

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 12 Sayı/Number: 4 Ekim/October 2011

- ◆ **Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler**
Kadir BAŞ
- ◆ **Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları**
Av. Gönenç GÜRKAYNAK
Av. K. Korhan YILDIRIM
Av. M. Hakan ÖZGÖKÇEN
Av. A. Buğra AYDIN
- ◆ **Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda AB Komisyonunun İnceleme Yetkisi**
Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR

12. YIL
12th YEAR
2000'den beri yayında
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 12 **Sayı/Number: 4** **Ekim/October 2011**

Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published quarterly

**Rekabet Dergisi, EBSCO, Tübitak Ulakbim
ve Asos Index veri tabanlarında
dizinlenmektedir.**

*Competition Journal is indexed in the
EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index
databases.*

YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER COMPETITION AUTHORITY
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

SORUMLU MÜDÜR
MANAGING DIRECTOR
Akın ŞİMŞEK

YAYIN KOMİSYONU
EDITORIAL BOARD
Fevzi ÖZKAN
Doç. Dr. Tahir SARAÇ
Kürşat ÜNLÜSOY
Ekrem KALKAN

DANIŞMA KURULU
ADVISORY BOARD
Prof. Dr. Sabih ARKAN
Prof. Dr. Ömer Faruk ÇOLAK
Prof. Dr. Lale DAVUT
Prof. Dr. Ercüment ERDEM
Prof. Dr. Celal GÖLE
Prof. Dr. Erden KUNTALP
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Güven SAK
Prof. Dr. Turgut TAN
Prof. Dr. Erol TAYMAZ
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU
Prof. Dr. Nahit TÖRE
Prof. Dr. Ercan UYGUR
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. Osman GÜRZUMAR
Doç. Dr. İzak ATİYAS
Doç. Dr. Hasan ERSEL
Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ

EDİTÖRLER

EDITORS

H. Gökşin KEKEVİ
Ali İhsan ÇAĞLAYAN
Ali ARIÖZ

YAYIN SEKRETERİ
PUBLISHING SECRETARY
Mutlu ÖZBEK

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. EBSCO, Tübitak Ulakbim ve Asos Index veri tabanlarında dizinlenen Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, indexed in the EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index databases, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily the Turkish Competition Authority.

Yönetim Yeri / Managing Office:
Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 291 44 44 - (90) 312 266 79 11

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web Adresi / Web Address: <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

Basımcı / Printer:
SARIYILDIZ OFSET
İvogsan Ağaç İşleri Sanayi Sitesi
523. Sok. No: 31 Ostim/ANKARA

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 12

Sayı/Number: 4

Ekim/October 2011

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

- 1 MAKALELER / ARTICLES**
- 3 Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında *Passing-On Savunması* ve *Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler* / *The Application of Passing-On Defence and Indirect Purchaser Rule in Antitrust Damages Actions in Turkish Law: The Assessments and Suggestions in The Light of The US and The EU Practices***
Kadir BAŞ
- 75 Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları / *A Discussion on Proof Matters in Turkish Competition Law Focusing on Proof of Concerted Practices***
Av. Gönenç GÜRKAYNAK
Av. K. Korhan YILDIRIM
Av. M. Hakan ÖZGÖKÇEN
Av. A. Buğra AYDIN
- 127 Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda AB Komisyonunun İnceleme Yetkisi / *The European Commission's Powers of Inspection in European Competition Law***
Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR
- 155 YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI / *PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS***

MAKALELER
ARTICLES

**TÜRK HUKUKUNDA REKABET İHLALLERİNE İLİŞKİN
TAZMİNAT DAVALARINDA PASSING-ON SAVUNMASI VE
DOLAYLI ALICI KURALININ UYGULANMASI:
ABD VE AB UYGULAMALARI İŞİĞİNDA
DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER**

*THE APPLICATION OF PASSING-ON DEFENCE AND
INDIRECT PURCHASER RULE IN ANTITRUST DAMAGES ACTIONS
IN TURKISH LAW: THE ASSESSMENTS AND SUGGESTIONS
IN THE LIGHT OF THE US AND THE EU PRACTICES*

Kadir BAŞ*

Öz

Bir hâkim durum veya kartelden kaynaklı hukuka aykırı fiyat artışı, çoğu durumda dağıtım zincirinin bir üst seviyesindeki alıcılar tarafından bir alt seviyedeki alıcılara aktarılmaktadır. Fiyat artışının bu şekilde dağıtım zinciri boyunca yansıtılması, hangi alıcı grubunun fiyat artışına karşı tazminat davası açma hakkına sahip olacağını belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Hanover Shoe ve Illinois Brick kararlarında, ABD Yüksek Mahkemesi, rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarının caydırıcılık amacını tazmin etme amacından üstün tutarak passing-on savunmasını reddedip fiyat artışına karşı yalnızca doğrudan alıcılara dava açma hakkı vermiştir. AB Komisyonu ise, AB Adalet Divanı'nın tazmin etme amacını öne çıkardığı Courage ve Manfredi kararlarını temel alarak passing-on savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisine de izin vermiştir. Türkiye'de de passing-on savunması ve dolaylı alıcı kuralı açısından, rekabet hukukunun özel hukuk alanında daha etkin uygulanmasına hizmet edici bir politikanın oluşturulması gerekmektedir. Bu makale, ABD ve AB'deki tartışma ve uygulamalardan yararlanmak suretiyle konuya ilişkin bazı değerlendirme ve politika önerileri sunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Passing-on Savunması, Dolaylı Alıcı Kuralı, Rekabet İhlalleri, Hukuka Aykırı Fiyat Artışı, Tazminat Davaları.*

* İngiltere'nin Queen Mary Üniversitesi'nde rekabet hukuku alanında doktora eğitimini sürdürmektedir. Bu çalışmaya değerli görüş ve önerileri ile katkıda bulunan ismini bilmediğim hakem heyetine teşekkür ederim.

Abstract

An illegal overcharge stemming from monopolisation or cartelisation is in most cases passed by purchasers at an upper level of a distribution chain on those at the lower one. Such transmission of the overcharge through distribution chain gives rise to certain difficulties when determining which purchaser group is entitled to bring an action for damages against the overcharge. In Hanover Shoe and Illinois Brick decisions, the US Supreme Court rejected the passing-on defence and provided the standing to sue for overcharge only to direct purchasers by giving priority to the deterrence objective of antitrust damages actions over its compensation objective. Based on Courage and Manfredi decisions of the Court of Justice of the EU that highlighted the compensation objective, the European Commission, in the White Paper, suggested a policy recognising both the passing-on defence and the indirect purchaser standing. There is a need to establish a policy on the passing-on defence and the indirect purchaser rule in Turkey in order to ensure the well-functioning of private antitrust enforcement system. This article aims to evaluate the issue comprehensively and provide some policy suggestions through benefiting from the debate and practices in the US and the EU.

Keywords: *Passing-on Defence, Indirect Purchaser Rule, Antitrust Violations, Illegal Overcharge, Damages Actions.*

GİRİŞ

Çelik üreticilerinin, Türkiye genelinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹ (“RKHK”) m.4’ün ihlali niteliğinde bir kartel oluşturarak çelik fiyatlarını arttırdıkları farz edilsin. Bu durumda, çeliği ilk elden alarak inşaatta kullanılmak üzere işleyen teşebbüsler, maruz kaldıkları bu gider artışını inşaat firmalarına sattıkları kendi çelik ürünlerinin fiyatını arttırarak dengeleyebilir. Son olarak da inşaat firmaları, söz konusu çelik ürünlerinin fiyatında meydana gelecek artışı, ürettikleri inşaat projelerinin alıcılarına yansıtabilir. Böyle bir varsayımda, rekabet ihlalden dolayı gerçekte kimin zarara uğradığı ve kimin bu ihlale ilişkin olarak tazminat davası açabileceği sorunları ortaya çıkacaktır. Yukarıdaki farazi olayda, çeliğin doğrudan alıcısı konumundaki firmaların yanı sıra, dolaylı alıcı konumundaki inşaat firmaları ve inşaat projelerinin müşterilerinin söz konusu kartel sebebiyle gerçekte kendilerinin zarara uğradıklarını iddia ederek tazminat talep etmeleri söz konusu olabilir.

Ne var ki, Amerika Birleşik Devletleri (“ABD”) ve Avrupa Birliği (“AB”) uygulamalarındaki tartışmalar da dikkate alındığında, bu sorunların

¹ Resmi Gazete Sayı: 22140, Tarih: 13.12.1994.

çözümünün hiç de kolay olmadığı söylenebilir. ABD’de Yüksek Mahkeme, 1968 yılında vermiş olduğu *Hanover Shoe* kararında², rekabet ihlalini gerçekleştiren davalılar tarafından davacı konumundaki doğrudan alıcılara (*direct purchasers*) *passing-on* savunmasının ileri sürülmesini reddetmiştir. Mahkeme, *Illinois Brick* kararında³ ise, *Hanover Shoe* kararındaki politikasının bir uzantısı olarak dolaylı alıcılar (*indirect purchasers*) tarafından rekabet ihlalden doğan fiyat artışının kendilerine yansıtıldığı iddiasıyla tazminat davası açılmasının önüne geçmiştir. Yüksek Mahkeme’nin dolaylı alıcıların tazminat davası açmalarını engelleyen söz konusu kararı, ciddi tartışmalara yol açmıştır. Nitekim birçok eyalet, dolaylı alıcılara da doğrudan alıcılar yanında rekabet ihlallerine karşı dava açma hakkı tanımıştır. Bunun sonucu olarak da birbiriyle çelişen düzenlemeler ve kararlar ortaya çıkmış ve rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasına ilişkin ABD sistemi, içinden çıkılmaz derecede karmaşıklaşmıştır.

Rekabet ihlallerine karşı kimlerin tazminat davası açabileceği konusundaki AB uygulaması ise, ABD Yüksek Mahkemesi’nin yaklaşımıyla taban tabana zıt haldedir. AB Komisyonu, Birlik rekabet hukuku kurallarının ihlaline ilişkin olarak açılacak tazminat davaları konusunda yayımladığı Beyaz Kitap’ta⁴ (“Beyaz Kitap”), *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisine de izin verilmesi önerisinde bulunmuştur.

Türk hukukunda ise, RKHK’nın rekabet ihlallerine karşı tazminat talep etme hakkını düzenleyen 57. maddesi, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin tam bir açıklık sağlamamaktadır. Uygulamada tekeli fiyatlandırmaya ilişkin olarak tazminat davası açılmadığı için, bu konuda bir Yargıtay içtihadı da oluşmamıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sunulan ve RKHK’da bir takım değişiklikler öngören kanun tasarısının⁵ (“RKHK Tasarısı”) mevcut halinde de bu sorun açıklığa kavuşturulmamıştır. İşte bu makale, ABD ve AB deneyimlerinden yararlanarak mevcut düzenlemeler çerçevesinde Türk hukukunda *passing-on* savunması ile dolaylı alıcı kuralının uygulanabilirliğini incelemeyi ve RKHK Tasarısı açısından bir çözüm önerisi sunmayı amaçlamaktadır.

Kimlerin rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açabileceği belirlenirken, bu davalar ile ulaşılması hedeflenen amaçların neler olduğunun dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenledir ki, bu makalede öncelikle söz

² *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968) (“*Hanover Shoe* kararı”).

³ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720 (1977) (“*Illinois Brick* kararı”).

⁴ BEYAZ KİTAP, European Commission (2008), White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Com(2008)165 final, Brussels.

⁵ Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

konusu amaçların neler olduğu değerlendirilecektir. Daha sonra ise, makalenin konusunu oluşturan *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı kavramlarına ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Bir sonraki bölümde ise, konuya ilişkin ABD uygulaması analiz edilecektir. Bu çerçevede, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin Yüksek Mahkeme'nin yaklaşımını oluşturan *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararları detaylı şekilde incelenecektir. Bunu takiben, *Illinois Brick* kararı sonrası yaşanan gelişmeler ve doktrinin yaklaşımı açıklanacaktır.

Dördüncü bölümde ise, AB'nin *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin politikası ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Bu bölümde, ilk olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (*Court of Justice of European Union*) ("ABAD") konuya ilişkin yaklaşımı, *Courage*⁶ ve *Manfredi*⁷ kararları da dikkate alınarak analiz edilecektir. Sonraki alt bölümde ise, Komisyon'un bu konuda ilk olarak yayımlamış olduğu Yeşil Kitap⁸ ile bunu izleyen Beyaz Kitap'ta öngörülen ilkeler incelenecektir.

En son bölümde ise, makalenin esas amacını oluşturan Türk rekabet hukukunda *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının uygulama alanı değerlendirilecektir. Bu kapsamda, konuya ilişkin mevcut yaklaşım, RKHK m.57'de öngörülen haksız fiil sorumluluğuna ve gabine (aşırı yararlanma) ilişkin ilgili mevzuat hükümleri dikkate alınarak analiz edilecektir. Bunun sonrasında ise, bu bölüme kadar yapılmış bütün değerlendirmeler ışığında RKHK Tasarısı'nda yer alması gerektiği düşünülen çözüm önerilerine yer verilecektir.

1. REKABET İHLALLERİNE İLİŞKİN TAZMİNAT DAVALARININ AMACI

Rekabet hukuku alanında uygulanan yaptırımların (*antitrust enforcement*), genel olarak birbiriyle ilintili üç farklı amacının olduğu kabul edilmektedir.⁹ Birincisi, bir rekabet ihlali oluşturan davranışın sonlandırılmasını sağlamak veya bu davranışın ileride gerçekleşmesini önlemek üzere ihtiyati tedbir niteliğinde işlev görmektir. İkincisi, rekabet ihlalinin gerçekleştirilen teşebbüsü cezalandırmak ve söz konusu ihlalin işlenmesini caydırmaktır. Üçüncüsü ise, rekabeti sınırlayan

⁶ C-453/99 *Courage Ltd. v Bernard Crehan*, ECR [2001] I-6927 ("Courage kararı").

⁷ C-295/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, ECR [2006] I-06619 ("Manfredi kararı").

⁸ YEŞİL KİTAP, European Commission (2005), Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM(2005) 672 final, Brussels.

⁹ KOMNINOS, A.P. (2008), *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Portland Oregon, US, s.7.

davranıştan dolayı meydana gelen zararların tazmin edilmesini sağlamaktır.¹⁰ Yukarıda sayılan ilk iki amacın bir bütün olarak rekabet ihlallerinin önlenmesi hedefine hizmet ettiği söylenebilir. Rekabet hukuku yaptırımlarının bu kapsayıcı amacı, esas olarak ihlal durumunda ciddi bir yaptırım tehdidi yaratarak muhtemel rekabet ihlalcilerinin kazanç/kayıp hesabını değiştirmek ve böylece söz konusu ihlalden sakınmasını sağlamak gibi bir caydırıcılık işlevi¹¹ görerek gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.¹²

Bu çerçevede, rekabet hukuku alanında uygulanan yaptırımların, iki temel amacının bulunduğu söylenebilir: (i) rekabet hukuku kurallarının ihlal edilmesini caydırmak; ve (ii) söz konusu ihlal sebebiyle mağdur olan kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesini sağlamak. Rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarının da geleneksel olarak bu iki amaca hizmet ettiği doktrinde kabul görmektedir.¹³

¹⁰ Ibid. Komninos, bu üç amacın, ideal olarak kamu hukuku ve özel hukuk araçlarını içinde barındıran bir rekabet uygulaması ile gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir.

¹¹ İhtiyati tedbir niteliğindeki yaptırımların da özü itibarıyla caydırıcılık niteliği taşıdığı söylenebilir. Gerçekten de rekabet ihlali oluşturan bir davranışının nihai karar verilmeden önce ihtiyati tedbirlerle engellenmesi ihtimali, muhtemel bir rekabet ihlalcisinin rekabet ihlalden beklediği kazancı azaltacak ve onu söz konusu ihlali işlemekten caydırabilecektir.

¹² WILS, W.P.J. (2003), "Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?", *World Competition*, No:26(3), s.478. Wils, caydırıcılığın sağlanmasının yanı sıra, şirket yöneticilerinin rekabet kurallarına uyma motivasyonlarını yükseltecek şekilde iş çevrelerinde ahlaki bir bilincin yaygınlaştırılmasının ve rekabet hukuku kurallarının yorum ve mahkeme içtihatları yoluyla anlaşılır kılınmasının rekabet ihlallerinin önlenmesinde etkili olabileceğini belirtmiştir.

¹³ LANDES, W.M. ve R.A. POSNER (1979), "Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick", *the University of Chicago Law Review*, No:46, s.605; BREIT, W. ve K.G. ELZINGA (1985), "Private Antitrust Enforcement: The New Learning", *the Journal of Law & Economics*, No:28, s.406; SCHWARTZ, M. ve G.J. WERDEN (1984), "Illinois Brick and the Deterrence of Antitrust Violations- An Economic Analysis", *Hastings Law Journal*, No:35, s.635 vd.; DAVIS, J.P. ve R.H. LANDE (2008), "Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases", *University of San Francisco Law Review*, No:42, s.881 vd.; GAVIL, A.I. (2001), "Federal Judicial Power and the Challenges of Multijurisdictional Direct and Indirect Purchaser Antitrust Litigation", *the George Washington Law Review*, No:69, s.860; KLINGSBERG, D. (1988), "Balancing the Benefits and Detriments of Private Antitrust Enforcement: Deterrence, Antitrust Injury, Standing, and Other Proposed Solutions", *Cardozo Law Review*, No:9 s.1220; BENSTON, G.J. (1986), "Indirect Purchasers' Standing to Claim Damages in Price Fixing Antitrust Actions: A Benefit/Cost Analysis of Proposals to Change the Illinois Brick Rule", *Antitrust Law Journal*, No:55, s.216 vd.; MEHRA, S.K. (2002), "Deterrence: The Private Remedy and International Antitrust Cases", *Columbia Journal of Transnational Law*, No:40, s.280; HOSEINIAN, F. (2005), "Passing-on Damages and Community Antitrust Policy- An Economic Background", *World Competition*, No:28(1), s.6 vd.; ŞAHBAZ, A.U. (2008), *ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:88, Ankara, s.4.

Potansiyel rekabet ihlallerinin caydırılması amacının, esas itibariyle kamu hukuku kaynaklı yaptırımlar yolu ile sağlanması hedeflenmektedir.¹⁴ Wils, bu tür yaptırımların; daha etkili soruşturma ve yaptırım gücüne sahip olması, kamu yararı uyarınca hareket etmesi ve son olarak daha az masraflı olması sebebiyle, caydırma amacının sağlanması açısından özel hukuk yaptırımlarına oranla daha elverişli olduğunu savunmuştur.¹⁵ Caydırıcılığın sağlanmasındaki esas rolün kamu hukuku yaptırımlarında olduğu doğru olmakla birlikte, tazminat davalarının bu kapsamda tamamlayıcı işlev gördüğü kabul edilmelidir.¹⁶ Tazminat davaları¹⁷, genel olarak özel hukuk kişilerinin rekabet ihlallerini tespit etme motivasyonlarını arttırarak ihlalin tespit edilmesi olasılığını yükseltme ve rekabet ihlalinin maliyetini arttırarak muhtemel ihlalcilerin söz konusu ihlalden bekledikleri geliri düşürme yoluyla caydırıcılık sağlayabilir. Bu çerçevede, tazminat davalarının caydırıcılık gücü, muhtemel davacıların rekabet ihlalinin tespit etme ve dava açabilme ihtimaline ve muhtemel tazminatın tutarına bağlı olacaktır.¹⁸

Rekabet ihlalinin mağdurlarının uğradığı zararların tazmin edilmesi amacı açısından ise¹⁹, başlıca araç tazminat davaları olacaktır. İhlali gerçekleştiren teşebbüslere verilen idari para cezalarının, kamu yararına kullanılması sonucu kısıtlı da olsa bir tazmin etme fonksiyonu gördüğü söylenebilir. Ancak, bu fonksiyon, daha çok rekabet ihlalinin yarattığı sosyal

¹⁴ Kamu hukuku kaynaklı yaptırımlar, idari para cezaları, meslekten men veya hapis cezası olabilir. Hapis cezası, ABD’de uygulanan bir yaptırım türüdür. İdari para cezası, Türkiye ve AB’yi de kapsayan daha geniş bir uygulama alanına sahiptir.

¹⁵ Wils 2003, s.480 vd.

¹⁶ Gavil 2001, s.860; Klingsberg 1988, s.1220.

¹⁷ Rekabet hukuku kurallarının özel hukuk alanında, kalkan (*shield*) ya da kılıç (*sword*) olarak iki farklı şekilde kullanılabilmesi kabul edilmektedir (Komninos 2008, s.2; JACOBS, F.G. ve T. DEISENHOFER (2003), “Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective”, C.D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* içinde, s.189 vd.). Buna göre, tazminat davalarında, ihlal sebebiyle zarara uğrayan kişiler, rekabet hukuku kurallarını *kılıç* olarak yani ihlalcilerden bir tazminat talebinde bulunmak için kullanmaktadır. Rekabet hukuku kuralları, sözleşmesel bir borcun yerine getirilmemesi sebebiyle açılan bir davada, davalı tarafından sözleşmenin geçersizliğini ileri sürülmesini sağlayarak *kalkan* olarak da kullanılabilir. Bu ikinci halin, tazminat davaları düzeyinde caydırıcılık amacına hizmet ettiğini söylemek zordur. Bununla beraber, rekabet ihlali oluşturan bir hükme dayanarak bir talepte bulunulması halinde geçersizlik iddiasıyla karşılaşma ihtimali, söz konusu ihlalin işlenmesi konusunda caydırıcı bir etkide bulunabilir.

¹⁸ Schwarz ve Werden 1984, s.640 vd.; JOYCE, J.M. ve R.H. MCGUCKIN (1986), “Assignment of Rights to Sue Under Illinois Brick: An Empirical Assessment”, *Antitrust Bulletin*, No:31, s.238.

¹⁹ Davis ve Lande, rekabet hukuku yaptırımlarının, tazmin etme amacını tamamlayıcı olarak ihlalin mağdurlarından önemli derecede pazar gücü olan firmalara refah aktarımını önlemeyi de hedeflediğini belirtmiştir (Davis ve Lande 2008, s.882).

zararların giderilmesine yöneliktir. Kamu hukuku yaptırımlarının, rekabet ihlali sonucu malvarlıklarında hukuka aykırı bir şekilde eksilme yaşayan mağdurların bu zararlarını gidermeye doğrudan hizmet ettiğini söylemek ise güçtür. Bu bağlamda, tazmin etme amacının elde edilmesi, rekabet ihlali sebebiyle gerçekten zarar gören kişilerin tazminat davası açarak uğradıkları zararların tamamını başarıyla telafi etmelerine bağlıdır.

Wils, amaç ister caydırıcılık isterse de tazmin etme olsun, bu amaçların elde edilmesinin iki türlü maliyeti olacağını ileri sürmüştür.²⁰ İlk olarak, uygulanan yaptırımdaki hata veya hata riski, hukuka uygun ve ekonomik olarak da arzu edilen eylemlerin yapılmasını caydırabilir veya hatalı tazminat, adaletsizlik yaratabilir. İkinci olarak ise, caydırıcılık ve tazmin etme amaçlarının yürütülmesi, kamu ve bireyler tarafından katlanılacak bir idari maliyet yaratabilir. Yazar, bu maliyetlerin başlıca iki yansımasının olacağını ifade etmiştir.²¹ Öncelikle, caydırıcılık ve tazmin etme amaçlarının her birinin hangi oranda bu maliyetlerin katlanılmasına değeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Bu sorunun cevabı, maliyetin yüksekliğine ve toplumun söz konusu rekabet ihlalinin önlenmesine ve tazminat yoluyla adaletin sağlanmasına verdiği değere göre değişecektir. İkinci olarak, amaçlanan caydırıcılığın veya adaletin sağlanmasının düzeyi ne olursa olsun, bunun mümkün olan en düşük maliyetle nasıl gerçekleştirilebileceğinin saptanması gerekecektir.

Wils'in rekabet hukuku alanında uygulanan yaptırımların geneline ilişkin yaptığı bu tespitin, tazminat davalarında *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının uygulanmasına ilişkin bir politika oluştururken de dikkate alınması gereklidir. Bu kapsamda, söz konusu politikanın, hangi oranda tazmin etme ve caydırma amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik olduğunun ve bunun sağlanmasında ne derece etkili olacağını belirlenmesi zorunludur.²²

²⁰ Wils 2003, s.479.

²¹ Ibid. s.479 vd.

²² Benzer şekilde, Cengiz, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin politikanın, rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasının diğer sahalarında olduğu gibi hakkaniyet (*fairness*), etkililik (*effectiveness*) ve etkinlik (*efficiency*) olmak üzere üç ilke ışığında belirleneceğini ifade etmiştir. Burada hakkaniyet ilkesi, rekabet ihlali sebebiyle zarar gören herkesin tazminat talep edebilmesini öngörmektedir. Etkililik ilkesi ise, tazminat davalarının mümkün olduğunca caydırıcılık sağlamasını amaçlamaktadır. Son olarak, etkinlik ilkesi ise, düşük idari ve yargısal masraf ile etkin bir yargısal işleyişin temin edilmesini ön plana çıkarmaktadır. Yazar, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin politika belirlenirken, bu üç ilke arasında önlenemez bağlantılar ve çatışmalar olacağını belirtmiştir (CENGİZ, F. (2007), "Passing-on Defense and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: What can the EC Learn from the US", ESRC Centre for Competition Policy, UEA, CCP Working Paper 07-21, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1462234, Erişim Tarihi: 01.03.2011, s.8).

Özellikle tazmin etme amacı ile caydırma amacının çatışması durumunda, bu amaçların ikisinden birine öncelik verme durumu ortaya çıkabilir. Landes ve Posner, bu iki amaç çatıştığında, rekabet hukukunun genel ruhunun caydırıcılık amacına öncelik verilmesini gerektirdiğini ileri sürmüştür.²³ Yazarlara göre, rekabet ihlalleri engellendiği oranda tazminat talebinin istenebileceği durumların sayısı da azalacaktır. Ancak, bunun tersi doğru değildir. İhlalin mağdurlarının hukuka aykırı fiyat artışından dolayı uğradıkları zararlar tümüyle tazmin edilse dahi, ihlalin yarattığı sosyal zararlar varlığını sürdürecektir. Bu sebeple, yazarlar, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin belirlenecek yaklaşımın, caydırıcılığa hizmet ettiği ölçüde kabul edilebilir olduğunu savunmuştur.²⁴ Bununla beraber, tazminat amacına öncelik verilmesini savunan yazarlar da mevcuttur.²⁵

Tazminat davalarının öncelikli amacının ne olduğu konusunda ABD federal uygulaması ile AB uygulamasının yaklaşımı, söz konusu hukuk sistemlerine aşağıda tahsis edilmiş bölümlerde ayrıca ele alınacaktır. Aynı şekilde, bu konudaki Türk hukukunun yaklaşımı, haksız fiile ilişkin amaçsal yaklaşım da dikkate alınarak bu makalenin son bölümünde ayrıntılı bir analiz çerçevesinde sunulacaktır.

2. *PASSING-ON* SAVUNMASI VE DOLAYLI ALICI KURALI KAVRAMLARI

Makalenin giriş kısmında da belirtildiği üzere, rekabet ihlali sebebiyle hukuka aykırı olarak fiyat artışına maruz kalan ilk alıcılar, bu fiyat artışına katlanmak yerine bu artışı kendi ürünlerinin alıcılarına yansıtabilirler. Böyle bir yansıtmanın söz konusu olması halinde, davalı konumundaki ihlalci teşebbüsler, fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtmaları sebebiyle davacı konumundaki doğrudan alıcıların gerçekte bir zarara uğramadığını iddia edebilir. İşte rekabet ihlalleri nedeniyle açılan tazminat davalarında davalılar tarafından ileri sürülen bu savunma, İngilizce kaynaklarda Türkçeye “yansıtma savunması” olarak çevrilebilecek olan “*passing-on defence*” terimi ile ifade edilmektedir. Bu makale kapsamında, söz konusu savunma, Türkiye’de aşına olunduğu üzere “*passing-on* savunması” olarak adlandırılacaktır.

Doğrudan alıcıların hukuka aykırı fiyat artışını kendi ürünlerinin fiyatına yansıtmaları halinde, dolaylı alıcılar söz konusu ürünleri normalde ödemeleri gereken fiyattan daha yüksek bir fiyat karşılığında satın alacaktır. Bu dolaylı alıcılar, fiyat artışının kendilerine yansıtıldığını iddia ederek rekabeti

²³ Landes ve Posner 1979, s.605. Ayrıca bkz. Schwartz ve Werden 1984, s.638; Benston 1986, s.233.

²⁴ Landes ve Posner 1979, s.605.

²⁵ Bkz. Davis ve Lande 2008, s.881 vd.

ihlal eden teşebbüslere karşı tazminat talebinde bulunmak isteyebilir. Bu şekilde, fiyat artışına maruz kaldıkları oranda dolaylı alıcılara tazminat davası açma imkânının tanınması, mevcut makale çerçevesinde “dolaylı alıcı kuralı” (*indirect purchaser rule* ya da *indirect purchaser standing*) olarak ifade edilecektir.²⁶

Passing-on savunmasının ve dolaylı alıcı kuralının uygulanmasının söz konusu olabilmesi için, ihlali gerçekleştiren teşebbüsten tekeli fiyatlandırmaya maruz kalmış bir ürün alımının mevcut olması gereklidir. Bu çerçevede, mal sunumunun reddi veya yıkıcı fiyatlandırma gibi dışlayıcı nitelikteki rekabet ihlallerine ilişkin olarak açılacak tazminat davalarında, bu hususlar tartışma konusu olmayacaktır. Zira bu gibi hallerde, ihlal sebebiyle mağdur olmuş kimselerin uğradıkları zararları kendi müşterilerine yansıtması söz konusu olmamaktadır.

Passing-on savunmasının ve dolaylı alıcı kuralının uygulama alanı değerlendirilirken, bu kavramların rekabet kurallarını ihlal eden davranış sonucu fiyatlarda gerçekleşen hukuka aykırı artışa ilişkin olduğu da unutulmamalıdır. Doğrudan alıcılar, hukuka aykırı olarak meydana gelen fiyat artışının dışında bir kar kaybına maruz kalarak da zarara uğrayabilirler. Bu durum, esas olarak fiyat artışının dolaylı alıcılara yansıtılması sonucu satışlarda bir düşüş meydana gelmesi halinde söz konusu olacaktır. Öncelikle, dolaylı alıcı kuralının kabul edilmesi halinde dahi, dolaylı alıcıların bu kar kaybının kendilerine yansıtıldığı iddiasında bulunması, işin doğası gereği mümkün olmayacaktır.²⁷ Bunun yanında, davalı tarafından ileri sürülen *passing-on* savunmasının kabul edilmesi, doğrudan alıcının kar kaybı sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteyemeyeceği anlamına gelmeyecektir.

AB Komisyonu, doğrudan alıcıların söz konusu kar kaybına karşı tazminat hakkının olması gerektiğini açıkça kabul etmiştir.²⁸ ABD’de ise bu konuda bir açıklık mevcut değildir. Pollock, *passing-on* savunmasının kabulü halinde doğrudan alıcının dava açma hakkının ortadan kalkacağını belirtmiştir.²⁹

²⁶ ABD Yüksek Mahkemesi, *Illinois Brick* kararında, dolaylı alıcı kuralını *passing-on* doktrininin iddia (*offensive*) amaçlı kullanılması olarak da tanımlamaktadır.

²⁷ Doğrudan alıcılar, söz konusu kaybı kendi alıcılarına yansıtabilme kabiliyetine sahip olsalardı, daha baştan fiyat artışını bu türlü bir kar kaybına uğramadan alıcılarına yansıtmış olurlardı. Bu sebeple, söz konusu kar kaybının kendisi, doğrudan alıcının böyle bir gücünün olmadığını göstermektedir.

²⁸ BEYAZ KİTAP ÇALIŞMA RAPORU, European Commission (2008), Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels, s.62.

²⁹ POLLOCK, E.E. (1966), “Standing to Sue, Remoteness of Injury, and the Passing-on Doctrine”, *Antitrust Law Journal*, No:32, s.21.

Bu bakış açısından, ABD’de *passing-on* savunmasının kabulü halinde dolaylı alıcıların kar kaybı sebebiyle tazminat davası açamayacağını kabul edildiği söylenebilir. Ne var ki, *Illinois Brick* kararında Yüksek Mahkeme, fiyat artışını kendi alıcılarına yansıtan doğrudan alıcıların satışlarında meydana gelen düşüş sonucu uğradığı kar kaybının tazminini talep etmesi olasılığına değinmiştir.³⁰ Hovenkamp da Yüksek Mahkeme’nin *Illinois Brick* kuralının tek istisnası olarak öngördüğü “masraf -artı” (*cost-plus*) sözleşmeleri açısından, fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtan doğrudan alıcının satıştaki azalma sebebiyle uğrayacağı kar kaybının tazminini talep edebilmesi gerektiğini belirtmiştir.³¹

Sonuç olarak, bu makalenin ilerideki bölümlerinde yapılacak açıklamalarda *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı, sadece satın alınan ürünün fiyatında meydana gelen hukuka aykırı artışa ilişkin olarak ele alınacaktır. Ancak, doğaldır ki, *passing-on* savunmasının kabulü halinde doğrudan alıcıların uğradıkları kar kaybının tazminini talep edebilmesi olasılığı, yapılacak değerlendirmelerde dikkate alınacaktır.

3. ABD UYGULAMASINDA *PASSING-ON* SAVUNMASI VE DOLAYLI ALICI KURALI

3.1. Genel Olarak

ABD’de, rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açma hakkı, *Clayton Kanunu*³² m.4(a)’da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, rekabet kanunlarınca yasaklanmış herhangi bir davranış sonucu işinde veya malvarlığında bir zarara uğrayan kişiler³³, ABD mahkemelerinde bu zararları nedeniyle tazminat davası açabilecektir. Bu hüküm uyarınca tazminata hak kazanabilmek için davacının; (i) rekabet ihlalinin varlığı, (ii) işinde veya malvarlığında meydana gelen zararın miktarı ve (iii) ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağı olmak üzere üç hususu ispat etmesi gerekmektedir.³⁴

Ancak, söz konusu hüküm, dolaylı alıcıların da bu üç hususu ispat etmeleri halinde tazminat davası açıp açamayacaklarına ilişkin bir kesinlik taşımamaktadır. Aynı durum, *passing-on* savunması açısından da söz

³⁰ *Illinois Brick* kararı, s.733 dn.13

³¹ HOVENKAMP, H. (1990), “The Indirect-Purchaser Rule and Cost-plus Sales”, *Harvard Law Review*, No:103, s.1723 vd. Ayrıca bkz. HERZOG, D.K. (1980), “Recent Developments-A Door in the Illinois Brick Wall- A Functional Equivalent to the Cost-Plus Contract Exception”, *Vanderbilt Law Review*, No:33, s.492 vd.

³² Clayton Act, October 15, 1914, ch. 323, 38 Stat. 730, codified at 15 U.S.C. 12–27, 29 U.S.C. 52-53.

³³ “... any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws...”

³⁴ Pollock 1966, s.6.

konusudur. Bu nedendir ki, ABD federal hukukunun *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin yaklaşımı, genel olarak mahkeme kararları ile belirlenmiştir. Bu bağlamda, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararları, konuya ilişkin federal hukukun genel yaklaşımını oluşturmuştur. Bu bölümde, öncelikle söz konusu kararlar detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Sonrasında ise, ABD doktrininde *Illinois Brick* kararı sonrası ortaya çıkan tartışmalara yer verilecektir. Bazı eyaletler, *Illinois Brick* kararının aksine dolaylı alıcılara dava açma hakkı vererek federal hukuktan ayrılmıştır. Bunun sonucu olarak ortaya çıkan karmaşa, Yüksek Mahkeme'nin bu konuda vermiş olduğu *ARC America* kararı³⁵ da dikkate alınarak incelenecektir. Son olarak ise, bu karmaşayı çözmeye yönelik Antitröst Modernizasyonu Komisyonu³⁶ (*Antitrust Modernization Commission*) ("AMK") çalışmaları değerlendirilecektir.

3.2. Hanover Shoe Kararı

Hanover Shoe kararı, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *passing-on* savunması konusundaki temel içtihadı niteliğindedir. Söz konusu karar, monopolizasyonun yasaklandığı *Sherman Kanunu*³⁷ m.2'nin ihlaline karşı açılmış bir tazminat davasına ilişkindir. Ayakkabı üretiminde kullanılan makinelerin üretimini ve dağıtımını gerçekleştiren *United Shoe Machinery* ("*United*"), bazı makinelerini ayakkabı üreticisi olan müşterilerine satmayı reddederek kiralama yolunu seçmiştir. Bunun üzerine, söz konusu ayakkabı üreticilerinden biri olan *Hanover Shoe*, *United*'in bu davranışının *Sherman Kanunu* m.2'nin ihlali niteliğinde olduğunu iddia etmiş ve bu ihlal nedeniyle uğramış olduğu zararın üç katı tutarında bir tazminat talebinde bulunmuştur.³⁸ *United*, *Hanover Shoe*'nun makinelerin kiralanması sebebiyle uğradığı zararı kendi müşterilerine yansıttığını, dolayısıyla da bir zarara uğramadığını iddia etmiştir.³⁹ Yüksek Mahkeme, *United*'in söz konusu *passing-on* savunmasını reddeden alt derece mahkemesi kararını onamıştır.

Söz konusu kararında Yüksek Mahkeme, bir alıcının kendi işinde kullanacağı ürünlerin satın alımı için ödediği ücretin hukuka aykırı olarak yüksek olduğunu ve fazladan ödenen kısmın miktarını kanıtladığı durumlarda,

³⁵ *California v. ARC American Corporation*, 490 US. 93 (1989) ("*ARC America* kararı").

³⁶ Antitrust Modernization Commission Act of 2002, Pub. L. No. 107-273, §§ 11051-60, 116 Stat. 1856.

³⁷ Sherman Act, July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, codified as amended at 15 U.S.C. 1-7.

³⁸ *Hanover Shoe*, *United*'a ödediği kira ücreti ile makineleri satın almış olsaydı söz konusu zaman dilimi açısından ödemiş olacağı ücret arasındaki farkı uğradığı zarar olarak göstermiştir.

³⁹ *United*, eğer makineleri daha düşük fiyata almış olsaydı *Hanover Shoe*'nun kendi ürünlerini daha düşük fiyata satacağını ve makineleri kiralayarak elde ettiği kardan daha fazla bir kar etmeyeceğini ileri sürmüştür.

bu alıcının zarara uğradığının karine olarak kabul edileceğine hükmetmiştir.⁴⁰ Bu çerçevede, alıcının hukuka aykırı fiyat artışına karşı üretimi arttırarak veya diğer giderleri kısararak kendi satış fiyatını aynı seviyede tutması, onun zararının tazmini talebine hanel getirmeyecektir.⁴¹ Yüksek Mahkeme, alıcının, kendi ürünlerinin satış fiyatını arttırdığı durumda dahi, aynı şekilde tazminat hakkına sahip olmaya devam edeceğini kabul etmiştir. Buna göre, satıcı hukuka aykırı fiyatla satış yaptığı sürece, alıcıdan hukukun izin verdiğinden daha çok alacak ve alıcı hangi fiyatla satış yaparsa yapsın satıcıya hukuka aykırı şekilde yüksek ödeme yapmaya devam edecektir. Bu şekilde alıcı, alış fiyatının düşük olması halinde elde edeceği kardan yoksun kalacaktır.⁴²

Yüksek Mahkeme, *passing-on* savunmasının, doğrudan alıcının ürün fiyatındaki yükselişin önceki hukuka aykırı fiyat artışından kaynaklandığını gösterir ekonomik koşulların varlığı halinde tartışılabilirliğini savunmuştur. Mahkeme'ye göre, bu tür bir ekonomik ortamın oluşabilmesi için, söz konusu fiyat artışının alıcının bütün rakiplerine eşit oranda uygulanması ve alıcının ürününe ilişkin talebin alıcı ve onun rakiplerinin herhangi bir satış kaybına uğramadan fiyatlarını arttırabileceği şekilde elastikiyetten yoksun olması gereklidir. Ancak bu halde, alıcının söz konusu fiyat artışından dolayı bir kayba uğramadığı iddia edilebilir.⁴³

Ne var ki, Mahkeme, ekonomik teoriler çerçevesinde kabul edilebilir gibi gözüken bu iddianın, gerçek yaşamın koşulları dikkate alındığında onaylanamayacağına hükmetmiştir. Öncelikle, bir firmanın fiyat politikası çok çeşitli etmenlerden etkilenebildiği için, normalde tek bir etmene ilişkin değişikliğin etkisinin saptanması mümkün değildir.⁴⁴ Bunun yanında, fiyat

⁴⁰ *Hanover Shoe* kararı, s.489.

⁴¹ *Ibid.* Mahkeme, bu durumda her ne kadar alıcı önceki kar oranını koruyabilse de makineleri daha düşük fiyata alsaydı daha fazla kar edeceği gerekçesiyle, söz konusu alıcının zarara uğradığını kabul etmiştir.

⁴² Mahkeme, bu görüşünü, aşırı ödenen tutarın müşterilerden telafi etme olasılığının zararın hesaplanmasında dikkate alınmadığı önceki kararları ile desteklemiştir (*Ibid.* s.489 vd.). Buna karşılık *United, passing-on* savunmasının kabul gördüğünü iddia ettiği Yüksek Mahkeme'nin *Keogh v. Chicago & N.W. Ry.* (260 U.S. 156, 43 S.Ct. 47, 67 L.ED. 183) kararını kendi savunmasında dayanak olarak ileri sürmüştür. Söz konusu davada, ürünlerini demiryolu ile taşıyan davacı, demiryolu firmalarının navlun fiyatlarına ilişkin bir kartel oluşturduklarını iddia ederek uğradığı zararın tazminini istemiştir. Bu davaya ilişkin kararında Yüksek Mahkeme, davacının zarar iddiasının spekülâtif olduğunu, navlun ücretleri daha düşük olsaydı davacının bundan yararlanacağını söylemeyeceğini, son kullanıcıların düşük fiyattan asıl yararlanan grup olabileceğini belirtmiş ve davayı reddetmiştir. *Hanover Shoe* kararında Yüksek Mahkeme, söz konusu kararın zararın ispatının imkânsızlığı ile ilgili olduğunu belirterek, bu davayı dayanak olarak almayı reddetmiştir (*Ibid.* s.490 dn.8).

⁴³ *Ibid.* s.492.

⁴⁴ *Ibid.* s.493.

artışına karşılık olarak alıcı kendi ürünlerinin fiyatını söz konusu artış oranında arttırsa dahi, fiyat artışının yokluğunda alıcının kendi ürünlerinin fiyatını arttırmayacağını veya fiyat düştükten sonra dahi ürünlerini yüksek fiyattan satmayacağını ispatı oldukça zor olacaktır.⁴⁵

Yüksek Mahkeme, bir kere *passing-on* savunmasına izin verilmesi halinde, bu imkânın ihlali gerçekleştiren teşebbüslerce sıklıkla kullanılacağını, dolayısıyla da anlaşılması zor ekonomik figürlerin dâhil olmasıyla tazminat davalarının uzayıp başa çıkılmaz derecede karmaşıklaşacağını savunmuştur.⁴⁶

Mahkeme, *passing-on* savunmasının kabulü sebebiyle doğrudan alıcıların tazminat davası açma haklarının ellerinden alınmasının bu davaların caydırıcılık fonksiyonuna etkisini de incelemiştir. Mahkeme'ye göre, *passing-on* savunmasına izin verilmesi halinde, çoğu durumda sadece son alıcılar tazminat davası açma hakkına sahip olacak; ancak, zararı çok sınırlı olan bu alıcıların gerçek hayatta dava açma olasılıkları oldukça düşük olacaktır. Mahkeme, bu halde rekabeti ihlal ederek hukuka aykırı fayda elde eden teşebbüslere karşı dava açabilecek kimsenin kalmayacağını ve dolayısıyla tazminat davalarının etkililiğinin önemli ölçüde azalacağını ifade etmiştir.⁴⁷

Yüksek Mahkeme, bu belirlemeleri çerçevesinde, *passing-on* savunmasına izin verilemeyeceğine hükmetmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme, bir istisnai durumda bu savunmanın kabul edilmesinin mümkün olacağını öngörmüştür. Bu istisna, fiyat artışına maruz kalan doğrudan alıcı ile dolaylı alıcı arasında hâlihazırda bir "masraf-artı" sözleşmesi bulunmasıdır. Mahkeme, böyle bir sözleşmenin varlığı halinde, doğrudan alıcının bir zarara uğramadığının kanıtlanmasının kolaylaşacağını ve *passing-on* savunmasının kabul edilebileceğini ifade etmiştir.⁴⁸

3.3. Illinois Brick Kararı

Hanover Shoe kararından dokuz yıl sonra Yüksek Mahkeme, *Illinois Brick* kararında bu sefer dolaylı alıcı kuralına ilişkin yaklaşımını ortaya koymuştur. *Illinois Brick* kararının konusunu, dolaylı alıcı konumundaki Illinois Hükümeti ve 700 yerel devlet kuruluşu tarafından bir fiyat karteli kuran blok beton üreticilerine karşı açılmış tazminat davası oluşturmaktadır. Söz konusu davacı

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid. s.494.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

kuruluşlar, iki dağıtım aşamasını geçtikten sonra blok beton ürünlerinin dolaylı alıcısı konumuna gelmektedir.⁴⁹

Blok beton üreticileri, savunmalarında esas olarak *Hanover Shoe* kararına dayanarak sadece doğrudan alıcıların fiyat artışına ilişkin tazminat isteyebileceğini, bu sebeple dolaylı alıcıların tazminat talebinde bulunamayacağını iddia etmiştir. Bu iddiaya ilişkin olarak Yüksek Mahkeme, öncelikle *Hanover Shoe* kararında *passing-on* savunması için oluşturduğu yaklaşımın dolaylı alıcı kuralı açısından uygulanabilirliğini incelemiştir. Bu bağlamda Mahkeme, *passing-on* doktrininin simetrik bir biçimde iki taraflı uygulanmasının kabulünün gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, *Hanover Shoe* kararında kabul edildiği üzere *passing-on* doktrini rekabet ihlalini gerçekleştiren kişi tarafından doğrudan alıcılara karşı savunma amaçlı kullanılmıyorsa, dolaylı alıcılar tarafından ihlali gerçekleştiren kişilere karşı iddia amaçlı olarak da kullanılamamalıdır.⁵⁰

Mahkeme, *passing-on* doktrininin bu şekilde simetrik uygulanmasının öncelikli gerekçesi olarak söz konusu doktrinin iddia amaçlı kullanımı halinde davalı açısından aynı ihlal için birden fazla kez tazminat ödeme riskinin ortaya çıkmasını göstermiştir.⁵¹ *Passing-on* savunmasının reddedilip dolaylı alıcı kuralının kabulü halinde, doğrudan ve dolaylı alıcıların her ikisi de diğeri hukuka aykırı fiyat artışına ilişkin bir tazminat almış olsa dahi, aynı fiyat artışı için tazminat talep edebilecektir.⁵² Buna ek olarak Mahkeme, *Hanover Shoe* kararında gerçek hayatta teşebbüslerin fiyat ve üretim miktarına ilişkin kararlarının analizinin yarattığı belirsizlikler ve zorluklar hakkındaki belirlemelerin, dolaylı alıcı kuralının kabulü halinde de aynı derecede geçerli olacağını ileri sürmüştür.⁵³

⁴⁹ Buna göre, davalı blok beton üreticileri, ürettikleri blok betonları ilk elden duvar müteahhitlerine satmaktadır. Bu müteahhitler ise, bu blokları kullanarak duvar yapıları üretip bunları bütün inşaat projesinin yapımını üstlenen genel müteahhitlere satmaktadır. Davacı devlet kuruluşları, işte bu genel müteahhitlerin müşterisi olarak blok betonların dolaylı alıcısı haline gelmiştir.

⁵⁰ *Illinois Brick* kararı, s.720 ve 730. Yüksek Mahkeme, *Hanover Shoe* kararının tazminat davalarının rekabet ihlalcisinin haksız kazanç elde etmesini önlemeyi amaçlayan bir politikaya dayandığı ve bu sebeple, *passing-on* kuralının davalıya karşı kullanılmasına izin veren bir politikanın bu çerçevede uyumlu olacağı iddiasına da değinmiştir. Mahkeme, *Hanover Shoe* kararının hukuka aykırı fiyat artışına karşı bundan etkilenen herkesin değil sadece doğrudan alıcıların tazminat davası açabileceği bir sistemde rekabet hukuku kuralının daha etkili bir biçimde uygulanacağını kabul ettiğini belirterek söz konusu iddiayı reddetmiştir (Ibid. s.733 vd.).

⁵¹ Ibid.

⁵² Mahkeme, çoğu durumda potansiyel davacıların kim olduğunun bilinmemesinin, bu tür davaların birleşme olasılığını zorlaştırdığını ifade etmiştir (Ibid. s.730).

⁵³ Ibid. s.721 ve 731 vd.

Yüksek Mahkeme, bu gerekçelerle, *Hanover Shoe* kararı kaldırılmadığı veya sınırlandırılmadığı sürece mevcut davada dolaylı alıcıların tazminat talep etmesinin mümkün olmayacağına hükmetmiştir.⁵⁴ Bu kapsamda Mahkeme, ikinci olarak *Hanover Shoe* kararında oluşturulan yaklaşımın doğruluğunu analiz etmiştir. Mahkeme, bu analizinde genel olarak tazminat davalarının caydırıcılık fonksiyonu çerçevesinde hareket etmiş ve sonuç olarak *Hanover Shoe* kararının devam ettirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme, bu sonuca varırken *passing-on* doktrininin kabulünün tazminat davalarını karmaşık hale getirerek bu davaların caydırıcılık açısından sahip olduğu etkililiğe zarar vereceğini düşünmüştür. Öncelikle bu halde, doğrudan alıcıları, ara teşebbüsleri (*middlemen*) ve son alıcıları da içerecek şekilde söz konusu rekabet ihlalden etkilenmiş herkesin fiyat artışına katlandığı oranda tazminat talep etmesi söz konusu olacaktır. Mahkeme, davaların birleştirilmesi sonucu birden fazla dava açılması ve sorumluluk problemleri büyük ölçüde halledilse dahi, söz konusu tazminat davalarının, tüketiciler dâhil dağıtım zincirinin değişik düzeylerindeki alıcıların taraf olduğu muazzam davalara dönüşeceğine dikkat çekmiştir.⁵⁵

Mahkeme, taraf sayısının artmasının sonucu olan bu karmaşıklığın yanında, *passing-on* doktrini uyarınca hukuka aykırı fiyat artışının sonraki alıcılara yansıtıldığına ilişkin ekonomik formüllerin gerçek yaşamda kullanılmasının yaratacağı kanıtsal zorluklara da değinmiştir. Buna göre, doğrudan alıcının ürün pazarında mükemmel bir rekabet söz konusuysa; fiyat artışı doğrudan alıcının bütün rakiplerine eşit derecede uygulanmışsa; ve doğrudan alıcı kârını maksimize etmişse, bu halde doğrudan alıcı ve dolaylı alıcıların fiyat artışından etkilenme oranı, doğrudan alıcının ürün pazarındaki arz talep elastikiyetinin oranına eşit olacaktır. Mahkeme, bütün bu faraziyeler kabul edilse dahi geriye ilgili pazarın elastikiyetini belirleme gibi önemli bir problemin kalacağını ve bilirkişiler tarafından yapılacak elastikiyet çalışmalarının bu problemi çözeceğini düşünmenin gerçekçi olmayacağını ifade etmiştir.⁵⁶ Buna ek olarak Mahkeme, *Hanover Shoe* kararında belirttiği gibi, fiyat artışına maruz kalan doğrudan alıcıların genellikle sorunlu rekabetçi pazarlarda faaliyet gösterdiğini ve fiyat artışına maruz kalmayan diğer alıcılarla rekabet ettiğini ve fiyat politikalarının sadece kar maksimizasyonu ile açıklanamayacağını öne sürmüştür.⁵⁷

⁵⁴ Ibid. s.720.

⁵⁵ Ibid. s.740.

⁵⁶ Ibid. s.741 vd.

⁵⁷ Ibid. s.742 vd.

Yüksek Mahkeme, tazminatın dağıtım zinciri boyunca bölüştürülmesinin tazminat davalarının karmaşıklığını daha da arttırarak dava giderinin artmasına ve buna karşılık, her bir potansiyel davacıya düşen tazminat kısmının azalmasına neden olacağını da ifade etmiştir. Hukuka aykırı fiyat artışının ne kadar olduğunu belirlemenin yarattığı belirsizliğe ek olarak bu fiyat artışının davacılar arasında hangi oranda paylaşıldığına ilişkin belirsizliğin ortaya çıkacağı ve bunun potansiyel davacıların rekabet ihlaline karşı tazminat davası açma motivasyonunu azaltacağı vurgulanmıştır. Mahkeme, bu şekilde rekabet hukuku uygulamasının önemli bir aracı olan tazminat davalarının işlevsiz kalacağını belirtmiştir.⁵⁸

Yüksek mahkeme, genel kuralın *passing-on* doktrininin uygulanmaması yönünde olduğunu belirttiikten sonra, bu genel kurala bazı koşullarda istisna tanınmasını savunan önerileri de incelemiştir. Bu çerçevede, *passing-on* doktrininin satın aldığı ürünleri değiştirmeden yeniden satan ara teşebbüslere uygulanması gerektiği iddiasını değerlendirmiştir.⁵⁹ Mahkeme, bu iddiaya *Hannover Shoe* kararında öngörülen ilkeleri büyük ölçüde erozyona uğratacağı gerekçesiyle karşı çıkmıştır.⁶⁰ Yüksek Mahkeme, *Hannover Shoe* kararındaki yaklaşımını tekrarlayarak *passing-on* doktrininin uygulanmasının kabul edilebileceği tek istisnanın masraf-artı sözleşmeleri olduğunu vurgulamıştır.⁶¹ Mahkeme, bu halde, arz ve talebe ilişkin karmaşık analizler yapmaya gerek kalmadan söz konusu fiyat artışının etkisinin önceden belirleneceğini ifade etmiştir.⁶²

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Alt derece mahkemesi, *passing-on* savunmasının yalnızca satın aldığı ürünü kendi üretiminde girdi olarak kullanan doğrudan alıcılara karşı kullanılmasının engellendiğini, ancak bu savunmanın aldığı ürünü değiştirmeden doğrudan satan ara teşebbüslere karşı ileri sürülebileceğini belirtmiştir (Ibid. s.746 dn.15).

⁶⁰ Ibid. s.743 vd. Schaefer, fiyat artışına maruz kalan ürünün başka bir ürünün üretiminde girdi olarak kullanıldığı durumlarda, söz konusu ürün başka bir ürünle ikame edilemiyorsa ve üretiminde kullanıldığı ürünün toplam üretim maliyeti içerisinde düşük bir yer tutuyorsa, doğrudan alıcının fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtacağını iddia etmiştir (SCHAEFER, E.J. (1975), "Passing-on Theory in Antitrust Treble Damage Actions: An Economic and Legal Analysis", *William and Mary Law Review*, No:16, s.921). Ancak, Mahkeme, bu durumu da *Hannover Shoe* kuralına istisna olarak kabul etmeyi reddetmiştir (*Illinois Brick* kararı, s.743 vd).

⁶¹ *Illinois Brick* kararı, s.735 vd.

⁶² Ibid. *Illinois Brick* kararını takiben bazı alt derece mahkemeleri bu istisnayı uygulamışlardır. Bu mahkemeler, bu istisnanın tanınması için üç şartın varlığını aramışlardır. Bunlar, doğrudan alıcı ile dolaylı alıcılar arasında ihlal öncesinden beri süregelen masraf-artı sözleşmesinin olması; bu sözleşmede doğrudan alıcının masraflara ekleyeceği kar payının ve satışı yapılacak ürünün miktarının belirlenmiş olması; ve tüm hukuka aykırı fiyat artışının sözleşme ile dolaylı alıcıya geçtiğinin gösterilmesidir (Hovenkamp 1990, s.1720; Herzog 1980, s.481 vd.; ABA (1983), "Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law Task Force to Review Proposed Legislation to Repeal or Modify Illinois Brick", *Antitrust Law Journal*, No:52, s.845).

Sonuç olarak Yüksek Mahkeme, tazminat davalarının caydırıcılık amacını dikkate alarak yaptığı bu analizler çerçevesinde, masraf-artı sözleşmeleri dışında *passing-on* doktrininin uygulanamayacağına hükmetmiştir. Bununla beraber Mahkeme, tazminat davalarının amacının rekabet ihlalinin mağdurlarının uğradıkları zararların tazmin edilmesini de içerdiğini kabul etmiştir.⁶³ Ne var ki, Mahkeme, bu tazmin etme amacını zararın dağıtım zincirindeki herkes arasında dağıtılması şeklinde algılamamaktadır. Buna göre, hukuka aykırı fiyat artışının genellikle çoğuna maruz kalan doğrudan alıcının zararları giderildiği ölçüde tazmin etme amacı karşılanmış olacaktır. Mahkeme, *passing-on* kuralının uygulanması sonucu zararı çok küçük olan dolaylı alıcıların tazminat talep etme hakkı olsaydı dahi, bunların yalnızca küçük bir kısmının bu haklarını kullanmak için uğraşacağını belirtmiştir. Mahkeme, son olarak herhangi bir dolaylı alıcı tarafından uğranılan zararın belirlenmesinin zorluğu karşısında, hükmedilen tazminatın gerçek zararı karşıladığı iddiasının güçlü bir dayanağının bulunmayacağını ileri sürmüştür.⁶⁴

Yüksek Mahkeme, söz konusu kararı altıya üç çoğunlukla almıştır. Karara muhalif kalan üç hâkim oldukça kapsamlı bir karşı oy yazısı yazmışlardır. Hâkimler, Mahkeme'nin kararının tazminat davalarının tazmin etme ve caydırma amaçlarının her ikisini de baltaladığını ifade etmiştir. Buna göre, birçok durumda dağıtım zinciri boyunca fiyat artışının bir sonraki zincire geçirilmesi sonucu bir rekabet ihlalden doğan zarara büyük ölçüde son alıcılar maruz kalacaktır. Bir rekabet ihlalden gerçekten zarar gören kesim olan dolaylı alıcılara tazminat talep etme hakkı verilmemesi halinde, tazmin etme amacı sağlanamamış olacaktır. Buna ek olarak hukuka aykırı fiyat artışını kendi alıcılarına yansıtacak olan ara teşebbüs konumundaki doğrudan alıcıların ihlali gerçekleştiren sağlayıcılarına karşı dava açma isteği çok düşük olacağı için, caydırıcılık amacı da sektete uğrayabilecektir.⁶⁵

Karşı oy yazısı, esas olarak kararın *passing-on* savunmasının reddedilmesine ilişkin kısmına karşı olmamakta, bu savunma reddedilirken aynı zamanda dolaylı alıcı kuralına izin verilmesini savunmaktadır. Bu görüş, *Hanover Shoe* kararının dolaylı alıcı kuralını reddetmediği iddiasına dayanmıştır. Hâkimler, *Hanover Shoe* kararında, Mahkeme'nin belli bir zarara

⁶³ *Illinois Brick* kararı, s.746 vd.

