

**AB REKABET HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARINA
YÖNELİK REFORM ÇALIŞMALARI VE TÜRK HUKUKU
BAKIMINDAN “DE LEGE FERENDA” DÜŞÜNCELER**

*REFORM STUDIES RELATED WITH ACTIONS FOR DAMAGE IN EU
COMPETITION LAW AND “DE LEGE FERENDA” THOUGHTS IN
TERMS OF TURKISH LAW*

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY*

Öz

Avrupa Birliği Anlaşması’nda rekabet normlarının ihlaline dayalı tazminat sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Zarar görenler tazminat taleplerini ulusal mahkemeler önünde ve üye devletlerin iç hukuk hükümleri çerçevesinde ileri sürebilmektedirler. Ancak, üye devletlerin ulusal hukuklarının farklı olması ve birçoğunun tazminat davalarını etkin kılan yeterli düzenlemeler içermemesi, rekabetin korunmasında tazminat davalarından beklenen yararın sağlanamamasına neden olmaktadır. Bu durum AB rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının (private enforcement), özellikle de tazminat davalarının yaygınlaştırılması ve daha etkin hale getirilmesi ihtiyacını beraberinde getirmiştir.

Bu amaçla AB Komisyonu tarafından başlatılan reform çalışmaları Tazminat Davalarına İlişkin Beyaz Kitap’ın yayınlanmasıyla önemli bir aşamaya ulaşmıştır. Beyaz Kitap’ta yer alan önerilerle amaçlanan, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin tazminat davası açmalarının önündeki engellerin kaldırılması, böylece zarar görenlerin zararlarının tam olarak giderilmesi ve ihlaller üzerinde caydırıcılığın sağlanmasıdır. Bu yapılırken, AB hukuk kültürü ve geleneğine uygun tedbirlere yer vermeye çalışıldığı görülmektedir. Beyaz Kitap’taki önerilerin hayata geçirilmesi halinde, AB rekabet hukukunda tazminat davaları alanında yeni ve özgün bir sistemin oluşacağını söylemek mümkündür.

* Pamukkale Üniversitesi İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi (akortunay@pau.edu.tr).

Hukukumuzda, rekabet ihlaline dayalı tazminat talepleri 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun madde 57 ve devamında düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun “üç kat tazminat” ve “ispat kolaylığı” gibi davacılar lehine bir takım düzenlemeler içermektedir. Ancak, bunların tazminat davalarını yaygın ve etkin kılmada tek başına yeterli olduğunu söylemek güçtür. Tasarı ile getirilmek istenen düzenlemeler ise, pişmanlık programından yararlanan teşebbüsler bakımından üç kat tazminat sorumluluğunun kaldırılması ve ihlalin Rekabet Kurumu tarafından incelenmekte olmasının adliye mahkemesince bekletici mesele sayabilmesi ile sınırlıdır. Tazminat taleplerinin ileri sürülmesinin önündeki engelleri kaldırıcı asli mekanizmalara (örneğin, yargılama giderlerinin indirilmesi, Kurul kararlarının bağlayıcılığı, sınıf davaları gibi) gerek pozitif hukukumuzda, gerekse Tasarı’da yer verilmediği görülmektedir. Bu alanda yapılacak düzenlemeler, Türk rekabet normlarının AB hukukuyla uyumlu hale gelmesinin ötesinde, tazminat davalarını rekabet ihlalleriyle mücadelede etkin bir araç haline getirmesi bakımından son derece önemlidir.

Anahtar Kelimeler: AB Rekabet Hukuku, Tazminat Davaları, Reform Çalışmaları, Beyaz Kitap, Türk Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirmeler

Abstract

There is no specific provision in the Treaty on European Union regarding the liability for compensation for the breach of the antitrust rules. Those who have been damaged should put their damage claims forward before the national courts with the framework of member states’ law system. However, some reasons as the differentiation of national law systems of the member states and that the law systems of member states are not having the adequate regulations cause that the expected benefits not to emerge. Therefore, there exists an urgent need to spread the claims damages and make them effective regarding private enforcements in EU Competition Law.

For this aim, the reform actions commenced by the EU Commission have reached to a certain point with the White Paper on Damages Actions been published. What is aimed with the proposals of white paper is to smooth the way before the damage claims for those who have been damaged due

to breach of competition. Moreover, those proposals embedded in the white paper are also aim to provide deterrence over the breaches. It is obvious that these steps are taken with some care in order to ensure the convenience with the EU law culture and tradition. It is possible to say that there will emerge an original and new system in the damage claims part of the EU competition law if the proposals in white paper to be put into practice.

Damage claims based on the competition infringement in our law are regulated in 4054 Numbered Law on Protection of Competition, article no. 57 and following articles. Aforementioned Law contains some regulations in favor of plaintiffs such as “treble damage” and “easiness of evidence”. However, it is difficult to state that these are solely sufficient to generalize and to activate actions of damage. Regulations, which are demanded to be enacted with draft, are limited to cancellation of treble damage responsibility in terms of attempts, which are benefitted from repentance program and that inspection of infringement by Competition Institution is deemed as prejudicial issue by general court. It is seen that it is not given place to actual mechanisms, removing hindrances in front of allegation of damage claims (for example, reduction of litigation costs, binding effect of Board resolutions, class lawsuits etc.) both in our positive law and also in the Draft. Regulations to be made in this field are extremely important in terms of becoming actions for damage as an active instrument for struggle with competition infringements beyond harmonization of Turkish competition norms with EU law.

Key Words: EU Competition Law, Actions for Damage, Reform Studies, White Paper, Assessment In terms of Turkish Competition Law

GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB) rekabet hukukunda rekabet ihlallerine ilişkin temel düzenlemeler Avrupa Birliği Anlaşması'nın (ABA) 81 ila 89. maddeleri arasında yer almaktadır. ABA madde 81'de rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yasaklanmakta, ayrıca söz konusu anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yasaktan muaf tutulabileceği haller düzenlenmektedir. ABA madde 82'de ise, teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmaları yasaklanmıştır. ABA 81. ve 82. maddelerin ihlaline ilişkin kamu hukuku yaptırımları AB Komisyonu (Komisyon) ve üye ülke rekabet otoritelerince uygulanmakta, bunların vermiş oldukları kararlar Avrupa Topuluğu Adalet Divanı (ATAD) ve üye ülke mahkemelerince denetlenmektedir.

ABA'da rekabeti ihlâl edici eylemlerin yol açtığı zararlara ilişkin tazminat istemleri açıkça düzenlenmemiştir. Zarar görenler, tazminat taleplerini ulusal mahkemeler önünde ve üye devletlerin iç hukuk hükümleri çerçevesinde ileri sürebilmektedirler¹. Ancak, üye devletlerin ulusal hukuklarının farklı olması ve birçoğunun tazminat davalarını etkin kılan düzenlemeler içermemesi nedeniyle, AB'de rekabetin korunmasında tazminat davalarından beklenen faydanın tam manasıyla sağlandığını söylemek güçtür. Bu durum, AB bünyesinde tazminat davalarına etkinlik kazandırma ve bu alanda belirli standartlar oluşturma ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Ayrıca, gerek ATAD'ın "*Courage*"² ve "*Manfredi*"³ kararları, gerekse "ABA Madde 81 ve 82'deki Rekabet Kurallarının Uygulanmasına Dair 1/2003 Sayılı Tüzük" (Verordnung (EG) Nr.1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2000 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln)⁴ ile *yasal istisna* sistemine geçilmiş olması tazminat davalarına yönelik reform çalışmalarının başlatılmasında önemli derecede etkili olmuştur. Söz konusu reform çalışmaları kapsamında getirilen önerilerin hayata geçirilmesi halinde, AB rekabet hukukunda tazminat davaları alanında yeni ve özgün bir sistemin oluşacağını söylemek mümkündür.

¹ BAUR, J. (1988), "Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche bei Verstößen gegen Kartellvorschriften des EWG Vertrages", *Europarecht*, s.259 vd.

² Rechtssache C- 453/99, *Sammlung der Rechtsprechung* (2001), s.I-6297.

³ Rechtssache C- 295/04 –298/04, *Sammlung der Rechtsprechung* (2006), s.I-6619.

⁴ ATRG, L 1/1, 4.1.2003.

Türk hukukunda, rekabet ihlali nedeniyle zarar görenlerin tazminat isteyebilecekleri Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 57 ve devamındaki maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Fakat, söz konusu hükümlerin uygulamada yeterince işletildiğini söylemek güçtür. Rekabet hukuku ve kültürünün toplumumuzda köklü bir geçmişe sahip olmamasının bunda etkisi olmakla birlikte, sorunun asıl kaynağı bu alandaki düzenlemelerin yeterli olmamasıdır. Zira, mevzuatımızda tazminat taleplerinin ileri sürülmesini kolaylaştırıcı ve teşvik edici düzenlemelere yeterince yer verilmemiştir. Tazminat davaları, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin zararlarının giderilmesine hizmet etmekle kalmaz; caydırıcı etkisi nedeniyle rekabet ihlalleriyle mücadelede önemli bir yere sahiptir. Dolayısıyla, tazminat davalarının olması gereken seviyeye ulaşmaması bu mücadeleyi zaafiyete uğratacaktır. Hatta, rekabeti ihlâl edenlerin, ihlâl sayesinde elde ettikleri gelirleri para cezalarının finansmanında kullanabilecekleri düşünüldüğünde bu durum kamusal yaptırımların etkisiz ve anlamsız kalması sonucunu doğurabilecektir. Bu sebeplerle, hukukumuzda tazminat davalarını teşvik edici ve yaygınlaştırıcı düzenlemelere gidilmesi son derece önemlidir. Ancak, bu konuda yol gösterici eserler hukukumuzda henüz kaleme alınmış değildir. Bu çalışmada, Türk öğretisinde daha önce değinilmemiş olan ATAD'ın tazminat davaları alanındaki ilke kararları ve AB'de bu konuda yürütülen reform çalışmaları ele alınacak ve ardından söz konusu karar ve çalışmalar ışığında hukukumuzdaki mevcut durum değerlendirilerek yapılması gereken değişikliklere işaret edilecektir⁵.

1. AB REKABET HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARINA YÖNELİK REFORM ÇALIŞMALARI

1.1. AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yüklenen Misyon

AB rekabet normları, kamusal yaptırımların yanı sıra özel hukuk yaptırımlarıyla da desteklenmiştir. ABA'da özel hukuk yaptırımı olarak sadece geçersizliğe yer verilmiş olup, tazminat davalarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, AB rekabet kurallarının ihlalinden kaynaklanan tazminat istemlerine ATAD'ın çeşitli kararlarında

⁵ Bu çalışma, Erciyes Hukuk Fakültesi tarafından 4-5 Nisan 2008 tarihinde düzenlenmiş olan Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu'nda tarafımdan sunulmuş olan tebliğin, daha sonra AB Komisyonu tarafından yayınlanan Beyaz Kitap dikkate alınarak genişletilmiş ve bu bağlamda hukukumuza yönelik çıkarsamaların geliştirilmiş halini oluşturmaktadır.

değnilmiştir. İlk defa “SABAM” kararında⁶, rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin üçüncü kişilerin zararlarından sorumluluğunun ABA 85. maddenin (yeni 81. madde) kapsamına girdiği, maddede yer alan yasaklamanın üçüncü kişilerin haklarını da korumaya yönelik olduğu ve zarar görenlerin tazminat istemiyle mahkemelere başvurabilecekleri belirtilmiştir. Buna bağlı olarak, zarar görenler tazminat taleplerini ulusal mahkemeler önünde ve üye devletlerin iç hukuk hükümleri çerçevesinde ileri sürebilmektedirler⁷.

AB hukukunda tazminat davalarına yüklenen misyon zarar görenlerin zararlarının giderilmesi ile sınırlı değildir. Tazminat davaları, AB rekabet normlarıyla hedeflenen amacın gerçekleşmesine önemli katkılar sağlar. Zira, rekabeti ihlâl edenlerin para cezasının yanı sıra tazminat ödeyecek olmaları rekabet karşıtı uygulamalar üzerinde caydırıcılık yaratır⁸ ve bu yönüyle tazminat davaları idari yaptırımları tamamlayıcı bir fonksiyona sahiptir. Bu hususa 1/2003 Sayılı Tüzük (7) Nolu Gerekeçe’de şu şekilde işaret edilmiştir:

“Üye devlet mahkemeleri, Birlik rekabet kurallarının uygulanmasında önemli bir görev icra etmektedirler. Özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda Birlik hukukundan kaynaklanan hakları, ihlalden zarar görenler lehine tazminata hükmetmek suretiyle korumaktadırlar. Böylece rekabet otoritelerinin görevlerini tamamlayıcı bir rol üstlenmektedirler.”

Tazminat davalarının AB rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanmasındaki rolü ve önemine ATAD içtihatlarında da vurgu yapılmıştır. Nitekim, “*Courage*” kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “...ulusal mahkemeler önündeki tazminat davaları, Birlik içinde etkin bir rekabetin oluşmasına önemli katkılar sağlayabilir.”

Buna karşın, üye devletlerin ulusal düzenlemelerinin farklı olması ve birçoğunun tazminat davalarının işlevselliğini artırıcı düzenlemeler içermemesi nedeniyle, rekabetin korunmasında tazminat davalarından beklenen faydanın tam olarak sağlandığını söylemek güçtür.

⁶ Rechtssache 127/73, Sammlung der Rechtsprechung (1974), s.51.

⁷ SCHRÖTER, H., H. VON DER GROEBEN ve J. SCHWARZE (2003), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden, Art.81, N.261.

⁸ Yeşil Kitap, s.4.

1.2. Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmalarına Etki Eden Gelişmeler

AB’de rekabet ihlallerine dayalı tazminat davalarına yönelik çalışmaların temelinde iki önemli gelişme yatmaktadır. Bunlardan ilki, tazminat taleplerinin rekabet kurallarının etkin biçimde uygulanmasındaki önemine dikkat çeken ve aşağıda değineceğimiz ATAD kararlarıdır. Diğeri ise, 1/2003 Sayılı Tüzük’le getirilen sistem değişikliğidir.

1.2.1. ATAD’ın Tazminat İstemlerine İlişkin Kararları

ATAD, “SABAM” ve daha sonraki kararlarında AB hukukuna aykırı davranışların tazminat sorumluluğuna yol açacağını belirtmekle yetinmiş, bu konuda somut ilkeler getirmemiştir. “Courage” ve “Manfredi” kararlarında ise, ulusal hukuklardaki tazminat hükümlerinin AB rekabet kurallarının etkisini azaltacak nitelikte olamayacağına işaret edilerek bu konuda üye devletlere bırakılan inisiyatifin sınırları çizilmiştir.

1.2.1.1. “Courage” Kararı

Karara konu olayda, İngiliz bira üreticisi Courage Ltd. (satıcı) ile birahane işletmecisi Bay Crehan (alıcı) arasında yapılan hâsılat kirası sözleşmesinde, alıcıya belirli miktarda birayı belirli bir fiyattan alma yükümlülüğü getirilmişti. Sözleşme bu haliyle ABA madde 85 (yeni madde 81)’e aykırılık teşkil eden bir kartel anlaşması niteliğindediydi. Bir süre sonra, satıcı biraların bedelini alamadığı gerekçesiyle alıcı aleyhine dava açtı. Bunun üzerine alıcı, sözleşmenin ABA madde 85 (yeni madde 81) hükmüne aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla karşı dava açarak tazminat talebinde bulundu. Bu davada alıcı, satıcının kendisiyle bira alım sözleşmesi yapmamış diğer (serbest) alıcılara daha düşük fiyatla satış yaptığını, bu fiyat farkı nedeniyle kendisinin de aralarında bulunduğu satıcıyla alım sözleşmesi yapmış (bağlı) alıcıların daha az kâr elde ettikleri ve faaliyetlerine son vermek zorunda kaldıklarını iddia etti. İngiltere Temyiz Mahkemesi, kartel üyelerinin birbirleri aleyhine tazminat davası açmasını engelleyen iç hukuk hükmü nedeniyle önkarar usulü ile ATAD’a başvurdu. ATAD şu gerekçelerle alıcıyı haklı bulmuştur:

“Rekabeti kısıtlayan veya bozan bir anlaşma ya da davranış nedeniyle zarara uğrayan herkes zararının tazminini talep edemez ise, ABA madde 85/I’deki yasağın uygulamadaki etkinliği önemli ölçüde azalır. Bu şekildeki (zarar gören herkese tanınacak) bir

tazminat talebi AB rekabet kurallarının etkinliğinin artmasının yanı sıra, rekabete aykırı -ve çoğunlukla gizli olan- anlaşma ve davranışlardan kaçınılmasını da sağlar. Bu bakımdan, ulusal mahkemeler önündeki tazminat davaları Birlik içinde etkin bir rekabetin sağlanmasına önemli katkılar sağlayabilir. Dolayısıyla, rekabet kurallarına aykırı bir anlaşmanın tarafının dahi dava açabilme imkânı (iç hukuk hükümleriyle) peşinen kısıtlanamaz.”

Karar, tazminat isteyebilecek kişilerin kapsamını son derece genişletmiştir. Hatta, istemde bulunanın kartel anlaşmasının tarafı olması dahi sorun teşkil etmeyecektir. Ancak hemen belirtelim ki, kararın devamında “hiç kimse hukuka aykırı davranışından menfaat sağlayamaz” prensibi gereği rekabet ihlalinde önemli ölçüde sorumluluk taşıyan tarafa tazminat hakkının tanınmayacağı şu ifadelerle dile getirilmiştir:

“Rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın taraflarından birinin kendi hukuka aykırı davranışına dayanarak tazminat talep etmesini yasaklayan bir iç hukuk kuralı, ancak onun rekabet ihlalinde önemli ölçüde sorumluluk taşımaması halinde, AB hukukuyla bağdaşır. Davaya bakan mahkemece, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma nedeniyle zarara uğradığı iddiasında bulunan tarafın sözleşme koşullarını müzakere özgürlüğünün ve zararını önleme veya azaltmaya yönelik hukuki imkânlarının bulunup bulunmadığı yahut önemli ölçüde kısıtlanmış olup olmadığının araştırılması gerekir.”

Buna göre, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarda, ancak sözleşme koşulları kendisine empoze edilmiş olan taraf tazminat talep edebilecektir⁹. Böylece, tazminat hükümleriyle sağlanan korumanın kartel üyelerini kapsamadığı, zira geçersizlik yaptırımının kartel üyeleri için yeterli bir koruma oluşturduğu şeklindeki görüş değerini yitirmiştir¹⁰.

