

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 128

REKABET KURUMU

REKABET HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARININ ETKİNLİĞİ PERSPEKTİFİNDEN TOPLU DAVA MODELLERİ

TUĞÇE KOYUNCU

**REKABET HUKUKUNDA
TAZMİNAT DAVALARININ
ETKİNLİĞİ PERSPEKTİFİNDEN
TOPLU DAVA MODELLERİ**

TUĞÇE KOYUNCU

ANKARA 2012

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2012

Baskı, Aralık 2012
Rekabet Kurumu-Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

09/01/2012 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı A. İhsan ÇAĞLAYAN Başkanlığında,
I. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı H. Hüseyin ÜNLÜ,
Mesleki Koordinatör Dr. Ekrem KALKAN, Mesleki Koordinatör
Ömür PAŞAOĞLU ve Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR'dan oluşan Tez
Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli bulunmuş
ve Rekabet Kurulunun 12/01/2012 tarih ve 12-01/59 sayılı toplantısında
“Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi” olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-605-5479-38-1

YAYIN NO

293

Aileme...

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	IX
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ.....	1

Bölüm 1

REKABET HUKUKUNDA TOPLU DAVALAR

1.1. Genel Olarak Toplu Dava Kavramı	5
1.2. Rekabet Hukukunda Toplu Davaların Rolü.....	6
1.2.1. Toplu Davaların Tazminat (Telafl) Fonksiyonu	6
1.2.2. Toplu Davaların Caydırıcılık Fonksiyonu.....	8

Bölüm 2

ABD REKABET HUKUKUNDA TOPLU DAVA MODELİ; SINIF DAVALARI

2.1. ABD Rekabet Hukukunda Sınıf Davaları ve Uygulama Esasları	11
2.1.1. Genel Olarak Sınıf Davaları	11
2.1.2. Sınıf Davalarının Çıkış Noktası: Elektrik Ekipmanları Davaları ...	12
2.1.3. Sınıf Davalarının Uygulama Esasları	13
2.1.3.1. Davacı ve Davalıların Belirlenmesi.....	13
2.1.3.2. Sınıf Davalarının Koşulları.....	15
2.1.3.3. Sınıfın Mahkeme Tarafından Onaylanarak Sertifikalandırılması.....	16
2.1.3.4. Sınıf Üyelerine Bildirim Yapılması	19
2.1.3.5. Sınıf Davalarının Finansmanı ve Masraf Değişimi Kuralı.....	20
2.1.3.6. Tazminat Miktarının Belirlenerek Davacılar Arasında Dağıtılması	21
2.1.3.7. Sınıf Davalarının Dolaylı Alıcılara Uygulanması ve Aktarma Savunması.....	25
2.1.3.8. Örnek Dava: Vitamin Karteli.....	30
2.2. Sınıf Davaları İçin Potansiyel Olarak Uygun Olan Rekabet İhlallerinin Değerlendirilmesi.....	31

2.2.1. Yatay Fiyat Tespitinden Doğan Davalar	31
2.2.2. Yatay Pazar Paylaşımından Doğan Davalar	32
2.2.3. Dikey Fiyat Sınırlamasından Doğan Davalar	34
2.2.4. Bağlama Anlaşmalarından Doğan Davalar.....	35
2.2.5. Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasından Doğan Diğer Davalar	35
2.3. Sınıf Davalarına Getirilen Eleştiriler ve Değerlendirme	36

Bölüm 3

AB REKABET HUKUKUNDA TOPLU DAVA MODELLERİ ve ÜYE ÜLKE ÖRNEKLERİ

3.1. AB Rekabet Hukukunda Toplu Davaların Tarihsel Gelişimi	39
3.2. Komisyonun Yeni Yaklaşımı ve Getirdiği Öneriler	41
3.3. AB Rekabet Hukukunda Toplu Dava Modelleri ve Üye Ülke Örnekleri	43
3.3.1. Müşterek Davalar ve Deneme (Test) Davaları	44
3.3.1.1. Müşterek Davalar	45
3.3.1.2. Deneme Davaları	45
3.3.2. Temsilci Davaları	47
3.3.2.1. Temsilci Önleme Davaları	47
3.3.2.2. Temsilci Tazminat Davaları	48
3.3.2.2.1. Katılnmalı (Opt-in) Temsilci Tazminat Davaları	48
3.3.2.2.1.1. Fransa Örneği: Fransız Mobil Operatörü Davası	49
3.3.2.2.1.2. İngiltere Örneği: JJB Sports Plc Davası	50
3.3.2.2.2. Katılmasız (Opt-out) Temsilci Davaları	52
3.3.3. Grup Davaları	53
3.3.3.1. Katılnmalı (Opt-in) Grup Davaları	54
3.3.3.1.1. İtalya Örneği	56
3.3.3.2. Katılmasız (Opt-out) Grup Davaları	56
3.3.3.2.1. İngiltere Örneği: British Airways Davası	57
3.3.4. Alacağın Temliki Davaları	58
3.3.4.1. Almanya Örneği ve CDC Modeli: Çimento Kartelinde Davaların Birleştirilmesi	58
3.3.5. Elde Edilen Ekonomik Yararın Geri Alınması Prosedürü	59

3.4. Toplu Davaların Diğer Uygulama Esasları	61
3.4.1. Toplu Davaların Finansmanı.....	61
3.4.2. Toplu Dava Modellerinin Dolaylı Alıcılara Uygulanması ve Aktarma Savunması	63
3.4.3. Zarar Miktarının Davacılar Arasında Dağıtılması	66
3.5. Komisyonun Önerilerinin, ABD ve AB Üye Ülke Örnekleriyle Karşılaştırmalı Analizi.....	68

Bölüm 4

OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN (DE LEGE FERENDA) TÜRK REKABET HUKUKUNDA TOPLU DAVALAR

4.1. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Genel Bakış	71
4.2. Türk Hukukunda Toplu Dava Örnekleri	72
4.3. Medeni Yargılama Hukukunda Toplu Dava Benzeri Usul Araçları.....	74
4.3.1. Dava Arkadaşlığı	74
4.3.2. Davaların Birleştirilmesi.....	75
4.3.3. Davaya Müdahale	76
4.4. Toplu Davalar Bakımından Türk Hukukunda Yer Alan Muhtemel Engeller	77
4.5. Bireysel Tazminat Davaları Açısından Öneri.....	78
4.6. Toplu Davalar Açısından Öneri.....	79
SONUÇ	84
ABSTRACT	87
EK-1	88
KAYNAKÇA	89

TABLO DİZİNİ

Tablo 1- AB Üye Ülke Uygulamalarında Toplu Dava Modelleri.....	88
---	----

SUNUŞ

15 yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gözeterek, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmaktadır. Piyasa ekonomilerinde hayati bir role sahip olan rekabetin korunması ile tüketicilerin, yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok miktarda satın alabilmeleri sağlanmaktadır. Bu başarılar sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otorileri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşılmış olduğu idari kapasite ve mesleki düzeyle takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşılmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli yansımalarından biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan meslekî çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumuna gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar derin analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlerle ilişkin çalışmalar yer verilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır.

Bu bağlamda ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AAD	: Avrupa Adalet Divanı
AB	: Avrupa Birliği
ABA	: American Bar Association (ABD Barolar Birliği)
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİDA	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma
a.g.k.	: adı geçen karar/kaynak
ARC	: Act Against Restraints Of Competition (Alman Rekabet Kanunu)
Bkz.	: Bakınız
CAFA	: US Class Action Fairness Act of 2005 (ABD Sınıf Davaları Adil Yargılama Kanunu, 2005)
CAT	: The United Kingdom Competition Appeal Tribunal (Birleşik Krallık Rekabet Hukuku Temyiz Mahkemesi)
CDC	: Cartel Damage Claims SA
dn.	: dipnot
DOJ	: United States Department of Justice (ABD Adalet Bakanlığı)
FMUK	: Federal Medeni Usul Kuralları
GLO	: Group Litigation Order (Grup davası kararı)
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Komisyon	: Avrupa Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
m.	: Madde
No.	: Numara
OFT	: Office Of Fair Trading (İngiltere Adil Ticaret Ofisi)
para.	: paragraf

RKHK : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s. : sayfa
TM : Temyiz Mahkemesi
TTK : Türk Ticaret Kanunu
Vol. : Volume
YM : Yüksek Mahkeme

GİRİŞ

Geleneksel ekonomi teorisine göre, kaynakların optimal tahsisi ve böylece tüketici refahı ile toplumsal refahın maksimizasyonu ancak tam rekabet ortamında gerçekleşir. Başarılı bir yaptırım mekanizması ile desteklenen rekabet hukuku uygulaması ise ekonominin tam rekabetçi ideale en yakın performansı sergilemesini sağlayan serbest rekabet ortamının ve bu ortamdan beklenen faydaların elde edilmesi için hayati önem taşımaktadır. Kamu ve özel hukuk yaptırımlarını içeren rekabet hukuku yaptırımları, bu nedenle kamu menfaatini, özellikle de tüketici menfaatlerini korumaktadır. Bu ikili yaptırım sistemi içerisinde özel hukuk yaptırımlarının kamu hukuku yaptırımlarını tamamlayıcı rolü öteden beri tartışılmakla birlikte, etkili bir yaptırım sistemine ulaşmada her iki sistemin birlikte ve birbirini tamamlayıcı olarak kullanılması gerektiği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Bu sebeptendir ki 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)'da özel hukuk yaptırımları ayrıca düzenlenme alanı bulmuştur. Etkili bir özel hukuk yaptırımı ise ihlallerden zarar görenlerin ihlal teşkil eden davranış sonrasında açılacak tazminat davalarında başarı elde ederek bu alanda aktif rol almalarına bağlıdır. Ancak Türk hukuk doktrininde de sıkça tartışılmakla birlikte, yapısal engeller veya başka nedenlerle rekabet ihlallerinden zarar görenlerin uyuşmazlıkları dava konusu yapma yönünde eğilimlerinin bulunmadığı, bu nedenle özel hukuk yaptırımlarının faydalarından yeterince istifade edilemediği kabul edilmektedir.

Bu tezin amacı, anılan sorunu aşmak için en etkili yöntem olduğu iddia edilen toplu davaların, tazminat davalarının etkiliğini sağlayarak karteller başta olmak üzere rekabet ihlalleriyle mücadelede daha yüksek bir başarı elde edip edemeyeceğine ışık tutmaktır. Birden çok uyuşmazlığın tek bir dava ile çözümlenebilmesi amacına hizmet eden toplu davalar, Anglo-Sakson hukuku kökenli olup, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) başta olmak üzere bu sisteme dahil olan Kanada, Avustralya gibi ülkelerde özellikle rekabet hukuku alanında sıkça uygulanmaktadır. Kamu hukuku ağırlıklı yaptırım sistemine sahip olan Avrupa'da ise toplu dava mekanizmasının geniş bir uygulama alanı bulduğunu

söylemek mümkün değildir¹. Bununla birlikte gerek Avrupa Birliği Komisyonu (Komisyon) gerekse üye ülkeler düzeyinde, muhtemel rekabet ihlallerini caydırmak ve mağdurların zararlarını tazmin etmek amacıyla özel hukuk yaptırımları teşvik edilmekte, bu çerçevede rekabet hukukunda toplu dava sistemlerinin kabulü için yoğun çalışmalar yürütülmektedir. Son dönemde İtalya² başta olmak üzere, birçok üye ülke rekabet hukukunda çeşitli toplu dava sistemlerini kabul ederek, bu alanda Avrupa'nın geleceğine yönelik tartışmalara hız kazandırmıştır. Dinamik bir tartışma konusu haline alan ve özellikle 2007 yılından itibaren ivme kazanan Avrupa'daki reformların odağında, çeşitli sakıncalarından dolayı Anglo-Sakson hukukunda uygulanan sınıf davalarının aynen Avrupa'ya aktarılmasının uygun olmadığına, bunun yerine Avrupa hukuk sistemine ve geleneğine özgü bir toplu dava sisteminin yaratılabileceğine ilişkin düşüncenin yer aldığı görülmektedir.

Türk rekabet hukukunda ise ihlalden zarar görenlerin tazminat talebine imkân veren bir toplu dava sistemi bulunmamaktadır. Toplu davaları Türk hukuk sistemi bakımından önemli kılan yakın tarihli bir gelişme, 12.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nin "Topluluk davası" yan başlıklı 113. maddesinde dernekler ve tüzel kişilere tespit, hukuka aykırı durumun giderilmesi ve önleme davası açma hakkı tanınmasıdır. Bu maddede tazminat davası açma hakkı düzenlenmediğinden rekabet hukuku alanında söz konusu madde esas alınarak açılacak davalar, tespit, hukuka aykırı durumun giderilmesi ve önleme talepleriyle sınırlı olacaktır. Buna benzer düzenlemeler farklı kanunlarda bulunsa da bu hüküm, kavramsal olarak "topluluk" davasının Türk hukuk sistemine kazandırılması açısından önemlidir.

Gelişmeler bu şekilde iken, Türkiye'de RKHK'nın 17 yıllık uygulamasına baktığımızda, rekabet ihlallerinden doğan özel hukuk davalarının sınırlı sayıda kaldığını, bunların birçoğunun usulden reddedildiğini ve tazminata hükmedilen kesinleşmiş bir yargı kararının bulunmadığını görmekteyiz. Bu çerçevede, özel hukuk uygulamasının daha etkin bir şekilde hayata geçirilerek rekabet ihlallerinin caydırılmasında ve tüketicinin tazminat elde edebilmesinde toplu dava sisteminin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu soruya aranan yanıt doğrultusunda tez kapsamında, ABD ve Avrupa Birliği (AB) üye ülke örneklerindeki toplu dava modelleri analiz edilerek hangi modelin rekabet hukukunda etkin bir şekilde uygulanmasına daha çok hizmet ettiği ve Türk hukuk sistemi içerisinde rekabet hukuku bakımından toplu tazminat mekanizmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir.

¹ Özel hukuk yaptırımlarının AB'deki rekabet hukuku yaptırım prosedürleri içindeki payı %1-2 oranındayken, ABD'de bu oran %90 civarındadır (ABA Handbook 2010, 1).

² Rekabet hukuku alanında sınıf davalarına imkân tanıyan ve Avrupa'daki en yeni gelişmelerden biri olan İtalya'da Tüketici Kanunundaki değişiklik 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu kapsamda dört bölümden oluşan tez çalışmasının ilk bölümünde rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarının rekabet hukukundaki önemi ve Kıta Avrupası hukuk düzeninde yeterli düzeyde uygulama alanı bulamamasının nedenleri ile tazminat ve caydırıcılık fonksiyonları üzerine bir analiz yapılacaktır. İkinci bölümde tazminat davalarını etkinleştirmede ABD'nin başvurduğu yöntem olan sınıf davaları ele alınacak, belli başlı uygulama esasları ve elde edilen deneyimler incelenecektir. Özellikle geniş kitlelere yayılmış ve zararları küçük miktarlarda olan tüketiciler gibi dolaylı alıcılar bakımından elverişli bir araç olduğu kabul edilen toplu dava mekanizmalarının, bu alıcı grubuna ne şekilde uygulanabileceği ve tazminat miktarının birden fazla davacı arasında nasıl dağıtılabileceği, bu davaların finansmanı ve söz konusu sisteme getirilen eleştiriler değerlendirilecektir.

Üçüncü bölümde, AB rekabet hukukunda Komisyonun tüm AB'de tek bir toplu dava sistemi oluşturmaya yönelik son dönemdeki çalışmaları çerçevesinde toplu dava modelleri ve üye ülke uygulamaları incelenecek, yine belli başlı uygulama esasları çerçevesinde bu modellerin etkinliği tartışılacaktır. Son bölümde, Türk rekabet hukukundaki durum ve "*olması gereken hukuk (de lege ferenda)*" bakımından toplu davaların uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır. Önemle belirtelim ki toplu dava mekanizmalarıyla bağlantılı sayılabilecek olan üç katı tazminat, ispat standardı, delillere erişim, zamanaşımı ve diğer usul ve esasa ilişkin sorunlar tezin kapsamı dışında bırakılmıştır.

BÖLÜM 1

REKABET HUKUKUNDA TOPLU DAVALAR

1.1. Genel Olarak Toplu Dava Kavramı

En geniş haliyle “toplular”³ ya da “davalara toplulaştırılması” farklı usuli teknikleri kapsayacak şekilde hukuk davalara kitle halinde veya kolektif esaslarla açılması olarak tanımlanabilir (Nagareda 2009, 25). Toplu davalara 17. yüzyılda İngiliz hukukunda ortaya çıkmış ve 18. yüzyıldan itibaren Amerikan hukuku içerisinde gelişmiştir. Toplu dava açma hakkı usul hukukundaki araçlardan; test davalaraından müşterek davalara, birliklerin açtıkları davalardan sınıf davalaraına kadar çeşitli yollarla elde edilebilmektedir (Schaefer 2000, 183)⁴.

Temel olarak topluların, tespit davalara (*declaratory relief*), yasal olmayan davranışın durdurulması amacıyla açılan kaçınma davalara (*injunctive relief*) ve uğranılan zararın tazmini amacıyla açılan tazminat davalara (*compensatory relief*) olmak üzere üç türü bulunmaktadır (Çalışma Belgesi 2011, 3). Tez kapsamında her üç dava türüne yer verilmekle birlikte ağırlıklı olarak tazminat davalara işlenecektir⁵.

³ Toplu dava terimi üzerinde Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta farklı kullanımlar mevcuttur. Türk hukukunda “toplular”, “sınıf davası”, “sınıfsal dava”, “halk davası”, “vatandaş davası”, “yığın davası” gibi terimler kullanılmakla birlikte karşılaştırmalı hukukta “kolektif davalara”, “temsili ya da grup davası”, “çok taraflı dava” terimleri kullanılmaktadır (Özbaş 2009, 37). Çalışmada “toplular” terimi, ABD hukukundaki sınıf davalara ve AB hukukunda kullanılan tüm kolektif dava türleri (grup davası, temsilci davası ya da birlik davası) bakımından bir üst başlık olarak ve zaman zaman birbirinin yerine kullanılacaktır.

⁴ Bu modeller ileride 2. ve 3. bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁵ Ayrıca toplularda “davalı grup” davalara da mümkün olmakla birlikte bu çalışma, “davacı grup davalaraını” ile sınırlı tutulmuştur.

1.2. Rekabet Hukukunda Toplu Davaların Rolü

Özel hukuk davaları ABD rekabet hukuku yaptırımlarının yaklaşık %90'ını oluşturmakta (ABA Handbook 2010, 1) ve toplu davalardan sınıf davaları, ABD'de özel hukuk kişilerince rekabet hukukunun uygulanmasında birincil mekanizma olarak kabul edilmektedir⁶. Toplu davaların rolü, tazminat davalarının özellikle kartellerle mücadelede, para ve hapis cezasının yanında, üçüncü bir yaptırım sistemi olarak etkili bir tamamlayıcı kabul edilip edilmediği ve rekabet hukukunda kapsamlı bir şekilde yer almasının arzu edilir bir durum olup olmadığı ile yakından ilgilidir (Russell 2010, 143). Bilindiği üzere özel hukuk yaptırımlarının olumlu ve olumsuz yönleri literatürde geniş şekilde tartışılmaktadır. Rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarının etkin bir şekilde kullanılabilirliğini savunan yazarlar, özel hukuk yaptırımlarının kamu hukuku yaptırımlarına katkı sağladığı, caydırıcılık ve tazminat amaçlarına hizmet ettiği görüşündedir⁷. Rekabet hukukunda son dönemdeki gelişmelerin de bu görüşleri desteklediğini söylemek mümkündür. Buna göre rekabet ihlallerinde toplu davalar, zarar görenlere tazminat hakkı sağlayacak, öte yandan çok sayıda davanın tek bir mahkemede görülmesi riski, başlı başına kanun ihlallerine karşı caydırıcı bir etki yaratacaktır. Bunun yanında toplu davaların yargılama masraflarını düşürmesi, usul ekonomisi sağlaması (Eisenberg ve Miller 2004, 22), benzer davalar arasında mahkemelerin farklı kararlar vermesini engellemesi, yasal süreçte etkinlik sağlaması ve ihlal edenlerle zarar görenler arasındaki eşitsizliği ortadan kaldırması gibi faydaları bulunduğu kabul edilmektedir⁸.

1.2.1. Toplu Davaların Tazminat (Telafi) Fonksiyonu

Toplu davaların ilk fonksiyonu “düzeltici adalet” olarak da tanımlanabilecek olan tazminat fonksiyonudur. Bu fonksiyon, toplu dava imkânı olmasaydı açılmayacak olan potansiyel davaların bir arada görülmesine olanak sağlayarak zararların telafi edilmesini ve bireylerin adalete ulaşmalarını

⁶ ABD rekabet hukukunda özel hukuk davalarının canlılığı büyük ölçüde iki faktöre bağlıdır: 1) dava sonunda üç katı tazminat ve avukatlık ücreti ile masrafların alınabilmesi ve 2) davacıların kendileri ve hazır bulunmayan diğer davacılar adına dava açmalarına imkân sağlayan ABD sınıf davaları mekanizmasının varlığı (ABA Handbook 2010, 2).

⁷ Bkz. Landes ve Posner (1979, 605), Jordan ve Roldan (2004, 585-586). Komninos (2006), rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının teşvik edilmesi gerektiği ancak kamu hukuku yaptırımlarına baskın olmaması gerektiği görüşündedir. Bununla birlikte Wils (2003), rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının teşvik edilmemesi gerektiğini savunurken, Jones (2004) bu savunmayı, tutarsız ve belirsiz ekonomik verimlilik kriterlerine ve yasal olmayan teorilere dayandığı, kavramsal ve pratik bakış açılarından hatalı olduğu gerekçesiyle eleştirmiştir.

⁸ Report for the European Commission, “Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios”, 21.12.2007, DG COMP/2006/A3/012, 271 (Buradan itibaren “Nihai Rapor (2007)” olarak anılacaktır).

kolaylaştırmaktadır (Brunet 2000, 1926; Elhauge ve Geradin 2007, 21). Rekabet ihlalleri kimliği belirlenmemiş tüketiciler gibi yaygın kitlelere zarar verdiğinde ve süreklilik arz ettiğinde, toplu davaların yaptırım uygulamanın en adil ve etkili yöntemi olacağı kabul edilmektedir. Toplu davaların etkinliğine ilişkin ekonomik analizlerin ortaya konduğu ilk çalışma 1975 yılında Profesör Dam (1975) tarafından yapılmış ve toplu davaların, yargısal işlem maliyetlerini düşürdüğü, tazminat ve caydırıcılık sağladığı ortaya konmuştur. Elhauge ve Geradin (2007, 21) antitröst⁹ davalarının, bireysel firmaları ya da alıcıları değil pazar çapındaki rekabeti koruduğunu, bu nedenle toplu davalarla çözümlenmeye uygun davalar olduğunu savunmuştur. Buna gerekçe olarak, davalıların davranışlarının aynı üründen satın almış olan tüm zarar görenler bakımından ortak olduğunu¹⁰ ve de pazar tanımı, firmaların pazar gücü ve payları, davranışın rekabet karşıtı olup olmadığı, zarara sebep olup olmadığı gibi hususların pazarda yer alan kişiler için ortak olduğunu ifade etmiştir.

Buna karşın bireysel tazminat taleplerine ilişkin olan geleneksel haksız fiil hukuku kuralları kapsamındaki tazminat davalarına baktığımızda, bilgi asimetrisi (*information asymmetry*), rasyonel duyarsızlık (*rational apathy*) ve bedavacılık sorunu (*free riding behaviour*) gibi bazı engeller¹¹ nedeniyle tazminat davalarının açılmadığı, sosyal açıdan verimsiz yaptırımların ortaya çıktığı görülmektedir.

Rekabet ihlalini gerçekleştirenlerle zarara uğrayanlar arasındaki **bilgi asimetrisi**, zarar gören muhtemel davacıların ihlal, zararın büyüklüğü ve tazminat elde etmek için atılması gereken yasal adımlar hakkında önceden bilgi sahibi olmamalarına ya da bir dava açmak için yeterli delili önceden elde edememelerine neden olmaktadır (Nihai Rapor 2007, 299). Fiyat belirleme gibi ağır kartel ihlallerinde birçok tüketici zarara uğramakta olduğunun farkında dahi değildir (Bergh ve Visscher 2008, 13). Bunun yanında dumanı tüten tabanca (*smoking gun*) niteliğindeki yazılı delillerin, önemli soruşturma yetkilerine rağmen ulusal rekabet otoritelerince bile ortaya çıkartılması güçken, bunların zarar görenler (özellikle tüketiciler) tarafından ortaya çıkartılması mümkün gözükmemektedir¹². Toplu davalar ile bir kişinin ya da temsilci kuruluşun açtığı davadan ve ihlalden tüm zarar görenlerin haberdar olması sağlanmakta, bu kişilerin ihlal hakkında bilgi sahibi olma ve bilgiye erişim maliyetleri önemli

⁹ Tez içerisinde “rekabet” ve “antitröst” terimleri aynı anlamda kullanılmıştır.

¹⁰ Benzer bir görüş için bkz. Milutinovic 2007, 752.

¹¹ Bkz. Nihai Rapor (2007, 299,671); “Commission Staff Working Paper, Accompanying the White Paper”, Brussels, 2.4.2008, COM (2008) 165, 17 (Buradan itibaren “Çalışma Belgesi (2008)” olarak anılacaktır); Bergh ve Visscher (2008); Keske (2010, 69); Schaefer (2000).

¹² Ancak dışlayıcı kötüye kullanma ve dikey kısıtlamalar gibi ihlallerde öncelikle zarar görenler tüketiciler yerine rakip firmalar olmakta ve bunlar genel olarak bilgi asimetrisi problemiyle karşılaşmamakta, hatta rekabet otoritelerinden daha iyi bilgilendirilmiş olabilmektedir (Nihai Rapor 2007, 77).

ölçüde azalmaktadır. **Rasyonel duyarsızlık**, davacıların her birinin uğradığı zararın (ve dolayısıyla olası tazminat miktarının) dava masraflarını karşılamaya yetmeyecek ölçüde olması halinde karşımıza çıkmaktadır. Bir davadan beklenen değer pozitif olmadığında söz konusu davayı açmak riskli ve pahalı olacağından (Russell 2010, 144; Waller 2006, 21) zarar görenlerin rasyonel olarak dava açmamları beklenir. Kalven ve Rosenfield (1941, 684-721), toplu davaların en önemli amacının rasyonel duyarsızlık problemini ortadan kaldırmak olduğunu savunmuştur¹³. ABD Yüksek Mahkemesi (YM)'nin de belirttiği üzere, zararı nispeten düşük olan tek bir tüketicinin bu nedenle rekabet ihlaline dayanarak tazminat davası açmakta çoğu zaman yeterli ilgisi ve isteği bulunmamaktadır¹⁴. Tazminat davalarında **bedavacılık sorunu** ise bir iddianın yasal dayanağının henüz belirlenemediği durumlarda, zarar gören her kişinin dava açıp prosedürleri başlatmak yerine bu çabayı diğer zarar görenlere bırakması olarak açıklanabilir. Böylece delillerin toplanması ve ihlalin ortaya çıkartılması gibi işlemler bir önceki davada tamamlanmış olacak, zarar görenler kendi kaynaklarını kullanmadan dava maliyetlerini düşürme avantajını elde etmiş olacaktır (Schaefer 2000, 4).

1.2.2. Toplu Davaların Caydırıcılık Fonksiyonu

Toplu davaların caydırıcılık fonksiyonu, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel rekabet ihlallerinin önlenmesi olarak açıklanabilmekte ve rekabet ihlalleri konusunda yarattığı davranış değişikliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Becker (1968, 180-185), optimal yaptırımın hukuk kurallarını ihlal edenlerin caydırılması ve cezalandırılmasının maliyetine, verilen cezaların mahiyetine ve hukuk kurallarını ihlal edenlerin yaptırımlara yönelik değişikliklere verdiği tepkiye bağlı olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede ekonomik etkinliği arttırmak amacıyla optimal yaptırımları uygulamak için toplumun, hukuk kurallarını ihlal edenlerin tespit edilip cezalandırılmaları amacıyla katlandığı masrafların hesaba katılması, böylece ihlallerden kaynaklanan toplumsal masrafların en düşük seviyeye indirilmesinin hedeflenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Caydırıcılığın mantığı, potansiyel olarak kanunu ihlal edenlerin bu davranışa karar vermeden önce yaptıkları fayda/maliyet analizine dayanmaktadır. Eğer yaptırım sonunda uğrayacakları maliyet elde edecekleri faydanın üzerindeyse yasal olmayan davranışlardan kaçınacaklardır. Maliyet cezai ya da parasal yaptırım şeklinde olabilirken, fayda parasal kazanç şeklinde olacaktır (Wils 2003, 9). Örneğin bir teşebbüsün fiyat belirleme anlaşması neticesinde 100 TL kazanç beklemesi ve %10 oranında yakalanma ve mahkum edilme ihtimalinin olması halinde, bu teşebbüse verilecek optimum cezanın 1000 TL

¹³ Nihai Rapor (2007, 277)'da toplu davaların üzerinde uzlaşma sağlanan en önemli amacının dava masraflarını düşürmek ve rasyonel duyarsızlığı önlemek olduğu belirtilmiştir.

¹⁴ Bkz. *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Mach. Corp.*, 392 U.S. 481, 494, 1968.

olması gerektiği savunulmaktadır. Bu yaklaşım, ABD rekabet hukukunda üç katı tazminatın uygulanmasının da gerekçesini oluşturmaktadır. Özel hukuk yaptırımları yoluyla elde edilen tazminatlar, hukuk kurallarını ihlal edenlerin yasal olmayan davranışlarının maliyetine eklenmekte ve tazminat miktarları verilen zararın boyutu hakkında bilgi verebileceğinden, optimum cezanın tespit edilmesinde etkili olabilmektedir (Sanderson ve Trebilcock 2006, 17).

Posner, ekonomik perspektiften sınıf davalarının en önemli amacının, kanunu ihlal edenlerin bu ihlallerinin maliyeti ile yüzleşmelerini sağlamak olduğunu belirtmiştir (Russell 2010, 155-156). Örneğin Şahbaz (2008, 83), Rekabet Kurulunun (Kurul) Maya II soruşturmasına konu olan ihlalin ortaya çıkardığı zararın büyüklüğüne ilişkin olarak, ihlalin toplam zararının teşebbüslere verilen para cezasının 17 katından fazla olduğunu, cironun %10'una kadar azami ceza verilse dahi para cezası miktarının zarar miktarının altında kalacağını ortaya koymuştur¹⁵. Konuya Posner'in bakış açısından yaklaşıldığında, söz konusu kararda yer alan ve kanunu ihlal ettiğine hükmedilen teşebbüslerin, bu ihlallerin maliyeti ile yüzleşmekten uzak oldukları görülmektedir.

Cezanın kime ödendiğinin önemli olmadığı caydırıcılık kapsamında, asıl önemli olan potansiyel ihlallerin araştırılması ve ortaya çıkartılmasına yönelik teşviklerdir (Sanderson ve Trebilcock 2006, 17). Uygulamada ise çeşitli kısıtlamalar (kaynak yetersizliği, pazar koşulları hakkında yeterli bilgi sahibi olmamak, davaları kaybetme endişesi vb.) nedeniyle ulusal rekabet otoritelerinin yetkili oldukları alandaki tüm ihlalleri izlemek, caydırmak ya da ortaya çıkarmak için yeterli mali kaynaklara sahip olmadıkları ya da bunu tercih etmedikleri görülmektedir (Lande ve Davis, 2008; Klingsberg, 1988, 1220). Komisyoner Kroes'e göre en iyi rekabet otoritesinin dahi, pazarda yer alan tüm sektörlerdeki her problemi ilk elden bilebilmesi mümkün değildir (Kroes 2005). Bu noktada özel hukuk yaptırımları ve toplu davalar resme dahil olmaktadır. Kamu hukuku yaptırımlarına özel hukuk yaptırımlarının dahil edilmesi, yasal olmayan davranışların ortaya çıkarılması olasılığını arttıracığından, beklenen ceza ve yakalanma ihtimalini yükseltecek, optimum caydırıcılığın sağlanmasına katkıda bulunacaktır (Dam 1975, 68)¹⁶.

¹⁵ Çalışmada ihlalin toplam zararının 47,732 bin YTL (enflasyon dikkate alındığında 55,506 bin YTL) olduğu, oysa ihlale katılan teşebbüslere verilen toplam cezanın 2,712 bin YTL düzeyinde kaldığı belirtilmiştir.

¹⁶ Van Den Bergh ve Camesasca (2006), genel olarak rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının caydırıcılığın sağlanması bakımından kamu hukuku yaptırımlarına yardımcı rol üstlendiğini savunmuştur. Wagner (2011, 5)'e göre, haksız fiil hukukunun algılanan fonksiyonları değişim geçirmekte, Avrupa ve ulusal düzeydeki gelişmeler tazminat ve caydırıcılık fonksiyonlarının yarıştığını göstermektedir. Rekabet hukukunda tazminat davalarının az derecede caydırıcılık sağladığı, tazminat fonksiyonunu ise yerine getirmekte başarısız olduğu yönündeki görüş için bkz. Crane 2010.

Nitekim Lande ve Davis (2008, 879-893), rekabet hukukundaki toplu tazminat davalarının caydırıcılık fonksiyonuna ilişkin yaptıkları çalışmada, ABD’de açılan 40 adet başarılı sınıf davasını analiz etmiş ve sınıf davalarının önemli caydırıcılık gücünün bulunduğu sonucuna ulaşmışlardır. Söz konusu çalışmada incelenen 34 sınıf davasında yaklaşık 30 milyar ABD Doları tutarındaki tazminat bedelinin, zarar görenlere iade olunduğunun altı çizilmiştir. Bunlardan, örneğin Visa Check/Mastermoney davası ve Wal-Mart Stores, Inc.&MasterCard Int’l Inc. davalarında hükmedilen toplam tazminat tutarı 3,383 milyar ABD Doları’dır. Çalışmada ortaya konulan bir başka çarpıcı tespit, özel hukuk davalarında elde edilen tazminat miktarının, aynı dönemde uygulanan antitröst para cezaları toplamından oldukça yüksek olduğudur.

BÖLÜM 2

ABD REKABET HUKUKUNDA TOPLU DAVA MODELİ; SINIF DAVALARI

Bu bölümde, toplu davaların en yoğun uygulaması olan ABD’de sınıf davalarının uygulama esaslarına yönelik açıklamalar ve toplu davaların rekabet hukukundaki etkinliği çerçevesinde değerlendirmeler yapılacaktır.

2.1. ABD Rekabet Hukukunda Sınıf Davaları ve Uygulama Esasları

2.1.1. Genel Olarak Sınıf Davaları

Sınıf davalarına geçmeden önce ABD rekabet hukukunun belirleyici özelliğini oluşturan özel hukuk yaptırımlarının dayanağı olan ve açıkça rekabet ihlallerinden zarar görenlere tazminat hakkı tanıyan Clayton Yasası’nın 4. maddesine değinmek gerekmektedir. Söz konusu maddede:

“rekabet kurallarıyla yasaklanan herhangi bir davranış nedeni ile işi veya maddi varlığı zarara uğrayan herkes dava açabilir... ve dava masrafları ile makul bir avukatlık ücreti de dahil olmak üzere uğradığı zararın üç katı oranında tazminat talep edebilir.”

hükmüne yer verilmiştir. Bu madde hükmü uyarınca dava masraflarının yanında zararın üç katı oranında tazminat elde edebilme ihtimali, davacıların rekabet ihlallerinden doğan zararlarının tazmini amacıyla dava açmaları bakımından güçlü bir teşvik yaratmaktadır (ABA Handbook 2010, 2).

Kökleri eski “hakkaniyetli telafi” (*equitable relief*) prosedürlerine uzanan ve belirsiz bir kişi grubuna ilişkin menfaatin korunmasına yönelik davalar (Hanağası 2009, 361) olarak da tanımlanabilecek olan sınıf davaları ABD’de ilk defa 1800’lü yılların ortasında YM’nin temsili grup davasına izin veren 48.

maddeyi uygulamaya koymasıyla ortaya çıkmıştır. Ancak bu maddede mahkeme kararının davada hazır bulunmayan taraflar için bağlayıcı olmadığı açıkça belirtildiğinden, temsili grup davası etkili bir uygulama alanı bulamamıştır. 1912 yılında YM, kararın davada hazır bulunmayanları bağlayıcı etkisini yasaklamayan yeni bir 38. madde uygulamaya koymuştur. Temsili davaları daha uygulanabilir hale getiren bu yeni hüküm önemli bir usul değişikliğini temsil etmiştir (ABA Handbook 2010, 4). Antitröst davalarında sınıf davasının etkin bir şekilde kullanımı 1937’de Federal Medeni Usul Kuralları (FMUK)’nın 23. maddesinin kabul edilmesiyle mümkün hale gelmiş, 1966 yılında sınıf davalarının etkinliğini arttırmak için yapılan tadillerinden sonra büyük artış göstermiştir¹⁷.

ABD’de sınıf davaları, sınıf üyeleri aksini belirtmedikçe dava sonucunun bütün üyeler bakımından bağlayıcı olduğu katılsız (opt-out) modeli temsil etmektedir. Birçok sınıf davasının ABD Adalet Bakanlığı (United States Department of Justice, DOJ)’nın cezai takibatından sonra açıldığı ve cezai takibatta verilen para cezalarını aşan tazminatlara hükmedilmesiyle sonuçlandığı görülmektedir. İlerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, antitröst davalarında en çok uygulama alanı bulan ve başarı oranı yüksek olan sınıf davaları yatay fiyat tespiti davaları olup, tekelleşme davalarında ise sınıf davalarının başarı oranları hayli düşük gerçekleşmiştir (Sullivan ve Grimes 2000, 946-947).

2.1.2. Sınıf Davalarının Çıkış Noktası: Elektrik Ekipmanları Davaları¹⁸

ABD rekabet hukukunda sınıf davalarının ilk dalgasını elektrik ekipmanları üreticilerinin bir fiyat belirleme kartelinin kamu yaptırımıyla takibinden sonra 1950’lerin sonunda açılan davalar oluşturmaktadır. Elektrik ekipmanları üreticilerinin, düzenlenen ihalelerde aynı teklifleri sunmaları neticesinde Tennessee Valley Authority yetkililerinin fiyat belirleme şüphesi üzerine federal yetkililerce başlatılan soruşturmada, çeşitli üreticilerin temsilcilerinin düzenli olarak fiyat belirleme toplantılarına katıldıkları ortaya çıkmıştır. Toplantılarda temsilcilerin belirli pazarları paylaşarak her bir rakibin farklı sözleşmeler için vereceği fiyat teklifi üzerinde anlaştıkları tespit edilmiştir. Şirketlerin çoğunun suçlu bulunduğu ve birçok yöneticinin suçunu kabul ettiği davada mahkeme, davalılara toplamda 1,9 milyon ABD Doları tutarında para cezası vermiş ve birçok yönetici hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Ancak davalılar için asıl sonuçlar bundan sonra başlamış ve ceza davalarının sonuçlanmasının ardından, ilk olarak davalılardan elektrik ekipmanları satın alan bir grup belediye dava açarak Clayton Yasası’ndaki hüküm çerçevesinde zararın üç katı oranında tazminat talep etmiştir

¹⁷ Bu davaları tamamlayıcı nitelikte olduğu kabul edilen ve rekabet ihlallerine karşı eyalet savcısının vatandaşlar adına açtığı *parens patriae* davaları da bulunmaktadır.

