

ISSN 1302 - 552X

# REKABET DERGİSİ COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 12 Sayı/Number: 3 Temmuz/July 2011

- ◆ **Rekabet Hukuku Boyutuyla  
Yeni Nesil Mobil İletişim Hizmetleri Pazarında  
İşbirliği Anlaşmaları**  
Fatma GÖZLÜKAYA ANGI
- ◆ **Seçici Fiyatlama: İhlâl mi, Değil mi?**  
Fethullah GÜLER  
Selen Yersu ŞAHİN  
Can TANERİ
- ◆ **ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda  
Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller**  
Harun GÜNDÜZ  
Tuğçe KOYUNCU
- ◆ **Alacağın Temliki Yoluyla Kollektif Tazminat Taleplerine  
İmkân Veren Bir Model Geliştirilebilir mi?**  
Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY

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

ISSN 1302 - 552X

---

---

# REKABET DERGİSİ

*COMPETITION JOURNAL*

---

---

**Cilt/Volume: 12      Sayı/Number: 3      Temmuz/July 2011**

**Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi**  
*Refereed journal published quarterly*

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

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

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

**SORUMLU MÜDÜR**  
*MANAGING DIRECTOR*  
Akın ŞİMŞEK

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

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

**EDİTÖRLER**

*EDITORS*  
H. Gökşin KEKEVİ  
Ali İhsan ÇAĞLAYAN  
Ali ARIÖZ

**YAYIN SEKRETERİ**  
*PUBLISHING SECRETARY*  
Mutlu ÖZBEK

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

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

**Yönetim Yeri / Managing Office:**

Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara

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

**E-posta / E-mail:** [rekabetdergisi@rekabet.gov.tr](mailto:rekabetdergisi@rekabet.gov.tr)

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

**Basımcı / Printer:**

Cem Veb - Ofset San. Tic. Ltd. Şti.

Alınteri Bulvarı No: 29 Ostim/ANKARA

(0 312) 385 37 27 - (0 312) 385 16 17

**REKABET DERGİSİ**  
*COMPETITION JOURNAL*

Cilt/Volume: 12

Sayı/Number: 3

Temmuz/July 2011

**İÇİNDEKİLER / CONTENTS**

- 1**     **MAKALELER / ARTICLES**
- 3**     **Rekabet Hukuku Boyutuyla Yeni Nesil Mobil İletişim Hizmetleri Pazarında İşbirliği Anlaşmaları / Collaborative Agreements in New Generation Mobile Communications Market from Competition Law Perspective**  
Fatma GÖZLÜKAYA ANGI
- 37**    **Seçici Fiyatlama: İhlâl mi, Değil mi? / Selective Low Pricing: Infringement or Not?**  
Fethullah GÜLER  
Selen Yersu ŞAHİN  
Can TANERİ
- 85**    **ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller / Procedural Barriers Before Actions for Damages in the US, EU and Turkish Competition Law**  
Harun GÜNDÜZ  
Tuğçe KOYUNCU
- 179**   **Alacağın Temliki Yoluyla Kollektif Tazminat Taleplerine İmkân Veren Bir Model Geliştirilebilir mi? / Can a Model Which Enables Asserting Collective Damage Claims through Assignment of the Claim Be Developed?**  
Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY

**205** **YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /**  
*PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS*

**MAKALELER**  
*ARTICLES*

**REKABET HUKUKU BOYUTUYLA  
YENİ NESİL MOBİL İLETİŞİM HİZMETLERİ PAZARINDA  
İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARI**

*COLLABORATIVE AGREEMENTS  
IN NEW GENERATION MOBILE COMMUNICATIONS MARKET  
FROM COMPETITION LAW PERSPECTIVE*

**Fatma GÖZLÜKAYA ANGI\***

**Öz**

*Yeni nesil mobil iletişim alanındaki işletmecilerin rekabet stratejileri, şebekelerini en kısa sürede, en düşük maliyetle kurarak ilgi çekici katma değerli hizmetleri makul fiyatlarla kullanıcılara sunma prensibine dayanmaktadır. Bu alandaki düzenleyici ortam, teknoloji, lisans ücretlerinin ve şebeke kuruluşunun yarattığı ciddi maliyet, bu amaca ulaşmak isteyen işletmecileri çeşitli işbirliği anlaşmaları yapmaya yönlendirmektedir. Söz konusu işbirlikleri, altyapıların rakip işletmecilerce birlikte kurulması ve işletilmesine yönelik ortak girişimler, şebekenin paylaşılmasına ilişkin anlaşmalar, içerik/yazılım sağlayıcı, uygulama programları üreticileri ya da cihaz üreticisi firmalarla yapılan işbirlikleri gibi çeşitli seviyelerde ve şekillerde artarak yapılagelmektedir.*

*Mobil iletişim hizmetleri pazarındaki işbirlikleri, anahtar darboğaz problemleri, hakim durumdaki firmaların durumlarını güçlendirmeleri ve pazarın yeni girişlere kapatılması gibi rekabet hukukunun kapsamına giren bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu makalenin konusunu, bu pazarlardaki işbirliği anlaşmalarının rekabet üzerindeki olası etkilerinin ve ilgili pazarlarda rekabetin sağlanmasına yönelik yaklaşımların tartışılması oluşturmaktadır. Bu çerçevede çalışmada, 3G pazarında yapılagelen yatay ve dikey nitelikli işbirliği anlaşmaları açıklanarak, bunların rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri incelenmekte, Avrupa Komisyonu'nun konuya yaklaşımı kararlar özelinde ortaya konulmakta, Türkiye mobil iletişim hizmetleri pazarındaki işbirliği anlaşmaları için getirilen düzenleyici çerçeve ve Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin kararları ile olası rekabet hukuku incelemelerinde dikkate alınması gereken temel esaslara yer verilmektedir.*

\* Avukat, LL.M. Bu çalışmada yer verilen görüşler Rekabet Kurumu'nu bağlayıcı değildir. İsimlerini bilmediğim sayın hakemlere değerli katkıları için teşekkür ederim.



**Anahtar Kelimeler:** Mobil İletişim, 3. Nesil, İşbirliği Anlaşmaları, Şebeke Paylaşımı, Kapanma Etkisi.

### **Abstract**

*The competition strategy of the new generation mobile communications operators depends on the rapid roll-out of their network for minimum cost and providing interesting value added services for fair prices to consumers. The burdens created by regulatory environment, technological requirements and significant cost of licenses and deployment of networks drive operators to participate in collaborative agreements in order to achieve this purpose. Such agreements are increasingly being made at various levels and models i.e. in the form of joint ventures to co-build and operate the infrastructures or agreements to share networks, or cooperation agreements between operators and content/software providers, application providers and equipment manufacturers.*

*However, collaborative agreements in mobile markets might also restrict competition by resulting in key bottleneck problems, strengthening of dominant firms' positions and foreclosure of access. The subject of this paper is to discuss the potential impacts of such agreements on competition and principles adopted for the protection of competition in new generation mobile communications markets. In this context, after explaining the horizontal and vertical collaborative agreements in 3G market, their impact on competition is examined, the European Commission's approach is defined, the related regulatory framework and the decisions of the Turkish Competition Authority is analyzed and finally the fundamentals of a potential competition inspection are stated.*

**Keywords:** Mobile Communications, 3G, Collaborative Agreements, Network Sharing, Foreclosure Effect.

### **GİRİŞ**

Avrupa'da ilk 3. Nesil (*Third Generation - 3G*) mobil iletişim lisansının verilmesinin ardından on bir yıldan fazla bir süre geçti<sup>1</sup>. Bugün itibarıyla, Avrupa'da mobil genişbant internetin penetrasyon oranı sabit genişbant penetrasyonunun üzerinde bir seviyeye ulaşmış olsa da<sup>2</sup>, Japonya ve Güney Kore tecrübelerinden farklı olarak, Avrupa'da 2. Nesilden (*Second Generation -*

<sup>1</sup> Avrupa'da ilk 3G lisansı Mart 1999'da Finlandiya'da verilmiştir.

<sup>2</sup> Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (2010), "İstatistik Veriler Işığında Türkiye'de ve Dünyada Elektronik Haberleşme Sektörü", Ankara, s. 69. Rapora göre, 2009 yılında Avrupa'da mobil genişbant internetin penetrasyon oranı %33, sabit genişbant penetrasyonu ise %22,4 olarak gerçekleşmiştir.

2G) 3G'ye geçiş sürecinin daha yavaş bir seyir izlediği gözlemlenmektedir<sup>3</sup>. Türkiye'de ise, Temmuz 2009'da başlayan 3G hizmetlerinin, Aralık 2010 itibarıyla 19,4 milyon abonesi bulunduğu, mobil internet hizmeti alan kullanıcı sayısının 1.448.020'ye yükseldiği görülmektedir<sup>4</sup>. Henüz başlangıç aşamasında olduğu kabul edilebilecek Türkiye 3G pazarının Avrupa örneğine göre daha hızlı gelişeceği öngörülmektedir<sup>5</sup>.

Yeni nesil mobil iletişim hizmetleri pazarlarının gelişimini, düzenleyici ortam, teknolojinin durumu, finansal olanaklar, yeni pazarların yapısı, buradaki değer zincirine uygun iş modellerinin geliştirilmesi gibi bir dizi faktör etkilemektedir. Özellikle teknolojiye uygun cihazların (cep telefonlarının) yaygın olmayışı, yatırım maliyetlerinin yüksekliği, mevcut altyapıların teknik eksiklikleri ve sektörde uygun iş modellerinin geliştirilmemiş olması gelişim hızını olumsuz yönde etkilemektedir<sup>6</sup>.

3G lisansı alan işletmeciler, lisans sözleşmelerinin gereği olarak altyapının kurulması, uygun cihazların pazarda konumlandırılması, cazip içerik ve katma değerli hizmetlerin sağlanması gibi yükümlülüklerini sözleşmelerinde belirlendiği üzere ve elbette rakipleriyle bir an önce etkin şekilde rekabete başlayabilmek amacıyla kısıtlı süreler içinde yerine getirmek durumundadır. Dolayısıyla, işletmecilerin rekabet stratejisi, altyapının ve şebekenin en kısa sürede ve en düşük maliyetle kurularak ilgi çekici katma değerli hizmetlerin makul seviyedeki fiyatlarla kullanıcılara sunulması prensibi üzerine kurulmaktadır.

Uygulamada, bahsi geçen hedefe ulaşabilmenin bir yolu olarak, işletmecilerin 3G pazarının finansal ve teknolojik yapısına uygun işbirlikleri kurmayı tercih ettikleri görülmektedir. İşbirlikleri, altyapıların rakip işletmecilerce birlikte kurulması ve işletilmesine yönelik ortak girişimler, şebeke ve çeşitli altyapı unsurlarının ortak kullanımına ilişkin anlaşmalar ya da içerik/yazılım/uygulama sağlayıcıları ya da cihaz üreticisi firmalarla münhasır nitelikli işbirlikleri kurulması gibi çeşitli seviyelerde ve şekillerde, sayıları artarak yapılagelmektedir.

<sup>3</sup> OECD (2003), Development of 3G Mobile Services, DSTI/ICCP/TISP(2003)10/Final, 6.

<sup>4</sup> Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (2011), Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü, Üç Aylık Pazar Verileri Raporu, 2010 yılı 4. Çeyrek, Sayı: 12, Ankara, s. 37.

<sup>5</sup> İrlanda İletişim Düzenleme Komisyonu'nun 2009 yılı 4. Çeyrek Raporuna göre, 2G-3G dağılımında Avrupa Birliği ortalaması Aralık 2009 itibarıyla % 70-30 olarak gerçekleşmiş iken ([www.comreg.ie](http://www.comreg.ie), 13.12.2010); Türkiye'de 3G hizmetlerinin bir yılı dolmadan Haziran 2010'da bu oran % 81-19 seviyesine ulaşmıştır (BTK 2010).

<sup>6</sup> FUENTELES, L., MAICAS, J.P. ve POLO, Y. (2008), "The Evolution of mobile communications in Europe: The transition from the second to the third generation", *Telecommunications Policy* 32, s. 439-440.

Bununla beraber söz konusu işbirliklerinin rekabet hukukunun kapsamına giren anahtar darboğaz sorunları, hakim durumdaki firmaların durumlarını güçlendirmeleri ve pazarın yeni girişlere kapatılması gibi bazı rekabeti kısıtlayıcı sonuçlara sebep olması da kaçınılmaz hale gelmektedir.

Bu makale ile, Avrupa Birliği (AB) tecrübesinden hareketle, bu pazardaki işbirliği anlaşmalarının rekabeti artırıcı ve kısıtlayıcı olası etkilerinin tartışılarak, Türkiye 3G pazarının rekabetçi bir gelişim göstermesini sağlamaya yönelik olarak yapılacak rekabet hukuku incelemelerinde esas alınması gereken hususların vurgulanması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, birinci ve ikinci bölümde sırasıyla, 3G pazarında yapılabilecek yatay ve dikey nitelikli işbirliği anlaşmaları açıklanarak, bunların rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri incelenecek ve Avrupa Komisyonu'nun (Komisyon) konuya yaklaşımı örnek kararlar özelinde ortaya konulacaktır. Üçüncü bölümde ise, Türkiye mobil iletişim hizmetleri pazarı hakkında kısaca bilgi verilmesinin ardından, 3G mobil iletişim pazarına ilişkin düzenleyici çerçeve ve Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin kararları ele alınacaktır. Sonuç bölümünde, bu tür işbirliği anlaşmaları hakkında yürütülecek rekabet incelemelerinde ele alınması gereken başlıca hususlara yer verilecektir.

## 1. YATAY NİTELİKLİ İŞBİRLİKLERİ

Avrupa'daki mobil işletmeciler, lisans ücretleri ve UMTS (*Universal Mobile Telecommunications System*) şebekelerinin kurulması için gerekli olan ilave harcamaların yarattığı maliyetler sebebiyle başlangıç aşamalarında ciddi bir finansal baskıyla karşı karşıya kalmışlardır<sup>7</sup>. Söz konusu yüksek mali engelin aşılması ihtiyacı işletmecileri rakipleriyle çeşitli işbirliği anlaşmaları yapmaya, yeni ya da tamamlayıcı altyapıları diğer işletmecilerle birlikte kurmaya ya da şebekeyi ve terminal cihazlarını ortak kullanmaya yöneltmiştir<sup>8</sup>.

