sulhe yahut arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir (HMK m. 137/1). Tüm bu işlemler, usule ilişkin hususlarla, tahkikata hazırlık işlemleri, tarafların delilleri sunmaları ve toplanması amacıyla yapılan işlemlerdir⁷⁶⁴.

Kanunda ön-inceleme aşaması ile tahkikata başlamadan evvel delillerin toplanıp tarafların bu konuda bilgi sahibi olması ve hukukî uyuşmazlıkların tartışılması sağlanmıştır. Ön-inceleme aşaması, uyuşmazlık konularının tespiti ve tarafları sulh olmaya teşvik etmenin yanında, dava konusuna ilişkin delillerin toplanmasındaki zorlukların giderilmesi ve yargılamanın gereksiz yere uzamasının engellenmesi bakımından önem arz eder⁷⁶⁵. Buna ilaveten ön-inceleme aşamasında taraflar, karşılıklı olarak delilleri inceleyebileceğinden davanın kaybedilmesi ihtimali nedeniyle sulh yoluna gitmeyi tercih edebileceklerdir. Özellikle rekabet ihlâlinin kesinleşmiş Rekabet Kurulu kararıyla tespit edildiği hallerde, üç kat tazminat riskiyle karşılaşmak istemeyen davalılar bakımından, ön inceleme aşamasında davanın sulh yoluyla çözüme kavuşması ihtimali de artırılmış olmaktadır.

HMK m. 192 hükmü gereğince Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir⁷⁶⁶.

⁷⁶³ Pekcanitez vd. (2011), s. 377.

⁷⁶⁴ Pekcanitez vd. (2011), s. 379. Mahkeme gerekli incelemeyi tamamladıktan sonra, ön inleme için bir duruşma günü tespit eder (m. 139). Hâkim ön inceleme duruşmasında, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder (m. 140/1) ve uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder (m. 140/2). Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçede gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirilecek belgelerin getirilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Eğer taraflar bu kesin süre içinde bu hususları tam olarak yerine getirmemişlerse, o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına karar verilir (m. 140/5). Ön inceleme aşaması tahkikat öncesi zorunlu bir evre olduğundan ön inceleme tamamlanmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez. (HMK m. 137/2).

⁷⁶⁵ Böylece tahkikat aşaması delillerin toplandığı değil, incelendiği ve tartışıldığı bir aşama niteliğine kavuşabilecektir. Pekcanitez vd. (2011), s. 376.

⁷⁶⁶ HMK, 1086 sayılı HMUK' daki anlayışı muhafaza etmekte ve delilleri tek tek sayarak sınırlamamaktadır. Her ne kadar HMK'da tanık beyanı, bilirkişi görüşü, senet ve yemin ayrı ayrı düzenlenmişse de amaç, sadece düzenlenmiş olan bu unsurların delil olabilmesi değildir. Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, 192. maddeyle, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceği açıkça düzenlenmiş, böylece, senetsiz ispatı caiz olan davalarda aklî, mantikî ve hukuka uygun yollardan elde

RKHK m. 59 hükmüne göre rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı “*her türlü delille*” ispat edilebileceğinden, HMK’da düzenlenen deliller, uygun olduğu ölçüde rekabet ihlâli nedeniyle açılan tazminat davalarında da kullanılabilecektir.

Kanunda açık şekilde bir ayırım yapılmamasına rağmen, medenî usûl hukukumuzda deliller, kesin delil - takdiri delil ayrımı esas alınarak incelenmektedir. Kesin deliller şartlarını, hükümlerini ve sonuçlarını kanunun belirlediği ve bu şartların mevcut olması halinde hâkimin bağlı olduğu ve takdir yetkisine sahip olmadığı delillerdir. Kesin deliller senet, yemin ve deliller arasında ayrıca düzenlenmemiş olan kesin hükümdür⁷⁶⁷. Kesin delille (senetle) ispatın imkânsız olduğu hâllerde senetle ispat zorunluluğuna istisnalar getirilmiştir. Örneğin senetle ispatı gereken bir hukukî işlem hakkında delil başlangıcı varsa tanıkla ispat mümkün hale gelmektedir. Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir (HMK m. 202/2)⁷⁶⁸. Delil başlangıcı kesin delille ispat zorunluluğunun bir istisnası olarak düzenlendiğinden, çoğu gizli şekilde yapılmış rekabet ihlâllerinin ortaya çıkarılması bakımından davacılara ispat kolaylığı sağlayacaktır.

Takdiri deliller, koşulları ve hükümlerini kanunun belirlemediği, hâkimi bağlamayan, hâkimin serbestçe takdir edeceği delillerdir⁷⁶⁹. Takdiri deliller, tanık,

edilmiş olmak koşuluyla davayı aydınlayabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği esası tereddüde yer vermeyecek bir biçimde düzenlenmiştir. Böylece, aslında 1086 sayılı Kanunda bulunmamayan ve uygulanmasında daima tereddütle karşılaşılan özel hüküm sebepleri kavramı da terk edilmiş olmaktadır. (HMK 192. madde gerekçesi); Ayrıca, 1086 sayılı HMUK’ dan farklı olarak, HMK m. 199’da sadece kesin delil olan senet değil, aynı zamanda daha üst bir kavram olarak belge kavramı da düzenlemeye kavuşturulmuştur. Buna göre; uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları belgedir. Pekcanitez vd. (2011), s. 480. Belge bir “bilgi taşıyıcısı”dır. Çok genel anlamıyla belge iradenin dış alemde varlık kazanmasını sağlayan şeydir. Ancak her belge, kanunda anlamında senet sayılmamaktadır. Örneğin delil başlangıcı, fotokopi, faks metinleri birer belgedir, ancak senet sayılmaz. Pekcanitez vd. (2011), s. 480.

⁷⁶⁷ Pekcanitez vd. (2011), s. 475.

⁷⁶⁸ Bu tanımdan anlaşılacağı üzere “delil başlangıcı” HMUK’ da yer alan “yazılı delil başlangıcından” farklıdır. Zira delil başlangıcının bir belge olduğu kabul edildiğinden, belge kavramı da kanunda geniş bir şekilde tanımlandığından, yazılı olmayan şeylerin de belge olarak kabul edilmesi söz konusu olmaktadır.

⁷⁶⁹ Pekcanitez vd. (2011), s. 475-476. Ayrıca taraflar HMK m. 293 hükmü uyarınca, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada

bilirkişi ve keşiftir. Bununla birlikte, hâkim takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hâllerde, ispat aracı niteliğindeki her şeyi delil olarak kabul edebilir.

Hakkında Rekabet Kurulu tarafından bir karar verilmemiş ya da soruşturma açılmamış ihlâl iddialarının çoğunda, kesin delillerle ispat zor olduğundan, takdiri deliller ayrı bir öneme sahip olmaktadır⁷⁷⁰. Örneğin bir dikey anlaşmada, sabit veya asgari satış fiyatının belirlenmesi halinde bayi, satışlarının rekabet edememe nedeniyle azaldığı ve bundan dolayı zarara uğradığı iddiası ile üretici teşebbüs aleyhine tazminat davası açarsa, bu ihlâlden kaynaklanan zararını somut olarak ispat etmek için gerekli delilleri de mahkemeye sunmalıdır. Zira örnek olayda bayi hem ispat yükünü hem de delil ikame yükünü taşımaktadır. Bayi bu durumda örneğin, satışlarının azaldığını gösteren bilanço ve defter kayıtlarının yanında⁷⁷¹, zararın sabit fiyat şartından kaynaklandığını ispat etmek için, rakip teşebbüslerin satış fiyat ve rakamlarını ortaya koyan belgelere ya da diğer teşebbüsten alışveriş yapmayı tercih eden müşterilerinin tanıklığına başvurmalıdır. Bayiinin bu delilleri sunarak delil ikame yükünü yerine getirmesinden sonra, delil ikame yükü üretici (ya da sağlayıcı) teşebbüse geçecektir. Bu teşebbüsün zararın sabit fiyat şartından değil, ekonomik kriz nedeniyle piyasada yaşanan durgunluktan ya da bayiinin satış yöntemlerinin yanlış oluşundan veya başkaca bir nedenden kaynaklandığına ilişkin delilleri sunması gerekmektedir⁷⁷².

hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir. Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz.

⁷⁷⁰ (Yazılı) Delil başlangıcı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Konuralp (1998).

⁷⁷¹ Ticarî defterlerin ibrazı ve delil olması konusu HMK m. 222’de düzenlenmiştir. Buna göre; (1) Mahkeme, ticarî davalarda tarafların ticarî defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir. (2) Ticarî defterlerin, ticarî davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için, kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şarttır. (3) İkinci fıkrada belirtilen şartlara uygun olarak tutulan ticarî defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticarî defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir. Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz. (4) Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticarî defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olur. (5) Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticarî defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak, karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır.

⁷⁷² Dikey anlaşmalar genellikle yazılı olarak yapılacağından ve her iki tarafın imzasını taşıyacağından sözleşmenin, RKHK hükümlerine aykırılığı ve dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğini yazılı delillerle ispat etmek daha kolay olmakla birlikte, uğranılan maddi zararın kapsamını tam olarak ortaya koymak daha güçtür.

Tarafların, davada ispata yarayan delilleri yok etmelerini engelleyici tedbirlerin alınması gereklidir. Bu açıdan, davanın karara bağlanmasında ispat faaliyetine yardımcı olan delillerin korunmasını sağlamak amacıyla delil tespiti yapılması önem arz eder⁷⁷³.

RKHK Rekabet Kurulu'na inceleme ve soruşturma yapabilmesi için yerinde inceleme, bilgi isteme vb. çok geniş yetkiler vermiştir. Bu yetkiler çerçevesinde Kurul re'sen ihlâl ile ilişkin çok yönlü incelemeler yapıp, ihlâl ile ilgili delilleri toplama yetkisine sahiptir. Bu nedenle Rekabet Kurulu'nun ihlâl ile ilişkin kararlarını takiben açılan tazminat davalarında, Kurumda bulunan ihlâl ile ilişkin delillerden yararlanmak, davacıların işini kolaylaştıracaktır. İhlâlin varlığının tespitine ilişkin Rekabet Kurulu'nca verilen kararların mahkemeleri bağlayıcı olup olmayacağı ya da bu kararların delil kuvveti tartışmalı olmakla birlikte⁷⁷⁴, kanaatimizce Danıştay sürecini tamamlamamış olan Kurul kararlarının mahkemeler için kesin delil niteliği taşımayacağı, ancak, kuvvetli bir takdiri delil teşkil edeceği kabul edilmelidir⁷⁷⁵.

4.2.8. Bilirkişilik

Hâkim, çözümü hukuk dışında kalan ve özel ve teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir (HMK m. 266)⁷⁷⁶. Bilirkişi beyan ve raporları takdiri delil olduğundan, hâkim bu delilleri serbestçe takdir eder⁷⁷⁷. Rekabet hukukunun gösterdiği özellik nedeniyle, bilirkişi raporları tazminat davalarında önemli bir yere sahiptir. Bu açıdan bilirkişilik konusunun ayrıca ele alınması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Bilirkişi, tecrübe prensipleri hakkında hâkimde eksik olan bilgiyi veren ve kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişidir. Bilirkişiye

⁷⁷³ Kuru vd. (2006), s. 418 vd.

⁷⁷⁴ Aslan (2007), s. 798-800. Güven (2008), s. 770-776.; İnan (2004), s. 62-63; Öz (2000), s.186-187.

⁷⁷⁵ Güven (2008), s. 782-786; Aksi yönde, Rekabet Kurulu kararının “kesin idari karar” olduğundan mahkemeleri bağlayacağı, Yargıtay'ın da bu yönde karar vererek, Rekabet Kurulunun ihlâl kararının belirleyici kanıt değeri taşıdığı ifade edilmektedir. T. Akıllıoğlu (2006). Anadolu cam kararı ve koşut başvuru yasağı. *Rekabet Derneği Rekabet Bülteni Sayı: 20 Eylül 2006*, s. 6.

⁷⁷⁶ 266. maddenin ikinci cümlesinde de açıkça belirtildiği üzere, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulması mümkün değildir. S. Tanrıver (2009) Hukuk yargısı bağlamında bilirkişikle ilgilitemel problemler ve çözüm arayışları. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt;11*, s. 576.

⁷⁷⁷ Konuralp (1999), s.45; Kuru vd. (2006), s. 511; Y. Alangoya, K.Yıldırım ve N. D. Yıldırım (2006). *Medeni usûl hukuku esasları*. (6. Baskı). İstanbul: Alkım Yayınevi, s. 394-395; H. Köroğlu (2001). *Türk mahkemelerinde bilirkişilik ve bilirkişi kurumları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 31-33.

başvurulması bir kanun hükmüne dayanıyorsa hâkimin takdir yetkisi olmayıp bilirkişi incelemesi yaptırmak zorundadır (TMK m. 165 gibi)⁷⁷⁸. Bilirkişi gerçek kişi ya da kişiler olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Mahkeme, bilirkişileri, yargı çevresinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonları tarafından, her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan kişiler arasından görevlendirir. Listelerde bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişinin bulunmaması hâlinde, diğer bölge adliye mahkemelerinde oluşturulmuş listelerden, burada da yoksa liste dışından bilirkişi görevlendirilebilir (HMK 268/1). Kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi ve kuruluşlara (Adli Tıp Kurumu gibi) görevlendirildikleri konularda bilirkişi olarak öncelikle başvurulur. Ancak, kamu görevlilerine, bağlı bulundukları kurumlarla ilgili dava ve işlerde, bilirkişi olarak görev verilemez (HMK 268/2). Taraflar hâkimler hakkındaki ret sebeplerine dayanarak görevlendirilen bilirkişiyi reddedebilir (HMK m. 272/1)⁷⁷⁹.

Bilirkişi gerekli incelemeyi yaptıktan sonra oy ve görüşlerini içeren raporunu, mahkemenin takdirine bağlı olarak yazılı veya sözlü olarak bildirir (HMK 279/1). Taraflar, raporun kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler (HMK 281/1).

Bilirkişi raporu, hâkim tarafından diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirileceğinden kural olarak hâkimi bağlamaz (HMK m. 282). Ancak hâkimin kendi uzmanlık alanı dışında başvurduğu bilirkişi raporunu nasıl takdir edeceği ve teknik ve bilimsel verileri içeren bilirkişi raporları ile bağlı olup olmayacağı tartışmalı olmakla birlikte, bilirkişi raporunun aksine karar veren hâkimin mutlaka bunun gerekçesini de göstermesi gerekmektedir⁷⁸⁰.

Rekabet ihlallerinin tespiti ve ihlâl neticesi meydana gelen zararın, dolayısı ile tazminat miktarının belirlenmesindeki güçlükler karşısında, bu tür davalara bakan mahkemeler, rekabet hukuku konusunda uzmanlaşmış mahkemeler değilse, dava

⁷⁷⁸Kuru vd. (2006), s. 502-504

⁷⁷⁹ Ancak, bilirkişinin, aynı dava veya işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunması bir ret sebebi teşkil etmez. (HMK m. 272/1, 2. cümle)

⁷⁸⁰ Köroğlu (2001), s. 83-84., Pekcanitez vd. (2011), s. 531.

görülürken çoğunlukla bilirkişi kullanmak zorundadır. Türk hukukunda henüz bu konularda uzmanlaşmış bir mahkeme olmadığına göre, mahkemelerin özellikle ihlâlin varlığı için gerçekleşmesi gereken ekonomik olgularla ve tazminat hesaplanmasıyla ilgili olarak bilirkişiye başvurması gerekecektir⁷⁸¹. Bilirkişinin ihlâlin varlığını tespit etmesi bakımından rekabet hukuku konusunda uzmanlaşmış kimselerden olması önem arz etmektedir. Bu konuda uzmanlaşmış kişilerin özellikle büyük şehirler dışında azlığı dikkate alındığında mahkemelerin bilirkişi seçiminde özen göstermesi şarttır. Ayrıca, sadece ihlâlin varlığının tespiti yeterli olmamakta, zarar miktarının hesaplanması da özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden bilirkişinin bu hesaplamayı da yapması gerekmektedir.

Mahkemelerin ihlâlin tespiti bakımından bilirkişi olarak Rekabet Kurumuna başvurmalarının yararlı bir çözüm olduğu ortadadır. Bu şekilde Rekabet Kurumunun gelişmiş bilgisi ve tecrübesi ışığında mahkemeler karar verme süreci içindeki zorlukları daha kolay aşabilecek ve mahkeme kararları ile Kurul kararları arasında yaşanabilecek uyumsuzluklar da engellenebilecektir⁷⁸². Nitekim hali hazırda mahkemelerin, Rekabet Kurumu'na bilirkişi olarak başvurdukları ve buna engel bir düzenlemenin de mevcut olmadığı görülmektedir. Ancak mahkemece, Rekabet Kurumuna resmi bilirkişi olarak başvurabilmesi için, kanunda açık bir düzenleme yapılması gerekir⁷⁸³. Böyle bir düzenlemenin yapılması halinde, bu başvurunun zorunlu kılınması yerine, hâkimin takdirine bırakılacak şekilde düzenlenmesi daha isabetli olacaktır⁷⁸⁴. Şöyleki rekabet ihlâlinin çok açık olduğu hâllerde (örneğin dikey anlaşmalarda sabit fiyat tespitine

⁷⁸¹ HMK m. 266 gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere, davaya bakan hâkim hukukî sorunların en yetkin bilirkişisidir ve bu nedenle hâkimin hukukî sorunların çözümünde bilirkişiye başvurması mümkün değildir. Ancak kanaatimizce, rekabet ihlâlin varlığı için gerçekleşmesi gereken ekonomik olguların tespiti ve tazminat hesaplaması bir takım iktisadi ve ekonometrik analizlerin yapılmasını gerektirdiğinden, hâkimin bu konularda bilirkişiye başvurmada bir sakınca olmamalıdır.

⁷⁸² A.Eğerci (2005). *Rekabet kurulu kararlarının hukukî niteliği ve yargısal denetimi*. Ankara: Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No:12, s. 301-302; Güven (2008), s. 780-786; Aslan (2007), s. 799-800; Gürzumar (2005), s. 180-182. Güve (2007), s. 224-225.

⁷⁸³ Benzer öneriler için bkz, Gürzumar (20054), s.184; İnan (2004), s. 62-64; A. C. Budak (2004). AT konsey ve komisyonunun yeni rekabet tüzükleri ve rekabet kanunu'nda yapılan değişiklikler ışığında delillerin toplanması ve ispat. Ankara: *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, (Mayıs 2004)*, s. 154-155; İ. Gül (1999). Rekabet Kurulu'nun muafiyet kararları ve adli mahkeme kararlarına etkileri. *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*. Ankara: Rekabet Kurumu, s. 29-30.

⁷⁸⁴ Nitekim konuyla ilgili olarak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında (Tasarı m. 27), "*Adli mahkeme, Kanunun ihlâl edilip edilmediğinin saptanmasını gerektiren davalarda, ihlâlin varlığı için gerçekleşmesi gereken ekonomik olgularla ilgili olarak Kurumun bilirkişiliğine başvurabilir*" şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir. Tasarıda hukuka aykırılığın analizi ile ilgili olarak, ekonomik olgular hakkında Kurum'un *ihhtiyarî bilirkişiliği* düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle kurum resmi bilirkişi olarak uyuşmazlığa konu olan ekonomik olgularla ilgili görüş verebilecektir. .

ilişkin sözleşme şartları gibi) hâkimin ihlâlin tespiti amacıyla bilirkişiye başvurma ihtiyacı olmayabilir. Bu gibi hâller de dikkate alınarak Kurumun bilirkişiliğine başvurunun mahkemenin takdirine bırakılması, tazminat davasının sonuçlanmasının uzamaması bakımından da faydalı olacaktır. Ayrıca Kurum'un zorunlu bilirkişiliğin benimsenmemesi alternatif bilirkişilere müracaat edilmesinin önünü de açmaktadır. Rekabet Kurumu'nun hukuka aykırılığın tespiti bakımından ihlâlin varlığı için gerçekleşmesi gereken ekonomik olguların tespit ve analizinde en yetkin otorite olduğu kabul edilse de, bu analizlerin yapılması konusunda yeterli ve gerekli bilgi ve donanımına sahip üniversiteler, meslek odaları ve bu alanda faaliyet gösteren diğer uzmanlar da bilirkişilik yapabilmelidir⁷⁸⁵. Böylece Kurum dışından kişilerce yapılacak olan hukukî ve ekonomik tespitlerle, rekabet hukuku ve politikasının gelişimine önemli katkılar da sağlanmış olacaktır.

Bu aşamada karşılaşılabilecek bir diğer sorun ise, bilirkişiliğine başvurulmuş Rekabet Kurumunun konuyu incelemekle görevlendirdiği uzmanların, aynı ihlâlin bir kamu hukuku soruşturmasına konu olması halinde soruşturmaya ilişkin raporu hazırlayacak kişiler olmasıdır. Bu hâlde Kurumun bilirkişi raporunu hazırlayan uzmanların aynı ihlâle ilişkin olarak açılan soruşturmada görev almamasına dikkat etmesi gerekecektir⁷⁸⁶. Kurum uzmanlarının bilirkişi görüşlerinin ileride açılacak soruşturmada Kurulu bağlamayacağı ortada ise de, Kurulun henüz bir soruşturma açmadan kararının yönünü bir anlamda belli etmesi de gündeme gelebilecek bir diğer sorundur. Ayrıca, yoğun iş yükü altında olan Kurumun bilirkişi dosyalarını öncelikle ele alması gerekmektedir ki, bu da Kurumun kamu hukuku soruşturmalarının uzamasına neden olabilecektir. Sonuç olarak tüm bu sakıncalarına rağmen Kurumun bilirkişiliğin sağlayacağı faydalar hesaba katıldığında, RKHK'da Kurumun ihtiyarî bilirkişiliğin ayrıntılı olarak düzenlenmesinin gerekli olduğu ancak, alternatif bilirkişilere müracaat edilmesinin de mümkün kılınması gerektiği kanaatindeyiz. Şunu da belirtmek gerekir ki, Kurum sadece ihlâlin varlığını tespit bakımından bir bilirkişi

⁷⁸⁵ Bkz. Sanlı (2007), s. 60-63: Ayrıca taraflar, HMK m. 293/1 kapsamında dava konusuyla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütâla alabilirler.