¹⁸ Örn. Bkz. *Atl. City Elec. Co. V. Gen. Elec. Co.*, 226 F. Supp. 59, 60-61 (S.D.N.Y. 1964).

(ABA Handbook 2010, 8). Sonuçta 25.000 ayrı iddiayı içeren 2.000 adet dava 35 ayrı federal bölge mahkemesinde görülmüştür. 1964'lerin ortalarında en çok dava ile karşılaşan General Electric firması, sayıları 1.800'ü aşan davalardan %90'ını uzlaşma ile sonuçlandırarak zarar görenlere yaklaşık 160 milyon ABD Doları tazminat ödemiştir (ABA Handbook 2010, 9).

2.1.3. Sınıf Davalarının Uygulama Esasları

2.1.3.1. Davacı ve Davalıların Belirlenmesi

Rekabet ihlaline dayanarak bir sınıf davası açmadan önce davacı veya davacıların dava açma hakkına ilişkin kriterleri sağlayıp sağlamadığının doğrulanması gerekmektedir. Clayton Yasası'nın 4. maddesine göre "*rekabet kurallarıyla yasaklanan herhangi bir davranış nedeni ile işi veya maddi varlığı zarara uğrayan herkes*" dava açabilir. Bireysel olarak veya bir grup kişi ya da küçük ölçekli işletmeler sınıf davası açabilir; ancak tüketici örgütleri, ticaret birlikleri ve sendikalara sınıf davası açma yetkisi tanınmamıştır. Davacıların her şeyden önce 3. maddede yer alan somut, farkedilebilir zararın ispatını gerektiren dava açma koşulunu yerine getirmesi gerekmektedir. İhlalin birden fazla davalı tarafından işlendiği iddia edildiğinde, davalılardan birinden zarar gören davacı, diğer davalılarla doğrudan bir ilişki içerisinde olmasa da onlar hakkında da dava açabilir ve böylece davalılardan herhangi birinden zarara uğramış bir sınıfın bütünü temsil edebilir (ABA Handbook 2010, 36). Dolayısıyla sınıf davalarında taraf sıfatı ve hukuki yarar kavramları geniş yorumlanmaktadır.

Sınıfı yeterli düzeyde temsil edebilmesi için temsilci davacının da ihlalin doğrudan sonucu olan bir zarara uğramış olması gerekmektedir. Yine ihlal ile davacının zararı arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Son olarak mahkeme içtihatlarına göre ihlal iddialarının antitröst yasalarının amaçlarına uygun olup olmadığına yönelik eşik ölçme testi (*threshold litmus test*) uygulanmaktadır. Bu kural YM'nin *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*¹⁹, kararında ortaya konulmuştur. Bu davada mahkeme, antitröst yasalarınca korunan menfaatlerinin zarara uğradığını ve böylece davalıların davranışlarının yasaya aykırı olduğunu ispat yükünün davacılar da olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla iddianın esas itibarıyla antitröst yasalarının amaçlarına odaklanması ve aradaki nedensellik bağını içermesi gerekmektedir (ABA Handbook 2010, 37).

Davalıların doğru seçilmesi, bir sınıf davasının başarılı olabilmesi için kritik öneme sahip diğer bir husustur. FMUK'un 11. maddesinde bir davada davalı sıfatına sahip olacak teşebbüsler için asgari standartlar getirilmiştir. Davalının seçiminde "teşebbüs içi anlaşma doktrini"nin dikkate alınması

¹⁹ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

gerekmektedir. Potansiyel davalı bir şirket, iştiraki olan şirketlerle (veya onların çalışanları, yetkilileri ya da acenteleriyle) birlikte hareket ediyorsa, bu davalıların her birinin Sherman Yasası'nın 1. maddesi anlamında iddia edilen danişıklı eylemi gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğine bakılması gerekir. YM bu kuralı, 1984 yılında aldığı *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*²⁰ kararında; “bir şirketin ve bu şirkete bağlı iştirakinin birlikte hareket etmesi halinde, bu işletmelerin Sherman Yasası'nın 1. maddesinin amaçları bakımından değerlendirildiğinde, tek bir işletme gibi görülmesi gerekir” şeklinde açıklamıştır. Birçok mahkeme bu kuralın, tamamen aynı ana şirkete bağlı şirketler arasındaki anlaşmalar bakımından geçerli olduğuna karar vermiştir. Benzer şekilde aynı şirketin yöneticileri veya işverenlerince ihlalin gerçekleştirilmesi, davalı sayısının çokluğu anlamına gelmemektedir. Ancak bazı mahkemeler, şirket yöneticilerinin kendi çıkarları doğrultusunda ve anlaşmadan bizzat yararlanmak amacıyla hareket ettiklerinde, davacı iddialarının asıl sorumlusu halini aldıkları yönünde kararlar vermiştir (ABA Handbook 2010, 45).

Davacının ayrıca antitröst yasalarının davalının seçiminde ortaya koyduğu istisna ve ayrıcalıkları da hesaba katması gerekmektedir. Bu istisnalar kimi zaman endüstri özelinde olabilmekte ve eğer potansiyel davalılar tarım, haberleşme, enerji, bankacılık, sigorta, ulaştırma sektörlerinde iseler söz konusu yasal istisnaların dikkate alınması gerekmektedir²¹. Yine kamu kurumları ve yetkililerine karşı antitröst iddiaları ileri sürülemez. Devlet organlarının bazı faaliyetleri rekabeti kısıtlayıcı olsa da mahkemeler bu organların birçok faaliyetine muafiyet tanımaktadır (ABA Handbook 2010, 45).

Yabancı davalıların davaya dahil edilebilirliği konusu ise geniş anlamda davacının zararına sebep olan fiilin işlendiği yer ile ilgilidir. Davacı yurtiçi ticaretten kaynaklanan bir antitröst ihlali nedeniyle zarar görmüşse, geleneksel yargılama yetkisine ilişkin hususlar değerlendirilmektedir. “Etki testi” uyarınca ise davalı yetki alanı dışında bir eylem işlemişse ancak yetki alanı içinde zarara sebep olmayı amaçlamış ve bu etki gerçekleşmişse, yabancı bir kişiye karşı da dava açılabilir. Kişisel yargı yetkisinde “anlaşma teorisi” ise daha tartışmalıdır. Buna göre eğer anlaşma taraflarının, yetki alanı ile yeterli bir bağlantısı varsa davalının anlaştığı bu kişilerin de davalı sıfatına sahip olması mümkündür. Davacı yurtdışı ticaretten kaynaklanan bir antitröst ihlali nedeniyle zarar görmüşse, Dış Ticarete Rekabeti Geliştirme Kanunu (Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982)'nun uygulanabilirliği değerlendirilir. Söz konusu kanun, bu nitelikteki dış ticareti içeren fiilleri iki istisna dışında Sherman Yasası

²⁰ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 771 (1984).

²¹ Yasal istisnaların tam listesi ve konu hakkındaki tartışmalar için bkz. ABA Section of Antitrust Law, Federal Statutory Exemptions From Antitrust Laws (2007).

kapsamı dışında tutmaktadır. Bu istisnalar iddia edilen davranışın ABD ticareti üzerinde doğrudan, önemli ve makul olarak öngörülebilir bir etkisinin bulunması ve davranışın yurtiçi rekabete aykırı etkisinin, Sherman Yasasına dayanan bir iddiaya sebep olması halleridir (ABA Handbook 2010, 47).

2.1.3.2. Sınıf Davalarının Koşulları

1966'da tadil edilen şekliyle, FMUK'un 23. maddesine göre bir sınıf davası açılabilmesi için, 23. maddenin (a) bendindeki dört şartın yerine getirilmesi ve davanın 23. maddenin (b) bendindeki üç kategoriden birine girmesi gerekmektedir. 23. maddenin (a) bendindeki dört şart şunlardır: (1) sınıfı oluşturan kişi sayısının, bu kişilerin bireysel olarak açacakları davaların birleştirilmesinin mümkün olmayacak kadar çok sayıda olması (*numerosity*); (2) hukuki ve maddi hususların ortak olması (*commonality*); (3) sınıfı temsil eden davacının iddialarının bir bütün olarak grubun iddialarıyla benzerlik göstermesi (*typicality*); ve (4) sınıfı temsil eden tarafların sınıfın çıkarlarını adil bir şekilde ve yeterince korumasıdır (*adequacy of representation*) (Areeda ve Blair 2005, 331).

23. maddenin (b) bendindeki üç kategori; (1) davaların ayrı yürütülmesinin tutarsız standartlar oluşturabileceği veya diğer sınıf üyelerinin kendi çıkarlarını koruma imkânını azaltabileceği; (2) davada ihtiyati tedbir (*injunctive relief*) veya tespit (*declaratory relief*) kararının alınmasının uygun olacağı çünkü davalının ihlal teşkil eden davranışının sınıf açısından genel olarak uygulanabilir olması; (3) sınıf üyeleri bakımından ortak olan hususların bireysel hususlara baskın olması ve sınıf davasının iddiaların çözümlenmesi için diğer yollardan üstün (*predominance*) olması şeklindedir. Bu kategorilerden antitröst davalarına uygun olmaları en muhtemel olan ikisi, 2. ve 3. kategorilerdir. 2. kategori, ihtiyati tedbir veya tespit talebiyle açılan veya bu imkândan istifade edecek olan bir sınıfı korumaya yönelik olarak getirilen bir düzenlemedir. Söz konusu maddenin 3. kategorisine göre ise, sınıf davalarına ancak sınıf üyeleri açısından ortak olan hukuki veya maddi hususlar diğer hususlara baskın olduğunda ve diğer yollarından üstün olduğunda sınıf davalarına izin verilmektedir (Sullivan ve Grimes 2000, 947)²². 23. maddenin (a) ve (b) bendindeki bu şartlar aşağıda 2.1.2.3. madde başlığı altında detaylı incelenecektir.

²² Mahkemeler, genellikle kötüye kullanmanın devam etme riskinin yüksek olduğu tekelleşme davalarında, kaçınmanın uygulanabilir olduğu (b/2) kapsamında sınıfa sertifika vermektedir. Antitröst sınıf davalarında tazminat istendiği hallerde (b/3) kapsamında sertifikalandırma, genellikle kullanılabilir olan tek yoldur. Hem kaçınmanın, hem de tazminatın mümkün olduğu hallerde, bir antitröst davasına hem (b/2) kapsamında, hem de (b/3) kapsamında sertifika verilebilmektedir (Sullivan ve Grimes 2000, 947).

Bu kriterler yanında davacının ABD Anayasası'nın 3. maddesinde belirtilen dava koşullarını yerine getirmesi gerekmektedir. Buna göre davacı, fiilen gerçekleşen veya gerçekleşme ihtimali olan zararı, zararın davalının davranışı sonucu meydana geldiğini ve zararın dava sonucunda çıkacak uygun karar ile tazmin edilebilir olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Davacı bu koşulları yerine getirmekle yükümlü olup, davanın sınıf davası olarak açılması, söz konusu dava şartlarının değişmesi anlamına gelmemektedir. Ancak antitröst davalarında sorumluluğun müşterek ve müteselsil olması nedeniyle bu koşullar bir miktar farklılaşabilmektedir. Genel olarak, dava koşulunu karşılamak için her davacının davalıların tamamından zarar görmüş olması gerekirken, müşterek ve müteselsil sorumluluk nedeniyle ihlal teşkil eden bir anlaşma nedeniyle bir davalıdan zarar görmüş olan davacı, söz konusu anlaşmanın tarafı olan diğer işbirlikçilerden zarar görmüş olan tüm bireylerden oluşan sınıfı temsil edebilmektedir (ABA Handbook 2010, 150).

2.1.3.3. Sınıfın Mahkeme Tarafından Onaylanarak Sertifikalandırılması

Bir davanın sınıf davası olarak kabul edilebilmesi için ilk ve en önemli aşama mahkemece onaylanarak sertifikalandırılmasıdır. Hâkimin burada geniş takdir yetkisi vardır. Sınıf davası olarak açılan antitröst davalarının çoğunda kritik öneme sahip olan sertifikalandırma, yukarıda belirtilen 23. maddenin (a) ve (b) bentlerindeki şartların yerine getirilmiş olup olmadığının mahkemece tespit edilmesini gerektirir (Sullivan ve Grimes 2000, 948).

Bu şartları daha detaylı inceleyecek olursak sınıfı oluşturan kişi sayısının, bu kişilerin bireysel olarak açacakları davaların birleştirilmesinin mümkün olmayacak kadar çok sayıda olmasına (*numerosity*) yönelik ilk şartın gerçekleşmiş sayılabilmesi için, sınıfı oluşturan kişi sayısının, davaların bireysel olarak açılmış olması halinde birleştirilmesinin pratikte mümkün olmayacak kadar çok olması aranır. Genellikle 30'un altındaki sayılar yetersiz olabilmekle beraber, mahkemeler bu kriteri her dava özelinde ayrı ayrı değerlendirmektedir. ABD Temsilciler Meclisi tarafından, sınıf davalarının kötüye kullanımını önlemek amacıyla 2005 yılında çıkarılan ABD Sınıf Davaları Adil Yargılama Kanunu (U.S. Class Action Fairness Act of 2005, CAFA) ile bir sınıfın en az 100 kişiden oluşmasının esas olduğu düzenlenmiştir. Çoğunluğu büyük ölçekli davalar olan antitröst sınıf davaları genellikle belli bir üründen satın alan tüm tüketiciler adına açıldığı için özellikle bu şartın yerine getirilmesi bakımından uygun davalar (ABA Handbook 2010, 154). Mahkemeler bu şartın yerine getirilip getirilmediğine karar verirken, varsayılan sınıfın büyüklüğünü ve pratik olarak tek bir davaya sınıf üyelerinin katılımının mümkün olup olmadığını değerlendirilmektedir. Bunun için ise varsayılan sınıfın kaç kişiden oluşacağını tahmini yanında genellikle sınıf üyelerinin coğrafi olarak dağınık olup olmadığını ve her bir davacının

iddiasını bireysel olarak ileri sürmesinin ekonomik olarak uygun olup olmadığını değerlendirmektedir. Talep edilecek tazminat miktarı azaldıkça kişilerin bireysel olarak dava açma olasılıkları düşecektir. Birçok antitröst davasında bu kriter detaylı olarak incelenmiştir. Örneğin bir ürün bağlama iddiası ile açılan davada New England şehrine yayılmış olan 75 otomobil satıcısından oluşan sınıfa sertifika verilmiştir. Yine faks kâğıdı toptan satıcılarının fiyat belirleme kartelinde, içinde büyük şirketlerin de bulunduğu 74 ila 100 üyeden oluşan ve bunlardan 53'ünün zararının 22.000 ABD Doları'nı aşmadığı davacıların bulunduğu sınıf bakımından sayı yeterli bulunmuştur (ABA Handbook 2010, 157).

Hukuki ve maddi hususların tüm sınıf üyeleri bakımından ortak olmasına (*commonality*) yönelik ikinci şartta, çözüme bağlanması sınıf üyelerinin tamamını veya çoğunu ilgilendirecek olan tek bir ortak konu olması yeterli olabilmektedir. Herhangi bir antitröst sınıf davasında, pazar tanımı, pazar gücü, gizli anlaşmanın varlığı, kapsamı ve etkisi gibi önemli unsurların genellikle zarar görenler bakımından ortak olması, antitröst davalarında bu şartın yerine getirildiğinin kabul edilmesine imkân sağlamaktadır (Sullivan ve Grimes 2000, 948). Bunun için davalıların, her bir sınıf üyesine karşı benzer davranışlar içinde bulunduğunun gösterilmesi yeterlidir (ABA 2003, 931).

Üçüncü şart olan sınıf temsilcilerinin iddialarının tipik mahiyette olması (*typicality*) şartı kapsamında ise temsilcilerin çıkarlarıyla sınıfın çıkarlarını çelişki içine sokacak önemli bir farklılığın bulunmaması aranmaktadır. Sınıf temsilcisi, münferit üyeler namına dava gerekçesinin bütün unsurlarını ispatlamak için gerekli koşulları sağlıyorsa, bu şart yerine getirilmiş demektir. Mahkemeler yatay anlaşmalar yoluyla rekabet ihlallerinde tipik olma şartının genellikle gerçekleştiğini belirtmektedir. Bazı durumlarda ise fiili olaylar arasında farklılıkların bulunması, temsilcinin iddialarının farklılaşması veya temsilciye özgü savunmaların yapılması halinde, bu koşulun yerine getirilmediğine karar verilebilmektedir. Örneğin *Deiter v. Microsoft Corp.*²³ davasında Microsoft işletim sistemini bireysel olarak doğrudan Microsoft'tan internet veya telefon aracılığıyla satın alan davacılar, bu ürünlerin doğrudan alıcılarından oluşan sınıf adına dava açmıştır. Mahkeme, genellikle pazarlık yöntemiyle en az 250 adet yazılım lisansı satın alan büyük çaptaki kurumsal alıcılar bakımından sınıfın tipiklik şartını karşılanmadığını belirtmiştir. Buna gerekçe olarak da kurumsal alıcıların internet veya telefon aracılığıyla alımlarını gerçekleştiren bireysel tüketicilere kıyasen pazarlık usulüyle farklı alım koşulları altında alımlarını gerçekleştirdikleri; bu nedenle, Microsoft'un kurumsal alıcılar için yüksek bedel uyguladığının ispatlanması için yeni ve farklı kanıtların sunulması gerektiğini belirtmiştir. Böylece davacıların tanımladığı sınıftan daha dar bir sınıfa sertifika vermiştir (ABA Handbook 2010, 163).

²³ *Deiter v. Microsoft Corp.*, 436 F.3d 461 (4th Cir. 2006).

Son olarak sınıf temsilcisinin sınıfı yeterli şekilde temsil etmesi (*adequacy of representation*) şartı ise temsilcinin sınıfın çıkarlarını korumaya uygun olmasını gerektirmekte ve sınıf temsilcilerinin iddialarının tipik mahiyette olması şartıyla bağlantılı sayılmaktadır. YM'ye göre, temsil edici olmak, sınıf temsilcisinin sınıf üyelerinin çıkarıyla çatışan çıkarlara sahip olmamasını gerektirmektedir (Sullivan ve Grimes 2000, 949).

23. maddenin (b) bendinin 3. fıkrası kapsamında gerekli olan şartlar ise yukarıda değinildiği üzere, ortak nitelikte hukuki veya maddi hususların diğer hususlara “baskın olması” ve sınıf davasının, ihtilafı çözüme bağlamanın diğer yollarından “üstün” bir yöntem olmasıdır. Baskın olma şartı için mahkemeler davacıların, sınıf için ortak olan delillerin; (1) davalı tarafından bir rekabet ihlalinin gerçekleştirildiğini; (2) her bir sınıf üyesinin bu ihlal sonucunda zarara uğradığını; (3) tahmini olarak her bir sınıf üyesinin uğradığı zararı kanıtlaması için yeterli olup olmadığını araştırmaktadır (ABA Handbook 2010, 176). Kural çerçevesinde baskın olma kavramı için hukuki veya maddi iddiaların tam bir özdeşliğine gerek yoktur. Örneğin, münferit grup üyeleri için tazminatın hesaplanmasıyla alakalı farklılıklar, otomatik olarak bu şartın gerçekleşmesine engel olmamaktadır (Sullivan ve Grimes 2000, 950)²⁴. Söz konusu farklılıklara rağmen ortak rekabet ihlalinin sınıf çapında gerçekleştiğinin ispatı yeterlidir²⁵. Bu hususun ispatında, bilirkişilerin hazırlayacağı gelişmiş ekonometrik modellerden de yararlanılabilmektedir (Polverino 2006, 24)²⁶. Üstün yöntem şartına göre ise, sınıf davasının davacıların bireysel olarak davalarını açmalarına kıyasla menfaatlerine daha uygun olması gerekir. Burada mahkemeler dört koşulu değerlendirmektedir. Bu koşullar; (1) sınıf üyelerinin davalarını bireysel olarak açmak ve yürütmek isteyip istemedikleri; (2) ihtilafı ilgili olarak sınıf üyeleri tarafından veya onlar aleyhine başlatılmış olan davalar varsa bu davaların kapsamı ve mahiyeti; (3) iddiaların o mahkemede birleştirilerek dava edilmesinin arzu edilir olup olmadığı; (4) bir grup davasının yönetilmesinde karşılaşılmış muhtemel zorlukların bulunup bulunmadığı şeklindedir.

Bir davanın sınıf davası olarak sertifikalandırılması için diğer bir şart sınıfın kesin olarak belirlenmesidir. FMUK uyarınca bir sınıf davasına sertifika verildiğine ilişkin kararın sınıfı tanımlaması, iddiaları, savunmaları ve sorunları ortaya koyması gerekmektedir (ABA Handbook 2010, 151). Sınıf davalarında davacıların tek tek kimlikleri belirlenmemekte, sadece sınıf üyelerinin

²⁴ Bkz. *In Re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Prod. Liab. Litig.*, 55 F.3d 768, 817 (3d Cir.1995) (Polverino 2006, 24); bu yönde bir başka karar için bkz. *In re Visa Check/MasterMoney*, 280 F.3d s. 139-140 (bu kararda mahkeme, sorumluluğun tespiti ve tazminatın hesaplanması prosedürlerini ayırarak incelemiştir).

²⁵ Bkz. *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F. 2d 434, 454 (3rd Cir. 1977).

²⁶ Bkz. *In Re Mercedes-Benz Antitrust Litigation* 213 F.R.D. 180, (D.N.J. 2003) (Polverino 2006, 24).

tanımlanması yeterli kabul edilmektedir²⁷. Antitröst davalarında sınıfın tanımı, genellikle belirli bir ürünü veya ürün grubunu satın alanların veya objektif olarak tanımlanabilir davranış şeklinde gerçekleşen ihlale maruz kalanların dahil edilebileceği şekilde yapılmaktadır (ABA Handbook 2010, 151).

Böylece davacılara sınıf sertifikası verilmesi aşamasının tamamlanmasının ardından, sınıf üyelerine bildirim yapılması aşamasına geçilmektedir.

2.1.3.4. Sınıf Üyelerine Bildirim Yapılması

Davanın sınıf davası olarak onaylanmasının ardından mahkeme, makul olarak tanımlanabilen tüm sınıf üyelerini davadan haberdar ederek, sınıf dışında tutulma ve kendi davalarını ayrıca açma hakkına sahip olduklarını kendilerine bildirir (ABA 2010, 919). Bu işlem “belirlenebilen tüm üyelere bildirim dahil olmak üzere olayın hâl ve şartlarına göre mümkün olan en iyi bildirim” şeklinde yapılmaktadır (Sullivan ve Grimes 2000, 948). Bildirim yapılmadan verilen karar, sınıf üyeleri bakımından bağlayıcı olmayacaktır. YM, *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*²⁸ kararında sınıf üyelerinin isim ve adreslerinin belirlenebilmesi halinde, sayıları çok olsa dahi bunlara tek tek bilgilendirme yapılması ve masrafın çoğunun sınıf üyelerince karşılanması gerektiğini belirtmiştir. Bunun yanında zarar görenlere tek tek mektup göndermek mümkün olmadığına ya da masraflı olduğunda bilgilendirmenin gazete, dergi, televizyon vb. diğer medya araçlarıyla yapılması da mümkün olmaktadır (Sherman 2002, 410). Örneğin *Domestic Air Transport*²⁹ davasında davacıların tahminiyle sınıf 12,5 milyon kişiden oluştuğundan mahkeme bildirim gazete ve dergi vasıtasıyla yapılmasına karar vermiştir³⁰. Bu şekilde küçük ve yaygın zararlar bakımından elektronik ortamda da bilgilendirme yapılabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır (Eisenberg ve Miller 2004, 36).

YM, sınıf davalarının bir kişinin davada taraf olarak belirlenmediği veya usuli işlemlere katılmadığı sürece o davayla bağlı olmayacağına ilişkin genel prensibin bir istisnası olduğunu belirtmiştir³¹. Zira bildirimden sonra sınıf üyeleri davaya katılmak istememeleri halinde, belirlenen sürede bu iradelerini (*opt-out*) bildirmezlerse³², sınıfa dahil olmakta ve davanın sonucu tüm sınıf üyeleri

²⁷ Bkz. FMUK madde 23 (c).

²⁸ *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974) (Areeda ve Blair 2005, 331).

²⁹ *In re Domestic Air Transport Antitrust Litigation*, 137 FR D 677 (N Dist of Georgia, 1991).

³⁰ İlginç olabilecek bir husus, bu davada sınıf davasını bilgilendirme usulü olarak uçakta yer alan koltukların ön gözündeki dergilerde ilan edilmesi şeklinde kullanılan yöntemdir.

³¹ Bkz. *Hansberry v. Lee* 311 U.S. 32 (1940), 40-41.

³² Bu bildirimlere sınıf üyelerince genellikle cevap verilmemektedir (Eisenberg ve Miller 2004, 22). 1993-2003 yılları arasında görülen sınıf davaları arasında yaklaşık %1 oranında sınıfa katılmama ve %1 oranında dava sonundaki uzlaşmaya itiraz gerçekleşmiştir (Eisenberg ve Miller 2004, 4).

bakımından bağlayıcı olmaktadır. Böylece sınıf üyeleri, bireysel olarak dava açma haklarını kaybederler (Milutinovic 2007, 752). Davaya katılmama hakkını kullanmadıkları durumda ise davada taraf olmazlar; davanın tarafı her durumda temsilci davacıdır.

2.1.3.5. Sınıf Davalarının Finansmanı³³ ve Masraf Değişimi Kuralı

1. bölümde de belirtildiği üzere, rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarında düşük miktardaki zararlar bakımından bireylerin elde edecekleri tazminat miktarı, mahkeme masraflarına kıyasla düşük kalabilmektedir. Bu nedenle, yargılama giderlerine ilişkin kurallar ve maliyetler dava açma kararını önemli ölçüde etkilemektedir. ABD’de Avrupa hukuk sisteminde olduğu gibi “kaybeden öder” kuralı geçerli değildir; bunun aksine “Amerikan Kuralı” olarak da anılan “masraf değişimi” (*cost-shifting*) kuralı geçerlidir. Buna göre her iki taraf da davayı ister kazansın ister kaybetsin kendi avukatının ücretini ve yargılama giderlerini kendisi öder. Bu kural davalının yargılama giderlerinin davacı tarafından ödenmesi riskini ortadan kaldıracığı için davacıya sınıf davasında önemli bir koruma ve teşvik sağlamaktadır.

Ancak bu kuralın istisnaları vardır. Bunlardan ilki uzlaşma olasılığıyla ilgilidir. Buna göre davacı taraf, karşı tarafın yaptığı uzlaşma önerisini geri çevirirse, davalının dava sonunda karşı karşıya kalacağı yargılama masraflarını ödeyecektir. Antitröst davalarına ilişkin ikinci istisnaya göre, davayı kazanan davacı, verilen zararın üç katı oranında tazminat ve avukatlık ücreti ile masrafları elde edebilmektedir³⁴. Bu kural aslında, genel olarak aynı kuralın davalı için öngörülmediği tek yönlü ücret el değiştirmesi (*one way fee shifting rule*) kuralıdır. Söz konusu kuralın olumlu ve olumsuz yönleri literatürde tartışılmaktadır. Örneğin sınıf temsilcisinin, davada başarısız olması halinde karşı tarafın masraflarını ödeyeceği bir sistem bulunsaydı, hiçbir rasyonel bireyin sınıfı temsil etmek istemeyeceği öne sürülebilir (Issacharoff ve Miller 2009, 203). Bu nedenle tek yönlü ücret el değiştirmesi sisteminin davacıları genel olarak dava açmaya teşvik ettiği, davalıların yüksek dava masrafı beklentisi altında uzlaşmaya varmalarını sağladığı söylenebilir. Bu tür davalar, genellikle menfaatlerin küçük, kazanma olasılığının düşük ve dava masraflarının yüksek olmasının beklendiği davalardır (Keske 2010, 232).

ABD’de rekabet ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarını özendirilen bir başka husus, en yaygın ücret tarifesi olan ve koşullu ya da başarıya dayalı ücret

³³ Bu kavram bir davada “tarafıya ilişkin” ve “mahkemeye ilişkin” masrafların dava öncesinde ve dava sonrasında kimin tarafından karşılanacağı hususunu ilgilendirmektedir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çalışma Belgesi 2008, 17).

³⁴ Bkz. Clayton Yasası madde 4.

(*contingency fee*) olarak adlandırılan düzenlemedir. Koşullu ücret sözleşmesi kapsamında, avukat kazanılan tutarın belli bir yüzdesine karşılık yargılamanın ön finansmanını yapmayı kabul etmektedir. Bu sistemde avukatlar, davayı kaybetmeleri halinde ücret almamayı kabul etmekte, ancak davayı kazanmaları halinde hükmedilen tazminatın 1/3'i gibi oranlarda ücret almak üzere davacılarla anlaşabilmektedir (Smithka 2009, 178). Böylelikle davayla ilişkili masraf ve risklerin en azından büyük bir bölümü davacıdan avukata geçmektedir. Çok sayıda davacının bulunduğu grup davalarının doğası gereği, avukatla bireysel grup üyeleri arasında bu tür sözleşmelerin önceden (*ex ante*) yapılması mümkün olmadığı için mahkemeler koşullu ücret sözleşmesini yansıtan ortak fon doktrini geliştirmiştir (Latimer 1976, 1576)³⁵. Bu prensip çerçevesinde, sınıf avukatları bir bütün olarak sınıfın kazancından oluşan ortak sınıf fonundan ücret almaktadır. Böylece sınıf davasında temsil edilen ve bundan yararlanan herkesin yargılama masraflarına katılması sağlanmaktadır.

Yukarıda aktarılan açıklamalar kapsamında, ABD'de yargılama giderlerinin finansmanına ilişkin uygulamaların, rekabet ihlallerinde tazminat davalarını özendirici en önemli faktör olduğu görülmektedir.

2.1.3.6. Tazminat Miktarının Belirlenerek Davacılar Arasında Dağıtılması

Sınıf davalarının önündeki en büyük engellerden biri, ihlale konu olan ürünü değişik koşullarda satın alan veya değişen tercihleri olan pazardaki farklı kişiler arasında toplam tazminat için bir paylaşım yöntemi bulunmasındaki zorluktur³⁶. Tazminatın belirlenmesi, her bir sınıf üyesinin delillerini ortaya koymasını ve kişisel zararların ispatını gerektirebilir. Böyle durumlarda, mahkemeler sorumluluk, nedensellik ve sınıf çapında tazminatın belirlenmesi gibi sorunları sınıf genelinde çözümlenmekte³⁷, her sınıf üyesi bakımından bireysel tazminatların ispatını ise ayrı duruşmalara bırakabilmektedirler (Elhauge ve Geradin 2007, 22; Sherman 2002, 414). Örneğin *Cement and Concrete*³⁸ davasında

³⁵ Örneğin bkz. YM'nin *Sprague v. Ticonic National Bank* 307 U.S. 161,167 (1939) ve *Trustees v. Greenough* 105 U.S. 527 (1882) kararları (Keske 2010, 233).

³⁶ Elhauge ve Geradin (2007, 22), bu durumun sınıf genelindeki tazminatın hesaplanmasında bir engel olmayacağı görüşündedir. Buna göre, ihlal teşkil eden malı değişen pazarlık koşullarında satın almadan kaynaklanan söz konusu sapmalar sadece ihlalin gerçekleşmesi halinde değil rekabete aykırı davranışın olmaması halinde de vardır. Bu nedenle bir ihlal ispat edildiğinde, tazminatın hesaplanması için genelde kaba tahmin yöntemi kullanılarak yapıldığından, birbirini götürürler. Örneğin bir teknelci firmanın piyasa fiyatlarını yükselten rekabet karşıtı bir piyasa kapama davranışı içine girdiğinde her alıcı bir dereceye kadar farklı fiyatlar öder. Bu durum, tazminat bakımından sorun teşkil etmez çünkü müzakere imkânlarındaki bu farklılık rekabete aykırı davranışın olmadığı durumda da mevcuttur ve birbirlerini götürürler.

³⁷ Bkz. Federal Usul Kuralları madde 23 (c) 4.

³⁸ *In re Cement and Concrete Antitrust Litig.*, 1979-1 Trade Cases para. 62, 502 (D.Ariz.1979).

mahkeme, bireysel bazda zarar belirlemeleri yapılması gerekse dahi bu hususun, daha sonra davanın bölünerek ya da alt sınıflara ayrılarak değerlendirilebileceğini, bu nedenle sınıf sertifikasına engel olmayacağını belirtmiştir.

Bununla birlikte bazen zararlar, tüm sınıfa uygulanabilecek genelleştirilmiş ispat vasıtalarıyla belirlenmeye uygun olabilmektedir. Bu durumda toplam tazminat miktarı, davalının muhasebe kayıtları (Sullivan ve Grimes 2000, 953), mevcut başka kayıtlar veya istatistiki modeller³⁹ kullanılarak hesaplanabilmektedir (Miller 1980, 214). Bu durumda mahkemeler, davalının rekabet karşıtı davranışları sonucu elde ettikleri kârlar üzerinden tahminsel bir hesaplama yapmaktadır (Sullivan ve Staunton 2006, 383). Ayrıca, zarar hesaplamadaki modern ekonomik metotlar, teşebbüslerce gerçekleştirilen satışlara ilişkin verilerin dijital kayıtlarda tutulmasındaki artış, ortak zarar içerisinde bireyselleşmiş zararların hesaplanmasında çeşitli yöntemler bulunmasını giderek daha kolay hale getirmektedir (Elhauge ve Geradin 2007, 22). Bununla birlikte ABD mahkemeleri, davalının sınıfa yüklediği finansal sorumluluğun ortaya çıkarılması bakımından bireysel tazminat değerlendirmelerini etkisiz bir yöntem olarak görmektedir. Fiyat belirleme nedeniyle rekabet ihlaline ilişkin *Mercedes-Benz of North America, Inc.*⁴⁰ kararında mahkeme, 300.000 farklı sınıf üyesi için ayrı ayrı duruşma yaparak bunların bireysel zararlarını belirlemenin zor olduğunu, bu nedenle davacıların zararlarını gösteren bir metot geliştirebileceklerini belirtmiştir (Sullivan ve Staunton 2006, 383).

Yukarıda açıklandığı üzere, bazı hallerde tazminatın toplam olarak hesaplanmasının ardından, mahkemenin tazminat miktarının nasıl paylaşılacağına ilişkin vereceği karar da önemli hale gelmektedir. FMUK'un 23. maddesinde toplam tazminat miktarının dağıtılması hususunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Tazminat miktarının paylaşılması, özellikle kimlikleri belirlenemeyen nihai tüketicilerin zarar gördüğü davalar bakımından zor olurken (Sullivan ve Grimes 2000, 953), örneğin bayiler gibi belirlenebilir bir grup bakımından sorun teşkil etmemektedir.

Antitröst sınıf davalarının büyük çoğunluğu uzlaşma ile çok azı ise yargılama ile sonuçlanmakta, hatta sınıf sertifikasının verilmesinden önce dahi uzlaşma sağlanabilmektedir (Bauer 2006, 318)⁴¹. Uzlaşma veya karar sonucunda oluşan tazminat miktarının paylaşılması ise çeşitli yollarla gerçekleşebilir. En

³⁹ İstatistiki veriler, Federal Delil Kuralları (*Federal Rules of Evidence*) uyarınca kullanılabilir.

⁴⁰ *Mercedes-Benz of North America, Inc.*, 21 Fed R. Serv.2d. 1294, 1975-2 Trade Cas. (CCH) P60, 534 (E.D. Pa. 1975).

⁴¹ Davalar, tarafların arzusuyla çözümlenebilmekte (*settlement*), uzlaşma sağlanabilmekte (*compromise*) ya da davanın gönüllü bırakılması (*voluntary dismissal*) söz konusu olabilmektedir (Özbay 2009, 154).

basit dağıtım şekli tazminat miktarının davalının kayıtları esas alınarak doğrudan tüm zarar görenlere paylaştırılmasıdır. Ancak sınıf üyeleri ortak çıkarlara sahip olmalarına rağmen, özellikle antitröst sınıf davalarında tazminat miktarının dağıtılmasında aralarında nitelik farklılıkları bulunması durumunda, üyeler arasında çatışma doğabilmektedir. Bu durumda farklı alıcı gruplarının temsil edilip edilemeyeceği veya bunun yerine, ayrı vekillerce temsil edilen “alt gruplar” oluşturmanın gerekli olup olmadığı soruları sıklıkla ortaya çıkabilmektedir. Yakın tarihli davalarda bu sorunun ayrı vekiller aracılığıyla çözümlendiği görülmektedir. Örneğin *Warfarin Sodium*⁴² antitröst davasında tazminatın paylaştırılması, sınıf davasından ayrı olarak sürdürülen müzakereler sonucunda gerçekleşmiştir. Böylece farklı alıcı grupları için alt gruplar oluşturmaya gerek olmadan bu sorunlar çözülebilmiştir. Buna alternatif olarak, mahkemeler, federal mevzuat kapsamında farklı davacı gruplarının ayrı temsil edilen alt gruplara dâhil edilmelerine de karar verebilmektedir. Bu takdirde, dava federal yasalar çerçevesinde, bugünkü uygulamaya benzer şekilde, doğrudan alıcılar ve dolaylı alıcıların ayrı temsil edilen gruplar halinde açtıkları davalarla yürütülmektedir (Richards 2005, 646-649).

Bununla birlikte, tazminat miktarı çok düşük olduğunda, bu miktarın sınıf üyelerine dağıtımının maliyeti, sağlayacağı faydayı aşabilmektedir. Böyle durumlarda rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarında ilginç çözümler ortaya çıkmaktadır. Örneğin dağıtılmayan tazminat tutarının rekabet yasağını ihlal eden şirketin rakiplerine aktarılması⁴³, tüketicileri zarara uğratan bir davalının bir tüketici eğitim programını desteklemesi ya da ihlal teşkil eden ürünleri uygun bir kuruluşa bırakmasına karar verilmesi gibi çözümler getirilebilmektedir. Bu tarz yaptırımlar “değişken (*fluid*)”⁴⁴ ya da “bir sonraki en iyi çözüm (*cy pres*)”⁴⁵ olarak adlandırılmaktadır. Tüm sınıf üyelerinin belirlenemediği durumlarda veya sınıf üyelerince talep edilmeyen tazminat miktarlarının bulunması halinde de bu yöntemler kullanılmaktadır (Pace 2007, 43). *Relafen*⁴⁶ davasında, sınıfın 900.000 kişiden oluştuğu tespit edilmiş ve uzlaşma hâsılatından 500.000 ABD Doları tutarında bir meblağın, bir sonraki en iyi kullanım için ayrılmasına

⁴² *In re Warfarin Sodium Antitrust Litig.*, 391 F.3d 516, 516-40 (3d Cir. 2004).