⁹ Sözleşme koşullarının empoze edilmesi genellikle dikey anlaşmalarda karşılaşılan bir durum olmakla birlikte, yatay anlaşmalarda da ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, bir kota kartelinde, kartel üyesi küçük teşebbüsler kapasitelerinin oldukça altında olmasına rağmen, büyük teşebbüslerce kendilerine tahsis edilen kotaları -kartel içinde yer almamaları halinde maruz kalabilecekleri ve pazar dışına itilmeye kadar varan daha büyük olumsuzluklar sebebiyle- kabullenmek zorunda kalabilmektedirler (LANGEN, E. ve H. J. BUNTE (2007), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 10. Auflage, Luchterhand, § 33, N.34).

¹⁰ Langen ve Bunte 2007, § 33, N.24.

Belirli koşullar altında da olsa, kartel üyelerine tazminat hakkı tanınmış olması olumludur. Zira, gizli kartel anlaşmalarının üçüncü kişilerce açığa çıkarılması çoğu kez olanaksız olduğu düşünüldüğünde, kartel üyelerinin tazminat isteyebilmelerinin *per se* yasaklanmaması rekabet ihlalleriyle etkin biçimde mücadele imkanı sağlar¹¹.

Karar, iç hukuk hükümlerinin AB rekabet kurallarının ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarını engelleyici (ve dolayısıyla bu kuralların etkinliğini azaltıcı) nitelikte olamayacağına dikkat çekmesi ve üye devletlere bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getirmesi bakımından önemlidir. Ayrıca karar, ATAD'ın AB rekabet hukukuyla hedeflenen amaçlara ulaşma bakımından tazminat sorumluluğunu harekete geçirme eğilimini ortaya koymaktadır¹².

Buna karşın, zarar gören herkese dava hakkı tanınmış olması dava açabileceklerin kapsamının belirlenmesinde tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Diğer yandan, ispat ve tazminatın hesaplanmasına ilişkin konularda ortaya çıkabilecek sorunların çözümünün ulusal mevzuatlara bırakılmış olması bu alandaki belirsizliklerin devamına yol açmıştır¹³.

1.2.1.2. “Manfredi” Kararı

Rekabet ihlaline dayalı tazminat talepleriyle ilgili önemli bir diğer karar “Manfredi” kararıdır. Karara konu olay şu şekilde gelişmiştir: İtalyan Rekabet Kurumu bazı sigorta şirketlerinin, sektörel bilgi alışverişinde bulunmak suretiyle sigorta primlerini belirlemeye yönelik kartel oluşturduklarına karar vermiş ve karar sigorta şirketlerinin itirazına rağmen yetkili mahkemece onaylanmıştı. Bunun üzerine, söz konusu şirketlerle sözleşme yapmış olan bazı tüketiciler, kartel anlaşması nedeniyle primlerin yükseldiği ve bu yüzden zarara uğradıkları gerekçesiyle tazminat davası açmışlardı. Davaya bakan mahkeme önkarar usulü ile ATAD'a başvurarak şu soruları yöneltti:

¹¹ ALEXANDER, C. (2007), “Die zivilrechtlichen Ansprüche im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle- Ein Überblick”, Juristische Schulung, Heft: 2, s.112.

¹² WAGNER, G. (2007), “Schadenersatz bei Kartelldelikten”, German Working Papers in Law and Economics, Vol. 2007, Paper 18, s.7.

¹³ HEİNE-MERNİK, R. (2002), Die Entwicklung eines autonomen europäischen Kartelldeliktrechts, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universität Bremen, Bremen, s.202-203.

- ABA madde 81, kartel anlaşması nedeniyle zarar gören üçüncü kişilerin (somut olayda tüketicilerin) geçersizlik ve tazminat taleplerinde bulunmalarına imkân vermekte midir?
- Tazminat davasına bakan mahkeme, failerin elde ettiği menfaatin zarardan fazla olması durumunda ABA madde 81’de yasaklanan davranışlara yönelik caydırıcılığın sağlanması amacıyla re’sen cezalandırıcı tazminata (*Strafschadenersatz, punitive damages*) hükmetmeli midir?
- ABA madde 81’e dayanılarak açılan bir tazminat davasında, zamanaşımı süresinin işleminde kartelin gerçekleştiği mi, yoksa son bulduğu tarih mi esas alınmalıdır?

ATAD önüne gelen olayda, “*Courage*” kararına da atıfta bulunarak, üçüncü kişilerin tazminat istemi hakkında şu açıklamada bulunmuştur:

“Herkes, ABA madde 81’e göre yasak olan anlaşmaların geçersizliğini ileri sürebilir ve meydana gelen zararının tazminini isteyebilir, yeter ki anlaşma veya davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağı mevcut olsun.”

Böylece, ATAD zarar ve hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağının varlığını davacılık sıfatının tanınması için yeterli görmüştür. Bu durumda, tüketiciler de dahil olmak üzere, dolaylı alıcılar zararlarının tazminini isteyebilecektir. Ancak, dolaylı alıcılarla ihlali gerçekleştirenler arasında her zaman karara konu olaydaki gibi somut bir sözleşme ilişkisi bulunmayabilir. Bu yüzden, zararın ve nedensellik bağının varlığını ispat etmek oldukça güçleşebilir.

Cezalandırıcı tazminat konusunda ise ATAD özetle şu görüşlere yer vermiştir:

“Tazminatın kapsamının belirlenmesinde esas alınacak kriterler bu konuda Birlik hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından, eşdeğerlik ve etkinlik ilkelerine (Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz) riayet edilmek şartıyla iç hukuk kurallarına bırakılmıştır. Eşdeğerlik prensibi gereği, şayet iç hukuk hükümlerine göre bakılan davalarda cezalandırıcı tazminata hükmedilebiliyor ise, AB rekabet kurallarının ihlali nedeniyle görülen davalarda da hükmedilebilmesi gerekir.”

Buna göre, AB rekabet kurallarının ihlalinden kaynaklanan davalarda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi prensip olarak sorun teşkil etmeyecektir. Bu kararlar, özellikle Alman hukukunda ileri sürülen ve cezalandırıcı tazminatın kamu düzenine aykırılık oluşturacağına dair görüşler tartışmalı hale gelmiştir¹⁴. Ancak hemen belirtelim ki, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin zorunlu olmadığı kararın devamında şu şekilde açıklanmıştır:

“...AB hukukunun teminat altına aldığı hakların korunması, ulusal mahkemelerin davacının sebepsiz (haksız) zenginleşmesine yol açmasını önleyici kararlar almasına engel değildir.”

Öte yandan, cezalandırıcı tazminatın kabul edilmediği ülkelerde aynı tür ihlallerde daha az tazminata hükmedilecek olması AB içinde farklı uygulamaları beraberinde getirecektir. Ayrıca, davaların yüksek tazminata hükmedilebilecek ülkelere taşınması sorunu (*forum shopping*) ile karşı karşıya kalınabilecektir¹⁵.

Manfredi Kararında tazminatın kapsamına yönelik tespitlerde de bulunulmuştur. Buna göre, zarar gören sadece fiilî zararını (*damnum emergens*) değil, aynı zamanda mahrum kaldığı kâr (*lucrum cessans*) ile birlikte faiz ödenmesini de isteyebilecektir.

ATAD zamanaşımı süresiyle ilgili olarak, bu meselenin esasen ulusal mevzuatlara bırakılmış olduğunu, ancak zamanaşımı süresinin kartelin meydana geldiği tarihte işleyeceği yönündeki bir iç hukuk hükmünün -özellikle sürenin çok kısa olması halinde- tazminat taleplerinin ileri sürülebilmesini önemli derecede zorlaştırabileceğine işaret ederek, ulusal mahkemelerce bu yönde bir denetimin yapılması gerektiğini vurgulamıştır.

ATAD'ın bu kararlar, “*Courage*” kararında ortaya koyduğu “*tazminat davalarına ilişkin iç hukuk hükümlerinin AB rekabet normlarının etkinliğini azaltıcı nitelikte olamayacağı*” yönündeki

¹⁴ HÖLZEL, N. (2007), Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und Zementkartell, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft: 65, Halle, s.17.

¹⁵ SEITZ, C. (2006), “Kommentar zum Urteil des EuGH Rs. C-295/04, Vincenzo Manfredi u.a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.”, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, s.418.

yaklaşımını sürdürdüğü görülmektedir¹⁶. Ayrıca, üye ülke düzenlemelerinde yer alması halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği, ancak bunun zorunlu olmadığı belirtilerek tazminat taleplerinin kapsamı ve zamanaşımı süreleriyle ilgili önemli tespitlerde bulunulmuştur.

1.2.2.1/2003 Sayılı Tüzük’le Getirilen Sistem Değişikliği

17/62 Sayılı Tüzüğün ihtiyaçları karşılama yetersiz kalması AB’de yeni bir düzenleme ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda, 1/2003 Sayılı Tüzük (Tüzük) 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Yeni Tüzükle, Komisyon ile üye devlet rekabet otoriteleri ve mahkemeleri arasında işbirliğinin sağlanmasının yanı sıra, Komisyon ve ulusal rekabet otoritelerinin soruşturma ve inceleme yetkilerinin genişletilmesi hedeflenmiştir¹⁷. Ayrıca, Komisyon’un iş yükünün hafifletilerek ağır rekabet ihlalleriyle mücadelede daha fazla zaman ve kaynak ayırabilmesi amaçlanmıştır¹⁸.

Tüzükle birçok konuda yeni düzenlemeler getirilmiş olmakla birlikte, burada konumuzla ilgili olanlara değinmekle yetineceğiz.

Tüzükle getirilen en önemli yeniliklerden birisi, bildirim ve izin sisteminin terk edilerek *yasal istisna* sistemine geçilmesidir. Buna göre, ABA madde 81/I kapsamına giren anlaşma, karar veya uyumlu eylemler ABA madde 81/III’teki koşulları taşımaları halinde ayrıca bir muafiyet kararına gerek olmaksızın hukuka uygun ve geçerli sayılırlar (Tüzük madde 1). Yeni sistemde teşebbüsler Komisyon’un muafiyet kararına artık ihtiyaç duymayacak, anlaşma, uyumlu eylem veya kararlarının ABA madde 81/III kapsamına girip girmediğini kendileri değerlendireceklerdir. Ancak, sonradan ortaya çıkabilecek bir ihtilaf üzerine Komisyon ya da ulusal rekabet otoriteleri veya mahkemeleri muafiyet koşullarının mevcut

¹⁶ STOCKENHUBER, P. ve R. WITTMANN (2007), “Private enforcement” jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtpraxis?”, *Wohnrechtliche Blätter*, Heft: 12, s.333.

¹⁷ ERDEM, H.E. (2007), 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri, *Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler*, İstanbul, s.206.

¹⁸ WEITBRECHT, A. (2003), “Das neue EG-Kartellverfahrensrecht”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, s.69.

olmadığına karar verebilecektir. Böylece, 17/62 Sayılı Tüzükte öngörülen *ex-ante* muafiyet denetimi yerine *ex-post* muafiyet denetimi getirilmiştir¹⁹.

Tüzüğün 3. maddesi ile ulusal rekabet otoriteleri ve mahkemelere, üye ülkeler arasındaki ticareti olumsuz etkileyen rekabet karşıtı anlaşma veya davranışlara iç hukuk hükümlerinin yanında AB rekabet kurallarını da uygulama yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece, AB rekabet kurallarının Ortak Pazar'da etkin biçimde uygulanması ve eşit rekabet koşullarının sağlanması amaçlanmıştır²⁰. Ayrıca, farklı yorumlar ve uygulamaların önüne geçmek amacıyla üye devlet mahkemelerinin Komisyon'dan bilgi ve görüş isteyebilecekleri öngörülmüştür (Tüzük madde 15).

Tüzüğün 5 ve 6. maddeleriyle ulusal mahkemeler ve rekabet otoriteleri ABA madde 81 ve 82'yi doğrudan uygulama konusunda yetkili kılınarak AB rekabet hukukunun uygulanmasına aktif olarak katılmaları sağlanmıştır²¹.

Ayrıca, üye devlet mahkemelerinin Komisyon kararları ile çelişen kararlar vermesi engellenmiştir (Tüzük madde 16). Böylece Komisyon kararları bağlayıcı hale getirilmiş, özel hukuk davalarında davacıya Komisyon kararlarına dayanmak suretiyle ABA madde 81 ve 82'ye aykırılığı ispatlama kolaylığı sağlanmıştır²².

Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında, Komisyon merkezli denetim-yaptırım sistemi yerine, üye ülke rekabet otoritelerinin ve mahkemelerinin de uygulamaya aktif bir şekilde katılımını sağlayan ve AB rekabet hukukunun uygulanmasında merkezîyetçi yapıya son veren yeni bir sistemin benimsendiği görülür²³. Özellikle, yasal istisna sistemi nedeniyle *ex-post* denetimin güçlenmiş olması, rekabet ihlalleriyle mücadelede özel

¹⁹ HAMMER, J. (2004), "Die Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln im Rahmen der VO 1/2003", ERA-Forum, Vol. 5, No: 1, s.8; Erdem 2007, s.208.

²⁰ Tüzük (8) Nolu Gerekçe.

²¹ Tüzük (7) Nolu Gerekçe.

²² Hölzel 2007, s.20.

²³ WISSENBACH, K. (2006), Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder –Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft: 60, Halle, s.8.

hukuk yaptırımlarının -ve dolayısıyla tazminat davalarının- önemini artırmıştır²⁴.

1.3. Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları

Gerek ATAD kararları, gerekse 1/2003 Sayılı Tüzük'le yasal istisna sistemine geçilmiş olması AB'de tazminat davalarına ilişkin reform çalışmalarının başlatılmasında önemli derecede etkili olmuştur. Bu kapsamda, ilk olarak Komisyon tarafından Ashurst isimli bir hukuk bürosuna üye ülkelerdeki tazminat taleplerine ilişkin mevcut uygulamalar ve bu alandaki sorunların tespitine yönelik bir araştırma yaptırılmıştır.

Araştırma sonucu hazırlanan raporda²⁵, 25 üye ülkedeki tazminat taleplerine ilişkin uygulamaların önemli ölçüde farklılıklar gösterdiği ve yeterince gelişmemiş olduğu ifade edilmiştir²⁶. Bunun başlıca nedenleri arasında, üye ülkelerin bir çoğunda rekabet ihlallerindeki tazminat istemlerine yönelik spesifik düzenlemelerin bulunmaması, toplu dava imkânının olmaması, cezalandırıcı tazminata yer verilmemiş olması, kusura dayalı sorumluluk esasının benimsenmiş olması, delillerin toplanması ve ispat yüküne ilişkin kolaylıklar sağlanmamış olması, ulusal mahkemelerin diğer ülke rekabet otoriteleri ve mahkemelerinin kararlarıyla bağlı olmaması, zamanaşımı sürelerinin farklı olması, yargılama masraflarının davayı kaybeden tarafça karşılanması ve başarıya endeksli avukatlık ücretinin (*Erfolgshonorar, contingent fee*) yasak olması gösterilmiştir.

Bu tespitleri dikkate alan Komisyon, yayınladığı “AB Rekabet Hukuku'nun İhlali Sebebiyle Açılacak Tazminat Davalarına İlişkin Yeşil Kitap” (Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts)²⁷ ile tazminat davaları alanındaki sorunlara yönelik çözüm önerilerini kamuoyunun tartışmasına açmıştır. Ayrıca, Komisyon bünyesindeki Rekabet Genel Direktörlüğü'nce bu konuda hazırlanmış olan Çalışma Belgesi'nde (Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen:

²⁴ Wagner 2007, s.1; BORNKAMM, J. ve M. BECKER (2005), “Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts”, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Heft: 3, s.215.

²⁵ ASHURST REPORT (2004), Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report, Ashurst, Brussels, s.1.

²⁶ Bu konuda raporda somut verilere de yer verilmiş, AB' de açılan tazminat davası sayısının 60 olduğu, bunlardan sadece 12 tanesinin AB hukuku ihlaline dayandığı ve 8'inin tazminatla sonuçlandığı ifade edilmiştir (s.1).

²⁷ KOM (2005) 672, 19.12.2005. (Aşağıda “Yeşil Kitap” olarak adlandırılacaktır.)

Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts)²⁸ Yeşil Kitap'taki öneriler hakkında açıklamalara ve ayrıntılı bilgilere yer verilmiştir. Bir süre sonra, AB Parlamentosu Yeşil Kitap Hakkındaki Kararı (Entschliessung des europäischen Parlaments zu dem Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts)²⁹ ile tazminat davaları alanında Komisyon tarafından yapılması gereken düzenlemelere işaret etmiştir. Parlamento ve ilgili çevrelerin (dernekler, meslek örgütleri, birlikler, ilgili kurum ve kuruluşların) Yeşil Kitap hakkındaki görüşlerini açıklamalarının ardından, Komisyon 2 Nisan 2008'de yayınladığı “AB Rekabet Hukuku'nun İhlali Sebebiyle Açılacak Tazminat Davalarına İlişkin Beyaz Kitap” (Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts)³⁰ ve buna dair Çalışma Belgesi (Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules)³¹ ile yapılması gereken düzenlemeler hakkında somut öneriler sunmuş, ilgili kesimleri bir kez daha görüşlerini açıklamaya davet etmiştir.

Beyaz Kitap'ya yer alan önerilerin şekillendirilmesinde, ATAD kararlarının yanı sıra Yeşil Kitap hakkındaki görüş ve eleştirilerin de dikkate alındığı görülmektedir. Ayrıca, ABD ve bazı üye ülke uygulamalarından esinlenilmiş; fakat AB hukuk kültürü ile bağdaşmayacak düzenlemelerden kaçınmaya çalışılmıştır. Beyaz Kitap'taki öneriler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, tazminat davalarını daha etkin, yaygın ve kolay hale getirmeye yönelik metodlara yer verildiği görülmektedir.

Beyaz Kitap iki ana başlıktan oluşmaktadır. İlkinde, Beyaz Kitap'ın yayınlanma gerekçe ve amacına, ikincisinde çözüm önerilerine değinilmiştir. Beyaz Kitap'ın gerekçesi özetle şu şekilde açıklanmıştır³²:

“ATAD kararlarında da vurgulandığı üzere, ABA madde 81 ve 82'nin ihlali nedeniyle zarar gören kişi ve teşebbüslerin failden tazminat talep edebilmeleri mümkündür. Tazminat talepleri ile ilgili olarak üye devletlerin etkin bir hukuki yapı oluşturma yükümlülüğü bulunmasına

²⁸ SEC (2005) 1732, 10.02.2006. (Aşağıda “Çalışma Belgesi 2006” olarak adlandırılacaktır.)

²⁹ 2006/2207 (IND), 25.4.2007. (Aşağıda “Parlamento Kararı” olarak adlandırılacaktır.)

³⁰ KOM (2008) 165, 2.4.2008. (Aşağıda “Beyaz Kitap” olarak adlandırılacaktır.)