⁷⁸⁶ Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında (Tasarı m. 27), “Başkanlık, bilirkişi raporunu hazırlamak üzere tarafsızlık esaslarını dikkate alarak yeter sayıda meslek personeli görevlendirir” ifadesi yer almaktadır. Tasarıda geçen tarafsızlık esasının tam olarak açıklanmasında da ayrıca fayda vardır. Muhtemelen bu ifadeden kasıt Kurum bünyesinde ön araştırma veya soruşturma safhasında herhangi bir görev almamış uzmanların görevlendirileceğidir.

incelemesi yapacaktır. Kurum ihlâl neticesinde meydana gelen zararın tespiti bakımından, ayrıca bir inceleme ve ekonomik analiz yapmayacaktır. Zararın hesaplanması konusunda ise, mahkeme ayrıca bilirkişiye başvurmak durumunda olacaktır.

4.2.9. Yargılama giderleri

Türk hukukunda, yargılama giderleri, harçlar, vekâlet ücreti ve bunların dışında yapılan yargılama için zorunlu olan bir iş ve hizmetin gerektirdiği tüm masraflardan oluşur⁷⁸⁷. Harçlar, dava açarken peşin olarak alınan başvuru harcı (Harçlar Kanunu m.27), konusu para ile değerlendirilebilen davalarda alınan nispi karar ve ilam harcı (nispi karar ve ilam harcının dörtte biri dava açılırken peşin alınır) ve tarafların veya vekillerinin ertelenmesine sebebiyet verdikleri oturumlar için alınan oturum harcından oluşur. Yargısal işlemlerden alınacak harçlar ödenmeden, sonraki işlemlere geçilemez⁷⁸⁸.

Yargılama giderlerinden, kanunda yazılı hâller dışında, davada haksız çıkan ve bu nedenle aleyhine hüküm verilen taraf sorumludur (HMK m. 326/1). Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkmış ise, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranlarına göre paylaştırır (HMK m. 326/2). Aleyhine hüküm verilenlerin birden fazla olması durumunda mahkeme, yargılama giderlerini bunlar arasında paylaştırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir (HMK m. 326/3).

Yargılama giderlerinden kural olarak aleyhine hüküm verilen taraf sorumlu olmakla beraber, gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir (HMK m. 327/1)⁷⁸⁹.

Kötüniyetli davalı ya da hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin

⁷⁸⁷ Pekcanıtez vd (2011), s. 693.

⁷⁸⁸ Kuru vd. (2006), s. 862; Kuru (2005) (H. M. U. Cilt V), s. 5306-5307.

⁷⁸⁹ Pekcanıtez vd. (2011), s. 702; Kuru (2005) (H. M. U. Cilt V), s. 5332.s. 5337; Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Özkes (2005).Yargılamada dürüstlük kuralına aykırı davranan taraf aleyhine hükmedilecek vekâlet ücreti. *Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Sayı.1.*

tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması halinde, vekâlet ücreti mahkemece takdir olunur (HMK m. 329/1). Kötüniyet sahibi davalı ya da hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bu vekâlet ücreti dışında beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir (HMK m. 329/2).

HMK m. 334/1'e göre, yargılama ve takip giderlerini, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukukî korunma taleplerinde ve icra takibinde haklı oldukları yolunda peşinen kanaat uyandırmak kaydıyla, adli yardımdan yararlanabilirler. Bu açıdan, adli yardım kural olarak maddî sıkıntı içindeki gerçek kişileri koruma amacı taşımaktadır. Kamuya yararlı dernekler ve vakıflar hariç tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmaları ise mümkün değildir. Ayrıca, Avukatlık Kanunu m. 178'e göre de, barolara doğrudan adli yardım veya bir vekil tayin edilmesi talebinde bulunulması da mümkündür.

Türk hukukunda kural olarak tazminat davası açacak olanların dava harcı ve diğer masrafları davanın başında peşin olarak yatırması zorunlu olduğundan, bu giderlerin davanın açılmasında önemli bir engel oluşturduğu görülmektedir⁷⁹⁰. Ayrıca, davayı kaybeden taraf yargılama giderleri olarak, davanın başında peşin olarak ödenen harçlara, davanın sonunda ödenmesi gereken harca⁷⁹¹, masraflara ve yargılama gideri olan vekâlet ücretine katlanacaktır⁷⁹². Rekabet ihlâlinden kaynaklanan davaların yüksek maliyeti göz önüne alındığında, potansiyel davacıların çoğu bu yüksek giderleri karşılama riskini almak istemeyeceğinden yargıya başvurmayı tercih etmeyeceklerdir.

⁷⁹⁰ Üç kat tazminat talebiyle açılan tazminat davalarında, ihlâlden zarar gördüğünü öne süren davacının davayı açarken ödemesi gerekli dava harcının, üç kat tazminat üzerinden değil (üç kat tazminat cezai tazminat niteliğinde olduğundan), tazmini istenilen maddi zarar üzerinden hesaplanması gereklidir.

⁷⁹¹ Rekabet hukukunda konusu para ile değerlendirilebilen zararların tazmini sözkonusu olduğundan nispi karar ve ilâm harcı alınacaktır.

⁷⁹² “Esasında yargılama giderleri, birinci derecede hak arama özgürlüğü ve hukuki korunma talebi ile ilgilidir. Ayrıca yargılama giderlerinin sosyal devlet ilkesi ile de yakın ilişkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte yargılama giderleri, hukuki dinlenilme hakkı bakımından da önem taşır. Yargılama giderleri yatırılmadığında tarafın talebinden vazgeçmiş sayılması ve işlem yapılamaması şeklinde sonuçlar doğurması ve tarafın talebinin hüküm ifade etmeyerek yargılamayı etkileyememesi, yargılama giderlerini hukuki dinlenilme bakımından önemli kılmaktadır”. M. Özkes (2003). *Medeni usûl hukukunda hukuki dinlenilme hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.303. vd.; Ayrıca, şunu da belirtmek gerekir ki, dava sonunda davanın kısmen kabulüne karar verilmesi halinde, davayı kısmen kazanan davacı, kaybettiği kısım için vekâlet ücreti ödemek durumundadır.

Bu hâlde kanaatimizce, (davacının hiçbir hakkı olmadığı hâlde ve sırf zarar verme kastı ile açtığı davalar hariç), davacının davayı kaybettiği hâllerde ödeyeceği yargılama giderlerinin, küçük miktarlardaki taleplerle orantılı, makul bir seviyeye çekilmesi gerekmektedir.

4.2.10. Topluluk davası

4.2.10.1. Topluluk davası kavramı

Rekabet ihlâlinden zarar gören geniş kitlelerin özellikle tüketicilerin tazminat davası açma imkânının olması, özel hukuk yaptırımlarının caydırıcılığının artmasına önemli katkılar sağlamaktadır. Ancak, dava sürecinde yaşanan gecikmeler, yargılama giderleri ve çok sayıdaki usûlî işlemler, ihlâlden zarar gören bu geniş kitlelerin dava açmalarını engellemektedir. İhlâlden zara görenleri dava açmaya teşvik etmek için, dava açmayı kolaylaştıran usûl hukukuna ilişkin bir takım düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Dava açmayı kolaylaştıran yollardan birisi, topluluk davası açma imkânının mevcut olmasıdır⁷⁹³. Topluluk davasının esas amacı, hukukî güvenliği sağlamak, bireylerin daha etkin hukukî himayeden yararlanmalarını temin etmek ve dava sayısını azaltmak yolu ile usûl ekonomisini gerçekleştirmektir⁷⁹⁴.

Geleneksel yargılama kuralları yalnız mahkemede iddia edilen hakkın sahibi olduğunu ileri süren kişi ya da kişilerin birbirlerine karşı açtıkları davalara dayanır. Oysa topluluk davasında aksine, hakkın sadece küçük bir kısmına sahip olan kişinin buna dayanarak, kitleler adına dava açmasına izin verilir⁷⁹⁵. Bu açıdan topluluk davası medenî usûl hukukumuzdaki “menfaat” kavramıyla yakından ilgilidir. Medeni usûl hukukumuzda dava açmakta aranan menfaatin, hukukî, meşru ve güncel olmasının

⁷⁹³ E. Hanağası (2009). *Davada menfaat*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.206 vd..

⁷⁹⁴ Hanağası (2009) 213.; Konuralp, toplu (grup davasının) davanın bu amaçlarını tam olarak yerine getiremeyeceğini ileri sürmektedir. Yazar, tazminatı konu alan toplu davalarda, zarar gören kişilerin zararlarının ayrı ayrı hesaplanması zorunluluğunun mahkemelerin iş yükünü arttıracığını, kalabalık toplu davalarda, topluluk üyelerinin münferiden gerçekleştireceği sulh, kabul, feragat gibi taraf usûlî işlemlerine zarar vereceğini, ayrıca toplu dava sayesinde kitlesel olarak hareket eden bireylerin, münferiden açmayacakları ve temelde haksız oldukları davaları da açma eğilimine girebileceklerini ve bunlara ek olarak, toplu davanın sağlayacağı kolaylıkların, subjektif dava birleşmesi (dava arkadaşlığı) yolu ile elde edilmesinin de mümkün olduğunu ifade etmektedir. H. Konuralp (1986). Yargıtay kararlarında çevre sorunları. Ankara: *Mahkeme Kararlarında Çevre Sorunları, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı*, s. 70.

⁷⁹⁵ Özbay (2009), s.39-43.; Hanağası (2009) s. 212.

yanında doğrudan ve kişisel olması da gerekir. Dolayısıyla bir kişi kural olarak, ancak kendi adına ve doğrudan kişisel menfaati doğrultusunda dava açabilir⁷⁹⁶. Bu açıdan medenî yargılama hukukundaki iki temel ilke, konuyla yakından ilgilidir. 1) Hiç kimse başkasının kişisel menfaatini korumak için dava açamaz. 2) Açılmış bir dava, ancak davacının bu davada doğrudan ve kişisel bir menfaati varsa kabule şayandır⁷⁹⁷. Söz konusu bu ilkeler topluluk davasına engel olarak görülebilir. Ancak toplumun bir bütün olarak haklarının himaye edilmesi konusunda meşru bir menfaati olduğunun kabul edilmeye başlandığı ve böylelikle menfaat kavramının içeriğinin değiştiği ve topluluk davalarıyla hukukî yararı tamamen bulunmayan kişi ya da toplulukların da dava açabilmesinin mümkün hale geldiği görülmektedir⁷⁹⁸.

Geleneksel yargılama kurallarına göre usûlüne uygun olarak davaya davet edilmiş olmak şartıyla herkes, lehlerine veya aleyhlerine verilmiş bulunan mahkeme kararının maddî anlamda kesin hüküm etkisine dâhil iken, topluluk davalarında ayrıca dava açmayı isteyen kişilerin grubun dışında kalmayı açıkça tercih etmeleri halinde hükmün sonuçlarından etkilenmemeleri mümkündür⁷⁹⁹. Ancak opt-out olarak adlandırılan Amerikan topluluk davası sisteminde bildirim yapılmasına rağmen dava kapsamından çıkmak istediklerini açıkça bildirmeyen kişiler, davadan haberdar olmasalar bile dava sonucu verilen hükümle bağlı olacaklardır. Bu açıdan topluluk davası “kesin hüküm” kurumuyula da yakından ilişkilidir. Zira kesin hükmün etkisi, sadece davanın taraflarına ilişkindir⁸⁰⁰. Bu halde medeni usûl hukukumuz bakımından, Amerikan topluluk davası sisteminin benimsenmesi, kesin hükmün etkisi bakımından önemli bir sorun teşkil edecek nitelikte görünmektedir⁸⁰¹. Oysa opt-in olarak adlandırılan toplu dava sisteminde, dava sonucu yalnızca kendilerine yapılan bildirim olumlu cevap vererek dava kapsamında olmayı açıkça kabul edenler için bağlayıcı olacağından, kesin hükmün etkisi bakımından önemli bir sorun teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

⁷⁹⁶ Hanağası (2009), s. 4-6.

⁷⁹⁷ Hanağası (2009), Kolektif menfaatin hukuki himayesi biçimi olarak topluluk davaları, *Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I*, s. 351-410, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 352.

⁷⁹⁸ Özbek (2002), s. 127, s. 130-131; Gündüz ve Koyuncu (2011). s.128.

⁷⁹⁹ Özbek (2002), s. 125-132.

⁸⁰⁰ Hanağası (2009b), s. 352

⁸⁰¹ Gündüz ve Koyuncu (2011). s.128-129.

4.2.10.2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Türk Ticaret Kanunu'nda topluluk davası

Türk hukukunda topluluk davası sistemine benzer bir düzenlemenin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenlendiği görülmektedir. TKHK m. 23/IV'e göre, "Bakanlık ve tüketici örgütleri münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hâllerde bu kanunun ihlâli nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerine dava açabilirler". TKHK m.24/I'e göre ise, "Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri, ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması amacıyla dava açabilir". Tüketici Birliklerinin ve Bakanlığın tüketiciler adına tazminat talep etmesi ise mümkün değildir⁸⁰². Bu düzenleme sadece TKHK hükümleri çerçevesinde meydana gelen zararlar bakımından uygulanabilirken, tüketicilerin RKHK hükümleri gereği açacakları tazminat davalarında uygulanma kabiliyeti yoktur.

TTK m. 56 (3)'e (Eski TTK m. 58) göre açılan haksız rekabet davalarında, dava açabilecekler, ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler, mesleki ve ekonomik birliklerdir. Ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve üyelerinin ekonomik faaliyetlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikli kurumlar, fiilin haksız olup olmadığının tespiti, haksız rekabetin men'ini ve haksız rekabet sonucu olan maddî durumun ortadan kaldırılması talep edebilirler. Haksız rekabet açısından, tazminat talep etme hakkı bizzat zarar gören kişiye aittir. Mesleki ve ekonomik birliklere, üyeleri adına tazminat davası açma hakkı verilmemiştir.

Ayrıca, Yeni TTK'nın "ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının incelenmesi" başlıklı 191. maddesinde topluluk davası olarak nitelendirebileceğimiz yeni bir düzenleme öngörülmektedir. 191. maddenin birinci fıkrasında, birleşme, bölünme ve tür değiştirmede ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının gereğince korunmamış veya ayrılma karşılığının uygun belirlenmemiş olması hâlinde, her ortak, birleşme, bölünme

⁸⁰² İ. Y. Aslan (2006). *Tüketici hukuku dersleri*. Bursa: Ekin Kitapevi, s. 62-63; H. Eren (2007). İdari Yargı bağlamında grup davaları ve rekabet hukuku açısından olası açılımlar. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* –V, Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 202-205.

veya tür değiştirme kararının (Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde) ilanından itibaren iki ay içinde, söz konusu işlemlere katılan şirketlerden birinin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını talep edebileceği belirtilmektedir.

İkinci fıkrada davacı ile aynı hukukî durumda bulunmaları şartıyla mahkeme kararının birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan şirketlerin tüm ortakları hakkında da hüküm doğuracağı belirtilmektedir. Kanunun (191. madde) gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere 191. maddenin ikinci fıkrasında, mahkeme kararının etkisini aynı hukukî durumdaki ortaklara da taşıyan bir topluluk davasının (opt-out class action) düzenlendiği görölmektedir. Bu düzenleme, kanun koyucunun topluluk davalarına ilişkin olumlu bakış açısını göstermekle birlikte, gerek sınırlı bir uygulama alanına sahip olması, gerekse ortaya çıkan zararı esas almaması nedeniyle, topluluk davalarından önemli ölçüde ayrıřmaktadır⁸⁰³.

4.2.10.3. Türk medeni usul hukukunda mevcut durum ve rekabet hukuku bakımından çözüm önerileri

Uyuşmazlığın taraflarına topluluk davası açma imkânı veren bir düzenleme medeni usûl hukukumuzda yer almamaktaydı. Ancak (yeni) HMK'nın 113. maddesinde topluluk davasını düzenlemektedir. Bu hükme göre;

Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için, dava açabilir⁸⁰⁴.

⁸⁰³ Gündüz ve Koyuncu (2011). s.133.

⁸⁰⁴ HMK'nın m. 113. gerekçesinde; “Maddede yer alan düzenlemeyle, esas itibariyle Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan ve Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde de kabul görmeye başlamış bulunan, topluluk davası (grup davası) kurumunun, kavramsal çerçevede de mevzuatımıza girmesi sağlanmıştır. Bu çerçevede dernekler ile diğer tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarını tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesini temin amacıyla açılacak olan davanın, topluluk davası olacağına açıkça işaret edilmiştir”. Topluluk davası yoluyla, toplumsal yararın korunması ve dar ve teknik anlamda hukukî yarar kavramında

Kanunda topluluk davası açabilecekler dernekler ve tüzel kişilerle sınırlı tutulmuş iken, özel tüzel kişiler - kamu tüzel kişileri ayrımı yapılmamaktadır. Ayrıca, dernekler ve tüzel kişilerin ilgililerin haklarının tespiti, hukuka aykırı durumun giderilmesi ve gelecekteki hakların ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilecekleri belirtilmekte, ancak tazminat davası açma hakkı tanınmamaktadır. Bu nedenle, RKHK m. 57 ve 58 hükümleri çerçevesinde açılacak olan tazminat davaları bakımından, davacıların topluluk davası yoluna gitme imkânı yoktur.

HMK m. 113 hükmü her ne kadar zarar görenlerin birlikte tazminat davası açmasına imkân vermemekteyse de⁸⁰⁵, dernekler ve tüzel kişilere tanınan topluluk davası açma hakkı, ihlâlin tespiti, durdurulması ve önlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Zira bu davalar yoluyla ihlalin meydana gelmesi ya da devam etmesi engellenmiş ve rekabet ihlâli sonucunda oluşabilecek zararların en aza indirgenmesi sağlanmış olacaktır. Ancak, RKHK’da rekabeti sınırlayan davranışların, özel hukuk alanında yaratacağı sonuçlar arasında geçersizlik ve tazminat taleplerine yer verilirken, ihlâlin önlenmesi ya da ihlâlin durdurulması taleplerine ilişkin henüz açık bir düzenleme yapılmamıştır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında (Tasarı m.26) “İhlalden etkilenenlerin ya da etkilenebilecek olanların, devam eden ihlâlin sona erdirilmesini veya yakın ihlâl tehlikesinin önlenmesini hukuk mahkemesinden talep etme hakları saklıdır” ifadesine yer verilmiştir. Böylece geçersizlik ve tazminat dışında, önleme ve durdurma davaları vasıtası ile de zarar görenlerin korunmaları sağlanmaya çalışılacaktır. Ancak tasarı

bir açılım yaratılması sağlanmaktadır. Mevzuatımız bağlamında, topluluk davalarına örnek olarak, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 23 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemeyle, aynı Kanunun 24 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme gösterilebilir” ifadesi yer almaktadır.

⁸⁰⁵ Tüketici birliklerine, rekabet ihlalleri sebebi ile verilen zararların tazmini için dava açma hakkının tanınması halinde ise, tazminatın üyelere ya da temsil edilen tüketicilere mi yoksa birliğin veya organizasyonun kendisine mi veya Devlete mi kalacağı gibi önemli sorunlarla karşılaşılabilir. Ancak, Alman rekabet hukukunda olduğu gibi, bu birliklere hazineye aktarılacak kaydı ile tazminat davası açma hakkı verilmesindeki gayenin, ihlâli gerçekleştirenlerin hukuka aykırı yolla elde ettikleri menfaatlerin ellerinde kalmasının engellenmesi olduğu açıktır. Buna karşın bu işlevi rekabet otoritelerinin para cezası ile zaten yerine getirdiği de belirtilmektedir. Bu bakımdan, birliklerin alacağı bu tazminatın, ihlalden zarar görenler arasında paylaşılması ya da bu amaca hizmet eden birlikler arasında paylaşılmasının daha uygun olacağı söylenebilir.

henüz yasalaşmadığından, kanaatimizce RKHK mevcut haliyle HMK'da yer alan topluluk davasına müsaade etmemektedir⁸⁰⁶.

Tazminat davası açma hakkını da içeren bir topluluk davası sisteminin Türk usul hukukunda yer alabilmesi, küçük miktarlardaki taleplerin ileri sürülmesini kolaylaştırması bakımından dikkate alınmalıdır. Kişisel olarak açılacak tazminat davalarında yargılama giderleri zarar miktarını aşabilmekte ya da davacının tek başına iddiasını ispat edecek delillere ulaşması imkânsız olabilmektedir. İhlalden zarar gören çok sayıda kişinin birlikte dava açma imkânına sahip olması halinde, davanın başarıya ulaşması ihtimali artmaktadır⁸⁰⁷. Dava başarı ile sonuçlanmasa bile yargılama giderleri tek tek kişiler bakımından önemli bir meblağa ulaşmamaktadır. Böylece, fiyat tespiti, pazar paylaşımı vb. ağır rekabet ihlallerinden kaynaklanan zararlardan doğan çoğu tüketici iddialarına ilişkin topluluk davası açma imkânının varlığı, ihlâl kalkışacak olan teşebbüsleri caydırmaktadır.