⁴³ Bkz. *Eisen v Carlisle and Jacquelin*, 479 F 2d 1005, 1018 (2nd Cir. 1973).

⁴⁴ Değişken (*fluid*) dağıtım türü, esaslı amacın davalının bir şekilde tazminat ödemesini sağlamak olduğu ve tazminatın kimin aldığına ise fazla önemli olmadığı dağıtım türüdür (Dam, 1975, 62). Örneğin davalının ürünlerinin fiyatlarında belli bir süreliğine indirimine gidilmesi gibi durumları içermektedir (Keske, 2010, 198).

⁴⁵ Müşterek hukuk kökenli “*cy pres*” doktrini bir şekilde dağıtılmayan güven fonunun adil olarak “bir sonraki en iyi” kullanıma göre dağıtılması metodu olarak ortaya çıkmıştır. Bu yöntem, sınıf davalarında tazminatın dağıtımını sonrasında kalan fonlar dahil olmak üzere, diğer alanlarda da kullanılmaktadır.

⁴⁶ *In Re Relafen Antitrust Litigation*, 231 F.R.D., (D.Mass. 2005) 66-67, 82-83.

karar verilmiştir. En iyi kullanım için ayrılmanın kriteri, kendilerine doğrudan tazminat dağıtılmasının pratikte mümkün olmadığı anlaşılan sınıf üyelerine yararlı olmaya en yakın sonuç olmasıdır. Örneğin *Microsoft*⁴⁷ davasında sınıf üyelerinin sağlayacakları fayda ile Microsoft tarafından ihtiyaç sahibi okullara yardımda bulunulması yönünde getirilen uzlaşma çözümü arasında bir bağlantı olmadığından, teklif edilen uzlaşma bu açıdan eksik kalmıştır (Richards 2005, 650). Başka antitröst sınıf davalarında da, tazminatın maliyet etkin şekilde sınıf üyelerine doğrudan dağıtılması pratikte mümkün olmadığından, bir sonraki en iyi kullanım için uygunluğu kabul edilmiştir⁴⁸.

Antitröst sınıf davalarında bir sonraki en iyi kullanım dışında nakdi olmayan başka çözümler de getirilmektedir. Bunlar arasında “kuponlar”, “kredi kartları dağıtılması”, “diğer antitröst davalarında uzlaşma sağlanması” gibi çözümler yer almaktadır. Uzlaşma bedelinin “kuponlar” aracılığıyla ödenmesine yönelik anlaşmalarda kuponlar, örneğin “yeni otomobil alımında 1000 ABD Doları indirim” şeklinde düzenlenmektedir (Bauer 2006, 321). *Hilton*⁴⁹ davasında kartel nedeniyle odalarındaki telefon görüşmeleri için fazladan bedel ödeyen otel zincirinin müşterilerine daha sonraki otel ziyaretleri için indirim sağlanmıştır. Benzer bir çözüm *Domestic Air Transport*⁵⁰ davasında gerçekleşmiş ve davalının 50 milyon ABD Doları tutarında nakit ödeme yapması ve 408 milyon ABD Doları tutarında sonraki uçuş biletleri ücretlerinde indirim sağlayan kuponlar dağıtması üzerine uzlaşma sağlanmış ve bu uzlaşma mahkeme tarafından kabul edilmiştir.

Bununla birlikte kupon uzlaşmaları, zarar görenlere tazminat sağlamadaki yeterliliği bakımından tartışmalıdır. Zira yukarıdaki örnekler açısından, zarar görenler bir daha hiçbir zaman söz konusu otel zincirinde konaklamayabilir ya da havayolu firmasını kullanmayabilirler. Bu eleştirilerin farklı bir yönü de uzlaşma sağlanan kuponların birçoğunun kullanılmaması, gazete reklamlarında yer alan ya da e-postalarla gönderilen indirim reklamlarından daha fazla bir etki yaratmamasıdır (Bauer 2006, 321). Nitekim son dönemde kupon uzlaşmalarının sınıf lehine abartılmış bir yarar görüntüsü oluşturarak suiistimal edilebildiği gerekçesiyle, bu uygulamalar CAFA’da büyük ölçüde sınırlandırılmıştır. Buna göre, kuponlu uzlaşmalarda uygulanmakta olan avukatların vekâlet ücretlerini kuponların toplam değeri üzerinden almaları sistemi kaldırılmış ve vekâlet ücretlerinin “kuponların tahsil edilen kısmına” dayalı olarak hesaplanması yönünde değişiklik getirilmiştir (Richards 2005, 651). Söz konusu değişikliklere ve eleştirilere rağmen bu tür uzlaşma yöntemlerinin rekabet ihlallerinde caydırıcılığı

⁴⁷ *In Re Microsoft Corp. Antitrust Litigation*, 185 F. Supp. 2d, 519 (2002), 524-25.

⁴⁸ Bkz. *In re Toys “R” Us Antitrust Litig.*, 191 F.R.D., 347, 353 (E.D.N.Y. 2000).

⁴⁹ Bkz. *Colson v Hilton Hotels Corp.*, 59 FR D 324 (N Dist of Illinois, 1972).

⁵⁰ Bkz. yukarıda dn. 27.

sağlayabileceği ve kartel üyelerinin elde ettikleri kârları ortadan kaldıracabileceği kabul edilmektedir (Milutinovic 2007, 754). Antitröst sınıf davalarına ilişkin uzlaşmalarda tazminat miktarının nakit olarak dağıtılması yerine, kredi/banka kartları yoluyla dağıtılması uygulamasında, uzlaşma tutarını şirketten mal veya hizmet almakla değil nakden kullanmak isteyen bir sınıf üyesi, kredi kartını olağan bir borçlandırma kartı olarak da kullanabilmektedir.

Son olarak, bir başka yöntem de uzlaşma kapsamında davalılardan birinin, diğer davalılar aleyhine sınıf temsilcisiyle iddialara yönelik işbirliği içine girmesidir. Pişmanlık programı kapsamında DOJ'e başvuru yapan davalılar⁵¹, tamamen özel hukuk yaptırımlarından muaf tutulmamakta, bununla birlikte Antitröst Para Cezaları Uygulama ve Reform Yasası (Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act) uyarınca davacılarla işbirliği yapmaları halinde, görülmekte olan tazminat davasında kendi sorumluluklarını bir katı oranında tazminatla sınırlayabilmekte, böylece üç katı tazminat yaptırımından, müşterek ve müteselsil sorumluluktan kurtulabilmektedirler (Richards 2005, 653).

2.1.3.7. Sınıf Davalarının Dolaylı Alıcılara Uygulanması ve Aktarma Savunması

Rekabet hukukunun özel hukuk yaptırımlarında en tartışmalı konulardan biri, karteğe taraf olmuş ya da tekelci bir üreticiden direkt olarak değil de ara teşebbüsten mal satın almak suretiyle zarara uğramış teşebbüsler ve nihai tüketicilerden oluşan dolaylı alıcılara tazminat hakkı tanınıp tanınmayacağıdır. Sadece toplu davalarda değil bireysel tazminat davalarında da çokça tartışılan dolaylı alıcıların dava hakkı, toplu davalarda çok sayıda zarar gören kişi davanın sonucundan etkileneneğinden daha da önemli hale gelmektedir. Ayrıca dava açma teşviki bakımından değerlendirildiğinde, ihlalden zarar gören dolaylı alıcıların kendilerine dava açma hakkı tanınıp tanınmayacağı konusundaki belirsizlik, onların bu haklarını kullanmakta tereddüt etmelerine neden olabilmektedir (Milutinovic 2007, 756).

⁵¹ Pişmanlık başvurularında rekabet otoritelerinin elde ettiği bilgi ve belgeler, ihlalden zarar görenlerin açacakları tazminat davaları bakımından önemli bir bilgi kaynağını oluşturmaktadır. Tezin kapsamı dışında kalmakla birlikte bu konuda kısaca şu hususu belirtmek gerekir ki ABD'de teşebbüslerin pişmanlık başvurularında sundukları beyanlar, davalardaki keşif aşamalarında korunmaktadır. AB'de ise Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon tarafından tutulan belgelere erişim konusunda çeşitli çıkarlar arasında denge sağlanmaktadır. İhlalden zarar görenlerin, pişmanlık başvurularında bulunanların sundukları belgelere erişimleri, başvuranlar için özel hukuk yaptırımlarından muaf tutulma gibi başkaca koruma mekanizmaları bulunmadığı sürece, pişmanlık programı yaptırım aracını korumakla sınırlı tutulmalıdır (European Parliament Directorate General For Internal Policies, Collective Redress in Antitrust Study, 2012, 14-35. Buradan itibaren "Çalışma Belgesi (2012)" olarak anılacaktır. Söz konusu çalışma tezin jüriye teslimi aşamasında yayımlanmadığından, tezin basım aşamasında anılan çalışmada önemli olduğu düşünülen kısımlar tezde kullanılmıştır).

Dikey bir üretim zincirinde, bir toptancı (doğrudan alıcı), karteğe taraf olmuş üst pazardaki bir üreticiden örneğin 100 TL fazladan bedel ödeyerek bir mal satın aldığında, kendi fiyatını 50 TL yükseltmek suretiyle ilk dolaylı alıcıya zararının yarısını aktarabilecektir. Söz konusu dolaylı alıcı ürünü yeniden sattığında, yine bir dolaylı alıcı olan bir sonraki alıcı da fazladan ödenen bedelin bir kısmını ödeyerek zarara uğramış olabilecektir (Gavil 2005, 12). Ara üreticiler katmanının sayısı çok olduğunda ihlalden zarar görenlerin sayısının katlanarak artacağı uzun ve daha karmaşık ürün zincirleri oluşabilecektir. Sonunda ilk rekabete aykırı fiyat fazlalığı tüketici artığı veya yarar eksikliği olarak son tüketiciye geçmiş olacaktır. Böylece ürün zincirinin her katmanında yer alan alıcılar tarafından fazladan ödenen bedelin ispatı son derece zor olacak (Gavil 2005, 12) ve bu durum tazminat davalarının açılmasını engelleyici bir unsur olabilecektir. Fazladan ödenen bedel bakımından, ancak bu katmanlardaki arz ve talep esnekliklerinin bilinmesi halinde aktarılan gerçek oranlar ve kimlerin zarara uğradıkları belirlenebilecektir. Bu yöntemin de uygulanabilirliği zor olacağından, en pratik çözüm yolunun söz konusu alıcıların uğradıkları ortalama zararın hesaplanması olduğu yönünde görüşler ileri sürülmektedir (Sanderson ve Trebilcock 2006, 26).

Doğrudan alıcıların (ara teşebbüsler) tazminat davası açmaları halinde ise davalı tarafın başvurduğu bir savunma aracı olan aktarma savunması (*passing-on defense*) gündeme gelecektir. Bu savunma ile davalı, davacının zararlarını sonraki alıcılara yansıttığını öne sürerek elde edeceği tazminat miktarının düşürülmesine ya da tazminat alamamasına neden olabilmektedir. Doğrudan alıcının gerçekten uğradığı zararı yansıttığı hallerde, aktarma savunması, haksız fiil hukukunun genel ilkelerine uygun olarak söz konusu alıcının sadece gerçek zararının tazmin edilmesini sağlayacaktır. Bu savunmanın kabul edilmesi halinde doğrudan alıcıların dava açma istekleri azalacak ancak kabul edilmemesi halinde doğrudan alıcı sebepsiz zenginleşebilecek ya da dolaylı alıcıların da dava açması halinde bir zararın iki kez tazmin edilmesi riski söz konusu olabilecektir (Mackenrodt 2008, 173).

ABD’de zararı aktaran doğrudan alıcıların gerçekten zarar görmüş olup olmadığı ilk defa *Oil Jobber*⁵² davasında ve akaryakıt toptan satıcıları hakkında açılan diğer davalarda gündeme gelmiştir. Bu davada Temyiz Mahkemesi (TM) (8. Daire), aktarma savunmasını kabul etmiş ve davacının fazladan ödenen bedeli aktarmışsa zarar görmemiş olacağını belirtmiştir. Ancak *Elektrik Ekipmanları*⁵³ davalarında mahkemeler bu usulü tersine çevirmiş ve böylece rekabet ihlallerinden zarar görenlerin aktarma savunmasını öne sürmeleri halinde mahkemelerce kabul

⁵² *Clark Oil Co. v. Phillips Petroleum Co.*, 148 F.2d 580 (8th Cir. 1945).

⁵³ Bkz. yukarıda dn. 17.

edilip edilmeyeceği daha belirsiz hale gelmiştir. Bu belirsizlik YM'nin *Hanover Shoe, Inc. V. United Shoe Machinery Corp.*⁵⁴ kararı ile giderilmiştir. Bu kararda YM, etkili yaptırım sağlamak için aktarma savunmasını reddetmiştir. Söz konusu kararda mahkeme, her ne kadar alıcı kendi fiyatını fazladan ödediği bedel kadar arttırmış ve böylece kâr marjı ve toplam satış miktarını azaltmamış olsa da davacının fazladan ödenen bedel olmasaydı fiyatı yükseltmeyeceğinin ispat edilmesinin güç olacağını belirterek; aktarma savunmasının uygulanabilirliği için bu belirsiz durumun inandırıcı bir şekilde ortaya konması gerektiğini ancak bunun mümkün olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme aynı zamanda, davalıların neredeyse her davada bu durumu ispata yarayacak kanıtlar sunmaya çalışacaklarını, böylece birçok delilin ve karmaşık teorilerin ortaya çıkacağını, bu durumun da antitröst davalarının uzamasına sebep olacağını kaydetmiştir. Ayrıca aktarma savunmasının kabul edilmesi halinde, düşük miktarlarda zarara uğrayanların davalıya karşı tazminat davası açmaktaki güdülerini az olacağından, davalıların ihlalden elde ettikleri haksız kazancın kendilerinde kalacağını belirtmiştir⁵⁵. Buna ilave olarak, aktarma savunmasının ancak doğrudan ve dolaylı alıcı arasında bir masraf artı sözleşmesi⁵⁶ bulunması halinde istisnai olarak kabul edilebileceğine, böylece aktarılan miktarın sözleşmeden net bir şekilde anlaşılabilmesine ya da alıcının zarara uğramadığının ispatlanmasının mümkün olacağına hükmetmiştir⁵⁷.

Hanover Shoe davasında aktarma teorisinin bir savunma aracı olarak kullanılamayacağına hükmeden YM, *Illinois Brick Co. v. Illinois*⁵⁸ davası ile bu teorisinin bir saldırı aracı olarak kullanılıp kullanılamayacağı sorusuyla karşı karşıya kalmıştır. Söz konusu davada dolaylı alıcı olan davacıların ihlalden zarar gördüklerini ispatlamalarının tek yolu fazladan ödenen bedelin kendilerine aktarıldığını ortaya koymaktır. Ancak YM, iki gerekçeyle dolaylı alıcıların dava açma hakkını reddetmiştir. Bunlardan birincisi Clayton Yasası'nın 4. maddesinin aktarma savunmasının öne sürülebilmesi bakımından davacı ve davalı tarafa eşit şekilde uygulanması gerektiği, böylece bir tarafın bu iddiayı öne sürmesi engellenecekse diğer tarafın da engellenmesi gerektiği ve teorisinin tek taraflı uygulanması halinde zararın iki kez tazmini ihtimalinin bulunduğu. İkincisi ise aktarma savunmasına izin verilmesinin tazminat hesaplamalarını karmaşık hale getireceği, dava sürecini uzatarak davanın etkinliğini azaltacağıdır⁵⁹. Bununla birlikte mahkeme sadece doğrudan alıcıların dava açabilecekleri kuralını iki

⁵⁴ *Hanover Shoe, Inc. V. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481 (1968).

⁵⁵ A.g.k. s. 493-494.

⁵⁶ Bu sözleşmelerde yer alan maddelerde, dolaylı alıcının doğrudan alıcıya hangi miktar için ne kadar ödeme yapacağı belirlidir.

⁵⁷ A.g.k. s. 494.

⁵⁸ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

⁵⁹ A.g.k. s. 728-737.

istisna ile sınırlamıştır. Doğrudan alıcıların masraf artı sözleşmeler ile fazladan ödedikleri bedeli dolaylı alıcılara aktardıkları ve doğrudan alıcılar ile dolaylı alıcıların birlikte açtıkları veya birlikte yürüttükleri davaların bulunması halinde dolaylı alıcılara dava hakkı tanınabileceğini belirtmiştir. *Illinois Brick* kararından sonra, birçok dolaylı alıcı bu kurala istisnalar getirerek rekabet ihlalden kaynaklanan zararların tazminini talep etse de başarılı olamamıştır⁶⁰.

Hanover Shoe ve *Illinois Brick* kararlarındaki dolaylı alıcıların dava açmalarına yönelik kısıtlamaların amacı, dava açma teşvikini ihlale en yakın ve ihlal teşkil eden davranış hakkında daha üstün bilgi sahibi olan doğrudan alıcılar üzerinde yoğunlaştırmak, böylece dava açma ihtimali daha fazla olan doğrudan alıcılar vasıtasıyla caydırıcılığı arttırmaktır. Söz konusu kararlar uyarınca dava açma hakkı sadece fazladan ödediği tüm bedeli tüketicilere yansıtan, dolayısıyla aslında zarara uğramamış olan ara teşebbüslerde olacaktır. Böylece, zararlar dolaylı alıcıya aktarılmasına rağmen, beklenmedik bir şekilde doğrudan alıcı lehine tazminat hakkı sağlayacaktır. Burada ortaya çıkan çelişik sonuç ise dolaylı alıcıları dava açmaya teşvik eden ve onlar için elverişli tek yöntem sınıf davaları olmasına rağmen, bu alıcı grubuna dava hakkı tanınmamasıdır (Milutinovic 2007, 750).

Landes ve Posner (1979, 602) da aktarma savunmasının, ihlale en yakın zarar görenler olan doğrudan alıcıların dava açma teşvikini azaltması riskini taşıdığı görüşündedir. Bununla birlikte en uzaktaki dolaylı alıcıların örneğin nihai tüketicilerin tazminat davası açmadığını, tüm üretim zinciri boyunca dolaylı alıcıları da kapsayan doğru bir tazminat hesabının yapılmasının zor olduğunu öne sürerek caydırıcılığın sağlanması bakımından aktarma savunmasını ve dolaylı alıcıların dava açma hakkının reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Ancak *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararları literatürde çeşitli gerekçelerle eleştirilmektedir⁶¹. Öncelikle sadece tazminat miktarının hesaplanmasındaki zorluk nedeniyle savunma hakkının kısıtlanmasının haklı görülebilecek bir gerekçe olmadığı kabul edilmektedir. İkinci olarak davacı fazladan ödediği bedeli alt kademelere aktardığı için zarara uğramamışsa, aktarma savunmasını kabul etmemek davacının sebepsiz zenginleşmesine yol açabilecektir (Milutinovic 2007, 737). Üçüncü olarak *Illinos Brick* kararında belirtilen doğrudan alıcıların en iyi ve en etkili davacı grubu olduğu yönündeki yaklaşım, zayıf delillere dayanmakla birlikte henüz ispat edilebilmiş değildir (Waller 2006, 66). Nitekim vitamin ve elektrik ekipmanları kartellerinde görüldüğü üzere, doğrudan alıcılar genellikle kendi sağlayıcıları ile olan

⁶⁰ Söz konusu davalar için bkz. *Link v. Mercedes-Benz of North America, Inc.*, 788 F. 2d 918 (3d Cir. 1986) ve *Kansas v. Utilicorp United, Inc.*, 497 U.S. 199 (1990) kararları.

⁶¹ Bkz. Gavil 2005.

ilişkilerinin bozulmasından ve rakiplerinin olası misillemelerinden endişe ettiklerinden dolayı dava açmama eğilimi göstermektedirler (Klingsberg 1988, 1226). Sağlayıcılar da doğrudan alıcılar üzerinde baskı oluşturarak kendilerine karşı dava açılmaması konusunda alıcılarıyla anlaşabilmektedir. Bu anlaşma özellikle kartelin tespit edilme ihtimalinin ortaya çıktığı ve soruşturmanın başladığı dönemde gerçekleşebilmektedir (Milutinovic 2007, 743).

Illinois Brick kararı sadece federal mahkemeler bakımından bağlayıcı olduğundan eyalet antitröst yasaları açısından bir engel teşkil etmemektedir. Nitekim birçok eyalet mahkemesi *Illinois Brick* ve *Hanover Shoe* kararlarını uygulamamıştır. Özellikle YM'nin *California v. ARC America Corp.*⁶² kararında *Illinois Brick* kararının federal mahkeme kurallarını yansıttığı ve eyaletlerin dolaylı alıcıların dava hakkına izin verebileceği yönündeki kararından sonra, bazı araştırmalara göre yaklaşık 44 eyalet mahkemesi *Illinois Brick* kuralının uygulamasını iptal etmiştir (Karon 2004, 1354). Örneğin son dönemde Microsoft'a karşı açılan davaların birçoğu dolaylı alıcılar tarafından açılmaktadır (Pitel 2006, 8). TM (3. Daire) bir kararında⁶³ fazladan ödenen bedelin %100'ü dolaylı alıcılara aktarıldığından *Illinois Brick* istisnasını kabul etmemiştir. Yine son dönemdeki *Relafen*, *Buspirone*⁶⁴ gibi antitröst ilaç davaları, dolaylı alıcılardan oluşan sınıf üyelerine tazminat sağlanması bakımından önemli kararlardır. Anılan davalarda sınıflar, tüketiciler ve üçüncü kişi alıcılar olmak üzere iki alt sınıftan oluşmuş ve alt sınıflar arasında tüketim miktarları her bir ilaç ve dava özelinde farklılaşmıştır. Söz konusu davalarda, veritabanları ve elektronik teknolojiler kullanılarak dolaylı alıcıların tazminat elde etmelerine olanak sağlanmıştır (Richards 2005, 641). Bununla birlikte dolaylı alıcıların dava hakkını tanımayan bazı eyaletlerde, örneğin New York'da dolaylı alıcıların sınıf davası açarak üç katı tazminat elde etmeleri mümkün olmamıştır⁶⁵.

Yakın tarihte uzlaşmayla sonuçlanan bir antitröst davasında⁶⁶, aralarında Samsung ve Sharp'ın da bulunduğu yedi elektronik LCD panel üreticisi firmanın, 1996-2006 yılları arasında LCD panellerinde fiyat birlikteliğine gittikleri iddiasıyla, 2007 yılında ABD Kuzey Kaliforniya Bölge Mahkemesi'nde dava açılmıştır. LCD panelleri, bilgisayar monitörleri, televizyonlar ve cep telefonları dahil birçok elektronik üründe kullanıldığından, söz konusu panelleri üreticiler dışındaki satıcılardan satın almış olan dolaylı alıcıların sayısı oldukça fazladır.

⁶² *California v. Arc America Corp.*, 490 U.S. 93, 95 (1989).

⁶³ *McCarthy v. Recordex Services, Inc.*, 80 F.3d 842, 855 (3d Cir. 1996).

⁶⁴ *In Re Buspirone Antitrust Litigation*, 185 F. Supp. 2d 363 (S.D.N.Y. 2002).

⁶⁵ Bkz. *Sperry v. Crompton Corp.*, 863 N.E.2d. 101, 1013 (N.Y. Ct. App. 2007).

⁶⁶ Bkz. dava ile ilgili dokümanlara erişilebilmesi amacıyla oluşturulan web sitesi: <https://tftlcdclassaction.com>.

Dava mahkemede halen derdest olup, davalılar doğrudan ve dolaylı alıcılarla uzlaşma sağlamış ve birçok uzlaşma anlaşması mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Davalılar, devam eden uzlaşma anlaşmaları kapsamında, bir grup dolaylı alıcıdan oluşan davacılara 553 milyon ABD Doları tutarında ödeme yapmayı kabul ederek, ABD tarihinin en büyük dolaylı alıcı uzlaşmasına imza atmışlardır.

Dolaylı alıcılar sınıf davasında sertifika alabilmek için genellikle her bir ara teşebbüsün zararın bir kısmını ya da tamamını bir altta yer alan alıcıya aktardıklarını ispata yarayan genelleştirilmiş yöntemler geliştirmektedirler. Davacılar, üst pazarda fiyatların yükselmesinin, tüm ara teşebbüslerin fiyatlarını yükseltmelerine neden olduğuna ilişkin olarak geliştirilen insan davranışları teorileri, ya da vergi yansımaları teorileri gibi teorilere dayanmaktadır (Page 1999, 13). Doğrudan alıcıdan dolaylı alıcılara zararın ne kadarının aktarıldığına göre rekabet ihlallerinden zarar gören örneğin, daha uygun fiyattan mal alamayan ya da daha az elverişli fiyattan mal alan müşteriler, fiyat şemsiyesi⁶⁷ altında fiyatlarını artıran kartel dışındaki firmaların müşterileri, ihlali gerçekleştiren firma tarafından ürün miktarı düşürüldüğünde bu firmalara daha az ürün satan tedarikçiler ve son olarak rekabete aykırı davranış nedeniyle pazara girişi engellenen rakiplerin bir kısmı veya tamamı ihlalden etkilenebilmektedir (Mackenrodt 2008).

Bütün bu bilgiler ışığında, ABD uygulamasında dolaylı alıcıların dava açma hakkı ve aktarma savunması çerçevesindeki tartışmaların caydırıcılık yaklaşımı ekseninde şekillendiği ve uygulamanın tartışmalı olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte son dönemde birçok eyalet tarafından dolaylı alıcıların açtıkları sınıf davalarında bu haklarının kısıtlanmadığı, özellikle uzlaşmayla sonuçlanan davalarda dolaylı alıcıların tazminat elde ettikleri görülmektedir.

2.1.3.8. Örnek Dava: Vitamin Karteli⁶⁸

Vitamin Karteli, dolaylı alıcıların da dahil olduğu en büyük çok eyaletli davadır. Dünya vitamin arzının %60'ından fazlasını kontrol eden Roche, BASF ve Rhone Poulenc'in 1990'lı yıllarda fiyat, miktar ve pazar paylaşımı anlaşması yaptıklarının tespit edilmesi üzerine, 1999 yılında federal hükümet ile uzlaşma sağlandığı ilan edilmiş ve ihlale katılan teşebbüsler 1 milyar ABD Doları tutarında para cezası ödemeyi kabul etmiştir. 20 müşteriden oluşan doğrudan alıcıların açtıkları davada, davalıların toplamda 1,1 milyar ABD Doları tutarında tazminat ödemesi konusunda uzlaşma sağlanmıştır. Dolaylı alıcıların açtıkları davada ise

⁶⁷ Davalının dışındaki satıcılardan ürün satın alanların ödedikleri fiyat.

⁶⁸ *In Re Vitamins Antitrust Litigation*, Misc. No. 99-197 (D.C. Dist. Ct. filed 1998).

mahkeme tarafından, uzlaşmaya katılan eyaletlerde ikamet edip vitamin ürünlerini tüketim için satın almış olan tüm gerçek kişiler ve bu eyaletlerden ürün satın almış olan tüketiciler olmak üzere iki dolaylı alıcı sınıfına sertifika verilmiştir. Uzlaşma görüşmeleri merkezi bir mahkeme olarak seçilen Kolombiya Federal Mahkemesi'nce yürütülmüş ve tüketici uzlaşma sınıfı, uzlaşmaya katılan her eyalet için bir sınıf olmak üzere 23 alt sınıfa ayrılmıştır. Her eyaletteki dolaylı alıcı sınıfını temsil eden vekiller uzlaşmaya katılmıştır. Tazminat miktarının tüketicilere dağıtılmasındaki güçlük nedeniyle *cy pres* usulüne göre dağıtılan tazminat miktarından sağlık ve beslenmenin geliştirilmesi amacıyla kullanılmak üzere her eyalet değişen oranlarda tazminat miktarları elde etmiş ve bunun için birer fon oluşturulmuştur. Bu şekilde *cy pres* usulüne göre verilecek 117 milyon ABD Doları tutarındaki tazminat tüketiciler için, 107 milyon ABD Doları tutarındaki tazminat alıcılar için ve 30 milyon ABD Doları tutarındaki tazminat devlet alımları için ödenmek üzere uzlaşma sonuçlandırılmıştır (Berge, 2002).

Bu dava ülke çapındaki en büyük ve karmaşık uyuşmazlığın davaların koordinasyonu ve merkezileştirilmesi yoluyla uzlaşmayla sonuçlanması açısından ileride oluşacak uyuşmazlıklara ışık tutması ve dolaylı alıcıların tazminat taleplerinin sonuçlandırılması açısından önemli bir davadır.

2.2. Sınıf Davaları İçin Potansiyel Olarak Uygun Olan Rekabet İhlallerinin Değerlendirilmesi

2.2.1. Yatay Fiyat Tespitinden Doğan Davalar

Mahkemeler, fiyat belirleme anlaşmalarına ilişkin davaların, doğaları gereği iddia edilen anlaşmanın varlığı, kapsamı ve etkisi ile ilgili olarak birden fazla zarar gören bakımından ortak olan hukuki ve fiili sorular hakkında karar vermeye uygun davalar olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle fiyat belirleme iddialarını içeren sınıf davaları, davacıların iddia edilen anlaşmanın sınıf çapında aynı etkiyi gösterdiğini ileri sürmelerine uygun davalardır. Bununla birlikte, fazla sayıda davalının olduğu yatay fiyat belirleme davalarının mahkemelerce sertifikalandırılma olasılığı daha düşük olmaktadır. Otellerde yapılan telefon görüşmelerinde fiyat belirleme iddiasıyla açılan bir başka davada⁶⁹, davacıların ülke çapında 47 adet otel zinciri ve 600 adet bireysel otel arasında fiyat anlaşması olduğu yönündeki iddialarını değerlendiren mahkeme, yüzlerce sanığın olduğu bu nitelikte bir davanın yargılamasının uzun yıllar süreceği, davacıların alacağı ortalama tazminat miktarının yaklaşık iki ABD Doları olacağı ve bu meblağın sadece taraflara bildirim yapılmasında harcanacağı gerekçeleriyle, üstün yöntem şartını karşılamadığından davaya sertifika vermemiştir (ABA Handbook 2010, 60).

⁶⁹ *In re Hotel Telephone Charges Antitrust Litigation*, 500 F 2d 86,88 (9 Cir. 1974).

Daha önceki bölümlerde de belirtildiği üzere, sınıf sertifikası alabilmek için davacıların, rekabet etkisinin sınıf çapında gerçekleştiğini, bireysel değil sınıf açısından ortak olan kanıtlarla ispatlamaları gerekmektedir. Mahkemeler şimdiye kadar doğrudan alıcıların yatay fiyat belirleme iddiasıyla açtıkları sınıf davalarına rekabet etkisinin sınıf çapında ispatlandığı sürece sertifika vermiştir. Çünkü fiyat belirleme anlaşmalarının kaçınılmaz olarak iddiaya konu mal veya hizmeti satın almış olan hemen hemen tüm alıcıların zarara uğramasına sebep olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanında, başka teşebbüslerin mal veya hizmetleriyle kolaylıkla ikame edilebilen mal veya hizmetlere ilişkin yatay fiyat anlaşmalarını içeren davaların mahkemeler tarafından sertifikalandırılması da kolay olmaktadır. Bu nitelikteki ürünlerde rekabet, fiyatlar ve ürünlere ulaşılabilirlik üzerinden gerçekleşmekte ve ürün farklılaşmasının elde edilebilmesi için algılanan farklılıkların vurgulanması gerekmektedir (ABA Handbook 2010, 62). Örneğin *In Re South Central States Bakery Products*⁷⁰ davasında davacılar, farklı fiyatlandırma ve satın alma anlaşmaları ile unlu mamül alımlarını gerçekleştirmiş olan, birden fazla ve farklı müşteri gruplarından (örneğin restoranlar, perakendeciler ve kurumsal alıcılar) oluşmuştur. Davada tüm pazar için belirlenmiş bir toptan satış fiyatı bulunmamakla birlikte, her bir fırının farklı pazar bölgeleri için farklı fiyat listeleri bulunduğu belirlenmiştir. Bölge mahkemesi sınıf sertifikası verirken TM'nin kararları doğrultusunda, unlu mamüllerin ikame edilebilir, homojen ürünler olduğu, böylece kalitede benzerliği sağladığını tespit ederek ürünün fiyatı ve kalitesi bakımından bazı benzerlikler varsa, ortak ispat vasıtalarıyla sınıf çapındaki etkinin ortaya konulmasının daha olası olduğunu belirtmiştir. Yine herhangi bir antitröst sınıf davasında, davalıların ürünler için liste fiyatları üzerinde anlaştıkları ve alıcıların da bu fiyatlardan veya doğrudan liste fiyatları üzerinden yapılan pazarlıklar sonucu ürünleri satın aldıkları ispat edilebiliyorsa, bu tür davaların mahkemeler tarafından sertifikalandırılmaları daha kolay olmaktadır (ABA Handbook 2010, 63).

2.2.2. Yatay Pazar Paylaşımından Doğan Davalar

Fiyat belirleme davaları gibi yatay pazar paylaşımı davaları da, ekonomik zarar teorisinin nispeten daha basit ve tahmin edilebilir olması nedeniyle, sınıf davaları için uygun davalardır. Çünkü pazar, müşteri veya bölge paylaşımını içeren anlaşmalar kendiliğinden rekabeti kısıtlayıcı sonuç doğururlar ve bu nitelikteki anlaşmalara konu olan mal veya hizmetleri satın almış olan alıcıların ihlalden kaynaklanan bir zarara uğradıklarını kabul etmek mümkündür. Örneğin *Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream Co.*⁷¹ davasında dondurma mağazaları sahipleri

⁷⁰ *In re South Central States Bakery Products Antitrust Litigation* 86, F.R.D. 407 (D. La. 1980)

⁷¹ *Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream Co.*, 78 F.R.D. 108 (C.D. Cal. 1978).

franchise alanlar, mağazalar zinciri yöneticisine, bağlı ortaklıklarına ve onların bölge franchise alanlarına karşı Sherman Yasası'nın 1. ve Clayton Yasası'nın 3. maddelerini ihlal ettikleri iddiasıyla sınıf davası açmıştır. Mahkeme, davalıların yatay pazar paylaşımı anlaşması yaptıkları yönündeki davacı iddialarına yönelik olarak, bireysel anlamda ortaya çıkabilecek muhtemel tek sorunun zararın ispatı olduğunu belirterek sınıfa sertifika vermiştir (ABA Handbook 2010, 64).

Yatay rekabet ihlallerine ilişkin davalarda, davacıların zararın hesaplanmasında kullanılan fazladan ödenen bedel teorisi (*overcharge theory of damages*) veya kâr kaybı teorisinden (*lost profits theory*) hangisine dayanarak tazminat talep ettikleri de önemlidir. Bu tür davalarda davacılar genellikle fazladan ödenen bedel teorisine dayanmaktadırlar. Bu teoriye göre, bir ürün veya hizmet için gerçekte ödenen bedel ile rekabet ihlali olmasaydı ödenmesi gereken tahmini bedel karşılaştırılarak zarar hesaplanmaktadır. Kâr kaybı teorisine göre ise rekabet ihlalinin olmadığı durumda elde edilecek kazanç ile gerçekte elde edilen kâr karşılaştırılmak suretiyle zarar hesaplanmaktadır. Ancak bu yöntemde sınıf davaları için iki problem ortaya çıkmaktadır. Bunlardan biri, rekabet ihlali olmasaydı davacıların elde edebilecekleri kârın hesaplanmasının davada bulunmayan davacıların temsili bakımından zorluk yaratması, diğeri ise bu kârın hesaplanmasının ortak ispat vasıtalarıyla mümkün olmamasıdır (ABA Handbook 2010, 65). Fazladan ödenen bedel teorisine kıyasla kâr kaybı teorisine dayanan davalarda bireysel konular ortak konular üzerinde baskın olabilmekte, bu nedenle FMUK'un 23 (b) 3. maddesinde yer alan ortak nitelikte hukuki veya maddi hususların diğeri hususlara baskın olması şartının yerine getirilmesi güç olabilmektedir. Bu nedenle, davacıların kâr kaybı teorisine dayanarak tazminat talep ettiği davalar genellikle sınıf davalarına uygun olmayan davalardır.

Hangi teorinin uygun olduğu hususu, sınıf üyeleri arasında da potansiyel bir çatışma yaratarak sınıf sertifikasının alınmasını etkileyebilmektedir. Örneğin *Bradburn Parent/Teacher Store, Inc. V. 3M*.⁷² davasında davacılar, 3M'nin şeffaf bantlarda çeşitli biçimlerde indirim paketleri oluşturarak yasal olmayan bir hakim durum yarattığı ve özel etiketli şeffaf bant üreticilerini dışladığı iddiasıyla sınıf davası açmıştır. Mahkeme, davacıların dayanak olarak kullandıkları tazminat teorisi ile davada hazır bulunmayan diğeri sınıf üyelerinin yararlanacağı tazminat teorisinin birbiriyle çatıştığı gerekçesiyle sınıf sertifikasını reddetmiştir. Mahkeme, özel etiketli şeffaf bant satın almamış küçük perakendecilerin, fazladan ödenen bedel teorisinden fayda sağlarken, bu alımları yapmış diğeri perakendecilerin kâr kaybı teorisinden yararlanabileceklerine karar vererek davacıların tazminat miktarlarını maksimize etme isteklerinin diğeri davacıların aleyhine sonuç

⁷² *Bradburn Parent/Teacher Store, Inc. V. 3M*, 513 F. Supp. 2d 322 (E.D. Pa. 2007).

yaratabileceği gerekçesiyle davacıların FMUK madde 23 (a) 4'te yer alan kuralı karşılamadıklarına hükmetmiştir.

2.2.3. Dikey Fiyat Sınırlamasından Doğan Davalar

Yatay fiyat sınırlamalarında olduğu gibi standart ürünleri içeren ve taraf sayısının daha az olduğu dikey sınırlamaları içeren davalara kolaylıkla sınıf sertifikası verilebilmektedir. Ancak dikey fiyat kısıtlamaları *per se* kanuna aykırı olmadığı gibi bu ihlalleri konu alan davalarda zararın tahmin edilmesi de zordur. YM, dikey fiyat kısıtlamalarının rekabeti arttırıcı etkilerinin olabileceğini, özellikle marka içi rekabeti teşvik edebileceğini belirtmiştir. Bu nedenle dikey fiyat kısıtlamalarını içeren sınıf davalarının sertifikalandırılması, yatay fiyat kısıtlamalarını içeren davalara kıyasla daha zordur (ABA Handbook 2010, 69).