⁶⁴ *Illinois Brick* kararının kabul edilen son metninden önceki orijinal taslağında, tazmin etme amacının, caydırıcılık amacının elde edilmesi için feda edildiği belirtilmekteydi. Ancak daha sonra son karar metninde bu ifade yukarıda aktarıldığı şekilde değiştirilmiştir. Mahkeme, burada tazmin etme amacının sağlanmamasına dayanan karşı iddialara maruz kalmamak için böyle bir değişikliğe ihtiyacı duymuş olabilir (GAVIL, A.I. (2005a), "Antitrust Remedy Wars Episode I: Illinois Brick From Inside the Supreme Court", *St. John's Law Review*, No:79, s.609 vd.).

⁶⁵ *Illinois Brick* kararı, s.749.

uğramış doğrudan alıcıya sadece uğradığı zarar oranında mı yoksa uğradığı zarardan fazlası için de mi tazminat isteme yetkisi verilmesi konusunda bir tercih yapmak zorunda kaldığını ifade etmiştir. Mahkeme'nin, tazminat davalarının rekabet ihlallerini caydırma yönündeki amacıyla örtüşecek şekilde birinci seçeneği tercih ettiği belirtilmiştir.⁶⁶ Ancak, Hâkimler, *Hanover Shoe* kararındaki bu seçimin dolaylı alıcıların da kendilerine yansıtılan hukuka aykırı fiyat artışı için tazminat davası açamayacakları şeklinde yorumlanamayacağını iddia etmiştir. Hâkimlere göre, *passing-on* doktrininin savunma ve iddia amaçlı kullanılmasının ayrı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda karşı oy yazısı, *passing-on* doktrininin sadece iddia amaçlı kullanımına izin verilmesinin, tazminat davalarının etkililiğinin sağlanması ve ihlalcilerin haksız kazanç elde etmesinin engellenmesi politikaları ile uyumunu ileri sürmüştür.⁶⁷

Karşı oy yazısında, *Hanover Shoe* kararında belirtildiği gibi bir dağıtım zinciri boyunca fiyat artışının tespit edilmesinin, çoğunlukla muazzam kanıt ve karmaşık ekonomik teoriler içeren uzun ve karmaşık dava süreçlerine yol açacağı kabul edilmiştir. Ancak, bunun bütün rekabet hukuku davalarında görülebileceği belirtilmiştir. Buna göre, dolaylı alıcı tarafından uğranılan zararın tespiti, hukuka aykırı fiyat artışı olmasaydı ara teşebbüsün satış fiyatının ne olacağının tespitinden daha zor olmayacaktır.⁶⁸

Hâkimler, teorik olarak davalının çifte tazminat ödeme ihtimalinin olmasının, somut olayda bu ihtimalin bulunup bulunmadığı incelenmeden bütün dolaylı alıcıların tazminat taleplerinin önüne set çekilmesi için yeterli bir sebep oluşturmadığını da iddia etmiştir.⁶⁹

3.4. Illinois Brick Kararı Sonrası Gelişmeler

3.4.1. Doktrindeki Tartışmalar

Karar sürecinde Yüksek Mahkeme üyeleri arasında ciddi görüş farklılıkları yaratan *Illinois Brick* kararı⁷⁰, uygulama ve doktrinde de önemli tartışmalara yol açmıştır. ABD Barolar Birliği (*American Bar Association*) ("ABA"), *Illinois Brick* kararının hemen ardından, bir çalışma grubu kurarak konuya ilişkin yasal çözüm önerileri getirmeyi hedeflemiştir. Bu çalışma grubu hazırladığı raporda, esas olarak *Illinois Brick* kuralının kaldırılıp kaldırılmaması gerektiği konusunda bir belirleme yapmamakla birlikte, bu kuralın kaldırılması halinde

⁶⁶ Ibid. s.752 vd.

⁶⁷ Ibid. s.753.

⁶⁸ Ibid. s.758 vd.

⁶⁹ Ibid. s.761.

⁷⁰ Kararın verilmesinden bir hafta önce Mahkeme'nin ağırlıklı görüşü dolaylı alıcı kuralına izin vermekte iken, bir haftadaki tartışmalar sonucu tersi yönde karar verilmiştir. Bu sürece ilişkin detaylı bilgi için bkz. Gavil 2005a.

Yüksek Mahkeme tarafından meydana geleceği düşünülen yargısal karışıklığın nasıl giderileceğini çözmeye çalışmıştır.⁷¹ *Illinois Brick* kuralının doğruluğunu incelemeyen ve çoğunluk ile azınlıkta kalanların değişik usuli çözüm önerileri sunduğu bu rapor, mevcut probleminin çözümüne çok büyük bir fayda sağlamamıştır.⁷² ABA, 1983 yılında konuya ilişkin yayınladığı diğer bir raporunda ise, *Illinois Brick* kuralını kaldırmayı öngören federal yasa değişikliği tekliflerini Yüksek Mahkeme'nin dile getirdiği kaygıları ortadan kaldıracak usuli düzenlemeler içermemesi sebebiyle eleştirmiştir.⁷³

ABA'nın bu çalışmaları dışında, doktrinde *Illinois Brick* kararının lehinde ve aleyhinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Harris ve Sullivan, Mahkeme'nin *Illinois Brick* kararı ile oluşturduğu içtihadı ağır bir şekilde eleştirirken⁷⁴, Landes ve Posner'in başını çektiği bir diğer grup bu içtihadın haklılığını savunmuştur.⁷⁵

Landes ve Posner, Yüksek Mahkeme tarafından kararın kendisinde belirtilenlere ek bazı gerekçeler sunarak *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yazarlar öncelikle, tazminat davalarının tazmin etme ve caydırıcılık amaçları arasında bir çatışma olduğu durumlarda, ikincisine öncelik verilmesi gerektiğini savunmuştur.⁷⁶ Caydırıcılık amacının sağlanması açısından ise, tazminat davası açma hakkının dolaylı alıcılara kıyasla rekabet hukuku kurallarının daha etkin uygulayıcısı olan doğrudan alıcılara münhasıran verilmesinin daha doğru bir

⁷¹ COOPER, J.D. ve D.L. FOSTER (1977), "Report of the American Bar Association Antitrust Law Section Task Force on Legislative Alternatives Concerning Illinois Brick, Co., v. Illinois", *Antitrust Law Journal*, No:46, s.1137-1180.

⁷² MURRAY, C.R. ve B.D. RICHMAN (2007), "Rebuilding Illinois Brick: A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule", Duke Law School Research Paper No.155, http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2331&context=faculty_scholarship, Erişim Tarihi: 01.03.2011, s.16 vd.

⁷³ ABA (1983), "Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law Task Force to Review Proposed Legislation to Repeal or Modify Illinois Brick", *Antitrust Law Journal*, No:52, s.841-882.

⁷⁴ HARRIS, R.G. ve L.A. SULLIVAN (1980), "Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, No:128, s.269-360. *Illinois Brick* kararı aleyhindeki diğer görüşler için bkz. Gavil 2005a; Murray ve Richman 2007; COOPER, E.S. ve J.T. PRUD'HOMME (2006), "One More Challenge for the AMC: Repairing the Legacy of Illinois Brick", *University of San Francisco Law Review*, No:40, s.675-702.

⁷⁵ Landes ve Posner 1979; LANDES, W.M. ve R.A. POSNER (1980), "The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan", *University of Pennsylvania Law Review*, No:128, s.1274-1279; Schwartz ve Werden 1984; Benston 1986; Joyce ve McGuckin 1986; SNYDER, E.A. (1985), "Efficient Assignment of Rights to Sue for Antitrust Damages", *Journal of Law & Economics*, No:28, s.469-482.

⁷⁶ Landes ve Posner 1979, s.605.

politika olacağı ifade edilmiştir.⁷⁷ Doğrudan alıcıların, daha etkin rekabet uygulayıcısı olmasının sebebi olarak ihlali gerçekleştiren teşebbüs ile doğrudan ilişki içerisinde olmaları ve bu sebeple dolaylı alıcılara göre rekabet ihlalini fark etme ihtimallerinin daha yüksek olması gösterilmiştir.⁷⁸

Yazarlar, doğrudan alıcıların ürünleri satın aldığı sağlayıcı ile arasında devam eden ilişkinin bozulmasından çekinerek tazminat davası açmaktan vazgeçebileceği iddiasına da karşı çıkmıştır. Buna göre, kar amacı güden hiçbir rasyonel teşebbüs, eşit derecede bir getiri elde etmediği sürece kazanç sağlayacağı bir hukuki hakkı kullanmaktan vazgeçmeyecektir. Bu kazanç, rekabet ihlallerinin maliyetini arttırarak bir caydırıcılık unsuru oluşturacaktır.⁷⁹ Yazarlar, *passing-on* doktrininin kabulü halinde, doğrudan alıcıların beklediği tazminat değeri düşeceğinden, onların ihlale ilişkin olarak hukuki haklarını kullanmaması karşılığında rekabet ihlalcisi tarafından ödenecek tutarın daha az olacağını, bunun da tazminat davalarının caydırıcılığını azaltacağını iddia etmiştir. Yazarlar, buna ek olarak hissedarları tarafından sorumlu tutulma riskinin ve misillemeye karşı da tazminat davası açma olanağının, doğrudan alıcıların dava açma motivasyonlarını yüksek tutacağını savunmuştur.⁸⁰

Yazarlar, ikinci olarak *passing-on* doktrininin davaya dâhil olması halinde, fiyat artışının paylaşılması probleminin ortaya çıkacağını ve tazminat davalarına ilişkin masraf ve belirsizliklerin artacağını iddia etmiştir.⁸¹ Ancak,

⁷⁷ Ibid. s.608.

⁷⁸ Ibid. s.609. Schwartz ve Werden de doğrudan alıcıların kartelleri tespit etmeye yönelik yatırım yapma konusunda daha fazla motivasyona sahip olacağını belirterek söz konusu iddiayı desteklemiştir (Schwartz ve Werden 1984, s.663 vd.). Benston ise, doğrudan alıcıların kartelleri tespit etme konusunda daha üstün olmasının yanı sıra, bu tür alıcıların asılsız tazminat davası açma ihtimalinin dolaylı alıcılara göre daha düşük olduğunu iddia etmiştir (Benston 1986, s.234 vd. ve 241).

⁷⁹ Landes ve Posner 1979, s.613. Ayrıca bkz. Benston 1986, s.236. Bu ihtimal, bazı yazarlar tarafından, kartel oluşturulmasını kolaylaştırabilmesi sebebiyle *Illinois Brick* kuralının olumsuz yönlerinden biri olarak ele alınmıştır (RÜGGEBERG, J., M.P. SCHINKEL ve J. TUINSTRAN (2005), "Illinois Walls: How Barring Indirect Purchaser Suits Facilitates Collusion", Amsterdam Center for Law& Economics Working Paper No. 2005-02, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=730384, Erişim Tarihi: 01.03.2011).

⁸⁰ Landes ve Posner 1979, s.614. Yazarlar, ampirik verilerin her yıl rekabet ihlallerine karşı açılan davaların büyük bir kısmının doğrudan alıcılar tarafından açıldığını gösterdiğini ve bunun, doğrudan alıcıların rekabet ihlalcisi sağlayıcılarına karşı dava açma konusunda çekingen olmadığına işaret ettiğini belirtmiştir. Harris ve Sullivan ise, bu verilerin tazminat davası açmaktan çekinen doğrudan alıcı sayısını göstermediği için güvenilir olmadığını iddia etmiştir (Harris ve Sullivan 1980, s.352 dn.158a).

⁸¹ Landes ve Posner 1979, s.619. Bu kaygı, Schwartz ve Werden tarafından da dile getirilmiştir (Schwartz ve Werden 1984, s.663). Snyder, 1963-1982 yılları arasındaki süreç için yaptığı araştırma sonucunda, *Illinois Brick* ve *Hanover Shoe* kararlarının öngördüğü kuralın, açılan tazminat davasının sayısına etkisinin nötr olduğu sonucuna varmıştır. Yazar, *Illinois Brick* kararının kaldırılması gerektiğini savunanların tazmin etme amacının caydırıcılığı zayıflatmadan

doğrudan ve dolaylı alıcılar eşit derecede etkin uygulayıcı olsalar ve tazminatın paylaşılması gerçekte bir sorun yaratmasa dahi, dava açma hakkının her iki alıcı grubuna da verilmesi halinde, her birinin tazminat talebi nispeten düşük olacağı için tazminat davasının caydırıcılığının azalacağı ifade edilmiştir.⁸²

Landes ve Posner, *Illinois Brick* kararının tazmin etme amacına da hizmet edebileceğini savunmuştur. Buna göre, tazminata ilişkin belirsizliğin kalkması sonucu olası bir tazminat davasında hukuka aykırı fiyat artışının üç katı kadar tazminat kazanabileceğini tahmin eden doğrudan alıcılar, kendi ürünlerini eğer tazminat hakları olmasaydı öngöreceklelerinden daha düşük bir fiyata satma motivasyonuna sahip olacaktır.⁸³ Bu şekilde dolaylı alıcılar, tazminat haklarından vazgeçmeleri karşılığında daha düşük fiyatlarla ürün olarak tazmin edilmektedir. Yazarlar bu sebeple, *Illinois Brick* kuralının kabul edilip edilmemesinin, son alıcıların grup olarak tazminat elde etmeyecekleri ile ilgili değil söz konusu tazminatın şekline ilişkin bir sorun olduğunu ileri sürmüştür. Yazarlar, bazı doğrudan alıcıların söz konusu olası tazminatın miktarını tahmin edemediği veya dikkate almadığı ihtimalde dahi, *Illinois Brick* kararından dönülmesinin rekabet hukukunun uygulamasının tazmin etme amacının elde edilmesi için uygun bir çözüm oluşturmadığını söylemiştir. Bu iddiaya dayanak noktası olarak dolaylı alıcıların dava açmasındaki zorluk gösterilmiştir.⁸⁴

Schwartz ve Werden ise, caydırıcılığı arttırması sebebiyle *Illinois Brick* kararının doğrululuğu konusunda Landes ve Posner'i desteklemekle birlikte, söz konusu kararın tazmin etme amacına aykırı düştüğünü iddia etmiştir. Yazarlar, Landes ve Posner'in doğrudan alıcıların tazminat beklentisiyle daha düşük fiyat öngöreceği savını inandırıcı bulmamıştır. Yazarlara göre, kartelin doğrudan alıcılar tarafından başladıktan sonra tespit edilmesi durumunda, dolaylı alıcılar zaten fiyat artışının kendilerine geçirilmesi sonucu bir miktar zarara uğramış

da sağlanabileceği iddiasına ise iki şekilde cevap verilebileceğini belirtmiştir. Öncelikle, *passing-on* doktrininin uygulanmasının yaratacağı yargısal sorunlar, uygulama maliyetini arttıracaktır. İkinci olarak ise, *passing-on* kuralının uygulanması sonucu, tazminat haklarının kullanılmaması sebebiyle caydırıcılık kaybı olabilir. Bu nedenle, yazar, *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararları çerçevesinde sadece doğrudan alıcılara dava açma hakkı verilmesinin tazminatın doğrudan ve dolaylı alıcılar tarafından bölüşülmesine göre daha etkili olacağını savunmuştur (Snyder 1985, s.482).

⁸² Landes ve Posner 1979, s.614 vd. Snyder, dolaylı alıcıların dava açmasının caydırıcılığı arttırabilmesinin, sadece *Illinois Brick* kararı çerçevesinde doğrudan alıcıların dava açmayacak olması halinde söz konusu olabileceğini ifade etmiştir (Snyder 1985, s.474).

⁸³ Landes ve Posner 1979, s.605.

⁸⁴ Ibid. s.606. Benston da fiyat artışının yansıdığı ispatının zor olması ve *Illinois Brick* kuralının kaldırılması halinde, yargısal masrafların yükselmesi sebebiyle, tüketicilerin hak kazanacakları tazminat miktarının çok küçük olacağını belirterek Landes ve Posner'in görüşüne katılmıştır (Benston 1986, s.220 vd, s.233 ve s.246).

olacaktır. Gerçekte, birçok kartel çöktükten ve fiyatlar düştükten sonra tespit edilebildiğinden, doğrudan alıcılar zaten fiyat artışını yansıtmış olacak ve dolayısıyla dolaylı alıcıların zararlarının tazmin edilmesi mümkün olmayacaktır.⁸⁵ Yazarlar, dolaylı alıcıların bir tazminat beklentisiyle fiyatlarını indirebilecekleri uzun bir süre olsa dahi, gerçekte fiyatların önemli şekilde düşüş göstereceğinin oldukça şüpheli olacağını savunmuştur.⁸⁶

Harris ve Sullivan ise, *Illinois Brick* kararının tazmin etme ve caydırma amaçlarının her ikisine de aykırı olduğunu savunmuştur. Yazarlar öncelikle, hukuka aykırı fiyat artışının hangi oranda dağıtım zincirinin alt seviyelerine yansıtıldığının belirlenmesi zorluğuyla, çoğu durumda Yüksek Mahkeme'nin düşüncesinin aksine bazı yargısal araçların ve faraziyelerin kullanılmasıyla başa çıkılabileceğini iddia etmiştir.⁸⁷ Yazarlar, karmaşık dağıtım zincirlerinde yansımaya son olarak maruz kalan alıcı grubunun tespit edilmesinin çok zor olabileceğini kabul etmektedir. Bu gibi durumlarda, söz konusu incelemenin yansımaya maruz kalan alıcıların bireysel veya grup olarak tespit edilmesinin mümkün olmadığı dağıtım seviyesinde sonlandırılması gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁸ Yazarlar, bu incelemenin ve tazminatın paylaşılması işlemlerinin yargısal maliyetleri arttırabileceğini, ancak bu konuda adil bir çözüm bulunmasının değerinin bu masraflara değeceğini belirtmiştir.⁸⁹

⁸⁵ Yazarlar, bir kartel devam ederken tespit edilse bile, bu tespitten sonra kartel üyelerinin büyük ihtimalle karteli hemen sona erdireceğini, bu durumda da dolaylı alıcıların zararlarının tazmin edilmiş sayılmayacağını ifade etmiştir (Schwartz ve Werden 1984, s.639).

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Harris ve Sullivan 1980, s.338 vd. Hovenkamp, arz talep elastikiyetinin ölçülmesine gerek kalmadan dolaylı alıcıların maruz kaldığı fiyat artışının "kıstas" (*yardstick*) ya da "önce-ve-sonra" (*before-and-after*) metodlarının kullanılarak belirlenebileceğini belirtmiştir (HOVENKAMP, H. (2005), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Thomson West, Minnesota, US, s.630 vd.).

⁸⁸ Harris ve Sullivan 1980, s.338 vd. Yazarlar, *Illinois Brick* kararında, Mahkeme'nin yalnızca dağıtım zincirinin uzunluğunun yansımının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesini zor kılacağı görüşünü eleştirmiştir. Yazarlar, bazı dağıtım zincirlerinin son alıcıları ve hatta ara alıcıları tanımlamaya ilişkin çabaları boşa çıkaracak kadar karmaşık olabileceğini, ancak dağıtım zincirinin uzunluğunun tek başına bu konuda belirleyici olamayacağını öne sürmüştür.

⁸⁹ Yazarlar, bu davaların, diğer davalara göre yargısal dikkat açısından daha değersiz olduğunu farz etmek için hiçbir nedenin bulunmadığını ileri sürmüştür. Yazarlar, buna ek olarak söz konusu masraf iddiasının birçok durumda fazlaca abartılı olacağını ve yansımının varlığının hataya yer vermeyecek kadar açık olduğunu ifade eden bazı mahkeme kararlarının buna örnek teşkil ettiğini savunmuştur (Ibid. s. 340). Muray ve Richman da rekabet ihlallerine ilişkin tüm davaların, ilgili pazarın tanımlanması, yüksek maliyetli veri toplanması ve elastikiyetin belirlenmesi gibi problemleri içermeleri nedeniyle kaçınılmaz olarak karmaşık hale geldiğini, dolaylı alıcıların tazminat hakkının hesaplanması probleminin yalnızca bu listede tek bir unsur olduğunu belirtmiştir (Murray ve Richman 2007, s. 34).

Yazarlar, ekonomik teorilerin ve uygulamaya ilişkin verilerin yüksek oranda yansımının kısa dönemde kural, uzun dönemde ise kaçınılmaz olduğunu gösterdiğini savunmuştur.⁹⁰ Bu sebeple, sadece doğrudan alıcılara dava açma hakkı vererek çoğu durumda rekabet ihlalinin gerçek mağduru olan dolaylı alıcıların dava hakkını ortadan kaldıran *Illinois Brick* kararının, tazmin etme amacıyla örtüşmediği ileri sürülmüştür.⁹¹ Bununla birlikte yazarlar, fiyatı artan ürünün başka bir ürünün dolaylı gideri konumunda olduğu karmaşık dağıtım zincirlerinde, söz konusu ispat sürecinin oldukça zor olacağını ve sağlıklı bir sonuç doğurmayacağını kabul etmiştir. Bu gibi hallerde, doğrudan alıcının fiyat artışını kendi müşterilerine yansıttığını ispat eden ihlalcı, bu artıştan sonuç olarak etkilenen son alıcıların tespit edilememesi sebebiyle haksız kazanç sağlayabilir. Yazarlar, bu haksız kazancın, hem tazmin etme hem de caydırma amacını sekteye uğratacağını belirtmiştir.⁹² Bu nedenle, yazarlar, yansımının tespitinin söz konusu zorluk seviyesine ulaştığı durumlarda, incelemenin sona erdirilip⁹³ fiyat artışının kendisine yansıdığını ispat eden en son tanımlanabilen alıcı grubuna dava açma hakkı verilmesinin tazmin etme amacı açısından en uygun yöntem olacağını iddia etmiştir.⁹⁴

Dolaylı alıcı kuralına söz konusu çerçevede izin verilmesi gerektiğini savunan yazarlar *passing-on* savunmasının uygulanmasına ise, ciddi bir çifte tazminat sorumluluğunun⁹⁵ bulunduğu durumlar dışında karşı çıkmıştır.⁹⁶

⁹⁰ Landes ve Posner, Harris ve Sullivan'ın uzun dönemde hukuka aykırı fiyat artışının mutlaka dağıtım zincirinin alt seviyesine yansıtılacağı görüşünün her zaman doğru olmadığını iddia etmiştir (Landes ve Posner 1980, s.1276 vd.). Ayrıca bkz. Benston 1986, s.223.

⁹¹ Harris ve Sullivan 1980, s.347.

⁹² Ibid. s.348.

⁹³ Yazarlar söz konusu karmaşıklığın ortaya çıktığı seviyeden sonraki alıcıların tazminat açma haklarının reddedilmesi gerektiğini kabul etmiştir (Ibid. s.347).

⁹⁴ Ibid. s.348.

⁹⁵ Yazarlar, davalının sorumluluğu konusunda kavramsal açıdan ikili bir ayrım yapmışlardır. Buna göre, *Illinois Brick* kararında belirtildiği gibi, dağıtım zincirinin birden fazla seviyesindeki alıcıların fiyat artışı konusunda tazminata hak kazanması sebebiyle, ihlalcilerin yasaca öngörülen azami tazminat limitinin üzerinde ödeme yapması hali, "aşırı tazminat sorumluluğu" (*excessive liability*) olarak adlandırılmıştır. Yansıtılan fiyat artışının iyi hesaplanamaması sebebiyle hem bir doğrudan alıcının hem de bu alıcının kendi alıcılarının aynı fiyat artışı için tazminata hak kazanması durumu ise "çifte tazminat sorumluluğu" (*duplicative liability*) olarak isimlendirilmiştir. Bu ikinci halde, ihlalcilerin maruz kaldığı toplam tazminat, yasaca öngörülen azami limiti aşmayabilir (Ibid. s.343 vd.).

⁹⁶ Gavil de *passing-on* savunması reddedilirken dolaylı alıcıların dava hakkının kabul edilebileceğini savunmuştur. Yazar, *Hanover Shoe* kararı ile *Illinois Brick* kararının aynı tutulmaması gerektiğini savunmuştur. Buna göre, *Hanover Shoe* kararı, caydırıcılığı azami seviyeye çekme ve rekabet ihlalcilerinin sorumluluktan kurtulup haksız kazanç elde etmesi ihtimalini asgariye indirme amaçları çerçevesinde davacı lehine verilmiştir. *Illinois Brick* kararı ise, davalı lehine verilmiş bir karardır. Bu iki karar arasındaki simetri, katı ispat yükümlülüğünü gerektirse dahi, tazmin etme amacına daha fazla eğilen ve dolaylı alıcıların dava açma haklarını koruyan bir politikayı

Yazarlar, tatmin edici bir adaletin sağlanması açısından çifte tazminat sorumluluğunun önlemesi gerektiğini kabul etmişlerdir.⁹⁷ Bununla beraber, çifte sorumluluk probleminin, hüküm aşamasında çözülebileceğini iddia edilmiştir. Buna göre, fiyat artışının tespiti Yüksek Mahkeme'nin düşündüğünden çok daha kolay olması sebebiyle uyumsuz kararların ortaya çıkma ihtimali de düşünülenenden daha düşük olacaktır. Yine de ortada uyumsuz kararlar çıkma ihtimali varsa, bu sorun uyumsuz kararların sayısını azaltmaya yönelik geleneksel yöntemler ile çözülebilir.⁹⁸

Harris ve Sullivan, *Illinois Brick* kararının caydırıcılık amacına da hizmet etmediğini iddia etmiştir. Yazarlara göre, *passing-on* savunması tek başına zararlarının üç katına kadar tazminata hak kazanabilecek doğrudan alıcıların dava açıp açmama kararı açısından önemli bir role sahip olmayacaktır. Bazı doğrudan alıcılar, sırf *passing-on* savunması ile karşılaşma tehlikesi yüzünden dava açmayabilse de bunların sayısı düşük olacaktır. Bu alıcılar, genellikle toptancı ve perakendeciler gibi bütün fiyat artışını kendi alıcılarına yansıtan alıcılar olacaktır. Yazarlar, bu alıcıların dava açmaya teşvik edilmesinin dolaylı alıcı kuralının reddi için yeterli bir sebep oluşturmadığını savunmuşlardır.⁹⁹ Yazarlar, *Illinois Brick* kararı sonucu hiçbir dolaylı alıcı dava açamayacağı için söz konusu kararın dolaylı alıcılar üzerindeki etkisinin mutlak olduğunu belirtmiştir.

Harris ve Sullivan, fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtan doğrudan alıcıların dava açma motivasyonlarının çoğunlukla düşük olduğunu savunmuştur. Buna göre, özellikle ihlalciler ile aralarında kendileri için önemli olan bir devamlı ilişki söz konusuysa, doğrudan alıcılar dava açmaktan vazgeçebilecektir.¹⁰⁰ Bu risk, fiyat artışının önemli bir kısmının doğrudan alıcı

gerektirmektedir. Bu çerçevede, yazar, *passing-on* savunmasını kabul ederken dolaylı alıcılara dava açma hakkı verilmesinin ikisini aynı tutmaya göre daha tutarlı olacağını öne sürmüştür (Gavil 2005a, s.615 vd.). Benzer görüşler için bkz. Cooper ve Prud'homme 2006, s.692 vd.; BAKER, D.I. (2004), "Revisiting History- What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend to Others", *Loyola Consumer Law Review*, No:16, s.391 vd.

⁹⁷ Fakat yazarlar, bu adaletin gereğinin, ilk alıcıların fiyat artışının tamamının mağduru olduğunu kabul etmek için geçerli bir sebep oluşturmadığını ifade etmiştir. Yazarlar, gerçekte fiyat artışının yansıtılmasının istisna değil kural olduğunu, dolayısıyla da bir tercih yapılacaksa çoğu durumda hukuka aykırı fiyat artışının asıl mağduru olan dağıtım zincirindeki tanımlanabilir son alıcılar lehine hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir (Harris ve Sullivan 1980, s.345).

⁹⁸ Yazarlar, *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararları arasındaki süreçte bu araçların iyi uygulandığını ve bilindiği kadarıyla, çifte tazminat sorumluluğu probleminin ortaya çıktığı bir durumun mevcut olmadığını belirtmiştir (Ibid. s.346).

⁹⁹ Ibid. s.351.

¹⁰⁰ Landes ve Posner, burada ihlalcinin dava açmaması için doğrudan alıcıya bir ödeme yapmak zorunda olduğunu, bunun da tazminat niteliği taşıyacağını dikkate almaması sebebiyle Harris ve Sullivan'ı eleştirmiştir (Landes ve Posner 1980, s.1278 vd.).

tarafından katlanıldığı durumlarda bile söz konusu olabilir.¹⁰¹ Bu sebeple, birçok durumda dolaylı alıcılar dava açamazsa, dava açacak kimse bulunmayacaktır.¹⁰² Bütün bu açıklamalar çerçevesinde yazarlar, *Illinois Brick* kuralının caydırıcılığı arttırmak yerine azalttığını belirterek bu kuralı kaldıran bir yasal düzenlemenin gerekliliğine işaret etmişlerdir.

3.4.2. Dolaylı Alıcı Kuralının Bazı Eyaletlerce Kabul Edilmesi (*Illinois Brick Repealer Statutes*) ve *ARC America* Kararı

Dolaylı alıcıların dava hakkını ortadan kaldıran *Illinois Brick* kararı, eyalet hükümetlerince, özellikle de kendilerine sağlanan *parens patriae* yetkisi çerçevesinde rekabet ihlallerine karşı mağdurlar adına dava açma olanağına sahip eyaletlerin adaletten sorumlu en üst düzey yetkilileri (*attorney general*) tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Söz konusu yetkililer, bu yetkilerinin kullanımını önemli şekilde kısıtlayan *Illinois Brick* kuralının kaldırılması için ciddi şekilde mücadele vermiştir.¹⁰³ Bu çerçevede, söz konusu kimseler, çeşitli defalar *Illinois Brick* kuralını kaldırmayı amaçlayan ama başarısızlıkla sonuçlanan federal yasama çabalarını desteklemiştir.¹⁰⁴

¹⁰¹ Yazarlar, doğrudan alıcıların dava açtığı durumların, çoğunlukla fiyatı hukuka aykırı olarak artan ürünün kendileri için çok önemli olmadığı ve başka sağlayıcılardan elde edebilecekleri haller olduğunu belirtmiştir. Bu durumlarda, doğrudan alıcılar, ihlalciler ile arasındaki ilişkinin bozulmasını önemsemeyebilir. Ancak, birçok durumda doğrudan alıcı, uzun dönemli devam eden bir ilişki içindeki ihlalcilere oldukça bağımlı durumda olacaktır. Bu hallerde, doğrudan alıcı, sağlayıcısı ile arasındaki ilişkisinin bozulmasını önlemek için dava açmayabilir (Harris ve Sullivan 1980, s.351 vd.).

¹⁰² Yazarlar, Landes ve Posner'in doğrudan alıcıların rekabet hukuku kurallarının daha üstün uygulayıcısı olacağı iddiasına da karşı çıkmıştır. Buna göre, doğrudan alıcıların ihlali ile daha yakın bir ilişki içerisinde olmaları sebebiyle ihlalin varlığını daha kolay tespit ettikleri kabul edilse de bu avantaj birçok durumda bir fayda sağlamayabilir. Fiyatı artan ürünün doğrudan alıcının toplam gideri içerisinde düşük bir yeri olması durumunda, bu alıcının ihlali tespit etme ihtimali düşecektir. Buna karşın, fiyatı artan ürünün doğrudan alıcı için önemli bir gider olması durumunda, bu sefer de sağlayıcıya bağlılık önemli boyutta olacağı için doğrudan alıcının dava açma isteği yine düşük olabilecektir. Buna ek olarak ihlalin uzun dönem sürmesi durumunda, doğrudan alıcılar buna göre uzun dönemli düzenlemeler yaparak normal gelirlerini elde edebilirler. Son olarak, doğrudan alıcılar, tazminat davası açmasalar dahi tespit ettikleri kartelleri ilgili mercilere bildirerek rekabet yaptırımlarının uygulanmasını sağlayabilirler (Ibid. s.352 vd.). Benzer görüş için bkz. Hovenkamp 1990, s.1728 vd.

¹⁰³ Cooper ve Prud'homme 2006, s.680. Çoğunlukla halk tarafından seçilen bu yetkililer için, rekabet ihlalinin etkilenen tüketicileri ve devlet kuruluşlarını koruma gibi esas görevlerinden birini yerine getirme, politik olarak önemli bir role sahiptir (Cengiz 2007, s.19).

¹⁰⁴ Bkz. H.R. 1942, 95th Cong. (1978); S. 1874, 95th Cong. (1978); H.R. 9132, 95th Cong. (1977); H.R. 8516, 95th Cong. (1977); H.R. 8359, 95th Cong. (1977); H.R. 2004, 96th Cong (1979); S. 300, 96th Cong.(1979). Federal hukuku değiştirmeye yönelik bu çabaları desteklemenin yanı sıra, *Illinois Brick* kuralından kurtulmanın bir diğer yolu olarak birçok eyalet, yaptıkları sözleşmelere rekabet ihlallerine ilişkin tazminat hakkının dolaylı alıcı konumundaki devlet

Bunun üzerine birçok eyalette, dolaylı alıcı kuralına ilişkin *Illinois Brick* kuralını kaldıran adımlar atılmıştır. Önemli sayıda eyalet, ilgili yasal düzenlemelerinde dolaylı alıcılara dava açma hakkı tanıyan değişikliklere yer verirken, diğer bir kısım eyalette ise, mevcut yasalar yargısal mercilerce dolaylı alıcı kuralına izin verecek şekilde yorumlanmıştır.¹⁰⁵ Eyaletlerde dolaylı alıcı kuralına izin veren bu yasal ve yargısal gelişmelere karşı *Illinois Brick* kararının savunucuları, söz konusu karar çerçevesinde eyalet hukuklarının federal hukuka uygun olması gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁰⁶ Bu iddia, 1989 yılında *ARC America* davasıyla Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiştir.

1989 yılında çimento sektöründe ülke çapında gerçekleşen kartele karşı Alabama, Arizona, California ve Minnesota eyaletleri tarafından dolaylı alıcı olarak tazminat davaları açılmıştır. Söz konusu davalar, doğrudan alıcıların da davacı olduğu diğer birçok dava ile birlikte tek bir hazırlık tahkikatında (*pretrial proceeding*) birleştirilmiştir. Davadaki talepler uzlaşmayla çözüldükten sonra, söz konusu eyaletlerin dolaylı alıcı olarak uzlaşılan tazminattan pay talep edemeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır. Federal hukuku oluşturan *Illinois Brick* kuralına göre, böyle bir talepte bulunamayacak olan söz konusu eyaletler, bu kuralı kaldıran eyalet yasalarına dayanmışlardır. Önüne gelen söz konusu davada Yüksek Mahkeme, dolaylı alıcıların tazminat hakkına ilişkin olarak eyalet hukuklarının federal hukuka uygun olup olmaması gerektiği konusunda karar vermek durumunda kalmıştır. Mahkeme, *Illinois Brick* kararının, eyalet hukukları ile federal hukuk arasındaki ilişkiyi tanımlamaktan ziyade, dolaylı alıcı kuralına ilişkin federal hukuku yorumlayan bir karar olduğunu ve bu konudaki Kongre'nin amacının eyalet hukuklarının federal hukuka uygun olması yönünde olmadığına karar vermiştir.¹⁰⁷ Bu çerçevede, *ARC America* kararı,

kuruluşlarına devredildiğini öngören hükümler koymuşlardır (Benston 1986, s.245 dn.83). Bu hükümler, uygulanması zor olduğu ve kamu kuruluşları dışındaki dolaylı alıcıları korumadığı için sınırlı fayda sağlamıştır (Cooper ve Prud'homme 2006, s.681).

¹⁰⁵ Bkz. Cooper ve Prud'homme 2006, s.681; FOLSOM, R. (2005), "Indirect Purchasers: State Antitrust Remedies and Roadblocks", *Antitrust Bulletin*, No:50, s.181-196; DAVIS, R.W. (1997), "Indirect Purchaser Litigation: ARC America's Chickens Come Home to Roost on the Illinois Brick Wall", *Antitrust Law Journal*, No:65, s.375 vd.

¹⁰⁶ GISSER, M.V. (1982), "Indirect Purchaser Suits under State Antitrust Laws: A Detour Around the Illinois Brick Wall", *Stanford Law Review*, No:34, s.203-220.

¹⁰⁷ *ARC America* kararı, s.105 vd. Söz konusu kararında Mahkeme, bir konuda eyalet yasalarının federal hukuka uygun olması zorunluluğunun (*preemption*) doğabilmesi için üç dayanaktan birinin var olması gerektiğini belirtmiştir. Bu dayanaklar şunlardır: (1) bir alanı münhasıran federal hukukun kapsamına alınmasına ilişkin bir Kongre kararının bulunması (2) böyle bir karar bulunmasa bile, Kongre'nin niyetinin söz konusu alanın federal hukuka tabi olduğu yönünde olması ve (3) federal hukuk ile eyalet hukukunun ikisinin bir arada uygulanmasını imkânsız kılacak şekilde birbiriyle çatışması. Mahkeme, *Illinois Brick* kararının *Clayton* Kanunu m.4'ün bir yorumu niteliğinde olduğunu ve Kongre'nin hiç bir zaman eyalet hukuklarının dolaylı alıcı kuralına ilişkin olarak federal hukuka tabi olacağını açıkça kabul etmediğini ifade etmiştir.

dolaylı alıcı kuralına ilişkin olarak federal hukuk ile eyalet hukuklarının aynı anda uygulanmasına onay vermiştir.

ARC America kararını takiben, dolaylı alıcı kuralı konusunda *Illinois Brick* kuralından sapan düzenlemeler öngören eyaletlerin sayısı artış göstermiştir.¹⁰⁸ Bu düzenlemeler, rekabet ihlalinin gerçek mağdurları olduğu düşünülen dolaylı alıcıların zararlarının tazmin edilmesi gibi ortak bir amaca sahip olsalar da¹⁰⁹ öngördükleri çözümler açısından çeşitli farklılıklar göstermektedir.¹¹⁰ Bu bağlamda, bazı eyaletler *passing-on* doktrininin her iki taraflı uygulanmasına da izin verirken, diğerleri *passing-on* savunmasına ilişkin federal yasağı korumanın yanında dolaylı alıcılara dava hakkı tanımıştır.¹¹¹ Bunun gibi, dolaylı alıcılar adına tazminat davası açma yetkisine kimin sahip olacağı hususunda da eyalet yasalarında farklılıklar bulunmaktadır. Birçok eyalet hem kamu tarafından hem de dolaylı alıcılar tarafından bizzat tazminat davası açılmasına olanak tanımıştır. Bazıları sadece kamu otoriteleri tarafından dolaylı alıcılar yararına toplu dava açılmasına izin verirken, bir kısmı ise sadece dolaylı alıcı konumundaki kamu kuruluşları adına kamu otoritelerine dava açma hakkı tanımıştır.¹¹²

Bütün bunların sonucu olarak bugün itibariyle, ABD'nin rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarına ilişkin sistemi, federal hukukun ve bazı eyalet hukuklarının dolaylı alıcı kuralını reddettiği, diğerlerinin ise bu kuralı farklı çözümlerle sağladığı kaotik bir hale bürünmüştür.¹¹³ Birçok yazar tarafından da ifade edildiği üzere¹¹⁴ mevcut durum, *Illinois Brick* kararının

Mahkeme ayrıca, *Illinois Brick* kararı ile dolaylı alıcılara dava açma hakkı veren eyalet hukuklarının çatışmadığına hükmetmiştir. Son olarak Mahkeme, rekabet hukukunun geleneksel olarak eyaletler tarafından düzenlendiğini, bu sebeple bu alanda federal hukukun tekelinin olmadığını varsayılması gerektiğini savunmuştur. Bu gerekçeler çerçevesinde, Mahkeme, yukarıda sayılan üç dayanağın hiçbirinin mevcut olayda söz konusu olmadığına karar vermiştir.

¹⁰⁸ *ARC America* kararına kadarki süreçte, 13 eyalet ve Columbia Bölgesi dolaylı alıcılara dava hakkı veren çeşitli yasal çözümler öngörmüşken, söz konusu karar sonrası, 10 eyalet daha bunlara katılmıştır (Folsom 2005, s.181 vd.).

¹⁰⁹ Ibid. s.182; ABA (1991), "Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law Task Force to Review the Supreme Court' Decision in California v. ARC America Corp.", *Antitrust Law Journal*, No:59, s.278.

¹¹⁰ Folsom 2005, s.182.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

¹¹³ *Sherman Kanunu m.2'nin ihlali iddiasıyla Microsoft'a karşı değişik eyaletlerde açılan ve birbiriyle çatışan kararların ortaya çıktığı davalar zinciri, bu kaotik durumu çok iyi özetlemektedir (Cengiz 2007, s.21; Gavil 2001, s.876 vd.; GIALI, D.J. ve J.T. TOMLIN (2003), "Federalism and the Indirect Purchaser Mess", *George Mason Law Review*, No:11, s.164 vd.).*

¹¹⁴ Cooper ve Prud'homme 2006, s.675 vd; Gavil 2005a, s.574; Cengiz 2007, s.22; Murray ve Richman 2007, s.34 vd; CAVANAGH, E.D. (2005), "Illinois Brick: A Look Back and A Look Ahead", *Loyola Consumer Law Review*, No:17, s.30

önlemeyi amaçladığı durumdan çok daha karmaşık ve başa çıkılmaz bir hale gelmiştir.¹¹⁵ Bu kaotik durumun ortadan kaldırılmasına yönelik olarak doktrinde ve uygulamada çeşitli çözümler öne sürülmüştür.¹¹⁶ *Illinois Brick* kuralının savunucuları, rekabet ihlallerine ilişkin tazminat hakkı konusunda, federal hukukun eyalet hukuklarını da bağlayacak şekilde münhasıran uygulanmasını önermişlerdir.¹¹⁷ Buna karşılık olarak diğer bir grup, *Illinois Brick* kuralının kaldırılmasını öngören federal düzeyde bir yasal düzenleme yapılmasını savunmuştur.¹¹⁸

3.4.3. Antitröst Modernizasyon Komisyonu'nun Çalışmaları

2002 yılında Kongre tarafından çıkartılan kanun¹¹⁹ uyarınca ABD rekabet hukukunun modernizasyona ihtiyacı olup olmadığını araştırmak üzere kurulan AMK¹²⁰, çalışmalarının kapsamına dolaylı alıcı kuralına ilişkin mevcut hukuki karmaşıklığı da almıştır. Bu kapsamda, AMK, Nisan 2007'de hazırladığı raporunda tüketici ve iş çevrelerini de içeren değişik çıkar gruplarının görüşlerini dinleyerek *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin söz konusu karmaşanın çözülmesi için atılması gereken yasal adımlar konusunda önerilerde bulunmuştur.¹²¹

AMK, öncelikle *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin mevcut hukuki sistemin yarattığı sorunları irdelemiştir. Bu bağlamda, dolaylı alıcı kuralını reddeden federal hukuk ve bu kuralı çeşitli çözümlerle öngören

¹¹⁵ Gavil, dolaylı alıcıların federal mahkemelerde dava açmasına izin verilseydi, dolaylı alıcılar ile doğrudan alıcıların açtıkları davaların birleştirilmesinin daha kolay olacağını ve tazminatın dağıtımına ilişkin problemlerin koordinasyon ile azaltılabileceğini iddia etmiştir. Yazar, birbiri ile uyumsuz kararların yarattığı tehdidin, *Illinois Brick* kuralı ile birlikte çok daha ciddileştiğini savunmuştur (Gavil 2005a, s.574).

¹¹⁶ ABA'nın Rekabet Bölümü, 1991 yılında hazırladığı raporda, dolaylı alıcı kuralına ilişkin belirliliğin sağlanması için Kongre'ye mevcut durumun korunması seçeneğinin yanı sıra üç alternatif öneri getirmiştir. Bunlar: (1) *Illinois Brick* kuralı korunarak dolaylı alıcı kuralı öngören eyalet düzenlemelerinin kaldırılması; (2) *Illinois Brick* kuralını kaldırarak federal hukuk düzeyinde dolaylı alıcı kuralının tanınması (bu değişen kuralın da eyalet hukuklarına üstün tutulması söz konusu olabilir); ve (3) bu konuda eyaletlere yeknesak bir yasa önerilmesi. ABA, raporunda, bu çözüm yöntemlerinden hangisinin tercih edilmesi gerektiğine ilişkin bir öneride bulunmamıştır (ABA 1991, s. 288 vd.). Buna karşılık, ABA, 1995 tarihli raporunda yukarıda sayılan ikinci seçeneği öneren bir tutum sergilemiştir (ABA (1995), "Report of the Indirect Purchaser Task Force", *Antitrust Law Journal*, No:63, s.993-1004).

¹¹⁷ POSNER, R.A. (2001), "Antitrust in the Economy", *Antitrust Law Journal*, No:68, s.940 vd.

¹¹⁸ Folsom 2005, s.193 vd; Cooper ve Prud'homme 2006, s.693 vd.; Baker 2004, s.391 vd.

¹¹⁹ Bkz.yuk. dn.36.

¹²⁰ AMK'dan önce de söz konusu görevi yerine getirmek üzere çeşitli komisyonlar kurulmuştur (FOER, A.A. (2003), "Putting the Antitrust Modernization Commission into Perspective", *Buffalo Law Review*, No:51, s.1032 vd.).

¹²¹ ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), "Reports and Recommendations", s.265-85 ("AMK Raporu")

eyalet hukuklarının bir arada uygulanması sonucu, aynı ihlale ilişkin doğrudan ve dolaylı alıcılar tarafından en az iki dava açıldığı tespit edilmiştir. AMK, bu davaların birleştirilmesine ilişkin zorluklar sebebiyle hem yargısal masrafların arttığını hem de davalıların çifte tazminat sorumluluğu riskiyle karşı karşıya kaldığını belirtmiştir.¹²² Bu sebeple, raporda dolaylı ve doğrudan alıcılar tarafından açılacak tazminat davalarının yargısal masrafları azaltacak, çifte tazminat riskini önleyecek ve ihlalden mağdur olan herkesin zararlarının tazmin edilmesini sağlayacak şekilde federal mahkemelerde birleştirilmesini kolaylaştırıcı yasal adımların gerekliliğine vurgu yapılmıştır.¹²³

AMK, 2005 yılında kabul edilen toplu dava açılmasına ilişkin kanunun (“CAFA”)¹²⁴, dolaylı alıcılar tarafından eyalet mahkemelerinde açılan davaların federal mahkemelerde birleştirilmesini bir ölçüde sağlasa da bazı durumlarda yetersiz kaldığını ifade etmiştir.¹²⁵ Komisyon, bu amaca yönelik olarak federal hukukun dolaylı alıcı kuralına ilişkin eyalet düzenlemelerine üstün tutulmasını öngören bir yasal düzenleme yapılmasını savunan görüşü¹²⁶, federalizmin

¹²² Ibid. s.266 vd.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ The Class Action Fairness Act 28 U.S.C. §1332 (d)(2). Bu Kanun’un uygulanışı hakkında daha fazla bilgi için bkz. RUBENSTEIN, W.B. (2005), “Understanding the Class Action Fairness Act of 2005”, <http://www.classactionprofessor.com/cafa-analysis.pdf>, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

¹²⁵ AMK, CAFA’nın sadece toplu davaların (*class action*) birleştirilmesine olanak tanıdığını, büyük dolaylı alıcılar tarafından bireysel olarak açılan davalar ile *parens patriae* yetkisine dayanılarak eyaletlerce açılan davaların federal mahkemelere aktarılmasını sağlamadığını belirtmiştir. Bu durumlara, söz konusu yasada belirtilen istisnaların da dâhil olacağı belirtilmiştir. Davaların birleştirilmesine engel son bir durum olarak da, Yüksek Mahkeme’nin davaların sadece hazırlık tahkikatı safhasında birleşebileceğini sonraki safhalarda tekrardan ayrılacağını öngördüğü *Lexecon* kararı (523 U.S. 26 (1998)) gösterilmiştir (AMK Raporu, s.272). Bununla birlikte, bazı komisyon üyeleri, dolaylı alıcı kuralına ilişkin federal ve eyalet hukukları arasındaki farklılıktan kaynaklanan söz konusu problemlerin CAFA kapsamında önemli ölçüde çözüleceğini belirterek bu konuda muhalif kalmışlardır (Ibid. s.270 dn.). AMK’ya görüş sunan kimselerin bazıları da CAFA’nın etkinliğinin gözlemlenmesi için şuan için Komisyon’un hiçbir adım atmaması gerektiğini savunmuştur (GUSTAFSON, D.E. (2005), “Prepared Statement Before Antitrust Modernization Commission”, http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Gustafson.pdf, Erişim Tarihi: 01.02.2011; CUNEO, J.W. (2005), “Prepared Statement Before Antitrust Modernization Commission”, http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Cuneo_rev2.pdf, Erişim Tarihi: 01.03.2011).

¹²⁶ Bazı komisyon üyeleri, sadece doğrudan alıcılara tazminat hakkı tanıyan *Illinois Brick* kuralının caydırıcılığın sağlanması açısından doğru bir politika olduğunu ileri sürerek dolaylı alıcı kuralı konusunda eyalet hukuklarının federal hukuka tabi olacağını öngören bir yasal değişiklik yapılmasını savunmuştur (AMK Raporu, s.266). Bazı iş çevreleri temsilcileri de öncelikli olarak bu görüşü savunmuştur. Ancak, bu temsilciler, bu önerilerinin kabul edilmemesi halinde *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararının her ikisini de kaldıran ve bu konuda eyalet hukuklarına üstün tutulan bir federal yasa değişikliğinin de mevcut durumu iyileştireceğini ifade etmiştir (ZWISLER,

değerleri, mağdurların zararlarının tazmin edilmesi ve Kongre'nin amaçları çerçevesinde kabul etmemiştir.¹²⁷ AMK, bunun yerine, uğradıkları zarar oranında doğrudan alıcılar ile dolaylı alıcıların her ikisine de dava açma hakkı verecek şekilde *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kurallarını ortadan kaldıran bir federal yasa değişikliği yapılmasını önermiştir.¹²⁸ Raporda, *Illinois Brick* kuralının kaldırılmasının, hukuka aykırı fiyat artışından etkilenen dolaylı alıcılara dava açma hakkı tanıyarak adaleti arttıracaklarını; *Hanover Shoe* kuralının kaldırılmasının ise, doğrudan alıcıların uğradıkları zarardan daha fazlası için tazminat talep ederek haksız kazanç sağlamalarını engelleyeceği ileri sürülmüştür. Bunun yanında, söz konusu yasal değişikliğin, dolaylı alıcıları federal mahkemelerde dava açmaya teşvik ederek davaların birleştirilmesini kolaylaştıracağı ifade edilmiştir.¹²⁹ AMK, bu amaca yönelik olarak Kongre'ye eyalet mahkemelerinde açılan davaların federal mahkemelere taşınmasını ve birleştirilmesini sağlayan federal düzenlemelerin yapılmasını tavsiye etmiştir.¹³⁰

AMK, hükmedilen tazminat tutarının davacılar arasında nasıl paylaşılacağı sorununa ilişkin de çözümlerde bulunmuştur.¹³¹ Buna göre, doğrudan ve dolaylı alıcılar tarafından eyalet mahkemeleri ile federal mahkemelerde açılan davalar tek bir federal mahkemede birleştirildikten sonra bu sorunun çözümü kolaylaşacaktır. Bu halde, federal mahkeme hâkimlerinin

M.M. (2005), "State Indirect Purchaser Litigation and U.S. Antitrust Enforcement: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission",

http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Zwisler.pdf,

Erişim Tarihi: 01.03.2011, s.13; TULCHIN, D.B. (2005), "State Indirect Purchaser Actions in the U.S. Antitrust Enforcement: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission",

http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Tulchin.pdf,

Erişim Tarihi: 01.03.2011, s.3 vd.).

¹²⁷ AMK Raporu, s.274. AMK, dolaylı alıcı kuralına ilişkin çözümler öngören otuz beş eyaletin bulunmasını ve bunların federal hukukun üstün tutulmasına açıkça karşı olmasını, bu görüşüne gerekçe olarak sunmuştur.

¹²⁸ Ibid. s.275. AMK'ya, *passing-on* savunmasını reddeden *Hanover Shoe* kuralı korunurken, *Illinois Brick* kuralının kaldırılmasını savunan bazı görüşler sunulmuştur (MONTAGUE, H.L. (2005), "State Indirect Purchaser Actions in the U.S. Antitrust Enforcement System: Written Testimony before the Antitrust Modernization Commission",

http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Montague.pdf,

Erişim Tarihi: 01.03.2011; GAVIL, A.I. (2005b), "State Indirect Purchaser Actions: Proposals for Reforms- Prepared Remarks Before Antitrust Modernization Commission Panel II"

http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Gavil_Statement_corrected_6.27.05

[version_with_app.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Gavil_Statement_corrected_6.27.05_version_with_app.pdf), Erişim Tarihi: 01.03.2011).

¹²⁹ AMK Raporu, s.275.

¹³⁰ Ibid. s.276. Murray ve Richman, *Clayton* Kanunu'nun rekabet ihlallerine karşı tazminat taleplerinin tek bir davada birleştirilmesini zorunlu kılacak şekilde değiştirilmesini önermiştir. Buna göre, doğrudan veya dolaylı alıcı tarafından açılan bir davaya diğer potansiyel davacılar katılmak zorunda olacaktır (Murray ve Richman 2007, s.39).

¹³¹ Ibid. s.277

etkinlik ve hakkaniyet çerçevesinde takdir hakkını kullanarak tazminat davacılar arasında paylaşılması gerekecektir. Bu bağlamda önerilen çözüm, davalıların sorumluluğu, tazminat tutarının miktarı ve hükmedilen tazminatın davacılar arasında paylaşılması hususlarının üç ayrı aşamada incelenmesidir. Bu yöntem uyarınca, üçüncü aşama olan paylaşım safhası sadece doğrudan alıcı ve dolaylı alıcı davacıları ilgilendirdiğinden, davalıların bu aşamaya katılmasına artık gerek kalmayabilir.¹³²

ABD’de, henüz bu öneriler üzerine *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin olarak yapılan bir federal yasa değişikliği bulunmamaktadır. Mevcut durum itibariyle, Yüksek Mahkeme’nin *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararları ışığında *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralını reddeden federal hukuk ile dolaylı alıcılara dava hakkı tanıyan eyalet hukukları, *ARC America* kararı ışığında birlikte uygulanmaya devam etmektedir.

4. AB UYGULAMASINDA *PASSING-ON* SAVUNMASI VE DOLAYLI ALICI KURALI

4.1. Genel Olarak

Rekabet hukukunun özel hukuk uygulaması konusunda ABD uygulaması ile kıyaslandığında, AB uygulamasının şu an itibariyle daha az gelişmiş olduğu söylenebilir.¹³³ Komninos, AB uygulamasının bu konuda geri kalmasının üç temel nedeninin olduğunu ileri sürmüştür. Bunlar; (i) ABD’deki gibi federal mahkemelerin bulunmaması; (ii) farklı dillerin ve hukuki geleneklerin mevcut olması; ve (iii) uzmanların rekabet hukukunu hâla kamu hukuku uygulaması çerçevesinde ele almasıdır.¹³⁴ Bununla birlikte, AB Komisyonu tarafından yayımlanan Beyaz Kitap da dikkate alındığında, rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasına ilişkin AB sisteminin gelişmekte olduğu gerçeği de yadsınamaz. Bu açıklamalar, dolaylı alıcı kuralı ve *passing-on* savunması özelinde de genel olarak geçerlidir.

Bu bölümde, öncelikle ABAD’ın *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin yaklaşımı incelenecektir. Bu çerçevede, bu konudaki uygulamayı esas itibariyle ulusal hukuklara bırakan *Courage*¹³⁵ ve *Manfredi*¹³⁶ kararları ele alınacaktır. Sonrasında ise, Komisyon’un üye devlet uygulamalarını

¹³² AMK, davanın ilk aşamasında doğrudan alıcıların davacı sıfatının *passing-on* savunması dolayısıyla reddedilmesini önlemek için, fiyat artışının yansıtılıp yansıtılmadığı sorununun dava (*trial*) safhasında çözülmesini öngören yasal düzenleme yapılmasını önermiştir (AMK Raporu, s.278).

¹³³ Komninos 2008, s.161.

¹³⁴ Ibid. s.162.

¹³⁵ Bkz. yuk dn.6.

¹³⁶ Bkz. yuk dn.7.

uyumlaştırmak için yayımladığı Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap'ta öngörülen politikalar sırasıyla açıklanacaktır.

4.2. *Courage and Manfredi* Kararları Çerçevesinde ABAD'ın Yaklaşımı ve Üye Devlet Uygulamaları

ABAD, bazı kararlarında Birlik rekabet hukukunun ihlal edilmesine karşı tazminat davası açma hakkına değinmiştir. 2001 yılında verilen *Courage* kararı, bunların başında gelmektedir. Söz konusu kararında Mahkeme, Birlik (o dönemin ifadesiyle Topluluk) rekabet hukuku kurallarını ihlal eden bir anlaşmaya taraf olan bir teşebbüsün tazminat isteyip isteyemeyeceği sorusunu cevaplamak durumunda kalmıştır. Mahkeme, rekabeti sınırlayan bir sözleşme veya eylemden dolayı mağdur olan herhangi bir kimsenin uğradığı zararın tazminine olanak tanınmaması halinde, bugünkü Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma¹³⁷ ("ABİDA") m.101'in o zamanki karşılığı olan 85. maddenin öngördüğü yasağın etkililiğinin risk altına gireceğini belirtmiştir.¹³⁸ Bu bağlamda, *Courage* kararı, Birlik hukuku çerçevesinde rekabet ihlallerine karşı tazminat talep etme hakkı tanınması bakımından önemlidir.¹³⁹ Burada "*zarar gören herhangi biri*" ifadesinin Mahkeme'nin dolaylı alıcıların da tazminat talep edebileceğini kabul ettiği şeklinde yorumlanması mümkündür.¹⁴⁰ Ancak, Mahkeme, söz konusu kararında asıl itibarıyla rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açılmasına izin verilmesi gerektiğini belirtmiş, dolaylı alıcı kuralına ilişkin bir prensip öngörmemiştir.¹⁴¹ Bunun yanında, Mahkeme, söz konusu tazminat davalarına ilişkin usuli hususlarda düzenleme yetkisinin üye devletlerin ulusal hukuklarında olduğunu ifade etmiştir.¹⁴²

ABAD, 2006 yılında vermiş olduğu *Manfredi* kararında ise, özel olarak dolaylı alıcıların Birlik hukuku çerçevesinde tazminat davası açıp açamayacağı sorununu irdelemiştir. Söz konusu kararda ABAD, sigorta şirketleri arasındaki bir kartelden dolayı sigorta brokurları aracılığıyla bu sigorta şirketlerinden zorunlu taşıt sigortası yaptıran kişilerin tazminat hakkının olup olmadığına ilişkin İtalyan Mahkemesi'nin sorusunu cevaplamıştır. Mahkeme, bir kimsenin tazminat talep edebilmesi için, uğranılan zarar ile Birlik rekabet hukukunca

¹³⁷ The Treaty on Functioning of the European Union OJ C 115/4 9.5.2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

¹³⁸ *Courage* kararı, par.26.