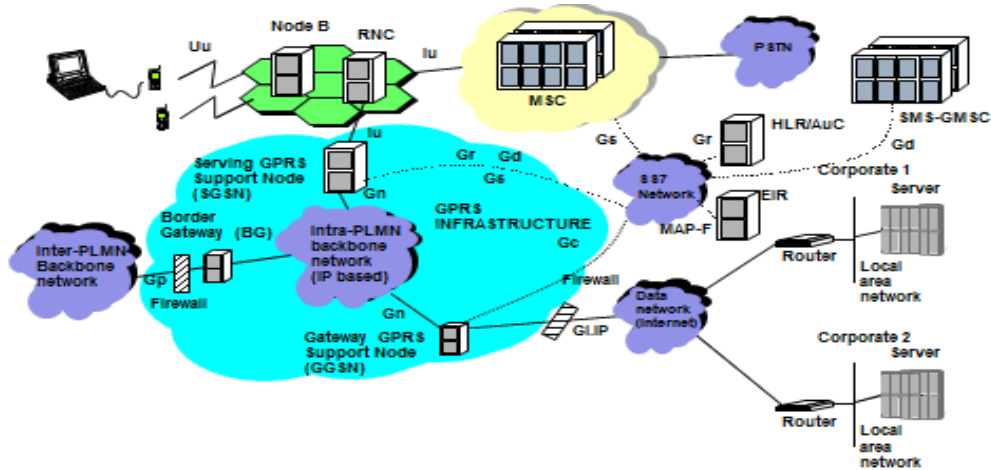
Bu alanda mobil işletmeciler tarafından genellikle tek bir lisansın birlikte işletilmesi için ortak girişimler kurulması ya da farklı lisanslarla bir altyapının değişik seviyelerde ortak kullanımı/paylaşımı şeklinde işbirlikleri kurulmaktadır. Tek lisansa sahip ortak girişimler, genellikle işletmecilerin halihazırda faaliyet göstermedikleri coğrafi pazarlar için yapılan ihalelere ortak

<sup>7</sup> MAITLAND, C. F., BAUER, J. M. ve WESTERVELD, R. (2002), "The European market for mobile data: evolving value chains and industry structures", *Telecommunications Policy* 26, s. 497. BTK 2010 Raporunda mobil yatırımların 2005 yılından itibaren düzenli olarak arttığı, 3G hizmetlerin sunulmaya başlandığı 2009 yılında ise bu yatırımların bir önceki yıla göre 2,3 kat artarak 4,5 milyar TL'ye ulaştığı belirtilmektedir.

<sup>8</sup> GARZANITI, L. (2003), *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EC Competition Law and Regulation*, 2003, s. 284.

teklif vermek üzere kurulan araç şirketler şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>9</sup>. Alternatif olarak, lisansın alınmasının hemen ardından ortaklardan biri tarafından tek taraflı olarak kontrol edilmek üzere ortak girişimler de kurulabilmektedir<sup>10</sup>. Altyapı paylaşım anlaşmalarında, işletmeciler 3G şebeke tesislerinin birlikte satın alınarak, kiralanarak paylaşılması konusunda anlaşmakta ya da her bir işletmeci kendi şebeke elemanının tesise yerleştirilmesi olanağını elde edebilmektedir. Böylece işletmeciler tesisin paylaşılması veya şebeke elemanlarının birlikte kullanılması arasında tercihte bulunabilmektedir. Şebeke paylaşımı, baz istasyonlarının, binaların, direklerin paylaşımı veya işletmecilerin şebeke elemanlarını paylaşmadıkları ancak kendi abonelerine hizmet vermek üzere birbirlerinin şebekelerini kullandıkları ulusal dolaşım (*roaming*) şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

Şekil 1 - UMTS Şebeke Mimarisi



**Kaynak:** Jonne Soininen, IAB Workshop<sup>11</sup>

Şebeke paylaşımı kapsama alınan altyapı elemanlarına göre çeşitli seviyelerde yapılmaktadır<sup>12</sup>. Paylaşım ilk seviyede, bağımsız direklerden

<sup>9</sup> PETIT, N. (2004), "The Commission's contribution to the emergence of 3G mobile telecommunications: An analysis of some decisions in the field of competition law", *European Competition Law Review*, s. 3. İşletmeciler aynı zamanda yerel bir lisans sahibi ile işbirliği yapmak ve ortak girişim kurmak yolunu da tercih edebilmektedir, örnek için bkz. Komisyon Kararı, COMP/M.2155, France Telecom/Schmid/Mobilcom, 24.10.2000.

<sup>10</sup> Petit 2004, s. 4.

<sup>11</sup> [www.iab.org/documents/workshops/IAB-wireless.../Cellular\\_JSo.ppt](http://www.iab.org/documents/workshops/IAB-wireless.../Cellular_JSo.ppt) (10.2.2011).

<sup>12</sup> GABATHULER, D. ve SAUTER, W. (2003), "Network Sharing in 3<sup>rd</sup> Generation Mobile Communications Systems: Minding the Coverage Gap and Complying with EC Competition Rules", *Competition Policy Newsletter*, Autumn, No. 3, s. 43.

kablolar kadar uzanan bir aşamayı kapsayabilir. Bu aşamada, alan destekleme kabinleri (*site support cabinet-SSC*) gibi alan destek altyapısı da (*site support infrastructure*) paylaşımına dahil edilebilir. Sonraki seviyede, baz istasyonları (*Nodes B*) ve antenler kapsama alınabilir. Baz istasyonları, frekanslar arasında veri akışının sağlanması ve belirli bir şebeke hücrelerinin kontrol edilmesi fonksiyonunu yürüten unsurlardır. Üçüncü aşamada, bir dizi baz istasyonunu (*Nodes B*) kontrol eden ve çekirdek şebekeye bağlanan telsiz şebeke kontrolörleri (*Radio Network Controller - RNC*) paylaşımına dahil edilebilir. Daha ileri bir seviyede, mobil anahtarlama merkezlerini (*Mobile Switching Centres - MSCs*, bu merkezler abonenin bulunduğu yerin (*location*) depolanması ve aramaların buraya yönlendirilmesi işlemini gerçekleştirirler) ve çeşitli veri tabanlarını içeren çekirdek şebeke paylaşımına konu edilebilmektedir. Çekirdek şebeke, *MSCs*, destek istasyonlar, servis platformları, müşteri lokasyon kayıtları ve işletme ve bakım merkezleri gibi birimleri barındırmakta ve şebekenin “akıllı” parçası olarak tanımlanmaktadır<sup>13</sup>. Son seviyede ise, radyo frekansları rakip işletmecilerle paylaşılabilir. Yukarıda genel olarak yer verilen her bir seviyede taraflar arasındaki işbirliğinin derecesi farklılaşmakta ve buna bağlı olarak işbirliğinin rekabet üzerindeki etkileri değişebilmektedir. İlgili Komisyon kararlarının incelendiği bölümde konunun ayrıntılarına yer verilmektedir.

Aşağıda öncelikle söz konusu yatay nitelikli işbirliklerinin rekabet üzerindeki olası etkileri teorik bakımdan genel olarak ortaya konulduktan sonra ayrı bir alt bölümde Komisyon’un örnek kararları çerçevesinde AB uygulamasında bu tür anlaşmaların rekabet hukuku açısından ne şekilde ele alındığı incelenmektedir.

### 1.1. Yatay İşbirliklerinin Rekabet Üzerindeki Olası Etkileri

Gelişen pazarlara genel bir ekonomik perspektifle baktığımızda, bu pazarlardaki yatay birleşmelerin, ortak girişimlerin ve çeşitli türdeki işbirliği anlaşmalarının önde gelen motivasyonunun yeni teknolojilerin yüksek maliyetinin ve yeni hizmetlere yönelik talepteki belirsizlik riskinin paylaşılması, ölçek ve kapsam ekonomilerinden faydalanılması, pazarlamada etkinlik yaratılması, araştırma ve geliştirme olanaklarının birleştirilmesi ve uluslararasılaştırma gibi hususlar olduğunu söylemek mümkündür<sup>14</sup>. Özel olarak 3G pazarlarında ise, rakip işletmecilerce birlikte işletilen yapıların birkaç açıdan etkinlik yarattığı ve rekabeti artırıcı etkilere sebep olduğu görülmektedir. Birinci olarak, bu işbirliği anlaşmaları çeşitli seviyede mali güce sahip teşebbüslerin bir araya gelerek

<sup>13</sup> Gabathuler vd. 2003, s. 43.

<sup>14</sup> EUROPEAN COMMISSION (1997), Green Paper on the Convergence of the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors, and The Implications for Regulation, COM(97)623, 3 December 1997 s. 6.

mevcut güçlerini artırmalarını sağladığından, daha çok sayıda katılımcının lisans ihalelerine girmesini mümkün kılmaktadır. İkinci olarak, bu strateji işletmecilerin 3G altyapısının kurulması ve hizmetlerin verilmesine yönelik finansal ve teknik engelleri aşmalarını sağlamakta ve böylece lisans koşullarının zamanında tamamlanması ve yeni bir oyuncunun pazara girmesi olanağını yaratmaktadır.

Söz konusu işbirlikleri daha kısa zamanda ve uygun maliyetle şebekelerin kurulmasını veya tamamlanmasını ve yeni katma değerli hizmetlerin üretilerek müşterilere sunulmasını sağladıklarından AB'nin bilgi toplumu ve dijital çağ hedefleriyle de uyum göstermektedir. Bu doğrultuda, AB uygulamasında genel olarak işbirliği anlaşmalarını destekleyici bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. AB'nin bu alandaki yaklaşımını Komisyon Başkan Yardımcısı Neelie Kroes'un aşağıdaki sözleriyle özetlemek mümkündür<sup>15</sup>;

*“Bizler şebeke işletmecilerinin ve hizmet ve içerik sağlayıcı firmaların, şebekelerin daha etkin kullanımına öncülük edecek ve Internet değer zincirinin farklı seviyelerinde yeni iş olanakları yaratacak yenilikçi iş modelleri üretmelerine izin vermeliyiz”.*

Altyapı paylaşımı anlaşmaları, altyapının zamanında kurulmasını sağlayarak alt pazarlardaki rekabetin kısa sürede başlamasına sebep olmaktadır. Bunun yanı sıra, işbirliği anlaşmaları genel ekonomik iyileştirmeler yaratmaktadır. Örneğin anlaşmanın Avrupa çapında hizmetlerin sunulmasına katkıda bulunması ve altyapıda genel gelişmeler yaratılmasına hizmet etmesi durumunda kullanıcılar için maliyetlerin düşmesi sonucunu doğurabilmektedir. Altyapı paylaşımından kaynaklanan maliyet tasarrufu<sup>16</sup> mali bakımdan zorluk içindeki işletmecileri destekleyerek daha çok oyuncunun pazarda kalmasına yardımcı olmakta ve böylece rekabetin seviyesini artırmaktadır<sup>17</sup>.

Diğer taraftan, rakipler ve potansiyel rakipler arasındaki ortak girişimler veya işbirliği anlaşmaları birlikte fiyatlama, birlikte ürün geliştirme ya da pazar

<sup>15</sup> “European Commission and European Parliament Summit on The Open Internet and Net Neutrality in Europe” Brüksel, 11 Kasım 2010.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/643> (30.11.2010).

<sup>16</sup> Ericsson, olası tesis paylaşımı anlaşmalarıyla, UMTS şebekesinin kurulumu için gerekli olan toplam sermaye harcamasının yaklaşık %5-15'i oranında bir tasarruf sağlanabileceğini öngörmektedir. Paylaşımın daha yüksek seviyede olması halinde ise bu oranın başlangıç aşamasında RAN'ın toplam maliyetinin yaklaşık % 40-50'sine; kapasite fazında ise %10'una çıkabileceği tahmin edilmektedir (ERICSSON (2001), White Paper on Basic Concepts on WCDMA Radio Access Network, <http://www.cccericsson.com/Request/001.pdf>, 15.12.2010).

<sup>17</sup> Maitland vd. 2002, s. 501.

veya kaynak paylaşımı gibi koordinasyon doğurucu etkiler<sup>18</sup> yaratabilir, pazarda yoğunlaşmayı artırabilir ve alt ve/veya üst pazarlardaki (toptan/perakende) pazar gücünün belirgin derecede artmasına sebep olabilir<sup>19</sup>. Bunun sonucunda pazarda kapanma<sup>20</sup> riski ortaya çıkabilir<sup>21</sup>.

Monti Komisyon'un bu konudaki görüşünü aşağıdaki şekilde özetlemektedir<sup>22</sup>:

*“Şirketlerin altyapı paylaşımı ve tasarlanan belirli modeller yoluyla hizmetlerini koordine ettiği anlaşmaları dikkatlice gözden geçirmelidir. Eğer tüketiciler bu tür işbirliklerinden zarar görmüyorlarsa bunlara karşı çıkmayız. Bununla birlikte, aksi de geçerlidir; tüketicilere zarar verebilecek koordinasyon doğurucu davranışlara sebep olacak işbirliği şekillerine izin vermeyeceğiz.”*

Sektördeki yatay anlaşmalara ilişkin olarak dikkate alınan hususlardan ilki, pazardaki işletmeci sayısının korunmasıdır. Sektördeki ekonomik ve teknik koşullar sebebiyle ilgili pazarlarda kısıtlı sayıda işletmeci bulunduğu bilinmektedir. Kurulacak işbirlikleri ile bunların sayısının daha da azalması firmalar arasındaki koordinasyon riskini artırarak anti-rekabetçi etkilerin doğmasına sebep olabilmektedir. Maitland, UMTS altyapısının kuruluş aşamasında daha az sayıdaki rakibin, bu durumun geçici olması ve tarafların davranışlarının yakın gözetim altında tutulabilmesi koşulları altında makul kabul edilebileceğini ifade etmektedir<sup>23</sup>.

Esasen altyapı paylaşım anlaşmaları nitelikleri itibarıyla da, her ne kadar yeni bir rakip işletmecinin ortaya çıkmasını sağlasalar da, altyapı maliyetinin paylaşılması yoluyla uyumlu eylemlere elverişli bir ortam yaratmaktadır. Söz konusu riskin seviyesinin taraflarca hangi altyapı unsurlarının paylaşıldığına bağlı olarak artıp azalacağı da açıktır. Takip eden bölümde Komisyon'un bu konudaki yaklaşımı örnek kararlar çerçevesinde incelenmektedir.

<sup>18</sup> Garzaniti 2003, s. 284. Rakiplerin karlarını artırmak amacıyla gizli ya da açık anlaşmalarla birlikte fiyat belirleme, pazar paylaşma gibi davranışlar içine girmeleri koordinasyon doğurucu davranışlar olarak tanımlanmaktadır

<sup>19</sup> JONES, A. ve SUFRIN, B. (2004), EC Competition Law, Oxford, s. 925

<sup>20</sup> Potansiyel rakiplerin alt veya üst pazarlara girişinin bir veya birden fazla teşebbüs tarafından birtakım eylemlerle engellenmesidir.

<sup>21</sup> GERADIN, D. (2005), “Access to Content by new media platforms: a review of the competition law problems”, *European Law Review*, s. 12.

<sup>22</sup> MONTI, M., Speech/01/375 on Defining the boundaries competition policy in high tech sectors, 11.9.2001.