Dikey kısıtlamaları içeren sınıf davalarında dikey ilişkinin yapısının ortaya konması ise önemlidir. Örneğin bir dikey anlaşmada üst pazardaki üretici veya toptan satıcı, alt pazardaki perakendecilere fiyatı dikte ettiriyorsa, zarar gören sınıfın müşterilerden ziyade perakendecilerden oluşması gerekmektedir. Bu durumun bir sonucu da üreticiler ve perakendeciler arasındaki bu tür davalarda genellikle tek bir davalının bulunuyor olmasıdır. Böylece, sınıf üyelerinin davalıdan aynı şekilde olumsuz yönde etkilendiklerinin ispatı ve sınıf sertifikasının alınabilirliği kolaylaşmaktadır (ABA Handbook 2010, 69). Ancak perakendecilerin ihlalin oluşmasına iştirak ettiği durumlarda, *Illinois Brick* kararı dolaylı alıcıların dava açmasına engel olmayacaktır. Örneğin *Reiter v. Sonotone Corp.*⁷³ davasında işletme cihazı alıcıları bir işletme cihazı üreticisine ve onun perakendecilerine karşı, fiyat belirlemek amacıyla dikey anlaşma yaptıkları iddiasıyla sınıf davası açmıştır. Sınıf üyeleri, işletme cihazlarını doğrudan üreticilerden almamış olmalarına rağmen mahkeme, fiyatı yükselen işletme cihazlarını bu anlaşmanın tarafı olanlardan satın almış olmalarına dayanarak, sınıf üyelerini doğrudan alıcı olarak kabul etmiştir. Mahkeme, davacıların söz konusu anlaşma olmasaydı işletme cihazlarına daha az bedel ödeyeceklerini, bu nedenle rekabet ihlalinin doğan zararın açık olduğunu belirtmiştir.

Doğrudan alıcı konusu bu tür davalarda engel teşkil etmeyebilirken, çok sayıda perakendecinin olduğu ve üreticiler ile toptan satıcılar ya da perakendeciler arasındaki anlaşmadan kaynaklanan davalarda sorun olabilmektedir. Bunun gerekçesi ise her bir dağıtıcının sorumluluğu için kaçınılmaz olarak bireysel soruların ortaya çıkacağı ve perakendecilerin sayısı arttıkça bunun ispatının zorlaşacağıdır. Bu durum özellikle davacıların, üreticiler arasında yatay seviyedeki bir anlaşma ile birlikte üreticiler ile perakendecileri arasında dikey seviyede bir ihlal gerçekleştirildiğini iddia etmeleri halinde ortaya çıkabilmektedir (ABA Handbook 2010, 70).

⁷³ *Reiter v. Sonotone Corp.*, 486 F. Supp. 115 (D. Minn. 1980).

2.2.4. Bağlama Anlaşmalarından Doğan Davalar

Yatay ve dikey fiyat sınırlamalarının aksine bağlama anlaşmaları sınıf sertifikası için genel olarak daha az uygun olan davalardır. İhlalin bir parçası olarak davacılar, bu tür davalarda bağlanan ürünü satın almak zorunda kaldıklarını ispatlamaları gerekmektedir. Mahkemeler ise bu konunun bireysel bir sorun olduğunu ve sınıfsal bazda ispata uygun olmadığını belirtmektedir. Örneğin *Ungar v. Dunkin' Donuts of America, Inc.*⁷⁴ davasında franchise alanlar, franchise veren Dunkin' Donuts' firmasına karşı, franchise alabilmek için gayrimenkulü, kullanılacak malzemeleri, amblemleri ve marka lisans materyallerini kanuna aykırı olarak birlikte satın alma zorunluluğu getirdiği gerekçesiyle sınıf davası açmıştır. TM (3. Daire), bağlanan bir ürünü kabul zorunluluğunun ancak bireysel anlamda tespit edilebileceği gerekçesiyle sınıf sertifikasını reddetmiştir. Mahkeme bu sonuca ulaşırken, sınıfı oluşturan farklı franchise alan teşebbüslerin farklı gerekçelerinin bulunduğunu, bunlardan sadece bir kısmının franchise paketini oluşturan ürünlerin tamamını satın almaya mecbur bırakıldıklarını beyan ettikleri hususuna dayanmıştır.

Zorlama unsurunun sınıf çapında ispatının güç olması nedeniyle, bağlama anlaşmalarına ilişkin davaların sertifikalandırılması; bağlanan ürünleri birlikte satın alma şartının davalı tarafından kabul edilmiş olması veya sözleşmede belirtilmiş olması gibi durumlar hariç olmak üzere, sorunlu olabilmektedir. *In Re Visa Check/MasterMoney*⁷⁵ davasında davacılar, kredi kartı şirketlerinin kendi kredi kartlarını kabul eden perakendecileri aynı zamanda banka kartlarını da kabul etmeye zorladıklarını iddia etmiştir. Mahkeme, zorlamanın sınıf çapında ispatının mümkün olduğunu, çünkü kredi kartı şirketlerinin, perakendecilerin davalıların tüm kartlarını kabul etmelerine yönelik birer şirket politikaları bulunduğunu belirtmiştir. Davalıların bu politikaların varlığını açıkça reddetmemeleri karşısında mahkeme, söz konusu etkinin sınıf çapında ispatının mümkün olduğuna karar vermiştir.

2.2.5. Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasından Doğan Diğer Davalar

Potansiyel tekelleşme teorilerinin çeşitliliği sebebiyle, bu yöndeki iddiaların sınıf davaları için uygun bir model oluşturup oluşturmadığı net değildir. Doğrudan dışlayıcı bir davranışın bulunduğu durumlarda, mahkemelerin sınıf davalarına sertifika verme olasılıkları daha yüksektir. Örneğin, mahkemelerin çoğu, jenerik veya düşük fiyatlı ilaçların pazara geç girmesinden kaynaklanan yüksek fiyat nedeniyle uğranılan zararın tazmini amacıyla açılan sınıf davalarına sertifika vermiştir (ABA Handbook 2010, 72).

⁷⁴ *Ungar v. Dunkin' Donuts of America, Inc.*, 531 F.2d 1211 (3d Cir. 1976).

⁷⁵ *In Re Visa Check/MasterMoney*, 280 F.3d 124 (2d Cir. 2001).

Sınıf davaları, davalı tarafın fiyat ile ilgili dışlayıcı bir davranışı neticesinde, özellikle yıkıcı fiyatlandırma yoluyla pazarda hakim duruma geldiği veya hakim durumunu koruduğu yönündeki iddiaları içermesi halinde, mahkemelerce sertifikalandırılması daha zor davalar halini almaktadır. Örneğin *Allied Orthopedic Appliances, Inc. V. Tyco Healthcare Group, L.P.*⁷⁶ davasında davacılar, davalının tek kaynaktan alım sözleşmeleri elde etmek amacıyla kullanılan pazar payı indirimleri ve uygun fiyatlandırma yoluyla pazarı rakiplere kapatarak ürünlerinin fiyatlarını kolaylıkla yükseltebildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, davacıların davalının tekeli muhafaza etmek amacıyla sunduğunu iddia ettikleri indirimlerin tüm sınıf üyeleri bakımından yüksek fiyatlarla sonuçlandığını ortak kanıtlarla ispat edemedikleri gerekçesiyle sınıf sertifikasını reddetmiştir. Ayrıca mahkeme, sözleşmelerin jenerik rakipler için giriş engeli yaratsa ve ortalama fiyatın yükselmesine sebep olsa dahi birçok bireysel davacının indirimlerden yararlanmış olabileceğini belirterek sınıfa sertifika vermemiştir.

Tekelleşme iddiasına dayanan davalarda iddianın ispatı için uygun pazar tanımı yapılması gerekliliği, iddiaya konu mal veya hizmetlerin ülke çapında aynı nitelikte olmaması halinde ya da davalının sadece sınırlı bir coğrafi pazarda hakim durumda bulunması halinde, sınıf sertifikasına engel teşkil edebilmektedir. Örneğin *Rodney v. Northwest Airlines Inc.*⁷⁷, davasında davacı Northwest Airlines şirketinin direkt uçuşlarda toplamda 74 uçuş güzergahında hakim durumda bulunduğunu belirtmiştir. TM, bireysel ispat konularının pazar tanımında ağır bastığını, mahkemenin diğer ulaşım araçlarının (otobüs, tren, vb.) ikame olup olmadığı konusunda ilave çalışmalar yapmak zorunda kalacağını, her bir güzergahın kendine has özellikleri dikkate alındığında bu tür çalışmaların ise söz konusu güzergah bazında yapılması gerekeceğinden, bu durumun sınıf sertifikasına engel olacağını belirtmiştir.

2.3. Sınıf Davalarına Getirilen Eleştiriler ve Değerlendirme

ABD’de ortaya çıktığı dönemlerde bazı kesimlerce “zehirli kokteyl” olarak nitelendirilen⁷⁸ sınıf davaları hakkında en göze çarpan eleştirilerin başında, aşırı dava kültürünü teşvik ettiği, açılan davaların birçoğunun dayanaktan yoksun davalar olduğu (Purcell 2008, 1855), bu davaların asil-vekil sorununa⁷⁹ ve yüksek vekâlet ücretlerine yol açtığı, buna karşılık sınıf üyelerinin küçük miktarlarda tazminat elde ettiği ve aşırı caydırıcılığa neden olduğu (Russel 2010, 148) hususları

⁷⁶ *Allied Orthopedic Appliances, Inc. V. Tyco Healthcare Group, L.P.*, 247 F.R.D. 156 (C.D. Cal. 2007).

⁷⁷ *Rodney v. Northwest Airlines Inc.*, 146 Fed. App’x 783 (6th Cir. 2005).

⁷⁸ Yeşil Kitap - Soru ve Cevaplar.

⁷⁹ Özellikle uzlaşma şartlarında kendini gösteren asil-vekil sorunu, temsil edilenlerin sayısı arttıkça, bunların temsilci tarafın davranışlarını denetleme ve kontrol etmekte yetersiz kalmaları anlamına gelmektedir (Nihai Rapor 2007, 279).

gelmektedir⁸⁰. Bunun yanında davalıların büyük risk altında düşük miktarlar için uzlaşmayı tercih ettiği, bunun da toplu davaların etkinliğini azalttığı (Milutinovic 2007, 752), uzayan yargılama süreci nedeniyle masraflardan ve belirsizliklerden kaçınmak isteyen teşebbüsler üzerinden şantaj ve yasal olmayan kazançlara yol açabildiği (Komminos 2008, 233) gibi birçok soruna yol açtığı da belirtilmektedir⁸¹. Sınıf davalarındaki uzlaşmaların, sınıf üyeleri bakımından ancak adil, makul ve yeterli olduğuna mahkemece kanaat getirilmesi halinde kabul edilebilmesine ilişkin düzenlemenin⁸² de eleştirileri karşılığın yetmediği görülmektedir. Anılan eleştirilere örnek olarak Minnesota'daki Microsoft uzlaşması gösterilebilmektedir. Bu uzlaşma sonunda müşteriler uğradıkları zarar karşılığında yeni ürün alımında kullanılmak üzere 29 ABD Doları tutarında kupon alırken, sınıf davası avukatları 59,4 milyon ABD Doları tutarında kazanç elde etmiştir. Aynı şekilde, Microsoft'a karşı Kaliforniya'da açılan sınıf davasında davacı avukatları 100 milyon ABD Dolarını aşan miktarlarda kazanç sağlamışlardır (Komminos 2008, 233).

Öte yandan sınıf davalarını destekleyenler, getirilen eleştirilerin ve dava odaklı kültürün, davaların sınıf davası olarak görülmesinden değil, ABD hukuk sistemindeki başarıya dayalı ücret, üç katı tazminat, yüksek miktarlarda cezalandırıcı tazminata hükmeden jüri sistemi, dava öncesi keşif aşaması, katılmasız (opt-out) dava sistemi gibi diğer unsurlardan kaynaklandığını iddia etmektedirler (Stadler 2007, 195,196; Komisyon Notu 2010, 6; Cavanagh 2010, 5)⁸³. Bunun yanında tüketici menfaatlerinin tam olarak karşılandığının söylenebileceği sınıf davaları da mevcuttur. Örneğin *Visa-Master Card*⁸⁴ sınıf davasında 5 milyon tacir adına banka kartı pazarında dışlayıcı uygulama nedeniyle açılan davada, davacılar tarafından yapılan masrafların (yaklaşık 18 milyon ABD Doları ve 250.000 saatlik avukatlık ücreti) çoğu 3,4 milyar ABD Doları tutarındaki tazminat ve fiyatlarda on milyarlarca Dolar tutarında indirim

⁸⁰ ABD'de rekabet hukukundaki özel hukuk yaptırımlarının aşırı caydırıcılığa neden olduğu yönündeki iddialar Rekabet Modernizasyon Komisyonu Raporu'nda (2007, 247) da yer almıştır. YM'nin de, son dönemde özellikle regüle edilmiş ve teknik bilgi gerektiren piyasalar bakımından antitröst hukukundan kaynaklanan özel hukuk davalarına bakış açısını değiştirdiği ve bir miktar şüphelye yaklaşmaya başladığı görülmektedir. Ancak bu tür davalardaki şüphenin ABD sistemine özgü uygulamalardan kaynaklandığı da belirtilmektedir. Mahkemenin şüpheciligi 4 hususla açıklanabilir: 1) kanunu yanlış uygulama korkusu, 2) yargıç ve jürinin doğru sonuçlar elde etmesindeki güven eksikliği, 3) antitröst davalarını maliyet etkin bir şekilde yönetmede federal yargıçların yetersizliği, 4) regülasyonların yargısal müdahaleye önceliği (ayrıntılı açıklama için bkz. Cavanagh 2010, 4).

⁸¹ Bu görüşleri destekleyen yazarlar için bkz. Bronsteen (2005, 903-910).

⁸² FMUK madde 23 (e). Ayrıca bkz. *In Re Corrugated Container Antitrust Litigation*, 643 F.2d 195, 207 (5th Circuit 1981).

⁸³ Nitekim Portekiz ve Hollanda'da opt-out (katılmasız) davaların farklı türleri geçerli olmakla birlikte bu uygulamalarda herhangi bir aşırılığa rastlanmamıştır (Çalışma Belgesi 2008, 17).

⁸⁴ *Re Visa Check/Mastermoney Antitrust Litigation*, 297 f. Supp. 2d 503,524 (E.D.N.Y. 2003).

ile karşılanabilmiştir. Bunun yanında, CAFA'da sınıf davalarıyla ilgili aşırılıkları engellemeyi amaçlayan bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Bunların başında, çok sayıda zarar görenden oluşan geniş sınıf davalarını eyalet mahkemelerinden federal mahkemelere yönlendirmek gelmektedir. Ayrıca yukarıda 2.1.2.6. kısımda açıklandığı üzere, kupon uzlaşmalarını gözden geçiren prosedürler düzenlenerek sınıf üyelerinin davadan elde ettikleri faydaya kıyasla aşırı sayılabilecek avukatlık ücretleri düşürülmektedir (Komninos 2008, 233).

Buraya kadar yer verilen değerlendirmeler ışığında, ABD'de sınıf davalarının antitröst ihlallerinden kaynaklanan zararların giderilmesinde önemli bir rol oynadığını, ancak birçok eleştiriyi de beraberinde getirdiğini söylemek mümkündür. İlerleyen bölümlerde anlatılacağı üzere, ABD tecrübeleri ve burada oluşan dava kültürünün olumsuzlukları, AB düzeyinde toplu davalara ilişkin olarak yapılan reform çalışmalarında dikkate alınmaktadır.

AB REKABET HUKUKUNDA TOPLU DAVA MODELLERİ ve ÜYE ÜLKE ÖRNEKLERİ

3.1. AB Rekabet Hukukunda Toplu Davaların Tarihsel Gelişimi

AB’de rekabet hukuku yaptırımlarının temeli 1962 yılında yürürlüğe giren 17 sayılı Tüzük’e⁸⁵ dayanmaktadır. Anılan Tüzüğün yürürlüğe girdiği tarihten bu yana geçmiş 40 yıllık uygulamaya baktığımızda, Komisyonun Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA)’nın 101(3).⁸⁶ maddesi anlamında bireysel muafiyet tanımak hususunda hukuki yaptırım tekeline sahip, ulusal hukuk sisteminin (birkaç istisna dışında) ve mahkemelerin yer almadığı merkezi bir modelle karakterize edildiğini görmekteyiz (Komninos 2008, 25). Bu nedenle rekabet hukuku yaptırımları büyük oranda ulusal rekabet otoritelerine ve Komisyon’a bırakılmıştır (Yeşil Kitap 2005, 3).

Üye devletlerin iç hukuklarından üstün olan ve öncelikle uygulanma şartı bulunan ABİDA’da tarafların rekabet ihlalleri için AB mahkemelerinde tazminat davası açma hakkı ya da ulusal mahkemelerde açacakları tazminat davalarının şartları düzenlenmemiştir. Ancak Topluluğun ilk yıllarında Avrupa Adalet Divanı (AAD)’nın almış olduğu *Van Gend en Loos*⁸⁷ kararında, Topluluk hukukunun ulusal mahkemelerde uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

Geleneksel olarak AB rekabet hukukunda tazminat davaları çok sınırlı bir rol oynamıştır. 2004 yılına kadar Avrupa’da 60 adet dava açılmış, bunların

⁸⁵ Council Regulation No 17 of 6 February 1962 - First Regulation Implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, JO [1962] L13/204.

⁸⁶ ABİDA’nın 81. ve 82. maddeleri 101 ve 102 olarak değiştiğinden buradan itibaren 101 ve 102 kullanılacaktır.

⁸⁷ Case 26/62, *Van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Admin*, [1963] ECR 5.

28’inde tazminata hükmedilmiştir⁸⁸. AB’de rekabet hukukunda tazminat davalarının açılmamasına usuli problemler yanında birçok neden gösterilebilirse de⁸⁹, en önemli nedenlerinden birinin rekabet hukukunu özel hukukun ve pazar ekonomisinin temeli olarak görmekteki başarısızlık olduğu ve etkili bir kolektif yaptırım sisteminin olmamasının da bu konudaki en büyük engellerden biri olduğu söylenebilecektir (Vreck 2010, 279).

AB ve Üye Devletler, kamu sektörünün etkili “rekabet kültürü” sağlama görevini tamamen yerine getirebildiği konusunda şüphe duymaya başlamış (Russell 2010, 164) ve 1973 yılından itibaren açıkça özel hukuk yaptırımlarını teşvik eden uygulamalar yürütmüştür⁹⁰. Jones (2006, 2), “ihtilal” olarak nitelendirdiği AB rekabet hukukundaki özel hukuk yaptırımlarının gelişimini 3 döneme ayırmıştır. Buna göre, ilk dönem yani “Birinci İhtilal Dönemi”ni 1974 yılında alınan *BRT v SABAM*⁹¹ kararı, 1991 yılında alınan *Delimitis v Henninger Bräu*⁹² kararı ve Komisyonun teşebbüsleri ulusal mahkemelere başvurmasına teşvik etmek için yayımladığı ilk İşbirliği Duyurusu⁹³ oluşturmaktadır.

Ancak istenen etkiyi elde etmekte başarısız olunması üzerine 1/2003 sayılı Tüzük⁹⁴ ile birlikte “İkinci İhtilal” dönemi olarak adlandırılan modernizasyon süreci başlatılmıştır. Ulusal mahkemelere ABİDA’nın 101. maddesini tamamen uygulama yetkisi verilen bu Tüzükle aynı zamanda Komisyonun ulusal mahkemeler ve ulusal rekabet otoriteleri ile aynı masada yer alması sağlanmıştır. AAD’ın *Courage*⁹⁵ kararı ve 1/2003 sayılı Tüzük ile birlikte ulusal mahkemeler

⁸⁸ “Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules”, 31.8.2004, 100 (Buradan itibaren “Karşılaştırmalı Rapor (2004)” olarak anılacaktır). AB üye ülkelerinde 2004-2007 yılları arasında toplam 96 adet tazminat davası açılmıştır. Bunların 61 tanesi dikey kısıtlamalara ilişkin olup hiçbirinde tazminata hükmedilmemiştir (bkz. Nihai Rapor 2007, 39; Vreck 2010, 277). ABD’de ise antitröst alanında 31 Mart 2004 tarihinden önceki 12 ay boyunca 693 adet dava açılmıştır (Sittenreich 2010, 2718).

⁸⁹ Bkz. Komninos 2007, 161.

⁹⁰ Bkz. Jones 2006, 1.

⁹¹ Case 127/73, *Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior*, [1974] ECR 313.

⁹² *In Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG Case C-234/89*, [1991] ECR I-935.

⁹³ “Notice on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the ECC Treaty”, OJ 1993, C39/06.

⁹⁴ “Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the EC Treaty”, OJ L 1/1, 4.1.2003.

⁹⁵ *Courage Ltd. v Crehan*, [2001] ECR I-6297, P 23, Case C-295/04. Daha sonra alınan *Vincenzo Manfredi and Others v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, [2006] ECR I-6619 kararında da 101 ve 102. maddelerin direk uygulanmasına işaret edilerek, tazminat talep hakkının Topluluk rekabet hukukunun ihlalden zarar gören herkese açık olması gerektiği belirtilmiştir. AAD’nin daha sonraki kararlarında (*Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA (C-296/04)*, and *Nicoló Tricarico (C-297/04)* and *Pasqualina Murgolo (C298/04) v Assitalia SpA [2006] ECR I-6619*) da bu yaklaşımın devam ettiği görülmektedir.

nihayet ciddi bir şekilde son 40 yılın cesaret kırıcı engelleri olmadan özel hukuk davalarını görmeye başlamıştır⁹⁶. Ancak engellerin devam etmesi ve uygulamaya yönelik belirsizlikler bulunması nedeniyle, özel hukuk yaptırımlarının arzu edilen seviyeye ulaşmadığı görülmektedir. Bu durumun farkına varılmasıyla AB’de “Üçüncü İhtilal” dönemine hazırlıklar başlamıştır. Nihayet bu dönemin, daha etkili özel hukuk yaptırım mekanizmalarını geliştirmek amacıyla 2004 yılında yayımlanan Karşılaştırmalı Rapor⁹⁷, 2005 yılında yayımlanan Yeşil Kitap⁹⁸ ve buna ilişkin Çalışma Belgesi⁹⁹ ile başladığı ve bu belgeler kapsamında kamuoyundan alınan görüşler neticesinde 2008 yılında yayımlanan Beyaz Kitap¹⁰⁰ ve buna ilişkin Çalışma Belgesi¹⁰¹ ile devam ettiği söylenebilir.

3.2. Komisyonun Yeni Yaklaşımı ve Getirdiği Öneriler

Bir önceki bölümde anlatılan AB’deki gelişmeler neticesinde bu kısım içerisinde Komisyonun kolektif davalar bakımından önerdiği yasal değişikliklere kısaca değinilecek, bu değişikliklerin olası etkileri ilerleyen başlıklarda daha detayli incelenecektir.

2004 yılında yayımlanan Karşılaştırmalı Rapor’da tazminat davalarındaki az gelişmişliğe vurgu yapılmış ve üye ülkelerin kolektif davaları kabul etmekteki parçalanmış ve birbiriyle tutarsız girişimlerine Topluluk çapında bir çözüm aranması gerektiği belirtilmiştir. 2005 yılında yayımlanan Yeşil Kitap ve buna ilişkin Çalışma Belgesi’nde kamunun katılımı sağlanmak suretiyle, tazminat davalarının önündeki diğer engellerle birlikte AB düzeyinde tüketicinin kolektif tazminat imkânına gerek

⁹⁶ 1/2003 sayılı Tüzük ve Modernleşme süreci hakkındaki eleştiriler için bkz. Ehlermann ve Atanasu (2002, 72). İlk eleştirenler delil standardı, kusur şartı, nedensellik bağının kurulmasında Avrupa çapında farklı yargı sistemleri arasındaki tutarsızlık tehlikelerine işaret etmiştir. Diğerleri, cezalandırıcı (veya çoklu) tazminatın, sınıf davalarının, başarı ücretinin ve yoğun davalara alışık mahkemelerin yokluğunda, ulusal mahkemeler önünde bireysel dava açmaktaki teşviklerin çok zayıf olacağını savunmuştur. Bundan başka delillere erişim, dava öncesi aşamalar, zamanaşımı sürelerine ilişkin kurallar arasında tutarlılık bulunmadığını, bu nedenle mahkemelerin uygun bir tazminat miktarı belirlemelerinin imkânsız olacağını belirtmiştir.

⁹⁷ Karşılaştırmalı Rapor (2004).

⁹⁸ “European Commission, Green Paper, Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules”, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672 (Buradan itibaren “Yeşil Kitap (2005)” olarak anılacaktır).

⁹⁹ “Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper”, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672 (Buradan itibaren “Çalışma Belgesi (2005)” olarak anılacaktır).

¹⁰⁰ “The White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty of May 1999”, OJ C 132/1 (Buradan itibaren “Beyaz Kitap (2008)” olarak anılacaktır). Özel hukuk yaptırımlarına ilişkin olarak Karşılaştırmalı Rapor (2004, 1)’da AB’de özel hukuk yaptırımları uygulamalarının, tam bir çeşitlilik ve az gelişmişlik (Yeşil Kitap 2005, 4) gösterdiği belirtilmiştir. Beyaz Kitap (2008, 2)’ta, tazminat elde etmekteki yetersiz araçların varlığının, Avrupa’daki tüketicilere ve iş çevrelerine her yıl birkaç milyar Avro’ya mal olduğu belirtilmiştir.

¹⁰¹ Çalışma Belgesi (2008).

olup olmadığı veya ne derecede buna ihtiyaç duyulduğu ve bunlara ilişkin alternatif çözüm önerileri değerlendirilmiştir. Kamuoyunda oluşan çoğunluk görüşü, tüketici davalarının özellikle dava maliyetleri ile minimal tazminat arasındaki farkın azaltılması bakımından bir şekilde toplanması gerektiği yönünde oluşmuştur (Çalışma Belgesi 2008, 14). Yeşil Kitabın yayımlanmasından önce de AB’de özel hukuk uygulamalarını arttırmanın gerekliliği ve nasıl başarılacağı hususundaki tartışmalar sürmüştür¹⁰². Komisyon, bu çalışmalarla birlikte ABD gibi diğer ülkelerin deneyimlerini de ortaya koyarak geniş bir istişare dönemi geçirmiştir. Komisyonun kamuoyundan aldığı görüşler temelinde Yeşil Kitap’ı takiben 2008 yılında yayımladığı Beyaz Kitap’ta öncelikle, rekabet hukuku ihlallerinden zarar gören “tüm kişiler” için “tam tazminat¹⁰³” hedefi getirilmiş ve kolektif tazminat mekanizmalarının sağlanması gerektiğinin altı çizilmiştir. Bu çerçevede, gerek rekabet otoritelerinin veya Komisyonun ihlale ilişkin olarak vermiş olduğu karar takiben (*follow-on*) açılacak davalar ve gerekse de bunlardan bağımsız (*stand-alone*) olarak açılacak davalar bakımından etkili bir kolektif tazminat sağlanması için iki mekanizma önerilmiştir¹⁰⁴:

*“tüketici birlikleri, kamu kuruluşları veya ticaret odaları gibi yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından belirlenmiş veya belirlenebilir zarar gören kesim adına açılacak **temsilci davaları**. Bu kuruluşlar önceden yetkilendirilmiş olabileceği gibi, belirli bir rekabet ihlali bakımından özel amaçlı olarak da (ad hoc) yetkilendirilebilecektir”.*

*“tüketicilerin uğradıkları zarara ilişkin iddialarını bir davada birleştirmek için açıkça olumlu yanıt verdikleri **katılnalı (opt-in) davalar**”*

Ancak temsilci organların tüm davaları açamayacağı veya açmak istemeyeceği Komisyon tarafından göz önüne alınarak, temsilci davalar ile

¹⁰² Komisyon 1998 yılında yayımladığı İhtiyati Tedbirler Direktifi (Directive 1998/27 on injunctions for the protection of consumers’ interests [1998] OJ L 166) ile “tüketicinin kolektif çıkarların korunması” amacıyla, tüketici derneklerine önleme davası açma hakkı tanımıştır. Tazminat davası açma hakkı tanımayan bu düzenlemenin etkisi sınırlı kalmıştır.

¹⁰³ Komisyon Yeşil Kitaba ilişkin Çalışma Belgesi’nde tazminat davaları bakımından hem caydırıcılık hem tazminat amacına işaret ederken (parag. 4-6.), Beyaz Kitap’ta (2008, 3) açıkça tazminat fonksiyonuna ağırlık verilmesi gerektiğini, bu amacın caydırıcılığı da sağlayacağını belirtmiştir.

¹⁰⁴ Bkz. Beyaz Kitap 2008, 4. Komisyonun konuya ilişkin Yeşil Kitap’ta getirdiği önerisi bireysel olarak dava açma hakkının korunması yanında tüketici birliklerine dava açma hakkının getirilmesidir. Bu öneriye ilişkin olarak verilecek görüşlerde, dava açabilecek yetkili birliklerin tescil veya yetkilendirme sisteminden hangisine göre belirleneceği, tazminatın birliğin kendisine mi yoksa doğrudan üyelerine mi ödeneceği ve örneğin birliğe ödenecek tazminatın kusurlu tarafın elde ettiği kazanç, üyelere ödenecek tazminatın ise uğradıkları zarara göre hesaplanması gibi konuların da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Tez kapsamında Komisyonun Beyaz Kitap’ta getirdiği daha sonraki tarihli önerisi üzerinde durulmaktadır.

katılmalı davaların birbirini tamamlayıcı bir araç olarak kullanılabilceği önerilmiştir. Ayrıca aynı zararın bir kereden fazla tazmin olunmasını önlemek için gerekli önlemlerin alınması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁵. Bu çerçevede üç ihtimalli bir öneri seti getirilerek, temsilci davası, katılmalı dava ya da her ikisinin de uygulama alanı bulduğu dava ihtimalleri üzerinde durulmuştur. Komisyonun bu önerilerine ilişkin değerlendirmeler ilerleyen bölümlerde dava modelleri incelenirken yapılacaktır.

Komisyon, yapmış olduğu reform çalışmaları çerçevesinde, AB düzeyinde kolektif dava sistemini oluşturma amacındaki önceliklerini belirlemiştir. Bu çerçevede bu alandaki yasama faaliyeti; Kasım 2010 tarihinden Şubat 2011 tarihi sonuna kadar kamudan görüş almak, görüşlerin alınmasının ardından 2011 yılı sonbaharında genel bir yasal çerçeve hazırlamak ve 2011'in 2. yarısında farklı politika alanlarında belirli yasal girişimlerde bulunmak şeklinde sıralanmıştır¹⁰⁶. Ancak bu alanda henüz yasal bir düzenleme getirilmediği görülmektedir¹⁰⁷.

3.3. AB Rekabet Hukukunda Toplu Dava Modelleri ve Üye Ülke Örnekleri

Avrupa'da uzun süre ABD tarzı sınıf davaları hukuki açıdan düzensiz ve pratik açıdan uygunsuz olarak nitelendirilmiştir. Ancak son on yıllık süre içerisinde bu yaklaşım değişmeye başlamış; yasama organlarında ve hukuk doktrininde toplu davaların herhangi bir türünün küresel pazarda birden fazla zarar gören kişilerin iddiaları bakımından gerekli olduğu yönünde fikir birliği oluşmaya başlamıştır (Nashi 2010, 150)¹⁰⁸.

Son yıllarda toplu dava mekanizmalarını benimseyen bazı Üye Devletler ile özellikle tüketicinin korunması, ürün sorumluluğu, ayrımcılık, çevre kirliliği ve belirli sermaye piyasası işlemlerinden doğan davalar bakımından yasalar çıkartılarak Avrupa'da özgün kolektif dava biçimleri ortaya çıkmaya başlamıştır¹⁰⁹.

¹⁰⁵ A.g.k. s. 4.

¹⁰⁶ Bkz. Pinotti ve Stepnia 2011, 24-33.

¹⁰⁷ Son olarak AB Parlemantosuna tarafından, AB'de rekabet ihlallerinden doğan kolektif dava sistemlerine ilişkin bir çalışma (Çalışma Belgesi 2012) yapılmıştır.

¹⁰⁸ Buna karşın bazı eleştirmenler toplu davaların AB düzeyinde uygun bir dava türü olmadığını, düşük miktarda iddialarla artan maliyetlerin ve dava odaklı bir kültürün zararlarının yararlarına ağır basacağını savunmaktadır (Çalışma Belgesi 2008, 17).

¹⁰⁹ DG SANCO/Nihai Rapor (2008)'e göre 13 üye ülkede toplu dava modeli benimsenmiştir. Bu ülkeler Avusturya, Bulgaristan, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Hollanda, Portekiz, İspanya, İsveç ve İngiltere. Üye ülkelerdeki toplu dava modelleri arasında büyük farklılıklar yer almaktadır. Hollanda, 2004 yılında çıkardığı kanun ile çok geniş toplu dava imkânı sağlarken, diğerleri örneğin Almanya'da sadece birkaç maddi hukuk alanında ve önleme ile sınırlı toplu dava modelleri kabul edilmiştir. İsveç'te 2002 yılında kabul edilen kanun ile tüm medeni hukuk alanında toplu davalar kabul edilmiştir. En yeni düzenleme İtalya'da olup, toplu dava hakkı 2010 yılından bu yana uygulanmaktadır.

Rekabet hukuku alanında da özellikle son dönemde kolektif dava modellerine ilişkin düzenlemeler yapılmakta olup¹¹⁰, söz konusu düzenlemeler dava modelleri ile birlikte bu bölümde ayrıntılı olarak anlatılacaktır.

Toplu davalar bakımından ortak bir hukuksal çerçeve yaratma çabası AB’de iki seviye sistemi yaratmıştır. Bir yanda bazı AB üye ülkeleri sınıf davalarını veya diğer kolektif davaları kabul eden yasalar çıkartırken, diğerleri sınıf davaları için yeni bir kanun çıkartmaksızın, böyle bir hakkın ulusal hukuktan ve AB hukukundan doğduğundan bahisle, mevcut ulusal hukuk sisteminde davaların açılması ihtimalini korumaktadır. Ek-1’de yer alan Tablo’dan da görüleceği üzere, Avrupa’da rekabet hukukundaki toplu dava biçimleri büyük bir çeşitlilik göstermekte, çeşitli şekillerde tanımlanmakta ve sınıflandırılmaktadır. Her bir sistem usul hukuku dışındaki prosedürler dahil çeşitli yasal düzenlemelerin etkisiyle şekillenmiştir (Nihai Rapor 2007, 268).

Tez kapsamında, genel kabul gören sınıflandırmadan ayrılmadan AB hukuk sistemindeki çeşitliliği ve münferit dava modellerini de göz önüne alarak toplu davalar 5 ana gruba ayrılarak incelenecektir¹¹¹. Bunlar: 1) müşterek davalar ve deneme (test) davaları 2) temsilci davaları¹¹², 3) grup davaları, 4) alacağın temlik davaları, 5) elde edilen ekonomik yararın geri alınması prosedürü.

3.3.1. Müşterek Davalar¹¹³ ve Deneme (Test) Davaları

Müşterek davalar ve deneme davalarında, tüm zarar görenlerin bireysel olarak açtıkları davaların tek bir davada birleştirilmesi söz konusudur. Ölçek

¹¹⁰ Nihai Rapor (2007, 268)’a göre raporun yayımlandığı tarih itibarıyla; İngiltere, İsveç, İspanya, Almanya, Hollanda çeşitli türlerdeki kolektif davaları kabul ederken, Fransa, İrlanda, İtalya, Finlandiya, Danimarka ve Norveç çeşitli kolektif dava türlerini oluşturmayı tasarlamakta veya buna ilişkin yasaları çıkartmaktadır.

¹¹¹ Benzer bir ayrım Karşılaştırmalı Rapor (2004, 44)’da şu şekilde yapılmıştır: “müşterek dava”, “temsilci davası”, “sınıf davası ve kolektif dava”, “kamu yararı davası”, “alacağın temlik davası” ve “savcı veya ombudsman tarafından açılan dava”. Daha sonra yayımlanan Nihai Rapor (2007, 268)’da sınıflandırma; “müşterek davalar ve test davaları”, kolektif davalar”, “temsilci davaları” olarak yapılmıştır. Komisyonun Yeşil Kitap (2008)’ta yaptığı sınıflandırmada ise, tanımlı bir grup kişi adına bu kişilerin haklarını korumak için temsilci bir gerçek kişi veya tüketici birlikleri gibi tüzel kişiler tarafından açılan “temsili davalar”, tanımlı veya tanımlanabilir bir grup kişi adına bu kişilerin haklarını korumak için açılan “kolektif davalar”, ve kamu yararını amaçlayan ve zarar gören bir gerçek veya tüzel kişiye tazminat sağlanması ile sonuçlanan “kamu yararı davaları” şeklinde bir ayrıma gidilmiştir.

¹¹² Bu davalar “birlik davaları” olarak da anılmaktadır.

¹¹³ Nihai Rapor (2007, 269)’da bir davacının aynı davalı ya da davalı grubuna karşı sahip olduğu birden çok talebin bir davada öne sürülmesi ihtimali de müşterek talepli davalar olarak bu kategori içerisinde sayılmıştır. Ancak bu dava türünde birden fazla kişinin iddialarının tek bir davada toplanması söz konusu olmadığından bu dava türü incelemeye alınmamıştır.

ekonomisi sağlayarak dava maliyetlerinin azaltılmasına imkân sağlayan bu dava türlerinin en önemli özelliği ise davaların bir grubu veya sınıfı temsilen değil, zarar görenler tarafından bireysel olarak açılmasıdır (Nihai Rapor 2007, 269).

3.3.1.1. Müşterek Davalar

Geniş anlamda kolektif davaların en basit biçimi olan müşterek davalar, birkaç davacı tarafından, fiili ve hukuki sebeplerin aynı olması halinde, aynı davalıya karşı açılan veya hakim tarafından iddialar arasındaki bağlantı nedeniyle birleştirilen ve tüm üye ülkelerde mevcut olan dava türüdür (Karşılaştırmalı Rapor 2004, 45). Burada bütün davacıları kapsayan tek bir karar verilse de her davacının iddiası ayrı ayrı değerlendirilmekte ve tazminatlar ayrı ayrı hesaplanmaktadır. Bazı yazarlar, geleneksel müşterek dava prosedürünün toplu davaların amaçlarını elde etmek için yeterince esnek olursa toplu davalara ilişkin bir düzenlemeye gerek kalmayacağı görüşündedir. Ancak genel kanı, bireysel davaların açılmasını gerektiren söz konusu dava türünün tek başına antitröst davalarının önündeki engelleri ortadan kaldırmaya yetmeyeceği, çok sayıda davacı müşterek bir davada birleştiğinden, mahkemelerin karmaşık bir kitle yargılamasıyla karşı karşıya kalacağı yönündedir (Stadler, 2008, 202).

3.3.1.2. Deneme Davaları

Müşterek davalara benzer olan bu mekanizmada, çeşitli bireysel davalardaki ortak konular hakkında tek bir deneme davasında karar verilmekte ve kararın sonucu (örneğin, zararın rekabet hukuku kurallarının ihlalden kaynaklandığı gibi) tüm davacılar bakımından bağlayıcı olmaktadır. Ancak, ortak olmayan diğer hususlar (örneğin, bireysel zarar miktarları gibi) hakkında bireysel davalar üzerinden karar verilmektedir (Nihai Rapor 2007, 269). Şekli açıdan baktığımızda, ortak olan konular ve bireysel konuların ayrı ayrı değerlendirildiği deneme davaları, iki yönlü davalardır ve birçok yargı sisteminde yasal olarak düzenlenmemiştir¹¹⁴.