¹³⁹ Komminos 2008, s.170.

¹⁴⁰ Cengiz 2007, s.29.

¹⁴¹ Ibid.; BOGE, U. ve K. OST (2006), "Up and Running, or is it? Private Enforcement- The Situation in Germany and Policy Perspectives", *European Competition Law Review*, No:27(4), s. 201.

¹⁴² *Courage* kararı, par.29.

yasaklanan anlaşma veya davranış arasında illiyet bağının (*causal relationship*) bulunması gerektiğine hükmetmiştir¹⁴³. Bu çerçevede, mahkemenin dolaylı alıcıların tazminat hakkını kabul ettiği söylenebilir.¹⁴⁴ Ne var ki, Mahkeme, *Courage* kararına paralel şekilde, Birlik hukukunda bu konuda bir düzenleme olmadığı için illiyet bağı kavramının uygulanmasını da içerecek şekilde tazminat hakkının kullanımına ilişkin kuralları belirleme yetkisini ulusal mahkemelere bırakmıştır.

ABAD, *Courage* ve *Manfredi* kararlarında, Birlik hukukunca garanti altına alınan hakların kullanılmasının haksız zenginleşmeye yol açmasını önlemek için ulusal hukuklarca bazı kuralların kabul edilebileceğini ifade etmiştir.¹⁴⁵ Haksız zenginleşme kavramının kapsamına rekabet ihlali sebebiyle maruz kalınan fiyat artışının sonraki alıcılara yansıtılması hali de gireceğinden, *passing-on* savunmasının Mahkemece kabul edildiği ileri sürülebilir. Ancak, bu hususta da ulusal hukuklar yetkili kılındığı için Birlik genelinde *passing-on* savunmasına izin verildiğini söylemek güçtür.

Sonuç olarak *Courage* ve *Manfredi* kararları ışığında, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin olarak Birlik genelinde geçerli prensipler öngörülmediği, bunun yerine söz konusu hususlarda ulusal hukukların yetkili kılındığı söylenebilir. *Passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin olarak üye devlet yaklaşımları konusunda ise, 2004 yılında Komisyon tarafından hazırlatılan karşılaştırmalı rapor¹⁴⁶ önemli veriler sunmaktadır. Rapor, rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davaları konusundaki ulusal uygulamaların AB genelinde gelişmekte olduğunu (*total underdevelopment*) ve dikkat çekici derecede farklılık gösterdiğini (*astounding diversity*) ortaya çıkarmıştır.¹⁴⁷ Rapora göre, her ne kadar bu konuda gelişmiş bir içtihat hukukları olmasa da üye devletlerin hepsinde¹⁴⁸ dolaylı alıcıların rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açabilmesi, illiyet bağı kurulduğu sürece teorik

¹⁴³ *Manfredi* kararı, par.61.

¹⁴⁴ Cengiz 2007, s.29.

¹⁴⁵ *Courage* kararı, par.30; *Manfredi* kararı, par.94.

¹⁴⁶ EVEN-SHOSHAN, G., D. SLATER ve D. WAELBROECK (2004), "Study on the Conditions of Claims for Damages in the Case of Infringement of EC Competition Rules- Comparative Report",

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf,

Erişim Tarihi: 01.03.2011, s.78 vd.

¹⁴⁷ Ibid. s.1. 2007 yılında, Komisyon tarafından Beyaz Kitap'ın muhtemel etkilerinin değerlendirilmesine ilişkin hazırlatılan raporda, söz konusu gelişim altında olma ve farklılık gösterme durumunun sürdüğü belirtilmiştir (EUROPEAN COMMISSION (2007), Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios- Final Report, Brussels, s.9).

¹⁴⁸ Rapor, 2004 yılında yazıldığı için o tarihte henüz AB üyesi olmayan Bulgaristan ve Romanya bu açıklamaların dışında kalmaktadır.

olarak mümkündür.¹⁴⁹ Ancak, ihlal ile zarar arasında doğrudan illiyet bağı arayan bazı üye devletler (Avusturya, İrlanda, İtalya, Kıbrıs Rum Cumhuriyeti, Lüksemburg, Malta) açısından, dolaylı alıcıların uygulamada dava açıp açamayacağı sorusunun cevabı muğlâk kalmaktadır.¹⁵⁰

Passing-on savunması ise Danimarka, İtalya ve Almanya'nın bazı bölgelerindeki mahkemelerce açıkça kabul edilmiştir.¹⁵¹ Diğer üye devletlerde ise, bu konuda mevcut bir yasal düzenleme veya içtihat hukuku bulunmamaktadır. Bu devletlerden Kıbrıs Rum Cumhuriyeti'nde, söz konusu savunmaya mahkemelerce izin verilmeyeceği düşünülmektedir. Diğerlerinde ise, teorik olarak *passing-on* savunmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.¹⁵²

4.3. Komisyon'un Yaklaşımı: Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap

4.3.1. Genel Olarak

Karşılaştırmalı Rapor'da ortaya konan gözlemlerden hareket eden Komisyon, rekabet ihlali mağdurlarının uğradığı zararların tazmin edilmesini sağlayacak ve ihlallere ilişkin kamu hukuku yaptırımları açısından tamamlayıcı işlev görecektir etkin bir uygulamanın önündeki engelleri saptamak ve muhtemel çözüm önerilerini tartışmak üzere Yeşil Kitap'ı yayımlamıştır.¹⁵³ Bu çerçevede, özellikle söz konusu tazminat davalarına ilişkin kural ve usuller konusunda açıklık sağlanarak potansiyel davacıların dava açma motivasyonlarını arttırmak ve AB vatandaşlarının Birlik bütününde aynı korumaya sahip olmasını temin etmek amaçlanmıştır.¹⁵⁴

Yeşil Kitap, ilgili kesimlerin görüşünü almak üzere kamuya sunulmuştur. Bu kapsamda, tazminat davalarının rekabet ihlalinin mağdurlarının tazmin edilmesindeki önemi ve bunun sağlanmasındaki zorluklar hususunda bir tartışma ortamı yaratılmıştır. AB Parlamentosu ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi de kendi görüşlerini belirterek bu tartışmaya katılmıştır.¹⁵⁵ Bütün bu görüşleri dikkate alan Komisyon, rekabet hukuku kurallarının özel hukuk alanında etkin bir şekilde uygulanmasını sağlama konusunda tartışmaları

¹⁴⁹ Even-Shoshan vd. 2004, s.78.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid. s.79.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Bkz. yuk. dn.8. Ayrıca bkz. YEŞİL KİTAP ÇALIŞMA RAPORU, European Commission (2005), Commission Staff Working Paper Accompanying the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels.

¹⁵⁴ Yeşil Kitap Çalışma Raporu, par.50.

¹⁵⁵ EUROPEAN PARLIAMENT (2007), Resolution of 25 April 2007 on the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, (2006/2207(INI)), Strasbourg; EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (2006), Opinion on the Green Paper - Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rule, (2006/C 324/01), Brussels.

ilerletmek üzere Beyaz Kitap'ı yayımlayarak kamunun görüşüne sunmuştur.¹⁵⁶ Komisyon, Beyaz Kitap'ta, Yeşil Kitap'ta tartışmaya açtığı seçeneklerden hangisini tercih ettiğini belirterek önerilerini somutlaştırmıştır.

Komisyon, üye devlet hukuklarının yeterince gelişmediği ve farklılıklar gösterdiği *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralını da Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap'ın kapsamına almıştır.¹⁵⁷ Söz konusu hususlara ilişkin Komisyon'un önerileri aşağıda detaylı şekilde incelenecektir. Ancak, bunun öncesinde, söz konusu politika önerilerinin daha iyi anlaşılması açısından, bunların üzerine inşa edildiği tazminat davalarının amacına ilişkin anlayışın ele alınması faydalı olacaktır. Bu sebeple, aşağıda ilk olarak Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap'ta söz konusu tazminat davalarının amacı konusunda kabul edilen bu anlayış irdelenecektir.

4.3.2. Tazminat Davalarının Amacı

Komisyon, ABAD'ın *Courage* ve *Manfredi* kararlarında oluşturduğu içtihat çerçevesinde, Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap'ın öncelikli amacının AB rekabet kurallarının ihlalden mağdur olan kimselerin tazminat haklarını kullanmasını kolaylaştırmak olduğunu belirtmiştir. Bu genel amaç kapsamında, tazminat davalarının birincil ve en önemli amacının mağdurların zararlarını tazmin etme olduğu kabul edilmiştir.¹⁵⁸

Komisyon, tazminat davalarının rekabet ihlallerinin önlenmesine hizmet edecek şekilde caydırıcılık da sağlayabileceğini öngörmüştür.¹⁵⁹ Ancak, söz konusu caydırıcılık, tazminat davalarının sağlamayı hedeflediği bir amaç olarak değil, bu davalar ile sağlanan tazmin edici adaletin doğal bir sonucu olarak değerlendirilmiştir¹⁶⁰. Buna göre, tazminat davaları ile mağdurların tazminata

¹⁵⁶ AB Parlamentosu ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi, Beyaz Kitap hakkında da görüşlerini sunmuştur (EUROPEAN PARLIAMENT (2009), Resolution of 26 March 2009 on the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, (2008/2154(INI)), Strasbourg; EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (2009), "Opinion on the White paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules", Brussels).

¹⁵⁷ Yeşil Kitap, s.7 vd; Yeşil Kitap Çalışma Raporu, par.156-187; Beyaz Kitap, s.4 ve 7 vd; Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.24 vd. ve par.201-225.

¹⁵⁸ Beyaz Kitap, s.3; Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.14; Yeşil Kitap, s.3; Yeşil Kitap Çalışma Raporu, par.4.

¹⁵⁹ Beyaz Kitap, s.3; Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.15; Yeşil Kitap, s.3; Yeşil Kitap Çalışma Raporu, par.5. Komisyon, tazminat davalarının AB vatandaşlarının rekabet kurallarının uygulanmasında daha fazla rol alarak bu konuda bilinçlenmelerini sağlamak gibi bir başka yarara da yol açacağını ifade etmiştir.

¹⁶⁰ Beyaz Kitap, s.3. Yeşil Kitap yayımlamadan önce AB rekabet hukuku kapsamında tazminat davalarının başlıca amacının caydırıcılık olduğu, tazmin etme amacının tamamlayıcı nitelik taşıdığı iddia edilmiştir (Hoseinian 2005, s.5 vd.). ABAD'ın *Courage* ve *Manfredi* kararları ve

hak kazanması, rekabet ihlalinin maliyetini arttıracak ve rekabet ihlallerinin tespit edilmesini kolaylaştıracaktır.¹⁶¹ Komisyon, caydırıcılık işlevini esas itibarıyla rekabet hukukunun kamu hukuku uygulamasına bırakmıştır.¹⁶² Bu bağlamda, tazminat davalarının kamu hukuku uygulamasının yerini almadığını, aksine onu tamamlayıcı bir işlev gördüğü ifade edilmiştir.¹⁶³

Görülmektedir ki, Komisyon'un öngördüğü sistemde, ABD Yüksek Mahkemesi'nin oluşturduğu federal hukuk yaklaşımının aksine, rekabet ihlalinin mağdur olan kimselerin uğradığı zararlar tazmin edildiği ölçüde tazminat davalarının etkililiğinden söz edilebilecektir. *Passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı konusunda Beyaz Kitap'ta öngörülen politika da söz konusu etkililiğin sağlanmasına hizmet edeceği gerekçesiyle önerilmiştir.

4.3.3. *Passing-on* Savunması

Komisyon, Yeşil Kitap'ta *passing-on* savunmasını dolaylı alıcı kuralı ile aynı kısımda ele alarak bu iki kurum açısından kabul edilecek politikaya ilişkin dört muhtemel seçenekten bahsetmiştir.¹⁶⁴ Bu seçeneklerden ilki, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının ikisine de izin vererek hem doğrudan alıcıların hem de dolaylı alıcıların tazminat davası açabilmesini sağlamaktır. İkinci seçenek, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de reddedilerek sadece doğrudan alıcılara tazminat hakkı tanınmasıdır. Üçüncü seçenek, *passing-on* savunmasının reddedilip dolaylı alıcı kuralına izin verilmesidir. Son seçeneğe göre ise, iki aşamalı bir prosedür çerçevesinde, ilk aşamada rekabet ihlalcisinin *passing-on* savunması ileri sürmesine izin verilmemekte, ikinci aşamada hükmedilen tazminat davayı açan doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında paylaştırılmaktadır.¹⁶⁵

Komisyon, Beyaz Kitap'ta önereceği politika tercihini belirlerken tazmin edici adalet, caydırıcılık ve yaratılan yargısal ve idari masraflar açısından

Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap'ta belirtilen Komisyon yaklaşımı çerçevesinde, söz konusu görüşü kabul etmek olanaksızdır.

¹⁶¹ Komisyon, tazminat davalarının rekabet ihlallerinin tespit edilmesini sağlama yararının, rekabet ihlalinin rekabet otoriteleri tarafından tespit edilmemesi halinde söz konusu olacağını belirtmiştir (Yeşil Kitap Çalışma Raporu, par.6 vd.).

¹⁶² Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.17.

¹⁶³ Ibid. par.21; Beyaz Kitap, s.3; Yeşil Kitap Çalışma Raporu, par.13.

¹⁶⁴ Yeşil Kitap, s.8.

¹⁶⁵ Yeşil Kitap'a ilişkin görüş sunan kesimlerden bir kısmı, *passing-on* savunmasının uygulanarak doğrudan davacıların dava hakkının kısıtlanmasını, diğer bir kısım ise, *passing-on* savunmasına izin verilmeden dolaylı alıcılara dava açma hakkı verilmesini savunmuştur. Ancak, her iki grup da önerilecek çözümün haksız zenginleşmeye yol açmaması gerektiği konusunda hem fikir olmuştur (DE SMIJTER, E. ve D. O'SULLIVAN (2006), "The Manfredi Judgement of the ECJ and How It Relates to the Commission's Initiative on EC Antitrust Damage Actions", *EC Competition Policy Newsletter*, No:2006/3, s.25).

tüm seçeneklerin muhtemel etkilerini değerlendirmiştir.¹⁶⁶ Yaptığı bu değerlendirmeler sonucunda Komisyon, ikinci seçeneği kabul eden ABD Yüksek Mahkemesi içtihadı ile son seçeneğe benzer bir yaklaşımı öneren AMK'nın aksine birinci seçeneği tercih ederek *passing-on* savunmasına ilk aşamadan itibaren izin verilmesini önermiştir.¹⁶⁷ Bu politika tercihi, Komisyon'un ABAD'ın *Courage* ve *Manfredi* kararları çerçevesinde öne çıkardığı tazmin etme amacına öncelik vermesinden kaynaklanmıştır. Bu çerçevede, fiyat artışını müşterilerine yansıtması sebebiyle bir kayba uğramadığına inanılan doğrudan alıcıların haksız kazanç elde etmesinin ve ihlalcilerin haksız şekilde hukuka aykırı fiyat artışı sebebiyle birden fazla tazminat sorumluluğuna maruz kalmasının önlenmesi için, davalıların *passing-on* savunmasına başvurması kabul edilmiştir.¹⁶⁸

Komisyon, bu politika tercihinde bulunurken, dolaylı alıcıların uğradıkları zararların çok düşük olması sebebiyle dava açmaktan kaçınmasının ihlalcilerin tazminat sorumluluğundan kurtulması ihtimalini ortaya çıkaracağını kabul etmiştir. Ancak, dolaylı alıcıların dava açabilmesini kolaylaştırmak için toplu dava açılmasına ilişkin yapılan düzenlemelerin bu ihtimali azaltacağına inanılmıştır.¹⁶⁹

Komisyon, *passing-on* savunmasına ilişkin ispat yükünün, bunun bir savunma olması sebebiyle davalıya ait olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁰ Bu kapsamda davalılar, hukuka aykırı fiyat artışının davacı tarafından kendi alıcılarına yansıtıldığını ve bu yansımanın oranını ispat etmelidir. Komisyon, buradaki ispat yüküne ilişkin standartların ulusal hukuklara tabi olduğunu, ancak çok düşük standartların tazminat davalarının etkililiğini tehlikeye düşürebileceğini ifade etmiştir. Bu sebeple, davalının fiyat artışının yansıtıldığını ispat etme yükümüne ilişkin standartların, davacının bir zarara uğradığını ve bunun miktarını ispat etme yükümüne ilişkin standartlardan daha aşağı olmaması gerektiği öngörülmüştür.¹⁷¹

¹⁶⁶ Bkz. European Commission 2007, s.457-491.

¹⁶⁷ Cengiz, iki aşamalı prosedür öngören son seçeneğin en ideal çözüm olması sebebiyle Beyaz Kitap'ta kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Cengiz 2007, s.34). Beyaz Kitap'ın yayımlanmasından önceki diğer tartışmalar için bkz. Komninos 2008, s.199 vd.; HELLWIG, M. (2007), "Private Damages Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases- An Economist's Perspective", J. Basedow (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, the Netherlands içinde, s.121-162.

¹⁶⁸ Beyaz Kitap, s.7 vd.; Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.210.

¹⁶⁹ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.211 vd.

¹⁷⁰ Ibid. par.213.

¹⁷¹ Ibid. par.214.

Komisyon, bu şekilde Beyaz Kitap'ta *passing-on* savunmasına izin verilmesi gerektiğini savunmakla birlikte, bu savunmanın kabulünün doğrudan alıcıların fiyat artışı sebebiyle satış hacimlerinde meydana gelen azalmadan dolayı uğradıkları kar kaybının tazminini talep etmelerini engellemeyeceğini belirtmiştir.¹⁷² Bu çerçevede, söz konusu kar kaybının tazmini talebine karşılık, fiyat yükseltilmesinin kendi tercihi olması sebebiyle davacının tazminat isteyemeyeceği şeklindeki davalının iddiası kabul edilmeyecektir.¹⁷³

4.3.4. Dolaylı Alıcı Kuralı

Beyaz Kitap'ta *passing-on* savunmasını kabul eden Komisyon, bunun doğal sonucu olarak, *Manfredi* kararına da atıf yaparak dolaylı alıcıların rekabet ihlalden kaynaklı fiyat artışının kendilerine yansıyan kısımları için dava açmasına da izin vermiştir.¹⁷⁴ Buna göre, zarar ile rekabet ihlali arasında illiyet bağı bulunduğu sürece dolaylı alıcılar tazminat davası açabilecektir.¹⁷⁵

Komisyon, dolaylı alıcı kuralına ilişkin ispat yükü hakkında da bazı belirlemeler yapmıştır. Buna göre, dolaylı alıcılar tarafından açılan tazminat davalarında, hukuka aykırı fiyat artışının dağıtım zinciri boyunca nasıl dağıldığının ispatı, hem davalılar hem davacı dolaylı alıcılar açısından eşit derecede zor olacaktır. Söz konusu ispat yükünün dolaylı alıcı üzerinde olması durumunda, doğrudan alıcının tazminat talebini *passing-on* savunmasıyla geçiştiren rekabet ihlalcisi davalı, haksız kazanç elde edebilecektir. İspat yükünün davalı üzerinde olması durumunda ise, bu sefer doğrudan alıcıya tazminat ödeyen davalı, çifte tazminat sorumluluğu riskiyle karşı karşıya kalacaktır. Komisyon, birinci ihtimalin gerçekleşme olasılığını daha yüksek görmüştür.¹⁷⁶ Bu sebeple, dolaylı alıcı davacıların hukuka aykırı fiyat artışının tümünün kendilerine yansıdığını öngören aksi ispat edilebilir bir karineden yararlanacağı kabul edilmiştir.¹⁷⁷

4.3.5. Toplu Dava Açılmasına İlişkin Mekanizmalar

Komisyon, bir rekabet ihlaline ilişkin olarak elde edilecek tazminat miktarının her bir potansiyel davacı için çok düşük olmasının, tazminat davalarına ilişkin yüksek maliyet ve belirsizliklerle birlikte bu kişilerin dava açma motivasyonlarını düşüreceğini öngörmüştür.¹⁷⁸ Bu sebeple, Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap'ta, bu kişilerin dava açma motivasyonlarının bazı toplu dava

¹⁷² Ibid. par.202.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Beyaz Kitap, s.4.

¹⁷⁵ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.37 ve par.215 vd.

¹⁷⁶ Ibid. par.217 vd.

¹⁷⁷ Ibid. par.220; Beyaz Kitap, s.8.

¹⁷⁸ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.24.

mekanizmaları ile arttırılması üzerinde durulmuştur. Bu mekanizmalar, özellikle bireysel olarak çok düşük zarar görmüş olan dolaylı alıcıların dava açmalarının kolaylaştırılması açısından önemlidir. *Passing-on* savunmasının kabul edildiği dikkate alındığında, etkili toplu dava mekanizmalarının yokluğu, dolaylı alıcıların tazmin edilmemesinin yanında rekabet ihlalcilerinin tazminat ödemekten kurtularak haksız kazanç elde etmesine yol açabilecektir.

Buradan hareketle Komisyon, Yeşil Kitap'ta toplu dava açılmasına ilişkin iki seçenek sunmuştur.¹⁷⁹ Birinci seçenek, tüketicilerin bireysel olarak dava açma hakkına hanel getirmemek üzere, tüketici derneklerine dava açma hakkı verilmesini öngörmektedir. Bu seçenek çerçevesinde, tazminatın nasıl hesaplanacağı ve tüketiciler arasında nasıl dağıtılacağı problemlerine ilişkin belirlemeler yapılması gerekliliğine değinilmiştir. İkinci seçenek ise, birinci seçeneği tamamlayacak şekilde son tüketiciler dışındaki alıcı gruplarının toplu dava açabilmesini öngören özel bir hükmün kabul edilmesidir. Bu seçeneklere ilişkin görüş sunan bir kesim, ABD örneğine başvurarak yüksek sosyal maliyet ve ihlalciler açısından çifte tazminat sorumluluğu riski yaratması sebebiyle, söz konusu önerilere karşı çıkmıştır. Görüş sunanların çoğunluğu ise, toplu dava açılmasına ilişkin çözümler sunulması gerekliliğini kabul etmiştir.¹⁸⁰

Bu çoğunluğun görüşüne katılan Komisyon, Beyaz Kitap'ta toplu dava açılmasına ilişkin birbirini tamamlayan iki mekanizma öngörmüştür. Bunlardan ilki, tüketici dernekleri, ticaret odaları ve devlet organları gibi temsilci kuruluşlara, tanımlanan veya bazı sınırlı durumlarda tanımlanabilen mağdurlar adına toplu dava açma yetkisi verilmesidir (*representative actions*). Diğeri ise, ihlalin mağdurlarına, isteyen potansiyel davacıların katılabileceği şekilde tek bir davada tazminat taleplerini birleştirebilme olanağı tanınmasıdır (*opt-in collective actions*).¹⁸¹

Komisyon, mağdurlar adına tazminat davası açabilecek temsilci kuruluşların iki şekilde belirlenebileceğini kabul etmiştir. Buna göre, ilk olarak tanımlanan veya tanımlanabilecek mağdurlar adına tazminat davası açma yetkisi olan kuruluşlar, üye devletlerce önceden resmi olarak kurulabilir. Bu kuruluşlar, tek bir ihlal özelinde değil, haklarını savundukları kesimi zarara uğratan tüm ihlallere karşı temsilci olarak tazminat davası açma yetkisine sahip olacaktır. İkinci tür ise, belli bir grubun çıkarlarını temsil etmek üzere kurulmuş olan tüketici dernekleri ve ticaret odaları gibi kuruluşlara, üye devletlerce tek bir ihlal özelinde temsil ettikleri kesimler adına *ad hoc* toplu dava açma yetkisi

¹⁷⁹ Yeşil Kitap, s.9.

¹⁸⁰ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.29.

¹⁸¹ Beyaz Kitap, s.4.

verilmesidir.¹⁸² Komisyon, asıl tercihin, bu iki tür temsilci kuruluş tarafından açılan toplu davalar sonucu elde edilen tazminatın mümkün olduğunca temsil edilen mağdurlar arasında dağıtılması olduğunu belirtmiştir. Ancak, istisnai hallerde tazminatın, ilgili amaçlarını yerine getirmek üzere temsilci kuruluşlara verilmesi olasılığının da tartışılması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁸³

Rekabet ihlalinin mağdurları, temsilci kuruluşlar olmaksızın tek bir davada tazminat taleplerini ileri sürme iradelerini açıkça ifade ederek bizzat da toplu dava açabilirler. Bu tür toplu davalar sayesinde mağdurlar, masrafları ve kanıtları paylaşabileceklerdir. Dolayısıyla, söz konusu davalar, davaların birleştirildiği alelade durumlara göre davacılar lehine çok daha fazla yarar sağlayacaktır.¹⁸⁴ Komisyon, bu çerçevede herhangi bir mağdura bireysel olarak saptanmamış tüm mağdurlar adına dava açabilme yetkisi veren *opt-out* sistemi yerine, bireysel olarak tanımlanmış mağdurların isteyerek davaya katıldığı *opt-in* sistemini, dava maliyetlerini ve karmaşıklığı azaltacağı sebebiyle tercih etmiştir.¹⁸⁵

Komisyon, söz konusu toplu dava açma haklarının mağdurların bireysel olarak dava açmasını önlemeyeceğini kabul etmiştir. Ancak, bir mağdurun zararı için, hem bireysel hem de toplu dava açılması halinde ortaya çıkabilecek çifte tazminat sorumluluğunu önleyici tedbirler alınması gerekliliğine vurgu yapmıştır.¹⁸⁶

4.3.6. Aynı İhlale İlişkin Hem Doğrudan Alıcılar Hem de Dolaylı Alıcılar Tarafından Dava Açılması Sorunu

Komisyon, aynı hukuka aykırı fiyat artışına ilişkin olarak doğrudan ve dolaylı alıcılar tarafından aynı veya farklı mahkemelerde dava açılması halinde, çözümü gereken bazı problemlerin ortaya çıkabileceğini öngörmüştür. Buna göre, doğrudan alıcı tarafından açılan bir davada, *passing-on* savunması kabul edilen ihlalcinin dolaylı alıcılar tarafından açılan başka bir davada fiyat artışının dolaylı alıcılara yansıtılmadığı iddiasında başarılı olarak tazminattan kurtulması mümkün olabilir. Bunun tersi de söz konusu olabilir. *Passing-on* savunması reddedilen ihlalcinin, dolaylı alıcının yansımaya maruz kalmadığını kanıtlayamaması sebebiyle çifte tazminat sorumluluğu riskiyle karşılaşması da mümkün olabilir.¹⁸⁷ Komisyon, bu şekilde olması gerekenden daha düşük veya daha yüksek tazminatın hükmedilmesini önleyecek bazı prensiplerin ulusal

¹⁸² Ibid.; Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.51 vd.

¹⁸³ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.56.

¹⁸⁴ Ibid. par.57 vd.

¹⁸⁵ Ibid. par.58.

¹⁸⁶ Ibid. par.61.

¹⁸⁷ Ibid. par.221.

mahkemelerce uygulanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁸ Bu çerçevede tazmin edici adalet anlayışına hizmet edecek prensipler, iki olası durum için ayrı ayrı ele alınmıştır.

Komisyon, ilk olarak doğrudan ve dolaylı alıcıların ortak bir davada tazminat taleplerini ileri sürmesi ihtimalini değerlendirmiştir. Bu ihtimal dairesinde, ihlalcilerin, fiyat artışının dağıtım zincirinin alt seviyesine yansıtıldığını doğrudan alıcılara karşı ileri sürüp dolaylı alıcılara bunun tersini iddia etmesine izin verilmemelidir. Bunun gibi, ihlalcilerin *passing-on* savunması reddedilmişse, dolaylı alıcıların tazminat talepleri de reddedilmelidir.¹⁸⁹

Dağıtım zincirinin değişik aşamalarındaki alıcıların tazminat taleplerinin bu şekilde aynı davada ileri sürmesi halinde, söz konusu kuralın uygulanması pek sorun yaratmamaktadır. Söz konusu tazminat taleplerinin değişik davalarda gündeme getirilmesi ihtimalinde ise, bu kuralın uygulanması zorlaşacaktır. Komisyon, bu durum açısından değerlendirme yaparken de iki ayrı ihtimalden söz etmiştir. Eğer doğrudan ve dolaylı alıcılar tarafından açılan davalar birbirine paralel şekilde aynı anda değişik mahkemelerce sürdürülmekte ise, Komisyon, mahkemelerin diğer davanın sonucunu beklemek zorunda olmadığını belirtmiştir.¹⁹⁰ Bununla birlikte, bir üye devlet mahkemesinde bir tazminat davası açılmışsa ve aynı ihlale ilişkin başka bir dava söz konusu üye devletin veya diğer bir üye devletin mahkemesinin önüne gelmişse, Komisyon, bu ikinci mahkemenin davaya bakma yetkisi olması şartıyla önüne gelen davayı ilk mahkemeye yönlendirmeye teşvik edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁹¹ Bu bağlamda, ulusal mahkemelere söz konusu yetkiyi veren 44/2001 sayılı Tüzük'ün¹⁹² 28. maddesine atıf yapılmıştır.

Komisyon, bir ihlale ilişkin olarak bir ulusal mahkemede tazminat davası devam ederken, başka bir mahkemede aynı ihlale ilişkin hâlihazırda bir karar verilmiş olması ihtimalini de değerlendirmiştir. Komisyon, bu kararın davanın tarafı olmayan diğer kişiler açısından bağlayıcı olmayacağını belirtmiştir. Ancak, söz konusu karar, davanın tarafı olmayan bu kişiler tarafından başka bir davada kanıt olarak kullanılabilir.¹⁹³ Bu kapsamda davalı, *passing-on* savunmasının reddedildiği önceki bir kararı mevcut davada dolaylı

¹⁸⁸ Beyaz Kitap, s.8.

¹⁸⁹ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.222.

¹⁹⁰ Ibid. par.224.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters OJ L 012/1 16/01/2001.

¹⁹³ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.225.

alıcılara karşı kullanabilir. Davalı, bunun tersi bir kararı da doğrudan alıcılara karşı kullanabilir. Aynı şekilde, doğrudan alıcılar ile dolaylı alıcılar da *passing-on* savunmasının kabul veya reddine ilişkin önceki kararı davalıya karşı kullanabilecektir.¹⁹⁴

5. TÜRK REKABET HUKUKUNDA

PASSING-ON SAVUNMASI VE DOLAYLI ALICI KURALI

5.1. Genel Olarak

Özellikle ABD uygulaması ile kıyaslandığında, Türkiye’de rekabet hukuku kurallarının özel hukuk alanında etkin bir uygulamasından bahsetmek mümkün değildir. Bunun başlıca nedeni olarak Türk rekabet hukukunun 15 yıl gibi kısa bir geçmişe sahip olması gösterilebilir. Bu süre içerisinde, rekabet hukukunun iş çevreleri de dâhil olmak üzere toplumun geneli tarafından tam olarak idrak edilmediği düşünüldüğünde, rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarının yaygınlaşmaması doğal karşılanmalıdır. Bu sebeple, Türkiye’de söz konusu tazminat davalarının sayısını arttırma konusunda bir politika oluşturulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu politika, iş çevreleri ve tüketiciler arasında rekabet hukuku bilincinin geliştirilmesine yönelik eylemsel adımların yanı sıra, bu davaların açılmasını kolaylaştırıcı yasal adımların atılmasını gerekli kılmaktadır.

Bu çerçevede, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı konusunda belirlenecek yasal düzenlemeler ve bu düzenlemelerin yaratacağı belirlilik, rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açılmasını teşvik edici bir etki gösterebilir. Bu bölümde, öncelikle mevcut Türk hukuku düzenlemeleri çerçevesinde *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının uygulama alanı değerlendirilecektir. İkinci bölümde ise, söz konusu hususlar açısından nasıl bir politika oluşturulması gerektiği konusunda öneriler sunulacaktır.

5.2. Mevcut Düzenlemeler Çerçevesinde

Passing-on Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralı

5.2.1. RKHK Kapsamında Haksız Fiil Sorumluluğu

RKHK m.57’de, “Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur”, denilmektedir. Bu hükmün, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı açısından Clayton Kanunu m.4’ün ifadesinden daha açık olduğunu söylemek güçtür. “Zarar görenler” ifadesinin,

¹⁹⁴ Ibid.

dolaylı alıcıları ve fiyat artışını kendi alıcılarına yansıtan doğrudan alıcıları kapsayıp kapsamadığı metnin lafzından anlaşılmamaktadır.

RKHK m.57 ve devamı maddeleri, rekabet ihlallerine ilişkin haksız fiil sorumluluğunu özel olarak düzenlemektedir. Bu özel düzenleme olmasaydı dahi 818 sayılı eski Borçlar Kanunu ("Eski BK")¹⁹⁵ m.41 ve 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu¹⁹⁶ ("Yeni BK") m.49 hükümleri uyarınca, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin tazminat istemesi söz konusu olabilirdi.¹⁹⁷ Dolayısıyla, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının ne derece uygulama alanı bulabileceği, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel ilkeler çerçevesinde değerlendirilecektir.

Bir haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için dört şartın mevcut olması gerektiği kabul edilmektedir. Bunlar; hukuka aykırı bir fiil, kusur, zarar ve illiyet bağıdır. RKHK m.57'de belirtildiği üzere, tazminat davası açılabilmesi için öncelikle ortada RKHK'ya aykırı bir anlaşma veya eylemin bulunması gereklidir. RKHK m.4 ve m.6'nın ihlali niteliğindeki eylem ve anlaşmaların hukuka aykırı bir fiil oluşturacağı konusunda bir tartışma yoktur. RKHK m.7'ye aykırı birleşme ve devralmaların gerçekleştirilmesi halinde ise, çok istisnai olarak bir zarar meydana gelse dahi, haksız fiil sorumluluğu esasınca bu zararların karşılanması mümkün olmadığı doktrinde iddia edilmektedir.¹⁹⁸ RKHK Tasarısı ise, RKHK m.7'de yasaklanan birleşme ve devralmalara karşı da tazminat davası açılabilmesi yönünde bir değişiklik öngörmektedir. Bu değişikliğin yasallaşması halinde, m.7'ye aykırı birleşme ve devralmalar halinde de hukuka aykırılık şartının sağlanacağı söylenebilir. Ancak, bu halde dahi zarar ve uygun illiyet bağının ispatı çok zor olacaktır.

RKHK'da açıkça belirtilmediği için, haksız fiil sorumluluğunun genel ilkeleri uyarınca rekabet ihlallerine ilişkin sorumluluğun kusur esasına dayandığı genel kabul görmektedir.¹⁹⁹ Rekabet ihlalleri açısından çok istisnai haller dışında kusurun bulunduğu kuşku götürmemektedir.²⁰⁰ Bu açıklamalardan

¹⁹⁵ Resmi Gazete Sayı: 359, Tarih: 29.04.1926.

¹⁹⁶ Resmi Gazete Sayı: 27836, Tarih: 04.02.2011.

¹⁹⁷ Sanlı, RKHK'da böyle bir açık özel düzenleme olmaması halinde, rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açılıp açılmayacağına ilişkin tartışmalar yaratabileceğini belirtmiştir. Yazar, özellikle Kanun'da öngörülen maddi yasaklayıcı normların haksız fiil sorumluluğuna yol açmayacağı ve Kanun'un koruma amacının da buna engel oluşturduğu yönünde iddialar ile karşılaşılabileceğini belirtmiştir (SANLI, K.C. (2003), "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri, s.203).

¹⁹⁸ Ibid. s.210 vd. Sanlı, sadece hakim durum yaratan ve uygulamaya koyulan bir birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin bunu kasıtlı olarak sakladığı durumlarda bir zarar meydana gelebileceğini belirtmiştir. Yazar, bu halde dahi m.7'nin amacının bu birleşmeler sonucu meydana gelecek zararların tazmin edilmesini kapsamadığını ileri sürmüştür.

¹⁹⁹ Ibid. s.210 vd.

²⁰⁰ Ibid.

da anlaşılacağı üzere, hukuka aykırılık ve kusur şartlarının varlığına ilişkin yapılacak analizler, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının uygulanabilirliği açısından bir önem taşımamaktadır. Söz konusu hususların uygulanışı, daha çok zarar ve illiyet bağı şartlarına ilişkindir.

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için, hukuka aykırı fiil sonucu bir zararın meydana gelmiş olması gereklidir. Zarar, bir kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır.²⁰¹ *Passing-on savunması* ve dolaylı alıcı kuralının uygulanmasının söz konusu olacağı tekeli fiyatlandırma durumlarında zarar, tekeli fiyat ile rekabet ihlali olmasaydı ödenecek bedel arasındaki farktan oluşacaktır.²⁰² Bir rekabet ihlaline karşı dolaylı alıcıların tazminat talep edebilmesi için, öncelikle bu türlü bir zarara uğradıklarını ispat etmeleri gerekmektedir.

Bu çerçevede tartışılması gereken husus, dolaylı alıcıların uğramış olduğu zararın doğrudan zarar mı yoksa yansıma zarar mı olduğudur. Yansıma zarar, bir hukuka aykırı fiilden dolayı fiile asıl maruz kalan kimseden başka bir şahsın uğradığı zarar olarak tanımlanmaktadır.²⁰³ Türk hukukunda yansıma zararların kural olarak tazmin edilemeyeceği kabul edilmektedir.²⁰⁴ Bir rekabet ihlali sebebiyle doğrudan zarar gören kimselerin alacaklıları, işçileri ve hissedarları gibi diğer kimselerin söz konusu zararın gerçekleşmesi sebebiyle uğramış olduğu zararlar, yansıma zarar kabul edilip kural olarak bir tazminat talebine konu olamamaktadır.²⁰⁵

Dolaylı alıcıların uğramış oldukları zararların yansıma zarar olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.²⁰⁶ Yansıma zararlar, haksız fiil sonucunda

²⁰¹ Ibid. s.219; EREN, F. (2009), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On Birinci Baskı, Beta, İstanbul, s.473; OĞUZMAN, M.K. ve M.T. ÖZ (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Dördüncü Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, s.514.

²⁰² RKKH m.57'de; "Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir", denilmektedir. Söz konusu hüküm, sadece tekeli fiyatlandırma durumlarındaki hukuka aykırı fiyat artışına ilişkin zarardan söz etmektedir. Her ne kadar hükümde belirtilmesi dahi, dışlayıcı uygulamalar sonucu meydana gelen kar kaybının da bir zarar olarak tazmininin istenebileceği kabul edilmektedir (Sanlı 2003, s.220).

²⁰³ Ibid. s.225; Oğuzman ve Öz 2006, s.517; KILIÇOĞLU, A.M. (2007), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Sekizinci Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, s.211.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Sanlı 2003, s.226. ABD uygulamasında da bu tür kimselerin tazminat talep edemeyeceği kabul edilmektedir (Pollock 1966, s.12 vd.).

²⁰⁶ Sanlı 2003, s.226 vd; KORTUNAY, A. (2009), "AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından "De Lege Feranda" Düşünceler", *Rekabet Dergisi Cilt:10 Sy:1*, s.124 vd. Aksi görüş için bkz. SAYHAN, İ. (2005), "Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Cilt.5, Sayı.3, s.61 dn.67.

ortaya çıkmakla birlikte, haksız fiilin asıl mağdurunun uğramış olduğu zarardan bağımsızdır. Örneğin, bir trafik kazası sonucu ayağı kırılan bir işçinin ödemiş olduğu hastane masrafları doğrudan zarar, bu kimsenin çalışmaması sebebiyle iş sahibinin uğramış olduğu zarar ise yansıma zarar niteliğindedir. Bu örnekte, iş sahibinin zararı, işçinin çalışmamasından kaynaklanmakla birlikte, hastane masraflarından bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Dolaylı alıcının zararı ise, doğrudan alıcının uğramış olduğu zarardan bağımsız değildir. Doğrudan alıcı hukuka aykırı fiyat artışını dağıtım zincirinin alt seviyesine yansıttığı ölçüde zararından kurtulmakta, buna karşılık dolaylı alıcılar aynı ölçüde zarara uğramaktadır. Bu sebeple, dolaylı alıcılar, rekabet ihlali sebebiyle normalden daha yüksek fiyatla ürün satın alarak zarara uğradıklarını ispat etmeleri halinde, haksız fiil sorumluluğunun diğer şartlarının bulunması şartıyla tazminat talep edebilecektir.

Dolaylı alıcı, söz konusu ürün için normalden daha yüksek fiyatla alış yaptığını kanıtlaya dahi, bu fiyat artışı ile rekabet ihlali arasındaki illiyet bağına ispat etmek durumunda kalacaktır. Türk hukukunda, haksız fiil sorumluluğu konusunda uygun illiyet bağı teorisi kabul edilmektedir. Bu teoriye göre, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre söz konusu hukuka aykırı fiil gerçekleşen zararı meydana getirmeye elverişli nitelikte görülmekte ise, tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.²⁰⁷ Dolaylı alıcılar, doğrudan alıcının ürünlerindeki fiyat artışının rekabet ihlalinin kaynaklandığını ispat etmeleri halinde tazminata hak kazanabilecektir. Bu ispat yükümünün yerine getirilmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte, fiili olarak çoğu durumda başa çıkılmaz derecede zor olacaktır.²⁰⁸

Örneğin, lastik üreticileri arasındaki bir kartelden ötürü araba üreticilerine satılan lastik fiyatlarında meydana gelen bir artışın, arabaların alıcılarına yansıtıldığının ispatı neredeyse imkânsızdır. Öncelikle, lastiklerin maliyeti, arabanın toplam maliyeti içerisinde oldukça düşük bir yer işgal etmektedir. Bu sebeple, arabaların fiyatındaki artışın lastik fiyatlarındaki artıştan kaynaklanıp kaynaklanmadığını belirlemek oldukça güçtür. Çeşitli ekonomik analizler sonucu, rasyonel olduğu kabul edilen araba üreticilerinin söz konusu fiyat artışını kendi ürünlerine yansıtacağı sonucuna varılsa dahi²⁰⁹, bunun somut olayda gerekli illiyet bağına kurmak için yeterli olduğu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte, ara teşebbüslerin satın aldıkları ürünü

²⁰⁷ Eren 2009, s.492; Oğuzman ve Öz 2006, s.519; Kılıçoğlu 2007, s.214.

²⁰⁸ Sanlı 2003, s.227; İNAN, N. (1999), "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, s.16.

²⁰⁹ Schaefer 1975, s.921 vd.

değiştirmeden kendi müşterilerine sattığı durumlarda, illiyet bağının ispatı daha kolay olabilir.

Passing-on savunmasının uygulanabilirliği açısından da sorun benzerlik göstermektedir. Davalı taraf, davacı konumdaki doğrudan alıcının ürünlerindeki fiyat artışı ile rekabet ihlali arasındaki illiyet bağını ispat etmelidir. Yukarıdaki örnekte ihlale katılan lastik üreticileri, araba fiyatlarında meydana gelen artışın söz konusu lastik fiyatlarındaki artışın yansıtılması sonucu gerçekleştiğini ispat etmelidir. Teorik olarak mümkün olan bu ispatın da gerçek hayatta gerçekleştirilmesi oldukça zor olacaktır.²¹⁰

Sonuç olarak *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının Türk haksız fiil hukuku çerçevesinde teorik de olsa uygulanabileceği söylenebilir. Ancak, Türk rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunun amacını ve usul ekonomisini de dikkate alarak mevcut hukuk yaklaşımının devamının isabetli olup olmadığı tartışılabilir. Bu tartışmaya aşağıda yer verilecektir.

5.2.2. Gabin (Aşırı Yararlanma) Hükümlerinin Uygulanması

Passing-on savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin tartışmalar, tamamen haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde yapılmaktadır. Doğrudan alıcının rekabeti ihlal eden teşebbüs ile arasındaki sözleşmeye dayanarak bir talepte bulunup bulunamayacağı sorunu, sadece Türkiye’de değil ABD ve AB hukuklarında da pek tartışma konusu olmamıştır. Buradaki muhtemel sözleşmesel sorumluluk tartışması, Yeni BK’da aşırı yararlanma olarak adlandırılan gabin hükümlerinin²¹¹ rekabet ihlali sebebiyle sözleşme konusu ürünün fiyatının artması haline uygulanıp uygulanamayacağı sorununa ilişkin olacaktır.

Türk hukukunda gabinin söz konusu olabilmesi için, objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsurun bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Objektif unsur, tarafların edimleri arasında açık oransızlık bulunması durumunu ifade etmektedir.²¹² Bu unsur, Yeni BK m.28’de, “*bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa*” şeklinde ifade edilmiştir. Edimler arasındaki oransızlığın, bu unsurun varlığı için gerekli olacak şekilde açık olup olmadığı konusunda, hâkimin Türk Medeni Kanunu²¹³ m.4 uyarınca takdir

²¹⁰ Kortunay 2009, s.125.

²¹¹ Yeni BK m.28 f.1’e göre, “*Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir*”.

²¹² Eren 2009, s.378; Oğuzman ve Öz 2006, s.114.

²¹³ Resmi Gazete Sayı:24607, Tarih: 08.12.2001.

yetkisi söz konusudur.²¹⁴ Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı, edimler arasındaki farkın, %50 ve üzeri oranda olması halinde açık oransızlığın varlığının, %25 ve altı oranda olması halinde ise yokluğunun kabulü yönündedir. Edimler arasındaki farkın %25 ile %50 arasında olması halinde ise, açık oransızlık bulunup bulunmadığını hâkim takdir edecektir.²¹⁵ Bu kapsamda, tekeli fiyatlandırma durumlarında edimler arasındaki açık oransızlık, tekeli fiyat ile söz konusu ürün için rekabetçi piyasa şartlarında oluşması gereken fiyat arasındaki farkın oranın %50 ve üzeri olduğu durumlarda herhalde, %25'in üzerinde olması halinde ise hâkimin takdirine göre gerçekleşmiş sayılacaktır.

Sübjektif unsur ise, edimler arasındaki oransızlığın zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Rekabet ihlalleri durumunda, bu unsurun karşılanması, sadece zarar görenin zor durumda olması haline ilişkin olacaktır. Gerçekten de ikamesi olmaması sebebiyle kartel üyelerinden veya hâkim durumdaki teşebbüsten ürün tedarik etme zorunluluğu olan alıcının zor durumda olduğu kabul edilebilir. Nitekim Eren, zarar görenin zor durumda olduğu durumlara örnek olarak, kasabadaki tek hekimin bu durumdan yararlanarak yüksek fiyat öngörmesi halini vermiştir. Bir hâkim durumun kötüye kullanılması sayılan bu örnekte, tedavi görmek isteyenlerin zor durumda olduğuna şüphe yoktur. Kartelden kaynaklı tekeli fiyatlandırma durumlarında da bu tespit geçerli olmaya devam edecektir. Örneğin, söz konusu kasabada sağlık hizmeti veren birden fazla hekimin bu hizmetlerinin fiyatı konusunda anlaşmaları halinde, bunların müşterilerinin zor durumda olduğu kabul edilmelidir.

Alıcıların zor durumda olduğunun kabulü için, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi hâkim teşebbüsün veya kartelin mutlaka 100 %'lük bir pazar payına sahip olması gerekli değildir. İlgili pazarda başka rakip teşebbüsler bulunmasına rağmen, bunların üretim kapasitesi veya dağıtım zinciri yetersizliği ya da benzeri nedenlerle pazardan kendilerine yöneltilecek ek talebi karşılayamadığı hallerde, hâkim teşebbüs veya kartel üyelerinin alıcılarının, fiyatı artan ürünü başka yoldan tedarik etme imkânına sahip olmadıkları için zor durumda olmalarından bahsedilebilecektir. Bu alıcıların, söz konusu ürünü veya onun ikamesi niteliğindeki ürünleri başka şekilde tedarik edebilmesi halinde, kartelin veya hâkim teşebbüsün tekeli fiyatlandırma politikasını sürdürebilme imkânı

²¹⁴ Eren 2009, s.379; ÖZKAYA, E. (2000), *Gabin Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.25 vd.

²¹⁵ KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt*, Dördüncü Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, s.483 vd.

çoğu durumda zaten olmayacaktır. Bu sebeple, tekelci fiyatlandırma karşısında sözleşme tarafı alıcıların zor durumda bulunduğunun kabulü gerekmektedir.²¹⁶

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu²¹⁷ m.18 f.2 uyarınca, tacir sıfatına sahip olmaları sebebiyle basiretli bir iş adamı gibi davranması gereken doğrudan alıcıların düşüncesizliği veya deneyimsizliği kapsamında gabin hükümlerine dayanamayacağı kabul edilmekle birlikte, buna zarar görenin zor durumda olması hali dâhil değildir.²¹⁸ Bu nedendir ki, rekabet ihlali sebebiyle tekelci fiyatlandırmanın ortaya çıktığı durumlarda, doğrudan alıcının gabin hükümlerine dayanması teorik olarak mümkün olabilir.

Yeni BK m.28'e göre, gabinin varlığı halinde zarar gören taraf, sözleşmeyi iptal edebilir ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Eski BK m.21'de, gabin durumunda zarar gören tarafa sadece sözleşmeyi iptal hakkı tanınmıştı. Ancak, iptal halinde dahi sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk çerçevesinde edimler arasındaki oransızlık sebebiyle tazminat istenebileceği doktrindeki bazı yazarlarca kabul edilmiştir.²¹⁹ Yeni BK'da zaten zarar görene sözleşmeye devam ederek oransızlığın giderilmesini isteme imkânı tanındığından, doğrudan alıcılar, herhangi bir tartışmaya yer kalmadan bu imkâna dayanarak rekabet ihlalden kaynaklanan hukuka aykırı fiyat artışının tazminini isteyebilecektir.

Sonuç olarak her ne kadar genel kabul görüp görmeyeceği tartışmalı olsa da yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, doğrudan alıcıların RKHK m.57 uyarınca haksız fiil sorumluluğu yerine Yeni BK m.28 uyarınca gabin hükümlerine dayanarak rekabet ihlalcisinin uyguladığı hukuka aykırı fiyat artışının kendisine ödenmesini talep etmesi mümkündür. Burada bir sözleşmesel sorumluluk söz konusu olduğu için, davalının davacının fiyat artışını kendi alıcılarına yansıttığını ileri sürmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, üçüncü kişi konumundaki dolaylı alıcıların taraf olmadıkları sözleşmeye dayanması da söz konusu olamaz. Bu durumda, fiyat artışını tümüyle kendi alıcılarına yansıtan doğrudan alıcıların, gabin hükümlerine göre fiyat artışının iadesini; dolaylı alıcıların ise, RKHK'nın haksız fiil sorumluluğu hükümlerine dayanarak aynı

²¹⁶ Tekelci fiyatlandırma durumlarında, kartel üyelerinin veya hâkim durumdaki teşebbüsün alıcılarının söz konusu zor durumundan yararlanmak amacıyla fiyat artışı gerçekleştirdiği konusu da tartışma götürmemektedir.

²¹⁷ Resmi Gazete Sayı 27846, Tarih: 14.02.2011. Ayrıca bkz. 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu (Resmi Gazete Sayı: 09.07.1956) m.20 f.2.

²¹⁸ ARKAN, S. (2003), *Ticaret İşletme Hukuku*, Yedinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s.133. Bazı yazarlar, zor durumda olma halinden sadece gerçek kişilerin değil tüzel kişilerin de yararlanabileceğini belirterek bu görüşü desteklemişlerdir (Eren 2009, s.380; Özkaya 2000, s.29; Kocayusufpaşaoğlu 2008, s.489).

²¹⁹ Eren 2009, s.382; Kocayusufpaşaoğlu 2008, s.489.

tutar için tazminat ödenmesini talep etmesi söz konusu olabilir. Her ne kadar bütün tekeli fiyatlandırma durumlarında edimler arasında açık bir oransızlık bulunmasa da²²⁰ söz konusu durumun gerçekleşme ihtimalinin, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin bir politika belirlenirken dikkate alınması gerekmektedir.

5.3. RKHK Tasarısı ve Öneriler

5.3.1. Genel Olarak

2008 yılında Bakanlar Kurulu tarafından meclise sunulan ve RKHK'yı gözden geçiren RKHK Tasarısı, m.57'ye ilişkin de bir takım değişiklikler öngörmektedir. Ancak, bu değişiklikler çerçevesinde *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin bir belirlemede bulunulmamıştır. Yukarıda çeşitli defalar açıklandığı üzere, rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarının yaygınlaşmasının sağlanmasında, kimlerin dava açabileceğinin açıklığa kavuşturulmasının dikkate değer bir önemi vardır. Haksız fiil sorumluluğu ilkeleri çerçevesinde yukarıda belirtildiği üzere, her iki kuralın da uygulanacağı teorik olarak kabul edilebilse dahi bu konuda yeteri kadar açıklık söz konusu değildir. Buna ek olarak *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının bu şekilde birlikte uygulanmasının rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunun amacı ve usul ekonomisi açısından doğru bir politika olup olmadığı tartışılmalıdır. Bu bağlamda, gerekli açıklığın sağlanması ve tazminat davası açılmasının kolaylaştırılması açısından, RKHK'da söz konusu hususlara ilişkin bir politika belirlenmesi faydalı olacaktır. Bu bölümde, ilk önce Türk rekabet hukukunda tazminat davalarının amacının ne olması gerektiği hususu tartışılacaktır. Sonrasında ise, *passing-on* savunması, dolaylı alıcı kuralı ve toplu dava hakkına ilişkin öneriler sunulacaktır.

5.3.2. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Amacı

Türk doktrinindeki hâkim görüşe göre, haksız fiil hukukunun ilk ve başlıca amacı, zarar görenin zararının tazmin (telafi) edilmesidir.²²¹ Bununla birlikte,

²²⁰ Ürünlerdeki fiyat artışı, bazı durumlarda bir rekabet ihlali teşkil edecek şekilde zor durumdaki müşterinin tercih etmediği bir sözleşme türünün yapılmasından kaynaklanabilir. *Hanover Shoe* kararının konusunu oluşturan ihlal, bu duruma güzel bir örnek teşkil etmektedir. Söz konusu olayda, ayakkabı üretiminde kullanılan makineler pazarında hâkim durumda olan United, makinelere ilişkin olarak müşterilerinin satın alma talebini reddederek kira sözleşmesi yapmayı tercih etmiştir. Buradaki fiyat artışı, kira fiyatının yüksek olmasından değil, daha az maliyete neden olacak satın alma sözleşmesi yerine kira sözleşmesinin yapılmasından kaynaklanmaktadır. Gabin hükümleri, zor durumda kalan sözleşme tarafına kendi tercih ettiği sözleşme türünün akdedilmesini talep etme hakkı vermemektedir. Bu sebeple, söz konusu durumlarda meydana gelen fiyat artışının gabin hükümlerine göre tazmin edilmesi mümkün değildir.

²²¹ Eren 2009, s.466; Oğuzman ve Öz 2006, s.573; NOMER, H.N. (1996), *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta, İstanbul, s.33.

doktrinde, haksız fiil sorumluluğunun zararı önleme (caydırma) amacının da olduğu belirtilmektedir.²²² Ancak, hâkim görüş, söz konusu önleyicilik amacının birincil amaç olan tazmin etme amacı açısından tamamlayıcı nitelik taşıdığını yönündedir.²²³

Sanlı, tazminat davalarının temel amacının mağdurların zararlarının tazmin edilmesi olduğunu savunan hâkim görüşü ciddi şekilde eleştirmektedir.²²⁴ Yazar, haksız fiil hukukunun amacının sosyal refahın maksimize edilmesi olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede mağdurların zararlarının tazmin edilmesi, tek başına bir amaç olmaktan öte, sosyal refahın maksimize edilmesi sağlayan bir araç niteliğinde sayılmalıdır.²²⁵ Yazara göre, caydırıcılık amacı, kişileri özenli davranmaya yönelterek sosyal maliyet yaratan zararların oluşmasını engellemesi sebebiyle, son tahlilde haksız fiil hukukunun asıl amacını oluşturmaktadır.²²⁶

Haksız fiil hukukunun sosyal refahın arttırılmasına hizmet edici bir amaçla kullanılması mümkündür. Ne var ki, bu imkân, haksız fiil kurumuna toplum tarafından atfedilen asıl işlevin refah artışı yaratan bir önleyicilik sağlanması olduğu anlamına gelmemektedir. Bir başkasının davranışı sonucu zarara uğrayan bir kimsenin toplumsal adalete duyduğu güven, bu zararının tazmin edilmemesi durumunda azalacaktır. Burada tazmin için kusurun gerekliliği, zararın giderilmesi amacının geçerliliğini azaltmamaktadır. Kusur şartının varlığı, gerekli özeni göstermesine rağmen davranışlarıyla başkasına zarar veren kimselerin söz konusu zararı tazmin etme külfetiyle karşılaşmaları sebebiyle toplumsal adalete güvenlerinin azalmasını engellemektedir. Kısacası, bireyler ve toplum nezdinde barışçıl bir adaletin sağlanması, kusurlu davranışları sebebiyle başkalarına zarar verenlerin kural olarak bu zararları tazmin etmesini gerekli kılmaktadır. Kusurun aranmadığı sebep ve tehlike sorumluluklarında da söz konusu adaletin gereği olarak zarar verenin tazmin etme yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir.

Haksız fiile ilişkin yasal düzenlemeler, bu konudaki toplumsal uzlaşının bir görünümü olarak bireyler açısından belirlilik sağlamaktadır. Haksız fiil hukuku, bireylerin tazminat sorumluluğuna maruz kalmamak için daha özenli hareket etmesini sağlayarak bir caydırıcılık veya önleyicilik işlevi görebilir.

²²² Eren 2009, s.466 vd.; Nomer 1996, s.35. Doktrinde, tazminat davalarının hakkın devam ettirilmesi amacının da olduğu ifade edilmektedir (Eren 2009, s.467; Nomer 1996, s.34).

²²³ Eren 2009, s.467.

²²⁴ SANLI, K.C. (2007), *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, Arıkan, Denizli, s.155 vd.

²²⁵ Ibid. s.169 vd.

²²⁶ Ibid. s.172 vd.

Ancak, bu işlev, tazmin etme işlevini tamamlayıcı nitelikte olup esas olarak daha etkili araçlara sahip olan kamu hukuku yaptırımlarına özgülenmelidir.