<sup>23</sup> Maitland vd 2002, s. 498

## 1.2. İlgili AB Rekabet Hukuku Uygulamaları

Avrupa 3G pazarıyla ilgili olarak Petit, daha lisans verme aşamasında tarafları halihazırda sektörün en büyük oyuncularını olan ortak girişimlere dikkat çekerek, lisans verme usullerinin büyüklerin daha fazla yoğunlaşması için dolaylı olarak olarak verip vermediği ve mevcut oligopol yapılarda daha fazla birlikte hareket etme güdüsü yaratıp yaratmadığının incelenmesinin önemine dikkat çekmektedir<sup>24</sup>. Komisyon'un ilgili kararlarına bakıldığında ise<sup>25</sup>, mobil pazarların genel olarak ortak pazar şeklinde değil, ulusal pazarlar olarak belirlendiği ve böylece pazar gücü değerlendirmelerinin ulusal sınırlar dahilinde yapıldığı görülmektedir<sup>26</sup>. Bu bölümde, Komisyon'un Xfera Ortak Girişimi, 3G HoldCo Ortak Girişimi ve T-Mobile/O2 şebeke paylaşımı hakkındaki kararlarında yaptığı değerlendirmelere değinilmektedir.

Xfera Ortak Girişimi<sup>27</sup>, inşaat, hizmetler ve imtiyazlar alanında faaliyet gösteren ACS, telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren Sonera ve telekomünikasyon ve multi-medya hizmetleri veren Vivendi tarafından 3G pazarında faaliyet göstermek üzere kurulan ortak girişimlerin ilk örneklerindedir. Xfera taraflarca İspanya'da bir UMTS şebekesi kurulması ihalesine ortak teklifte bulunma amacıyla oluşturulmuştur. Xfera'nın Mart 2000'de 3G lisansını almasının ardından ortak girişim anlaşması Komisyona bildirilmiştir. Komisyon ortaklığı tam işlevsel bir ortak girişim olarak kabul ederek o dönem yürürlükte bulunan 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü kapsamında incelemiştir. Söz konusu dönemde, İspanya GSM pazarında üç aktif işletmeci bulunmaktadır (Telefonica, Airtel ve Amena) ve bunlar aynı zamanda 3G lisansını da elde etmişlerdir. Bu durumda, Xfera piyasanın dördüncü ve yeni giriş yapan tek işletmecisi haline gelmektedir. Komisyon, bu tespitinin üzerine ülkedeki mobil iletişim pazarının yapısı hakkında ilave bir bilgiye yer vermeksizin, yoğunlaşmanın hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren bir etkiye sahip olmadığına ve ortak pazarla uyumlu olduğuna karar vermiştir.

Benzer bir şekilde, 3G HoldCo isimli ortak girişim<sup>28</sup> (bu ortak girişim Birleşik Krallık'taki (BK) 3G lisanslarında birine sahip olan 3G OpCo isimli bir teşebbüsün %100'ünü kontrol etmekteydi), her biri telekomünikasyon hizmetleri

<sup>24</sup> Petit 2004, s. 5.

<sup>25</sup> COMP/38.370, O2 UK Ltd./T-Mobile UK Ltd., 30.4.2003, COMP/38.369, T-Mobile Deutschland/VIAG Interkom, 16.7.2003.

<sup>26</sup> Bu durum karşısında Petit, Avrupa pazarındaki büyük oyuncuların kurulu bir ortak girişim şeklinde olsun ya da olmasın, yeni bir rakibin piyasaya girişinin ulusal pazardaki rekabetin büyük olasılıkla güçlenmesi sonucunu doğuracağı tespitinde bulunmaktadır (Petit 2004, s. 5).

<sup>27</sup> COMP/M.1954, ACS/Sonera/Vivendi/XFera, 31.7.2000.

<sup>28</sup> COMP/M.2099, Hutchison/NTT DoCoMo/KPN JV, 5.9.2000.



alanında faaliyet göstermekte olan Hutchison, NTT DoCoMo ve KPN Mobile tarafından kurulmuştur. Taraflar, Komisyon'a yaptıkları bildirimde ortak girişimin Avrupa'daki dört ülkeyi (Belçika, Fransa, Almanya ve BK) kapsayan 3G mobil multimedya hizmetleri alanındaki stratejik işbirliklerinin BK'daki 3G pazarına ilişkin ayağını oluşturduğunu belirtmişlerdir. Bu strateji kapsamında, Hutchison'ın 3G lisansı ücretinin tümünü ödemesi, NTT DoCoMo ve KPN Mobile'ın ise birtakım teknik bilgiyi (*know-how*) ortak girişime sağlaması kararlaştırılmıştır. Söz konusu teknik bilgi kapsamında, NTT DoCoMo *i-mode* adı verilen bir mobil Internet erişim teknolojisini ve KPN Mobil de Avrupa mobil piyasası hakkındaki bilgisini paylaşmayı taahhüt etmiştir. Komisyon yaptığı inceleme sonucunda, ortak girişimin taraflarının şirket hakkındaki önemli stratejik kararları birlikte alabilecekleri bir yönetim yapısına sahip olduğunu ve böylece tam bir işbirliği içinde yönetimin mümkün olduğunu tespit etmiştir. Xfera kararına paralel olarak, 3G HoldCo'nun Birleşik Krallık pazarındaki tek yeni giriş yapan firma olması ve yoğunlaşmanın hakim durum yaratılması veya hakim durumun güçlendirilmesi sonucunu doğurmaması sebebiyle işleme izin verilmesine karar vermiştir.

Komisyon'un bahsi geçen kararlarında, oligopol pazarlarda da rekabetin yaşanabileceği hususunu ve özellikle de anlaşmaların pazarın başlangıç aşamasında yapılmış olmasını dikkate alarak koordinasyon doğurucu etkilerin görece olarak daha az ortaya çıkacağını varsaydığı ve bir anlamda "bekle ve gör" prensibi ile bu anlaşmalara yaklaştığı iddia edilebilir<sup>29</sup>.

Altyapı paylaşımı hakkındaki anlaşmalara bakıldığında ise, Komisyon'un ve çoğu AB üyesi devletin regülasyon otoritesinin, önemli seviyede bir altyapının kurulmasını sağlayan yapısal birleşmelere ve ortak girişimlere olumlu yaklaştığı görülmektedir<sup>30</sup>. Uygulamada genellikle, direklerin ve pasif şebeke elemanlarının paylaşımına izin verildiği ancak çekirdek şebeke elemanlarının veya frekansların paylaşımına yetki verilmediği görülmektedir<sup>31</sup>. Bunun sebebi, bu unsurların mobil hizmetlerin çeşitliliğini ve niteliğini belirleme özelliğine sahip olmaları ve dolayısıyla rekabet üzerinde önemli etkilerinin bulunabilmesidir. Komisyon'un T-Mobile ve O2'nun şebeke paylaşımı anlaşmaları hakkındaki kararlarının, ulusal rekabet ve regülasyon otoriteleri için bu kapsamda esas alınabilecek bir kurallar bütünü oluşturduğunu ileri sürmek mümkündür.

<sup>29</sup> Petit 2004, s. 5

<sup>30</sup> PITT, E. (2005), "Competition Law in Telecommunications", I. WALDEN, ve J. ANGEL (der.), *Telecommunications Law and Regulation* içinde, Oxford, s.332.

<sup>31</sup> Garzaniti 2003, s. 285.

Mobil telekomünikasyon alanında Birleşik Krallık ve başka bazı AB üye ülkelerinde faaliyet göstermekte olan T-Mobile ve O2, Komisyon'a Şubat 2002'de iki anlaşma bildirmiştir. Bu anlaşmalar tarafların Birleşik Krallık ve Almanya'da kendi 3G şebekelerinin kurulmasında şebeke paylaşımı yoluyla işbirliği yapmaları ve birbirlerinin abonelerine karşılıklı *roaming* hizmeti sunmaları hakkındadır<sup>32</sup>. Aşağıda Birleşik Krallık için yapılan anlaşma hakkında Komisyon tarafından yapılan incelemeye yer verilmektedir.

Birleşik Krallık anlaşmasında tarafların ülkeyi üç bölgeye ayırdığı görülmektedir<sup>33</sup>; Başlangıç Kurulum Alanı (*Initial Build Area-IBA*), Bölünmüş Alan (*Divided Area-DA*) ve Kalan Alan (*Remaining Area-RA*). Taraflar *IBA* ve *DA* içinde baz istasyonu kabinleri, soğutma ve güç destekleri gibi pasif şebeke elemanlarını paylaşma konusunda anlaşmışlardır. Anlaşma tarafların *IBA*'da dolaşım (*roaming*) yapmalarını da öngörmektedir. Anlaşma aynı zamanda, tarafların talep etmeleri durumunda daha geniş tesis paylaşımı yapabilmelerine de imkan sağlamaktadır (Anten ve *Node B* paylaşımı gibi). *DA* dahilinde ise, taraflar ortak telsiz planı temelinde tesis paylaşımı ve ulusal dolaşım konusunda anlaşmışlardır. Her bir taraf belirli bir coğrafi alandaki şebekenin tamamlanmasından sorumlu olacaktır ancak bu sorumluluklar münhasırlık taşımamaktadır. Taraflar *RA*'da, pazar koşulları izin verdiği ölçüde, *DA* için belirlenen koşullar çerçevesinde kendi şebekelerini kurma konusunda anlaşmışlardır. Anlaşma ayrıca her bir tarafın, diğer tarafa ait tesisler üzerinde sınırlı bir münhasırlık hakkından belirli bir süre için yararlanmasına imkan tanımaktadır. Komisyon anlaşmayı şebeke paylaşımı ve ulusal dolaşım yönleri itibarıyla iki bölümde ele almıştır:

i. Anlaşmanın şebeke paylaşımı yönüne ilişkin olarak, Komisyon Roma Antlaşması'nın<sup>34</sup> (RA) 81(1) hükmü kapsamında dört temel inceleme alanı tespit etmiştir. Öncelikle, Komisyon, paylaşılan altyapı elemanları itibarıyla anlaşmanın T-Mobile ve O2 arasında yüksek seviyede bir ortak maliyetin oluşmasına ve buna bağlı olarak perakende seviyesinde fiyat rekabetinin kısıtlanması riskine sebep olup olmayacağı ve bazı koordinasyon

<sup>32</sup> COMP/38.370, O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited, 7.8.2003.

<sup>33</sup> Söz konusu bölgeler, farklı seviyelerde yapılacak şebeke paylaşımı ve roaming anlaşmalarına esas teşkil üzere, tarafların altyapılarının mevcut durumu ve yatırım planları çerçevesinde taraf işletmecilerce belirlenmiştir. Karar metninde ilgili bölgelere ilişkin olarak, *IBA*'nın toplamda yaklaşık %30-50 arasındaki BK nüfusunu ve yaklaşık %50-80 arasında *BK*'da mukim işletmeyi, *DA*'nın ise toplamda yaklaşık %40-70 arasındaki bir BK nüfusunu kapsadığı bilgisine yer verilmektedir.

<sup>34</sup> Avrupa Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması, 2009'da Lizbon Anlaşması ile yeniden numaralandırılmış ve rekabete ilişkin hükümler "101 ila 109"uncu maddelerde düzenlenir hale gelmiştir. Bununla birlikte çalışmada, Avrupa Komisyonu tarafından kararların alındığı tarihte geçerli olan madde numaraları esas alınmaktadır.

doğurucu davranışlara imkan verip vermeyeceğini incelemiştir. İkinci olarak, tarafların ortak bir radyo planı geliştirme projelerinin her birinin şebekesinin, özellikle kapsama alanı bakımından, birbirinin içine girmesi (*assimilation*) sonucunu doğurması ve tarafların benzer şebekeler kurmasıyla altyapı rekabetinin sınırlandırılması olasılığı ele alınmıştır. Üçüncü aşamada Komisyon, taraflara bölgeler üzerinde verilen münhasırlığın sebep olabileceği kapanma riski üzerinde durmuştur. Söz konusu hak, taraflarca rakiplere karşı bir engelleme taktiği olarak kullanılarak yeni giriş yapan işletmeciler için pazara giriş engeli yaratabilecek potansiyele sahiptir. Şebeke paylaşımı hakkında Komisyon son olarak, anlaşmanın üçüncü taraflarca T-Mobile ve O2'ye bunların birbirine ödeyeceklerine eşit ya da bundan daha fazla miktarda lisans ücreti ödenmesini düzenleyen hükmünün yaratacağı potansiyel etkiyi incelemiştir. Değerlendirmede bu durumun, tarafların ticari karar alma özgürlüğünü kısıtlayabileceği gibi, üçüncü kişilerin giriş maliyetlerinin artmasına sebep olabileceği ve minimum fiyat belirlemeye yönelik bir anlaşmaya da dönüşme olasılığı taşıdığı hususları üzerinde durulmuştur.

Sonuç olarak Komisyon, işbirliğinin sadece temel şebeke elemanlarını kapsadığını ve taraflarca sağlanan hizmetlere niteliğini veren ve çeşitlilik sağlayan akıllı unsurları da kapsayan çekirdek şebeke ve hizmet platformları üzerinde tarafların tek başına kontrol kabiliyetlerini koruduğunu göz önüne alarak, taraflar arasındaki tesis paylaşımının rekabeti kısıtlamadığına karar vermiştir. Her ne kadar, *RAN* (*Radio Access Network* - Telsiz Erişim Şebekesi) paylaşımı gibi (*Node B* ve *RNC*) daha nitelikli ve yoğun işbirlikleri daha önemli sorunlar yaratabilecekse de<sup>35</sup>, tarafların bu tür bir teknolojiyi öngörülebilir bir gelecekte uygulamayı planlamamaları sebebiyle bu husus kararda ayrıca değerlendirilmemiştir. Tesis paylaşımı çevre ve sağlık üzerinde yaratacakları olumlu etkiler sebebiyle de yararlı kabul edilmiştir<sup>36</sup>.

ii. Ulusal dolaşım anlaşması ile ilgili olarak, Komisyon üç ana konuya vurgu yapmıştır. Öncelikle, ulusal dolaşım anlaşmasının bütün ilgili altyapı pazarlarında kapsama alanı, kalite ve iletim hızı gibi anahtar parametreler bakımından işletmeciler arası rekabeti kısıtladığını tespit etmiştir. Bunun yanı sıra anlaşmada, ulusal dolaşım karşılığında ödenecek bedelin dolaşım sağlayan tarafın altyapıya erişim karşılığında talep ettiği toptan fiyatlar üzerinden ödenmesi kararlaştırılmıştır. Taraflar arasındaki dolaşımın *IBA*'da tarafların kapasitelerinin küçük ama önemsiz olmayan bir oranına, *DA*'da ise neredeyse yarısı oranına ulaşabileceği düşünüldüğünde, taraflardan birinin erişim hizmeti sağladığı diğer işletmecilere uyguladığı toptan fiyatın, önemli bir oranda, diğer

<sup>35</sup> Gabathuler vd. (2003), s. 45.