³¹ SEC (2008) 404, 2.4.2008. (Aşağıda “Çalışma Belgesi 2008” olarak adlandırılacaktır.)

³² Beyaz Kitap, s.2.

rağmen sadece bir kısmı bu alanda bazı adımlar atmıştır. AB rekabet kurallarının ihlalden zarar görenler bu güne kadar nadiren tazminat alabilmiştir ve talep edil(e)meyen tazminat miktarı her yıl milyarlarca Euro'ya ulaşmaktadır.

Bunun en önemli sebebi, üye devletlerin tazminat davaları hakkındaki maddi hukuk ve usul hukuku düzenlemelerinin içerdiği engellerdir. Esasen, tazminat gerektiren durumlar geleneksel sorumluluk hukuku ve usul hukuku kurallarınca göz önünde bulundurulmayan hususiyetler taşımaktadır. Bunlar arasında, vakıaların ve ekonomik bağlantıların tespit ve analizinin oldukça karmaşık oluşu, ihlalin ispatı bakımından önemli ve fakat davalının hâkimiyeti altında bulunan delillere ulaşmadaki güçlükler, hükmedilecek muhtemel tazminat miktarı ile davayı kaybetmenin yol açacağı maliyetler arasındaki fark sayılabilir. Rekabet ihlaline dayalı tazminat davalarının arzulan etkinliğe kavuşmamış olması sorunu, bu alanda AB çapında asgari standartlar getirilmesi suretiyle tekdüze uygulamaların ve hukuk güvenliğinin sağlanmasıyla giderilebilir.”

Beyaz Kitap'ın amacı hakkında ise şu ifadeler yer verilmiştir³³:

“Öncelikli hedef, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin zararlarının tam olarak giderilmesini sağlayabilmek için hukuki yapının bunlar lehine iyileştirilmesidir. Ancak etkin bir tazminat sistemi sayesinde rekabet ihlallerinin yol açtığı maliyetler zarar görenler ve rekabeti ihlâl etmeyen teşebbüsler yerine, failer üzerinde bırakılabilir. Ayrıca, böyle bir sistem birçok ihlalin ortaya çıkmasına imkân verdiğinden rekabet ihlalleri üzerinde önemli derecede caydırıcılık ta sağlanabilecektir.”

Bahsi geçen amaçlara ulaşma bakımından, AB hukuk kültürü ve geleneğine uygun tedbirlere yer vermeye çalışıldığı vurgulanmıştır. Ayrıca, ATAD'ın kural olarak zarar gören herkesin tazminat isteyebileceği yönündeki içtihatları doğrultusunda, “önerilen tedbirlerin zarar gören tüm grupları, ABA madde 81 ve 82'nin her türlü ihlâl biçimini ve tüm ekonomi dallarını kapsadığı” belirtilmiştir.

³³ Beyaz Kitap, s.3-4.

Aşağıda, sırasıyla Yeşil Kitap'taki alternatif çözüm önerileri, AB Parlamentosu'nun bu konudaki görüşleri ve nihayet Beyaz Kitap'ta yer alan öneriler hakkında bilgi vereceğiz.

1.4. Reform Çalışmalarında Ele Alınan Meseleler ve Çözüm Önerileri

1.4.1. Delillerin Açığa Çıkarılması ve İspat Kolaylığı

Rekabet ihlaline dayalı tazminat davaları alanındaki temel sorunlardan biri, delillerin çoğu kez ihlali gerçekleştirenlerin hâkimiyeti altında olması ve davacının bunlara ulaşmasındaki güçlüklerdir. Bu sorun, henüz rekabet otoritesince ihlale ilişkin bir karar verilmeden önce açılan davalarda (*stand-alone action*) daha fazladır. Oysa, davacının delillere ulaşmasının önündeki engellerin giderilmesi tazminat davalarının yaygınlaşması bakımından son derece önemlidir. Komisyon, Yeşil Kitap'ta delillerin açığa çıkarılması konusunda üye ülkelerde farklı düzenlemeler bulunduğuna işaret ederek, bu alanda uygulama birliği ve etkinlik sağlamak amacıyla getirilebilecek bazı çözüm önerilerini seçenekler halinde sunmuştur³⁴.

İlk öneri, taraflardan birisinin hukuki olguları detaylı bir şekilde ortaya koyması ve diğer tarafın hâkimiyeti altındaki delilleri belirtmesi halinde (*Fact-Pleading*) mahkemenin söz konusu delillerin ortaya çıkartılmasına karar verebilmesidir. Ancak, mahkemenin bu kararı ihtilafı ilgili ve aleyhinde iddiada bulunan tarafa aşırı külfet gerektirmeksizin erişilebilen dökümanlarla sınırlı olmalıdır. Ortaya çıkarılacak delillerin tespitinde inisiyatif iddiada bulunan taraf yerine mahkemeye bırakılarak bu konuda aşırılığa kaçılması önlenmek istenmiştir.

İkinci öneri, Fact-Pleading sonrasında, mahkeme kararıyla bazı dökümanların ortaya çıkarılmasının zorunlu kılınması şeklindedir. Böylece, taraflarca belirtilmemiş olsa bile ispat bakımından önemli olan dökümanların ibrazı sağlanabilecektir.

Üçüncü öneri, Fact-Pleading sonrasında, taraflara ellerindeki belgelerin listesini diğer tarafa sunma yükümlülüğü getirilmesidir. Şayet mahkeme listeyi sunan tarafın ağır bir zarara maruz kalmayacağına kanaat getirirse diğer taraf listede yer alan belgelere erişebilecektir. Ancak bu yöntem, listedeki verilerin gerçeği yansıtmayabileceği, teşebbüslere aşırı

³⁴ Yeşil Kitap, s.6; Çalışma Belgesi 2006, s.34 vd. (Opsiyon 1-5).

külfet getireceği ve dava masraflarını artıracığı gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁵.

Dördüncü öneri, belgelerin açıklanmasını temin amacıyla tarafların dava konusu delilleri yok etmeleri halinde, para ya da hapis cezasına çarptırılmaları ve/veya iddia ve savunmalarının dikkate alınmaması şeklinde usule ilişkin yaptırımlar getirilmesidir.

Beşinci öneri, mahkemelere ihlale ilişkin delillerin korunması için hızlı, etkin ve geçici önlemlerin alınmasına karar verebilme yetkisinin tanınmasıdır. Bu yöntemin etkin biçimde uygulanabilmesi amacıyla, taraflara henüz dava açılmadan önce de hâkimden söz konusu önlemleri almasını isteme imkânı getirilmektedir. Ancak bunun için, talepte bulunan tarafın ihlalin varlığına inandırıcı delilleri sunması gerekir.

Bu önerilere getirilen temel eleştiri, birçoğunun ticari sırların ortaya çıkmasına yol açabilecek (ya da bu amaçla kötüye kullanılacak) nitelikte olması³⁶ ve üye ülkelerin tümünde işletme sırlarını korumaya yönelik yeterli düzenlemelerin bulunmamasıdır³⁷.

Komisyon, tazminat davalarında ispat yükünün davacıda olmasının getirdiği sorunları da dikkate almış ve Yeşil Kitap'ta bu konuda bazı çözüm önerileri getirmiştir³⁸.

Bunlardan ilki, ihlalin varlığının tespitine ilişkin rekabet otoritelerince verilen kararların mahkemeleri bağlayıcı olması ya da böyle

³⁵BUNDESMINISTERIUM FÜR SOZIALE SICHERHEIT, GENERATIONEN UND KONSUMENTENSCHUTZ (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, http://www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_ssgk_de.pdf, Erişim Tarihi: 02.01.2009, s.6.

³⁶ZENTRALE ZUR BEKÄMPFUNG UNLAUTEREN WETTBEWERBS E.V. FRANKFURT AM MAIN (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, <http://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=1264>, Erişim Tarihi:05.01.2009, s.3.

³⁷BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE E.V. (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bdi.pdf, Erişim Tarihi: 03.01.2009, s.5.

³⁸Yeşil Kitap, s.7; Çalışma Belgesi 2006, s.36-37 (Opsiyon 8-10).

bir kararın varlığı halinde ispat yükünün yer değiştirmesidir. Böylece, rekabet otoritesi kararı sonrasında açılan davalarda (*follow-on action*) davacıya önemli ölçüde ispat kolaylığı getirilmektedir. Ancak bu öneri mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁹. Ayrıca, bağlayıcılık etkisinin, ancak rekabet otoritesi önünde hukuki dinlenilme hakkını kullanmış olan teşebbüslerle sınırlı tutulması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁰.

İkinci öneri, taraflar arasında bilgi asimetrisinin söz konusu olduğu durumlarda ispat yükünün davacı lehine yer değiştirmesidir.

Üçüncü öneri ise, davalının haklı gerekçeler olmaksızın delilleri ortaya çıkarmaktan kaçınması halinde, davacının iddialarını ispat ettiğinin varsayılması ya da ispat yükünün (davalı aleyhine) yer değiştirmesi veya hakimnin bu hususu delillerin değerlendirilmesinde dikkate alabilmesidir.

AB Parlamentosu ise, rekabet kurallarını uygulayan otoritelerin ispat yükü bakımından homojen kriterlere göre karar vermeleri ve taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, rekabet otoritelerince verilmiş ve kesinleşmiş kararların, aleyhine karar verilen tarafın özel hukuk davalarında kusurlu olduğu yönünde karine oluşturması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak bunun için, davalıya rekabet otoritesince yürütülen soruşturma kapsamında kendisini savunma imkânı verilmiş olmalıdır⁴¹.

Komisyon, Beyaz Kitap'ta taraflar arasındaki bilgi asimetrisini bertaraf edici önlemler alınması ve delillere erişimin kolaylaştırılması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, Yeşil Kitap'taki önerilere yönelik bazı eleştirileri dikkate alarak, delilleri açığa çıkarmaya ilişkin yükümlülüklerin yol açacağı sakıncaların (özellikle kötüye kullanma riskinin) giderilmesi gerektiğine işaret etmiş ve şu önerileri getirmiştir⁴²:

- Üye devlet mahkemeleri, belirli koşullarda taraflar ya da üçüncü kişilere davayla ilgili delilleri açığa çıkarmalarını emredebilmelidir.
- Mahkemelerce bu yönde bir karar verilebilmesi için davacının,

³⁹ LÜBBİG, T. ve M. LE BELL (2006), "Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen", Wettbewerb in Recht und Praxis, s.1212.

⁴⁰ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt am Main 2006, s.4.

⁴¹ Parlamento Kararı, N.11, 13.

⁴² Beyaz Kitap, s.5-6.

- Tüm vakıalar ile makul şekilde erişilebilir nitelikteki delilleri belirtmesi ve bunların kendisinin rekabet ihlali sonucu zarar görmüş olduğuna inandırıcı nitelikte olması,
 - İddialarının temellendirilmesi için gerekli olan delilleri sunmasının başka şekilde mümkün olmadığını mahkemeyi ikna edecek biçimde ortaya koyması,
 - Açığa çıkartılmasını talep ettiği farklı delil kategorilerini tam olarak bildirmesi,
 - delillerin açığa çıkarılması yönündeki talebinin dava bakımından önemli, gerekli ve makul olduğuna mahkemeyi inandırması gerekir.
- Pişmanlık programı kapsamındaki beyanlar ve rekabet otoritelerince yürütülen soruşturmaların gizliliğine hanel gelmemesi için gerekli koruma sağlanmalıdır.
 - İlgili delillerin yok edilmesinin veya bu delillerin açığa çıkarılması yönündeki mahkeme kararına uyulmamasının önüne geçilebilmesi için mahkemelerin -ilgili taraf aleyhine karar verebilme imkânı da dahil olmak üzere- gerekli caydırıcı yaptırımları uygulama yetkisine sahip olmaları gerekir.

Ayrıca, Komisyon ulusal rekabet otoritelerinin kararlarının ardından açılan davalar bakımından ispat kolaylığı sağlamaya yönelik bir öneri getirmiştir. Buna göre, “ulusal mahkemeler ABA madde 81 ve 82’nin kapsamına giren bir davranışla ilgili olarak bakmakta oldukları tazminat davalarında, söz konusu davranışın rekabeti ihlâl ettiğine dair Avrupa Rekabet Ağı’na dahil bir üye ülke rekabet otoritesi ya da mahkemesi tarafından daha önce verilmiş ve kesinleşmiş kararlara aykırı kararlar veremeyeceklerdir.”⁴³

Bu sayede, hem tazminat davasına bakan mahkemenin hakkında daha önce karar verilmiş bir ihlale ilişkin ikinci bir inceleme yapması nedeniyle oluşacak zaman ve masraf kaybı önenebilecek, hem de ABA

⁴³ Önerinin mefhum-u muhalifinden,

i) ECN’ye dahil olmayan üye ülke rekabet otoriteleri ve mahkemelerince verilmiş,

ii) ECN’ye dahil bir üye devlet rekabet otoritesince veya mahkemesince verilmiş ve fakat henüz kesinleşmemiş,

iii) ECN’ye dahil bir üye devlet rekabet otoritesince veya mahkemesince ilgili davranışın rekabeti ihlâl etmediği yönündeki kararların bağlayıcı etkiye sahip olmayacağı sonucu çıkmaktadır.

madde 81 ve 82'nin tek düze uygulanması suretiyle hukuk güvenliği sağlanabilecektir⁴⁴.

1.4.2. Tazminat Sorumluluğunun Dayandığı Esas

Rekabet ihlallerine dayalı tazminat davalarında yaşanan sorunlardan bir diğeri, davalının ihlaldeki kusurunu ispatlamada karşılaşılan güçlüklerdir. Komisyon, ABA madde 81 ve 82'ye aykırılık sebebiyle tazminat istenebilmesi için kusurun varlığının gerekip gerekmediği konusunda üye ülkelerde farklı uygulamaların bulunduğuna işaret etmiştir. Buna göre, üye ülkelerin bir kısmında kusursuz sorumluluk esasını benimsenmekte⁴⁵, bir kısmında ise hukuka aykırılığın tespiti aynı zamanda kusurun varlığı yönünde kârîne oluşturmaktadır⁴⁶. Komisyon, davacı lehine ispat kolaylığı sağlayan bu tür uygulamalara müdahale etme gereksinimi duymamaktadır.

Buna karşın, bazı üye ülkelerde tazminata hükmedilebilmesi için kusur şartı aranmaktadır⁴⁷. Davacıya kusurun varlığını ispat yükü getiren bu tür düzenlemeler tazminat davaları üzerinde negatif bir etki doğurmaktadır. Bu olumsuzluğun giderilmesi amacıyla Komisyon Yeşil Kitap'ta bir takım öneriler getirmiştir⁴⁸.

Getirilen önerilerden ilki, kusurun sorumluluk şartı olmaktan çıkartılması ve hukuka aykırı davranışın işlenmiş olmasının bizatihi kusur olarak değerlendirilmesi, ya da hukuka aykırılığın kusurun varlığı bakımından kesin kârîne oluşturmalarıdır. Komisyon, böyle bir düzenlemenin ATAD kararlarına da uygun olduğunu ve rekabet ihlallerinin yarattığı ciddi sonuçlar göz önünde bulundurulduğunda davalılar yönünden gayri adil bir uygulama oluşturmayacağını belirtmiştir.

İkincisi, hukuka aykırı davranışın işlenmiş olmasının bizatihi kusur teşkil etmesi şeklindeki kuralın sadece ağır ihlaller bakımından söz konusu olmasıdır.

⁴⁴ Beyaz Kitap, s.6-7.

⁴⁵ Bunlar arasında Çek Cumhuriyeti, İrlanda, Kıbrıs, Slovakya ve İngiltere yer almaktadır (Çalışma Belgesi, 2006, s.38, dn.65).

⁴⁶ Söz konusu ülkeler Belçika, Almanya, Estonya, Fransa, İtalya, Letonya, Litvanya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Hollanda, Avusturya ve Slovenya'dan oluşmaktadır. (Çalışma Belgesi 2006, s.38, dn. 66).

⁴⁷ Bunlar Danimarka, Yunanistan, İspanya, Polonya, Portekiz, Finlandiya ve İsveç'tir (Çalışma Belgesi 2006 s.38).

⁴⁸ Çalışma Belgesi 2006, s.40-41 (Opsiyon 11-13).

Üçüncüsü, rekabet normlarının ihlalinin ortaya konması kusurun varlığına delalet etmekle birlikte, davalıya ihlalin fiilî ya da hukuki hatasından kaynaklandığını ispat edebilme olanağının tanınmasıdır. Her ne kadar burada hukuka aykırılığının tespiti davalı aleyhine bir durum yaratmakta ise de, davalı iyiniyetli olarak (fiilin hukuka aykırı olmadığı düşüncesiyle) hareket etmiş olması halinde tazminat ödemekten kurtulabilecektir. Bu öneri, “hukuka aykırılığın, kusurun varlığı bakımından kesin karine oluşturması” yönündeki öneriye nazaran davacı açısından daha az güvence sağlamaktadır ve zarar görenlerin bazı durumlarda tazminat alamamalarına yol açabilecek niteliktedir. Ancak, bu olumsuzluk teşebbüslerin basiretli davranışları yönündeki yükümlülüklerinin artırılmasıyla önemli ölçüde giderilebilecektir.

Komisyon, Beyaz Kitap'ta kusursuz sorumluluk esasının benimsendiği ve hukuka aykırılığın aynı zamanda kusurun varlığına dair karine oluşturduğu üye ülke uygulamalarının sorun yaratmadığı şeklindeki düşüncelerini tekrarlamıştır. Davacıya kusurun varlığını ispat yükü getiren düzenlemelerin tazminat davaları üzerindeki olumsuzluklarının azaltılması bakımından ise şu öneride bulunmuştur⁴⁹:

• ABA madde 81 veya 82'nin ihlâl edildiğinin zarar gören tarafından ispatlanması durumunda, fail meydana gelen zarardan sorumlu olmalıdır, meğer ki ihlalin *mazur görülebilir bir hatadan kaynaklandığını* ispatlayabilsin.

• Davanın rekabeti ihlâl ettiğinin basiretli bir kişi tarafından dahi bilinmeyecek olması halinde *mazur görülebilir bir hata* söz konusudur.

1.4.3. Tazminatın Kapsamı

Rekabet ihlali neticesi meydana gelen zararın giderilmesi amacıyla sınırlı olan geleneksel tazminat anlayışı, zarar görenleri dava açma konusunda yeterince teşvik etmemekte ve rekabet ihlalleri ile mücadelede yetersiz kalabilmektedir. Bu nedenle, ABD gibi bazı ülkelerde tazminat davalarını teşvik etmek ve ihlaller üzerindeki caydırıcılığı artırmak amacıyla zarar görenler lehine üç kat tazminata hükmedilebilmektedir.