Kanaatimizce, Türk hukuku açısından, HMK m. 113 hükmünde düzenlenen dernekler ya da üyelerini temsil eden tüzel kişiler yanında, nihai tüketiciler ve diğer alıcılara da (örneğin üretim veya dağıtım zincirinde yer alan toptancı veya perakendecilere) tazminat talep hakkını da içeren ve açıkça isterlerse katılacakları topluluk davası açma imkânının tanınması⁸⁰⁸ olması gereken hukuk bakımından

⁸⁰⁶ Buna karşın HMK ile artık ihlâl tespiti, önlenmesi ve durdurulması davalarının açılmasının mümkün hale geldiği, RKHK hükümlerinin mevcut haliyle bu davalardan açıkça zikretmese bile, bunun mümkün olduğu ileri sürülebilir.

⁸⁰⁷ Topluluk davası açma imkânı, dava hakkının kötüye kullanımı riskini de beraberinde getirmektedir. Nitekim Amerikan rekabet hukuku uygulamasında yaygın olarak başvuru topluluk davası sisteminde, büyük hukuk bürolarının yüksek tazminat beklentisiyle başlattığı ve çok geniş kitlelere yayılan bu uygulamanın, dava hakkının maddi beklentiyle kötüye kullanılmasına yol açtığı eleştirisi sıkça yapılmaktadır.

⁸⁰⁸ “*Opt in*” olarak adlandırılan bu sistem, tarafların açıkça çıkmayı talep etmedikleri hâllerde, davada taraf olacaklarını kabul eden mevcut Amerikan topluluk davası sisteminin (*opt out*) farklı olarak önerilmektedir. *Opt in* topluluk davası sisteminin davalıya nazaran daha çok davacı tarafı koruyucu niteliğe sahip olduğu görülmektedir. Taraflar topluluk davasında açıkça yer almamışlar ise sonradan tek başlarına dava açma hakkına sahiptirler. Yani bu sistem aynı sebepten zarara uğrayanların ilerde ayrıca dava açmalarına engel olmamaktadır.

Ancak *opt in* topluluk davası sistemi bazı sakıncaları beraberinde getirmektedir. Topluluk adına açılan davada davacıların ihlâl ya da ihlâlden kaynaklanan bir zararın varlığını iyi ortaya koyamadıkları hâllerde, ortada ihlâl gerçekleşmediğine dair bir olumsuz tespit kararı olacağından, topluluk davasına katılmamış olan davacıların sonradan açacakları davada bu karardan etkilenmemeleri mümkün değildir. Bu açıdan açılacak olan topluluk davasında rekabet ihlâlinde zarara uğrayan büyük bir kesimin davaya katılması sağlanmalı ve bu şekilde ihlâl varlığının ispatı için daha kuvvetli ispat faaliyetleri yerine getirilmelidir. Ayrıca *opt in* sistemde, sonradan açılan davalar zararın birden fazla tazmin edilmesine yol açabilmekte, davalı bakımından aynı konuda birçok davada savunma yapma mecburiyeti doğurabilmekte, hatta ortaya birbiriyle çelişkili mahkeme kararları çıkabilmektedir. American Bar Association (2008).

düşünülebilir. Ayrıca bu topluluk davası hakkının, yargılama giderlerine ve avukat ücretlerine ilişkin maliyetleri azaltacak düzenlemelerle birlikte tanınması, daha uygun bir çözüm olacaktır⁸⁰⁹. Böylece, tarafların haberleri dahi olmayan bir yargılamanın sonuçlarından etkilenmeleri de engellenmiş olunacaktır⁸¹⁰. Tarafların açtıkları dava, tek bir dava olduğundan yargılama giderleri taraflar açısından en aza indirilmiş olacaktır. Ayrıca mahkemenin vereceği hüküm davaya katılan herkese etkili olacaktır⁸¹¹.

Bu konuya ilişkin önerimizi bir örnek olayla somutlaştıracak olursak; Rekabet Kurulu bankacılık pazarında faaliyet gösteren kimi bankaların “centilmenlik anlaşması” adı altında özel firmalara promosyon verilmemesi, protokolü devam eden kurum/firmalara diğer bankalar tarafından teklif verilmemesi konularında anlaşma yapmak suretiyle ve bu bankalardan 6’sının, Erdemir T.A.Ş.’nin 2005 yılı maaş ödemesi ihalesi öncesinde ihalede teklif edecekleri promosyon miktarını anlaşılarak belirlemek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’u ihlal edip etmediğinin tespiti için, soruşturma açmıştır. Soruşturma sonucunda, 07.03.2011 tarihinde Rekabet Kurulu bir rekabet ihlâlinin gerçekleştirildiğini tespit ettikten sonra, ilgili hükümler uyarınca, söz konusu ihlâlî gerçekleştiren bankalara idari para cezası vermiştir⁸¹². Bankalar tarafından gerçekleştirilen rekabet ihlâlî neticesinde, maaşlarını bu bankalar aracılığıyla alan kişilerin, bu ihlâl nedeniyle doğrudan bir zarara uğradıkları ortadadır. Bu durumda, zarara uğrayanlar, adli yargıda tazminat davası açabilecek, hatta bu davada söz konusu Rekabet Kurulu kararı kuvvetli bir delil olarak kullanılabileceklerdir.

Joint Comments of the American Bar Association Section of Antitrust Law, Section of International Law, and Section of Business Law on the Commission of the European Communities. White Paper on Damages Actions For Breach of the EC Antitrust Rules, s. 26-29; Aynı yönde Atila (2009), s.108.

⁸⁰⁹ Aynı yönde bkz. Kortunay (2008), s. 106.

⁸¹⁰ Davacılar açıkça isterlerse katılacakları topluluk davası açma imkânının (Opt in sistemi) tanınması, “hukuki dinlenilme hakkına” da uygun olacaktır. Hukuki dinlenilme hakkı; “Yargılamayla hukuki durumu etkilenecek kişilerin yargılamanın bir sujesi olarak, yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargı mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli şekilde karar vermelerini sağlayan, sürpriz kararlar karşılığının önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesidir”. Özkes (2003), s. 31.

⁸¹¹ Bu tür bir topluluk davası sisteminin benimsenmesi halinde mahkeme öncelikle topluluk davasının kabul edilebilirliğine ve temsilcilerin yeterliliğine karar verdikten sonra, yapacağı topluluk davası duyurusuyla ihlâlden zarar gören muhtemel topluluk üyelerini belirleyecek ve bu kişilere davada taraf olma haklarının olduğu bilgisini verecektir.

⁸¹² “Rekabet Kurulu’nun, 07.03.2011 tarihli, 243-78 sayılı kararı”.

Karardan anlaşıldığı üzere, ilgili bankaların bir kısmı Erdemir T.A.Ş.'nin 2005 yılı maaş ödemesi ihalesi öncesinde ihalede teklif edecekleri promosyon miktarını anlaşılarak belirlemişlerdir. Bu durumda bu teşebbüsün çalışanları aslında almaları gerekenden (rekabetin ihlal edilmediği piyasa koşullarına göre) daha düşük promosyon bedeli almışlardır. Bu nedenle söz konusu teşebbüsün çalışanları doğrudan zarara uğramışlardır. Olayda çalışanların uğradıkları zararın tazmini için dava açtıklarını varsaydığımızda, çalışanlar aldıkları promosyon tutarları ile rekabet ihlali olmasaydı almaları gereken promosyon tutarını, yani fiili zararlarını talep edecekler ve bu davada, ihlâl ile uğranılan zarar arasındaki uygun nedensellik bağı ve uğranılan zararın miktarını ispat ederek büyük olasılıkla tazminata hak kazanacaklardır. Ancak, somut olayda, her bir çalışanın ayrı ayrı dava açması ya da ihtiyarî dava arkadaşlığı yoluna gitmesi gerekeceğinden, muhtemelen zarar görenlerin birçoğu küçük miktardaki zararları bakımından dava açma yolunu tercih etmeyecektir. HMK' da yer alan topluluk davası sistemi, önleme, tespit ve durdurma davaları ile sınırlı olduğundan, zarar görenlerin ya da onlar adına derneklerin veya diğer tüzel kişilerin toplu bir şekilde tazminat davası açmaları mümkün değildir. Oysa opt-in olarak adlandırdığımız davacıların açıkça isterlerse katılacakları topluluk davası açma imkânının tanınması halinde, tüm çalışanlar adına temsilci davacının açtığı davada hem yargılama giderleri en aza indirgenmiş olacak, hem hâkim çok sayıda çalışan için ayrı ayrı hüküm vermekten kurtulmuş olacak, hem de zarar görenler uğradıkları bu düşük miktardaki zararlar için dava açmaya teşvik edilmiş olacaklardır⁸¹³.

İhlâlden zarar görenlerin birlikte dava açabilmelerinin bir yolu da ihtiyarî dava arkadaşlığıdır. **Konuralp**'in belirttiği üzere, HUMK m.43'e (HMK m. 57) göre davacıların topluluk davasının sağlayacağı kolaylıkları elde etmek üzere subjektif dava birleşmesi (ihtiyarî dava arkadaşlığı) yoluna başvurabilmeleri de mümkündür⁸¹⁴.

⁸¹³ Yukarıdaki somut olaya göre, bankaların ihlâlden elde ettikleri kazanç, ödemek zorunda oldukları idari para cezalarının çok üstünde gerçekleştiği düşünüldüğünde, ihlâl neticesinde elde edilen hukuka aykırı menfaat, tazminat davası sayesinde ihlâlî gerçekleştirenlerde kalmamış olacak ve rekabet kurallarının caydırıcı etkisi artmış olacaktır. Karardan anlaşıldığı üzere, ihlâlî gerçekleştirenlerin ihlâlde kastı ya da ağır ihmali olduğundan, zarara görenler uğradıkları maddi zararın üç katı tutarında bir tazminat talep edebileceklerdir. Ayrıca, tazminatın hesaplanması bakımından, hem Bankaların hesap ve bilançoları genel olarak gerçeğe uygun tutulduğundan, hem de çalışanların ücretlerine ilişkin hakiki verilere erişilmesi kolay olduğundan, somut olayda hâkimin tazminat miktarını hesaplaması da pek güç olmayacaktır.

⁸¹⁴ Konuralp (1986), s. 70.

Burada, tarafların zararının aynı veya birbirine benzer hukukî sebepten, yani haksız fiilden kaynaklanması (aynı haksız fiil sebebiyle, ancak farklı hukukî sebeplerle birden fazla kişinin sorumlu olduğu hâller de dahil olmak üzere) ihtiyarî dava arkadaşlığını mümkün kılmaktadır⁸¹⁵. İhtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşı kadar dava vardır. HMK m. 58 hükmüne göre ihtiyarî dava arkadaşlığında, davalar birbirinden bağımsızdır ve dava arkadaşlarından her biri, diğerinden bağımsız olarak hareket eder. Yani dava arkadaşlığı yapan taraflar birlikte hareket etseler dahi, kişisel iddia ve savunmalarını diğerlerinden bağımsız olarak kullanabilirler. Dava arkadaşları bakımından dava şartları ve ilk itirazlar da ayrı ayrı incelenir⁸¹⁶. Dava arkadaşları diğerlerinden bağımsız usûl işlemleri yapabilirler, bu nedenle her biri kendisine ayrı vekil atayabilir. Bir dava arkadaşı, diğerinin davasında, tanık olabilir ve fer'i müdahalede bulunabilir. Her dava arkadaşının, ikrar, kabul, feragat ve yemin gibi işlemleri kendisi hakkında geçerlidir. Yargılama sürecinin sonunda her bir dava arkadaşı bakımından verilecek hüküm de farklı olabilir⁸¹⁷.

İhtiyarî dava arkadaşlığında, tüm dava arkadaşları kadar dava olacağından ve her biri hakkında ayrı hüküm tesis edilebileceğinden, rekabet hukukundan doğan tazminat taleplerini ileri süren toplulukların talepleri karşısında, mahkemelerin yükü oldukça ağırlaşabilecektir. Davacılar açısından da yargılama giderlerinin ek maliyetler doğurması gündeme gelebilecektir. Bu açıdan ihtiyarî dava arkadaşlığına nazaran topluluk davalarında daha geniş kitlelerin tazminat talepleri, daha az maliyetle karara bağlanabilecektir. Bunun yanında, rekabet hukuku kurallarını ihlâl eden büyük karteller karşısında başarılı olabilmek için, tüm davacıların davada (temsilciler yoluyla) birlikte hareket etmesi gerekir, oysa ihtiyarî dava arkadaşlığında bu birliktelik zedelenmeye çok

⁸¹⁵ Dava arkadaşlığı, birden çok kişi hakkındaki davanın bir arada görülmesini sağlayan bir kurumdur. Dava arkadaşlığı bu açıdan usûl ekonomisine de uygundur. Bu sebeple ihtiyarî dava arkadaşlığı özendirilmeli ve özellikle HUMK m. 43/2'deki "aynı sebep" ibaresi, kaynak kanundaki gibi "benzer sebep" şeklinde anlaşılacak uygulanmalıdır. Bu sayede, çok sayıda dava konusu olabilecek konu, tek dava ile çözümlenebilecektir. Dava arkadaşlığı sayesinde, bazen onlarca ve hatta yüzlerce dava yerine tek bir dava dilekçesiyle dava açılabilmesi mümkün hale gelebilmekte ve hâkim tek dosya üzerinden duruşma açarak, onlarca veya yüzlerce duruşma yerine tek duruşma üzerinden yargılama yapılabilmeğe; böylece zaman ve emek tasarrufu sağlanmaktadır. E. Yılmaz (2008). Usûl ekonomisi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2008, Cilt 57, Sayı 1, s. 253; (yeni) HMK m. 57 /1,c hükmü "Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukukî sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması" ifadesiyle, ihtiyarî dava arkadaşlığını oluşturacak sebepleri HMUK m. 43 hükmüne göre daha geniş tutmuştur.

⁸¹⁶ Y. Alangoya (1999). *Medeni usûl hukukunda dava arkadaşlığı*. İstanbul: Tıpkı Basım, s. 118-120; Erişir (2007), s. 91.

⁸¹⁷ Alangoya(1999), s. 123-128; Pekcanitez vd. (2011), s. 221; Ö.Ulukapı (1991). *Medeni usûl hukukunda dava arkadaşlığı*. Konya: Mimoza Yayınları,, s. 225-226.

müsait görünmektedir. Bu açıdan, dava arkadaşlığının, topluluk davasının davacılara ve mahkemeye sağladığı kolaylığı gerçekleştirilebilirliğini söylemek güçtür. Ayrıca ihtiyarî dava arkadaşlığında dava arkadaşları yargılama sürecine bizzat katılmak zorunda iken, topluluk davasında davaya taraf olmayı kabul edenler adına davayı temsilciler yürüteceğinden, bu kişilerin dava sürecine bizzat katılmaları gerekmemektedir.

İhtiyari dava arkadaşlığının yanında, maddî tazminat alacaklarının devri yolu ile topluluk davası açma imkânına yaklaşan bir çözüm önerisi de düşünülebilir. Manevî tazminat alacaklarının tazminat sorumlusu ikrar etmedikçe veya mahkemece tazminata hükmedilmedikçe devredilemeyeceği buna karşın maddî tazminat alacaklarının devredilebileceği kabul edilmektedir⁸¹⁸. Maddî tazminat alacaklarının devriyle alacak hakkı, alacağı devralan kişiye intikal eder. Devralan, daha önce temlik edene ait olan alacak hakkını iktisap eder ve alacaklının yerine geçer. Bu halde alacak bakımından mahkemeye ve icraya başvurma yetkisi de devralana geçer⁸¹⁹. Alacağın temlik bir tasarruf işlemi olmakla birlikte, henüz malvarlığının aktifinde mevcut olmayan, ileride doğacak (müstakbel) bir alacağın da temlik edilebileceği de öğretide ve içtihatlarda genel olarak kabul edilmektedir⁸²⁰. Müstakbel alacaklar arasında yer alan çekişmeli alacakların temlikine bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle çekişmeli alacak niteliğindeki haksız fiillerden kaynaklanan maddi tazminat alacaklarının temlik edilmesi mümkündür⁸²¹.

⁸¹⁸ K. Tunçomağ (1972). *Borçlar hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 319.

⁸¹⁹ Bkz. Kortunay (2011). Alacağın temlik yoluyla kollektif tazminat taleplerine imkân veren bir model geliştirilebilir mi? *Rekabet Dergisi*, 2011, 12(3), s. 196.

⁸²⁰ S. S. Tekinay vd.(1988), *Borçlar hukuku, genel hükümler*. İstanbul: Filiz Kitapevi, s. 327-328.

⁸²¹ H. N. Nomer (2002), Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, s. 10; Kortunay konuya ilişkin ayrıntılı çalışmasında, zararın ispatının rekabet hukukunda ayrı bir özellik gösterdiğini, rekabet ihlali gerçekleşmemiş olsaydı ortaya çıkacak olan durumun ve dolayısıyla zararın tesbitinin çok sayıda veri ve kapsamlı bir piyasa analizini gerektirdiğini, bu durumun davacı açısından hiç te kolay olmadığını ve dolayısıyla rekabet ihlallerine dayalı tazminat davalarında zararın ispatının önemli bir güçlük olarak ortaya çıktığını belirtmektedir. Yazar bu bakımdan BK madde 42/2’de yer alan düzenlemenin özel bir öneme sahip olduğunu ve örneğin doğrudan alıcılar rekabet ihlali nedeniyle satışlarında düşüş meydana geldiğini yahut dolaylı alıcılar rekabet ihlali nedeniyle daha yüksek fiyat ödediklerini ispatlamak suretiyle zararın miktarının tayinini hâkimden isteyebileceklerini ifade etmektedir. Kortunay (2011). S. 193- 194.

Yazar, bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer düzenlemenin de yeni HMK madde 107 hükmü olduğunu (HMK m. 107; “*Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir*”) bu düzenleme ile hukukumuzda “belirsiz alacak davası” açabilme imkânı getirildiğini belirtmektedir. Bkz. Kortunay (2011). S. 194; *Düzenlemeyle, dava açıldığı tarihte alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenemediği hallerde alacaklıya önemli bir kolaylık getirilmektedir. Böylece kanun koyucu, davacıyı bilinmeyen bir alacak için dava açmak gibi hak arama özgürlüğü ile bağdaşmayan bir*

Alman hukukunda, uygulama ve öğretide genel olarak kabul edildiği üzere tazminat talep hakkının alacaktan bağımsız olarak devri mümkündür. Bu halde alacaklı tarafından bir üçüncü kişiye alacağın devri yerine, ifayı kendi adına talep yetkisi verilmektedir. Bu halde üçüncü kişiye kendi adına talep yetkisini veren alacaklı kalmaya ve bu sıfatla da alacağı üzerinde tasarrufta bulunma hakkını muhafazaya devam edecektir. Ancak Türk hukuku bakımından talep ve dava haklarıyla alacak hakkının birbirlerine sıkı sıkıya bağlı olduğu, bölünemeyeceği ve bu nedenle talep hakkının alacaktan bağımsız olarak devrinin mümkün olmadığı genel olarak kabul edilmektedir⁸²².

Maddî tazminat hakkına sahip olan tarafların tazminat hakkından doğan müstakbel alacaklarını, bunları toplayarak dava açmak isteyenlere alacağın devri hükümlerine göre devretmesi mümkündür. Böylece, haksız fiilden zarar gören taraflar ayrı ayrı dava açmaktan kurtulmuş olmaktadır. Ancak alacağı devredenle, devralan arasında yapılan anlaşmaya göre; alacağı devralanın dava sonucunda elde ettiği tazminatın bir kısmını ya da tamamını alacağı devredene iade etmesi halinde inançlı temlik söz konusu olmaktadır. Tahsil amacıyla yapılan inançlı temlikte, taraflardan birinin (inanana) sahip olduğu bir alacağı diğerine (inanılan) devretmesi; bununla birlikte tarafların, temlike esas olan sözleşmede “devir konusu alacağın borçludan tahsil edildikten sonra temlik edene (inanana) iade edilmesi hususunda anlaşmaları” söz konusudur⁸²³. Temlik eden (inanana), tüm alacaklı haklarını temellük eden (inanılan) şahsa devretmiştir, ona karşı yalnızca hakkın iadesi konusunda şahsi bir talep hakkı vardır. Normal bir temlik işleminde olduğu gibi, inançlı temlikte de devreden alacaklı sıfatını kaybeder; alacak devralana intikal eder⁸²⁴. Bu bakımdan, alacağı inançlı temlik işlemiyle devralan kimse kendi adına dava açmaya ve bu davayı takip yetkisine sahip olmaktadır⁸²⁵. Tahsil amacıyla yapılan inançlı temlikte alacağı tahsil eden devredenle

durumdan kurtarmış olmaktadır. Belirsiz alacak davası esasen bir tür eda davasıdır. Eda davasından farkı ise, talep sonucunda istenen miktarın tam olarak belirlenmemesidir. Bu dava ile davacı, dava açarken miktarını belirleyemediği bir alacağın ödenmesini talep eder. Davacının talep dilekçesinde talep sonucunu (netice-i talep) belirtmesi zorunluluğunu ortadan kaldıran bu düzenleme ile haksız fiile (özellikle de rekabet ihlaline) dayalı tazminat davalarında önemli bir güçlük aşılmış olacaktır. Bkz. Kortunay (2011). s. 195

⁸²² Tekinay vd. (1998), 330; Kortunay (2011). s.196.

