

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 88

REKABET KURUMU

ABD UYGULAMASI IŞIĞINDA
REKABET İHLALLERİNDEN
DOĞAN ZARARLARIN
TAYİNİ VE TAZMİNİ

AHMET USSAL ŞAHBAZ

ABD UYGULAMASI IŖIĖİNDA
REKABET İHLALLERİNDEN
DOĞAN ZARARLARIN
TAYİNİ VE TAZMİNİ

AHMET USSAL ŖAHBAZ

ANKARA 2008

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2009

İlk Baskı, Mayıs 2009
Rekabet Kurumu-Ankara

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

10/6/2008 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
3 No'lu Daire Başkanı S. Barış ÖZER, Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR,
Prof. Dr. Ejder YILMAZ, Prof. Dr. Erol ÇAKMAK'tan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 20/06/2008 tarih ve
08-40/547 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-975-8936-67-0

YAYIN NO

0222

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	v
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ	1

Bölüm 1

ABD UYGULAMASI İŞİĞİNDA REKABET İHLALLERİNDEN DOĞAN ZARARLARIN TAYİNİ VE TAZMİNİ

1.1. REKABET İHLALLERİNDEN DOĞAN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AMACI.....	4
1.2. ZARARIN TAYİNİ VE TAZMİNİNE DAİR TÜRKİYE'DEKİ HUKUKİ ÇERÇEVE.....	6
1.3. ZARARIN TAYİNİ VE TAZMİNİNE DAİR ABD'DEKİ HUKUKİ ÇERÇEVE.....	9

Bölüm 2

REKABET İHLALLERİNDEN DOĞAN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN EKONOMİK ANALİZİ

2.1. OPTİMAL CAYDIRMA TEORİSİ	12
2.1.1. Optimal Caydırma Teorisi Çerçevesinde Fazladan Ödenen Bedelin Tazmini	13
2.1.2. Optimal Caydırma Teorisi Çerçevesinde Mahrum Kalınan Karın Tazmini	16
2.2. OPTİMAL CAYDIRMA TEORİSİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ	17
2.2.1. Dara Kaybının Tazmini Problemi	17
2.2.2. Tazminat Yükümlülüğü ile Karşılaşmama Olasılığı	18
2.2.3. Dava Sayısının Tazminat Miktarına Bağlı Olarak Değişmesi	21
2.2.4. Tazminat Dışında Cezaların Varlığı	22
2.3. TAZMİNATIN ZARARA DAYANMASI ve ALTERNATİFLERİ.....	25
2.4. ZARARIN AKTARILMASI SAVUNMASI ve DOLAYLI ALICILARIN DAVA AÇMA HAKKI	27
2.5. TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN EKONOMİK ANALİZİNE DAİR SONUÇ.....	30

Bölüm 3
ZARARIN TAYİNİNE ESAS TEŞKİL EDEN
HUKUKİ KAVRAMLAR

3.1. ZARARIN ÖLÇÜMÜNDE DELİLLERİN İSPAT GÜCÜ	32
3.2. AYRIŞTIRMA	34
3.2.1. İhlal Niteliği Taşımayan Davranışların Oluşturduğu Zararın Ayrıştırılması.....	34
3.2.2. İhlal Dışındaki Piyasa Koşullarının Etkilerinin Ayrıştırılması	35
3.2.3. İhlalin Getirdiği Faydaların Ayrıştırılması	35
3.3. ZARARIN AZALTILMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ	36

Bölüm 4
ZARAR TAYİN YÖNTEMLERİ

4.1. FAZLADAN ÖDENEN BEDELİN TAHMİNİ	41
4.1.1. Fazladan Ödenen Bedelin Tahmininde Önce-Sonra Yöntemi.....	42
4.1.2. Fazladan Ödenen Bedelin Tahmininde Mukayese Yöntemi	44
4.2. MAHRUM KALINAN KARIN TAHMİNİ.....	44
4.2.1. Mahrum Kalınan Karın Tahmininde Önce-Sonra Yöntemi.....	45
4.2.2. Mahrum Kalınan Karın Tahmininde Mukayese Yöntemi	48
4.2.3. Gelecekteki Karların Bugünkü Değerinin Hesaplanması	49
4.3. ZARAR TAHMİNİNDE REGRESYON KULLANIRKEN DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR	50

Bölüm 5
ÇEŞİTLİ REKABET İHLALLERİNDE
ZARARIN TAYİNİ

5.1. YATAY FİYAT TESPİTİ	55
5.2. İHALELERE ANLAŞARAK TEKLİF VERİLMESİ.....	57
5.3. DİKEY FİYAT TESPİTİ.....	58
5.4. BAĞLAMA UYGULAMALARI	59
5.5. YIKICI FİYATLAMA	61
5.6. TEDARİKİN REDDİ	62
5.7. MÜNHASIRLIK YOLUYLA PAZAR KAPATMA	62
5.8. TEKELLEŞME HALİNDE FAZLADAN ÖDENEN BEDEL	63
5.9. ANLAŞARAK PAZAR DIŞINA İTME	63
5.10. FİYAT AYRIMCILIĞI.....	64
5.11. PAZARA GİRİŞİN ÖNLENMESİ.....	65

SONUÇ	66
ABSTRACT	71
KAYNAKÇA	72
EK 1 ÖRNEK BİR ZARAR HESABI UYGULAMASI	
MAYA II DOSYASINDA TOPLAM ZARARIN TAHMİNİ	81
EK 2 DOLAYLI ALICILARIN ZARARININ	
HESAPLANMASINA İLİŞKİN BİR ÖNERİ.....	85
EK 3 ZARAR HESABINA İLİŞKİN BİR KONTROL LİSTESİ	88

SUNUŞ

1994 yılında kabul edilen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını sağlamak üzere, 1997 yılında kurulan Rekabet Kurumu, 12 yıl gibi kısa bir sürede, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmıştır. Bu sayede, tüketicilerin, gıdadan sağlığa, barınmadan ısınmaya, iletişimden ulaşımaya, kısacası yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok satın alabilmeleri sağlanmıştır. Bu başarılar sayesinde de, Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaştığı idari kapasite ve mesleki düzey takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaştığı idari kapasite ve mesleki düzeyin bir yansıması uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan mesleki çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki bu tezler, öğretim üyelerinin de bulunduğu bir Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulmakta ve yeterli bulunması halinde Rekabet Kurulunca kabul edilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Bu eserlerin yayımlanarak, doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi, 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. 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

Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında
Kurum	: Rekabet Kurumu
ATAD	: Avrupa Toplulukları adalet Divanı
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devleti
BK	: Borçlar Kanunu
m.	: 4054 Sayılı Kanun Madde
s.	: sayfa
v.d.	: ve diđerleri

GİRİŞ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun) ile rekabet ihlallerinde hem Rekabet Kurumu (Kurum) tarafından hem de özel hukuk aracılığıyla uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Uygulamanın özel hukuk ayağı ihlale katılan teşebbüsleri ihlal sonucu ortaya çıkan zararı tazmin yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu tazminat yükümlülüğünün kapsamı zararın üç misline kadar çıkabilmektedir.

Tazminat yükümlülüğünün rekabet hukuku uygulaması içindeki rolü iki açıdan önem taşımaktadır: Birinci olarak, tazminat yükümlülüğü ihlale katılan teşebbüslerin üzerinde idari para cezalarının dışında bir maddi yük oluşturarak caydırıcılığı artırmaktadır. İkinci olarak, tazminat yükümlülüğü ile ortaya çıkan özel hukuk uygulaması, Kurum'un dışında bir uygulama alanı oluşturarak, hem daha çok ihlalin tespit edilebilmesine hem de Kurum'un kendi önceliklerine odaklanarak daha etkin çalışabilmesine zemin hazırlamaktadır.

Rekabet ihlallerinden doğan zararın tazmini, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın (ATAD) Avrupa Birliği (AB) rekabet kurallarının ihlalinde oluşan zararların tazminat konusu olabileceğini hükme bağlayan *Courage v. Crehan*¹ kararının ardından AB uygulamasında da son derece güncel ve gittikçe önem kazanan bir konu haline gelmiştir. Özellikle kesilen cezaların miktarının ihlalleri caydırmak için düşük kaldığı durumlarda, zararın tazmini yükümlülüğü caydırıcılığı artırmak adına kuvvetli bir seçenek olarak görülmektedir.² Tazminat davaları üye devletlerin yetki alanına girdiği için, konu hakkında Avrupa Birliği bazında gelişmiş bir içtihat bulunmamakla beraber, Komisyon 2005 yılı sonunda yayınladığı Yeşil Kitap³ ile tazminat davalarını rekabet hukuku uygulamasının önemli bir aracı olarak gördüğünü belirtmiş ve bu davaların geliştirilmesine yönelik birçok hususu tartışmaya açmıştır. Diğer yandan, Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ise rekabet hukuku uygulaması kapsamında açılan davaların %90'dan fazlası tazminat istemine ilişkin açılan davalardır.

¹ 20.10.2001 tarihli C-453/99 sayılı karar

² AB uygulamasında kartellere karşı cezaların caydırıcı olamamasına ve tazminat davalarının rolüne ilişkin bkz. Motta (2007).

³ Green Paper-Damages actions for breach of the EC antitrust rules. Brüksel, 19.12.2005, COM (2005) 672.

Özel hukuk uygulamasının AB’de gittikçe artan önemine, ABD’de ise en yaygın uygulama şekli olmasına rağmen; Türkiye’de Kanun’un 14 yıllık geçmişinde rekabet ihlallerinden doğan zarara dair açılan davalarda tazminata hükmedilen kesinleşmiş bir yargı kararı yoktur.⁴ Dolayısıyla kesinleşmiş bir zarar ya da tazminat hesabı da bulunmamaktadır. Kuşkusuz bu durum büyük ölçüde mahkemeler ile Kurum arasındaki işbölümüne dair belirsizlikler, rekabet hukukuyla ilgili bilgi eksikliği, delillere erişim problemleri gibi hukuki meselelerin sonucudur. Ancak önümüzdeki dönemde özel hukuk davalarında tazminata hükmedilmesi halinde “zararların tespit edilmesi yargılamanın en önemli ve belki de en güç safhası”⁵ olacaktır. Bu bakımdan, zarar ve tazminatın tayinine ilişkin esaslar, ülkemizde rekabet hukuku uygulamasının özel hukuk alanında da gelişmesi ve böylece rekabet hukuku uygulamasının daha da etkinleşmesi açısından son derece önemlidir.

Bu tez çalışması, rekabet ihlallerinden oluşan zararların hesaplanmasını ABD uygulaması ışığında incelemektedir. Tezin ABD uygulamalarından yola çıkmasının iki temel nedeni bulunmaktadır: Birincisi, “[Kanun’un] haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin büyük ölçüde Amerikan Antitröst Hukukundan örnek alınarak kaleme alındığı görülmektedir. [...] Nitekim bu nedenle, Amerikan Hukukundaki prensipler ve özellikle sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin teori ve doktrinler, Türk Hukuku açısından önem taşımaktadır” (Sanlı, 2003, 217). İkincisi, yukarıda da belirtildiği üzere, Avrupa Birliği’nde tazminat hesapları üye devletlerin yetki alanına girdiği için konu hakkında ATAD içtihadı bulunmamaktadır. Ayrıca, Komisyon’un yayımladığı Yeşil Kitap’ta da (s. 4) vurguladığı gibi, üye ülkeler ise “bu alanda tam bir az gelişmişlik tablosu çizmektedir.” Dolayısıyla, zararların tayini ve tazmini konusunda ABD Hukuku’ndan yararlanmak daha makul bir yol olarak görünmektedir.

Tezin amacı, zarar ve tazminat hesaplarını iktisadi yönden ve ABD uygulaması ışığında incelemek ve Türkiye uygulaması için öneriler geliştirmektir. Dolayısıyla, açılacak tazminat davalarına ilişkin hukuki çerçeve, Bölüm 1’de kısaca değinilmesi dışında teze dahil edilmemiştir.⁶ Ayrıca, rekabet ihlalleri dolayısıyla manevi zarar oluşup oluşmayacağı literatürde tartışmalı olmakla beraber⁷, tez çalışmasında sadece maddi zararların hesabı üzerinde durulmaktadır. Son olarak tazminat sorumluluğu doğurup doğurmadığı

⁴ Bugüne kadar tazminat talebiyle açılmış bazı davalar için bkz. Güven (2007).

⁵ Sanlı (2003, 265)

⁶ Hukuki çerçeveye dair olarak bkz. Sanlı (2003) ve Aksoy (2004, 45).

⁷ Aksoy (2004, 51) ve Cengiz (2006, 208) rekabet ihlallerinden dolayı manevi tazminat talep edilebileceğini; Akıncı (2001, s.389) ve Sanlı (2003, 236) ise manevi tazminat talep edilemeyeceğini savunmaktadır.

tartışmalı⁸ olan Kanun'a aykırı birleşme ve devralmalar dolayısıyla oluşabilecek zararın hesabı da tezin kapsamı dışında tutulmuştur. Netice itibariyle, tez kapsamında sadece Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde düzenlenen ihlallerin neden olduğu maddi zararların tayin ve tazmini ele alınmaktadır. Bu çerçevede, tez büyük ölçüde genel olarak ve ihlaller bazında zararın hesaplanma yöntemleri ve zarar ile tazminat arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağı üzerine odaklanmıştır.

Diğer yandan, Kanun'un 16/4. maddesine göre Rekabet Kurulu'nun yürütülen soruşturmanın sonunda para cezasına karar verirken, çeşitli unsurların arasında *muhtemel zararın ağırlığını* da dikkate alması gerekmektedir. Dolayısıyla, rekabet ihlallerinden doğan zarar hesabına ilişkin açıklamalar Kurum uygulaması açısından da önem taşımakta olup, tez kapsamında zarar hesabının bu alandaki rolü de tartışılmaktadır.

Tezin birinci bölümü zararın tazmininin iktisadi ve hukuki çerçevesi üzerinedir. Bu amaçla önce zararın tazmininin iktisadi açıdan amacı üzerinde durulmaktadır. Daha sonra Türk ve ABD rekabet hukukunda zararların tayini ve tazminine ilişkin hukuki çerçeve tanıtılmaktadır. Bu bölümden sonra, sonuç bölümüne kadar olan bölümler bütünüyle ABD hukukundaki uygulama üzerine kurulmuştur. İkinci bölümde, tazminatın neden zarara dayandığını ve tazminat ile zarar arasında nasıl bir ilişki kurulması gerektiğini açıklayan optimal caydırma teoremi tanıtılmakta, teorinin dayandığı varsayımlar ve uygulanmasında görülen sıkıntılar tartışılmaktadır. Üçüncü bölümde, zararın hesaplanmasında gözetilecek delillerin ispat gücü, zararın ayrıştırılması ve azaltılması gibi temel unsurlar üzerinde durulmaktadır. Dördüncü bölümde zarar hesaplanmasında kullanılan yöntemler anlatılmaktadır. Beşinci bölümde, çeşitli ihlal tiplerinde zarar hesabında dikkate alınması gereken noktalar, dava örnekleri de verilerek tartışılmaktadır. Sonuç bölümünde, önceki bölümlerde zarar ve tazminat üzerine yapılan açıklamalar çerçevesinde, Türkiye uygulamasında zararın hesaplanması sürecine ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır. Ayrıca tazminatın hesaplanmasına ilişkin değerlendirmelere de yer verilmekte, bu kapsamda olası Kanun değişikliğine yönelik öneriler getirilmektedir. Son olarak, Kurum uygulamalarında zarar hesabının rolü tartışılmaktadır.

⁸Sanlı (2003, 230) Kanun 7. maddesi nedeniyle tazminat sorumluluğu oluşmayacağını savunmaktadır. Karşı görüşler için bkz. Sanlı (2003) dipnot 45.

BÖLÜM 1

ABD UYGULAMASI İŞİĞİNDA REKABET İHLALLERİNDEN DOĞAN ZARARLARIN TAYİNİ ve TAZMİNİ

1.1. REKABET İHLALLERİNDEN DOĞAN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AMACI

Rekabet hukukunun amacının piyasalarda kaynakların etkin tahsisine yol açacak şekilde rekabetin tesisi ve korunması yoluyla toplumsal refahın artırılması olduğu söylenebilir. Bu amaç ekonomik terimlerle ifade edildiğinde, bir piyasada tüketici refahı ve üretici refahının toplamı olan toplumsal refahın⁹ en üst düzeye çıkarılması anlamına gelmektedir (Motta, 2004, 18).¹⁰ Dolayısıyla rekabet hukukunun varlık sebebi iktisadi etkinsizlik yaratan ve toplumsal refahı azaltan eylemleri önlemektir.

Rekabet ihlallerinden doğan zararların tazmininin iki amacı olduğundan söz edilebilir: (1) ihlalden zarar görenlerin zararının *ex-post* telafisi, (2) ihlalde bulunan teşebbüsün altına gireceği mali yükü artırmak, başka bir deyişle teşebbüsün ihlalden beklediği getirisini azaltmak suretiyle potansiyel ihlalcilerin *ex-ante* caydırılması. Hemen belirtilmesi gerekir ki, Türk hukuk doktrinde egemen görüş haksız fiil tazminatının amacının caydırma değil telafi olduğudur.¹¹ Buna mukabil, özellikle ABD kaynaklı gelişen “hukuk ve

⁹ Kaynakların etkin tahsisinde toplam artıgım mı yoksa tüketici artıgımın mı en üst düzeye çıkarılmasının gözetilmesi konusunda, yasal düzenlemeler genelde tüketici artıgına ağırlık verse de, bu farklılık –zaten tez çalışmasının konusu dışında kalan bazı devralmalar dışında- uygulamada bir farklılığa yol açmamıştır (Motta, 2004, 19).

¹⁰ Türkiye uygulamasında -bazıları Kanun’un gerekçesinde de zikredilen- küçük işletmelerin korunması, enflasyonun düşürülmesi gibi hedeflerin rekabet politikasının temel amacı olarak değerlendirilmemesine ilişkin olarak bkz Gürkaynak (2003).

¹¹ Örnek vermek gerekirse Reisoğlu (1998, 170) “maddi tazminatın amacı uğranılan maddi zararın giderilmesidir.[...] kasıt halinde dahi, haksız fiil sonucunda uğranıldığı ispat olunan ‘maddi zarar’ miktarından daha fazla tazminata hükümlenemez.” değerlendirmesinde bulunmaktadır. Benzer örnekler için bkz. Sanlı (2007, 151) dipnot 688’deki kaynaklar.

ekonomi” literatüründe¹² caydırma amacının ağır bastığı görülmektedir. Tezin kalan kısmında zararın tayinine dair tartışmalar, iktisadi açıdan yaklaşıldığında tazminin temel amacının potansiyel ihlalcı teşebbüslerin caydırılması olduğu; zararın telafisinin ise bu süreç içinde ortaya çıkan bir sonuç olduğu düşüncesi ile yapılmaktadır. Bu düşünceye esas teşkil eden iki gerekçe bulunmaktadır:

Birinci gerekçe haksız fiil hukukunun iktisadi açıdan varlık nedenine ilişkindir. Şöyle ki, iktisadi hayat içinde aktörlerin kimi davranışları kendilerine fayda getirirken diğer aktörlerin üzerinde onların rızası dışında zarar (olumsuz dışsallıklar) oluştururlar. Mesela bir çobanın otlattığı hayvan sürüsünün tarladaki ekinleri yemesi çobana fayda sağlarken, ekinlerin sahibi üzerinde bir olumsuz dışsallık oluşturmaktadır. İktisadi etkinliğin temini için, olumsuz dışsallık oluşturan davranışların optimal düzeyde gerçekleşmesi, bunun için de davranışın başkaları üzerinde oluşturduğu maliyetlerin davranışı yapan aktörler tarafından yüklenilmesi gerekmektedir.

Mülkiyet haklarının iyi tanımlandığı ve işlem maliyetlerinin¹³ olmadığı hallerde sözleşme hukuku çerçevesinde tarafların pazarlık yapıp, olumsuz dışsallığın maliyetinin kim tarafından yüklenileceğine dair anlaşması suretiyle etkinlik sağlanması mümkündür (Coase, 1960). Ancak işlem maliyetlerinin mutlak olarak ya da zararın gerçekleşme olasılığına kıyasla yüksek olduğu hallerde tarafların anlaşmasına dayanan bir sistemin işlemesi etkin değildir. Örnek vermek gerekirse, trafiğe çıkan her sürücünün muhtemel bir kazanın maliyetini kimin üstleneceğine dair diğer sürücülerle pazarlık yapması etkin olmayacaktır. İşte böyle durumlarda söz konusu olumsuz dışsallıkların, davranışı gerçekleştiren tarafından yüklenilmesi yoluyla davranışın optimal seviyede oluşmasını temin edecek kurumsal yapılar oluşturulmuştur. Haksız fiil sorumluluğu da hukuka aykırı eylemde bulunarak bir başkasına zarar veren aktörlerin, bu zararı tazmin etmek suretiyle; oluşturdukları olumsuz dışsallığı yüklenmelerini ve böylece olumsuz dışsallık oluşturan davranışların optimal seviyede gerçekleşmesini amaçlayan bir kurumsal yapı olarak değerlendirilmelidir.¹⁴ Rekabet ihlallerinden doğan zararın tazmini yükümlülüğü de netice itibarıyla bir haksız fiil sorumluluğu olduğundan, amacının bu çerçevede içinde caydırıcılık olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

¹² Yirminci yüzyılda ABD’de hukuk üzerinde etkili olmuş en önemli düşünce akımı olarak kabul edilen hukuk ve ekonomi “hukuk kural ve kurumlarının oluşum, yapı ve etkilerini kavramak ve değerlendirmek amacıyla, ekonomik teoriyi hukuka uygulayan öğretisi” şeklinde tanımlanabilir (Sanlı, 2007, 9) Ayrıca bkz. Cooter ve Ulen (2000).

¹³ İşlem maliyetleri, (1) alıcı ve satıcının eşleşmesine dair *arama maliyetleri*, (2) bunların anlaşmalarına dair *pazarlık maliyetleri* ve (3) anlaşmanın uygulanma maliyetlerini içerir.

¹⁴ Bu paragraftaki açıklamalara dair olarak bkz. Cooter ve Ulen (2000) Bölüm 8. Türk haksız fiil hukukunun amacına ilişkin benzer ve kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Sanlı (2007) Bölüm 2.

İkinci gerekçe ise Kanun'un 58/2. maddesinde yer alan zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebileceğine ilişkin düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Belirli koşullar altında, üç katına kadar tazminata hükmedilmesini öngören bir hukuki düzenlemenin zararın telafisi amacıyla bağdaştırılması mümkün görünmemektedir. Böyle bir düzenlemenin amacı ancak ihlalin tespiti halinde ödenecek tazminatı artırarak caydırma olabilir.

1.2. ZARARIN TAYİNİ VE TAZMİNİNE DAİR TÜRKİYE'DEKİ HUKUKİ ÇERÇEVE

Türk rekabet hukukunda rekabet ihlallerinden doğan zararların tayinine ve tazminine ilişkin düzenlemeler Kanun'un 57-58. maddelerinde yer almaktadır.¹⁵

Rekabet ihlallerinden doğan haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 57. madde hükmüne göre, rekabet ihlalinin gerçekleştirilen teşebbüs, bu ihlalden zarar görenlerin zararını tazmin etmek zorundadır. Zararın tazminine hükmedilebilmesi için, zararın ve tazminatın miktarı hesaplanmadan önce, haksız fiil sorumluluğunun genel ilkeleri çerçevesinde, (1) hukuka aykırı fiil olan rekabet ihlalinin varlığının; (2) bu ihlalin kusurlu bir şekilde gerçekleştirildiğinin, (3) ihlalin zarara yol açtığı ve (4) varlığı iddia edilen zarar ile ihlal arasında uygun illiyet bağı bulunduğunun ispatı gerekmektedir. Bu dört unsurdan kusur, rekabet hukukunda genelde hukuka aykırılık ile iç içe geçmiştir (Sanlı, 2003, 226). Bu nedenle ispatlanması gereken, bir rekabet ihlali ile zararın bulunduğu ve ihlal ile zarar arasında illiyet bağının mevcut olduğudur. Nasıl gerçekleştirileceği tezin kapsamı dışında kalan¹⁶ bu ispat yapıldıktan sonra zararın ve tazminatın miktarının tespitine geçilecektir.

Haksız fiil hukukunun genel ilkelerinden olan fark teorisi çerçevesinde, rekabet ihlalleri sonucu ortaya çıkan zarar "rekabetin sınırlanmadığı bir varsayımda piyasanın alması muhtemel durum ile rekabetin sınırlanması nedeniyle oluşan mevcut durum arasındaki fark"tan oluşmaktadır (Sanlı, 2003, 234). Bu fark iki ayrı şekilde ortaya çıkabilmektedir (m. 58/1): (1) fazladan ödenen bedel ya da (2) mahrum kalınan kar. Eğer ihlal sonucu ihlale konu olan ürünün fiyatı yükseldiyse, bu ürünün alıcılarının zararı fazladan ödedikleri bedel, yani ihlalin varlığında ürüne ödemiş oldukları bedel ile ihlal olmasaydı ödeyecekleri bedel arasındaki farktır. Eğer ihlal rakip teşebbüslerin pazar dışına itilmesine yol açıyorsa, bu teşebbüslerin zararı mahrum kaldıkları kar, yani ihlalin

¹⁵ Kanun'un ilgili maddeleriyle ilgili tartışmalar için bkz. Gürzumar (2005, 142).

¹⁶ Haksız fiil sorumluluğunun genel çerçevesi için bkz. Reisoğlu (1998, 127); rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunun çerçevesi için bkz. Sanlı (2003).

varlığında elde ettikleri kar ile ihlal olmasa elde edecekleri kar arasındaki farktır.¹⁷

Rekabet ihlallerinden doğan zarar ihlal olan gerçek durum ile olmayan farazi durum arasındaki farktan oluştuğuna göre, zararın hesaplanması, ihlal olmayan duruma dair bir çıkarsama yapılmasını gerektirmektedir. Kanun'da zararın nasıl tayin edileceğine dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda borçlar hukukunun genel ilkelerine müracaat etmek gerekir (Cengiz, 2006, 382). Borçlar Kanunu'na (BK) göre zararı ispat etmek davacıya düşer (BK m. 42/1). Ancak, zararın kesin olarak hesaplanamayacağı rekabet ihlalleri gibi hallerde, BK 42/2. maddesi¹⁸ çerçevesinde, zararın miktarının piyasanın normal koşulları ve gidişi içinde tahmin edilmesi mümkündür.

Zararın tazminine ilişkin açılacak davalarda davacının zarar hesabını mahkemeye delil olarak sunması ve benzer bir şekilde davalının da karşı delil olarak zarar hesabı sunması mümkündür.¹⁹ Bununla beraber, hakim zararın miktarını re'sen tayinle yükümlüdür.²⁰ Yerleşik uygulama zararın miktarına ilişkin değerlendirmenin bilirkişi tarafından yapılması yönündedir. Bu durumda konunun uzmanı olan en fazla üç bilirkişi hakim tarafından atanarak zarar hesabına ilişkin raporlarını mahkemeye sunacaktır. Güven'e göre, bugüne kadar görülen davalarda "mahkemeler genelde biri hukukçu, biri mali müşavir, biri de teknik bilirkişi olmak üzere üç kişilik bilirkişi kurulu" seçme yoluna gitmiştir (2007, 224). Bilirkişi raporu mahkeme nezdinde takdiri delil niteliği göstermektedir.²¹

Peki, hangi zararlar tazmin edilebilir? Bu soruya haksız fiil sorumluluğunun yukarıda sayılan unsurları çerçevesinde açıklama getirmek uygun olur. Bu kapsamda birinci olarak zarar ile rekabet hukukunun koruma amacını güttüğü menfaat arasında bağ olması gerekir (s.238). Örnek vermek gerekirse; ihlal niteliğindeki bir dikey fiyat tespiti anlaşmasıyla bir satış noktasında belirlenen fiyat, rakip bir satış noktasındaki fiyattan düşükse, rakip satış noktası dikey anlaşmayla belirlenen fiyatın kendi fiyatından düşük olduğu için müşteri kaybettiği ve zarar gördüğü için tazminat talep edemeyecektir.

¹⁷ Aksoy maddede sayılan fazladan ödenen bedel ve mahrum kalınan kar hallerinin sınırlayıcı olmadığını, yargıcın davanın özelliklerine göre zararı ne şekilde hesaplayacağına karar verebileceğini belirtmektedir (2004, 52).

¹⁸ "Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hakim, halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tekbirleri nazara alarak [zararı] adalete tevfikân tayin eder."

¹⁹ Zarar hesabı genelde davalı ya da üçüncü kişilerin elindeki bilgilerin kullanılmasını gerektireceğinden, bu hesabın yapılabilmesi için öncelikle bu bilgilerin talep edilmesi gerekecektir. Bu konuya ilişkin düzenlemeler ve uygulamada karşılaşılabilecek problemler tezin kapsamı dışında kalmaktadır. Bkz. Kuru. v.d. (2002, 464).

²⁰ Yargıtay 15. HD. 20.3.1975 T.1413 E.1559 K. Ayrıca bkz. Karahasan (1992, 736).

²¹ Bilirkişilik hakkında bkz. Kuru v.d. (2002) Bölüm 32.

Çünkü söz konusu zarar anlaşmanın rekabeti kısıtlayan değil tam tersine daha çok rekabet yaratan boyutundan ileri gelmektedir. Ayrıca, yansıma zararlar, mesela iflas eden bir teşebbüsün işçilerinin ya da alacaklılarının zararları yine aynı çerçevede tazminata konu olamayacaktır. Öte yandan Gürzumar (2005, 162) ve Sanlı'ya (2003, 243) göre; ihlale katılan teşebbüsten alım yapan teşebbüslerin ihlale konu ürünü/bu ürünü kullanarak ürettikleri başka bir ürünü sattığı müşterilerinin uğradığı dolaylı zararların, yansıma zararlardan farklı olarak, tazmin edilmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Yine haksız fiil hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde, bazı unsurların ayrıştırılarak zarar hesabının dışında tutulması gerekmektedir. Öncelikle tazmin edilecek zarar sadece rekabet ihlalinin sebep olduğu zarar ile sınırlıdır. Bu nedenle, birinci olarak, ihlali gerçekleştiren teşebbüsün ihlal oluşturmeyen bazı davranışları da davacı teşebbüse zarar vermişse, bu zarar ihlal sonucu ortaya çıkan zarardan indirilmelidir. İkinci olarak, ihlal ile aynı dönemde piyasa koşullarında ihlal dışında değişiklikler olmuşsa, davacının bunlardan kaynaklanabilecek zararı da ihlal sonucu ortaya çıkan zararın dışında tutulmalıdır (Sanlı, 2003, 245). Son olarak; haksız fiil hukukunun genel ilkelerine göre, zarar görenin ihlal dolayısıyla elde etmiş olduğu faydalar var ise, zarar hesabında bunların zarardan indirilmesi ve net zararın hesaplanması yoluna gidilmelidir (Reisoğlu, 1998, 170; Cengiz, 2006, 401).

Zarar bu şekilde belirlendikten sonra tazminatın tespit edilmesine geçilmektedir. Tazminat zarardan fazla olabileceği gibi zarardan az bir miktarda da tespit edilebilir. Kanun'un 58/2. maddesine göre "zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa," tazminat zararın üç katına kadar bir miktarda belirlenebilmektedir.²² Öte yandan, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde, belirli hallerde tazminatın zarardan az belirlenmesi de mümkündür (Cengiz, 2006, 400). Birinci olarak, zarar gören teşebbüsün çıkarını korumak için gerekli özeni ve çabayı göstermesi beklenmekte olup; zararını artıran eylemleri ya da zararını azaltmaya yönelik yapmadığı eylemler dikkate alınarak tazminatın azaltılması gerekmektedir (BK m. 44/1). İkinci olarak, ihlalde bulunan teşebbüsün kusuru hafif ise tazminat indirilebilir. Üçüncü olarak, "hal ve mevkiin icabına göre" tazminat zarardan az belirlenebilir (BK m. 43/1).

Diğer yandan, normal koşullarda tazminat zararı esas olarak tespit edilmekle beraber, Kanun'un Madde 58/2 hükmüne göre, zararın tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanması halinde, tazminatın ihlalden zarar gören teşebbüsün zararını değil de ihlali

²² Madde hükmünün üç katı tazminatı zorunlu tuttuğu, yani zararın mesela iki katı kadar tazminata hükmedilemeyeceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır: bkz. Aksoy (2004, 54). Karşı görüş için bkz. Gürzumar (2005, 170), Sanlı (2003, 271), Cengiz (2006, 404).

gerçekleştiren teşebbüsün (muhtemel) karını esas alarak hesaplanması da mümkündür. Bu durumda ihlalci teşebbüsün (muhtemel) karının üç katına kadar tazminata hükmedilebilecektir.²³

1.3. ZARARIN TAYİNİ VE TAZMİNİNE DAİR ABD'DEKİ HUKUKİ ÇERÇEVE

ABD rekabet hukukunda²⁴ rekabet ihlallerinden doğan zararların tayini ve tazmini 1914'te çıkarılan Clayton Yasası'nın 4(a) maddesi ile düzenlenmektedir. Buna göre "her kimin işi ya da malvarlığı antitröst kanunlarıyla yasaklanan bir nedenden ötürü zarar görür ise, zararının üç misliyle, dava masrafları ile uygun bir avukat ücreti kadar tazminat alır."