Geleneksel tazminat anlayışının sakıncalarını göz önünde bulunduran Komisyon, tazminatın kapsamını genişletmek ve bu sayede

⁴⁹ Beyaz Kitap, s.7-8; Çalışma Belgesi 2008, s.52-54.

tazminat davalarını yaygınlaştırmak amacıyla Yeşil Kitap'ta bazı öneriler getirmiştir⁵⁰.

Bunlardan ilki, zarar görenin failin ihlalden elde ettiği kazancı isteyebilmesidir. Bu konuda iki ayrı yol izlenebilecektir:

- a) Zarar görenin, failin ihlalden sağladığı kazancın tamamını talep edebilmesi, daha sonra bunun tüm zarar görenler arasında paylaşılması.
- b) Zarar görenin, failin ihlalden sağladığı kazancın tamamını değil, kendisiyle yaptığı işlemlerden elde ettiği kazancı talep edebilmesi.

İkinci öneri, rekabeti kısıtlayan yatay anlaşmalarda -otomatik ya da mahkemenin takdirine bağlı olarak- iki katı tazminata hükmedilmesidir. Bu öneri çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. İlk olarak, iki katı tazminatın cezalandırma niteliği taşıdığı ve bu yüzden devletin cezalandırma erkine müdahale teşkil edeceği belirtilmiştir⁵¹. Ayrıca, pişmanlık programları üzerinde olumsuz etkiler yaratabileceği, caydırıcılığın yüksek idari para cezaları veya diğer cezalarla da sağlanabileceği ileri sürülmüştür⁵². Bunun dışında, uyuşmazlıkların taraflar arasındaki sulh anlaşmaları ile mahkeme dışında çözümlenmesini teşvik ettiğinden, AB rekabet kurallarının tek düze ve etkin biçimde uygulanması yönündeki toplumsal yarardan ziyade bireysel menfaatlara hizmet edeceği, failerin müteselsilen sorumlu olacakları düşünüldüğünde teşebbüslerin iflasına neden olabileceği ifade edilmiştir⁵³.

Üçüncü öneri, tazminat davalarını teşvik etmek amacıyla faizin, ihlalin ya da zararın gerçekleştiği tarihten itibaren işletilmesidir. Bu kapsamda, faiz oranlarının artırılması ve/veya bileşik faiz uygulanması bir diğer seçenek olarak sunulmuştur.

⁵⁰ Çalışma Belgesi 2006, s.53-54 (Opsiyon 14-17).

⁵¹ DEUTSCHER INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMERTAG (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, http://www.dihk.de/inhalt/themen/rechtundfairplay/stellungnahmen/schadenersatz_wettbewerb.pdf, Erişim Tarihi: 05.01.2009, s.4.

⁵² Hölzel 2007, s.29.

⁵³ DIEMER, C. (2006), "The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules", European Competition Law Review, Vol. 27, s.315.

AB Parlamentosu ise, sebepsiz zenginleşmeye yol açmaması amacıyla, tazminatın fiilî zararı ve uğranılan kaybı aşmaması ve özellikle cezalandırıcı tazminatla ilgili olarak üye devletlerin kamu düzenlerinin göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, faizin ihlâl tarihinden itibaren hesaplanmasını önermiştir⁵⁴.

Komasyon Beyaz Kitap'ta ATAD'ın "Manfredi" kararında ne tür zararların tazmin edilmesi gerektiğine ilişkin tespitlerine katıldığını belirtmiştir. Hatırlanacağı üzere, söz konusu kararda, zarar görenlerin uğradıkları gerçek zararın tam olarak giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda, zarar görenler rekabet ihlali neticesinde uğradıkları fiilî zararların ve mahrum kaldıkları kârın yanısıra faiz de talep edebileceklerdir⁵⁵. Ancak, asıl sorun zararın hesaplanmasında ortaya çıkmaktadır. Zira, zarar görenin ihlâl sonrası ekonomik durumu ile, şayet ihlâl gerçekleşmeseydi içinde bulanacağı durum arasındaki farkın tam olarak hesaplanması oldukça zordur ve hatta çoğu kez mümkün olmayabilir. Bu nedenle, Komasyon zararın hesaplanmasında karşılaşılan güçlükleri gidermek amacıyla, farklı metotlar içeren ve üye ülkeler bakımından bağlayıcılığı olmayan bir rehber hazırlanacağını belirtmiştir

1.4.4. Zararın Yansıtılması Savunması ("passing on defence") ve Dolaylı Alıcıların Dava Hakkı

Kartel anlaşması veya hâkim durumun kötüye kullanılması neticesinde mal veya hizmetlerin fiyatlarının artması, doğrudan alıcıların rekabetin ihlâl edilmediği piyasalara nazaran daha yüksek fiyat ödemelerine ve zarar görmelerine neden olur. Ayrıca, doğrudan alıcıların zararlarının bir kısmını ya da tamamını bayi, perakendeci, tüketici gibi sonraki (dolaylı) alıcılara yansıtılmaları halinde bunlar da ihlâl sebebiyle zarara uğrayabilirler.

Bu konuda iki önemli sorun ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, doğrudan alıcı tarafından açılan tazminat davasında mahkemenin zararın kısmen veya tamamen sonraki alıcılara yansıtılmış olmasını dikkate alıp almayacağıdır. Diğer bir ifadeyle, davalının zararın sonraki alıcılara

⁵⁴ Parlamento Kararı, N.17, 18. Parlamento Kararı'nın taslak metninde yer alan "kartel anlaşmalarında mahkemelere zararın iki katı tazminata hükmetme yetkisi" nihai metinde yer almamıştır. Taslak metni için bkz

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0133&language=DE&mode=XML#title1>, Erişim Tarihi: 05.01.2009.

⁵⁵ Beyaz Kitap, s.8.

yansıtıldığı yönündeki savunmasına itibar edilip edilmeyeceğidir. İkincisi ise, dolaylı alıcıların zararlarının tazminini isteyip isteyemeyeceğidir.

Amerikan hukukunda, zararın yansıtılması (intikali) savunması prensip olarak dikkate alınmamakta ve dolaylı alıcıların tazminat istemleri kabul edilmemektedir⁵⁶. Nitekim, Federal Mahkeme 1968 yılında verdiği “*Hannover Shoe*” kararında, zararın yansıtılması savunmasının yapılamayacağını, aksi takdirde tazminat davalarının içinden çıkılması zor bir hâl alacağını, zararın dağılması ve küçülmesi nedeniyle zarar görenlerin dava açma isteklerinin kırılabileceğini ve bunun neticesinde rekabet hukukunun uygulanmasında tazminat davalarından beklenen yararın sağlanamayacağını ifade etmiştir⁵⁷. 1977 yılında verdiği “*Illinois Brick*” kararıyla bir adım daha ileri giderek, dolaylı alıcıların tazminat talep edemeyeceklerini belirtmiştir⁵⁸.

ATAD içtihatlarına bakıldığında, zararın intikali savunması ve dolaylı alıcıların dava hakkına ilişkin doğrudan ifadelere yer verilmediği görülür. Ancak, “*Courage*” ve “*Manfredi*” kararlarından ATAD’ın bu konudaki yaklaşımı hakkında ipuçları elde etmek mümkündür. Gerçekten de, söz konusu kararlarda ulusal mahkemelerin davacının sebepsiz (haksız) zenginleşmesine yol açmasını önleyici kararlar verebileceği ve ihlâl ile zarar arasında nedensellik bağı bulunması halinde, herkesin meydana gelen zararının tazminini isteyebileceği belirtilmiştir. Buna göre, şayet davacının tazminat talebi zararını dolaylı alıcılara yansıtmış olması nedeniyle sebepsiz zenginleşme yaratacaksa⁵⁹ davalının bu yöndeki (zararın yansıtılmış olduğu) savunması mahkemelerce dikkate alınabilecek ve bu AB rekabet hukukuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Öte yandan, “*herkes*” kavramı dolaylı alıcıları da kapsadığından, ihlâl ile zarar arasında nedensellik bağı ispatlamaları halinde bunlar da tazminat isteyebileceklerdir.

⁵⁶ Wagner 2007, s.21.

⁵⁷ *Hannover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481 (1968).

⁵⁸ *Illinois Brick Co v. Illinois*, 431 US 720 (1977). Buna karşın, ABD’de dolaylı alıcıların rekabet ihlallerine karşı önleme davası açma hakları vardır. (RÖHLING, A. (2006), “Die passing-on defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts”, Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, s.1123).

⁵⁹ Bu arada, zarar yansıtılmış olsa bile, tazminat talebinde bulunulması, her zaman sebepsiz zenginleşmeye yol açmayabilir. Örneğin, fiyattaki artış sebebiyle satışları ya da müşteri çevresi azalan ilk alıcılar bakımından durum böyledir.

Zararın intikali savunması ve dolaylı alıcıların tazminat talepleriyle ilgili olarak Komisyon Yeşil Kitap'ta dört farklı öneri sunmuştur⁶⁰.

Birinci öneri, davalının zararın intikali savunmasının kabul edilerek hem doğrudan hem de dolaylı alıcılara tazminat hakkının tanınmasıdır. Bu yöntemde, toplam tazminatın doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında paylaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla, zararın ne kadarının kimlere aktarıldığının tespitinde önemli güçlüklerle karşılaşılacaktır. Ayrıca, doğrudan alıcıların zararın intikali nedeniyle, dolaylı alıcıların ise zararın ne kadarının kendilerine yansıtıldığını ispatlamadaki güçlükler sebebiyle tazminat davası açamamaları riskini beraberinde getirmektedir⁶¹.

İkinci öneri, zararın intikali savunmasının kabul edilmemesi ve sadece doğrudan alıcılara tazminat hakkının tanınmasıdır. Doğrudan alıcıların ihlalin ve zararın miktarının tespitiyle ilgili delillere ulaşılma kolaylığı dikkate alındığında, bu yöntemin caydırıcılık etkisi daha fazladır. Bununla birlikte, doğrudan alıcıların sebepsiz zenginleşmesine yol açabilecek niteliktedir. Diğer yandan, doğrudan alıcıların (örneğin failin hâkimiyeti altında olmaları nedeniyle) dava açmaması halinde yöntemden beklenen fayda sağlanamayacaktır⁶². Ayrıca, bu yöntem tüketicilerin haklarını korumakta yetersiz kalmaktadır. Bu hususu dikkate alan Komisyon, yöntemin uygulanmasında doğrudan alıcıların yanı sıra tüketicilere de dava hakkı tanınabileceğini belirtmiştir⁶³.

Üçüncü öneri, zararın intikali savunmasının kabul edilmeyerek hem doğrudan hem de dolaylı alıcılara tazminat hakkının tanınmasıdır. Ancak bu yöntem davalının meydana gelen zarardan daha fazla tazminat ödemesine yol açabilecek niteliktedir. Bununla birlikte, caydırıcılık etkisi oldukça fazla ve zarar görenleri dava açmaya teşvik edicidir.

Dördüncü öneri iki aşamalıdır. İlk aşamada, zararın yansıtılması savunması kabul edilmeyerek zarar görenlerin tamamına dava hakkı tanınmaktadır. İkinci aşamada, tazminat zarar görenler arasında paylaşılır. Bu model teknik olarak zor olmakla birlikte, tüm zarar görenlerin zararının giderilmesine olanak sağlar. Fakat, zararın tamamını

⁶⁰ Çalışma Belgesi 2006, s.62 vd. (Opsiyon 21-24).

⁶¹ Yeşil Kitap, s.9.

⁶² Failin kontrolü altında olmaları nedeniyle doğrudan alıcıların dava açmaması riskine karşı Amerikan hukukunda bir sonraki alıcıya dava hakkı tanınmaktadır (Wagner 2007, s.22).

⁶³ Çalışma Belgesi 2006, s.62.

yansıtılmış olan ilk alıcılar bu sürecin dışında kalmayı tercih edebileceklerdir. Zira, uygulamanın sonunda ellerine hiç bir şey geçmeyecektir⁶⁴.

AB Parlamentosu ise, zarar gören herkesin dava açabileceği yönündeki ATAD içtihatlarına işaret ederek, dolaylı alıcıların taleplerinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, sebepsiz zenginleşmelerin önlenmesi için davalıya zararın yansıtıldığı yönünde savunma yapabilme imkânı verilmesi, bu yüzden de küçük meblağlı çok sayıda talebin ele alınabildiği yargılama usullerinin (toplu davaların) getirilmesinin önemine değinmiştir⁶⁵.

ATAD'ın "*Manfredi*" kararındaki yaklaşımını göz önünde bulunduran Komisyon, davalının zararın intikali savunmasının kabul edilmemesinin, zararını sonraki alıcılara yansıtılmış olan ilk alıcıların sebepsiz zenginleşmesine ve davalılar açısından zararın birden fazla tazminine yol açabileceğini belirterek Beyaz Kitap'ta şu öneriyi getirmiştir: "Davalı, zararın intikali savunmasını yapma hakkına sahip olmalıdır. Ancak, davalının bu savunmasını ispatında aranan ispat ölçüsünün, davacının zararını ispatlarken yerine getirmesi gerekenden daha az olmaması gerekir."⁶⁶

Ayrıca, Komisyon *zarar gören herkesin* dava açabilmesi ilkesinin dolaylı alıcıları da kapsadığını ifade etmiştir⁶⁷. Bununla birlikte, dolaylı alıcılar ihlalin doğrudan muhatabı olmadıklarından, zararın kendilerine yansıtıldığını ve yansıtılan miktarı ispat etmekte güçlüklerle karşılaşabileceklerdir. İspat edememeleri durumunda ise, zararlarının giderimi söz konusu olmayacağı gibi, bu durum failin haksız zenginleşmesine de yol açacaktır. Bu sebeple, Komisyon "dolaylı alıcılar lehine, zararın tamamının kendilerine yansıtıldığına dair kesin olmayan bir karinenin kabul edilmesi gerektiğini" belirtmiştir⁶⁸.

1.4.5. Kolektif Hak Arama Yolları: Toplu Davalar

Rekabet ihlalleri bazen küçük miktarlarda yaygın zararlara yol açabilirler. Bu durumda zarar gören tüketiciler ve küçük işletmeler yargılama

⁶⁴ Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. 2006, s.13.

⁶⁵ Parlamento Kararı, N.20.

⁶⁶ Beyaz Kitap, s.7; Çalışma Belgesi 2008, s.65.

⁶⁷ Beyaz Kitap, s.4.

⁶⁸ Beyaz Kitap, s.9.

giderleri, zaman kaybı ve davayı kaybetme riski gibi nedenlerle dava açmaktan kaçınabilirler⁶⁹ Bunların birçoğunun dava açması ise davacı, davalı ve yargı organları bakımından önemli külfetleri beraberinde getirebilir. Gerçekten de, böyle bir durumda her bir davacı açtığı davayla ilgili masraf ve riskleri tek başına üstlenmek, davalı birden fazla davayla uğraşmak ve bunun için işletme faaliyetlerinden ayrıca zaman ayırmak, yargı ise aynı konudaki çok sayıda talep hakkında ayrı ayrı karar vermek durumunda kalmaktadır. Toplu davalar, küçük ve yaygın zararların giderilmesine hizmet etmekle kalmaz; çok sayıda uyuşmazlığın tek bir dava ile çözümüne imkân vermesi bakımından usul ekonomisine de önemli katkılar sağlar.

Komisyon, Yeşil Kitap'ta kolektif hak arama yöntemi olarak üç ayrı toplu dava modelinden bahsetmektedir. Bunlar, Temsilci Davası (*Stellvertreterklage*), Sınıf Davası (*Gruppenklage*) ve Kamu Yararına Dava'dır (*Rechtsstreit im öffentlichen Interesse*).

Temsilci davası, bir gerçek veya tüzel kişi (örneğin tüketici birliği) tarafından belirli bir kişi grubunu (örneğin birlik üyelerini) temsilen ve onların haklarını korumak amacıyla açılan davadır. Sınıf davası, belirli veya tanımlanabilir kişi grubunun haklarını korumak amacıyla, çok sayıda talebin topluca ileri sürülebilmesine imkân veren davadır. Kamu yararına dava ise, belirli kişilerin değil kamunun adına yürütülür. Hükmedilen tazminat, davayı açan gerçek veya tüzel kişiye ya da zarar görenlere ödenebilir⁷⁰.

Komisyon, bilhassa temsilci davası ve sınıf davalarının tüketicilerin haklarının korunmasında önemli bir rol oynadığını belirtmiştir. Zira, söz konusu davalar zaman ve masraf tasarrufunun yanı sıra, davacıların (tüketicilerin) iyi organize olmuş ve daha fazla ekonomik güce sahip davahılar (teşebbüsler) karşısında pozisyonlarını güçlendirmelerini sağlar⁷¹.

⁶⁹ GLÖCKNER, J. (2007), "Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts,- Der Zweck heiligt die Mittel nicht; er bestimmt sie!", Wettbewerb in Recht und Praxis, Heft: 5, s.493; GRUBER, J. P. (2006), "Schadenersatz und Kartellrecht- das Grünbuch der Kommission-", Medien und Recht-International Edition, Heft: 1, s.20-21.

⁷⁰ Çalışma Belgesi 2006, s.65.

⁷¹ Çalışma Belgesi 2006, s.66.

Amerikan hukukunda sınıf davaları (*class action*) açıkça düzenlenmiştir ve oldukça yaygın bir uygulamaya sahiptir⁷². Bu sayede küçük ve fakat yaygın zararların giderilmesi mümkün olabilmektedir. Buna karşın, AB üyesi ülkelerin çoğunda tazminat istemlerini içeren toplu dava şekli mevcut değildir⁷³.

Yeşil Kitap'ta toplu dava konusunda iki öneriye yer verilmiştir⁷⁴. Bunlardan ilki, tüketicilerin ayrı dava açma hakları saklı kalmak suretiyle, tüketici birliklerine dava açma yetkisi verilmesidir. Bu durumda, dava açabilecek yetkili birliklerin belirlenmesi (tescil veya izin sistemi getirilmesi ya da doğrudan mahkemece belirlenmesi), tazminatın nasıl dağıtılacağı (birliğe mi yoksa üyelere mi ödeneceği), ödenecek tazminatın hesaplanması (birliğe ödenecek tazminatın failin elde ettiği kazanç, üyelere ödenecek tazminatın ise uğradıkları zarara göre hesaplanması) gibi konuların da açıklığa kavuşturulması gerektiği Komisyon tarafından belirtilmiştir⁷⁵.

İkinci öneri, üretim ya da dağıtım zincirinde yer alan toptancı ya da perakendeci gibi ara alıcılara da toplu dava imkânının verilmesidir.

Ancak bu öneriler, toplu davaların hukuki dinlenilme hakkını ihlâl ettiği⁷⁶ ve -Amerika uygulamasında karşılaştığı üzere- kötüye kullanılabileceği⁷⁷ gerekçesiyle eleştirilmiştir.