Mağdurların zararlarının tazmin edilmesinin yarattığı yargısal ve idari masraflar bir takım sosyal maliyetler yaratsa da tazmin edici adaletin sağlanmasına toplumca atfedilen değer bu masraflara katlanılmasını haklı kılmaktadır. Kaldı ki, bireylerin uğramış olduğu zararların tazmin edilmesinin mümkün olmadığı bir kurguda, bireysel anlamda bu zararlara katlanmamak için yapılacak masraflar çok daha yüksek sosyal maliyet yaratabilecektir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, Türk hukukundaki hâkim görüşün kabul ettiği gibi, haksız fiil sorumluluğunun birincil amacının toplum nezdinde önemli bir değer atfedildiği üzere mağdurların zararlarının tazmin edilmesi olduğu söylenebilir. Türk borçlar hukuku kapsamında, caydırıcılık amacına öncelik veren görüşler yeterince ikna edici değildir.

Caydırıcılık amacını öne çıkaran görüşler, Türk rekabet hukuku kapsamındaki haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak daha güçlü savunulmaktadır. Söz konusu görüşlerin başlıca dayanak noktası, *Clayton* Kanunu m.4'e benzer şekilde, RKHK m.58 f.2'nin hâkime zararın üç katına kadar tazminata hükmetme yetkisi tanınmasıdır. Bu bağlamda, uğranılan zarardan daha yüksek bir tazminat öngörülmesinin kanun koyucunun rekabet ihlallerinin caydırılması amacına öncelik vermesinden kaynaklandığı iddia edilmektedir.²²⁷ Üç katına kadar tazminatın, muhtemel rekabet ihlalcileri açısından ihlalin gerçekleştirilmesini maliyetli hale getirerek caydırıcılığı arttıracığı doğrudur. Ancak, üç katı tazminat, genellikle çok düşük zarar gören tüketicileri tazminat davası açmaya teşvik ederek tazmin edici adaletin sağlanmasını da kolaylaştırabilir.²²⁸ Bu nedenle, üç katına kadar tazminat, sadece caydırıcılık amacına değil tazmin etme amacına da hizmet etmektedir. RKHK m.58 f.2'de, *Clayton* Kanunu m.4'den farklı olarak hâkime, herhalde üç katı tazminata hükmetme zorunluluğu getirilmemiştir. Bunun yerine, hâkime zararın üç katına kadar tazminata hükmetme yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla, ABD doktrininde tazminat davalarının asıl amacının caydırıcılık olduğunu savunan görüşlerin, Türk hukuku açısından tamamen geçerli olduğunu söylemek güçtür. Buna ek olarak asıl amaç rekabet ihlallerini caydırmak ise, Rekabet Kurulu tarafından verilen idari para cezalarının miktarının artırılması çok daha etkili bir yöntem olabilir.²²⁹

²²⁷ Sanlı 2006, s.206; Şahbaz 2009, s.6.

²²⁸ Davis ve Lande 2008, s.882 vd.

²²⁹ Bkz. Wils 2003, s.16.

Sonuç olarak Türk rekabet hukuku kapsamında tazminat davalarının amaçları arasında toplumca atfedilen değer açısından bir sıralama yapılması gerektiğinde, tazmin etme amacına öncelik verilmesi görüşü daha kabul edilir gözükmektedir. En azından, caydırıcılık amacının elde edilmesi uğruna tazmin etme amacının feda edilebileceğinin savunulması mümkün değildir. Bu çerçevede, Türk rekabet hukukunda *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin bir politika tercihi yaparken, tazmin etme amacı göz ardı edilmemelidir. Caydırma ve tazmin etme amaçlarının her ikisi de toplum tarafından kendilerine atfedilen değer ölçüsünde bu politika tercihinde dikkate alınmalıdır.

5.3.3. *Passing-on* Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralına İlişkin Çeşitli Politika Tercihlerinin Değerlendirilmesi

5.3.3.1. Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği üzere, mevcut düzenlemeler çerçevesinde Türk hukukunda *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de uygulanması teorik düzeyde de olsa mümkün gözükmektedir. Türkiye’de rekabet ihlallerine karşı açılan dava sayısındaki eksiklik sebebiyle, bu kuralların uygulamadaki etkisini gözleme imkânı mevcut olmamıştır. Dolayısıyla, bu konuda tercih edilecek politikaya ilişkin yapılacak değerlendirmeler de teorik düzeyde kalacaktır. Yine de söz konusu değerlendirmeler, uygulamadaki etkilere ilişkin doğru öngörülerde bulunulmasını sağlayabilir.

Rekabet ihlallerinden doğan zararların, ekonomik zarar olmasının ve toplumun çeşitli katmanlarına dağılmasının yarattığı zorluklar sebebiyle, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin belirlenecek politikanın her yönüyle sorunsuz olması mümkün değildir. Kanun koyucu, bu politikayı belirlerken herhalde tazmin edici adalet, caydırıcılık ve sosyal maliyet konusunda bir takım fedakârlıklarda bulunmak durumunda kalacaktır.

5.3.3.2. Her İki Kurala da İzin Verilmesi

Passing-on savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de uygulanması durumunda, fiyat artışının ne ölçüde dağıtım zincirinde yayıldığı belirlenmesinin yarattığı zorluk ve aynı ihlale ilişkin dava sayısındaki yükseliş nedeniyle yargısal masraflar artacaktır.

Bunun yanında, söz konusu kuralların birlikte uygulanması, doğrudan alıcıların dava açma motivasyonlarını düşürebilir. Burada, satışlardaki düşüş sonucu meydana gelen kar kaybının tazminini isteme olanağının doğrudan alıcıların motivasyonuna etkisini incelemek gerekir. Doğrudan alıcıların fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtması halinde, bu müşterilerin söz konusu

ürünü almaktan vazgeçmesi veya başka ürünlere yönelmesi söz konusu olabilir. Doğrudan alıcının, ihlal ile bu satış kaybı sebebiyle uğradığı zarar arasındaki illiyet bağıını ispat etmesi halinde tazminata hak kazanacağı konusunda kuşku yoktur. Ancak, herhalde söz konusu kar kaybı sebebiyle talep edilecek tazminatın tutarı, hukuka aykırı fiyat artışına katlanılması halinde ödenecek tutardan daha yüksek olamayacaktır. Bunun temelinde, doğrudan alıcının daha fazla zarara uğramak yerine fiyat artışına katlanacağı düşüncesi yatmaktadır. Arz talep elastikiyetine bağlı bu değerlendirmeyi gereği gibi yapamaması sebebiyle, doğrudan alıcının somut olayda daha fazla zarar görmesi söz konusu olabilir. Fakat buradaki hukuka aykırı fiyat artışını aşan zarara basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan doğrudan alıcının katlanması gerektiği kabul edilmelidir. Arz ve talep elastikiyetinin esnek olması sebebiyle doğrudan alıcının fiyat artışını yansıtmakla daha fazla zarara uğrayacağını bariz olduğu durumlarda *passing-on* savunmasının kabulü pek mümkün olmayacağı için, söz konusu problem zaten ortaya çıkmayacaktır.

Aleyhine *passing-on* savunması kabul edilen doğrudan alıcının, hukuka aykırı fiyat artışının altında bir kar kaybının tazminini talep etmesi de oldukça zor olacaktır. Doğrudan alıcı, öncelikle sadece kendisinin değil rakiplerinin de satışını kapsayacak şekilde söz konusu ürüne ilişkin satışlarda genel bir azalmanın meydana geldiğini ispat etmelidir. Bu ispat yükü, çok daha kapsamlı bir araştırma gerektirdiğinden, fiyat artışının yansıtılmasının ispatına göre daha fazla bir kanıtsal karmaşa yaratacaktır. Doğrudan alıcı, sadece ürün satışlarında genel bir azalmanın olduğunu değil aynı zamanda bu azalmanın rekabet ihlalinden kaynaklandığını ispat etmelidir. Ürüne ilişkin talebin, ekonomik kriz veya yeni bir ürünün piyasaya çıkması gibi başka bir sebepten kaynaklanması da mümkündür. Dolayısıyla, kar kaybına ilişkin zarar talebi oldukça spekülative olacak ve *passing-on* savunmasına izin verilmesi sebebiyle doğrudan alıcıların dava açma motivasyonlarında meydana gelecek azalmayı telafi etmeyecektir. Bu nedenledir ki, doğrudan alıcıların rekabet hukukunun daha etkin uygulayıcısı olduğunun kabul edilmesi halinde, tazminat davalarının caydırıcılık özelliğinin azalması söz konusu olabilir.

Bu çerçevede, AB Komisyonu'nun Beyaz Kitap'ta önerdiği ve Türk hukukunda da şuan kabul edildiği söylenebilecek olan *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kurallarının bir arada uygulanması, yargısal masraflardaki yükseliş sebebiyle tazminat davalarının sosyal maliyetini arttırıcı, caydırıcılığını ise azaltıcı etki gösterebilir.

5.3.3.3. Her İkisi Kuralın da Reddedilmesi

Türk doktrininde, bir önceki bölümde belirtilen gerekçelerle, ABD Yüksek Mahkemesi'nin yaklaşımına paralel şekilde *passing-on* savunması ve dolaylı

alıcı kuralının her ikisine de izin verilmemesi gerektiği savunulmuştur.²³⁰ Bu yaklaşım, çoğu durumda rekabet ihlalden zarar gören kesim olan dolaylı alıcıların tazminat hakkını ortadan kaldırdığı için tazmin etme amacına uygun düşmemektedir. Bu çerçevede, Landes ve Posner'in doğrudan alıcıların elde edecekleri tazminatı fiyatlarda indirim olarak dolaylı alıcılara yansıtacağı iddiası gerçekçilikten uzaktır.²³¹

Sadece doğrudan alıcılara dava açma hakkı verilmesinin, caydırıcılığı arttıracığı iddiası da her zaman doğru olmayabilir. Doğrudan alıcının dolaylı alıcılara göre ihlalleri tespit etme konusunda daha fazla imkâna sahip olmasının, Türk uygulaması açısından dikkate değer bir önemi bulunmayabilir. Doğrudan alıcılar, çoğu durumda ihlalden Rekabet Kurumu'nun bir soruşturması veya kararı sonucu haberdar olacaktır. Alıcının kendisi ihlali tespit etse dahi, dava açarken aynı zamanda Rekabet Kurumu'na şikâyette bulunmayı düşünebilecektir. Tazminat davası hakkı olmasaydı dahi, doğrudan alıcının karteli şikâyet etme motivasyonuna sahip olacağı söylenebilir. Bu motivasyondan yoksun bir doğrudan alıcının, tazminat davası açma hakkı olsaydı dahi buna başvuracağı oldukça şüpheli olacaktır.

Doğrudan alıcıların, bireysel olarak çok daha küçük zarar gören ve sayıca fazla olan dolaylı alıcılara göre, dava açma konusunda daha yüksek motivasyona sahip olacağı kabul edilebilir. Ancak, fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtan doğrudan alıcıların bu motivasyonu düşük olacaktır. Kaldı ki, toplu dava açılmasına ilişkin yaratılacak mekanizmalar sayesinde dolaylı alıcıların dava açması kolaylaştırılabilir.

Fiyat artışının yansıtılması analizi yapılmayacağı ve dava sayısı nispeten daha düşük olacağı için, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralını reddeden bir politikanın daha az yargısal maliyet yaratacağı söylenebilir. Ne var ki, ne bu gerekçe ne de doğruluğu oldukça kuşkulu olan caydırıcılığın artacağı iddiası, tazmin etme amacına tamamen aykırı olan söz konusu politika tercihini haklı kılacaktır.

5.3.3.4. Passing-on Savunması Reddedilirken Dolaylı Alıcı Kuralına İzin Verilmesi

5.3.3.4.1. Genel Olarak

Tazminat davalarında kimlerin davacı olabileceğine ilişkin bir başka politika tercihi, *passing-on* savunması reddedilirken dolaylı alıcı kuralına izin verilmesi olabilir. Bu görüş, yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere, *Illinois Brick*

²³⁰ Sanlı 2006, s.227 vd.

²³¹ Bkz. yuk. s.29 vd.

kararına muhalif kalan Yüksek Mahkeme hâkimleri ve ABD doktrinindeki bir kısım yazar tarafından da savunulmuştur. Bu tercih açısından, ikili bir ayırım yapılabilir. Buna göre, aynı tutar için hem doğrudan alıcılara hem de fiyat artışının son olarak yansıdığı dolaylı alıcılara ayrı ayrı tazminat hakkı verilmesi söz konusu olabilir. Diğer bir olasılık ise, ihlalciler tarafından doğrudan alıcıya karşı *passing-on* savunmasının kullanılmasına izin verilmemekle birlikte, ihlale ilişkin tek bir tazminat tutarının doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında uğradıkları zarar ölçüsünde paylaşılmasıdır.

5.3.3.4.2. Doğrudan ve Dolaylı Alıcılara Ayrı Ayrı Tazminat Hakkı Verilmesi

Bu politika tercihi, fiyat artışının dağıtım zincirine nasıl dağıldığının analizini gerektirmediği için tazminat davalarını karmaşık hale getirmeyecektir. Bu sebeple, yargısal masraflarda da diğer tercihlerle kıyaslandığında dikkate değer bir artış meydana gelmeyecektir. Bu türlü bir politika tercihi, muhtemel davacı grubu sayısını ve muhtemel tazminat tutarını arttırması sebebiyle, söz konusu davaların caydırıcılığını arttıracaktır. Burada ihlalcinin aynı tutar için iki kez tazminat tutarı ödeme zorunluluğunun, aşırı caydırıcılık sağlayarak ekonomik açıdan yararlı sayılabilecek bazı anlaşma ve eylemlerin gerçekleşmesini engelleyebileceği ileri sürülebilir. Genellikle Türkiye’de tazminat davaları Rekabet Kurulu’nun ihlal kararını takip edeceği veya mahkemeler Rekabet Kurulu’nun kararını bekletici mesele yapacağı için,²³² ekonomik olarak yararlı anlaşma ve eylemlerin caydırılacağı iddiası şuan ki Türk uygulaması açısından pek geçerli gözükmemektedir.

Çifte tazminat sorumluluğu, esas olarak tazmin edici adalet açısından incelenmelidir. Doğrudan alıcı, yukarıda da belirtildiği gibi satış hacminde meydana gelen azalma sebebiyle bir zarara uğrayabilir. Bu nedenledir ki, doğrudan alıcıların tamamen tazminat talebinden yoksun bırakılması, tazmin etme amacına aykırılık teşkil edebilir. Dolaylı alıcılar da çoğu durumda fiyat artışının yansıtılması sebebiyle ihlalin gerçek mağduru olarak tazminat hakkına sahip olmalıdır. Ancak, bu her iki alıcı grubuna da aynı ihlal için ayrı ayrı tazminat hakkı verilmesi durumunda, herhalde en az ikisinden biri uğradığı zarardan daha fazlası için tazminata hak kazanacaktır. Bu halde, ihlalciler de vermiş olduğu zarardan daha fazla bir tutar için tazminat yükümlülüğüne tabi olacaktır. Fakat Kanun’da üç katına kadar tazminat kurumuna yer verildiği düşünüldüğünde, meydana gelen zarardan daha yüksek bir tutar için tazminata hükmedilmesi, tek başına kanun koyucu tarafından kabul edilen tazmin edici adalet anlayışına aykırılık teşkil etmemektedir. Bu şekilde bir aykırılık, ancak

²³² Bkz. Yargıtay 19. HD, E. 1999/3350, K. 1999/6364, T. 01.11.1999; Yargıtay 19. HD, E. 2006/2809, K. 2006/ 10346, T. 6.11.2006

aynı hukuka aykırı fiyat artışı için doğrudan ve dolaylı alıcıların elde ettiği tazminatın söz konusu artışın üç katını geçmesi halinde söz konusu olacaktır. Bu halde, artık ihlalciden söz konusu tutarı ödemesi toplumsal adalet çerçevesinde beklenemeyeceği kabul edilmelidir.

Dolayısıyla burada yapılması gereken analiz, bu tercih çerçevesinde ihlalcinin Kanun'da öngörülen azami sınırı aşan bir tazminat riskiyle karşılaşma ihtimaline ilişkin olacaktır. Bu konuda Türk hukuku, ABD ve AB hukuklarına göre önemli derecede farklılık göstermektedir. AB hukukunda uğranılan zarar kadar tazminat istenilebileceği için, doğrudan ve dolaylı alıcıların her ikisinin de hukuka aykırı fiyat artışı tutarında tazminata hak kazanması, herhalde tazminatın üst limitini aşacaktır. ABD hukukunda ise mahkemeler, herhalde fiyat artışının üç katı kadar tazminat tutarına hükmetmek zorundadırlar. Bu sebeple, doğrudan ve dolaylı alıcıların aynı artış için dava açması halinde ihlalcisi, zararın altı katı gibi çok yüksek bir tazminat yükümlülüğü ile karşılaşacaktır.

RKHK m.58 f.2'de ise, hâkime fiyat artışının üç katına kadar tazminat hükmetme konusunda bir takdir hakkı tanınmıştır. Bu nedenle, Türk uygulaması açısından, doğrudan alıcılar ve fiyat artışının son olarak yansıdığı dolaylı alıcılar lehine aynı hukuka aykırı fiyat artışı için ayrı ayrı hükmedilen tazminatın toplamı, her zaman kanuni tazminat üst limiti sayılabilecek olan fiyat artışının üç katını geçmeyebilir. Örneğin, her iki alıcı grubunun da fiyat artışı kadar tazminata hak kazanması durumunda, toplam tazminat fiyat artışının iki katı olacak ve tazminat üst limitini aşmayacaktır. Kıta Avrupası hukukunu takip eden Türk haksız fiil hukukunda zarar oranında tazminat genel kural olduğundan, mahkemelerin bu genel kurala istisna teşkil eden üç katına kadar tazminat kuralını uygulamak konusunda pek istekli olmayacağı da söylenebilir. Dolayısıyla, tazminatın zararın üç katını aşması ihtimali, her iki alıcı grubu dava açsa dahi çok yüksek değildir.

Buna ek olarak ihlalcilerin çifte tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için aynı ihlale ilişkin olarak hem doğrudan hem dolaylı alıcıların tazminat davası açması gereklidir. Hâlihazırda tekelleri fiyatlandırmaya ilişkin açılmış tazminat davası noksanlığı dikkate alındığında, Türk uygulaması açısından bu olasılığın gerçekleşme ihtimalinin çok daha sınırlı olduğu söylenebilir. Fiyat artışını kendi alıcılarına yansıtan doğrudan alıcının tazminat davası açma motivasyonu çok düşük olacaktır. Fiyat artışının yansıtıldığının ispatının çok güç olduğu durumlarda ise, dolaylı alıcılar tarafından dava açılma ihtimali düşük olacaktır. Yine de çok düşük bir ihtimal olsa bile, ihlalcilerin kanuni üst limitin üstünde tazminat ödemesi söz konusu olabilir. Ancak, bu risk, diğer politika tercihlerinde doğrudan ve dolaylı alıcıların zararlarının tazmin

edilememesi riskinden daha yüksek değildir. Ayrıca hangi politika tercih edilirse edilsin doğrudan alıcılar, dolaylı alıcılar ve ihlalciler arasından en az bir grubun adaletsizliğe uğrama riski söz konusu olacaktır. Bu riskin kötü niyetli hareket eden ihlalciler üzerine bırakılması, hem tazmin etme hem de caydırıcılık amacı açısından en uygun politika olacaktır.

5.3.3.4.3. Tazminat Tutarının Doğrudan ve Dolaylı Alıcılar Arasında Paylaştırılması

ABD uygulamasında, üç katı tazminat kuralı sebebiyle yansımının oranı dikkate alınmaksızın doğrudan ve dolaylı alıcılara ayrı ayrı tazminat hakkı verilmesi, ihlalciler açısından aşırı bir sorumluluk yaratacaktır. Bu sebeple, ABD'de *Illinois Brick* kuralının muhalifleri, *passing-on* savunmasına izin verilmemesini, ancak fiyat artışına ilişkin üç katı tazminatın yansımada oranında doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında paylaştırılmasını savunmuştur. AMK da buna benzer bir çözüm önermiştir.²³³

Böyle bir paylaşırma, ancak rekabet ihlaline ilişkin açılmış olan tüm davaların birleştirilmesi halinde mümkün olacaktır. Hukuk usulü mevzuatında gerekli düzenlemeler yapılması halinde, davaların birleştirilmesi kolaylaştırılabilir. Ne var ki, herhalde bu birleştirme süreci, tazminat davalarını daha da karmaşıklatacaktır ve yargısal masrafları arttıracaktır.

Bu seçenek dâhilinde, fiyat artışının ne oranda yansıtıldığının analizi gerekeceğinden, kanıtsal karmaşıklık da devam edecektir. Bu karmaşıklığın rekabet hukuku konusunda ciddi tecrübe eksikliği olan Türk mahkemeleri tarafından çözülmesi hiç de kolay olmayacaktır. Bu sorun, hâkimlere geniş takdir yetkisi verilerek bir ölçüde çözülebilir. Ancak, hâkimlerin bu takdir yetkisi çerçevesinde hükmedeceği tazminat, her zaman davacıların gerçek zararlarına denk olmayabilir. Bunun yanında, bazı davaların birleştirilememesi sonucu ihlalcinin kanuni üst limitin üzerinde tazminat sorumluluğuna maruz kalması yine söz konusu olabilir. Dolayısıyla, bir önceki politika tercihi göre daha yüksek yargısal maliyet yaratan bu seçeneğin, tazmin etme amacına daha uygun olduğu iddiası da kuvvetli olmayacaktır.

Bu politika tercihinin, caydırıcılık amacı açısından *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de kabul edildiği veya reddedildiği seçeneklere göre daha etkin olduğu söylenebilir. Ancak, tazminatın doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında paylaştırılmadığı seçeneğe göre ise, daha az bir caydırıcılık söz konusudur. Paylaştırılma sonucu herhangi bir tazminata hak kazanamama ihtimali, doğrudan davacıların dava açma motivasyonlarını düşürebilir. Aynı ihtimal, dolaylı alıcılar açısından da söz konusu olabilir.

²³³ Bkz. yukarı s.40 vd.

5.3.4. Öneriler

5.3.4.1. Passing-on Savunması

Yukarıda da belirtildiği gibi, doğrudan alıcılar, fiyat artışını kendi alıcılarına yansıtırsa dahi satış kaybindan dolayı bir zarara uğrayabilir. Buna ek olarak doğrudan alıcılar, bazı durumlarda gabin hükümleri uyarınca da fiyat artışının tazminini talep edebilir. Fiyat artışının yansıtıldığına fiili olarak ispatı da çok zor olacaktır. *Hanover Shoe* kararında Yüksek Mahkeme'nin belirttiği gibi, bütün ekonomik göstergeler fiyat artışının yansıtıldığını gösterse dahi, doğrudan alıcının böyle bir artışın yokluğunda fiyatlarını yükseltmeyeceğini ispat etmek mümkün olmayabilir. Özellikle doğrudan alıcının rekabet ihlali sona erdikten sonra da yüksek fiyat uygulamaya devam etmesi halinde, *passing-on* savunması tüm ekonomik dayanaklarına rağmen kabul edilmeyebilir. Bu nedenle, RKHK'da *passing-on* savunmasına kural olarak izin verilmemelidir.

Ancak, bu genel kurala iki istisna öngörülmelidir. Bunlardan birincisi, ABD Yüksek Mahkemesi'nin de *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararlarında öngördüğü üzere, masraf-artı sözleşmeleridir. Alıcının, üretim maliyetinin üzerine sabit bir kar payının eklenmesiyle fiyatı belirlenen bir ürünü belirli bir miktarda almayı taahhüt ettiği sözleşmeler, masraf-artı sözleşme olarak nitelendirilebilir. Taahhüt edilen işin bedelinin bu şekilde belirlendiği istisna sözleşmelerinin de masraf artı sözleşme olarak tanımlanması mümkündür. Bu tür sözleşmelerde hukuka aykırı fiyat artışı, direkt olarak dolaylı alıcının malvarlığında etki göstermektedir.

İkinci istisna ise, doğrudan alıcının fiyat artışı konusunda rekabet ihlalcisi ile işbirliği içerisinde hareket etmesi halidir. Rekabet ihlalinin uygulanmasına yardım ederek kötü niyetli olan doğrudan alıcının korunmaması en doğru politika olacaktır.²³⁴

Bu iki istisna dışında *passing-on* savunması reddedilmelidir. Bununla birlikte, mahkemelerin, RKHK m.58 f.2'de öngörülen zararın üç katına kadar tazminata hükmetme yetkisini kullanırken, fiyat artışının yansıtılmasını dikkate alması gerektiği kabul edilmelidir. Bu çerçevede, fiyat artışının yansıdığına ilişkin kesin olmasa da güçlü kanıtların varlığı halinde hâkim, zararın bir katını aşan bir tazminata hükmetmemelidir. Örneğin, ihlal konusu ürünü hiç değiştirmeden satan ve rekabet ihlalinin takiben fiyatlarında bir artış olan bir dağıtıcı tarafından açılan tazminat davasında, tazminatın miktarı fiyat artışının bir katını aşmamalıdır. Böylece, dolaylı alıcılar tarafından bir dava açılması

²³⁴ Bu istisna AMK Raporu'nda bazı komisyon üyelerince de dile getirilmiştir (AMK Raporu s.270 dn.).

durumunda, ihlalcinin verdiği zararın üç katından fazlası için sorumlu tutulması ihtimali azalacaktır.

5.3.4.2. Dolaylı Alıcı Kuralı

Fiyat artışının yansıtılması sebebiyle zarar gören dolaylı alıcıların tazminat hakkından yoksun bırakılması, tazmin etme amacına tam bir aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple, Kanun'da dolaylı alıcıların tazminat hakkı açıkça tanınarak bu konuda bir belirlilik sağlanmalıdır. Ancak, uzun dağıtım zincirlerinde, değişik seviyelerde faaliyet gösteren birden fazla dolaylı alıcı grubu olabilir. Bu durumda tazminat hakkı, yalnızca fiyat artışına en son maruz kalan alıcı grubuna tanınmalıdır. Dolayısıyla, bir dolaylı alıcı grubunun tazminata hak kazanabilmesi için, fiyat artışının kendisine yansıtılmış, kendisinin ise bu fiyat artışını müşterilerine yansıtmamış olması gereklidir. Çoğu durumda bu grup, tüketiciler olacaktır.

Fakat fiyat artışının yansıtıldığına ispatının zorluğu sebebiyle, dolaylı alıcılar tarafından dava açılmasını kolaylaştırıcı bir takım hükümler öngörülebilir. Öncelikle, ihlal konusu ürünleri değiştirmeden satan ara teşebbüs niteliğindeki alıcılardan satın alan dolaylı alıcıların fiyat artışı yansımaya maruz kaldığı karine olarak kabul edilmelidir. Buna ek olarak AB Komisyonu tarafından Beyaz Kitap'ta öngörüldüğü gibi, fiyat artışının dolaylı alıcılara bütünüyle yansıtıldığına ilişkin bir başka karine tesis edilmedi. Ancak, hâkim, üç katına kadar tazminata ilişkin takdir hakkını kullanırken yansıma konusundaki göstergeleri dikkate almalıdır.

5.3.4.3. Toplu Dava Açma Hakkı

Türk hukukunda, bir rekabet ihlalinden dolayı zarar görenlerin birlikte tazminat davası açabilmelerini sağlayan bir düzenleme mevcut değildir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²³⁵ ("HMK") m.113'te öngörülen topluluk davası kurumu²³⁶, dernekler ve diğer tüzel kişilere, üyelerinin veya temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak üzere tespit davası açma veya müdahalenin önlenmesini isteme imkânı sağlamıştır. Ancak, bu hüküm, söz konusu kuruluşların, üyelerinin veya temsil ettikleri kesimin uğramış oldukları zararın tazmin edilmesine yönelik olarak topluluk davası açmalarını mümkün

²³⁵ Resmi Gazete Sayı: 27836, Tarih: 04.02.2011. Ayrıca bkz. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ("Eski HUMK") m.43

²³⁶ "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 ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir."

kılmamaktadır. Bunun yanında, bu hüküm, zarar görenlere, temsilci kuruluşlar olmaksızın toplu dava açma hakkı da vermemektedir.

HUMK m.57 ve 58'te düzenlenen ihtiyari dava arkadaşlığı da bu türlü bir işlev görmekten uzaktır. Söz konusu hükümlerde öngörülen dava arkadaşlığı çerçevesinde, her bir davacının davası birbirinden bağımsızdır. Bunun sonucu olarak da yargılama masrafları ve süreleri, taleplerin kabul ve reddi her bir davacı açısından ayrıca söz konusu olacaktır.²³⁷

Bütün davacıların taleplerini birlikte ileri sürmesine ve masrafları ve kanıtları paylaşmasına imkân sağlayacak şekilde toplu dava açma hakkının tanınması, tazminat davalarının etkinliğini arttıracaktır. Özellikle sayıca fazla olan ve bireysel tazminat talepleri düşük olan dolaylı alıcılar açısından, böyle bir imkânın sağlanması oldukça önemlidir. Bu çerçevede, AB Komisyonu tarafından Beyaz Kitap'ta toplu dava konusunda önerilen *opt-in* sistemi, Türk hukuku açısından da kabul edilebilir bir seçenektir. Bu sistem uyarınca, bireysel olarak tanımlanmış potansiyel davacılar, tazminat taleplerini tek bir davada ileri sürebilirler. Tespit edilecek bir yargısal aşamaya kadar diğer potansiyel alıcıların da bu davaya katılmasına izin verilmelidir.

Beyaz Kitap'ta öngörüldüğü gibi, tüketici dernekleri gibi temsilci kuruluşlara veya devlet organlarına da rekabet ihlalinin mağdurları adına dava açma yetkisi tanınabilir. Ancak, bu yetkinin bireysel olarak tespit edilmeyen potansiyel davacıları da kapsamı çeşitli sakıncalar doğurabilir. Öncelikle, bireysel olarak tanımlanmamış bir alıcı grubu adına tazminat elde edilmesi halinde, bu tazminatın nasıl paylaşılacağı problemi ortaya çıkacaktır. Buna ek olarak bazı potansiyel davacılar, tazminat haklarını kullanmak istememeleri sebebiyle kendi adlarına dava açılmasını istemeyebilir. Bu nedenle, söz konusu hallerde tazminatın temsilci kuruluş veya devlet organlarına bırakılması, bu tür davaların tazmin etme amacıyla uyışmayacaktır. Burada önerilecek çözüm, toplu dava açma yetkisi olan kuruluşların, hedeflerindeki potansiyel davacı grubuna, açılacak olan toplu davaya katılmak istemeleri halinde öngörülecek bir süre içerisinde kendilerine başvuru yapılmasını ilan yoluyla duyurması olabilir. Söz konusu kuruluşlar, bu süre içerisinde kendilerine başvuran potansiyel davacılar adına toplu dava açacaktır. *Opt-in* sisteminde olduğu gibi, öngörülen süre içerisinde başvuruda bulunmayan diğer potansiyel davacıların yargılama sürecinde davaya katılmasına izin verilebilir. Ancak, bu davacıların yargılama masraflarını kendileri ödemesi zorunlu kılınabilir.

²³⁷ İhtiyari dava arkadaşlığı konusunda daha fazla bilgi için bkz. KURU, B., R. ARSLAN ve E. YILMAZ (2008), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Değiştirilmiş 18. Baskı, Yetkin, Ankara, s. 513-517

Toplu davaya ilişkin bu önerilerin, RKHK veya HMK'dan ziyade, ABD'de olduğu gibi bu konuda özel olarak çıkartılacak bir kanunda düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Böyle bir kanun, sadece rekabet ihlallerine ilişkin tazminat talepleri konusunda değil, geniş bir kesimin zarara uğradığı benzeri diğer haksız fiil durumları açısından da dava açılmasını kolaylaştırıcı bir etki gösterebilir. Dolayısıyla, toplu dava konusunda, sadece rekabet ihlalleri özelinde değil, daha bütüncül bir yaklaşım gösterilerek Türk hukuk sisteminin geneli açısından bir politika geliştirilmesi daha faydalı olacaktır.

5.3.4.4. Aynı İhlale İlişkin Açılan Davaların Birleştirilmesi

Bir rekabet ihlaline ilişkin olarak açılacak tüm davaların tek bir mahkemede birleştirilmesi, yargısal ve idari masrafları azaltacak ve birbirleriyle çelişkili kararların ortaya çıkmasını engelleyecektir. Ayrıca, doğrudan ve dolaylı alıcılar tarafından açılan davaların birleştirilmesi, ihlalcilerin zararın üç katını aşan bir tazminat sorumluluğu ile karşılaşma ihtimalini de düşürecektir. Bu bağlamda, söz konusu faydaların sağlanması için önerilecek ilk çözüm, bir rekabet ihlaline ilişkin hâlihazırda bir tazminat davası sürdürülmekte ise, diğer mahkemelerin aynı ihlale ilişkin olarak kendi önlerine gelen tazminat taleplerini söz konusu ilk davaya bakan mahkemeye yönlendirmesinin sağlanması olabilir.

Mahkemelere belli şartlarla davaları birleştirme yetkisi veren HMK m.166 (Eski HUMK m.45), bu kapsamda bir ölçüye kadar işlev görebilir. Bu maddeye göre, aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalar arasında bağlantı²³⁸ varsa, ikinci davanın açıldığı mahkemeden söz konusu davaların birleştirilmesi talep edilebilir. Eğer söz konusu mahkemeler aynı yargı çevresinde ise, ikinci mahkeme kendiliğinden de böyle bir karar verebilir.²³⁹ Her iki durumda da ilk davanın açıldığı mahkeme, ikinci mahkemenin söz konusu birleştirme kararı ile bağlı olacaktır.

Aralarında bağlantı bulunması sebebiyle rekabet ihlallerine ilişkin davalar açısından da mahkemeler tarafından birleştirme kararı verilebilir. Ancak, söz konusu davalar açısından davaların birleştirilmesinin önemi dikkate alındığında, bu konuda mahkemelerin takdir yetkisi kaldırarak davaların birleştirilmesinin zorunlu kılınması tartışılabilir. Benze şekilde, HMK m.166'da

²³⁸ HMK m. 166 f.4'e göre; "*Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır.*" Eski HUMK'un aksine, bu fıkrada, davaların sadece aynı sebepten değil benzer sebeplerden doğması da birleştirme sebebi olarak kabul edilmiştir.

²³⁹ Eski HUMK'ta, aynı yargı çevrelerinde bulunan mahkemelerde açılan davaların birleştirilmesi talebi, ilk itiraz olarak öngörülmüştü. HMK m.166, maddenin gerekçesinde de belirtildi gibi, davalarının uzamasının ve çelişik kararların önlenmesi için söz konusu talebi ilk itiraz olmaktan çıkarmıştır.

sadece aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerde açılan davaların birleştirilmesinin mümkün kılınması, tazminat tutarındaki farklılık sebebiyle aynı rekabet ihlaline ilişkin sulh ve asliye mahkemelerinde dava açılması halinde davaların birleştirilmesini engelleyecektir. Bu konuda da rekabet ihlallerine ilişkin davaların birleştirilmesi açısından bir istisna öngörülebilir.

5.3.4.5. Özel Hukuk Sorumluluk Hükümlerinin Yarışmasının Önlenmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, doğrudan alıcılar, şartlarının gerçekleşmesi halinde teknelci fiyatlandırmaya karşı Yeni BK'nın gabin hükmü çerçevesinde bir talep hakkına sahip olabilir. Bu gibi durumlarda, haksız fiil sorumluluğu hükümleri ile gabin hükümleri yarışacaktır. Farklı doğrudan alıcıların farklı sorumluluk hükümlerine dayanması halinde toplu dava mekanizmalarının kullanılması ve davaların birleştirilmesi zorlaşabilir ve hâlihazırda yeterince karmaşık olan rekabet hukukunun özel hukuk uygulaması daha da karmaşıklaşabilir. Bu karmaşıklık, fiyat artışının yansıtılmasının dikkate alınmasını öngören politika tercihlerinde daha da artacaktır. Fiyat artışının yansıtılması sebebiyle RKHK m.57'ye göre tazminat hakkına sahip olmayan doğrudan alıcı, gabin hükümlerine dayanabilecektir. Bu halde, söz konusu politikanın önlemek istediği ihlalcinin çifte tazminat sorumluluğu riski yine de doğabilir.

Bu nedenledir ki, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı konusunda hangi politika tercih edilirse edilsin, RKHK m.57'ye yapılacak bir eklemeye, rekabet ihlallerine ilişkin olarak yalnızca söz konusu hükümde öngörülen haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde bir talepte bulunabileceğinin belirtilmesi lazımdır. Bu şekilde, rekabet ihlallerine karşı bir talep imkânı sunan diğer özel hukuk sorumluluk hükümlerine başvurulması engellenmiş olacaktır.

SONUÇ

Teknelci fiyatlandırma durumlarında hukuka aykırı fiyat artışının dağıtım zinciri boyunca yayılması, bu rekabet ihlallerine karşı kimlerin tazminat davası açabileceğinin belirlenmesi sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda ilk akla gelen, tazminat davası açma hakkının, fiyat artışına ilk olarak maruz kalan doğrudan alıcılara tanınmasıdır. Ancak, bu alıcı grubu, maruz kaldığı fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtmış olması sebebiyle gerçekte bir zarara uğramamış olabilir. Davalılar, bu fiyat artışının yansıtılması gerekçesine binaen, doğrudan alıcıların tazminat talebine karşı *passing-on* savunması ileri sürebilir. Bu sebeple, fiyat artışının doğrudan alıcılar tarafından kendilerine yansıtılması sebebiyle ihlalin gerçek mağduru olan dolaylı alıcılara da tazminat hakkı tanınması söz konusu olabilir.

Doktrinde tazminat davalarının geleneksel olarak tazmin etme ve caydırma amaçlarının olduğu kabul edilmektedir. Bu amaçlardan hangisine öncelik verileceği, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı konusunda belirlenecek politikada etkili olacaktır. Buna ek olarak söz konusu amaçların sağlanmasının yaratacağı yargısal ve idari masraflar da söz konusu politika tercihiinde dikkate alınmalıdır.

Türk uygulaması açısından örnek teşkil edebilecek olan ABD ve AB uygulamalarında, tazmin etme ve caydırma amaçlarının her birinin elde edilmesine verilen değerde farklılık olması, her iki hukuk sisteminde değişik politika tercihlerine neden olmuştur. ABD’de, Yüksek Mahkeme, *Hanover Shoe* ve *Illinois Birck* kararlarında tazminat davalarının caydırıcılığını arttırması ve daha az yargısal maliyet yaratması sebebiyle, yalnızca doğrudan alıcıların tazminat davası açma hakkının olduğuna karar vermiştir. ABD doktrininin de bir grup yazar, Mahkeme’nin söz konusu içtihadını desteklemiştir. Diğer bir grup ise, tazmin etme amacına aykırı olması ve yeterince caydırıcılık sağlamayacağı için bu içtihadı ciddi şekilde eleştirmiştir. Bunun yanında, birçok eyalet, yasal düzenlemeler veya yargısal kararlar ile dolaylı davacılar da dava hakkı tanımıştır. Dolaylı alıcı kuralına izin veren söz konusu eyalet hukukları da bu kuralın uygulanışı konusunda farklılık göstermiştir. Yüksek Mahkeme, *ARC America* kararında, dolaylı alıcı kuralına izin veren eyalet düzenlemelerinin federal hukuka uygun olması gerektiği iddiasını reddetmiştir. Federal düzeyde ve eyalet düzeyinde birbirinden farklı uygulamaların bir arada uygulaması ABD’nin tazminat davalarına ilişkin sistemini karmaşık hale getirmiştir. En son AMK, *passing-on* savunmasını ve dolaylı alıcı kuralı konusunda ilgili kesimlerin görüşlerini de dikkate alarak çeşitli çözümler sunmuştur. Ancak, Kongre, henüz bu öneriler üzerine bir yasal değişiklik öngörmemiştir.

AB’de ise, *ABAD Courage* ve *Manfredi* kararlarında, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de uygulanabileceğine yönelik bir tutum sergilemekle birlikte bu konudaki asıl yetkiyi ulusal hukuklara bırakmıştır. Komisyon, yaptırdığı çalışmalar sonucunda AB üyesi devletler genelinde rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasının halen gelişmekte olduğu sonucuna varmıştır. Yine de *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de teorik olarak üye devletlerin çoğunda uygulama bulabileceği tespiti yapılmıştır. Komisyon, bu konuda AB genelinde gerekli gelişmeyi ve uyumlaştırmayı sağlamak üzere önce Yeşil Kitap’ı ardından da Beyaz Kitap’ı yayımlamıştır. Beyaz Kitap’ta Komisyon, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına izin verilmesi gerektiği yönünde bir öneride bulunmuştur. Söz konusu öneri, *Courage* ve *Manfredi* kararlarında da öne çıkartıldığı üzere tazmin etme amacının sağlanmasına daha iyi hizmet edeceği düşüncesine dayanmıştır. Komisyon, Beyaz Kitap’ta, söz konusu kuralların

uygulanmasını kolaylaştırmak için ispat külfetine ilişkin bazı karineler öngörmüştür. Bunun yanında, özellikle dolaylı alıcılar tarafından dava açılmasını kolaylaştırmak için toplu dava konusunda çeşitli mekanizmalar da önerilmiştir.

Türk hukukunda rekabet ihlallerine karşı tazminat hakkını düzenleyen RKHK m.57'de, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin bir açıklık söz konusu değildir. Söz konusu sorumluluk, özel bir haksız fiil sorumluluğu çeşididir. Bu çerçevede, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin ilkeler çerçevesinde zarar ve illiyet bağı ispat edildiği sürece, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının teorik olarak uygulanabileceği kabul edilebilir. Türk hukuku açısından dikkate alınması gereken bir diğer husus ise, ihlalcı ile arasında bir sözleşme bulunan doğrudan alıcının Yeni BK'nın gabin hükümleri çerçevesinde hukuka aykırı fiyat artışının iadesini talep etme olasılığıdır. Burada sözleşmesel sorumluluk söz konusu olduğu için, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Türk hukukunun söz konusu mevcut düzenlemeleri, rekabet ihlallerine karşı kimlerin tazminat talep edeceği konusunda yeteri kadar belirlilik sağlamamaktadır. Teorik olarak mümkün gözüken politikanın ise, ulaşılması istenen amaçlara uygunluk taşıyıp taşımadığının incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, öncelikle Türk rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunun amacı belirlenmelidir. Borçlar hukuku bağlamında haksız fiil hukukunun esas amacının tazmin etme olduğu Türk doktrininde hâkim görüş durumundadır. Bu görüş, bazı yazarlar tarafından ciddi şekilde eleştirilse de haksız fiil hukukuna toplum tarafından atfedilen işlev ile uyumludur. RKHK m.58 f.2'de öngörülen zararın üç katına kadar tazminat hükmü, rekabet hukuku kapsamında haksız fiil sorumluluğunun caydırıcılık amacını kuvvetlendirdiği doğrudur. Ancak, bu, bir çatışma durumunda caydırıcılık amacının tazmin etme amacına üstün tutulacağı anlamına gelmemektedir.

Bu çerçevede, Türk rekabet hukuku açısından önerilecek en iyi çözüm, kural olarak *passing-on* savunması reddedilirken zarar ile rekabet ihlali arasında gerekli illiyet bağı ispat eden dolaylı alıcılara tazminat hakkının tanınması olacaktır. Sosyal maliyeti azaltmak ve ihlalcinin üç katını aşan bir tazminat sorumluluğu ile karşılaşmasını önlemek için çeşitli karineler öngörülmelidir. Aynı amaca yönelik olarak toplu dava açılması ve davaların birleştirilmesine ilişkin çeşitli mekanizmalar sağlanmalıdır. Son olarak doğrudan alıcının gabin hükümlerine dayanması sonucu yargısal karmaşıklığın daha da artmasını önlemek ve bu konuda gerekli açıklığı sağlamak üzere, tekelci fiyatlandırmaya karşı sadece RKHK m.57'deki haksız fiil sorumluluğu uyarınca bir talepte bulunulabileceğinin kabulü yerinde olacaktır.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, yargısal birliğe sahip olan Türkiye açısından, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı hakkında oluşturulacak politikanın uygulanması, böyle bir yargısal birliğe sahip olmayan ABD ve AB'ye göre daha kolay olabilecektir. Dolayısıyla hangi politika tercihi edilirse edilsin, rekabet hukuku konusunda bir toplumsal bilincin oluşturulması, tazminat davalarının sayısının arttırılması ve söz konusu politikanın etkin bir şekilde uygulanması açısından daha büyük önem taşıyacaktır.

KAYNAKÇA

ABA (1983), "Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law Task Force to Review Proposed Legislation to Repeal or Modify Illinois Brick", *Antitrust Law Journal*, No:52, s.841-882.

ABA (1991), "Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law Task Force to Review the Supreme Court' Decision in California v. ARC America Corp.", *Antitrust Law Journal*, No:59, s.273-316.

ABA (1995), "Report of the Indirect Purchaser Task Force", *Antitrust Law Journal*, No:63, s.993-1004.

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), "Reports and Recommendations".

ARKAN, S. (2003), *Ticaret İşletme Hukuku*, Yedinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

BAKER, D.I. (2004), "Revisiting History- What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend to Others", *Loyola Consumer Law Review*, No:16, s.379-408.

BENSTON, G.J. (1986), "Indirect Purchasers' Standing to Claim Damages in Price Fixing Antitrust Actions: A Benefit/Cost Analysis of Proposals to Change the Illinois Brick Rule", *Antitrust Law Journal*, No: 55, s.213-252.

BEYAZ KİTAP, European Commission (2008), White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Com(2008)165 final, Brussels.

BEYAZ KİTAP ÇALIŞMA RAPORU, European Commission (2008), Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels.

BOGE, U. ve K. OST (2006), "Up and Running, or is it? Private Enforcement-The Situation in Germany and Policy Perspectives", *European Competition Law Review*, No: 27(4), s.197-205.

BREIT, W. ve K.G. ELZINGA (1985), "Private Antitrust Enforcement: The New Learning", *the Journal of Law & Economics*, No:28, s.405-443.

CAVANAGH, E.D. (2005), "Illinois Brick: A Look Back and A Look Ahead", *Loyola Consumer Law Review*, No:17, s.1-52.

CENGİZ, F. (2007), "Passing-on Defense and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: What can the EC Learn from the US", ESRC Centre for Competition Policy, UEA, CCP Working Paper 07-21,

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1462234,

Erişim Tarihi: 01.03.2011.

COOPER, E.S. ve J.T. PRUD'HOMME (2006), "One More Challenge for the AMC: Repairing the Legacy of Illinois Brick", *University of San Francisco Law Review*, No:40, s.675-702.

COOPER, J.D. ve D.L. FOSTER (1977), "Report of the American Bar Association Antitrust Law Section Task Force on Legislative Alternatives Concerning Illinois Brick, Co., v. Illinois", *Antitrust Law Journal*, No:46, s.1137-1180.

CUNEO, J.W. (2005), "Prepared Statement Before Antitrust Modernization Commission",

http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Cuneo_rev2.pdf,

Erişim Tarihi: 01.03.2011.

DAVIS, J.P. ve R.H. LANDE (2008), "Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases", *University of San Francisco Law Review*, No:42, s.879-918.

DAVIS, R.W. (1997), "Indirect Purchaser Litigation: ARC America's Chickens Come Home to Roost on the Illinois Brick Wall", *Antitrust Law Journal*, No:65, s.375-406.

DE SMIJTER, E. ve D. O'SULLIVAN (2006), "The Manfredi Judgement of the ECJ and How It Relates to the Commission's Initiative on EC Antitrust Damage Actions", *EC Competition Policy Newsletter*, No:2006/3, s.23-26.

EREN, F. (2009), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On Birinci Baskı, Beta, İstanbul.

EUROPEAN COMMISSION (2007), Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios- Final Report, Brussels.

EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (2006), Opinion on the Green Paper - Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rule, (2006/C 324/01), Brussels.

EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (2009), "Opinion on the White paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules", Brussels.

EUROPEAN PARLIAMENT (2007), Resolution of 25 April 2007 on the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, (2006/2207(INI)), Strasbourg.

EUROPEAN PARLIAMENT (2009), Resolution of 26 March 2009 on the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, (2008/2154(INI)), Strasbourg.

EVEN-SHOSHAN, G., D. SLATER ve D. WAELBROECK (2004), “Study on the Conditions of Claims for Damages in the Case of Infringement of EC Competition Rules- Comparative Report”, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

FOER, A.A. (2003), “Putting the Antitrust Modernization Commission into Perspective”, *Buffalo Law Review*, No:51, s.1029-1052.

FOLSOM, R. (2005), “Indirect Purchasers: State Antitrust Remedies and Roadblocks”, *Antitrust Bulletin*, No:50, s.181-196.

GAVIL, A.I. (2001), “Federal Judicial Power and the Challenges of Multijurisdictional Direct and Indirect Purchaser Antitrust Litigation”, *the George Washington Law Review*, No:69, s.860-901.

GAVIL, A.I. (2005a), “Antitrust Remedy Wars Episode I: Illinois Brick From Inside the Supreme Court”, *St. John’s Law Review*, No:79, s.553-624.

GAVIL, A.I. (2005b), “State Indirect Purchaser Actions: Proposals for Reforms- Prepared Remarks Before Antitrust Modernization Commission Panel II”, http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Gavil_Statement_corrected_6.27.05_version_with_app.pdf, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

GIALI, D.J. ve J.T. TOMLIN (2003), “Federalism and the Indirect Purchaser Mess”, *George Mason Law Review*, No:11, s.157-178.

GISSER, M.V. (1982), “Indirect Purchaser Suits under State Antitrust Laws: A Detour Around the Illinois Brick Wall”, *Stanford Law Review*, No:34, s.203-220.

GUSTAFSON, D.E. (2005), “Prepared Statement Before Antitrust Modernization Commission”, http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Gustafson.pdf, Erişim Tarihi: 01.02.2011.

HARRIS, R.G. ve L.A. SULLIVAN (1980), "Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, No:128, s.269-360.

HELLWIG, M. (2007), "Private Damages Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases- An Economist's Perspective", J. Basedow (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, the Netherlands içinde, s.121-162.

HERZOG, D.K. (1980), "Recent Developments-A Door in the Illinois Brick Wall- A Functional Equivalent to the Cost-Plus Contract Exception", *Vanderbilt Law Review*, No:33, s.481-498.

HOSEINIAN, F. (2005), "Passing-on Damages and Community Antitrust Policy- An Economic Background", *World Competition*, No:28(1), s.3-23.

HOVENKAMP, H. (1990), "The Indirect-Purchaser Rule and Cost-plus Sales", *Harvard Law Review*, No:103, s.1717-1731.

HOVENKAMP, H. (2005), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Thomson West, Minnesota, US.

İNAN, N. (1999), "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara.

JACOBS, F.G. ve T. DEISENHOFER (2003), "Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective", C.D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* içinde, s.187-227.

JOYCE, J.M. ve R.H. MCGUCKIN (1986), "Assignment of Rights to Sue Under Illinois Brick: An Empirical Assessment", *Antitrust Bulletin*, No:31, s.235-260.

KILIÇOĞLU, A.M. (2007), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Sekizinci Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara.

KLINGSBERG, D. (1988), "Balancing the Benefits and Detriments of Private Antitrust Enforcement: Detrebling, Antitrust Injury, Standing, and Other Proposed Solutions", *Cardozo Law Review*, No:9, s.1214-1244.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt*, Dördüncü Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul.

KOMNINOS, A.P. (2008), *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Portland Oregon, US.

KORTUNAY, A. (2009), “AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından “De Lege Feranda” Düşünceler”, *Rekabet Dergisi Cilt:10 Sy:1*, s.81-138.

KURU, B., R. ARSLAN ve E. YILMAZ (2008), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Değiştirilmiş 18. Baskı, Yetkin, Ankara.

LANDES, W.M. ve R.A. POSNER (1979), “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick”, *the University of Chicago Law Review*, No: 46, s.602-635.

LANDES, W.M. ve R.A. POSNER (1980), “The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan”, *University of Pennsylvania Law Review*, No: 128, s.1274-1279.

MEHRA, S.K. (2002), “Deterrence: The Private Remedy and International Antitrust Cases”, *Columbia Journal of Transnational Law*, No: 40, s.275-322.

MONTAGUE, H.L. (2005), “State Indirect Purchaser Actions in the U.S. Antitrust Enforcement System: Written Testimony before the Antitrust Modernization Commission”,
http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Montague.pdf,
Erişim Tarihi: 01.03.2011.

MURRAY, C.R. ve B.D. RICHMAN (2007), “Rebuilding Illinois Brick: A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule”, Duke Law School Research Paper No.155,
http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2331&context=faculty_scholarship, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

NOMER, H.N. (1996), *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta, İstanbul.

OĞUZMAN, M.K. ve M.T. ÖZ (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Dördüncü Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul.

ÖZKAYA, E. (2000), *Gabin Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara.

POLLOCK, E.E. (1966), “Standing to Sue, Remoteness of Injury, and the Passing-on Doctrine”, *Antitrust Law Journal*, No: 32, s.5-40.

POSNER, R.A. (2001), “Antitrust in the Economy”, *Antitrust Law Journal*, No: 68, s.925-944.

RUBENSTEIN, W.B. (2005), "Understanding the Class Action Fairness Act of 2005", <http://www.classactionprofessor.com/cafa-analysis.pdf>, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

RÜGGERBERG, J., M.P. SCHINKEL ve J. TUINSTRA (2005), "Illinois Walls: How Barring Indirect Purchaser Suits Facilitates Collusion", Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2005-02, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=730384, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

SANLI, K.C. (2003), "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I*, Kayseri, s.197-262.

SANLI, K.C. (2007), *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, Arıkan, Denizli.

SCHAEFER, E.J. (1975), "Passing-on Theory in Antitrust Treble Damage Actions: An Economic and Legal Analysis", *William. and Mary Law Review*, No:16, s.883-936.

SCHWARTZ, M. ve G.J. WERDEN (1984), "Illinois Brick and the Deterrence of Antitrust Violations- An Economic Analysis", *Hastings Law Journal*, No: 35, s.629-668.

SAYHAN, İ. (2005), "Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Cilt.5, Sayı.3, s.29-61.

SNYDER, E.A. (1985), "Efficient Assignment of Rights to Sue for Antitrust Damages", *Journal of Law & Economics*, No: 28, s.469-482.

ŞAHBAZ, A.U. (2008), *ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 88, Ankara.

TULCHIN, D.B. (2005), "State Indirect Purchaser Actions in the U.S. Antitrust Enforcement: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission", http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Tulchin.pdf, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

WILS, W.P.J. (2003), "Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?", *World Competition*, No: 26(3), s.473-488.

YEŞİL KİTAP, EUROPEAN COMMISSION (2005), 'Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules' COM (2005) 672 final, Brussels.

YEŞİL KİTAP ÇALIŞMA RAPORU, EUROPEAN COMMISSION (2005), Commission Staff Working Paper Accompanying the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels.

ZWISLER, M.M. (2005), "State Indirect Purchaser Litigation and U.S. Antitrust Enforcement: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission", http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Zwisler.pdf,

Erişim Tarihi: 01.03.2011.

TÜRK REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLERİN İSPATI ODAKLI İSPAT TARTIŞMALARI

*A DISCUSSION ON PROOF MATTERS IN TURKISH COMPETITION
LAW FOCUSING ON PROOF OF CONCERTED PRACTICES*

Av. Gönenç GÜRKAYNAK*
Av. K. Korhan YILDIRIM*
Av. M. Hakan ÖZGÖKÇEN*
Av. A. Buğra AYDIN*

Öz

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, Rekabet Kurulu'nun kararlarına esas teşkil edebileceği ispat usullerine yönelik olarak açık ve kesin düzenlemelere bünyesinde yer vermemiş olması nedeniyle, meselenin farklı hukuk disiplinlerinin yerleşik kurallarının karşılaştırılması yoluyla ele alınması ve çıkan sonucun, ülkemiz mevzuatına mehzaz veya örnek teşkil eden hukuk düzenleriyle karşılaştırmalı bir şekilde, Rekabet Kurulu'nun içtihadı yaklaşımı ile ne ölçüde örtüştüğünün tespitinin yapılması, konuya yönelik mevcut durumun fotoğrafının çekilmesi için en uygun yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşbu çalışma bu amaca hizmet etme niyetindedir ve işbu çalışma kapsamında genel olarak rekabet hukuku soruşturmalarında ispat kavramları tartışılacak, kimi özel rekabet hukuku ihlali tipleri için söz konusu olan özellikli ispat meseleleri üzerinde durulacak ve bu kapsamda uyumlu eylemin ispatı üzerine mehzaz Avrupa Toplulukları rekabet hukuku ve ABD rekabet hukuku disiplinlerindeki duruma ilişkin özet tespitler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İspat Hukuku, Uyumlu Eylem Karinesi, Deliller, İspat Yükü, AT ve ABD Hukuku.

Abstract

Law on Protection of Competition No. 4054 does not include clear and specific provisions that set out the proof procedures to be followed by the Turkish

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu; Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi.

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu.

Competition Authority in conducting their duties. Therefore, the most convenient method for understanding the situation in Turkey is to make a comparative study across different jurisdictional regimes, which constitute good examples for the Turkish competition law regime, in order to determine how the outcome matches with the case law practice of the Turkish Competition Board.

In this respect, this study aims at providing an overview on the proof concept in competition investigations, as well as focusing on specific proof procedures for specific types of competition law infringements. To that end, an analysis on the proof of the concerted practice under European Union and USA competition law regimes will also be drawn within the scope of this study.

Keywords: *Law of Proof, Presumption of Concerted Practice, Evidences, Burden of Proof, EC and US Law.*

GİRİŞ

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("4054 Sayılı Kanun") 1. maddesinde Kanun'un amacı "*Mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak*" olarak açıklanmaktadır. Öte yandan, rekabet süreçlerinin korunmasının başlı başına bir amaç değil ancak iktisadi etkinliği hedeflemek suretiyle toplumsal refahın en çoklaştırılması amacına hizmet eden bir araç olarak görülmesi gerektiği hususu da tartışılmış¹ ve her durumda, tüketici refahı da olsa toplam refah da olsa, rekabet hukukunun ana amacının refahın en çoklaştırılması olduğu genel kabul görmüştür.

Rekabet Kurumu'nun icra organı olarak Rekabet Kurulu bu amacı gerçekleştirmek üzere 4054 Sayılı Kanun'un 27. maddesi çerçevesinde kendisine yüklenen görevi yürütürken, rekabet hukuku ihlallerini ispat eden (ihbar veya şikâyet vasıtasıyla veya kendiliğinden ortaya çıkan şüphe üzerine soruşturma araçlarının tetiklenmesinin akabinde) somut maddi vakıaları ortaya koymak ve çıkan sonuç çerçevesinde, olaya rekabet hukuku kurallarını en etkin şekilde uygulamak yükümlülüğü altındadır.