Söz konusu dava çeşidinin en önemli örneklerinden biri Deutsche Telekom davasına tepki olarak yasalaşan Alman Sermaye Piyasaları Model Dava Kanunu'dur¹¹⁵. Sadece sermaye piyasalarındaki uyuşmazlıkları konu alan davaları düzenleyen bu Kanunun önemi, yasa koyucunun antitröst davalarında da küçük ve yayılmış tazminat miktarları ile yargı masrafları arasındaki dengesizlik nedeniyle oluşan usuli etkinsizlik ve rasyonel duyarsızlık problemlerini çözmek

¹¹⁴ Tüketici örgütlerine test davası açma hakkı veren Avusturya ve Yunanistan örnekleri için bkz. DG SANCO/Nihai Rapor (2008).

¹¹⁵ Act on Model Case Proceedings in Disputes under Capital Markets Law (Capital Markets Model Case Act/KapMuG).

amacıyla pilot proje olarak¹¹⁶ bu mekanizmayı getirmiş olmasıdır. Deutsche Telekom davasında, 2001-2003 yılları arasında 754 hukuk bürosu tarafından 15.000 yatırımcı adına Deutsche Telekom'a karşı 2.100 adet dava açılmıştır. Almanya'da özel bir sınıf davası kanunu olmadığından, bu davalar neticesinde Parlamento, ABD tarzı sınıf davası yerine Almanya ve Avrupa prensipleri temelinde bir çözüm getirmiştir (Halfmeier ve Feess 2010, 13). Bu Kanun'a göre, davacıardan her birinin bireysel bir dava açması gerekir. Davayı açan kişi kendi davasının benzer durumdaki kişiler için örnek oluşturabileceğini belirtirse, mahkeme tarafından elektronik internet tabanlı bir kayıt oluşturulur ve bireylerin dava hakkında bilgilenmesi sağlanır. Belirlenen süre içerisinde en az 10 adet dava açılırsa, seçilen bir model dava üzerinden davanın görülmesine başlanır ve diğer davalar askıya alınır. Mahkeme, vakaya ve esasa dair ortak hususları söz konusu model dava üzerinden yürütür ve karar, dava açmış diğer davacılar bakımından da bağlayıcı olur. Bu aşamadan sonra dava temyiz edilebilir ve onanırsa son aşamada bireysel davaların görülmesine geçilir (Halfmeier ve Feess 2010, 13-14). 01.11.2010 tarihine kadar geçerli olan bu Kanun'un uygulanması, 2012 yılının Ekim ayına kadar uzatılmıştır¹¹⁷.

Çok sayıdaki tazminat talebinin bir davada görülmesine hızlı bir çözüm getirmese de bu dava türünün grup davalarına oranla daha az karmaşık olduğu söylenebilecektir. Ayrıca belirlenen süre içerisinde benzer iddia sahiplerinin deneme davası prosedürüne katılabilmek imkânının bulunması, bedavacılık probleminin azaltılmasında etkili olacak, tek bir davada davalıların sorumluluklarının belirlenmesi, onları davada uzlaşmaya zorlayacaktır (Nashi 2010, 156; Walter 2001, 374). Ayrıca tarafların ortak mahkeme giderlerini paylaşmaları da bir avantaj yaratabilecektir. Ancak ortak olmayan hususlar bakımından masraflar bireysel olarak karşılanacağından, bu davaların özellikle küçük miktardaki zararlar bakımından rasyonel duyarsızlık problemini ortadan kaldırdığını söylemek güçtür (Halfmeier ve Feess 2010, 12). Bu dava modelinin başlıca olumsuz tarafı, her kişinin bireysel olarak dava açmak zorunda olması ve model dava görülürken diğer davalar askıda kaldığından, model davanın esasını etkileyebilecek hususların değerlendirilememesi riskinin mevcut olmasıdır. Stadler (2007, 202-203), deneme davası mekanizmasının rekabet hukukundan kaynaklanan ihlaller bakımından etkili bir araç olmayacağı görüşündedir. Buna gerekçe olarak da Anayasal prensipler uyarınca hiç kimsenin yargılama sürecine katılmadığı bir kararla bağlı olamayacağını, ayrıca bu prosedür nedeniyle mahkemenin herkesi kapsayan bir uzlaşma öneremeyeceğini, kolektif bir yaptırım

¹¹⁶ Bkz. Bundeskartellamt (2007), Response to "OFT Discussion Paper on Private Actions in Competition Law: Effective Redress for Consumers and Business" (OFT 5 C / 053).

¹¹⁷ Bkz. Halfmeier, A. "Reform of German Model Proceedings Act planned", <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Reform%20of%20German%20Model%20Proceedings%20Act%20planned.pdf> adresinde (erişim tarihi: 28.11.2011).

olmadığından, hukuk kurallarını ihlali gerçekleştirenlerin, çok az sayıda insanın bu prosedürü kullanarak dava açacağını tahmin edeceklerini belirtmiştir.

3.3.2. Temsilci Davaları

Temsilci davaları, önceden (*ex ante*) ya da dava özelinde (*ad hoc*) yetkilendirilmiş tüzel kişiliği haiz bir organın, ihlalden zarar gören üyeleri ya da temsil ettiği topluluk adına açtığı davalardır (Beyaz Kitap 2008, 4). Bu davaları sınıf davalarından ya da diğer grup davalarından ayıran özellik, bunların belirli bir kişi veya bir grup kişi tarafından değil bir temsilci organ tarafından açılmasıdır. Söz konusu temsilci organ, tüketici birlikleri, ticaret odaları ya da bir kamu kuruluşu olabilmektedir. (Nihai Rapor 2007, 271). Temsil edilenlerin taraf olmadığı bu dava türünde (Çalışma Belgesi 2008, 18) grup davalarında olduğu gibi dava sonunda oluşan karar, belirlenmiş grup üyelerinin tamamı (katılmalı türde davaya bizzat katılan, katılmasız türde davadan çıkmayı tercih etmemiş olan) bakımından bağlayıcıdır.

Temsilci davaları değişik biçimler alabilir. İlki tüketici örgütleri gibi kuruluşların sadece bu kuruluşların üyeleri adına açmış olduğu davalar¹¹⁸; ikincisi ihlalden zarar görenler adına dava açmak üzere o ihlal özelinde kurulan (*ad hoc*) bir kuruluş eliyle açılan davalar; üçüncü olarak, temsili organların üyelerinden daha geniş bir grup, örneğin nihai tüketiciler adına açılan davalardır (Çalışma Belgesi 2008, 21). Temsilci davalarının üye ülkelerdeki biçimleri birbirinden çok farklı olmakla birlikte aşağıda temsilci davalarının önleme ve tazminat davaları şeklinde açılmasına ilişkin ayrıma yer verilecektir.

3.3.2.1. Temsilci Önleme Davaları

Bu davalar tüketici birliği ya da diğer kuruluşlar tarafından bir grubun menfaatlerini temsilen haksız uygulamayı durdurma talebiyle açılan davalardır. Tüm üye ülkelerde, temsilci kuruluşların, tüketici birliklerinin ve diğer organların önleme şeklinde dava açma yetkileri bulunmaktadır¹¹⁹.

Bu nitelikteki davalar, ihlalden zarar görecektir olan herkesin herhangi bir işlem yapmasına gerek kalmaksızın dava sonucunda çıkacak önleme kararından fayda sağlamasına imkân vermektedir. Bu nedenle, bu dava türünün ihlallerin önlenmesinde etkili olduğu söylenebilirse detazminat talepleri sürülemediğinden, caydırıcılık amacına hizmet ettiğini söylemek güçtür. Uygulamada Alman Rekabet Kanunu (Act Against Restraints Of Competition, ARC)¹²⁰'nda yer alan ve temsilci organlara önleme davası açma hakkı tanıyan hüküm¹²⁰ henüz uygulama alanı bulamamıştır (Keske, 2010, 232).

¹¹⁸ Yunanistan Tüketici Kanunu ile getirilen düzenleme bu şekildedir (Nihai Rapor 2007, 273).

¹¹⁹ Bkz. 98/27 sayılı Direktif (Council Directive 98/27, 1998 O.J. (L 166).

¹²⁰ ARC m. 33 (2).

3.3.2.2. Temsilci Tazminat Davaları

Katılnalı ya da katılmasız mekanizmaların uygulanabildiği temsilci tazminat davaları; Fransa'da, Belçika'da, İngiltere'de¹²¹, Almanya'da¹²², İtalya'da, İsveç ve Hollanda'da açılabilir. Bu tür davalar, çeşitli kuruluşlar tarafından açılabilir gibi, bazı ülkelerde Ombudsman gibi kamu denetçileri tarafından da açılabilmesine imkân sağlanmaktadır (Nihai Rapor 2007, 274).

Dava açılmasının temsilci bir organizasyona bırakılması, ABD sınıf davalarının şartlarından olan tipiklik ve yeterlilik kriterleri gibi, temsilci organın yetkin ve sadık hizmetler sağlamasını amaçlamaktadır. Ayrıca temsilci organın kendi kaynakları ile dava masraflarını karşılayabiliyor olması bir avantaj olarak gösterilmekte, ABD'de olduğu gibi girişimci sınıf davaları avukatlarının ortaya çıkmasını ve dayanaktan yoksun davaların açılmasını engellemektedir (Issacharoff ve Miller 2009, 193). Yukarıda değinilen Komisyon önerisinde (Beyaz Kitap 2008, 4), söz konusu kuruluşların önceden yetkilendirilmiş olabileceği gibi belirli bir rekabet ihlali bakımından geçici olarak (*ad hoc*) da yetkilendirilebileceği belirtilmiştir. Komisyon Beyaz Kitap'ta, bu davalar bakımından zarar görenlerin tam olarak belirlenmesinin aranıp aranmayacağı hususunda bir açıklık getirmemiş, böylece söz konusu kuruluşların sadece üyeleri adına değil, geniş tüketici grupları adına da bu davaları açabileceği yorumunu getirmiştir (Leskinen 2010, 26). Temsilci tazminat davaları, tüketicilerin ve küçük işletmelerin bilgilenmelerini sağlayarak, rasyonel duyarsızlığı giderebilmekte ve dava masraflarını düşürerek zarar görenlerin rekabet ihlallerinden kaynaklanan davalara dahil olmalarını teşvik etmektedir. Ayrıca tüzel kişiliği haiz temsilci kuruluşların, zarar görenlere kıyasla sahip oldukları bilgi avantajından yararlanmaları kartellerin ortaya çıkartılmasını kolaylaştırmakta, hakim durumun kötüye kullanılması ihlallerinde bu kuruluşların dava açabilme olasılığının yüksek olması, söz konusu ihlallerin caydırılmasında etkili olabilmektedir (Nihai Rapor 2007, 21). Komninos (2008, 233), tüketici grup davalarının etkinliği ve meşruluğu konusunda bazı sorunlar bulunsa da bu şekildeki kolektif davaların, rekabet ihlallerinden doğan talepler için, ABD sınıf davalarına kıyasla çok daha uygun olduğunu savunmaktadır.

3.3.2.2.1. Katılnalı (Opt-in) Temsilci Tazminat Davaları

Temsilci davanın bu türünde davadan zarar görenler açıkça davanın sonucuyla bağlı olmayı kendi iradeleriyle beyan ederler. Aşağıda katılnalı temsilci davalarından Fransa, İngiltere ve İtalya örneklerine yer verilecektir.

¹²¹ AB'de kolektif davaların en gelişmiş modeli olarak kabul edilen İngiltere'de aynı zamanda grup davaları ve test davaları da açılabilir.

¹²² Elde edilen ekonomik yararın geri alınması prosedürü ile sınırlı olup, tezin 3.3.5. bölümünde incelenecektir.

Genel olarak katımlı dava modelini kabul eden ülkelerde, önceden herhangi bir yetki olmadan bir kişi ya da bir grup adına dava açılmayacağına ve davacıların tamamının kimliklerinin bilinmesi gerektiğine ilişkin Anayasal ve usuli ilkeler mevcut olduğundan bu sistem tercih edilmiştir¹²³.

3.3.2.2.1.1. Fransa Örneği: Fransız Mobil Operatörü Davası

Fransa’da, antitröst zararları için toplu davalar, ilke olarak Fransa Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a göre açılabilir. Bu Kanun uyarınca bir tüketici derneği, en az iki tüketici aynı teşebbüs veya teşebbüslerin eylemleri sonucunda zarar görmüşse, onlar adına dava açılabilir. Fakat bunun için tüketici derneğinin ulusal düzeyde onaylanmış olması gerekir (Leskinen 2011, 2). Dava en az iki tüketicinin vereceği vekâletname ile açılır ve tüm grup üyelerinin dava başlamadan önce tespit edilmesi gerekmektedir. İhlalden zarar gören muhtemel kişilerin belirlenmesi için gazete ya da dergi yoluyla ilan yapılarak vekâlet toplanması mümkünken, televizyon ya da radyo veya kişiselleştirilmiş mektuplar yoluyla toplanması yasal olarak mümkün olmamakta, internet yoluyla ilan bakımından ise açık bir hüküm bulunmamaktadır (Leskinen 2010, 11). Dava sonunda hükmedilen tazminat, temsilci kuruluşa değil, zarar gören bireysel tüketicilere verilmektedir. Tazminatın hesaplanmasındaki güçlük nedeniyle mahkemeler, genellikle sadece birliklerin dava açma masraflarının iadesine karar vermektedir (Nihai Rapor 2007, 274). Katımlı sistemin, davaya katılmak isteyen her tüketicinin bir vekaletname vermesini gerektirmesi ve dava masraflarının tüketici derneği tarafından karşılanmasını gerektirmesi gibi külfetli prosedür nedeniyle, az miktarda bu dava türünden örneklere rastlanmaktadır¹²⁴.

Fransa’daki temsilci davaları ile ilgili tartışmaların odak noktasını, Fransa Rekabet Otoritesi tarafından uyumlu eylem nedeniyle cezalandırılan üç adet Fransız mobil operatörüne (Orange France, SFR, Bouygues) karşı Fransız tüketici grubu *Association de defense des consommateurs UFC-Que Choisir* tarafından açılan ve ilk olma özelliğini taşıyan dava¹²⁵ oluşturmaktadır. Bu birlik, 3.606 tüketici adına dava açmış ve tüketicilerin davaya katılabilmeleri için bir internet sitesi kurmuştur. Davanın açılması aşamasında, Fransa’da bulunan her bir mobil telefon kullanıcısının potansiyel davacı konumunda olması nedeniyle, sayılarının 20 milyonun üzerinde olduğu ve kişi başına düşen zararın yaklaşık 60 Avro olduğu tahmin edilmiştir. Hemen hemen tüm antitröst davalarında olduğu

¹²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Leskinen (2010, 13).

¹²⁴ 1997-2008 yılları arasında tüketici birlikleri tarafından toplam 28 adet dava açılmıştır (Cavézian ve Diğerleri, 2009).

¹²⁵ Judgment of Court of Appeal of Versailles of 16 May 2002, S.A. SFR Francaise du radiotelephone v. Union federale des consommateurs Que choisir, R.G. No. 01/07363.

gibi, zarar geniş kitlelere yayılmış olmasına rağmen, abonelerin sadece yüzde 1'inden daha azı davaya katılmaya karar vermiştir. Paris Ticaret Mahkemesi, tüketicilerin davaya katılmaları için internet sitesi kurularak talep toplamasına izin verilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir (Hodges 2008, 84). Dolayısıyla, dava masraflarının yüksek olması (Leskinen, 2010, 14) ve zarar görenlerle irtibat kurma bakımından temsilci kuruluşlara getirilen yasal sınırlamalar nedeniyle, Fransa'da temsilci tazminat davalarının başarılı olamadığı (Nihai Rapor 2007, 268) ve rekabet hukuku alanında yeterli etkinliği sağlayamadığı görülmektedir.

3.3.2.2.1.2. İngiltere Örneği: JJB Sports Plc Davası

ABD gibi müşterek hukuk sistemine sahip ve AB düzeyinde rekabet ihlallerine özgü kolektif dava mekanizmasına sahip tek ülke konumunda olan İngiltere'de, sadece temsilci davaları değil, aynı zamanda katımlı ve katılmasız grup dava türlerine benzer davaların açılması mümkün olabilmektedir (Milutinovic 2007, 754). Dolayısıyla İngiltere'nin, Beyaz Kitap'ta toplu davalar bakımından getirilen önerileri karşılayacak yeterli düzenlemelere sahip olduğu söylenebilir. Genel olarak rekabet hukuku ihlallerinden doğan zararların tazmini için davalar İngiliz mahkemelerinde açılabilirdiği gibi (Cumming ve Spitz, 2007, 14), rekabet hukuku ihlali, Adil Ticaret Ofisi (OFT) veya Komisyonun kararı ile tespit edilmişse bu kararı takiben (*follow-on*) Birleşik Krallık Rekabet Hukuku Temyiz Mahkemesi (The United Kingdom Competition Appeal Tribunal, CAT)'nde temsilci davaları da açılabilir¹²⁶. İngiliz mahkemesinde açılan davalar genel usul hukuku kurallarına (English Civil Procedure Rules, CPR) tabidir. İngiliz mahkemelerinde müşterek davalar, test davaları ve davacılar arasında ortak menfaat varsa CPR'nin 19.6. maddesi uyarınca grup davası açılabilir, ayrıca CPR'nin 19.11. maddesi uyarınca mahkemenin grup davası (Group Litigation Order, GLO) kararı alma yetkisi de bulunmaktadır (Kekse 2010, 212). CPR m. 19.6 uyarınca açılan davalara katılmasız grup davaları bölümünde, GLO davasına katımlı grup davaları bölümünde değinilecek, CAT'te açılan temsilci davalarına ise bu bölümde yer verilecektir.

İngiltere'de CAT önüne getirilecek olan temsilci tazminat davaları özellikle rekabet hukuku ihlalleri için tasarlanmış ve 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu modelde sadece OFT veya Komisyonun kararlarını takip eden (*follow-on*)¹²⁷

¹²⁶ Bkz. UK Competition Act 1998 Section 47B.

¹²⁷ Şu hususu belirtmek gerekir ki, rekabet ihlallerinden doğan kolektif davalar genellikle ulusal rekabet otoritesinin veya Komisyonun kararlarını takiben açılmaktadır. 1/2003 sayılı Tüzük'ün 16(1). maddesi uyarınca Komisyonun kararı tüm üye ülkeler bakımından bağlayıcıdır ve ihlalin varlığı bakımından aksi ispat edilemeyen bir karine teşkil etmektedir. Ancak bu kural, ulusal rekabet otoritelerinin kararlarının bağlayıcılığı söz konusu olduğunda, buradaki bağlayıcılık her üye ülkenin ulusal yasa hükümlerine göre belirlendiğinden, geçerli değildir. Bununla birlikte, bir ulusal rekabet otoritesinin

temsilci dava türüne izin verilmektedir. Burada da Fransa'daki ile benzer şekilde katılmalı modelli bir yapının kabul edildiğini görmekteyiz. Davalar dava sonucu ile bağlı olmayı kabul etmiş belirli tüketiciler için sınırlı ve sadece Bakanlık tarafından belirlenen kriterleri karşılayan organlar tarafından açılabilmeyle birlikte, İngiltere'de tek bir temsilci organ bunun için yetkilendirilmiştir.

2007 yılının Mart ayında, OFT'nin 2000 ve 2001 yıllarında futbol malzemesi satışında JJB Sports Plc'nin de dahil olduğu üç adet teşebbüs arasında fiyat belirleme anlaşması tespit etmesinin ardından, temsilci kuruluş *Which?* tarafından 2007 yılında JJB Sports Plc şirketine karşı, yaklaşık 130 bireysel tüketicinin katıldığı ilk temsilci antitröst davası¹²⁸ açılmıştır. Geniş medya kampanyasına rağmen *Which?* sadece 600 adet tüketiciden talep toplayabilmiştir. JJB Sports Plc, temsilci organ ile 2008 yılında uzlaşma sağlamış ve 39,99 Pound tutarında ödeme yaparak futbol tişörtü satın alan ve davaya katılan tüketicilere 20 Pound, davaya katılmayan tüketicilere 10 Pound iade yapılacağı konusunda anlaşmaya varılmıştır. Burada ilginç olan, davaya katılmayan tüketiciler bakımından da uzlaşma sağlanmış olmasıdır. Davaya katılmayan bu müşteriler JJB Sports'a karşı dava açma hakkından vazgeçtiklerine ilişkin belge imzalamak karşılığında söz konusu iade bedelini alabilmişlerdir (Smith ve Maton 2010, 303).

Bu dava ile birlikte eleştiriler; “katılmalı” modelde davacıların davaya katılmak yönündeki isteklerini açıkça belirtmek zorunda olduklarından, temsilci organın bir medya kampanyası başlatarak bireysel tüketicileri davaya çekmek zorunda kaldığı; kartel ile arttırılmış fiyattan yaklaşık 2 milyon tüketicinin dava konusu formaları satın aldığı yönünde tahminler bulunmasına rağmen, az sayıda tüketicinin davaya katıldığı noktada yoğunlaşmıştır (Leskinen 2011, 2). Ayrıca aynı ihlalden teşebbüslerin de zarar görmüş olmasına rağmen bu nitelikte bir toplu davaya sadece tüketicilerin katılabildiği olması davanın etkinliğini azaltmıştır.

2008 yılının Temmuz ayında, İngiltere Sivil Adalet Konseyi, İngiltere'de katılmasız kolektif tazminat modelinin kabul edilmesini öneren bir rapor yayımlamıştır. Bu öneride, söz konusu modeli temsil eden ABD sınıf davası sisteminin bazı yönlerinin bir bütün olarak katılmalı sisteme oranla daha etkili olabileceği belirtilmiştir (Shankland ve Craig, 2008). Bu çerçevede OFT, rekabet otoritesinin kararından bağımsız olarak açılacak temsilci davalarının katılmasız model üzerinden getirilmesi yönünde çalışmalar yürütmektedir (OFT 2007, 12-14).

aldığı karar, bir çok üye ülkede bağlayıcı kabul edilmekte, bazı ülkeler (Kıbrıs, Danimarka, İtalya, Litvanya) bu kararları aksi ispat edilene kadar geçerli kabul etmekte, diğer bazı ülkelerde (Avusturya, Estonya, Finlandiya, Fransa, Litvanya, Portekiz ve İspanya) sadece hakim dikkate alabileceği bir unsur olarak kabul edilmekte, sadece Almanya ve İsveç'te ise yabancı bir ulusal rekabet otoritesinin kararı ulusal mahkemeler tarafından bağlayıcı kabul edilmektedir (Çalışma Belgesi 2012, 24).

¹²⁸ Consumer Association v JJB Sports Plc Case No: 1078/7/9/07.

Yukarıda aktarılanlar kapsamında, Fransa ve İngiltere’de, katımlı temsilci davalarının mevcut haliyle rekabet hukukunda tazminat davalarının etkinliğini yeterince sağlayamadığı, bunun için geliştirilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu noktada Fransa örneğinden yola çıkılarak çözülmesi gereken ve Beyaz Kitap’ta da cevapsız bırakılan ilk soru, potansiyel davacıların yaklaşan bir davadan nasıl haberdar edileceği ve bu bilgilendirmenin finansmanın nasıl karşılanacağı sorusudur. Ayrıca, davaların açılmasında kişisel menfaatleri bulunmayan temsilci kuruluşların dava açma yönündeki teşviklerinin nasıl sağlanacağı hususu da göz önünde bulundurulmalıdır.

3.3.2.2.2. Katılmasız (Opt-out) Temsilci Davaları

AB’nin karışık toplu dava sistemi içerisinde, katılmasız temsilci davaları bakımından öne çıkan örnekler Danimarka ve Hollanda örnekleridir. **Danimarka**’daki katılmasız modelde, 2000 Danimarka Kronu’nu aşmayan küçük talepler için kolektif dava sadece Tüketici Ombudsmanı gibi kamu otoritesince açılabilmektedir (Leskinen 2011, 8). **Hollanda**’da ise 2005 yılında yürürlüğe giren Kolektif Uzlaşma Kanunu (*The Dutch Act on the Collective Settlement of Mass Damage Claims*) ile tazminat davalarında katılmasız uzlaşma modeli düzenlenmiştir. Bu model, temsilci kuruluş ile davalılar arasında tazminat miktarı konusunda mahkeme dışında bir uzlaşma sağlanması ve bu uzlaşmanın Amsterdam Temyiz Mahkemesi’nce kabul edilmesi esasına dayanmaktadır. Uzlaşma kabul edildikten sonra mahkeme davaya (uzlaşmaya) katılmak istemeyenler ya da bireysel dava açmak isteyenler için üç aylık bir süre tanımaktadır. Zarar görenler bu süre içerisinde uzlaşmaya katılmadıklarını bildirmedikleri sürece uzlaşma ile bağlı sayılmaktadırlar (Halfmeier ve Feess 2010, 18).

Kolektif Uzlaşma Kanununa göre, taraflar tazminat miktarının alt sınıflar veya farklı davacı türleri arasında nasıl paylaşılacağını da uzlaşma metninde açıklamalıdır. Büyük başarı sağlayan bu Kanun, global uzlaşmalarda etkili bir araç olarak görülmektedir. Hiçbiri rekabet ihlaline ilişkin olmasa da toplamda 6 adet uzlaşma Amsterdam Temyiz Mahkemesi’ne sunulmuş ve 5 tanesi kabul edilerek zarar görenler bakımından bağlayıcı sayılmıştır. Bunlar arasında 1 milyar Avro tazminat miktarını içeren ve 300.000 potansiyel davacının yer aldığı Dexia yatırım ürünleri uzlaşması ve 340 milyon ABD Doları tazminat miktarını içeren Shell uzlaşması yer almaktadır (Scheurleer ve Speyart 2010, 375-377).

Bu uzlaşma türünün rekabet ihlallerinde de uygulanacağına ilişkin görüşler öne sürülmektedir. Kanımızca da mahkeme dışı uzlaşmalar, iyi işleyen bir özel hukuk dava sisteminin önemli bir parçasıdır ve tüketicilerin uzun, masraflı ve karmaşık mahkeme sürecinden geçmeden tazminat elde etmelerini sağlar. Bu tür uzlaşmaların sadece davacı ve davalı değil, aynı zamanda bir bütün olarak

yargı sistemi üzerindeki yükü azaltma işlevi de bulunmaktadır. Birçok üye ülkede alternatif uyuşmazlık çözümü mekanizmaları yer almaktadır. Bazı üye ülkeler (Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Almanya, Macaristan, Polonya, Portekiz, İsveç ve İngiltere) alternatif uyuşmazlık çözümlerini mahkemelerin tarafları uzlaştırma yetkilerini tamamlayıcı bir mekanizma olarak kullanmaktadır. Adil uzlaşmaların sağlanabilmesi için tazminat miktarı bakımından karşılaştırma yapacak bir mahkeme kararı olmadığı sürece mahkeme dışı uzlaşmaların etkili olmayabileceği (Kroes 2007, 4) yönünde görüşler bulunsa da genel olarak ulusal sistemlerin uzlaşmaları kolaylaştırmak için mekanizmalar öngördüğü görülmektedir. Bununla birlikte kolektif uzlaşma mekanizmaları, AB üye ülkeleri düzeyinde henüz sınırlı olarak kullanılmaktadır.

3.3.3. Grup Davaları

ABD tarzı sınıf davaları benzeri olan grup davaları¹²⁹, zarar gören bir kişi tarafından kendi adına ve temsil ettiği diğer zarar görenler adına açılan davalardır. Grup üyesi tarafından açılan dava sonunda oluşan karar, tüm grup üyeleri (katılnmalı türde davaya bizzat katılan, katılmasız türde davadan çıkmayı tercih etmemiş olan) bakımından bağlayıcıdır. Grup üyeleri davada taraf değildir; temsilci davacı tarafından temsil edilirler ve davayı fiilen yürütemezler (Nihai Rapor 2007, 270). Grup davacısı; grup üyelerince seçilebilir, mahkeme tarafından belirlenebilir ya da İsveç ve ABD’de olduğu gibi grup adına ilk dava açan kişi bu sıfatla temsilci olabilir (Stadler 2007, 210). Genel olarak rekabet hukukunda tazminat taleplerini kapsayan grup davaları sadece İsveç’te¹³⁰, bir dereceye kadar ise İspanya’da, Portekiz’de¹³¹ ve İngiltere’de kabul edilmiştir.

Grup davalarının müşterek davalara kıyasla en büyük yararı, bilgi eksikliği ve dava maliyetleri nedeniyle dava açmayacak olan çok sayıda bireyin tazminat elde etmesine imkân vermesi ve maliyetli dava sürecini ortadan kaldırarak ölçek ekonomileri sağlamasıdır (Nihai Rapor 2007, 270). Bu tür davalar, bireysel davaların önündeki engelleri ortadan kaldırmaya yarayan yegâne dava türü olarak lanse edilmiştir (Stadler 2007, 209). Grup davasının bir diğer avantajı, grup üyelerinin sayısının artmasının davalı üzerinde baskı oluşturması ve böylece tüm iddiaları bir uzlaşma işlemiyle sonuçlandırmayı sağlamasıdır. Nitekim bu dava türünün öncüsü olan ABD’deki sınıf davalarının %90’ı uzlaşmayla sonuçlanmaktadır (Stadler, 2007, 210-212). Grup davalarından hangisinin (katılnmalı ya da katılmasız model) rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarının açılmasını daha fazla teşvik edeceği, rasyonel duyarsızlık, bilgi asimetrisi ve bedavacılık problemlerine çözüm getirebileceği aşağıda incelenecektir.

¹²⁹ Nihai Rapor’da “kolektif davalar” tanımı kullanılmıştır.

¹³⁰ Karşılaştırmalı Rapor 2004, 45.

¹³¹ A.g.k. 45.

3.3.3.1. Katımlı (Opt-in) Grup Davaları

Katımlı grup dava sistemi, bizzat ihlalden zarar gören bir kişi tarafından açılan davaya, diğer zarar görenlerin katılmak istediklerini açıkça beyan etmeleri üzerine kuruludur. Katılma hakkını mahkemeye bildirenler davada taraf olmazlar ve temsilci davacı tarafından temsil edilirler. Zarar görenlerin açılan davaya katılabilmeleri için iddialarının özelliklerini belirtmeleri, iddiaları ile ilgili kanıtlarını sağlamaları ya da geniş yasal formları doldurmaları beklenebilmektedir (Kekse 2010, 44). Bu sistemde temsilci davasından farklı olarak davacı da bizzat ihlalden zarar görmektedir (Çalışma Belgesi 2008, 20). Katımlı grup davası İsveç'te¹³² ve İngiltere'de kabul edilmiştir.

Katımlı sistemin işlemesi için ihlalden zarar görenlerin kendilerine yapılacak yazılı bildirimler sonrasında davaya katılmak yönündeki iradelerini ortaya koymaları gerektiğinden, Çalışma Belgesi (2008, 20)'nde bu tür davaların genellikle katılsız sisteme göre daha az sayıda zarar görenin davaya katılımı ile sonuçlanacağı belirtilmiştir. Bunun en önemli sebebi ise tüketicilere yeterli bildirim yapılamaması veya buna elverişli araçların yasal olarak kullanılamamasıdır. Bildirim mekanizması, kolektif davaları ve özellikle katımlı dava modellerini, tüketicilerin zararlarına karşılık tazminat elde etmeleri için erişilebilir bir araç haline getirmesi bakımından gereklidir. Bu çerçevede Avrupa hukuk deneyimleri kapsamında, AB sınırları içerisindeki tüm alacaklılara yönelik bilgilendirme yapılabilmesini amaçlayan İflas Yönetmeliği'nin elverişli bir bildirim sistemi örneği oluşturabileceği öne sürülmektedir¹³³.

Çalışma Belgesi (2008, 20)'de, daha az zarar görenin davaya katılmasın düzeltici adaleti sınırlandıracağı ve ihlali gerçekleştirenlerin yasa dışı kazançlarının bir kısmının hala onlarda kalabileceği, bu nedenle daha az caydırıcılık etkisinin olacağı belirtilerek bu sistemin dezavantajları sıralanmıştır. Bununla birlikte davacıların (ve zararlarının) belirlenmesi gerektiğinden davanın daha karmaşık hale gelebileceği, ancak yapılan analizlerde rekabet hukuku açısından katımlı davaların, bir kişinin kimliği belirsiz kişiler adına açtığı katılsız davalara tercih edilmesi gerektiğini ortaya koyduğu ifade edilmiştir. Ayrıca tarafların kimliklerinin belirlenmesi gerektiğinden ve davanın sonucu davaya katılan taraflar için bağlayıcı olduğundan, bu sistem geleneksel Kıta Avrupası hukuk ilkelerine daha yakındır. Bu sistemin bir diğer avantajı, davaya katılma karar aşamasından önce oluştuğunda, davalının uzlaşma aşamasında kaç

¹³² İsveç katımlı grup davalarını 2002 yılında yürürlüğe giren Grup Usulü Kanunu (*Group Proceedings Act*) ile kabul etmiştir. Hiçbiri rekabet ihlaline ilişkin olmamakla birlikte bu kanuna dayanarak toplamda 11 adet dava açılmıştır (Karşılaştırmalı Rapor 2004, 45).

¹³³ Çalışma Belgesi 2012, 50.

tane bireysel talep bakımından uzlaşma sağlayacağını kesin olarak bilebilecek olmasıdır (Nihai Rapor 2007, 272). Beyaz Kitap'ta da temsilci davalarına tamamlayıcı olarak önerilen katımlı grup davaları, temsilci organların çeşitli sebeplerle dava açmadığı durumlar için de bir çözüm olabileceği vurgulanmaktadır. Zarar görenler karar ile bağlı olmak için davaya katılmak yönündeki niyetlerini ifade edeceklerinden, olası aşırılıklar ve asil-vekil problemi önlenmiş olacaktır.

Bu model, potansiyel olarak davaya katılacak tüm tüketicilerin bilgilendirilmesi gerekliliği gibi bazı problemleri de beraberinde getirmekle birlikte, bu problemlerin mutlak bir bilgilendirme yerine tüketicilerin davadan haberdar olmasına imkân sağlayacak “yeterli bilgilendirme” ile çözülebileceği kabul edilmektedir. Bireysel zararların küçük miktarlarda ve yaygın olduğu düşünüldüğünde, bu sistemi kabul etmenin en büyük riski zarar görenlerin davaya katılmayarak yine pasif konumda kalması ve nispeten küçük bir grubun temsil edilmesidir (Keske, 2010, 44). Profesör Rachael Mulheron (2009, 409-412)'a göre katımlı sistemde davacıların davaya katılmamasının kişisel, usuli ve ekonomik nedenleri bulunmaktadır. Kişisel nedenler davacının kendini sürece dahil hissetmemesi, usuli nedenler dava hakkını bilmemesi, başkaları kazanana kadar dava yükünü taşımayı tercih etmemesi veya daha fazla delile ihtiyacı olduğunu düşünüyor olmasıdır. Ekonomik nedenler ise tazminat miktarını düşünerek mahkeme masraflarından endişe etmesidir. Katılmasız sistemde davadan çıkmayan davacı, zaten grubun bir üyesi olacağından bu sorunların birçoğu bulunmayacaktır (Sittenreich 2010, 2729). Dolayısıyla katımlı davaların katılmasız davalara kıyasla bilgi asimetrisi, rasyonel duyarsızlık ve bedavacılık problemlerine daha kısıtlı bir çözüm getirdiğini söylemek mümkündür.

Katımlı grup davası modeline örnek oluşturabilecek olan *İngiltere*'deki GLO sisteminin temel özelliği iddialardaki “hukuki veya maddi hususların ortak veya ilgili olması” halinde birden fazla bireysel davanın yönetimi için bir mekanizma olmasıdır. Mahkeme başvuru üzerine veya kendiliğinden, maddi veya hukuki konularda ortak bir dizi iddia olması halinde GLO prosedürünün uygulanabilirliği hakkında karar verir. “Hukuki veya maddi hususların ortak veya ilgili olması”, aşağıda anlatılacak olan CPR'nin 19.6. maddesinde aranan “ortak menfaat”ten daha geniş bir kavramdır ve mahkemeye geniş takdir yetkisi sağlar (Smith ve Maton 2010, 296). Karar, katılmayı tercih etmiş olan bireyler için bağlayıcıdır. GLO, test davası ve katımlı grup davası arasında bir statüde nitelendirilmektedir (Keske, 2010, 211-213). Zira temsil edilmeyi talep eden her bir bireyin dava açması, daha sonra GLO prosedürü için kayıt olması sonrasında mahkemenin bir ya da birkaç davayı test davası olarak seçmesi söz konusudur¹³⁴.

¹³⁴ Harbour ve Shelley, 2006, 7.

Her bir davacının kendi zararını ispat etmesi gerektiğinden ve tazminat bireysel olarak belirlendiğinden, GLO prosedürü az sayıda kullanılmakta ve etkili bir toplu dava prosedürü olarak nitelendirilmemektedir (Mulheron 2009, 439).

3.3.3.1.1. İtalya Örneği

İtalya’da 1 Ocak 2010 tarihinde Tüketici Kanunu’nun¹³⁵ 140. maddesinde yapılan değişiklikle rekabet ihlalleri, haksız ticaret uygulamaları ve haksız fiiller bakımından kolektif dava imkânı getirilmiştir. Bu düzenleme, genel olarak tüketiciyi korumayı amaç edinmekte, tüketicilere veya tüketici birliklerine dava açma ve diğerlerine açılan davaya katılma hakkı tanımaktadır (Pinotti ve Stepnia 2011, 28).

Söz konusu dava modeli iki aşamadan oluşmaktadır; ilk aşamada davanın kabul edilmesine, ikinci aşamada ödenecek tazminat miktarının belirlenmesine karar verilmektedir. Tazminat miktarı, miktar sabitleme veya bunları hesaplamak için homojen bir metodoloji kullanılması yoluyla belirlenir (Tesauro ve Ruggiero 2010, 520). Burada mahkemenin davayı kabul etmesi, temsil olunan tüketicilerin iddialarının ve uğradıkları zarar türünün aynı olması bakımından “aynı haklara” sahip olmalarına bağlıdır. Tüketici Kanunu uyarınca bu davalar, tüm sınıfta yer alan tüketiciler için ortak olan durumun korunması amacıyla, dolayısıyla homojen “sınıf menfaati” bakımından tanınabilmektedir (Martinazzi, 2010, 3). İtalya’da yürürlüğe giren yeni sınıf davası mekanizması 2010’un ilk beş ayında hemen uygulamaya konmuş ve üçü bankalara karşı olmak üzere 4 adet dava açılmıştır. (Pinotti ve Stepnia 2011, 28).