⁸²³ E. Özsunay (1968). *Türk hukukunda ve mukayeseli hukukta inançlı muameleler*. İstanbul, s. 219 vd; Tekinay vd. (1998), 320.

⁸²⁴ Tekinay vd. (1998), 320; Kortunay (2011). s.196.

⁸²⁵ Kortunay (2011). s.196.

yaptığı anlaşma gereği alacağı iade etme yükü altındadır. Ancak bu durum tahsil amacıyla alacağı devralanla devreden arasındaki iç ilişkiyle ilgili olup, borçluyu hiçbir şekilde ilgilendirmez. Bu halde alacağı tahsil eden iade borcunu yerine getirmezse alacağı devreden, bu kişiye karşı ayrı bir dava açarak iadeyi talep etmek zorundadır.

Alacağın devri ya da alacağın tahsil amacıyla inançlı temlikinin topluluk davalarına bir alternatif olup olmadığı, yani topluluk davası sistemini benimsemeden geleneksel hukukî yollarla aynı sonuca ulaşıp ulaşılamayacağı konusu Alman hukukunun aksine, Türk hukukunda henüz tartışmaya açılmış bir konu değildir. Bu konuda **Kortunay**, alacağın devri ya da alacağın tahsil amacıyla inançlı temlik yoluyla dava açma yolunun, grup davalarına (topluluk davalarına) ciddi bir alternatif olarak görmek güç ise de, mevcut düzenlemelerle barışık ve belirli koşullarda başvurulabilecek bir yöntem olduğunu ifade etmektedir. Yazar, zarar görenlerin bireysel dava açmaları halinde karşılaşacakları güçlüklerin taleplerin birleştirilmesi suretiyle önemli ölçüde azaltılabileceğini, her bir teşebbüsün sahip olduğu piyasaya ilişkin verilerin tek bir elde toplanması ve analiz edilmesiyle rekabet ihlallerinin etkileri daha kolay tespit edilebileceğini ve böylece bilgi eksikliğinden kaynaklanan ispat sorunlarının daha kolay aşılabileceğini belirtmektedir⁸²⁶.

Alacağın devri ya da alacağın tahsil amacıyla inançlı temlik yoluyla açılacak davalar, ihlâlden zarar gören çok sayıdaki tüketiciler bakımından tek tek bu devir işlerini yapmak mümkün olmayacağından, ancak büyük miktarlardaki zararların talep edilmesine imkân vermektedir. Ayrıca, alacağı devralanın iade yükümlülüğü bir şahsi borç niteliğindedir. Dolayısıyla anlaşmaya uygun biçimde iadenin gerçekleşmemesi durumunda asıl zarar görenlerin (bu kez temellük edene karşı) dava açmaları gerekecektir⁸²⁷.

Sonuç olarak maddî tazminat hakkının devri yoluyla tazminat davası açmak mevcut hukukî düzenlemeler ışığında düşünülebilecek bir çözüm yolu olmakla beraber, geniş kitlelerin dava açmalarını topluluk davalarına nazaran istenilen düzeyde kolaylaştırmayacağı ortadadır⁸²⁸.

Maddî tazminat hakkının devri yoluyla özellikle tahsil amaçlı inançlı temlik yoluyla tazminat davası açma konusunda, Türk hukukunda karşılabilecek diğer bir

⁸²⁶ Kortunay (2011). s. 199.

⁸²⁷ Kortunay (2011). s. 198- 199.

⁸²⁸ Benzer şekilde bkz. Kortunay (2011). s. 199.

sorun da Avukatlık Kanunu'nun bu davalara müsaade edip etmeyeceğidir. Avukatlık Kanunu'nun *Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler*, başlıklı 35. maddesine göre; Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Bu halde alacağın tahsil amaçlı inançlı temlik yoluyla tazminat davası açılanların dava hakkını kötüye kullandığı itirazları gündeme gelebilir⁸²⁹. Buna karşın hukukun imkân tanıdığı durumlarda davacı, iddiayı başka birisi adına ileri sürerse, dava takip yetkisini⁸³⁰ başkası adına kullanmak söz konusu olabilir. Ancak bu halde dava takip yetkisinin kullanılabilmesi için kanunî dayanağa ihtiyaç vardır⁸³¹. Dava takip yetkisinin arandığı hallerde, kanunî dava takip yetkisinin olmaması dava reddi sebebi olacağından, dava takip yetkisi bir dava şartıdır⁸³². Ancak tazminat hakkının inançlı temlik yoluyla devri halinde, zarar görenler adına dava açanların kanunî dava takip yetkisinden bahsedilemeyeceğinden, davanın reddi söz konusu olabilir.

4.2.11. Tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuk

4.2.11.1. Tahkim

Tahkim sözleşmesi, tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukukî ilişkiden doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlığın tamamının veya bir kısmının hakem veya hakemler kurulu tarafından çözülmesi için (HMK m.412/1) yaptıkları yazılı bir

⁸²⁹ Alman hukukunda, CDC davasında davalıların, “*Alman Hukuki Müşavirlik Yasası’na (RBERG) göre ise, alacağı tahsil yetkisi verilen bir teşebbüs bunu sadece dava dışı yollarla gerçekleştirebilir; alacağın tahsili için dava açma ve açılan bu davayı takip etme yetkisi yoktur. Asıl gayeleri temlik işlemi yapmak olmayan tarafların bu davranışı hakkın kötüye kullanılması teşkil eder*”, şeklinde yapmış oldukları itirazlar mahkeme tarafından kabul görmemiştir. Kortunay (2011). s. 190.

⁸³⁰ HMK m. 53’e göre, dava takip yetkisi; talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir. Bu açıdan davayı takip yetkisi maddi hukuktaki tasarruf yetkisi ile ilişkilendirilmektedir.

Kural olarak hak sahibi, hakkın bir unsuru olduğu için tasarruf yetkisine de sahip olmaktadır. Ancak, kanun bazı istisnai durumlarda kişiyi hak sahibi kılmakla beraber, onun tasarruf yetkisini sınırlandırmıştır. Örneğin iflasın açılmasıyla müflisin iflas masasına dâhil mal ve haklar üzerinde tasarruf yetkisi ortadan kalkar. Böylece hak sahibi olan müflisin tasarruf yetkisi ortadan kalkar ve iflas masasına dâhil olan bu mal ve haklara ilişkin davaları takip yetkisi de iflas idaresine ait olur. Davayı takip yetkisi hak sahibinden başka üçüncü kişilere geçmekle birlikte, dava asıl hak sahibi adına yürütüldüğünden bu davada taraf asıl hak sahibi kalmaya devam eder. Dava sonucunda verilen hüküm doğrudan asıl taraf hakkında kesin hüküm teşkil eder. Erişir (2007), s. 75-76, s. 82-83.

⁸³¹ Pekcanitez vd. (2011), s. 210

⁸³² Pekcanitez vd. (2011), s. 212.

anlaşmadır. Tahkim Devlet tarafından denetlenen, kararları kesin hüküm oluşturan ve tıpkı mahkeme kararları gibi icra edilebilen özel bir yargı faaliyetidir⁸³³.

Tahkim yargılaması mahkemelerdeki yargılamalara nazaran genellikle daha kısa sürmekte ve özel bilgiyi gerektiren hâllerde daha az masraflı olmaktadır. Tahkim yargılamasının aleni olmayışı, mali durumunun ve ticarî sırlarının açığa çıkmasını istemeyen şirketler için gizliliğin korunmasına yardımcı olması tahkimin olumlu yönleri arasında sayılmaktadır.

Milletlerarası tahkime ilişkin usûl ve esaslar, Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenmiş olup, bu Kanun'un uygulama alanı dışında kalan tahkim (milli tahkim) bakımından ise HMK m. 407 ve devamı hükümleri geçerlidir. Uyuşmazlıkların tahkim (ihtiyarî tahkim) yolu ile hakemler tarafından çözümüne ancak özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda, iki tarafın iradesine tabi olan konulara ilişkin olarak izin verilmiştir⁸³⁴. Taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ise tahkime elverişli değildir (HMK m. 408)⁸³⁵.

Rekabet hukukundan doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulabilmesi, rekabet ihlâlinden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından mümkündür. Bilindiği üzere Türk rekabet hukukunda kamu hukukundan doğan yaptırımların uygulanması açısından yetkili otorite Rekabet Kurulu'dur ve Kurul RKHK hükümleri çerçevesinde rekabet ihlâllerini incelemekte ve gerekli yaptırımları uygulamaktadır. Kamu hukuku yaptırımları uygulanması konusu iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden olduğundan, kamu hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Buna karşın rekabet ihlâlinin özel hukuk sonuçlarına ilişkin uyuşmazlıklar özünde bir

⁸³³ Pekcanitez vd. (2011), s. 736; G. Ildır (2003). *Alternatif uyuşmazlık çözümü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.21-25, 124-125

⁸³⁴ Ildır (2003), s. 122; İ. Karataş (1999). *Uygulamada ihtiyari tahkim*. Ankara: Turhan Kitapevi, s. 13; Kuru (2001) (H. M.U. Cilt VI), s. 5875.

⁸³⁵ Tahkim sözleşmesi yazılı şekle tâbidir (HMK m.412/3), yazılı olmayan sözleşmeler geçersizdir. Tahkim sözleşmesinde muhtemel uyuşmazlıklara ilişkin tüm hususlar açıkça belirlenmiş olmalıdır. Uyuşmazlığın konusu belli değilse ya da sözleşme emredici kanun hükümlerine veya ahlâka aykırı ise, bu tür tahkim sözleşmeleri geçerli değildir. Karataş (1999), s. 36 vd.

haksız fiil olduğundan ve haksız fiilden doğan talepler iki tarafın iradelerine tâbi olan işlerden olduğundan, bu hâllerde tarafların tahkim yoluna başvurmaları mümkündür⁸³⁶.

Rekabet ihlâli gerçekleşikten ve ihlâlin varlığını tespit eden Kurul kararı kesinleştikten sonra tazminatın miktarı ve kapsamına ilişkin uyuşmazlığın çözümü için taraflar tahkim sözleşmesi yapabilirler. Bu sayede taraflar, hızlı bir çözüme ulaşacağı gibi, rekabet hukuku kurallarının ihlâli sebebiyle yapılması gerekli analizler de uzman kişilerce daha sağlıklı bir şekilde yapılmış olur. Bugün Amerika Birleşik Devletleri'nde rekabet ihlâlinden kaynaklanan tazminata ilişkin uyuşmazlıkların önemli bir çoğunluğu yargılama öncesinde arabuluculuk veya tahkim gibi yollarla çözüme kavuşturulmaktadır. Böylece doğası gereği detaylı ve yüksek maliyetli ekonomik analizler yapılması gerekli olan rekabet ihlâline ilişkin tazminat davalarında, hem yargılama maliyetleri azaltılmakta, hem de uyuşmazlık konusu alenileşmeden hızlıca çözüme kavuşmaktadır. Rekabet ihlâlinin özel hukuk sonuçları bakımından tahkim, ihlâlinden zarar görenlerin tazminata kavuşmasını hızlandırmakta, diğer yandan da ihlâli gerçekleştirenlerin tazminat yükünü kısmen de olsa hafifletmektedir.

Henüz ihlâle ilişkin bir Kurul kararının olmadığı evrede de, tarafların ihlâlin özel hukuk sonuçlarına ilişkin tahkim sözleşmesi yapabilmeleri kanaatimizce mümkün olmalıdır. Bu durumda hakem ya da hakemlerin öncelikle bir rekabet ihlâlinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini, sonrasında ise ihlâl tespit edilirse uygulanacak hukuka göre tazminat sorumluluğunu incelemesi gerekir. Bu hâlde hakemlerin ihlâlin tespiti bakımından Rekabet Kurulu'ndan görüş alıp alamayacakları konusunda bir düzenleme yapılmamış olmakla beraber, bu başvurunun mümkün olması gerektiği kanaatindeyiz.

4.2.11.2. Arabuluculuk

Genel olarak arabuluculuk, meydana gelen uyuşmazlığın, tarafların iradi olarak başvurmaları sonucu, arabulucu olarak adlandırılan tarafsız ve güvenilir bir üçüncü kişi yardımıyla, üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle, iki tarafın ortak menfaati esas alınarak çözümlenmesi olarak tanımlanabilir⁸³⁷. Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıkların çözümü de, yargılama ile elde edilecek olan çözümden daha

⁸³⁶ Güven (2008), s. 821-822.

⁸³⁷ Pekcanitez vd. (2011), s. 765.

basit, daha çabuk, daha az masraflı ve birçok yönden daha tatminkâr olmaktadır. Uyuşmazlığın bu yolla çözümlenmesi mahkemelerin iş yüklerini de hafifletmektedir⁸³⁸.

Rekabet hukukundan doğan anlaşmazlıkların mahkemece çözümlenmesi uzun sürecek ve yargılama giderleri fazla olacaktır. Taraflar açısından arabuluculuk ve uzlaşma hızlı ve basit bir çözüm olarak görülmektedir. Dolayısıyla mahkemelerin üzerinde bulunan aşırı dava yükünün hafiflemesi bakımından da arabuluculuğun teşvik edilmesi gereklidir.

4.2.12. Geçici hukukî korumalar

Rekabet hukuku bakımından geçici hukuî korumalardan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz, farklı bir özellik arz etmemekle birlikte, delil tespiti (HMK m. 400- 406) önemli bir yere sahiptir. Delil tespiti ileride açılacak veya açılmış bir dava ile ilgili delillerin bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp emniyet altına alınmasını sağlamak için kullanılır⁸³⁹. Delil tespiti talep etmek için, talep edenin bunda hukukî yararı olmalı ve delillerin inceleme sırası gelmemiş olmalıdır⁸⁴⁰. Her türlü delilin tespitinin mahkemeden istenmesi mümkündür. Talepte bulunanın bu konuda mahkemede yeterli kanaat uyandırması ve buna ilişkin delilleri yaklaşık olarak göstermesi gerekir⁸⁴¹.

Mahkemece delil tespitine karar verilince, mahkeme delil tespitini yargılama hükümlerine göre yapar ve bir delil tespiti tutanağı düzenler. Bu kapsamda rekabet hukukundan doğan tazminat davalarında, tarafların dava açılmadan önce ya da dava sürecinde mahkemeden, delil tespiti istemesi ihlâllerin ortaya çıkarılmasında etkili

⁸³⁸ İldır (2003), s. 175-176. 2008 yılında, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanmak üzere, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı” hazırlanmıştır. Tasarıda arabuluculuk; “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmaktadır (m.1)

⁸³⁹ Pekcanitez vd. (2011), s. 731; Kuru vd. (2006), s. 710-712; Üstündağ (1997), s. 589-560.; Kuru, (2001) (H.M.U. Cilt IV), s. 4426-4427.

⁸⁴⁰ Pekcanitez vd. (2011), s. 732.

⁸⁴¹ Delil tespitinde mahkemenin delil tespiti talebini kabul edebilmesi için ayrı bir yargılama yapması, talepte bulunanın da bu yargılamada isteminin sebeplerini ispat etmesi gerekir. Burada yaklaşık ispat aranmaktadır. Çünkü çoğunlukla delil tespitinin geçici hukukî koruma tedbirlerinin bir türü olduğu kabul edilir. E.Yılmaz (2001). *Geçici hukuki himaye tedbirleri c. 11*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 1335; Kuru (2001) (H.M.U. Cilt IV), s. 4442.

olabilecek delillerin ortadan kaldırılmasına da engel olabilecektir. Zira davacının iddiasını ispat için yararlanacağı delillerin çoğu davalının hâkimiyetinde olacağından, bu delillerin korunması için delil tespitine başvurmak faydalı olacaktır.

4.3. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerine İlişkin Öneriler

Türk rekabet hukukunda RKHK'nın yürürlüğe girmesinden bu yana, kamu hukuku yaptırımlarına oranla, tazminat taleplerinin geri planda kaldığı açıkça görülmektedir⁸⁴². Bu bakımdan çalışmanın bu kısmında mevcut düzenlemelerde yapılması gerekli değişiklikleri ele alan, tazminat talep hakkına, zararın tazminine, ispat yüküne ve hukuk mahkemelerinin yetkisine ilişkin somut çözüm önerileri getiren, Gürzumar, İnan ve Aslan'ın hazırlamış olduğu taslaklar ve konuya ilişkin tespit ve önerilerimize yer verilecektir.

4.3.1. Tazminat talep hakkına ilişkin öneriler

Tazminat talep hakkına ilişkin **İnan**'ın getirmiş olduğu öneri;

Her kim, kusurlu olarak, bu Kanunun “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar” başlığını taşıyan 4. maddesini yahut “Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasını” başlığını taşıyan 6. maddesini ihlâl ederse, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışı sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur, şeklindedir⁸⁴³.

İnan önerisinde tazminat sorumluluğunun doğması için kusur şartı arandığı ve birleşme ve devralmaların tazminat kapsamına alınmadığı görülmektedir.

Tazminat talep hakkına ilişkin olarak **Gürzumar**'ın “*ihlâlin sonuçları*” başlığı altında getirmiş olduğu öneri;

Her kim, kusurlu olarak bu Kanun'un 4. maddesine aykırı olan ve muafiyetten de yararlanmayan anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut bu Kanun'un 6. maddesini ihlâl ederse,

⁸⁴² Nitekim bildiğimiz kadarıyla açılan yirmiden fazla tazminat davasında, henüz Yargıtay sürecini de tamamlamış olan bir dava bulunmamaktadır.

⁸⁴³ İnan (2004), s. 55.

anılan hükümlerin koruma kapsamına giren kişilerin bu nedenle uğradıkları zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Zarar birden fazla kişinin davranışıyla ortaya çıkmışsa, bunlar zarardan müteselsilen sorumludur. İhlalden etkilenenlerin, devam eden ihlâlin sona erdirilmesini ve yakın ihlâl tehlikesinin önlenmesini talep etme hakları saklıdır. Kanun'un 6. maddesinin anlaşma yapmaktan kaçınma şeklinde ihlâl edilmesi halinde, hâkim, zarar görenin talebi üzerine, zarar görenle ihlâli gerçekleştiren arasında, pazar koşullarına uygun ve ilgili sektör bakımından mutad şartlar içeren bir sözleşme kurulmasına karar verebilir, şeklindedir⁸⁴⁴.

Gürzumar'ın önerisinde hükmün başlığının tazminat hakkı yerine, “*ihlâlin sonuçları*” olduğu dikkati çekmektedir⁸⁴⁵. Ayrıca öneride, tazminat sorumluluğunun doğması için kusur şartı arandığı, birleşme ve devralmaların tazminat kapsamına alınmadığı, muafiyet halinin ve normun koruma amacı ilkesinin açıkça yer aldığı görülmektedir. Gürzumar'ın İsviçre ve kısmen Alman rekabet hukukunda olduğu gibi, tecavüzün önlenmesi, tecavüzün durdurulması ve sözleşme yapma yükümlülüğüne de yer verdiği görülmektedir⁸⁴⁶.

Tazminat talep hakkına ilişkin olarak **Aslan**'ın getirmiş olduğu öneri “*Tazminat Hakkı*” başlığı altında; “

Kanun'un 4 ve 5. maddelerine aykırı anlaşma ve uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları nedeniyle zarar gören üçüncü kişiler, anlaşmanın, uyumlu eylemin tarafları veya kararı alan teşebbüs birliği ile karara olumlu oy veren veya kararı uygulayan üyelere karşı; 6. maddesine aykırı bir uygulama ya da işlem nedeniyle zarar gören kişiler, hakim durumu kötüye kullanan teşebbüs veya teşebbüslere karşı; 7. maddeye göre yasak olan bir ekonomik yoğunlaşma nedeniyle zarar görenler, ekonomik yoğunlaşmanın taraflarına karşı; 9. maddeye aykırı olarak rekabeti bozucu bir idarî yardım nedeniyle zarar gören

⁸⁴⁴ Gürzumar (2005), s. 183-184.

⁸⁴⁵ Gürzumar mevcut 57. madde hükmünün ihlâli gerçekleştirenler perspektifinden yazıldığını, dolayısıyla hükmün başlığının da ihlâli gerçekleştirenler bakımından yeniden düzenlenmesi gerektiğini, bu bakımdan hükmün başlığının, “*tazminat yükümlülüğü*” veya “*tazminat borcu*” olması gerektiğini hatta, bu ifadelerin bile yeterli olmayacağını belirterek, hükmün başlığı olarak neden, “*ihlâlin sonuçları*”nı tercih ettiğini izah etmektedir. Gürzumar (2005), s. 135.

⁸⁴⁶ Sözleşme yapma yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz O. B. Gürzumar (2006). *Zorunlu unsur doktrinine dayalı sözleşme yapma yükümlülüğü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık,

rakipler, yardımı alan teşebbüse ve veren idareye karşı, asliye ticaret mahkemelerinde tazminat davası açabilirler. İhlali gerçekleştirenlerin birden fazla teşebbüs veya teşebbüs birliği olması halinde müteselsil sorumluluk esası uygulanır, şeklindedir⁸⁴⁷.