Bu faaliyetin en önemli unsurlarından birisi, rekabet hukuku ihlallerinin ispatı meselesidir. Gerçekten, Rekabet Kurumu'nun Türkiye'de faaliyete geçmiş olduğu 1997 yılından günümüze yürütmüş ve yürütmekte olduğu soruşturma süreçlerinde, iddia konusu rekabet hukuku ihlallerinin ispatı meselesi,

¹ GÜRKAYNAK, G. (2003); *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

sorgulanan bir konu olagelmıştır. Özellikle, başta uyumlu eylem olmak üzere, hakim durumun kötüye kullanılması ve tek taraflı etkilerle ortaya çıkan kimi rekabet hukuku ihlali tiplerinin ispatı konusunda önemli sorunlar ve hukuki tartışmalar ortaya çıkmıştır.

Bu durumun şüphesiz pek çok nedeni bulunmaktadır. Ancak bununla birlikte, bu durumun temelinde yatan kimi başlıca hususlar şu şekilde sıralanabilir: (i) Rekabet hukuku Türkiye için görece yeni bir hukuk disiplini. (ii) Rekabet Kurumu, bağımsız idari otorite sıfatıyla², kendisine yüklenen vazifeleri yerine getirirken “yargı benzeri” faaliyetlerde bulunmaktadır.³ (iii) Rekabet hukukunun ortaya çıkış ve uygulanışının arkasında birincil olarak elbette kamu yararı bulunmaktadır.⁴ (iv) Rekabet otoritesi, çağdaş medeni yargılama hukuklarında egemen ilke olan “şekli hukuk” kavramından ziyade fiili gerçeğe ulaşma çerçevesinde maddi vakıalara ulaşma konusunda esnek bir yaklaşım (delil serbestisinin genişliği) benimsemekte ve bu nedenle fiili gerçeğe ulaşma ilkesi çerçevesinde (ve çoğu zaman ceza yargılamasına yaklaşan re’sen araştırma, delillerin serbestliği ve vicdani delil ve şüpheden sanığın faydalanması gibi egemen ilkeler ışığında) hareket etmektedir.

Bu durumun arkasında, rekabet hukukunun usul ve ilkeleri bakımından genel hukuk içindeki yerinin Türkiye’de yerleşik teşebbüslerce tam olarak anlaşılmasının yattığı söylenebilir. Bunun yanı sıra, söz konusu usul ve ilkelerin teoride ve uygulamada karma bir şekilde medeni yargılama hukuku⁵, ceza hukuku ve idare hukuku ilkelerinden beslenmesi nedeniyle teşebbüslerin 4054 Sayılı Kanun çerçevesinde muhatap kaldıkları iddiaları üzerlerinden atabilmek için somut olayın kendi dinamikleri çerçevesinde bu üç hukuk

² GÜNDAY, M. (2002), *İdare Hukuku*, Ankara, 6. Baskı, s. 479.

³ Rekabet Kurulu’nun faaliyetlerinin yargı benzeri faaliyetlerden sayıldığına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. BUDAK, A. (2004), “AT Konsey ve Komisyonu’nun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat”, *Rekabet Kurumu Yayınları Perşembe Konferansları Mayıs 2004* s. 138 v.d.; BUDAK, A.C. (2003) “Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat” Kayseri Sempozyumu I, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri, s. 45-62 ve EROL, K. (1998), “Rekabet Kurumu ve Uygulamaları”, *Rekabet Kurumu Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu*, 5-6 Ekim 1998 İstanbul içinde, Şubat 1999, Rekabet Kurumu Yayını No: 18, Ankara, s.147-15.

⁴ Bu konuda bkz. TAN, T., (2004) *Rekabetin Korunmasında Rekabet Kurulu ile Yargı Organlarının Rolü*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. II (Kamu Hukuku), 2/2004. Ayrıca bkz. Gürkaynak, 2003.

⁵ 4054 Sayılı Kanun’un ve uygulamasının medeni usul hukukuna yakınsamasına ilgili kanunun “Sözlü Savunma Toplantısına İlişkin Esaslar” başlıklı 47. maddesinin son fıkrasının ilk bendi en açık örneği teşkil etmektedir. İlgili hükmün tam metni şu şekildedir: “Sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler.”

disiplininde yer alan ilkelerden tümünden yararlanma istekleri de göz ardı edilmemelidir.

4054 Sayılı Kanun, Rekabet Kurulu'nun kararlarına esas teşkil edebileceği ispat usullerine yönelik olarak açık ve kesin düzenlemelere bünyesinde yer vermemiştir. Bu nedenle, meselenin farklı hukuk disiplinlerinin yerleşik kurallarının karşılaştırılması ve çıkan sonucun, ülkemiz mevzuatına mehzaz veya örnek teşkil eden hukuk düzenleriyle karşılaştırmalı bir şekilde, Rekabet Kurulu'nun içtihadı yaklaşımı ile ne ölçüde örtüştüğünün tespitinin yapılması, konuya yönelik mevcut durumun fotoğrafının çekilmesi için en uygun yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çerçevede işbu çalışma kapsamında genel olarak rekabet hukuku soruşturmalarında ispat kavramları tartışılacak, kimi özel rekabet hukuku ihlali tipleri için söz konusu olan özellikli ispat meseleleri üzerinde durulacak ve bu kapsamda uyumlu eylemin ispatı üzerine mehzaz Avrupa Toplulukları rekabet hukuku ve ABD rekabet hukuku disiplinlerindeki duruma ilişkin özet tespitler yapılacaktır.

1. REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLERİN İSPATI

4054 Sayılı Kanun'un 4., 47. ve 59. maddelerinde, ispat kavramına ilişkin özel hükümler öngörülmektedir. 4054 Sayılı Kanun'da da ifadesini bulan "ispat" kavramı, öncelikle bir yargılama hukuku kavramıdır. Bu bakımdan rekabet hukuku anlamında ve özellikle uyumlu eylemler bakımından "ispat" konusunun ayrıntılarına geçmeden önce, genel yargılama hukuku anlamında "ispat" kavramının ve bu kavramın "ispat yükü" ve "ispat vasıtaları" şeklindeki açılımlarının üzerinde durulması yerinde olacaktır. Zira doğası gereği soruşturma faaliyetleri "yargı benzeri"⁶ olarak nitelendirilen Rekabet Kurumu nezdindeki "ispat" meselelerinin içeriği ve özelliklerinin değerlendirilmesi, genel yargılama hukuku kavramlarıyla birlikte mümkün olabilecektir. Bunun yanında, genel yargılama hukukuna ilişkin kavramlar, bu çalışmada yalnızca rekabet hukuku açısından ispat konusunu ilgilendirdikleri takdirde ve bu ölçüde ele alınacaktır.

1.1. Yargılama Hukukunda İspat

1.1.1. Genel Olarak

Yargılama hukuku anlamında ispat kavramına yönelik olarak öğretide çeşitli farklı -ancak büyük ölçüde birbirine benzeyen- tanımlar geliştirilmiştir:

⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Budak 2004, s. 138 vd.

Kuru, ispat kavramını “*dava konusu yapılan hakkın (mesela alacağın) gerçekten var olup olmadığı; maddi hukukun doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığı (...) hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemi*” olarak tanımlamaktadır.⁷ İspat kavramı Konuralp’e göre “*bir önermenin doğruluğu hakkında kanaat verilmesi için bir nedenselliğin ortaya konulması*”dır.⁸

Sunay, ispat kavramını “*mahkemeler önünde açılmış bir davada hak iddiasında bulunan şahsın lehine bir karar elde etmek amacıyla dayandığı vakia veya vakıaların gerçek olup olmadığına hakimi inandırma faaliyeti*” olarak tanımlamaktadır.⁹ Sunay ayrıca idari yargıya ilişkin olarak getirdiği tanımda, yukarıda alıntı yaptığımız tanımı “*idari mahkeme*” ve “*idari yargı hakimi*” unsurlarına uyarlamaktadır.

Yukarıdaki tanımlardan da görüldüğü üzere, yargılama hukuku açısından ispat, bir “*taraf*” faaliyeti olma niteliğini taşımaktadır. Nitekim Konuralp, bu hususu isabetli bir şekilde teşhis etmekte ve ispatın “*davanın çözümüne etkili olan bir vakıanın gerçekleştiği konusunda mahkemeyi ikna etmeye yönelik bir faaliyet*” niteliğini taşıdığını belirtmektedir.¹⁰

Öğretide getirilen söz konusu tanımlardan yola çıkılarak bir sonuca ulaşmak gerekirse, yargılama hukuku anlamında ispat kavramının, “*yetkili bir yargılama mercii önünde sürmekte olan bir yargılama sürecinde bir olgu veya olayın doğruluğunu ve/veya gerçekliğini ortaya koymak üzere iddia sahibi tarafça yürütülen bir ikna faaliyeti*” niteliğini taşıdığı sonucuna ulaşmak yerinde olacaktır.

1.1.2. Yargılama Hukukunda İspat Yükü

İspat yükü kavramı, “*mahkemede bir vakıayı beyan veya bir hak iddiası ile bunlardan kendi lehine bir netice çıkarmak isteyen kimsenin bunları ispat etmek*

⁷ KURU, B. (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt II*, 6. Baskı, İstanbul, s. 1966.

⁸ KONURALP, H. (1999), *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s.8.

⁹ ŞENLEN SUNAY, S. (1997), *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, s. 27.

¹⁰ Konuralp ayrıca, uyumlu eylem karinesi düzenlemesini getiren 4054 Sayılı Kanun’un 4. maddesinin 3. fıkrasında geçen “*ispatlama*” sözcüğünün yargılama hukuku anlamında “*ispat*” kavramından farklı olduğunu ve burada asıl kastedilenin “*tespit*” kavramı olduğunu belirtmektedir. Uyumlu eylem karinesi ve sonuçlarına ilişkin değerlendirmelere bu çalışmanın 2.1.6.2 başlıklı bölümünde yer verilecektir. Aynı tespit için bkz. Budak 2004, s. 150. Budak’a göre, ispat yalnızca yargılamada söz konusudur. İdare, bir vakia tespiti yapmaktadır ve idarenin yaptığı söz konusu tespitler, iddia ve savunma arasındaki uyuşmazlığı çözümlenmeye yönelik yargılama süreci içinde bağımsız mahkemeler tarafından yapılan vakia tespitlerinden farklıdır.

durumunda olması” şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹ İspat yükü kavramının, delil gösterilmesi faaliyetinin sona ermesinin ardından, uyuşmazlık konusu olay veya olguya ilişkin belirsizlik halinde gündeme geleceği ve belirsizlik olmaması durumunda ispat yükü kavramının gündeme gelmeyeceği kabul edilmektedir. Kuru, bu yaklaşımdan hareketle ispat yükünü “hakimin davada hangi (çekişmeli) vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra, karşılaştığı bu vakıaların ispat edilmesi gerektiği sorunu” şeklinde tanımlamaktadır.¹² Kuru ayrıca, iki tarafın (veya bir tarafın) gösterdiği deliller sonucunda davaya ilişkin tüm çekişmeli olayların aydınlanmamış olması durumunda, ispat yükünün hangi tarafa ait olacağı hususunun araştırılması gerekeceğini, aksi takdirde –diğer bir deyişle gösterilen deliller sonucunda davaya ilişkin tüm çekişmeli olaylar aydınlanmış ise- ispat yükünün hangi tarafa ait olacağının araştırılmasının gerekmeceğini belirtmektedir.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesinde, ispat yüküne ilişkin genel ve evrensel hukuk kuralı düzenlenmektedir. Söz konusu genel hukuk kuralına göre kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, iddia sahibi kişi iddiasını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. İspat yükünün belirlenmesinde, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesinde ifadesini bulan genel hukuk kuralı doğrultusunda ve söz konusu kuralın yanında (i) olağan durum kriteri, (ii) ispat yükü konusunda kanunda öngörülen hükümler, (iii) ilgili kişinin delil sağlayabilecek durumda olup olmaması, (iv) olumlu vakia-olumsuz vakia ayrımı, (v) ikrar veya inkar durumu, (vi) iyiniyet durumu, (vii) ispatta kullanılan delillerin ispat gücü ve (viii) eğer mevcutsa, ispat yükü sözleşmesi hükümleri dikkate alınacaktır.¹³

1.1.3. İspat Vasıtaları (Deliller)

Genel yargılama hukuku anlamında ispat vasıtaları (deliller), ispatı gerekli olan vakıaların vuku buldukları veya bulmadıkları hususunda karar veren mercide kanaat yaratmak için başvuru araç anlamına gelmektedir. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (“HUMK”) 238. maddesinin birinci fıkrası da delili “(...) *davanın haline tesir edebilecek münazaalı hususları ispat için ikame olunur*” şeklinde tarif etmektedir. Aynı hüküm 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 187. maddesinde de “*ispatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir*” şeklinde yer almaktadır.

¹¹ UYANIK, P. (2003), *Rekabet Hukuku Açısından Delil*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 34.

¹² Kuru2001, s. 1972.

¹³ Bu konuda bkz. Kuru 2001, s. 1972-2017.

Deliller, kanunlarda açıkça düzenlenmiş olsun ya da olmasın, fonksiyonları itibarıyla birbirlerine benzememektedir. Bazılarının (ör. teyp bantları) delil karakteri de tartışmalıdır.¹⁴ Evvelce vuku bulmuş vakıayı mahkeme önüne taşıyan deliller senet ve şahitliktir. Bilirkişi, olaya ilişkin teknik bilgi sağlar, keşif hakimin vakıa ile temasını sağlar, ikrar vakıayı ihtilafı olmaktan çıkarır, yemin, konusu olan vakıanın doğru olduğu sonucunun kabulü gereğini yasa dolayısı ile sağlar; kesin hüküm ise konusunu teşkil eden vakıanın hükümde yer aldığı gibi olduğunun yasal olarak farz edildiği bir “delil”dir.¹⁵ Dolayısıyla yargılama hukuku açısından “delil”, uyuşmazlık konusu vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda yargıçta bir kanı oluşturmaya yarayan ispat aracı olarak tanımlanabilir.¹⁶

Nitekim Konuralp, delili çok genel bir tanımla “*ispat için başvurulacak araç*” olarak tanımlamış ve kavramın farklı kullanımlarını Anglo-Amerikan hukukundaki “*evidence-proof*” ayırımı ile açıklamıştır.¹⁷

“*Evidence*” sözcük anlamıyla delili, ispat aracını karşılar. “*Evidence*”, davada bir olgunun varlığı ya da yokluğunu ispat etmek üzere sunulan tanıklar, yazılı belgeler, nesnelere ve diğer şeylerdir. “*Proof*” kavramının ise sözcük anlamı iki açıdan bakıldığında kavranabilir:

a- *Fiili Olarak: Bu anlamda “proof” ileri sürülen bir iddianın doğruluğunu gösteren delillerle sonuca varmayı; yani ispat etmeyi ifade eder.*

b- *İsim Olarak: “Proof” bu anlamda salt hukuki bir terim değildir. Daha geniş olarak, kendisinden yola çıkılarak bir sonuca varılmasını, bir seçim yapılmasını, geleceğe yönelik bir tanıtım yapılmasını sağlayan her türlü nesnedir.*

“*Proof*” ve “*evidence*”, birbirinden farklı kavramlardır. “*Proof*”, davada iddia edilen olgunun doğruluğunun kabul edilmesinin yeterli mantıki nedenini teşkil etmektedir. Hukuki anlamda “*proof*”, geniş bir kavramdır; buna karşılık “*evidence*” daha dar bir anlam taşır. (...).”

Bu noktada, bu çalışmanın maksadı ve kapsamını aşacağından, medeni yargılama hukuku açısından önem taşıyan “*taraf hakimiyeti*”, “*mahkemenin*

¹⁴ Kuru 2001, s. 2878-2879.

¹⁵ ALANGOYA, Y. (2001), *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 2. Baskı, İstanbul, s. 300.

¹⁶ Uyanık 2003, s. 21.

¹⁷ Konuralp 1999, s. 536.

pasifliği”, “katı delil sistemi”, “kesin delil”, “takdiri delil” ve benzeri kavramların üzerinde durulmayacaktır.¹⁸

1.2. Rekabet Hukuku Açısından Uyumlu Eylemlerde İspat ve İspat Yükü

1.2.1. Genel Olarak

Bu başlık altında, Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetimi süreçlerine ilişkin ispat meseleleri değil, söz konusu kararların temelini teşkil eden soruşturma süreçlerine ilişkin ispat meseleleri ele alınacaktır. Rekabet Kurulu kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay nezdinde açılan davalar, idari yargılama hukuku kurallarına tabi olacaktır. Rekabet Kurulu kararlarının temelini teşkil eden soruşturma süreçleri ise, hem 4054 Sayılı Kanun’un 4. maddesi anlamında rekabeti bozucu anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına, hem de 4054 Sayılı Kanun’un 6. maddesi anlamında hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yürütülen soruşturma süreçlerini kapsamaktadır. Bunun yanında 4054 Sayılı Kanun’un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve buna bağlı olarak rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan yoğunlaşma işlemlerine¹⁹ ilişkin olarak gerçekleştirilen soruşturma süreçlerini de ifade etmektedir. Bu çalışma kapsamında uyumlu eylemlerin ispatı meselesi üzerinde yoğunlaşılacak ve her ne kadar 4054 Sayılı Kanun’un 5. ve 8. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilen menfi tespit ve muafiyet inceleme süreçleri de usul açısından yukarıda belirtilen süreçlere yaklaşırsa da, ispat kavramı açısından pratik olarak kayda değer bir önem arzeden herhangi bir mülahaza içermedikleri için, bu başlık altında ele alınmayacaktır.

1.2.2. Rekabet Hukuku Anlamında İspatın Özellikleri

Yukarıda da değinildiği üzere, ispat faaliyeti esas itibariyle bir taraf faaliyetidir ve yargılama hukukunda söz konusu olmaktadır. Rekabet hukuku soruşturmalarında ise 4054 Sayılı Kanun, “taraf” kavramına ilişkin olarak, Rekabet Kurumu’nu, Rekabet Kurulu’nu ve/veya soruşturma heyetini içerecek şekilde bir tanımda bulunmamaktadır.²⁰ Bu nedenle “ispat” terimini, rekabet

¹⁸ Rekabet hukuku disiplinde delil kavramına ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. GÜRKAYNAK, G. K.K.YILDIRIM ve M.H. ÖZGÖKÇEN (2009) “Rekabet Hukuku’nda Delil”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt 3, Yetkin Yayınları, Ankara.

¹⁹ Bilindiği üzere 4054 Sayılı Kanun’un 10 numaralı maddesi, bir yoğunlaşma işleminin Kurul tarafından nihai incelemeye alınması durumunda kanunun 4. ve 6. maddesinde öngörülen işlem ve eylemlere yönelik olarak yürütülen soruşturmaları düzenleyen 40 ila 59 numaralı maddelerinin uygulanacağını öngörmektedir.

²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNLÜ, H. (2003), *Rekabet Hukuku Soruşturmalarında Taraf Kavramı ve Tarafların Hakları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

hukuku anlamında kullanmanın teknik anlamda doğru olmayacağı savunulmaktadır. Budak, bu konuya ilişkin olarak,

“[İ]spat, bir vakianın doğruluğuna hakimi inandırmak anlamına gelir. Bu anlamı ile ispat yalnızca yargılamada söz konusu olur. İspat terimini (yargı benzeri faaliyet kapsamında da olsa) bir vakianın doğruluğuna idarenin inandırılması için kullanmak doğru değildir. Gerçekten, trafik polisi bir sürücünün trafik kanunu ihlal ettiği kanaati ile trafik cezası verirken veya belediye imar müdürlüğü bir yapının imar mevzuatına aykırı inşa edilmekte olduğu sonucuna vararak inşaatın durdurulmasına karar verirken, belirli maddi vakıaların (sürücünün hangi süratle seyrettiği, inşaatın arazinin neresinde bulunduğu) gerçeğe uygunluğunu tespit eder. Bu vakıa tespitini yaparken ilgililere dinlenilme hakkı da tanıyabilir. Fakat bu türlü tespitler, iddia ve savunma arasındaki uyumsuzluğu çözümlenmeye yönelik yargılama süreci içinde bağımsız mahkemeler tarafından yapılan vakıa tespitlerinden farklıdır. Rekabet Kurulu kararlarında, rekabet hukuku ihlallerinin tespiti ile ilgili olarak sık sık “ispat” ve “delil” terimleri kullanılmaktadır. Bu terimlerin kullanılması ifade kolaylığı sağlaması bakımından mazur görülebilirse de, ifade edilenin tam ve teknik anlamı ile ispat ve delil olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Başka bir ifade ile, ispat ve deliller konuları ile ilgili olarak usul hukukunda geçerli olan kural ve ilkeler, idari işlemlerde ve bu arada yargı benzeri faaliyetlerde ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır.”

demektedir.

Kanımızca da bu görüş, teknik açıdan isabetli bir görüştür. Ancak yargılama hukuku anlamında kullanılan ispat teriminin rekabet hukuku anlamında artık başkalaşmış olduğunu göz önünde tutarak, Budak’ın “tespit” olarak nitelendirdiği faaliyeti de kapsamına aldığı kabulü, kanımızca daha da yerinde bir yaklaşım olacaktır. Zira rekabet hukuku soruşturmalarında bir taraf olarak nitelendirilmeyen (ve dolayısıyla yargılama hukuku anlamında bir taraf faaliyeti olan ispat faaliyeti göstermediği teknik olarak savunulabilecek olan) rekabet otoritesinin rekabet hukuku soruşturmalarındaki faaliyetinin, soruşturma konusu rekabet hukuku ihlalinin varlığını ispat olduğunun kabulü, en azından rekabet hukuku uygulamasında benimsenmesi gereken ispat standartlarının ortaya koyulabilmesi bakımından daha isabetli olacaktır. Kanımızca “tespit” kavramının kullanılması, rekabet hukuku soruşturmalarından çok, 4054 Sayılı Kanun’un 5. ve 8. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilen menfi tespit ve muafiyet inceleme süreçleri için geçerli olmalıdır. Nitekim Yılmaz bu konuya ilişkin olarak benzer bir görüş benimseyerek,

“Karar konusu, yalnızca bir olgunun (vakianın) tespitinden ibaret ise, bu olgunun var olup olmadığı araştırılır ve varlığı sonucuna varılırsa bu olgu

(vakıa), yaptırılan tespitin amacına uygun şekilde (gerektiğinde) kullanılmak üzere, ayırt edici özellikleri ile eksiksiz bir biçimde ve (tercihan yazılı belgeye dökülerek) kayıt altına alınır. Bazı hallerde yapılan tespit, bir kararın konusunu da oluşturabilir. Rekabet hukukundaki “muafiyet kararı” (m.5), “menfi tespit kararı” (m.8), “devir ve birleştirmeye izin kararı” (m.10 vd) da bu anlamda birer tespit olarak değerlendirilebilir. Karar konusu (yalnızca bir olgunun tespiti değil de), iddia (tez) ve savunmadan (antitezden) oluşan bir bütün ise, bu hususlara ilişkin bilgiler ve belgeler, iddia ve savunmada bulunan taraftan/taraflardan istenerek ve/veya resen (kendiliğinden) eksiksiz şekilde toplanır, bunlar üzerinde inceleme/değerlendirme yapılır ve sonuçta bir karara varılır. Rekabet hukukundaki “soruşturma” buna örnek olarak gösterilebilir (m.43 vd).”

demektedir.²¹ Kanımızca da bu görüş isabetlidir.

Bir idari mercinin, düzenleyici ve denetleyici işlemler yapabildiği kadar yargılama benzeri faaliyetler de yürütebildiği kabul edilmektedir.²² İdari merciler, söz konusu yargılama benzeri faaliyetleri kapsamında birtakım cezalar da verebilmektedirler. Ancak, idari mercilerin ceza verme yetkilerinin beraberinde birtakım riskleri de getirdiği kabul edilmektedir.²³

Bu nedenlerden ötürü, rekabet hukuku anlamında “ispat” kavramının, genel yargılama hukukunda geçerli olan esastan bir miktar farklı olarak, Rekabet Kurumu ve soruşturma heyetinin rekabet soruşturmalarındaki faaliyetlerini de kapsayacak şekilde anlamak yerinde olacaktır.

1.2.3. Rekabet Hukukunda İspat Yükü

1.2.3.1. Genel Olarak Rekabet Hukuku Soruşturmalarında İspat Yükü

- Avrupa Toplulukları Rekabet Hukukunda

Avrupa Komisyonu’nun birtakım eski tarihli kararlarına bakıldığında yalnızca “bazı ifadelerin incelenen belgelerde yer almasının” bir rekabet hukuku ihlalinin varlığının ispatı bakımından yeterli bulunduğu görülmektedir.²⁴ Avrupa

²¹ YILMAZ, E. (2004), “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - II*, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 78-79.

²² Bkz. Yukarıda, 2 numaralı dipnot ve orada geçen eserler.

²³ FORRESTER, I. (2009), “A Bush in Need of Pruning: the Luxuriant Growth of ‘Light Judicial Review’”, *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*”, Hart Publishing, Oxford ve Portland,

<http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Forrester.pdf>, Erişim Tarihi: 05.01.2011.

²⁴ Forrester 2009

Komisyonu 1987 tarihli *Sandoz* kararında, Sandoz tarafından kullanılan faturaların üzerinde “ihracat yasaklı” ibaresinin bulunmasını bir rekabet hukuku ihlalinin vuku bulunduğunu ispatlamak için yeterli görmüştür.²⁵ Avrupa Komisyonu 1991 tarihli bir başka kararında Japonya merkezli uluslararası bir şirketi, sözleşme düzeltme ve hukuka uyum çalışmalarında sehven gözden kaçan ve hiç uygulamaya koyulmayan birtakım sözleşmeler nedeniyle cezaya çarptırmıştır.²⁶ Avrupa Komisyonu bu kararında söz konusu sözleşmeleri ilgili şirketin ana şirketi konumundaki teşebbüs aleyhine yapılan ve nihai olarak sonuçsuz kalan bir şikayet neticesinde elde etmiştir.

Avrupa Komisyonu'nun bu eski içtihatlarıyla benimsediği ve inceleme konusu ihlal iddiasının olgusal bazda etki doğurup doğurmadığı ve/veya desteklenip desteklenmediğini değerlendirmeyen bu pozisyon, bazı yazarlar tarafından “ortaçağ papalığına” benzetilerek eleştiri konusu olmuştur.²⁷ Bu eleştirilerin kaynağında Avrupa Komisyonu'nun yeteri kadar maddi gerçekler²⁸ üzerinden bir değerlendirme yapmayıp, rekabet hukuku kurallarının ihlal edildiğine yönelik ihtimallere işaret edebilecek birtakım emarelerle temellendirmiş yaptırım faaliyetleri yürütmesi yatmaktadır. Öğretide, Avrupa Komisyonu'nun faaliyetlerini yürütürken, üye devlet mahkemeleri veya AT İlk Derece Mahkemesi (“İDM”) kadar maddi gerçeklere dayanan bir değerlendirme yapmasının, adaletin sağlanması bakımından elzem olduğu ifade edilmiştir.²⁹

Gerçekten de rekabet otoritelerinin elleri altında bulunan soruşturma yetkilerinin (veya daha doğru bir ifadeyle delillere ulaşabilme imkanlarının) artmasıyla, teşebbüsler aleyhine verecekleri cezalar bakımından ispat eşiklerinin yükselmesi doğal bir süreçtir.^{30 31} Bu bakımdan AT rekabet hukukunun konu

²⁵ Avrupa Komisyonu'nun 13.07.1987 tarihli ve IV/31.741 sayılı *Sandoz* kararı.

²⁶ Avrupa Komisyonu'nun 05.06.1991 tarihli ve IV/32.879 sayılı *Vihot/Toshiba* kararı.

²⁷ Forrester 2009

²⁸ “Maddi delillerin başında, *smoking gun* niteliğindeki notlar, teşebbüsler arası toplantı ve doğrudan iletişimi gösteren diğer deliller gelmektedir.” Bkz. KEKEVİ, H.G. (2003), “Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler”, Rekabet Kurumu, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez21.pdf>, Erişim Tarihi: 09.01.2011.

²⁹ Forrester 2009, s. 6-7.

³⁰ Massey burada rekabet otoritelerinin ister istemez bir tercih ile karşılaşacağını belirtmektedir. Soruşturma konusu rekabet ihaleleri ne kadar ciddi olursa o kadar yüksek ispat eşikleri gerektiğinden rekabet otoriteleri ya daha alçak ispat eşikleri gerektiren nispeten daha az ciddi ihlallerin ya da yüksek ispat eşikleri gerektiren ciddi ihlallerin peşine düşeceği belirtilmektedir. Bkz. MASSEY, P. (2004), “Criminal Sanctions for Competition Law: A Review of Irish Experience.”, Address to Competition Law Scholars Forum: Decentralised Enforcement: From the Idea to the Reality, <http://www.compecon.ie/Classf%2004.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2011.

hakkında ulaştığı noktanın ve bu rekabet hukuku rejiminde uygulanan ispat eşiklerinin iyi bir şekilde incelenmesi, konu hakkında yapılacak değerlendirmeler açısından önem arz etmektedir:

İDM, Avrupa Komisyonu'nun rekabet hukuku ihlali tespit edebilmesi için gereken şartları tutarlı bir şekilde ortaya koymamıştır. Mahkeme bazı kararlarında “iddia edilen ihlalin gerçekleştiğine dair kati hükmü destekleyen yeterli seviyede kesin ve tutarlı delili” gerekli görürken³² bazı kararlarında ihtiyaç duyulan ispat eşiğini düşürerek “yakınsak ve ikna edici”³³ veya “muhik”³⁴ delilin rekabet hukuku ihlalinin tespit etmek için yeterli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme diğer bir kararında “beraber değerlendirildiğinde ve diğer başka mantıklı açıklamaların yokluğunda rekabet hukuku ihlallerine delil teşkil edebilecek rastlantı ve belirtiler” şeklinde bir ispat eşiği getirerek bir anlamda olasılıklar dengesini benimsemiştir.³⁵ Rekabet otoritelerinin bu şekilde bir denge benimsemesi maddi gerekliliklerin bir sonucu olarak kabul edilebilecektir. Gerçekten de bazı rekabet hukuku ihlallerinin (özellikle en ağır ihlal türünü oluşturan kartel yapılanmalarının) ortaya çıkartılabilmesi oldukça zordur.³⁶ Rekabet otoritelerinin kartellerle mücadele için halihazırda sahip olduğu etkin aracın pişmanlık uygulamaları olduğu gerçeği, bu çıkarımı destekler niteliktedir. İDM her zaman kesin ve tutarlı delillere ulaşabilmekteki bu zorluğu fark ederek bir kararında, Avrupa Komisyonu'nun kesin ve tutarlı delillere ulaşması halinde dahi bunların eksik ve parçalara ayrılmış halde olacağını ifade etmiş ve belirli bazı bilgilerin çıkarım yoluyla elde edilebileceğini kabul

³¹ Yükselen ispat eşiklerinin gizli anlaşmaların ve birlikte hakim durumların ortaya çıkarılmasını zorlaştıracağı konusu hakkında bkz. SCOTT, A. (2002), ““An Immovable Feast”: Tacit Collusion and Collective Dominance in Merger Control after *Airtours*” CCR Working Paper CCR 02-6, http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.104458!ccr02-6.pdf, Erişim Tarihi: 10.02.2011.

³² İDM'nin 08.07.2004 tarihli ve T-67/00, T-68/00, T-71/00 ve T-78/00 sayılı *JFE Engineering Corp. and others v Commission of the European Communities* kararı.

³³ İDM'nin 27.09.2006 tarihli ve T-314/01 ECR II-3085 sayılı *Avebe v. Commission* kararı, [2006] E.C.R. II-3085;

³⁴ İDM'nin 20.04.1999 tarihli ve T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 ve T-335/94 sayılı *Limburgse Vinyl Maatchappij e.a. v Commission* kararı.

³⁵ Forrester 2009.

³⁶ Rekabet hukuku ihlallerini tespit edebilecek delillere ulaşmanın zorluğu hususu uyumlu eylem karinesini meşru gösterebilecek hususların en önemlisi olarak ileri sürülmektedir (ASLAN, Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Bursa, s.85). Bu durum rekabet ihlallerine karşı mağdur olan kişilerin tazminat talebi ile yargı mercilerinin önüne gitmesinin önündeki önemli engellerden olarak görülebilmektedir. Bkz. WOOD, D. (2004), “Private Enforcement of Antitrust Rules- Modernization of the EU Rules and the Road ahead”, 16 *Loy. Consumer L. Rev.* 4, s.431, <http://leadershape.luc.edu/law/academics/special/center/antitrust/pdfs/woods.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011. Ayrıca bkz. Gürkaynak, vd. 2009.

etmiştir.³⁷ Mahkemenin bu yaklaşımı hakkında Forrester şu yorumu getirmektedir:

“Bu yaklaşım ikinci derece (dolaylı) delillerin suçluluğu ispatlamak için yeterli olması anlamına geliyorsa buna bir itirazım bulunmamaktadır.³⁸ Zira, cezai hükümler ikinci derece deliller ile verilebilmektedir. Ancak bu yaklaşım, ikna edebilirliği noksan olan delillerin sırf kartellerle mücadele önemli diye kabul edilebilmesini anlamına geliyorsa bunun doğru olduğunu söylemek mümkün değildir. (vurgu eklenmiştir)”³⁹

Bu çerçevede, rekabet otoritelerinin ellerinde bulunan geniş soruşturma yetkilerine⁴⁰ rağmen elde ettikleri delilleri yanlış değerlendirebileceği ihtimalinin de gözlerden kaçırılmaması ve “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin dikkate alınması yerinde olacaktır.⁴¹ Nitekim İDM, bazı kararlarında Avrupa Komisyonu’nun elinde bulunan delilleri yanlış değerlendirdiğine hükmetmiştir.⁴² Nitekim rekabet ihlallerinin incelenmesi, karara bağlanması ve haklarında cezai yaptırım uygulanması birçok ülkede aynı kurum tarafından yapıldığı için “yanlış pozitiflerin” (*false positives*) ortaya çıkması doğal olarak daha kolay olmaktadır.⁴³ ⁴⁴ Bu kapsamda, her yargılama faaliyetinde veya yargılama benzeri faaliyette olduğu gibi, eldeki kesin delillerin bile yanlış değerlendirilmesi ihtimalinin olduğu bir ortamda, teşebbüsler üzerinde ciddi

³⁷ İDM’nin 08.07. 2008 tarihli ve T-53/03 sayılı *BPB plc v Commission* kararı.

³⁸ Ayrıca bkz. OECD (2006) “Roundtable on Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement, Contribution from the European Commission Session II”, Global Forum on Competition,

[http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD\(2006\)15_ENG.pdf](http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD(2006)15_ENG.pdf),

Erişim Tarihi: 11.02.2011.

³⁹ Forrester 2009.

⁴⁰ Gürkaynak vd.2009.

⁴¹ Nitekim 1/2003 sayılı Avrupa Konseyi Tüzüğü’nün yürürlüğe girme sürecinde Almanya delegasyonu 2. Madde ile getirilmek istenen düzenin “şüpheden sanık yararlanır” gibi ceza yargılamasını düzenleyen prensiplerde bir değişikliğe sebep olmaması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. MONTAG, F. ve A. ROSENFELD (2003), “A Solution to the Problems? Regulation 1/2003 and the modernization of competition procedure”,

<http://www.freshfields.com/publications/pdfs/practices/Regulation12003.pdf>,

Erişim Tarihi: 09.02.2011.

⁴² İDM’nin 10.03.1992 tarihli ve T-68/69, T-77/89 ve T-78/89 sayılı *Società Italiana Vetro SpA and others v Commission* kararı; 17.12.1991 tarihli ve T-7/89 sayılı *SA Hercules Chemicals v Commission* kararı; 31.03.1993 tarihli ve C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 ve C-125/85 C-129/85 sayılı *Ahlström v Commission (Wood Pulp)* kararı; 06.06.2002 tarihli ve T-342/99 25 sayılı *AirTours/ First Choice v. Commission* kararı.

⁴³ Massey 2004.

⁴⁴ Ancak, ATAD’ın 07.06.1983 tarihli ve C- 103/80 sayılı *SA Musique Diffusion française and others v Commission* kararında, iddia ve yargılama makamının aynı bünye altında birleşmesinin doğal hukuk prensipleriyle ters düştüğü iddialarını reddetmiştir.

yaptırım gücünü hissettiren rekabet otoritelerinin hukuk güvenliğini sağlamak adına en az ceza yargılaması yürüten mahkemeler kadar maddi gerçeklere dayanan delillere önem verilmesinin isabetli olacağı savunulmaktadır.^{45 46 47}

Bu çerçevede verilecek idari yaptırımların da ceza yargılaması ilkeleri kapsamında değerlendirilebileceğinin belirtilmesi de isabetli olacaktır. Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("AİHS") 6. maddesi altında düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, herkes gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Bu madde altında düzenlenen adil yargılanma hakkının mahkemeler dışındaki yargı kuruluşları bakımından uygulanabilir olup olmadığı konusunda AİHS kapsamında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak adil yargılanma hakkının sadece yargısal usulleri değil, medeni hak ve yükümlülük veya cezai alanda yöneltilen bir suçlama bakımından belirleyici olan tüm usulleri kapsadığı kabul edilmektedir.⁴⁸ Bu sayede birtakım idari yaptırımlar⁴⁹ AİHS kapsamında tanınan adil yargılanma güvencesi altına girmektedir. AİHM'in rekabet hukuku usulüne ilişkin verdiği kararlar⁵⁰ incelendiğinde, AİHS'in 6. maddesinin rekabet hukuku soruşturmalarında da uygulanacağı şeklinde bir sonuç çıkarmak yersiz

⁴⁵ Forrester 2009.

⁴⁶ Nitekim benzer bir çıkarım Birleşik Krallık Rekabet Hukuku Temyiz Mahkemesi (The United Kingdom Competition Appeal Tribunal) tarafından *Napp v Director General of Fair Trading* ([2002] CAT 1 [2002] CompAR 13) kararında da verilmiştir. Bu kararda ciddi ekonomik sonuçlar doğuran rekabet hukuku yargılamasının sağlam deliller ile desteklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu karar için bkz. <http://www.catribunal.org.uk/files/JdgNapp260302.pdf>. Erişim Tarihi: 09.02.2011.

⁴⁷ Bazı yazarlar ise ceza hukukunda hakim olan ispat eşiğinin rekabet hukuku ihlallerini yakalamakta yetersiz kalabilme ihtimalini kabul etmiştir. Bkz. Massey 2004.

⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* kararı (Başvuru No: 6878/75, 7238/75, 18.10.1982). Ayrıca bkz. GÜNDÜZ, H. (2009), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 40.

⁴⁹ AİHM, *Engel and Others v. Netherlands* (Başvuru No: 5100/71, 23.11.1976) ve *Öztürk v. Germany* (Başvuru No: 8544/79, 23.10.1984) kararlarında hangi durumların bu değerlendirme kapsamına dahil olacağını belirlemek için bir takım kriterleri dikkate almaktadır. Bu kriterler şunlardır: ilgili normun ulusal hukuktaki sınıflandırması, suçlamanın niteliği, muhtemel cezanın ağırlık derecesi ve niteliği. Mahkeme *Lutz v. Germany* (Başvuru No: 9912/82, 25.08.1987) kararında son iki kriterin birbirine alternatif nitelikte olduğunu belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündüz 2009, s.41.

⁵⁰ Bkz. *Societe Stenuit v. France* kararı (Başvuru No: 11598/85, 27.02.1992), *Lilly France v. France* kararı (Başvuru No: 53892/00, 14.10.2003), *Netse St. Petersburg v. Russia* kararı (Başvuru No: 69042/01, 03.06.2004) ve *Fortum Corporation v. Finland* kararı (Başvuru No: 32559/96, 15.07.2003).

olmayacaktır. Bir başka ifadeyle bir rekabet hukuku soruşturmasına muhatap olan teşebbüslerin AİHS'in 6. maddesi çerçevesinde bir korumadan yararlanabileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, AİHS'in 6. maddesinin ikinci fıkrası⁵¹ altında yer bulan suçsuzluk karinesinin rekabet hukuku soruşturmalarında da dikkate alınması gerekmektedir.⁵²

1/2003 sayılı Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün 2. maddesi uyarınca, rekabet hukuku ihlallerine ilişkin ispat külfeti Avrupa Komisyonu'nun üzerindedir. Soruşturma konusu teşebbüsler açısından basitçe olayı inkar etmek yeterli olmaktadır.⁵³

AT rekabet hukuku uyarınca teşebbüslerin bir kartel toplantısına katıldığıının ispatında toplantıdaki diğer teşebbüsler tarafından kaleme alınmış birtakım belgeler kullanılabilir. ⁵⁴ Dolayısıyla, bir teşebbüs söz konusu kartel toplantısına başka bir amaçla gittiğini açık bir şekilde toplantıda bulunanlara ifade ederek kendini toplantıda konuşulan konulardan açık bir şekilde uzaklaştırmadığı müddetçe rekabet hukuku ihlali gerçekleştirmiş sayılmaktadır.⁵⁵ ⁵⁶ Bu bakımdan ihlalin ispatı için sadece tek bir kanıtın yeterli görüldüğü kararlar⁵⁷ bulunsa da, mahkeme bir kararında sadece teşebbüslerden birisinin ifadesine dayanılarak verilen karara, ihlali belirlemek için “yeterli delil” teşkil etmediği gerekçesiyle karşı çıkmıştır.⁵⁸

⁵¹ “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.”

⁵² ATAD'ın 08.07.1999 tarih ve C-199 / 92 sayılı *Hüls v. Commission* kararı, [1999] ECR I-4287 para. 149-150. Ayrıca bkz. BALKI, B. (2009), “The Evaluation of the Presumption of Concerned Practices in the Turkish Competition Act and of Its Utilization under the Case Law of the European Court of Justice”, *Rekabet Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3, sayfa 88.

⁵³ İDM'nin 29.04.2004 tarihli ve T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T-251/01 ve T-252/01 [2004] sayılı Tokai v. Commission kararı. Ayrıca bkz. KERSE, C.S. ve N. KAHN (2005), *EC Antitrust Procedure*, Fifth Edition, Sweet&Maxwell, Londra, s. 478.

⁵⁴ İDM'nin 11.03.1999 tarihli ve T-157/94 sayılı *Empresa Nacional Siderurgica SA v Commission* kararı ve 15.03.2000 tarihli ve T-25/95 sayılı *Cimenteries CBR v Commission* kararı.

⁵⁵ İDM'nin 14.07.2005 tarihli ve C-57/02 sayılı *Acerinox v Commission* kararı.

⁵⁶ Bazı yerel mahkeme kararlarında toplantıya katılmanın başlı başına bir kartel davranışı ortaya çıkarmayacağı karar altına alınmıştır. Gerçekten de Lüksemburg Rekabet Konseyi 5 Mart 2010 tarihli bir kararında kartel toplantısına katılması gerçeğinin iradelerin uyumunu gösteren birtakım ek emarelerle desteklenmesi gerektiğine karar vermiştir. Lüksemburg Rekabet Konseyi'nin AT rekabet hukuku kurallarını bu şekilde “yumuşatmasının” altında yatan nedenin söz konusu ihlale sebebiyet veren toplantıya katılan katılımcıların küçük ve orta ölçekli şirketler olduğu belirtilmiştir. İki katılımcı irade uyumunu açığa vurmuş eylemlerle desteklemedikleri için söz konusu soruşturmanın kapsamı dışına çıkartılmıştır. İlgili karar için bkz.

http://www.concurrences.com/IMG/pdf/20100426Luxembourg01Doc_A_M-81.pdf, ayrıca bkz.

http://www.concurrences.com/article_bulletin.php?id_article=33986, Erişim Tarihi: 09.02.2011.

⁵⁷ *Cimenteries CBR v Commission* kararı.

⁵⁸ İDM'nin 15.03.2000 tarihli ve T-337/94 sayılı *Enso-Gutzeit v Commission* kararı.

AT üye devlet uygulamaları rekabet hukuku ihlallerinin ispat eşiği bakımından farklı yorumları da içermektedir. İngiliz otoriteleri “yüksek derece olasılık”⁵⁹ testini, İrlanda otoriteleri “ihtimallerin dengesi”⁶⁰ testini benimseyebilmektedir.

Sonuç olarak, AT rekabet hukukunda ispat kavramının, söz konusu hukuk rejiminin doğal evrimi sonucunda günümüzde Türkiye’deki rekabet hukuku rejimine oranla çok daha “olgu ağırlıklı” bir yapıda olduğu söylenebilecektir.

- Türk Rekabet Hukukunda

Türkiye’deki rekabet hukuku soruşturmalarında kural olarak, yukarıda açıklanan ve Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesinde ifadesini bulan genel ispat yükü kuralları geçerlidir. Teşebbüslerin bir rekabet ihlalinin ötürü 4054 Sayılı Kanun çerçevesinde yürütülen soruşturmalar kapsamında sorumlu tutulabilmeleri için Rekabet Kurumu’nun hukuka uygun surette elde ettiği ispat vasıtalarıyla, söz konusu rekabet ihlalinin varlığını yeterli şekilde ispat etmesi gerekmektedir. Rekabet soruşturmaları sonucunda 4054 Sayılı Kanun’da öngörülen yaptırımlardan herhangi birinin bir teşebbüs aleyhine uygulanabilmesi için, soruşturma konusu olayların gerçekliğinin makul bir kuşkuya mahal bırakmayacak şekilde ispat edilmiş olması gerekecektir. Şüphe ve belirsizlik durumlarından, soruşturmaya konu teşebbüsler yararlanacaktır.^{61, 62}

Rekabet hukuku teorisi ve uygulamasında yukarıdaki durumun bir istisnası olarak rekabet hukuku ihlallerinin uyumlu eylemler vasıtasıyla işlenmesi örnek olarak gösterilebilecektir. Gerçekten de uyumlu eylem yoluyla gerçekleştirilen rekabet hukuku ihlallerinin ispatı meselesi gerek ABD ve AT gerekse Türk rekabet hukuku çevrelerince esaslı bir tartışma konusu olarak değerlendirilmiştir. Bundan dolayı uyumlu eylemlerin ispatı meselesinin mukayeseli olarak incelenmesi gerekmektedir.

1.2.3.2. Uyumlu Eylemlerin İspatı

Uyumlu eylem⁶³ ve ispatı konusu, özellikle Türkiye’de rekabet hukukunun en hassas ve tartışmalı konularının başında gelmektedir. Bu nedenle, AT rekabet

⁵⁹ *Shearson Lehman Hutton, Inc. v. Maclaine Watson Co. Ltd.*, [1989] 3 C.M.L.R. 429 (S.C.J. 1989).

⁶⁰ *Masterfoods Ltd. v. HB Ice Cream Ltd.*, [1992] 3 C.M.L.R. 830 (Ire. H. Ct. 1992).

⁶¹ Budak 2004, s. 151.

⁶² Ayrıca bkz. YILMAZ, E. (1999), “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Rekabet Kurumu, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/perskonfyyn/perskonfyyn87.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2011.

⁶³ Rekabet hukukunda uyumlu eylem kavramı için bkz. YÜKSEL, O. Y. (2004), “Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem”, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara,

hukukunda ispat meselesine ilişkin yukarıda yer verilen genel nitelikli açıklamaların yanında, spesifik olarak bu konu üzerindeki mevzuat AT ve ABD rekabet hukuku uygulamalarını da dikkate alarak derinlemesine değerlendirmelerde bulunulması gerekecektir.⁶⁴

4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2 ve 3 numaralı fıkraları, uyumlu eylemlerin ispatına ilişkin olarak özel bir hüküm öngörmektedir. Söz konusu hükme göre:

“Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin⁶⁵ 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.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”

Görüldüğü üzere, 4054 Sayılı Kanun, uyumlu eylemlere yönelik olarak bir karine⁶⁶ getirmekte ve diğer rekabet hukuku ihlalleri için geçerli olan ispat kurallarını tersine çevirerek, “rekabet hukuku ihlalinin var olmadığını” hususunun ispatını soruşturmaya konu teşebbüslere yüklemektedir. Söz konusu hüküm böylelikle, ispat yükünün yerini değiştirmekte ve genel kural olan “ihlalin Rekabet Kurumu tarafından ispatlanması” esasını tersine çevirerek soruşturulan teşebbüsleri sorumluluktan kurtulabilmek için “ihlalin var olmadığını” ispatlama, diğer bir deyişle olağan durumun tersini ispatlama durumunda bırakmaktadır.

Öğretide, hükmün ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmadığı ve burada söz konusu olanın uyumlu eylemlerin ortaya koyulmasında esas alınacak

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez61.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011.

⁶⁴ Uyumlu eylem karinesinin olası kullanım alanlarına ve bu kullanım tercihlerinin sonuçlarına ilişkin olarak hukuk ve iktisat perspektifinden yapılmış kapsamlı bir çalışma için bkz. GÜRKAYNAK, G. ve İ. ATIYAS (2006), “Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümler”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - IV*, 7 Nisan 2006, Kayseri.

⁶⁵ Burada belirtilmesi gereken bir husus uyumlu eylem konu işbirliği davranışlarının piyasadaki fiyat dengelerini etkilememe ihtimalinin söz konusu olmasıdır. Nitekim oligopolistik pazarlarda fiyat birlikteliğinden ziyade firmaların karşı karşıya buldukları riski bertaraf etme güdülerini bulunabilmektedir. Bkz. Yüksel, 2004.

⁶⁶ “Karine ile kastedilen dolaylı kanıtlama yöntemidir.” CENGİZ, D. (2008), “Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu'nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 35, Ankara, s. 13, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dergi/dergi35.pdf>, Erişim Tarihi: 09.01.2011.

ispat ölçüsünün belirlenmesi olduğu görüşü savunulmaktadır.⁶⁷ Söz konusu görüşe göre,

“(...) piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi” halinde bu benzerlik uyumlu eylemin kabulü için yeterli olacaktır. “Ancak buradaki “benzerliğin” sadece kuşku uyandıran, sıradan bir benzerlik olması yeterli değildir. Rekabet Kurulu, objektif ekonomik verilerden hareketle yaptığı incelemede, mevcut benzerliğin uyumlu eylemin varlığını gösterdiği konusunda, konunun uzmanı olan kişilerin bütün makul kuşkularını ortadan kaldıran bir kanaate varmış olmalıdır. Uyumlu eylemin varlığı konusunda böyle bir kanaate varılamamış olduğu, konunun “belirsiz” kalmış olduğu hallerde ise, bir rekabet kısıtlamasının bulunmadığına karar vermek gerekecek; ceza usulünde kullanılan terimle şüpheden sanık yararlanacaktır.” Hükmün devamında getirilen “ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir” düzenlemesinin ise, “hakkında soruşturma yapılan teşebbüsün, karineyi çürütmek üzere deliller ileri sürebileceği şeklinde anlaşılması (...)”

gerektiği savunulmaktadır.

Söz konusu görüşün, yukarıda ifade edilen “ispatın yargılama hukukuna özgü olduğu” ve rekabet hukuku açısından teknik anlamda bir ispattan söz edilemeyeceği şeklindeki teknik görüşe paralel olarak kabul edilmesi mümkün olsa da, kanımızca 4054 Sayılı Kanun’un 4. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurduğunun kabulü daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Zira hüküm nedeniyle teşebbüslerin olağan durumun ta kendisini, diğer bir deyişle “bir ihlalin yokluğunu” ispatlamak zorunda oldukları bir duruma düşürüldükleri açıktır. Pazardaki göstergeler ne olursa olsun, teşebbüslerin bir rekabet hukuku ihlali gerçekleştirmemeleri olağan durum olduğuna ve teşebbüslerin yalnızca pazardaki birtakım göstergelere bakarak sürekli bir ceza tehdidi altında bırakılması da kabul edilemez bir yaklaşım olduğuna göre, bu hüküm anayasal düzeyde koruma altına alınan suçsuzluk karinesinin tam tersini karine olarak kabul etmekte ve olağan durumun aksini ispatlama yükünü soruşturmaya konu teşebbüslere yüklemektedir. Nitekim Rekabet Kurulu’nun uyumlu eylem karinesine ilişkin kimi uygulamaları da, pazarda gözlemlenebilen salt paralel davranışların dahi uyumlu eylem ihlali için

⁶⁷ Budak 2004, s. 152-153.

yeterli olduğu ve cezayı gerektirdiği; bunun aksini ispatın teşebbüslere düşüğünü teyit etmektedir.^{68 69}

Bu bağlamda, aşağıda da değinileceği üzere, rekabet ihlallerinden zarar gören kişilerin özel hukuk hükümlerine göre açacağı tazminat davalarındaki ispat yüküne ilişkin özel bir hüküm sevkedenden 4054 Sayılı Kanun'un 59. maddesinin bu bağlamda bir referans olarak alınması kanımızca doğru olmayacaktır. Zira 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde rekabet hukuku ihlalini ortaya çıkararak ispatlamaya çalışan Rekabet Kurumu iken ve Rekabet Kurumu'nun elinde başta yerinde inceleme olmak üzere son derece geniş araştırma ve soruşturma yetkileri varken, 59. madde çerçevesinde rekabet hukuku ihlalini ispata çalışanın ihlalden zarar gören kişiler olduğu ve söz konusu kişilerin elinde de Rekabet Kurumu'na tanınmış olan yetkilerin hiçbirinin olmadığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla 4054 Sayılı Kanun'un 59. maddesinde öngörülen hüküm bir ölçüde kabul edilebilecek ise de, aynı durum 4. maddede öngörülen uyumlu eylem karinesi için söz konusu olmayacaktır. Bu konuyla bağlantılı olarak, 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2 ve 3 numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olup olmadığı meselesi ise rekabet hukukundaki en canlı ve yerinde tartışma konularının başında gelmekle birlikte, doğrudan bu çalışmanın konusunu ilgilendirmediği için, bu tartışmaların üzerinde durulmayacaktır.⁷⁰

Bu noktada, ülkemiz rekabet hukuku mevzuatının mehzarını teşkil eden AT rekabet hukukunun veya ABD rekabet hukukunun mevcut durumunda, Türk rekabet hukukunda uygulama bulduğu şekliyle uyumlu eylem karinesi gibi bir kavramın söz konusu olmadığı; aksine AT ve ABD'deki rekabet otoritelerinin uyumlu eylemin ispatı konusunda Türkiye'de mevcut olan uygulamadan çok daha yüksek standartlar benimsediklerinin de altının çizilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, uyumlu eylem karinesi meselesine daha sağlıklı bakabilmek için, uyumlu eylemin ispatı kavramının ABD ve AT rekabet hukuku rejimlerinde nasıl ele alındığının da dikkatle incelenmesi yerinde olacaktır.

⁶⁸ Bu konuya ilişkin açıklamalara aşağıda, işbu çalışmanın 2.2.3.5 numaralı başlığı altında yer verilmektedir.

⁶⁹ Paralel davranışların her zaman taraflar arasındaki bir işbirliğinden doğmamış olabileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BUCCIROSSI, P. (2006) "Does Parallel Behavior Provide Some Evidence of Collusion?", *Review of Law & Economics*: Cilt. 2 Sayı. 1, s. 86-102.

⁷⁰ Bu konuda bkz. GÜNDAY, M. (2007); "Rekabet Kurulu'nun İdari Para Cezalarına İlişkin Kararlarının Yargısal Denetimi ve Karşılaşılan Sorunlar", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V, 6-7 Nisan 2007, Kayseri* içinde, s. 9-10.

1.2.3.3. ABD Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve İspatı

Konuyu ABD rekabet hukuku öğretisi bakımından *Interstate Circuit v. United States*⁷¹ kararıyla başlatmak mümkündür. 1939 yılındaki bu örnek kararın ardından, *Theatre Enterprises*⁷² kararında bilinçli paralelliğin başlı başına bir rekabet hukuku ihlali olmadığı açıkça ortaya koyulmuştur.⁷³ Bu kararı takiben “destekleyici unsurlar (*plus factors*)”ın önemine değinen *United States v. Morton Salt Co.*⁷⁴ kararıyla tartışmanın yeni bir boyut kazandığını ve Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi tarafından farklı gerekçelerle onanan⁷⁵ *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*⁷⁶ kararıyla ve *Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co.*⁷⁷ kararıyla da ortaya çıkan öğretinin iyice şekillendiğini söylemek mümkündür. Teşebbüslerin paralel davranışını konu alan soruşturmalarda, cezaya konu edilebilir bir paralel davranıştan söz edebilmek için “destekleyici unsurlar”ın mutlaka aranması gerektiği ve söz konusu destekleyici unsurların neler olduğu açık hale gelmiştir. Bu süreci takip eden *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*⁷⁸, *Quality Auto Body v. Allstate Ins. Co.*⁷⁹ ve *Japanese Elec. Prods. Antitrust Litigation*⁸⁰ gibi son dönem kararları sayesinde Sherman Yasası’nın teşebbüslerin paralel davranışa dayalı ve fakat anlaşma içermeyen eylemlerine hangi esaslar çerçevesinde uygulanacağı konusunda istikrar arz eden bir içtihat oluşmuştur.

4054 Sayılı Kanun çerçevesinde Türkiye’de uygulama bulan “uyumlu eylem karinesi” benzer bir imkan tanınmamış olmasının ABD rekabet hukuku sisteminin bilinçsiz bir eksikliği değil, -söz konusu karinenin genel ve evrensel hukuk ilkeleri bakımından arzettiği sakıncalar nedeniyle- bilinçli olarak yapılmış bir tercih olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bugün ABD rekabet hukukunda uyumlu eylemin varlığından veya “gizli işbirliği”nden (*tacit collusion*) bahsedebilmek için bilinçli bir paralelliğin yanısıra “destekleyici

⁷¹ *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

⁷² *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.* 346 US 537 (1954).

⁷³ Ayrıca bkz. Federal Ticaret Komisyonu’nun 101 F.T.C. 425 (1983) sayılı *Ethyl* kararı.

⁷⁴ *United States v. Morton Salt Co.*, 235 F.2d 573, 577 (10th. Cir. 1956).

⁷⁵ *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 360 U.S. 395 (1959).

⁷⁶ *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 260 F.2d 397, 401 (4th Cir. 1958).

⁷⁷ *Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co.*, 297 F.2d 199, 205 n. 19 (3rd Cir. 1961), cert. denied, 369 U.S. 839 (1962).

⁷⁸ *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F.2d 434 (3rd Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1086 (1978).

⁷⁹ *Quality Auto Body v. Allstate Ins. Co.*, 660 F.2d 1195 (7th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 1020 (1982).

⁸⁰ *Japanese Elec. Prods. Antitrust Litigation*, 723 F.2d 238, 304 (3rd Cir. 1983), cert. granted, 105 S. Ct. 1863 (1985).

unsurlar”ın aranması gerektiği⁸¹ açıktır. Ancak, özellikle *In re Baby Food Antitrust Litigation*⁸² kararından bu yana, oligopol bir pazarda fiyat takipçiliğini gösteren delil ve bulguların pazarın yapısının zaten bunu gerektirmesi sebebiyle bilinçli paralellik unsurunu ortaya koymaya yetmediği benimsenmektedir. Üstelik her durumda bilinçli paralellige ek olarak “destekleyici unsurlar”ın da *Matsushita*⁸³ davası ile belirlenen ispat standardını tutturacak biçimde ortaya koyulması gerektiği kabul edilmektedir.