Rekabet ihlalden doğan zararın tazmini davasında üç unsurun ispat edilmesi gerekmektedir: (1) rekabet ihlalinin varlığı, (2) bu ihlalin bir zarara sebep olduğu, (3) ihlalin oluşturduğu zararın miktarı.²⁵ Tezin takip eden bölümlerinde zararın ve tazminatın miktarının tespiti üzerinde durulmakta, yani ilk iki unsur tezin kapsamı dışında kalmaktadır.²⁶

Bu noktada, ABD'deki hukuki çerçeve ile Türk hukukundaki çerçeve arasındaki farklı noktalara dikkat çekmek yerinde olacaktır. Zararın varlığının tespitine ilişkin prensiplerin²⁷ büyük ölçüde ortak olduğunu söylemek mümkündür. ABD uygulamasında tazmin edilebilir zararlar "antitröst kanunlarının korumayı amaçladığı tipte ve davalıların davranışlarının ihlal niteliği taşımasına sebep olan boyutundan kaynaklanan"^{28,29} zararları kapsamakta ve yansıma zararların tazminine izin verilmemektedir.³⁰ Öte yandan, Türk ve ABD uygulamasında tazmin edilebilir zararın kapsamına dair başlıca farklılık, ABD'de dolaylı alıcıların dava açmalarına izin verilmemesidir.³¹

²³ Tazminata hükmedildikten sonra ihlalin olduğu tarihle tazminatın ödeneceği tarih arasındaki fark dikkate alınarak, tazminatın kanuni faiz oranı ile artırılması beklenir. Genel kurallar dairesinde yapılacak bu hesaplama tezin kapsamı dışında kalmaktadır. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu (1998, 80).

²⁴ Tezde, ABD literatüründeki "antitröst hukuku" (*antitrust law*) terimi yerine, doğrudan çeviri yapılan bazı haller dışında "rekabet hukuku" terimi kullanılmaktadır.

²⁵ *Associated Gen. Contractors of California, Inc. V. California State Council of Carpenters*, 458 U.S. 519 (1983).

²⁶ Diğer iki unsur için bkz. *Areeda v.d.* (2000) Bölüm 3F ve *Hovenkamp* (1999) Bölüm 16.

²⁷ Detaylı tartışma için bkz. *Hovenkamp* (1996) Bölüm 16. Kısa bir özet için bkz. *Page* (1996) Bölüm 1.

²⁸ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 U.S. 477, 489 (1977).

²⁹ Bölüm 1.2'de dikey fiyat tespitine ilişkin verilen örneğe dair bkz. *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum*, 495 U.S. 328 (1990).

³⁰ *Associated General Contractors*.

³¹ Bölüm 2.4

Zararın miktarının tespitine ve ayrıştırılmasına ilişkin prensipler de büyük ölçüde ortaktır.³²

Tazminatın hesabına ilişkin prensiplerde ise çeşitli farklılıklar bulunmaktadır: Birincisi, ABD hukukunda her türlü rekabet ihlalinde zararın üç katı tazminata hükmedilmektedir³³, Türk hukukunda ise sadece belirli hallerde üç kata kadar tazminata hükmedilebilmektedir. İkincisi, ABD hukukunda zarar tespiti yapıldıktan sonra zararın üç katının altında tazminata hükmetme imkânı bulunmamaktadır; Türk hukukunda ise üç katı tazminatın şartlarının oluştuğu hallerde de üç katın altında tazminata hükmedilebileceği kabul edilmektedir.³⁴ Üçüncüsü, ABD hukukunda hükmedilecek tazminat mutlaka uğranılan zararı esas alarak belirlenmektedir; Türk hukukunda ise üç katına kadar tazminata hükmedilebilecek sınırlı sayıda halde ihlalcı teşebbüsün karını esas alarak tazminat belirlenmesi de mümkündür.³⁵

Son olarak, davacının gerekli önlemleri alarak zararın azaltması yükümlülüğü ABD hukukunda zarar hesabının bir parçası olarak görülürken, Türk hukukunda tazminatın hesaplanmasının bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Yargıtay içtihadına göre “zararlarla ilgili indirim nedenleri önce, tazminatla ilgili indirim nedenleri ise sonra uygulanır.”³⁶ Ancak haksız fiil hukukundaki genel uygulamanın aksine, rekabet ihlalleriyle ilgili tazminatlar zarardan yüksek seviyede belirlenebildiği için, buradaki uygulamada zarardaki indirimler yapıldıktan sonra tazminatta indirimin mi yoksa artırımın mı önce yapılacağı belirsizdir. Tazminattaki indirimlerin artırımından önce yapılması halinde pratikte Türk ve ABD hukukundaki uygulamalar arasında bir farklılık olmayacaktır.

İki sistem arasındaki diğer bir önemli farklılık ise kuşkusuz yargılama sistemi içinde zarar hesabının kim tarafından yapılacağına ilişkindir. Türk hukukundaki bilirkişi ağırlıklı sisteme karşılık, jüri yargılamasının yapıldığı ABD’de tazminat hükmü genelde davacı ve davalının uzman tanıklarının yaptıkları zarar tahminlerinden yola çıkarak verilmektedir. Uzman tanıkların genelde iktisat veya istatistik eğitimleri olması ve hesaplamada kullanılan istatistiksel teknikleri kullanmada tecrübeli olmaları beklenmektedir.³⁷ Öte

³² Bölüm 3.1 ve 3.2

³³ Zarar kadar tazminata hükmedilen istisnai haller için bkz. dipnot 51.

³⁴ Karşı görüş için bkz. dipnot 22

³⁵ Türkiye uygulamasında dipnot 23’te belirtilen durumun aksine, ABD’de hüküm tarihi öncesine ilişkin olarak tazminata faiz işletilmesi söz konusu değildir (Page, 1996, 43).

³⁶ 4. HD. 30.3.1979 T. 13369 E. 4345 K. Ayrıca bkz. Karahasan (1992, 823)

³⁷ İktisadi konularda tanıklık yapacakların genelde doktora düzeyinde eğitim almış olmaları beklenmektedir (Hall ve Lazear, 2000). Uzman tanıklıklara ilişkin genel çerçeve için bkz. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* (509 U.S. 579, 1993) ve *Kumho Tire Company v. Carmichel* (526 U.S. 137, 1999) kararları ile çizilmiştir. Ayrıca bkz. Berger (2000)

yandan, uzman tanıkların ihlalin gerçekleştiği endüstriye ilişkin tecrübeleri olması genelde beklenmemektedir. Hesaplama yapılacak yöntemin ise, genelde Bölüm 4'te anlatılan çerçeve içinde, ampirik olarak sınanabilen, makul bir hata payına sahip ve bilimsel açıdan kabul görmüş bir yöntem olması gerekmektedir (ABA, 2005, 30-32).

Son farklılık ise tazminat davalarının uygulama içindeki ağırlığına ilişkindir. ABD'de son yıllarda, özel kişilerce tazminat talebiyle açılan davalar, rekabet ihlali iddiası ile açılan davaların %90'dan fazlasını oluşturmaktadır (Hovenkamp, 2000, 593). Buna mukabil, daha önce de belirtildiği üzere, Türkiye'de ise henüz tazminata hükmedilen kesinleşmiş bir yargı kararı bulunmamaktadır.

Tezin devamında, yukarıda ortaya konulan çerçeve içinde, ABD hukukunda rekabet ihlallerinden doğan zararın nasıl tazmin edildiği ele alınmaktadır. Tezin altıncı ve son bölümünde, yine aynı perspektif içinde ve ABD hukukundaki uygulamalar ışığında Türk hukukunda rekabet ihlallerinden doğan zararların tayini ve tazminine ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır.

BÖLÜM 2

REKABET İHLALLERİNDEN DOĞAN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN EKONOMİK ANALİZİ

Bu bölümde rekabet ihlallerinin sonucu olarak ortaya çıkan tazminat yükümlülüğü, hukuk ve ekonomi literatürü içinde gelişen optimal caydırma teorisi çerçevesinde tartışılmaktadır. Oldukça karmaşık ve soyut bir konu olan optimal caydırma teorisi ve uygulamasıyla ilgili tartışmalar aşağıda mümkün olduğu ölçüde yalın bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca bölümün sonunda bu açıklamaların bir özetine yer verilmektedir.

2.1. OPTİMAL CAYDIRMA TEORİSİ

Bölüm 1’de rekabet ihlallerinden doğan zararın tazmininin esas amacının ihlalin caydırılması olduğu perspektifi ortaya konmuştu. Büyük ölçüde Chicago Okulu’nun ürünü olarak gelişen ve ilk kez Landes (1983) tarafından ortaya konan optimal caydırma teorisi, rekabet ihlallerinden doğan zararın tazmini yükümlülüğünün temel amacının ihlallerin caydırılması olduğundan yola çıkarak, tazminat yükümlülüğü ne şekilde düzenlendiğinde optimal caydırma seviyesinin yakalanacağını açıklamaya çalışmaktadır. Teori açıklanırken öncelikle, (1) ihlalin oluşturduğu tüm zararların ölçülebilir ve tazmin edilebilir olduğu, (2) ihlali gerçekleştirenlerin tazminat yükümlülüğü ile karşılaşmama olasılığının bulunmadığı, (3) açılan dava sayısının tazminatın bir fonksiyonu olmadığı, (4) rekabet hukuku uygulamasında tek yolun tazminat davaları olduğu, yani idare tarafından yapılan uygulama sonucu ceza verilmesinin söz konusu olmadığı varsayılmaktadır. Daha sonra bu varsayımlar sırayla terk edilerek, optimal caydırma teorisinin varsayımlarının sağlanmadığı durumlarda kullanılabilirliği ele alınmaktadır. Ayrıca model açıklanırken, ekonomik aktörlerin rasyonel davrandıkları ve risk karşısında yansız (*risk-neutral*) bir tercih kullandıkları varsayılmaktadır.

İlk kez Becker (1968) tarafından ceza hukuku uygulamasına ilişkin olarak geliştirilen, ancak bir müeyyide uygulanması suretiyle çeşitli davranışların önlenmesini amaçlayan her hukuk alanına, dolayısıyla rekabet hukukuna da uygulayabileceğimiz³⁸ iktisadi yaklaşıma³⁹ göre rekabet hukuku optimum düzeyde uygulandığında ihlallerin sosyal maliyetini en düşük seviyeye indirecek şekilde tasarlanmalıdır. Rekabet ihlallerinin sosyal maliyeti ise ihlal niteliğindeki davranışın oluşturduğu etkinsizlik ile eğer varsa etkinliğin⁴⁰ toplamı olan “net etkinsizlik” ve hukukun uygulama maliyetlerinin toplamıdır. Rekabet hukuku uygulaması, yani konumuz olan tazminat davası sayısı arttıkça, ihlallerin sayısı elbette düşecektir; ancak her bir dava ile önlenecek marjinal ihlal miktarı da azalacaktır. İhlallerin önlenmesi ile elde edilen marjinal faydanın, açılacak davanın marjinal maliyeti ile eşitlendiği nokta optimum uygulama seviyesidir (Hovenkamp, 1999, 642). Hemen belirtilmesi gerekir ki, bu yaklaşımın doğası gereği, optimal caydırma seviyesinde bir miktar ihlal gerçekleşmesi beklenmelidir.

Bölüm 1.2’de açıklandığı üzere rekabet ihlallerinden doğan zarar, fazladan ödenen bedel veya mahrum kalınan kar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Aşağıda bu zararların optimal seviyede tazmin edilmesine dair tartışmalara yer verilmektedir.

2.1.1. Optimal Caydırma Teorisi Çerçevesinde Fazladan Ödenen Bedelin Tazmini

İhlal sonucu fiyatın yükselmesi nedeniyle alıcıların uğradığı zarar fazladan ödenen bedel şeklinde ortaya çıkmaktadır. Oluşan fiyat artışı piyasada iki değişikliğe sebep olmaktadır. Birinci olarak, alıcıların alışverişlerinde fazladan bedel ödemeleri sonucu tüketici refahının bir bölümü üreticiye transfer olmaktadır. Bu transfer toplam refahta bir azalmaya yol açmamakta, dolayısıyla bir etkinsizlik yaratmamaktadır (aşağıdaki ikinci maliyette bu durumun istisnası açıklanmaktadır). İkinci olarak, ihlal sonucu ortaya çıkan yüksek fiyattan alım yapmayan bazı tüketicilerin bu kararları sonucu bir kısım tüketici refahı kaybolmakta; “dara kaybı” (*deadweight loss*) olarak adlandırılan tüketici artığının bu kısmı üreticiye transfer olmamakta ve net sosyal maliyet olarak

³⁸ Becker (1968, 205), Schwartz (1980, 1076)

³⁹ Cooter ve Ulen (2000, 443)

⁴⁰ Örnek olarak, dikey fiyat tespiti anlaşmaları dağıtıcıların, başka dağıtıcıların verdikleri hizmetlerden bedavacılık yaparak faydalanmasını önleyerek, bu tip hizmetlerin etkin düzeyde yapılmasını temin edebilir. Başka bir örnek için bkz. Landes (1983, 658).

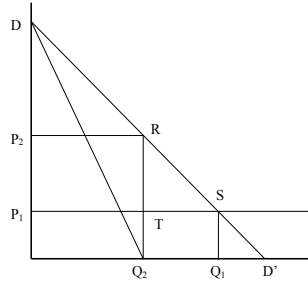
ortaya çıkmaktadır.⁴¹ Bu ihlalin ortaya çıkardığı birinci tip etkinsizliği oluşturmaktadır (Motta, 2004, 42).

Öte yandan, Posner'e (1975) göre ihlalin ortaya çıkarabileceği ikinci bir etkinsizlik tipi daha bulunmaktadır. Bu etkinsizlik, kartel ya da tekelin tüketiciden transfer ettiği artığı kartelin ya da tekelin devamlılığını sürdürmek için yapılacak faaliyetler ve rant-kollama çabalarına harcaması sonucunda ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda söz konusu transferin de bir sosyal maliyet olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır. Bununla beraber, devamlılığı sağlamaya yönelik söz konusu harcamaların hiçbirinin sosyal açıdan faydalı olmadığını iddia etmek de güçtür. Öncelikle, bazı firmalar rant-kollama faaliyetlerini daha etkin gerçekleştirerek söz konusu transferin sadece bir bölümünü bu faaliyetlere harcıyor olabilirler. Ayrıca, her rant-kollama faaliyetinin, mesela alıcının bilgisini artırmaya yönelik reklam harcamalarının, etkinsiz olduğu da söylenemez. Bu itibarla, tüketiciden üreticiye yapılan transferin bu ikinci etkinsizliğin boyutu için ancak bir üst sınır olarak kabul edilmesi makul olacaktır (Motta, 2004, 45).

Şimdi optimal tazminat miktarını tartışalım. Tüketiciden üreticiye transfer 1000 YTL, dara kaybı da 500 YTL değerinde olsun. Öncelikle rant-kollama faaliyetleri sonucu ortaya çıkan etkinsizliğin olmadığını, tüm etkinsizliğin dara kaybindan ibaret olduğunu varsayalım. Bu durumda ihlalin yol açtığı toplam sosyal maliyet dara kaybindan ibaret, yani 500 YTL olacaktır. Ancak, tazminat 500 YTL olursa, ihlalcı teşebbüsün toplam kazancı 1000 YTL olacağı için, ihlal caydırılmamış olacaktır. Esasen ihlalin önlenmesi için tazminatın 1000 YTL'den büyük bir miktar olması gerekmektedir. Bu durumda tazminat 1001 YTL olarak mı; yoksa daha yüksek bir seviyede, mesela 10.000 YTL olarak mı belirlenmelidir?

Bu noktada ihlal olarak değerlendirilen kimi davranışların, oluşturdukları etkinsizliğin yanı sıra, aynı zamanda etkinliğe yol açabilecekleri

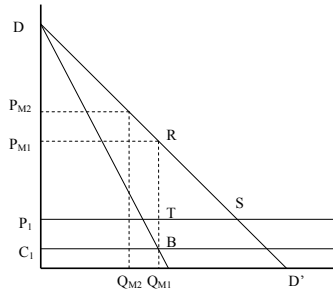
⁴¹ Aşağıdaki şekilde bir piyasadaki talep eğrisi DD' , marjinal maliyet eğrisi DQ_2 ile gösterilmiştir. İhlal sonucu fiyat P_1 'den P_2 'ye yükselmektedir. Bu durumda, birinci olarak bahsedilen, tüketiciden üreticiye transfer P_1TRP_2 ; ikinci olarak söz edilen dara kaybı RTS alanları olacaktır.



hususu önem taşımaktadır. Optimal caydırma halinde, net etkinsizlik oluşturmayan davranışların, yani oluşturduğu etkinlik etkinsizlikten fazla olan davranışların caydırılmaması gerekir. Bir davranışın oluşturabileceği etkinliğin değerini en iyi takdir edebilecek olan da o davranışta bulunan teşebbüsler olacaktır. Bu çerçevede içinde, kartel ya da tekelin bu uygulamayla 49 YTL değerinde maliyet tasarrufuna, yani etkinliğe yol açtığını varsayalım. Bu durumda teşebbüsün ihlalden kazancı $100 + 49 = 149$ YTL, net etkinsizlik ise dara kaybı ile ihlalin getirdiği maliyet tasarrufunun farkı olan $50 - 49 = 1$ YTL olacaktır. Eğer tazminat alıcıdan satıcıya olan transfer (100 YTL) ile dara kaybının (50 YTL) toplamı şeklinde belirlenirse ihlal caydırılmaktadır ($100 + 50 = 150$ YTL $>$ 149 YTL). Eğer davranışın oluşturduğu etkinlik 49 değil de 51 YTL olursa, tazminat yine aynı şekilde belirlendiğinde teşebbüsün kazancının altında kalmakta ($100 + 51 = 151$ YTL $>$ 150 YTL); net etkinsizlik oluşmayan ($50 - 51 = -1$ YTL) ihlal caydırılmamaktadır. Dolayısıyla, fazladan ödenen bedele dair dosyalarda, sadece net etkinsizliğe yol açan davranışları önleyecek optimal tazminat miktarı *alıcıdan alıcının zararı ile dara kaybının toplamıdır*. Bu tazminat tasarımı, davranışın oluşturduğu etkinliğin yargı süreci içinde hesaplanmasına da gerek kalmamaktadır.⁴² Tazminatın bu şekilde hesaplanması, aynı zamanda, ihlali gerçekleştiren teşebbüs dışındaki tüm kişilerin gördüğü net zararın tazmin edilmesi sonucunu doğurmaktadır.⁴³

Şimdi tüm etkinsizliğin dara kaybindan ibaret olmadığını, yukarıda açıklanan, kartel ya da tekelin tüketiciden yaptığı transferi rant-kollama amacıyla harcaması sonucu oluşan ikinci tip etkinsizliklerin de mevcut olduğu durumu ele alalım. Ortaya konulan optimal caydırma prensibine göre hesaplanan

⁴² Dipnot 41'deki şekli bu duruma uyarlayarak devam edersek; maliyet tasarrufuna yol açan bir kartel, aşağıdaki şekilde gösterildiği haliyle, maliyetler eski halinde (P_1) kaldığında P_{M2} noktasında fiyatlamaya yapacakken, maliyetleri C_1 seviyesine çektiğinde P_{M1} fiyatında ve Q_{M1} miktarında üretim yapacaktır. Bu durumda dara kaybı RTS alanıyla ifade edilirken, ihlal sonucu C_1BTP_1 alanıyla ifade edilen etkinlik ortaya çıkmaktadır. O halde, optimal caydırma seviyesinde, tazminat miktarının RTS alanı C_1BTP_1 alanından fazla ise ihlalin caydırılmasını sağlayacak şekilde ayarlanması gerekir.



⁴³ Bu paragraftaki açıklamaların detayları için Hovenkamp (1999, 647).

tazminat, bu durumda da sadece net etkinsizliğe yol açan ihlalleri caydıracaktır. Şöyle ki; kartel/tekelin tüm kazancı olan 100 YTL'yi kartelin sürdürülmesini temin edecek faaliyetlerde harcasın; ancak ihlal niteliğindeki davranış 149 YTL'lik bir maliyet tasarrufuna yol açıyor olsun. Kartel/tekelin net karı 149 YTL, tazminat ise 150 YTL olacağı için bu durumda ihlal caydırılacaktır. İhlal ancak tüm karın etkinsiz faaliyetlerde harcanmaması ya da daha yüksek bir maliyet tasarrufunun ortaya çıkması halinde caydırılmamış olacaktır (Landes, 1983, 665). Dolayısıyla optimum caydırıcılık modeline göre hesaplanan tazminat, kartel/tekel karının bir transfer ya da bir sosyal maliyet teşkil etmesinden bağımsız olarak caydırıcılık işlevini görmektedir.

2.1.2. Optimal Caydırma Teorisi Çerçevesinde Mahrum Kalınan Karın Tazmini

İhlal sonucu piyasadan dışlanan teşebbüslerin zararı mahrum kalınan kar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Yukarıdaki açıklamalar ihlallerin fazladan ödenen bedele dair sonuçlarıyla ilgili optimal tazminat hesabının teorik temelini ortaya koysa da, aynı teorinin ihlallerin dışlayıcı sonuçları ve bu bağlamda mahrum kalınan karların tazminine ilişkin çıkarımları tartışmalıdır. Zira yukarıda anlatılan çerçevede sosyal maliyet yaratan unsur, tekelleşen bir teşebbüsün rakibini dışlaması değil, tekелci fiyatlama yapmasıdır. Hal böyle olunca, rakibin dışlanması sonucu mahrum kaldığı kar ile yukarıda açıklanan tazminata esas teşkil eden fazladan ödenen miktar ve dara kaybı arasında hiçbir ilişki bulunmayabilir. Bu durumda, optimal caydırma teorisine göre, en katı yorumla, rakiplerin mahrum kaldıkları kara dayanarak zararlarının tazminini istemelerine izin verilmemesi gerekir (Easterbook, 1981).

Literatürde dışlanan teşebbüslerin mahrum kaldıkları karın tazmininin neden gerekli olduğuna dair farklı yorumlar bulunmaktadır. Hovenkamp (1989), tekellerin, yukarıda açıklanan iki tip etkinsizliğin dışında, üçüncü tip bir etkinsizliğe yol açtığını iddia ederek rakiplerin tazminat hakkının optimum caydırma teorisi çerçevesinde engellenmesine karşı çıkmaktadır. Bu üçüncü tip etkinsizlik, ihlal sonucu dışlanan teşebbüslerin yapmış oldukları batık maliyet niteliğindeki yatırımların kullanılmaz hale gelmesidir. Bu maliyetler teçhizat, depo, ticari itibar, dışlanan ürünün AR-GE harcamaları, işsiz kalan işçilerin yeniden eğitilmeleri, uygulanamayan sözleşmeler nedeniyle ortaya çıkan maliyetler gibi çeşitli unsurları kapsayabilir. Bu maliyetlerin optimum ceza modelindeki parametrelerin hiçbiriyle doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır.

Page (1990) ise Hovenkamp'ın varlığını iddia ettiği bu üçüncü tip maliyetin bir teorik temele dayandırılmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Page'e göre ihlal sonucu dışlanan firmanın yapmış olduğu yatırımlar, dışlama olsa da olmasa da gerçekleşmiş batık maliyet olarak

değerlendirilmelidir. Dara kaybı ya da rant-kollama harcamalarının aksine, dışlanan teşebbüsün bu harcamaları ihlal olarak değerlendirilen davranış sonucunda ortaya çıkmamaktadır. Benzer harcamalar tam rekabetçi bir piyasada etkin olmadığı için dışlanan rakipler tarafından da yapılmaktadır. Dolayısıyla, optimal caydırma teoreminin bu maliyeti dikkate almaması normal karşılanmalıdır.

Bununla beraber, Page (1990) Easterbook'un aksine dışlanan rakiplere de tazminat hakkının tanınmasını savunmaktadır. Bu hak tanınmadığı halde ihlallerin önlenmesi açısından çok önemli bir "erken uyarı" mekanizması kaybedilebilir. Şöyle ki; bir dışlama olayında tekelleşen teşebbüs önce rakiplerini dışlayacak, sonra tekelci fiyatlama yaparak etkinsizliğe yol açacaktır. Eğer dava açma hakkı, dışlanan rakiplere değil de sadece tekelci fiyatlama dönemindeki müşterilere tanınacak olursa, ihlalin önlenmesinde gecikilecektir. Dışlanan rakiplerin, ihlalin varlığını müşterilere göre daha çabuk ve doğru biçimde fark edip dava konusu yapabilecekleri dikkate alındığında, rakiplerin mahrum kaldıkları karlar için dava açma hakkı ihlallerin önlenmesinde iyi bir araç olarak görülmelidir. Üstelik mahrum kalınan kar ile tekelleşmenin yaratacağı etkinsizlik (dara kaybı ve rant-kollama harcamaları) arasındaki ilişki, kaybedilen batık yatırım ile etkinsizlik arasındaki ilişkiye göre daha kuvvetlidir.

Bu tartışmalardan ihlal sonucu dışlanan teşebbüsün mahrum kaldığı karlarının da tazmininin rekabet hukukunun etkin uygulanması açısından faydalı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

2.2. OPTİMAL CAYDIRMA TEORİSİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Bu bölümde optimal caydırma teorisi anlatılırken yapılan varsayımlar sırasıyla terk edilerek, teorinin gerçek uygulamada tazminatın belirlenmesinde ne kadar yol gösterici olabileceği tartışılmaktadır.

2.2.1. Dara Kaybının Tazmini Problemi

Optimal caydırma teorisinin uygulanmasına ilişkin ilk güçlük dara kaybının tazminine dairdir. Dara kaybı, rekabetçi bir fiyat uygulandığı halde ürünü satın alan bazı müşterilerin, fiyat bu seviyenin üstüne çıktığında ürünü satın almayı bırakması (ve ikame ürünler almaya başlaması) nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Net sosyal maliyet yaratan dara kaybının tazmininde iki açıdan sorun bulunmaktadır: Birinci sorun dara kaybının ölçümüne ilişkindir. İkinci sorun ise, kimlerin zarara uğradığının, yani fiyat yükseldiği için alım yapmayan müşterilerin tespitine ilişkindir. Bu bölümde dara kaybının ölçülebileceği ve

tazmin edilebileceği varsayımı terk edilerek, dara kaybı ve bunun karşılığında ihlalin sebep olabileceği etkinlik modelden çıkarılmaktadır.

Dara kaybının ölçülebilmesi için, ihlal sonucu oluşan fiyat ve satış miktarı, ihlal olmasaydı oluşacak fiyat ve satış miktarı⁴⁴ile talep eğrisinin yapılmayan satışlara dair bölgesindeki şeklinin⁴⁵ tahmin edilmesi gerekmektedir. Bu beş parametreden ilk üçü zaten fazladan ödenen bedelin hesaplanması için de tahmin edilmektedir. İhlal olmasaydı oluşacak satış miktarının tahmini talebin fiyat esnekliğinin hesaplanmasını ve kuşkusuz önceki üç parametrenin tahminine göre daha fazla veri bulunmasını gerektirmektedir. Talep eğrisinin şeklinin tahmini ise ancak ileri istatistiksel teknikler kullanılmasıyla mümkündür.⁴⁶ Talep eğrisinin hesabındaki pratik problemleri talep eğrisinin doğrusal olduğu gibi varsayımlar ile çözmek mümkün olsa da (Leslie, 2006, 546)bu varsayımlar ile tahmin edilen zarar gerçek değerinden uzaklaşmaktadır.

Dara kaybının tazminine ilişkin esas büyük zorluk ise, fiyat yükseldiği için alım yapmayan müşterilerin tespitine ilişkindir. Bu nedenle alım yapmadığını iddia eden bir davacının, ihlal olmasaydı oluşacak fiyat seviyesinden alım yapacağını ispat etmesi son derece güçtür. Bu nedenle *Montreal Trading v. AMAX Inc.*⁴⁷ davasında fiyat artışı nedeniyle alım yapmayan müşterilerin dava açma hakkı reddedilmiştir.

Leslie (s. 535), dara kaybının rekabet ihlalinin yarattığı esas sosyal maliyet olduğunu, üstelik anti-rekabetçi fiyat düzeyinden ürünü satın almayan tüketicilerin, satın alanların aksine tüm tüketici artığından mahrum kaldıklarını; bu itibarla dara kaybının mutlaka tazminata konu olması gerektiğini dile getirmektedir.⁴⁸ Ancak, mevcut uygulamada, hem dava açacak tarafların tespit edilememesi, hem de dara kaybının makul ölçüde zahmetle sağlıklı biçimde ölçülememesi, dara kaybının tazminini olanaksızlaştırmaktadır (Hovenkamp, 1999, 653). Bu durumda, modeldeki diğer varsayımlar korunduğunda, optimal tazminat miktarı zarara eşit olmaktadır.

2.2.2. Tazminat Yükümlülüğü ile Karşılaşmama Olasılığı

Önceki bölümde terk edilen ihlalin yol açtığı tüm zararların tazmin edilebilir olduğu varsayımından sonra, bu bölümde ihlali gerçekleştirenlerin tazminat yükümlülüğü ile karşılaşmama olasılığının bulunmadığı varsayımı terk

⁴⁴ Dipnot 41'deki şekilde sırasıyla P_2 , Q_2 , P_1 ve Q_1

⁴⁵ Dipnot 41'deki şekilde doğrusal olarak gösterilen talep eğrisinin R-S arasındaki gerçek şekli

⁴⁶ Bu konunun teknik tartışması için bkz. Leslie (2006) dipnot 67-68.

⁴⁷ 661 F.2d 864, 868

⁴⁸ Dara kaybının zararın üç kat tazminat uygulaması ile tazmin edildiği düşünülebilirse de, yukarıda da açıklandığı üzere, üç kat tazminat uygulamasının farklı bir amacı bulunmaktadır (Leslie, 2006, 531)

edilmektedir. Tazminata zarardan yüksek bir değerde hükmedilmesi hususu bu varsayımın terk edilmesiyle açıklanmaktadır.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki; Anglo-Sakson hukukunda haksız fiil zararlarının tazmininde zarardan yüksek bir değerde, “cezalandırıcı” tazminat (*punitive damages*) uygulaması yerleşik olup, Clayton Kanunu’ndaki zararın üç katı tazminat hükmü de esasen 1623 tarihli İngiliz Tekel Yasası’ndaki benzer hükme dayanmaktadır. Bu hükmün yasalasma sürecinde etraflıca tartışılmadığı bilinmekle beraber, konuya iktisadi açıdan yaklaşmayan literatürde hükmün amacının ihlali yapanların cezalandırılması olduğu kabul görmektedir (Hovenkamp, 1999, 654). Bu bölümdeki gizli ihlallerin caydırılması yaklaşımı ise, hukuk ve ekonomi literatürüyle beraber 1980 sonrasında hükmü açıklamak amacıyla geliştirilmiştir.

Bu noktada bir parantez açarak, rekabet ihlallerini gerçekleştiren teşebbüslerin çok büyük bölümünü oluşturan tüzel kişilik niteliğindeki şirketlerin cezalandırma amacının makullüğünün de esasen tartışmalı olduğuna işaret etmekte fayda bulunmaktadır. Şirketleri cezalandırmanın üç amacı olabilir (Polinsky ve Shavell, 1998, 948): Birinci amaç yönetici ya da hissedarlarından bağımsız bir hukuki varlık olarak firmanın kendisinin cezalandırılması olabilir. Shavell ve Polinsky (s. 949) bu durumun rüzgârda birinin üzerine devrilen ağacı cezalandırmaktan farklı olmadığını dile getirmektedir. İkinci amaç firmanın içinde ihlalin sorumlularının cezalandırılması olabilir. Ancak cezalandırıcı tazminat bu sorumluların tespit edilebilmesini garanti etmemektedir. Sorumlular tespit edilse bile karşılaşacakları yaptırımın (mesela işten çıkarılmaları), tazminat zarar kadar değil de zarardan yüksek tespit edildiği için daha sert olacağını iddia etmek güçtür. Zaten bu nedenle, ihlallerin sorumlularının cezalandırılması için kişisel idari para cezaları ve hapis cezaları daha makul bir yol olarak görülmektedir. Üçüncü amaç ise şirketin hissedarlarının cezalandırılması olabilir. Ancak yönetici olmayan hissedarların yönetimde etkin ol(a)mama ihtimalleri yüksektir ve bu durumda ihlalden sorumlu tutulup cezalandırılmaları makul olmayacaktır (s. 951).