3.3.3.2. Katılmasız (Opt-out) Grup Davaları

Katılmalı dava sisteminin tersine, bu sistemde temsil edilen grup üyelerinin davaya katılmak istememeleri halinde bunu yazılı olarak mahkemeye bildirmeleri aranmakta, aksi halde dava sonucuyla bağlı sayılmaktadırlar. Katılmasız sisteme dayalı grup davalarının en iyi örneği ABD tarzı sınıf davalarıdır. Bu modelin en çok eleştirilen kısmı mahkemenin davayı reddettiği ya da yeterli miktarda tazminata hükmetmediği durumlarda grup üyesinin, haberi olmadan böyle bir kararla bağlı hale gelebilme ihtimalidir (Milutinovic 2007, 752). Bu nedenle en önemli aşamalardan biri davanın ihlalden zarar görenlere bildirimidir. Yapılacak bildirimde davaya katılmamanın sonuçları iyi açıklanmalı ve mahkeme temsilci davacının sınıfı temsil yeterliliğini ve çatışan hakların bulunup bulunmadığını daha iyi gözlemlmelidir. Katılmasız grup davaları 1995 yılından bu yana Portekiz’de ve İngiltere’de mevcutken, diğer bazı Avrupa ülkeleri de son zamanlarda katılmasız modele dayalı kolektif dava mekanizmalarını kabul etme eğilimindedir (Leskinen 2011, 7).

¹³⁵ Legislative Decree No. 206 of 6 September 2005.

Katılmasız dava modelinin, grup üyelerince aktif bir adım atılmasını gerektirmemesi, davaların birden çok davacı ile tek bir davada uzlaşma sağlaması, böylece dava masraflarının azalması, aynı nitelikteki birden fazla davanın yeniden görülmesine ve farklı kararlar çıkmasına engel olması gibi avantajları vardır (Milutinovic 2007, 752). Komisyon dahil birçok otorite, haksız davranışın sosyal maliyetinin daha fazlası davalı üzerine yüklendiğinden, katılmasız mekanizmanın daha geniş sınıflar yarattığı ve caydırıcılık amacına hizmet ettiği, ABD ile Kanada'daki tecrübelerin de katılmasız sistemin daha etkili olduğunu gösterdiğini kabul etse de (Çalışma Belgesi 2008, 20) Beyaz Kitap (2008, 4), açıkça katılmasız modeli reddetmiştir. Nihai Raporda (2007, 21) da katılmasız mekanizmanın zarar görenlerin daha çok sayıda katılımını sağlaması ve rasyonel duyarsızlık sorununu aşmak için daha iyi bir mekanizma olmasına rağmen, telafi edici adalet bakımından sorun teşkil edeceği ve gelişiminin Anayasal sınırlamalar veya diğer yasal endişelerle engellenebileceği belirtilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, aksi görüşü savunan yazarlar¹³⁶ bulunsa da, grup üyelerinin sadece kısıtlı bir zaman süresi içinde davaya katılmayacaklarını bildirerek grup davasının etkilerini bertaraf edebilecekleri ABD tarzı katılmasız dava modelinin rekabet ihlalleri bakımından kabul edilmemesi gerektiği görüşü hakimdir (Stadler 2007, 210). Kanımızca da isabetli olan bu yaklaşım, ABD sınıf davalarının ABD'nin hukuk sistemini, yasal ve kültürel geleneklerini yansıtır olmasından ve benzer bir katılmasız toplu dava modelinin, Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde uygulanabilir olmayabileceği düşüncesinden ileri gelmektedir.

3.3.3.2.1. İngiltere Örneği: British Airways Davası

İngiltere'de CPR 19.6 uyarınca bir davacı, kendi adına ve "ortak menfaati" (*same interest*) paylaştığı grup adına onları temsilen tazminat davası açabilmektedir. Bu dava türü ABD sınıf davaları benzeri katılmasız grup davası türüdür. Bu modelin en ilginç örneği yakın tarihli *British Airways*¹³⁷ davasıdır. Söz konusu davada, çiçek ithalatçısı olan davacı Emerald Supplies şirketi, British Airways'e karşı hava yolu kargo servislerinde fiyat belirleme ve pazar paylaşımı anlaşmaları yaptıkları gerekçesiyle, kendileri ve hava yolu taşımacılığı hizmeti alan ve fazladan bedel ödemiş olan diğer doğrudan ve dolaylı alıcılar adına dava açmıştır. Mahkeme, gruptaki kişi sayısı değişse dahi öncelikle grup üyeleri arasındaki ortak menfaatin davanın açıldığı ve kararın verildiği tarihte mevcut olması gerektiğini belirtmiştir. Davacı grubu içinde yer alan doğrudan alıcılar, uğradıkları zararları müşterilerine aktarmadıklarını savunurken, dolaylı alıcıların tersini savunabileceği; dolayısıyla hükmedilecek tazminatın davacıların dağıtım

¹³⁶ Örneğin bkz. Mulheron 2009.

¹³⁷ *Emerald Supplies Ltd v British Airways plc* [2009] EWHC 741.

zincirinin hangi kademesinden geldiklerine ve fazladan ödedikleri bedelleri kendi müşterilerine aktarıp aktaramadıklarına bağlı olduğunu ifade etmiştir. Bu değerlendirmeden hareketle mahkeme, davanın sebebi ve pazarın yapısının farklı sınıf üyelerinin talepleri arasında kaçınılmaz bir çatışma yaratacağı, bu nedenle doğrudan ve dolaylı alıcılardan oluşan tüm davacılar arasında “ortak menfaat” bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Mahkeme ayrıca, davacıların doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında alt sınıflar oluşturulması yönündeki taleplerini de reddetmiş ve her bir davacının bireysel olarak başvurusunun arandığı GLO prosedürünün uygulanabileceğini belirtmiştir. Kararı onayan Temyiz Mahkemesi¹³⁸ bu dava ile ancak her bir davacının bireysel olarak belirli olduğu bir toplu dava modelinin kabul edilebileceğini göstermiştir. Bunun yanında temsil edilecek kişi sayısında bir sınırlama olmadığını ve aktarma savunmasının mümkün olduğunu da ortaya koymuştur. Böylece Mahkeme, ABD’nin *Hanover Shoe* kararındaki yaklaşımında benimsediği gerekçeleri reddetmemekle birlikte, aktarma savunmasının kabul edilmemesine ilişkin kesin bir karar vermekten çekinmiştir. Bu karar, İngiliz Mahkemelerinde katılsız bir grup davası modelinin zor olduğunu, buna karşın tüm davacıların belirlenebildiği ve dava sebeplerinin aynı olduğu GLO gibi katılmalı grup davası benzeri bir modelin uygun olabileceğini ortaya koyması açısından önemli bir davadır (Patel 2010).

3.3.4. Alacağın Temliki Davaları

3.3.4.1. Almanya Örneği ve CDC Modeli: Çimento Kartelinde Davaların Birleştirilmesi

Deneme davası dışında toplu dava örneği bulunmayan Almanya’da, davaların birleştirilmesi üçüncü kişiler aracılığıyla gerçekleştirilebilmektedir. Bu dava modelinin öncüsü olan ve Belçika’da antitröst davaları için özel olarak kurulan Cartel Damage Claims SA (CDC) ünvanlı şirketin adıyla anılan modelde, üçüncü bir gerçek/tüzel kişi, kartelden zarar görenlerin tazminat alacak haklarını devralmakta ve kartel üyelerine karşı açtığı davada başarılı olması halinde, tazminatın belli bir oranı bu kişiye bırakılmaktadır. CDC ilk olarak, Alman Rekabet Otoritesinin 6 büyük çimento üreticisine ceza vermesinin ardından, 36 adet müşteri için söz konusu kartel üyelerine karşı toplamda yaklaşık 170 milyon Avro tutarında tazminat talebiyle Duesseldorf Eyalet Mahkemesinde (LG Duesseldorf) dava açmıştır. CDC, talepleri devralarak davayı yürütmesinin karşılığında hükmedilecek tazminatın yaklaşık %15’ini almak üzere anlaşma sağlamıştır. Alman Federal Temyiz Mahkemesi 2009 yılında almış olduğu kararla¹³⁹ bu prosedürün uygulanabilir olduğuna ve davanın kabulüne karar

¹³⁸ Emerald Supplies Ltd v British Airways Plc [2010] EWCA Civ 1284; [2011] C.P. Rep. 14.

¹³⁹ German Federal Court of Justice, 7 April 2009 (File No. KZR 42/08).

vermiştir. Ancak nihai sonuç, mahkemenin davanın esası hakkında vereceği karar neticesinde ortaya çıkacaktır.

CDC bunun dışında, Komisyonun hidrojen peroksit ve perborat kararında hidrojen peroksit kartelinin 6 üyesine rekabet ihlali nedeniyle para cezası vermesinin ardından, 32 kağıt ve kağıt hamuru üreticisi adına, söz konusu 6 teşebbüse karşı yaklaşık 643 milyon Avro tutarında tazminat talebiyle bir dava daha açmıştır¹⁴⁰. Avusturya’da da 2001 yılında bir dizi bireysel dava Tüketiciyi Bilgilendirme Derneğine transfer edilmiş ve daha sonra bu dernek kendi adına dava açmıştır¹⁴¹. Bu prosedür daha sonra sıkça kullanılmıştır.

Yukarıda anılan davaların başarılı olup olmayacağı zaman içerisinde belli olacaktır. Ancak Nihai Rapor (2007, 270)’da bu tür kuruluşların muhtemelen kaynaklarını büyük miktarlarda getirisi olan davalara yönlendirmeyi tercih edeceği, küçük miktardaki davalar ya da geniş kitlelere yayılmış olan tüketici zararları bakımından açılacak davalardan kazanılacak tazminat miktarlarının, potansiyel zarar görenlerin tespiti, iletişim masrafları ve taleplerin devrine ilişkin anlaşma masraflarını karşılamayacağı gerekçesiyle ilgi çekici olmayacağı ifade edilmiştir.

Kanımızca alacağın temliki davaları, rekabet ihlallerine karşı açılacak tazminat davaları bakımından geleneksel dava sistemine kıyasla rasyonel duyarsızlığı ve bedavacılık sorununu giderebilecek pratik bir çözüm olması açısından anlamlıdır. Özellikle kanun değişikliği gerektirmemesi ve davanın uzman bir kuruluş tarafından başarı esasına göre açılması da önemlidir. Bu nedenle söz konusu modelin etkili bir yaptırım sisteminin ve kartellere mücadele yönteminin önünü açabileceği değerlendirilmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere, bu tür şirketler az sayıdaki doğrudan alıcıların zararları bakımından davaya yatırım yapmayı tercih edecek olsa da söz konusu model, rekabet hukukundaki tazminat davaları bakımından yaratıcı bir seçenek olarak değerlendirilmektedir.

3.3.5. Elde Edilen Ekonomik Yararın Geri Alınması Prosedürü

ARC’de 2005 yılında yapılan değişikliklerde¹⁴² toplu tazminat kabul edilmemiş, bunun yerine alternatif olabilecek bir düzenleme getirilmiştir. ARC’nin 34 ve 34/a maddelerinde düzenlenen elde edilen ekonomik yararın geri alınması prosedürü, esas itibarıyla temsilci dava benzeri bir prosedür olmakla birlikte,

¹⁴⁰ Bkz. Dietze ve Brödermann 2010, 336.

¹⁴¹ Avusturya’da bir tüketici birliğinin 16 kişi adına açtığı bir davanın maliyeti 65.000 Avro tutarında iken bir tüketicinin aynı ihlalle ilgili bireysel olarak açtığı dava 11.000 Avro’dur. 16 tüketici dava açmış olsaydı 176.000 Avro dava masrafı ödemek zorunda kalacaktı; dolayısıyla toplu dava mekanizması ile sağlanan maliyet avantajı 111.000 Avro’dur (Tartışma Metni 2009, 10).

¹⁴² The 7th Amendment to the German Act Against Restraints of Competition (ARC m. 34).

burada zarar görenlerin tazminat elde etmesi amaçlanmadığından, çalışmamızda ayrı bir dava türü olarak yer verilmiştir. ARC'nin 34. maddesine göre,

“(1) Bir teşebbüs, ARC'nin bir hükmüne, ABİDA'nın 101. ya da 102. maddelerine ya da rekabet otoritesinin kararına aykırı hareket eder ve bundan dolayı ekonomik bir yarar elde ederse, kartel otoritesi ihlalin kasten işlendiği ve çok sayıda tüketiciyi etkilediğini ortaya koymak suretiyle, teşebbüsün elde ettiği kazancın devredilmesini ve uygun bir meblağı ödemesini talep edebilir. (2) Eğer elde edilen ekonomik yarar, teşebbüsün çeşitli davalarda tazminat ödemesi suretiyle, rekabet otoritesinin verdiği ceza veya elkoyma kararıyla ortadan kaldırılmışsa, f(1) hükmü uygulanmayacaktır. Söz konusu ödemeler, elde edilen yararın geri alınmasından sonra yapılmışsa, alınan para miktarı sonradan yapılan ödemeler tutarında teşebbüse iade edilir. (3) Elde edilen yararın devrinin aşırı ifa güçlüğüne yol açması halinde, uygun bir miktarla sınırlandırılmasına veya geri almadan tamamen vazgeçilmesine karar verilebilecektir. (4) Elde edilen ekonomik kazanç tahmin edilebilir, ödenecek para miktarı rakamsal olarak belirlenebilir olmalıdır. (5) Söz konusu geri alma, ihlalin sona ermesinden itibaren beş yıllık bir süre içinde ve beş yılı aşmayan bir süre için istenebilecektir.”

Yukarıdaki madde uyarınca elde edilecek meblağ, devlet hazinesine aktarılır ve maliyetler Alman Rekabet Otoritesi tarafından karşılanır (Karşılaştırmalı Rapor, 44). Esasen rekabet otoritesine tanınan elde edilen yararın geri alınması yetkisine tamamlayıcı olması açısından belirli organlara da bu imkân getirilmiştir (Leskinen 2010, 20). ARC'nin 34/a maddesine göre,

“(1) Bir teşebbüs m. 34 f.(1)'de sayılan ARC'nin bir hükmüne, ABİDA'nın 101. ya da 102. maddelerine ya da rekabet otoritesinin kararına aykırı hareket eder ve çok sayıda alıcının veya tedarikçinin zararına olmak üzere ekonomik bir yarar elde ederse, kartel otoritesi para cezasıyla veya m. 34 f.(1) uyarınca elde edilen yararın geri alınmasına karar vermemişse, yetkilendirilmiş kuruluş tarafından madde 33(2) uyarınca tedbir uygulanarak, elde edilen ekonomik yararın federal bütçeye aktarılması talep edilebilir. İhlal nedeniyle teşebbüs tarafından yapılan ödemeler, geri alınan bedelden mahsup edilir. (2) Madde 34(2) f. 2 kıyas yoluyla uygulanır. (3) Birden çok alacaklının elde edilen ekonomik yararın geri alınmasını talep etmesi halinde, Medeni Kanun'un m. 428-430 hükümleri uygulanır. (4) Alıcılar f.1 uyarınca ileri sürdükleri iddialar hakkında Alman Rekabet Otoritesine yeterli bilgi vermekle yükümlüdür. Alıcılar iddiaların ileri sürülmesi için gerekli masrafları borçludan alamadıkları takdirde bu masrafların ödenmesini Alman Rekabet Otoritesinden talep edebilirler. Masraf talebi, hazineye aktarılan ekonomik yararın miktarı ile sınırlıdır. (5) Madde 33 f.4 ve 5 hükümleri kıyasen uygulanır”.

Alman Rekabet Otoritesi veya yetkilendirilmiş kuruluşların sahip olduğu, rekabet ihlallerini gerçekleştirenlerden elde ettikleri kazançları geri isteme prosedürü henüz uygulama alanı bulamamıştır (Keske 2010, 232). Zarar görenlerin bireysel olarak tazminat elde etmelerine imkân sağlamasa da geri alınan ekonomik yarar hazineye aktarıldığından, söz konusu modelin netice itibarıyla kamu yararına hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Ancak elde edilen meblağın hazineye aktarılması yükümlülüğü altında, yetkilendirilen kuruluşların bu davaları açmaya kaynak ayırmayacakları yönünde değerlendirmeler de yapılmaktadır (Wurmnest 2005, 1187).

Yukarıda aktarılan uygulamalar ışığında, Almanya’da rekabet ihlallerinden zarar gören tüketicilerin tazminat elde etmelerine imkân veren etkili bir toplu dava mekanizmasının yer almadığı ve bu konudaki çözüm arayışlarının devam ettiği, ancak rekabet ihlallerini gerçekleştirenlerin, tüketici zararına olmak üzere elde ettikleri yararların onlardan geri alınarak hazineye aktarılmasına ilişkin yöntemin uygulamasının sağlanması halinde, etkili bir model olarak geliştirilebileceği düşünülmektedir.

3.4. Toplu Davaların Diğer Uygulama Esasları

3.4.1. Toplu Davaların Finansmanı

AB üye ülkelerinde, bireysel veya grup olarak tüketiciler, zarar gören küçük veya orta ölçekli işletmeler, tüketiciler adına dava açmaya yetkili ve yasal olarak belirlenmiş organlar (örneğin tüketici örgütleri, özel olarak yetkilendirilmiş komiteler) ve Tüketici Ombudsmanı gibi diğer kurumlar, rekabet ihlallerine dayanarak tazminat davası açabilirler¹⁴³.

Yasal ve yargılama usulüne ilişkin diğer masrafların söz konusu davacılar ya da davalılar arasında nasıl paylaşılacağı, davaların açılmasını önemli derecede etkileyen bir faktördür. AB’de geleneksel olarak davayı kaybeden tarafın yargılama giderlerini ödemekle yükümlü olduğu “kaybeden öder” prensibi geçerli olup birçok üye ülkede “başarı ücreti” yasal değildir¹⁴⁴. Buna göre örneğin grup davasında grubu temsil eden davacı, davayı kaybederse hem grup temsilci avukatının ücretini ve diğer yargılama giderlerini hem de davalı avukatlarının ücretini ödemek zorunda kalacaktır. Bu durumda da rasyonel duyarsızlık sorunu gündeme gelecek ve hiçbir rasyonel birey, bu koşullarda sınıf temsilcisi olarak dava açmaya istekli olmayacaktır. Aynı şekilde temsilci davalarında da temsilci

¹⁴³ Çalışma Belgesi 2012, 21.

¹⁴⁴ AB’de başarı ücretinin yasak olması kuralı kırılmaya başlamıştır. Alman Anayasa Mahkemesi son dönemde, başarı ücretlerinin anayasaya aykırı olarak davacıların mahkemeye erişim haklarını kısıtladığına ve avukatların mesleklerini icra etmesine engel olduğuna hükmetmiştir (Issacharoff ve Miller 2009, 198).

kuruluş davayı kaybettiğinde hem kendi avukatlarının ücretlerini ve diğer yargı giderlerini hem de davalı tarafın avukatlık ücretlerini kuruluşun gelirleriyle (örneğin ticaret örgütlerinde üyelerin ödedikleri ücretlerle, tüketici örgütlerinde devlet yardımlarıyla ya da ticari faaliyet gelirleriyle) ödemek zorunda kalacaktır. Bu çerçevede ABD’deki “başarı ücreti” sistemi dayanaktan yoksun davaların açılmasına sebep olurken, AB’deki “kaybeden öder” sisteminin önemli davaların açılmasını engellediği söylenebilecektir (Beyaz Kitap 2008, 9-10). Bu nedenle tazminat davalarının teşvik edilmesi ile söz konusu problemlerin ortadan kaldırılması arasında bir denge sağlanması gerekmektedir.

Bununla birlikte birçok üye ülkede farklı toplu dava mekanizmalarına ilişkin olarak farklı dava finansman yöntemleri bulunmaktadır. Bunlardan öne çıkanları adli yardım mekanizması, kamu ve özel fonlar, sigorta şirketleri¹⁴⁵ aracılığıyla ya da başarı ücreti ile davacı avukatlarınca finansman sağlanmasıdır (Çalışma Belgesi 2008, 17). Burada ağırlıklı olarak tazminat davalarını özendirici bir unsur olarak dava finansmanı açısından AB düzeyinde getirilen önerilere değinilecektir.

Anılan finansman riskini aşmak için Yeşil Kitap’ta (2005, 9) haksız çıkan davacının, ancak söz konusu davayı açmakta makul olmayan bir şekilde hareket etmesi halinde davalı tarafın masraflarını ödemekle yükümlü tutulabilmesi önerisi getirilmiştir. Bununla birlikte davanın başında mahkemeye, davacının davayı kaybetmesi halinde dahi yargılama giderlerinden sorumlu olmayacağına karar verebilmek konusunda takdir yetkisi tanınması gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu çözüm davalının, davada haklı çıkması halinde de yasal masrafları ödemekle yükümlü tutulabilmesi ihtimali nedeniyle eleştirilmektedir (Polverino 2006, 35). Komisyon Beyaz Kitap (2008, 9)’ta yasal masraflara ilişkin olumsuzluğun aşılması bakımından; mahkeme öncesi uzlaşmaların teşvik edilmesi, mahkeme masraflarının makul seviyelerde belirlenmesi, ya da bazı davalarda mahkemenin normal kurallara istisna getirebilmesi şeklinde üç ayrı öneride bulunmuştur. Komisyon, yapmış olduğu reform çalışmalarında “kaybeden öder” prensibinin yol açtığı problemlere değinirken, bu kuralın terk edilmesi ve başarı ücretinin düzenlenmesine yönelik olarak herhangi bir öneri getirmemiştir (Sittenreich 2010, 2734).

Issacharoff ve Miller (2009, 199-201), başarı ücretinin yokluğunda etkili bir toplu dava prosedürünü tasarlayanın zorluğuna işaret etmiş ve bu durumda hiç kimsenin grup temsilcisi olarak dava açmayacağına değinmiştir. Başarı ücretine alternatif olarak şirketler tarafından ve temsilci davalarda tüketici birlikleri

¹⁴⁵ Finansman kuruluşlarının en gelişmiş örnekleri Avustralya’da yer almakta olup, içlerinden birinin Avustralya Menkul Kıymetler Borsası’na kote edilmiş olduğu birçok firma faaliyettedir (Issacharoff ve Miller 2009, 199).

tarafından finansman sağlanması, devletin finansman sağlaması gibi ihtimaller üzerinde durmuştur. Finansman kuruluşları aracılığıyla finansman sağlamanın, bu soruna yenilikçi bir çözüm getirdiği, ancak yine de yeterli olamayabileceği görüşündedir. Kuruluşların dava açıp açmamak yönünde etki altında kalma ihtimali nedeniyle, devletin finansman sağlamasının da tercih edilmemesi gerektiğini savunmaktadır.

Grup davaları bakımından, başarı ücretinin bulunmayışının yol açtığı finansman sorunlarının, “kaybeden öder” kuralının yumuşatılmasıyla çözülebileceği yönünde başka görüşler de mevcuttur. Grup üyelerinin sorumluluk riskini ortadan kaldırarak onların davaya katılımlarını teşvik etmek amacıyla ABD’dekine benzer öneriler getirilmektedir. Bu önerilerden biri, grup davasının başarılı olması halinde davalı tarafın vekâlet ücretlerini ödemesi ancak davanın başarısız olması halinde grup tarafından davalı ücretlerinin ödenmemesi (*one-way fee shifting*) şeklindedir¹⁴⁶. Başka bir öneri olarak, başarılı davacıların avukatlık ücretleri bakımından sigorta primiyle ödüllendirilmesi yöntemi öne sürülmektedir (Olson 1991). Bu yöntemlerin tamamı “kaybeden öder” prensibinden ayrılmayı gerektireceğinden, usul hukuku açısından olumsuz etkilere sebep olabilecektir. Bu çerçevede dava finansmanının sağlanması bakımından en adaletli yöntem, gerek grup davaları gerekse temsilci davaları bakımından davanın başarısız olması halinde yargılama giderlerinin nispet oranında grup üyelerine paylaşılması¹⁴⁷, bu çerçevede ABD ortak fon sistemine benzer bir yöntemin hayata geçirilmesi olacaktır. Dava masraflarının grup üyeleri arasında paylaşılmasının onları dava açmaktan vazgeçireceği yönünde görüşler bulunsa da (Polverion 2006, 35) en adaletli yöntemin bu olduğu düşünülmektedir.

3.4.2. Toplu Dava Modellerinin Dolaylı Alıcılara Uygulanması ve Aktarma Savunması

Topluluk hukukunda dolaylı alıcıların dava açma hakkını kısıtlayan bir kural bulunmamakta (Milutinovic 2007, 743), aktarma savunmasının kabul edilebilirliği ve dolaylı alıcıların dava açma hakkı her ülkenin ulusal usul yasaları ve haksız fiil hukuku kapsamında belirlenmektedir (Karşılaştırmalı Rapor, 2004, 78). Komisyon, rekabet hukukunda uygun bir toplu dava mekanizmasının

¹⁴⁶ Kanada’da ABD’deki gibi katılmasız sınıf davaları olmasına rağmen kaybeden tarafın büyük oranda yargılama masraflarını ödemesi üzerine kurulu bir sistem mevcuttur. Sınıf temsilcisi davacının ne zaman ve ne ölçüde sorumlu olacağı üç eyalete göre değişiklik göstermektedir. British Columbia bölgesinde temsilci davacı sadece dava gereksiz yere ya da kötü niyetle açılmışsa dava masraflarını ödemekle yükümlüdür. Quebec bölgesi temsilci davacıyı sadece nominal masrafları ödemekle yükümlü tutmakta, Ontario bölgesi ise dava kamu yararı ya da test davası niteliğinde olmadığı sürece yargılama masraflarından temsilci davacıyı sorumlu tutmaktadır (Watson 2001, 275).

¹⁴⁷ Bu yöndeki görüş için bkz. Stadler 2007, 212; Cavanagh 2010, 8.

gerekliliğine işaret ederken, birçok doğrudan alıcının zararlarının bir kısmını ürün zincirinin alt seviyesindeki alıcılara aktardığına, rekabete aykırı davranıştan genellikle en çok tüketicilerin zarar gördüğüne işaret etmiştir (Vreck 2010, 289). Bu çerçevede Beyaz Kitap (2008, 4)'ta AAD'nin *Manfredi* kararında belirttiği, ihlalle zarar arasında illiyet bağı bulunduğu sürece herkesin dava açma hakkına sahip olduğu yönündeki içtihadına¹⁴⁸ uygun olarak dolaylı alıcıların dava hakkına izin verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolaylı alıcıların, bireysel tüketicilerin ve küçük işletmelerin genellikle dava açmaları ve başarılı olarak tazminat elde etme ihtimalleri zayıftır. Yukarıda 2.1.2.7. bölümde de değinildiği üzere, bunun nedenleri arasında dolaylı alıcıların ihlali gerçekleştirenlerle doğrudan bir ilişki içerisinde olmamaları nedeniyle dava açmak için yeterli bilgiye sahip olmamaları, dolaylı alıcıların sayısının genellikle fazla olması ve geniş kitlelere yayılmış olmaları, bu karmaşık zincirde fazladan ödenen bedelin kendilerine aktarıldığını ispatlamalarının genellikle zor olması sayılabilir.

Komisyon Beyaz Kitap (2008, 5)'ta, aktarma savunmasına da izin verilmesi gerektiğini, aksi halde bu savunmayı reddetmenin fazladan ödediği bedeli aktarmış olan kişilerin sebepsiz zenginleşmesine ve hem doğrudan hem dolaylı alıcılar tarafından dava açılması halinde davalının iki kere tazminat ödemesine yol açacağını belirtmiştir. Söz konusu davacıların ispat zorluğunu ortadan kaldırmak için ise çürütülebilir olmak üzere dolaylı alıcıların zararının tamamının kendilerine aktarıldığına ilişkin bir karine kabul etmiş ve her iki durumda da ispat yükünü davalıya yüklemiştir. Dolayısıyla aktarma savunmasını ve dolaylı alıcının dava açma hakkını önceden kısıtlamak yerine dava özelinde değerlendirme yapılmasını uygun görmüştür. Komisyon Çalışma Belgesi (2008, 63)'nde üç senaryo üzerinde durmuştur.

İlki aktarma savunmasının davalı tarafından kalkan (*shield*) olarak kullanılmasıdır. Buna göre, ihlalden zarar gören davacı taraf nihai tüketici değilse ve uğradığı zararını kendi mallarının fiyatını arttırmak suretiyle sonraki alıcılara yansıtmışsa, bu durumda davalıya aktarma savunmasını kullanma hakkı tanınmalıdır. Bununla birlikte fazladan ödenen bedelin aktarıldığının ispatının davalı tarafta olması gerektiği ifade edilmiştir.

İkinci senaryo, doğrudan alıcı dışındaki alıcılar tarafından aktarma savunmasının kılıç (*sword*) olarak kullanılmasıdır. Bu durumda ihlalin

¹⁴⁸ AAD, *Manfredi* kararında olduğu gibi *Courage* kararında (Case C-453/99, *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, [2001] ECR I-6297) da “rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma veya davranıştan zarar gören her bireye dava açma hakkı tanınmasıydı ABİDA'nın 101. maddesinin etkinliği riske girerdi” yorumunu yaparak sadece doğrudan zarar görenler değil tüm bireylerin dava açma hakkına işaret etmiştir. Kanadada ise dolaylı alıcıların dava açma hakkına ilişkin sorun, her dava özelinde sınıf sertifikası verilmesinin gereklikleri değerlendirilirken çözülmektedir.

başlangıcından itibaren fazladan bedel ödendiği ve bu bedelin, ürün zincirinin aşşğılarına doğru aktarıldığını ispat etmek hem davalı hem de davacı bakımından zor olacaktır. İspat yükü davalıda olduğunda ve davalı fazladan ödenen bedelin aktarıldığını ispat edemediğinde, hem doğrudan hem dolaylı alıcı tarafından dava açılması halinde iki kere tazminat ödenmesi söz konusu olabilecektir. Aynı şekilde ispat yükü davacıda olduğunda, davacının tazminat alamaması ve davalının bir üst pazardaki alıcı tarafından açılan davada aktarma savunması ileri sürmesi halinde, davalının hiç tazminat ödememesi, böylece sebepsiz zenginleşmesi söz konusu olabilecektir. Bu nedenlerle davacının ispatını kolaylaştırmak için getirilen çözüm yolu, doğrudan alıcının ödediği fazladan bedelin dolaylı alıcılara aktarıldığına ilişkin bir karinenin kabulü ile davalının bu karinenin aksini ispatlayabilmesinin mümkün olması yönündedir.

Üçüncü senaryoda ise ürün zincirinin farklı düzeylerindeki alıcılar tarafından müşterek, paralel ya da ardı ardına açılan davalarda aktarma savunmasının hem kılıç (*sword*) hem de kalkan (*shield*) olarak kullanılması halidir. Bu durumda, inisiyatif ulusal mahkemelere bırakılmış ve yukarıda belirtilen senaryolar bakımından fazladan ya da eksik tazminata yol açmamak için gerekli önlemlerin alınması gerektiği belirtilmiştir. Örneğin farklı mahkemelerde hem doğrudan hem dolaylı alıcılar tarafından dava açıldığında ilk açılan davanın sonucunun ikinci mahkeme tarafından bekletici mesele sayılabileceği ya da ardı ardına açılmışsa birinin diğeri bakımından kuvvetli delil teşkil edebileceği belirtilmiştir. Waller (2006, 19-22)'a göre, daha rasyonel bir sistemde, aynı davalıya karşı tüm iddialar bir mahkeme önüne getirilebilmeli ve zararın tüm doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında paylaşılmasına ilişkin ispat yükü mahkemenin gözetimi ile davacıda olmalıdır. Böylece zararın daha adil bir şekilde tazmin edilmiş olacağını ve davalının çelişkili karar çıkma ihtimali açısından daha az risk taşıyacağını belirtmiştir. Aynı zamanda bir ihlal bakımından en iyi davacı grubunun kim olduğuna piyasanın karar vereceğini ve doğrudan alıcıların sebepsiz zenginleşmesinin önüne geçilmiş olacağını ifade etmiştir.

AB üye ülke uygulamalarına baktığımızda, birçok üye ülkede aktarma savunmasının teoride mümkün olduğunu ancak genellikle zararlı ihlal teşkil eden davranış arasındaki illiyet bağının ispatının aranmakta olduğu görülmektedir (Cengiz 2010, 54). ARC'de getirilen reform öncesinde aktarma savunmasına mahkeme tarafından karar verilmekte ve aktarma savunması yapıldığında mahkemeler zararın ispatlanmadığı gerekçesiyle davayı reddedebilmekteydi¹⁴⁹. Konu ile ilgili ARC'nin 33. maddesinde 2005 yılında açık olmayan bir düzenleme

¹⁴⁹ LG Dortmund, Urteil vom. 1.4.2004, 13 O 55/02, WuW/E DE-R 1352 kararında aktarma savunması reddedilmiş, böylece tazminat elde edilmiştir.

getirilmiştir¹⁵⁰. Buna göre bir mal veya hizmet aşırı fiyattan satılmışsa, söz konusu mal veya hizmet yeniden satıldığı için tazminatın dışlanması mümkün değildir. Böylece normalde zararın davacı tarafından ispatlanması gerekirken bu düzenleme ile ispat yükü aktarma savunmasını öne süren davalı tarafa geçmiştir. Çalışma Belgesi'nde (2008, 65) bu düzenlemenin Komisyonun aktarma savunmasını kabul etmeye yönelik önerisini desteklediği belirtilmektedir. Alman Temyiz Mahkemesi yakın tarihte almış olduğu bir kararda¹⁵¹ dolaylı alıcıların dava açma hakkı bulunduğu ve aktarma savunmasının mümkün olduğuna hükmetmiştir.

Ayrıca Avrupa'da diğer ülkeler bakımından da aktarma savunmasının kısıtlanması ihtimali çok zayıftır. Bu anlamda aktarma savunmasına ilişkin içtihadın tüm üye ülkelerde genel olarak kabul edildiği söylenebilir. Danimarka ve İtalya mahkemelerinde de buna izin verilmektedir. Doğrudan alıcı tarafından açılan bir davada¹⁵² zararın tamamı aktarıldığı için dava reddedilmiştir (Rüggeberg ve Schinkel, 2006). Fransa'da vitamin karteline ilişkin olarak açılan davada¹⁵³ aktarma savunmasına izin verilmiştir. Yine İngiltere'de de vitamin karteli davasında¹⁵⁴ mahkeme dolaylı alıcıların dava hakkını reddetmemiştir.

Yukarıda aktarılanlar kapsamında dolaylı alıcıların zararlarının ispatı son derece güç olduğundan (Page 1999, 12) Komisyonun Beyaz Kitap'ta getirdiği öneri çerçevesinde aktarma savunması bakımından davacı yararına bir çözüm getirmek ve zararın dolaylı alıcılara yansıtıldığına ilişkin bir karine öngörmek uygun olabilecektir (Mackenrodt 2008, 17). Bu durumda, uygulamanın dolaylı alıcıların tazminat hakkına izin verilmesi yönünde yoğunlaştığı değerlendirildiğinde, toplu davalar bakımından izleyen bölümde anlatılacak olan doğrudan ve dolaylı alıcıların nasıl tazminat talep edebilecekleri, bunların tazminat hesaplamaları ve paylaşılmasının nasıl gerçekleşeceği hususları önem arz etmektedir.

3.4.3. Zarar Miktarının Davacılar Arasında Dağıtılması

Davalıların sorumluluğu tespit edildikten sonraki aşama tazminatın hesaplanması ve zarar görenler arasında dağıtılmasıdır. Tazminatın nasıl hesaplanacağı konusu genel olarak tezin kapsamı dışında kalmakla birlikte, bu bölümde toplu davalar bakımından davaların rekabet hukukunda uygulanması

¹⁵⁰ Çevirisi yapılan ARC'nin 33. maddesinin 3. cümlesi aynen: "If a good or service is purchased at an excessive price, a damage shall not be excluded on account of the resale of the good or service" şeklindedir.

¹⁵¹ German Supreme Court (BGH), judgement of 28 June 2011 - KZR 75/10.

¹⁵² Corte d'Appello of Cagliari of 23 January 1999, Unimare S.r.l. v. Geasar S.p.A.

¹⁵³ Les Laboratoires Pharmaceutiques Arkopharma v. Roche and Hoffmann La Roche AG, Nanterre Commercial Court's decision of 11.05.2006.

¹⁵⁴ 1028/5/7/04 BCL Old Co Ltd v Aventis (2005) CAT.

halinde tazminat miktarının zarar görenler arasında nasıl paylaştırılacağı ya da nasıl kullanılacağı hususundaki önerilere değinilecektir.

Tazminat miktarının dağıtılması, doğrudan (davalı tarafından ya da bağımsız bir fon tarafından ödenmek suretiyle) ya da dolaylı olarak (cy pres yöntemi ile dağıtma veya kamu yararı vakıflarına dağıtım şeklinde) gerçekleşebilmektedir. Temsilci davalar bakımından, Çalışma Belgesi (2008, 20)'nde tazminatın davayı açan temsilci organa bırakılması gerektiği ifade edilmiştir. Mümkün olduğu durumlarda, bu zararın temsil edilen tüm kişilerin (örneğin bir endüstride zarar gören üreticilerin) uğradıkları zararı telafi etmek için doğrudan kuruluş tarafından kullanılmasının tercih edilebileceği belirtilmiştir. Ancak, istisnai olarak temsil eden kuruluşa verilen tazminatın diğer ilgili kuruluşlara aktarılması veya ilgili amaçlar için kullanılması olasılığının da ortaya konması gerektiği ilave edilmiştir. Bu durumda *cy pres* yönteminde veya temsilci organa kalan tazminat tutarının ilgili kuruluşlara aktarılması ya da ilgili amaçlarda kullanılması halinde, temsilci davasında zarar gören kişilerin kimliklerinin belirlenmesine gerek bulunmamaktadır (Çalışma Belgesi 2008, 19, dn. 30). OFT'nin Nisan 2007 yılında rekabet hukukunda tüketiciler ve iş çevreleri için etkili tazminat sistemine ilişkin görüşlerini yayımladığı "Tartışma Metni"nde¹⁵⁵ tazminatın dağıtılması konusunda OFT'nin önerisi de "*cy pres*" yöntemidir. Bu yöntem çerçevesinde kamu kuruluşlarının, tazminatın nasıl en yararlı şekilde kullanılacağı konusunda mahkemeye yol göstermelerinin ve önerilerde bulunmalarının mümkün olduğu belirtilmiştir.

Katılnalı grup davasında ise ideal olan, davaya katılan her grup üyesinin gerçek zararına göre tazminat almasıdır. Talepler bireysel olarak belirleneceğinden tazminatın dağıtılmasında herhangi bir zorluk olmayacaktır (Nihai Rapor 2007, 270). Baker (2004, 394), toplam tazminatın doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında dağıtılması hususunda "toplam tazminat duruşması" ve "tazminatın dağıtılması duruşması" olmak üzere iki kademeli bir sistem önermiştir. Buna göre ilk aşamada toplam tazminat sorumluluğu tespit edilecek, ikinci aşamada ise bireysel zararlar hesaplanarak tazminatın paylaştırılması gerçekleşecektir. Aktarma savunması da bu ikinci aşamada değerlendirilecektir. Lang (2001, 296) ise buna benzer bir sistem önermiş ancak toplam tazminatın belirlenmesinin ardından tazminatın "*fluid class recovery*" yöntemiyle pazarda dağıtılması ya da grup üyelerinin yararına bir projede kullanılmasını önermiştir.