Matsushita kararı uyarınca, iddia sahibinin “soruşturulan teşebbüslerin bağımsız davranmış olabilecekleri olasılığını ortadan kaldırmaya yetecek ölçüde” delili ortaya koyması standardı aranmaktadır. ABD rekabet hukuku düzeninde uyumlu eylemlerin ispatında uyulması gereken ispat standardını - özellikle de oligopol piyasalarındaki uyumlu eylem iddialarına ilişkin yükseltilmiş ispat standardını- net bir biçimde ortaya koyan bir diğer karar ise *Williamson Oil Co.*⁸⁴ kararıdır. Söz konusu kararda, her ne kadar bilinçli paralellige ek olarak bir destekleyici unsurun ortaya koyulması bir uyumlu eylemin varlığını aksi ispatlanabilir bir biçimde ispatlamaya yetse de, bu “destekleyici unsur”un *başlı başına soruşturulan teşebbüslerin bağımsız davranmış olabilecekleri olasılığını ortadan kaldırmaya yetecek durumda olmasının* aranacağı belirtilmektedir. Bu davada söz konusu olan bir oligopol pazarı olduğu için, bilinçli paralellige ek olarak ortaya koyulan unsurlardan hiçbirinin *Matsushita* standardında bir “destekleyici unsur” ortaya koymaya yetmediği ve uyumlu eylemden ceza verilmesinin mümkün olmayacağı karara bağlanmıştır.

Keza *Bell Atlantic Corporation v. William Twombly*⁸⁵ kararında da, bir teşebbüsün davranışlarının mercek altına alınabilmesi için spesifik olgulara dayanılması gerektiği, aksi halde çok kolay bir şekilde danışıklılık iddiasının yapıp, soruşturma safhasına geçilebileceği ortaya koyulmakta ve teşebbüslerin bu yolla gereksiz ve maliyetli şikayetlerden korunması gerektiği esası benimsenmektedir.

Dolayısıyla, ABD rekabet hukuku pratiğinde, uyumlu eylem karinesi tipinde bir araç şöyle dursun, oligopol pazarlarında uyumlu eylemin ispatı için son derece katı ispat ölçütleri benimsenmiş ve bir teşebbüsün davranışının

⁸¹ “Amerikan mahkemeleri çoğunlukla iktisadi nitelikteki delillerin, bunların ortaya çıkarttığı maddi delillerle harmanlanıp sunulması halinde anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşmaktadır.” Bkz. Kekevi, (2003).

⁸² *In re Baby Food Antitrust Litig.* (3rd Cir. 1999).

⁸³ *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 US 574 (1986).

⁸⁴ *Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA* (11th Cir. 2003).

⁸⁵ *Bell Atlantic Corporation, et al., Petitioners v. William Twombly et al.* (Supreme Court, 550 US, 2007).

rakiplerden bağımsız olması olasılığı varsa, bu olasılık delillerle ortadan kaldırılmaksızın teşebbüse ceza vermeye yer olmadığı açıklıkla ortaya koyulmuştur.

1.2.3.4. AT Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve İspatı

AT rekabet hukukunda da uyumlu eylem konusunda durumun ABD'den çok farklı olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Uyumlu eylem kavramının kullanıldığı ilk karar olan *Dyestuffs* kararında⁸⁶ Avrupa Komisyonu, Topluluğun değişik ülkelerinde faaliyet gösteren üreticilerin çok yakın tarihlerde yaptıkları fiyat artışlarını incelemiş ve bu artışların bir uyumlu eylem sonucunda yapıldığına karar vermiştir. Avrupa Komisyonu ayrıca, üreticiler tarafından fiyat artışlarına ilişkin iştiraklerine ve temsilciliklerine gönderilen talimatların benzerlikler taşımasını üreticiler arasında uyumlu eylem olduğu görüşünün destekleyici delili olarak kullanmıştır.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ("ATAD"), Avrupa Komisyonu'nun *Dyestuffs* kararını onaylamış ve uyumlu eylemi "Rekabet riskine karşı teşebbüsler arasında bilinçli olarak pratik işbirliği oluşturan, anlaşma düzeyine ulaşmamış koordinasyon" olarak tanımlamıştır. Bu tanıma ek olarak ATAD, bilinçli paralelliklerin tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceğini de aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

*"Paralel davranış tek başına uyumlu eylem olarak tanımlanamasa da, şayet ürünün yapısı, teşebbüslerin sayısı ve büyüklükleri ile pazarın büyüklüğü dikkate alındığında pazarda gözlenen paralellikler pazarın normal koşullarına benzemeyen rekabet koşullarına yol açıyorsa, bu paralellikler uyumlu eylemin önemli bir delili olarak kabul edilebilir."*⁸⁷

Ayrıca, ATAD kararında teşebbüslerin fiyatlarını artırırken rakiplerinin mevcut ya da gelecekteki davranışlarını göz önünde bulundurmalarının ihlal kapsamında olmadığını belirterek paralel davranışları uyumlu eylem kapsamının dışına çıkarmıştır.

Dyestuffs kararından sonraki kararlarda ATAD'ın uyumlu eylem tanımı belirli ölçüde değişmiştir. Özellikle Avrupa Komisyonu'nun şeker üreticilerinin paralel ithalatın engellenmesi amacıyla uyumlu eylem halinde olduklarını ileri sürdüğü Suiker Unie kararında,⁸⁸ yukarıda açıklanan *Dyestuffs* kararlarından

⁸⁶ Avrupa Komisyonu'nun 24.07.1969 tarihli ve OJ L 195/11 sayılı *Dyestuff* kararı

⁸⁷ ATAD'ın 14.07.1972 tarihli ve 48/69 sayılı *ICI v. Comission* kararı, [1972] ECR 619.

⁸⁸ Avrupa Komisyonu'nun 16.12.1975 tarihli *Suiker Unie* kararı ve ATAD'ın 16.12.1975 tarihli ve 40-48,50,54-56,111,113&114/73 sayılı *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission* kararı, [1975] ECR 1663.

hareketle, ATAD uyumlu eylemin oluşabilmesi için gerekli unsurları aşağıdaki şekilde belirtmiştir:

(i) Teşebbüsler arasında koordinasyon ya da pratik işbirliği olmalıdır,

(ii) Koordinasyon ya da işbirliği teşebbüsler arasında doğrudan ya da dolaylı bir iletişim neticesinde oluşmalıdır,

(iii) Bu iletişimin amacı, rakiplerin davranışlarına ilişkin belirsizlikleri yok etmek veya teşebbüslerin ticari davranışlarını etkilemek olmalıdır.

Avrupa Komisyonu'nun kağıt hamuru pazarına ilişkin olarak 1984 yılında almış olduğu Wood Pulp II kararında⁸⁹ ise 41 kağıt hamuru üreticisi ve iki birliğin 1975-1981 yılları arasında uyumlu eylem içerisinde olduklarına karar verilmiştir. Kararda, fiyat artışlarını oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralellikle açıklamanın mümkün olmadığı, “üreticiler arasında toplantılar yapıldığına ilişkin belgelerin varlığının ve ileriye yönelik olarak yapılan fiyat açıklamalarının pazarı yapay olarak şeffaf hale getirdiğinden bahsedilerek üreticiler arasında bu şekilde dolaylı iletişim kurulduğu” belirtilmiştir.

Avrupa Komisyonu'nun bu kararına karşı kağıt hamuru üreticileri ATAD'a başvurmuşlardır. ATAD konu ile ilgili olarak ekonomistlere pazara ilişkin bir inceleme yaptırmış ve bunun sonucunda Avrupa Komisyonu'nun aksine pazarın yapay nedenlerle değil yapısından kaynaklanan doğal nedenlerle şeffaf hale geldiğini ve bu nedenle pazardaki paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik bağımlılık ile açıklanabileceğini⁹⁰ belirterek Avrupa Komisyonu kararının büyük bir bölümünü iptal etmiştir. Ayrıca ATAD, Avrupa Komisyonu'nun bilgi değişimine ilişkin bulunduğu dokümanları tüm teşebbüsler ile ilişkilendirmesini hatalı bularak bu belge ve dokümanları yaptığı değerlendirmenin dışında bırakmıştır.⁹¹

Avrupa Komisyonu, 2000 yılının Mart ayında kartel şüphesi üzerine Danimarka'da büyük bir bira üreticisi olan Carlsberg ile Almanya'nın büyük bira üreticilerinden biri olan Heineken arasında pazar paylaşımına ilişkin bir anlaşmanın varlığını araştırmak için yapılan yerinde incelemelerde, 1994 yılının Ağustos ayında yapılan bir toplantı notu da dahil olmak üzere her iki teşebbüsün arasında yapılan görüşmelere ilişkin birtakım belgeler bulmuştur.

Bulunan bu belgeler doğrultusunda Avrupa Komisyonu, teşebbüslerin Roma Antlaşması'nın 81. maddesini ihlal eder nitelikte bir anlaşma veya

⁸⁹ Avrupa Komisyonu'nun 19.12.1984 tarihli ve 1985 OJ L 85/1 sayılı *Wood Pulp II* kararı.

⁹⁰ İlgili kararın 71. paragrafında şu ifadeler yer almaktadır: “paralel davranışların tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem olmadığı sürece, paralel davranışın uyumlu eylemin birinci derecede delili olamayacağıdır...”

⁹¹ ATAD'ın *A. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission* kararı.

uyumlu eylemin tarafları olduğunu belirten bir soruşturma raporu hazırlanmıştır. Bu soruşturma raporuna teşebbüsler tarafından verilen yazılı savunmalarda söz konusu teşebbüsler arasında hiçbir zaman pazar paylaşımına ilişkin bir anlaşma veya uyumlu eylem bulunmadığı, teşebbüslerin ülke pazarlarına girişlerin her halükarda çok zor olduğunu ve bununla birlikte Avrupa Komisyonu'nun bulunan delillere dayanarak bu iddiayı sürdürmesi halinde ise bulunan delillerin teşebbüslerin cezai sorumluluklarını doğurabilmek için çok eski olduğunu belirtmişlerdir.

Avrupa Komisyonu, tarafların sunduğu yazılı savunmalarda yapılan argümanlara karşı teşebbüslerin birbirlerinin ülke pazarlarında faaliyette bulunmasını kısıtlayacak anlaşma veya eylemlerinin ihlal olduğunu belirtmiş ve bununla birlikte soruşturmanın devam edebilmesi için soruşturma raporunda belirtilen iddiaların “destekleyici deliller” ile birlikte^{92 93} yer almasının gerektiğini açıklayarak teşebbüsler nezdindeki soruşturmayı geri çekmiştir.⁹⁴

Pazarda meydana gelen durum için herhangi alternatif bir açıklamanın varlığı halinde uyumlu eylemden bahsedilmesi mümkün olmamaktadır.⁹⁵ Nitekim ATAD yukarıda bahsedilen *Wood Pulp II* kararında paralel davranışların pazarda oluşan durumun tek açıklaması olamayacağı durumlarda bir uyumlu eylemden bahsedilmemesi gerektiğini belirtmiştir.^{96 97} Dolayısıyla, AT rekabet hukuku uygulamaları altında uyumlu eylemden ceza verilebilmesi için paralel davranışın tek mantıklı açıklamasının uyumlu eylem olduğunun gösterilmesi gerekmektedir.

⁹² Delillerin ayrı ayrı değerlendirilmesinden ziyade, bir bütün olarak ele alınması uyumlu eylem iddialarının değerlendirilmesinde önem taşımaktadır. Yüksel 2004.

⁹³ Destekleyici delillerin gerekliliği özellikle soruşturma taraflarından birisinin verdiği ve diğer taraflarca verilen bilgilerle çelişen bilgi ve açıklamaların ver aldığı soruşturmalarda ortaya çıkmaktadır. Bkz. İDM'nin *Enso-Gutzeit Oy v Commission* kararı.

⁹⁴ Basın Duyurusu No: IP/02/1603 Tarih: 04/11/2002.

⁹⁵ ATAD'ın 28.03.1984 tarihli ve C-29/83 ve C-30/83 sayılı *CRAM and Rheninzink v Commission*, kararı, [1984] ECR 1679, [1985] 1 CMLR 688.

⁹⁶ Nitekim ATAD, *Ahlström v Commission (Wood Pulp)* kararında şu ifadeleri sarf etmiştir: “81. Madde, ekonomik operatörleri rakiplerinin mevcut ve beklenen faaliyetlerine karşı akıllı bir şekilde adapte edebilme haklarından alı koymamaktadır.”

⁹⁷ Ancak, Vitzilaiou ve Lambadarios paralel davranışlara hangi hallerde izin verilmesi gerektiğinin zorluğuna dikkat çekerek “izin verilen bir paralel davranış için sığınacak bir liman bulmak imkansız değilse bile oldukça zordur” şeklinde bir ifade kullanmaktadırlar. VITZILAIU, L ve C. LAMBADARIOS (2009), “The Slippery Slope of Addressing Collective Dominance under Article 82 EC”, *Competition Policy International GCP: The Antitrust Chronicle*, Ekim 2009, s.10.

http://www.lambadarioslaw.gr/publications/en/2009/vitzilaiou_oct_09_1_.pdf,

Erişim Tarihi: 10.02.2011.

Ayrıca unutulmamalıdır ki dolaylı deliller⁹⁸ normal olarak delil değerini diğer olgularla bir arada değerlendirildiğinde kazanmaktadır. Bir delilin nasıl yorumlanacağı olayın tümüne göre belirlenmelidir.^{99 100}

Avrupa Topluluklarına üye ülke mahkemelerinin ve rekabet otoritelerinin son zamanlarda verdiği kararların büyük bir kısmı uyumlu eylemlerin ortaya koyulması için gerekli ispat eşiklerini yükseltir niteliktedir.¹⁰¹ Bu kararlara örnek olarak aşağıdakiler gösterilebilir:

- Hollanda Ticaret ve Endüstri Temyiz Mahkemesi bir kararında, AIHS'in 6. maddesini dikkate alarak, aralarında uyumlu eylem teşkil eden bir bilgi değişime taraf oldukları iddia edilen teşebbüslerin bu iddiaları çürütmek için su götürmez deliller sunmasının bir gereklilik olmadığına aksine varsayımını zayıflatacak delillerin sunulmasının yeterli olduğuna karar vermiştir.¹⁰²
- Paris Temyiz Mahkemesi 2009 senesinde verdiği bir kararda, rekabet hukuku bakımından sıkıntı teşkil edebilecek teşebbüs birliği toplantılara katılımın tek başına rekabete aykırı davranışın ispatı olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁰³
- İngiltere Yüksek Mahkemesi 2008 senesinde verdiği bir kararda, sunulan delillerin uyumlu eyleme işaret edebilecek delillerin, İngiltere hukuk

⁹⁸ Avrupa Komisyonu'nun sadece dolaylı delillere (ekonomik incelemeler) dayanarak alınan tek karar da ATAD tarafından bozulmuştur. Bkz. *Ahlström v Commission (Wood Pulp)* kararı,

⁹⁹ Bkz. OECD (2006) "Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement, Contribution from the European Commission Session II", Global Forum on Competition, [http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD\(2006\)15_ENG.pdf](http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD(2006)15_ENG.pdf), Erişim Tarihi: 11.02.2011.

¹⁰⁰ "Delil parçaları izole bir şekilde değerlendirilmemeli [...] ve münferit delil parçaları konteksten ayrılmamalıdır", T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 ve T-335/94 sayılı *Limburgse Vinyl Maatchappij e.a. v Commission* kararı, para 529.

¹⁰¹ Buna karşılık Kanada Rekabet Bürosu, rakipler arasındaki işbirliği anlaşmaları hakkında yeni yayımladığı kılavuzla kartellere karşı mücadeledeki ispat eşiklerini, önemli kartel davranışlarını *per se* ihlal olarak kabul ederek aşağı çekmiştir. Bkz.

<http://www.globalcompetitionreview.com/news/article/27913/canada-conspiracy-guidelinesforce>, Erişim Tarihi: 10.02.2011.

¹⁰² Hollanda Ticaret ve Endüstri Temyiz Mahkemesi'nin (College van Beroep voor het bedrijfsleven), 12.08.2010 tarihli, AWB 06/657, 06/660 ve 06/661, LJN: BN3895 sayılı *KPN, Orange Nederland N.V., Telfort B.V., T-Mobile Netherlands B.V., Vodafone Libertel N.V. v. Nma* kararı. İlgili kararın İngilizce özeti için bkz.

http://www.concurrences.com/article_bulletin.php?id_article=33984.

¹⁰³ Paris Temyiz Mahkemesinin 08.04.2009 tarihli ve RG 2008/01092 sayılı kararı. İlgili karar için bkz. http://www.concurrences.com/IMG/pdf/2009_06_15_France03Doc_LVS-81_.pdf.

Erişim Tarihi: 09.02.2011

sisteminde hakim olan ilkelerle çelişmeyecek bir biçimde, kuvvetli olması gerektiğine karar vermiştir.¹⁰⁴

- Hollanda Rekabet Otoritesi 2008 senesinde verdiği bir kararında, herhangi bir yazılı delil olmadan yapılan bir çıkarım sonrasında ispat yükünün karşı tarafa geçmesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından benimsenen şüpheden sanık yararlanır ilkesi ile çeliştiğine karar vermiştir.¹⁰⁵
- İtalya İdare Mahkemesi 2008 senesinde verdiği bir kararda piyasada görülen paralel davranışın ikincil dolaylı delillerle desteklenemediği durumlarda ispat yükünün rekabet otoritesinde olduğunu ve rekabet otoritesinin paralel davranışın danişıklı hareketten başka bir şekilde gerçekleşmeyeceğini ortaya koyması gerektiği belirtmiştir.¹⁰⁶
- Lizbon Ticaret Mahkemesi 2008 tarihli bir kararında soruşturma konusu teşebbüslerin geçmişte danişıklı olarak davranmasının uyumlu eylemin ispatı için yeterli delil teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.¹⁰⁷
- Fransız Rekabet Konseyi, 2007 senesine verdiği bir kararda Fransız içtihat hukukunun uyumlu eylemlerin ispatı konusunda AT Rekabet Hukuku ispat ilkelerinden farkını ortaya koymuştur. Fransız hukuku uyarınca rekabete aykırı eylemlerin ispatı bakımından ikili bir ayırım yapmaktadır: (i) profesyonel bir örgüt çatısı altında gerçekleşen toplantılar ve (ii) teşebbüsler arasında gerçekleşen resmi olmayan toplantılar. İlk durumda ispat yükü, teşebbüsün kartelde belirlenen hususları kabul ettiğini ispatlamak zorunda olan Rekabet Konseyi üzerinde bulunmaktadır.¹⁰⁸

¹⁰⁴ İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin (English High Court), 6 Kasım 2008 tarihli, HC07C02416 sayılı, Bookmakers/Racecourses ; [2008] EWHC 2688 (Ch) kararı, Söz konusu karar için bkz. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2008/2688.html>. Erişim Tarihi: 09.02.2011.

¹⁰⁵ Hollanda Rekabet Otoritesi'nin (Nederlandse Mededingingsautoriteit), 13 Kasım 2008 tarihli, 2112/767 sayılı, *Betomortelcentrales* kararı. Söz konusu karar için bkz. http://www.nmanet.nl/Images/2112BBS_tcm16-121893.pdf. Erişim Tarihi: 09.02.2010.

¹⁰⁶ Lazio Bölge İdare Mahkemesi'nin (Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma - Prima Sezione, 06.06.2008 tarihli ve 1822/2007 sayılı, *Bristol Myers Squibb et al. vs Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato-AGCM* kararı. Söz konusu karar için bkz. http://www.concurrences.com/IMG/pdf/2009_01_12_Italy03Doc_LC-81_.pdf. Erişim Tarihi: 09.02.2011

¹⁰⁷ Lizbon Ticaret Mahkemesi'nin (Tribunal de Comércio de Lisboa), 21 Mayıs 2008 tarihli, 48/08.7TYLSB sayılı, *Aeronorte and Helisul v. Autoridade da Concorrência* kararı. Söz konusu kararın incelemesi için bkz. http://www.concurrences.com/article_bulletin.php?id_article=34000. Erişim Tarihi: 09.02.2011.

¹⁰⁸ Fransa Rekabet Konseyi'nin (Conseil de la Concurrence), 18.12.2007 tarihli ve 07-D-48 sayılı kararı. Söz konusu karar için bkz. <http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/avisdec.php?numero=07d48>. Erişim Tarihi: 09.02.2011.

1.2.3.5. Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve İspatı Üzerine

4054 Sayılı Kanun bir uyumlu eylem tanımı içermemekle birlikte Kanun'un 4. maddesinin 3 ve 4. fıkralarından hareketle uyumlu davranışın şu şekilde tanımlanması mümkün olacaktır: "iki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları".¹⁰⁹ Bu tanım çerçevesinde uyumlu eylemin unsurları şu şekilde sıralanabilir:

(i) Uyumlu eylemden söz edilebilmesi için iki veya daha fazla işletmeye gerek vardır.

(ii) İşletmeler arasındaki paralellik bilinçli olmalıdır.

(iii) İşletmeler paralel davranışlarını ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklayamamalıdır

(iv) Rekabetin sınırlanması.¹¹⁰

Uyumlu eylem karinesini düzenleyen 4. maddenin gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır:

*"Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç, bazen de imkansız olmaktadır. Bu nedenle maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları kabul edilmiştir. Böylece uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü ilgili teşebbüslere geçirilmiş bulunmakta ve ispat güçlüğü nedeniyle kanunun işleme hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmıştır."*¹¹¹

Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, ispat yükünün yer değiştirmesi gibi yürütülen soruşturmanın usulünü ve esasını derinden etkileyebilecek bu uygulamanın, yargılama faaliyetinin güvenliği aleyhindeki olumsuz sonuçlarını en az düzeye çekilerek uygulanması gerekmektedir.

¹⁰⁹ Aslan 2001, sf. 81

¹¹⁰ BADUR, E. (2001), "Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)", *Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi*, No:6, Ankara, s. 68-69, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez90.pdf>, Erişim Tarihi: 09.01.2011.

¹¹¹ Bkz. Rekabet Kurumu İnternet Sitesi: <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icld=74&detId=100&ustId=74>, Erişim Tarihi: 09.01.2011.

Rekabet Kurulu, nispeten yakın zamandaki birtakım kararlara gelinceye kadar,¹¹² pek çok uyumlu eylem soruşturmasında -özellikle teşebbüslerde yapılan yerinde incelemelerde delil bulunmuşsa- uyumlu eylem karinesinin asgari kullanım şeklini örtülü danışıklık durumunu dışarıda bırakacak biçimde ve ABD ve AT standartlarına yakın olarak tanımlamıştır. Rekabet Kurulu da ayrıca, teşebbüsler aleyhine soruşturma açılmasına yer olmadığı kararını verdiği yine nispeten yakın tarihli birkaç kararında da, bu anlayışa geri dönmüştür.¹¹³ Bu duruma ilişkin somut bilgilere aşağıda yer verilmektedir:

Rekabet Kurulu, Maya üreticilerine karşı 2000 yılında açılan soruşturmada maya üreticilerinin fabrika çıkış fiyatlarında görülen paralellikleri uyumlu eylem olarak değerlendirilmemiştir. Söz konusu kararda bu durum;

“Maya üreticilerinin yönetim merkezlerinde yapılan yerinde incelemelerde üreticiler arasında pazarın özellikle fiyatlar bakımından belirsizliklerini yok etmeye yönelik uyumlu eylem olarak kabul edilebilecek doğrudan ya da dolaylı bir iletişime rastlanılmamıştır.

Her ne kadar bulgular soruşturma açılan teşebbüslerin maliyetlerden bağımsız olarak paralel olarak artırdıklarını ortaya koymakta ise de pazarın oligopolistik yapısının fiyat artışlarında rakiplerin izlenmesi gibi bir zorunluluğu gerekli kılması, maya üreticileri arasında pazardaki belirsizliği yok edecek nitelikte doğrudan ya da dolaylı iletişime rastlanılmaması, maya üreticilerinin maya satış fiyatlarına uyguladıkları artışlarının incelemeye alınan dönem itibarıyla DİE’ce yayınlanan Tüketici Fiyat endeksindeki artışların altında gerçekleşmiş olması sebebiyle, bu artışların, bir uyumlu eylem neticesinde olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Bu durumu her biri ihmal edilemeyecek büyüklükteki az sayıda üreticinin faaliyet gösterdiği, homojen bir malın söz konusu olduğu ve oligopolistik özellikler gösteren ekmek mayası pazarında gözlenen paralel fiyat hareketlerini pazarın yapısından kaynaklanan, piyasanın "ekonomik ve rasyonel gerçekler"i olarak değerlendirmek mümkündür.”¹¹⁴

şeklinde açıklanmıştır.

¹¹² Örneğin, 13.01.2005 tarih ve 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (çimento) (ilgili karar Danıştay’ın 13. Dairesi’nce iptal edilmiştir. Bkz. aynı konuya ilişkin Rekabet Kurulu’nun 20.09.2007 tarih ve 07-76/908-346 sayılı kararı) ve 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (ekmek mayası) (ilgili karar Danıştay’ın 13. Dairesi’nce iptal edilmiştir. Bkz. aynı konuya ilişkin Rekabet Kurulu’nun 12.11.2008 tarihli ve 08-63/1050-409 sayılı kararı).

¹¹³ Örneğin - 31.7.2008 tarih ve 08-49/697-273 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Ro-Ro taşımacılığı).

¹¹⁴ 27.6.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı Rekabet Kurulu kararı (maya).

Buna ek olarak bu tür oligopolistik pazarlarda uyumlu eylem iddiasının ileri sürülebilmesi için paralel davranışın ötesinde başka destekleyici delillerin varlığı aranmış ve Rekabet Kurulu tarafından aynı kararda “*Oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gözlenen paralel davranışlar, tarafların uyumlu eylem halinde olduklarına dair önemli deliller olmakla birlikte, bunlar başka delillerle desteklenmeksizin tek başlarına uyumlu eylemi göstermezler*” denilerek belirtilmiştir. Bunun da nedeni,

“Bu tip pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler önemli kararlar verirlerken, rakiplerinin muhtemel tepkilerini de göz önünde bulundurmamak zorundadırlar. Zira, teşebbüsün söz konusu fiilden elde edeceği kazanç, rakiplerinin o fiile karşı gösterecekleri tepkiye bağlıdır. “Oligopolistik Bağımlılık”¹¹⁵ olarak ifade edilen bu özellik oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetlerinde paralelliklerin oluşmasına neden olabilmektedir”

şeklinde açıklanmıştır.¹¹⁶

Eski tarihli kararlara bakıldığında, Rekabet Kurulu’nun Otomotiv Distribütörleri ile ilgili kararında yine oligopolistik piyasada indirim dönemleri ve kampanyaların aynı dönemde diğer piyasa oyuncuları tarafından da uygulanması uyumlu eylem iddiası için yeterli görülmezken somut bir bulgu veya belgeye ulaşılması konusunda son derece hassas davranılmıştır.

“Otomotiv piyasası tüm dünyada sınırlı sayıda oyuncunun bulunduğu oligopolistik yapıdaki bir piyasa özelliği sergilemekle birlikte, bu sektörde rakipler arasında yapılan anlaşma ya da uyumlu eylemler yoluyla rekabetin yatay olarak sınırlandırılması sık karşılaşılan bir durum değildir. Otomotiv piyasasında karşılaşılan rekabet ihlallerinin genellikle dikey kısıtlamalardan kaynaklandığı görülmektedir.

Düzenlenen rapora, toplanan delillere ve incelenen dosya kapsamına göre; 4.11.2004 tarihli Akşam Gazetesi’nde yayımlanan Gültekin KARA imzalı haberde yer verilen, Otomotiv Distribütörleri Derneği’nde bir araya gelen otomotiv firmalarının 2.11.2004 tarihinde binek otomobillerin ÖTV oranlarında yapılan vergi artışını fiyatlarına yansıtma ve indirim yapmama konusunda ortak karar aldıkları yönündeki gazete haberi üzerine yapılan inceleme sonucunda,

¹¹⁵ “Bir teşebbüsün karı sadece teşebbüsün kendi kararına değil, rakiplerinin verdiği kararlara da bağlıdır.” bkz. ÇELEN, A. (2003), Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum”, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez10.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011.

¹¹⁶ Oligopolistik bağımlılık kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. KAHRAMAN, Z. (2008), *Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Otomotiv Distribütörleri Derneği üyesi çeşitli teşebbüslerin 2004 yılı Kasım ve Aralık ayları içinde indirim kampanyaları düzenlediğinin görülmesi ve inceleme konusuna ilişkin olarak somut bir bulgu veya belgeye ulaşamaması nedenleriyle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.”¹¹⁷

Benzer biçimde, Rekabet Kurulu'nun sigara pazarına ilişkin yaptığı incelemede pazarın oligopolistik yapısından kaynaklanan bir fiyat takipçiliğinin sabit olduğu ancak bu takipçiliğin bu tür şeffaf pazarlarda pazarın yapısından kaynaklandığı ve salt fiyatların teşebbüsler tarafından takip edilmesinin uyumlu eylem sayılamayacağı belirtilmiştir. Kararda ayrıca uyumlu eyleme ilişkin başka bir bulgunun tespit edilemediği belirtilerek şikayet reddedilmiştir.

“Türkiye sigara pazarı, Tekel gibi önemli derecede pazar gücüne sahip olan bir firmanın bulunduğu yoğunlaşmış oligopol pazardır. Piyasadaki tüm firmalar kendi faaliyetlerini rakiplerinin hareketlerini dikkate alarak düzenlemektedirler. Pazarın sıkı oligopol özelliği olan şeffaf bir pazar olması dolayısıyla teşebbüsler başta fiyat hareketleri olmak üzere birbirlerinin hareketlerini sürekli olarak gözlemlemekte ve herhangi bir teşebbüsün piyasadaki bir uygulamasından kısa zamanda haberdar olmaktadır. Az sayıda firmanın varlığında karşılıklı bağımlılık ilişkisi ortaya çıkmakta bu durum da fiyat kararlarına etki etmektedir. Bahsedilen piyasa yapısı, az sayıda firma arasında denge oluşmasına neden olmakta, lider firmanın takip edilmesi ve izleyicilerden birinin yaptığı zammı diğerinin öğrenip ona uygun davranmasına yol açmaktadır.

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; PMSA Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış A.Ş., JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş., Tütün, Tütün Mamulleri Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş. ve British American Tobacco Exports B.V. unvanlı firmaların sigara fiyatlarına birlikte yaptıkları zam uygulamalarına yönelik olarak önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına yer olmadığına ve şikayetin reddine, OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.”¹¹⁸

Rekabet Kurulu'nun uyumlu eylem iddiasını incelediği bazı kararlarında destekleyici delil veya yeterli bir bulgu olmaksızın uyumlu eylemden söz edilemeyeceğine ilişkin bazı başka saptamalar da mevcuttur:

“Piyasada devlet kontrolündeki "TEKEL" İdaresinin (TEKEL Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü) varlığı ve faaliyette bulunması nedeniyle oluşan fiyat takipçiliği dolayısıyla teşebbüslerin paralel

¹¹⁷ 06.01.2005 tarih ve 05-01/8-7 sayılı Rekabet Kurulu kararı (otomotiv).

¹¹⁸ 03.05.2004 tarih ve 04-31/365-91 sayılı Rekabet Kurulu kararı (sigara).

davranışlar gösterdiği ilgili piyasanın özellikleri göz önüne alınarak, soruşturma sürecinde tespit olunan fiyat paralelliklerinin ekonomik ve rasyonel gerekçeler dışında hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerce 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal oluşturacak şekilde uyumlu eylem yoluyla gerçekleştirildiğine dair yeterli delil bulunmadığına; dolayısıyla idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verildi."¹¹⁹

Aynı şekilde Rekabet Kurulu aşağıdaki kararında da uyumlu eylem iddiasına ilişkin güçlü veri bulunmadığından Rekabet Kurulu tarafından kararda adı geçen teşebbüslere karşı soruşturma açılmamasına karar verilmiştir.

"Yukarıda yer verilen bilgilerin ışığında; Dalsan Alçı Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Entegre Harç Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiklerine ilişkin güçlü veri bulunmadığı anlaşıldığından, bu teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir."¹²⁰

Rekabet Kurulu aşağıdaki kararında, ATAD'ın Polypropylene kararları ile uyumlu bir şekilde, uyumlu eylem karinesinin paralel davranışlar gösterilmeksizin de işletilebileceğini ifade etmiştir.

"Sıkı sıkıya lafza bağlı kalarak bir yorum yapılması halinde, karinenin kullanılabilmesi için, pazarda oluşmuş bir etkinin (ya da paralel davranışın) gösterilmesi gerekecektir. Ancak, amaçsal bir yorum, karinenin kullanılabilmesi için illa pazarda oluşmuş bir etkinin gösterilmesini, yani paralel davranışın ortaya konmasını gerektirmeyip, örneğin, teşebbüsler arasında stratejik, gizli nitelikli bilgi (örneğin, pazar payı, fiyat, satış miktarları...vs) değişimi gibi, rekabetçi bir yapıda olması beklenmeyen davranışların (ya da rekabetin bozulduğu pazarlardakine benzer davranışların) ortaya konmasını karinenin kullanılabilmesi için yeterli kılacaktır."¹²¹

ABD ve AT rekabet hukuku rejimlerindeki standartların maddi hakikati arayan her rejimde elzem olduğunun altını çizen ve bunun uyumlu eylem karinesinin varlığı sebebiyle değişmediğini ortaya koyan bir diğer son derece önemli karar ise Gazete Yayıncıları Kararı'dır. Maliyetlerin farklı olduğu oligopol pazardaki teşebbüslerin fiyat paralellığı olayında fiyatların rekabetin kısıtlandığı, engellendiği ve bozulduğu piyasalardaki duruma benzemesi uyumlu eylemin ortaya konulmasında yeterli bulunmamış, "teşebbüslerin bağımsız şekilde davranmasını engelleyen bir ilişkinin ortaya konulması gerektiği" belirtilmiş ve bu yöndeki araştırma sonucunda destekleyici deliller ile uyumlu

¹¹⁹ 24.12.2002 tarih ve 02-80/937-385 sayılı Rekabet Kurulu kararı (sigara).

¹²⁰ 11.12.2002 tarih ve 03-78/948-392 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (alçı).

¹²¹ 02.12.2004 tarih ve 04-77/1109-278 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Ege hazır beton)

eylem iddiası desteklenerek teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulduklarına kanaat getirilmiştir.¹²² Önemi sebebiyle bu karardan detaylı bir alıntı yapılmıştır. Buna göre:

“Soruşturmanın konusu uyumlu eylem ile satış fiyatının tespit edilmesidir. Bir fiilin uyumlu eylem olarak nitelenebilmesi için şu unsurların bulunması gereklidir:

- Taraflar arasında genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları içeren olumlu temaslar¹²³ olmalıdır.

- Bu temas; pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortan kaldırma amacı taşımalı.

- İlgili teşebbüslerin ticari davranışlarını, tam olarak rekabetçi etkiler tarafından belirlenmeyecek bir şekilde oluşturma ya da değiştirme etkisi olmalıdır.

Burada önemli olan, teşebbüslerin, rakiplerinin gelecekteki davranışlarını öğrenmeleri ve pazardaki belirsizliğin ortadan kaldırılmasıdır.

Uyumlu eylem vakalarında önemli bir sorun da teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde olduklarının tespiti ve ispatıdır. 4054 sayılı Kanun piyasadaki fiyat değişimlerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi halini uyumlu eyleme karine göstermiş ve ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak uyumlu eylemde bulunmadığının ispatını taraflara bırakmıştır. Ancak, burada olduğu gibi bir fiyat belirleme olayında, fiyat tespitinin rekabetin kısıtlandığı piyasalardaki eylemlere benzerliğinin ortaya konulması yeterli değildir. Bunun yanı sıra, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışlarını engelleyen rekabetçi şartlar altında olmaması gereken bir ilişkinin ortaya konması da gereklidir.

¹²² “[Y]alnızca paralel davranışların gösterilmesi şeklindeki bir yaklaşımın, Kurulun ispat yükünü kolaylaştırmadığı belirtilmelidir. İktisadi nitelikli delillere rasyonel gerekçeler bulmak kolaydır. Nitekim Gazete kararında yalnızca paralel davranışlardan hareket edilseydi, fiyatlardaki farklılıklardan ve özellikle de “bayiler aracılığı ile rakibin fiyat stratejilerinin öğrenilip artış yapıldığı” şeklindeki savunmadan dolayı ihlal sonucuna ulaşılması zor olurdu (*vurgu eklenmiştir*)” Bkz. Kekevi 2003, s. 57.

¹²³ ATAD bir kararında rakipler arasındaki tek seferlik toplantının bile ilgili teşebbüslerin uyumlu eylemde bulunduğu dair yeterli temel oluşturabileceğini belirtmiştir. Bu karar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Rekabet Kurumu Araştırma Bülteni, Haziran 2009, Sayı 11, s.13.

Uyumlu Eylem halinin tespitinde üç temel bulgunun ortaya çıkartılması yeterlidir. Bu bulgular:

i- Rakip teşebbüsler arasında bir ilişkinin varlığı,

ii- Rakip teşebbüsler arasında ortak tavır sonucunu doğuran ve diğer rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen davranışların varlığı,

iii- Rakip teşebbüsler arasında bağımsız hareket etme durumunun ortadan kalktığı durumların varlığı.

Paralel fiyatlandırmanın zorunlu olmadığı, siyasi gazetelerde ve spor gazetelerinde çok kısa dönemler haricinde, fiyatların birbirine çok yakın hatta fiyat artış oran ve tarihlerinin aynı olduğu tespit edilmiştir. Fiyatların birbirleri ile bir ilişki içerisinde oldukları bu durum, hesaplanan korelasyon katsayıları ile de gösterilmiştir.

Haklarında soruşturma yürütülen tarafların genellikle maliyet rakamlarının birbirlerinden farklı olduğu görülmektedir. Bu nedenle, gazete fiyatlarının aynı seviyede tutulmasının maliyetlerin aynı olduğu gerekçesine dayandırılması mümkün görülmemektedir.

Aynı şekilde, tirajları, dolayısıyla gazete satış gelirleri birbirine yakın olan ancak reklam gelirleri birbirinden farklı olan Hürriyet, Milliyet ve Sabah gazetelerinin fiyatlarını aynı seviyede tutmalarını, fiyatları aynı günde ve aynı oranda arttırmalarını benzer maliyetlere dayandırmalarının ekonomik ve rasyonel bir gerekçe olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Dağıtım kanalı ve bayiler aracılığı ile rakibin fiyat stratejilerinin öğrenildiği, bu nedenle de fiyat artışlarının aynı tarihe denk geldiği savunması ise, yapılan fiyat artışlarının, raportörler tarafından yapılan yerinde inceleme esnasında elde edilen ve fiyat değişikliği yapılacağına ilişkin bilgiler içeren toplantı notlarındaki tarihlerden sonra gerçekleşmesini açıklamaktan uzaktır.

Özellikle 1997 yılında, taraflarca fiilen uygulanan fiyatların, enflasyon ve hammadde fiyatlarının yükselmesi sonucu ortaya çıkan maliyet artışlarıyla da açıklanması mümkün değildir. Çünkü, daha önce belirtildiği gibi, bu dönemde fiyatlar oldukça yüksek oranlarda aşağı çekilmiş ve bu durum yaklaşık on ay kadar devam etmiştir. Bu dönemde ortaya çıkan fiyat düşüşleri ve yıl sonuna doğru tekrar indirim öncesindeki fiyat seviyesine yükselme de tarafların benzer maliyet yapılarına sahip olmaları ile izah edilemeyecektir.

...

Soruşturmaya konu günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarları oligopolistik bir özellik taşımaktadır. Her iki Grubun da ilk madde malzeme

teminini yurtdışından sağlamaları nedeniyle benzer maliyet yükü ile karşı karşıya kalacağını düşünmek yanlış olmamakla birlikte eksik bir değerlendirme olacaktır. Bu noktada, gazete sektörü ile ilgili tespitler de dikkate alındığında, özellikle reklam gelirlerindeki farklılığın maliyet yapılarına ve dolayısıyla fiyata etki edeceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle maliyetlerin belli kalemlerinin benzer olması, iki grubun belli dönemlerde aynı fiyat düzeyinde satılmasını (hatta bazı tarihlerde aynı gün ve oranda artış yapılmasını) haklı çıkaracak nitelikte değildir.

...

Ulaşılan ekonomik sonuçlar bir yana, gruplar arasında özellikle gazete fiyatlarının belirlenmesiyle ilgili toplantılar yapıldığı, bu konuda kararlar alındığı hatta uygulamaya geçirildiği dikkate alındığında, gruplar arasında günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarında işbirliği olduğu açıktır. Bu işbirliği ve yapılan toplantılar, firmalar arasında rekabetin temelini oluşturan "bağımsız olarak karar alma" gerekliliğini ortadan kaldırmaktadır. Her firmanın içinde bulunduğu pazarın gereklerine göre davranışlarını belirleme özgürlüğü ticari hayatın bir gereğidir. Ancak, tarafların bir araya gelerek piyasa sistemi tarafından belirlenmesi gereken fiyat gibi unsurlar konusunda karar vermeleri piyasa sisteminin işleyişini engellemektedir. Dolayısıyla, rakip firmanın gelecekte nasıl davranacağını bilinememesi nedeniyle var olan belirsizliğin ortadan kaldırılması, piyasadaki aktörlerin, talep yönlü etkileri kararlarında dikkate almayacakları anlamına gelmektedir. Bu durum da rekabetin engellendiği piyasaların tipik bir örneğini oluşturur."¹²⁴

Dolayısıyla, aslında yukarıda yer verilen tüm kararlarda da görüldüğü üzere, uyumlu eylem meselesi ABD rekabet hukuku rejiminde, AT rekabet hukuku rejiminde ve epeyce bir süre Türk rekabet hukuku rejiminde benzer biçimlerde ele alınmış ancak daha sonra Rekabet Kurumu'nun nispeten yakın tarihli kararlarıyla¹²⁵ bu konuya ilişkin farklı ve daha da agresif bir "uyumlu eylem karinesi" yaklaşımı geliştirilmiştir. Şöyle ki, Rekabet Kurulu'nun daha yakın zamanda verilen kimi kararlarında, firmaların belirli dönemlerde paralel davranış göstermiş olmalarının uyumlu eyleme karine teşkil ettiği sonucuna varılmış, böylece ilgili her bir teşebbüsün ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak uyumlu eylemde bulunmadığını ispat etmesi istenmiştir. Gerçekten de 13.01.2005 tarih ve 05-05/42-17 sayılı çimento kararında Kurul uyumlu eylem karinesine götüren emareler hakkında oldukça aceleci bir yorum benimseyerek, teşebbüslerin, diğer teşebbüslerle birlikte, normal piyasa

¹²⁴ 17.7.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı Rekabet Kurulu kararı (gazete).

¹²⁵ Örneğin, 13.01.2005 tarihli ve 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu kararı (çimento), 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu kararı (ekmek mayası).

koşulları altında kendi çıkarı için doğru gözükmeyen bir hareketi yapmasını uyumlu eylem karinesinin işletilmesi için yeterli görmüştür.

Rekabet Kurulu, söz konusu kararını tesis ederken aşağıdaki hususları değerlendirmeye almıştır:

- Göлтаş ve Denizli Çimento'nun aynı dönemde Ado Çimento ve Özgür Çimento'ya mal vermeyi kesmesinin gerekçesi olarak belirtilen ihracat bağlantılarının yurtiçi satışa göre avantajlı olup olmadığı,

- ihracat yapıldıktan sonra dahi kalan stokların şikayetçinin talebini karşılamaya yetip yetmediği,

- stokların soruşturulan teşebbüslerin kendi doğal ihtiyacını karşılayıp karşılamadığı,

- şikayetçinin klinker alımı karşılığı ödemelerini aksatıp aksatmadığı,

- şikayetçinin ithalata yönelmesinin sebebi ve ithalatın klinkeri iç pazardan almaktan daha avantajlı olup olmadığı,

- Göлтаş'ın 17\$/ton ve Denizli Çimento'nun 19\$/ton ihracat fiyatlarına rağmen, teşebbüslerin şikâyetçiye 32\$/ton fiyat vermiş olmaları.

Rekabet Kurulu, ilgili kararında çimento pazarının oligopolistik yapısını dikkate almayarak piyasada oluşan durumun sadece ilgili teşebbüsler eliyle oluşabileceği sonucuna varmıştır. Halbuki, uyumlu eylem karinesinin oligopol piyasalarda uygulanması, bu piyasalarda faaliyet gösteren her teşebbüsü daha baştan suçlu konumuna düşürme riskini beraberinde getirmektedir. Rekabet Kurulu söz konusu kararda uyumlu eylem karinesini işletirken soruşturulan teşebbüslerin soruşturulan dönemdeki eylemlerine değil, süreç içinde ortaya çıkmış olan bir sonuca, "mal verilmiyor olması durumu"na, odaklanmıştır. Ayrıca, "mal verilmiyor olması durumu"nu yaratan bağımsız ticari davranışlar zamansal olarak da birbirlerinden son derece farklı dönemlere tekabül etmektedirler: Denizli Çimento ile Ado Çimento arasındaki mal alımına ilişkin sözleşme ve dolayısıyla mal temin ilişkisi 31.12.2002 tarihi itibarıyla sona ermiş iken, ilgili karara göre, Göлтаş ile Özgür Çimento arasındaki mal temin ilişkisi Eylül 2003 tarihinden itibaren bozulmuş ve zaman zaman Göлтаş tarafından talep edilenden az mal verilmiş ve bazen de mal teminini tamamen durdurma noktasına gelmiştir. Söz konusu kararın karşı oyunda da belirtildiği üzere, şikayette bulunan teşebbüsün karara konu teşebbüslerin eylemleriyle ekonomik olarak zora düşmesi hususu görecelidir. İlgili pazar salt ampirik pazar verileri ışığında değerlendirildiğinde, muhatap teşebbüsün düştüğü durum yahut iddia olunan bir paralellik hali teşebbüslerin uyumlu eylem gerçekleştirdiklerine dair yegane açıklamayı temin etmekten uzaktır. Bu çalışmada desteklenen ispat

standartları çerçevesinde, söz konusu kararda, teşebbüslerin bağımsız davranmış olabilecekleri olasılığını dışlayan ispat unsurlarının iddia sahibi tarafından ikame edilmesinin aranması ve bu suretle yaratılacak hukuki güvenlik ortamında da söz konusu dosyada alınan karara ulaşmak yönünden eldeki bu vasıtaların yeterli olmayabileceğinin tespit edilmesi beklenirdi.

Kurul ekmek mayası kararında da soruşturmaya konu teşebbüslerin pazarda sergilediklerini ileri sürdüğü paralel davranışlar dışında ihlal tespitini destekleyici herhangi bir delile dayanmamıştır. Keza, uyumlu eylem karinesinin önkoşulu olan ilgili pazardaki rekabet parametrelerinin “rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi” koşulunun yerine gelip gelmediğine ilişkin olarak, pazarın uzun bir dönem boyunca gösterdiği özelliklere dayalı hiçbir tespit, araştırma veya değerlendirmede bulunulmamıştır. Uyumlu eylem karinesinin işletilmesine bağlı olarak ispat yükü soruşturulan teşebbüslere geçirilmiş ve ihlal tespitini destekleyici nitelikte herhangi bir “destekleyici unsur” veya “kolaylaştırıcı eylem” bulunmamasına rağmen, ekonomik ve rasyonel bir gerekçe bulunmamasından bahisle salt paralel davranıştan dolayı cezaya hükmedilmiştir. Bu çerçevede soruşturulan teşebbüslerin paralelliğın pazarın yapısı ve niteliğinden kaynaklandığı ve davranışlarının ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandığı yönündeki savunmalarına itibar edilmemiş ve salt paralellikten yola çıkılarak ihlal tespitinde bulunulmuştur.¹²⁶

Rekabet Kurulu, söz konusu kararını tesis ederken aşağıdaki hususları değerlendirmeye almıştır:

- Teşebbüslerin fiyat hareketleri ile aynı dönemde gerçekleşen birim maliyetlerinin karşılaştırılması (ortalama satış fiyatlarının bahse konu dönemde yaklaşık olarak Pak Gıda’da % 180, Özmaya’da % 205, Akmaya’da % 172, Mauri Maya’da % 146 oranında artış gösterdiği),

- yine bu artışların aynı dönemdeki enflasyonun 25-30 kat üzerinde seyretmesi,

- koordinasyonu gösteren delilin olmadığı bir soruşturmada piyasadaki fiyat hareketlerinin daha uzun süreli bir periyotta izlenmesi gerekliliği,

- 2002 yılından başlayarak 2003 yılı Şubat ayına kadar süren sert rekabet sebebi ile teşebbüslerin maliyetin altında satış yapmak zorunda

¹²⁶ GÜRKAYNAK, G., K. K. YILDIRIM, ve M. DUMAN (2010), “Türk Hukukunda Uyumlu Eylem Karinesinin En Çıplak Uygulaması: Ekmek Mayası Kararı”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü ve Rekabet Kurumu, *Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu*, 15 - 16 Ekim 2010, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İlgili sempozyumda yer alan tebliğler henüz yayımlanmamıştır).

kalmaları ve bu maliyetin altında satışların bir dönem sonra fiyat artışını zorunlu kıldığı.

Söz konusu kararda salt fiyat paralelliği uyumlu eylem tespitinde yeterli sayılmış ve bilinçli paralellik unsurunun dosya özelinde var olup olmadığı ve/veya destekleyici unsur ve/veya kolaylaştırıcı eylemlerin bulunup bulunmadığı hususları incelenmeksizin cezaya hükmedilmiştir. Keza, kısa süreli (8 aylık) bir salt fiyat paralelliği, ayrıca bir inceleme yapılmaksızın pazarın “rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik gösterdiği” tespitinde bulunmak için de yeterli görülmüştür. Rekabet Kurulu, soruşturma sonucunda, alıcıların maya markaları arasında herhangi bir fark gözetmediği, yaş ekmek mayasının homojen bir ürün olduğu, pazarda sadece dört sağlayıcı bulunduğu ve pazarın oligopolistik bir yapı sergilediği sonuçlarına ulaşmıştır. Kararda oligopolistik pazarlarda ilgili ürünün de homojen olması halinde paralel fiyat hareketlerinin uyumlu eylem olarak değerlendirilmesinin güçleştiği belirtilmiştir. Ancak bütün bu unsurlara rağmen salt fiyat paralelliğine dayalı olarak kararın verilmesinde sakınca da görülmemiştir.

İlgili kararda pazarın şeffaf yapısı üzerinde de durulmuş, alıcıların ürünün homojen yapısı nedeniyle rakip sağlayıcıların satış fiyatları hakkında diğer sağlayıcılara bilgi verdiği ve bu suretle indirimli maya almaya çalıştıkları gözlemine yer verilmiştir. Bu durumun, bir “kolaylaştırıcı eylem”in varlığından söz edilmesini olanaklı kıldığı ilk bakışta düşünülebilirse de, kolaylaştırıcı eylemin ihlalle suçlanan teşebbüsler arasında gerçekleşmesi gerektiği, oysa burada pazarın şeffaflaşmasına yol açan eylemin pazarın yapısına bağlı doğal bir durum olabileceği ve meselenin maya üreticilerinin değil, pazardaki alıcıların davranışları üzerinde yoğunlaşıyor olabileceği gibi hususların da, bu çalışmada desteklenen ispat standartları çerçevesinde, salt paralellikten kalkınan bir kararı engellemesi beklenirdi.¹²⁷

Karinenin anılan yorumunda kullanılan mantığı aşağı yukarı şu şekilde özetlemek mümkündür:

- 4. maddede uyumlu eylem karinesinin kullanılması için öngörülen söz konusu paralelliğin “rekabetin engellendiği piyasalara benzerlik göstermesi” şartı (buna “benzeme şartı” denebilir) genellikle hafif bir biçimde kullanılır. Örneğin söz konusu olan paralel fiyat artışları ise, bunların maliyet ve enflasyonun üzerinde olması, bu hareketlerin rekabetin engellendiği piyasadakilere benzediğini öne sürmek için yeterli sayılır.

- Dolayısıyla bu tür paralel hareketler uyumlu eylem karinesi teşkil eder.

¹²⁷ Gürkaynak, vd. 2010.

- Bu durumda söz konusu paralelliğin uyumlu eylem dışında ekonomik ve rasyonel gerekçeleri olduğunu göstermek teşebbüslere düşmektedir.

Dolayısıyla, Rekabet Kurulu'nun nispeten daha yeni tarihli uygulaması, yukarıda ifade edilen anayasallık tartışmalarını daha da alevlendiren bir görünüm sergilemektedir. Her ne kadar bazı yazarlar tarafından uyumlu eylem karinesinin, teşebbüslerin paralel davranışları rasyonel gerekçelerle izah etmesinin kolay olmasından ötürü Rekabet Kurulu'nun ispat yükünü kolaylaştırmadığı iddia edilse de¹²⁸, karine, özellikle oligopolistik piyasalarda, beraberinde hukuki bir belirsizliği getirebilecektir. Bu bakımdan, yargılama benzeri faaliyetlerin yürütüldüğü bir idari işlem esnasında, ispat yükünün kolay bir şekilde teşebbüslere geçmesi evrensel yargılama prensipleri bakımından adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Bu tehlike Savcı Darmon tarafından *Wood Pulp II* kararına ilişkin olarak sunulan mütalaada açıkça ortaya koyulmaktadır:

*“Uyumlu eylemin kanıtlanmasında, dolaylı deliller kullanılıyorsa, gerekli dikkatin sarfedilmesi gerekmektedir. Mahkemenin içtihat hukukuna göre, bu delillerin 'paralel davranışın...bir uyumlu eylemin sonucu olduğu...görüşünü doğrulamak bakımından, yeterli kesinlik ve tutarlılıkta' olması gerekmektedir. Diğer ifade ile bunun makul kuşkunun ötesinde bir kesinlik derecesinde kanıtlanması zorunludur. Kanıt yüküne ilişkin ilkelere göre, Komisyon bunun için şunu ortaya koyacaktır: Kanıt yükü, basit bir şekilde, bir paralel davranış bulgusuna dayanılarak, yer değiştiremez. Bu Mahkeme, sağlam temellere dayanan bir karineler (dolaylı deliller) bütünü ile tatmin edilmezse, uyum kanıtlanamayacaktır.”*¹²⁹

4. madde düzenlemesi, uyumlu eylemin varlığını doğrudan ve açıkça ortaya koyan doğrudan delillerin¹³⁰ mevcut olmadığı belirsizlik durumlarında uyumlu eylemin varlığına hükmedilebilmesi olanağını beraberinde getirmektedir. Cengiz'e göre bunun en belirgin ve yaygın örneği, oligopol piyasalarda rekabeti bozucu paralel davranışlar sergileyen teşebbüslerin aralarında rekabeti bozucu işbirlikli bir iletişim olduğunu ortaya koyan bağlantı delillerinin bulunmadığı durumlardır. Cengiz bu konu hakkında şu tespitte bulunmaktadır:

¹²⁸ Kekevi 2003, s. 57.

¹²⁹ Cengiz 2008.

¹³⁰ Rekabet hukukunda delil kavramı için bkz. Gürkaynak, vd. 2009

“...[E]n ayrıntılı iktisadi delillerin¹³¹ en ayrıntılı iktisadi analizlere rağmen yetersizliği karşısında¹³², Rekabet Kurulu’nun varlığını kanıtlayamadığı teşebbüsler arasındaki bir bağlantının, bu teşebbüsler tarafından yokluğunun kanıtlanması olanağı bulunmamaktadır. Böyle bir kuramsal çözüm teşebbüslerin somut olarak çıkmaza sokulması anlamına gelmektedir... Bu bağlamda Rekabet Kurulu’nun, uyumlu eylemin dolaylı kanıt yöntemiyle kanıtlanmasında belirsizlik durumlarında, uyumlu eylemin varlığına hükmetmesi ve paralel davranan teşebbüslerin bunun aksini kanıtlayamaması, çıkarmaya sokulmaları suretiyle belirsizliğin riskini teşebbüslere yüklemesi Rekabetin Korunması Hakkında Kanun sistemine egemen olan kanıt ilkeleriyle çelişki oluşturmaktadır... Bu nedenle, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.4/III, IV düzenlemesinin, mevcut ifadesine rağmen, sadece sözünden anlaşılan yorumun aşılması, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun sistemine egemen şüpheden sanık yararlanır ilkesi temelinde yorumlanması gereklidir. (vurgu eklenmiştir)”¹³³

Gerçekten de, uyumlu eylem karinesinin ihlalin vuku bulduğu şüphesinden teşebbüslerin yararlanacağı şeklinde yorumlanması mehz uygulamalar ile paralellik arz edecek ve yargı benzeri faaliyetlerin yürütülmesinde hukuk güvenliğinin sağlanmasına katkıda bulunacaktır.

1.2.4. Türkiye’de Rekabet Hukuku İhlallerine Dayanan Özel Hukuk Davalarında İspat¹³⁴

4054 Sayılı Kanun’un 56 ve devamı maddeleri, 4054 Sayılı Kanun’a aykırı anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının tabi olduğu geçersizlik rejimini düzenlemekte ve rekabet ihlallerinden doğan zararlara ilişkin olarak, özel hukuk

¹³¹ İktisadi nitelikli delillere örnek olarak şunlar gösterilebilir: (i) teşebbüslerin performansının yatay işbirliği sonucunu desteklemesi, (ii) endüstrinin yapısal özelliklerinin rekabetten kaçınılmasının kolaylaştırması, (iii) teşebbüslerin geçmişte rekabeti sınırlayıcı anlaşma içinde olmaları, (iv) teşebbüslerin kolaylaştırıcı eylemleri kullanması, (v) teşebbüslerin birlikte hareket etmeleri için rasyonel bir gerekçenin varlığı, (vi) işletmelerin kollektif biçimde gerçekleştirilmedikçe aleyhine olan davranışlar, (vii) pazardaki duruma, uyumlu eylem dışında rasyonel açıklama getirilememesi. Bkz. Kekevi 2003, s. 28-29.

¹³² “Gerçekten de pazar yapısının karteğe uygunluğu, teşebbüslerin performanslarının “rekabetçi” ya da “antirekabetçi” nitelendirmelerinden hangisine yakın olduğu gibi konularda, iktisatçıların önemli görevler üstlenmektedir. Ancak iktisadi yaklaşımlarla anlaşmanın varlığı kesin olarak ortaya konulamamaktadır.” Bkz. Kekevi 2003, s. 30.

¹³³ Cengiz 2006, s. 308-309.