Aslan hazırlamış olduğu “*Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisinde*” 4. maddede *Kartelleri*, 5. maddede *Dikey Anlaşmaları*, 7. maddede *İktisadi Yoğunlaşmaların Denetimini* ve 9. maddede *Rekabeti Bozucu İdari İşlemleri ve İdari Yardımları* ele almaktadır. Aslan önerinin gerekçesinde, tazminat talep etme hakkının RKHK ile açıkça düzenlenmesi gerektiğini, kimin kime karşı dava açmaya hakkının olduğunun belirtilmesinin doğru çözüm olduğunu belirtmektedir. Öneride, kartel üyelerinin dava açma hakkı olmaması gerektiği ve dikey anlaşmalarda, hakim durum kötüye kullanılmadıkça her iki tarafın birlikte rekabeti sınırlayıcı sonuçlar doğurmalarının mümkün olduğunu belirtmektedir. Ayrıca Devlet yardımlarını da tazminat kapsamına aldığı ve hem ilgili idareye hem de yardımı alan teşebbüse karşı asliye ticaret mahkemesinde tazminat davası açılabilmesini mümkün kıldığı görülmektedir⁸⁴⁸.

Tazminat talep hakkına ilişkin önerimiz;

Her kim, kusuru olmasa bile Kanun’un 4. maddesi kapsamında olan ve muafiyetten yararlanmayan anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut bu Kanun’un 6. veya 7. maddelerini ihlâl ederse, ihlâlden zarar görenlerin bu nedenle uğradıkları her türlü maddi zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Zarar görenlerin zararın bir kısmını ya da tamamını sonraki alıcılara intikal ettirdiği hâllerde hâkim zararın intikal eden kısmını tazminatın hesaplanmasında dikkate alır. Zarar birden fazla kişinin davranışıyla ortaya çıkmışsa, bunlar zarardan müteselsilen sorumludur. İhlalden etkilenenlerin, devam eden ihlâlin sona erdirilmesini ve yakın ihlâl tehlikesinin önlenmesini hukuk mahkemesinden talep etme hakları saklıdır, şeklindedir.

⁸⁴⁷ Aslan (2005), s. 67-68.

⁸⁴⁸ Aslan (2005), s. 67-68.

Önerimiz Gürzumar'ın önerisine genel olarak uygun olmakla birlikte önemli birtakım farklılıklar vardır. Öncelikle önerimizde sorumluluk, üç kat tazminat halleri hariç, açıkça kusursuz sorumluk esasına dayandırılmıştır. Böylece dava hakkının kullanılması bakımından davacılar kusuru ispat yükünden kurtarılmış ve tazminat davaları teşvik edilmiştir. Zararın intikali savunması teknik olarak bir itiraz olarak düzenlenerek, tazminat hesaplamasında hâkimin zararın intikal eden kısmını dikkate alması sağlanmıştır. İlk alıcıların zararı sonraki alıcılara yansıttığı hallerde bir de tazminata hak kazanarak sebepsiz zenginleşmesinin önüne geçilmiştir. Bu durumda dolaylı alıcılara da uğradıkları zararın uygun nedensellik bağı içinde kalması şartıyla dava açma hakkı tanınmış olmaktadır. İzinsiz gerçekleştirilen birleşme ve devralmalar neticesinde ortaya çıkan zararlar da tazminat kapsamına alınmıştır. Normun koruma amacı ilkesine (açıkça) yer verilmemiştir.

4.3.2. Zararın tazminine ilişkin öneriler

Zararın tazminine ilişkin olarak **İnan**'ın getirmiş olduğu öneri;

Bu Kanun'un 57nci maddesine göre tazminat borcunun doğması halinde, zarar gören; a) Tüketiciler dahil olmak üzere ihlâl konu olan malların alıcıları, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. b) Zarar gören teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini sorumlu teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zarar veren teşebbüslerin elde ettikleri ya da elde etmeleri muhtemel bütün kârlara da tazminat olarak hükmedilebilir. Ortaya çıkan zarar, sorumlu teşebbüslerin ağır kusurundan kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddî zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katına kadar tazminata hükmedebilir, şeklindedir⁸⁴⁹.

İnan önerisinde açıkça tüketicilerin de dava hakkı olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca ağır kusur sonucu tazminat miktarının, zararın üç katı olarak değil de, üç katına kadar olması gerektiğini ifade ederek zararın üç katını üst sınır olarak öngörmüştür.

⁸⁴⁹ İnan (2004), s. 55.

Zararın tazminine ilişkin olarak **Gürzumar**'ın “*Zararın ve Tazminatın Belirlenmesinde Özel Durumlar*” başlığı altında getirmiş olduğu öneri;

Bu Kanun'un 57. maddesine göre tazminat borcunun doğduğu hâllerde, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, zarar veren teşebbüslerin ihlâl neticesinde elde ettikleri ya da elde etmeleri muhtemel karları zarar olarak belirleyebilir. Ortaya çıkan zarar, zarar veren teşebbüslerin kastı veya ağır ihmalinden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddî zararın ya da zarar veren teşebbüslerin ihlâl neticesinde elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan karların üç katına kadar tazminata hükmeder, şeklindedir⁸⁵⁰.

Öneride, m. 57 hükmüne atıfta bulunularak, mevcut Kanunun m. 58/I hükmünde yer alan, rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu zarar görenler... ifadesinin hakim durumun kötüye kullanılması bakımından yaratacağı belirsizlik giderilmiş ve ayrıca üç kat tazminat bakımından, hâkime üç katına kadar tazminatı takdir etmesi yetkisi verilmiştir.

Zararın tazminine ilişkin olarak **Aslan**'ın getirmiş olduğu öneri “*Talep Edilebilecek Tazminat*” başlığı altında;

Davacı, kanunu ihlâl edenlerin kusuru olmasa bile, açacağı davada, tazminat olarak ihlâl nedeniyle gördükleri her türlü zararları talep edebilir. Eğer ihlâl zarar verme kastı ya da ağır kusur ile yapılmış ise davacı gördüğü zararın üç katına kadar tazminat talep edebilir, şeklindedir.

Aslan önerinin gerekçesinde, yasaklanan ihlâllerin kusurlu olduğunu kanıtlamakta büyük zorluklar çıkabileceği ve bu ispat güçlüğüne, davacıları dava açmaktan caydırabileceğini ve esasen ihlâllerin büyük çoğunluğunda ihlâli gerçekleştirenlerin kusursuz olmasının mümkün olmadığını, bu nedenle tazminat hakkının doğması için ihlâli gerçekleştirenlerin kusurlu olmaları gerekmeyişi belirtmektedir. Ancak öneride temel dava bakımından kusur aranmaz iken, üç katına

⁸⁵⁰ Gürzumar (2005), s. 161.

kadar tazminat talep edebilmek için kast veya ağır kusur aranmaktadır⁸⁵¹. Üç kat tazminat bakımından, hâkime üç katına kadar tazminatı takdir etmesi yetkisi verilmiştir. Aslan, üç katına kadar tazminata hükmedecek hâkim geniş takdir yetkisini kullanırken, kanunu ihlâl eden teşebbüslerin bu sebeple elde ettikleri kârların büyüklüğünü, tazminat davası açabileceklerin sayısının çokluğunu vb. halleri dikkate alması gerektiğini belirtmektedir. Öneride tazminat miktarının hesaplanmasında, Kanun’u ihlâl edenlerin bu nedenle elde ettikleri ya da elde etmeleri muhtemel kârları alternatif olarak görülmemiştir. Böylece dava açabilecek olanlar en kolay şekilde ispat edebilecekleri kendi zararlarını, kast veya ağır ihmal halinde zararlarının katlarını tazminat olarak talep edebileceklerdir. Aslan RKHK’da davacıya böyle bir alternatifin verilmesinin sebebinin, bunlardan hangisi yüksek ise onun istenmesi, böylece davalı bakımından daha caydırıcı bir sonuç doğurması olduğunu belirtmekte, ancak bu ihtiyacın üç kat tazminat hükmüyle esasen giderilmiş olduğundan, böyle bir alternatife ihtiyaç kalmadığını ifade etmektedir⁸⁵². Ayrıca Kanun’u ihlâl edenlerin bu nedenle elde ettikleri ya da elde etmeleri muhtemel kârların alternatif olarak Kanun’da yer almasının, ihlâl edenlerin sorumluluk miktarının sınırlı tutulmak istendiği izlenimi doğurabileceğini de belirtmiştir⁸⁵³.

Zararın tazminine ilişkin önerimiz;

Ortaya çıkan zarar, Kanunu ihlâl eden teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin kastı veya ağır ihmalinden kaynaklanmışsa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddî zararın üç katı tazminata hükmeder. Pişmanlık hükümleri kapsamında Kurumla işbirliği yapan teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri bakımından ise, hükmedilecek tazminat bu teşebbüslerin yol açtığı zarar miktarını aşamaz, şeklindedir.

Önerimizde, üç kat tazminatın hesaplanmasında zarara neden olanların elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan kârlar dikkate alınmamıştır. Tazminat sorumluluğuna ilişkin diğer koşulların da var olması halinde üç kat tazminata hükmedilmesi noktasında hâkime takdir hakkı tanınmamıştır. Böylece tazminat

⁸⁵¹ Aslan (2005), s. 68-69

⁸⁵² Aslan (2005), s. 69

⁸⁵³ Aslan (2005), s. 69- 70.

yaptırımının caydırıcı etkisi artırılmış olmaktadır. Tazminat talep hakkına ilişkin önerimizde sorumluluğun kusursuz sorumluluk esasına dayanması gerektiğini belirtmiştik. Ek kusurun yani kast veya ağır ihmalin olması durumunda ise, sorumluluğun üç kat tazminat şeklinde ağırlaştırılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Önerimizde ihlâl karışan teşebbüs ya da teşebbüs birliklerinin pişmanlık hükümleri kapsamında Kurumla yapacakları işbirliğinin olumsuz etkilenmemesi amacıyla, işbirliği yapan teşebbüs veya teşebbüs birlikleri bakımından tazminat sorumluluğu da sınırlanmıştır.

4.3.3. İspat yükü ve mahkemelerin yetkisine ilişkin öneriler

İspat yüküne ilişkin olarak **İnan**'ın getirmiş olduğu öneri;

Bu Kanun'un "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlığını taşıyan 4. maddesinin ve "Hakim Durumun Kötüye Kullanılması" başlığını taşıyan 6. maddenin ihlâl edildiği her türlü delille ispat edilebilir. Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığını ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren özellikle piyasaların fiilen paylaşması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık gibi, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer. Ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşulu ile taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulur, şeklindedir.

İnan'ın önerisinde, uyumlu eylemin ispatı konusunda RKHK madde 4'teki "uyumlu eylem karinesi" aynen yer almıştır.

İspat yüküne ilişkin olarak **Gürzumar**'ın getirmiş olduğu öneri;

Bu Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ihlâl edildiği iddiası, her türlü delille ispatlanabilir. Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığını ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren özellikle piyasaların fiilen paylaşması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık gibi, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı

organına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer. Ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşulu ile taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir, şeklindedir.

Gürzumar önerisinde de, uyumlu eylemin ispatı konusunda RKHK madde 4'teki “uyumlu eylem karinesi” yer almıştır⁸⁵⁴.

İspat yüküne ilişkin olarak **Aslan**'ın getirmiş olduğu öneri;

Tazminat davalarında davacı iddiasını ispat etmek zorundadır. İddiasını kanıtlamak amacıyla her türlü delili kullanabilir. Davacı 4. maddede yer alan uyumlu eylem karinesinden yararlanabilir. Dava açıldığında ihlâli tespit eden ve yargı yolları tükendiğinden artık iptal edilmesi söz konusu olmayan bir Rekabet Kurulu kararının varlığı halinde, davacı gördüğü zararı tazminat olarak talep etmiş ise, zararın varlığını ve zararın ihlâlden kaynaklandığını kanıtlamakla yükümlüdür, eğer gördüğü zararın üç katına kadar tazminat talep etmiş ise, buna ilave olarak ihlâlin davalının zarar verme kastı ya da ağır kusuru ile meydana geldiğini de kanıtlamak zorundadır. Mahkeme önündeki davada, bu kanunun ihlâl edilip edilmediğinin tespit edilmesi gerekiyorsa ve bu konuda ciddi deliller varsa, Rekabet Kurul'una bir yazı göndererek bu konuda bir karar vermesini talep edebilir. Yazıya söz konu deliller de eklenir, şeklindedir⁸⁵⁵.

Öneride henüz yargısal olarak “kesinleşmemiş” Rekabet Kurulu kararlarının mahkeme önündeki kararları etkilemeyeceği, bu durumda mahkemelerin Kurul kararının kesinleşmesini bekleyebileceği gibi, beklemeyerek davasına görmeye devam edebileceği, bu konunun tamamen mahkemenin takdirine bırakıldığı görülmektedir⁸⁵⁶. Öneride mahkemelere eğer Rekabet Kurulu önünde bir soruşturma bulunmuyorsa, Rekabet Kurulu'ndan soruşturma açılmasını talep etme hakkı da verilmektedir. Öneriye göre, kesinleşmiş bir Kurul kararı varsa, bu durum mahkeme önündeki davayı etkileyecektir. Ayrıca bu durumda davacının ihlâlin varlığını kanıtlama yükü ortadan

⁸⁵⁴ Gürzumar (2005), s. 184.

⁸⁵⁵ Aslan (2005), s. 70-71.

⁸⁵⁶ Aslan (2005), s.71.

kalkacağından, davacı sadece zararını ve zararı ile ihlâl arasındaki illiyet bağıını ispat edecektir⁸⁵⁷.

İspat yüküne ilişkin önerimiz;

Bu Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ihlâl edildiği iddiası, her türlü delille ispatlanabilir. Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığını ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren özellikle piyasaların fiilen paylaşması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık gibi, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıkları konusunda delil ikame yükü davalılara geçer. Ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşulu ile taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulur, şeklindedir.

Önerimizde, uyumlu eylemin ispatı konusunda RKHK madde 4'teki "uyumlu eylem karinesi" aynen yer almıştır

Hukuk mahkemelerinin yetkisi konusunda **İnan**'ın getirmiş olduğu öneri;

Hukuk mahkemesinde açılmış olan bir davada herhangi bir nedenle bu Kanunun ihlâl edilip edilmediğinin saptanması gerekiyorsa, yargıç bu Kanunu doğrudan uygulama yetkisine sahip ve bununla görevlidir.

Yukarıdaki fıkra uyarınca bu Kanunun uygulanması gereken hâllerde, yargıç durumu bir yazı ile Rekabet Kuruluna bildirir. Gerekiyorsa ve varsa olayla ilgili bilgi ve delilleri getirebilir. Dava açıldığı zaman, aynı konuda davacı ya da davalı hakkında Rekabet Kurulunca başlatılmış bir soruşturma varsa, yargıç olayla ilgili bilgi ve delilleri getirebilir. Ayrıca, davanın lüzumsuz uzamasına neden olmayacak biçimde, karar vermek için Rekabet Kurulunun nihaî kararının beklenmesine karar verebilir. Dava açıldığı zaman, aynı konuda davacı ya da davalı hakkında Rekabet Kurulunca verilmiş bir karar varsa, yargıç bu karara uymak zorunda değildir. Ancak kararı delil olarak değerlendirir. Bu

⁸⁵⁷ Aslan (2005), s.71.

davalarda mahkemece talep edildiği takdirde, Rekabet Kurulu bilirkişi görevi yapar. Bilirkişi raporunu bir Kurul Üyesinin yönetiminde yeteri sayıda Uzman hazırlar. Bu Kurul üyesini, Kurul Başkanı belirler. Görevlendirilen üye de gerekli gördüğü sayıda Uzmanı görevlendirir. Rapor bu Kurul üyesi ile görevli Uzmanların imzalarını taşır, şeklindedir⁸⁵⁸.

Hukuk mahkemelerinin yetkisi konusunda **Gürzumar**'ın getirmiş olduğu öneri;

Hukuk Mahkemesi, bu Kanun'un ihlâl edilip edilmediğinin saptanmasını gerektiren davalarda, ihlâlin varlığı için gerçekleşmesi gereken ekonomik özellikteki olgularla ilgili olarak Rekabet Kurumu'nun bilirkişiliğine başvurur.

Bilirkişi raporu, ilgili Daire Başkanının yönetiminde, Kurul tartafından görevlendirilecek yeteri sayıda uzman tarafından, ... ay içinde hazırlanır. Rapor Daire Başkanının ve Uzmanların imzasını taşır, şeklindedir.

Adli mahkemelerin yetkisine ilişkin önerimiz;

Adli mahkemede görülmekte olan davanın konusuna ilişkin olarak Kurum bünyesinde bir inceleme, ön araştırma veya soruşturma yürütülüyor olması durumunda, hâkim Kurul'un nihai kararını bekletici mesele sayabilir. Adli mahkeme, Kanunun ihlâl edilip edilmediğinin saptanmasını gerektiren davalarda, ihlâlin varlığı için gerçekleşmesi gereken ekonomik olgularla ilgili olarak Kurumun bilirkişiliğine başvurabilir. Başkanlık, bilirkişi raporunu hazırlamak üzerer tarafsızlık esaslarını dikkate alarak yeter sayıya da meslek personelini görevlendirir. Bilirkişi raporunun hazırlanmasında görev alan personel, aynı konuda ihlâle ilişkin Kurul'un yürütmüş olduğu soruşturmada görev alamaz. Kurum adli mahkemelerde görülmekte olan davalarla ilgili uyuşmazlıkları öncelikle karara bağlar. Rekabet Kurumu rekabet ihlâllerinin varlığını tespit eden kararını ilan ederek, ihlâlden zarar görmesi muhtemel kişileri tazminat davası açma hakları olduğu konusunda bilgilendirmeye yapmaya da yetkilidir.

⁸⁵⁸ İnan (2004), s. 65-66.

Önerimizde Kurul kararının beklenilmesi hâkimin takdirine bırakılmıştır. Böylece mahkemelerin rekabet kurallarının uygulanması bakımından yetkileri artırılmıştır. Zira önerimizde hâkime dilerse Kurul kararını beklemezsizin rekabet kurallarını davaya uygulayarak ihlâli tespit edebilme yetkisi açıkça verilmektedir. Her ne kadar mevcut durum itibariyle Rekabet Kurumunun rekabet kurallarının uygulanması konusunda daha yetkin ve tecrübeli bir kurum olduğu kabul edilse de, içtihat zenginliği ve rekabet kurallarına ilişkin uygulamanın gelişmesi bakımından adli mahkemelerin yetkilerinin artırılması faydalı olacaktır. Önerimizde Rekabet Kurumunun bilirkişiliğine müracaat konusu ve usulleri açıkça düzenlenmiştir. Kurumun bu şekilde önüne gelen soruşturmaları öncelikle karara bağlaması sağlanmıştır. Ancak bilirkişi olarak Kuruma başvuru hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ayrıca Kurumun tazminat davası açabilecek potansiyel kişileri dava hakları konusunda açıkça bilgilendirmesi olanaklı hale getirilmiştir. Bu düzenleme ihlâlden zarar gördüğünden ve hatta bu zararlarının tazmini hakkı olduğundan haberdar olmayan potansiyel davacıların teşviki bakımından önem arz etmektedir.

4.4. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına İlişkin Düzenlemelerin AB

Rekabet Hukukundaki Gelişmelere Uygunluğu

AB uyum süreci kapsamında, Türk rekabet hukukunda tazminat taleplerine ilişkin mevcut düzenlemelerin, AB hukukunun neresinde olduğu ve Beyaz kitapta yer alan önerilerin yürürlüğe konması halinde Türk hukukunun bu düzenlemelere ne derece uyum sağlayacağını ayrıca ele alınması gerekmektedir.

4.4.1. Maddi hukuka ilişkin değerlendirmeler

AB rekabet hukuku uygulamasında uğranılan bütün zararların tazmini mümkün olmakla birlikte, cezalandırıcı tazminata yer verilmediğinden, tazminat miktarının uğranılan zararı aşması mümkün görülmemektedir. Ancak, Adalet Divanı'nın *Manfredi* kararında da belirtildiği üzere, AB rekabet hukuku kurallarının ihlâlinden zarar görenler, orantılılık ve etkililik ilkelerine uygun olmak ve AB kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla, iç hukuk hükümlerinde düzenlendiği takdirde, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesini talep edebileceklerdir. AB rekabet hukukunda prensip olarak üç kat tazminat benimsenmese de, üye ülkelerin iç hukuklarında üç kat tazminata yer

vermelerine engel bir düzenleme de mevcut değildir. Türk rekabet hukukunda ihlâl nedeniyle zarara uğrayanların, uğranılan maddi zararın ya da ihlâli gerçekleştirenlerce hukuka aykırı yolla elde edilen kazancın üç katı tazminat talebiyle dava açması mümkündür.

AB rekabet hukukunda davacı grubun fazlaca sınırlanacağı gerekçesi ile normun koruma amacı kriterinin bir şart olarak aranmadığı ve bunun esas olarak *Courage* kararında belirtildiği görülmektedir. Adalet Divanı tazminata hükmedilebilmesi bakımından ihlâl edici davranış ile zarar arasında nedensellik bağının kurulması yeterli görmüş, dava açabilecek kişiler açısından ek bir sınırlama nedeni öngörmemiştir. Türk rekabet hukukunda ise uğranılan zararın tazmini için, zararın normun koruma amacı içinde olması şarttır. Bu açıdan Türk rekabet hukukunda, normun koruma amacı kriterinin sert bir şekilde uygulanması, davacı grubun amacından fazla sınırlandırılması tehlikesini de ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle normun koruma amacı kriterinin davacıların kapsamını rakip teşebbüsler ya da dolaylı alıcılara sınırlı tutacak şekilde dar yorumlanmaması gerekir.