<sup>36</sup> Ayıca bkz. Recommendation of OFCOM, 10.10.2002 (OFCOM web sitesi).

tarafa ödemekle yükümlü olacağı toptan fiyatla baskılanması mümkündür. Perakende seviyesinde ise Komisyon, T-Mobile ve O2 arasındaki toptan 3G ulusal dolaşım işbirliğinin alt pazarlarda, perakende seviyesinde rekabeti kısıtlayabileceği hususunu tartışmıştır. Tüm şebekenin bağımsız bir şekilde kurulmasından farklı olarak bu tür bir paylaşımında anahtar parametrelerde benzerlik oluşacağından, perakende seviyesinde hizmet ve fiyat bakımından rekabet kısıtlanabilecek ve dahası bu durum perakende seviyesinde fiyatların koordine edilmesi için bir araç olarak da kullanılabilir<sup>37</sup>.

Bu tespitler sonucunda, Komisyon işletmecilerin ulusal dolaşım alanındaki işbirliğinin perakende pazarlarındaki olumsuz potansiyel etkileriyle toptan seviyedeki rekabeti de kısıtladığına karar vermiştir. Ayrıca kararda pazardaki son derece yüksek giriş engelleri de göz önüne alınarak, ulusal dolaşım anlaşmasının kapsama alanı, kalite ve iletim hızlarına ilişkin rekabeti kısıtlayarak, arz çeşitliliğini sınırlandırarak ve işletmeciler için benzer maliyetlerin ortaya çıkmasına sebep olarak altyapıya dayalı rekabeti azalttığı vurgulanmıştır. Bununla birlikte Komisyon, RA'nın 81(3) hükmünde belirlenen koşullar çerçevesinde dolaşım anlaşmasının 31 Aralık 2008 tarihine kadar RA 81(1) hükmünden muaf tutulmasına karar vermiştir. Kararda genel olarak muafiyetin, anlaşmanın 3G altyapısının kurulmasını ticari bakımdan çabuklaştırması ve tüketicilerin menfaatine olarak daha geniş bir coğrafi alanda hizmetlerin verilmesini kolaylaştırması gibi yaratacağı olumlu etkilere dayandırıldığı görülmektedir<sup>38</sup>.

Sonuç olarak, altyapı paylaşımı anlaşmalarında, taraflar arasındaki altyapı ve fiyat rekabetinin kısıtlanması sonucunu doğurabilecek nitelikte işbirliklerine girilmesine, bu duruma sebep olabilecek altyapı elemanlarının anlaşmalara konu edilmesine izin verilmemektedir. Diğer taraftan karardan anlaşıldığı üzere, Komisyon söz konusu anlaşmaların 3G hizmetlerinin ortaya çıkışında yaratacağı etkinlikler ile sebep olabileceği rekabeti kısıtlayıcı etkileri dengeleyici bir yaklaşım benimsemektedir.

## **2. DİKEY NİTELİKLİ İŞBİRLİKLERİ**

Yakın zamana kadar mobil işletmecilerin gelirlerinin büyük bir kısmı ses iletimi hizmetlerinden elde edilmekte olduğundan, şirketler yatırımlarında önceliği kapsama alanının genişletilmesi ve iletim hızının artırılmasına vermişlerdir. Bununla birlikte, sektördeki teknolojik gelişmelere ve yakınsama fenomenine bağlı olarak veri iletiminden kaynaklanan gelirin payı artmaya ve mobil pazarlardaki rekabet yenilikçi katma değerli ürün ve hizmetlere dayanmaya

<sup>37</sup> Petit 2004, s. 8.

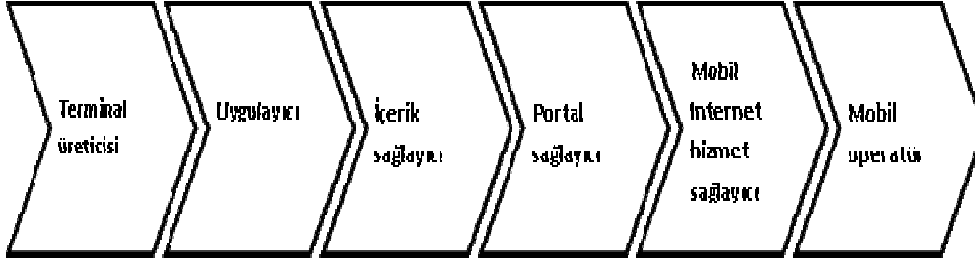
<sup>38</sup> Parag. 149.

başlamıştır. Nitekim OECD'nin 3G mobil hizmetlerinin gelişimi hakkındaki raporunda<sup>39</sup>, 3G altyapılarının kurulmasından kaynaklanan maliyetin ve ses hizmetlerinde ulaşılan doygunlukla düşen gelirlerin telafi edilebilmesi ihtiyacının mobil işletmeciler üzerinde içerik yoğun hizmetlerden yeni gelir kaynakları yaratılması için belirgin bir baskı yarattığı belirtilmektedir. Monti içeriğin bu alandaki önemini aşağıdaki ifade ile özetlemektedir<sup>40</sup>:

*“İçeriğe ulaşabilirlik 3G ve geniş bant internet gibi yeni elektronik haberleşme ağlarının yeni medya iletim/dağıtım platformlarına dönüşmesini olanaklı kılmaktadır, buna karşılık bu durum söz konusu ağların gelişimine de önemli bir katkı sağlayacaktır.”*

Bu gelişme beraberinde, söz konusu yeni ürün ve hizmetlere yönelik içerik yaratan, bunların sunulması için gerekli çözüm ve uygulamalar geliştiren yazılım ve içerik sağlayıcısı, navigasyon ve uygulama sağlayıcısı firmalar ile akıllı cihaz üreticisi şirketlerin önemini artırmıştır. Aşağıdaki şekilde yeni nesil mobil iletişim sistemlerinin mobil iletişim pazarında ortaya çıkardığı değer zincirinin basit bir görünümüne yer verilmektedir.

**Şekil 2 - Mobil Internet Hizmetleri Değer Zinciri**



Bu gelişmeyle birlikte geleneksel uzmanlık alanları dışında da faaliyet göstermek durumunda kalan ve yeni nesil mobil sistemler üzerinden sunulabilecek nitelikte içeriği ve uygulamaları üretme yeterliliğine sahip olmayan<sup>41</sup> mobil işletmeciler genellikle, en azından başlangıç aşamasında, bu ürün ve hizmetleri sağlayıcılarından temin etmek zorunlu kalmaktadır. Diğer taraftan, mobil işletmeciler yeni nesil IP (*Internet Protocol*) tabanlı uygulamaları temin edebilmek amacıyla da Internet servis sağlayıcıları ile işbirliği yapmak ya da bütünleşmek durumunda kalmaktadır. Bu sebeple, mobil işletmeciler ile bunların alt ve üst pazarlarında faaliyet gösteren içerik ve

<sup>39</sup> OECD 2003, s. 15.

<sup>40</sup> MONTI, M. (2004), Speech/04/353 on Access to content and the development of competition in the New Media market- the Commission's approach.

<sup>41</sup> Bu alanlarda üretilecek hizmet işletmecilerin uzmanlığı dışında kalan ve kısa zamanda temin edilemeyecek nitelikte bir insan kaynağı ve teknik bilgiyi gerektirmektedir.

uygulama sağlayıcılar, cihaz üreticileri gibi firmalar arasında belirli bir derecede dikey entegrasyon ya da bir tür işbirliği anlaşması yapılması kaçınılmaz olmaktadır<sup>42</sup>. Bu tür işbirliklerinde mobil işletmeciler en büyük yatırımı yapan taraf olmaları sebebiyle genellikle işbirliklerinin lideri olarak hareket etmektedir<sup>43</sup>.

Takip eden bölümlerde öncelikle yukarıda belirtilen şirketler arasındaki işbirliklerinin ilgili pazarlardaki rekabet üzerinde yaratabilecekleri olumlu ve olumsuz etkiler ele alınmakta, ardından Komisyon'un konuya ilişkin yaklaşımı iki karar özelinde incelenmektedir.

### 2.1. Dikey Nitelikli İşbirliklerinin Rekabet Üzerindeki Etkileri

Gelişen mobil iletişim hizmetleri pazarlarında sürdürülebilir rekabet avantajı kazanmak ve yeni mobil hizmetlerine yönelik talepteki belirsizliğin üstesinden gelmek amacıyla ürün farklılaştırmasına gitmek, tüketici talebinin yönüne ve teknolojik gelişmelere ilişkin doğru tahminler yapmak önem arz etmektedir<sup>44</sup>. Mobil işletmeciler bu belirsizliğe bağlı riski paylaşmanın yanı sıra, tüketiciye ulaşan kanalları kontrol altına alabilmek, değer zincirinin üst seviyelerine ulaşabilmek, ilgili pazarlardaki diğer teşebbüslerin rekabetinden korunabilmek<sup>45</sup> ve bazen de mevcut pazar gücünü zincirin diğer bir halkasına genişletebilmek amacıyla dikey entegrasyonlara girmekte veya işbirlikleri kurmaktadır<sup>46</sup>. Bu tür anlaşmalar, yeni teknolojilerin geliştirilmesi gibi işlem maliyetlerini düşürerek maliyet etkinliklerinin yaratılması, verimliliğin artırılması ve ölçek

<sup>42</sup> OECD'nin raporunda, OECD ülkelerindeki mobil işletmecilerle içerik sağlayıcılar arasındaki bazı işbirliği anlaşmalarına yer verilmektedir. Örneğin, Hutchison 3G ve MTV Networks Europe 2003 yılında abonelerin müzik videolarını ve orijinal MTV programlarını mobil telefonlarından izleyebilmelerini sağlamak amacıyla bir anlaşma yapmışlardır. İtalya'da 2003 yılında Class Editori S.p.A., Ustream.it ile işbirliği içinde 2.5G/3G mobil şebekeleri üzerinden ulaşılabilen CFN/CNBCMobile ismiyle faaliyet gösteren bir ekonomi haberleri kanalı kurmuştur. Birleşik Krallık'ta, 3 ve lastminute.com, 3 abonelerinin lastminute.com sitesi üzerinden lifestyle ürünler ve çeşitli bilgilerin mobil telefonlar üzerinden alınabilmesini sağlayan bir hizmete yönelik ortaklık kurmuşlardır. (OECD 2003, s. 24-27)

<sup>43</sup> STEWART, J. (2004), "Mobile Internet and Rich Voice Plus: the Social Shaping of Convergence", RCSS, University of Edinburgh, *Working paper for WWRF workshop Oslo 10-11 June 2004 based on research done as part of IST funded FLOWS project on simultaneous use of standards using MIMO1*, s. 9, [http://homepages.ed.ac.uk/jkstew/work/Stewart\\_WWRF\\_WG2\\_June2004.pdf](http://homepages.ed.ac.uk/jkstew/work/Stewart_WWRF_WG2_June2004.pdf) (15.12.2010).

<sup>44</sup> FELDMANN, V. (2002), "Competitive strategy for media companies in the mobile Internet", *Schmalenbach Business Review*, V. 54, October 2002, s. 357-358.

<sup>45</sup> European Commission 1997, s. 6.

<sup>46</sup> RABASSA, V. ve ABBAMONTE, G. B. (2001), "Foreclosure and Vertical mergers - The Commission's Review of Vertical Effects In the last Wave of Media and Internet Mergers: AOL/Time Warner, Vivendi/Seagram, MCI WorldCom/Sprint", *European Competition Law Review*, 22(6), s. 214.

ekonomisinden yararlanılması sonucunu doğurabilmektedir. Bunların yanı sıra markalı yeni bir ürünün sunulmasıyla markalar arası rekabetin gelişmesine kaynaklık etmektedir<sup>47</sup>.

Diğer taraftan, mobil iletişim hizmetleri pazarlarındaki dikey birleşmeler ve diğer işbirliği anlaşmaları pazara giriş engelleri yaratma özelliğine de sahiptir. Bu durum özellikle rakiplerin pazarın farklı seviyelerine aynı anda girmelerinin gerekli olduğu pazar koşullarında söz konusudur<sup>48</sup>. Dikey bütünleşen firmanın üretim zincirinin bir ya da birden fazla seviyesinde pazar gücüne sahip olması halinde dikey entegrasyon ve buna bağlı kapanma rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar doğurabilmektedir. Dikey bütünleşen işletmecinin 3G'nin yanı sıra genişbant Internet ve televizyon yayıncılığı hizmetlerini sunması durumunda söz konusu pazar gücünün potansiyel anti-rekabetçi etkileri daha şiddetli olarak ortaya çıkmaktadır<sup>49</sup>. Kapanma etkileri şebekeye, hizmetlere, içeriğe ve darboğaz niteliği taşıyan ve rakiplerin faaliyetleri için vazgeçilmez olan diğer unsurlara erişimin reddedilmesi ya da ayrımcı olacak şekilde sağlanması şeklinde ortaya çıkabilir<sup>50</sup>.

Örneğin, 3G'nin başarılı bir lansmanı için doğru içeriğe ulaşmak yeni bir kritik darboğaz haline gelmeye başlamıştır. Uzun vadede 3G'nin başarısı 3G şebekesince sağlanacak yüksek bant genişliğinin tam kullanımını sağlayacak zaruri içeriğin ulaşılabılır olmasına dayanmaktadır. Önemli içeriğin bireysel olarak bazı işletmecilerce tamamıyla kontrol edilmesi halinde mobil hizmetler üzerinde kritik bir pazar gücünden yararlanılması mümkün olacak ve 3G'deki rekabet bundan zarar görecektir<sup>51</sup>. İşletmecilerin uzun süreli ve geniş kapsamlı münhasır hakları bir araya getirebildiği hallerde pazarın mevcut ve potansiyel rakiplere kapanması olasılığı artmaktadır. Münhasırlık, özellikle "premium content"<sup>52</sup> adı verilen temel ve kritik içeriğe ilişkin olması durumunda, mobil işletmecinin tek firma hakimiyetine sahip olduğu pazar koşullarında ve münhasır sözleşmenin uzun süreli olduğu hallerde (örneğin üç yıldan fazla) veya

<sup>47</sup> Rabassa ve Abbamonte 2001, s. 214.

<sup>48</sup> Garzaniti 2003, s. 533.

<sup>49</sup> WILLET, E. (2005), "Regulating Competition in the Mobile Telecommunications Market", *Speech at AMTA Annual Conference*, 15 September 2005, <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/708300> (01.12.2010), s. 6.

<sup>50</sup> CASTELLOT PENA, M. A. (1995), "The application of competition rules in the telecommunications sector: strategic alliances", *Competition Policy Newsletter*, No: 4, V. 1, Spring 1995, s. 3.