¹³⁴ AT ve ABD rekabet hukuku rejimlerinde, rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan özel hukuk tazminat davalarına ilişkin kurallar ülkeden ülkeye veya eyaletten eyalete değişebildiğinden, bu başlık altında incelenmeyecektir. Yalnızca AT’de, Topluluk üyelerinin bu konudaki hukuk düzenlerini yakınlaştırmak adına çabaların bulunduğu söylenmelidir. Bkz. Commission of the European Communities, WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 2.4.2008 COM(2008) 165.

hükümleri çerçevesinde genel mahkemeler nezdinde açılacak tazminat davalarına ilişkin özel hükümler sevk etmektedir. Buna göre, rekabet hukuku ihlallerini gerçekleştirenler, söz konusu ihlalden zarar görenlerin her tür zararını tazminle sorumlu tutulmaktadır. Eğer ihlal birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmışsa, bunlar zararın tazmininden müteselsilen sorumlu olacaklardır (4054 Sayılı Kanun m. 57).

Ayrıca 4054 Sayılı Kanun zararın tazmini ile ilgili ayrı bir hüküm de öngörmektedir. Buna göre, herhangi bir rekabet ihlalinin sonucunda, ihlalden zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı (fazla ödeme nedeniyle uğranılan zarar), ihlali gerçekleştiren kişilerden talep edebileceklerdir. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini, rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilecektir. Ayrıca hakim, ortaya çıkan zararın bir anlaşma veya karar veya ağır ihmalin bulunduğu hallerden kaynaklanması durumunda, rekabet ihlalden zarar gören kişilerin talebi üzerine uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi olası olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilecektir (4054 Sayılı Kanun m. 58).

4054 Sayılı Kanun'un 59. maddesi ise, esasları yukarıda çok kısaca özetlenen rekabet hukuku ihlallerine dayanan özel hukuk davalarında uyumlu eylem ihlalinin ispatına ilişkin özel bir hüküm sevk etmektedir. 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 artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer.”

Görüldüğü üzere, 59. madde, 4. maddenin 3 ve 4 numaralı fıkralarına benzer şekilde, uyumlu eylem şeklinde ortaya çıkan rekabet ihlalinin varlığını ispat etme yükünü tersine çevirmektedir. Ancak yukarıda da değinildiği üzere¹³⁵, bu iki hükmün ayrı ayrı değerlendirilmesi yerinde olacaktır ve 59. madde hükmünün 4. maddenin 3 ve 4 numaralı fıkralarının değerlendirilmesine ilişkin referans olarak alınması yanlış sonuçlara yol açacaktır¹³⁶. Zira 4. madde

¹³⁵ Bkz. dipnot 12.

¹³⁶ Budak aksi görüştedir. Yazara göre 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2 ve 3 numaralı fıkralarıyla 59. maddesi paralel olarak değerlendirilmelidir. Yazar ayrıca 4. maddeye ilişkin olarak savunduğu hükmün bir olay karinesi öngördüğü ve ispat yükünün yerini değiştirmekten ziyade ispat ölçüsünü belirlediği yönündeki görüşünü 59. madde için de benimsemektedir. Bkz. Budak 2004, s. 51.

anlamındaki ispat meselesi rekabet hukuku soruşturmalarını ilgilendirmekteyken ve ispatla yükümlü olan taraf¹³⁷ Rekabet Kurumu iken; 59. madde genel mahkemelerde açılacak tazminat davalarını ilgilendirmektedir ve ispatla yükümlü olan taraf, Rekabet Kurumu gibi araştırma ve soruşturma yetkileri bulunmayan ve rekabet hukuku ihlalinin zarar gördüklerini ileri süren davacılarıdır.¹³⁸ Ayrıca 4. maddede geçen “rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi” şeklindeki ifadeyle 59. maddede geçen “piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren” ifadesi de bir nebze bu farklılığa işaret etmektedir.¹³⁹

Bu noktada, ispat yükünün yer değiştirmesine yol açan bu hükmün, yalnızca uyumlu eylemlere yönelik olarak geçerli olduğu ve diğer rekabet hukuku ihlallerinde bu tür bir ispat kuralının söz konusu olamayacağı belirtilmelidir.

59. maddenin son fıkrası ise, rekabet ihlallerinin genel mahkemelerde açılacak özel hukuka tabi tazminat davalarındaki ispatına ilişkin olarak özel hüküm sevk etmektedir. Buna göre “Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her tür delille ispatlanabilir.”

Görüldüğü üzere, rekabet hukuku soruşturmalarında geçerli olan delil serbestisi ilkesi, rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarında da benimsenmiştir. Çok kısaca belirtmek gerekirse, serbest delil sistemi çerçevesinde, rekabet sınırlamalarının ispatı her tür delille yapılabilmektedir ve Rekabet Kurulu uygulamasında deliller arasında hiyerarşik bir sınıflandırma yapılmadığı gözlemlenmektedir. Diğer bir deyişle rekabet hukuku uygulamasında delilin hakimın kanaatini etkileyebilme kabiliyeti olarak ifade edilen “delil değeri” (diğer bir deyişle ispat gücü) kavramına yer verilmediği görülmektedir. Ancak, HUMK’da öngörülen delille ispat kurallarının burada da yalnızca olayın bünyesine uygun düştüğü sürece uygulanabileceğinin belirtilmesi gerekmektedir.¹⁴⁰

Bu noktada, 59. madde çerçevesinde getirilen ispat kuralının yalnızca “rekabet hukuku ihlalinin varlığına” ilişkin olduğunun altının çizilmesi

¹³⁷ “Taraf” sözcüğü burada teknik anlamda kullanılmamıştır.

¹³⁸ Bu uygulama rekabete aykırı faaliyetler neticesinde zarara uğrayan kişilerin tazminat taleplerinin özel hukuk davaları aracılığıyla arandığı durumlarda davacı tarafın ispat yükünü düşürmesi bakımından önemlidir. Bkz. Dipnot 35.

¹³⁹ Karş. Aslan 2001, s. 87.

¹⁴⁰ Bkz. GÜVEN, P. (2007), “Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - V*, 6-7 Nisan 2007, Kayseri, s. 222 ve SANLI, K. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I*, Sayı: 1, (2003) s. 242 vd.

gerekmektedir. Rekabet hukuku ihlalinin varlığı ispatlandıktan sonra, zararın varlığının ispatı meselesi, genel hüküm olan Borçlar Kanunu'nun 42. maddesine tabi olacaktır.¹⁴¹ Söz konusu genel hükme göre, "Zararı ispat etmek müddeiye düşer, zararın hakikî miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikân tayin eder."

Dolayısıyla, zararın ispatında 4054 Sayılı Kanun'un 59. maddesinde öngörülen özel hüküm uygulanmayacak ve davacı, uğradığını iddia ettiği zararı genel kurallara göre ispatla yükümlü olmaya devam edecektir. Bir başka ifadeyle zararın miktarı konusunda yapılacak tespit için kullanılacak ispat gücünün ihlal durumunun ispatında kullanılan delillere göre daha yüksek olacağı kabul edilmesi gerekir. İspat gücü arasındaki bu farkın üç sebepten kaynaklandığı söylenebilir. Birincisi, ispat gücünün nispeten düşük olması, açılan dava sayısının düşmesine neden olacaktır. İkincisi, davacı ile davalı arasında, davalı lehine bir bilgi asimetrisi mevcut bulunmaktadır. Son sebep ise, zararın daha kesin ve doğru ölçülmesinin ihlali caydırmadaki etkisi ile zarar verenin zararın miktarına ilişkin bilgisi arasındaki doğru orantıdır.¹⁴²

4054 SAYILI KANUN VE UYGULAMASINDA İSPATA İLİŞKİN YAKLAŞIMLARIN VE KAVRAMLARIN ÖZENLE VE İSTİKRARLA KULLANILMASI GEREKLİLİĞİNE İLİŞKİN SONUÇ DEĞERLENDİRMESİ

Artık Türk rekabet hukukunun en önemli dinamik kaynaklarından biri halini almış olan Rekabet Kurulu kararlarında ispat meselesine ve "ispat standartları" ile "ispat yükü" gibi kavramlar başta olmak üzere ispat ile ilgili tüm unsurlara yer verilerek her bir somut olayın ispat özelliklerinin bu kavramlar gereğince kullanılmak suretiyle dikkatle tartışılması, beklentilerin ortaya koyulması, kararlarda istikrar sağlanmak suretiyle ispat konusundaki eşiklerin netleştirilmesi, ispat vasıtalarının kabul edilebilirliğine ve takdir yetkisinin kullanımındaki etkisine ilişkin doyurucu bilgilerin verilmesi son derece önemlidir. Bu çerçevede uyumlu eylem yoluyla gerçekleştirildiği iddia edilen rekabet hukuku ihlallerinin ispatı meselesinin de hukuk güvenliğinin sağlanması için mehzaz uygulama ile paralellik teşkil edecek bir şekilde "olgu ağırlıklı" bir çizgiye çekilmesinde fayda bulunmaktadır.

İspat müesseselerinin ve kavramlarının özenli ve istikrarlı kullanımı sayesinde savunma haklarının kuralları belli bir çekişmeli usul içerisinde

¹⁴¹ Bkz. Güven 2007, s. 220 ve Sanlı 2003, s. 265.

¹⁴² ŞAHBAZ, A. U. (2008), *ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 32-34.

gereğince kullanılabilirdiği bir yargı benzeri faaliyet sonucunda maddi hakikate ulaşılması olasılıkları artmış olacaktır. Bu da soruşturmaların keyfilikten uzaklaşmasına, hukuki güvenlik içerisinde öngörülebilirlikten taviz verilmeden yürütülmesine, adil yargılanma hakkının güvence altına alınmasına ve bu sayede istikrarın somut olay adaleti feda edilmeksizin sağlandığı süreçlerin yaratılabilmesine imkan tanıyacaktır.

KAYNAKÇA

- ALANGOYA, Y. (2001), *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 2. Baskı İstanbul.
- ASLAN, Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Bursa
- BADUR, E. (2001), “*Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)*”, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No:6, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez90.pdf>, Erişim Tarihi: 09.01.2011
- BALKI, B. (2009), “The Evaluation of the Presumption of Concerned Practices in the Turkish Competition Act and of its Utilization under the Case Law of the European Court of Justice”, *Rekabet Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3.
- BUCCIROSSI, P. (2006), “Does Parallel Behavior Provide Some Evidence of Collusion?,” *Review of Law & Economics*: Cilt. 2: Sayı 1, s. 85-102.
- BUDAK, A.C. (2003), “Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat” *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Kayseri* içinde, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri, s. 45-62.
- BUDAK, A.C. (2004), “AT Konsey ve Komisyonu’nun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat” *Rekabet Kurumu Yayınları Perşembe Konferansları* içinde Mayıs 2004 s.138 vd.
- CENGİZ, D. (2006), *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Sonuçları*, Beta, İstanbul.
- CENGİZ, D. (2008), “Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu’nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 35, Ankara, s.3-47 <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dergi/dergi35.pdf>, Erişim Tarihi: 09.01.2011
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2008), White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 2.4.2008 COM (2008) 165.
- ÇELEN, A. (2003), *Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez10.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011
- EROL, K. (1998), “Rekabet Kurumu ve Uygulamaları”, *Rekabet Kurumu Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu 5-6 Ekim 1998 İstanbul* içinde, Şubat 1999, Rekabet Kurumu Yayını No: 18, Ankara, s.147-15.

FORRESTER, I. (2009), “A Bush in Need of Pruning: the Luxuriant Growth of ‘Light Judicial Review’”, *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases* içinde, Hart Publishing, Oxford ve Portland, <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Forrester.pdf>, Erişim Tarihi: 05.01.2011

GÜNDAY, M. (2002), *İdare Hukuku*, 6. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara.

GÜNDAY, M. (2007), “Rekabet Kurulu’nun İdari Para Cezalarına İlişkin Kararlarının Yargısal Denetimi ve Karşılaşılan Sorunlar”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V, 6-7 Nisan 2007, Kayseri* içinde, s. 3-10

GÜNDÜZ, H. (2009), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara.

GÜRKAYNAK, G. (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

GÜRKAYNAK, G. ve İ. ATIYAS (2006), “Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümler”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - IV, 7 Nisan 2006, Kayseri*. s.80-115

GÜRKAYNAK, G., YILDIRIM, K. ve H. ÖZGÖKÇEN (2009), “Rekabet Hukuku’nda Delil” *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt 3, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 457-522.

GÜRKAYNAK, G., YILDIRIM, K. ve M. DUMAN (2010), “Türk Hukukunda Uyumlu Eylem Karinesinin En Çıplak Uygulaması: Ekmek Mayası Kararı”, *Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu, 15 - 16 Ekim 2010*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü ve Rekabet Kurumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

GÜVEN, P. (2007), “Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkem Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V, 6-7 Nisan 2007, Kayseri*, s.211-259..

KAHRAMAN, Z. (2008), *Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

KEKEVİ, H.G. (2003), *Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez21.pdf>, Erişim Tarihi: 09.01.2011

KERSE, C.S. ve N. KAHN (2005), *EC Antitrust Procedure*, Fifth Edition, Sweet&Maxwell, Londra.

KONURALP, H. (1999), *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:51, Ankara.

KURU, B. (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt II*, 6. Baskı, Demir Demir Yayınevi, İstanbul.

KURU, B., ARSLAN, R. ve E. YILMAZ (2001), *Medeni Usul Hukuku* genişletilmiş 13. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

MASSEY, P. (2004), “Criminal Sanctions for Competition Law: A Review of Irish Experience.”, Address to Competition Law Scholars Forum: Decentralised Enforcement: From the Idea to the Reality, <http://www.compecon.ie/Clasf%2004.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2011

MONTAG, F. ve A. ROSENFELD (2003), “A Solution to the Problems? Regulation 1/2003 and the modernization of competition procedure”, <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/practices/Regulation12003.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011

OECD (2006), “Roundtable On Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement, Contribution from the European Commission Session II”, Global Forum on Competition. [http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD\(2006\)15_ENG.pdf](http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD(2006)15_ENG.pdf), Erişim Tarihi: 11.02.2011

REKABET KURUMU (2009), Araştırma Bülteni, Haziran, Sayı 11, Ankara.

SANLI, K. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I*, Kayseri 4 Nisan 2003 içinde, Sayı: 1, (2003) s. 197-262.

SCOTT, A. (2002), ““An Immovable Feast”?: Tacit Collusion and Collective Dominance in Merger Control after *Airtours*” CCR Working Paper CCR 02-6, http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.104458!ccr02-6.pdf, Erişim Tarihi: 10.02.2011

ŞAHBAZ, A.U. (2008), *ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara.

ŞENLEN SUNAY, S. (1997), *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul.

TAN, T. (2004), “Rekabetin Korunmasında Rekabet Kurulu ile Yargı Organlarının Rolü”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. II (Kamu Hukuku), s.43-62.

UYANIK, P. (2003), *Rekabet Hukuku Açısından Delil*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara.

ÜNLÜ, H. (2003), *Rekabet Hukuku Soruşturmalarında Taraf Kavramı ve Tarafların Hakları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

VITZILAIU, L. ve C. LAMBADARIOS (2009), “The Slippery Slope of Addressing Collective Dominance under Article 82 EC”, *Competition Policy International GCP: The Antitrust Chronicle*, Eylül 2009, http://www.lambadarioslaw.gr/publications/en/2009/vitzilaiou_oct_09_1_.pdf, Erişim Tarihi: 10.02.2011

WOOD, D. (2004), “Private Enforcement of Antitrust Rules - Modernization of the EU Rules and the Road ahead”, 16 Loy. Consumer L. Rev. 4, s. 431-461, <http://leadershape.luc.edu/law/academics/special/center/antitrust/pdfs/woods.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011.

YILMAZ, E. (1999), “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları* içinde, Ankara, Rekabet Kurumu, s. 79-130. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/perskonfyyn/perskonfyyn87.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2011

YILMAZ, E. (2004), “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - II* içinde, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 78-79.

YÜKSEL, O.Y. (2004), *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez61.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011.

REKABET KURULU KARARLARI

- 27.6.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı Rekabet Kurulu kararı (maya).
- 17.7.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı Rekabet Kurulu kararı (gazete)
- 02.12.2004 tarih ve 04-77/1109-278 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Ege hazır beton)
- 11.12.2002 tarih ve 03-78/948-392 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (alçı)
- 24.12.2002 tarih ve 02-80/937-385 sayılı Rekabet Kurulu kararı (sigara)
- 03.05.2004 tarih ve 04-31/365-91 sayılı Rekabet Kurulu kararı (sigara)

- 06.01.2005 tarih ve 05-01/8-7 sayılı Rekabet Kurulu kararı (otomotiv).
- 13.01.2005 tarih ve 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu kararı (çimento)
- 13.01.2005 tarihli, ve 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu kararı (çimento)
- 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (maya)
- 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (ekmek mayası)
- 7.12.2006 tarih ve 06-88/1136-333 sayılı Rekabet Kurulu kararı (çimento)
- 04.07.2007 tarih ve 07-56/634-216 sayılı Rekabet Kurulu kararı (telekomünikasyon)
- 04.07.2007 tarih ve 07-56/669-232 sayılı Rekabet Kurulu kararı (iş güvenliği)
- 31.7.2008 tarih ve 08-49/697-273 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Ro-ro taşımacılığı)

AT VE AT ÜYESİ DEVLETLERDEKİ KARARLAR

- Adalet Divanı'nın 16.12.1963 tarihli ve 40-48, 50, 54-56, 111, 113 ve 114/73 sayılı *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission* kararı, [1975] ECR 1663.
- Avrupa Komisyonu'nun 24.07.1969 tarihli ve OJ L 195/11 sayılı *Dyestuff* kararı
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 14.07.1972 tarihli ve 48/69 sayılı *ICI v. Comission* kararı, [1972] ECR 619.
- Avrupa Komisyonu'nun 16.12.1975 tarihli *Suiker Unie* kararı
- Adalet Divanı'nın 07.06.1983 tarihli ve C- 103/80 sayılı *SA Musique Diffusion française and others v Commission* kararı, [1983] ECR 1825.
- Adalet Divanı'nın 28.03.1984 tarihli ve C-29/83 ve C-30/83 sayılı *CRAM and Rheninzink v Commission*, kararı, [1984] ECR 1679, [1985] 1 CMLR 688.
- Avrupa Komisyonu'nun 13.07.1987 tarihli ve IV/31.741 sayılı *Sandoz* kararı.
- Avrupa Komisyonu'nun 19.12.1984 tarihli ve 1985 OJ L 85/1 sayılı *Wood Pulp II* kararı.
- *Shearson Lehman Hutton, Inc. v. Maclaine Watson Co. Ltd.*, [1989] 3 C.M.L.R. 429 (S.C.J. 1989)
- Avrupa Komisyonu'nun 05.06.1991 tarihli IV/32.879 sayılı *Viho/Toshiba* kararı

- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 17.12.1991 tarihli ve T-7/89 sayılı *SA Hercules Chemicals v Commission* kararı.
- *Masterfoods Ltd. v. HB Ice Cream Ltd.*, [1992] 3 C.M.L.R. 830 (Ire. H. Ct. 1992)
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 10.03.1992 tarihli ve T-68/69, T-77/89 ve T-78/89 sayılı *Società Italiana Vetro SpA and others v Commission* kararı.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 31.03.1993 tarihli ve C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 ve C-125/85 C-129/85 sayılı *Ahlström v. Commission (Wood Pulp)* kararı, [1993] ECR 1307.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 11.03.1999 tarihli ve T-157/94 sayılı *Empresa Nacional Siderurgica SA v Commission* kararı
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 20.04.1999 tarihli ve T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 ve T-335/94 sayılı *Limburgse Vinyl Maatchappij e.a. v Commission* kararı.
- Adalet Divanı'nın 08.07.1999 tarih ve C-199 / 92 sayılı *Hüls v. Commission* kararı, [1999] ECR I-4287.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 15.03.2000 tarihli ve T-25/95 sayılı *Cimenteries CBR v Commission* kararı.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 15.03.2000 tarihli ve T-337/94 sayılı *Enzo-Gutzeit v Commission* kararı.
- Birleşik Krallık Rekabet Hukuku Temyiz Mahkemesi *Napp v Director General of Fair Trading* ([2002] CAT 1 [2002] CompAR 13) kararı
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 06.06.2002 tarihli ve T-342/99 sayılı *AirTours/ First Choice v. Commission* kararı, [2002] 5 CMLR 25.
- Carlsberg ve Heineken hakkında IP/02/1603 tarih ve 04/11/2002 sayılı Basın Duyurusu
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 29.04.2004 tarihli ve T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T-251/01 ve T- 252/01 [2004] sayılı *Tokai v. Commission* kararı.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 08.07.2004 tarihli ve T-67/00, T-68/00, T-71/00 ve T-78/00 sayılı *JFE Engineering Corp. and Others v Commission of the European Communities* kararı.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 14.07.2005 tarihli ve C-57/02 sayılı *Acerinox v Commission* kararı.

- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 27.09.2006 tarihli ve T-314/01 ECR II-3085 sayılı *Avebe v. Commission* kararı, [2006] E.C.R. II-3085.
- Fransa Rekabet Konseyi'nin (Conseil de la Concurrence), 18.12.2007 tarihli ve 07-D-48 sayılı kararı
- Lizbon Ticaret Mahkemesi'nin (Tribunal de Comércio de Lisboa), 21.05.2008 tarihli ve 48/08.7TYLSB sayılı, *Aeronorte and Helisul v. Autoridade da Concorrência* kararı.
- Lazio Bölge İdare Mahkemesi'nin (Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma - Prima Sezione, 06.06.2008 tarihli ve 1822/2007 sayılı, *Bristol Myers Squibb et al. vs Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato-AGCM* kararı.
- AT İlk Derece Mahkemesi'nin 08.07.2008 tarihli ve T-53/03 sayılı *BPB plc v Commission* kararı.
- İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin (English High Court), 06.11.2008 tarihli ve HC07C02416 sayılı *Bookmakers/Racecourses* kararı; [2008] EWHC 2688 (Ch).
- Hollanda Rekabet Otoritesi'nin (Nederlandse Mededingingsautoriteit), 13.11.2008 tarihli ve 2112/767 sayılı, *Betonmortelcentrales* kararı.
- Paris Temyiz Mahkemesi'nin 08.04.2009 tarihli ve RG 2008/01092 sayılı kararı.
- Hollanda Ticaret ve Endüstri Temyiz Mahkemesi'nin (College van Beroep voor het bedrijfsleven), 12.08.2010 tarihli ve AWB 06/657, 06/660 ve 06/661, LJN: BN3895 sayılı *KPN, Orange Nederland N.V., Telfort B.V., T-Mobile Netherlands B.V., Vodafone Libertel N.V. v. Nma* kararı

AİHM KARARLARI

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* kararı (Başvuru No: 6878/75, 7238/75, 18.10.1982).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Engel and Others v. Netherlands* (Başvuru No: 5100/71, 23.11.1976)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Öztürk v. Germany* (Başvuru No: 8544/79, 23.10.1984) kararları
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Lutz v. Germany* (Başvuru No: 9912/82, 25.08.1987) kararı
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Societe Stenuit v. France* kararı (Başvuru No: 11598/85, 27.02.1992)

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Lilly France v. France* kararı (Başvuru No: 53892/00, 14.10.2003)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Netse St. Petersburg v. Russia* kararı (Başvuru No: 69042/01, 03.06.2004)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Fortum Corporation v. Finland* kararı (Başvuru No: 32559/96, 15.07.2003).

ABD KARARLARI

- *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939)
- *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.* 346 US 537 (1954)
- *United States v. Morton Salt Co.*, 235 F.2d 573, 577 (10th Cir. 1956)
- *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 260 F.2d 397, 401 (4th Cir. 1958)
- *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 360 U.S. 395 (1959)
- *Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co.*, 297 F.2d 199, 205 n. 19 (3rd Cir. 1961), cert. denied, 369 U.S. 839 (1962)
- *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F.2d 434 (3rd Cir. 1977)
- *Quality Auto Body v. Allstate Ins. Co.*, 660 F.2d 1195 (7th Cir. 1981)
- *Japanese Elec. Prods. Antitrust Litigation*, 723 F.2d 238, 304 (3rd Cir. 1983)
- Federal Ticaret Komisyonu'nun 101 F.T.C. 425 (1983) sayılı *Ethyl* kararı
- *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 US 574 (1986)
- *In re Baby Food Antitrust Litig.* (3rd Cir. 1999)
- *Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA* (11th Cir. 2003)
- *Bell Atlantic Corporation, et al., Petitioners v. William Twombly et al.* (Supreme Court, 550 US, 2007)

AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA AB KOMİSYONUNUN İNCELEME YETKİSİ

THE EUROPEAN COMMISSION'S POWERS OF INSPECTION IN EUROPEAN COMPETITION LAW

Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR*

Öz

Avrupa Birliği Komisyonunun rekabet hukukundaki inceleme yetkisinin kapsamı ve bu yetkinin kullanılmasının her yönü ile ortaya konulması Türk hukuku için de büyük bir öneme sahiptir. Zira Türk rekabet hukukunun mehası, AB rekabet hukukudur. 1/2003 sayılı Tüzük ile yeniden düzenlenen ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları ile kapsamı şekillenen inceleme yetkisi, AB hukukunda yasaklanan rekabet ihlallerini ortaya çıkarmakta Komisyonun en etkin araçlarından birisidir. İnceleme yetkisinin kapsamına; özellikle inceleme yapılacak yerlerin belirlenmesi, belgelerin incelenmesi, bunların kopyalarının alınması, gerektiğinde belirli süre ile mühürleme ile koruma altında alma ve inceleme esnasında teşebbüs personelinden sözlü açıklama yapılmasını isteme girmektedir. Bu konuların her yönü ile açıklığa kavuşturulması hem uygulayıcılar hem de teşebbüsler açısından rekabet hukuku uygulamasındaki inceleme sürecini kolaylaştıracaktır. İnceleme süreci, Komisyonun inceleme talebi veya inceleme kararı ile başlayan bir süreçtir. Bu çalışmada; inceleme yetkisinin kapsamı ile bu iki yoldan hangisinin tercih edileceği, bu tercih sonrasında incelemenin nasıl başlayacağı ve ne şekilde yürütüleceği, yetkinin sınırı ile ihlalin müeyyideleri de dâhil olmak üzere Komisyonun inceleme yetkisi ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *AB Rekabet Hukuku, Komisyonun İnceleme Yetkisi, İnceleme Talebi, İnceleme Kararı.*

Abstract

Since the origins of Turkish competition law lie in European competition law; an analysis of the European Commission's powers of inspection in the field of competition law; and the enforcement of those powers in all respects has significant importance for Turkish competition law as well. Powers of

* LL.M. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi ve Rekabet Kurumu Başkan Danışmanı.

inspection, which were amended by Council Regulation No. 1/2003 and specified by the Court of Justice of the European Union, are one of the most effective tools of the Commission as to finding any possible infringement of the relevant articles of TFEU. Within the context of powers of inspection; specifically, determination of premises to be inspected, examination and taking copies of books or records related to the business, sealing business premises and books or records for a period of time and to the extent necessary for the inspection, and requesting oral statements of any representative or staff of the undertaking are included. Analyzing these issues aforementioned provides guidance to inspection process with respect to application of competition rules both to the practitioners and the undertakings. The process of inspection is initiated either by a request or a decision of the Commission. In this article, powers of inspection of the Commission is evaluated elaborately with reference to the choice to be made between the two methods mentioned above to initiate the inspection, the scope of powers of the Commission, the limits of powers concerned and remedies for infringements.

Keywords: *European Competition Law, the European Commission's Powers of Inspection, Request for Inspection, Decision of Inspection.*

GİRİŞ

Türk rekabet hukukunun mehzarı olan Avrupa Birliği (AB) rekabet hukukunda Komisyonun inceleme yetkisinin her yönü ile açık bir şekilde ortaya konulması Türk hukuku açısından da yol gösterici olacağı tartışmasızdır. Uzun yıllardır uygulaması olan AB Komisyonunun inceleme yetkisi¹, 2004 yılında yürürlüğe giren ve usule ilişkin kapsamlı düzenlemeleri içeren 1/2003 sayılı Tüzük ile yeniden ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir². Tüzük hükümleri gereğince AB Komisyonunun inceleme yetkisi, inceleme talebi ve inceleme kararı olmak üzere iki şekilde kendini göstermektedir³. AB rekabet hukukunda teşebbüslerin her türlü kapalı alanları, arazileri ve ulaşım araçlarında inceleme yapma yetkisi

¹ Türk öğretisinde ve mevzuatta “yerinde inceleme” kavramı kullanılmaktadır. Biz bu çalışmada sadece “inceleme” kavramını tercih ettik. Zira inceleme sadece teşebbüsün kapalı alanları, araba gibi yerlerle sınırlı değildir. Buralardan elde edilen belge ve diğer dijital kayıtlar daha sonra incelenmek üzere görevlilerce beraberinde götürülerek değerlendirilmektedir. Bir diğer ifade ile teşebbüs nezdinde yapılan sadece delillerin toplanması safhası ile ilgili incelemedir. İnceleme kapsamında bu şekilde toplanan deliller ise daha sonra değerlendirilmektedir.

² Tüzükle getirilen değişiklikler hakkında genel bilgi için bkz. ERSOY, Ç. (2003), Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu, Rekabet Dergisi, sa. 16, s. 3 vd.

³ Bu çalışmada sadece inceleme yetkisi konusunda yoğunlaşıldığından 1/2003 sayılı Tüzük m. 18’de düzenlenen Komisyonun bilgi isteme hakkı incelenmemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOŞGUN, H. (2010), ABD, AB ve Türk Hukukunda Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı olarak Fonksiyonları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No: 107, Ankara, s. 26 vd.

1/2003 s. Tüzük m. 20'de; özellikle yöneticilerin ve diğer çalışanların meskenleri olmak üzere başka kapalı alanlarda yapılacak inceleme ise m. 21'de düzenlenmiştir. Her iki maddeye aykırılığın müeyyideleri ise 23 ve 24. maddeler ile getirilmiştir.

Rekabet ihlallerini ortaya çıkarmak için Komisyona inceleme yetkisi tanınmıştır. İnceleme kapsamında sahip olunan yetkiler sayesinde Komisyon etkin bir şekilde ihlallere karşı mücadele edebilmektedir. Bu yetkiler kapsamında Komisyon muhatap teşebbüsün yerlerinde inceleme yapmak, özellikle ihlâl ile ilgili bilgi sahibi olabilecek herkese sorular yöneltmek, bunları kayda geçirmek, belge ve bilgi kopyaları almak gibi yetkileri yanında gerekli gördüğü yerleri de mühürleme yetkisine sahiptir. Bunların yanında Bunların yanında ilk kez 1/2003 sayılı Tüzükle Komisyona, teşebbüs yöneticilerinin ve personelinin meskenlerinde de mahkeme kararına dayalı olarak arama yapma imkânı açıkça verilmiştir. Üye ülke rekabet otoriteleri de Komisyonun bu mücadelesinde ve yetkilerinin kullanmasında aktif destek vermek zorundadırlar.

1/2003 sayılı Tüzük hükümleri ile düzenlenen Komisyona tanınan yetkiler ile AB Adalet Divanının (ABAD) bu konuda verdiği içtihatlar da dikkate alınarak bu çalışmamızın ilk kısmında AB rekabet hukukunda inceleme yetkisinin kapsamı ele alınacaktır. İkinci kısımda ise inceleme şekilleri ile bunların müeyyidesi değerlendirilecektir.

1. YETKİNİN KAPSAMI

1.1. Genel Olarak

Rekabet hukukunda ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak inceleme, sadece olağan iş saatleri esnasında yapılmaktadır. İncelemenin ne kadar süreceği somut olayın özelliğine bağlı olup gerektiğinde birkaç gün dahi sürebilir⁴. İnceleme ile görevlendirilen ve belli bir süreden beri Komisyon hizmetinde bulunan bir kişi Komisyon adına bu süreçte görüşmeleri yürütmekle yetkilendirilmektedir⁵.

⁴ DIECKMAN, H. (2008), § 42 Die Ermittlungsbefugnisse der Kommission, G. Wiedemann (der.), Handbuch des Kartellrechts içinde, 2. Auflage, Beck Verlag, München, §42, No: 34; MIERSCH, G. (2009), VO Nr. 1/2003: Kapitel V. Ermittlungsbefugnisse, E. Grabitz, M. Hilf ve M. Nettesheim (der.), Das Recht der Europäischen Union içinde, Beck Verlag, München, Art. 20, No: 13.

⁵ Miersch 2009, Art. 20, No: 11. Komisyon, ihtiyaç duyarsa yetkilendiği kişilere yardımcı olmak amacıyla özellikle bilgi teknolojisi ve muhasebe gibi uzmanlık gerektiren alanlardaki kişileri de bir sözleşme ile incelemede görevlendirebilir. Bu kişiler de inceleme süresince elde ettikleri bilgileri mesleki sır olarak saklama yükümlüdürler (1/2003 s. Tüzük m. 28). Bkz. BURRICHTER, J. (2007), VI. Abschnit. Kartellverfahrensverordnung, Kapitel V. Ermittlungsbefugnisse, U. Immenga ve E-J. Mestmäcker (der.), Wettbewerbsrecht içinde, 4. Auflage, Beck Verlag, München, VO 1/2003, Art. 20, No: 20.

Yetkilendirilen bu kişiler beraberlerinde, incelemeye katılacak diğer kişilerin⁶ de adlarının yazıldığı bir görevlendirme yazısı bulundurur. Aynı anda birden fazla teşebbüste inceleme yapılacaksa her biri için ayrı ayrı görevlendirme yazısına gerek bulunmayıp, tek bir görevlendirme yazısında inceleme yapılacak olan teşebbüslerin isimlerinin listelenmesi yeterlidir⁷. Talep halinde inceleme görevlileri kimliklerini ispatla yükümlüdürler. Bu da uygulamada resimli hizmet kimliklerinin gösterilmesi suretiyle yapılmaktadır⁸.

1/2003 s. Tüzük m. 20'ye göre yürütülen inceleme sürecinin bizatihi kendisi hukuka aykırılığın tespitine ilişkin değildir. Rekabet kurallarına aykırı olarak görülen davranışların ispat külfeti Komisyona düşmektedir. Bundan dolayı inceleme süreci Komisyona belgeleri toplama, bunların doğruluğunu denetleme ve olayı tespit edip bunun hukuki değerlendirmesini yapma imkânı tanımaktadır⁹. Dolayısıyla inceleme, henüz bilinmeyen ve delil olarak kabul edilebilecek her türlü unsurların bulunup ortaya çıkarılmasına hizmet etmektedir¹⁰. Mahkeme kararına dayanan bir arama olmasa bile Komisyonun inceleme yetkisi, daha önceden belirlenebilen belge ve dosyaların ortaya konulması ile sınırlandırılmamıştır¹¹. Zira Komisyonun yetkileri sadece önceden ve tek tek belirlenmiş belgelerin talebi ile sınırlandırmış olsaydı, 1/2003 s. Tüzük m. 20'de düzenlenen ticari alanlara girişin hiçbir faydası olmayacaktı¹². Ancak belirtmek gerekir ki, inceleme yetkisinin kullanılmasında esas olan, muhatabın işbirliği yapma yükümlüğünün (*duty to cooperate, Mitwirkungspflicht*) gereğini aktif bir şekilde yapmasıdır¹³. Bu işbirliği yapma yükümlülüğü çerçevesinde teşebbüslerin, talep edilen her türlü bilgi ve belgeleri inceleme yapan görevlilere sağlamaları gerekir. Teşebbüsler, incelemeye başlanılmasından sonra bu inceleme sonucunun rekabet kurallarına aykırı davranış için delilleri ortaya çıkarabileceğini ileri sürerek işbirliğinden

⁶ Özellikle adli bilişim uzmanları gibi teknik personeli ifade etmektedir. Adli bilişim uzmanları ve elektronik deliller konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DEVRİM, F. (2009), İdare Hukukunda ve Ceza Hukukunda Kartellerle Mücadelede Soruşturma Yöntemleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No: 102, Ankara, s. 26.

⁷ Burrichter 2007, VO 1/2003, Art. 20, No: 30.

⁸ Miersch 2009, Art. 20, No: 12-13.

⁹ NOWAK, C. (2009), 8. Teil. Kartellverfahrensverordnung, U. Loewenheim, K.M. Meessen ve A. Riesenkampff (der.), Kartellrecht içinde, Beck Verlag, München, Art. 20, No: 1.

¹⁰ Dieckmann 2008, §42, No: 35.

¹¹ Bkz. ABAD'ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 31 (<http://eur-lex.europa.eu>).

¹² Bkz. ABAD'ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 27; ABAD'ın *CNOP* kararı, sa. T-23/09, T. 26.10.2010, No: 40 (<http://eur-lex.europa.eu>).

¹³ ABAD'ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 27, 29; ABAD'ın *Orkem* kararı, sa. C-374/87, T. 18.10.1989, No: 22, 27; ABAD'ın *Roquette Frères* kararı, sa. C-94/00, T. 22.10.2002, No: 47 (<http://eur-lex.europa.eu>).

kaçınamazlar¹⁴. Burada ifade vermeyi reddetme (susma) hakkı da bulunmamaktadır¹⁵. Ancak işbirliği yükümlülüğünün sınırı, kendini suçlama¹⁶ (*self-incrimination, Selbstbeziehung*) yasağıdır¹⁷.

1.2. Kapsam

Komisyon tarafından görevlendirilen personel ve bunlara eşlik eden diğer yardımcı personelin inceleme yapabilecekleri yerler ile buradaki yetkilerinin kapsamı 1/2003 s. Tüzük m. 20/2'de 5 bend halinde tahdidi olarak düzenlenmiştir¹⁸. Burada sayılan yerler dışında başka yerlerde yapılmak istenilen inceleme 21. madde hükmüne tâbidir.

1.2.1. İnceleme Yapılabilecek Yerler

1.2.1.1. Muhatabın Yerleri

Teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin büroları, depoları ve üretim yerleri gibi her türlü kapalı alanlar, teşebbüsün bulunduğu araziler ve özellikle hizmete mahsus araçlar gibi ulaşım araçları muhatabın yerleri olarak kabul edilmektedir. 1/2003 s. Tüzük m. 20/2/a gereğince Komisyon görevlilerinin buralara girme yetkileri vardır. İncelemeye başlanması ile teşebbüslerin işbirliği yapma yükümlülüğü (*duty to cooperate, Mitwirkungspflicht*)¹⁹ ortaya çıkmaktadır. Bu yükümlülüğünün bir sonucu da inceleme yapılan teşebbüsün, Komisyon görevlilerine teşebbüse ait yerlerin nerelerde bulunduğunu göstermeleri ve bunları açmalarıdır²⁰. Bu açıdan ticari alanların tam olarak nerede bulunduğu ve bunların gerçek mülkiyet ilişkisinin önemi de yoktur. Zira inceleme yetkisi coğrafî olarak hakkında inceleme yapılan teşebbüsün adresi ile sınırlandırılmış değildir. Burada esas olan o yerin işlevsel olarak incelemenin muhatabı olan teşebbüse özgülendiği olmasıdır²¹. Hakkında inceleme yapılan teşebbüs, esasen başka bir teşebbüse ait olan yerleri gerçekte kendi ticari ilişkilerini gözden

¹⁴ ABAD'ın *Carbon* kararı, sa. C-301/04, T. 29.6.2006, No: 48 (<http://eur-lex.europa.eu>).

¹⁵ Dieckmann 2008, §42, No: 8.

¹⁶ Kendini suçlama yasağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDÜZ, H. (2009), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri, RK Uzmanlık Tezi, No: 99, Ankara 2009, s. 54 vd.

¹⁷ Dieckmann 2008, §42, No: 8.

¹⁸ Bkz. ABAD'ın *Roquette Frères* kararı, sa. C-94/00, T. 22.10.2002, No: 44 (<http://curia.europa.eu>). Burrichter 2007, VO 1/2003, Art. 20, No: 39.

¹⁹ ABAD'ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 29; ABAD'ın *Orkem* kararı, sa. C-374/87, T. 18.10.1989, No: 22, 27; ABAD'ın *Roquette Frères* kararı, sa. C-94/00, T. 22.10.2002, No: 47 (<http://eur-lex.europa.eu>).

²⁰ Miersch 2009, Art. 20, No: 14-15.

²¹ Burrichter 2007, Art. 20, No: 44; Dieckmann 2008, §42, No: 36; Nowak 2009, Art. 20, No: 66.

kaçırmak için kullanıyor olabilir. Böyle bir durumda bu tür yerler de bu hüküm gereğince inceleme kapsamında kabul edilmektedir²².

Görevlileri içeriye kabul eden inceleme muhatabı teşebbüs, görevlilerden bekleme/konferans odasında peyderpey belge getirilmesini beklemelerini isteyemez. Zira ABAD'ın kararlarına göre, Komisyon görevlileri teşebbüs içinde seçtikleri alanlara girme ve yine seçtikleri mobilyaların içeriğini görme yetkilerine sahiptirler²³. Ancak bu durum Komisyon görevlilerinin aktif şekilde yürütebileceği bir arama yetkisinin bulunduğu şekilde görülmemelidir²⁴.

1.2.1.2. Başka Yerler

AB Komisyonu yaptığı incelemelerde, teşebbüs yöneticilerinin veya personelinin teşebbüse ait olan ticari belgeleri sıkça kendi özel meskenlerinde muhafaza ettiklerini tespit etmiştir. İncelemenin daha etkin bir şekilde yapılabilmesi için AB Komisyonu, uygulamada sıkça yaşanan bu tecrübeye dayanarak ilk kez 1/2003 sayılı Tüzükte bir düzenleme yapmıştır²⁵.

1/2003 s. Tüzük m. 21'e göre ağır bir ihlâl²⁶ için gerekçelendirilmiş bir şüphenin varlığı halinde Komisyon, teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerinin ve diğer yönetim veya gözetim kurulu üyelerinin ve dahi diğer çalışanlarının özel konutları da dâhil olmak üzere başka yerdeki kapalı alanlarda, arazilerde veya ulaşım araçlarında inceleme kararı verebilir. Ancak bu hükme göre yapılacak incelemelerde ilgili üye ülke mahkemesinden önceden izin alınması şarttır. Bu açıdan incelemenin yapıldığı üye ülke hukukunda bu izin şartının zorunlu olup olmamasının bir önemi yoktur²⁷. Bu hükümde yerel mahkeme kararının muhatabının, sadece gerçek kişiler ve bu kişilerin özel alanları olduğu kabul edilmektedir²⁸.

²² ABAD'ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 26; AB İlk Derece Mahkemesinin *Ventouris Group Enterprises* kararı, sa. T-59/99, T. 11.12.2003, No: 156; AB İlk Derece Mahkemesinin *Strintzis Lines Shipping* kararı, sa. T-65/99, T. 11.12.2003, No: 76; AB İlk Derece Mahkemesinin *Minoan Lines* kararı, sa. T-66/99, T. 11.12.2003, No: 88 (bkz. <http://curia.europa.eu>).

²³ Burrichter 2007, Art. 20, No: 45-46.

²⁴ Miersch 2009, Art. 20, No: 54; Dieckmann 2008, §42, No: 35.

²⁵ 1/2003 s. Tüzük Gereçesi, No: 26.

²⁶ Burada "ağır ihlâller" kavramından kasıt, özellikle hardcore kartel olarak adlandırılan davranışlar da dâhil olmak üzere Avrupa Birliği İşleyişi Hakkında Sözleşmenin m. 101 ve 102 (eski 81-82) hükümlerinin ağır bir şekilde ihlâl edebilecek her türlü davranış girmektedir. Burada somut olayın tüm özellikleri ile niceliksel ve niteliksel durumlar dikkate alınmalıdır. Bkz. Miersch 2009, Art. 21, No: 6; Nowak 2009, Art. 21, No: 9.

²⁷ Miersch 2009, Art. 21, No: 15; Ersoy 2003, s. 32.

²⁸ Dieckmann 2008, §42, No: 37a.

Teşebbüslere özgülenmiş yerlerde yapılacak incelemeye nazaran 21. madde kapsamındaki yerlerde yapılacak incelemeler için arama kararını verecek yerel mahkemeler daha itinalı olmalıdır. Burada kastedilen, bu hükmün uygulamasında Komisyon kararının hukuka uygunluğu ve gerekliliğinin incelenmesi değildir, çünkü esasa ilişkin yargı denetimi sadece ABAD'ın yetkisindedir. Dolayısıyla yerel mahkeme sadece Komisyon kararının doğruluğuna, yani bu talebin Komisyondan gelip gelmediğine, istenilen arama tedbirinin keyfi ve ölçüsüz olup olmadığına bakacaktır²⁹.

1/2003 s. Tüzük m. 21'e göre inceleme kararı verilebilmesi için aynı anda, yani kümülatif olarak bulunması gereken şartlar şunlardır:

(1) Haklı bir şüphenin bulunması gereklidir.

Teşebbüs dışında üçüncü kişilerin özel alanlarında bir arama kararının verilebilmesi için öncelikle teşebbüse ait ticari defter veya belgeler söz konusu olmalı ve bunlar rekabet hükümlerinin ağır bir şekilde ihlâlinin delilleri olarak görülmelidir. Ayrıca bu defter ve belgelerin 20. maddede düzenlenmiş olan yerler dışında yöneticilerin veya personelin özel alanlarında muhafaza edildiği yönde haklı bir şüphenin bulunması gereklidir. Haklı şüphenin, hangi şartlarda bulunduğu konusunda ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir. Bunun için öncelikle Komisyonun görevlilerinin belli ticari defter ve belgelerin teşebbüs bünyesinde (artık olmadığına ikna olmaları gereklidir. Diğer bir şart ise, bu defter ve belgelerin rekabet hükümlerinin ağır bir şekilde ihlâl edildiğinin delilleri olarak görülmeleridir. Ancak bu belgelerin gerçekten bir delil olarak önemli olup olmadığının bir değeri yoktur³⁰.

(2) Komisyonun bir inceleme kararı bulunmalıdır.

Komisyonun inceleme talebi değil, bir inceleme kararı şarttır. 1/2003 s. Tüzük m. 21/2'ye göre Komisyon tarafından alınacak bu kararda incelemenin amacı ve konusu gösterilmeli, incelemenin başlangıcı ve bu karara karşı ABAD'da dava açma hakları olduğu belirtilmelidir³¹.

(3) Bu hüküm gereğince yapılacak incelemede öngörülen sınırlara riayet edilmelidir.

Diğer inceleme kararlarına nazaran buradaki inceleme kararının kapsamı ve sonuçları sınırlıdır. Şöyle ki, bu inceleme kararı kapsamında Komisyon görevlilerinin 1/2003 s. Tüzük m. 20/2'de düzenlenmiş olan mühürleme (d bendi) ve sözlü açıklama (e bendi) isteyebilme yetkileri bulunmamaktadır.

²⁹ Dieckmann 2008, §42, No: 37a; Nowak 2009, Art. 21, No: 17.

³⁰ Nowak 2009, Art. 21, No: 7 vd.

³¹ ABAD'ın CNOP kararı, sa. T-23/09, T. 26.10.2010, No: 33-34 (<http://eur-lex.europa.eu>).

Dolayısıyla da mühür kırılması veya yanlış veya yanıltıcı beyanlar için 23. maddeye göre uygulanan müeyyide burada uygulama alanı bulmaz³².

(4) Komisyon, üye devlet rekabet kurumları tarafından desteklenmelidir.

(5) Yetkili mahkemeden izin alınmalıdır.

Burada üye ülke hukukunda mahkeme kararına ihtiyaç duyulup duyulmadığına bakılmaksızın Komisyon görevlileri, incelemenin yapılacağı yerdeki yetkili mahkemeden karar çıkarmak zorundadırlar.

1.2.2. Belgelerin İncelenmesi

1.2.2.1. Teşebbüse Ait Belgeler

Komisyonun, teşebbüse ait tüm defterleri ve diğer ticari belgeleri, ne şekilde kayıt ve muhafaza edildiğine bakılmaksızın inceleme yetkisi vardır. Bu yetki kapsamındaki “ticari belgeler” kavramının geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Öncelikle ticaret ve vergi hukuku gereğince saklanması gereken her türlü belgeler, ticari belge olarak kabul edilmektedir. Bunun yanında, bu şekilde kanunen saklanması zorunlu olmamakla birlikte, rekabet ihlalleri açısından ispat aracı olabilecek diğer belge ve yazışmalar da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu belgelere örnek olarak şunlar gösterilebilir: Ticari defterler, oturma tutanakları, randevu defteri, dâhili ve harici yazışmalar, seyahat faturaları, sözleşmeler gibi elle veya makine ile yazılı belgeler veya sesli, elektronik, elektromagnetik, fotoğrafik gibi her türlü kayıtlar ile günümüzde sık kullanıldığından büyük önem kazanan e-mail yoluyla yapılan haberleşme kayıtları³³. Fotokopileri alınan belgeler üzerinde daha sonra yapılan incelemede, bu belgelerin önemsiz veya somut olayla ilgisiz olduğu tespit edilirse Komisyon görevlileri bu fotokopileri teşebbüse iade etmek zorundadır³⁴.

Teşebbüsün faaliyetine ilişkin her türlü belge ticari belge olarak kabul edilirken; ticari faaliyetle ilgili olmayan özel belge ve dokümanlar bu kapsama girmemektedir³⁵. Ancak teşebbüsler bazı belgeleri özel nitelikte belgeler olarak

³² Nowak 2009, Art. 21, No: 14.

³³ Burcher 2007, Art. 20, No: 48; Nowak 2009, Art. 20, No: 69.

³⁴ MITTEILUNG DER KOMMISSION über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, Artikel 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens und der Verordnung (EG) Nr. 139/2004, ABl. 2005, C235/7, No: 9.

³⁵ ABAD’ın *Roquette Frères* kararı, sa. C-94/00, T. 22.10.2002, No: 45. Bu kararında daha önceki bir başka kararına atıf yapan ABAD, o kararın da -mefhumu muhalifinden hareketle- aynı yönde olduğunu belirtmektedir. Bkz. ABAD’ın *AM&S Europa* kararı, sa. C-155/79, T. 18.5.1982, No: 16 (Kararlar için bkz. <http://eur-lex.europa.eu>). Ayrıca *Roquette Frères* kararının değerlendirilmesi için bkz. TOEPEL, F. (2003), Durchsuehung im Auftrag der Europäischen Kommission, NStZ, s. 631 vd.

niteleyerek görevlilerce bakılmasını tamamen engelleyemez. Teşebbüs tarafından böyle bir iddia söz konusu olsa bile Komisyon görevlilerinin -en azından- yüzeysel bir şekilde bu belgeye bakmasına izin verilmelidir; çünkü teşebbüste muhafaza edilen her türlü belgelerin karine olarak ticari nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Komisyon görevlisi, yüzeysel incelemesinde bu belgenin gerçekten özel nitelikte bir belge olduğuna ikna olursa, bunları inceleme kapsamı dışında tutmakla yükümlüdür³⁶. Ayrıca 1/2003 s. Tüzük m. 28 gereğince muhatap teşebbüs, ticari sırlarını içeren belgelerin verilmesinden de imtina edemez; çünkü bu sırlar mesleki sır kapsamında kabul edilmektedir ve bunları öğrenen Komisyon görevlilerinin sır saklamakla yükümlüğü bulunmaktadır³⁷. İnceleme konusu sadece mevcut ticari belgelerle sınırlı olduğundan inceleme esnasında muhatap teşebbüsten, hiçbir şekilde istatistikî, raporlama veya genel özetler içeren bir tarzda belge düzenlemesi ya da mevcut belgeleri yeniden düzenlemesi istenemez³⁸.

Teşebbüste muhafaza edilen her türlü belge ve diğer kâğıtlar ile teşebbüsün veri taşıyıcılarında bulunan her türlü elektronik veriler ve dâhi bunların dışında başka bir şekilde olabilen her türlü kayıtlar da inceleme kapsamındadır. Komisyonun inceleme kararının bir sonucu olarak inceleme yapılan teşebbüsün işbirliği yapma yükümlülüğü bulunduğundan muhatap teşebbüs incelemenin teknik sürecini kolaylaştırmak zorundadır. Buna teşebbüsün dosya düzenini veya bilgisayar sistemini açıklama zorunluluğu örnek olarak gösterilebilir. Özellikle teşebbüs tarafından sadece dosya dolaplarına, çalışma masalarının çekmecelerine ve kasalara değil, bilakis bilgisayar, notebook, elektronik takvim ve mobil telefon gibi elektronik aletlere ulaşma imkânı sağlanmalıdır. Gerektiğinde bu tür elektronik aletlere giriş için zorunlu olan pin kodları, password gibi her türlü şifreler de verilmelidir³⁹.

İnceleme yetkisi, sadece incelemenin muhatabının belgeleri ile de sınırlandırılmamıştır. Söz konusu belgelerin, inceleme yapılan teşebbüsün hâkimiyet alanında bulunması yeterlidir. 1/2003 s. Tüzük m. 20/2/a)'da sayılan teşebbüse ait kapalı alanlar, araziler ve ulaşım araçlarında muhafaza edilen somut belgeler bu kapsamdadır. Bundan başka teşebbüs, sahip olduğu diğer belgeleri de tedarik edip vermek zorundadır. Burada özellikle elektronik verilerde ayırım daha zordur. Teşebbüslere tahsis edilmiş sunucular (server) tamamıyla incelenebilir. Ancak sadece incelemenin muhatabı olan teşebbüs yerine başka bir teşebbüs (örn. ana şirket gibi) tarafından da kullanılmakta olan sunucular (server) problemlili

³⁶ Dieckmann 2008, §42, No: 40.

³⁷ Burrichter 2007, Art. 20, No: 50.

³⁸ Dieckmann 2008, §42, No: 38.

³⁹ Miersch 2009, Art. 20, No: 17-18; Burrichter 2007, Art. 20, No: 60.

olabilmektedir. Bu sunucuların (server) incelemenin muhatabı olan teşebbüsün ulaşımına açık olup olmadığının tespiti, burada inceleme yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağı açısından önemlidir. Zira incelemenin muhatabının ulaşabildiği her veri inceleme kapsamına girmektedir⁴⁰.

1.2.2.2. Avukatlık İmtiyazı⁴¹ (Legal Professional Privilege, Anwaltsprivileg)

Teşebbüs nezdinde inceleme yapılırken rekabet hukuku açısından avukat ile müvekkil arasındaki yazışmalara ait belgelerin de bu inceleme kapsamında olup olmadığı AB rekabet hukukunda 1982'den beri güncelliğini kaybetmeyen bir tartışma konusu olmuştur⁴². 1982'de verdiği *AM&S* kararında ABAD⁴³, avukatlık imtiyazının sadece teşebbüsler ile bağımsız avukatlar⁴⁴ arasındaki yazışmalar için geçerli kabul ederken, teşebbüs bünyesinde çalışan kurum içi avukatların bu imtiyazdan yararlanamayacağına karar vermiştir. 1990'da verdiği başka bir kararında da ABAD, bu temel içtihadını değiştirmemiştir⁴⁵. Bu içtihatlarla rağmen özellikle öğretilerde avukatlık imtiyazına ilişkin itirazlar devam etmiş⁴⁶ ve bunun sonucu olarak bu konu *Akzo Nobel* kararlarında her yönden ayrıntılı bir şekilde tekrar tartışılmıştır. AB İlk Derece Mahkemesinin 2007

⁴⁰ Miersch 2009, Art. 20, No: 19.

⁴¹ Avukatın sır saklama yükümlülüğünden farklı olan bu kavram için Gündüz (s. 68, dn. 297) Türkçe kavram olarak "avukat-müvekkil imtiyazı" kavramını tercih etmiştir. Bu imtiyazın hem avukata mahsus olmaması hem de avukatlık mesleğinin icrasının bir sonucu olduğundan ve bundan da müvekkil yararlandığından biz, meslek bağlantılı bir kavram olarak "avukatlık imtiyazı" kavramını tercih ettik.

⁴² SEITZ, C. (2010), Ein Schritt vor und zwei zurück? - Zum letzten Stand des Anwaltsgeheimnisses für Unternehmenanwälte im Europäischen Kartellverfahren, *EuZW*, s. 524; bu konudaki tartışmalar ve kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Gündüz 2009, s. 68 vd.

⁴³ Bu konuda en temel kararlardan ilki ABAD'ın *AM&S* kararıdır. [sa. C-155/79, T. 18.5.1982 (<http://eur-lex.europa.eu>)].

⁴⁴ Bağımsız avukatlar ile teşebbüslerin aynı ülkede yerleşik olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu avukatlar başka bir AB üyesi ülkede de yerleşik olabilirler. İmtiyaz açısından hizmetin serbest dolaşımı ve yerleşim serbestisi dolayısıyla üye ülkelerdeki tüm avukatlar aynı şekilde kabul edilmektedir. Buna karşılık Avrupa Ekonomik Alanı dışında yerleşik bir avukattan alınacak danışmanlık yazışmalarının avukatlık imtiyazı kapsamına girmeyeceği kabul edilmektedir. ABAD'ın *AM&S* kararı, sa. C-155/79, T. 18.5.1982, No: 25; Dieckmann 2008, §42, No: 45; Nowak 2009, Art. 21, No: 34. Ancak öğretilerde üçüncü ülkelerdeki yerleşik ve bağımsız avukatların da AB standartları ile aynı seviyede olması ve AB Komisyonu tarafından bu ülkelerin açıkça belirlenmesi şartıyla avukatlık imtiyazından yararlanması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. SCHNICHELS, D. ve T. RESCH, (2011), Das Anwaltsprivileg im europäischen Kontext, *EuZW*, s. 51 vd.

⁴⁵ AB İlk Derece Mahkemesinin *Hilti* kararı, sa. T-30/89, T. 4.4.1990 (<http://eur-lex.europa.eu>).

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. SEITZ, C. (2008), Vertraulichkeitsschutz der Anwaltskorrespondenz im europäischen Wettbewerbsverfahren, *EuR*, s. 204 vd.; WEIß (2008), Neues zum legal professional privilege, *EuR*, s. 546 vd.; BERRISCH, G.T. (2010), Anmerkung zum Urteil des EuGH *Akzo Nobel*, *EuZW*, s. 787 vd.; Gündüz 2009, s. 74.

yılında verdiği *Akzo Nobel* kararı⁴⁷ ve bu kararın temyizinde ABAD'ın 2010 yılında verdiği *Akzo Nobel* kararından⁴⁸ sonra artık bu tartışmaların içtihat hukuku açısından sonlandırıldığını söylemek mümkündür. ABAD kararlarında, avukatların teşebbüsler karşısındaki durumunu analiz ettikten sonra kurum için (in-house) çalışan avukatlar ile bağımsız çalışan avukatları avukatlık imtiyazı açısından aynı şekilde değerlendirmemiş ve böyle bir ayırımın da eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir⁴⁹.