¹⁵⁵ Bkz. OFT 2007, Tartışma Metni: Private actions in competition law: effective redress for consumers and business, Discussion paper, April 2007, http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/comp_policy/oft916.pdf

Bu konuda öne sürülen bir başka görüş, aynı ihlalden kaynaklanan zarar görenlerin oluşturduğu geniş bir zincirde ortaya çıkan tüm bireysel taleplerin merkezi bir değerlendirme prosedüründe birleştirilmesine dayanmaktadır. 1978 yılında yayımlanan ABD Barolar Birliği (American Bar Association, ABA) raporunda önerilen kanun değişikliğinden esinlenerek hazırlanan bu prosedüre göre dava, üç aşamadan oluşur. Tazminat davasının ilk aşamasında bir ihlal olup olmadığı ve davalıların sorumlulukları tespit edilir; ikinci aşamada, toplam fiili zarar hesaplanır ve üretim zincirinde nasıl dağıtılacağı belirlenir. Burada tazminat hesaplaması ulusal rekabet otoriteleri gibi uzmanlaşmış bir kuruma bırakılır ve bu kurum konsolide bir rapor hazırlar. Üçüncü aşamada ise, bireysel zararlar hazırlanan rapor doğrultusunda mahkeme tarafından dağıtılır. Bundan sonra, aynı ihlalle ilgili açılan diğer davalarda mahkemeler, tazminatın paylaşılmasında söz konusu konsolide zarar raporuna başvurabilirler (Rüggeberg ve Schinkel 2006, 10). Bu görüşe katılan Milutinovic (2007, 746) söz konusu yöntemin dolaylı alıcıların dava açmasını teşvik edebileceğini belirtmiştir. Kanımızca bu sistem ancak kişi başına düşen tazminat miktarının çok küçük ve grup menfaatinin daha önemli olduğu durumlar için geçerli olabilir. Ancak Baker'in önerdiği çözüm bireysel zararların hesaplanması ve mahkemeye pratiklik sağlaması açısından daha uygundur. Bununla birlikte, eğer grup çok fazla kişiden oluşuyorsa, bireysel temelde bir tazminat hesaplamasından kaçınılmalıdır. Bu bağlamda, birçok sınıf davası uzlaşmalarında tüm sınıf üyelerine tazminat hakkı sağlayan bir fon oluşturan ABD tecrübelerinden yararlanılması daha uygun görünmektedir.

3.5. Komisyonun Önerilerinin, ABD ve AB Üye Ülke Örnekleriyle Karşılaştırmalı Analizi

Grup davaları bakımından ABD'de katılmasız modelin caydırıcılıkta etkili olduğu geniş kesimlerce kabul edilmektedir. Katılmalı sistemde çok az sayıda katılımın gerçekleştiği, bunun yanında katılmasız sistemde bireylerin davanın dışında kalmayı genellikle tercih etmedikleri görülmektedir. Dolayısıyla bireylerin aslında dahil olmak istedikleri bir davaya çeşitli sebeplerle bireysel olarak başvurmadıkları ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle katılmasız sistemin rekabet ihlallerinin caydırılmasında en etkili yöntem olduğu söylenebilecektir. Ancak özellikle ulusal mevzuatlardan kaynaklanan çeşitli kısıtlamalar nedeniyle, bu modelin AB sistemine entegre edilmesi son derece güç olduğu kanaati yaygındır. Yukarıda belirtildiği üzere, Komisyon Beyaz Kitap'ta temsilci davaları ile katılmalı grup davalarını önermiş, ABD tarzı grup davalarını reddetmiştir. Komisyonun toplu davalara yönelik getirdiği iki öneri bu nedenle destek görmektedir. Ancak Komisyonun önerileri, grup davalarında finansmanın nasıl sağlanacağı, temsilci davalarda tazminatın nasıl dağıtılacağı gibi konulara açıklık getirmemektedir.

İngiltere en eski sistemlerden birine sahip olmasına rağmen, bir takım engeller nedeniyle yeterince etkili bir temsilci dava modeli oluşturamamıştır. ARC’de yer almasına rağmen Almanya’da temsilci önleme davalarının henüz kullanılmadığı görülmektedir. Bu nedenle toplu dava mekanizmasının gerekliliği yanında bunun tasarımının son derece güç olduğu, ancak mevcut sistemlerin ülke deneyimleri dikkate alınarak geliştirilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

Bunun yanında bu bölümde incelenen modellerden bir kısmı toplu dava mekanizmasından ziyade dava yönetim mekanizması (*case management*) olarak adlandırılabilir modeller (deneme davası ve müşterek davalar) olmasına rağmen toplu davaların doğurabileceği negatif etkilerden kaçınabilmek amacıyla bu mekanizmaların geliştirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Alman Sermaye Piyasaları Test Kanunu ve İngiltere’deki GLO tarzı grup davaları (kısmen deneme davasına benzerliği nedeniyle) bunun örneklerindedir. Ancak bu mekanizmalarda da bireysel davaların açılması gerektiğinden, kişiler davanın reddedilmesi riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu davalar, taraflar için ortak olan dava giderlerinin paylaşılması açısından az da olsa teşvik edici sayılabilecektir. Ancak ağırlıklı görüş, normal mahkeme masrafları işletildiği sürece bu davaların küçük miktarlarda ve çok sayıdaki davalar için uygun olmadığı yönündedir¹⁵⁶. Ayrıca rekabet ihlallerinden kaynaklanan zararlar genellikle küçük miktarlarda ve yaygın olduğundan, bu mekanizmaların etkinliği sağlayabileceğini söylemek güçtür. Bununla birlikte farklı mekanizmaların da işletildiği; örneğin Almanya’nın CDC modeli ile davaların toplulaştırılmasına yeşil ışık yaktığı, bu şekilde tazminat davalarına piyasa aktörlerince çözüm üretilmesinin mümkün olabileceği görülmektedir.

Tazminatın paylaşılması bakımından, tek tek zarar görenlere dağıtılması mümkün olmadığında, *cy pres* yöntemi ile tazminat miktarının tüketicilerin yararı için ne şekilde kullanılması gerektiğinin mahkemelerce yönetilmesine izin veren prosedür uygun karşılanmaktadır. Temsilci organların sınırlı mali kaynaklarının tazminat davaları açma ihtimallerini sınırlandıracak olması nedeniyle, elde edilen tazminat miktarının gelecekteki davaları finanse etmek için de kullanılması uygun olabilecektir.

Dolaylı alıcıların dava açma hakkı ve aktarma savunması bakımından, bir rekabet ihlalden hem doğrudan hem de dolaylı alıcıların zarar görmesinin ve bu zararın ürün zincirinin alt kademelerine aktarılmasının mümkün olduğu, bu durumda da tazminat davalarının daha karmaşık bir hal alabileceği ortaya çıkmaktadır. Doğrudan alıcıların ihlal hakkında ilk elden bilgi sahibi olmaları

¹⁵⁶ Evaluation of the Effectiveness and Efficiency of Collective Redress Mechanisms in The European Union, Final Report, 48 (Buradan itibaren “DG Sanco/Nihai Rapor (2008)” olarak anılacaktır)

nedeniyle tazminat davalarında daha etkili uygulayıcılar olabilecekleri iddia edilse de, bunların sağlayıcılarıyla anlaşma sağlayarak dava açmama eğilimi göstermeleri kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle sadece doğrudan alıcılara dava açma hakkı tanınmasının caydırıcılık üzerine herhangi bir etkisinin bulunmayacağı ve tazminat hakkına ters düşeceği düşünülmektedir. ABD’de özellikle eyaletler düzeyinde son dönemdeki uygulamalar ve AB düzeyinde gerek Komisyon önerileri gerekse de üye ülke uygulamaları dikkate alındığında dolaylı alıcılara dava hakkının tanınması gerekmektedir. Ancak dolaylı alıcıların zararlarını ispatı güç olduğundan Komisyonun Beyaz Kitap’ta getirdiği öneri çerçevesinde aktarma savunması bakımından davacı yararına bir çözüm getirmek ve zararın dolaylı alıcılara yansıtıldığına ilişkin bir karine öngörmek uygun olabilecektir. Aksi halde dolaylı alıcıların, zararın kendilerine yansıtıldığını ispat etmeleri ve davada başarılı olma ihtimalleri hayli düşük olacaktır.

BÖLÜM 4

OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN (DE LEGE FERENDA) TÜRK REKABET HUKUKUNDA TOPLU DAVALAR

Yukarıda yer verilen ABD ve Komisyon uygulamaları ve bu uygulamaların karşılaştırmalı analizi çerçevesinde bu bölümde, Türkiye’de rekabet ihlallerine dayanılarak açılan tazminat davalarına ilişkin genel tabloya bakılacak, Türk rekabet hukukunda toplu davaların uygulanabilirliği tartışılarak öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

4.1. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Genel Bakış

Rekabet Kurumunun faaliyete geçtiği 1997 yılından bu yana çok sayıda soruşturma neticesinde birçok teşebbüse para cezası uygulanmıştır. Örneğin sadece 2002-2011 yılları arasında 222¹⁵⁷ adet soruşturma neticesinde 998 adet teşebbüse para cezası uygulanırken, RKHK’ya dayanılarak açılmış olan tazminat davalarının sayısı, geçersizlik yaptırımları çerçevesinde açılmış olan dava sayısından hayli düşük olmakla birlikte, tazminata hükmedilen bir mahkeme kararı da bulunmamaktadır. Bu durum ülkemizde de rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının tazminat ve önleme davaları aracılığıyla literatürdeki deyimiyle “kılıç”¹⁵⁸ olarak kullanılması yerine sözleşmesel anlaşmazlıklarda “kalkan”¹⁵⁹ olarak kullanılmasının tercih edildiğini göstermektedir. Bu nedenle tüketicilerin, rakiplerin, doğrudan ve dolaylı alıcıların rekabet hukuku alanında tazminat davası açmakta yeterli teşvikinin bulunmadığını söylemek mümkündür. RKHK’nın 58. maddesinde düzenlenen üç katı oranındaki tazminatın ve 59.

¹⁵⁷ Bu sayı, Danıştay tarafından iptal edilip de her bir teşebbüs için ayrı ayrı tesis edilen kararları da kapsamaktadır.

¹⁵⁸ Söz konusu kullanım için bkz. Wils (2003, 473).

¹⁵⁹ A.g.k. 473.

maddede yer alan ispat kolaylığının da dava açmayı yeterince teşvik etmediği görülmektedir.

4.2. Türk Hukukunda Toplu Dava Örnekleri

Türk hukukunda bir topluluğun menfaatinin korunduğu dava türleri çeşitli kanunlarda düzenlenmektedir. En yeni örneği HMK'nın "Topluluk Davası" başlığını taşıyan 113. maddesinde¹⁶⁰ düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile derneklerin üyeleri adına tespit davası veya hukuka aykırı durumun giderilmesi ya da müdahalenin önlenmesini isteyebilmeleri mümkün hâle getirilmiştir¹⁶¹. Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan topluluk davasının mevzuatımıza girmesini sağlayan bu düzenleme, esas itibarıyla tezin önceki bölümlerinde açıklanan *temsilci önleme davası* türüne benzer bir dava çeşidi olup tazminat hakkını içermemektedir. Söz konusu madde uyarınca dernekler ve diğer tüzel kişiler rekabet hukuku alanında dava açarak tespit, hukuka aykırı durumun giderilmesi ve önleme talebinde bulunabileceklerdir. Aşağıda açıklanacağı üzere, tüketicinin korunması ve sendikalar hukukuna ilişkin bazı alanlarda bu tür davaların açılabilenekte olduğu düşünüldüğünde, söz konusu düzenleme, mevcut durumda Türk hukuk sisteminde var olan bir dava modelinin HMK'da ayrıca yer bulması olarak değerlendirilmektedir (Karaaslan ve Eroğlu 2009, 215).

Toplu davalara örnek gösterilebilecek başka bir düzenleme 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nda¹⁶² yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemedir. Bu düzenlemede haksız rekabet eylemlerinden zarar görenlerin ve zarar görme tehlikesi maruz kalanların topluca korunması amacıyla meslek birliklerine ve kuruluşlara tespit, men ve ref (kaldırma) davaları açma imkânı getirilmiş, tazminat davası açma hakkı tanınmamıştır. Bununla birlikte yürürlük tarihi 1.7.2012 olan

¹⁶⁰ HMK m. 113'te; "dernekler ile 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 açabilecek" şeklinde düzenleme yer almaktadır.

¹⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. 6100 sayılı HMK'nın genel gerekçesi.

¹⁶² TTK'nın 58. maddesinin üçüncü fıkrasında: "ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birliklere fiilin haksız olup olmadığının **tespiti**, haksız rekabetin **men'i**, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun **ortadan kaldırılması**, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi talebini içeren davaları açma imkânı" getirilmiştir. Bu hüküm 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olup, söz konusu Kanun Tezin jüriye teslimi sırasında henüz yürürlüğe girmemiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 191. maddesinde¹⁶³ de mahkeme kararının etkisini birden fazla kişiye taşıyan bir düzenleme getirilmiştir.

Tüketici hukukunda ise, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ve tüketici örgütlerine 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ihlali halinde, Kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması için dava açabilecekleri düzenlenmiş¹⁶⁴, genel olarak tüketicileri ilgilendiren konularda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ve tüketici örgütlerine davacı sıfatı tanınmıştır (Tutumlu 2006, 136). Bu davaların da “temsilci önleme davası” özelliğine sahip oldukları söylenebilir¹⁶⁵. Buna karşılık aynı hükümde tazminat davası açma hakkı düzenlenmemiştir. Tazminat davasını sadece zarar gören tüketiciler açabilir. Ayrıca bu hükümde tüketicilerin ve hatta kendi üyelerinin kişisel menfaatine ilişkin olarak dava açma hakkı da tanınmamıştır (Özbay 2009, 220). Tüketici derneğinin tüketici hukuku kurallarına aykırı davranan banka aleyhine açtığı bir dava¹⁶⁶ Yargıtay tarafından *grup (sınıf) davası* olarak nitelendirilmiş ve davalı bankanın yasaya aykırı uygulamalarının giderilmesine, kredi kartı sözleşmelerinin bir örneğinin tüketicilere verilmesine karar verilmesi talep edilmiştir. Karar, mahkeme tarafından davalı bankanın yapmış olduğu işlem ve uygulamaların yasaya uygun olup olmadığı araştırılmadığı gerekçesiyle bozulsa da bu davanın, tüketici derneklerinin bir grup adına hukuka aykırı durumun giderilmesini talep etmeleri açısından rekabet ihlallerine karşı açılacak davalara örnek teşkil edeceği düşünülmektedir.

Sendikalar hukukunda, sendikalara, işçi ve işverenleri temsilen ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerine ilişkin olarak üyelerinin doğrudan ve

¹⁶³ Söz konusu madde uyarınca, birleşmede, bölünmede ve tür değiştirmede ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının gereğince korunmamış veya ayrılma karşılığının uygun belirlenmemiş olması hâlinde, her ortak, birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren iki ay içinde, söz konusu işlemlere katılan şirketlerden birinin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını isteyebilir. Denkleştirme akçesinin belirlenmesinde 140 ıncı maddenin ikinci fıkrası uygulanmaz.

¹⁶⁴ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 23. maddesinin dördüncü fıkrası: “Bakanlık ve tüketici örgütleri münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu Kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilecekleri” düzenlenmiştir. Yine aynı Kanun'un 24. maddesinin birinci fıkrasında: “satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri, ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için dava açabilecekleri düzenlemesine yer verilmiştir”.

¹⁶⁵ Doktrinde de bu davalar Alman ve İsviçre hukuklarındaki birlik davasına benzetilmiştir (Özbay 2009, 226).

¹⁶⁶ Yargıtay 4. HD.'nin 10.05.2006 tarih ve 2005/6260 E. 2006/5579 K. sayılı kararı.

kişisel menfaatlerini korumak için dava açmalarına imkân veren bir düzenleme yer almaktadır¹⁶⁷. Buradaki yetki teknik anlamda bir temsil yetkisi değildir. Çünkü sendika bu davada taraf niteliğine sahiptir (Hanağası 2009, 200). Ancak verilecek hüküm işçi hakkında da kesin hüküm teşkil eder. Yargıtay bu maddeye dayanılarak açılan davalarda, *Sendika'nın, dava dilekçesinde, hangi işçiyi temsilen dava açtığını göstermesi ve işçilerden usulüne uygun biçimde yetki belgesi almasını* aramaktadır¹⁶⁸. 58 işçi adına Türkiye Orman İşçileri Sendikası tarafından açılan bir başka davada Yargıtay; *58 işçi adına ayrı ayrı açılan davaların; bireyselleştirme zorunluluğuna rağmen tümünün yargılama sürecinin tek dosya üzerinden yapılmış olmasını* bozma nedenlerinden biri olarak saymıştır¹⁶⁹. Sendika üyelerini temsilen 15 işçi için, tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesi talebiyle açılan bir başka davada ise, söz konusu alacak davasının her davacı için ayrı sebepten doğduğunu belirterek, yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için davaların ayrılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁷⁰. Aktarılan kararlar kapsamında, toplu davalara en yakın dava biçimi olan bu düzenleme bakımından Yargıtay'ın, dava açan işçilerin tek tek belirlenmesini ve davanın her bir işçi bakımından aynı sebepten doğmasını aradığı, bu çerçevede alacak haklarının toplu olarak tek bir davada görülmesine sıcak bakmadığı anlaşılmaktadır¹⁷¹.

Yukarıda yer verilen düzenlemelerde sendikalara, tüketici örgütlerine, dernekler ve diğer tüzel kişilere dava açma hakkı tanınmış olsa da bu düzenlemeler, tazminat davalarını içermediğinden, sınırlı bir uygulama alanına ve etkinliğe sahip olmaktadır.

4.3. Medeni Yargılama Hukukunda Toplu Dava Benzeri Usul Araçları

4.3.1. Dava Arkadaşlığı

Birlikte dava açma hakkına sahip olanların davalarını isterlerse birlikte açmaları halinde davacılar arasında doğan ihtiyari (isteğe bağlı) dava

¹⁶⁷ 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinin üçüncü bendi uyarınca sendikalar (...) çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda **işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil** olabilmektedirler.

¹⁶⁸ Yargıtay 9. HD'nin 10.3.1997 tarih ve 1997/2583 E., 1997/4768 K. sayılı kararı.

¹⁶⁹ Yargıtay 10. HD'nin 25.11.1999 tarih ve 1999/7886 E., 1999/8493 K. sayılı kararı.

¹⁷⁰ Yargıtay 9. HD'nin 30.5.2007 tarih ve 2006/29551 E., 2007/17419 K. sayılı kararı.

¹⁷¹ Bununla birlikte toplu dava olarak nitelendirilmese de Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 3.3.2006 tarih ve 1 E., 1 K. sayılı kararında, Kamu Görevlileri Sendikaları ve Üst Kuruluşların üyeleri hakkında tesis edilen bireysel "subjektif" işlemlere karşı üyelerini temsilen dava açma ve bu nedenle açılan davalarda taraf olma hakkı bulunduğu karar vermiştir.

arkadaşlığı¹⁷², davanın temelini oluşturan ortak olaylara ve hukuki sebeplere dayanılarak kurulabilir. Örneğin bir olay nedeniyle haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olan kişilere karşı birlikte dava açılabilir (Kuru ve diğerleri 2011, 499-502). Bu çerçevede haksız fiil niteliğindeki rekabet ihlallerinden zarar görenler de birlikte dava açabileceklerdir.

Ancak ihtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşı kadar dava bulunduğundan, bu davalarda bilirkişi, keşif gibi incelemeler birlikte yapılmakta, dava masraflarından tasarruf sağlanmakta ve davacılar bakımından elde edilen fayda bununla sınırlı kalmaktadır. Dava arkadaşlarından her biri diğerinden bağımsız hareket eder ve dava arkadaşlarından birisi bakımından dava kabul edilebilirken, diğeri için reddedilebilmektedir (Pekcanitez ve diğerleri 2011, 221). Dolayısıyla dava arkadaşlığının toplu dava modelleri arasında incelenen *müşterek davalar* ile benzer özelliklere sahip olduğu ve bazı işlemlerin ortak yapılması nedeniyle usul ekonomisi sağlaması dışında dava arkadaşlarının birbirini temsil etmesi ya da biri hakkında verilen kararın diğerleri bakımından bağlayıcı olması gibi durumların söz konusu olmadığı görülmektedir.

Rekabet ihlallerinden kaynaklanan olası tazminat davalarının zarar görenler tarafından dava arkadaşı olarak birlikte açılması halinde, her bir kişinin uğradığı zararların tek tek hesaplanması gerekecek, bu da yargılama sürecinin uzun ve masraflı olmasına neden olacaktır. Bu nedenle toplu davalar, dava arkadaşlığının kurulmasının mümkün olmadığı ya da pratik olmayacağı durumlar bakımından uygun ve elverişli bir araç olacaktır.

4.3.2. Davaların Birleştirilmesi

Ayrı ayrı açılmış olan iki dava arasında bağlantı varsa bu iki dava birleştirilebilir¹⁷³. Davaların aynı sebepten doğması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması halinde bağlantı var sayılır. Burada da birleştirilmesine karar verilen davalar tek bir dosyada incelenip karara bağlanır; davaların tahkikat aşaması ortaktır. İhtiyari dava arkadaşlığında olduğu gibi birleştirilen davalar birbirinden bağımsızdır (Kuru ve diğerleri 2011, 511-513).

¹⁷² HMK m. 57 uyarınca, birden çok kişi, aşağıdaki hallerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir: a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması, b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri, c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması.

¹⁷³ HMK m. 166/1'e göre, aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalar, aralarında bağlantı bulunması durumunda, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir. Birleştirme kararı, ikinci davanın açıldığı mahkemece verilir ve bu karar, diğer mahkemeyi bağlar.

Rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davaları da aralarında bağlantı varsa birleştirilebilecektir. Ancak toplu davaların sağladığı imkânların davaların birleştirilmesi ile elde edilmesi mümkün değildir. Ayrıca toplu davaların mahkemeler arasındaki çelişkili kararları önlediği düşünüldüğünde, rekabet ihlallerinden kaynaklanan ve aralarında bağlantı bulunan davaların farklı mahkemelerde açılması halinde, bu davaların birleştirilmesine karar verilmediği durumlarda çelişkili kararlar ortaya çıkabilecektir.

4.3.3. Davaya Müdahale

Üçüncü bir kişinin, taraflar arasında görülmekte olan bir davaya davanın taraflarından biri yanında ona yardımcı olmak üzere katılması veya davanın taraflarına dava açarak müdahale etmesi mümkündür¹⁷⁴ (Kuru ve diğerleri 2011, 514).

Bir dava sonunda verilen hüküm kural olarak o davanın tarafları hakkında hüküm ifade eder. Fakat bazı hallerde bu hüküm bir üçüncü kişinin hukuki durumunu dolaylı olarak etkilediği hallerde, üçüncü kişinin o davaya katılmasında hukuki yararı vardır. Fakat üçüncü kişi davaya bir taraf gibi katılmaz, taraflardan birinin yanında ve onun yardımcısı olarak katılır (Kuru ve diğerleri 2011, 514). Böylece yanında katıldığı tarafın davayı kazanmasına yardımcı olarak daha sonra kendisinin dava açması gereğini ortadan kaldırır. Ancak üçüncü kişi davaya katılmakla taraf sıfatını kazanmaz ve fer'i müdahil hakkında karar verilmez (Pekcanitez ve diğerleri 2011, 227). Dolayısıyla hüküm taraflar hakkında verilir, müdahale eden bakımından verilmez. Toplu davalarda gruba katılma hakkı yukarıda açıklanan fer'i müdahale müessesesine benzerse de fer'i müdahalede, görülmekte olan bir davada üçüncü bir kişinin, davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında ve onun yardımcısı olarak yer alması söz konusudur. Fer'i müdahil de grup üyeleri gibi davanın tarafı olmamaktadır. Fer'i müdahil asıl tarafın yapabileceği tüm usuli işlemleri yapabilir (Pekcanitez ve diğerleri 2011, 229). Oysa toplu davalarda grup üyelerinin davaya aktif olarak katılmaları mümkün bulunmamaktadır. Yine toplu davalarda verilen karar, gruba katılan tüm üyeler için bağlayıcıdır ve aynı konuda başka bir dava açamazlar. Fer'i müdahalede ise fer'i müdahil için karar tesis edilmez ve onun bakımından kesin hüküm oluşturmaz.

Görülenekte olan bir davada, taraflardan birisinin, kendisine yardım etmek üzere, davaya müdahalesini sağlamak amacıyla üçüncü bir kişiye davayı

¹⁷⁴ Davaya müdahale asli müdahale ve fer'i müdahale şeklinde olmakla birlikte tez konusu bakımından fer'i müdahale kurumu incelenecektir. HMK m. 66/1 uyarınca üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'i müdahil olarak davada yer alabilir.

duyurması ise davanın ihbarı müessesesidir¹⁷⁵. Bir tarafın davayı kaybetmesi halinde üçüncü bir kişiye rücu hakkı olduğu veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceği hallerde, söz konusu taraf davayı üçüncü kişiye ihbar eder ve üçüncü kişiden davaya fer'i müdahil olarak katılmasını isteyebilir (Pekcanitez ve diğerleri 2011, 232). Bu müessese sınıf davasının mahkeme tarafından onaylanmasının ardından, zarar görenlere yapılan bildirim benzemektedir. Anılan prosedürde de davadan üçüncü kişileri haberdar etme amacı bulunmaktadır; ancak sınıf temsilcilerinin sınıf üyelerine rücu imkânları bulunmamaktadır. Bu çerçevede davanın ihbarı kurumu, sadece üçüncü kişileri davadan haberdar etme bakımından sınıf davalarındaki bildirim ile benzerlik göstermektedir.

4.4. Toplu Davalar Bakımından Türk Hukukunda Yer Alan Muhtemel Engeller

Toplu dava sistemi, Türk medeni yargılama hukukunda yer alan ilke ve kavramlardan farklılık arz etmektedir¹⁷⁶. Örneğin hiç kimse başkasının kişisel menfaatini korumak için dava açamaz, ancak kendi adına ve doğrudan kişisel menfaati varsa dava açabilir. Dolayısıyla toplu davalar, davacının sadece kendi menfaatinin korunması için dava açabileceği kuralının istisnasıdır. Yine toplu davalar, medeni hukuk ilkelerinden tasarruf ilkesi ile çelişmektedir. Gerçekten de bu ilke uyarınca taraflar uyuşmazlığı başlatmak, uyuşmazlığın konusunu belirlemek, uyuşmazlığı sürdürmek ve sona erdirmek hakkına sahiptir (Pekcanitez ve diğerleri 2011, 243). Ancak toplu dava modellerinin büyük bölümünde zarar görenler temsilci davacı tarafından temsil edilmekte ve davaya taraf olmamakta, dava üzerinde tasarruf edememektedir. Toplu davaların Türk hukuk sistemine aykırılığı, tazminat sorumluluğunda da ortaya çıkmaktadır. Rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu olduğundan, hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının ve kusurun ispat edilmesi gerekir¹⁷⁷. Oysa toplu davalarda tazminatın genel haksız fiil sorumluluğunda takip edilen usul uyarınca kişi bazında değil grup bazında belirlenmesi mümkün olabilmektedir. Bunun dışında toplu davaların Türk hukuk sistemine hakim olan ilkelerden kesin hükmün sadece davanın taraflarını bağlayacağı kuralı, hukuki dinlenilme hakkı, savunma hakkı, delillerin taraflarca getirilme ilkesi gibi ilkelerle çeliştiği savunulabilir.

Ancak batılı hukuk sistemlerinde “adalete ulaşma hareketinin” gelişmesine paralel olarak yapılan çalışmalar, medeni usul hukuku alanında yeni düzenlemeler

¹⁷⁵ HMK m. 61/1 uyarınca, taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir.

¹⁷⁶ Bkz. Hanağası, 2009, 193.

¹⁷⁷ Bkz. Sanlı, 2003, 228 vd.

yapma gereğini ortaya koymaktadır¹⁷⁸. Nitekim Türk hukukunda da bu kuralların mutlak olmadığı, yukarıda 4.2. madde başlığı altında açıklanan düzenlemeler kapsamında, kanun koyucunun özellikle menfaat kavramını ve kesin hükmün yalnızca davanın taraflarını etkileyebileceğine ilişkin prensibi genişletecek düzenlemeler yaptığı, örneğin yukarıda açıklanan sendikalar hukukundaki düzenleme ile 1946 yılından bu yana sendikalara üyelerinin doğrudan ve kişisel menfaatlerini korumak için dava açabileceklerini düzenlediği görülmektedir (Hanağası 2009, 199). Ancak toplu davalar bakımından getirilebilecek muhtemel düzenlemelerin, birçoğu Anayasada temelini bulan bu ilkeleri zedelemeyecek şekilde makul ve adil bir sınırlama ile yapılması gerekmektedir.

4.5. Bireysel Tazminat Davaları Açısından Öneri

Rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımları ile kamu hukuku yaptırımlarının etkileşimi ve birbirini tamamlayıcı özellikleri üzerine, Rekabet Kurumu nezdinde bugüne kadar herhangi bir inceleme yapılmamıştır. Öncelikle bu eksikliğin giderilerek bir çalışma başlatılması ve rekabet hukukundan doğan tazminat davalarının teşvik edilmesi, uygulamanın, böylece rekabet kültürünün yaygınlaşması amacının gerçekleşmesi için AB reformları dikkate alınarak atılması gereken adımların tespit edilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan özel hukuk yaptırımlarının bireysel davalar yoluyla yürütülmesinin özendirilmesi amacıyla, tüketici örgütleri gibi kuruluşların konu hakkındaki duyarlılığının artması sağlanmalıdır. Örneğin Kurul'un bir ihlalle ilgili tesis ettiği karar sonrasında, buna ilişkin olarak ihlalin niteliği, etkilediği pazarlar ve bundan zarar görenlerin tazminat davası açma hakkı bulunduğu yönünde internet sitesinde bilgilendirme amacıyla duyuru yapılabilecektir.

Rekabet hukukuna aykırı bir fiilden doğan zararın geniş kesimlere yayılması ve birbirinden farklı kişiler üzerinde zarara sebep olması nedeniyle sorumluluğun sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağına yönelik tartışmalar bakımından, açılacak muhtemel tazminat davalarında dolaylı alıcıların ispat zorluğunun ortadan kaldırılmasına yönelik düzenlemeler yapılabilecektir. Dolaylı alıcılarındavaaçmahakkınailişkinolarakRKHK'dabirkısıtlamagetirilmediğinden, teorik olarak zarara uğrayan herkesin dava açma hakkı bulunmaktadır. Ancak bu ispatın güçlüğü tartışmasız olarak kabul edildiğinden kanımızca yukarıda ifade edildiği üzere, dolaylı alıcıların dava hakkının kısıtlanmaması gerektiği, ancak

¹⁷⁸ Toplu davaların medeni usul hukukunun amacıyla ilişkisi ve adalete ulaşma hareketinin etkileri bakımından bkz. Gündüz ve Koyuncu 2011, 126.

çürütülebilir olmak üzere dolaylı alıcıların fazladan ödenen bedelin tamamının kendilerine aktarıldığına ilişkin bir karine kabul edilmesine yönelik RKHK'da bir düzenlemenin yapılabileceği değerlendirilmektedir¹⁷⁹.

4.6. Toplu Davalar Açısından Öneri

RKHK'nın 56 vd. maddelerinde yer alan tazminat hakkına ilişkin düzenlemelerde, toplu tazminat davalarına imkân veren bir hüküm bulunmamaktadır. RKHK'nın 56 vd. maddeleri uyarınca kişiler bireysel olarak dava açarak ihlali, zararı ve zararlı ihlal arasındaki illiyet bağıını ispat etmeleri halinde tazminat elde edebileceklerdir. Türk rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunun temel amacına baktığımızda, tazminat ödeme riskinin rekabet hukukunu ihlal etmeyi düşünen teşebbüsler (potansiyel failer) üzerinde caydırıcı etki yaratarak, gerçekleşmesi muhtemel toplam zararda azalmaya yol açması olduğu görülmektedir (Sanlı 2003, 220). Ayrıca RKHK'da yer alan üç katı tazminata ilişkin düzenleme ile birlikte Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 7. maddesi ile Kanunu ihlal edenlerin zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödemesi halinde, ceza miktarından indirim yapılabileceğine ilişkin düzenleme de dikkate alındığında, haksız fiil sorumluluğunun tazminat amacından daha ziyade ihlallerin önlenmesi amacına hizmet ettiği söylenebilecektir.

Buna paralel olarak caydırıcılık amacına hizmet eden ve aynı zamanda pratikte uygulanabilirliği bulunan tazminat mekanizmalarının geliştirilmesi son derece önemlidir. Örneğin RKHK'da yer alan üç katı tazminat mekanizması henüz uygulama alanı bulamadığından, bu mekanizmanın caydırıcılık etkisi de tartışmalı hale gelmektedir. Bu çerçevede yukarıda önerilen şekilde Rekabet Kurumu nezdinde yapılacak çalışmada çeşitli yaptırım türlerinin caydırıcılık etkisi üzerine analizler yapılabilecektir. Böyle bir çalışma, özel hukuk yaptırımlarının daha etkili hale getirilmesinin gerekliliği ve etkili yaptırım sistemlerine ulaşmada bir kılavuz olarak kullanılabilir.

¹⁷⁹ Türk hukukunda konu ile ilgili görüşlerden biri dolaylı alıcıların zararlarının teorik olarak tazmin edilmesi gereken bir zarar olduğu, ancak zararın ne kadarına ilk alıcıların ne kadarına sonraki alıcıların katlandığını belirlemenin mahkemeler için güç bir faaliyet olduğu, bu nedenle, sadece ilk (doğrudan) alıcılara dava açma hakkı tanınması gerektiği yönündedir (Sanlı 2003, 243). Bir başka görüş, dolaylı alıcılar bakımından Beyaz Kitap'ta öngörüldüğü gibi fiyat artışının dolaylı alıcılara yansıtıldığına ilişkin bir karine tesis etmek, aktarma savunması bakımından ise YM'nin *Hanover Shoe ve Illinois Brick* kararlarında öngörülen iki istisna (masraf artı sözleşmesi ve doğrudan alıcının fiyat artışı konusunda rekabet ihlalcisi ile işbirliği içerisinde hareket etmesi) dışında kabul edilmemesi gerektiği yönündedir (Baş 2010, 60).

Toplu davalara ilişkin olarak aynı ihlalin geniş halk kitlelerini zarara uğratması halinde bireysel davaların tazminat hakkı elde etmek için yeterli bir araç olmadığını, RKHK'nın 17 yıllık uygulamasında ortaya çıkan tablodan görmek mümkündür. Sanlı (2003, 243), fiyat karteli ya da tekelci fiyatlandırmaya bağlı olarak bir nihai tüketim malının piyasa fiyatının yükselmesi halinde, tüketicilerin zararlarının çok düşük miktarlarla sınırlı olacağını belirterek, usul ekonomisi açısından bu zararların tazmin edilmemesi gerektiğini ifade etmiş ve grup davası ya da toplu dava türü bir dava imkânının kabul edilmemesi halinde, bu kesime dava hakkı tanınmanın pratikte bir fayda sağlamayacağını belirtmiştir. Medeni usul hukukundaki dava arkadaşlığı, davaların birleştirilmesi, davaya müdahale gibi usuller değerlendirildiğinde ise bunların, rekabet ihlallerinden zarar gören çok sayıda kişinin tazminat elde etmesi amacına hizmet etmekte yetersiz kalacağı söylenebilecektir.

Bu çerçevede davaların toplulaştırılmasına ilişkin getirilebilecek öneri bakımından, tez kapsamında incelenen toplu dava modellerinin tamamının birbirinden farklı ve karmaşık uygulama usullerine sahip oldukları ve bu modellerin çeşitli olumlu ve olumsuz yönlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. İncelenen toplu dava modellerinden bir kısmının tazminat sağlamada ve caydırıcılıkta etki sağlayabildiğinin söylenebileceği, ancak bunun için yeterli veri seti eksikliğinin mehzaz uygulamalar kapsamında da hissedildiği söylenebilecektir. Bu nedenlerle kesin bir model önerisi getirmenin zor olduğunu ve ileriye dönük kapsamlı bilgi birikimi gerektirdiğini belirtmek gerekmektedir.

Ancak rekabet ihlallerinin caydırılması bakımından toplu davaların olumlu yönlerinin ağır bastığının genel olarak kabul edildiği değerlendirildiğinde, yapılacak bir toplu dava önerisi bakımından haksız fiil hukukunun bireysel temelli tazminat anlayışı ve usul hukuku kuralları nedeniyle, ABD tarzı sınıf davalarının Türk hukuk sistemine getirilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Rekabet ihlallerinin önlenmesine ilişkin en etkili yöntemin “katılmalı grup davası” olabileceğini söylemek mümkündür¹⁸⁰. Ancak bu mekanizma, dayanaktan yoksun

¹⁸⁰ Türk hukukunda toplu davaların uygulanabilirliği hakkında yapılan çalışmalardan; Yıldırım (1997, 323), Türk hukukunda tazminat davası şeklinde grup davalarının kabulünün yerinde olup olmadığının tartışılabileceği ancak çeşitli sakıncalarından ötürü en iyi yöntemin içtinap ve tespit davası şeklinde açılan dernek davası olduğu görüşünde olup, Özbay (2009, 281) kısa vadede olmasa bile grup davalarının özellikle toplularda caydırıcılık ve davranış değişikliği şeklinde özetlenebilecek özel amacı bakımından, uzun vadede belirsiz bir kişi grubuna mensup kişilerce açılan grup davalarına da yasal bir düzenleme ile izin verilmesi gerektiği görüşündedir. Bununla birlikte Hanağası (2009, 404) topluluk davalarının medeni yargılama hukukuna egemen olan bazı kurallara istisna teşkil ettiğini bununla birlikte topluluk davalarının etkin hukuki himayenin vazgeçilmez bir unsuru olduğunu belirtmiştir. Karaaslan ve Eroğlu (2009, 221) ise HMK'da yer alan topluluk davasına ilişkin düzenlemede tazminat davası açma hakkının bulunmamasını büyük eksiklik olarak görmektedir.

davaların açılma riskini beraberinde getirecektir. Ayrıca Türk hukuk sistemindeki aksaklıklardan biri olan mahkemelerin yavaş işlemesi sorunuyla birlikte değerlendirildiğinde, bu modelin Türk hukuk sistemine uygulanabilirliğinin kısa vadede mümkün olmayacağı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte rekabet hukukunun uzmanlaşma gerektiren bir hukuk dalı olduğu da göz önüne alındığında, İngiltere'deki gibi rekabet ihlallerine bakmakla yetkilendirilmiş bir mahkemenin kurulması halinde katımlı grup davasına ilişkin çözümler uzun vadede değerlendirilebilecektir.