<sup>51</sup> Willet 2005, s. 6.

<sup>52</sup> "Premium content" ifadesi belirli futbol karşılaşmalarının, popüler sinema filmlerinin ve müzik eserlerinin yayın hakları gibi önemli içerikler için kullanılmaktadır.

bu tür bir hakkın diğer etkinliklere ilişkin hakların satın alınmasında avantaj sağladığı durumlarda ayrı bir önem kazanmaktadır<sup>53</sup>.

Dikey işbirliği anlaşmalarına ilişkin rekabet analizlerinin odak noktası, bilgi toplumunun gelişimine katkıda bulunacak teknolojik yeniliğin desteklenmesi, yeni ürün ve hizmetlerin geliştirilmesi ile ilerleyen dönemlerde pazarın gelişimine engel olunması ve yatırıma köstek olunması yoluyla pazarın kapanması arasındaki dengenin kurulmasıdır<sup>54</sup>. Nikolinakos tarafından işaret edildiği üzere, Avrupa iletişim pazarlarında karşılaşılan yeni motivasyonlardan biri yeni süper tekeller (*super-monopolies*) yaratmaya çalışan hakim durumdaki oyuncular arasındaki dikey bütünleşme fırsatlarıdır<sup>55</sup>. Garzaniti'ye göre, bu tür anlaşmalarda dikkat edilmesi gereken temel husus üçüncü tarafların içerik ve diğer unsurlara erişiminin korunması, "gatekeeper"<sup>56</sup> pozisyonunun yaratılmasının ya da güçlendirilmesinin, bir pazardaki hakim durumun diğer pazara (özellikle de yeni veya oluşmakta olan pazarlara) aktarılmasının ve şebeke etkilerinin<sup>57</sup> rakiplerin ve tüketicilerin zararına olacak şekilde kullanılmasının önlenmesidir<sup>58</sup>.

## 2.2. İlgili AB Rekabet Hukuku Uygulamaları

Bu bölümde AB rekabet hukukunda dikey işbirliklerine ilişkin yaklaşımın ve temel prensiplerin ortaya konulabilmesi amacıyla Komisyon'un Vizzavi ortak girişimi ve Vodafone'un Singlepoint ve Corporate 4U isimli şirketleri devralmasına ilişkin kararlarındaki değerlendirmelerine yer verilmektedir.

Vizzavi ortak girişiminin<sup>59</sup> kurulması bu kapsamda kayda değer bir örnek teşkil etmektedir. Vizzavi, birden çok Avrupa ülkesinde mobil işletmecisi olarak faaliyet gösteren Vodafone, iletişim işletmecisi Vivendi ve televizyon yayımcısı ve içerik üretimi gibi *audio-visual* faaliyetlerle uğraşan Canal+ tarafından kurulmuştur. Taraflar bu ortak girişim ile tüm Avrupa'da ulaşılabilen çoklu erişim (*multi-access*) sağlayan bir Internet portalı geliştirmeyi ve müşterilere sabit ve mobil telefonlar, kişisel bilgisayarlar, televizyon setleri gibi

<sup>53</sup> EUROPEAN COMMISSION (2005), Paper on the Preliminary Findings of the Sector Inquiry into New Media (3G), Brussels, s. 7.

<sup>54</sup> Nikolinakos 2004, s. 626.

<sup>55</sup> NIKOLINAKOS, N. T. (2004), "Mergers and Strategic Alliances in the emerging multimedia sector: The EU Competition Policy, *European Competition Law Review*, 25(10), s. 625.

<sup>56</sup> Rekabet hukukunda "gatekeeper" olarak ifade edilen kavram genel olarak, önemli bir teknoloji, *know-how*, teknik bir standart ya da münhasır hakkı elinde bulundurması sebebiyle belirli bir pazara girişleri önemli derecede kontrol edebilen teşebbüsler için kullanılmaktadır.

<sup>57</sup> Şebeke etkisi, kullanıcı sayısının artmasına bağlı olarak ürün ya da hizmetin kullanıcı gözünde daha değerli hale gelmesini ifade etmektedir.

<sup>58</sup> Garzaniti 2003, s. 533.

<sup>59</sup> COMP/JV.48-Vodafone/Vivendi/Canal Plus, 20.07.2000.



çeşitli yollarla ulaşabilecekleri web-tabanı üzerinden etkileşimli hizmetler sunmayı amaçlamıştır. Bunun yanı sıra, taraflar yeni oluşumla içerik üretimi ve temini işiyle uğraşmayı ve bir ISS (Internet Servis Sağlayıcı) olarak faaliyet göstermeyi de kararlaştırmışlardır. Böylece, ortak girişim içerik, derleme ve iletim özelliklerini bir araya toplamıştır.

Komisyon'un ortak girişim hakkında yürüttüğü analiz, tarafların Vodafone'un mevcut mobil altyapısı ve Canal+'ın kurulu set-üstü kutu şebekesi üzerinde birlikte sahip olacakları kontrol ve söz konusu altyapı üzerinden yapılacak e-ticaret alanında oluşabilecek pazar gücü üzerine yoğunlaşmıştır. Komisyona yürütülen soruşturma, ortak girişimin gelişmekte olan ulusal TV-tabanlı internet portalları ve ulusal ve Pan-Avrupa mobil telefon-tabanlı internet portalları pazarlarında rekabet sorunlarına sebep olabileceğini ortaya koymuştur.

Sonuç olarak Komisyon, ortak girişimin ilgili pazarlarda yaratabileceği potansiyel kapanma etkilerini ortadan kaldırmak amacıyla, taraflara bir grup yükümlülük getirmiş ve bu koşulların yerine getirilmesine bağlı olarak ortak girişimin yaratacağı etkinlikler sebebiyle RA ile uyumlu olacağına karar vermiştir. Komisyon yükümlülükler yoluyla, Ortak Girişim ile rekabet halindeki internet portallarına ana teşebbüslerin set-üstü kutularına ve mobil iletişim ağına eşit erişim olanağı sağlamıştır. Böylece, tüketiciler üçüncü kişi portallarına erişim, varsayılan portallarını değiştirme ve üçüncü kişi portal işletmecisinin kendileri adına varsayılan kurulumları değiştirmesi konusunda yetkilendirme fırsatına kavuşmuştur.

Söz konusu karar, internet hizmetleri pazarında var olan ve kullanıcılara internet erişimlerini sağlayan işletmeciden bağımsız olarak içerik sağlayıcılarını belirleyebilme olanağı tanıyan rekabetçi pazar yapısının, gelişmekte olan mobil Internet ve televizyonlar üzerinden Internet hizmetleri pazarlarında da sürdürülebilmesini sağlaması itibarıyla önem taşımaktadır<sup>60</sup>.

Bir başka örnek olayda, Vodafone 2003 yılında, Komisyon'a tek başına kontrollerini devraldığı iki teşebbüsle ilgili bildirimde bulunmuştur<sup>61</sup>. Bu teşebbüsler, İngiliz Cauldwell Holdings Ltd.'ye ait Singlepoint ve Corporate 4U isimli şirketlerdir. Singlepoint, Birleşik Krallık'taki lider bağımsız mobil servis sağlayıcılardan (*Independent cellular Servis Provider*) biridir. Bu tür şirketler bir mobil iletişim işletmecisinden toplu olarak dakika satın alarak kendi müşterilerine bu dakikaların yeniden satışı işiyle uğraşmaktadırlar. Bu kapsamda Singlepoint kredi kontrol, tarife yönetimi, faturalandırma, tüketiciyle

<sup>60</sup> NIKOLINAKOS, N. T. (2005), "EU competition law on access to premium content: the emergence of new media", *Computer and Telecommunications Law Review*, Jan. 2005, V. 11, Is. 1, s. 15.

<sup>61</sup> COMP/M.3245, Vodafone/Singlepoint, 16.9.2003.

ilişkiler ve abone ilişkileri yönetimini de içeren bir grup operasyonu yürütmektedir. Şirket, kurumsal müşteri işlerinin yönetimini Corporate 4U aracılığıyla yapmaktadır.

Gavin Darby, Vodafone UK'in o dönemdeki CEO'su, devralma ile ulaşmak istedikleri hedefi aşağıdaki sözlerle açıklamıştır<sup>62</sup>:

*"... önerilen işlem BK'daki sözleşmeli müşterilerimizin sayısını %90 oranında artıracaktır. Bu da bize hem ses hem de data hizmetlerinin geliştirilmesi ve daha geniş bir müşteri kitlesine birbiriyle uyumlu hizmet ve ürünlerin sunulması konusunda büyük bir imkan verecektir."*

Vodafone'un mobil iletişim pazarının hem toptan hem de perakende<sup>63</sup> seviyelerinde faaliyet gösteriyor olması ve Singlepoint'in sadece perakende seviyede aktif olması sebebiyle Komisyon'un rekabet analizi işlemin hem dikey hem de yatay karakterli etkileri üzerinde yoğunlaşmıştır. Dikey bakımdan, Vodafone'un toptan ve perakende seviyede BK'da lider işletmeci olmasına karşın, bu liderlik pazar payları bakımından rakipleri karşısında kayda değer bir nitelik taşımamaktadır. Vodafone toptan seviyede hakim durumda bulunmadığından ve perakende seviyede önemli bir rekabet yaşanmakta bulunduğundan Komisyon tarafından mobil iletişim pazarı bakımından bir kapanma etkisi tespit edilememiştir. Yatay bakımdan, perakende seviyede önemli bir rakibin pazardan çıkması sonucunu doğurmasına karşın pazar paylarının değişkenliğini ve düşük giriş engellerini göz önünde bulundurarak Komisyon işlemin tek başına ya da birlikte hakim durum yaratılmasına sebep olmayacağına ve bu gerekçeyle işleme izin verilmesine karar vermiştir.

Yukarıda yer verilen kararlardan mobil iletişim hizmetleri pazarlarındaki dikey nitelikli işbirliği anlaşmalarına ilişkin rekabet analizlerinde ön plana çıkan hususun anlaşma anında belirli bir pazar gücüne sahip bulunan mobil işletmecilerin bu anlaşmalar yoluyla mevcut güçlerini diğer ilgili pazarlara yansıtılmalarının önlenmesi ve pazarların rakiplere kapanmasının engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır.

### **3. TÜRKİYE MOBİL İLETİŞİM HİZMETLERİ PAZARINDA İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARI**

İlk 3G lisanslarının 2008 yılında verildiği Türkiye'de, mobil internet ve 3G mobil iletişim hizmetleri hızla gelişmektedir. Pazarın henüz başlangıç aşamasında bulunduğu bu noktada, Rekabet Kurulu kararlarına yansıyan son

<sup>62</sup> Vodafone International Press Releases, 8.11.2003.

<sup>63</sup> Vodafone aboneleri Vodafone şebekesini ister Vodafone'la doğrudan sözleşmeler yoluyla isterlerse bir ISS aracılığıyla kullanabilmekteydiler.

derece sınırlı sayıda işbirliği anlaşması olduğu görülmektedir. Esasen lisansın birlikte işletilmesi ya da ortak altyapı kurulumu alanlarında rakip işletmecilerin bugüne kadar Kurul kararlarına yansıyan bir işbirliği bulunmamaktadır. Dikey nitelikli işbirlikleri bakımından ise özellikle katma değerli hizmetlerle ilgili olarak mobil pazarlama ve araç takip hizmeti sunan firmalarla pazarın lideri durumdaki Turkcell arasında yapılan bazı münhasır hizmet sözleşmelerinin rekabet incelemesine tabi tutulduğu görülmektedir<sup>64</sup>. Aşağıda, öncelikle Türkiye mobil iletişim pazarı hakkında genel bir bilgi verilecek, ardından “IMT-2000/UMTS Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Planı”nın (Yetkilendirme Planı) bu pazardaki altyapı paylaşımına ilişkin olarak getirdiği özel düzenlemeler ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (4054 sayılı RKHK) ilgili maddelerinden kısaca bahsedilecektir. Son olarak, mobil iletişim hizmetleri pazarında yapılan işbirliği anlaşmalarının Kurul kararlarına ne şekilde yansıdığına değinilecektir.

### 3.1. Pazarın Yapısı

Türkiye’de mobil iletişim hizmetleri iki özel şirket olan Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) ve Telsim Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.’nin (Telsim) Türk Telekomünikasyon A.Ş. (Türk Telekom) ile gelir paylaşımı sözleşmesi imzalamalarının ardından 1994’te başlamıştır. İlgili kanunlardaki değişikliklerin ardından bu anlaşmalar GSM 900 lisanslarına çevrilmiş ve Ulaştırma Bakanlığı ile bahsi geçen şirketler arasında imtiyaz sözleşmeleri imzalanmıştır. 2001 yılında, 1800 MHz frekans bandında, İş-Tim Telekomünikasyon A.Ş. (Aria) ve Türk Telekom’un iştiraki Aycell Haberleşme ve Pazarlama Hizmetleri A.Ş. (Aycell) görev sözleşmesi imzalayarak hizmet vermeye başlamıştır. Bunu takiben, Aycell ve Aria’nın birleştirilmesi kararı alınmıştır. 23 Haziran 2004 tarihi itibarıyla Avea markası, bu iki markayı temsilen faaliyete başlamıştır. Telsim, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından 2005 yılında yapılan ihalede İngiltere merkezli Vodafone’a satılmıştır. Vodafone IT Hizmetleri A.Ş. halihazırda Vodafone markası altında faaliyetlerine devam etmektedir.

BTK’nın verilerine göre<sup>65</sup> Haziran 2010 itibarıyla mobil abone sayısı 61,8 milyona ulaşmış ve mobil penetrasyon oranı %85,1 olarak gerçekleşmiştir. Yine BTK verilerine göre, 2010 yılı son çeyreği itibarıyla abone sayıları esas

<sup>64</sup> Kurulun katma değerli mobil hizmetler pazarındaki uygulamalarına ilişkin olarak Turkcell hakkında yürüttüğü soruşturma ise, doğrudan Turkcell ile katma değerli hizmet sağlayıcısı firmalar arasındaki anlaşmalar hakkında bulunmayıp, bu tür anlaşmalarla bağlantılı olarak Turkcell’in tek taraflı davranışlarıyla fiili münhasırlık yaratması ve bunun sonucunda pazarda kapanma etkisinin doğması ve böylece rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasına ilişkindir. Bu sebeple bu çalışmada değerlendirilmemektedir (23.12.2009 tarih, 09-60/490-379 sayılı karar).

<sup>65</sup> BTK 2011, s. 36.

alındığında mobil iletişim pazarında Turkcell %54,19 pazar payıyla lider konumunda bulunmakta ve %27,01 ile Vodafone ve %18,80 ile Avea şirketi takip etmektedir<sup>66</sup>.