Şimdi gerçek hayattaki duruma paralel biçimde, zarara yol açan ihlalin tespit edilmeme, tespit edilse bile dava konusu olmama, dava konusu olsa bile ihlal olduğuna ya da zarar olduğuna hükmedilmeme olasılıkları olduğu dikkate alarak, ihlalden doğan zararın tazmin edilmeme olasılığı bulunduğu durumu ele alalım. İhlal fazladan ödenen bedel şeklinde bir zarara yol açmış ve ihlalcinin getirisi ile bu zarar eşit olsun. Bu durumda potansiyel bir ihlalci, ihlalden beklediği getiri, ihlal sonrası ödemeyi beklediği tazminattan fazlaysa ihlali gerçekleştirecektir. Potansiyel ihlalci ödemeyi beklediği tazminatı, ihlalin tespit edilip tazminat yükümlülüğüyle karşılaşma olasılığı ile tazminatın büyüklüğünü çarparak hesaplayacaktır. Mesela bu olasılık üçte bir ise, tazminat zarara eşit

olduğunda, ihlalcinin ödemeyi bekleyeceği tazminat zararın üçte biri, ihlalden getirisi ise zarar kadar olduğu için ihlal gerçekleşecektir. İhlalin gerçekleşmemesi için ihlalcinin ödemeyi bekleyeceği tazminatın, ihlalin getirisine, yani zarara eşit olması gerekir. Bunun içinse tazminatın miktarı, zararın tazmin edilme olasılığının tersi ile zararın çarpımı kadar belirlenmelidir. Tekrar bu olasılığın üçte bir olduğunu varsayarsak, tazminat zararın üç katı belirlendiğinde, ihlalcinin ödemeyi bekleyeceği tazminat miktarı zarar kadar, yani ihlalin getirisi kadar olacaktır. Bu durumda ihlal gerçekleşmeyecektir.⁴⁹

Zararın tazmin edilmeme olasılığı ihlalin gizlilik derecesi arttıkça yükselmektedir. Bu durumda, zarar ile tazminat arasındaki ilişkiyi belirleyen çarpanın da ihlalin niteliğine göre değişiklik göstermesi beklenir. Hal böyle olunca, açıktan gerçekleştirilen dikey fiyat tespiti, tedarikin reddi ve ortak girişim anlaşmaları gibi ihlallerin tespit edilmeme olasılığı oldukça düşük olduğu için, bunlarda tazminata zarardan çok hükmedilmesinin iktisadi açıdan bir anlamı olduğunu iddia etmek güçtür. Diğer yandan; gizlice, el altından gerçekleştirilen yatay fiyat tespiti gibi ihlaller için tazminatın zararın üzerinde belirlenmesi, bu çerçevede zararın üç katı tazminat uygulaması yerinde olacaktır. Esasen yapılan çalışmalar yatay fiyat anlaşmalarının cezalandırılma olasılığının üçte birden çok daha düşük⁵⁰ olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla bunların caydırılmasında çarpanın üç olması da yeterli olmayabilir.

İhlal tiplerinin gizlilik dereceleri farklı olsa da, Clayton Kanunu'na göre tazminat, birkaç istisnai hal⁵¹ dışında, tüm ihlaller için zararın üç katı şeklinde belirlenmektedir. Bu durum yoğun bir tartışma konusu olup, değişiklik amacıyla ileri sürülen ve henüz kabul görmemiş olan başlıca iki öneri bulunmaktadır. Birinci öneri *per se* ihlallerde zararın üç katı tazminata hükmedilirken, *rule of reason* analizine tabi ihlallerde zarar kadar tazminat verilmesidir. İkinci öneri ise fazladan ödenen bedel için zararın üç katı tazminata hükmedilirken mahrum kalınan karlar için zarar kadar tazminat verilmesi şeklindedir (Hovenkamp, 1999, 655).

Ancak bu genel sınıflandırmalarla, ihlalleri gerçekleştirildiği gizlilik derecesine göre ayırarak, optimal derecede caydıracak şekilde çarpanlar belirlenmesi güçtür. Açıktan yapılan ihlallerin hangileri olduğunu belirlemek mümkünse de, gizlice gerçekleştirilen ihlallerin tespit edilme olasılıkları ihlal tiplerinin kendi içinde bile farklılık göstermektedir. Yatay fiyat tespiti

⁴⁹ Modelin haksız fiil hukukunda genel olarak uygulanması için bkz. Cooter ve Ulen (2000, 351), Polinsky ve Shavell (1998).

⁵⁰ Yatay fiyat anlaşmalarının cezalandırılma olasılığı Bryant ve Eckard'a (1991) göre ABD'de %13-17, Combe v.d. (2007)'ye göre Avrupa'da %12,9-13,3 aralığındadır.

⁵¹ AR-GE amacıyla kurulan ortak girişimler, standart belirleme organizasyonları ve pişmanlık programı kapsamında işbirliği yapan taraflar (ABA, 2006, 19).

anlaşmaları ele alınacak olursa; ortalamadan daha az tarafı olan, daha az sayıda müşteriye satış yapan, maliyetleri daha az bilinen veya fiyatı daha az yükselten anlaşmaların tespit edilme olasılıkları bu anlaşmaların ortalama tespit edilme olasılığından daha düşük olacaktır. Bölüm 2.2.3'te açıklanacağı üzere, ihlaller ne şekilde ayrılırsa ayrılışın bu çarpanın optimal biçimde tespiti mümkün değildir.

2.2.3. Dava Sayısının Tazminat Miktarına Bağlı Olarak Değişmesi

Özel hukuk uygulaması ile idare hukuku uygulaması arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. İdare hukuku uygulamasında, salt bir ihlale verilecek cezanın yüksek olması idare tarafından bu ihlalin üzerine daha çok gidilmesi sonucunu doğurmaz.⁵² Oysa özel hukuk uygulamasında, alınması beklenen tazminat potansiyel davacıların dava açma kararlarını doğrudan etkilemektedir. Dolayısıyla tazminat miktarı, potansiyel ihlalciler için caydırıcılığı olduğu kadar, açılan dava sayısını da etkilemektedir. Ayrıca tazminat miktarı arttıkça ortaya çıkması daha kolay ihlaller caydırılmakta, caydırılmadan kalan ihlaller ortaya çıkarılması daha zor ihlaller oldukları için, yeni durumda ihlallerden doğan zararın ortalama tazmin edilme olasılığı eski durumun altında kalmaktadır.

Bu bölümde açılacak dava sayısının tazminatın bir fonksiyonu olmadığı varsayımı terk edilmektedir. Bir kartel anlaşmasından kaynaklanan zararın tazmin edilme olasılığının, çeşitli kartel tiplerinin “ağırlıklı ortalaması” olarak mesela beşte bir şeklinde belirlendiğini varsayalım. Bu durumda, yukarıda açıklanan çerçeve içinde, yukarıda açıklanan optimal çarpan değerinin belirlenmesi iki nedenle mümkün değildir: Birinci olarak, üç kat yerine beş kat tazminata hükmedilmesi öngörüldüğü takdirde, tazminatın artması potansiyel davacıların davadan beklenen getirisini yükselterek, daha çok dava açmasına yol açacak, dolayısıyla kartellerin tespit olasılığı da artacak ve belirlenen çarpan optimal düzeyin üstünde kalacaktır (Landes ve Posner, 1975). İkinci olarak, çarpanın artması sonucu gizlilik düzeyi ortalamasının altında olan bazı kartellerin oluşması caydırılacak, ancak caydırılmayan kartel anlaşmalarının çoğunun tespit edilme olasılığı çarpanın belirlenmesine esas teşkil eden tespit olasılığından, yani beşte birden düşük, mesela onda bir olacaktır. Yani devam eden tespiti daha güç kartellerin caydırılması için çarpanın beş değil on olarak belirlenmesi gerekecektir (Schwarz, 1980, 1092). Her iki etkinin de sonucu olarak, optimal çarpan ile zararın tazmin edilme olasılığı arasında çift yönlü bir ilişki bulunması, optimum bir çarpan hesaplanmasını imkansız hale getirmektedir.

⁵² Bu nedenle idari para cezası uygulamasında ihlalin yakalanma ihtimalini düşük tutup, cezayı yükseltmek suretiyle çeşitli yakalama olasılığı-ceza miktarı kombinasyonlarıyla hukukun optimal uygulama miktarını yakalamak mümkündür, bkz. Polinsky ve Shavell (1979).

Schwarz, açılan dava sayısının çarpanın bir fonksiyonu olmasından kaynaklanan probleme çözüm olarak, ihlalcı teşebbüsün ödediği miktar ile zarar gören teşebbüsün aldığı miktarın eşitliği ilkesinden vazgeçilmesini önermektedir.⁵³ Mesela tazminat zararın beş katı olarak belirlenecek, ancak bunun sadece zarar kadar bölümü davacıya gidecek, kalanı ise kamuya –ya da belirlenecek başka bir yere- intikal edecektir.⁵⁴ Böylece optimal çarpan ile zararın tazmin edilme olasılığı arasındaki ilişki çift yönlü olmaktan çıkacaktır. Yukarıda anlatılan birinci sakıncayı gideren söz konusu öneri sadece teorik düzlemde kalmıştır.

Yukarıdaki tartışmalar sonucunda optimal caydırıcılığın temini için tazminat ile zarar arasındaki ilişkiyi belirleyecek bir optimal çarpan tespitindeki teorik imkansızlığı ortaya çıkmaktadır. Zararın üç katı kadar tazminat optimal olmaktan ne kadar uzaksa, üç dışındaki bir çarpanla belirlenecek bir tazminat miktarının uygunluğu da o kadar tartışmalı olacaktır.

2.2.4. Tazminat Dışında Cezaların Varlığı

ABD’de mevcut mevzuata göre kamu tarafından⁵⁵ açılacak dava ile zararın ya da ihlali gerçekleştiren teşebbüsün kazancının iki misline kadar cezaya hükmedilebilmektedir. Bu zararın üç katı tazminatla birleştiğinde, ihlalde bulunan teşebbüsün ihlalin yol açtığı zararın beş misline kadar tazminat ödeme ihtimali bulunmaktadır. Kartellerin yakalanma olasılıklarının beşte birin altında olduğuna dair ampirik bulgular⁵⁶ dikkate alındığında, gizli ihlaller için bu oranın optimal seviyenin üzerinde caydırıcılığa yol açtığını iddia etmek güçtür. Ayrıca uygulamada bu tip davalarda ceza talebi, zarar ya da kar hesabı yapılarak değil, cironun belli bir oranı şeklinde yapılmakta⁵⁷ ve davalarda uzlaşmaya da gidilebildiği dikkate alındığında çoğu durumda para cezaları zararın iki mislinin altında kalmaktadır.⁵⁸

Para cezasına hükmedilmiş ihlaller için, cezanın ardından açılacak tazminat davalarında zarar ile tazminat arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağı hakkında ABD kaynaklı literatürde antitröst zararlarına özel bir tartışma

⁵³ Bu yöntemin (*decoupling*) tüm cezalandırıcı tazminat uygulamalarına dair olarak tartışması için bkz. Polinsky ve Shavell (1998, 921).

⁵⁴ Polinsky (1986) bazı hallerde zarar görenin alması gereken optimum miktarın ödenenden fazla olabileceğini ileri sürmektedir.

⁵⁵ Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi ya da Federal Ticaret Komisyonu tarafından.

⁵⁶ Dipnot 50.

⁵⁷ Sentencing Guidelines §3E1.1, 2006. Avrupa Birliği’nde de Komisyonun verdiği idari para cezaları, ceza rehberi (2006/C 210/02) çerçevesinde ciroya göre tespit edilmektedir.

⁵⁸ Connor’ın incelediği büyük kartel dosyalarının tamamı için bu durum geçerlidir (2007, 412). ABD antitröst uygulayıcılarının önceliklerine göre, ihlalcı teşebbüslerin ödediği bedellerin optimal düzeyin altında ya da üzerinde olduğu iddia edilen örnekler için bkz. Waller (2003).

bulunmamaktadır. Zira Clayton Kanunu tazminatın zararın üç misli olacağını kesin olarak hükme bağlamış olup, üç katın altında zarara hükmedilmesi zaten mümkün değildir. Ayrıca birçok ihlalde idare tarafından ceza talebiyle dava açılmamaktadır. Ancak, tazminatın zararın *üç katı* değil de *üç katına kadar* belirlenebileceği bir durumda, literatürde cezalandırıcı tazminata ilişkin yapılan tartışmaların⁵⁹ antitröst zararına uygulanması mümkün olabilir.

Hatırlanacağı üzere, ceza bulunmayan durumda, ihlalin caydırılması için ihlalci teşebbüsün karşılaşmayı beklediği tazminatın ihlalden beklediği getirinin altında olmaması, bunun için de tazminat ihlalin gizliliği ölçüsünde zararın üzerinde belirlenmesi gerekmektedir. İhlalin gizlilik derecesi dikkate alınarak caydırıcılığın sağlanması için tazminata zararın iki katı seviyesinde hükmedildiğini varsayalım. Şimdi hakkında tazminat davası açılan ihlalci teşebbüse ihlal nedeniyle verilmiş bir para cezası olduğunu düşünelim. Bu durumda teşebbüs zararın iki katı tazminatın yanı sıra bir de ceza ödeme yükümlülüğüyle karşılaşmaktadır. Bu durumda, caydırıcılığın optimal seviyenin üzerine çıkmaması için tazminatta ceza kadar indirim yapılması gerekecektir.

Daha genel bir ifadeyle, zararın üç katına kadar tazminatta, eğer önceden para cezasına hükmedilmişse, tazminatta para cezasının tamamı ya da bir bölümü kadar indirim yapılması makul olabilir. Burada önemli olan zararın belirli bir katı şeklinde belirlenen tazminat ile cezanın toplamının teşebbüsün ihlalden beklediği getiriye eş seviyede olmasıdır. Para cezalarının sosyal maliyet niteliğindeki dara kaybının tazminini hedeflediği varsayılarak modele dara kaybı da tekrar dahil edilecek olursa, teşebbüsün ödemeyi beklediği tazminat, ceza ve tazminatın toplamının; teşebbüsün ihlalden beklediği getiri ve etkinlik toplamına denk olması beklenir. Dolayısıyla, tazminat zararın üç katı belirlendiğinde dahi bu toplam yakalanamıyorsa, tazminatta cezaya bağlı indirim yapılmasına gerek olmayacaktır. Buna karar verilmesi kuşkusuz her bir ihlalin niteliğine bağlı olacaktır.⁶⁰

Tazminat miktarı belirlenirken dava açılmasının, dolayısıyla ihlallerin ortaya çıkarılmasının teşvik edilmesi de dikkate alınması gereken bir husustur. Tazminat miktarı zarardan fazla oldukça, potansiyel davacılar ihlalleri dava konusu yapmaya teşvik edilmiş olacaktır. Bu noktada, idarenin yaptığı bir ihlal tespiti ve uyguladığı para cezasının ardından dava açanlara verilecek tazminatla, idarenin yaptığı bir tespit olmadan dava açanlara verilecek tazminat arasında ikincinin lehine farklılık gözetilmesi yerinde olabilir. Çünkü ikinci haldeki davacı ihlali ortaya çıkarmak için tüm zahmetlere ve riske kendisi katlanmaktadır. Bu durumda, idarenin tespitinin/cezasının ardından dava açan davacılar verilecek tazminat daha düşük tutulabilir. İhlali idareye şikayet edip,

⁵⁹ Shavell ve Polinsky (1998 927), Cooter ve Ulen (2000, 351)

⁶⁰ Modelin açıklaması için bkz. Conner (2005, 7).

sonra idarenin tespitinin ardından dava açan davacılara ise, bir zahmete katlanmadıkları halde, salt ihlalin ortaya çıkmasına katkıda buldukları için sadece tespitten sonra dava açanlara kıyasla daha fazla tazminat verilebilir. Bu tazminat ayarlamaları ileride potansiyel davacılar için bir teşvik mekanizması oluşturacaktır. Ayrıca, bu argüman önceden para cezası almış ihlalcilerin karşılaşacakları tazminat yükümlülüğünün indirilmesi için bir gerekçe daha oluşturmaktadır.

Diğer yandan, tazminat belirlenirken dikkate alınabilecek bir diğer husus da aynı ihlal dolayısıyla açılacak tazminat davalarının miktarıdır. Birçok küçük alıcının zarara uğradığı ihlallerde, daha önce para cezası uygulanmış olsun ya da olmasın, tazminata yüksek bir seviyede hükmedilmesi iki açıdan yerinde olabilir. Birincisi, alıcıların uğradığı zarar bütçeleri içinde çok küçük bir yer tutacağı için dava etme olasılıkları azdır. Tazminatın artması bu alıcılara dava açmaları için bir teşvik oluşturacaktır. İkinci olarak, zaten tüm alıcılar dava açmayacağı için zararın sadece bir bölümünün tazmini söz konusu olacağından, tazminatın yüksek tutulması ihlali gerçekleştiren teşebbüs için ihlalin beklenen getirisini düşürecek ve caydırıcılığı artıracaktır.

Peki para cezalarının belirlenmesinde, cezanın ardından hükmedilmesi muhtemel/hükmedilmiş tazminat miktarının rolü nedir? İki durumda ihlale katılan teşebbüsler karşılaşacakları tazminat yükümlülüğünün az olacağı ve dolayısıyla optimal caydırıcılık seviyesinden uzaklaşabileceği nedeniyle, cezanın artırılması yoluna gidilebilir. Birinci durum, zararın çok sayıda küçük alıcı arasında yayıldığı hallerdir. Az önce de belirtildiği üzere, bunların her birinin zararı küçük olduğu için dava açma olasılıkları düşük olacağından, böyle durumlarda zararın büyük bir bölümünün tazminata konu olmama ihtimali yüksektir. İkinci durum ise, ürünün fiyatı yerine özelliklerinin tespit edilmesi gibi⁶¹, zararın özelliği gereği maddi boyutuyla hesaplanıp tazmin edilebilir olmadığı hallerdir. Bu durumlarda tazminat davası açılması mümkün görünmemektedir.

Bu tartışmalardan idarenin uygulamasıyla ortaya çıkan cezalar ile tazminat davaları arasında bir işbölümü yapılmasının gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu işbölümü içinde, idare tarafından gerçekleştirilen uygulamanın dara kaybı başta olmak üzere tazmin edilmesi mümkün olmayan sosyal zararlar ile çok dağılmış ya da hesaplanması mümkün olmayan zararlar, tazminat davalarının ise tazmin edilebilir özel zararlar üzerine odaklanması yerinde bir tercih gibi görünmektedir. Böylece ortaya çıkacak çerçeve içinde, tazminat miktarı da ceza miktarı da belirlenirken diğer uygulamanın dikkate alınması gerekmektedir.

⁶¹ Bölüm 5.1'deki ikinci örnek

Diğer yandan, idarenin rekabet ihlallerini ortaya çıkarmak için uyguladığı politikalar ile tazminat yükümlülüğü arasında bir uyum sağlanması da gerekmektedir. Gizli gerçekleştirilen ihlalleri ortaya çıkarmak için uygulanan pişmanlık programı kapsamında, ihlalin ortaya çıkarılmasında işbirliği yapan ihlali teşebbüslerin para cezasından bağışık tutulmaları ya da para cezalarında indirim yapılması halinde, bu teşebbüslerin tazminat yükümlülüğünün nasıl değerlendirileceği pişmanlık programının işlevselliği ve programla sağlanacak caydırıcılığın temini açısından önemlidir. Pişmanlık programından faydalanan teşebbüslerin katıldıkları ihlallerin gizli gerçekleşiyor olması ve bu teşebbüslerin para cezasıyla hiç karşılaşmamış ya da cezalarının indirilmiş olması, yukarıda açıklanan çerçeve içinde tazminat miktarının artırılmasına gerekçe teşkil ediyor görünebilir. Ancak bu yönde bir uygulama para cezasından bağışık tutulsalar bile yüklü tazminat yükümlülüğü ile karşılaşacaklarını öngören teşebbüslerin pişmanlık programına katılmamalarına, dolayısıyla programın işlevselliğinin azalmasına ve ihlallerin ortaya çıkarılmamasına yol açabilecektir. Nitekim, ABD’de 2004 yılında yapılan bir kanun değişikliği ile, tazminat davasında da yeterli işbirliğini göstermeleri halinde, pişmanlık programına katılan teşebbüslerin tazminat yükümlülükleri zarar miktarıyla sınırlandırılmıştır (Wils, 2006, 41).

Böylece optimal caydırma teorisinin dayandığı varsayımlar kaldırıldığında ortaya çıkan durum değerlendirildikten sonra, fazladan ödenen bedel dosyalarına özel olarak ortaya çıkan zararın aktarılması savunması ve dolaylı alıcıların tazminat hakkı problemleri aşağıda ele alınmaktadır.

2.3. TAZMİNATIN ZARARA DAYANMASI ve ALTERNATİFLERİ

Yukarıdaki tartışmalar sonucunda, Clayton Kanunu’nun 4. maddesinde öngörülen, ihlal sonucu fazladan bedel ödeyen alıcıların ve dışlandığı için kardan mahrum kalan teşebbüslere verilecek tazminatın bu teşebbüslerin zararının belli bir katı şeklinde tespit edilmesinin -zayıf da olsa- iktisadi bir temele oturduğu söylenebilir. Peki tazminatın zarara dayanarak hesaplanmasının dışında, optimal caydırma teoremine daha uygun sonuçlar verecek bir esas tespit edilebilir mi?

Zarara dayalı tazminatın bir alternatifi olarak tazminatın yüksek bir sabit bir tutar ya da ihlalden etkilenen cironun bir oranı şeklinde⁶² belirlenmesi düşünülebilir. Bu esas göre tespit edilen tazminatın hesaplama maliyeti düşmekle beraber, ihlalin potansiyel davacılar üzerinde oluşturduğu zararlar tazminat arasındaki ilişki zayıflamakta, yani hesaplama ile optimum caydırma

⁶² ABD ve Avrupa ceza uygulamalarına benzer şekilde. Bkz. dipnot 57.

teorisi arasındaki ilişki kopmaktadır. Bu durumun ortaya çıkaracağı sakınca şöyle özetlenebilir: Stigler'in (1970) ortaya koyduğu üzere hukukun optimum uygulanması için, suçlunun karşılaşması muhtemel cezanın, işleyeceği suçtan beklediği fayda ile beraber artması gerekmektedir. Ceza hukukundan bir örnek verilecek olursa, tecavüz ile cinayetin aynı cezaya tabi olması halinde, bir tecavüzcünün ırzına geçtiği kimseyi öldürmemesi için hiçbir müşevvik bulunmayacaktır. Benzer şekilde, bir kartelin fiyatı 1 TL'den 2 TL'ye çıkarması ile 3 TL'ye çıkarması halinde karşılaşmayı beklediği tazminat aynı olursa, fiyatın 3 TL'ye çıkarılması beklenir. Hâlbuki ikinci durumda kartelin sosyal maliyeti daha fazla olmaktadır.

Zararı esas alan yõteme bir diğer alternatif ise tazminatın, zarar yerine ihlali gerçekleştiren teşebbüsün sağladığı faydayı, yani ihlal sonucu elde ettiği karı esas alarak hesaplanması olabilir. Bunun temel sakıncası davacıların en iyi bildikleri ölçü kendi zararları olduğu halde, tazminatın farklı bir ölçüye dayandırılmasının dava açma teşviki üzerinde olumsuz etkide bulunabilme ihtimalidir. Fazladan ödenen bedeli esas alan davalarda, ihlalcı teşebbüsün sağladığı fayda ile uğranılan zarar hemen hemen aynıdır. Dolayısıyla bu davalarda fayda ya da zararın esas alınması önemli bir farklılık yaratmayabilir.⁶³ Ancak, dışlanan teşebbüsün mahrum kaldığı karı tazmin etmek için açacağı davalarda, bu fayda ile uğranılan zarar arasındaki ilişki çok zayıftır. Dışlama hallerinde tazminatın faydayı esas alarak hesaplanması söz konusu potansiyel davacıların dava açmaktan vazgeçmesi sonucunu doğurabilecek ve bu tip davalardan beklenen erken uyarı işlevi⁶⁴ görülememiş olacaktır. Son olarak, Polinsky ve Shavell'in (1994) tüm haksız fiil sorumluluklarına dair olarak işaret ettiği üzere, faydanın miktarının tespitinde hata yapılabilme ihtimali potansiyel ihlalciler üzerindeki caydırıcılığı, zarar miktarı tespitinde yapılabilcek bir hatadan daha fazla azaltmaktadır. Bu bakımdan da fayda, tazminatın belirlenmesinde zarara kıyasla daha zayıf bir esas olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu iki alternatiften farklı olarak, zarara dayalı mevcut sistem, optimal caydırma teorisinin öngörülerine en yakın sonuçları doğurmaktadır. Üstelik bu

⁶³ Zararın çok sayıda küçük alıcı arasında yayıldığı bir durumda dava açılmasını teşvik etmek için tazminat miktarının artırılmasının faydalı olacağı Bölüm 2.2.4'te belirtilmişti. Bu amaçtan hareketle yapılabilcek bir düzenleme de tazminatı belirlerken zararı değil, ihlalcı teşebbüsün elde ettiği toplam karı esas almaktır. Böyle bir düzenlemede, ihlalcı teşebbüsün ihlalden elde ettiği kar, zararları nispetinde dava açan alıcılar arasında paylaşılacaktır. Söz konusu yöntemle hem zararlarından daha çok tazminat alabilecek alıcılar dava açmaya teşvik edilmekte, hem de ihlalcı teşebbüsün tüm karı tazminata konu olabilmektedir. Ancak, cezai yaptırımların da mümkün olduğu bir sistemde, karı esas alarak tazminat belirlemenin diğer sakıncaları da dikkate alındığında, zararın yayılması durumunda caydırıcılığın ceza miktarının artırılmasıyla belirlenmesi daha uygun görünmektedir.

⁶⁴ Bölüm 2.1.2

yöntemle, adalet açısından önem taşıyan telafi amacı⁶⁵ da büyük ölçüde karşılanmış olmaktadır.

2.4. ZARARIN AKTARILMASI SAVUNMASI ve DOLAYLI ALICILARIN DAVA AÇMA HAKKI

Fazladan ödenen bedel dosyalarında sık rastlanan bir durum, ihlale konu olan ürünün son kullanıcılara değil de, bu ürünü girdi olarak kullanan başka üretici teşebbüslere ya da dağıtıcı/perakendeci olup bu ürünü yeniden satacak teşebbüslere satılmış olmasıdır. Bu durumda, doğrudan alıcı teşebbüsün zararın bir bölümünü ya da tamamını üretim/dağıtım zincirinin alt kademelerindeki alıcılara (dolaylı alıcılar) aktarmış olması mümkündür.⁶⁶ Bu durum, zararın bir bölümünün dolaylı alıcılara aktarılmış olmasının bu bölümün tazminata konu olmaması için bir gerekçe oluşturup oluşturmayacağı (*pass-on defense*) ve dolaylı alıcıların zararlarının tazmini için dava açıp açamayacakları (*indirect purchaser suits*) şeklinde iki hukuki sorun beraberinde getirmiştir. Yüksek Mahkeme *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*⁶⁷ ve *Illinois Brick Co. v. Illinois*⁶⁸ kararları ile zararın aktarılmasının tazminatın azaltılması için bir gerekçe oluşturamayacağına ve dolaylı alıcıların dava açma hakkı bulunmadığına hükmetmiştir (*Illinois Brick* kuralı).⁶⁹

Illinois Brick kuralının caydırıcılık perspektifinden⁷⁰ gerekçeleri şöyle sıralanabilir⁷¹: Birincisi, dolaylı alıcıların sayısı çok olduğu için her birine düşecek tazminat miktarının doğrudan alıcılara göre daha az olacağı

⁶⁵ Bölüm 1.1.

⁶⁶ Dolaylı alıcının talep esnekliğinin 1 olmadığı her durumda zararın bir bölümü dolaylı alıcıya aktarılacaktır. Zararın ne kadarının aktarılacağına dair genelde vergi yükü teoremlerinden yola çıkarak yapılan açıklamalara göre, aktarılan zararın miktarı alt pazardaki arz esnekliği arttıkça artmakta, talep esnekliği (mutlak değer olarak) arttıkça azalmakta, fiyat artışından beri geçen zaman uzadıkça artmaktadır. Bkz. Kosicki ve Cahill (2006), Hoseinian (2005). Doğrudan alıcının ürünü yeniden satış değil de üretim için girdi olarak kullandığı durumlarda ise fiyatı artan ürünün yerine başka ürünlerin ikame edilmesi mümkündür, bkz. Cooter (1981, 1529).

⁶⁷ 392 U.S. 481 (1968)

⁶⁸ 432 U.S. 720 (1977)

⁶⁹ Dolaylı alıcıların zararlarının tazminine izin veren eyaletlerde (bkz. Folsom (2005)) söz konusu zararların tazminine yönelik davalar açılabilir.

⁷⁰ Telafi amacıyla yaklaşıldığında, dolaylı alıcıların zararının telafi edilmemesine, doğrudan alıcıların ise “sebepsiz zenginleşmesine” yol açan *Illinois Brick* kuralının bu amaca ulaşması zaten söz konusu değildir.

⁷¹ Mahkemenin kararlarında kullandığı başlıca gerekçeler için bkz ABA (2006, 33-34). Buradaki gerekçeler ve karşı argümanlar kararların ardından literatürde yapılan kapsamlı tartışmalardan özetlenmiştir. *Illinois Brick* kuralını destekleyen yaklaşımlar için bkz. Landes ve Posner (1979), Landes ve Posner (1980), Benston (1986); karşı çıkan yaklaşımlar için Harris ve Sullivan (1979), Harris ve Sullivan (1980), Harris ve Sullivan (1981). *Illinois Brick* kuralının bir genel denge perspektifi içinde toplumsal refahı artırabileceği argümanı için Viton ve Winston (1981).

söylenbilir. Oysa sadece doğrudan alıcılara dava açma hakkı tanınması daha az davacının, davacı başına daha çok tazminat almasını temin ederek, zaten yüksek tazminat beklentisi olan bu davacılara sağlanan dava açma teşvikini artırmaktadır. İkincisi, doğrudan alıcıların bir ihlalin varlığını fark etme olasılığı dolaylı alıcılara göre daha fazladır. Üçüncüsü, dolaylı alıcıların sayısı doğrudan alıcılardan daha fazla olduğu için, eş miktardaki caydırıcılık daha az dava ile sağlanmakta, görülecek çok sayıda davanın oluşturduğu sosyal maliyet önlenmektedir. Dördüncüsü, aktarılan zararın hesaplanmasının zorluğundan kaynaklanan sosyal maliyet ortadan kaldırılmaktadır. Özet olarak, bu kural ile dava açma ihtimali en yüksek davacıların dava açmasını teşvik ederek caydırıcılık artırılmakta, dava açma ihtimali düşük davacılara ise bu hak tanınmayarak dava maliyetleri düşürülmektedir.

Bu gerekçelere karşı ileri sürülen en kuvvetli argüman ise doğrudan alıcıların ihlali gerçekleştiren teşebbüs(ler) ile uzun süreli bir ticari ilişkisi olması halinde dava etmekten imtina edebileceğidir. Özellikle sağlayıcı - dağıtıcı ilişkilerinde ve dağıtıcının zararın neredeyse tamamını dolaylı alıcılara aktardığı hallerde bu argümanın geçerli olabilmesi mümkündür. Dağıtıcının aktardığı zararları tazmin etme imkanı olması nedeniyle, zararın tamamını aktarması halinde dahi dava açma müşevviki bulunmakla beraber; davanın kazanılmama ihtimali, ilişkinin bozulmasından doğacak zararın alınacak tazminattan daha yüksek olabilmesi ya da bu belirsizlik içinde sınırlı akılla⁷² hareket edip mevcut durumunu korumak istemesi gibi nedenlerle, *Illinois Brick* kuralının caydırıcılığı artırmak yerine azaltması da mümkündür. Schinkel v.d. (2005), bunun da ötesine geçerek kurdukları modelde, kartel oluşturan teşebbüslerin doğrudan alıcılara dava açmama karşılığı bir miktar fayda sağlayarak karteli karlı biçimde sürdürebileceklerini teorik bir modele dayanarak göstermiştir. Ancak, bu model ya da önceki argümanlar henüz ampirik çalışmalarla sınanmış değildir.

Illinois Brick kuralının Yüksek Mahkeme tarafından getirilen tek istisnası⁷³, doğrudan alıcının dolaylı alıcıya önceden yapılmış bir anlaşmaya dayalı olarak maliyetin belirli bir oranı şeklinde tespit edilen fiyattan ve önceden belirlenmiş miktarda satış yaptığı hallerdir. *Kansas v. Utilicorp United*⁷⁴ kararıyla da netleştiği üzere, dolaylı alıcıların dava açma hakkı bulunan bu istisnanın kapsamı son derece sınırlıdır. Hovenkamp (1990, 1724) maliyetin belirli bir oranı şeklinde tespit edilen fiyattan satış yapılmasına dair anlaşmaların, sabit bir miktar üzerinde anlaşılmasa dahi istisna kapsamında olması gerektiğini savunmaktadır.⁷⁵ Bu durumun mevcut istisnadan tek farkı

⁷² “bounded rationality” bkz. Simon (1979).

⁷³ *Illinois Brick*, 736

⁷⁴ 497 U.S. 199, 208 (1990)

⁷⁵ Karşı görüş için bkz. Andersen (1980).

dolaylı alıcının fiyat artışı karşısında alım yaptığı miktarı azaltacak olmasıdır. Fakat burada zarar mahrum kalınan kar yerine fazladan ödenen bedel şeklinde hesaplandığı için, esas itibarıyla alım miktarındaki bu azalmanın ortaya çıkardığı zararın doğrudan ve dolaylı alıcı arasında nasıl paylaşılacağıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Başka bir tartışma konusu ise, doğrudan alıcıların önceden yapılmış bir sözleşme olmaksızın satış fiyatlarını alım fiyatının belirli bir yüzdesi olarak hesapladıkları durumun istisna tutulup tutulmamasına ilişkindir. Genelde üreticiden alıp perakendeciye ürün satan dağıtıcıların gerçekleştirdiği bu uygulamanın, işlevsel açıdan fiyatın maliyetin belirli oranı şeklinde belirlendiği anlaşılmalardan bir farkı bulunmamaktadır. Ancak, Hovenkamp (s. 1725) anlaşma olan hallerde dolaylı alıcıların kim olduğu belirliken, bu halde dolaylı alıcı sayısının çok ve belirsiz oluşunun *Illinois Brick* kuralı ile önlenmeye çalışılan karmaşık sorunlara yol açacağı gerekçesiyle bu tip bir istisnaya karşı çıkmaktadır.