Avukatlık imtiyazı, herkesin, avukatı ile yaptığı yazışmaların, paylaştığı bilgilerin sonradan kendisi aleyhine kullanılma korkusu olmaksızın hukuki danışmanlık alma hakkıdır. Bundan dolayı gizlilikten yararlanma esasen avukat için değil danışmanlık hizmeti alan müvekkiller için tanınmış bir imtiyazdır⁵⁰. Bu imtiyaz istisnai bir kural olduğundan dar yorumlanması ve bu istisnanın varlığının da ilgili teşebbüs tarafından ispatlanması gerekmektedir⁵¹. ABAD'ın kararları dikkate alındığında avukatlık imtiyazı için iki şart ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, yazışmalar bağımsız bir avukatla yapılması zorunluluğudur. İkincisi ise, bu yazışmaların teşebbüs tarafından sadece hukuki danışmanlık veya avukatlık işleri çerçevesinde yapılmış olması gerekliliğidir⁵². Özellikle bu ikinci şart kapsamına avukat ile doğrudan yazışmalar yanında, telefonda avukatın yaptığı sözlü danışmanlığın içeriği ve sonuçlarına ilişkin teşebbüs içi yazışmalar⁵³ ile avukatlık danışmanlığı hizmeti almak için teşebbüs bünyesinde hazırlanmış olan belgeler de girmektedir⁵⁴. Buna karşın, avukat danışmanlığı alındığı veya sadece bir avukatla görüşüldüğünü içerse bile teşebbüs bünyesinde belirli bir davranışın sonuçlarının hukuki açıdan öneminin tartışıldığı teşebbüs içi yazışmalar avukatlık imtiyazı kapsamına girmemektedir⁵⁵.

Günümüzde avukatlık imtiyazı tartışmasındaki ikili ayırım yanında bir üçüncü ihtimal daha gündeme gelmiştir. Gerekçeli kararı yeni yayımlanan 23.7.2010 tarihli AB Komisyonunun kararı bu üçüncü ihtimale ilişkindir⁵⁶. Bu

⁴⁷ AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007 (bkz. <http://curia.europa.eu>).

⁴⁸ ABAD'ın *Akzo Nobel* kararı, sa. C-550/07 P, T. 14.9.2010, No: 40 vd. (bkz. <http://curia.europa.eu>).

⁴⁹ ABAD'ın *Akzo Nobel* kararı, sa. C-550/07 P, T. 14.9.2010, No: 59.

⁵⁰ Berrisch 2010, s. 787 vd.

⁵¹ AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007, No: 128.

⁵² Dieckmann 2008, §42, No: 44.

⁵³ AB Mahkemesinin *Hilti* kararı, sa. T-30/89, T. 4.4.1990, No: 18.

⁵⁴ AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007, No: 123.

⁵⁵ AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007, No: 128. Dieckmann 2008, §42, No: 46; *Gündüz* 2009, s. 70 vd.

⁵⁶ AB Komisyonu karar için bkz. Case No: COMP/E1/39.612 - *Perindopril (Servier)*, T. 23.7.2010 [(http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39612/39612_3076_9.pdf), Erişim: 4.8.2011].

kararda, muhtemel davacı ve davalının avukatları arasındaki yazışmaların avukatlık imtiyazı kapsamına girip girmediği tartışılmıştır. Karara konu olayda, Komisyon ve Fransız Rekabet Kurumu görevlileri bir Fransız ilaç şirketi olan *Servier*'de arama yaparken çok sayıda belgenin birer örneğini alırlar. Bu esnada *Servier*, bu belgelerden bazılarının avukatlık imtiyazı kapsamına girdiğini iddia eder. Çünkü bu belgeler, jenerik üreticisi ve aynı zamanda *Servier*'in de rakibi olan *Teva* şirketinin bağımsız avukatından *Servier* şirketinin Belçika'daki yerleşik bağımsız avukatına gönderilmiştir. Rakip *Teva*'nın avukatı, bu belgelerde *Servier* şirketinin davranışlarını rekabet hukuku açısından değerlendirmektedir. Bu değerlendirmesinde *Teva*'nın avukatı, *Servier* hakkında bir rekabet şikâyeti ihtimalini dile getirmektedir. Bu yazı daha sonra *Servier*'in avukatı tarafından *Servier* şirketine iletilmiştir.

Servier hakkında rakip şirket olan *Teva*'nın bağımsız avukatı tarafından rekabet hukuku açısından değerlendirmelerin yapılarak rekabet şikâyetinin gündeme getirildiği ve *Servier*'in avukatına gönderildikten sonra kendi bağımsız avukatı tarafından *Servier*'e iletilen bu belgelerin avukatlık imtiyazı kapsamına girdiği yöndeki *Servier*'in itirazı AB Komisyonu tarafından reddedilmiştir. Gerçi Komisyon, bu yazışmaların bağımsız avukat tarafından yapıldığını kabul etmekle birlikte, bu belgelerin *Servier*'in kendi bağımsız avukatından değil, rakip bir teşebbüsün bağımsız avukatı tarafından gönderilmiş belge olduğunu tespit etmiştir. Bunun sonucu olarak da Komisyon, bu yazışmaların *Servier*'in haklarını savunmaya hizmet eden belgeler olmadığından avukatlık imtiyazından yararlanamayacağına karar vermiştir. Zira bu belgeler bağımsız avukatlardan alınan danışmanlık için teşebbüs bünyesinde hazırlanmış belgeler de değildir. Ayrıca burada Komisyon, AB içinde yeknesak bir uyumlaştırma olmadığından arama esnasında hangi belgelerin bir örneğinin alınacağı konusunda üye ülkelerin hukukunun dikkate alınamayacağını ve bu konunun kendi yetkisinde olduğunu da vurgulamıştır⁵⁷.

Avukatlık imtiyazı konusunda bir diğer sorun ise, hangi belgelerin bu kapsama girip girmediğinin tespitinde Komisyon görevlilerinin yetkisinin sınırının tayinidir. Avukatlık imtiyazı kapsamında yasak olan sadece bu kapsamdaki belgelerin değerlendirme dışı tutulması değildir. Buna ilaveten bu belgelerdeki bilgilerin gizliliğinin korunması için okuyup öğrenme (göz atma) yasağı da bu kapsama girmektedir⁵⁸. Ancak teşebbüs incelenmek istenen belgelerin, avukatlık imtiyazından yararlandığını iddia ederek görevlilere

⁵⁷ BISCHKE, A-H., M. BOGER ve H. MUELLER (2011), Europäischen Kommission - Keine Anwendbarkeit des Legal Privilege auf Korrespondenz eines gegnerischen Anwalts, NZG, s. 179; Schnichels ve Resch 2011, s. 52.

⁵⁸ AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007, No: 86.

göstermekten kaçınmaz. Teşebbüsler bu belgelerin avukatlık imtiyazı kapsamında olduğunu açıkça ortaya koydukları takdirde bu imtiyazdan yararlanabilirler⁵⁹. Bunun için de yazışmaların önemsiz kısmı gösterilmek suretiyle yapılabileceği veya uygulamada sıkça karşılaşılan antetli kağıt kullanılması halinde bu antetli kısımda ve hitap kısmında bağımsız avukatın isminin gösterilmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir⁶⁰. Bu konuda anlaşmazlık olduğu takdirde Komisyon görevlilerinin belgenin bir örneğini alma ve daha sonra bu belgeyi bu konudaki uyuşmazlığın çözümüne kadar mühürlü bir zarfta muhafaza etme hakları da bulunmaktadır⁶¹.

1.2.3. Kopya Alma

AB Komisyonu tarafından görevlendirilen personelin elkoyma yetkileri olmadığından belgelerin aslını yanlarına alamazlar. Ama Komisyon görevlileri teşebbüsün ticari defter ve belgelerinin birer kopyasını alma veya bir bölümünün suretini düzenleme yetkisine sahiptir. Ancak inceleme amacıyla ilgili olmayan özel belge ve dokümanların kopyası alınmaz⁶².

Kopya alınmanın ne şekilde yapılacağı hususu açık bırakılmıştır. Kopya alma belgelerin fotokopisinin çekilmesi, belgedeki ifadenin elle yazısı ile başka bir yere alıntı şeklinde aktarılması, scanner ile taranma veya belgelerin fotoğraflanması şeklinde dahi mümkündür. Elektronik veriler söz konusu olduğunda bunların ekleri de dâhil olmak üzere buna uygun tarzdaki taşıyıcılara bir kopyası alınabilir⁶³.

İnceleme esnasında hangi tür kopyalama yolunun seçileceğine görevli personel karar verecektir. İnceleme yapılan teşebbüsün, görevlilere fotokopi makinesi tahsis etme yükümlüğü bulunmadığı konusunda tartışma olmakla birlikte, ağırlıklı görüş bunun bulunmadığı yönündedir⁶⁴. Eğer teşebbüs bünyesinde bir fotokopi imkânı bulunmuyorsa üçüncü kişilerin yardımına başvurulmak suretiyle orijinal belgelerin teşebbüsün dışında da fotokopisi çekilebilir. Bu fotokopi teşebbüs bünyesinde gerçekleştirilirse muhatap teşebbüs ortaya çıkan masrafı Komisyondan talep edebilir⁶⁵.

⁵⁹ AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007, No: 79 vd.

⁶⁰ Burrichter 2007, Art. 20, No: 54; Berrisch 2010, s. 787.

⁶¹ Eğer Komisyon, belgelerin imtiyaz kapsamına olduğu konusunda ikna olmamışsa, bu belgelerdeki bilgileri öğrenmeden önce ilgili taraflara yetkili mahkemeye müracaat ederek görevli hâkimden ihtiyati tedbir kararı almalarına imkân tanımak zorundadır. Bkz. AB Mahkemesinin *Akzo Nobel* kararı, sa. T-125/03, T. 17.9.2007, No: 83.

⁶² Burrichter 2007, Art. 20, No: 62; Dieckmann 2008, §42, No: 34.

⁶³ Nowak 2009, Art. 20, No: 73; ayrıntılı bilgi için bkz. Devrim 2009, s. 25 vd.

⁶⁴ Burrichter 2007, Art. 20, No: 64; karşı. Nowak 2009, Art. 20, No: 73.

⁶⁵ Miersch 2009, Art. 20, No: 21, 23.

Uygulamada tüm belgelerin iki kopyası hazırlanmakta ve bunlardan biri teşebbüste bırakılmaktadır. Bundan amaç da muhatap teşebbüs kendinden alınan ve Komisyonun uhdesinde bulunan belgelerin hangileri olduğunun farkına varabilmesidir. Bundan başka kopyası çekilen belgelerin sayıları, türleri ve başlıkları bir tutanakta yazılmakta ve bu tutanağın bir kopyası da teşebbüse verilmektedir⁶⁶.

1.2.4. Mühürleme

İnceleme esnasında Komisyon görevlilerinin, teşebbüsün kapalı alanlarını ve defterlerini ya da her türlü belgelerini daha sonra incelemek için gerekli olduğu sürece ve ölçüde mühürleyerek koruma altında alma yetkileri vardır. Bu kapsamda dolaplar ve çekmeceler bile mühürlenebilir. Mühürleme süresinin ne olacağı konusunda temel ilke ölçülülük ilkesi olup, kural olarak bu sürenin 72 saati aşmaması gerektiği Tüzük gerekçesinde ifade edilmiştir⁶⁷. Genellikle inceleme yapılan günün sonundan tekrar incelemeye başlanılan güne kadar birçok kere mühürleme yapılabilmektedir. İstisnai olarak olağanüstü durumların ortaya çıkması halinde daha uzun süreli mühürleme de yapılabileceği kabul edilmiştir. Ölçülülük ilkesi gereği mühürlemenin mümkün olduğunca teşebbüsün işlerini en az etkileyecek şekilde olması gerekir. Örneğin çalışma odaları yerine önemli olan ve incelenecek belgeleri bir dolaba koyarak mühürlemek veya çalışma odaları yerine orada bulunan belirli dolapların mühürlenmesi ölçülülük ilkesinin gereğidir. Elektronik aletler de, özellikle taşınabilir bilgisayarlar, mümkünse bir dolaba konularak mühürlenebilir. Ancak bir ağ bağlantısı olan bilgisayarın mühürlenmesi ise teknik açıdan imkânsızdır. Bu gibi durumlarda mühürleme yerine tüm verilerin güvenli bir kopyalanmasının yapılması ve bu kopyalama yapılan veri taşıyıcısının, örneğin flash bellek, harici hard disk gibi, inceleme süresi boyunca teşebbüs bünyesinde güvenli bir şekilde muhafaza etmek daha uygun bir yoldur. Bu sayede bir ağa bağlı veriler hakkında her hangi bir şüphenin oluşması halinde kopyalanmış verilere bakmak mümkün olabilecektir. Bu şekilde kopyalanmış bir ağ, elektronik mühürlenmiş olarak algılanmamalıdır. Yani muhatap teşebbüsün ağ sistemi içinde verilerine ulaşması ve bunlar üzerinde işlem yapması hiçbir şekilde engellenemez⁶⁸.

AB Mahkemesinin, 15 Aralık 2010 tarihli *E.ON* kararı mühürlerin kırılması ile ilgilidir⁶⁹. Mezkûr şirket tarafından mührün kırıldığına tespit edilmesi üzerine Komisyon tarafından cironun %0,14⁷⁰ oranına tekabül eden 38

⁶⁶ Dieckmann 2008, §42, No: 34; Miersch 2009, Art. 20, No: 23.

⁶⁷ 1/2003 s. Tüzük Gereçesi, No: 25.

⁶⁸ Miersch 2009, Art. 20, No: 24-25.

⁶⁹ AB Mahkemesinin *E.ON* kararı, sa. T-141/08, T. 15.12.2010 (<http://curia.europa.eu>).

⁷⁰ 1/2003 s. Tüzük m. 23/1'e göre para cezası %1'e kadar verilebilmektedir.

milyon Euro para cezası verilmiştir. Bu cezaya karşı açılan dava Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Bu kararda mühürlerin kırılması konusunda her türlü ihmal ve itirazlar tartışılmıştır. Öncelikle 1/2003 s. Tüzük m. 23/1 gereğince mührün kırılmış (yerinden sökülmiş ve bozulmuş olması) ister kast ile ister ihmal ile olsun cezai müeyyidesi vardır. Bu ceza için sadece mührün kırılması yeterlidir⁷¹. Ayrıca Mahkeme tarafından bu para cezasının ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına da karar verilmiştir⁷².

1.2.5. Sözlü Açıklama

1/2003 s. Tüzük m. 20/2/e ve 773/2004 s. Tüzük m. 4 gereğince mahallinde yapılan inceleme esnasında Komisyon görevlilerinin teşebbüsün gerçek kişi personelinden incelemenin amacı ve konusu ile ilişkili olan olaylar ve belgeler hakkında açıklama yapmasını talep etmek ve onların cevaplarını yazılı olarak (tutanağa) kaydetmek yetkileri vardır⁷³. Bu açıklama talepleri, özellikle belgelerin ortaya çıkarılmasına hizmet etmektedir. Bundan dolayı ilgili teşebbüs yetkilileri, Komisyon görevlilerine iç organizasyon akışı, personelin sorumluluk ve yetki alanları hakkında bilgi vermekle yükümlüdür⁷⁴. Ancak bir inceleme çerçevesinde olmayan tamamıyla genel nitelikteki sorular bu kapsamda değildir. Aynı şekilde cevap verilebilmesi için teşebbüs bünyesinde ayrıntılı bir araştırma yapılmasını gerektiren sorular da inceleme esnasında yöneltilemeyecek türdendir. Bu tür sorular için rekabet hukukundaki bilgi isteme yolu tercih edilmelidir⁷⁵.

Belgeler hakkında istenilen açıklamalar, tipik kısaltmalar ile mesleki kavramlar, belgelerin yazarları, bir tutanakta ismi geçen personel veya katılımcıların işlevine ilişkin olabilir. Olay hakkındaki açıklamalar ise, araştırılan muhtemel rekabet ihlali için temel olabilecek olayın unsurlarının tamamına ilişkindir. Örneğin özellikle başka teşebbüslerle birlikte paralel yürütülen inceleme sebebiyle fark edilmiş olan ve önceden olan olaylara ilişkin açıklamalar istenebilir. Ama burada bir değerlendirme veya tahmin etme

⁷¹ Dava konusu olayda Komisyon görevlileri, mührün kırılmasını bir tutanakla tespit etmişlerdir. Ancak nezdinde inceleme yapılan teşebbüsün temsilcileri ise bu tutanağı imzalamaktan imtina etmişler ve açtıkları iptal davasında kırılmış mührün fotoğrafının olmadığı yönde itirazda bulunmuşlardır. Mahkeme ise bu yöndeki itirazı açıkça reddetmiştir. (Bkz. AB Mahkemesinin *E.ON* kararı, sa. T-141/08, T. 15.12.2010, özellikle No: 42, 63, 135, 154.) Bu karara rağmen günümüzde, özellikle cep telefonları ile fotoğraf çekmek çok kolay olduğundan, bu şekilde bir itirazın önüne geçmek için yazılı bir tutanak yanında derhal dijital bir fotoğrafın çekilmesi muhtemel itirazların da önüne geçilmesini sağlayacaktır.

⁷² AB Mahkemesinin *E.ON* kararı, sa. T-141/08, T. 15.12.2010, No: 276 vd., 296.

⁷³ Bu şekilde bir tutanağın hazırlanmış olması hukuki açıdan mahkeme tarafından iptali istenebilecek bir işlem değildir. Bkz. Dieckmann 2008, §42, No: 43a.

⁷⁴ Dieckmann 2008, §42, No: 43.

⁷⁵ Miersch 2009, Art. 20, No: 31.

şeklinde açıklamalar istenemez. Bundan başka burada bir diğer sınır da kendini suçlama yasağı ilkesidir⁷⁶.

Teşebbüs personeli kavramı kapsamına sadece teşebbüs adına yetkilendirilen temsilciler değil, bilakis teşebbüste çalışan herkes girer. İnceleme yapan görevliler, hangi sorulara hangi çalışanın cevap vermesi gerektiğini açıkça belirlemişlerse söz konusu soruyu sadece bu gerçek kişi doğrudan cevaplandırmak zorundadır. Burada hiçbir şekilde temsilci kabul edilmemektedir. Zira kimlerin hangi soruları cevaplandıracakları konusunda takdir yetkisi muhatap teşebbüse değil, bilakis Komisyon görevlilerine aittir. Teşebbüs temsilcilerinin veya teşebbüs tarafından inceleme esnasında yetkilendirilen personelin yaptığı açıklamalar ve cevaplar için daha sonradan teşebbüsün düzeltme zorunluluğu bulunmamaktadır⁷⁷. Bununla birlikte teşebbüs, yetkili olmayan bir çalışanın yaptığı açıklama ve cevaplar için düzeltme ve değiştirme imkânına sahiptir⁷⁸.

Sözlü açıklamaların yazılı hale getirildiği bir tutanak görevlilerce hazırlandıktan sonra bir fotokopisi de teşebbüse verilmek zorundadır. Ayrıca bu tutanak içeriğini anlama ve doğruluğu hakkında gerekli araştırma yapabilmesi için teşebbüse en az iki hafta⁷⁹ olmak üzere uygun bir süre verilir. Bu süre içinde teşebbüs, tutanak içeriği hakkında, özellikle yetkili olmayan çalışanlarının cevapları hakkında düzeltme, değişiklikler veya bazı eklemeler şeklinde olabilecek bir görüş ortaya koyabilir. Bu da daha sonra bu tutanağa eklenir. Ama bu düzeltme, hiçbir zaman çalışanların daha önce yaptığı açıklamanın yerine geçemez, yani buna ilişkin tutanak inceleme dosyasında teşebbüsün düzeltmesi ile birlikte yerini alır ve tutanakta yer alan açıklamaların delil değerini ortadan kaldırmaz. Tutanağa ilişkin verilen düzeltme sayesinde teşebbüs, tutanakta yer alan cevabın veya açıklamanın kendi cevabı veya açıklamaları olarak görülmesini engellemiş olacaktır. Ayrıca teşebbüs yanlış, eksik veya yanıltıcı cevapları düzelterek 1/2003 s. Tüzük m. 23/1/d'de öngörülen idari para cezasının verilmesini önleyebilecektir⁸⁰.

2. YETKİNİN TÜRLERİ

Rekabet ihlallerini yerinde araştırırken AB Komisyonu iki yoldan birini seçmektedir. Bu da inceleme talebi veya inceleme kararı şeklinde olabilir.

⁷⁶ Dieckmann 2008, §42, No: 43; Burcher 2007, Art. 20, No: 73; Miersch 2009, Art. 20, No: 30; hem insan hakları boyutu hem Türk hukuku ile karşılaştırma da dâhil olmak üzere bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Gündüz 2009, s. 54 vd.

⁷⁷ Miersch 2009, Art. 20, No: 34.

⁷⁸ Dieckmann 2008, §42, No: 42; Devrim 2009, s. 18 vd.

⁷⁹ Bkz. 773/2004 sayılı Tüzük m. 17/3.

⁸⁰ Miersch 2009, Art. 20, No: 33-34; Dieckmann 2008, §42, No: 43a.

ABAD'ın ilgili içtihatları da dikkate alındığında yetkinin verilif şekli, kapsamı ve muhatabın durumu ile uygulanabilecek müeyyideler açısından Komisyonunun hangi yolu seçtiğinin büyük önemi vardır⁸¹.

2.1. İnceleme Talebi

1/2003 s. Tüzük m. 20/3'deki düzenlenen inceleme talebi için Komisyonun görevlendirme yazısı yeterlidir. Bu görevlendirme yazısı, Komisyon tarafından değil, rekabet genel müdürlüğünün genel müdürü olan kişinin imzası ile hazırlanmaktadır⁸². İnceleme talebini içeren yazıda incelemenin konusu, amacı ile talep edilen defter ve diğer ticari belgelerin tam verilmediği veya bu maddenin 2. fıkrasında çerçevesinde yöneltilen sorulara yanlış veya yanıltıcı cevap verildiği hallerde m. 23'de düzenlenen müeyyide gösterilmelidir. İnceleme talebi gerekçelendirilirken uygulamada kural olarak ilgili ürün ve rekabet ihlâlinin şekli (fiyat anlaşması, pazar paylaşımı gibi) de belirtilmektedir⁸³.

Komisyon tarafından görevlendirilen personel, inceleme talebi ile teşebbüslere veya teşebbüs birliklerine gitmekte ve orada bu görevlendirme yazısını da sunmaktadır. Hakkında inceleme talebi bulunan teşebbüs, bu talepler karşısında Komisyon görevlilerine izin verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir diğer ifade ile ilgili teşebbüs hiçbir gerekçe göstermeden ve müeyyideye de muhatap olmadan Komisyon görevlilerinin talebini reddetme hakkına sahiptir⁸⁴.

Önceden bilgi verme yükümlülüğu olmamasına rağmen Komisyon görevlileri, uygulamada çoğunlukla, önceden ilgili teşebbüslerle iletişime geçtiğinden sorunsuz bir şekilde inceleme talebine dayanan ilgili yerlerde incelemeler yapmaktadır. İnceleme talebine, teşebbüsün temsilcisi veya bu tür işler için yetkilendirilmiş bir personeli teşebbüs adına izin verebilmektedir. Önceden bilgi vermenin bazı avantajları vardır. Bir taraftan teşebbüsün izin verip vermeyeceği tahmin edilmekte; diğer taraftan bu teşebbüsün kendini incelemeye hazırlamasına imkân verilmektedir. Teşebbüs, inceleme talebini kısmen kabul etme veya belli zamanla sınırlama gibi herhangi bir şarta bağlayamaz. Yine teşebbüs bir kez kabul ettikten sonra bu izni daha sonra geri de alamaz. İncelemeyi kabul eden teşebbüs incelemeye katlanma ve işbirliği yükümlülüğu altında girmektedir. Ancak inceleme talebi ile giden Komisyon

⁸¹ Biz yazılı bir talebe dayanan inceleme için "inceleme talebi" (Nachprüfungsantrag) kavramını tercih ettik. Ama öğretilerde bunun kısaca "basit inceleme" (Einfache Nachprüfung) kavramı da kullanılmaktadır. Komisyonun kararına dayanan inceleme için ise, biz kısaca "İnceleme kararı" (Nachprüfungsentscheidung) kavramını tercih ettik.

⁸² Dieckmann 2008, §42, No: 24.

⁸³ Dieckmann 2008, §42, No: 27.

⁸⁴ Burrichter 2007, Art. 20, No: 97; Dieckmann 2008, §42, No: 25.

görevlileri, bizzat arama yapmak yerine, ilgili teşebbüsten sadece belge ve bilgi talep etme yetkileri vardır⁸⁵.

O halde inceleme talebi kapsamında para cezası müeyyidesinin uygulanabilmesinin ilk şartı, muhatap teşebbüslerin incelemeye izin vermesidir. İkinci şart ise, inceleme talebi çerçevesinde çalışmaya başlandıktan sonra ticari defter ve belgelerin eksik sunulması veya sorulara yanlış ya da yanıltıcı cevap verilmesidir. Bu hâllerde para cezası söz konusu olacaktır⁸⁶. Bu fıkra kapsamında yapılacak incelemeyi ilgili teşebbüs kolayca ve müeyyidesiz engelleyebilme imkânına sahip olduğundan 4. fıkra düzenlenen inceleme kararındaki gibi yetkili mahkemede inceleme talebinin iptali için dava açma yolu da düzenlenmemiştir⁸⁷.

Bu fıkra hükmü kapsamında yapılacak incelemelerde rekabet otoriteleri birlikte çalışmak zorundadır. Bundan dolayı Komisyon, incelemenin başlamasından önce uygun bir zamanda ilgili üye ülkenin rekabet otoritesini bilgilendirmelidir. Bu şekilde bilgilendirme hem mülkîlik ilkesinin bir sonucudur, hem de üye ülke rekabet otoritelerinin Komisyon görevlilerine destek vermeleri için organize olmalarına imkân sağlamaktadır⁸⁸.

Komisyon tarafından rekabet ihlâli şüphesi ile yapılabilecek bu tarz incelemelerde, yani Tüzük m. 20/3 gereğince yapılan inceleme taleplerinde, esasen muhatapların rızaları ile gerçekleştiğinden *per se* temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edilmediği düşüncesi ağırlıklıdır⁸⁹.

2.2. İnceleme Kararı

2.2.1. Komisyon Kararı

Muhatap teşebbüsün gönüllü işbirliğine dayanan “inceleme talebi” yanında ilgili teşebbüsü zorunlu işbirliğine götüren “inceleme kararı”, 1/2003 sayılı Tüzük m.

⁸⁵ Miersch 2009, Art. 20, No: 37; Dieckmann 2008, §42, No: 26; Burrichter 2007, Art. 20, No: 97-98.

⁸⁶ Burrichter 2007, VO 1/2003, Art. 20, No: 97 vd.

⁸⁷ Miersch 2009, Art. 20, No: 41. İnceleme sonrası Komisyonca verilecek karara karşı açılacak iptal davasında ilgili teşebbüsün inceleme talebinin de hukuka aykırılığını ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Bkz. AB İlk Derece Mahkemesinin *Limburgse Vinyl Maatschappij* kararı, sa. T-305/94, 335/94 T. 20.4.1999, No: 412 (<http://eur-lex.europa.eu>).

⁸⁸ Miersch 2009, Art. 20, No: 42; uygulamada iki hafta kadar önce bildirilmektedir. Bkz. *Burrichter 2007*, Art. 20, No: 27.

⁸⁹ Ancak öğretilerde, burada rıza olsa bile, özellikle gerçek veya tüzel kişilerin özel faaliyet alanlarına kamu gücünün keyfi ve ölçüsüz müdahalesinin temel hak ve özgürlüklere bir müdahale olarak görülebileceği ifade edilmektedir. Bundan dolayı Komisyonun inceleme talebinin ilgili tarafça başlangıçta iptalinin istenilememesi hususunda, temel hakların etkin bir şekilde korunabilmesi için, bir düzeltmeye ihtiyaç duyulduğu savunulmaktadır. Bkz. Nowak 2009, Art. 20, No: 22.

20/4'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre Komisyon bir inceleme kararı aldığı takdirde, hakkında inceleme yapılan teşebbüs bu incelemeye izin vermek zorundadır. Komisyon, ya daha önce inceleme talebinin reddi üzerine veya talebin kabul edilmesi konusunda şüphenin bulunması ya da önceden haber verilmeksizin incelemenin yapılması için doğrudan inceleme kararı alabilmektedir. İnceleme kararı alma yetkisi AB Komisyonunda olmakla birlikte Komisyon, rekabet konusunda yetkilendirilmiş olan AB Komiserine bu yetkiyi devretmektedir. Böylece AB Komisyonu adına inceleme kararı, yetkili Komiserin imzası ile alınmaktadır⁹⁰. Bu kararın içeriğinde de incelemenin konusu ve amacı, incelemenin başlangıç tarihi⁹¹ ve bu karara uyulmadığı takdirde, yani incelemeye izin verilmediğinde, 23 ve 24. maddelerdeki müeyyidelerin hatırlatılması ile muhatapların bu karara karşı ABAD'da dava açılabilceği belirtilmek zorundadır.

Komisyon, inceleme kararını alırken 3. fıkradaki bilgilendirmeden farklı olarak, incelemenin yapılacağı ilgili üye ülkenin rekabet otoritesini dinlemek zorundadır. Bu dinlemenin amacı, incelemeye önce üye ülke rekabet otoritesinin haberdar edilerek bu konuda kendi görüşünü vermesine imkân sağlamaktır. Dinleme, Komisyon ile üye ülke rekabet otoritesi arasındaki koordinasyonu da mümkün kılmakta ve üye ülke rekabet otoritesinin desteği ile inceleme öncesi organizasyonu kolaylaştırmaktadır. Ayrıca Komisyon ile rekabet otoriteleri arasındaki bu ilişki sayesinde, özellikle gerekli olduğu durumda, üye ülkedeki yetkili mahkemeden zamanında izin alınması da mümkün olmaktadır⁹². Komisyon ile üye ülke rekabet otoritesi arasındaki bu dinleme herhangi bir şekilde tabi değildir. Hatta bu şekildeki dinleme, içeriğe ilişkin daha sonra yazılı bir tutanak düzenlenmeksizin, resmi şekilde bağlı olmaksızın telefonla dahi yapılabilir⁹³.

⁹⁰ AB Komisyonu İçtüzüğü m. 13/1'e göre böyle bir yetkilendirme yapılabilir. 2010/10 sayılı Komisyonun İçtüzüğü en son 24.2.2010 tarihinde değiştirilmiştir. (bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:055:0060:0067:EN:PDF>, Erişim: 11.8.2011).

⁹¹ Başlangıç saatinin açıkça kararda yazılmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Ancak ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak incelemenin olağan iş saatlerinde yapılması esastır. Ayrıca öğretilerde inceleme kararındaki belli olan tarihten birkaç gün sonra Komisyon görevlilerinin teşebbüse gelerek inceleme yapmalarında herhangi bir sakınca olmadığı savunulmaktadır. İncelemenin bitiş tarihinin yazılmasına da gerek yoktur. Zira karar alınırken incelemenin ne kadar süreceğini önceden tahmin edebilmek mümkün değildir. Bitiş tarihine inceleme yapan Komisyon görevlilerinin somut olayın özelliklerini de dikkate alarak karar verecekleri kabul edilmektedir. Bkz. Miersch 2009, Art. 20, No: 50.

⁹² Miersch 2009, Art. 20, No: 55.

⁹³ ABAD'ın *Akzo* kararı, sa. C-5/85, T. 23.9.1986, No: 24 (<http://eur-lex.europa.eu>).

İnceleme yapılmak için gidilen teşebbüste inceleme kararı, incelemeye başlanılmadan hemen önce bir kopyası teşebbüs temsilcisine veya bu tür konularda yetkili olan başka bir personeline verilmek suretiyle tebliğ edilmektedir. Eğer inceleme kararının tebliği için teşebbüste böyle bir kişi bulunamazsa sadece posta almaya yetkili bir çalışana veya posta kutusuna dahi bu karar bırakılarak inceleme başlatılabilir. Böylece muhatap teşebbüse kararın tebliğinden kaçınma yolu bırakılmamıştır⁹⁴.

Uygulamada kararın tebliği ile ilgili yazılı bir metin (tutanak) düzenlenmektedir. Kararın usulüne uygun tebliği edilmesi için muhatap teşebbüs tarafından bu tutanağın altına imza atılmış olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Böyle bir imza atılmış ise bu incelemeye ve incelemenin yürütülmesine ilişkin daha sonra ileri sürebilecek itirazları da engellemez. Uygulamada Komisyon kararı yanında muhatap teşebbüse, görevliler tarafından teşebbüsün hak ve yükümlülüklerini içeren açıklayıcı bir not da verilmektedir⁹⁵. Sadece kararda ismi/unvanı yazılı teşebbüse bu tebligat yapılmak zorundadır. Ancak muhatap olarak şirketler topluluğu kapsamında aynı adreste bulunan hem ana hem yavru şirketin yazıldığı bir durumda, bunlardan sadece birine tebligatın yapılmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir⁹⁶.

İnceleme kararının tebliği ile birlikte muhatap teşebbüsün incelemeye katlanma yükümlülüğü ve bunun sonucu olarak da işbirliği yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Katlanma yükümlülüğü, muhatap teşebbüsün pasif işbirliğini değil, görevlilerin inceleme yetkilerini kullanabilmesi için gerektiğinde teşebbüsün aktif bir şekilde işbirliği yapma yükümlülüğünü zorunlu kılmaktadır. Her iki yükümlülük de inceleme sürecince devam etmektedir. Muhatap teşebbüs, inceleme kararının hukuka aykırı olduğunu düşünse bile, katlanma ve işbirliği yükümlülüğü yine de devam etmektedir; ancak bu yükümlülüklerin icrası da ölçülülük ilkesine uygun olmak zorundadır. Bundan dolayı Komisyon yetkililerinin hiçbir şekilde muhatap teşebbüse ait kapalı alanlara, işyerlerine zorla girmeleri söz konusu değildir⁹⁷. Eğer incelemenin yapıldığı üye ülkenin hukukuna göre mahkeme kararı alınması gerekiyorsa Komisyon yetkilileri bu yönde bir kararı almak zorundadırlar (m. 20/7). Zira teşebbüsün rızası olmadan görevliler tarafından aktif bir arama yapılamaz, yani m. 20/4 hükmü Komisyon görevlilerine bir arama yetkisi tanımamaktadır⁹⁸.

⁹⁴ Miersch 2009, Art. 20, No: 52.

⁹⁵ Miersch 2009, Art. 20, No: 52.

⁹⁶ ABAD'ın *Orkem* kararı, sa. C-374/87, T. 18.10.1989, No: 6.

⁹⁷ Miersch 2009, Art. 20, No: 53-54.

⁹⁸ Karş. ABAD'ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 31.

2.2.2. Mahkeme Kararı

Eğer Komisyon tarafından görevlendirilen personelin üye ÷lkede inceleme yapması için inzibati tedbirler (m. 20/6) almaları gerekiyor ve bu ÷lkenin hukukuna göre inceleme için mahkeme kararı gerekli ise (m. 20/7), bunun için o yerdeki yetkili mahkemeden izin alınmadır⁹⁹. Bu konuda Komisyona üye ÷lke rekabet otoritesi yardımcı olmaktadır. Böyle bir durumda mahkeme kararı alıp almamak üye ÷lke rekabet otoritesinin takdirinde olmayıp otorite, bu kararı almak zorundadır.

ABAD verdiği bir kararda, bu Şekilde bir zorlayıcı tedbirin alınabilmesi için muhatap teşebbüsün incelemeye itiraz edebileceği ve içeriye kabul etmeyeceği veya delilleri ortadan kaldıracabileceği Őüphesinin bulunması gerektiğine hükmetmiştir. Aksi durumda arama kararı, inzibati yardım gibi zorlayıcı tedbirlere başvurulması uygun gör÷lmeyecektir ve ölç÷lölük ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır¹⁰⁰. Eğer incelemenin muhatabı olan ve rekabet ihlali Şüphesi altında bulunan teşebbüs, önceden işbirliğine hazır olduğunu göstermemiŐ ise bu teşebbüsün incelemeye izin vermeyeceğine ilişkin olarak soyut bir tehlikenin bulunması mahkemeden karar alınması için yeterli olarak kabul edilmektedir¹⁰¹.

⁹⁹ Mahkeme kararının zorunlu olduğu ÷lkeler: Avusturya, Almanya, Bulgaristan, Fransa, İrlanda, İŐveç, Macaristan ve Portekiz. Bkz. Gündüz 2009, s. 33, dn. 146. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yeni kararları AB rekabet hukukunda Komisyonun inceleme yetkisi açısından da yeni tartışmaları beraberinde getirmiştir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2002 yılında verdiği *Colas* kararı, rekabet hukuku açısından da bazı önemli sonuçları ortaya çıkarabileceği kabul edilmektedir. Zira bu kararda sadece konutların değil, ilk kez tüzel kişilerin ticari kapalı alanların da (iŐyerlerinin) dokunulmazlığı kabul edilmiştir. Bu karardan ortaya çıkan bir başka sonuç ise, tüzel kişilerin iŐyerlerin yapılacak incelemelere bu kişilerin personeline karşı konulmamıŐ, yani izin verilmiş olsa bile bu tür incelemeler AİHS m. 8/1 anlamında bir ihlâl olarak değerlendirilmiştir (Nowak 2009, Art. 20, No: 26-32; bu konuda Türk rekabet hukuku açısından da karŐılaŐtırmaları olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Gündüz 2009, s. 32 vd.). Ancak ABAD'ın bu konuda çok net bir gör÷Ő henüz ortaya koyduğu söylenemez. Öncelikle ABAD tarafından teşebbüslerin kapalı alanları ile özel meskenlerin aynı ölçüde korumaya değer olup olmadığı henüz açıklığı kavuŐmamıŐtır (SCHWARZE, J. (2005), *Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH*, NJW, s. 3461). Bunun bir başka temel sebebi de, öncelikle AB rekabet hukukunda inceleme kararı sonucu teşebbüslerde aktif aramanın yapılmaması ve üye ÷lkeler hukukunda mahkeme kararı zorunluluğu olduğunda Komisyonun önceden üye ÷lke rekabet otoritesi kanalı ile yetkili mahkemeden izni almasıdır. Bu konudaki tartışmalar ile üye ÷lke rekabet hukukundaki düzenlemelerdeki çz÷mler, örneğin Almanya, dikkate alındığında Türk hukuku için de emsal teşkil edecek niteliktedir. Bu çalışmamızın kapsamını fazla geniŐletmemek için bu konuyu başka bir çalıŐmamızda ayrıntılı bir Şekilde ele alacağız.

¹⁰⁰ ABAD'ın *Roquette Frères* kararı, sa. C-94/00, T. 22.10.2002, No: 71.

¹⁰¹ Miersch 2009, Art. 20, No: 63.

Mahkeme izninin gerektiği böyle bir durumda yetkili mahkemenin bu yöndeki talebe izin verip vermeme konusunda sınırlı bir inceleme yetkisi vardır. Bu kapsamda yetkili mahkeme, Komisyonun kararının doğruluğunu, yani bu talebin Komisyondan gelip gelmediğini, zorlayıcı tedbirlerin keyfi ve inceleme konusu açısından fahiş olup olmadığını inceler. Ama bu inceleme hiçbir zaman Komisyonun kararının hukukîliğine (esastan ya da yerindelik incelemesi) ilişkin olamaz. Zira bu konuda tek yetkili mercii AB Adalet Divanıdır (m. 20/8)¹⁰².

3. MÜEYYİDELER

Komisyonun inceleme talebi ve inceleme kararı kapsamındaki yetkilerinin kullanımı engellendiğinde veya muhataplar yükümlülüklerini ihlâl ettiklerinde para cezası müeyyidesi söz konusu olabilir. Burada uygulanacak müeyyideler de iki türdür. Birincisi idari para cezası (m. 23); ikincisi, süreli para cezasıdır¹⁰³ (m. 24). Her iki müeyyide arasında bir yarışma değil, bilâkis amaçları tamamen birbirinden farklı olan ve birbirini tamamlayan bir ilişki bulunmaktadır. İlkinde, maddi hükümlere ve usul kurallarına aykırılık olduğunda para cezası verilirken; ikincisinde, Komisyon kararlarını uygulamamakta direnen muhatapları bundan caydırmak için kullanılan bir araç olarak direnme devam ettiği sürece verilen süreli para cezası (zorlayıcı para yaptırımı) söz konusu olmaktadır¹⁰⁴. Zira süreli para cezasının, daha doğrusu zorlayıcı para yaptırımının, cezaî (*punitive*) karakteri olmayıp, önleyici (*preventive*) işlevi vardır. Zorlayıcı para yaptırımının (süreli para cezasının) işlevi geçmişte olmuş ihlâllerin cezalandırılması olmayıp, muhatapını geleceğe yönelik bir davranışa zorlamaktır. Muhataplarını verilen kararlara uymaya zorlayan bu şekildeki bir yaptırım, idarenin elindeki en etkin araçlarından olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁵.

AB Komisyonunun inceleme sürecinde hem idari para cezası hem süreli para cezası uygulaması söz konusu olmaktadır. İnceleme kapsamındaki ihlâllere karşı para cezası m. 23’de, süreli para cezası ise m. 24’de düzenlenmiştir.

¹⁰² ABAD’ın *Hoechst* kararı, sa. C-46/87 ve 227/88, T. 21.9.1989, No: 35; ABAD’ın *Roquette Frères* kararı, sa. C-94/00, T. 22.10.2002, No: 39.

¹⁰³ İngilizce “*periodic penalty payments*” ve Almanca “*Zwangsgelder*” kavramlar karşılığı Türk rekabet hukukunda “süreli para cezası” kavramı kullanımı yerleşmiştir.

¹⁰⁴ Nowak 2009, Art. 23, No: 60.

¹⁰⁵ Bkz. Nowak 2009, Art. 24, No: 5; DANNECKER, G. ve J. BIERMANN (2007), VI. Abschnit. Kartellverfahrensverordnung, Kapitel VI. Sanktionen, U. Immenga ve E-J. Mestmäcker (der.), Wettbewerbsrecht içinde, 4. Auflage, Beck Verlag, München, VO 1/2003, Art. 23, No: 6-8. Süreli para cezasına muhatap olan teşebbüsün karara uymama süresi ne kadar uzun olursa ödenecek para miktarı da o ölçüde artacaktır. Böyle bir durum karşısından teşebbüsler ihlâllerine son vermekte, daha doğrusu Komisyonun talep ettiği davranışı gerçekleştirmektedirler.

“Eğer teŖebbüsler tarafından kusurları ile (kasıt veya ihmalle)

- inceleme esnasında 20. maddeye göre, talep edilen defter ve diğer ticari belgeler eksiksiz olarak verilmez veya bu maddenin 4. fıkrasına göre inceleme kararına rağmen incelemeye müsaade edilmezse [(m. 23/1/c)],

- 20. madde 2. fıkrada e) bendine göre yöneltilen sorulara [(m. 23/1/d)],

(1) yanlış veya yanıltıcı bir cevap verilirse veya

(2) teŖebbüsün bir personeli tarafından verilen yanlış, eksik veya yanıltıcı bir cevap Komisyon tarafından belirlenen süre içinde düzeltilmezse veya

(3) 20. maddenin 4. fıkrasına göre verilen kararlar yapılan incelemenin konusu ve amacı ile ilişkili olan vakıalar (olgular) hakkında tam cevap vermez veya tam bir cevap vermeyi reddederse

inceleme yapılan teŖebbüse 1/2003 s. Tüzük m. 23’e göre, önceki ticari yılda elde edilen cironun %1’ne kadar para cezası verilebilir.”

Bu hükümde (23/1/d) geçen ihlallerdeki para cezalarının ilk ihtimali (1) Komisyonun hem inceleme talebi hem inceleme kararı kapsamında ortaya çıkabilir. O halde rekabet incelemesi çerçevesinde teŖebbüs adına yanlış veya yanıltıcı cevap verilmesi halinde her zaman bu hüküm gereğince idari para cezası verilebilmektedir. Bir daha belirtmek gerekir ki, muhatap teŖebbüs, inceleme talebine karşı herhangi bir müeyyide söz konusu olmaksızın Komisyon görevlilerini teŖebbüse kabul etmeyebilir. Ancak muhatap teŖebbüs tarafından Komisyon görevlileri, teŖebbüse kabul edildikten sonra ve bu kabulden de dönülemeyeceğine göre, verilen cevaplar yanlış veya yanıltıcı olmamalıdır. Sorulara yanlış veya yanıltıcı cevap verildiği bir durumda para cezası müeyyidesi uygulanacaktır. İkinci ihtimalde (2) ise, bir personeli yanlış, yanıltıcı veya eksik cevap verdiği takdirde muhatap teŖebbüs süresi içinde bunu düzeltmekle yükümlüdür. Eğer süresi içinde teŖebbüs, bu düzeltmeyi yapmazsa idari para cezası ile muhatap olabilmektedir. Üçüncü ihtimalde (3) ise bir inceleme kararına dayanan incelemelerde Komisyon görevlilerince, vakıalara (olgulara) ilişkin yöneltilen sorulara cevap vermeyi reddetme veya eksik cevap verme hali söz konusu olduğunda idari para cezası verilebilmektedir¹⁰⁶.

Diğer yandan teŖebbüsleri 1/2003 s. Tüzük m. 20/4’e göre alınan inceleme kararı çerçevesinde görevlilerin incelemesine izin verilmesine zorlamak için Komisyon, alacağı bir kararla inceleme kararı tarihinden itibaren geçerli olmak üzere engellenen her gün için bir önceki yılın günlük cironun

¹⁰⁶ Dannecker ve Biermann 2007, Art. 23, No: 44 vd.

%5'ne kadar süreli para cezasına karar verebilir (m. 24). Süreli para cezası iki aşamalı sürecin sonunda verilmektedir. İlk önce, süreli para cezası verilebileceği muhataba bildirilmelidir. Bu da inceleme kararının tebliği ile olmaktadır¹⁰⁷. Yukarıda da ifade edildiği üzere inceleme kararının içeriğine, incelemeye izin verilmediği takdirde müeyyide gösterilmesi de dâhildir. İkinci aşamada ise, süreli para cezası tehdidine muhatap olan teşebbüs (m. 27/1) ve Komisyonun rekabetle ilgili danışma komitesi (m. 14)¹⁰⁸ somut olay hakkında dinlendikten sonra Komisyon tarafından tahsil edilecek süreli para cezasının miktarı kesinleştirilmektedir. Böylece her gün için uygun görülen miktar tespit edilmiş olacaktır. Bu miktarın tayininde somut olayın özellikleri, eşitlik ve ölçülülük ilkeleri dikkate alınmak zorundadır¹⁰⁹.

SONUÇ

Rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılmasında inceleme yetkisi AB Komisyonunun elindeki en etkin araçlardan birisidir. Ancak inceleme yetkisinin kapsamındaki yetkilerin kullanılmasının her aşamasında dikkate alınması gereken temel kıstas, ölçülülük ilkesidir. Komisyon görevlileri tarafından yürütülen inceleme sürecinin bizatihi kendisi hukuka aykırılığın tespitine ilişkin olmayıp bu süreçten amaç, rekabet ihlallerine yönelik belgelerin toplanması, bunların doğruluğunu denetlemesi ve olayların tespit edilmesidir. Henüz bilinmeyen ve delil olarak kabul edilebilecek her türlü unsurların bulunup ortaya çıkarılması bu süreçle mümkün olmaktadır. Dolayısıyla her hangi bir mahkeme kararına dayanan bir arama olmasa bile Komisyonun inceleme yetkisi, daha önceden belirlenebilen defter, belge ve dosyaların incelenmesiyle sınırlandırılmamıştır.

İnceleme yetkisi 1/2003 sayılı Tüzükle ayrıntılı bir şekilde yeniden düzenlenmiştir. Bu yetki, Komisyon tarafından ya inceleme talebi ya da inceleme kararı şeklinde kullanılmaktadır. Bu konuda tercih Komisyona aittir. Her iki inceleme tarzı birçok yönden birbirine benzemekle birlikte alınış şekli, muhatapların durumları ve müeyyideler açısından birbirinden farklılık göstermektedir. Uygulamada inceleme talebi, genellikle muhatap teşebbüslerle önceden yapılan görüşmeler sonucu, sorunsuz bir şekilde yürütülmektedir. Zira teşebbüslerin herhangi bir müeyyide tehdidi ile karşı karşıya kalmaksızın

¹⁰⁷ FEDDERSEN, C.T. (2009), VO Nr. 1/2003: Kapitel VI. Sanktionen, E. Grabitz, M. Hilf ve M. Nettesheim (der.), Das Recht der Europäischen Union içinde, Beck Verlag, München, Art. 24, No: 13.

¹⁰⁸ Komisyon kararlarını vermeden önce esas itibariyle yazılı görüşünü almak zorunda olduğu ve üye ülke rekabet otoritelerinin temsilcilerinden oluşan Danışma Komitesi hakkında ayrıntılar için bkz. Ersoy 2003, s. 25 vd.

¹⁰⁹ Nowak 2009, Art. 24, No: 16 vd.; Dannecker ve Biermann 2007, Art. 24, No: 26-36. AB rekabet hukuku uygulamasında 1/2003 sayılı Tüzük'den önce yürürlükte olan 17 nolu Tüzük zamanında süreli para cezası verilmemiştir. Dieckmann 2008, Art. 24, No: 33.

inceleme talebini reddedebilme imkânları vardır. Ancak Komisyon görevlilerini bir kez kabul ettikten sonra artık bu kararlarından dönemezler ve bu andan itibaren teşebbüslerin katlanma yükümlülüğü ile işbirliği yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. İnceleme esnasında teşebbüsler bu yükümlülüklerinin gereğini yapmadıkları veya ilgili hükümleri ihlâl ettikleri takdirde para cezası söz konusu olmaktadır. İnceleme talebindeki gönüllü işbirliğine nazaran inceleme kararı söz konusu olduğunda muhatap teşebbüsün doğrudan katlanma ve işbirliği yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Aksi durumda teşebbüs müeyyide ile karşılaşacaktır. İnceleme kararı alındıktan sonra Komisyon, üye ülke hukukundaki düzenlemeleri de dikkate alarak gerektiğinde üye ülkedeki rekabet otoritesi aracılığı ile yetkili yerel mahkemeden karar alarak teşebbüslerde incelemelerde bulunmaktadır.

Bu çalışmada, ABAD'ın içtihatları da dikkate alınarak, incelemelerin nerelerde ve ne şekilde yapılacağı, bu esnada nelere dikkat edileceği, ticari defterler, belgeler ve diğer her türlü kayıtların inceleneceği ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuştur. En güncel tartışma avukatlık imtiyazına ilişkindir. ABAD'ın son kararları ile bu konuda öncelikle kurum içi ve bağımsız avukat arasında yapılan ayırım artık yerleşmiştir. Yani teşebbüs bünyesinde çalışan avukat ile teşebbüs personeli arasındaki yazışmalar avukatlık imtiyazından yararlanamazken; bağımsız avukatla yapılan yazışmalar bundan yararlanabilecektir. Bu konudaki en güncel gelişme ise rakip teşebbüsün avukatın durumu ile ilgili Komisyon kararıdır. Komisyon, müvekkil-avukat ilişkisi dışındaki böyle bir avukatın yazışmalarını haklı olarak avukatlık imtiyazı kapsamının dışında tutmuştur.

İnceleme kapsamında gerektiğinde belgelerin, dijital verilerin kopyasının alınması da kabul edilmektedir. Bunun yanında inceleme esnasında Komisyon görevlileri, teşebbüs personeline sorular yönelterek olayların, belgelerin, dijital verilere ulaşmak için gerekli şifrelerin açıklanmasını sağlamaktadırlar. Bu kapsamda kimlerin ve hangi yetki ile açıklama yapacakları ve sonuçlarının ne olduğu ayrıntılı bir şekilde çalışmada ortaya konulmuştur.

İnceleme süreci açısından hâlâ tam olarak çözümlenmemiş bir konu ise inceleme yetkisinin kullanımı ile insan hak ve özgürlüklerin sınırının kesişme alanıdır. Öncelikle vurgulamak gerekir ki, ne gönüllü işbirliğine dayanan inceleme talebi ne de zorunlu işbirliğine dayanan inceleme kararı çerçevesinde yürütülen inceleme esnasında Komisyon görevlilerinin aktif arama yetkileri bulunmamaktadır. Aktif arama olmaksızın incelemenin nasıl yürütüleceği ilgili bölümlerde ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmaya çalışılmıştır. Zira sadece yetkili mahkeme kararı aktif aramayı mümkün kılmaktadır. Ancak bir taraftan Komisyonun, rekabet ihlallerini ortaya çıkarmak için zorunlu olan inceleme

yetkisinin kullanımının sınırı ile insan hak ve özgürlüklerinin korunmasının sınırı kesişmektedir. Her iki sınırın çizgileri henüz açık bir şekilde ortaya konulmadığından özellikle bu yönüyle konu gelecekte de tartışılmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

BERRISCH, G.M. (2010), Anmerkung zum Urteil des EuGH Akzo Nobel, EuZW, s. 778-788.

BISCHKE, A-H., M. BOGER ve H. MUELLER (2011), Europäischen Kommission - Keine Anwendbarkeit des Legal Privilege auf Korrespondenz eines gegnerischen Anwalts, NZG, s. 179.

BURRICHTER, J. (2007), VI. Abschnitt. Kartellverfahrensverordnung, Kapitel V. Ermittlungsbefugnisse, U. Immenga ve E-J. Mestmäcker (der.), Wettbewerbsrecht içinde, 4. Auflage, Beck Verlag, München.

COŞGUN, H. (2010), ABD, AB ve Türk Hukukunda Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı olarak Fonksiyonları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No: 107, Ankara,

DANNECKER, G. ve J. BIERMANN (2007), VI. Abschnitt. Kartellverfahrensverordnung, Kapitel VI. Sanktionen, U. Immenga ve E-J. Mestmäcker (der.), Wettbewerbsrecht içinde, 4. Auflage, Beck Verlag, München.

DEVRİM, F. (2009), İdare Hukukunda ve Ceza Hukukunda Kartellerle Mücadelede Soruşturma Yöntemleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No: 102, Ankara

DIECKMAN, H. (2008), § 42 Die Ermittlungsbefugnisse der Kommission, G. Wiedemann (der.), Handbuch des Kartellrechts içinde, 2. Auflage, Beck Verlag, München.

ERSOY, Ç. (2003), Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu, Rekabet Dergisi, sa. 16, s. 3-41.

FEDDERSEN, C.T. (2009), VO Nr. 1/2003: Kapitel VI. Sanktionen, E. Grabitz, M. Hilf ve M. Nettesheim (der.), Das Recht der Europäischen Union içinde, Beck Verlag, München.

GÜNDÜZ, H. (2009): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No: 99, Ankara.

MIERSCH, G. (2009), VO Nr. 1/2003: Kapitel V. Ermittlungsbefugnisse, E. Grabitz, M. Hilf ve M. Nettesheim (der.), Das Recht der Europäischen Union içinde, Beck Verlag, München.

MITTEILUNG DER KOMMISSION über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-

Vertrag, Artikel 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens und der Verordnung (EG) Nr. 139/2004, ABl. 2005, C235/7.

NOWAK, C. (2009), 8. Teil. Kartellverfahrensverordnung, U. Loewenheim, K.M. Meessen ve A. Riesenkampff (der.), Kartellrecht içinde, Beck Verlag, München.

SCHNÏCHELS, D. ve T. RESCH (2011), Das Anwaltsprivileg im europäischen Kontext, *EuZW*, s. 47-52.

SCHWARZE, J. (2005), Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH, *NJW*, s. 3459-3466.

SEITZ, C. (2008): Vertraulichkeitsschutz der Anwaltskorrespondenz im europäischen Wettbewerbsverfahren, *EuR*, s. 204-208.

SEITZ, C. (2010): Ein Schritt vor und zwei zurück? – Zum letzten Stand des Anwaltsgeheimnisses für Unternehmenanwälte im Europäischen Kartellverfahren, *EuZW*, s. 524-526.

TOEPEL, F. (2003): Durchsuchung im Auftrag der Europäischen Kommission, *NStZ*, s. 631 vd.

WEIß, W. (2008): Neues zum legal professional privilege, *EuR*, s. 546-.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere rekabetdergisi@rekabet.gov.tr adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

3. Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 500 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

- Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
- Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),
- 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
- Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında

gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

5. Metin içerisindeki başlıklar, “Giriş” ve “Sonuç” hariç olmak üzere, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

a) Tek Yazarlı Kitap:

Metin içindeki ilk göndermede: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72.

Diğer göndermelerde: Whish 2009, s.173.

Kaynakçada: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) Tek Yazarlı Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117.

Diğer göndermelerde: Wils 2005, s.130.

Kaynakçada: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117-159.

c) İki Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

Diğer göndermelerde: Jones ve Sufrin 2004, s.130.

Kaynakçada: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

Diğer göndermelerde: Neven vd. 1998, s.61.

Kaynakçada: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) Derleme İçinde Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773.

Diğer göndermelerde: Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

Kaynakçada: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:

Metin içindeki ilk göndermede: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

Diğer göndermelerde: OECD 2005, s.42.

Kaynakçada: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) İnternette Alınan Kaynaklar:

Metin içindeki ilk göndermede: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

Diğer göndermelerde: Hammond 2006, s.8.

Kaynakçada: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.01.2009.

h) Tezler:

Metin içindeki ilk göndermede: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s.12.

Diğer göndermelerde: Kayıhan 1999, s.15.

Kaynakçada: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. PUBLICATION POLICY

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the rekabetdergisi@rekabet.gov.tr address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading “Publication Policy” and “Notes for Contributors”. Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Competition Authority shall pay **net TL 500** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

2. NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. The first page of the article should include the following information:

- a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),
- b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),
- c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,
- d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of

each page. Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.

3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.
4. Foreign terms used in the text should be in italics.
5. Headings, with the exception of "Introduction" and "Conclusion", should be arranged without letters or Roman numerals as follows:

1. BOLD AND ALL CAPS

1.1. Bold and Only First Letters in Caps

1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as "a", "b", "c" should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

a) For Books with one Author:

For the first reference in the text: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

For other references: Whish 2009, p.173.

In the bibliography: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) For Articles with one Author:

For the first reference in the text: WILS, W.P.J. (2005), "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?", *World Competition*, No:28(2), p.117.

For other references: Wils 2005, p.130.

In the bibliography: WILS, W.P.J. (2005), "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?", *World Competition*, No:28(2), p.117-159.

c) For Books and Articles with Two Authors:

For the first reference in the text: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p.819-820.

For other references: Jones and Sufrin 2004, p.130.

In the bibliography: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:

For the first reference in the text: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

For other references: Neven et al. 1998, p.61.

In the bibliography: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) For Articles in Edited Publications:

For the first reference in the text: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773.

For other references: Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

In the bibliography: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

f) For Publications, Reports, etc. without an Author:

For the first reference in the text: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

For other references: OECD 2005, p.42.

In the bibliography: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) For Sources from the Internet:

For the first reference in the text: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

For other references: Hammond 2006, p.8.

In the bibliography: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Date Accessed: 08.01.2009.

h) For Thesis:

For the first reference in the text: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, p.12.

For other references: Kayihan 1999, p.15.

In the bibliography: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.