AB rekabet hukukunda pişmanlık başvurularının artırılmasını sağlamak amacıyla pişmanlık başvurusu yapanlar tazminat davalarında korunmaktadır. Türk rekabet hukukunda henüz böyle bir koruma olmamakla birlikte, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında (Tasarı m. 26), pişmanlık başvurusu yapanların üç kat tazminat sorumluluğundan kurtulacakları yer almaktadır.

4.4.2.Usûl hukukuna ilişkin değerlendirmeler

AB rekabet hukukunda ispat yüküne ilişkin olarak öncelikle, AB Komisyon kararlarının tazminat davalarında kesin delil niteliğinde olması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Ayrıca, ulusal rekabet otoritelerinin ve ulusal mahkemelerin ihlâlin varlığına dair verdikleri nihai kararların da, tüm üye ülkeler bakımından, aksi ispat edilemeyen bir karine olarak kabul edilmesi gerektiği öngörülmektedir. Buna göre ulusal mahkemeler, ATA m. 101 ve 102'nin ihlâli sebebiyle açılan tazminat davalarında, aynı konuda daha önce, AB Komisyonu ya da ulusal rekabet otoritelerince ya da ulusal mahkemelerce rekabet ihlâllerini tespiti yönelik verilmiş olan ve

kesinleşmiş kararlara aykırı karar veremeyeceklerdir. Türk rekabet hukukunda ise genel olarak, Rekabet Kurulu kararlarının mahkemeleri bağlamadığı ve bu nedenle Kurul kararlarının ancak takdiri delil olarak kullanılabileceği kabul edilmektedir. Ancak Danıştay sürecini tamamlamış ve kesinleşmiş Kurul kararlarının mahkemeleri bağlayacağı genel olarak kabul edilmektedir.

AB rekabet hukukunda delillerin ileri sürülmesine ilişkin olarak Beyaz Kitapta, ulusal mahkemelerin belli şartlar altında, taraflara ya da üçüncü kişilere davayla ilgili delilleri mahkemeye sunmalarını emretme yetkisi düzenlenmektedir. Ancak, bu yönde bir kararın verilebilmesi için, tazminat talebinde bulunan davacının, mahkemeye sunulacak delilleri elde etmek için başka yolları denediği buna rağmen delilleri elde edemediği ve bu delillerin dava için gerekli olduğu konusunda mahkemede yeterli kanaati uyandırması gerekmektedir. Türk medenî usûl hukukunda kamu düzenini ilgilendiren davalar hariç, hâkimin, tarafların hâkimiyeti altında bulunan delilleri diğer tarafın ispatını kolaylaştırmak için mahkemeye sunulmasını sağlamasına yönelik açık bir hüküm mevcut değil idi. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan“ön inceleme” aşamasıyla uyuşmazlık konularının tespiti ve dava konusuna ilişkin delillerin toplanmasındaki zorlukların giderilmesi ve yargılamanın gereksiz yere uzamasının engellenmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

1/2003 sayılı tüzüğün 15. maddesinde, ulusal mahkemelerin AB rekabet hukuku kurallarını uygularken (ATA m. 101 ve 102'ye başvurulduğu hâllerde) Komisyon'dan bilgi ve görüş isteyebileceği ve ulusal rekabet otoritelerinin kendi inisiyatifleri ile ulusal mahkemelere yazılı görüşlerini sunabilecekleri ifade edilmektedir. Ayrıca, Komisyon da, ATA m.101 ve 102'nin tutarlı bir şekilde uygulanmasının gerekli kıldığı hâllerde yazılı görüşlerini ulusal mahkemelere sunabilir. Ancak, ulusal mahkemeler bu görüşlerle bağlı değildir. Türk rekabet hukukunda ise, Rekabet Kurumunun mahkemelere kendiliğinden görüş bildirmesi mümkün olmamakla birlikte, Kuruma bilirkşi olarak başvurmak hali hazırda mümkündür.

AB rekabet hukukunda, topluluk davası açma imkânlarına yönelik, ilk olarak, Tüketici birliklerinin, kamu tüzel kişilerinin, ticarî ya da mesleki birliklerin ve odaların, kendi üyeleri adına açtıkları davalar (*representative action*) ele alınmaktadır. Dava açabilecek olan kuruluşların belirlenmesinde üye ülkelerin resmi makamlarının

denetimi öngör÷lmüştür. Bu kuruluşların dava sonucu elde ettikleri tazminatı, mümkün olduğu ölçüde doğrudan zarar görenlerin zararlarını telafi etmek için kullanmaları öngörülmektedir. Ayrıca, topluluk davaları (*collective actions*) da Beyaz Kitapta yer almaktadır⁸⁵⁹. Ancak, burada öngör÷len sistemde, davacıların hükmün sonucundan yararlanabilmeleri için açıkça gruba dahil olmaları (*opt in*) gerekmektedir. Bu sistemde davacılar dilerse davalarını ayrı ayrı da açabileceklerdir. Komisyon Beyaz kitapta, topluluk davasına ilişkin olarak bu iki sistemin birlikte uygulanabileceğini ve hatta bireylerin de ayrı ayrı dava açmalarıyla aynı konuda üç farklı şekilde dava açılabilceğini belirtmektedir. Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda topluluk davası düzenlenmiş olmakla beraber, Kanunda dava açabilecekler dernekler ve tüzel kişilerle sınırlı tutulmuş ve bu dernekler ve tüzel kişilerin ilgililerin haklarının tespiti, hukuka aykırı durumun giderilmesi ve gelecekteki hakların ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilecekleri belirtilmiş, ancak tazminat davası açma hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle tazminat davası açma hakkını da içeren bir topluluk davası sisteminin Türk usul hukukunda yer alabilmesi, küçük miktarlardaki taleplerin ileri sür÷lmesini kolaylaştırması bakımından dikkate alınmalıdır.

⁸⁵⁹ Komninos (2008), s. 161.

Sonuç

ABD rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarına ilişkin etkin bir uygulamanın uzun zamandan beri var oluşuna karşın, Türk ve AB rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımları ve bundan kaynaklanan taleplerin kamu hukuku yaptırımları karşısında geri planda kaldığı görülmektedir. Rekabet ihlallerinden zarar görenlere tanınan tazminat talep hakkı, rekabet ihlallerinin bu konuda yetkilendirilmiş otoriteler dışında, rekabete aykırı fiilden bizzat zarar gören kişilerce de denetlenmesini sağlayacağından, rekabet hukuku kurallarının daha etkin uygulanmasına da katkı verecektir. Tazminat hakkının arz ettiği bu önem nedeniyle AB Komisyonu, rekabet hukuku uygulamasının, kamu hukuku yaptırımları yanında özel hukuk yaptırımlarıyla da desteklenmesini ve böylece daha etkin bir rekabet hukuku sisteminin uygulanmasını arzu etmektedir. Bundan dolayı Komisyon 2004 yılından bu yana önemli çalışmalar yapmaktadır.

Türk rekabet hukukunda ise, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, sadece kamu hukuku yaptırımları değil, aynı zamanda rekabet ihlâlinden doğan tazminat sorumluluğu da düzenlenmiş ve rekabet hukuku kurallarının uygulanmasında ikili bir yaptırım sistemi öngörülmüştür. Ancak mevcut durum itibariyle, RKHK'nın özel hukuka ilişkin hükümlerinin yaygın bir uygulama alanı bulduğu söylenemez. Bunda şüphesiz rekabet hukuku kurallarının nispeten yeni oluşunun, yerleşik bir rekabet kültürünün olmayışının ve topluluk davası açma hakkı gibi usûl hukukuna ilişkin bir takım kolaylıkların benimsenmemiş olmasının etkisi büyüktür.

RKHK'da rekabeti sınırlayan davranışların, özel hukuk alanında yaratacağı sonuçlar arasında geçersizlik ve tazminat taleplerine yer verilirken, ihlâlin önlenmesi ya da ihlâlin durdurulmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu açıdan Kanunda, ihlâlden zarar görenlerin devam eden ihlâllerde ihlâlin sona erdirilmesini ve yakın ve ciddi ihlâl tehlikesi halinde ihlâlin önlenmesini talep etme haklarına da açıkça yer verilmesi gereklidir.

RKHK, tazminat sorumluluğunu gerektiren hâlleri ve tazminat davalarında taraf olabilecekleri düzenlemenin yanında, tazminat taleplerinin ileri sürülmesinin kolaylaştırılması amacıyla, genel kurallardan farklı olarak, üç kat tazminat ve ispat hukukuna ilişkin düzenlemelere de yer vermiştir.

Türk hukukunda tazminat sorumluluğunun doğması için, fiilin RKHK'un 4., 6. ve 7. maddelerine aykırı olması yeterli değildir. Aynı zamanda fiilin hukuka aykırılığını oratadan kaldıran sebeplerin de bulunmaması gerekir. RKHK'da özel olarak düzenlenen hukuka uygunluk sebebi, RKHK m. 5'de yer alan muafiyet hükmüdür. Kurul'un, muafiyet konusunda karar vermesiyle, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları hukuka uygun hale geleceğinden, tazminat sorumluluğuna da yol açmayacaktır. Bu durumda, mahkemelerin, muafiyet kararına uygun şekilde hareket ederek, tazminata hükmetmemesi ve esasa girmeksizin davayı reddetmesi gerekmektedir. Ayrıca, anlaşma grup muafiyeti tebliğlerinden herhangi birinin kapsamında ise, doğal olarak hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Menfi tespit kararı ise, somut olayın Rekabet Kanununa aykırı olmadığını açıklayan bir Kurul kararıdır. Ancak bu kararın verilmiş şekli ve içeriği itibarıyla bir hukuka uygunluk nedeni sayılması mümkün değildir. Dolayısıyla, Kurul tarafından verilen menfi tespit kararına rağmen, mahkeme rekabete aykırı bir fiilin varlığı tespit ettiği durumlarda, tazminata hükmedebilecektir.

RKHK. m. 57'de düzenlenen sorumluluk halinin, genel olarak haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edildiğinden, hukuka aykırı davranışların haksız fiil sorumluluğuna yol açması için, mutlaka bir zararın doğmuş olması gerekmektedir. Ortada bir zarar yoksa tazminat sorumluluğu da doğmayacaktır. Rekabet ihlallerinden doğan maddî zararın kapsamına, zarar gördüğünü iddia edenlerin malvarlığında meydana gelen azalma (fiilî zarar) ile yoksun kalınan kâr girmektedir. Ancak, açılan bir tazminat davasında, hâkim tarafından tazminat miktarının hesaplanması, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin çokluğu ve zararın niteliği bakımından farklılık arz etmesi nedeniyle zor ve karmaşık bir konudur. Fiilî zararın hesaplanmasında RKHK m. 58/1'de işaret ettiği hesaplama yöntemi ile ABD hukukunda yaygın olarak kullanılan önce – sonra yöntemine benzer düzenleme getirilmiştir. Buna göre tazminat miktarının

hesaplanması, bir mal veya hizmetin rekabetçi piyasada olması gereken fiyatı ile ihlâlden etkilenmiş piyasadaki fiyatları karşılaştırılarak yapılacaktır.

Tazminat miktarı hesaplamasında hâkim, davanın ilişkin olduğu coğrafi pazarla aynı yapıda ancak rekabet ihlâli bulunmayan bir coğrafi pazarla, dava konusu pazarı karşılaştırarak zarar miktarını belirleyebilir. RKHK m. 58/1 son cümlede zararın belirlenmesinde, “*zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllar bilançoları da dikkate alınarak hesaplanır*” ifadesi yer almaktadır. Yoksun kalınan karın hesaplanması sırasında, geçmiş yıllara ait bilançolar dikkate alınacaktır. Ancak, Türkiye’de vergi oranlarının yüksekliği ve yüksek enflasyon gibi nedenlerle bilançolar gerçeği yansıtmadıkları için, yoksun kalınan karın hesaplanmasında, bilanço dışındaki delillerden de yararlanılabilecektir

RKHK’ye göre hukuka aykırı davranış, Kanun’un 4., 6. ve 7. maddesindeki yasakların ihlâliye rekabetin bozulması sonucu gerçekleşmiş olmaktadır. RKHK’da düzenlenen zararı tazmin yükümlülüğü, bu özel koruma normlarının ihlâli ile gündeme gelmektedir. Bu bakımdan, rekabet hukukunda söz konusu hukuka aykırılığın tespitinde, sorumluluğunun sınırlanmasında ve zararın tazmininde, normun koruma amacı ilkesinin esas alınması gerekir. Kimlerin, hangi zararlarının tazmin edilebileceğinin tespitinde, RKHK’nun koruma amacına uygun olarak, sorumluluğun mutlaka hakkaniyete uygun olarak sınırlanması gerekmektedir. RKHK’nun tazminat sorumluluğuna yol açan hükümlerinin hedefinin, doğrudan toplumun menfaatlerin korunması olmadığı açık ise de, kanaatimizce normun koruma amacının sadece rakip teşebbüslerle sınırlı tutulmaması gerekir. Davacıların kapsamına dönük bu sınırlama, rekabet hukuku kurallarının etkin bir şekilde uygulanmasını güçleştireceğinden, Kanunun amaçladığı yaptırım gücünü de zayıflatabilecektir. Bu açıdan, piyasa zinciri içerisinde, sağlayıcıların, toptancıların, perakendecilerin ve tüketicilerin menfaatlerinin normun koruma amacı içinde kaldığının kabulü, daha uygun bir çözüm olacaktır.

RKHK m. 57’de, sorumluluğun hangi esasa dayandığı, yani kusurlu sorumluluk mu yoksa kusursuz sorumluluk esasının mı benimsendiğine ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır. Sadece, tazminat talep etme hakkının düzenlendiği 58. maddenin ikinci fıkrasında, üç kat tazminata, ancak kusurun varlığı halinde hükmedilebileceği yer almaktadır. RHHK m. 57’de, rekabet hukukunun gösterdiği özellik nedeniyle,

sorumluluğun dayandığı esasın, açıkça ifade edilmiş olması gerekirdi. Kanunda, objektif sorumluluğun benimsendiğine dair açık bir ifade olmayışı karşısında, sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığının kabulü zor gözükmemektedir. Ancak, rekabeti sınırlayan fiyat tespiti, pazar paylaşımı gibi kartel anlaşmalarının, açıkça rekabeti ihlâl etmekten başkaca amacı olmadığı hâllerde, tarafların kusurunun olmadığı düşünülmesi imkânsızdır.

İhlâlden zarar gören dolaylı alıcıların dava açma haklarının kabul edilmesi ve bununla birlikte, zararın bir kereden fazla tazmininin veya doğrudan alıcıların sebepsiz zenginleşmelerinin önüne geçilmesi için, davalıların yapacağı, zararın intikali savunmasının da dikkate alınması gerekmektedir. Bu durumda hâkim, hem doğrudan alıcıların hem de dolaylı alıcıların tazminat taleplerini kabul edecektir. Sonrasında davalıların, doğrudan alıcılar için yaptıkları zararın intikali savunmasını dikkate alıp tazminat hesaplamasını yapacaktır. Bunun yanında, RKHK m. 58/II çerçevesinde, hâkimin üç kat tazminata ilişkin diğer şartların varlığına da karar vermesi halinde, talep üzerine üç kat tazminata hükmetmesi gerektiğinin kabulü, hükmün daha etkin uygulanması için gereklidir. Ancak, tazminat davasından önce, zarara sebep olanlar hakkında Rekabet Kurulu tarafından açılan soruşturmada, ihlâli gerçekleştiren tarafların RKHK m. 16 ve Pişmanlık Yönetmeliği çerçevesinde Rekabet Kurumu ile işbirliği içinde olması halinde tazminatın ortaya çıkan zararlar ya da zararın sebep olunan kısmıyla sınırlı olarak belirleneceğinin kabulü gereklidir.

Bilindiği üzere, tazminat davasında, bir yıllık kısa zamanaşımı süresi zararın ve zarardan sorumlu olanların öğrenilmesi ile işlemeye başlar. On yıllık zamanaşımı süresi, haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Rekabet ihlâlini ispata yönelik delillerin elde edilmesindeki güçlükler, kısa zamanaşımı süresiyle birleşince tazminat davalarının açılması hayli güçleşmektedir. Kanaatimizce, zamanaşımı süresinin Rekabet Kurulu soruşturması boyunca durması veya zamanaşımı süresinin Rekabet Kurulunun kararına karşı Danıştayda açılan iptal davasının sonuçlanmasından sonra işlemeye başlaması veya daha uzun zamanaşımı sürelerinin benimsenmesi, özellikle ihlâle ilişkin yapılan soruşturmalar sonucunda verilen kararları takiben açılacak davaların teşvikine yardımcı olacaktır.

Türk rekabet hukukunda kanun koyucu, davacıların yaşayacağı ispat güçlüğüne aşmalarına yardımcı olacak şekilde, uyumlu eylemlerin ispatı konusunda 4. maddede yer alan uyumlu eylem karinesine benzer bir düzenlemeye (m. 59'da) yer vermiştir. RKHK m. 59/I'deki karine, kesin olmayan bir kanunî olay karinesidir. Bu bağlamda, ispat yükü sabit olduğundan, m. 59'da belirtilen “*ispatlama yükü davalılara geçer*” ifadesini, aslında, “*delil gösterme yükü davalılara geçer*” şeklinde anlamak gerekir. Ayrıca, ispat yüküne ilişkin olarak, tazminat davasında davacı iddiasını ispat etmek zorunda olmakla birlikte, 4. maddede belirtilen uyumlu eylem karinesine atıfta bulunularak bu konudaki mevcut tartışmalar sona erdirilebilecektir. Dava açılmadan ya da dava henüz sonuçlanmadan, aynı konuda davacı ya da davalı hakkında Rekabet Kurulunca bir karar verilmiş ise, bu karar mahkemede kuvvetli bir takdiri delil olarak değerlendirilebilmelidir.

Ayrıca, tazminat davası açma hakkına da içeren bir topluluk davası sisteminin Türk medeni usûl hukukunda düzenlenmesi, küçük miktarlardaki taleplerin ileri sürülmesini kolaylaştırması bakımından tartışmaya açılabilir. Mevcut durumda, HMK'da yer alan dernekler ya da üyelerini temsil eden tüzel kişiler yanında, nihai tüketiciler ve diğer grup davacılarına da (örneğin üretim veya dağıtım zincirinde yer alan toptancı veya perakendecilere) açıkça isterlerse katılacakları topluluk davası açma imkânının tanınması ve bu imkânlarının, yargılama ve avukat masraflarına ilişkin riskleri azaltacak düzenlemelerle birlikte verilmesi kanaatindeyiz. Böylece, tarafların haberlerinin dahi olmadığı bir yargılamanın sonuçlarından etkilenmeleri de engellenmiş olunacaktır. Tarafların açtıkları dava, tek bir dava olacağından yargılama ve avukatlık giderleri en aza indirilmiş olacaktır. Ayrıca mahkemenin vereceği hüküm davaya katılan herkese etkili olacaktır.

Mahkemeler, dava konusu ihlâl ile ilgili Rekabet Kurulunda bir soruşturma açılmamışsa, bu ihlâlden Kurul'u haberdar etmelidirler. Ancak ihlâl ile ilişkin Kurul ve Danıştay kararının beklenmesi zorunlu olmayıp, mahkemeler davaya devam edebilir ya da hâkim uygun görürse davayı bu kararların kesinleşmesine kadar bekletebilir. Yahut hâkimin resmi bilirkişi olarak Kuruma başvurma imkânı olmalıdır. Ayrıca, Kurumun rekabet ihalini tespit eden kararından sonra, yapacağı bir duyuru ile bu ihlâlden zarar

görenleri tazminat talep hakları olduğu yönünde bilgilendirmesi, tazminat davalarının teşvikinde uygun bir çözüm yolu olacaktır.

Tüm bu değerlendirmeler sonucunda, gerek Türk rekabet hukukunda gerekse AB rekabet hukukunda, yaptırım sisteminin esas olarak kamu hukuku kurallarıyla düzenlenip uygulandığı, buna karşın tazminat taleplerine uygulamada neredeyse hiç başvurulmadığı görülmüştür. Bu noktada, ABD rekabet hukuku uygulamasında tazminat davalarının ön planda olmasının nedenleri arasında, üç kat tazminatın varlığı, topluluk davası açma imkânının varlığı, delillere ulaşmada ve dolayısıyla ispat faaliyetinde sağlanan kolaylıklar ve yerleşik bir rekabet kültürünün var olması sayılabilir. Bu açıdan AB ve Türk rekabet hukukunda tazminat davalarının yaygınlaşmasının sağlanması bakımından ABD hukukunda bahsi geçen (özellikle de usûl hukukuna ilişkin) düzenlemelere benzer değişikliklerin yapıp bir evvel yürürlüğe sokulması gerekmektedir.