Illinois Brick kuralıyla ilgili tartışmalarda ileri sürülen diğer bir argüman da, dolaylı alıcıların söz konusu olduğu dosyalarda zararın fazladan ödenen bedel değil de, mahrum kalınan kar şeklinde hesaplanması gerektiği yönündedir. Yatay fiyat tespitlerinde fiyat yükselmesi nedeniyle oluşan zararın fazladan ödenen bedel şeklinde hesaplanmasına ilişkin içtihat *Chattanooga Foundry & Pipe Works v. City of Atlanta*⁷⁶ kararıyla ortaya çıkmıştır. Bir belediyenin kartele konu olan su borularına fazladan ödediği bedeli tazminat olarak talep ettiği davada, davalının fazladan ödenen bedelin aynen su fiyatlarına yansıtıldığı ve dolayısıyla davacının mahrum kaldığı bir kar olmadığı yönündeki savunması kabul görmemiştir.

Harrison (1980) *Chattanooga Foundry* kararına dayanarak, alıcının ihlale konu olan ürünü yeniden satıp bu işten kar sağlayan bir teşebbüs olması halinde, zararının mahrum kalınan kar değil de fazladan ödenen bedel şeklinde hesaplanmasını, ilgili kararın yanlış yorumlanması olarak değerlendirmektedir. Harrison'a göre, karardaki davacı olan belediye zaten kar amacı gütmeyen bir kuruluş olduğu için zararının fazladan ödenen bedel şeklinde hesaplanması dışında bir yol bulunmamaktadır. Oysa alıcının fiyatı artan ürünü kullanarak ya da yeniden satarak kar amacı güden bir faaliyet gerçekleştiren bir teşebbüs olması halinde mahrum kalınan kar fazladan ödenen bedele kıyasla daha gerçekçi bir zarar ölçüm yöntemi olarak ortaya çıkmaktadır.

Ancak bu argüman büyük ölçüde zararın tazmininin caydırıcılık değil telafi amacı taşıdığı düşüncesine dayanmaktadır. Bölüm 2.1.1'de de işaret edildiği üzere rekabet ihlallerinden kaynaklanan iktisadi etkinsizlik esasen fiyat artışından (yani fazladan ödenen bedelden) ileri gelmekte, mahrum kalınan karın

⁷⁶ 203 U.S. 390 (1906).

tazmini için açılan davalar dışlama hallerinde pazar yapısı bozulmadan ihlallerin tespiti yönelik bir işlev görmektedir. İncelenen durumda, dolaylı alıcının fazladan ödediği bedel ile ihlalin yol açtığı etkinsizlik arasındaki ilişki, mahrum kalman kara göre daha kuvvetlidir. Ayrıca, fazladan ödenen bedelin hesabı da daha basittir. Bu nedenlerle, tazminatın da fazladan ödenen bedele dayanması optimal caydırma teorisine daha uygun sonuçlar verecektir.

2.5. TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN EKONOMİK ANALİZİNE DAİR SONUÇ

Optimal caydırma teoremi çerçevesinde zararın tazmininin ekonomik analizine ilişkin tartışmalar özetlenecek olursa; optimal caydırıcılığı sağlayacak tazminat miktarı, teorik olarak, ihlal sonucu alıcının ihlalcı teşebbüse fazladan ödediği bedel ile oluşan dara kaybının toplamı şeklinde hesaplanmaktadır. İhlalde fiyatların yükselmesi sonucu ortaya çıkan fazladan ödenen bedel, bazı alıcıların ürünü almaktan vazgeçmelerine neden olmaktadır. Bu çerçevede ortaya çıkan dara kaybı ihlalin oluşturduğu en net toplumsal maliyet şeklindedir. Dolayısıyla fazladan ödenen bedel ihlal sonucu ortaya çıkan etkinsizlik ile doğrudan orantılıdır. Mahrum kalınan karın ihlalin oluşturduğu etkinsizlik ile ilişkisi daha zayıf olmakla beraber, tekelleşme hallerinin erken tespiti açısından dışlanan teşebbüslerin mahrum kaldıkları karın tazmini de önemli bir işleve sahiptir.

Bazı ihlallerin ortaya çıkardıkları zararın tazmin edilmeme olasılığının bulunması, optimal caydırıcılığın sağlanması için tazminatın zarardan yüksek tespit edilmesini gerektirmektedir. Örnek vermek gerekirse, fazladan ödenen bedel şeklinde ortaya çıkan bir zararda, zararın tazmin olasılığı üçte bir ise, ihlale katılan teşebbüsün karşılaşmayı beklediği tazminat miktarının ihlalden olan getirisine eş olması için, tazminatın zararın üç katı tayin edilmesi gerekir. Ancak, tazminat ile zarar arasındaki ilişkiyi belirleyen bu çarpan hem caydırıcılığın miktarını, hem de açılan dava sayısını etkilediği; açılan dava sayısı arttıkça caydırıcılık da arttığı için, bu çarpanın optimal caydırıcılığı sağlayacak şekilde tespit edilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, gizli olarak gerçekleştirilen ihlaller için tazminatın zararın üç katı olarak belirlenmesinin, üç dışında bir çarpan optimal seviyeye daha yakın sonuç vermeyeceği için makul bir tercih olduğu söylenebilir.

Öte yandan, optimal caydırıcılık modelinde tazminatın unsurlarından biri olması öngörülen dara kaybının, hem dava açma hakkına sahip olanların tespit edilmesi, hem de ölçümündeki problemler nedeniyle tazminata konu olabilmesi mümkün görünmemektedir. Özel hukukun yanı sıra idari ceza yaptırımlarının da bulunduğu hallerde, özel hukuk yoluyla tazmin edilmesi mümkün görünmeyen sosyal zararların ve niteliği ya da büyüklüğü nedeniyle

dava konusu olamayacak bazı özel zararların ihlale katılan teşebbüs tarafından yüklenilmesini idari cezalar ile temin etmek uygun bir tercih olabilir. İkili yaptırım sistemi içinde tazminata hükmederken, önceden verilmiş cezaları da dikkate alarak, ihlale katılan teşebbüsün toplam tazminat ve ceza yükümlülüğünün optimal caydırıcılığı sağlayacak miktarı geçmemesine dikkat etmek de yerinde olacaktır. Son olarak, dolaylı alıcıların dava açma hakkı tanınmaması en az dava açılması yoluyla en çok caydırıcılık sağlanması açısından makul görünmektedir. Ancak bazı durumlarda yine caydırıcılığın artırılması için bu yaklaşımın istisnalarının da olabileceği unutulmamalıdır. Tazminatın yukarıda açıklanan çerçeve içinde zarara dayanarak hesaplanması, uygulamada optimal caydırıcılık teoremine en yakın sonuçların yakalanmasını sağlayacaktır. Optimal caydırma teoremine dair yukarıda yapılan açıklamaların, zarardan yola çıkarak tazminatın tespitine rehberlik etmesi beklenmelidir.

BÖLÜM 3

ZARARIN TAYİNİNE ESAS TEŞKİL EDEN HUKUKİ KAVRAMLAR

Bu bölümde zararın tayinine esas teşkil eden temel hukuki kavramlar ele alınmaktadır. Bu kapsamda, ABD uygulamasında zarar ölçümünde kullanılan delillerin ispat gücü, zarar hesaplanırken ayrıştırılması gereken unsurlar ve zararın azaltılması yükümlülüğü konuları tartışılmaktadır.

3.1. ZARARIN ÖLÇÜMÜNDE DELİLLERİN İSPAT GÜCÜ

Bölüm 1.2’de de ifade edildiği üzere, ihlalden doğan zarar “rekabetin sınırlanmadığı bir varsayımda piyasanın alması muhtemel durum ile rekabetin sınırlanması nedeniyle oluşan mevcut durum arasındaki fark”tır. Fazladan ödenen bedele ilişkin açılan bir davada, mevcut durumdaki fiyat ve satış miktarı bilindiğine göre, zararın hesaplanması için rekabet ihlali olmasaydı oluşacak fiyat ve miktarın tahmin edilmesi gerekmektedir. Mahrum kalınan kara ilişkin bir dosyada da mevcut durumda sağlanan kar bilinmekte, zararı hesaplamak için ihlal olmasaydı elde edilecek karın tahminine ihtiyaç duyulmaktadır. Her iki durumda da zararın miktarının ölçümü, eldeki verilere dayanan bir çıkarsama yapılmasını zorunlu kılmakta, bu çıkarsama da doğası gereği bir belirsizlik içermektedir.

İşte bu belirsizliğin sonucu olarak, ihlalin ve zararın varlığı ispat edildikten sonra, zararın miktarının tespitinde kullanılan delillerin ispat gücünün, ilk ispatta kullanılan delillere göre çok daha yüksek olduğu kabul edilmektedir.⁷⁷ Hovenkamp’a (1999, 656) göre, bu duruma üç sebep göstermek mümkündür: Birinci olarak, zararın miktarı davacının dava açma ya da açmama kararını doğrudan etkilediği için, ispat gücünün düşük olması, açılan dava sayısının düşmesine neden olacaktır.

⁷⁷ *Graphic Product Distributors v. Itek Corp.* 717 F.2d 1560, 1579 (1983)

İkinci olarak, zararın miktarına dair davacı ile davalı arasında, davalı lehine bir bilgi asimetrisi mevcuttur. Örnek vermek gerekirse, bir yatay fiyat tespiti dosyasında, ihlal olmasaydı oluşacak fiyatı tahmin etmek için gerekli olan maliyet bilgileri münhasıran davalıda bulunmaktadır. Davalının bu bilgileri çarpıtması ya da yok etmesi imkân dâhilindedir. Bu nedenle Yüksek Mahkeme içtihadında⁷⁸ da yerleşik olduğu üzere, “davacının zararı tespiti davalının kabahati sonucu güçleşmiş ise, davalının zararın kesin ve tam biçimde ölçülmediğinden yakınması mümkün değildir.”

Bu bilgi asimetrisi olmasa dahi, daha önce de belirtildiği gibi, zararın ölçümü doğası gereği bir miktar belirsizlik içermekte, “piyasa koşulları genelde ihlal olmasaydı davacının ne durumda olacağına dair kesin bir bilgiye ulaşılmasını engellemektedir.”⁷⁹ Bu nedenle, “ihlali yapan ihlalin yarattığı belirsizliğin riskine katlanmak durumundadır.”⁸⁰

Ancak, zarar miktarının hesabında delillerin ispat gücünün yüksek olması yönündeki bu yaklaşım, davacının tamamen spekülatif bir zarar hesabı yapmasını mümkün kılmamaktadır. Davacının hesabını spekülasyon yerine, “ilgili verilere dayanan insafli ve makul bir çıkarsama⁸¹”yla gerçekleştirmesi gerekmektedir. Böyle bir çıkarsamaya dayandığı sürece “takribi bir zarar hesabı”⁸² Yüksek Mahkeme içtihadında yeterli görülmektedir.

İlgili verilerden yapılacak bu çıkarsamanın akla yatkın olup olmasını belirleyecek en önemli faktörlerden biri, hesaplamanın yapıldığı modeldir. Ekonomik modelleme, gerçek hayattaki birçok unsurun arasından belirleyici olanlarının seçilip, bunlardaki değişiklikler kontrol edildikten sonra diğer unsurların değişmediği varsayımı altında çıkarsamalar yapılmasını içeren bir süreçtir. Dolayısıyla bir ekonomik model tümüyle gerçek hayata uygun olamaz. İyi bir ekonomik model, sınırlı sayıda varsayımla olguları gerçeğe en yakın şekilde açıklayabilen bir modeldir.⁸³ Davalarda kullanıldığında modelin dayandığı varsayımların geçmiş tecrübeye uygun olması⁸⁴ ve gelecekte geçerli olacağına beklenmesi⁸⁵ gerekmektedir. Ayrıca, Hovenkamp’ın (1999, 658) da işaret ettiği gibi, bir modelin dayandığı varsayımların sayısı arttıkça, bu

⁷⁸ *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.* 273 U.S. 359, 400 (1927); ayrıca bkz. *Bigelow v. RKO Radio Pictures* 327 U.S. 251, 651 (1946)

⁷⁹ *J. Truett Payne Co. V. Chrysler Motors Corp.*, 451 U.S. 557, 566 (1981)

⁸⁰ *Bigelow* 265

⁸¹ *Bigelow* 264

⁸² *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.* 282 U.S. 555, 250 (1931)

⁸³ Ekonomik teori ve modeller ile gerçek hayat arasındaki ilişki için bkz. Friedman (1970).

⁸⁴ Geleceğe ilişkin kar tahmininin geçmiş tecrübeye uyumadığı için kabul edilmediği bir dosya: *Webb v. Utah Brokers Ass’n* 568 F.2d 670 (1977).

⁸⁵ Aksi bir kar tahmininin kabul edilmediği bir dosya: *Chrysler Credit Corp. v. J Truett Payne Co.* 459 U.S. 908 (1982).

konumunun bu eylem kadar ihlal oluşturmayan davranışlarının da sonucu olabileceği gerekçesiyle tekelci fiyatlardan oluşan tüm zararın tazminat konusu yapılamayacağını, davacının zararın ne kadarının ihlal niteliğinde davranışlardan kaynaklandığını ispatla yükümlü olduğunu belirterek bu kararı bozmuştur. *Bonjorno v. Kaiser Aluminium*⁸⁸ kararında ise istinaf mahkemesi, ihlal niteliğindeki tekelleşme eyleminin sonucu olarak pazar dışına itilerek iflas eden davacının tüm zararlarının, başka etkenler de bulunduğu halde, tazminata konu yapılmasına hükmetmiştir.

Zararın ispatı davacıya düştüğüne göre, ayrıştırma yükümlülüğünün de davacıda olması, üstelik bunun dava açma için bir şart olarak da görülebilmesi, özellikle tekelleşme dosyalarında dava açmayı engelleyebilme potansiyeli taşımaktadır (McCall, 1986). Bu yükümlülüğün davalıya verilmesi ise, temel prensibe aykırılık oluşturabileceği gibi spekülasyon zarar hesaplarının da önünü açabilecektir (Hovenkamp, 1999, 673). Bu alanda, dava açma müşevviğini ortadan kaldırmayacak şekilde zararın spekülasyon olmasının önüne geçecek kadar bir ayrıştırma yükümlülüğünün benimsenmesi makul görünmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, ihlal oluşturan davranışlar birden fazla ise, bunların yol açtıkları zararların ayrıştırılması gerekmemektedir (Page, 1996, 43).⁸⁹

3.2.2. İhlal Dışındaki Piyasa Koşullarının Etkilerinin Ayrıştırılması

Zarar hesabında dikkate alınması gereken bir diğer faktör de davacının işine zarar vermiş olabilecek davalının hareketleriyle bağlantısı bulunmayan piyasa koşullarının etkileridir. Bu etkilerin zarar hesabında dikkate alınmaması zarar hesabının spekülasyon bulunarak reddedilmesi sonucunu doğurabilmektedir. *Memorex Corp. v. IBM*⁹⁰ davasında istinaf mahkemesi, IBM'in gerçekleştirdiği ihlal dışında, Memorex'in işini etkileyen kendi kötü yönetimi ve yaşanan ekonomik kriz gibi faktörlerin dikkate alınmamasını davanın reddi için yeterli gerekçe olarak görmüştür (Page, 1996, 55).⁹¹

3.2.3. İhlalin Getirdiği Faydaların Ayrıştırılması

Tazminat hesabında dikkate alınacak olan zarar miktarı, ihlal oluşturduğu (brüt) zarar ile davacının ihlalden sağladığı faydaların farkından oluşan net zarardır. Dolayısıyla zararın ölçümü ihlalden sağlanan faydaların da hesaplanmasını zarardan indirilmesini gerektirmektedir.⁹² Örnek vermek

⁸⁸ 752 F.2d 785 (1984)

⁸⁹ *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1161 (1983)

⁹⁰ 636 F.2d 1188 (1980)

⁹¹ Benzer bir örnek: *Amerinet v. Xerox Corp.* 972 F.2d. 1483 (1992)

⁹² *Los Angeles Memorial Coliseum Comm'n v. NFL*, 791 F.2d 1356, 1366 (1986)

gerekirse, ihlal nedeniyle bir miktar satışını gerçekleştiremeyen bir teşebbüsün zararı ölçülürken, satılacak ürünlerin maliyetinin hesaplanıp, cirodan düşülmesi gerekmektedir. Eğer teşebbüs satamadığı ürünleri başka pazarlarda sattıysa, buradan elde ettiği kar da, satışların engellendiği pazarda oluşan zarardan indirilmelidir.⁹³

3.3. ZARARIN AZALTILMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Rekabet ihlallerinden doğan zararlar hesaplanırken, davacının uğradığı zararı azaltmak için gerekli davranışları yapmış olması beklenmekte, davacının zararını artıran bir eylemi varsa ya da zararını azaltabileceği bir eylem varken bunu yapmamışsa, bunlardan doğan zararın ihlalden doğan zarar hesabına katılmaması gerekmektedir. Hukuk ve ekonomi perspektifinden yaklaşıldığında, davacının zararını azaltmak için gerekli davranışları yapmasını beklemek davacıyı etkinlik yaratan davranışlara yöneltmekte, böylece toplumsal refahı artırmaktadır (Lambert, 2006, 580). Haksız fiil hukukunun temel esaslarından biri olan bu yaklaşım, ABD rekabet hukuku uygulamasında 1965'ten sonra⁹⁴ yerleşik hale gelmiştir.⁹⁵ Esasen, bu yaklaşım rekabet ihlallerinden doğan zararın bir ekonomik zarar olması, dolayısıyla bu zararların ölçümünün bir fırsat maliyeti ölçümü gerektirmesi prensibiyle⁹⁶ de paraleldir (Page, 1996, 41).

Uygulamada zararın azaltılması savunmasının mahrum kalınan kar davalarıyla sınırlı olduğu söylenebilir.⁹⁷ Bu davalarda yapılan hesaplamalarda ihlal nedeniyle kar elde etmek için kullanılmayan her fırsatın bir alternatifi olduğu ve hesaplanması gereken zararın ihlal nedeniyle kaçırılan fırsatın sağlayacağı fayda ile en çok getirisi olan alternatifinin sağladığı fayda arasındaki fark olduğunun gözetilmesi gerekmektedir.⁹⁸ Basit bir örnek vermek gerekirse⁹⁹, Ankara Tunalı Hilmi Caddesi'nde bir köşede arabasında kokoreç satan bir satıcı, bu noktadan dışlansa, arabasını götürebileceği en yakın köşede satışına devam edebilir. Bu durumda hesaplanacak zarar iki köşede elde edeceği kar arasındaki fark kadardır. Eğer iki köşe de aynı karı getiriyorsa ve bir batık maliyet yoksa zarar oluştuğundan söz etmek mümkün değildir. Kar aynı fakat bir batık maliyet söz konusu ise (mesela satıcı kokoreci arabada değil de söküp götüremeyeceği bir büfede satıyor ise), zarar batık maliyetten oluşacaktır. Ancak her sabit

⁹³ Bağlama dosyalarına dair daha karmaşık bir örnek için bkz. Bölüm 5.4.

⁹⁴ Hamilton ve Cone (1980, 339)

⁹⁵ ABD hukukunda söz konusu yaklaşımın genelde davalının savunmasının bir unsuru olduğunu belirtmek gerekir [*Pierce v. Ramsey Winch Co.*, 753 F.2d 416, 436 (1985)]

⁹⁶ *Fishman v. Estate of Wirtz*, 807 F.2d 520, 556 (1986)

⁹⁷ Dava örnekleri için bkz. Page (1996, 52)

⁹⁸ Alternatif yatırımların getirilerinin içerdikleri riske göre karşılaştırılması gerekliliğine dair bkz. Tye ve Kalos (1996, 649).

⁹⁹ Tye ve Kalos'dan (1996, 648) uyarlanmıştır.

yatırımın da batık maliyet olarak görülmemesi yerinde olur. Mesela kokoreççinin dışlandığı dükkanı başka bir işletmeye kiralama imkanı olabilir.

Fazladan ödenen bedele ilişkin olarak da, alıcının bir sonraki tercihi olan ürünü satın alarak zararını azaltabileceği teorik olarak doğrudur da bu savunmanın genelde itibar gördüğünü söylemek mümkün değildir¹⁰⁰. Lambert'e (2006, 574-581) göre fazladan ödenen bedelde bu savunmanın kabul edilmemesi iktisadi açıdan değerlendirildiğinde üç nedenden ötürü makul bir tercihtir: Birincisi, davacının yüksek bedel istenen ürünü ikame etmesi zaten etkinsizlik oluşturan bir eylemdir; hatta anti-rekabetçi fiyatlamının yarattığı dara kaybı sırf yüksek bedelle ürünü almayıp bunu ikame eden tüketicilerin bu davranışı neticesi ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla davacıdan ikame ürünleri tercih etmesinin beklenmesi etkinliği teşvik etmeyecektir. İkincisi, zararı azaltma yükümlülüğünün kabul edilmesi bu dosyalarda ihlali teşebbüsün ödeyeceği tazminat azalacak ve rekabet hukuku uygulamasının bu tip ihlaller üzerindeki caydırıcılığı düşecektir. Üçüncüsü, zararın en iyi ikame ürünü olarak azaltılması gereken bölümünün hesaplanması için ihlale konu olan ürün ve ikame ürünün alıcı nezdindeki değerinin (alıcının bu ürünlere ödeyeceği en yüksek fiyatın) de tahmin edilmesi gerekmektedir. Bu tahminin makul biçimde yapılması ise neredeyse imkânsızdır.¹⁰¹

Bu noktada *Illinois Brick* kuralı çerçevesinde zararın aktarılması savunmasına izin verilmemesinin de¹⁰², fazladan ödenen bedel dosyalarında zararın azaltılması yükümlülüğü oluşmaması açısından önemli olduğu belirtilmelidir. Çünkü bu savunmaya izin verilmesi halinde, doğrudan alıcı alt piyasadaki şartlar uygun olduğu halde zararını aktarmadığı için, zararını azaltmak için gerekli önlemleri almadığının iddia edilmesi mümkün olabilecektir.

Davacının göstermesi beklenen telafi çabasının makul bir ölçüde olması beklenmektedir. Örnek olarak, davacının zararını azaltması yükümlülüğü kapsamında, ihlali önceden fark edip dava etmiş olması¹⁰³ ya da kaybettiği müşterilerinin yerine birebir aynı müşterileri bulmuş olması gerektiği¹⁰⁴ gibi beklentiler makul bulunmayarak, bunlara dayanarak zararın azaltılmasına izin verilmemiştir (Hamilton ve Cone, 1980, 362). Ayrıca, davacı zararın azaltılması için yaptığı davranış nedeniyle bir maliyete katlanıyorsa, bunun da zarara eklenmesi beklenmektedir (s. 366). Son olarak, eğer davacı özellikle zararını

¹⁰⁰ *Airline Ticket Comm'n Antitrust Litig.*, 918 F.Supp. 283 (1996).

¹⁰¹ Bu kavramsal açıdan dara kaybının ölçülmesine paralel bir zorluktur. Bkz. Bölüm 2.2.1.

¹⁰² Bölüm 2.4

¹⁰³ *Westman Comm'n Co. v Hobart Corp.*, 541 F. Supp. 307, 314 (1982)

¹⁰⁴ *Construction Aggregate Transp. Inc. V. Florida Rock Indus.*, 710 F.2d 752, 784 (1983)

artırmak için bazı davranışlar yapmışsa, bunların oluşturduğu zarar da indirilmektedir (s. 370).

Bu açıklamalardan, mahrum kalınan kara ilişkin açılan davalarda, zarar hesabının davacının en iyi alternatifi kullanarak mahrum kaldığı karı telafi etmek için makul bir çaba göstermiş olması gerekliliğine göre yapılması, başka bir ifadeyle mahrum kalının karların ekonomik kar (fırsat maliyeti) şeklinde hesaplanması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Fazladan ödenen bedele ilişkin davalarda ise, fiyatı yüksek olan ürüne ikame ürünler bulunduğu savunması hem pratik nedenlerle, hem de etkinliği teşvik etmemesi itibarıyla geçerli görünmemektedir.

BÖLÜM 4

ZARAR TAYİN YÖNTEMLERİ

Rekabet ihlallerinden doğan zararlar, Bölüm 1.1.'de de ifade edildiği gibi, alıcılar için fazladan ödenen bedel, dışlanan teşebbüsler için mahrum kalınan kar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Her iki tip zarar da ihlal olan gerçek durum ile olmasaydı oluşacak farazi şartlar arasındaki fark şeklinde hesaplanmaktadır. Dolayısıyla bu hesabın yapılabilmesi için ihlal olmasaydı oluşacak farazi duruma dair çıkarsamalar yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede zarar hesaplanırken, fazladan ödenen bedel dosyalarında ihlal olmasaydı ortaya çıkacak fiyat, mahrum kalınan kar dosyalarında ise ihlal olmasaydı elde edilecek kar tahmin edilmektedir.

Zararın hangi tip ihlaller için fazladan ödenen bedel, hangi tip ihlaller için mahrum kalınan kar şeklinde hesaplanacağı Clayton Kanunu'nda açıkça ifade edilmediği için bu konudaki uygulama içtihadı dayalı olarak gelişmiştir. Mevcut uygulamada alıcıların uğradığı zarar fazladan ödenen bedel, dışlanan rakiplerin uğradığı zarar ise mahrum kalınan kar şeklinde hesaplanmaktadır.

Zarar tahmininin yapılmasında iki temel yöntem bulunmaktadır: (1) önce-sonra yöntemi ve (2) mukayese yöntemi. Tahminler, önce-sonra yönteminde aynı pazar ve teşebbüslere ait ihlal olmayan dönemdeki verilerden, mukayese yönteminde ise ihlalin gerçekleştiği pazara benzer bir pazardaki benzer bir teşebbüsün verilerinden yola çıkarak yapılmaktadır.

Bu noktada, önce-sonra ve mukayese yöntemlerinin avantajları ve dezavantajlarının kısaca tartışılmasında fayda bulunmaktadır. Önce-sonra yönteminin başlıca avantajı veri bulmanın mukayese yöntemine göre daha kolay oluşudur. Bu yöntemdeki başlıca sorun ise, referans alınan dönem ile ihlalin gerçekleştiği dönem arasında davacı teşebbüsün performansını etkileyen ihlal dışındaki faktörlerde farklılıklar olabilme ihtimalidir. Bu farklılıklar hem pazar koşullarından, hem de davacının iş performansından kaynaklanabilir. Örnek vermek gerekirse, ihlal olan dönemde pazara yeni bir giriş ya da bir teknolojik değişim olmuşsa, davacının performansında olabilecek muhtemel değişikliklerde bu etkilerin ihlalin etkisinden ayrıştırılması gerekir. Benzer şekilde,

makroekonomik krizler ya da rakip teşebbüslerin yönetim problemleri gibi anlık olayların etkileri ihlalin etkisinden ayrıştırılmalıdır. Diğer yandan, ihlal olmayan dönemin teşebbüsün performansı açısından temsili gücünün olması gerekir. Bu bakımdan, anlık olayların etkilerinin tahminleri çarpıtmasını önlemek için ihlal olmayan mümkün olan en geniş döneme ait verilerin kullanılması yerinde olacaktır.¹⁰⁵

Mukayese yönteminde ise, ihlal olmayan hali hesaplamak için referans olarak seçilen hem pazar koşullarının (pazar yapısı, vergi ve regülasyon, gelir düzeyi, vb.) hem de teşebbüsün (organizasyon yapısı, kaynakları, vb.) ve ürünün, ihlalin olduğu pazarın koşullarına ve davacı teşebbüs ile ihlal konusu ürüne benzer olması gerekmektedir. Bunlar benzer değilse, benzer olmayan faktörler kontrol edilmelidir. Örnek vermek gerekirse, üç oyuncunun olduğu oligopolistik bir pazardaki ihlaldeki zararı ölçmek için 20 oyuncu olan rekabetçi bir pazarın kullanılması doğru olmayacaktır.

Mukayese yöntemi genelde aynı ürünün satıldığı farklı coğrafi pazarlar arasında kıyaslama yapılarak kullanılmaktadır. Özellikle aynı teşebbüsün birden çok coğrafi pazarda faaliyet gösterdiği ve bunlardan sadece bazılarının ihlalden etkilendiği durumlar bu yöntemin kullanımına uygundur. Zira bu durumlarda teşebbüsler arasındaki farklılıkların kontrol edilmesine gerek kalmamaktadır. Mukayese yönteminde dikkat edilmesi gereken bir nokta da referans firmanın mutlaka başka bir pazarda olması gerekliliğidir; aksi halde ihlal bu firmanın performansını da doğrudan etkileyeceği için tahmin sağlıklı olmayacaktır.¹⁰⁶

Bu noktada vurgulanması gerekir ki, her iki yöntemde de kıyaslama aynı ya da benzer pazarda rekabet ihlalinin olduğu ve olmadığı durumlar arasında yapılmaktadır. Pazarın yapısı gereği tam rekabetçi yapı yok ise, mesela pazar oligopolistik bir yapı arz ediyor ise, kıyaslama ihlal olan durum ile rekabetçi yapıdaki kurmaca bir pazarda ihlal olmayan durum arasında değil; ihlal olan durum ile tam rekabetçi olmayan durum veri kabul edilerek aynı pazarda ihlal olmayan durum arasında yapılacaktır. Örnek vermek gerekirse, *Concord Boat v. Bruswick Corp.*¹⁰⁷ davasında, davacının tekel niteliğindeki teşebbüse fazladan ödediği bedelin hesabında, tekel yapısındaki pazarla iki oyuncunun pazarı yarı yarıya paylaştığı kurmaca bir pazarda oluşacak fiyatların karşılaştırılması kabul edilmemiştir. Zira bu modeldeki kurmaca pazarda davalının payı %51'e çıktığında dahi fazladan ödenen bedel ortaya çıkmaktadır.

Yukarıdaki çerçevede içinde, bu bölümde fazladan ödenen bedel ve mahrum kalınan kar şeklinde ortaya çıkan zararların önce-sonra ve mukayese

¹⁰⁵ Buna aykırı dosya örnekleri için bkz. Blair ve Page (1995, 443)

¹⁰⁶ *Farmington Dowel Products v. Forster Manufacturing Co.* 421 F.2d 61 (1970)

¹⁰⁷ 207 F.3d 1039 (2000)

yöntemleriyle¹⁰⁸ nasıl ölçüleceği ayrı ayrı¹⁰⁹ ele alınmaktadır. Bu uygulamalarda yaygın olarak kullanılan regresyon yöntemi burada ayrıntılı olarak açıklanmamakta¹¹⁰, sadece analizde kullanımında dikkat edilecek hususlara Bölüm 4.3'te yer verilmektedir.¹¹¹

Önce-sonra ve mukayese yöntemlerinin açıklanmasına geçmeden önce belirtilmesi gerekir ki; esas kullanım alanı birleşme/devralma analizleri olan simülasyon yönteminin de oligopol niteliği arz eden pazarlarda ihlal olmayan haldeki fiyatların tahmininde kullanılması mümkündür. Bu yöntem, pazardaki rekabetin şekline ilişkin varsayımlara dayanan bir simülasyon modelinin, pazardaki yoğunlaşma oranı, ekonometrik yollarla tahmin edilen marjinal maliyet ve talep esnekliği verileriyle çalıştırılması yoluyla fiyatın tahmin edilmesini öngörmektedir Ancak bu modellerin uygulanmasının gerektiği teorik bilgi düzeyinin ve veri ihtiyacının yüksek oluşu pratikte zarar tahminindeki uygulama alanını kısıtlamış olup, bu nedenle söz konusu yöntem tezin kapsamı dışında tutulmuştur.¹¹²

4.1. FAZLADAN ÖDENEN BEDELİN TAHMİNİ

Rekabet ihlallerinden oluşan zararların ilk türü ihlal sonucu fazladan bedel ödenmesi nedeniyle oluşan zarardır. Bu tip zararların yatay ve dikey fiyat tespiti, tekelci fiyatlama ve bağlama uygulamalarından kaynaklandığı söylenebilir. Tüm uygulamalarda, öncelikle ihlal olmasaydı oluşacak fiyat tahmin edilmekte, daha sonra ihlal sonucu oluşan fiyat ile tahmin edilen bu fiyat düzeyi arasındaki fark zarar olarak hesaplanmaktadır.¹¹³

¹⁰⁸ Literatürde geçen maliyet esaslı yöntem (*cost-based approach*), fiyat tahmini, pazar payı gibi yöntemler esasen önce-sonra ve mukayese yöntemlerinin gelişmiş halleri ya da beraber uygulamaları şeklinde ortaya çıkmaktadır.

¹⁰⁹ Gerekli verinin bulunması halinde, zaman serisi verisine dayanan önce-sonra yöntemi ile kesit (*cross-section*) veriye dayanan mukayese yöntemi, her iki yöntemde kullanılacak verileri bir araya getirerek oluşturulabilecek bir panel veri seti ve regresyon tekniğiyle beraber de kullanılabilir (Ashurst, 2004, 19).

¹¹⁰ Giriş düzeyinde bkz. Ramanathan (2002), daha gelişmiş düzeyde bkz. Wooldridge (2002). Antitröst hukukuna özel geniş bir açıklama için bkz. ABA (2005). Zarar hesapları düzeyinde basit bir giriş için bkz. Page (1996) Bölüm 5.