Bilindiği üzere, telekomünikasyon alanındaki düzenleyici otoritenin ilgili pazarlarda rekabet hukuku kriterlerini esas alarak belirli bir pazar gücüne sahip işletmecileri etkin piyasa gücüne sahip işletmeci olarak ilan etme yetkisi bulunmaktadır. Bu nitelikteki işletmecilere rakiplerinden farklı olarak erişim, evrensel hizmet gibi bazı alanlarda özel yükümlülükler getirilebilmektedir. BTK 2005 yılında Turkcell'i, mobil iletişim hizmetleri pazarının alt pazarları olan GSM mobil çağrı sonlandırma, çağrı başlatma ve GSM mobil erişim pazarlarında etkin piyasa gücüne sahip işletmeci olarak belirlemiştir<sup>67</sup>.

Türkiye mobil iletişim pazarındaki önemli gelişmelerden biri de, üçüncü nesil mobil iletişim hizmetlerine ilişkin IMT2000/UMTS lisanslarının 2008 yılında yapılan ihale sonucunda mevcut 2G mobil iletişim işletmecilerince kazanılmasıdır. 30 Temmuz 2009 tarihi itibarıyla 3G mobil iletişim hizmetleri kullanıcılara sunulmaya başlanmıştır. Haziran 2010 verilerine göre, 3G abone sayısı 11,4 milyonu aşmış bulunmaktadır.

**Tablo - 3G Hizmeti Kullanıcı Verileri 2010**

	1. Çeyrek	2. Çeyrek	3. Çeyrek	4. Çeyrek
3G Abone Sayısı	8.717.769	11.433.031	16.615.286	19.407.264
Mobil İnternet Kullanıcı Sayısı	640.580	832.321	1.158.866	1.448.020
Mobil İnternet Kullanım Miktarı (Gbyte)	2.105.643	2.629.253	3.274.139	4.387.315

Kaynak: BTK

### **3.2. Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Yönüyle "IMT-2000/UMTS Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Planı" ve 4054 Sayılı RKHK'nın İlgili Hükümlerinin Uygulanması**

Mobil iletişim hizmetleri pazarında işbirliği anlaşmaları bir taraftan regülasyon otoritesi tarafından rekabetin tesisi amacıyla düzenlemeye tabi tutulmakta, diğer taraftan rekabet otoritesince rekabetin korunmasına yönelik olarak sürekli bir gözetim altında tutulmaktadır. Bu çerçevede imtiyaz sahibi işletmecilerin

<sup>66</sup> BTK 2011, s. 43.

<sup>67</sup> 28.12.2005 tarihli Resmi Gazete'de (R.G.) yayımlanan Kurul kararı ile.

yapacakları işbirliği anlaşmalarında bir yandan telekomünikasyon alanındaki düzenleyici kurumun diğer yandan rekabet otoritesinin ilgili düzenlemelerini ve kararlarını dikkate alması gerekmektedir. Bu bölümde öncelikle BTK tarafından 3G'ye özgü olarak getirilen düzenleme ardından ilgili rekabet hukuku kurallarına değinilecektir.

Düzenleyici otorite 3G altyapılarının kurulması ve hizmetlerinin verilmesine yönelik olarak, "IMT-2000/UMTS Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Planı"<sup>68</sup> (Yetkilendirme Planı) kapsamında özel hükümler getirmektedir. Konumuz açısından bakıldığında, bu düzenlemenin dolaşım, tesis paylaşımı gibi 3G pazarında rakipler arasında yapılacak yatay nitelikli işbirliklerine ilişkin temel prensipleri belirlediği anlaşılmaktadır. Planın 10. maddesi ile işletmecilere, sözleşmenin imzalanmasını izleyen ilk üç yıl içerisinde büyükşehir belediyeleri sınırları içinde kalan nüfusu, ilk altı yıl içinde tüm il ve ilçe belediye sınırları içinde kalan nüfusu, sekiz yıl içinde nüfusu 5000'in üzerinde olan tüm yerleşim alanları içinde kalan nüfusu ve on yıl içinde nüfusu 1000'in üzerinde olan tüm yerleşim alanları içinde kalan nüfusu kapsama alanı içine alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülük işletmeci tarafından bizzat yerine getirilecek ve dolaşım yoluyla yapılmayacaktır. Diğer taraftan, 11. maddede işletmecilerin 3G'den 3G'ye ulusal dolaşım anlaşmaları yapabilecekleri düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, aynı zamanda 2G şebekesine de sahip olan işletmeciler 2G lisansı olmayan 3G işletmecilerine, taraflar arasında ulusal dolaşım anlaşmasının imzalanmasından itibaren üç yıl süreyle 3G-2G dolaşımı sağlamakla yükümlü olacaklardır.

Planın 13. maddesi 3G işletmecileri arasındaki altyapı paylaşımı anlaşmalarını düzenlemektedir. Buna göre, işletmeciler 3G altyapılarını birlikte kurmak ve kullanmak konusunda anlaşma yapabilirler. Birlikte kurulup işletilebilecek altyapı telsiz erişim şebekesi (*RAN*) olarak sınırlandırılmıştır. Hüküm bu tür işbirliği anlaşmaları bakımından iki yükümlülük öngörmektedir: işletmeciler kendilerine tahsis edilen frekansları kullanmaya devam edecekler ve bu sözleşmeler yürürlükte bulunan diğer mevzuat hükümlerine aykırı düzenlemeler içermeyecektir. Düzenlemeye göre, işletmecilerin telsiz erişim şebekesi içerisindeki bağlantıları gerçekleştirebilmek için gerekli iletim hatlarını bu konuda yetkilendirilmiş işletmecilerden kiralayabilmesi de mümkündür.

Tesis paylaşımı Yetkilendirme Planı'nın 14. maddesinde düzenlenmektedir. Hükme göre, talep üzerine, 3G işletmecileri kuleler, alanlar, direkler, enerji iletim hatları ve diğer benzer altyapı elemanlarını paylaşmakla yükümlüdür. Buna ek olarak, işletmecilerin öncelikle bu tesisleri paylaşım

<sup>68</sup> 2008/14086 sayılı Bakanlar Kurulu kararı 18.9.2008 tarih, 27001 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.

anlaşmalarıyla sağlamaya çalışması öngörülmüş bununla birlikte gerekli görülmesi durumunda düzenleyici kurumun işletmecileri bu paylaşımaya zorlayabileceği belirtilmiştir.

Bu hükümlerle BTK, 3G'deki ulusal dolaşım, şebeke paylaşımı ve tesis paylaşımı konularındaki yaklaşımını açıklamaktadır. Bahsi geçen hükümlerden, 3G şebekelerinin bir an önce kurulmasını desteklemek ve çevrenin korunmasını temin etmek amacıyla BTK'nın bu tür işbirliği anlaşmalarını teşvik ettiği anlaşılmaktadır. Plan ile getirilen bu yaklaşımın AB hukukunun benimsediği prensiplerle uyum içinde olduğu görülmektedir<sup>69</sup>.

Diğer taraftan, Yetkilendirme Planında yukarıda belirtilen türdeki anlaşmaların ve buna bağlı uygulamaların diğer ilgili mevzuat çerçevesinde de denetime tabi oldukları vurgulanmaktadır. Burada sözü edilen ilgili diğer mevzuat ifadesinin rekabetin korunmasına yönelik düzenlemeleri de kapsadığı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Buna göre, bu tür işbirliği anlaşmalarının 4054 sayılı RKHK, özel olarak bu Kanun'un 4. maddesi ile uyumlu olması gerekmektedir. Dolaşım, şebeke ve tesis paylaşımı anlaşmaları şebeke ve hizmet bakımından 3G pazarlarındaki rekabetin kısıtlanması ve bozulması sonucunu doğurmamalıdır. Aksi halde Rekabet Kurulu bu tür anlaşmalar hakkında 4054 sayılı RKHK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde inceleme yapma yetkisini kullanabilecektir<sup>70</sup>.

Rekabet Kurulu tarafından yapılacak olası bir incelemede, Komisyon'un yukarıda incelenen T-Mobile ve O2 arasındaki şebeke paylaşımı anlaşmasına ilişkin kararında açıklanan prensiplerin uygulanması mümkündür. Türkiye'de mobil iletişim pazarlarıyla bahsi geçen karardaki pazar yapıları benzerlik göstermektedir. Her iki pazarda da yüksek girişi engelleri sebebiyle oligopolistik bir yapı bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, pazarda halihazırda 2G lisansı ile faaliyet göstermekte olan yerleşik işletmeciler (*incumbents*) 3G lisansını da alarak yeni nesil mobil iletişim hizmetleri pazarında hizmet vermeye devam etmişlerdir.

Bu çerçevede, 3G pazarlarındaki katma değerli hizmetleri oluşturan veri iletimiyle ilgili hizmetlerde şebeke kalitesi rekabette belirleyici bir önem taşıdığından, Rekabet Kurulu'nca bu alanda yapılacak bir değerlendirmede öncelikle işbirliği anlaşmasının altyapı rekabeti üzerindeki etkilerinin ele

<sup>69</sup> AB hukukunda ortak yerleşim ve tesis paylaşımına ilişkin genel kurallar 7 Mart 2002 tarihli, 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi (*Access Directive*), Türkiye'de ise 2 Aralık 2010 tarihli, 27773 sayılı R.G.'de yayımlanan Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ ile düzenlenmektedir.

<sup>70</sup> Makalenin yazıldığı tarih itibarıyla Rekabet Kurulu kararlarına yansıyan mobil işletmeciler arasında yapılan herhangi bir yatay işbirliği anlaşması bulunmamaktadır.

alınması gerekmektedir. Ardından anlaşma ile paylaşılan altyapı tesisinin diğer işletmecilere kapatılması durumunda rakipler üzerinde yaratılacak etkiler incelenmelidir. Son olarak, paylaşım anlaşmasının taraflar arasındaki rekabetin azalmasına ve hatta örneğin perakende pazarı gibi alt pazarlarda fiyat anlaşması gibi koordinasyona sebep olup olmayacağını araştırılması uygun olacaktır<sup>71</sup>. Bu husus incelenirken işbirliğinin seviyesinin ve taraflar arasındaki rekabetin kısıtlanmasının yaratacağı ortak fayda gibi unsurların dikkate alınması gerekmektedir.

Aynı şekilde, bu alanda yapılacak birleşme-devralma işlemleri hakkında Rekabet Kurulu'nun yapacağı incelemelerde, 4054 sayılı Kanun'un 7. ve gerekirse 4. maddeleri çerçevesinde işlemin pazarda yaratacağı olası etkiler değerlendirilmeli ve gerektiğinde yoğunlaşma, ana şirketler arasındaki koordinasyonlu davranışların ortaya çıkışı, pazarın kapanması gibi rekabeti kısıtlayıcı etkilerin doğmasını önleyici tedbirler alınmalıdır.

Bu bölümde son olarak belirtilmesi gereken husus, söz konusu iki otoritenin aynı anda görevli olduğu bu alanda uyum içinde çalışma prensibini işletmelerinin gerekliliğidir. BTK ve Rekabet Kurulu arasındaki işbirliğinin temelini 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun<sup>72</sup> BTK'nın görev ve yetkilerinin düzenlendiği 6/1(b) hükmü ile "Rekabet Sağlanması" başlıklı 7/2 hükmü oluşturmaktadır. Kanun'un 6/1(b) hükmü uyarınca Kurum, mevzuatın öngördüğü hallerde elektronik haberleşme sektöründeki rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumundan görüş almakla yükümlüdür. Rekabet Kurulu ise Kanun'un 7/2 hükmü uyarınca, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda öncelikle Kurumun görüşünü ve Kurumun yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate almak durumundadır. Söz konusu Kurumlarca 2002 yılında aralarındaki işbirliğinin geliştirilmesi amacıyla bir protokol de yapılmıştır. Bahsi geçen hükümlerin ve protokolün özellikle makale konusu gibi paralel yetkilerin söz konusu olduğu hallerde etkin bir şekilde işletilmesi gerek işletmeciler açısından hukuki belirliliğin sağlanması gerek nihai kullanıcılar da dahil olmak üzere diğer tüm paydaşların haklarının korunması bakımından zorunludur.

<sup>71</sup> Rekabet hukukunda "spill over effect" olarak ifade edilen yayılma etkisi kavramı, taraflar arasındaki anlaşma ya da birleşme/devralmanın ilgili olduğu pazarlar dışında da rekabeti kısıtladığı durumlar için kullanılmaktadır.

<sup>72</sup> 10.11.2008 tarih, 27050 mükerrer sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.

### 3.3. Rekabet Kurulu Kararları Özelinde Mobil İletişim Hizmetleri Pazarındaki Dikey İşbirliği Anlaşmaları

Rekabet Kurumunun mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarlarındaki dikey anlaşmalara ilişkin olarak aldığı çeşitli kararlar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Turkcell ile içerik ve uygulama sağlayıcısı firmalar arasında, çeşitli katma değerli hizmetlerin<sup>73</sup> teminine ilişkin olarak yapılan bir grup münhasır anlaşma hakkında yürütülen önaraştırma<sup>74</sup>. Önaraştırma Telsim tarafından Kuruma yapılan bir şikayet üzerine başlatılmıştır. Telsim şikayetinde Turkcell'in söz konusu anlaşmaları sebebiyle faaliyetlerinin engellendiği iddiasında bulunmaktadır.

Yürütülen önaraştırma sonucunda alınan kararda, ilgili anlaşmalar içerisinde özellikle ikisinin önem taşıdığı vurgulanmıştır: “İçerik Temin, Reklam&Pazarlama, Sunucu Barındırma, Uygulama Geliştirme İşletme Hizmet Çerçeve Sözleşmesi” ve “İçerik Temin İşletim Paket Yönetimi ve Hizmet Çerçeve Sözleşmesi”. Bu sözleşmelerin ilkinde, Turkcell’le sözleşmeyi imzalayan firmalar Turkcell’e GSM üzerinden vereceği katma değerli hizmetlerde kullanılmak üzere, içerik (oyunlar, yarışma, oylama, bilgi ve eğlence içeriği), reklam ve pazarlama hizmeti, sunucu işletim hizmeti ve yazılım uygulamaları üretimi ve işletimi temin etmektedirler. Sözleşmelerdeki ödeme sistemi genellikle gelir paylaşımı üzerine kurulmuştur. Anlaşmaların tümü münhasır olup genellikle beş yıllık süreleri kapsamaktadır<sup>75</sup>. İkinci tip sözleşme, Mapco (Turkcell’in katma değerli hizmetler platformu olan Shubuo’yu işleten iştiraki) ile ortaklaşa üretilen ve sağlanan paket hizmetlere ve Turkcell’in çeşitli platformları (SMS, WAP, WEB, MMS gibi) üzerinden hizmet sağlayan firmalarla yapılmaktadır. Bu anlaşma da münhasır olup süresi bir yıldır. RK kararında iki ilgili ürün pazarı tanımlamıştır; “GSM şebekeleri üzerinden sunulan katma değerli hizmetler” ve “GSM şebekeleri üzerinden katma değerli hizmetler sunmak için gerekli olan içerik temin ve uygulama hizmetleri”.