⁷² ZIRNGIBL, E. (2006), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess in den USA und Deutschland, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universität Augsburg, München, s.23; ÖZSUNAY, E. (2005), "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Kayseri, s.123.

⁷³ Komisyon, AB üyesi ülkelerdeki toplu davaların daha ziyade önleme ve durdurma istemleriyle sınırlı olduğunu, tazminat talebine imkan veren toplu dava modellerinin sadece İsveç ve İngiltere'de bulunduğunu belirtmektedir. (Çalışma Belgesi 2006, s.66 vd.). Amerikan hukukundaki sınıf davalarında mahkeme kararı adlarına dava açılan gruba dahil tüm kişiler bakımından bağlayıcıdır. Ancak bu kural henüz dava sonuçlanmadan davanın dışında kalmak istediğini beyan eden kişiler bakımından uygulanmaz (opt-out model). Bkz. Zirngibl 2006, s.68. İsveç hukukunda ise mahkeme kararı yalnızca adına dava açılan gruba dahil olmak istediğini açıkça beyan eden kişileri kapsar (opt-in model). Bkz. Çalışma Belgesi 2006, s.67.

⁷⁴ Çalışma Belgesi 2006, s.68 vd. (Opsiyon 25-26).

⁷⁵ Yeşil Kitap, s.10.

⁷⁶ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt am Main 2006, s.9; Hölzel 2007, s.32.

⁷⁷ Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. 2006 s.14; Deutscher Industrie- und Handelskammertag 2006, s.5.

AB Parlamentosu ise, tüketicilere *doğrudan veya tüzükleri gereği bu konuda yetkili birlikler aracılığıyla* toplu dava açma imkânının verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁸.

Komisyon, Beyaz Kitap'ta etkin bir kolektif hukuki himaye sağlanabilmesi için birbirini tamamlayan ikili bir sistem önermiştir⁷⁹.

Bunlardan ilki, tüketici birlikleri, kamu kurumları veya meslek birlikleri tarafından belirli yahut tanımlanabilir bir grup adına dava açılmasına imkân veren Birlik Davaları'nın (*Verbandsklage*) getirilmesidir. Bu kapsamda, dava açmaya yetkili Birlikler bir üye devlet tarafından önceden resmen belirlenebileceği gibi, somut bir rekabet ihlaline mahsus olmak üzere (*ad hoc*) sonradan da yetkilendirilebileceklerdir.

Diğeri ise, mahkeme kararının yalnızca adına dava açılan gruba dahil olmak istediğini açıkça beyan eden kişileri kapsadığı (*opt-in model*) sınıf davalarına yer verilmesidir. Böylece, Birliklerin tazminat davası açmaması (ya da sınırlı kapasiteleri sebebiyle ihlallerin tümüne karşı dava açabilecek durumda olmamaları) halinde, zarar görenler haklarını toplu olarak arama imkânından mahrum kalmayacaklardır.

Ayrıca, Komisyon zarar görenlerin hak kaybına uğramamaları için söz konusu mekanizmaların yansıra, bireysel dava açma imkânlarının saklı tutulması gerektiğini belirtmiştir. Ancak, Komisyon bu durumun zararın birden fazla tazminine yol açmaması için gerekli düzenlemelerin yapılmasının önemine de vurgu yapmıştır.

1.4.6. Tazminat Davalarının Önündeki Bariyer: Yargılama Giderleri

Rekabet hukuku kaynaklı tazminat davaları karmaşık yapıları ve fazla zaman gerektirmesi nedeniyle diğer davalara nazaran yüksek maliyetlere yol açabilmektedir. Bu yüksek maliyetleri üstlenme riski, tazminat davalarını engelleyici bir etkiye sahiptir.

Komisyon tarafından hazırlatılan Ashurst Raporunda, yargılama giderleri alanındaki düzenlemeler bakımından iki soruna işaret edilmiştir⁸⁰.

Bunlardan ilki, davacının yargılama giderlerinin bir kısmını peşinen ödemek zorunda olmasıdır. Davacı, davayı kazanması halinde bu giderleri

⁷⁸ Parlamento Kararı, N.21.

⁷⁹ Beyaz Kitap, s.4-5.

⁸⁰ Çalışma Belgesi 2006, s.70.

davalıdan isteyebilme imkânına sahip olsa bile, çoğu kez uzun süren yargılama sonuna kadar beklemeyi göze almamakta ve dava açmaktan kaçınabilmektedir.

İkincisi, “kaybeden öder” (“*der Unterlegene zahlt*”, “*loser pays*”) prensibi gereği, davacının davayı kaybetmesi halinde yaptığı harcamalara ek olarak davalının masraflarını da üstlenecek olmasıdır. Kaybeden tarafın ödemesi kuralı, özellikle dava harçları, avukatlık ve bilirkişilik ücretlerinin dava değeri üzerinden hesaplandığı durumlarda davacının yüksek yargılama masraflarıyla karşı karşıya kalmasına neden olabilir. Ayrıca, bu kural düşük meblağlı tazminat istemleri bakımından sorun yaratabilecek niteliktedir. Zira, davacının talep ettiği tazminatla mütenasip olmayan yargılama giderleri ortaya çıkabilir. Bu itibarla, yargılama giderlerinin kaybeden tarafça ödenecek olması -bilhassa davayı kazanma ihtimalinin çok yüksek olmadığı durumlarda- zarar göreni dava açmaktan alıkoyabilecek niteliktedir.

Amerikan hukukunda da genel kural, yargılama masraflarının kaybeden tarafça karşılanmasıdır. Avukatlık ücretini ise taraflar kendileri öder. Buna karşın, rekabet hukuku davalarında davacının kazanması halinde avukatlık masrafları davalı tarafa yüklenmektedir. Fakat bu kural davalı bakımından işletilmemekte, davalı davayı kazansa bile avukatlık masraflarını kendisi karşılamaktadır. Bu uygulamanın arkasında tazminat davalarını teşvik amacı yatmaktadır⁸¹. Amerikan hukukuna özgü bir diğer uygulama, başarıya endeksli avukatlık ücretinin kararlaştırılabilmesidir. Buna göre, davanın kazanılması halinde avukat ücret olarak hükmedilen tazminatın belirli bir kısmını almakta, kaybedilmesi durumunda ise kendisine herhangi bir ödeme yapılmamaktadır⁸². Böylece, dava kaybedilse bile avukatlık ücreti ödeme riski ortadan kalkmaktadır. Bu yöntem AB üyesi bazı ülkelerde izin verilmekle birlikte, bazılarında yasaktır⁸³.

Komisyon, Yeşil Kitap'ta yargılama giderlerine ilişkin düzenlemeler konusunda üye devletlerde farklı uygulamalar bulunduğuna dikkat

⁸¹ BUNDESKARTELLAMT (2005), Private Kartellrechtsdurchsetzung-Stand, Probleme, Perspektiven,

http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf,

Erişim Tarihi: 29.12.2008, s.19.

⁸² Bundeskartellamt 2005, s.19.

⁸³ Çalışma Belgesi 2006, s.76.

çekmiştir. Ayrıca, bazı üye ülkelerde mahkeme harçlarının çok düşük miktarlarda olmasına rağmen, bazılarında talep edilen miktar üzerinden hesaplandığını ve bunun yüksek maliyetlere yol açtığını belirtmiştir⁸⁴.

Yargılama masraflarının tazminat davaları bakımından yarattığı riskin azaltılmasına yönelik olarak Komisyon'un getirdiği öneri şu şekildedir⁸⁵:

“Mahkemeye davayı kaybeden davacının yargılama masraflarından muaf tutulmasına karar verme yetkisi tanınabilir. Hatta bu karar henüz davanın başında alınabilir. Böylece, davacı bakımından oluşabilecek riskler daha baştan giderilebilecektir. Masraflardan muaf tutma kararı, ekonomik bakımdan zayıf olan tarafı maliyet riskinden koruyarak tazminat taleplerini ileri sürme hakkını kullanmasına önemli derecede hizmet eder. Aynı gerekçelerle, dava masraflarının sadece davanın kötü niyetli olarak açıldığı hallerde davacıya yükletilmesi yönünde bir kural da getirilebilir. Böylece, davacının dava masraflarını üstlenme riskine karşı korunmasının yanı sıra haksız davaların açılması da önlenilebilecektir.”

Bu öneriyle ilgili şu eleştiriler getirilmiştir: “Kaybeden öder” ilkesi kötü niyetli ve haklı bir gerekçeye dayanmayan davalarla mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesini engeller. Davacı haklı olduğu kanaatinde ise bazı riskleri de göze almak zorundadır⁸⁶. Eğer davayı kaybeden davacı ödemeyecekse, masraflar kimin tarafından karşılanacaktır? Bu masrafların hukuka aykırı davranmamış olan davalı tarafından, ya da kamu kaynaklarından (dolayısıyla rekabet ihlaliyle hiçbir ilgisi bulunmayan vergi mükelleflerince) karşılanması doğru olmaz⁸⁷.

AB Parlamentosu da, davacının yargılama giderlerini karşılama endişesiyle dava açmaktan kaçınabileceğine dikkat çekerek, mahkemenin tarafların farklı ekonomik durumlarını dikkate alabilmesini, gerektiğinde yargılamanın başında bu durumu kontrol etmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, tazminat davalarını kolaylaştırmak amacıyla, adli yardım alanında gerekli düzenlemelerin yapılması tavsiyesinde bulunmuştur⁸⁸.

⁸⁴ Çalışma Belgesi 2006, s.74.

⁸⁵ Çalışma Belgesi 2006, s.76 (Opsiyon 27).

⁸⁶ Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. 2006, s.15.

⁸⁷ Deutscher Industrie- und Handelskammertag 2006, s.6; Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt am Main 2006, s.10.

⁸⁸ Parlamento Kararı, N.22-23.

Komisyon, Beyaz Kitap'ta davalıya nazaran ekonomik bakımdan zayıf olan ve yüksek yargılama masrafları nedeniyle dava açamayacak durumdaki kişilerin dava açmalarının sağlanabilmesi için üye devletlerin bu alandaki mevcut düzenlemelerini gözden geçirmelerinin yararlı olacağını ifade etmiştir. Bu bağlamda, sulh gibi uyuşmazlığın süratli biçimde sonlandırılmasını sağlayıcı çözümler üzerinde durulabileceğine, zira bu sayede yargılama masraflarının önemli derecede azalabileceği ve hatta hiç oluşmayabileceğine dikkat çekilmiştir. Bunun dışında, rekabet ihlali kaynaklı tazminat davalarında mahkeme masraflarına bir üst sınır getirilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca, Komisyon üye devletlerin birçoğunda geçerli olan "kaybeden öder" ilkesinin haksız yere dava açılmasını önleyici bir fonksiyona sahip olmakla birlikte, zarar görenlerin haklı taleplerini ileri sürmelerini engelleyebileceğine işaret etmiştir. Bu sebeple, Komisyon üye devlet mahkemelerine davayı kaybeden davacının (davayı haklı bir neden olmaksızın ya da kötü niyetli açmamış olması şartıyla) karşı tarafın masraflarını üstlenmemesi yönünde karar verebilme yetkisinin tanınması gerektiğini belirtmiştir.

Bu açıklamalar ışığında Komisyon üye devletlerin,

- yargılama masraflarını azaltıcı bir yöntem olan sulh müessesini teşvik edici düzenlemeler yapmalarının,
- mahkeme masraflarını -rekabet ihlallerine dayalı tazminat taleplerinin ileri sürülmesini engellemeyecek şekilde- makul bir seviyede tespit etmelerinin,
- davanın haklı gerekçelerle açıldığı durumlarda, ulusal mahkemelere yargılamanın mümkün olduğunca erken bir safhasında *davacının davayı kaybetse bile karşı tarafın tüm masraflarını karşılamayacağına* karar verebilme yetkisini tanınmalarının gerekliliğine işaret etmiştir⁸⁹.

1.4.7. Tazminat Davalarının Pişmanlık Programları (Leniency Programs) Üzerindeki Olumsuz Etkilerinin Azaltılması

Pişmanlık Programları, kartel anlaşmaları ya da diğer rekabet kısıtlamaları hakkında rekabet otoritelerine bilgi verilmesi veya ihbarda bulunulması üzerine, rekabet hukukuna aykırı davranan teşebbüslere veya bu teşebbüslerin yöneticilerine verilecek cezaların kaldırılması veya

⁸⁹ Beyaz Kitap, s.11.

hafifletilmesini amaçlayan bir yöntemdir⁹⁰. Pişmanlık programları gizli kartel anlaşmalarının ortaya çıkmasını sağlayan önemli bir enstrümandır ve bu yönüyle caydırıcılık etkisine sahiptir. Ayrıca, ihlallerin ispatını kolaylaştırmaları nedeniyle kaynak tasarrufu da sağlarlar⁹¹. Bununla birlikte, pişmanlık programının ilgili teşebbüslere sağladığı avantaj kamu otoritelerince uygulanacak yaptırımlarla sınırlı olup, onları özel hukuk yaptırımları karşısında korumaz. Bu husus, 8.12.2006 tarihli Kartellerde Para Cezalarının Uygulanmaması ve İndirilmesine Dair Komisyon Bildirisi'nde (Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen)⁹² şu şekilde ifade edilmiştir: “*Para cezalarında muafiyet ya da indirim tanınmış olması, ABA madde 81’in ihlalinin yol açtığı özel hukuk alanındaki sonuçları ortadan kaldırmaz*”.

Buna göre, pişmanlık programından yararlanan teşebbüsler tazminat yaptırımıyla karşı karşıya kalabileceklerdir. Hatta, tazminat ödeme riski bu teşebbüsler bakımından daha yüksektir. Zira, pişmanlık programından yararlanan bir teşebbüsün sunduğu ve rekabet otoritesinin kararında yer alan bilgi ve belgeler tazminat davasında aleyhine delil teşkil edebilecektir. Bu ise teşebbüslerin pişmanlık programlarına başvurmaktan vazgeçmesine neden olabilecektir⁹³. Dolayısıyla, tazminat kurallarının pişmanlık programlarıyla uyumlu hale getirilmesi son derece önemlidir.

Komisyon, Yeşil Kitap'ta tazminat davalarının pişmanlık programları üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılması konusunda üç farklı öneri sunmuştur⁹⁴. Bunlardan ilki, pişmanlık programına ilişkin başvuruların ve rekabet otoritesine sunulan bilgi ve belgelerin gizli tutulmasıdır. Böylece, söz konusu bilgi ve belgeler daha sonra açılacak tazminat davalarında başvuru sahiplerinin aleyhinde kullanılamayacaktır.

İkinci öneri, pişmanlık programından yararlanan teşebbüslere yöneltilen tazminat taleplerinde indirime gidilmesidir. Bu kapsamda, söz

⁹⁰ ÖZSUNAY, E. (2006), “ABD ve Kartel Hukuklarında Pişmanlık Programları ve Türk Rekabet Hukuku Üzerine Düşünceler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, Kayseri, s.28-29.

⁹¹ KOCAER, Ş. (2005), Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s.9-10.

⁹² ATRG, C 298/11, 8.12.2006.

⁹³ Özellikle, üç kat tazminatın söz konusu olduğu durumlarda bu olasılık daha da yüksektir.

⁹⁴ Çalışma Belgesi 2006, s.80-81 (Opsiyon 28-30).

konusu teşebbüsün ispat vasıtalarını açığa çıkarmış olması karşılığında her bir tazminat talebi bakımından belirli bir miktar -örneğin %50 oranında- indirim yapılabilirdir. Böylece, rekabet ihlallerinde iki katı tazminat uygulaması getirilse bile, programdan yararlanan teşebbüsün sorumluluğu gerçek zararı tazmin etmekle sınırlı olacaktır. Pişmanlık programı kapsamına girmeyen teşebbüsler ise zararın tamamından müteselsilen sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Bu öneri, ilgili teşebbüsün tazminat sorumluluğunun azaltılarak ta olsa devam edecek olmasının pişmanlık programları üzerindeki olumsuzlukları tamamen ortadan kaldırmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹⁵.

Üçüncü öneri, pişmanlık programından yararlanan teşebbüsün zararın tamamından müteselsilen değil, zarardaki payı oranında sorumlu tutulmasıdır. Fakat, bunun ilgili teşebbüsün sorumluluk miktarının tespitinde güçlükler yaratabileceği belirtilmiştir⁹⁶. Ayrıca, müteselsil sorumluluk kapsamında ilgili teşebbüsün iç ilişkide diğer borçlulara sorumlulukları oranında rüçû imkânının zaten bulunduğu, dolayısıyla sonuçta çok fazla şeyin değişmeyeceği ifade edilmiştir⁹⁷.

Konuyla ilgili olarak AB Parlamentosu, gizli bilgilerin korunması ve pişmanlık programlarının etkin biçimde uygulanması bakımından üye devlet mahkemelerinin işbirliği yapmalarının önemine dikkat çekmiştir. Ayrıca, pişmanlık programı kapsamında rekabet otoriteleriyle işbirliği yapan ilk başvuru sahibinin diğer failerle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmaması tavsiyesinde bulunmuştur⁹⁸.

Komisyon, Beyaz Kitap'ta pişmanlık başvurusunda bulunan tüm teşebbüsleri (para cezasının affedilmiş ya da indirilmiş olması bakımından ayırım yapılmaksızın) kapsayacak biçimde ve söz konusu başvurunun rekabet otoritesince kabul veya reddedilmiş ya da henüz bir karara

⁹⁵ Deutscher Industrie- und Handelskammertag 2006, s.6.

⁹⁶ BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND TECHNOLOGIE/ BUNDESKARTELLAMT (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_wtb_de.pdf, Erişim Tarihi: 03.01.2009, s.9.

⁹⁷ Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. 2006, s.17.

⁹⁸ Parlamento Kararı, N.16-17.

bağlanmamış olmasına bakılmaksızın gerekli korumanın sağlanmasının önemli olduğunu belirtmiştir⁹⁹.

Ayrıca, pişmanlık programı kapsamında kendilerine para cezasından bağışıklık tanınmış olan teşebbüslerin tazminat sorumluluklarının, “kendileriyle doğrudan ya da dolaylı olarak sözleşme ilişkisi bulunan kişilerin zararlarıyla” sınırlı tutulması önerisinde bulunmuştur. Daha önce Yeşil Kitap’ta da yer alan bu öneri, ilgili teşebbüsün sorumluluk miktarının tespitinde güçlükler yaratabileceği gerekçesiyle bazı çevrelerce eleştirilmişti. Bu nedenle Komisyon Beyaz Kitap’ta “sorumluluğun ne ölçüde sınırlandırılması gerektiğinin tespitiyle ilgili ispat yükünün pişmanlık programından yararlanan teşebbüse ait olması gerektiğini” ifade etmiştir. Ancak, böyle bir düzenlemenin ne kadar gerekli olduğu, zarar görenlerin zararlarının tam olarak giderilmesi bakımından ne ölçüde tatmin edici olduğu ve ihlale katılmış (bilhassa pişmanlık başvurusunda bulunmuş) diğer teşebbüsler açısından ne gibi etkiler doğuracağına üzerinde düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁰.