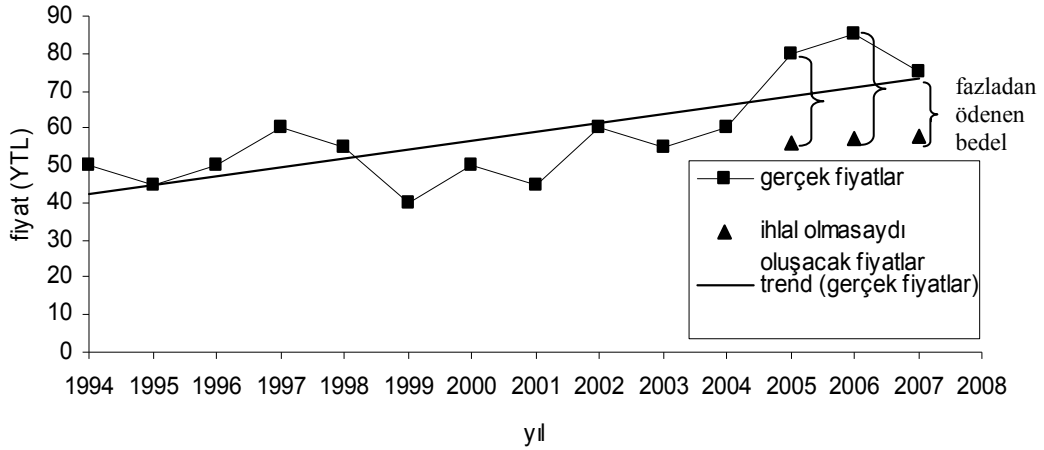
¹¹¹ Maya II dosyasındaki zararın hesaplanmasına ilişkin bir örnek uygulama için bkz. Ek 1.

¹¹² bkz. Ashurst (2004, 24-27). Bir uygulama örneği için bkz. Connor (2004).

¹¹³ Dolaylı alıcıların zararının hesaplanmasına ilişkin önerilere Ek 2'de yer verilmiştir.

4.1.1. Fazladan Ödenen Bedelin Tahmininde Önce-Sonra Yöntemi

Şekil 1- Önce-Sonra Yöntemiyle Fazladan Ödenen Bedelin Tahmini



Önce-sonra yönteminin yatay fiyat tespitinde fazladan ödenen bedelin hesaplanmasında uygulanmasını bir örnekle açıklayalım¹¹⁴: Şekil 1’de yıllık ton başına ortalama fiyat verileri sunulan farazi tuz karteli 2005-2007 yılları arasında faaliyet göstermektedir. Bu yöntemde amaç ihlal olmayan dönemden yola çıkarak, ihlal olan dönemde ihlal olmasaydı oluşacak fiyatları tahmin etmektir.

En basit yöntemle, ihlal öncesi ortalama fiyatın 51,8 YTL; ihlal sonrası ortalama fiyatın ise 80 YTL olduğu, dolayısıyla ortalama ton başına $80 - 51,8 = 28,2$ YTL fazladan bedel ödendiği söylenebilir. Ancak, zarar hesabında fiyat üzerinde etkisi olan piyasa koşulları (oyuncu sayısı, vb.) ile arz ve talep koşullarında ortaya çıkabilecek bir dizi başka faktörün dikkate alınması gerekecektir. Bu faktörlerin etkilerinin kontrol edilebilmesi için regresyon tekniğinin kullanılması uygun olacaktır.

Regresyon tekniği kullanıldığında, sol tarafında bağımlı değişken olarak fiyatın, sağ tarafında fiyatı etkileyeceği düşünülen bağımsız değişkenlerin yer aldığı indirgenmiş durumdaki bir denklem tahmin edilecektir.¹¹⁵ Bu noktada bağımsız değişkenlerin seçimi önem taşımaktadır. Örnek olarak piyasa koşullarına ilişkin olarak pazardaki oyuncu sayısı (O) ve teşebbüsün kapasite kullanım oranları (K) kullanılabilir. Arz koşullarına ilişkin olarak ortalama birim maliyetler (M) denkleme dahil edilebilir. Talebi ölçmek içinse, örnek olarak

¹¹⁴ Areeda v.d. (2000, 529)’dan uyarlanmıştır.

¹¹⁵ Zarar hesabında regresyonla ilgili dikkat edilmesi gereken teknik hususlar Bölüm 4.3’te açıklanmıştır.

nüfus (N) kullanılabilir (son tüketiciye satılan ürünlerde harcanabilir gelir ya da toplam tüketimin; girdi niteliğindeki ürünlerde, ürünün girdi oluşturduğu ürüne ait üretimin de kullanılması mümkündür). Hangi bağımsız değişkenlerin kullanılacağı incelenen ihlalin özelliklerine ve veri bulunup bulunmamasına bağlıdır. Bu dosyada, bağımsız değişkenler belirlendikten sonra, ihlal olmayan döneme (1994-2004) ait veriler kullanılarak Denklem 1 tahmin edilmiştir:

$$F_t = \beta_0 + \beta_1 O_t + \beta_2 K_t + \beta_3 M_t + \beta_4 N_t \quad (1)$$

Bu denklemdeki katsayılar (β 'lar) ilgili bağımsız değişkendeki değişikliğin fiyattaki değişiklikler üzerinde, diğer bağımsız değişkenlerdeki değişikliklerin etkisi kontrol edildikten sonraki marjinal etkisini göstermektedir. Örnek vermek gerekirse, $\beta_4 = 3$ ise nüfus 1 kişi arttığında tuz fiyatı 3 YTL artmaktadır.

Regresyon sonuçlarının sağlıklı olması için, regresyon tahmin edilmeden önce fiyatların enflasyondan arındırılması¹¹⁶ ve regresyonda reel fiyatların kullanılması yerinde olacaktır. Arındırma işlemi yapılırken, veri bulunabildiği ölçüde, sektöre özel fiyat endeksinin ve ürün tüketiciye satılıyorsa tüketici fiyat endeksi, başka bir ürün için girdi olarak kullanılıyorsa üretici fiyat endeksinin kullanılması faydalı olur.

Bundan sonra, ihlal olmayan dönemin verisiyle hesaplanan katsayılar ve bağımsız değişkenlerde ihlal dönemine ait veriler kullanılarak, ihlal döneminde ihlal olmasaydı oluşacak fiyatlar tahmin edilecektir (Şekil 1'de üçgen ile gösterilen fiyatlar). Bu yöntemde, fazladan ödenen bedel gerçek fiyat ile bu fiyat tahminleri arasındaki farktır.

Başka bir yöntem ise denkleme ihlal olan dönem için 1, olmayan dönem için 0 değeri olan bir kukla değişken eklenerek, denklemin hem ihlal olan hem de olmayan dönem (1994-2008) için beraber tahmin edilmesidir (Denklem 2):

$$F_t = \beta_0 + \beta_1 O_t + \beta_2 K_t + \beta_3 M_t + \beta_4 N_t + \beta_5 D_t \quad (2)$$

Burada D'nin katsayısı (β_5) ortalama fazladan ödenen bedeli gösterecektir.¹¹⁷ Bu hesaplamalardan sonra bir alıcının uğradığı toplam zarar fazladan ödenen ile satın alınan miktarın çarpılması yoluyla bulunacaktır.

¹¹⁶ Arındırma işlemi için bkz. (Ramanathan, 2002, 577)

¹¹⁷ İhlal için kullanılan kukla değişken ile diğer açıklayıcı değişkenler arasında korelasyon olması halinde iki model farklı zarar tahminleri verecektir (Finkenstein ve Levenbach, 1983, 156).

4.1.2. Fazladan Ödenen Bedelin Tahmininde Mukayese Yöntemi

Önce-sonra yönteminin kullanılmadığı ve benzer bir pazar ve teşebbüsün bulunabildiği durumlarda mukayese yöntemi fazladan ödenen bedelin hesaplanmasında kullanılabilir. Bu yöntemin en çok kullanıldığı alanlardan biri, genelde benzer komşu coğrafi pazarların bulunabildiği, ihalelere verilecek fiyatın tespit edildiği dosyalardır. Aşağıda mukayese yöntemi Lee'nin (2000) Teksas okul sütü pazarındaki ihale fiyat tespiti dosyasına ilişkin zarar tahmini üzerinden anlatılmaktadır.¹¹⁸

Zarar tahmini yapılan dosya, Teksas Dallas süt pazarında 1992-93 yılları arasında, kapalı zarf usulü yapılan okul sütü ihalelerinde, teklif veren teşebbüslerin anlaşmasına dairdir. Hesaplama hem birçok oyuncunun ortak olduğu, hem de maliyet yapılarının benzeştiği Teksas – San Antonio pazarı referans olarak kullanılmaktadır. İhlal olmadığı bilinen bu pazarda aynı dönemdeki ihale sonuçları kullanılarak, F'nin ihaleyi kazanan fiyat, T'nin süt tipi için bir kukla değişken, O'nun ihaleye giren oyuncu sayısı, M'nin süt alım maliyeti, Q'nun süt kamyonlarının bir duruşu başına dağıtılan süt miktarı, B'nin oyuncunun süt kapasitesi olduğu Denklem 3 tahmin edilmektedir.

$$F = \beta_0 + \beta_1 T + \beta_2 O + \beta_3 M + \beta_4 Q + \beta_5 B \quad (3)$$

Daha sonra, burada hesaplanan katsayılar ve Dallas pazarındaki veriler kullanılarak Dallas pazarındaki her bir ihale için ihlal olmasaydı verilecek fiyat tahmin edilmekte; anlaşmalı verilen fiyat ile tahmin edilen bu değer arasındaki fark fazladan ödenen bedeli oluşturmaktadır. Önce-sonra yöntemindeki gibi, fazladan ödenen ortalama bedelin, ihlal olan ve olmayan tüm ihalelere dair veriler kullanılıp, denkleme ihlal olan pazarda 1 değerini alacak bir kukla değişken eklenmesi yoluyla tahmin edilmesi de mümkündür. Bu bedel hesaplandıktan sonra, her bir alıcının aldığı miktar ile çarpılması suretiyle, alıcıların zararları hesaplanmaktadır.

4.2. MAHRUM KALINAN KARIN TAHMİNİ

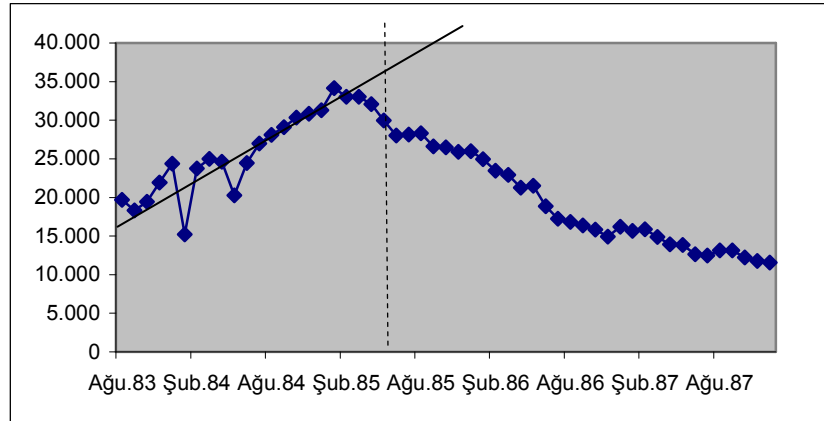
Rekabet ihlalleri sonucu ortaya çıkan zararların ikinci türü mahrum kalınan karıdır. Dışlayıcı eylemlerin tümünde dışlanan teşebbüslerin maruz kaldığı zarar mahrum kalınan kar şeklinde hesaplanmaktadır. Bu bölümde öncelikle mahrum kalınan karın hesaplanmasında önce-sonra ve mukayese yöntemlerinin kullanımı açıklanmaktadır. Daha sonra hesaplanan karların iskonto edilmesi üzerinde durulmaktadır.

¹¹⁸ Başka bir örnek için bkz. Areeda v.d. (2000, 535).

4.2.1. Mahrum Kalınan Karın Tahmininde Önce-Sonra Yöntemi

Bu bölümde, mahrum kalınan karın hesabında önce-sonra yönteminin kullanımı *Key Enterprises v. Venice Hospital*¹¹⁹ davasındaki hesaplama üzerinden açıklanmaktadır. Dosyanın içeriği kısaca özetlenecek olursa; ABD'de 80'lerin ilk yarısında sosyal güvenlik politikasındaki bir değişiklik sonucu hastanelerin hastalarını erken taburcu etmeye başlamalarıyla birlikte hasta yatağı, tekerlekli sandalye gibi evde bakım malzemeleri talebinde ciddi artış yaşanmıştır. Florida'nın Venice şehrinde evde bakım malzemeleri sağlayıcısı olan dört teşebbüsten biri ile şehrin başlıca hastanesi olan Venice Hospital Nisan 1985'te anlaşarak, Venice Hospital'dan taburcu olan hastaların diğer bakım malzemesi sağlayıcılarına gitmelerine engel olmuştur. Şekil 2'de görüldüğü üzere, ihlal başlamadan önce davacının satışları yaklaşık ayda %3 hızla artmaktadır. İhlalin başlamasıyla beraber, davacı Key Enterprises'a gelen yeni taburcu müşteri sayısı Nisan 1985'te hızla düşmüş, bununla beraber eski müşterilerin devam eden talepleri nedeniyle Şekil 2'de gösterilen toplam cirodaki düşüş daha yavaş olmuştur. Aşağıda davacı Key Enterprises'ın mahrum kaldığı kar, bu hesaba özgü dikkat edilmesi gereken noktaları da açıklayarak hesaplanmaktadır.

Şekil 2 - Venice Hospital'ın Aylık Cirou (ABD Doları)



Fazladan ödenen bedel dosyaları ile mahrum kalınan kar dosyaları arasında ihlal dönemine dair yapılacak tahminlere ilişkin önemli bir farklılık; ilk türde yaşanmış bir döneme ilişkin zarar hesaplanırken, ikinci türde zarar

¹¹⁹ 919 F.2d 1550 (1990). Aynı dosya üzerinden açıklamalar için bkz. Page (1996, 209) ve Areeda v.d. (2000, 572).

hesaplanacak dönemin geleceğe de uzanmasının mümkün oluşudur. Bu çerçevede, mahrum kalınan kar dosyalarında ihlalin olduğu döneme ilişkin tahminler yapılırken iki unsurun dikkate alınması gerekmektedir. Birinci olarak, pazar koşullarının nasıl değişeceği ve rakiplerin vermeleri beklenen rekabetçi tepkiler dikkate alınmalıdır. İkincisi, zarar dönemine ilişkin makul bir süre belirlenmelidir.

Bu nedenle öncelikle tahminler salt geçmişe dayalı olmamalı, ihlal döneminde hem davalı hem de diğer piyasa oyuncuları ve müşterilerin davacı ve davalının hareketlerine verecekleri iktisadi açıdan rasyonel¹²⁰ tepkiler modele dahil edilmelidir. Örnek olarak davacının hem fiyatı artırabileceğini, hem de satışların sabit kalacağını esas alan bir modelle zarar hesaplanması uygun olmayacaktır.¹²¹ Veyahut rakiplerin kar edebilecek şekilde fiyatı düşürme imkânları varken, bunu yapmadıklarının varsayıldığı bir modelle yapılan hesap geçeceği yansıtmayacaktır.¹²² Benzer şekilde, kurulan model uzun bir süre rekabetçi düzeyin üzerinde fiyatlama yapılan bir pazara yeni girişlerin olabileceğini dikkate almalıdır (Blair ve Page, 1995, 455).¹²³ Ayrıca, teşebbüslerin belirli bir ölçüğe kadar büyüdükçe ortalama maliyetlerinin düşmesi, ancak belirli bir ölçekten sonra ortalama maliyetlerin ölçükle beraber artabilecek olması nedeniyle büyüme oranlarının düşmesi beklenir. Son olarak pazarın doyuma ulaşacağı sınırlar olduğu da unutulmamalıdır (Areeda v.d., 2000, 571).

İncelenen dosyada da büyümenin olduğu gibi devam edeceği varsayımı gerçekçi bulunmamıştır. Zira talepteki sıçrama sosyal güvenlik politikasındaki değişiklikten kaynaklanmış olup artış hızının bir süre sonra azalması beklenmektedir. Ayrıca coğrafi pazara yeni girişler yaşanmış, nitekim son ihlal başlamadan önceki üç aylık dönemde talep hafif gerilemiştir. Bu nedenlerle hesaplamada ihlal olan dönemdeki aylık gelirin, ihlal öncesi altı aylık dönemin ortalaması olan 32.408 ABD doları olacağı varsayılmıştır. Kuşkusuz daha sofistike bir model kurularak muhtemel tepkilerin dikkate alınması suretiyle gerçeğe daha yakın bir tahmin yapılması mümkün olabilirdi.

Bundan sonra zararın süresinin tespit edilmesine geçilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, gelecekte elde edilecek karlar bugünün değerine indirgenirken iskonto edileceği için, süre çok uzun tutulsa bile hesaplanan zararın bugünkü değeri çok artmayacaktır.¹²⁴ Sürenin uzun tutulmasındaki esas

¹²⁰ *Murphy Tugboat Co. v. Crowley*, 658 F.2d 1256, 1262 (1981)

¹²¹ *Gray v. Shell Oil Co.*, 469 F.2d 742, 749 (1922)

¹²² *Knutson v. Daily Review, Inc.*, 458 F.Supp. 226, 240 (1979)

¹²³ *Dolphin Tours, Inc. v. Pacifico Creative Inc.*, 773 F.2d 1056, 1511 (1985)

¹²⁴ Bkz. Bölüm 4.2.3. Yıllık 100.000 YTL kar, yıllık %20 oranla iskonto edildiğinde toplam net değeri 10 yılda 419.247 YTL, 20 yılda 486.958 YTL, 30 yılda 497.894 YTL olmaktadır.

problem, zarar hesabına esas teşkil eden piyasa koşullarının değişme olasılığının süre uzadıkça artması, bunun özellikle dinamik piyasalarda hesaplamaları spekülâtif hale getirme tehlikesi bulunmasıdır.¹²⁵ Bu nedenle, zarara esas teşkil edecek dönemin makul bir süreyle sınırlanması gerekli görülmektedir. Örnek olarak bu süre, kişisel işletmelerde en fazla işleten kişinin iş hayatı olabilir.¹²⁶ Diğer durumlarda, karar ile son verilen ihlalin etkilerinin ortadan kalkacağı ya da ihlale konu olan ilişkinin hukuka uygun yollardan sona erdirilmesinin mümkün olduğu (örneğin dağıtıcılık sözleşmesinin biteceği) süreler dikkate alınabilir (Areeda v.d., 2000, 572).¹²⁷

İncelenen dosyada zarara esas teşkil edecek dönem, envanterdeki tıbbi ekipmanın ömrünün dolması halinde yerine yenilerinin alınmasına dair karmaşık maliyet hesaplarını önlemek için, tıbbi ekipmanın ortalama ömrü olan beş sene olarak kabul edilmiştir. Bu noktada, Nisan 1985 – Aralık 1987 dönemine ilişkin ciro verileri bulunmakta, geleceğe ilişkin olarak ise bu verilerden yola çıkarak ihlal olduğunda oluşacak cironun tahmini gerekmektedir. Bunun için ihlalin başladığı dönemden hesaplamanın yapıldığı Aralık 1987'ye kadarki ciro rakamlarını kullanarak, C'nin ciro, T'nin ayları gösterdiği Denklem 4 hesaplanmış ve elde edilen katsayılar ile Ocak 1988 – Şubat 1989 arasındaki ciro değerleri tahmin edilmiştir (Şekil 3):

$$C = \beta_0 + \beta_1 T \quad (4)$$

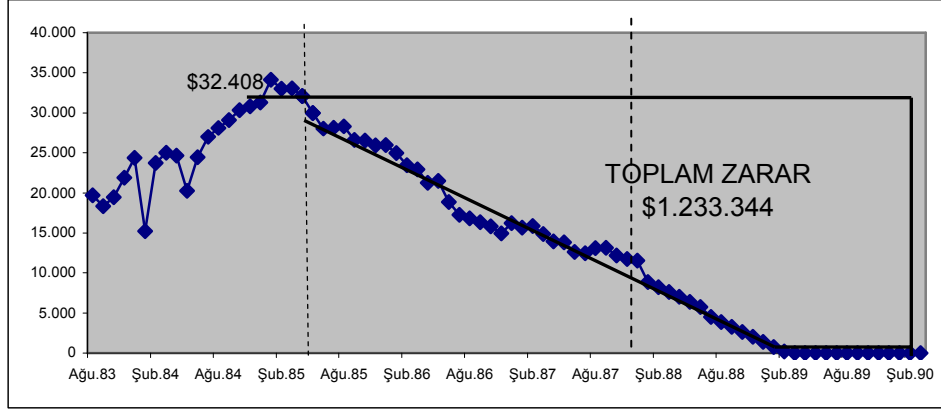
Tahmin edilen değerler Mart 1989'dan itibaren negatif çıktığı için, bu tarihten sonra işletmenin pazar dışına itildiği, yani sıfır ciro elde ettiği varsayılmıştır. Böylece hesaplanan ciro değerlerinin, ihlal olmasaydı elde edileceği varsayılan cirodan çıkarılmasıyla her ay için ciro kaybı bulunarak, toplam ciro kaybı (iskonto edilmeden önce) 1.233.344 ABD doları olarak ölçülmüştür.

¹²⁵ Ekonometrik parametrelerin sabit kalacağı varsayılan süre uzun olduğu için reddedilen bir zarar hesabı için bkz. *McGlinchy v. Shell Chemical Co.* (845 F.2d 802, 864, 1988)

¹²⁶ *Patrick v. Burget* (486 U.S. 94; 1988).

¹²⁷ Örnek dosyalar için bkz. Blair ve Page (1995) dipnot 126 ve 127.

Şekil 3 - Venice Hospital'ın Gerçekleşen ve Geleceğe Dair Tahmin Edilen Aylık Ciroosu (ABD Doları)



Mahrum kalınan karın hesaplanması için, bu satışları yapmayarak önlenebilen maliyetlerin, yani değişken maliyetlerin mahrum kalınan satışlardan düşülmesi gerekmektedir. Bunun için, ihlal öncesi dönemin bilançosundan, işletmenin değişken maliyetlerinin toplam cironun üçte birini oluşturduğu hesaplanmıştır; aynı oranının ihlal sonrasında da geçerli olacağı varsayımıyla (iskonto edilmeden önceki) mahrum kalınan kar $1.233.344 \times \frac{2}{3} = 760.983$ ABD doları olarak tahmin edilmiştir.

4.2.2. Mahrum Kalınan Karın Tahmininde Mukayese Yöntemi

Mukayese yönteminin mahrum kalınan kar dosyalarında yapılacak hesaplarda kullanılma imkanı son derece sınırlıdır.¹²⁸ Zira bu yöntemin kullanılabilmesi için benzer koşulların hüküm sürdüğü bir piyasadan, davacıya benzer bir teşebbüsün dışlanmış olması gerekmektedir. Bu benzerlik gerekliliği teşebbüsün hem ürünleri, hem pazardaki konumu, hem de yönetim başarısının düzeyi açısından geçerlidir.

Mahrum kalınan karın hesabında mukayese yönteminin esas kullanım alanı, “pazar payı yöntemi” olarak da adlandırılan yöntem içinde geçmiş dönemin karına da referans yaparak kullanılmalıdır. Bu yöntem özellikle bir teşebbüs birden çok coğrafi pazarda faaliyet gösterdiğinde ve bunların bir ya da birkaçından dışlandığında kullanılabilir. *Zenith Radio Corp v. Hazeltine Research Inc.*¹²⁹ davasında, zarar hesabı davacının ihlalden etkilenen Kanada

¹²⁸ Mukayese yöntemiyle spekülasyon zarar hesabına yol açan bir hesaplama örneği için Areeda v.d. (2000, 578).

¹²⁹ 401 U.S. 321 (1971).

pazarında %3 olan pazar payının, ihlal olmasaydı ABD’de %16’nın altına düşmeyen pazar payına yakınsayacağı varsayımından yola çıkarak yapılmıştır.¹³⁰ Söz konusu yakınsama kuşkusuz ABD ve Kanada pazarlarında davacının iş idaresindeki başarısı, diğer oyuncuların konumu gibi faktörlerin benzer olması ve iki pazar arasında farklılığın ihlalden kaynaklanması halinde ortaya çıkabilecektir. İki pazar arasında ihlal dışında farklılıklar olduğu durumlarda bu farklılıkların kontrol edilmesi gerekmektedir (Hovenkamp, 1999, 671).

İhlal olmasaydı gerçekleşecek pazar payı tahmin edildikten sonra, bu pay ile karlılık arasında ilişki kurularak, ihlal olmasa elde edilecek karın hesaplanması yoluna gidilmektedir. Bu ilişki kurulurken ölçek ekonomileri ve sabit maliyetler gibi unsurlar dikkate alınmalıdır. Örnek vermek gerekirse, bir teşebbüsün pazar payının yarıya düşmesi, karın da yarıya düşeceği anlamına gelmeyebilir. İhlal olmasaydı elde edilecek kar tahmin edildikten sonra, ihlalin varlığında gerçekleşen kardan çıkarılmak suretiyle mahrum kalınan kar hesaplanmaktadır.

4.2.3. Gelecekteki Karların Bugünkü Değerinin Hesaplanması

Mahrum kalınan kar dosyalarında, yukarıdaki yöntemlerle tahmin edilen mahrum kalınan karın geleceğe ilişkin bölümünün uygun bir faiz haddiyle iskonto edilerek bugünkü değerinin hesaplanması gerekmektedir.¹³¹ Örnek olarak, Bölüm 4.2.2.1’deki örnekte Ocak 1988 ile Şubat 1989 arasında elde edileceği tahmin edilen karın, ölçümün yapıldığı Ocak 1988’deki değeri hesaplanmalıdır. Bunun için her bir dönemdeki kar tahmininin bugünkü değerinin hesaplanarak, bu değerlerin toplanması gerekmektedir. Bu hesaplama Denklem 5’deki formül ile yapılabilir:

$$PV = \sum_{t=1}^n \frac{\pi_t}{(1+r)^t} \quad (5)$$

PV = bugünkü değer; t = dönem (örn. birinci yıl, üçüncü ay); π_t = t dönemi için tahmin edilen kar, r = dönemlik faiz haddi (örn. yıllık kar tahminleri yapılmışsa yıllık, aylık kar tahminleri yapılmışsa aylık)¹³²

¹³⁰ Aynı yöntemin kullanıldığı *Conwood Co. v. U.S. Tobacco Co.* (290 F.3d. 768) dosyasına dair açıklamalar için bkz. ABA (2005, 168)

¹³¹ Burada anlatılan bugünkü değer hesaplaması, ihlalin sebep olduğu mahrum kalınan karın değerinin ihlalin olduğu tarihe indirgenmesidir. Dolayısıyla tazminatın zararın olduğu tarihten sonra ödenmesi nedeniyle artırılmasında kullanılan kanuni faiz uygulamasıyla (dipnot 23) karıştırılmamalıdır.

¹³² Modelin farklı varsayımlar altındaki uygulaması için bkz. Page (1996, 115).

Gelecek dönemdeki karın ölçülmesi yukarıda anlatılan kar beklentileri ve iskonto süreçlerini bir araya getiren şirket değerlendirme teknikleri bulunmaktadır. Bu teknikler firmanın değerindeki değişimin gelecekteki kar beklentilerindeki değişimden kaynaklandığı varsayımından yola çıkmaktadır. Ayrıca teşebbüsün piyasa değerinden ya da varlıklarının değerinden yola çıkarak da benzer hesaplamaların yapılması mümkündür.¹³³

Dikkat edilmesi gereken son bir nokta da, Denklem 5’te gelecekteki karları iskonto etmekte kullanılan faiz haddinin (r) teşebbüsün iş riskini yansıtması gerektiğidir. Yani teşebbüsün yaptığı iş ne kadar riskli ise iskontoda kullanılan faiz o kadar yüksek, dolayısıyla mahrum kalınan karın net bugünkü değeri o kadar düşük olmalıdır. Bu nedenle zarara uğrayan teşebbüsün (vergi öncesi) borçlanma ve özkaynak¹³⁴ maliyetlerinin, finansman yapısındaki ağırlıklarına göre ağırlıklı ortalaması olan ağırlıklandırılmış ortalama sermaye maliyetinin (*weighted average cost of capital*) kullanılması yerinde olacaktır (Areeda v.d., 2000, 499).

4.3. ZARAR TAHMİNİNDE REGRESYON KULLANIRKEN DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR

Bu bölümde hem önce-sonra hem de mukayese yöntemlerinin uygulanmasında regresyon tekniği kullanıldığı zaman dikkat edilmesi gereken bazı hususlar ele alınmaktadır.

Verilerle İlgili Hususlar

I. Tahminde kullanılması gereken bazı değişkenlere dair veri bulmak mümkün olmayabilir. Bu durumda veri bulunabilecek ve verisi bulunamayacak değişkenle arasındaki korelasyon yüksek olan başka bir değişkenin kullanılması mümkündür (Woolridge, 2002, 295). Örnek vermek gerekirse marjinal maliyet verisi genelde bulunamayacağı için, bunun yerine ortalama değişken maliyet kullanılabilir.

II. Modelin sağlıklı biçimde tahmin edilebilmesi için, ihlal olmayan döneme ait gözlem sayısının modeli istatistiksel açıdan anlamlı bir şekilde tahmin etmeye yetecek sayıda olması gereklidir. Model ihlal olmayan dönemde anlamlı bir şekilde tahmin edilebildikten sonra ihlal döneminde kaç gözleme dair

¹³³ Değerleme konusundaki geniş literatüre burada girilmemektedir. Bkz. Ross v.d. (2002, 469-475) ve Page (1996, 122-136). Gelir tablosu ve bilançodaki bilgilerin kullanılması hakkında bkz. Page (1996, 93-103).

¹³⁴ Özkaynak maliyeti hesaplanmasında genel kabul gören yöntem, söz konusu faiz haddinin risksiz getiri ile ortalama piyasa getirisinin ağırlıklı ortalaması şeklinde hesaplandığı finansal varlık fiyatlandırma modelidir (CAPM), bkz. Ross v.d. (2002, 273)

tahmin yapılması gerektiği ise önemli değildir (Howard ve Kaserman, 1989, 365).

III. Bazı durumlarda değerleri diğer gözlemlerden çok yüksek ya da düşük olan gözlemler regresyon tahminlerini büyük ölçüde etkileyebilir. Bu gözlemlerin neden çok yüksek ya da düşük olduklarını açıklayabilen faktörler mümkünse modele dahil edilmeli, değilse model bu gözlemleri dışarıda bırakarak tahmin edilmelidir (s. 312).¹³⁵ Kimi hallerde ise gözlemlerin dönemsel faktörlerden etkilenmesi mümkündür. Mesela satışlar mevsimlere göre değişiklik gösterebilir ya da indirimlerin satış zamanı değil, yılsonunda muhasebeleştirilmesi yılın son dönemindeki satışların olduğundan az görünmesine sebep olabilir.¹³⁶ Bu durumda bu mevsimsel etkilerin kukla değişkenlerin denkleme ilave edilmesi yoluyla kontrol edilmesi¹³⁷ yerinde olacaktır.

Denkleme İlgili Hususlar

IV. Denklem 1 esasen arz ve talep ilişkilerini temsil eden iki ayrı denklemin kesişim noktalarındaki kısmi denge değerlerini tahmin eden ve içsel değişkenlerin dışsal değişkenlerle açıklandığı “indirgenmiş formda” bir denklemdir (Woolridge, 2002, 497). Bu formdaki denklemlerin kullanımı, arz ve talep denklemlerinin ayrı ayrı tahmin edilmesinden teknik açıdan daha kolay olduğu ve daha az veri gerektirdiği için tercih edilmektedir. Ancak bu formun kullanımı arz ve talep koşullarının yapısal olarak sabit kaldığı varsayımını da beraberinde getirmektedir (Baker ve Rubinfeld, 1999, 391). Dolayısıyla, önce-sonra yöntemi kullanılırken, pazardaki oyuncu sayısı, ikame ürünlerin gelişmesi, maliyet yapısında ya da tüketici tercihlerinde kaymalar gibi koşullarda yapısal değişiklikler var ise, bunların zararın olduğundan az ya da çok tahmin edilmesine yol açması mümkündür.¹³⁸ Mesela, kartel anlaşmalarının getireceği kazanç talepte artış olan dönemlerde daha fazla olduğu için, ihlal olan dönemde talep eğrisi sağa kaymış olabilir (Blair ve Romano, 1990, 51). Başka bir ihtimal de, fiyat artışına yol açan bir ihlal dosyasında, fazladan ödedikleri bedeli ileride tazmin ederek geri alacaklarını öngören alıcıların, bu nedenle taleplerini artırmalarıdır (Baker ve Rubinfeld, 1999, 398). Dolayısıyla önce-sonra yöntemi kullanılırken arz- talep ilişkilerinde yapısal değişikliklere yol açabilecek etkilerin bulunmadığından emin olunmalıdır.

¹³⁵ Bu nitelikte bir gözlem nedeniyle zarar tahminin yanlış yapıldığı bir dosya örneği için ABA (2005, 70).

¹³⁶ Bir örnek bkz. Johnson (2005, 8).

¹³⁷ bkz. Woolridge (2002, 353).

¹³⁸ Bir örnek için bkz. Fischer (1986, 283).

V. Bağımlı değişken (örn. fiyat) üzerinde önemli bir etkisi olan bir değişken modele dahil edilmediği takdirde, bağımsız değişkenlerin hesaplanan katsayılarında, dolayısıyla modele dayanarak yapılan zarar tahmininde sapmalar olabilir.¹³⁹ Bu nedenle, fiyatı etkilediği düşünülen ve verisine ulaşılabilen her değişken, gözlem sayısı elverdiği ölçüde modelde kullanılmalıdır. Ancak her değişkenin bu şekilde denkleme dahil edilemeyeceği de bir gerçektir. Bu nedenle bağımlı değişkeni etkileyebilecek bellibaşlı değişkenler modele dâhil edildikten sonra diğer değişkenlerin dışarıda tutulması modelin geçersiz bulunmasına değil, sadece açıklayıcı gücünün az kabul edilmesine sebep olmaktadır.¹⁴⁰ Öte yandan, modelde bağımlı değişkeni istatistiksel olarak anlamlı biçimde etkilemeyen bağımsız değişkenlerin yer alması zarar tahmininde benzer bir sapmaya yol açmayacaktır.