Kaynakça

I- Kitaplar

- Akıncı, A. (2001). *Mukayeseli hukuk açısından amerikan ve avrupa topluluğu hukukunda rekabetin yatay kısıtlanması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No; 0062.
- Aksoy, N.(2003). *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda yer alan yasaklayıcı hükümlerin genel sistemiği ve kanuna aykırılığın yaptırımları*. Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No; 0144.
- Akünel, T. (1977). *Haksız fiilden doğan zararlarda denkeştirme sorunu*, İstanbul.
- Alangoya, Y. (1979). *Medeni usûl hukukunda vakıaların ve delillerin toplanmasına ilişkin ilkeler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası
- Alangoya, Y. (1999). *Medeni usûl hukukunda dava arkadaşlığı*. (Tıpkı Basım). İstanbul.
- Alangoya, Y.; Yıldırım K. ve Yıldırım N. D. (2006). *Medeni usûl hukuku esasları*. (6.Bası). İstanbul: Alkım Yayınevi.
- Amato, G. ve Ehlermen, D. (2007). *EC competition law*. Oxford and Portland: Oregon.
- Areeda, P.; Hovenkamp, H. ve Roger, D. (2000). *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. (2. Edition). New York: Aspen Publisher.
- Areeda, P.; Kaplow, L. ve Edlin, A.(1997). *Antitrust analysis, problems, text, cases*, (5.Edition). New York: Kluwer Law Int.
- Arı, Z. (2004). *Rekabet hukukunda danışıklılık kavramı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Arkan, S. (1999). *Ticarî işletme hukuku*. (5. Baskı). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları.
- Aslan, A. (2004). *Türk ve AB hukukunda fikri mülkiyet haklarının tükenmesi*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Aslan, İ.Y. (2004). *Rekabet hukuku bakımından dikey anlaşmalar*. Bursa: Ekin Kitapevi.

- Aslan, İ.Y. (2006). *Tüketici hukuku dersleri*. Bursa: Ekin Kitapevi
- Aslan, İ.Y. (2006). *Rekabet hukuku dersleri*. Bursa: Ekin Kitapevi
- Aslan, İ.Y. (2007). *Rekabet hukuku*. (4. Bası). Bursa: Ekin Kitabevi.
- Atalay, O. (2001). *Medenî usûl hukukunda menfî vakıların ispatı*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.
- Atamer, Y. (1996). *Haksız fiillerden doğan sorumluluğun sınırlandırılması: özellikle uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı kuramları*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Atila, M. H. (2009). *Rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Antalya: Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Badur, E. (2001). *Türk rekabet hukukunda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, Lisantüstü Tezleri Seri No; 6.
- Bael, I.V. ve Bellis J.F. (1987). *Competition law of the EC*. Oxford.
- Basedow, J. (2007). *Private enforcement of EC competition law*. Netherland: Kluwer Law International.
- Başözen, A. (2010). *Medeni usûl hukukunda ilk görünüüş ispatı*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Baykal, S. (2006). *Avrupa Birliği hukukunda tazminat davası*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Bagner, H. (1990). *International trade: Law and Practice*. (II).
- Brayn, A. G. (1999). *Black's law dictionary*. Thomson West.
- Bellamy, C., Child, G. (1993). *Common market law of competition*. (4. Edition). London: Sweet and Maxwell.
- Bevan, A. (1992). *Alternative dispute resolution*. London: Sweet&Maxwell ltd.
- Bülbül, A. (2006). *Civil law claims on the enforcement of competition rules: a comparative study of us, EU and Turkish laws*. Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. ODTÜ Avrupa Çalışmaları Enstisüsü.
- Calvani, T. (1988). *What is the objective of antitrust, economic analysis and antitrust law*. (2. Edition). Netherland: Kluwer Law International.
- Cengiz, D. (2006). *Türk rekabet hukukuna uyumlu eylem ve bu eylemin hukuki sonuçları*. İstanbul: Beta Yayınevi.

- Cumming, G., Spitz ve B., Janal, R. (2007). *Civil procedure used for enforcement of EC competition law by the English, French and German civil courts*. Kluwer Law International.
- Dönmez, İ. (1992). *Markalar ve haksız rekabet davaları*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık.
- Ehlermann, C. D. (2001). *Effective private enforcement of EC antitrust law*. The Robert Schuman Centre at The European University Institute. European Competition Law Annual.
- Erdem, H. E. (2007). *Rekabet hukuku ile ilgili makaleler*. (1. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.
- Erdem, H. E. (2003). *Birleşme ve devralmalar*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Eren, F. (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (9. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.
- Eren, F. (1975). *Sorumluluk hukuku açısından uygun illiyet bağı teorisi*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 361.
- Erişir, E. (2007). *Medeni usûl hukukunda taraf ehliyeti*. İzmir: Güncel Yayınevi.
- Erol, K. (2001). *Rekabet kurallarının ülke dışı uygulanması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını.
- Ewing, Ky P. (2006). *Competition rules for the 21st century* (2. Edition). Netherlands: Kluwer Law International.
- Floyd, C. ve Sullivan E. (1996). *Private antitrust actions*. Aspen Law & Business, Little Brown Company.
- Frieental, J. ve Sexton, J. (1997). *Civil procedure cases and material*. (7. Edition). Sint.Paul: West Group Comp.
- Gönen, K. E. (2003). *Rekabet hukukunda idari para cezaları*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Goyder, D.G. (2003). *EC competition law*, (4. Edition). London: Oxford University Press.
- Green , E. (1986). *Corporate alternative dispute resolution*. American Case Book.
- Green, N. ve Robertson, A. (1997). *Commercial agreements and competition law, practice and procedure in the UK. and EC*. (2. Edition). London.
- Gürkaynak, G. (2003). *Türk rekabet hukuku uygulaması için hukuk ve iktisat perspektifinden amaç tartışması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Güven, P. *Rekabet hukuku*. (2. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları.

- Hanağası, E. (2009). *Davada menfaat*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Hatemi H. (1994). *Sözleşme dışı sorumluluk hukuku*, İstanbul.
- Hazard, G. ve Taroffo M. (1993). *American civil procedure*. New Haven: Yale University Press.
- Hirsch, G.; Montag F. ve Sacker J. (2008). *Competition law: European Community practice and procedure*. Thomson, Sweet&Maxwell.
- Holmes, M. ve Davey L. (2004). *A practical guide to national competition rules across Europe*. Netherlands: Kluwer Law International.
- Hovenkamp, H. ve Sullivan, T. (1999). *Antitrust law policy and procedure*. (4.Edition). Lexis Law Publishing.
- Ildır, G. (2003). *Alternatif uyuşmazlık çözümü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- İkizler, M. (2005). *Rekabet hukukunda uyumlu eylemler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Frederic, J. (2007). *Implication of the EC regulation 1/2003 in the area of national courts*, Competition Law and Economics. Kluwer Law International.
- Jones, C.. (1999). *Private enforcement of antitrust law in the EU. ,UK. and USA*. Oxford University Press.
- Jones, C. ve Matsushita, M. (2002). *Competition policy in the global trade system*. London: Kluwer Law International.
- Kaneti, S. (2007). *Haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru*. Kazancı Yayınları: İstanbul.
- Karahan, S. (2004). *Ticari işletme hukuku*. (3. Baskı). Konya. Mimoza Yayınları, 2004
- Karahasan, M. R. (1995). *Sorumluluk hukuku, ikinci kitap sözleşme dışı sorumluluk*, İstanbul.
- Karahasan, M. R. (1981). *Sorumluluk ve tazminat hukuku*, Ankara.
- Karataş, İ. (1999). *Uygulamada ihtiyari tahkim*. Ankara: Turhan Kitapevi.
- Karluk ,R. (1995). *Avrupa Birliği ve Türkiye*. (3. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.
- Kılıçoğlu, A. (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (7. Baskı). Ankara: Turhan Kitapevi.
- Kılıçoğlu, M. (2006). *Tazminat hukuku*. (2. Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Kocaer, Ş. (2005). *Kartelle mücadelede pişmanlık programlarının uygulanması*. Ankara: Yayınlanmış Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi.

- Komninos, A. (2008). *EC private antitrust enforcement; decentralised application of EC competition law by national courts*. Oxford and Portland, Oregon.
- Konuralp, H. (1998). *Medeni usûl hukukunda yazılı delil başlangıcı*. Ankara: Olguç Basım Yayım Dağıtım.
- Konuralp, H. (1999). *Medeni usûl hukukunda ispat kurallarının zorlanan sınırları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 536.
- Korah, V. (1994). *An introductory guide to EC competition law and practice*. (5. Edition). London: Sweet &Maxwell.
- Köroğlu, H. (2001). *Türk mahkemelerinde bilirkişilik ve bilirkişi kurumları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kuru, B. (2001). *Hukuk muhakemeleri usulü cilt ı*. (6. Baskı). İstanbul: Demir Demir Müşavirlik Yayıncılık Ltd.
- Kuru, B. (2001). *Hukuk muhakemeleri usulü cilt ıv*. (6. Baskı). İstanbul: Demir Demir Müşavirlik Yayıncılık Ltd.
- Kuru, B. (2001). *Hukuk muhakemeleri usulü cilt v*. (6. Baskı). İstanbul: Demir Demir Müşavirlik Yayıncılık Ltd.
- Kuru, B. (2001). *Hukuk muhakemeleri usulü cilt vi*. (6. Baskı). İstanbul: Demir Demir Müşavirlik Yayıncılık Ltd.
- Kuru, B., Arslan R., Yılmaz E. (2006). *Medeni usûl hukuku*, (17. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Milutinovic, V. (2007). *Private enforcement: EC competition law, a critical assessment*. Oxford and Portland, Oregon.
- Moore, C. W. (1986). *The mediation process*. San Francisco: Jossey-Bass Publishers,
- Mulheron, R. (2004). *The class action in common law legal system – a comparative perspective*. Oxford – Portland Oregon.
- Nazzini, R. (2004). *Concurrent proceedings in competition law*. London: Oxford University Press.
- Nomer, H. (1996). *Haksız fiil sorumluluğunda maddi tazminatın belirlenmesi*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Odman, A. (2002). *Fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukukunun teknolojik yeniliklerin teşvikinde rolü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2009). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (6. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Öz, A. G. (2000). *Avrupa topluluğu ve türk rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını.
- Özbay, İ. (2004). *Hakem kararlarının temyizi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özbay, İ. (2009). *Grup davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özbek, M. (2009). *Alternatif uyuşmazlık çözümü*. (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özekes, M. (2003). *Medeni usûl hukukunda hukuki dinlenilme hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pace, L. F. (2007). *European antitrust law*. Edward Elgar Publishing.
- Pekcanıtez, H., Atalay, O., Özekes, M.. (20011). *Medeni usûl hukuku*. (11. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Poroy, R.; Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2005). *Ortaklıklar ve kooperatif hukuku*. (10.Baskı). İstanbul: Arıkan Yayınevi.
- Posner, R. (1976). *Antitrust law an economic perspective*. University of Chicago Press.
- Reisoğlu, S. (2005). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (16.Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.
- Sanlı, K. C. (2007). *Haksız fiil hukukunun ekonomik analizi*. (1. Baskı). İstanbul: Arıkan Yayıncılık.
- Shenefield, H. ve Irwin M. S. (2001). *The antitrust laws*, (4. Edition). Washington D.C.
- Shevere, G. ve Hansen, P. (1989). *Understanding civil procedure*. Legal Tex Series, Matthew Bander Company.
- Stephen W., J. (2001). *Alternative dispute resolution*, St.Paull.
- Sullivan, A. L. (1976). *Handbook of the law of antitrust*. Berkeley.
- Şahbaz, A. (2009). *ABD uygulaması ışığında rekabet ihlallerinden doğan zararların tayini ve tazmin*. Ankara. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 88.
- Tandoğan, H. (1961). *Türk mes'uliyet hukuku* Ankara.
- Tandoğan, H. (1981). *Kusura dayanmayan sözleşme dışı sorumluluk hukuku*,

- Turhan Kitapevi. Ankara.
- Taşpınar, S. (2001). *Medenî yargılama hukukunda ispat sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Tekinalp, G. ve Tekinalp, Ü. (2000). *Avrupa Birliği Hukuku*. (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.
- Tekinay S.S.; Akman S.; Burcuoğlu H. ve Altop A. (1993). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (7. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tiftik, M. (1994). *Akit dışı sorumlulukta maddi tazminatın kapsamı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Topçuoğlu, M. (2001). *Rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası işbirliği davranışları ve hukuki sonuçları*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Tosato, L. Gian ve Bellodi, L. (2007). *EU competition law*, Volume I. Claeys& Casteels.
- Tunçomağ, K. (1972). *Borçlar hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Tutumlu, M. A. (2007) *Medeni yargılama hukukunda delillerin ileri sürülmesi*. (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Tutumlu, M. A. (2008). *Delillerin gösterilmesi ve toplanmasında kesin süre*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Ulukapı, Ö. (1991). *Medeni usûl hukukunda dava arkadaşlığı*. Konya: Mimoza Yayınları.
- Umar, B. ve Yılmaz, E. (1980). *İspat yükü*. (2. Baskı). İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Ünsal, E. (1998). *Mikro iktisat*. (2. Baskı). Ankara: 1998.
- Üstündağ, S. (1997). *Medeni yargılama hukuku* cilt 1-11. (6. Baskı). İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım.
- Van Beal, B. (2005). *Competition law of the European Community*. London: Kluwer Law International.
- Viscusi, W. K., Vernon, M., Harrington, E. (1998). *Economics of regulation and antitrust*. (2. Edition). Cambridge.
- Waelbroeck, D ve Slater, D. (2006) *The Commission's green paper on private enforcement*. European Competition Annual.

- Weinstei, M. (1997). *Introduction to civil litigation*. (2. Edition). New York: West Publishing Company.
- Whish, R. ve Sufrin, B. (2001). *Competition law*. (9. Edition). London: Butterworth's.
- Whish, R. (2001). *Competition law, enforcement and procedure*. London: Butterworth's.
- Wils, P. J. W. (2002). *The optimal enforcement of EC antitrust law*. London: Kluwer Law International.
- Wils, P. J. W. (2005). *Principles of European antitrust enforcement*. Oregon: Hart Publishing, Oxford and Portland.
- Williamson, O. E. (1980). *Antitrust and economics: some perspectives. antitrust law and economics*. Philadelphia: Dame Publications, Inc.
- Willis, P. *Introduction to EU competition law*. LLP London – Singapore.
- Woude, J. Van Der. (2002). *EC competition law handbook*. (2001/2002 Edition). Sweet & Maxwell.
- Yalman, S. (2006). *Türk- İsviçe hukukunda sözleşme görüşmeleriden doğan sorumluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yıldırım, K. (1990). *Medeni usûl hukukunda delillerin değerlendirilmesi*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret.
- Yılmaz, E. (1982). *Medenî yargılama hukukunda ıslah*. İstanbul: Kazancı Matbaacılık Sanayii.
- Yılmaz, E. (2001). *Geçici hukuki himaye tedbirleri c. II*. Ankara: Yetkin Yayınları.

II- MAKALELER

- Abbott, A. (2005). A brief overview of american antitrust law. The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, London: *Competition Law and Policy Guest Lecture Programme*, 1-43.
- Akıllıoğlu, T. (2006). Anadolu cam kararı ve koşut başvuru yasağı. *Rekabet Derneği Rekabet Bülteni. Sayı (20)*, 3-8.
- Akıncı, A. (2006). ABD ve AT'deki son gelişmeler ışığında türk rekabet hukuku uygulamasının genel değerlendirmesi. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi. 13-29

- Alexander, J. C., (2000). An introduction to class action procedure in the United States. *Remarks Debates Over Group Litigation Comparative Perspective*, July. 21-52.
- Allen&Overy. (2007). The green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond; Reflection on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action. *Common Market Law Review*, (44), 431-478.
- Antalics, M. ve N. Bush. (2009). Developments in international leniency agreements: 2007 to 2008. *The Antitrust Review of the Americas. Section 2: International*
- Arıkan, S. (1996). Fikri- sınai haklarda “hakkın tüketilmesi” doktrini, AB ve Türkiye. *İKV Dergisi*. (129) 33-52.
- Aslan, İ. Y. (1999). Amerikan rekabet hukuku sistemi. Ankara: *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ekim.
- Aslan, İ. Y. (2005) Rekabetin korunması hakkında kanun tasarısı önerisi. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi, 10-99.
- Atalay, O. (1988). Adli yardım kararı ve etkileri. *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 52, Sayı:1, s.41 vd.
- Atalay, O. (1999). Emare ispatı. *Manisa Barosu Dergisi*, C.18, S. 70, s. 7 vd.
- Atıyas, İ. (2000). Rekabet politikasının iktisadi temelleri üzerine düşünceler. Ankara: *Rekabet Dergisi*, (I), Sayı 1, Mart, 24-44.
- Aygün, E. (2008). Rekabet hukukunda para cezaları: teori ve uygulama. *Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri*, Seri no; 86, Ankara.
- Baine, J.P. (1943). Monopolies: Injury to business or priority under Sherman Act. *California Law Review*, (31),114-118.
- Baker, D. I. (2001). The use of criminal law remedies to deter and punish cartels and bid-rigging. *The George Washington Law Review*, (69), No; 5/6, 693-705.

- Berg, O. (2007). Private enforcement of competition rules: France. Bird&Bird, 2007, <http://www.twobirds.com/ENGLISH/NEWS/ARTICLES/Pages/ArticlesHome.aspx> (Erişim tarihi: 05.12. 2007)
- Betlem, G. (1996). Being directly and individually concerned. Utrecht: *N.Reich&H- W Micklitz*, 1-25.
- Boran, N. (2007). Bir karar ışığında ispat hukukunun bazı kavramlarına bakış. *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs hukuku Dergisi* -2007/3, 767-789.
- Brkan, M. (2005). Procedural aspects of private enforcement of EC antitrust law. *World Competition*, (28), No. 4, 479-506.
- Brown & Mayer (LLP). (2009). Private antitrust litigation: United States. *Getting Deal the Through, Private Antitrust Litigation*, 182-192.
- Brown, S. (2009). Damages in private cartel actions, the position England. http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-3574700_ITM (erişim tarihi: 5. Nisan. 2009)
- Budak, A. C. (2003). Rekabet hukukunda deliller ve ispat. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi, 45-63
- Budak, A. C. (2004) AT konsey ve komisyonunun yeni rekabet tüzükleri ve rekabet kanunu'nda yapılan değişiklikler ışığında delillerin toplanması ve ispat. Ankara: *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*.
- Buxbaum, H. (2008). Competition in the private enforcement of regulatory law. *Tilburg Law and Economics Center Workshop on Private Enforcement of Competition Law*, Friday, Tilburg University, 1-9.
- Carpagnano, M. (2006). Private enforcement of competition law arrives in Italy: analysis of the judgment of the european court of justice in joined cases c-295-289/04 Manfredi. *The Competition Law Review*, (3), Issue 1, 47-72.
- Çiçekli, B. (2008). Avrupa Birliğinde özel hukukta adli işbirliği ve mahkeme kararlarının serbest dolaşımı. www.turkaydanismanlik.com/tr/docs (erişim tarihi: 15. Nisan. 2008)
- Condomines, A. (2008). Private enforcement of competition law in France, www.jurismag.net/articles (erişim tarihi: 15. Mart. 2008)

- David, M. J. (2008). Enhancing private enforcement of EC competition rules. Hohan Harston LLP, <http://www.hhlaw.com/pressroom/newspubs/> (erişim tarihi: 17. Eylöl. 2008)
- Eilmansberger, T. (2007). The green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond; reflection on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action. *Common Market Law Review*, (44), N. 2, 431-478.
- Eren, F. (1975). Hukuka aykırılık bağı ve normun koruma amacı teorisi, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara.
- Eren, H. (2007). İdari yargı bağlamında grup davaları ve rekabet hukuku açısından olası açılımlar. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu –V.* Kayseri: Erciyes Üniversitesi, 195-211.
- European Commission. The application of articles 85 & 86 of the ec treaty by national courts in the member states. Brussels, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>(erişim tarihi: 15. Şubat. 2008)
- Farrel, L. ve Sarah, I. (2009). UK: Private antitrust litigation. *The European Antitrust Review; A Global Competition Review Special Report*, Sec.4, 242-256.
- Garret, E. (1967). Private treble damage antitrust suits measure of damage for destruction of all or part of a business. *Harvard Law Review*, (80), No. 7, 1566-1586.
- Ginsburg, D. H. (2005). Comparing antitrust enforcement in the United States and Europe. *Journal of Competition Law and Economics*, 1(3), 427–439.
- Graells, A. S. (2006). Discovery, confidentiality and disclosure of evidence under the private enforcement of EU antitrust rules. Madrid: *Instituto De Empresa, Working Paper Derecho*. WPD 06-05.1-56.
- Göl, İ. (Nisan 1999). Avrupa Birliğı rekabet hukukunda AB Komisyonu ve üye ölke mahkeme ilişkileri. Ankara: *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*.
- Göl, İ. (1999). Rekabet kurulu'nun muafiyet kararının adli mahkemelerin kararına etkileri. Ankara: *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*. 104-133.

- Gürzumar, O. B. (2002). 4054 sayılı rekabetin korunması hakkında kanun'nun 4. maddesine aykırı sözleşmelerin tabi olduğu geçersizlik rejimi. Ankara: *Rekabet Dergisi, Sayı; 12, Ekim-Kasım-Aralık*. 3-77.
- Gürzumar, O. B. (2005). 4054 sayılı rekabetin korunması hakkında kanun ve bu kanunda değişiklik yapılmasına ilişkin taslak. *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum; Bildiriler-Tartışmalar- Panel*, Ankara: Ankara Üniversitesi, 7-8- Ekim. 115-185.
- Güven, P. (2007). Rekabet hukukuna dayalı tazminat davalarının mahkeme kararları ışığında değerlendirilmesi. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu –V*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi, 211-261.
- Hanağası, E. (2009), Kolektif menfaatin hukuki himayesi bicimi olarak topluluk davaları. *Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I*, Ankara: Yetkin Yayınları. 351-410.
- Hamon, S. (2005). Cracking cartels with leniency programs. Paris: *OECD Working Committee Working Party*, No.3, 1-14.
- Hamon, S. (2008). Cornerstones of in effective leniency program. Sydney: *Work Shop on Leniency Programs*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.htm - 43k (Erişim tarihi: 01. 02. 2008)
- Harrington, J. (2006). Corporate leniency programs and the role of the antitrust authority in detecting collusion. *Competition Policy Research Centre Discussion Paper*, Cpdp-18-E, 1-44.
- www.econ.jhu.edu/People/Harrington/Tokyo.pdf (Erişim tarihi: 01.02. 2008)
- Hausfeld, M. (2008). Private recovery action in the United States. *The Antitrust Review of the Americas*.
- Helwig, M. (2006). Private damage claims and the passing on defense in horizontal price fixing cases: an economist perspective. Bonn 2006/22: *Max Planck Institute*, 3-31. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936153 (Erişim tarihi: 01.02. 2008)
- Hinloopean, J. (2003). An economic analysis of leniency programs in antitrust law. *Journal De Economist*, (151), No.4, 415-432.