1.4.8. Zamanaşımı Sürelerinin Tazminat Davaları Lehine Düzenlenmesi

Zamanaşımı süreleri tazminat davaları üzerinde önemli etkilere sahiptir. Kısa zamanaşımı süreleri, delillerin toplanması ve davanın hazırlanmasını zorlaştırdığından zarar görenlerin aleyhinedir. Zamanaşımı süresinin kısa oluşu, bilhassa rekabet otoritelerince verilmiş bir kararın ardından açılması düşünülen tazminat davalarını olumsuz yönde etkileyebilir. Zira, rekabet otoritesi henüz kararını vermeden tazminat talepleri zamanaşımına uğrayabilmektedir. Bu ise, zarar görenin iddiasını rekabet otoritesinin kararına dayanmak suretiyle (daha kolay biçimde) ispatlama imkânından mahrum kalmasına neden olur.

Komisyon, Yeşil Kitap’ta zamanaşımı sürelerinin işleme hakkında iki öneri getirmiştir¹⁰¹. Bunlardan ilki, Komisyon veya bir üye ülke rekabet otoritesince soruşturma başlatılması halinde zamanaşımı süresinin durmasıdır¹⁰². Böylece, zarar gören hak kaybına uğrama endişesi

⁹⁹ Beyaz Kitap, s.12; Çalışma Belgesi 2008 s.83-84.

¹⁰⁰ Beyaz Kitap, s.12.

¹⁰¹ Çalışma Belgesi 2006, s.93 (Opsiyon 35).

¹⁰² Alman Rekabet Kanunu’ndaki düzenleme (GWB § 33 Abs.5) bu öneriye kaynaklık etmiştir. Söz konusu düzenleme hakkında daha fazla bilgi için bkz. BECHTOLD, R. ve O. OTTING

taşımaksızın soruşturma sonuna kadar bekleyebilecek ve verilecek kararı iddialarını ispatta kullanabilecektir.

İkincisi, zamanaşımı süresinin rekabet ihlali hakkındaki kararın kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlamasıdır.

AB Parlamentosu'na göre, Komisyon veya üye devlet rekabet otoritelerinden birisinin rekabet kurallarının ihlaline dair karar vermesinden itibaren *bir yıl* içinde tazminat davası açılabilir. Böyle bir kararın bulunmaması halinde ise, Komisyon'un ABA madde 81 ve 82'ye aykırılık nedeniyle ceza verebileceği süre içinde tazminat davası açılması gerekir. Ayrıca, Komisyon veya rekabet otoritelerinin araştırma başlattığı tarihten itibaren zamanaşımı süresi durmalıdır. Keza, taraflar arasında uzlaşmaya yönelik görüşmelerin devam ettiği sürece zamanaşımı süresinin durması gerekir¹⁰³.

Komisyon, Beyaz Kitap'ta zamanaşımı sürelerinin,

- devam eden ya da tekrarlanan ihlallerde, ihlâl nihai olarak sona ermeden ve
- zarar görenin ihlali ve zararı öğrenmesinin mümkün olmasından daha önce işlemeye başlamaması gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁴.

Ayrıca, rekabet otoritelerince verilmiş bir kararın ardından, bu karara dayanarak tazminat davası açılma olanağını muhafaza etmek amacıyla, rekabet otoritesince yürütülen soruşturma (ya da ihlale ilişkin yargılama) esnasında zamanaşımı süresinin dolmasını önleyici tedbirler alınması gerektiğine işaret etmiştir. Bu kapsamda, *rekabet otoritesinin yahut mahkemenin kararının kesinleşmesinden itibaren zamanaşımı süresinin başlaması gerektiğini* belirtmiştir.

Komisyon, Yeşil Kitap'ta yer alan “bir üye ülke rekabet otoritesince soruşturma başlatılması halinde zamanaşımı süresinin durması” şeklindeki öneriden ise şu gerekçeyle vazgeçmiştir: “Bir rekabet otoritesince soruşturmanın ne zaman başlatıldığı (ya da sona erdirildiği) her zaman bilinemeyeceğinden, davacı için geriye kalan zamanaşımı süresini hesaplamak zor olabilir. Ayrıca, zamanaşımının durmasının

(2006), Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, München, § 33, N.32 vd.

¹⁰³ Parlamento Kararı, N.24-25.

¹⁰⁴ Beyaz Kitap, s.10.

sürenin bitimine doğru gerçekleşmesi halinde, tazminat davasını hazırlamak için yeterli süre kalmayabilir”.

Bu gerekçelerle Komisyon, “zamanaşımı süresinin asgari 2 yıl olması ve bu sürenin rekabet otoritesinin ya da mahkemenin bu konudaki kararının kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlaması” önerisinde bulunmuştur¹⁰⁵.

2. AB’DEKİ REFORM ÇALIŞMALARI IŞIĞINDA TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

2.1. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerine Yönelik Düzenlemelerde Modernizasyon Gereksinimi

Türk rekabet hukukunda tazminat talepleri RKHK’nun 57 ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak, bu düzenlemelerin rekabet ihlalleri ile mücadelede tazminat davalarından beklenen yararı sağlamakta yeterli olduğunu söylemek güçtür. Gerçi söz konusu hükümlerde “üç kat tazminat” ve “ispat kolaylığı” gibi davacılar lehine bazı avantajlar getirilmiştir. Ancak, bu avantajların kullanılabilmesi bazı koşulların varlığına bağlanmış olması bir yana¹⁰⁶, bunların tazminat davalarını teşvik etmekte tek başına yeterli olmaları düşünülemez. Gerçi, 31.7.2008 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (Tasarı)¹⁰⁷ ile tazminat davaları alanındaki bazı sorunları gidermeye yönelik düzenlemeler getirilmek istenmektedir. Ancak, bu düzenlemeler pişmanlık programından yararlanan teşebbüslerin üç kat tazminat sorumluluğunun kaldırılması ve ihlalin Rekabet Kurumu tarafından incelenmekte olması halinde adliye mahkemesinin bunu bekletici mesele sayabilmesi ile sınırlıdır (Tasarı madde 26, 27).

Buna karşın, sınıf davaları, yargılama giderleri yönünden davacılar için kolaylıklar sağlanması ve Rekabet Kurulu (Kurul) kararlarının bağlayıcı

¹⁰⁵ Beyaz Kitap, s.10.

¹⁰⁶ Örneğin, üç kat tazminata hükmedilebilmesi için failin kast ya da ağır ihmal içinde hareket etmiş olması şarttır. (SANLI, K.C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri, s.270). Aynı şekilde, zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren kanıtları mahkemeye sunmaları halinde aksini ispat yükü davalılara geçmektedir (RKHK madde 59/I).

¹⁰⁷ <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1605.doc>, Erişim Tarihi: 10.01.2009.

olması gibi tazminat davalarını kolay, ucuz ve etkin hale getirici tedbirlere gerek pozitif hukukumuzda gerekse Tasarı'da yer verilmediği görülmektedir. Bu durum, tazminat davalarının arzulan seviyeye ulaşmaması ve rekabet ihlalleri üzerindeki caydırıcı etkinin azalması sonucunu doğurur. Bu ise, rekabet hukuku yaptırım sisteminin zaafiyete uğramasına neden olur. Bu zaafiyet, rekabeti ihlâl edenlerin, haklarında yeterli tazminat davası açılmaması nedeniyle ihlâlden sağladıkları gelirleri, para cezalarının finansmanında kullanabilecekleri düşünüldüğünde, kamusal yaptırımların amacına ulaşmaması gibi son derece vahim sonuçlara yol açabilecek niteliktedir ve bu yüzden küçümsenmemelidir.

Bu noktada cevaplanması gereken soru, Türk rekabet hukukunda tazminat davalarının işlevselliğinin ne şekilde artırılabilir. Kuşkusuz, bu sorunun yanıtı hukuk politikası tercihlerine göre farklılıklar gösterebilecektir. Bununla birlikte, RKHK'nun hazırlanmasında AB rekabet kurallarının önemli ölçüde kaynaklık ettiği ve AB rekabet hukukunda tazminat davalarına ilişkin sorunların birçoğunun Türk Hukuku'nda da mevcut olduğu düşünüldüğünde, AB'de getirilmek istenen çözümlerden hukukumuzda yararlanılması mümkündür. Bu itibarla, aşağıda Beyaz Kitap'ta önerilen düzenlemeler ışığında hukukumuzdaki mevcut durum değerlendirilerek, yapılması gereken değişikliklere işaret edilecektir.

2.2. Türk Hukukuna Yönelik Değerlendirme ve Öneriler

2.2.1. Delillere Ulaşma ve İspat Kolaylığı

Medeni usul hukukumuzda *tarafarla hazırlama ilkesi* geçerlidir. Buna göre, iddia ve savunmanın dayanağı olan vakıalar ve bunlara ilişkin delillerin tarafarla mahkemeye bildirilmesi gerekir; hâkim delillere kendiliğinden başvuramaz¹⁰⁸. Bununla birlikte, hâkime tarafların iddia ve savunmaları kapsamındaki delillerin açığa çıkartılması konusunda bazı yetkiler verilmiştir. Örneğin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) madde 75/III'e göre, *hakim davanın her safhasında iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere kendilerini dinleyebilecek ve gerekli delillerin mahkemeye ibrazını emredebilecektir*. Keza, HUMK madde 242/II'de, *(mahkemece) ibrazına karar verilen vesikanın, ibraz edecek taraf yedinde bulunmaması halinde bu kanun hükümlerine göre*

¹⁰⁸ KURU, B. (2006), Medeni Usul Hukuku, Ankara, s.402.

celp ve tetkik olunacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, davalının (veya üçüncü şahısların) hâkimiyeti atındaki delillerin açığa çıkarılmasında karşılaşılabilecek güçlükler bu hükümlerin işletilmesiyle aşılabilecektir.

Zarar görenler lehine ispat kolaylığı sağlanması hususunda da hukukumuzda bazı düzenlemeler mevcuttur. Nitekim, RKHK'nun 59. maddesinde zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da rekabetin bozulduğu izlenimini veren kanıtları mahkemeye sunmaları halinde, aksini ispat yükünün davalılara geçeceği belirtilmiştir. Bunun dışında, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığını her türlü delille ispatlama olanağı getirilmiştir.

Ancak, bahsi geçen hükümlerin yeterli olduğunu söylemek güçtür. Bu kapsamda, Beyaz Kitap'ta da işaret edildiği üzere, delillerin açığa çıkartılmasına ilişkin mahkeme kararına riayet edilmemesini ya da delillerin yok edilmesini önleyici yaptırımlar getirilmesinde yarar vardır. Ayrıca, delillerin açığa çıkarılması neticesinde pişmanlık programı kapsamındaki açıklamaların ve rekabet otoritelerince yürütülen soruşturmaların gizliliğine hâlel gelmesini engelleyici düzenlemelere ihtiyaç vardır.

Bunların dışında, zarar görenlere ispat kolaylığının sağlanması bakımından Kurul kararlarının ardından açılacak davaları teşvik edici düzenlemeler yapılmalıdır. Daha önce verilmiş bir Kurul kararının, aynı konudaki tazminat davası üzerinde nasıl bir etki doğuracağı hukukumuzda açıkça hükme bağlanmış değildir. Bununla birlikte, doktrindeki görüşler Kurul kararlarının mahkemeleri bağlayıcı olamayacağı yönündedir¹⁰⁹. İleri sürülen en önemli gerekçe, mahkemelerin idari organların kararlarıyla bağlı olmasının yargı bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmayacak olmasıdır¹¹⁰. Ancak, mahkemelerin Kurul kararlarını dikkate alıp almamak hususunda tümüyle serbest bırakılmasının hukuk güvenliği açısından sorunlara yol açabileceği

¹⁰⁹ İNAN, N. (2004), "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II*, Kayseri, s.62; GÜRZUMAR, O. B. (2006), "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak" (Sempozyum Bildiriler Kitabı), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s.180; Sanlı 2003, s.261; ASLAN, İ.Y. (2005), *Rekabet Hukuku*, Ankara, s.697.

¹¹⁰ İnan 2004, s.63.

gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim, Yargıtay tazminata karar verilebilmesi için Kurul tarafından ihlalin saptanması gerektiği görüşündedir¹¹¹.

Öte yandan, Tasarı'nın 27. maddesiyle, RKHK'nun 58. maddesinin başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmesi öngörülmektedir:

“Kurumun Bilirkişiliği ve Bekletici Mesele

MADDE 58- Adli mahkeme, Kanunun ihlal edilip edilmediğinin saptanmasını gerektiren davalarda, ihlalin varlığı için gerçekleşmesi gereken ekonomik olgularla ilgili olarak Kurumun bilirkişiliğine başvurabilir. Başkanlık, bilirkişi raporunu hazırlamak üzere tarafsızlık esaslarını dikkate alarak yeter sayıda meslek personelinin görevlendirir. Davanın konusuna ilişkin olarak Kurum bünyesinde bir inceleme, önaraştırma veya soruşturma yürütülüyor olması durumunda ise, hâkim Kurulun nihai kararını bekletici mesele sayabilir.”

Tasarıdaki bu hükmün, adliye mahkemelerine, ihlâl hakkında Kurul tarafından henüz bir karar verilmemiş olmasını “bekletici mesele” sayma yetkisi tanımakla yetinmesi ve tazminat davasına bakan mahkemenin Kurul kararına aykırı karar verme yetkisini ortadan kaldırmaması nedeniyle nihai bir çözüm sağladığını söylemek güçtür.

Kanaatimizce, *kesinleşmiş Kurul kararlarının, yürütülen soruşturmada savunma hakkı tanınmış teşebbüslerle sınırlı olmak üzere, tazminat davalarında kesin delil teşkil etmesi* yönünde bir düzenleme yapılmasında fayda vardır¹¹². Bu sayede, hem çelişkili kararların ortaya çıkması önenebilecek ve hem de zarar görenlere önemli ölçüde ispat kolaylığı sağlanabilecektir.

2.2.2 Tazminat Sorumluluğunun Dayandığı Esas

RKHK'da sorumluluğun hangi esasa dayandığı konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, rekabet ihlaline dayalı tazminat davalarında kusur sorumluluğunun mu, yoksa kusursuz sorumluluk esasının mı geçerli olacağı noktasında tereddütleri berberinde getirmiştir. Doktrindeki hakim görüş, rekabet ihlallerinden doğan sorumluluğun “kusur

¹¹¹ Yargıtay 19. HD. 1.11.1999 E. 99/3350, K. 99/6364.

¹¹² Benzer bir düzenleme Alman Rekabet Kanunu'nda (GWB) mevcuttur. Buna göre, tazminat davasına bakan mahkeme, rekabet otoritesinin aynı konuda ihlalin varlığına dair kesinleşmiş bir kararı mevcut ise bununla bağlıdır (GWB § 33 Abs.4).

sorumluluğu” olduğu yönündedir¹¹³. Bununla birlikte, rekabeti ihlâl edici davranışların bazılarının (örneğin kartel anlaşmalarının) nitelikleri icabı failin kusuru bulunmaksızın işlenmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla ihlalin kanıtlanması halinde ayrıca kusurun ispatına gerek kalmayacağı belirtilmektedir¹¹⁴. Doğrudan rekabeti ihlâl amacı taşımamakla birlikte, böyle bir sonuç doğurmuş olan davranışlar bakımından ise, (çoğunlukla tacir olan) failerin bizatihi bu sonucu öngörmemiş ve gereken tedbirleri almamış olmalarının kusurlu olduklarını göstereceği ifade edilmektedir¹¹⁵. Doktrindeki bu açıklamalar ışığında, rekabet ihlalleri bakımından hukukumuzda kusur sorumluluğu esas olmakla birlikte, zarar görenlerin kusurun varlığını ispat yükümlülüklerinin önemli ölçüde hafiflediği görülmektedir. Bu durum Beyaz Kitap’ta ortaya konulan yaklaşımla örtüşmektedir. Bununla birlikte, doktrindeki açıklamalara paralel somut düzenlemelerin yapılması yargılama esnasında karşılaşılabilecek tereddütlerin giderilmesi bakımından yararlı olacaktır.

2.2.3. Tazminatın Kapsamı

RKHK madde 57’de rekabet ihlali nedeniyle zarar görenlerin tazminat haklarının bulunduğu ifade edilmiş, daha sonra RKHK 58/I’de tazminatın kapsamına yer verilmiştir. RKHK madde 58/I c.1’e göre, zarar görenler ödedikleri bedel ile rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebileceklerdir. Hüküm, (tüketiciler de dahil olmak üzere) *alıcıların* isteyebilecekleri tazminatın kapsamını belirlemektedir. Buna göre, alıcılar hükümde işaret edilen fark teorisi

¹¹³ İnan 2004, s.48; Gürzumar 2006, s.153; Sanlı 2003, s.225-226; EROĞLU, S. (2000), Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul, s.215; İKİZLER, M. (2005), Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara, s.356; kusursuz sorumluk esasının geçerli olduğu yönünde TOPÇUOĞLU, M. (2001), Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara, s.299; GÜVEN, P. (2008), Rekabet Hukuku, Ankara, s.755. Tasarı’da, tartışmalara son verecek biçimde kusur sorumluluğundan açıkça bahsedilmektedir. Tasarı’nın 22. maddesi ile RKHK’nun 57. maddesi şu şekilde değiştirilmek istenmektedir: “Her kim, *kusurlu olarak*, 4 üncü madde kapsamında olan ve muafiyetten yararlanmayan anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut 6 veya 7 nci maddeyi ihlal ederse, ihlalden zarar görenlerin bu nedenle uğradıkları her türlü zararı tazmin etmekle yükümlüdür...”

¹¹⁴ AKINCI, A. (2001), Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara s.368; Sanlı 2003, s.226; AKSOY, M. N. (2004), Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s.154, dn.196.

¹¹⁵ Gürzumar 2006,s.154; Akıncı 2001, s.369.

çerçevesinde bedel farkını yani “fiilî zararlarını” talep edebileceklerdir¹¹⁶. RKHK madde 58/I c.2’de ise, rekabetin sınırlanmasından etkilenen *rakip teşebbüslerin* bütün zararlarını isteyebilecekleri ifade edilmiştir¹¹⁷. Rakip teşebbüslerin zararı genellikle kâr mahrumiyeti şeklinde ortaya çıkacağından, maddedeki *bütün zararlar* ifadesinin “mahrum kalınan” kâr şeklinde anlaşılması gerekir¹¹⁸.