VI. Bağımlı değişkenin bağımsız değişkenle birlikte değişmesi zarar hesabında sapmalara yol açabilir.¹⁴¹ Örnek vermek gerekirse, fiyat tahmin edilirken maliyetler fiyata bağlı olarak değişiyorsa, fiyat tahminleri gerçekten farklı olabilir. Kartel üyelerinin fiyat ya da miktar üzerinden anlaşmakla beraber; reklam, promosyon, garanti süresi, ödeme vadesi gibi unsurlar üzerinde anlaşmamış olmaları ve kartel uygulandığı halde üzerinde anlaşılmayan bu unsurlar üzerinden bir rekabetin sürmesi ve bu nedenle maliyetlerin artması mümkündür. Ayrıca, salt kartel uygulaması teşebbüsleri maliyet kontrolünü gevşetmeye sevk edebilir (Page, 1996, 177). Bu gibi hallerde, tahmin yaparken fiyatla beraber değişebilecek maliyetlerin ayrıştırılması gibi söz konusu sakıncanın önüne geçecek yöntemler kullanılması gerekecektir. Aynı çerçevede içinde, fiyatın tahmin edildiği denklemde satış miktarının bağımsız değişken olarak kullanılması, fiyat ve satış arz ve talep denklemleriyle aynı anda belirlendiği için tahminlerde sapmaya yol açacaktır.

VII. Bazı gözlemlerin ihlal dönemine mi yoksa ihlal olmayan döneme mi ait olduğunu belirlemek güç olabilir. Mesela bir kartel anlaşmasının ne zaman uygulamaya başlandığının ya da bazı ihalelere verilen tekliflerin anlaşmalı olup olmadığının kesin olarak tespiti mümkün olmayabilir. Bu durumda ihlal olan gözlemlerin ihlal yokmuş gibi kabul edilip, bunların da arasında olduğu ihlal olmayan döneme ait gözlemlerle ihlal dönemine dair tahmin yapılan modellerde zarar olduğundan az hesaplanacaktır. Bunun nedeni ihlal olmayan döneme ihlal olan gözlemler karıştığı için modelde kullanılan açıklayıcı değişkenlerin görece açıklama gücünün düşmüş olmasıdır. Dolayısıyla, model tahmin edilirken sadece ihlal olmadığından emin olunan gözlemler kullanılmalıdır (Howard ve Kaserman, 1989, 365). Kartelin ne zaman başlayıp

¹³⁹ Teorik açıklama için bkz. Woolridge (2002, 91).

¹⁴⁰ *Bazemore v. Friday*, 478 U.S. 385, 497 (1986). Başka örnekler kararlar için bkz. ABA (2005, 40).

¹⁴¹ Teorik açıklama için bkz. Woolridge (2002, 530).

bittiğini anlamak için kullanılacak yöntemlerden biri de tahmin edilen başlangıç ve bitiş tarihlerinden birkaç dönem ileriye ve geriye kapsayacak şekilde yeni ayrımlarla modelin birkaç kez daha tahmin edilmesidir. Bu tahminlerde katsayılar da anlamlı değişiklikler görüldüğü noktalarda ihlalin etkisinin başladığının ya da bittiğinin söylenmesi mümkündür.

VIII. Uzun vadede maliyetlerin girdi fiyatları nedeniyle artışının azalan bir hızda olması, girdi fiyatlarıyla indirgenmiş ürün fiyatlarının bağımlı değişken olarak kullanıldığı regresyona dayanarak yapılan zarar tahminlerinin, gerçek zarardan yüksek olmasına yol açabilir (Areeda v.d., 2000, 394).¹⁴² Bunu önlemek için uzun süreli veri kullanılan modellerde bağımlı değişken olan fiyatların maliyetlerle indirgenmemesi, bunun yerine maliyetlerin bağımsız değişken olarak regresyona dahil edilmesi uygun olacaktır.

IX. Modeldeki bazı açıklayıcı değişkenlerin katsayılarının istatistiksel açıdan anlamlı oldukları halde teori ile çelişen işaretler taşımaları, mesela fiyatın bağımlı değişken olduğu bir regresyonda bir maliyet değişkeninin katsayısının negatif çıkması model kurulumunda hata olduğuna işaret edebilir. Ancak, aralarındaki korelasyon yüksek değişkenlerin (mesela birkaç maliyet değişkeninin) kullanıldığı modellerde, bu değişkenlerin toplamı teorik açıdan makul bir işaret gösteriyorsa, tek tek değişkenlerin işaretlerinin beklenenin aksine olması modelle ilgili bir soruna gösterge olmayabilir (Finkenstein ve Levenbach, 1983, 158).

¹⁴² Başka bir deyişle uzun vadeli maliyet eğrisinin girdi fiyatlarına göre içbükey olması regresyon yanıltıcı sonuçlar ortaya çıkmasına sebep olabilir. Şöyle ki; F ürün fiyatı, w girdi fiyatı, C toplam maliyet, Q (her iki dönemde eşit olduğunu varsaydığımız) satış miktarı, 1 ihlal olmayan dönem, 2 ihlal dönemi olsun. Bir ihlal olmadığını ve (ihlal olduğu düşünülen dönemde de) fiyatların rekabetçi seviyede belirlendiğini varsayalım.

$F_1 = C_1/Q; F_2 = C_2/Q$ olacaktır. Uzun vadeli maliyet eğrisi içbükey olduğu için $\frac{C_1}{w_1} > \frac{C_2}{w_2}$ olur. Her iki tarafın payını Q'ya bölersek, $\frac{C_1/Q}{w_1} > \frac{C_2/Q}{w_2}$. Rekabetçi fiyat

her iki dönemde de ortalama maliyete eşit olduğuna göre, $\frac{F_1}{w_1} > \frac{F_2}{w_2}$. Görüldüğü gibi,

ikinci dönemdeki fiyatlar rekabetçi seviyede bile olsa, bu yöntemle yapılan tahminler zararın pozitif hesap edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Tahmin Gücüyle İlgili Hususlar

X. Tahmin (*forecast*) yapmak amacıyla kullanılan bir modelin hesaplandığı dönemin verilerine uyum göstermesi tahmin gücünün yüksek olduğu anlamına gelmez. Önce-sonra yöntemi de esasen ihlal olmayan dönemin verileriyle tahmin edilen bir modelin, ihlal dönemine ilişkin tahminler yapmakta kullanıldığı bir yöntemdir. Buradan yola çıkarak, önce-sonra yöntemiyle ihlal olmasaydı oluşacak fiyat seviyesinin tahmin edildiği hallerde güvenilir bir modelin şu nitelikleri göstermesi beklenir: (1) Model ihlal olmayan ve olan dönemin verileriyle tahmin edildiğinde ihlal olan dönemin verilerine uyum göstermemelidir; (2) model ihlal olmayan dönemin bir kısmının verileriyle tahmin edilip, bu sonuçlarla diğer kısımdaki fiyatlara ilişkin tahmin yapıldığında sonuçların gerçek verilerle örtüşmelidir. Bu iki şartı karşılamayan modellerin kullanımı yanlış zarar hesaplarına yol açabilecektir (ABA, 2005, 175).¹⁴³

XI. Bu çerçevede içinde, önce-sonra yöntemi kullanılırken kurulan modelin tahmin kapasitesinin test edilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu test ihlal olmayan dönem ikiye ayrılıp birinci bölümde tahmin edilen katsayılarla yapılacak tahminlerin ikinci dönemdeki gerçek verilerle ne kadar örtüştüğünün ölçülmesiyle gerçekleştirilmektedir. Farklı değişkenler içeren ya da fonksiyonel formdaki¹⁴⁴ modellerden hangisinin kullanılacağına karar verirken de, bu çerçevede yapılacak bir testin kullanılması faydalı olacaktır. Bu amaçla gerçek değer (y_t) ve tahmin edilen değerden (f_t) yola çıkarak Denklem 7’de hesaplanan istatistiğin en küçük olduğu modelin tercih edilmesi yerinde olabilir¹⁴⁵:

$$MAE = \frac{1}{m} \sum_{t=1}^m |y_t - \hat{f}_t| \quad (7)$$

¹⁴³ Özellikle modelde bağımlı değişkenin gecikmeli değerinin kullanıldığı durumlarda, bu değişkenin açıklayıcı gücü diğer açıklayıcı değişkenlerin çok üzerine çıkmakta, modelin uyum düzeyi çok yüksek olmakla beraber tahmin gücü düşük kalabilmektedir. Örnek dosyalar için: ABA (2005, 173) ve (Finkenstein ve Levenbach, 1983, 159).

¹⁴⁴ Genelde değişkenlerin doğrusal olarak kullanılması sağlıklı sonuçlar vermekle beraber, bazı durumlarda değişkenlerin logaritmalarnın ya da karelerinin kullanılması daha güçlü modeller kurulmasını sağlayabilir. Ayrıca bkz. Woolridge (2002, 187).

¹⁴⁵ Detaylı açıklama ve başka istatistik örnekleri için Woolridge (2002, 629).

BÖLÜM 5

ÇEŞİTLİ REKABET İHLALLERİNDE ZARARIN TAYİNİ

Bu bölümde çeşitli ihlal tiplerinde, Bölüm 4'te açıklanan önce-sonra ve mukayese yöntemleri kullanılarak zararın hesaplanmasında dikkat edilecek hususlar açıklanmaktadır.¹⁴⁶ Açıklanan noktalar kuşkusuz ihlallerin genel çerçevesine ilişkin olup, her bir dosyada zararın hesaplanmasını etkileyecek ayrı hususlar bulunacaktır.

5.1. YATAY FİYAT TESPİTİ

Yatay fiyat tespiti dosyalarında, kartele üye olan teşebbüslerden alım yapanların fazladan ödedikleri bedel bu şekilde ortaya çıkan zararın en basit halini oluşturmaktadır. Bu bedelin nasıl hesaplanabileceğine dair açıklamalar Bölüm 4.2.1'de yapıldığı için burada tekrarlanmamakta, aşağıda sadece bu hesaplamalarda karşılaşılabilecek sorunlar ele alınmaktadır.

Birinci olarak, ihlal döneminde kartelin bazı üyelerinin fiyat ya da miktar konusunda anlaşmaya uymamaları, kartelin sadece belirli müşterilere yönelik uygulanması ya da kartelin etkisinin anlaşılabilir süreden uzun ya da kısa olması mümkündür (Page, 1996, 176). Bu durumda söz konusu gözlemlere ilişkin ihlal olmasaydı oluşacak fiyata dair tahminler, ihlal ile oluşan fiyatın altında dahi çıkabilir. Eğer modelin tahminin kullanılan gözlemlerde ihlal olmadığı kesirse, yukarıdaki problem modelle ilgili bir hataya işaret eder şekilde yorumlanmamalıdır. Ayrıca, ihlal olmasaydı oluşacak fiyatın gerçek fiyatın altında çıkması halinde bu farkın diğer gözlemlerde hesaplanan fazladan ödenen bedelden indirilmesi yoluna da gidilmemelidir. Zira bu gözlemlerde ihlalin etkisinin olmaması, ihlalin etkisinin görüldüğü gözlemlerdeki zararın indirilmesi için gerekçe oluşturamaz (Areeda v.d. 2000, 535).

¹⁴⁶ Rekabet ihlalleri dışında ABD hukukunda zarar hesabına ilişkin genel bir açıklama için bkz. Link (1992).

İkinci olarak, kartel, fiyat ya da miktarın dışındaki unsurlar üzerinde anlaşılması şeklinde de ortaya çıkabilir. Örnek vermek gerekirse, *Catalano, Inc. v. Target Sales*¹⁴⁷ davasında bira üreticileri alıcılarına vadeli ödeme imkanı vermemek üzerine anlaşmışlardır. Bu durumda zarar hesabı, vade uygulamasının bir fiyat indirimi kabul edileceğinden hareket ederek hesaplanacak net fiyatlar üzerinden yapılmıştır. Ancak bu hesaplama her zaman mümkün olmayabilir. Mesela, bira üreticileri sadece şişe bira üretmek üzerine anlaşsa, şişe bira fiyatları muhtemelen artacak ve bu pazarda zarar hesabı mümkün olacaktır; ancak kutu bira tercih eden tüketicilerin ürün çeşidinin sınırlanmasından dolayı oluşan zararının sayısal olarak ölçülmesi mümkün değildir (Page, 1996, 180).

Üçüncü olarak, yatay fiyat anlaşması olan pazarlarda, bazı (küçük) teşebbüslerin anlaşmanın dışında kalmaları, ancak yine de fiyatlarını kartel fiyatına yükseltmeleri mümkündür (Blair ve Romano, 1990). Şemsiye etkisi şeklinde de adlandırılan bu durumda, anlaşmaya taraf olmadığı halde kartel fiyatından satış yapan teşebbüslerin müşterilerinin fazladan ödenen bedel şeklinde ortaya çıkan zararları tazmin edilebilir mi? Bu hususta birbirine zıt mahkeme kararları bulunsa da¹⁴⁸, iktisadi açıdan yaklaşıldığında bu zararın da kartel üyelerince tazmin edilmesi makul görünmektedir. Zira anlaşmaya taraf olmasa bile bu teşebbüslerin fiyatlarını rekabetçi seviyenin üzerine çıkarmaları, anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin fiyatlama davranışıyla aynı iktisadi etkinsizliğe yol açmaktadır. Başka bir deyişle, oluşan etkinsizlik anlaşma sonucu ortaya çıkan fiyat artışının sonucu olarak ve satışı yapan teşebbüslerden bağımsız bir şekilde oluşmaktadır. Fiyat artışına yol açan teşebbüsler anlaşmaya taraf olan teşebbüsler olduğu için bu zararın da söz konusu teşebbüsler tarafından karşılanması yerinde olur.

Şemsiye etkisine konu olan ürünün homojen olması halinde, ihlal olmasaydı oluşacak fiyat düzeyi zaten anlaşmaya taraf olan teşebbüsler için tahmin edilmiş olan fiyat düzeyiyle aynı olacaktır. Anlaşmaya taraf olmayan teşebbüslerden yapılan alım miktarı da belli olduğuna göre, bu fiyat düzeyinden yola çıkarak zarar hesaplanabilecektir (Areeda v.d., 2000, 543). Ürünün homojen olmaması ya da anlaşmaya taraf olmayan teşebbüslerin farklı coğrafi pazarlarda faaliyet göstermeleri, yani ihlale konu olan ürünlerin tam ikame olmamaları halinde ise benzer bir hesabın spekülatif olmadan yapılması, dolayısıyla zararın tazmini mümkün görünmemektedir (Blair ve Mauer, 1983, 789).

Son olarak, alım fiyatlarını düşürmeyi hedefleyen alım kartellerinin yol açtığı zararın da, fiyatı yükselten satış kartelleriyle aynı yöntemlerle hesaplanabildiği belirtilmelidir (Areeda v.d., 2000, 546).

¹⁴⁷ 446 U.S. 643, 648 (1980)

¹⁴⁸ Mahkeme kararları için bkz. Page (1996, 191).

5.2. İHALELERE ANLAŞARAK TEKLİF VERİLMESİ

İhaleye katılan teşebbüslerin kazanacak teşebbüs ya da fiyat üzerinde anlaşmak suretiyle kartel oluşturmaları şeklinde ortaya çıkan rekabet ihlallerinde zarar hesabı, ihalede oluşan fiyat ile ihlal olmasaydı oluşacak fiyat arasındaki farkın hesaplanmasını gerektirmektedir. Bu durumda ihlal olmasaydı oluşacak fiyatın, ihlalden etkilenmemiş olmak kaydıyla ya aynı pazarda anlaşma olmayan ihaleler ya da ihlal olmayan benzer başka bir pazardaki ihalelerde oluşan fiyatlarla karşılaştırma yapılarak tahmin edilmesi yoluna gidilmektedir.

İhlal olmasaydı oluşacak fiyatın tahminindeki en sağlıklı yöntem; ihaleler arasındaki maliyet, ihaleye giren teşebbüs sayısı gibi farklılıkları kontrol eden bir regresyon yönteminin kullanılmasıdır. Yeterli veri bulunmadığı için bunun gerçekleştirilemediği hallerde kullanılacak daha basit bir yol ise “oran yöntemi”dir.¹⁴⁹ Bu yöntemde önce anlaşmaya konu olmayan ihalelerdeki ortalama kazanan teklif / maliyet oranı hesaplanmakta; daha sonra bu ortalama anlaşmaya konu olan ihaledeki kazanan teklif / maliyet oranından çıkarılmaktadır. İki oran arasındaki bu fark, ihlale konu olan işte, maliyet üzerinden ihlale bağlı olarak sağlanan ek oransal getiriyi göstermektedir. Zarar ise ihaleye konu olan iş için hesaplanan maliyet ile bu oranın çarpılması yoluyla hesaplanmaktadır. Anlaşma birden çok ihaleyi kapsıyor ise her bir ihale için hesaplanan zararın toplanması gerekmektedir. Basitliği ile dikkat çeken bu yöntem uygulanırken temel varsayımın ihalelerde maliyet dışındaki tüm koşulların aynı olduğu hususu gözden kaçırılmamalıdır. Ayrıca sonuçların sağlıklı olabilmesi için karşılaştırılan maliyetlerin aynı analitik yöntemlerle hesaplanması gerekmektedir (Howard ve Kaserman, 1989, 375). Örnek vermek gerekirse, maliyet olarak kamu tarafından açıklanan rayiç bedeller baz alınıyorsa, bu bedellerin mukayese edilen iki iş için aynı yöntemle hesaplanmış olmalıdır.

Hem regresyon hem de oran yönteminin gerek önce-sonra, gerekse mukayese yöntemleri çerçevesinde uygulanması mümkündür. Ancak önce-sonra yönteminin uygulanmasında ortaya çıkabilecek bazı sorunlar nedeniyle eğer mümkünse mukayese yönteminin kullanılmasında fayda bulunmaktadır: Birincisi, önce-sonra yönteminde tahmin yapabilmek için istatistiksel olarak anlamlı olacak ölçüde ihlale konu olmayan ihalenin varlığı gereklidir. İkincisi, her ihalede anlaşma olup olmadığının kesin olarak tespiti mümkün değilse ihalelerin ihlale konu olup olmadığına göre yanlış sınıflandırılması ve zararın olduğundan az tahmin edilmesi söz konusu olabilir. Üçüncüsü, ihalelerdeki anlaşmanın uzun süreli olması halinde teşebbüslerin maliyet etkinliklerini

¹⁴⁹ Tüm yöntemlerin karşılaştırıldığı bir örnek için bkz. Howard ve Kaserman (1989, 382).

kaybetmeleri neticesi maliyetler ihlalin olmadığı halin üzerine çıkabilir (s. 365).¹⁵⁰

Son olarak, anlaşmaya konu olan ihaleyi, anlaşmaya taraf olmayan bir teşebbüs dahi kazansa dahi zarar oluşabileceği dikkatten kaçırılmamalıdır. Zira, anlaşmaya taraf olmayan teşebbüslerin de anlaşmanın varlığını bilmeleri halinde yüksek teklif vermeleri mümkündür. Anlaşma tarafı olmayan teşebbüsler tekliflerini yükseltmeseler bile, genelde anlaşma taraflarının daha düşük maliyetli üreticiler olduğu dikkate alındığında, anlaşmanın yokluğunda ihalenin düşük maliyetli (ancak anlaşmaya taraf olan) teşebbüsce kazanılabilecek olması ihtimal dahilindedir (s. 364).

5.3. DİKEY FİYAT TESPİTİ

Dikey fiyat tespiti, Yüksek Mahkeme'nin 1911'deki *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*¹⁵¹ kararından 2007'de aldığı *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.*¹⁵² kararına kadar *per se* yasak kategorisindeki ihlallerden biri olmuştur.¹⁵³ Dikey fiyat tespiti sonucu oluşabilecek dört tip zarardan söz edilebilir: Birincisi, dikey fiyat tespitinin, sağlayıcılar arasında yatay fiyat tespitinin bir vasıtası olması halinde, son alıcıların fazladan ödeyecekleri bedeldir. Bu tip zararın hesabı Bölüm 5.2'de yatay fiyat tespiti için açıklanan çerçevede yapılacaktır. İkincisi, tedarikçinin dikey fiyat tespitine katılmayan bir dağıtıcıyla ilişkisini sonlandırması halinde, dağıtıcının mahrum kaldığı kar şeklinde ortaya çıkan zarardır. Dağıtıcı bu nedenle eşdeğerde kar edeceği bir iş yapamazsa, dağıtıcılık sözleşmesinin normalde biteceği tarihe kadar mahrum kaldığı karlarını, en iyi alternatif işten elde edeceği kar düşüldükten sonra tazminat olarak talep edebilecektir. Üçüncü tip zarar, yatay fiyat tespiti ile ilişkisi olmayan bir dikey fiyat tespiti gerçekleştiğinde alıcıların fazladan ödedikleri bedel şeklinde ortaya çıkan zarardır. Dördüncü tip zarar ise dikey fiyat tespitine katılan dağıtıcıların mahrum kaldıkları kar şeklinde karşılaşacakları muhtemel zararlardır. Bu bölümde son iki tip zarara ilişkin tartışmalara yer verilmektedir.

Dikey fiyat tespitinin *per se* yasak olması literatürde ciddi eleştirilerle karşılaşmıştır. Bu eleştirilerdeki temel argüman, sağlayıcının dağıtıcılardan ürüne özel bazı satış hizmetleri vermelerini bekleyebileceği, bu hizmetlerin dağıtıcıya bir maliyet getireceği, bazı dağıtıcıların diğerlerinin hizmetlerini kullanarak bu maliyetlere katlanmamalarının ve böylelikle daha düşük fiyattan

¹⁵⁰ Bölüm 4.3

¹⁵¹ 220. U.S. 373 (1911)

¹⁵² 551 U.S.-(2007)

¹⁵³ 1997 yılındaki *Khan v. State Oil Co.* (522 U.S. 3 (1997) kararıyla azami fiyat tespiti *per se* yasak kategorisinden çıkmıştır.

satış yapmalarının mümkün olduğu, dikey fiyat tespitinin ise bu bedavacı davranışı önleyerek etkinlik oluşturduğudur. Bu durumda, bir alıcı dikey fiyat tespiti nedeniyle fazladan bedel ödediğinden yol çıkarak, buradan uğradığı zararın tazminini isteyebilir mi?). Şayet daha ucuza ürün satan dağıtıcılar varsa, bu fiyatın referans olarak kabul edilip, fazladan ödenen bedelin hesaplanması mümkündür. Ancak zararın alım yapılan (yüksek fiyattan satış yapan) dağıtıcının sunduğu hizmetlerin değeri kadar indirilmesi gerekir. Ancak bu hizmetlerin maddi değerinin ölçümü mümkün gözükmediği için, yapılacak zarar hesabı spekülatif olacaktır (Page, 1996, 200).¹⁵⁴

Dağıtıcıların mahrum kaldıkları kar için dava açma halleri incelenecek olursa, böyle bir dava, dağıtıcının beklenen hizmetleri sağlamayıp tespit edilenin daha altında bir seviyeden satış yaparak, diğer dağıtıcıların sağladıkları hizmetleri karşılığını vermeden kullanması anlamına gelecektir. *Isaksen v. Vermon Castings*¹⁵⁵ kararında bu şekilde bedavacılık yaparak elde edilecek kardan mahrum kalınması şeklinde zarar olduğu iddiasında bulunulamayacağına hükmedilmiştir. Zira davacının mahrum kaldığı iddia ettiği kar, diğer dağıtıcılar üzerinde ihlal niteliğindeki dikey fiyat kısıtının uygulanmasına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Oysa zarar hesabının ihlalin hiç gerçekleşmediği hal üzerinden yapılması gerekir.

Esasen, dava açan dağıtıcının diğer dağıtıcılarla aynı hizmetleri daha etkin biçimde sağladığını ve bu nedenle fiyatını düşürmek istediği halde düşüremediğini ve bu nedenle zarar gördüğünü iddia etmesi mümkündür. Henüz böyle bir dava görülmemiş olmakla beraber, böyle bir zararın varlığının kabulü, bir sağlayıcının dağıtım sistemini kendi rasyonel kararlarıyla en etkin biçimde organize etme hakkının bulunmadığı anlamına gelecektir (Page, 1996, 200). Dikey fiyat tespitinde ihlal tespiti yapıldığı halde, zarar hesabının kavramsal açıdan yapılamaması şeklindeki çelişkili durumun *Leegin* kararıyla *per se* yasaklamaya son verilmesinin ardından ortadan kalkması beklenmektedir.

5.4. BAĞLAMA UYGULAMALARI

Bağlama uygulamaları, alıcının talep ettiği A ürününün (bağlayıcı ürün) satışının, başka bir B ürününün (bağlanan ürün) satın alınması şartına bağlanması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu ihlal tipinde hem bağlanan ürün üzerinden fazladan ödenen bedel, hem de bağlanan ürün pazarında dışlanan teşebbüslerin mahrum kaldığı kar şeklinde iki tip zarar ortaya çıkabilmektedir.

¹⁵⁴ *Areeda v.d.*, (2000, 549), bu durumda alıcının ucuza satış yapan dağıtıcıdan alım yapmamasının zararını azaltmak için yeterli çabayı göstermediğine (Bölüm 3.3) işaret edebileceğini dile getirmektedir.

¹⁵⁵ 825 F.2d 1158, 1165 (1987)

Bu ihlalde bağlanan ürün alıcılarının uğradığı zarar, fazladan ödenen bedel şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu uygulamalarda genelde bağlanan ürün rekabetçi seviyenin üzerinde, bağlayıcı ürün ise bu uygulama olmasaydı fiyatlandırılacağı seviyenin altında fiyatlandırılmaktadır. Bu nedenle, bağlanan üründe fazladan ödenen bedele ilişkin yapılacak bir zarar hesabında, net zararın hesaplanması prensibi gereği, bağlayıcı ürünün düşük fiyatlandırılmasından sağlanan faydanın indirilmesi yerinde olacaktır. Bu çerçevede içinde yapılacak bir zarar hesabında, bağlanan ürüne ödenen fazladan bedel, rekabetçi koşullarda satılan emsal ürünlerin fiyatlarıyla yapılacak bir karşılaştırma sonucu kolaylıkla belirlenebilir. Bağlayıcı ürünün fiyatının ihlal olmasaydı ne kadar yüksek olacağının tahmini ise daha güçtür (Page, 1996, 203).

Bağlama uygulamasında zarar hesabıyla ilgili başlıca içtihat, lisans ücreti ödemediği McDonald's restoranı işleten davacının, davalıdan almaya mecbur tutulduğu malzemeler için rekabetçi düzeyin üzerinde ödediği bedelin tazminini talep ettiği *Kypta v. McDonald's Corp*¹⁵⁶ kararıdır. Söz konusu kararda, ilk derece mahkemesinin sadece bağlanan ürüne ödenen fazla bedele dayanarak yaptığı zarar hesabı, hesaplanan zarar restoranın ücret ödemediği *franchise* karşılığında elde ettiği faydayı dikkate alarak azaltılmadığı için uygun bulunmamıştır. Mahkeme, davalının malzemelere ilişkin fazladan ödenen bedelin *franchise* lisansı ücretinin yerine davacının iradesiyle ödendiği ve zarar oluşmadığı yolundaki savunmasını da, davacının anlaşmanın tüm maliyetini önceden öngörememiş olabileceği gerekçesiyle kabul etmemiştir. Özetlenecek olursa, mahkeme ihlalin zarar oluşturduğuna, ancak bu zararın bağlanan ürüne fazladan ödenen bedelden, (hiç ödemiş olan) lisans bedelinin tahmin edilip eksiltilmesiyle hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir (Areeda v.d., 2000, 548).

Bu noktada, yatay fiyat tespiti dosyalarının aksine, bağlama dosyalarında, ara düzeydeki alıcıların fazladan ödenen bedel yerine mahrum kaldıkları karın tazmini taleplerine izin verildiğinin¹⁵⁷ de belirtilmesi gerekir.

Dışlama halinde oluşan zarar ise mahrum kalınan kar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu karın hesabında, bağlanan ürün piyasasında dışlanan teşebbüs bu ürünü aynı pazarda daha önce ya da aynı dönemde farklı bir pazarda bağlama olmaksızın satmış ise buradaki fiyatın hesaplamalara esas alınması mümkündür.¹⁵⁸ Bu hesaplamada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da, ihlali gerçekleştiren teşebbüsün bağlanan ürün piyasasında rekabetçi düzeyin üzerinde bir fiyat uygulamış olduğudur. Dolayısıyla, davacının mahrum kaldığı kar hesaplanırken bu fiyat değil, davacının ihlal olmasaydı satış yapacağı fiyat

¹⁵⁶ 459 U.S. 857 (1982)

¹⁵⁷ *Barber & Ross v. Lifetime Doors*, 810 F.2d 1276 (1987)

¹⁵⁸ Bkz. Page (1996, 225). Kaynakta daha kaba bir hesaplama yapılan *Digidyne Corp v. Data Gen. Corp.*, (734 F.2d. 1336, 1984) dosyası da açıklanmaktadır.

düzeyi dikkate alınmalıdır (Areeda v.d., 2000, 582). Ayrıca, bağlama olmadığı durumda bağlayıcı ürün satışlarının daha düşük gerçekleşeceği, bunun bağlanan ürün satışlarında da bir azalmaya yol açacağı; bu azalmanın da bağlanan ürünün fiyatında olacak düşüşün getireceği satış artışıyla beraber dikkate alınması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.

Bir ürünün alınması için diğerinin de alınmasının şart koşulması yerine, iki ürün beraber alındığında tek tek ödenecek fiyata göre indirim yapılması şeklinde gerçekleşen bağlama uygulamalarında da, davalının iki ürün beraber satıldığında yaptığı indirimin sadece ihlal oluşturan bölümünden kaynaklanan zararlar tazmin edilebilir. Örnek olarak, davalı ihlal olmayacak şekilde 5 YTL indirim yaptığında, davacı 2 YTL; ihlal olacak şekilde 10 YTL indirim yaptığında 3 YTL zarara uğruyorsa, sadece 1 YTL'lik zarar tazmin edilebilir olarak değerlendirilmelidir (Crane, 2006).

5.5. YIKICI FİYATLAMA

Yıkıcı fiyatlama yoluyla pazar dışına itilen teşebbüsler de ihlal olmasa elde edecekleri kardan mahrum kalmaktadır. Bu hesap için ihlal olmasa fiyatın hangi düzeyde oluşacağını ve davacının bu fiyattan ne kadar satış yapacağını tahmin edilmesi gerekmektedir. Bu tahminler davacının maliyetleriyle bir araya getirildiğinde zarar hesabı yapılabilecektir.

İhlal olmasa gerçekleşecek fiyat seviyesinin, yıkıcı fiyatlama yapan teşebbüsün fiyatını bir ihlale yol açmadan düşürebileceği en düşük seviye, yani ortalama (değişken) maliyet olarak kabul edilmesi yerinde olur. Bu değişken maliyet sadece ihlale konu ürüne dair olmalıdır. Örnek olarak, bir ekmek üreticisinin spesifik bir ekmek tipinde yıkıcı fiyatlama yaptığı tespit edilen *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co.*¹⁵⁹ davasında, mahkeme maliyet hesabına ilgili ekmek tipinin üretimine özel olmayan ısıtma, telefon, vitrin gibi unsurların katılmasının doğru olmadığını tespit etmiştir. Davacı teşebbüsün ortalama maliyetleri davalı teşebbüsün altındaysa, yani fiyat davalının ortalama maliyetine eşit olduğunda davacının hala kar etme imkanı varsa, bu fiyatta olacak satış miktarı tahmin edilecek, bu fiyat ve miktardan yola çıkarak mahrum kalınan kar hesaplanacaktır.

Miktar tahminine esas teşkil eden fiyat, davacının fiyatının altında, davalının fiyatının üstünde olacağına göre; davacının satışları artacak, davalının satışları düşmesi beklenir. Yeni miktarın tahmini ise fiyat esnekliğine dair bilgi gerektirmektedir. Bunun olmadığı durumda, davacının aynı miktarda satış yapacağı varsayımıyla hesaplanacak bir tutar mahrum kalınan karın alt sınırı niteliğinde olacaktır (Page, 1996, 233).

¹⁵⁹ 942 F.2d 1332 (1991)

5.6. TEDARİKİN REDDİ

Davacının faaliyet gösterdiği ilgili pazarda rekabet edebilmesi için elzem olan bir girdinin, tekel konumundaki bir teşebbüs tarafından tedarikinin reddi yoluyla dışlanması halinde oluşan zarar yine mahrum kalınan kar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu dosyalarda¹⁶⁰ yukarıdaki yöntemlerle mahrum kalınan kar hesap edilirken, girdinin tedarik edilmesi halinde girdiye ödenecek bedelin, hesaplanan brüt kardan düşülmesi gerekmektedir. Bunun için de ihlal olmasaydı girdinin hangi fiyattan sağlanacağı tahmin edilmesine ihtiyaç vardır. Eğer girdi bir süre tedarik edilmiş ve daha sonra tedarike son verilmiş ise, ihlal öncesi dönemdeki girdi fiyatları; eğer aynı anda tedarike devam eden başka müşteriler var ise bunlara uygulanan fiyatlar, söz konusu bedelin hesabında yol gösterici olabilir. Ancak davacı girdiyi hiçbir zaman tedarik edememiş ise, tedariki reddeden teşebbüsün, davacıyla aynı ilgili pazarda ürün satan kendi içindeki birimine ürünü sağladığı dahili fiyatın tahmine esas alınması yoluna gidilebilir. Ancak aynı ekonomik bütünlük içinde işlem maliyetlerinin düşmesi dolayısıyla bu fiyatın normalde ödenecek bedelden düşük olduğu, ayrıca kendi pazarında tekel olan teşebbüsün tedarik edeceği fiyatın rekabetçi seviyenin üzerinde oluşacağı dikkate alınarak gerekli düzeltme yapılmalıdır (Page, 1996, 221-23).