Bu çerçevede istisnai olarak kanun koyucunun izin verdiği bir alan olarak rekabet hukuku ile sınırlı olmak üzere, tazminat davasına imkân tanıyan “katımlı temsilci davalarına” ilişkin bir düzenleme getirmek daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Bu çerçevede TTK m. 58/3'te (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 56/3) sayılan kuruluşlara¹⁸¹ toplu tazminat hakkı sağlayan böyle bir düzenlemenin yargılama hukukuna ilişkin olması nedeniyle HMK'da yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte HMK'nın 113. maddesi ile getirilen düzenlemeye paralel olarak bu kuruluşlara “önleme davası” açma hakkının ise RKHK'da düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir. Bunun için Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı m.26'da “*İhlalden etkilenenlerin ya da etkilenebilecek olanların, devam eden ihlâlin sona erdirilmesini veya yakın ihlâl tehlikesinin önlenmesini hukuk mahkemesinden talep etme hakları saklıdır*” şeklinde yer verilen ifadeye yine TTK m. 58/3'te (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 56/3) yer alan kuruluşlara ihlalin sona erdirilmesini ya da önlenmesini talep hakkı getirmesine ilişkin bir düzenleme eklenebilecektir¹⁸². Böylece ticaret ve sanayi odaları ve tüketici dernekleri gibi kuruluşların rekabet ihlallerine karşı duyarlılığı artırılabilir ve ihlallerin önlenmesinde daha etkili bir yaptırım uygulanabilecektir.

Tazminat davası bakımından getirilmesi önerilen katımlı temsilci dava sisteminin Türk medeni usul hukukunun temel ilkelerinden birisi olan tasarruf ilkesi ile de daha bağdaşır olacaktır. Böyle bir sistemde davaya katılan kişi davanın seyirinden haberdar olacak, olası çıkar çatışmalarını, temsilin yeterliliğini

¹⁸¹ Ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve nizamnamelerine göre âzalarının iktisadi menfaatlerini korumaya salâhiyetli bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler. (6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu m. 56/3'teki ifadesiyle; ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar).

¹⁸² Türk hukuk doktrininde de bu yönde öneriler yer almaktadır. Bkz. Yıldırım (1997,138); Özbay (2010, 1576).

gözetebilecek, böylece bir güvence sağlanmış olacaktır. Temsilci bir tüzel kişi davayı açacağından, bilgi birikimi, insan kaynağı ve mali kaynaklara sahip olan ve profesyonel kadroları istihdam edebilecek yapıdaki bu tüzel kişilikler, inisiyatif kullanmakta ve davayı takip etmekte daha bilinçli hareket edecektir. Ayrıca bir davada elde ettiği bilgi birikimini bir sonrakinde kullanabilecektir. Bu sistem zarar görenlerin belirlenen süre içerisinde davaya dahil olmak yönündeki iradelerini ortaya koydukları katılmalı dava modeli olarak düzenleneceğinden, davaya katılanların bireysel olarak tespit edilmesi mümkün hale gelecektir. Türk hukukuna uygunluğu bakımından Yargıtay'ın yukarıdaki değerlendirmeleri ışığında, zarar görenlerden usulüne uygun yetki belgesi alınmasının sağlanması da mümkün olabilecektir. Temsilci kuruluşun açtığı davanın medya organlarıyla ilan edilerek zarar görenlere duyurulması sağlanabilecektir. Toplam olarak hesaplanacak tazminat miktarının davaya katılanlara dağıtılmasının mümkün olmaması halinde, davaya katılan kesimin menfaatine en uygun şekilde kullanılması için çeşitli şekillerde değerlendirilebilmesi mümkün olabilecektir. Dava açma hakkı tanınacak kuruluşun finansmanı bakımından ABD'deki ortak fon sistemi uygulanarak (Özbay 2009, 227) dava masrafları tüm tüketiciler arasında bölüştürülebilecektir. Temsilci dava imkânının getirilmesi ile sayılarının çok fazla olması sebebiyle dava açmayacak olan tüketicilerin hukuki himayeden yoksun kalması engellenmiş olacaktır.

Temsilci kuruluşlar temsil edilenlere kıyasla bilgi avantajına sahip olacağından bu sistem özellikle tüketiciler ve küçük işletmelerin ihlalden haberdar olmalarını sağlayacak, rasyonel duyarsızlığı gidererek rekabet hukukundan kaynaklı tazminat davalarına dahil olmaları imkânını getirecek ve rekabet ihlalleri bakımından farkındalık yaratılmış olacaktır. Böylece kartelden zarar gören her bir tüketicinin kartel grubuna karşı güçlü bir temsili söz konusu olabilecek ve ihlallerin ortaya çıkarılması kolaylaşacaktır. Diğer yandan mahkemelerin benzer nitelikte birçok dava dosyasıyla ilgilenmesine gerek kalmayacaktır. Temsilci tazminat davaları İngiltere ve Fransa'da henüz etkili bir uygulama alanı bulamamış olsa da bu örneklerin yasal engellerden kaynaklanan bazı sorunlar nedeniyle uygulanmadığı değerlendirildiğinde, söz konusu modellerin geliştirilmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir.

Son olarak Almanya'da henüz uygulama alanı bulamamış olan elde edilen ekonomik yararın geri alınması prosedürünün geliştirilmesi mümkün olabilecektir. Öte yandan tazminat davalarına piyasa oyuncuları tarafından getirilen bir çözüm yöntemi olan CDC modelinin, Türk hukukunda, tahsil amacıyla temlik yoluyla

işletilmesi mümkün görünmekle birlikte¹⁸³ Türk usul hukukuna benzer bir usul hukuku sistemine sahip Almanya'da kabul edilmesi, bu modelin Türkiye'de de geliştirilmesinin mümkün olabileceğini göstermektedir. Söz konusu model, davanın temsili ve tazminatın dağıtılması gibi konularda yasal bir düzenleme gerektirmeden uygulanabilirliği bulunması açısından da önemlidir.

¹⁸³ Bu modelin detayları için bkz. Kortunay, A., 2011, 179. Yazar bu dava biçiminin Türk hukukuna uygunluğu bakımından, haksız fiillerden kaynaklanan tazminat alacaklarının temellük ve tahsil edilmesi için bir anonim şirket kurulmasında herhangi bir engel bulunmadığı ve alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devredebileceğini değerlendirerek, Türk hukukunda böyle bir sistemin mümkün olduğunu belirtmiştir.

SONUÇ

Rekabet hukukunun tüm araçlarıyla etkin bir şekilde uygulanması, kaynakların etkin dağılımı, ekonomik ve teknik iyileşme ve gelişme ile tüketici refahının maksimize edilmesi bakımından son derecede önemlidir. Bu ise güçlü bir kamu hukuku yaptırımıyla desteklenen özel hukuk yaptırımlarının etkin kılınmasıyla gerçekleşebilecektir. Özel hukuk yaptırımlarının tazminat davası ayağındaki en tartışmalı konuların başında gelen toplu davalar ise son dönemde dünya çapında gösterdiği gelişim ile dikkat çekmektedir. Buradan hareketle tez kapsamında, rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarında, toplu dava imkânı olmadan açılmayacak olan potansiyel davaların tek bir yargılama sürecinde sonuçlandırılmasına imkân tanıyan, böylece ihlallerin önlenmesinde önemli rol oynayan toplu dava modelleri ve bu modellerin çeşitli ülkelerde nasıl uygulandığı tartışılmıştır.

Rekabet ihlalleri genellikle ekonominin geneline yayılan ve geniş kitleleri etkileyen düşük miktartlı zararları içermektedir. Bu nedenle, özellikle tüketiciler ve küçük işletmeler gibi zarar gören kesimler, bilgi asimetrisi, rasyonel duyarsızlık ve bedavacılık problemi gibi nedenlerle ihlali ortaya çıkarmada ya da hukuki süreci başlatma konusunda yeterli güdüye ve beceriye sahip olamamaktadırlar. Toplu davalar, bu olumsuzlukların giderilmesinde ve geniş kesimleri ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümünde etkili bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplu davalar, dava maliyetlerini düşürerek normalde açılmayacak küçük miktarlardaki tazminatlara ilişkin davaların açılmasını sağlayabilmesi, rekabet karşıtı eylemler açısından milyonlarca tüketici ile dava yoluyla karşı karşıya gelmesi ve ihlalin aleni hale gelmesi gibi ihtimaller nedeniyle, rekabet ihlallerine ilişkin davranış değişikliğine yol açarak caydırıcılığa katkıda bulunması gibi önemli fonksiyonlara sahiptir.

Rekabet hukuku yaptırımlarında tazminat davalarının en geniş şekilde uygulandığı ülke olma özelliğine sahip olan ABD, geliştirdiği sınıf davaları ile bu alanda Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden hayli farklılaşmaktadır. Bununla birlikte son dönemde AB’de tazminat davalarının önündeki engellerin kaldırılması ve toplu dava mekanizmalarının hayata geçirilmesi için yürütülen

reform çalışmaları ve bu çalışmaları takiben birçok ülkelerde kabul edilen çeşitli türdeki toplu dava modelleri, tazminat davalarının etkinleştirilmesi gerektiği sonucunu pekiştirmektedir.

Türkiye’de ise rekabet ihlallerinden zarar görenlerin toplu dava açma imkânları bulunmamasıyla birlikte, Türk hukuk sistemindeki bazı mekanizmaların davaların birlikte görülmesine imkân tanıdığı, ancak bu araçların birden çok kişinin tazminat talebini tek bir davada çözebilmek için yeterli olmadığı görülmektedir. Gerek haksız fiil hukukunun bireysel temelli tazminat anlayışı gerekse usul hukuku kuralları, Türk hukuk sistemine ABD tarzı sınıf davalarının getirilmesini mümkün kılmamaktadır. Ancak caydırıcılık temelinde baktığımızda, tazminat davalarının önemli bir rol oynayabileceği, bu çerçevede tazminat davalarını teşvik edecek düzenlemelerin yapılabileceği değerlendirilmektedir. Bu amaca ulaşmak için öncelikle, Rekabet Kurumu nezdinde yapılacak bir çalışma ile rekabet hukukundan doğan tazminat davaları uygulamalarının , böylece rekabet kültürünün yaygınlaşması amacının gerçekleşmesi için AB reformları dikkate alınarak yapılması gereken politika tercihlerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Tazminat davalarının teşvik edilmesi için tüketici örgütleri gibi kuruluşların konu hakkındaki duyarlılığının artırılması, Kurul’un bir ihlalle ilgili tesis ettiği karar sonrasında, ihlalin niteliğine, etkilediği pazarlara ve bundan zarar görenlerin tazminat davası açma hakkı bulunduğuyla ilişkin bilgilendirme amacıyla internet sitesinde yapılacak duyurular etkili olabilecektir. Bununla birlikte açılacak davalarda, dolaylı alıcıların ispat zorluğunun ortadan kaldırılmasına yönelik düzenlemeler yapılabilecektir. Rekabet hukuku uzmanlık gerektiren bir hukuk dalı olması nedeniyle İngiltere’deki gibi rekabet ihlallerine bakmakla yetkilendirilmiş bir mahkemenin kurulması, bu alanda yapılması gereken reformların başında gelmelidir.

Tez kapsamında incelenen toplu dava modelleri bakımından, bu modellerin çeşitli olumlu ve olumsuz yönlerinin bulunduğu ve kesin bir model önerisi getirmenin zor olduğunu söylemek gerekmektedir. Bununla birlikte toplu davaların olumlu yönlerinin ağır bastığı düşünüldüğünde, rekabet ihlallerinin önlenmesine ilişkin en etkili yöntemin “katımlı grup davası” olabileceği, ancak bu modelin kısa vadede Türk hukuk sistemine uyarlanabilmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Bu nedenle istisnai surette kanun koyucunun izin verdiği bir alan olarak rekabet hukuku ile sınırlı olmak üzere, tazminat davasına imkân tanıyan “katımlı temsilci davalarına” ilişkin bir düzenleme getirilebileceği düşünülmektedir. Bu çerçevede TTK m. 58/3 (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 56/3)’te sayılan ticaret ve sanayi odaları, mesleki ve iktisadi birlikler gibi kuruluşlara toplu tazminat hakkı sağlayan böyle bir düzenlemenin, yargılama hukukuna ilişkin olması nedeniyle HMK’da yapılmasının uygun

olacağı değerlendirilmektedir. Böylece kartellerden zarar gören her bir tüketicinin kartel grubuna karşı güçlü bir temsili söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte özel hukuk yaptırımlarının daha etkin kılınması, tazminattan beklenen yararın sağlanması ve kamu hukuku yaptırımlarıyla ilişkisindeki tamamlayıcılık rolünün hayata geçirilmesi için etkili bir adım atılmış olacaktır. Bununla birlikte HMK m. 113'deki düzenlemeye paralel olarak yine bu kuruluşlara rekabet ihlalleri bakımından önleme davası açma hakkının RKHK'da düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Tazminat davası bakımından temsilci kuruluşlara sağlanacak toplu davaların uygulanmasında ABD ve AB örnekleri yol gösterici olabilecektir. Örneğin açılan davanın medya organlarıyla ilan edilerek zarar görenlere duyurulması sağlanabilecektir. Hükmedilecek tazminat miktarının davaya katılanlara dağıtılması, mümkün olmadığı takdirde davaya katılan kesimin menfaatine en uygun şekilde kullanılması için çeşitli şekillerde değerlendirilebilmesi mümkün olacaktır, dava açma hakkı tanınacak kuruluşun finansmanı bakımından ABD ortak fon sistemi benzeri, dava masraflarının tüm tüketiciler arasında bölüştürülebilmesine imkân sağlayan bir sistem geliştirilebilecektir.

ABSTRACT

Anyone suffering damages as a result of violation of the rules of competition law is entitled to file legal action for indemnification of such damages. This ensures that while, on the one hand, those incurring damages are provided with a right to seek damages, future violations of completion are deterred on the other hand. However, it is observed that in practice, those incurring damages as a result of violations of competition law fail to file legal action to seek damages.

The purpose of this thesis is to demonstrate how such collective legal action aiming at combining individual lawsuits of those people affected by competition law violations, which is claimed to be the most effective method in order to overcome the afore-mentioned problem. Collective legal action plays a role in controlling competition law violations, particularly cartels by ensuring the effectiveness of legal action for damages. Recently, the EU Competition Commission carries out substantial efforts for the purpose of increasing private law sanctions arising from competition law violations and rendering collective lawsuits an integral part of competition law. Parallel to this, the EU member countries recognize various collective lawsuit systems under competition law or maintain legislative studies for such recognition.

In this framework, first of all, an analysis is made of how the institution of collective lawsuits is applied under comparative law and this is followed by recommendations as to the applicability of the collective lawsuit mechanism, which has no counterpart in Turkish law, in terms of competition law.

EK-1**Tablo 1-** AB Üye Ülke Uygulamalarında Toplu Dava Modelleri

Toplu Dava Modelleri	Üye Ülkeler
Müşterek Davalar	Fransa, İsveç, İngiltere, Macaristan, Romanya, İspanya, Bulgaristan, Yunanistan, Baltık ülkeleri, Almanya, Avusturya
Test Davaları	Almanya, İngiltere, İsveç, Yunanistan, Avusturya
Katılnalı Grup Davaları	İsveç İngiltere İtalya
Katılmasız Grup Davaları	Portekiz
Katılnalı Temsilci Önleme Davaları	İspanya (katılmasız da olması mümkündür), İngiltere, Almanya, Hollanda, Yunanistan, Çek Cumhuriyeti.
Katılnalı Temsilci Tazminat Davaları	Fransa Belçika İsveç (birlik veya ombudsman tarafından) Finlandiya (ombudsman tarafından) İngiltere (sadece takip eden (follow-on) davalar bakımından ve yetkilendirilmiş organ tarafından)
Katılmasız Temsilci Davaları	Hollanda (sadece tüketici birliğı tarafından ve uzlaşmalı) Portekiz (birlik veya kamu savcısı tarafından) Danimarka (sadece kamu kurumu tarafından)

KAYNAKÇA

ABA (2003), “*Annual Review of Antitrust Law Developments Volume 1*”, American Bar Association (ABA), Section of Antitrust Law.

ABA (2007), “*Antitrust Law Developments Volume 1*”, American Bar Association (ABA), Section of Antitrust Law, Sixth Edition.

ABA (2010), “*2010 Annual Review of Antitrust Law Developments*”, American Bar Association (ABA), Section of Antitrust Law, 2011.

ABA Handbook (2010), “*Antitrust Class Actions Handbook (2010)*”, American Bar Association (ABA), Section of Antitrust Law.

BAKER, D. I. (2004), “Revisiting History-What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend To Others?” *Loyola Consumer Law Review*, Vol:16, s. 378-408.

BAŞ, K. (2011), “Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler” *Rekabet Dergisi* Vol:12 No:4, s.3-74.

BAUER, J. P. (2006), “An American Perspective Comment On The Articles By J.J. Camp. Donald Houston And Jeanne Pratt”, S.G.A. PITEL (der.), *Litigating Conspiracy: An Analysis Of Competition Class Actions, Irwin Law, Canada* içinde, s.318.

BECKER, G. S. (1968), ”Crime and Punishment: An Economic Approach” , *Columbia University, Journal Of Political Economy*, s.180-185.

BERGE, M. (2002), “*The Multi-State Vitamins Indirect Purchaser Litigation, Settlement, and Implications*” Multi-State Litigation Seminar/ Major Writing Paper, 2002, s. 1-31.

BERGH, V. D. B ve P.D. CAMESASCA (2006), “*European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*”, Sweet & Maxwell, London, s. 330-333.

BERGH, V. ve L. VISSCHER (2008), “The Preventive Function of Collective Actions For Damages In Consumer Law”, *Erasmus Law Review*, Vol. 1, s. 5-30

BEYAZ KİTAP (2008), “*The White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty of May 1999*”, OJ C 132/1.

BRONSTEEN, J. (2005), “Class Action Settlements: An Opt-in Proposal”, *Loyola University Chicago Law Journal*, No: 903, s. 1-33.

BRUNET, E. (2000), “Two Phases of Class Action Thinking: The Dam Period is Replaced by the Present Coffee”, *Tulane Law Review*, Vol. 74, s.1919-1939.

BUNDESKARTELLAMT (2007), “*Response to OFT Discussion Paper on Private Actions in Competition Law: Effective Redress for Consumers and Business (OFT 5 C/053)*”, http://www.of.gov.uk/shared_of/consultations/PrivateResponses/BundesKartellamt.pdf adresinde.

CAVANAGH, E. D. (2010), “The Private Antitrust Remedy: Lessons From the American Experience”, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol.: 41, No:3; s.629.

CAVÉZIAN, O., L. HESSE, F. LABROUSSE, E. MORGAN de RIVERY (2009), “*Class Actions in Europe: Reality or Myth? The Example of France*” <http://www.jonesday.com/files/Publication/ff7fd833-8640-443c-bb46-d6e756864345/Presentation/PublicationAttachment/6e60f00f-0d2a-4c0c-b986-d7982522c1f6/Class%20Actions%202009.pdf> adresinde.

CENGİZ, F. (2010), “Antitrust Damages Actions: Lessons from American Indirect Purchasers’ Litigation”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol: 59, s. 39-63.

CRANE, D.A. (2010), “Optimizing Private Enforcement”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 63, s. 675-684.

CUMMING, G., B. SPITZ ve R. JANAL (2007), “Civil Procedure Used for Enforcement of EC Competition Law by the English, French and German Civil Courts”, *International Competition Law Series*, Vol. 24, s. 14.

ÇALIŞMA BELGESİ (2005), “*Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper*”, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672.

ÇALIŞMA BELGESİ (2008), “*Commission Staff Working Paper, Accompanying the White Paper*”, Brussels, 2.4.2008, COM (2008) 165.

ÇALIŞMA BELGESİ (2011), “*Commission Staff Working Document, Public Consultation: Towards a Coherent European Approach to Collective Redress*”, Brussels, 4.2.2011, SEC (2011) 173.

ÇALIŞMA BELGESİ (2012), “*European Parliament Directorate General For Internal Policies, Collective Redress in Antitrust Study*”, 2012.

DAM, K.W. (1975), “Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, And Conflict Of Interest”, *The Journal Of Legal Studies*, s.47-73.

DG SANCO/NİHAİ RAPOR (2008), “*Evaluation of the Effectiveness and Efficiency of Collective Redress Mechanisms in The European European Union, Final Report*”.

DIETZE, P. V. ve BRÖDERMANN E. (2010), “Germany”, FOER A.A. ve W.C. JONATHAN (2010) “*The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*” içinde, s. 330-346.

EHLERMANN, C. D. ve I. ATANASIU (2002), “The Modernization of E.C. Antitrust Law: Consequences for The Future Role and Function of the EC Courts”, *European Competition Law Review 2*, s. 72.

EISENBER, G T. ve G.P. MILLER (2004), “*The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action*”, New York University Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 04-004, s. 22-36.

ELHAUGE, E. ve D. GERADİN (2007), “*Global Competition Law and Economics*”, Oxford and Portland, Oregon.

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

GÜNDÜZ, H. ve T. KOYUNCU (2011), “ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller” *Rekabet Dergisi*, Vol:12, No:3 s: 85-179.

HALFMEIR, A. *Reform of German Model Proceedings Act Planned*, <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Reform%20of%20German%20Model%20Proceedings%20Act%20planned.pdf> adresinde (erişim tarihi: 28.11.2011).

HALFMEIER, A. ve E. FEES (2010), “*The German Capital Markets Model Case Act (KapMuG) - a European role model for Increasing The Efficiency of Capital Markets? Analysis and Suggestions for Reform*”,

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1684528 adresinde.

HANAĞASI, E. (2009), “Kolektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I* içinde, s. 351-410, Yetkin Yayınları, Ankara.

HANAĞASI, E. (2009), “Kolektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I* içinde, s. 351-410, Yetkin Yayınları, Ankara.

HARBOUR, L. J. ve M. E. SHELLEY (2006), “The Emerging European Class Action: Expanding Multi-Party Litigation To A Shrinking World”, *2006 ABA Annual Meeting, Section of Litigation*, s. 7.

HARRIS, R. G. ve L. A. SULLIVAN (1979), “Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol:128, No:2, s.269-360.

HODGES, C. (2008), “The Reform of the Class and Representative Actions in European Legal Systems. A New Framework for Collective Redress in Europe”, *Oxford Institute Of European And Comparative Law*, Oxford, s. 84.

ISSACHAROFF, S. ve G. P. MILLER (2009), ”Will Aggregate Litigation Come to Europe?” *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, s. 179-210.

JONES, C. A. (2004), “Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check.”, *World Competition Law & Economics Rev.*, Vol. 27, s.13-24.

JONES, C.A. (2006), “After the Green Paper: The Third Devolution in European Competition Law and Private Enforcement”, *Journal Of European Competition Law&Practice*”, Vol. 3, s. 1-3.

KALVEN, H. ve M. ROSENFELD (1941), “The Contemporary Function of the Class Suit” *The University of Chicago Law Review*, Vol. 8, No:4, s. 684-722.

KARAASLAN, V. ve M. EROĞLU (2009), “Kolektif Hukuki Himayenin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davaları”, s. 201-221.

KARON, D.R. (2004), “Your Honor, Tear Down That Illinois Brick Wall! The National Movement Toward Indirect Purchaser Antitrust Standing and Consumer Justice”, *William Mitchell Law Review*, Vol. 30, s. 1352- 1402.

KARŞILAŞTIRMALI RAPOR (2004), “*Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules*”, 31.8.2004, ASHURST.

KESKE, S.E. (2010), “*Group Litigation in European Competition Law. A Law and Economic Perspective*”, Intersentia, Portland.

KLINGSBERG, D. (1988), “Balancing The Benefits and Detriments of Private Antitrust Enforcement: Detrebling, Antitrust Injury, Standing and Other Proposed Solutions”, *Cardozo Law Review*, Vol. 9, s.1215-1245.

KOMİSYON NOTU (2010), “*Towards a Coherent European Approach to Collective Redress: Next Steps*” <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2010/EN/2-2010-1192-EN-1-0.Pdf>, erişim tarihi 20.11.2011.

KOMNINOS, A.P. (2006), “Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?”, Vol. 3, s. 5-26.

KOMNINOS, A.P. (2008), “*EC Private Antitrust Enforcement*”, Hart Publishing, Oxford, UK.

KORTUNAY, A. (2011), Alacağın Temliki Yoluyla Kollektif Tazminat Taleplerine İmkan Veren Bir Model Geliştirilebilir mi?, *Rekabet Dergisi*, Vol:12, No:3 s:179-205.

KROES, N. (2005), “*Enhancing Actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe*” speech at Harvard Club, New York,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/533&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> adresinde (erişim tarihi 15.11.2011).

KURU B., R. ARSLAN ve E. YILMAZ, “*Medeni Usul Hukuku*”, Ankara, 2011.

LANDE, R.H. ve J. P. DAVIS (2008), “Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases”, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 42, s. 879-893.

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*, Vol. 46, s. 632-635.

LATIMER, H. (1976), “Damages, Settlements and Attorneys Fees In Antitrust Class Actions”, *Antitrust Law Journal* Vol: 49, s. 1553-1580.

LESKINEN, C. (2010), “*Collective Antitrust Damages Actions In The Eu: The Opt-In v. The Opt-Out Model*”, Working Paper, IE Law School, s. 1-56.

LESKINEN, C. (2011), “Recent developments on collective antitrust damages actions in the EU”, *Global Competition Litigation Review*, Vol:4, No:2, s.79-88.

MACKENRODT, M.O. (2008), “Private Incentive, Optimal Deterrence and Damage Claims for Abuses of Dominant Positions – The Interaction between the Economic Review of the Prohibition of Abuses of Dominant Positions and Private Enforcement”, *MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Vol. 5, s. 165-189.

MARTINAZZI, A. (2010), “Developments In Private Enforcement Of Italian Antitrust Law: The Introduction Of Class Action Legislation”, *The CPI Antitrust Journal*, s. 1-7.

MILUTINOVIC, V. (2007), “*EC Competition Law A Critical Assessment*” A.C., GIULIANO ve C. D. EHLERMAN (der.), s. 726-757.

MULHERON, R. (2009), “The Case For An Opt-out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis”, *Columbia Journal Of European Law*, Vol. 15, s. 409-450.

NAGAREDA, R.A. (2003), “The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action”103 *Columbia Law Review* 149.

NASHI, R. (2010), “Italy’s Class Action Experiment” *Cornell International Law Journal*, Vol:43 s. 147-172.

NIHAİ RAPOR (2007), “*Report for the European Commission, “Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios*”, 21.12.2007, DG COMP/2006/A3/012.

OFT (2007), “*Private Actions in Competition Law: Effective Redress for Consumers and Business*”, Discussion Paper OFT916,

http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft916.pdf adresinde, erişim tarihi 01.12.2011.

OLSON, W. (1991), “Contingency Fees As an Incentive to Excessive Litigation”, OLSON, W.K. (der.) *The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Lawsuit* içinde, Penguin Books USA Inc.

ÖZBAY, İ. (2009), “*Grup Davaları, Yetkin Yayınları*”, Ankara.

ÖZBAY, İ. (2010), “Rekabet Hukukunda Grup Davaları”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt II* içinde, s.1559-1576, Turhan Kitabevi, Ankara.

PACE, N.M. (2007), “*Class Actions In The United States of America: An Overview of The Process and The Empirical Literature*” Rand Institute for Civil Justice, Santa Monica, California, U.S.A., s. 1-99

PAGE, W.H (1999), “The Limits Of State Indirect Purchaser Suits: Class Certification In The Shadow Of Illinois Brick”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 67, s. 1-39.

PATEL, R. (2010), “*Class Actions in the U.K: Emerald Supplies Limited & Anr. v. British Airways plc.*” <http://kluwercompetitionlawblog.com/2010/12/21/class-actions-in-the-u-k-emerald-supplies-limited-anr-v-british-airways-plc/> adresinde, erişim tarihi 24.11.2011.

PEKCANITEZ, H., O. ATALAY ve M. ÖZEKES, (2011) “*Medeni Usul Hukuku*”, Ankara, 2011.

PINOTTI, V. ve STEPANIA D. (2011), “Antitrust Class Actions in the European Union: Latest Developments and the Need for a Uniform Regime”, *Journal of European Competition Law & Practice No:1 Oxford University Pres*, Vol. 2, No:1, s. 24-33.

PITEL, S.G.A (2006), “*Litigating Conspiracy: An Analysis Of Competition Class Actions*”, Irwin Law, Canada.

POLVERINO, F. (2006), “A Class Action Model For Antitrust Damages Litigation In The European Union”, *The University of Chicago Law Review*, s. 1-35.

PURCELL, E.A. (2008), “The Class Action Fairness Act in Perspective: The Old and the New in Federal Jurisdictional Reform”, *University Of Pennsylvania Law Review*, s.1823-1855.

REKABET MODERNİZASYON KOMİSYONU RAPORU (2007), “*Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations*” April 2007.

RICHARDS, J. D. (2005), “What Makes An Antitrust Class Action Remedy Successful?: A Tale Of Two Settlements”, *Antitrust Class Action Remedy*, s. 621, 659.

RUSSELL, T. L. (2010), “Exporting Class Actions to the European Union”, *Boston University International Law Journal*, Cilt 28, s. 141-180.

RÜGGERBERG, J. ve M.P. SCHINKEL (2006), “Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in line with Efficient Private Enforcement”, *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2006-04*, s. 1-25.

SANDERSON, M. ve M. TREBILCOCK (2006), “Competition Class Actions: An Evaluation of Deterrence and Corrective Justice Rationales”, S.G.A. PITEL (der.) *Litigating Conspiracy: An Analysis Of Competition Class Actions*, *Irwin Law, Canada* içinde, s. 15-47.

SANLI, K. C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I*, s. 211-276, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

SCHAEFER, H. (2000), “The Bundling of Similar Interests in Litigation. The Incentives for Class Action and Legal Actions Taken by Associations” *European Journal of Law and Economics*, Vol:9, No:3, s.183-213.

SCHEURLEER, D. L., SPEYART H., WIJERS F. Ve FANOY J. (2010), “Netherlands”, FOER A.A., W.C. JONATHAN (der.) *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law* içinde, s. 368.

SCHOLZ, J.T. (1997), “Enforcement Policy and Corporate Misconduct: The Changing Perspective of Deterrence Theory “, Vol. 60, No:3, s. 253-268.

SHANKLAND, M. ve L. CRAIG, (2008), “Collective Redress Across the Pond-Interview with Matthew Shankland & Lianne Craig”, *The Metro. Corp. Couns.*, Oct. 2008.

SHERMAN, E. F. (2002), “Group Litigation Under Foreign Legal Systems: Variations and Alternatives to American Class Actions”, *De Paul Law Review*, s. 401-432.

SITTENREICH, M. A. (2010), “The Rocky Path for Private Directors General: Procedure, Politics, and The Uncertain Future of Eu Antitrust Damages Actions”, *Fordham Law Review*, Vol. 78, s. 2701-2750.

SMITH V., A. MATON ve S. CAMPBELL (2010), “England and Wales”, FOER A.A., W.C. JONATHAN (der). “*The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*” içinde s. 296-316.

SMITHKA, C. (2009), “From Budapest to Berlin: How Implementing Class Action Lawsuits In The European Union Would Increase Competition and Strengthen Consumer Confidence”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 27, No:1, s. 174-192.

SMITH, V., MATON A. ve CAMPBELL S. (2010) “England and Wales”, FOER A.A. ve W.C. JONATHAN (2010, “*The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*” içinde, s. 296-315.

STADLER, A. (2008), “Collective Actions as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law”, J. BASEDOW (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law* içinde, s.195-213, Kluwer Law International, Netherlands.

SULLIVAN J., A. STAUNTON (2006), “Compensation For The Class: Ascertainig And Distributing Damages In A Competition Class Action”, S.G.A. PITEL (der.) *Litigating Conspiracy: An Analysis Of Competition Class Actions*, Irwin Law, Canada içinde, s. 3-15.

SULLIVAN, L.A. ve W. S. GRIMES (2000), “*The Law Of Antitrust: An Integrated Handbook*”, West Group.

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

TARTIŞMA METNİ, (2009), “Consultation Paper For Discussion On The Follow-Up To The Green Paper On Consumer Collective Redress”, http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/consultation_paper2009.pdf adresinde, erişim tarihi 15.11.2011.

TESAURO, C. ve D. RUGGIERO (2010), “Private Damage Actions Related to European Competition Law in Italy”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 1, No. 6, s. 32.

TUTUMLU, M.A. (2006), *Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları (Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Dahil)*, Ankara 2006.

VRECK, B., (2010) “Overview of Europe” FOER, A.A. ve W.C. JONATHAN (der.) “*The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*” içinde, s. 277-296.

WALLER, S.W. (2006), “Rekabet Hukukunda Kamu-Özel Ortaklıkları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV*, s. 51-68, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

WALTER, G. (2001), “Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland”, *Duke Journal Of Comparative & International Law*, Vol. 11, s. 369-379.

WILS, W.P.C. (2003), “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, s. *World Competition*, Vol. 26, s. 473-488.

WURMNEST, W. (2005), “A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modernized Law against Restraints of Competition”, *German Law Journal* Vol:6 s. 1173-1190.

YEŞİL KİTAP (2005), “*European Commission, GREEN PAPER, Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules*”, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672.

YEŞİL KİTAP (2008), “*Green Paper on Consumer Collective Redress*”, 27.11.2008, COM (2008) 794.

YEŞİL KİTAP – SORU VE CEVAPLAR Press Release, *Europa, Green Paper on Consumer Collective Redress - Questions and Answers*, 27.11.2008 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO//08/741&format=HTML> adresinde.

ABD Temyiz Mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme Kararları

Trustees v. Greenough 105 U.S. 527 (1882).

Sprague v. Ticonic National Bank 307 U.S. 161, 167 (1939).

Hansberry v. Lee 311 U.S. 32, 40-41 (1940).

Clark Oil Co. v. Phillips Petroleum Co., 148 F.2d 580 (8th Cir. 1945).

Atl. City Elec. Co. V. Gen. Elec. Co., 226 F. Supp. 59, 60-61 (S.D.N.Y. 1964).

Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Mach. Corp., 392 U.S. 481, 494 (1968).

Colson v Hilton Hotels Corp, 59 FR D 324 (N Dist of Illinois, 1972)

Eisen v Carlisle and Jacquelin 479 F 2d 1005, 1018 (2nd Cir. 1973)

Eisen v. Carlisle & Jacquelin 417 U.S. 156 (1974)

Mercedes-Benz of North America, Inc. 21 Fed R. Serv.2d. 1294, 1975-2 Trade Cas. (CCH) P60,534 (E.D. Pa. 1975)

Ungar v. Dunkin' Donuts of America, Inc. 531 F.2d 1211 (3d Cir. 1976).

Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977)

Bogosian v. Gulf Oil Corp., 561 F. 2d 434, 454 (3rd Cir. 1977)

Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477 (1977).

Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream Co., 78 F.R.D. 108 (C.D. Cal. 1978).

In Re Cement and Concrete Antitrust Litig., 1979-1 Trade Cases para. 62, 502 (D.Ariz.1979).

In Re South Central States Bakery Products Antitrust Litigation 86, F.R.D. 407 (D. La. 1980).

Reiter v. Sonotone Corp., 486 F. Supp. 115 (D. Minn. 1980).

In Re Corrugated Container Antitrust Litigation, 643 F.2d 195, 207 (5th Circuit 1981).

Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, 771 (1984).

Arc America 490 U.S. 93, 95 (1989).

Kansas v. Utilicorp United, Inc., 497 U.S. 199 (1990).

In Re Domestic Air Transport Antitrust Litigation 137 FR D 677 (N Dist of Georgia, 1991).

In re General Motors Corp. Pick-Up Truck FuelTank Prod. Liab. Litig., 55 F.3d 768, 817 (3d Cir.1995).

McCarthy v. Recordex Services, Inc., 80 F.3d 842, 855 (3d Cir. 1996).

In Re Vitamins Antitrust Litigation, Misc. No. 99-197 (D.C. Dist. Ct. filed 1998).

In re Toys "R" Us Antitrust Litig. , 191 F.R.D. 347, 353 (E.D.N.Y. 2000).

In Re Visa Check/Mastermoney, 280 F.3d 124 (2d Cir. 2001).

In Re Microsoft Corp. Antitrust Litigation, 185 F. Supp. 2d 519 (2002)

In Re Visa Check/Mastermoney Antitrust Litigation, 297 f. Supp. 2d 503,524 (E.D.N.Y. 2003)

In re Mercedes-Benz Antitrust Litigation 213 F.R.D. 180, (D.N.J.2003).

In Re Warfarin Sodium Antitrust Litigation 391 F.3d 516, 516-40 (3d Cir. 2004).

In Re Relafen Antitrust Litigation, 231 F.R.D.(D. Mass. 2005).

Microsoft Corp., 436 F.3d 461 (4th Cir. 2006).

Sperry v. Crompton Corp., 863 N.E.2d. 101, 1013 (N.Y. Ct. App. 2007)

In Re Bupirone Antitrust Litigation, 185 F. Supp. 2d 363 (S.D.N.Y. 2002).
Rodney v. Northwest Airlines Inc., 146 Fed. App'x 783 (6th Cir. 2005).
Sperry v. Crompton Corp., 863 N.E.2d. 101, 1013 (N.Y. Ct. App. 2007).
Bradburn Parent/Teacher Store, Inc. V. 3M., 513 F. Supp. 2d 322 (E.D. Pa. 2007).
Allied Orthopedic Appliances, Inc. V. Tyco Healthcare Group, L.P., 247 F.R.D. 156 (C.D. Cal. 2007).

AB ve Üye Ülke Mahkemeleri Kararları

Case 26/62, Van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Admin, [1963] E.C.R. 5., Case C-453/99.
Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior [1974] ECR 313.
Corte d'Appello of Cagliari of 23.01.1999, Unimare S.r.l. v. Geasar S.p.A.
Court of Appeal of Versailles of 16.05.2002, S.A. SFR Francaise Du Radiotelephone v, Union Federale Des Consommateurs Que Choisir, R.G. No. 01/07363.
LG Dortmund, Urteil vom. 1.4.2004, 13 O 55/02, WuW/E DE-R.
1028/5/7/04 BCL Old Co Ltd v Aventis (2005) CAT.
Vincenzo Manfredi and Others v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, [2006] ECR I-6619.
Les Laboratoires Pharmaceutiques Arkopharma v. Roche and Hoffmann La Roche AG, Nanterre Commercial Court's decision of 11.05.2006.
Consumer Association v JJB Sports Plc, Competition Appeal Tribunal, Case No: 1078/7/9/07.
Emerald Supplies Ltd v British Airways plc [2009] EWHC 741 (Ch).
Emerald Supplies Ltd v British Airways Plc [2010] EWCA Civ 1284; [2011] C.P. Rep. 14.
German Supreme Court (BGH), Judgement of 28.06.2011 - KZR 75/10.

Yargıtay ve Danıştay Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10.3.1997 tarih ve 1997/2583 E., 1997/4768 K. sayılı kararı.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 25.11.1999 tarih ve 1999/7886 E., 1999/8493 K. sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 30.5.2007 tarih ve 2006/29551 E., 2007/17419 K. sayılı kararı.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 3.3.2006 tarih ve 1 E., 1 K. sayılı kararı.

Diğer Kaynaklar

Council Regulation No 17 of 6 February 1962 - First Regulation Implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, JO [1962] L13/204.

Commission Notice on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the ECC Treaty, OJ 1993, C39/06.

Directive 1998/27 on injunctions for the protection of consumers' interests [1998] OJ L 166).



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA
ISBN 978-605-5479-38-1
<http://www.rekabet.gov.tr>