ATAD’ın “*Manfredi*” kararında zarar görenlerin fiilî zararlarını ve mahrum kaldıkları kârı isteyebileceklerine işaret ettiği hatırlandığında, RKHK’deki hükümlerin AB’deki uygulamalara paralellik arz ettiği görülmektedir.

RKHK madde 57’de her türlü zararın tazmininden bahsedilmekle birlikte, yansıma zararların tazmin edilemeyeceği genel kabul görmektedir¹¹⁹. İsbetli bulduğumuz bu görüşlerin AB’deki gelişmelere aykırı olmadığını düşünüyoruz. Zira, ATAD kararlarından yansıma zararların tazmin edilmesi gerektiği sonucunu çıkarmak mümkün olmadığı gibi, Beyaz Kitap’ta bu tür zararların tazmin edilmesi gerektiğine dair herhangi bir ifadeye de yer verilmemiştir. Keza, aksini kabul davalı teşebbüslerin aşırı bir tazminat yüküyle karşı karşıya kalmalarına yol açabilecektir.

Manevi zararların tazmininin istenip istenemeyeceği ise tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız hâkim görüş, bu tür taleplerin ileri sürülmesinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı yönündedir¹²⁰.

Türk rekabet hukukunda tazminatın kapsamıyla ilgili bir başka düzenleme RKHK madde 58/II’de yer alır. Hükümle zarar görenlere üç kat

¹¹⁶ Gürzumar 2006, s.160.

¹¹⁷ Fail ile arasında rekabet ilişkisi olmayan teşebbüslerin de ihlâl nedeniyle zarar görmeleri mümkün olmasına rağmen, hükümde sadece “rakip teşebbüsler” den bahsedilmiş olması eleştirilmiştir (Bkz. İnan 2004, s.50).

¹¹⁸ Sanlı 2003, s.237; Gürzumar 2006, s.162.

¹¹⁹ SAYHAN, İ. (2005), “Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt 5, Sayı 3, s.61; Gürzumar 2006, s.162; Sanlı 2003, s.239-240; aksi görüşte Topçuoğlu 2001, s.303.

¹²⁰ Özsunay 2005, s.144; TEKİNALP, Ü. (2005), “Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yaşığına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Kayseri, s.260; BADUR, E. (2001), Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Ankara, s.162; Topçuoğlu 2001, s.304; aksi görüşte Sanlı 2003, s.59; Akıncı 2001, s.389.

tazminat talep etme imkânı tanınmıştır. Bunun için bazı şartların varlığı gerekir. İlk olarak, ortaya çıkan zarar tarafların anlaşması, ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmalıdır¹²¹. İkinci olarak, zarar görenlerin üç kat tazminata hükmedilmesi yönünde bir talepte bulunmaları gerekir. Bu şartların varlığı halinde, hâkim uğranılan zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği (veya elde etmesi muhtemel olan) kârların üç katına kadar tazminata hükmedebilecektir.

ABD antitröst hukukundan iktibas edilmiş olan üç kat tazminat yaptırımı, tazminat davalarını teşvik edici ve ihlaller üzerinde caydırıcı bir etkiye sahiptir. Buna karşın, tazminat müessesesine “zararın giderimi” dışında, faili “cezalandırma” görevi de yüklemesi nedeniyle doktrinde eleştirilmiştir¹²². Söz konusu eleştiri bir yana bırakılsa bile, üç kat tazminat yaptırımının teşebbüsleri pişmanlık programlarına başvurmaktan alıkoyabileceğini ve müteselsil sorumluluk nedeniyle failerin ekonomik yıkımına neden olabileceğini gözden uzak tutmamak gerekir¹²³. Bu yüzden, üç kat tazminat yaptırımı terk edilmeli, onun yerine AB’deki gelişmelere paralel biçimde toplu dava, yargılama giderlerinin azaltılması gibi tazminat davalarını teşvik edici ve yaygınlaştırıcı diğer uygulamalara yer verilmelidir.

2.2.4. Zararın Yansıtılması Savunması ve Dolaylı Alıcıların Dava Hakkı

RKHK madde 57 ve devamında “zarar görenlerin” tazminat isteyebilecekleri ifade edilmiş, ancak bunların kimler olduğu açıklanmamıştır. Doktrinde, tazminat talebinde bulunabilecek kişilerin *normun koruma amacı* kuramına göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²⁴. Buna göre, yalnızca RKHK’daki normlar ile korunmak istenen kişiler zararlarının giderilmesini talep edebilirler. Doğrudan alıcılar ve (tüketiciler de dahil olmak üzere) dolaylı alıcılar rekabet normlarının

¹²¹ Doktrinde, “tarafların anlaşması ya da kararı” ile ifade edilmek istenenin aslında “tarafların kastı” olduğu belirtilmiştir (Sanlı 2003, s.270). Bu husus, Tasarı’nın 26. maddesinde dikkate alınmış ve RKHK madde 57/II’nin şu şekilde düzenlenmesi öngörülmüştür: “Ortaya çıkan zarar, Kanunu ihlal eden teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin *kastı veya ağır ihmalden* kaynaklanmışsa, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebilir...”

¹²² Özsunay 2003, s.147.

¹²³ Nitekim, bu sakıncaları dikkate alan Komisyon, Yeşil Kitap’taki *iki katı tazminat* önerisinden vazgeçmiştir.

¹²⁴ Sayhan 2005, s.53; Gürzumar 2006, s.146, 160; Sanlı 2003, s.234 vd.

koruma amacı kapsamında mütalaa edildiğinden¹²⁵, uğradıkları zararların tazminini isteyebileceklerdir¹²⁶. Ayrıca, mevzuatımızda davalının “zararın sonraki alıcılara yansıtılmış olduğu” def’inde bulunabilmesini engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu açıdan, hukukumuzdaki mevcut durumun (zararın intikali savunmasının geçerli olması ve dolaylı alıcılara dava hakkı tanınması yönündeki) ATAD kararları ve Komisyon’un yaklaşımıyla aynı yönde olduğu görülmektedir.

Öte yandan, zararın intikali sebebiyle çok sayıda küçük zararların oluşması mümkündür. Bu tür zararların tazminine yönelik taleplerin ileri sürülmesinde karşılaşılabilecek zorlukların aşılmasında önemli bir araç olan toplu davalara hukukumuzda yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Ayrıca, dolaylı alıcılar ihlalin doğrudan muhatabı olmadıklarından, zararın kendilerine yansıtıldığını ve yansıtılan miktarı ispatlamakta güçlüklerle karşılaşabileceklerdir. Bu nedenle, Beyaz Kitap’ta önerildiği üzere, RKHK’da “*dolaylı alıcılar lehine, zararın tamamının kendilerine yansıtıldığına dair kesin olmayan bir karineye*” yer verilmesi bahsedilen güçlüklerin aşılmasında etkili olacaktır.

2.2.5. Toplu Davalar

Toplu davaların tazminat taleplerinin ucuz, etkin ve yaygın biçimde ileri sürülebilmesine imkân vermesinin yanı sıra, usul ekonomisi açısından da önemli avantajlar sağladığını daha önce belirtmiştik. Toplu davaların en önemlileri “sınıf davaları” ve “birlik davaları”dır. Sınıf davalarına hukukumuzda yer verilmemiştir. Her ne kadar, HUMK madde 43’te düzenlenmiş olan (ihtiyari) dava arkadaşlığı kapsamında zarar görenlerin birlikte dava açması mümkün ise de, bu yöntem sınıf davalarından birçok yönden ayrılır. HUMK madde 44’te dava arkadaşlarının birlikte hareket edeceklerinin belirtilmiş olması da bu sonucu değiştirmez. Zira, her dava arkadaşının davası birbirinden bağımsız olup, dava arkadaşı kadar dava

¹²⁵ Gürzumar 2006, s.161. Sayhan ise, tüketicilerin zararlarının *yansıtma zarar* niteliğinde olduğu ve bu nedenle tazmin edilemeyeceği görüşündedir. (Sayhan 2005, s. 61, dn.67).

¹²⁶ Sanlı, dolaylı alıcıların zararlarının belirlenmesinin mahkemeler için güç olacağı, bilhassa tüketicilere dava hakkının verilmesinin yargı sistemi için büyük bir yük oluşturacağı gerekçesiyle dolaylı alıcılara dava hakkı verilmemesi gerektiğini savunmaktadır (Sanlı 2003, s.241). İnan ise, tüketicilerin tazminat talep etmelerini teorik olarak mümkün görmekle birlikte, pratikte bunun gerçekleştirilmesinin oldukça zor olduğu kanaatindedir. (İNAN, N. (1999), “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, s.16-17.

vardır¹²⁷. Bunun neticesi olarak, ihtiyari dava arkadaşları kişisel iddia ve savunmalarını diğerlerinden bağımsız olarak ileri sürebilirler. Dava arkadaşlarının hepsi için ortak olan bir def'i (örneğin zamanaşımı def'i) sadece bunu ileri sürmüş olan bakımından hüküm ifade eder¹²⁸. Ayrıca, her bir dava arkadaşı için ayrı ayrı hüküm verilebilecek olduğundan, birinin talebi kabul edilirken, diğeri açısından davanın reddi mümkündür. Keza, dava arkadaşları hakkında ayrı ayrı yargılama giderlerine hükmedilir¹²⁹.

Hukumumuzda, tazminat istemiyle açılabilen birlik davalarına da yer verilmemiştir. Türk Ticaret Kanunu madde 58/III hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, mesleki ve iktisadi birliklerin rekabet ihlalinin tespiti, önlenmesi ve ihlâl neticesi ortaya çıkan durumun giderilmesini isteyebilmeleri mümkün olmakla birlikte¹³⁰, söz konusu birliklere tazminat talebinde bulunma yetkisi tanınmamıştır¹³¹.

Tazminat taleplerini de içeren kollektif hak arama yollarına hukukumuzda yer verilmemiş olması önemli bir eksiklik¹³². Söz konusu eksikliğin giderilmesinde, ne tür bir yol izlenmesi gerektiğinin tespitinde yarar vardır. Öncelikle, Beyaz Kitap'taki birlik davaları ve sınıf davalarının bir arada uygulanması yönündeki öneriyi isabetli bulmadığımızı belirtelim. Zira, bu tür bir uygulama zararın birden fazla tazminine yol açabilecektir. Bu yüzden, birlik davası ya da sınıf davalarından yalnızca birisine yer verilmesi daha doğrudur. Öte yandan, birlik davaları tazminat istemlerini

¹²⁷ PEKCANITEZ, H., O. ATALAY ve M. ÖZEKES (2006), Medeni Usul Hukuku, Ankara, s.191.

¹²⁸ ALANGOYA, Y. (1999), Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul (1965 Tıpkı Basım), s.125; Pekcanitez vd. 2006, s.191, dn.55.

¹²⁹ ULUKAPI, Ö (1991), Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya, s.225, 230 vd.

¹³⁰ Tekinalp 2005, s.260. Bu imkân Tasarı'da açıkça düzenlenmektedir. Tasarı'nın 26. maddesi ile getirilmek istenen yeni RKHK madde 57/III hükmü şu şekildedir: "İhlalden etkilenenlerin ya da etkilenebilecek olanların, devam eden ihlalin sona erdirilmesini veya yakın ihlal tehlikesinin önlenmesini hukuk mahkemesinden talep etme hakları saklıdır."

¹³¹ ARKAN, S. (2001), Ticari İşletme Hukuku, Ankara, s.306. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 118. maddesinde "grup davası" başlığı altında bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, "Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilirler". Görüldüğü üzere, bu düzenlemede de davacılık sıfatı tanınan tüzel kişilere temsil ettikleri grup adına tazminat talebinde bulunma yetkisi tanınmamaktadır.

¹³² Esasen bu eksiklik sadece rekabet hukuku bakımından değil, kitlesel zararların söz konusu olduğu çevre ve ilaç hukuku gibi diğer alanlar için de söz konusudur.

birliklerin inisiyatifine bırakması nedeniyle sakıncalıdır. Çünkü, birlikler (dava sonunda tazminata hükmedilse bile, bu kendileri için herhangi bir ekonomik fayda sağlamayacağından) tazminat taleplerinin ileri sürülmesi hususunda zarar görenler kadar istekli davranmayabileceklerdir¹³³. Bu sorunun, hükmedilecek tazminatın bir kısmının davayı açan birliklere bırakılması suretiyle aşılması düşünülebilir ise de, bu defa birlik davalarının sırf birliğe gelir sağlamak amacıyla açılması ve kötüye kullanılması riski ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, birlik davalarında tazminatın hesaplanması ve paylaşılmasında bir takım sorunlar yaşanabilecektir. Bu sakıncalar sınıf davaları açısından söz konusu değildir. Bununla birlikte, Amerikan hukukundaki (*opt-out model*) sınıf davalarında, mahkemece verilecek karar prensip olarak davaya katılmayanlar için de bağlayıcı olduğundan “hukuki dinlenilme hakkını” zedeleyebilecek niteliktedir. Bu itibarla, İsveç hukukundan esinlenilerek Beyaz Kitap’ta önerilmiş olan ve mahkeme kararının yalnızca adına dava açılan gruba dahil olmak istediğini açıkça beyan eden kişileri kapsadığı (*opt-in model*) sınıf davasına hukukumuzda yer verilmesi düşünülebilir¹³⁴. Kuşkusuz, bu yönde yapılacak düzenleme zarar görenlerin bireysel dava açma imkânlarını ortadan kaldırmamalıdır.

2.2.6 Yargılama Giderleri

Yargılama giderleri, kural olarak davada haksız çıkan tarafa yüklenir. Dolayısıyla, “*kaybeden öder*” ilkesi hukukumuzda da geçerlidir. Ancak, bu ilkenin zarar görenlerin (özellikle de tüketicilerin) dava açmaktan kaçınmalarına neden olabileceğini daha önce belirtmiştik. RKHK’da bu olumsuzluğu gidermeye yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan, HUMK madde 465’te adli yardım (müzaheret adliye) kurumuna yer verilmiştir. Buna göre, yargılama giderlerini, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zora sokmaksızın kısmen ya da tamamen ödeyemeyecek durumda olan kişilere, haklılıklarına dair kanaat oluşturmaları halinde yargılama giderlerini ödemekten geçici olarak bağışıklık tanınır. Kural olarak, adli yardımdan sadece gerçek kişiler

¹³³ Nitekim, 2005 yılında Alman hukukunda yapılan değişiklikle birliklere *failin ihlalden elde ettiği menfaati hazineye devretmesi talebiyle* dava açma yetkisi tanınmış (GWB § 34a), fakat düzenlemeden beklenen yarar elde edilememiştir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. LOEWENHEIM U., K.M. MEESEN ve A.RIESENKAMPF (2006), Kartellrecht, Band 2: GWB Kommentar, München, § 34a.

¹³⁴ Kanaatimizce, bu konudaki düzenleme kitlesel zararların söz konusu olduğu diğer alanları da kapsayacak genel bir hüküm şeklinde HUMK’da yapılabilir.

yararlanabilir. Tüzel kişiler adlî yardım talebinde bulunamaz. Zira, ailenin geçiminin önemli ölçüde sıkıntıya düşmesi, sadece gerçek kişiler bakımından söz konusu olabilir¹³⁵. Hâl böyle olmakla birlikte, düzenleme hayır kurumları (müessesatı hayriye) bakımından istisna getirmiştir.

Adlî yardımdan yararlanabilmenin iki koşulu vardır: “*Yoksul olmak*” ve “*haklı olmak*”. Buradaki yoksulluk, genel manada yoksulluk olmayıp, dava için yapılması gereken lüzumlu giderler nedeniyle önemli ölçüde ekonomik sıkıntıya düşülecek olmasıdır¹³⁶. Haklı olmak kavramı, teknik anlamda ispat hükümlerinin uygulanması sonucu ortaya çıkacak haklılık şeklinde anlaşılmalıdır¹³⁷. Haklılık ile kastedilen, adlî yardım talebinde bulunan kimsenin iddia veya savunmasında açıkça haksız olmaması, davada başarılı olma ihtimalinin kaybetme ihtimaline nazaran daha fazla olmasıdır. Davacının, haklı olduğu konusunda hâkimde yaklaşık bir kanaat oluşturması yeterlidir¹³⁸.

Rekabet ihlallerine dayalı tazminat davalarında HUMK madde 465’in işletilmesine bir engel yoktur. Bununla birlikte, adlî yardımdan yararlanabilecek kişilerin, hayır kurumları bir tarafa bırakılacak olursa, gerçek kişilerle sınırlı tutulmuş olması rekabet ihlali nedeniyle zarara uğramış tüzel kişileri bu imkândan yoksun bırakmaktadır. Oysa, tazminat davası açabilecek kişiler arasında rakip teşebbüsler önemli bir kesimi oluşturur ve bunların tüzel kişiliğe sahip olma olasılığı oldukça yüksektir. Adlî yardımdan yararlanabilecek gerçek kişiler (örneğin tüketiciler) ise, yoksulluk koşulu için olmasa bile, haklılık koşulunun ispatında güçlükler yaşayabileceklerdir. Tüm bunların ötesinde, adlî yardımın yargılama giderleri bakımından sadece geçici bir bağımsızlık sağlaması ve adlî yardımdan yararlanan kişinin davayı kaybetmesi halinde yargılama giderlerini ödeyecek olması, adlî yardım müessesesini tazminat davalarını teşvik edici bir araç olmaktan çıkarmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, HUMK madde 465’te yer alan düzenlemenin, yargılama giderlerinin tazminat davalarını engelleyici etkisini gidermede yeterli olduğunu söylemek güçtür. Bu alanda özel bir

¹³⁵ Pekcanitez vd. 2006, s.601.

¹³⁶ Pekcanitez vd. 2006, s.602.

¹³⁷ TAŞKIN, A. (2000), “Noterlik İşlemlerinde Adlî Yardım Hükümlerinin Uygulanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 49, Sayı 1-4, s.124.

¹³⁸ Pekcanitez vd. 2006, s.603.

düzenlemeye gidilmelidir. Bu, tüzel kişi/gerçek kişi ayrımı yapılmaksızın ve haklılık şartı aranmaksızın, mahkemelere yargılama giderlerini davacının ekonomik durumuna uygun hale getirme yetkisi veren bir düzenleme olmalıdır. Bu kapsamda, Alman hukukundaki (GWB §89a) gibi, *davacının yargılama giderlerinin tamamını ödemesi halinde ekonomik durumunun ciddi olarak tehlikeye gireceğini inandırıcı biçimde ortaya koyması halinde, mahkemenin yargılama giderlerini indirebilmesi* şeklinde bir hükme RKHK'da yer verilebilir. Ayrıca, suiistimalleri önlemek bakımından, *davanın kötü niyetli olarak açıldığı hallerde dava masraflarının davacıya yükletilmesi* yönünde bir yaptırım getirilebilir.