- Hovenkamp, H. (2011). Quantification of harm in private antitrust actions in the United States. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*. S.1, 1-10.
SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1758751>
- İnal, T. ve Yılmaz, T. (2007). AB Schengen Anlaşması kapsamında ne bis in idem ilkesi. İstanbul: *Kazancı Hukuk Dergisi*, Aralık 2007,
- İnan, N. (1999). Rekabet hukukunun diğer disiplinlerle ilişkisi. Ankara: *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları-1*, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No. 0039.
- İnan, N. (2002). Rekabet hukukunun uygulanmasında adli mahkemelerin rolü. Ankara: *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*. s.1vd.
- İnan, N. (2004). 4054 sayılı rekabetin korunması hakkında kanun'un özel hukuk hükümlerine eleştirisel bir bakış. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi, 45-61.
- Jacobson, J. (2007). Understanding the antitrust modernization commission on indirect purchaser recommendation. *American Antitrust Institute Symposium on the Future of Private Antitrust Litigation*. Washington, 2-9.
- Jacobson, J. ve Greer, T. (1998). Twenty one years of antitrust injury. Chicago: *Antitrust Law Journal*, (66), Issue 2, 2-41.
- Jones, C. (2006). After the green paper; the third devolution in European Law and private enforcement. *The Competition Law Review*, (3), Issue 1. 1-3.
- Kenneth, A. ve Teresa, H. (1999). Treble damage antitrust claims, outside perspective. *Special Advertising Section Corporate Counsel*. 1-2.
www.dicksteinshapiro.com/.../treble.pdf
- Keser, L. (2001). İlk görünüş ispatı (Prima Facie Beweis). İzmir: *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan*. 231-253.
- Kilpatric Stockton Law Firm. (2004). Increased criminal penalties for antitrust violations and de-trebling give new teeth to enforcers; minor tunney act changes. New York.
- Klees, A. (2007). Breaking the habits, the German Competition law after the 7th amendment to the acts against restrain of competition. *German Law Journal*, (07), No. 04.399-420.

- Komninos, A. (2006). Public and private enforcement in Europe. *The Competition Law Review*, (3), Issue 1, 5-26.
- Konuralp, H. (1986). Yargıtay kararlarında çevre sorunları. ankara: mahkeme kararlarında çevre sorunları, *Türkiye Çevre Sorunları Vakfı*.
- Konuralp, H. (2007). Rekabet hukukunda deliller ve değerlendirilmesi. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi. 11-23
- Konuralp, H. ve Tercan, E. (2003). Türk medeni kanunun başlangıç hükümleri ile kişiler hukuku hükümlerinin medeni usûl ve icra iflâs hukuku açısından değerlendirilmesi. Eskişehir: *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III*.
- Kortmann, J. (2008). A tort lawyer's perspective on the EC white paper. Tilburg: *Law and Economics Center Workshop on Private Enforcement of Competition Law*, Friday, Tilburg University.
- Kortunay, A. (2008). AB rekabet hukukunda tazminat davalarına yönelik reform çalışmaları ve türk hukuku bakımından değerlendirilmesi. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi.89-119.
- Kortunay, A. (2011). Alacağın temliki yoluyla kollektif tazminat taleplerine imkân veren bir model geliştirilebilir mi? *Rekabet Dergisi*, 2011, 12(3), 179-205.
- Kosicki, G. ve Cahill M.. (2006). Economics of cost pass through and damages in indirect purchaser antitrust cases. *Antitrust Bulletin* (51), 2006
- Kovacic, W.E. (2001). Private monitoring and antitrust enforcement: paying informants to reveal cartels. *The George Washington Law Review*, (69), No; 5/6, 766-799.
- Landes, W. ve Posner R.. (1979). Should indirect purchaser have standing to sue under the antitrust laws? an economic analysis of the rule of Illinois Brick. *University of Chicago Law Review* (46). 602-635.
- Lee, B. (2008). The harmonization of public and private enforcement. Seoul: 5th. *Seoul International Competition Forum*, 3 September. 2-32.
- Lehmann, M. P. (2009). Dismissal standard following bell Atlantic v. twombly – a one year perspective. *The Antitrust Review of the Americas*. 2-44.

- Michaeli, J. (2008). Private enforcement of competition rules Germany. Bird&Bird, <http://www.twobirds.com/English/News/Articles/Pages/ArticlesHome.aspx> (erişim tarihi: 15. Kasım. 2008)
- Mulheron, R. (2008). Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need. http://www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/collective_redress.pdf (erişim tarihi: 22. Temmuz. 2008)
- Orman, H. (2009). Kartellerde bireylere uygulanacak yaptırımlar. *Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri*, Seri no; 110, Ankara.
- Ostoyich, J. ve Normann, P. (2009). More of the same: growth in private antitrust litigation and cutbacks by the US Supreme Court. *The Antitrust Review of the Americas*.
- Öz, A. G. (1999). AB rekabet hukukundaki son gelişmeler. Ankara: *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları-3*, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No. 0041, Aralık 1999
- Özbek, M. (2002) Dünya çapındaki adalete ulaşma hareketleriyle ortaya çıkan gelişmeler ve alternatif uyuşmazlık çözümü. Ankara: acikarsiv.ankara.edu.tr/dergi/dergiler/38/286/2611.pdf (erişim tarihi: 7. Mayıs. 2008)
- Özbek, M. (2006). Sosyal devletin gereği: adalete erişim. *Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Sayı.4, Ağustos.
- Özel Ç. (2001). Sözleşme dışı sorumlulukta yansıma zarar ve giderimine ilişkin bazı düşünceler. *AÜHFD*, (50), S.4. 81-106.
- Özekes, M. (2005). Yargılamada Dürüstlük kuralına aykırı davranan taraf aleyhine hükmedilecek vekâlet ücreti. *Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Sayı.1 Eylül.
- Özsunay, E. (2006). ABD ve kartel hukuklarında pişmanlık programları ve türk rekabet hukuku üzerine düşünceler. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi. 28-48.
- Özsunay, E. (2005). Rekabet kısıtlamalarının özel hukuk alanındaki sonuçları. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi. 117-153

- Page, W. (1999). The limits of state indirect purchaser suits; class certification in the shadow of Illinois Brick. *Antitrust Law Journal*, (67).
- Panafieu, C. (2007). Private enforcement of competition rules. Bird&Brd, <http://www.twobirds.com/ENGLISH/NEWS/ARTICLES/Pages/ArticlesHome.aspx> (erişim tarihi: 3. Aralık. 2007)
- Pate, H. (2004). Antitrust law in the US Supreme Court. Us Antitrust Division Department of Justice.
- Paulis, E. (2006). Policy issues in the private enforcement of EC competition law. *Max Planck Institute For Comparative and Private International Law*, 2006
- Pınar, H. (2000). Marka hukukunda hakların tüketilmesi, *Kemal Oğuzman' a Armağan*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Reher, T. (2009). The Commission's white paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules. *The European Antitrust Review; A Global Competition Review Special Report*.
- Reich, N. (2008). The courage doctrine; encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries. www.kernbureau.uva.nl/template/downloadAsset.cfm?objectid (erişim tarihi: 7. Ekim. 2008)
- Rinne, A. (2009). Germany: Private antitrust litigation. *The European Antitrust Review; A Global Competition Review Special Report*.
- Rosenberg, D. ve Sullivan, P. J. (2006). Coordinating private class action and public agency enforcement of antitrust law. *Journal of Competition Law And Economics*, (2), Is.2, 2006
- Rüggeberg, J. ve Schinkel, M. (2006). Reply to selected question in the european commission's green paper. Amsterdam.
- Rinne, A. (2008). Damage Actions: the Interplay Between The Passing on Defense and Indirect Purchaser Compensation. http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-3574700_ITM (erişim tarihi: 17. Ekim. 2008)

- Sanford, A.. (1983). A defense of the zone of interests standing test. *Duke Law Journal* (?)
- Sanlı, K C. (2008). Haksız fiil hukuku ekonomik analiz. Ankara: *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*.
- Sanlı, K C. (2000). Rekabet hukukunda tek elci fiyatlandırma. Ankara: *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, 10 Ekim.
- Sanlı, K C. (2000). Rekabetin korunması hakkında kanun'da öngörülen yasaklayıcı hükümler ve bu hükümlere aykırı sözleşme ve teşebbüs birliği kararlarının geçersizliği. Ankara: *Rekabet Kurumu Yayını*.
- Sanlı, K C. (2003). Türk rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğu. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi.211-277.
- Sayhan, İ. (2005). Rekabet hukukunda tazminat sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık unsuru ve sorumluluğun sınırı. Ankara: *Ankara Barosu FMR Dergisi*, Yıl; 5, (5) Sayı 2005/3.
- Schnell, G. (2007). Class action madness in Europe-a call for a more balanced debate. london,: *European Competition Law Review*, Issue. 11.
- Segal, I. ve Whinston, M. (2007). Public vs. private enforcement of antitrust Law. *European Competition Law Review*, (28), Is. 5.
- Shughart, W. (2007). Private antitrust enforcement, compensation, deterrence or extortion. Washington: Cato Institute.
- Siragusa, M. ve D'ostini, M. (2006). A reflection on some private antitrust enforcement issues. *European Competition Law Annual*.
- Songör, T. (2005). 4054 sayılı rekabetin korunması hakkında kanun vve bu kanunda değişiklik yapılmasına ilişkin taslak sempozyumu, (soru cevap kısmı). Ankara: *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum; Bildiriler-Tartışmalar- Panel*, 7-8- Ekim.
- Sungurtekin, M. Ö. (2006). Avukatlık kanununun 35/a maddesi çerçevesinde avukatın uzlaşma sağlama yetkisi. İstanbul: *Legal Medeni Usûl Ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Sayı.2.
- Tandoğan, H.(1980). Hukuka aykırılık bağı. *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, I. Sempozyum*, İstanbul.

- Tanrıver, S. (2009) Hukuk yargısı bağlamında bilirkişiyle ilgilitemel problemler ve çözüm arayışları. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, (11). 575-594.
- Taşpınar, S. (1996). Fiili karinelerin ispat yükünün dağılımındaki rolü. Ankara: *AÜHFD*, C.X.L.V. 533-572.
- Tekinalp, Ü. (2005). Rekabet sınırlamaları ve hakim durumun kötüye kullanılması yasağına aykırılığın özel hukuka ilişkin sonuçları. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* III. Kayseri: Erciyes Üniversitesi.
- Tekinalp, G. ve Tekinalp, Ü. (2006). Rekabet hukukunda etki ilkesi. Ankara: *Tuğrul Ansay'a Armağan*, Turhan Kitapevi.
- Topçuoğlu, M. (2009). Rekabet hukukunda üç kat tazminat. *Sorumluluk ve Tazminat Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara.
- Uyanık, P. (2002). Pişmanlık programları. Ankara: *Rekabet Dergisi*, Sayı:1, Haziran.
- Verboven, F. ve Dijk, T. (2007). Cartel damages claims and the passing-on defense. *CEPR Discussion Paper*, July 2007, www.cepr.org/DP6329 - 18k (erişim tarihi: 5. Ekim. 2008)
- Waller, S. W. (2007). The US experience with competition class action certification. *SSRN*.
- Waller, S. W. (2006). Rekabet hukukunda kamu özel ortaklıkları. *Rekabet Kurumu Yayını, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* IV. Kayseri: Erciyes Üniversitesi. 49-79.
- Wamser, F. (1994). Enforcement of antitrust law: a comparison of the legal and factual situation in Germany, the EEC and the USA”, Frankfurt.
- Whelan, P. (2007). A principled argument for personal criminal sanctions as punishment under EC cartel law. *The Competition Law Review*, (4), Issue 1. 7-40.
- Wils, P. J. W. (2005). Is criminalization of EU competition law the answer ? *World Competition*, (28), 2005, s.44.

- Woods, D. (2009). European commission's green paper on damages actions for breach of The EC antitrust rules; presentation of option on access to evidence. Brussels: *Era Conference*.
- Wurmnest, W. (2007). A new era for antitrust litigation in Germany? A critical appraisal of the modernized law against restrains of competitions. *German Law Journal*, (69), No. 08. 1173-1190.
- Wyne, R. P. (2004). Diversity class action in louisiana; a resolution to the national class action debate. *Loyola Law Review*, (50). 749.
- Yıldırım N. D. (1997). Kollektif hukukî himaye medeni usul hukukunda sonun başlangıcı mı, etkin hukukî himayenin vazgeçilmez unsuru mu? YD. 1997, S.1-2, 137-154
- Yılmaz, E. (2006). Rekabet hukukunda ispat yükü. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi. 68-79.
- Yılmaz, E. (2005). Rekabet Kanunun uygulanmasında usûl ve ispat sorunları. Ankara: *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*.
- Yılmaz, E. (2008). Usûl ekonomisi. *AÜHFD*, Yıl 2008, (57), Sayı 1.
- Yılmaz, E. (2005). 4054 sayılı rekabetin korunması hakkında kanun'da değişiklik yapılmasına ilişkin taslak'ın usûl hukuku bakımından değerlendirilmesi. Ankara: *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum; Bildiriler-Tartışmalar- Panel*, Ankara, 7-8- Ekim. 203-219
- Yılmaz, E. (2004). Rekabet hukukunda deliller, delillerin toplanması ve değerlendirilmesi üzerine düşünceler. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi. 67-91
- Yılmaz, S. (2010). Türk Borçlar Kanunu tasarısında sebep sorumluluklarına ilişkin yeni hükümler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (59), Sayı 3., 551-578.

III- DİĞER KAYNAKLAR

- Afep. (2006). Comments european commission green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules.

- American Bar Association.(2008). Joint comments of the american bar association section of antitrust law, section of international law, and section of business law on the commission of the European Communities' white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. Haziran.
- American Bar Association. (2006). Comments of the section antitrust law and the section of international law
- American Chamber of Commerce (2006). to the 30 European Union Comment on the green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules.
- Antitrust Modernization Commission Report and Recommendation. (www.amc.gov) (erişim tarihi: 7. Mayıs. 2008)
- Ashurt . (2004). on the conditions for damage in case of infringement of European Communities Competition Rules, comparative report, Brussels: Ashurt Law Firm.
- Association Française Des Entreprises Privees. (2006). European Commission green paper. Afep.
- Baker & Mckenze. (2006). Response to green paper on private enforcement. European competition law practice group.
- Burges Salmon Llp. (2006). Response to green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules.
- Burges Salmon Llp. (2006). Response to green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules.
- Cartel Damage Claims Company. (2007) Development of private antitrust enforcement in Europe. Opinion of cartel damage claims comp., Brussels.
- Cartels Working Group. (2007). Interaction of public and private enforcement in cartel cases. Moscow: International Competition Network.
- Caton, Matthew. (2006). Response to green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules.

- Cms Law Firm. (2006). Comments on the green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. Competition Practice Group.
- Competition Law Forum. (2007). Submission to the commission in response to its green paper on damages.
- Crowell & Moring. (2006). Comments on the green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules.
- Dilworth Paxon LLP. (2008). Dual enforcement of antitrust law keep business in line. <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=70290> (erişim tarihi: 8. Aralık. 2008)
- European Parliament. Resolution of 26 March 2009 on the White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Competition Rules. [2008/2154 (INI)], 2009
- Finland Central Chamber of Commerce. (2006). Statement to green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules.
- German Federal Ministry of Economics and Technology. (2006). Comments on the green paper of the EC commission, damages actions for breach of the EC antitrust rules.
- Irish Competition Authority. (2006). Submission to the commission green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules.
- Italian Association Between Insurance Companies. (29006). Answers by anya to the European Commission green paper questionnaire on damage action.
- Latham&Wathkins Llp. (2007). Litigation culture versus enforcement culture; a comparison of us and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases, *The Antitrust Review Of Americas*. New York.
- Office f Fair Trading. (2006). Private action in competition law; effective redress for consumer and business. London: *Oft Discussion Paper*.
- Office of Fair Trading. (2006). Response to green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules.
- RKHK'nin Madde Gerekçeleri, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 19, Yasama Yılı 3, S.Sayısı: 599

- Riley, A. (2006). Damage in EC antitrust action: Who pays the piper?
- Salans LLP. (2009). Private antitrust litigation, France. *Getting Deal the Through, Private Antitrust Litigation*
- SJ Berwin LLP. (2009). Private antitrust litigation, Germany. *Getting Deal the Through, Private Antitrust Litigation.*
- Spanish Section of the Ligue Internationale Du Droit De La Concurrence. (2006) Observation to the green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. Madrid.
- Steenbergen, J. (2006). Comments on the green paper n damages actions for breach of the EC antitrust rules. Brussels.
- Van Den Bergh, R. ve /Van Bomm M. W. (2006). The EC green paper on damages actions in antitrust cases an academic comment.

(Yukarıda adı geçen diğer kaynakların tamamına bu adresten doğrudan erişilebilir.)

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (erişim tarihi: 7. Ekim. 2007)

IV Kararlar

ABD

American Chiropr. Assn. v. Trigon Healthcare, 151 F Supp.2d 723, w.d. va 2001

Atlantic Richfield Co v. USA Petroleum Co., 495 US 328, 1990

Billy Baxter, Inc.v. Coca-Cola Co., 401 Us 923, 1971

Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O- Mat.429 Us 477,1997

Bucklew v. Hawkins, Ash, Baptie Co. 329 f3.D 923, 7th Cir. 2003

Conference of Studio Illinois v. Loew's Inc., 342 US 919 1952

Estados Unidos Mexicanos v. Decoster, 229f3. 332, 1st Cir. 2000

F Hoffmann- La Roche Ltd v. Mpagan Sa, 542 Us 155, 2004

Gleen Holly Entertainment, Inc. v. Tektronix, Inc., 343 F.3d 9.Th Cir. 2003

Hannover Shoe, v. United Shoe Machinery Corp., 392 US 481, (1968)

Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 720, 1977

Indeck Energy Sources v. Consumers Energy Co., 250 F3.D 972 6th Cir. 2001

In Re OSB Antitrust Litigation, 2007 US Dist LEXIS 56617, 2007

In Re Wellbutrin SR Antitrust Litigation, 2008 US Dist LEXIS 36719 , 2008

Karsel Orp. v. Richfield Oil. Corp.221 F 2d 358, 1995

Lehman v. Gulf Oil Corp.409 US 1077, 1972

Mci Communication Corp. 464 US 891,1983

Midwest Gas Sources, v. Indiana Gas Co., 317 F3.D 703, 7th Cir. 2003

Pfizer, Inc v., Government Of India, 434 US ,308.315.1978

State Of New York v. Julius Nasso Concerete, 202 F3.D 82, 88-89 2th Cir. 2000

Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co. 282 U.S. 555, 250. 1931

Trutte Payne Co v. Chrysler Motors Corp.,451 Us 557,1981

Webb v. Utah Brokers Ass'n 568 F.2d 670 . 1977

AB

Andrea Francovich V. Italian Republic, Ecr I-53/57, 1991

Brasserie du pêcheur and Factortame, Joined Cases C-46/93 and C-48/93, 1996

Case 127/73, Belgische Radio En Televisie V. Sabam, 1974

Case C-126/97, Eco Swiss,(1999), Ecr I-3055

Courage V.Crehan, Case C-453/99, 2001, Ecri-6297

Van Gend & Loos, Ecr I.26/62, 1963

Vincenzo Manfredi V. Lloyd, Ecj C-295/04, 2006

Türkiye

Yargıtay 4. H.D., Esas No; 2002/4491, Karar No; 2002/5701, Tarih 13.05.2002

Yargıtay 19. H.D., Esas No; 2002/2827, Karar No; 2002/7580, Tarih;
29.11.2002

Yargıtay 19. H. D., Esas No; 2004/9634, Karar No; 2005/4463,Tarih;
21.04.2005

Yargıtay 11. H.D., Karar Tarihi: 23.06.2006, Esas No: 2005/3755, Karar No:
2006/7408

Yargıtay 19. H. D., Karar Tarihi: 29.11.2007., Esas No: 2007/3229, Karar No:
2007/10677.

Kadıköy Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, Esas No; 199/466, Karar No; 2002/49,
Tarih, 31.01.2002

Kadıköy Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, Esas No; 2003/876, Karar No;
2003/4751, Tarih, 08.09. 2003

Kadıköy Asliye 3. Ticaret Mahkemesi, Esas No; 2002/739, Karar No; 2006/266,
Tarih, 04.04.2006)

İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, Karar Tarihi: 03.12.2004, Esas No:
1999/1106, Karar No: 2004/925.

İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, Karar Tarihi: 16.03.2007, Esas No:
2006/726,KararNo:2007/112

Danıştay 10. Dairesi, Esas No; 2002/4519, Karar No; 2003/3811, Tarih;
07.10.2003.