Kararın raportörlerin görüşünü yansıtan bölümünde, söz konusu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiği ve bu sözleşmeler için Kuruma muafiyet bildiriminde bulunulmadığı, önaraştırma sürecinde, içerik

<sup>73</sup> 5.11.2008 tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’na dayanılarak çıkarılan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği’nin 4(ö) maddesinde katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri, “İçeriği, kodu, protokolü veya benzer hususları üzerinde bilgisayar işlemleriyle veya başka surette işlem yaparak aboneye/kullanıcıya ek, farklı ya da yeniden yapılandırılmış bir ses veya veri ileten ya da eğlence, oylama, yarışma, katılım, bilgi verme veya benzeri amaçlı içeriklere erişimi sağlayan elektronik haberleşme hizmetleri” olarak tanımlanmaktadır.

<sup>74</sup> 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı karar.

<sup>75</sup> Kararda altı ay, bir yıl ve iki yılı kapsayan anlaşmaların da bulunduğu belirtilmektedir.



ve uygulama hizmetleri alanında imzalanan bu sözleşmelerde yer alan kısıtlamaların, katma değerli hizmetler pazarındaki etkilerinin tam olarak tespit edilemediği ve 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde daha kapsamlı bir incelemeye ihtiyaç duyulduğu ifade edilerek, Turkcell hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca, aynı Kanun'un 4 ve 6. maddeleri çerçevesinde soruşturma açılması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna karşın, Kurul sözleşmeler hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir.

Kurul kararına dayanak teşkil eden hususlar şöyle özetlenebilir; öncelikle, kararda ilgili sözleşmelerin fason üretim anlaşmalarına benzediği tespit edilerek, dikey nitelikli anlaşmalardan olduğu belirtilmiştir. Dikey anlaşmalarda yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin rekabeti kısıtlayıcı etkileri sebebiyle Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunduğu tespit edilmiştir. Bununla birlikte, sözleşmelerin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamına girdiğine ve rekabet etmeme yükümlülüklerinin Tebliğ ile getirilen düzenleme ile uyumlu olduğuna karar verilmiştir.

Karardaki temel sorun, Turkcell'in alıcı; içerik ve uygulama sağlayan firmaların sağlayıcı kabul edilerek sözleşmelerde alıcıya yani Turkcell'e getirilen bir rekabet yasağının söz konusu olmaması sebebiyle Dikey Tebliğ ile sağlanan muafiyetten yararlanıldığına hükmedilmesidir. Bu ilişkilerde Turkcell alıcı değil altyapı sağlayıcısı konumundadır. Telekomünikasyon mevzuatından kaynaklanan birtakım zorunluluklar sebebiyle tüketiciye karşı nihai hizmeti sunan Turkcell olarak görünse de gerçekte katma değerli hizmeti diğer firmalar sağlamaktadır. Nitekim aşağıda incelenecek olan daha sonraki tarihli kararlarında Kurul bu yaklaşımını terk etmiştir.

Rekabet Kurulu'nun sözü edilen kararının ardından 2007 yılında Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Dikey Tebliği) tadil edilmiştir<sup>76</sup>. Değişik 2002/2 sayılı Tebliğ ile getirilen ve konumuz bakımından önem arz eden değişiklik, bir dikey anlaşmanın tarafı olan sağlayıcının anlaşma konusu mal ve hizmetleri temin ettiği pazardaki pazar payının %40'lık eşiği aşması durumunda bu anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamaz hale gelmesini sağlayan düzenlemedir. Tebliğ'in Geçici 2. maddesi ile, 2007/2 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihte 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanmakta olan ancak 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2. maddesinde öngörülen eşiği aşarak kapsam dışında kalan anlaşmaların bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde

<sup>76</sup> 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği, R.G. Tarih: 25.05.2007, Sayı: 26532.

4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanması gerektiği düzenlenmiştir.

Kurul'un Turkcell ile mobil pazarlama şirketleri arasında yapılan sözleşmeleri değerlendirdiği 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı kararı da bu değişikliğin ertesinde alınmış olan kararlardan biridir. Avea tarafından yapılan şikayette Turkcell'in bu firmalarla arasındaki sözleşmeler sebebiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Kararın raportör görüşü bölümünde, şikayete konu sözleşmelerin Kurul'un, yukarıda bahsedilen, 05-10/86-33 sayılı kararı ile grup muafiyetinden yararlandıklarının tespit edildiği ancak Tebliğ'de yapılan değişiklik sonucunda Turkcell'in %40'ı aşan pazar payı sebebiyle bu anlaşmaların Tebliğ kapsamı dışına çıktığı, yapılan inceleme ve değerlendirmeler sonucunda mobil pazarlama şirketleri ile yapılan anlaşmaların ilgili pazarda rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunduğu, ancak Tebliğ'in Geçici 2. maddesi sebebiyle bu anlaşmaların bir yıl içinde 4054 Kanun'un 5. maddesine uygunluğunun sağlanması yönünde bir düzenleme getirildiği, bu süre içinde anlaşmalar hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında işlem yapılamayacağı ifade edilmiştir. Sözleşmeler hakkında Kanun'un 6. maddesi bakımından yapılan değerlendirmede ise, anlaşmaların bu maddeyi ihlal ettiği yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunduğu belirtilerek bu bakımdan Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılabilmesi, usul ekonomisi gerekçesiyle soruşturma açılması kararı alınmadan önce taraflara Kanun'un 9/3 hükmü uyarınca görüş gönderilebileceği ve bu görüşe uyulacağına taahhüt edilmesi durumunda taraflar hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yönünde görüş bildirilmiştir.

Kararda, Turkcell'in mobil pazarlama hizmetlerinin sağlanması için gerekli altyapı sağlayıcısı konumunda olduğu, diğer hukuki sorumluluğun mobil pazarlama şirketlerine ait olduğu tespit edilerek, Dikey Tebliği bakımından Turkcell'in sağlayıcı sıfatını taşıdığına karar verilmiştir. Yapılan inceleme neticesinde, rakiplerin elde ettikleri cirolar göz önüne alındığında, mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı hizmetleri pazarında Turkcell dışındaki işletmecilerin anlamlı bir varlıklarından söz edilemeyeceği, bununla birlikte son dönemde sayıları hızla artan katıl-kazan kampanyalarının gösterdiği üzere, ürün ve markaların mobil telefon mecrasından tanıtımının yapılmasının giderek yaygınlaştığı, ürün sahiplerinin mümkün olduğunca çok tüketiciye ulaşabilmek için tüm GSM işletmecilerinin abonelerine ulaşabilmeyi tercih etmelerinin rasyonel bir firma davranışı olduğu tespit edilmiştir. Kararda, Turkcell'in münhasırlık içeren inceleme konusu sözleşmelerinin piyasada kapanma etkisi yaratacak biçimde alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan sonuçlar doğurduğunun anlaşıldığı bilgisine yer

verilmiştir<sup>77</sup>. Bu çerçevede özetlenebilecek gerekçelerle 2002/2 sayılı Tebliğ'den yararlanamayan sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna ve 5. maddesinin (c) bendi uyarınca ilgili pazardaki önemli ölçüde ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunması sebebiyle bireysel muafiyet de alamayacağına karar verilmiştir. Kurul, şikayetin kapsamında ve raportörlerin görüşünde yer almasına karşın Kanun'un 6. maddesi bakımından herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.

Rekabet Kurulu'nun bu konudaki bir başka kararı, Turkcell ile araç takip firmaları arasında imzalanan münhasır anlaşmaların incelenmesi sonucunda alınan karardır<sup>78</sup>. Araç takip hizmeti<sup>79</sup> GSM işletmecileri ile araç takip firması adı verilen firmalar arasında kurulan çözüm ortaklıkları ile kullanıcıya sunulmaktadır. Şikayet Turkcell'in bu tür araç takip firmalarıyla yaptığı münhasır nitelikli işbirliği anlaşmaları sebebiyle pazarın rakip işletmecilere kapatıldığına ilişkindir. Kararda bu katma değerli hizmet bakımından GSM işletmecilerinin araç takip firmalarına altyapı sağladığı, dolayısıyla rekabet hukuku bakımından "sağlayıcı" konumunda bulunduğu tespit edilmiştir. Kararda, önaraştırma sürecinde Turkcell'in araç takip firmalarıyla arasındaki eski sözleşmelerin halen 2002/2 sayılı tebliğ ile öngörülen geçiş sürecinde bulduklarına, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca değiştirmeye başlanan yeni tip sözleşmelerde yer alan ve münhasırlık etkisi yaratan maddeleri sebebiyle 4054 sayılı Kanun'u 5. maddesi uyarınca bireysel muafiyetten yararlanamayacağına karar verilmiştir. Kurul mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarının katma değerli hizmetlere ilişkin yönü itibarıyla pazarda hakim durumda bulunan işletmecinin katma değerli hizmet sağlayıcısı firmalarla arasındaki anlaşmalarda yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin pazardaki olası etkilerini göz önüne almış ve bu kararı ile de yukarıda bahsi geçen 07-92/1191-461 sayılı kararındaki tutumunu devam ettirmiştir.

Bahsi geçen kararlarda, karar tarihi itibarıyla Dikey Tebliği'ndeki değişik hükümlerin uygulanması için öngörülen geçiş süresinden yararlanılıyor

<sup>77</sup> Kararda yer verilen bir başka tespit ise, Mart 2006 tarihinden itibaren Turkcell'in mobil pazarlama hizmeti veren firmalar dışında kalan katma değerli hizmetler sunan firmalara uygulamış olduğu münhasır çalışma şartını kaldırmasıyla bu firmaların Vodafone ve Avea abonelerine de hizmet verebilmeye başladığı, bu durumun pazarın büyümesine, ilgili içerik sağlayıcı firmaların gelirlerini ve ürün çeşitliliğini artırmasına ve tüm GSM işletmecilerinin abonelerinin de bu hizmet ve ürünler faydalanabilmesini sağladığıdır.

<sup>78</sup> 2.4.2008 tarih, 08-27/306-97 sayılı karar.

<sup>79</sup> Araç takip hizmeti kısaca, araçlara takılan GPS sistemleri aracılığıyla GPS uydu sistemleri üzerinden araç hareketlerinin takip edilerek GSM işletmecilerinin GSM-GPRS-SMS-CSM hizmetleri yoluyla aktararak sayısal haritalar üzerinden izlenmesini sağlayan hizmet türü olarak açıklanabilir.

olmasından hareketle, ilgili anlaşmaların pazardaki olası etkilerinin detaylı olarak değerlendirilmediği görülmektedir.

Birleşme-devralma işlemleri bakımından Rekabet Kurulu incelemesine tabi tutulan bu alandaki en kayda değer işlem ise, Vodafone'un sabit ve mobil işletmeciler için yazılım ve uygulama üreten Oksijen Teknoloji Geliştirme Bilişim Sistemleri A.Ş. (O2) isimli şirketi devralmasıdır. Kurul işleme izin verdiği kararında<sup>80</sup>, "akıllı şebeke çözümleri", "mesajlaşma çözümleri", "katma değerli servis çözümleri" ve "lokasyon bazlı çözümler"den oluşan dört farklı pazar tanımlamıştır. Değerlendirmede, her ne kadar söz konusu pazarlar hakkında güvenilir pazar payı bilgisi bulunmasa da O2'nin bu pazarların katma değerli servis çözümleri dışında kalan üçünde %25'ten yüksek bir pazar payına sahip olduğunun kabul edilebileceği ifade edilmiş ve Vodafone'un bu pazarlarda herhangi bir faaliyeti bulunmaması sebebiyle işlemin hakim durum yaratılması ya da hakim durumun güçlendirilmesi gibi rekabeti kısıtlayıcı bir etkisinin olmayacağına karar verilmiştir.

Söz konusu kararında Kurul'un, tamamlayıcı nitelikteki hizmetlerin entegrasyonunun ve tarafların örtüşen faaliyetlerinin bulunmamasının yaratacağı etkinliği göz önüne aldığı iddia edilebilir. Bununla beraber, karar 3G lisanslarının henüz verilmediği ancak yakın bir tarihte ihaleye çıkılacağı gündemde olduğu bir dönemde, yerleşik işletmecilerden birinin yazılım, içerik ve uygulama pazarının en önemli aktörlerinden biriyle dikey bir entegrasyona girmesine ilişkin bir işlemi konu edinmesi sebebiyle önem taşımaktadır<sup>81</sup>. Kurul'un kararında da belirtildiği üzere, ilgili dönem itibarıyla O2 Türkiye mobil hizmet çözümleri pazarının en büyük yazılım ve uygulama üreticisi konumunda bulunmaktadır.

Bu tür bir incelemede işlemin rekabet üzerindeki etkilerinin doğru olarak ortaya konulabilmesi için, konunun geniş bir perspektifle ele alınması gerekmektedir. Karar özelinde bakıldığında, yakın bir gelecekte Türkiye'de 3G lisanslarının verileceğinin de dikkate alınarak, yeni nesil mobil hizmetlerinin ortaya çıkaracağı pazarlarda işlemin yaratabileceği potansiyel kapanma etkilerinin de değerlendirmesi ve bu etkilerin engellenmesine yönelik tedbirlerin alınması uygun olacaktır. Benzer bir değerlendirmenin, yukarıda ilgili bölümde yer verilen Komisyon'un Vizzavi kararında yapıldığı ve işlemin yaratabileceği

<sup>80</sup> 6.7.2006 tarih, 06-47/628-178 sayılı karar.

<sup>81</sup> İşlemin üzerinden kısa bir süre sonra 3G lisansı ihalesi ilan edilmiştir. Vodafone Nisan 2007'deki ilanının ardından ihaleye katılma niyetini kamuoyuna açıklamıştır. Aynı açıklamada, şirket altyapısının 3G'ye uygun olduğunu ve O2'yi devralarak ar-ge alanındaki eksikliğini kapattığı da ifade edilmiştir. Bununla birlikte numara taşıma alanında yaşanan gecikmeler gerekçe gösterilerek Vodafone Eylül 2007'de yapılan ilk ihaleye katılmamıştır. (<http://www.turk.internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=19048>, 1.2.2011)

potansiyel kapanma etkilerinin vurgulanarak taraflara getirilen belirli koşullar altında işleme izin verildiği görülmektedir.