5.7. MÜNHASIRLIK YOLUYLA PAZAR KAPATMA

Münhasır anlaşmalar yoluyla pazar kapatma halinde, satış noktalarından dışlanan rakipler, dışlandıkları satış noktalarında yapamadıkları satışlar dolayısıyla mahrum kaldıkları karlarını tazminat konusu yapabilirler. Bu satış noktalarından, dışlanan rakibin ürünleri de satılsaydı elde edilecek karın, o noktadaki eski satışlardan ya da aynı dönemde benzer noktalardaki satışlardan yola çıkarak hesaplanması mümkündür.

Bu hesaplamada dikkate alınması gereken nokta, münhasırlık anlaşması yapan teşebbüsün münhasırlığa bağlı olarak satış noktasına sağlamış olduğu avantajların bu kardan düşülmesi gerekliliğidir. Örnek vermek gerekirse, Coca-Cola bir bakkalla anlaşma yapmak için bu noktaya indirim yapıyor ya da bedelsiz ürün veriyorsa, Pepsi'nin ihlal olmasa bu noktaya satış yapacağı fiyatın, Coca-Cola'nın indirim/bedelsiz ürün uygulaması sonucunda ortaya çıkan reel birim fiyatın üzerinde olamayacağı dikkate alınmalıdır (Areeda v.d., 2000, 583).

¹⁶⁰ Örnek olarak *Aspen Skiing Co. v. Apsen Highlands Corp.* (472 U.S. 585; 1985) ve *Patrick v. Burget.*

5.8. TEKELLEŞME HALİNDE FAZLADAN ÖDENEN BEDEL

Tekelleşme dosyalarında, tazmine konu olabilecek bir zarar tipi de, tekelleşme eylemi sonucu elde edilen pazar gücüne dayanarak yapılan tekелci fiyatlamadan kaynaklanan fazladan ödenen bedeldir. Bu tip zararların hesabında, yatay fiyat tespitinde kullanılan yöntemler, kartel fiyatı yerine tekелci fiyatı kullanmak suretiyle aynen uygulanabilir. Bu hesaplama yapılırken, eğer pazarda fiyat regülasyonu varsa, ihlal olmasaydı oluşacak fiyat tahmininin düzenleyici kuruluş tarafından onaylanıp onaylanmayacağına dikkate alınması gerekir. Onay almayacak bir fiyatın zarar tahmininde kullanılması, tahminlerin gerçekten uzaklaşmasına neden olacaktır.

Bu uygulamada yaşanabilecek esaslı bir problem, zarar oluşturduğu iddia edilen tekелci fiyatlamasının ne kadarının ihlal oluşturan tekelleşme eyleminden, ne kadarının yasal yollardan kazanılan tekел gücünün sonucu olarak ortaya çıktığıdır. ABD uygulamasında yasal yollardan elde edilen pazar gücü ile yapılacak tekелci fiyatlamasının ihlal oluşturmadığı dikkate alındığında, *Berkey Photo* kararında da işaret edildiği gibi, tekелci teşebbüse fazladan ödenen bedelin sadece ihlal oluşturan eylemden ileri gelen kısmı zarar olarak kabul edilmektedir. Davacıya getirilen bu ayırıştırma yükümlülüğünün, tekелci fiyatlamada fazladan ödenen bedelin tazmini imkanını oldukça sınırladığı açıktır (Page, 1996, 202).

Zararın tazmin imkanının oldukça sınırlı olduğu iddia edilebilecek başka bir alan da yeni ekonomi pazarlarındaki tekelleşme dosyalarıdır.¹⁶¹ Şebeke dışsallıkları ve üretimdeki ölçek ekonomileri nedeniyle genelde tekел özelliği taşıyan bu pazarlarda, ihlal niteliğindeki bir tekelleşme davranışıyla tekел pozisyonu kazanan bir teşebbüse karşı ancak bu teşebbüs dışladığı bir önceki tekelden daha verimsiz ise bu verimsizlikten kaynaklanan fark için zarar talebinde bulunulabilecektir. Örnek olarak, alıcıların talep edecekleri fazladan ödenen bedel uygulanan tekел fiyatı ile rekabetçi fiyat arasındaki fark değil, uygulanan tekел fiyatı ile dışlanan bir önceki tekelin uygulayacağı fiyat arasındaki farktır. Bu zararın hesabı hem ihlal gerçekleştirerek tekelleşen teşebbüs, hem de dışlanan tekелci teşebbüsün talep denklemlerinin tahminini gerektirmektedir. Söz konusu tahminin spekülatif olmaksızın yapılması mümkün görünmemektedir (Lopatka, 2006).

5.9. ANLAŞARAK PAZAR DIŞINA İTME

Birden çok teşebbüsün anlaşarak bir (potansiyel) rakibi dışlaması halinde zarar, fiyat seviyesinin dışlama olmasaydı oluşacak fiyat seviyesinin

¹⁶¹ Örnek olarak bkz. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 79 (2001).

üstünde oluşması sonucu fazladan ödenen bedel şeklinde ortaya çıkabilmektedir.¹⁶² Bu dosyalarda yaşanan tahmin güclüğü ihlal olmasa oluşacak fiyat seviyesine ilişkindir. Dışlanan rakibin daha etkin olması halinde bu fiyat seviyesi ihlal öncesi seviyeden, hatta ihlale katılan teşebbüslerin marjinal maliyetlerinden daha düşük olabilir. Ancak bu durumda zarar hesaplanırken, daha etkin rakip pazara ilk girdiğinde satış kapasitesinin sınırlı olacağına da dikkate alınması gerekir (Page, 1996, 193-95).

5.10. FİYAT AYRIMCILIĞI

Fiyat ayrımcılığı nedeniyle tazmini talep edilebilecek zararlar iki şekilde ortaya çıkabilir: (1) Davacının satışlarının bir bölümünün avantajlı koşullarda alım yapan rakibine¹⁶³ kayması sonucu ortaya çıkan zarar, (2) davacının avantajlı koşullarla alım yapan rakibine karşı mevcut satış seviyesini koruyabilmek için fiyatlarını düşürmesi sonucu ortaya çıkacak zarar.

Rakibe sağlanan avantaj nedeniyle satışların düştüğünün iddia edildiği hallerde zararın varlığının ispatı için, davacının aktif biçimde rakibin müşterilerine satış yapmaya çalıştığı, ancak rakibin avantajı nedeniyle bunu başaramadığının¹⁶⁴; yeni müşterilerle iş yapmanın ise salt rakibin avantajı nedeniyle mümkün olmadığını gösterilmesi¹⁶⁵ gerekmektedir (Page, 1996, 242-43). Fiyatların düşürülmek zorunda kalınması nedeniyle kardan mahrum kalındığı iddia edilen hallerde ise, bu fiyat düşüşünün rakibin fiyat düşüşüne cevap niteliğinde olduğu ve fiyat düşüşü nedeniyle kar marjının azaldığı ortaya konmalıdır¹⁶⁶ (s. 246). Zarar ölçülürken dikkat edilmesi gereken temel nokta, fiyat ayrımcılığı nedeniyle oluşan zararın sadece avantajlı durumdaki rakibin bu avantajı nedeniyle yaşanan kar düşüşü ile sınırlı olduğudur. Dolayısıyla, aynı dönemde karlılığı düşüren dağıtım problemleri, ürün standardında yaşanan sıkıntılar, vb. faktörlerin etkisinin kontrol edilmesi gerekmektedir (s. 247). Hesaplama dikkat edilmesi gereken diğer bir önemli nokta da, davacının zararını azaltmak için gerekli önlemleri almış olması gerekliliğidir. Örnek vermek gerekirse, rakibi daha düşük fiyattan satış yaptığı için satışları azalan ve bu nedenle kardan mahrum kaldığını iddia eden bir teşebbüs, eğer fiyatlarını

¹⁶² *In re Lower Lake Erie Iron Ore Antitrust Litigation* 998 F.2d 1144 (1993).

¹⁶³ Ayrımcı koşulların doğrudan rakibe uygulanması şart değildir. Tedarik zincirinde daha üst seviyedeki bir teşebbüse uygulanan ayrımcı fiyatın rakibe (örneğin daha düşük fiyatla alım yapan dağıtıcıdan alım yapan perakendecilere) avantaj sağladığı hallerde de zarardan söz etmek mümkündür [*Hasbrouck v. Texaco, Inc.*, 496 U.S. 543, 572 (1990)].

¹⁶⁴ *Rose Confections Inc. v. Ambrosia Choc.*, 816 F.2d 381, 386 (1987)

¹⁶⁵ *White Industries, Inc. v. Cessna Aircraft Co.*, 845 F.2d 1497, 1502 (1988)

¹⁶⁶ *Continental Baking Co. v. Old Homestead Bread Co.*, 476 F.2d 97 (1973)

rakibiyle aynı seviyeye indirdiğinde de eş düzeyde kar sağlayabilecek durumdaysa bir zarardan söz etmek mümkün olmayacaktır (s. 253).¹⁶⁷

5.11. PAZARA GİRİŞİN ÖNLENMESİ

Tekelleşme sonucu pazara girişi bütünüyle önlenen firmaların zararının nasıl ölçüleceği önemli bir tartışma konusudur. Bu konuda şu ana kadarki uygulama, pazara girmek için yeterli hazırlığı yaptığını ama ihlal sonucu pazarın dışında kaldığını ispat eden teşebbüslerin yukarıda açıklanan yöntemlerle hesaplanacak zararının tazmini doğrultusunda olmuştur. Bir teşebbüsün pazara girmek için yeterli hazırlık yaptığının kabulü için ise; (1) bu iş konusunda yeterli bilgi ve tecrübesinin olması, (2) söz konusu işe gireceğini doğrulayan davranışlarının bulunması, (3) yeni girişi finanse edecek güce sahip olması ve (4) iş kurmaya yönelik sözleşmelere girmiş olması gerekli görülmektedir.¹⁶⁸ Ancak eğer bir iş alanı davacının faaliyet gösterdiği işin doğal bir uzantısı niteliğinde ise hazırlıkların tamamlanmış olması şartı gevşetilebilmektedir.¹⁶⁹

Davacı teşebbüs zarara uğradığı işte hiçbir zaman faaliyet göstermediği için bu dosyalarda önce-sonra yönteminin kullanılması mümkün değildir. Mukayese yönteminin mahrum kalınan karın hesaplanmasında kullanımındaki güçlükler nedeniyle¹⁷⁰ pazara girişin önlenmesi dosyalarında uğranılan zararın sadece pazara girişi önlenen teşebbüsün yaptığı batık maliyet niteliğindeki yatırımlarla sınırlandırılması gerektiği, bunun dışında yapılacak tahminlerin “spekülatif” olacağı söylenebilir. Bu öneriyi getiren Hovenkamp’a göre (1999, 676), mahrum kalınan karlar ya da yeniden satılabilecek ekipman değil, sadece pazar araştırması, finansman temini için yapılan harcamalar, yapılan sözleşmelerin uygulanamamasından kaynaklanan tazminatlar gibi batık maliyetler zarar olarak kabul edilmelidir. Blair ve Page (1995, 452) ise bu batık maliyetlerin ihlal gerçekleşmeseydi de yapılmış olacağını; ihlal sonucu zarar sayılmalarının, ihlal gerçekleşmese bu maliyetleri kurtaracak satış yapılması şartına bağlı olduğunu, bunun tespitinin ise zaten güç olduğunu dile getirmektedir.

¹⁶⁷ *Uniroyal, Inc. v. Jetco Auto Serv. Inc.*, 46 F. Supp. 350, 359 (1978)

¹⁶⁸ *Central Communications v. TCI Cablevision* (800 F.2d 711, 53; 1986). Yeterli kanıtın bulunmadığı bir dosya için bkz. *Duff v. Kansas City Star Co.*, 299 F.2d 320 (1962).

¹⁶⁹ *Heatransfer Corp. v. Volkswagenwerk A.G.*, 553 F.2d 964, 986 (1977)

¹⁷⁰ Bölüm 4.2.2

SONUÇ

Tez çalışmasında, ABD uygulamasından yola çıkarak, rekabet ihlalleri sonucunda ortaya çıkan zararın hesaplanmasına ve zarar esas alınarak tazminatın belirlenmesine ilişkin bir çerçeve çıkarılmıştır. Bu bölümde, önceki açıklamalardan yola çıkarak, Türkiye’de de rekabet hukukundan doğan zararların tazmini başladığında, zarar ve tazminatın belirlenmesine ilişkin öneriler getirilmektedir.

Zarar hesabıyla ilgili yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere, doğası gereği belirsizlik içeren bu tahmin sürecinde, tahminlerin kesinliği ile tahmin sürecinin maliyeti arasında bir denge gözetilmesi gerekmektedir. Zarar tahmininin kendisi için kullanılan kaynaklar esasen bir sosyal maliyet oluşturmaktadır. Bu nedenle uygulamada hesaplama yapan bilirkişinin, zararı gerçeğe en yakın biçimde hesaplayacak en basit yöntemi tercih etmesi uygun olacaktır. İyi kurulmuş bir modelin basit olması, sonuçlarının gerçekten uzak olacağı anlamına gelmez. Ancak bir modelin basit olması, piyasa koşullarındaki değişikliklerin ve ihlalci teşebbüsün ihlal niteliğinde olmayan davranışlarının etkileri ile zarara uğrayan teşebbüsün ihlalden sağladığı faydaların zarardan ayrıştırılması gibi zarar hesabının temel koşullarının sağlanmaması anlamına da gelmemelidir.

Tez çalışmasında, simülasyon ya da arz/talep denklemlerinin ayrı ayrı tahmin edilmesi gibi karmaşık yöntemler yerine basit istatistiksel teknikler kullanmak suretiyle, makul ölçüde çabayla spekülatif olmayan zarar hesapları gerçekleştirilebilecek modeller kurulmasının mümkün olduğu ortaya konmuştur. Olabildiğince basit kurulacak bir modelin gerektirdiği veri miktarı da azdır. Ancak gerekli verilerin temininde davalının işbirliği yapmaması halinde, bu verilerin yokluğu nedeniyle zarar miktarının tahmininde oluşacak sapmalara katlanmayı kabul etmiş sayılması yerinde olacaktır.

Bu süreç içinde, zarar hesabında uygulanan model kadar hesap sürecinin niteliği de öne çıkmaktadır. Her şeyden önce zarar hesabını yapan kişi ya da heyet yeterli bilgi düzeyinde olmalıdır. Yapılan açıklamaların ortaya koyduğu üzere, zarar hesaplanması süreci hem rekabet hukukuna dair sağlam bir bilgi, hem de gerekli istatistiksel yöntemlerin kullanılmasında ustalık

gerektirmektedir. Bu bakımdan tazminat davalarında bilirkişinin/bilirkişi heyeti, rekabet hukuku uzmanlığı yanında (en az yüksek lisans seviyesinde) ekonomi bilgisine ve kullanılacak istatistiksel yöntemler konusunda tecrübeye sahip kişilerden seçilmelidir. Ayrıca zarar hesabında kullanılan tüm veriler, bu verilerin kullanıma hazır hale getirilmesinde yapılan işlemler, varsa yazılan tüm bilgisayar kodları hazırlanacak raporun bir parçası olmalıdır. Hesaplama kullanılan model tümüyle şeffaf olmalı, modelin varsayımları tek tek açıklanmalıdır. Bu şeffaflık yapılan tahminin uygunluğunun hakim ve taraflarca gözlenebilmesini sağlayacaktır.

Yukarıdaki çerçeve içinde yapılacak bir hesaplamada öncelikle davacının alıcı mı yoksa dışlanan teşebbüs mü olduğundan yola çıkarak zararın fazladan ödenen bedel ya da mahrum kalınan kar tiplerinin hangisinde ortaya çıktığı tespit edilmelidir. Daha sonra ihlalin ve piyasanın özellikleri ve elde edilebilen veriler çerçevesinde önce-sonra ya da mukayese yöntemlerinin hangisinin kullanılması gerektiğine karar verilmelidir. Bundan sonra Bölüm 4 ve 5'te açıklanan hususlar dikkate alınarak bir model kurulmalı ve tahmin yapılmalıdır. Zarar tahmini yapıldıktan sonra, modelin bazı varsayımlarının gevşetilmesi halinde vereceği sonuçlar da hesaplanmalı, mümkünse zarar tahminine dair birkaç senaryo hazırlanmalı ve her senaryonun makullüğü tartışılmalıdır.¹⁷¹

Bu çerçevede zarar hesabıyla ilgili Kanun'da özel bir düzenlemenin bulunmaması son derece makul görünmektedir. Zira bu konuda yapılabilecek detaylı düzenlemeler, uygulamada her ihlalin özellikleri çerçevesinde öngörülemeyen haller ortaya çıktığında soruna yol açacaktır. Hesaplamanın Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin sağladığı esnek çerçeve içinde ve yukarıdaki esaslar gözetilerek yapılması yerinde bir yaklaşımdır.

Zarar hesaplandıktan sonra tazminat hesabına geçildiğinde, zararın tazmini yükümlülüğünün iktisadi yaklaşımla oluşturulan teorik çerçevesi içinde mevcut Kanun hükümlerinin bazılarının uygulamada problemlere sebep olabileceği görülmektedir. Aşağıda bu hükümler üzerinde durulmaktadır.

Birinci olarak, Kanun'da zararın üç katına kadar tazminata hükmedilmesi için öngörülen kasıt ya da ağır ihmal ölçütü ile iktisadi yaklaşımın ortaya koyduğu gizli ihlallerin caydırılması için tazminatın zararı aşması ilkesi arasında bir kopukluk bulunmaktadır. Uygulamada mahkemenin açıkça yapılan bir dikey anlaşmayı dahi kasıt ya da ağır ihmal sonucu ortaya çıkan bir ihlal olarak değerlendirip zararın üzerinde tazminata hükmetmesi mümkündür.¹⁷²

¹⁷¹ Bu sürecin her aşamasında cevaplanması gereken soruları içeren bir kontrol listesine Ek 3'te yer verilmiştir.

¹⁷² Kadıköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, Yargıtay tarafından bozulan (19. HD. 29.11.2002 T. 2002/2827 E. 2002/7580 K.) bir kararında, bir dikey sözleşme nedeniyle oluşan zararın tazmini

Oysa böyle bir durum iktisadi yaklaşımın sonuçlarıyla bağdaşmamaktadır. Bu durumda optimal seviyede caydırıcılığın temini için iki seçenek bulunmaktadır. Birinci seçenek, Kanun'daki kasıt ya da ağır ihmal ifadesinin, ihlali gizlice gerçekleştirmek şeklinde yorumlanması olabilir. Gerçekten de en gizli gerçekleştirilen rekabet ihlalleri olan karteller aynı zamanda kasıt içermektedir. Teşebbüslerin davranışlarının ihlal niteliği hakkındaki bilgileri ve dolayısıyla kasıtları arttıkça ihlali gizleme eğilimleri de artacaktır. Bu yorum esnasından daha etkili olabilecek ikinci bir seçenek ise, Kanun'un ilgili maddesi değiştirilerek üç katına kadar tazminatın sadece gizlice gerçekleştirilen ihlaller için ihlalin gizlilik derecesine göre verileceği hükmünün getirilmesi olabilir. Bu durumda da hangi ihlallerin daha gizli olduğu tartışması ortaya çıkabilir. Bunu önleyecek bir çözüm ise, sadece en gizli –ve en zararlı- olduğu bilinen karteller için zararın üç katına kadar tazminat hükmü getirmek, diğer ihlaller için bu hükümden vazgeçmek olabilir.

İkinci olarak, mevcut durumda dolaylı alıcıların tazminat davası açmalarının önünde hiçbir engel bulunmaması, açılacak çok yüksek sayıda dava ile aşırı dava maliyetleri oluşturabilme riski taşımaktadır. Öte yandan, zararın aktarılması savunmasının da kabulü halinde, bazı durumlarda dolaylı alıcıların zararları küçük olduğu için, doğrudan alıcıların ise zararı aktardıkları için dava açmamaları ve caydırıcılığın iyice ortadan kalkması riskini de doğurmaktadır. Bu nedenlerle, optimal caydırıcılığa yaklaşmak adına dolaylı alıcıların dava açma hakkı ve zararın aktarılması savunması hususlarının Kanun'da açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır.¹⁷³ Bu düzenleme yapılırken, dolaylı alıcılara girdi niteliğindeki ürünler söz konusu olduğunda hiçbir zaman dava açma hakkı verilmemesi yerinde olacaktır. Çünkü bu tip ürünlerde dolaylı alıcıların hem ihlali fark etme ihtimalleri çok düşüktür, hem de ihlalden gördükleri zarar son derece küçük ve –bu girdinin ikame edilebileceği de dikkate alındığında- hesabı güç niteliktedir. Dağıtım aşında yeniden satılan ürünler söz konusu olduğunda ise sadece Kanun'da açıkça belirtilecek istisnai hallerde dolaylı alıcılara dava açma hakkı tanınmalıdır. Bu istisna kapsamında (*Illinois Brick* kuralındaki istisnadan daha geniş biçimde) özellikle maliyet üzerine bir marj ekleyerek satış yapan dağıtıcıların müşterilerine de dava açma hakkı verilmesi optimal caydırıcılık açısından daha uygun sonuçlar verebilir. Şöyle ki; dağıtıcıların sağlayıcılarıyla uzun süreli iş ilişkilerini bozmak istemedikleri için dava açmaktan imtina edebilme ihtimalleri yüksektir. Bu durumda eğer zarar bir alt seviyedeki dolaylı alıcılar arasında çok dağılmıyorsa, dava açma hakkının

için açılan davada, zararın iki misli tazminata hükmetmiştir. Yargıtay'ın bozma gerekçesi ihlalin tespitine dair olup tazminatın belirlenmesi hususuyla ilişkisi bulunmamaktadır. Dosya davacının feragat etmesiyle kapanmıştır, bkz. Güven (2007, 227).

¹⁷³ Örnek olarak Alman Kartel Kanunu'nun 33/3. maddesinde zararın aktarılması savunması açıkça yasaklanmıştır.

dağıtıcılar yerine bu dolaylı alıcılara verilmesi dava açma hakkının daha etkin kullanılmasına yol açacaktır. Eğer zarar dağılmışsa, her biri küçük seviyede zarara uğrayan bu alıcıların da dava açma olasılıkları düşük olur; yine de sadece dağıtıcıların dava açma hakkı olmasına göre daha az caydırıcılık ortaya çıkacağını söylemek mümkün değildir.

Üçüncü olarak, optimal caydırma teoreminin sonuçları, tazminatın neredeyse her zaman zarara dayanmasının en uygun sonuçları verdiğini göstermektedir. Bu bağlamda, Kanun'da bazı hallerde tazminatın ihlale katılan teşebbüsün karına göre de hesaplanabilmesini öngören düzenlemenin kaldırılması faydalı olacaktır. Bu yönde yapılacak bir değişiklik, özellikle davacıların en iyi bildikleri unsur olan kendi zararlarını talep ederek dava açma kararını vermelerini sağlayacak; ayrıca karın zarar gören çeşitli davacılar arasında nasıl bölüşürüleceğine ilişkin problemleri de önleyecektir.

Dördüncü olarak, davacının zararını azaltmak için gerekli davranışlarda bulunma yükümlülüğü konusu üzerinde durulmalıdır. Bu yükümlülüğün esasen dışlanan teşebbüslerin mahrum kaldığı karın tazmininde geçerli olması gerekir. Fazladan ödenen bedelin tazmini için açılan davalarda, bir sonraki ucuz alternatifin tercih edilmemesi ya da zararın aktarılmaması nedeniyle tazminatın azaltılması, davacıyı tam da rekabet hukukunun önlemeye çalıştığı etkinsizliğe yol açacak şekilde ihlal sonucu fiyatı yükselen ürünü başka bir ürünle ikame etmeye teşvik edecektir. Ayrıca, bu yükümlülüğün zarar hesaplandıktan sonra tazminatın hesabına geçildiğinde üç kata kadar tazminat değerlendirmesi yapılırken, tazminatın artırılmasına esas teşkil eden diğer etmenlerle beraber kümülatif olarak dikkate alınması gerekir. Bu kapsamda, önce mahrum kalınan kar en iyi alternatif getiri düşünülerek indirilmeli, sonra varsa artırım sebepleri dikkate alınarak zararın üç katına kadar tazminata hükmedilmelidir.

Son olarak, üç kata kadar tazminata hükmedilirken eğer daha önceden hükmedilmiş para cezaları varsa bunların da dikkate alınması uygun olacaktır. İhlalin niteliğine göre, daha önceden hükmedilmiş para cezası ile dava sonucu hükmedilecek tazminat bir araya geldiğinde aşırı caydırıcılığa yol açacak ise, bu durum tazminatın üç kata kadar artırımında dikkate alınmalıdır. Zararın çok yayıldığı ve bu nedenle her birinin zararı küçük olan alıcıların dava etme olasılıklarının az olduğu hallerde ise tazminatın yüksek tutulması, dava açma teşviki oluşturmak açısından faydalı olabilir. Ayrıca, kartellere yönelik bir pişmanlık programının uygulamaya sokulması halinde, bu programların işlevsel olabilmesi için, program çerçevesinde işbirliği yapan teşebbüslerin tazminat yükümlülüklerinin zarar ile sınırlı olacağını Kanun'a açıkça yazılmasında da fayda bulunmaktadır.

Zarar hesabına yönelik yapılan açıklamaların Kurum uygulamasında oynayabileceği rol değerlendirilecek olursa; öncelikle belirtmek gerekir ki, bir

davranıştan kimin zarar gördüğüne dair yapılan değerlendirmeler, bu davranışın ihlal oluşturup oluşturmadığı ya da ne kadar ağır bir ihlal olduğu hakkındaki değerlendirmeye yönelik bir analitik çerçeve sağlayacaktır. Örnek vermek gerekirse, dikey fiyat tespiti anlaşmalarında birçok halde zarar gördüğünü iddia eden teşebbüslerin zararının hesaplanmasında yaşanan güçlükler, dikey fiyat tespitinin *per se* ihlal sayılmasının uygunluğu konusunda şüphe uyandırmaktadır. Bağlama uygulamalarında fazladan ödenen bedel hesaplanırken bağlayıcı ürüne normalden az ödenen bedelin bağlanan ürüne fazladan ödenen bedelden düşülmesi gerekliliği, bu uygulamaların bazen etkinlik de yaratabileceklerine dair bir ipucu vermektedir. Dolayısıyla, ihlallere ilişkin yapılacak değerlendirmelerde davranıştan kimin ne ölçüde ve ne şekilde zarar gördüğüne ilişkin bu analitik çerçevenin akılda tutulmasında büyük fayda bulunmaktadır.

Peki Kurum uygulamasında ve verilen idari para cezalarının tespitinde, ihlalin oluşturduğu zararın hesabının rolü ne olmalıdır? Kanun'un 16/4. maddesinde para cezalarının miktarı belirlenirken muhtemel zararın ağırlığının da dikkate alınması gerektiği açıkça belirtilmektedir. Bununla beraber, optimal caydırıcılığın yakalanması adına özel hukuk uygulamasıyla idari uygulama arasında bir işbölümü yapılması yerinde olacaktır. Böyle bir işbölümünde, idari para cezalarının belirlenmesinde özel zararlardan ziyade, özel hukuk yoluyla tazmin edilmesi mümkün olmayan sosyal maliyetlerin esas alınması daha makul olabilir. Bu durumda idari para cezası hesaplanırken söz konusu zarar hesabının yapılmasına da gerek kalmayacaktır. Böylelikle Kurum zararın hesaplanması gibi kendisi sosyal maliyet oluşturan ve zahmetli bir sürece girmek mecburiyetinden de kurtulacaktır. Gerçekten de bu sürecin maliyetinin yargılama sistemi içinde taraflarca yüklenilmesi daha uygun olur.

Ancak idari para cezaları belirlenirken, zararın tazmin edilemeyeceği öngörülen hallerde cezanın yüksek tutulması yerinde bir tercih olabilir. Bu hallerden biri, zararın çok sayıda alıcı, özellikle bir dağıtıcıdan alım yapan çok sayıdaki dolaylı alıcı arasında küçük miktarlarda yayıldığı ve bu nedenle her alıcının tek tek dava açma olasılığının düşük olduğu durumdur. Benzer şekilde, anlaşmanın ürünün fiyatına değil de ürün niteliklerine ilişkin olması gibi nedenlerle zararın miktarı hesaplanamadığı için tazmin edilemediği hallerde de ceza yüksek tutulabilir. Öte yandan, zarara uğrayan teşebbüslerin ihlal hakkında bilgisi ve dava açma olasılığı yüksek olan dışlayıcı uygulamalarda bu nedenle cezanın artırılmasına gerek olmadığı açıktır. Bu hususların ötesinde her soruşturmanın sonunda verilecek ceza tespit edilirken kapsamlı bir zarar hesabı yapılması lüzumlu görülmemektedir. Yukarıdaki çerçeve içinde Kanun'un 16/4. maddesinin belirsizlikleri önleyecek şekilde yeniden düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır.

ABSTRACT

This thesis, by reviewing the theory developed in and experience of the United States, provides a framework for antitrust damage calculation for Turkey. According to the optimal deterrence theory, antitrust damages should be equal to the net harm borne by parties other than the infringer. This quantum should be multiplied by a certain amount in order to take in to the account the fact that probability of detection of the infringement is below one. Although not applied fully in practice, the optimal deterrence theory provides a basis for the damages to be calculated by multiplying the harm to the victim with a certain multiplier. The magnitude of administrative fines should also be taken into account when this multiplier is set in each case.

Antitrust damages are calculated in two forms. (1) the overcharges are calculated when the party injured is a buyer of the product affected by the infringement, (2) the lost profits are calculated when the party injured is an excluded undertaking. Three basic points are important when calculating damages: Firstly, the standard of proof is lower in calculation of quantum of damages compared to proving the fact of injury. Secondly, the effects of actions of the infringer that are not infringements, effects of changing market circumstances and effects of gains from the infringement to the victim should be disaggregated from the damages. Thirdly, the victim has duty to mitigate his damages, by using the next best opportunity in lost profit cases.

It is possible to calculate the quantum of damages with simple but eloquent economic models. There are two basic methods for damage calculation: (1) the before-after method where damages are calculated based on the data for before the infringement period, and (2) the yardstick method where damages are calculated based on data for a similar market and undertaking without an infringement. One of these methods is used according to the circumstances of the conduct, market and data available. Proper statistical techniques are also utilized in the framework of these methods.

KAYNAKÇA

ABA (2005), *Econometrics: Legal, Practical and Technical Issues*, American Bar Association Section of Antitrust Law, USA.

ABA (2006), "Comments of the Section of Antitrust Law and the Section of International Law of the American Bar Association in Response to the Request for Public Comment of the Commission of the European Communities On Damage Actions for Breaches of EU Antitrust Rules," http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/aba.pdf.

AKINCI, Ateş (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu, Ankara.

AKSOY, Nazlı (2004), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu, Ankara.

ANDERSEN, Joseph H. (1980), "A Legal and Economic Analysis of the Cost-Plus Contract Exception in Hanover Shoe and Illinois Brick," *The University of Chicago Law Review*, 47: 4, s. 743-770.

AREEDA, Philip, Roger D. BLAIR ve Herbert HOVENKAMP (2000), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Volume II, Second Edition*, Aspen Publishers, USA.

ASHURST (2004), "Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules: Analysis of Economic Models for Calculation of Damages," http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf

BAKER, Jonathan B. ve Daniel L. RUBINFELD (1999), "Empirical Methods in Antitrust Litigation: A Review and Critique," *American Law and Economics Review*, V1 N1/2.

BECKER, Gary S. (1968), "Crime and Punishment: An Economic Approach," *The Journal of Political Economy*, 76: 2, s.169-217.

BENSTON, George J. (1986), "Indirect Purchasers' Standing to Claim Damages in Price Fixing Antitrust Actions: A Benefit/Cost Analysis of Proposals to Change the Illinois Brick Rule," *Antitrust Law Journal*, 55, s. 213-251.

BERGER, Margaret A. (2000), "The Supreme Court's Trilogy on the Admissibility of Expert Testimony," Federal Judicial Center (der.), *Reference Manual on Scientific Evidence* içinde.

BETTENDORF, Leon ve Frank VERBOVEN (2000), "Incomplete transmission of coffee bean prices: evidence from the Netherlands," *European Journal of Agricultural Economics*, 27, s. 1-16.

BLAIR, Roger D. ve Virginia F. MAUER (1983), "Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis," *Utah Law Review*, 4, s. 763-796.

BLAIR, Roger D. ve Richard ROMANO (1990), "Distinguishing Participants from Non-Participants in a Price-Fixing Conspiracy: Liability and Damages," *American Business Law Journal*. 28:1, s.33-58.

BLAIR, Roger D., William H. PAGE (1995), "Speculative Antitrust Damages," *Washington Law Review*, 70: s. 423-464.

BORENSTEIN, Severin A., CAMERON, Colin ve GILBERT, Richard (1997), "Do Gasoline Prices Respond Asymmetrically to Crude Oil Price Changes?," *Quarterly Journal of Economics*, 112:1, s. 305-339.

BRYANT Peter G; E ve Woodrow ECKARD (1991), "Price Fixing: The Probability of Getting Caught," *The Review of Economics and Statistics*, 73:3, s. 531-536.

CENGİZ, Dilek (2006), *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları*, Beta Basım Yayın, İstanbul.