Beyaz Kitap'ta, yargılama masraflarını azaltılması amacıyla sulh müessesini teşvik edici kurallara yer verilmesi önerilmiştir. Esasen, hukukumuzda bu konuda bazı düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, HUMK madde 213'te, hakimin sonuç vereceği umulan hallerde iki tarafı sulhe teşvik edebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, sulh ilk duruşmada yapılırsa karar ve ilam harcının üçte biri, daha sonra yapılırsa üçte ikisi alınmaktadır. (Harçlar Kanunu madde 22). Keza, dava delillerin toplanmasına ilişkin ara kararın gereğinin yerine getirilmesinden önce sulhle sonuçlanırsa tarifedeki vekâlet ücretinin yarısına, daha sonraki bir aşamada sulhle sonuçlanması halinde ise tarifedeki vekâlet ücretinin tamamına hükmedilir (Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi madde 6). Ancak, HUMK madde 213 hükmünün uygulamada yeterince işletildiğini söylemek güçtür. Mahkemelerin rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarında bu düzenlemeye sıklıkla müracaat etmelerinde yarar vardır. Ayrıca, rekabet hukuku alanındaki tazminat davalarına mahsus olmak üzere, harç ve avukatlık ücretlerinde sulh nedeniyle yapılacak indirimlerin yükseltilmesi ya da mahkemelere bu konuda takdir yetkisi tanınması uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümünü teşvik edebilecektir.

2.2.7. Tazminat Davalarının Pişmanlık Programı Üzerindeki Etkileri

Pişmanlık programı ile ilgili olarak yakın zamana kadar mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. 23.1.2008 tarihinde RKHK'nun 16. maddesinde yapılan değişiklikle pişmanlık uygulamaları hukukumuzda yerini almış oldu. Bu yeni düzenlemeye göre, rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılması amacıyla Rekabet Kurumu ile aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri ile bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak

bu maddedeki idari para cezaları verilmeyebilecek veya bu cezalarda indirim yapılabilecektir (RKHK madde 16/VI).

Pişmanlık programından yararlanan teşebbüslerin tazminat sorumluluğunun hafifletilmesine yönelik bir düzenleme ise henüz hukukumuzda mevcut değildir. Ancak, Tasarı bu alanda bir düzenleme içermektedir. Tasarı'nın, RKHK'nun 57/II maddesinde değişiklik öngören 26. maddesi ile getirilmek istenen hüküm şu şekildedir: "Ortaya çıkan zarar, Kanunu ihlal eden teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin kastı veya ağır ihmalden kaynaklanmışsa, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebilir. *Kurumla aktif işbirliği yaparak ceza bağışıklığından veya indiriminden yararlanan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri bakımından ise, hükmedilecek tazminat uğranılan zararı aşamaz.*"

Hüküm, pişmanlık programından yararlanan teşebbüslerin tazminat sorumluluğunu hafifletmesi bakımından son derece olumlu olmakla birlikte yeterli değildir. Zira, söz konusu teşebbüslerin meydana gelen zarardan müteselsilen sorumlu olmaya devam edecek olmaları onları pişmanlık programına başvurmaktan alıkoyabilecektir. Bu yüzden, Beyaz Kitap'ta belirtildiği üzere, pişmanlık uygulaması kapsamında para cezasından bağışıklık tanınmış olan teşebbüslerin tazminat sorumluluklarının, "*kendileriyle sözleşme ilişkisi bulunan kimselerin zararlarıyla*" sınırlı tutulmasını sağlayan bir düzenlemeye gidilmesi yararlı olacaktır.

2.2.8. Zamanaşımı süreleri

RKHK, tazminat davalarında zamanaşımı süreleriyle ilgili olarak özel bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla, RKHK kapsamında açılacak tazminat davalarında zamanaşımı süreleri genel hükümlere tâbidir. Rekabet ihlali nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk haksız fiil sorumluluğu olup, zarar görenler, Borçlar Kanunu (BK) madde 60 uyarınca zararı ve faili öğrendikleri andan itibaren bir yıl ve ihlalin gerçekleşmesinden itibaren on yıl içerisinde tazminat davası açabileceklerdir.

Rekabetin ihlâl edilmiş olduğunu ispatlamak çoğu kez karmaşık ve zahmetli bir analizi gerektirir. Bu nedenle, tazminat davasının Kurul'un ihlalin gerçekleştiğine dair kararından sonra açılması zarar görenlere önemli derecede ispat kolaylığı sağlayacaktır. Ancak, BK madde 60'daki bir yıllık süre içinde Kurul'un henüz bir karar vermemiş veya kararın

kesinleşmemiş olması ülkemiz koşullarında sıkça karşılaşılabilecek bir durumdur¹³⁹. Keza, Kurul'un soruşturma açmış olması BK madde 132'deki zamanaşımını durduran sebepler arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla, zarar görenlerin iddialarını Kurul kararına dayandırma olanağından mahrum kalma riski yüksektir. Sorunun çözümüyle ilgili olarak doktrinde, "Kurul ihlale ilişkin soruşturma açmış ise, zamanaşımını süresinin Kurul kararına karşı gidilebilecek yargı yollarının tükenmesi anından sonra bir yıl daha devam etmesi" şeklinde bir düzenlemeye gidilmesi önerilmiştir¹⁴⁰. Bu düzenleme, Beyaz Kitap'ta önerilen düzenleme ile zamanaşımını süresinin başlayacağı an bakımından benzerlik, sürenin uzunluğu bakımından farklılık göstermektedir.

Kanaatimizce, tazminat davalarının, Kurul kararının (yahut buna ilişkin mahkeme kararının) kesinleşmesinden itibaren 2 yıl içinde açılabilmesi, delillerin toplanması ve davanın hazırlanmasında karşılaşılabilecek güçlüklerin aşılması bakımından -bilhassa toplu davaların açılmasının söz konusu olduğu hallerde- daha isabetlidir.

SONUÇ

AB rekabet hukukunda yaptırım sistemi iki sütundan oluşur. Bunlardan birisi kamusal yaptırımlar, diğeri özel hukuk yaptırımlarıdır. Özel hukuk yaptırımları arasında yer alan tazminat davaları, caydırıcılık etkisi nedeniyle rekabetin korunmasında önemli rol oynar. Bu yönüyle kamusal yaptırımları tamamlayıcı bir fonksiyona da sahiptirler.

1/2003 Sayılı Tüzükle, AB rekabet kurallarının uygulanmasında Komisyon merkezli denetim sisteminden vazgeçilerek, üye ülke rekabet otoriteleri ve mahkemelerine AB rekabet kurallarının uygulanmasında önemli yetkiler verilmiştir. Yasal istisna sistemine geçilmesi, rekabet ihlalleriyle mücadelede ex-post denetimin, dolayısıyla özel hukuk yaptırımlarının önemini artırmıştır. Ayrıca, ATAD kararlarında, zarar gören herkesin tazminat davası açabilmesi gerektiği, aksi takdirde rekabetin korunmasına yönelik normların etkinliğinin azalabileceğine dikkat

¹³⁹ Nitekim, Aslan, Kurul'un karar vermesi için geçen sürenin hemen her zaman bir yıldan uzun sürdüğünü, verilen kararın yargısal anlamda kesinleşmesinin ise 2-3 yıldan önce gerçekleşmediğini belirtmektedir (Aslan 2005, s.695).

¹⁴⁰ Aslan 2005, s.695.

çekilmiştir. Tüm bu gelişmeler AB rekabet hukukunda tazminat davalarını daha yaygın ve etkin kılma ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.

ATAD kararlarıyla tazminat davaları alanında temel bir ölçüt getirilmiştir. Buna göre, üye devletlerin tazminat davalarına ilişkin iç hukuk hükümleri AB rekabet normlarının etkinliğini azaltacak nitelikte olmamalıdır. Fakat, üye devletlerin bir çoğunun millî hukuklarının bu ölçütle çelişen düzenlemeler içeriyor olması modernizasyon çalışmalarının başlatılmasına neden olmuştur. Komisyon, tazminat davaları alanındaki sorunların çözümüne yönelik alternatif önerileri ilk olarak Yeşil Kitap ile tartışmaya açmıştır. Daha sonra, bu önerileri kamuoyu ve AB Parlamentosu'nun görüşleri doğrultusunda revize ederek yapılması gereken düzenlemelere ilişkin görüşlerini Beyaz Kitap'ta açıklamıştır.

Beyaz Kitap'ta önerilen düzenlemelerin şekillenmesinde ATAD kararlarında yer alan iki ilkenin merkezi rol oynadığı söylenebilir: “*Zarar Gören Herkesin Dava Açabilmesi*” ve “*Davacının Sebepsiz (Haksız) Zenginleşmesinin Önlenmesi*”.

Komisyon, bu ilkeler ışığında yapılması gereken düzenlemeleri ortaya koyarken Amerikan hukukundaki uygulamalar ve deneyimlerden istifade etmiş, aynı zamanda AB hukuk kültürü ve geleneğinden ayrılmamaya da özen göstermiştir. Örneğin, delillere ulaşma kolaylığı sağlanması konusunda Amerikan hukukundaki yöntemden (*pre-trial discovery*) esinlenilmiş, fakat bu yöntem tümüyle benimsenmemiştir. Keza, yargılama giderlerinin zarar görenlerin dava açmasını engellemeyecek şekilde tespit edilmesi gerektiği belirtilmiş, ancak başarıya endeksli avukatlık ücretine yer verilmemiştir.

Önerilen düzenlemelere bakıldığında, Komisyon'un üye devletlerin hukuk sistemine yabancı uygulamalar (örneğin cezalandırıcı tazminat) yerine, zarar gören herkesin tazminat davası açabilmesine imkân verecek mekanizmalarla caydırıcılığı sağlama eğiliminde olduğu görülmektedir. Beyaz Kitap'ta yer alan önerilerin hayata geçirilmesi halinde, AB rekabet hukukunda tazminat davalarına ilişkin yeni, özgün ve etkin bir sistemin oluşacağını söylemek mümkündür.

Hukukumuzda, rekabet ihlaline dayalı tazminat talepleri RKHK madde 57 ve devamında düzenlenmiştir Söz konusu hükümlerde “zarar görenlerin” tazminat isteyebilecekleri ifade edilmiş, fakat bunların kimler

olduğu açıklanmamıştır. Doktrinde, tazminat talebinde bulunabilecek kişilerin *normun koruma amacı* kuramına göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, *zarar gören herkes değil, sadece RKHK'daki rekabet ihlallerini önlemeye yönelik normlar ile korunmak istenen kişiler* zararlarının giderilmesini isteyebilirler. Bu yaklaşımın ATAD kararları ile ne ölçüde bağdaştığı tartışmalıdır. Zira, normun koruma amacı kuramı, rekabeti sınırlayan bir anlaşmanın taraflarına tazminat isteme hakkı vermez. Oysa ATAD “*Courage*” kararında bu tür anlaşmalara taraf olmakla birlikte, sözleşme koşulları kendisine empoze edilmiş kişilerin de tazminat isteyebileceğini belirtmiştir. Buna göre, kartel anlaşmasının taraflarının peşinen (karteli yasaklayıcı) normun koruma amacı kapsamı dışında tutulmamaları, bilakis onların rekabet ihlalinde önemli ölçüde sorumluluk taşıyıp taşımadıklarına göre bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bu yaklaşımın hukukumuzda da benimsenmesi ve olası tereddütlerin giderilmesi amacıyla RKHK’da gerekli düzenlemelerin yapılması isabetli olacaktır.

Rekabetin korunmasında, tazminat davası açabileceklerin kapsamının mümkün olduğunca geniş tutulması kadar, dava açmayı kolaylaştırıcı yöntemlere yer verilmesi de önemlidir. RKHK, “üç kat tazminat” ve “ispat kolaylığı” gibi davacılar lehine bir takım düzenlemeler içermekle birlikte, bunların tek başına yeterli olduğunu söylemek güçtür. Tasarı ile getirilmek istenen düzenlemeler ise, pişmanlık programından yararlanan teşebbüsler bakımından üç katına kadar tazminat sorumluluğunun kaldırılması ve ihlalin Rekabet Kurumu tarafından incelenmekte olmasının adliye mahkemesince bekletici mesele sayabilmesi ile sınırlıdır. Tazminat taleplerinin ileri sürülmesinin önündeki engelleri kaldırıcı asli mekanizmaların (örneğin, yargılama giderlerinin indirilmesi, Kurul kararlarının bağlayıcılığı, sınıf davaları gibi) gerek pozitif hukukumuzda gerekse Tasarı’da yer almadığı görülmektedir. Bu eksikliği giderici düzenlemelere Tasarı’da yer verilmeli, ayrıca bu şekilde oluşturulacak yaptırım sistemini olumsuz yönde etkileyebilecek mevzuatımızdaki hükümler kaldırılmalı ya da revize edilmelidir. Bu yapılırken, ATAD içtihatları göz önünde tutulmalı, söz konusu içtihatlar ile ABD ve üye ülkelerdeki deneyimler göz önünde tutularak hazırlanmış olan Beyaz Kitap’taki önerilerden istifade edilmelidir. Böylece, AB hukukuna aykırılık sorunu oluşmaksızın, hukukumuzda tazminat davaları rekabet ihlalleriyle mücadelede etkin bir araç haline gelebilecektir.

KAYNAKÇA

AKINCI, A. (2001), Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara.

AKSOY, M. N. (2004), Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

ALANGOYA, Y. (1999), Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul (1965 Tıpkı Basım).

ALEXANDER, C. (2007), “Die zivilrechtlichen Ansprüche im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle- Ein Überblick”, Juristische Schulung, Heft: 2, s.109-114.

ARKAN, S. (2001), Ticari İşletme Hukuku, Ankara.

ASHURST REPORT (2004), Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report, Ashurst, Brussels.

ASLAN, İ. Y. (2005), Rekabet Hukuku, Ankara.

BADUR, E. (2001), Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Ankara.

BAUR, J. (1988), “Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche bei Verstößen gegen Kartellvorschriften des EWG Vertrages”, Europarecht, s. 257-273.

BECHTOLD, R. ve O. Otting (2006), Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, München.

BORNKAMM, J. ve M. BECKER (2005), “Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts”, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Heft: 3, s.213-236.

BUNDESKARTELLAMT (2005), Private Kartellrechtsdurchsetzung- Stand, Probleme, Perspektiven, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitr_aege/05_Proftag.pdf, Erişim Tarihi: 29.12.2008.

BUNDESMINISTERIUM FÜR SOZIALE SICHERHEIT, GENERATIONEN UND KONSUMENTENSCHUTZ (2006),

Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts,
http://www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_ssgk_de.pdf,
Erişim Tarihi: 02.01.2009.

BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND TECHNOLOGIE/
BUNDESKARTELLAMT (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts,
http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_wtb_de.pdf, Erişim Tarihi: 03.01.2009.

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE E.V. (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts,
http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bdi.pdf, Erişim Tarihi: 03.01.2009.

DEUTSCHER INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMERTAG (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts,
http://www.dihk.de/inhalt/themen/rechtundfairplay/stellungnahmen/schadenersatz_wettbewerb.pdf, Erişim Tarihi: 05.01.2009.

DIEMER, C. (2006), “The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, *European Competition Law Review*, Vol: 27, No: 6, s.309-316.

ERDEM, H. E. (2007), 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri, *Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler*, İstanbul.

EROĞLU, S. (2000), *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, İstanbul.

GLÖCKNER, J. (2007), “Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts- Der Zweck heiligt die Mittel nicht; er bestimmt sie!”, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, Heft: 5, s.490-500.

GRUBER, J. P. (2006), “Schadenersatz und Kartellrecht- das Grünbuch der Kommission-“, Medien und Recht-International Edition, Heft: 1 s.17-22.

GÜRZUMAR, O. B. (2006), “Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak” (Sempozyum Bildiriler Kitabı), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

GÜVEN, P. (2008), Rekabet Hukuku, Ankara.

HAMMER, J. (2004), “Die Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln im Rahmen der VO 1/2003”, ERA-Forum, Vol. 5, No: 1, s.7-26.

HEINE-MERNIK, R. (2002), Die Entwicklung eines autonomen europäischen Kartelldeliktsrechts, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universität Bremen, Bremen.

HÖLZEL, N. (2007), Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und Zementkartell, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft: 65, Halle.

İKİZLER, M. (2005), Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara.

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

İNAN, N. (2004), “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, Kayseri.

KOCAER, Ş. (2005), Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

KURU, B. (2006), Medeni Usul Hukuku, Ankara.

LANGEN, E. ve H. J. BUNTE (2007), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Luchterhand.

LOEWENHEIM, U., K. M. MEESSEN ve A. RIESENKAMPFF (2006), Kartellrecht, Band 2: GWB Kommentar, München.

LÜBBİG, T. ve M. LE BELL (2006), “Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen”, Wettbewerb in Recht und Praxis, s.1209-1216.

ÖZSUNAY, E. (2005), “Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Kayseri.

ÖZSUNAY, E. (2006), “ABD ve Kartel Hukuklarında Pişmanlık Programları ve Türk Rekabet Hukuku Üzerine Düşünceler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, Kayseri.

PEKCANITEZ, H., O.ATALAY ve M.ÖZEKES (2006), Medeni Usul Hukuku, Ankara.

RÖHLING, A. (2006), “Die passing-on defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts”, Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen.

SANLI, K. C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri.

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

SCHRÖTER, H., H. VON DER GROEBEN ve J. SCHWARZE (2003), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden.

SEITZ, C. (2006), “Kommentar zum Urteil des EuGH Rs. C-295/04, Vincenzo Manfredi u.a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.”, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, s.416-418.

STOCKENHUBER, P. ve R.WITTMANN (2007), “Private enforcement” jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtpraxis?”, Wohnrechtliche Blätter, s.330-336.

TAŞKIN, A. (2000), “Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 49, Sayı 1-4, s.117-136.

TEKİNALP, Ü. (2005), “Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Kayseri.

TOPÇUOĞLU, M. (2001), Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara.

ULUKAPI, Ö. (1991), Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya.

WAGNER, G. (2007), “Schadenersatz bei Kartelldelikten”, German Working Papers in Law and Economics, Vol. 2007, Paper 18, s.1-41.

WEITBRECHT, A. (2003), “Das neue EG-Kartellverfahrensrecht”, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, s.69-73.

WISSENBACH, K. (2006), Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder – Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft: 60, Halle.

ZENTRALE ZUR BEKÄMPFUNG UNLAUTEREN WETTBEWERBS E.V. FRANKFURT AM MAIN (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts,
<http://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=1264>,
Erişim Tarihi: 05.01.2009.

ZIRNGIBL, E. (2006), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess in den USA und Deutschland, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universität Augsburg, München.