COASE, Ronald H. (1960), "The Problem of Social Cost," *Journal of Law and Economics*, 3:1, s. 1-23.

COMBE, Emmanuel, Contance MONNIER ve Renauld LEGAL (2007), "Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union," http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015061.

CONNOR, John M. (2004), "Global Cartel Redux: The Amino Acid Lysine Antitrust Litigation," John E. Kwoka ve Lawrence J. White (der.), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy* içinde, Oxford University Press, New York, s. 252-275.

CONNOR, John M. (2007), *Global Price Fixing*, Springer. USA.

CONNOR, John M. (2005), "Optimal Deterrence and Private International Cartels," Department of Agricultural Economics, Purdue University.

COOTER, Robert ve Thomas ULEN (2000), *Law and Economics*, Addison Wesley Longman, USA.

COOTER, Robert (1981), "Passing on the Monopoly Overcharge: A Further Comment on Economic Theory," *University of Pennsylvania Law Review*, 129: 6, s. 1523-1532.

CRANE, Daniel (2006), "Damages for Exclusionary Bundled Discounts," *The Antitrust Bulletin*, 51: 3, s. 507-520.

EASTERBOOK, Frederick (1981), "Predatory Pricing Strategies and Counterstrategies," *University of Chicago Law Review*, 48, s. 263-331.

FINKELSTEIN, Michael and Hans LEVENBACH (1983), "Regression Estimates of Damages in Price Fixing Cases," *Law and Contemporary Problems*, 46:4, s.145-170.

FISCHER, Franklin (1986), "Statisticians, Econometricians, Adversary Proceedings," *Journal of American Statistical Association*. 81:394, s. 277-286.

FOLSOM, Ralph (2005), "Indirect Purchasers: State Antitrust Remedies and Roadblocks," *Antitrust Bulletin*, 50:1, s. 181.

FRIEDMAN, Milton (1970), "The Methodology of Positive Economics," Milton Friedman (der.), *Essays in Positive Economics* içinde, University of Chicago Press, USA, s. 3-43.

GÜRKAYNAK, Gönenç (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması için Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması*, Rekabet Kurumu, Ankara

GÜRZUMAR, Osman Berat (2005), "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun" *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak* içinde, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

GÜVEN, Pelin (2007), "Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi," *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – V* içinde, Rekabet Kurumu, Ankara.

HALL, Robert E ve Victoria A. LAZEAR (2000), "Reference Guide on Estimation of Economic Losses in Damages Awards," Federal Judicial Center (der.), *Reference Manual on Scientific Evidence* içinde.

HAMILTON, Neil ve Virginia CONE (1987), "Mitigation of Antitrust Damages," *Oregon Law Review*, 66, s. 339-372.

HARRIS, Robert G. ve Lawrence A. SULLIVAN (1979), "Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis," *University of Pennsylvania Law Review*, 128: 2, s. 269-360.

- HARRIS, Robert G. ve Lawrence A. SULLIVAN (1980), "Passing on the Monopoly Overcharge: A Response to Landes and Posner," *University of Pennsylvania Law Review*, 128: 2, s. 1280-1290.
- HARRIS, Robert G. ve Lawrence A. SULLIVAN (1981), "More on Passing On: A Reply to Cooter and to Viton and Winston," *University of Pennsylvania Law Review*, 129:6, s. 1533-1540.
- HARRISON, Jeffrey (1980), "Lost Profit Measure of Damages in Price Enhancement Cases," *University of Minnesota Law Review*, 64, s. 751-788.
- HOSEINIAN, Foad (2005), "Passing-on Damages and Community Antitrust Policy: An Economic Background" *World Competition*, 28: 1, s. 3-23.
- HOVENKAMP, Herbert (1989), "Antitrust's Protected Classes," *Michigan Law Review*, 88: 1, s. 1-48.
- HOVENKAMP, Herbert (1990), "The Indirect-Purchaser Rule and Cost-Plus Sales," *Harvard Law Review*, 103: 7, s. 1717-1731.
- HOVENKAMP, Herbert (1999), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, Second Edition*, West Group, USA.
- HOWARD, Jeffrey H. ve David KASERMAN (1989), "Proof of damages in construction industry bid-rigging cases," *The Antitrust Bulletin*, 24:2, s. 359-395.
- JOHNSON, John J. ve Gregory K. LEONARD (2008), "Frictions and Sticking Points: Applying the Textbook Model to the Economic Analysis of Cost Pass-Through in Indirect Purchaser Class Actions," *NERA Antitrust Insights*, http://www.nera.com/NewsletterIssue/NL_AT_Insights_549_0802_Final.pdf.
- JOHNSON, John J. (2005), "Economic Approaches to Antitrust Damage Estimation," http://www.nera.com/Publication.asp?p_ID=2342.
- KAPLOW, Louis and Steven SHAVELL (1993), "Accuracy in The Assessment of Damages," NBER Working Paper 4287.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit (1992), *Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 2. Cilt*, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- KILIÇOĞLU, Mustafa (1998), *Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri*, Adil Basım Yayım Dağıtım, Ankara.
- KOSICKI, George, Miles B. CAHILL (2006), "Economics of Cost Pass-Through and Damages in Indirect Purchasers Cases," *The Antitrust Bulletin*, 51: 3, s. 599-630.
- KURU, Baki, Ramazan ASLAN ve Ejder YILMAZ (2002), *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Basımevi, Ankara.

- LAMBERT, Thomas A. (2006), "The 'Failure to Mitigate' Defense in Antitrust," *The Antitrust Bulletin*, 51: 3, s. 569-598.
- LANDES, William M. ve Richard A. POSNER (1975), "The Private Enforcement of Law" *Journal of Legal Studies*, 4:1, s. 1-46.
- LANDES, William M. ve Richard 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*, 46: 3, s. 602-635.
- LANDES, William M. ve Richard A. POSNER (1980), "The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan," *University of Pennsylvania Law Review*, 128: 5, s. 1274-1279.
- LANDES, William (1983), "Optimal Sanctions for Antitrust Rules," *University of Chicago Law Review*, 50:2, s. 652-678.
- LEE, in Kwon (2000), "Damage Estimation and Its Accuracy: Antitrust Policy Implication," *International Economic Journal*, 14:4, s. 87-102.
- LESLIE, Christopher R. (2006), "Antitrust Damages and Deadweight Loss," *The Antitrust Bulletin*, 51: 3, s. 521-568.
- LINK, Albert N. (1992), *Evaluating Economic Damages: A Handbook for Attorneys*, Quorum Books, USA.
- LOPATKA, John E. (2006), "Overcharge Damages for Monopolization of New Economy Markets," *The Antitrust Bulletin*, 51: 3, s. 453-506.
- MCCALL, James (1986), "The Disaggregation of Damages Requirement in Private Monopolization Actions," *Notre Dame Law Review*, 62, s. 644-676.
- MOTTA, Massimo (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, USA.
- MOTTA, Massimo (2007), "On cartel deterrence and Fines in the EU," European University Institute.
- PAGE, William (1996), *Proving Antitrust Damages: Legal and Economic Issues*, American Bar Association, USA.
- POLINSKY, Mitchell ve Steven SHAVELL (1979), "The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines," *The American Economic Review*, 69: 5, s. 880-891.
- POLINSKY, Mitchell ve Steven SHAVELL (1994), "Should Liability be Based on the Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?," *Journal of Law, Economics and Organization*, 10: 2, s. 427-437.

- POLINSKY, Mitchell ve Steven SHAVELL (1998), "Punitive Damages: An Economic Analysis," *Harvard Law Review*, 111:4, 869.
- POLINSKY, Mitchell (1986), "Detrebling Versus Decoupling Antitrust Damages: Lessons from the Theory of Enforcement," NBER Working Paper.
- POSNER, Richard (1975), "The Social Cost of Monopoly and Regulation," *Journal of Political Economy*, 83, s. 807-27.
- RAMANATHAN, Ramu (2002), *Introductory Econometrics with Applications, 5th Edition*, South-Western College Pub, USA.
- REISOĞLU, Safa (1998), *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- ROSS, Stephen A., Randolph W. WESTERFIELD, Jeffrey JAFFE (2002), *Corporate Finance, 6th Edition*, McGraw-Hill Companies, USA.
- SANLI, Kerem Cem (2003), "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu," *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – I* içinde, Rekabet Kurumu, Ankara.
- SANLI, Kerem Cem (2007), *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, Arıkan Yayınları, İstanbul.
- SCHINKEL, Maarten Pieter, Jan TUINSTRRA ve Jakob RÜGGERBERG (2005), "Illinois Walls: How Barring Indirect Purchaser Suits Facilitates Collusion," Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2005-02, <http://ssrn.com/abstract=730384>.
- SCHWARZ, Walter (1980), "An Overview of Economics of Antitrust Enforcement," *Georgia Law Review*, 68, s. 1075-1102.
- SIMON, Herbert (1979), "Rational Decision Making in Business Organizations," *The American Economic Review*, 69:4, s. 493-513.
- STIGLER, George (1970), "Optimum Enforcement of Laws," *The Journal of Political Economy*, 78:3, s. 526-536.
- TYE, William B. ve Stephen H. KALOS (1996), "Antitrust Damages from Lost Opportunities," *The Antitrust Bulletin*, 41, s. 637-664.
- VITON, Philip A. ve Clifford M. WINSTON (1981), "Passing on the Monopoly Overcharge: The Welfare Implications," *University of Pennsylvania Law Review*, 129: 6, s. 1516-1522.
- WALLER, Spencer Weber (2003), "The Incoherence of Punishment in Antitrust," <http://www.ssrn.com/abstract=977589>.

WILS, Wouter P.J. (2006), "Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice," http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087.

WOOLDRIDGE, Jeffrey M. (2002), *Introductory Econometrics: A Modern Approach, Second Edition*, Thomson, USA.

Yargıtay Kararları

15. HD. 20.3.1975 T. 1413 E. 1559 K.
4. HD. 30.3.1979 T. 13369 E. 4345 K.
19. HD. 29.11.2002 T. 2002/2827 E. 2002/7580 K.

ABD Mahkeme Kararları

- Associated Gen. Contractors of California, Inc. V. California State Council of Carpenters, 458 U.S. 519 (1983)
Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, 429 U.S. 477, 489 (1977)
Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum, 495 U.S. 328 (1990)
Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993)
Kumho Tire Company v. Carmichel, 526 U.S. 137 (1999)
Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp. 392 U.S. 481 (1968)
Illinois Brick Co. v. Illinois¹ 432 U.S. 720 (1977)
Kansas v. Utilicorp United 497 U.S. 199, 208 (1990)
Chattanooga Foundry & Pipe Works v. City of Atlanta 203 U.S. 390 (1906)
Graphic Product Distributors v. Itek Corp. 717 F.2d 1560, 1579 (1983)
Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co. 273 U.S. 359, 400 (1927)
Bigelow v. RKO Radio Pictures 327 U.S. 251, 651 (1946)
J. Truett Payne Co. V. Chrysler Motors Corp., 451 U.S. 557, 566 (1981)
Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co. 282 U.S. 555, 250 (1931)
Webb v. Utah Brokers Ass'n 568 F.2d 670 (1977)
Chrysler Credit Corp. v. J Truett Payne Co. 459 U.S. 908 (1982)
Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co 603 F.2d 263 (1979)
Bonjorno v. Kaiser Aluminium 752 F.2d 785 (1984)
MCI Communications Corp. v. AT&T, 708 F.2d 1081, 1161 (1983)
Memorex Corp. v. IBM 636 F.2d 1188 (1980)
Amerinet v. Xerox Corp. 972 F.2d. 1483 (1992)
Los Angeles Memorial Coliseum Comm'n v. NFL, 791 F.2d 1356, 1366 (1986)

Pierce v. Ramsey Winch Co., 753 F.2d 416, 436 (1985)
Fishman v. Estate of Wirtz, 807 F.2d 520, 556 (1986)
Airline Ticket Comm'n Antitrust Litig., 918 F.Supp. 283 (1996)
Westman Comm'n Co. v Hobart Corp., 541 F. Supp. 307, 314 (1982)
Construction Aggregate Transp. Inc. V. Florida Rock Indus., 710 F.2d 752, 784 (1983)
Farmington Dowel Products v. Forster Manufacturing Co. 421 F.2d 61 (1970)
Concord Boat v. Bruswick Corp. 207 F.3d 1039 (2000)
Concord Boat v. Bruswick Corp. 919 F.2d 1550 (1990)
Murphy Tugboat Co. v. Crowley, 658 F.2d 1256, 1262 (1981)
Gray v. Shell Oil Co., 469 F.2d. 742, 749 (1922)
Knutson v. Daily Review, Inc., 458 F.Supp. 226, 240 (1979)
Dolphin Tours, Inc. v. Pacifico Creative Inc., 773 F.2d 1056, 1511 (1985)
McGlinchy v. Shell Chemical Co. 845 F.2d 802, 864 (1988)
Patrick v. Burget (486 U.S. 94; 1988)
Conwood Co. v. U.S. Tobacco Co. (290 F.3d. 768)
Bazemore v. Friday, 478 U.S. 385, 497 (1986)
Catalano, Inc. v. Target Sales 446 U.S. 643, 648 (1980)
Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co. 220. U.S. 373 (1911)
Leegin Creative Leather Products Inc. v PSKS Inc. 551 U.S.-(2007)
Khan v. State Oil Co., 522 U.S. 3 (1997)
Isaksen v. Vermon Castings 825 F.2d 1158, 1165 (1987)
Kypta v. McDonald's Corp 459 U.S. 857 (1982)
Barber & Ross v. Lifetime Doors, 810 F.2d 1276 (1987)
Digidyne Corp v. Data Gen. Corp., 734 F.2d. 1336 (1984)
William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co., 942 F.2d 1332 (1991)
Aspen Skiing Co. v. Apsen Highlands Corp., 472 U.S. 585 (1985)
United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 79 (2001)
In re Lower Lake Erie Iron Ore Antitrust Litigation 998 F.2d 1144 (1993)
Hasbrouck v. Texaco, Inc., 496 U.S. 543, 572 (1990)
Rose Confections In.c v. Ambrosia Choc., 816 F.2d 381, 386 (1987)
White Industries, Inc. v. Cessna Aircraft Co., 845 F.2d 1497, 1502 (1988)
Continental Baking Co. v. Old Homestand Bread Co., 476 F.2d 97 (1973)
Uniroyal, Inc. v. Jetco Auto Serv. Inc., 46 F. Supp. 350, 359 (1978)

Central Communications v. TCI Cablevision (800 F.2d 711, 53; 1986)

Duff v. Kansas City Star Co., 299 F.2d 320 (1962)

Heattransfer Corp. v. Volkswagenwerk A.G., 553 F.2d 964, 986 (1977)

ATAD Kararı

Courage v. Crehan (20 Eylül 2001, C-453/99)

Rekabet Kurulu Kararı

23.9.2005 tarihli, 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu kararı

EK 1

**ÖRNEK BİR ZARAR HESABI UYGULAMASI:
MAYA II DOSYASINDA TOPLAM ZARARIN TAHMİNİ**

Bu hesaplama örneği, UNCTAD'ın Nisan 2008'deki 12. yıllık toplantısına girdi niteliğindeki "Gelişmekte Olan Ülkelerdeki Anti-Rekabetçi Uygulamaların Niceliksel Etkilerinin Hesaplanması" isimli projeye hakem onayından geçerek kabul edilen "Maya Kartelinde Antitröst Zararlarının Tahmini" (Estimation of Antitrust Damages and Its Effects on Antitrust Policy in Developing Countries: A Case Study of Turkish Yeast Cartel; Ussal Şahbaz – Alper Karakurt) başlıklı çalışmadan alınmıştır.

Bu ekte, tezde zarar tahminine ilişkin açıklamaların bir uygulaması olarak Rekabet Kurulu'nun Maya II soruşturmasına konu olan ihlalin ortaya çıkardığı zararın büyüklüğüne ilişkin bir tahmin gerçekleştirilmektedir. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, yürütülen soruşturmalarda zarar hesabı yapılması gibi bir usul olmadığı için, bunun için gerekli verilerin teşebbüslerden alınması yoluna da gidilmemektedir. Dolayısıyla, bir örnek uygulama yapılmak istendiğinde, daha önce yürütülmüş soruşturmalardan zarar hesaplamaya yetecek veri toplanan Maya II kararı dışında bir dosya bulunamamıştır. Maya II dosyasında, diğer birçok dosyadan farklı olarak, özellikle çeşitli maliyet kalemlerine ilişkin aylık veriler uyumlu eylem değerlendirmesi için teşebbüslerden alınmış olup, burada zarar hesabı uygulamasında kullanılmaları mümkün olmuştur.

Maya II kararında¹⁷⁴, Türkiye yaş ekmek mayası pazarındaki dört teşebbüsün, Şubat 2003-Kasım 2003 döneminde uyumlu eylemde bulunmak suretiyle Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlal gerçekleştirdiklerine hükmedilmiştir. Teşebbüslere takdiren cirolarının %1'i ölçüsünde ceza verilmiştir:

Teşebbüs	Ceza (bin YTL)
Pakmaya	1,217
Özmaya	906
Maurimaya	134
Akmaya	455
TOPLAM	2,712

¹⁷⁴ 23.9.2005 tarihli, 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Karar henüz kesinleşmemiş olup, buradaki zarar hesabı sadece bir örnek uygulama niteliği taşımaktadır.

Yaş ekmek mayası ekmek üretiminde kullanılan başlıca girdilerden biridir. Maya üreticilerden bayilere satılmakta, bayiler de genelde belirli kar marjı koyarak ürünü ekmek fırınlarına satmaktadırlar. İhlalde alıcıların zararı fazladan ödenen bedel şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu uygulamada tek tek alıcıların zararını hesaplayacak veri bulunmadığı için toplam zararın hesaplanması yoluna gidilmektedir.

Soruşturma kapsamında, teşebbüslerden Haziran 2002-Kasım 2003 dönemine ait aylık ortalama fiyat ve başlıca dört maliyet kalemine ilişkin (melas, kimyasal malzeme, elektrik, paketleme) aylık ortalama maliyet verileri alınmıştır. Bu uygulamada, önce-sonra yöntemi kullanılmaktadır. Önce-sonra yöntemi kapsamında, ihlalden önceki Haziran 2002-Ocak 2003 dönemine ait veriler kullanılarak bir model hesaplanmakta, daha sonra bu modelin parametreleri kullanılarak ihlal dönemine (Şubat-Kasım 2003) ilişkin ihlal olmasaydı oluşacak fiyat tahminleri yapılmaktadır. Daha sonra, ihlal dönemindeki gerçek fiyatlardan tahmin edilen bu fiyatlar çıkarılıp satış miktarı ile çarpılarak fazladan ödenen bedel hesaplanmaktadır.

Fiyata ilişkin denklem tahmin edilirken arzı belirleyen parametreler olarak maliyet verileri kullanılmıştır. Talepteki değişiklikleri kontrol etmek içinse (satış miktarı eşanlılık problemi nedeniyle kullanılamamaktadır) yaş ekmek mayası talebiyle korelasyonu yüksek olan aylık ortalama sıcaklık değerleri kullanılmıştır. Çünkü maya, ekmeğin mayalanma reaksiyonunu hızlandırmakta kullanılmaktadır. Mayalanma reaksiyonu sıcaklıkla beraber zaten hızlandığı için, sıcak aylarda maya talebi düşmektedir. Nitekim tahminde kullanılan Celsius olarak aylık ortalama sıcaklık verileriyle satılan maya miktarı arasında -0,77 korelasyon bulunmuştur. Sonuç olarak, dört teşebbüsün de aynı döneme ait fiyat ve maliyet verileri ile sıcaklık değerlerinin logaritmaları ve panel data tekniği (*random-effects*) kullanılarak aşağıdaki model tahmin edilmiştir:

$$P_{ii} = \beta_0 + \beta_0 C_{melas_{ii}} + \beta_0 C_{kimyasal_{ii}} + \beta_0 C_{elektrik_{ii}} + \beta_0 C_{paket_{ii}} + \beta_0 SICAKLIK_{ii}$$

Tahmin sonuçları aşağıda yer almaktadır:

	Katsayı	Standart Hata
Melas Maliyeti	0.209	0.287
Kimyasal Maliyeti	0.160	0.157
Elektrik Maliyeti	0.228	0.248
Paketleme Maliyeti	0.367	0.610
Sıcaklık	0.186	0.056
N = 32		
R ² = 0.58		

Bu modelden yola çıkarak ihlal dönemine ilişkin yapılan fiyat tahminleri sonucu hesaplanan fazladan ödenen bedel, yani zarar miktarları ise şöyledir:

Teşebbüs	Zarar (bin YTL)
Pakmaya	17,190
Özmaya	15,899
Maurimaya	6,757
Akmaya	7,885
TOPLAM	47,732

Bu zararların cezanın verildiği gündeki değerleri (üretici fiyat endeksiyle artırılarak) hesaplandığında ise aşağıdaki değerler bulunmaktadır:

Teşebbüs	Zarar (bin YTL)
Pakmaya	19,987
Özmaya	18,498
Maurimaya	7,858
Akmaya	9,164
TOPLAM	55,506

Sonuç olarak ihlalin toplam zararının 47,732 bin YTL (enflasyon dikkate alındığında 55,506 bin YTL) olduğu hesaplanmıştır. Oysa ihlale katılan teşebbüslere verilen toplam ceza 2,712 bin YTL düzeyindedir. Yapılan fazladan ödenen bedel tahmini, teşebbüslerin karşılaştıkları cezanın 17 katından fazladır. Dikkat edilmesi gereken başka bir husus da yasal sınır olan cironun %10'u kadar ceza (27,120 bin YTL) verilse bile hala zarar miktarının altında kalınacağıdır. Tüm bu değerlendirmeler yapılırken, ihlalin ortaya çıkarılmama olasılığının da bulunduğu ve bu nedenle optimal caydırıcılığın sağlanması için ihlale katılan teşebbüslerin almaları gereken ceza miktarının fazladan ödenen bedelden yüksek olması gerektiği hususu ya da sosyal maliyet oluşturan dara kaybı da dikkate alınmamıştır.

Yukarıdaki değerlendirmelerden varılabilecek bir sonuç, caydırıcılığın artırılması için özel hukuk yoluyla tazminat uygulamalarının önemli olduğudur. Çünkü yukarıdaki örnek verilen cezanın ihlalin yol açtığı zararın çok altında kaldığını, hatta azami ceza verilse bile zararın altında kalınacağını göstermektedir. Teşebbüslerin ihlal sonucu karşılaştıkları maddi yükümlülüğü artırmanın en etkin yollarından biri tazminat uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır.

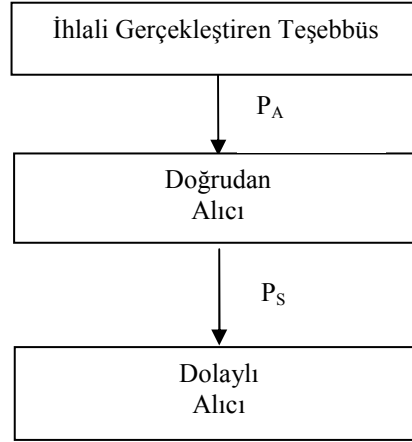
Son olarak, zararın aktarılması savunması ve dolaylı alıcıların dava açma hakkına ilişkin bir değerlendirme yapılabilir. İncelenen dosyada dava açma hakkı ya bayilere (doğrudan alıcılar) ya da bayilerden alım yapan ekmek fırınlarına (dolaylı alıcılar) verilecektir. Bayiler belirli bir kar marjıyla

çalıştıkları için, ihlal nedeniyle çok düşük bir seviyede zarara uğramakta, zararın çoğunu fırınlara aktarmaktadır. Fırınlara ise tek tek uğradıkları zarar çok küçüktür.¹⁷⁵ Şöyle ki; ihlal döneminde Türkiye’de yaklaşık 15 bin fırın olduğu düşünülürse ortalama bir fırının fazladan ödediği bedel 3,180 YTL civarındadır. Burada dolaylı alıcılara dava açma hakkı tanımının karmaşık bir politika tercihi olduğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü fırınların tek tek zararları çok düşük olduğu için dava açma ihtimalleri düşüktür. Bayiler ise maya üreticileriyle uzun süreli iş ilişkilerini bozmak istemedikleri ve zaten zararın çoğunu artırdıkları için dava açmak istemeyebileceklerdir.

¹⁷⁵ Fırınlara bu zararın bir bölümünü de maliyete dayalı ekmek fiyatı belirleme sistemi ve yer yer kurulan ekmek kartelleri sayesinde tüketicilere aktardıkları düşünülebilir.

DOLAYLI ALICILARIN ZARARININ HESAPLANMASINA İLİŞKİN BİR ÖNERİ

Illinois Brick kuralı nedeniyle hem de federal mahkemelerde ve birçok eyaletin mahkemelerinde bu konuda dava açılmaması nedeniyle, aktarılan zarar hesabına ilişkin literatür son derece kısıtlı kalmıştır. Ayrıca aktarılan zararın hesabı teknik açıdan da oldukça güçtür. Yüksek Mahkeme bu hesaplamayı “başa çıkılmaz” şeklinde nitelendirmiştir (*Hanover Shoe*, 492). Bu zararın hesaplanmasında kullanılabilir bir yöntem simülasyon yöntemidir (Kosicki ve Cahill, 2006). Ancak bu yöntemin veri ihtiyacı ve kullanılması için gerekli teknik bilgi yüksek olduğu için yaygın kullanımı mümkün olmayıp, burada detaylı açıklamasına yer verilmemiştir. Aşağıda iktisat literatürünün başka alanlarındaki uygulamalardan yola çıkarak, dolaylı alıcıların zararının hesaplanmasına ilişkin bir hata düzeltme yöntemi (*error correction mechanism*) önerilmektedir.



Dolaylı alıcıların zararının da doğrudan alıcılara paralel şekilde fazladan ödenen bedel şeklinde hesaplanması yerinde olacaktır. Bunun için, yukarıda P_A ile gösterilen doğrudan alıcının alım fiyatındaki artışın, P_S ile gösterilen dolaylı alıcının alım fiyatına ne kadar yansıdığını gösteren bir istatistiksel ilişki kurulması gerekir. Bu ilişki kurulduktan sonra, doğrudan alıcının alım fiyatının ihlal olmasaydı ne olacağı tezde anlatılan klasik yöntemlerle tahmin edilip; bu fiyat ile dolaylı alıcının alım fiyatı arasındaki ilişkiyi kullanmak suretiyle, dolaylı alıcının ihlal olmasaydı ödeyeceği fiyat tahmin edilebilecektir. Tahmin

edilen bu fiyat ile dolaylı alıcının alım miktarının çarpılması yoluyla fazladan ödenen bedel hesaplanacaktır.

Doğrudan ve dolaylı alıcının alım fiyatları arasındaki istatistiksel ilişkinin tahmin edilmesi içinse, hata düzeltme yöntemi uygun bir istatistiksel yöntemdir.¹⁷⁶ Bu yöntemde, iki değişken arasında uzun dönemde bir ilişki olduğu, ancak kısa dönemde bu ilişkiden sapmalar yaşandığı varsayılarak, hem uzun dönemli ilişki hem de bundan sapmalar tahmin edilmektedir.¹⁷⁷ Bu model uygulandığında, dolaylı alıcının alım fiyatı ile doğrudan alım fiyatı arasındaki ilişki şu denklem ile tahmin edilebilir:

$$\Delta P_{S,t} = \beta_1 \Delta P_{A,t} + \beta_2 (P_{S,t-1} - \beta P_{A,t-1}) + \varepsilon_t$$

[Δ değişimi göstermektedir (örn. $\Delta P_{S,t} = P_{S,t} - P_{S,t-1}$)]

Bu denklem iki aşamada tahmin edilmektedir. İlk aşamada P_S ile P_A arasında bir regresyon yapılmakta; ikinci aşamada bu regresyondaki bir gecikmeli hata terimleri ($P_{S,t-1} - \beta P_{A,t-1}$) kullanılarak yukarıdaki denklem tahmin edilmektedir. Bu denklemde β_1 doğrudan alıcının alım fiyatındaki değişimin kısa dönemde dolaylı alıcının satış fiyatında ne kadar değişime yol açacağını, β_2 ise iki fiyat arasındaki bu uzun dönemli ilişkide oluşan dengesizliğin bir dönemde ne kadarının düzeldiğini göstermektedir. Mesela aylık veriyle yapılan bir tahminde $\beta_2 = 0,1$ tahmin edilirse, bu 10 ayda uzun dönem dengeye yakınsanacağı anlamına gelmektedir.

Bu denklem tahmin edildikten sonra, doğrudan alıcının ihlal olmayan haldeki fiyatları tahmin edilip, bunlardaki dönemlik değişimlerin, yukarıda tahmin edilen modele konulması suretiyle dolaylı alıcının ödeyeceği fiyatın tahmin edilmesi mümkün olacaktır¹⁷⁸:

$$\hat{\Delta P'_{S,t}} = \hat{\beta}_1 \hat{\Delta P'_{A,t}} + \hat{\beta}_2 (P_{S,t-1} - \beta P_{A,t-1})$$

Bu fiyatların dolaylı alıcının satın aldığı miktarla çarpımı fazladan ödenen bedel şeklinde ortaya çıkan zararı gösterecektir. Dolaylı alıcılar tazminata hak kazandığı takdirde, bunlar için hesaplanan zararın doğrudan alıcılar için başta hesaplanan zarardan indirilmesi beklenecektir.

¹⁷⁶ Buradaki model Feuerstein'in (2002) kahve çekirdeğindeki fiyat artışlarının Alman hazır kahve piyasasındaki fiyatlara etkisini tahmin ettiği modelinden uyarlanmıştır. Benzer yöntemlerin kullanımı için bkz. Bettendorf ve Verboven (2000), Borenstein v.d. (1997).

¹⁷⁷ Detaylı bilgi için bkz. Ramanathan (2002, 461,475).

¹⁷⁸ Daha önce P_S ile P_A arasında yapılan regresyondaki gecikmeli hata terimleri ($P_{S,t-1} - \beta P_{A,t-1}$) de kullanılmak suretiyle.

Doğrudan alıcı ile dolaylı alıcının fiyatları arasındaki ilişki tahmin edilirken dikkat edilmesi gereken bir nokta bu ilişkinin farklı dağıtım kanallarında hatta farklı müşteriler özelinde farklılaşabileceğidir. Eğer durum böyleyse, yukarıda yapılan tahminlerin her bir kanal için ayrı ayrı gerçekleştirilmesi gerekecektir (Johnson ve Leonard, 2008, 8).

EK 3

ZARAR HESABINA İLİŞKİN BİR KONTROL LİSTESİ

1. İhlal niteliğindeki eylem nedir?
2. Eylem sonucunda zarara uğrayan alıcı mıdır, yoksa dışlanan teşebbüs müdür? Genel olarak,
 - a. Eğer alıcı ise zarar fazladan ödenen bedel şeklinde hesaplanacaktır.
 - b. Eğer dışlanan teşebbüs ise zarar mahrum kalınan kar şeklinde hesaplanacaktır.
3. Endüstrinin özellikleri nelerdir? İhlal bu özellikler çerçevesinde davacı teşebbüs üzerinde ne gibi etkiler oluşturmuştur?
4. İhlalin etkileri ne kadar sürmüştür?
 - a. Fazladan ödenen bedel dosyalarında ihlal ne kadar süre fiyatların yükselmesine sebep olmuştur?
 - b. Mahrum kalınan kar dosyalarında zarar gören teşebbüs ne kadar süre ile kar edebilirdi?
5. Tahmin yapmak için hangi verilere ihtiyaç bulunmaktadır? Hangi veriler taraflarda, hangi veriler üçüncü kişilerdedir? Hangi verilere erişilebilmektedir?
6. Verilerle ilgili olarak; aşırı düşük ya da yüksek gözlemler, verisi bulunmayan gözlemler, mevsimsel etkiler gibi unsurlar var mı? Evetse gerekli önlemler alındı mı? Fiyat ve maliyet gibi veriler enflasyondan arındırıldı mı?
7. İhlalin niteliği ve veriler, tahmin için hangi yöntemi uygun kılmaktadır?
 - a. Aynı pazar ve teşebbüs için ihlal olmayan döneme ait yeterli veri var ise, ihlal olan ve olmayan dönem arasındaki arz/talep ilişkisi yapısal açıdan benzer ise önce-sonra yöntemi kullanılabilir.
 - b. İhlal olmayan benzer bir pazar ve ürüne ait veri ya da aynı teşebbüsün başka bir coğrafi pazardaki ürününe ait veri var ise, mukayese yöntemi kullanılabilir.
8. İhlal döneminde, ihlal dışında davacı üzerinde etki yaratacak parametrelerdeki değişiklikler nelerdir? Bu değişikliklerin etkilerini kontrol etmek için modele gerekli eklemeler yapıldı mı?
 - a. Davalının ihlal niteliği taşımayan davranışları

- b. Pazar koşulları, arz ve talebi belirleyen parametreler (maliyet, alt pazardaki ürünün satışı, vb.)
9. Davacı ihlal sonucu fayda sağlamış mı? Bu fayda zarardan indirildi mi?
10. Mahrum kalınan kar dosyalarında,
- a. Davacı zararını azaltmak için gerekli önlemleri almış mı? En iyi alternatif kar olanağını değerlendirmiş mi? Zararda buna göre indirim yapıldı mı?
- b. Geleceğe ilişkin tahminlerde, rakiplerin verecekleri rekabetçi tepkiler dikkate alınmış mı?
11. Modelin dayandığı varsayımlardaki küçük değişiklikler, tahminlerin önemli ölçüde değişmesine yol açıyor mu? Farklı varsayımlara dayanan senaryo analizleri yapıldı mı?