## **SONUÇ**

Yeni nesil mobil iletişim şebekelerinin ve hizmetlerinin ortaya çıkışı, teknik, ekonomik ve düzenleyici faktörlerin etkilediği karmaşık bir süreçte gerçekleşmektedir. Mobil işletmeciler söz konusu faktörlerin sebep olduğu engelleri aşabilmek, şebekelerini tamamlayabilmek ve ilgili hizmetleri verebilmek amacıyla kaçınılmaz olarak rakipleriyle veya tamamlayıcı nitelikteki diğer pazarlarda faaliyet gösteren firmalarla işbirliği yapmaktadır.

Bu tür işbirliği anlaşmalarının, zamanın ve mali kaynakların kullanımında etkinlikler yarattığı, işlemecilerin kendi uzmanlık alanlarına yoğunlaşmalarını sağladıkları ve yatırım risklerini azalttığı bilinmektedir. Düzenleyici çerçeveden bakıldığında, mobil iletişim alanındaki işbirliği anlaşmalarının, bilginin tüm topluma ulaşmasını sağlama yönündeki hedeflerin, çevre ve toplum sağlığını korumaya yönelik politikaların bir gereği olarak desteklendiklerini söylemek mümkündür. Bununla birlikte, bu anlaşmalar belirli pazar koşulları altında rekabeti kısıtlayıcı etkiler de doğurabilmektedir.

Bu sebeple, giriş engellerinin son derece yüksek olduğu 3G mobil iletişim hizmetleri pazarlarındaki bu tür anlaşmaları rekabet otoritelerince sürekli gözetim altında tutulmalı ve rekabet üzerindeki etkileri değerlendirilirken yukarıda bahsi geçen olası etkinliklerin de göz önüne alınarak uygun tedbirler alınmalıdır. Birleşme-devralma kontrolü sürecinde hakim duruma gelme kriterinin yanı sıra pazarın olası gelişim yönü dikkate alınarak pazarın kapanması, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması gibi rekabeti olumsuz şekilde etkileyecek diğer sonuçların da değerlendirilmesi uygun olacaktır. Altyapı kurulumuna ve paylaşımına ilişkin anlaşmaların bahsi geçen amaçların ötesine geçerek, teşebbüslerin faaliyetlerinin rekabetçi unsurlarını birlikte belirlemelerine hizmet eden koordinasyon doğurucu araçlara dönüşmesinin önlenmesi gerekmektedir. İçerik ve uygulama pazarlarını etkileyecek işbirlikçi anlaşmaların da, yeni nesil katma değerli hizmetlerin rakiplerce verilmesini geciktirici, pazarda rekabetin gelişmesini engelleyici nitelikte etkiler ortaya çıkarmaları durumunda yasaklanması uygun olacaktır.

Bu pazardaki işbirliği anlaşmaları hakkında yürütülecek rekabet hukuku incelemelerinde aşağıda yer verilen hususların öncelikle ele alınması önem taşımaktadır:

- İlgili pazarlar, piyasadaki olası teknik ve hukuki gelişmeler de göz önüne alınarak, dikkatli bir analizle tespit edilmelidir. Yapılacak pazar tanımlarının sadece işlemin ilgili olduğu pazarı değil; gerektiğinde perakende

pazarı gibi alt pazarları ve içerik, uygulama hizmetleri gibi işlemin etkileyeceği diğer pazarları da kapsamı ve bu pazarlardaki olası etkinin de incelenmesi uygun olacaktır.

- Yeni nesil mobil iletişim pazarlarında rekabetçi yapının tam olarak ortaya konulması, “*gatekeeper*”ların pazardaki pozisyonlarını daha da güçlendirmelerinin veya hakim durumdaki işletmecilerin ilgili diğer alanlara bu güçlerini yansıtma ve engellenmesine yönelik olarak işlem taraflarının ve rakiplerinin mevcut ve potansiyel pazar güçlerinin/pozisyonlarının tahlil edilmesi gerekmektedir.

- Gerektiğinde ilgili teknolojinin uzmanlarından da destek alınarak altyapının hangi seviyede paylaşıldığının açık bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Söz konusu paylaşımın seviyesi taraflar arasındaki işbirliğinin yakınlığını ortaya koyması ve paylaşımın fiyat ve şebeke rekabetini kısıtlayacak koordinasyon doğurucu etkilere ne derecede açık olup olmadığının anlaşılması bakımından önem taşımaktadır.

- İşbirliği anlaşmasıyla yeni nesil mobil iletişim hizmetlerine yönelik talep açısından kritik olan içeriğe; başka bir ifade ile futbol karşılaşmaları, müzik eserleri gibi popüler yayın haklarına erişimin kısıtlanıp kısıtlanmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

- Söz konusu anlaşmalardaki münhasırlık hükümlerinin varlığı, kapsamı, sözleşmelerin süresi de önem taşımaktadır. Bu hükümlerin pazarın gelişimi üzerindeki olası etkilerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. İlgili hükümlerin işbirliğinden beklenen etkinliklerin ötesine geçecek, rekabeti kısıtlayıcı niteliğe dönüşmeyecek şekilde düzenlenmesi uygun olacaktır. Anlaşmalara tanınacak olası bir muafiyetin de gerektiğinde bu esas çerçevesinde belirli bir süre sınırı ile verilmesi mümkündür.

## KAYNAKÇA

BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU (2010), “İstatistiki Veriler Işığında Türkiye’de ve Dünyada Elektronik Haberleşme Sektörü”, Ankara.

BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU (2011), “Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü, Üç Aylık Pazar Verileri Raporu, 2010 yılı 4. Çeyrek”, Sayı: 12, Ankara.

CASTELLOT PENA, M. A. (1995), “The application of competition rules in the telecommunications sector: strategic alliances”, *Competition Policy Newsletter*, No: 4, V. 1, Spring 1995, s.1-6.

ERICSSON (2001), White Paper on Basic Concepts on WCDMA Radio Access Network, <http://www.cccericsson.com/Request/001.pdf>, Erişim Tarihi: 15.12.2010.

EUROPEAN COMMISSION (1997), Green Paper on the Convergence of the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors, and The Implications for Regulation, COM (97)623, 3 December 1997.

EUROPEAN COMMISSION (2005), Paper on the Preliminary Findings of the Sector Inquiry into New Media (3G), Brussels.

FELDMANN, V. (2002), “Competitive strategy for media companies in the mobile Internet”, *Schmalenbach Business Review*, V. 54, October 2002, s. 351-371.

FUENTELESZ, L., MAICAS, J.P. ve Y. POLO (2008), “The Evolution of mobile communications in Europe: The transition from the second to the third generation”, *Telecommunications Policy* 32, s.436-449.

GABATHULER, D. ve W. SAUTER (2003), “Network Sharing in 3<sup>rd</sup> Generation Mobile Communications Systems: Minding the Coverage Gap and Complying with EC Competition Rules”, *Competition Policy Newsletter*, Autumn, No. 3, s.43-46.

GARZANITI, L. (2003), Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EC Competition Law and Regulation.

GERADIN, D. (2005), “Access to Content by new media platforms: a review of the competition law problems”, *European Law Review*, February 2005, s.2-28.

JONES, A. ve SUFRIN, B. (2004), EC Competition Law, Oxford.

KROES, N. (2010), Speech, “European Commission and European Parliament Summit on The Open Internet and Net Neutrality in Europe” Brüksel, 11 Kasım 2010.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/643>  
(30.11.2010).

MAITLAND, C. F., BAUER, J. M. ve R. WESTERVELD (2002), "The European market for mobile data: evolving value chains and industry structures", *Telecommunications Policy* 26, s.485-504.

MONTI, M. (2001), Speech/01/375 on Defining the boundaries competition policy in high tech sectors, 11.9.2001.

MONTI, M. (2004), Speech/04/353 on Access to content and the development of competition in the New Media market- the Commission's approach, 8.7.2004.

NIKOLINAKOS, N. T. (2004), "Mergers and Strategic Alliances in the emerging multimedia sector: The EU Competition Policy", *European Competition Law Review*, 25(10), s.625-637.

NIKOLINAKOS, N. T. (2005), "EU competition law on access to premium content: the emergence of new media", *Computer and Telecommunications Law Review*, Jan., V. 11, Is. 1, s.13-16.

OECD (2003), Development of 3G Mobile Services, DSTI/ICCP/TISP(2003) 10/Final.

PETIT, N. (2004), "The Commission's contribution to the emergence of 3G mobile telecommunications: An analysis of some decisions in the field of competition law", *European Competition Law Review*, s.2-15.

PITT, E. (2005), "Competition Law in Telecommunications", I. WALDEN, ve J. ANGEL (der.), *Telecommunications Law and Regulation* içinde, Oxford.

RABASSA, V. ve G. B. ABBAMONTE (2001), "Foreclosure and Vertical mergers - The Commission's Review of Vertical Effects In the last Wave of Media and Internet Mergers: AOL/Time Warner, Vivendi/Seagram, MCI WorldCom/Sprint", *European Competition Law Review*, 22(6), s.214-226.

STEWART, J. (2004), "Mobile Internet and Rich Voice Plus: the Social Shaping of Convergence", RCSS, University of Edinburgh, *Working paper for WWRF workshop Oslo 10-11 June 2004 based on research done as part of IST funded FLOWS project on simultaneous use of standards using MIMO1*, [http://homepages.ed.ac.uk/jkstew/work/Stewart\\_WWRF\\_WG2\\_June2004.pdf](http://homepages.ed.ac.uk/jkstew/work/Stewart_WWRF_WG2_June2004.pdf), Erişim Tarihi: 15.12.2010.

WILLET, E. (2005), "Regulating Competition in the Mobile Telecommunications Market", *Speech at AMTA Annual Conference*, 15 September 2005, <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/708300>, Erişim Tarihi: 01.12.2010.



**SEÇİCİ FİYATLAMA: İHLÂL MI, DEĞİL MI?**  
*SELECTIVE LOW PRICING: INFRINGEMENT OR NOT?*

**Fethullah GÜLER**  
**Selen Yersu ŞAHİN**  
**Can TANERİ\***

**Öz**

*Hâkim durumdaki bir teşebbüsün seçici fiyatlama davranışının, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden birini oluşturup oluşturmadığı, dolayısıyla bir rekabet ihlâli teşkil edip etmediği hususuna ilişkin olarak, Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği ve Türkiye rekabet hukuku uygulamasında, birbirinden farklı yaklaşımlar sergilenmektedir. Rekabet hukuku uygulamaları incelendiğinde, hâkim durumdaki teşebbüsün seçici fiyatlama davranışının, Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında rekabet ihlâli olarak değerlendirilmediği; Avrupa Birliği uygulamasında, diğer ihlâllerin yanı sıra uygulandığı durumda ihlâl olarak nitelendirildiği; Türkiye uygulamasında ise, başka bir ihlâl mevcut olmasa dahi, rekabet ihlâli olarak değerlendirildiği görülmektedir. Uygulamadaki farklılıkların yanı sıra literatürde de konuya ilişkin çok çeşitli görüşler olmakla birlikte, farklı yaklaşımların değerlendirilmesi sonucunda, seçici fiyatlamanın, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri, dolayısıyla da bir rekabet ihlâli olarak nitelendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Seçici fiyatlamanın bir rekabet ihlâli teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirme, çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Hâkim Durum, Seçici Fiyatlama, Maliyet Üstü Fiyat, Rakipler, Rekabet İhlâli*

**Abstract**

*There are different approaches in the competition law practices of the United States, the European Union and Turkey, as to the issue of whether the selective low pricing behaviour of a dominant firm is an abuse of dominance, and therefore a competition infringement. When competition law practices are*

\* Rekabet Kurumu, Rekabet Uzman Yardımcıları. Çalışmada yer verilen görüşler, yazarların kendi görüşleri olup, Rekabet Kurumu'nu bağlayıcı değildir. Çalışmayı iyileştiren ve zenginleştiren görüş ve katkıları için, Rekabet Dergisi editörü H. Gökşin KEKEVİ'ye ve anonim hakemlere teşekkür ederiz.

*examined, it appears that the selective low pricing behaviour of a dominant firm is evaluated as legitimate according to the United States practice, is characterized as an infringement if it exists alongside other types of competition infringements in the European Union practice and is evaluated as a stand-alone infringement in the Turkish practice. Although there are many views in the relevant literature beside the differences in practices, it is believed that the selective low pricing behaviour of a dominant firm should not be qualified as an abuse. The evaluation of whether selective low pricing is a competition infringement or not is the subject of our study.*

**Keywords:** Dominant Position, Selective Low Pricing, Above-Cost Price, Competitors, Competition Infringement

## GİRİŞ

Coase, rekabet hukukundan yorulduğunu, çünkü hâkimlerin, fiyatlar yükseldiğinde tekelleşme, fiyatlar düştüğünde yıkıcı fiyat, fiyatlar aynı kaldığında ise, teşebbüsler arası gizli anlaşma olduğu sonucuna ulaştığını söylemektedir.<sup>1</sup> Teşebbüsler, pazarda yer alan rakiplerine ve müşterilerine yönelik en temel mesajlarını uyguladıkları fiyatlarla iletmekte olduğundan, bu mesajın rekabet otoriteleri tarafından ne şekilde değerlendirileceğinin; şayet ihlâl olarak nitelendirilecekse, hangi koşullar altında ihlâl teşkil edeceğinin teşebbüslerce bilinmesi, teşebbüslerin hukuki belirlilik altında rekabet etmesi açısından büyük önem taşımaktadır.<sup>2</sup>

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün seçici fiyatlama davranışının; yani aynı mal veya hizmet için, müşterilerinin bir kısmından, maliyetlerinin üzerinde, ancak, diğer müşterilere oranla düşük fiyat talep etmesi durumunun, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden birini oluşturup oluşturmadığı, dolayısıyla da bir rekabet ihlâli teşkil edip etmediği hususu, gerek ülkemiz, gerekse dünya rekabet hukuku uygulamalarında bir hayli tartışmalı olan konulardandır. Hâkim durumdaki teşebbüsün, rekabetin olduğu pazar bölümünde, rakiplerin, dolayısıyla da rekabetin daha az olduğu pazar bölümüne kıyasla düşük fiyatlama yapmasının rekabet ihlâli olarak kabul edilmesi halinde, rekabet sonucunda ortaya çıkan ve düşük fiyat şeklinde kendisini gösteren faydanın, ihlâl olarak nitelendirilmesi tehlikesi doğmaktadır. Bu tehlikenin ortadan kaldırılması bakımından, seçici fiyatlamının, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olup olmadığı, bir kötüye kullanma hali olarak

<sup>1</sup> LANDES, W. (1981), "The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970", *Journal of Law and Economics*, s.193.

<sup>2</sup> ÖZDEMİR, Ü.N. (2010), *Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara, s.1.

nitelendirilmesi durumunda ise, hangi koşullar altında ihlâl teşkil edeceği hususlarının ortaya konulması gerekmektedir.

Çalışmamızda öncelikle seçici fiyatlama kavramının tanımına ve özelliklerine kısaca değinilecek; ardından, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Avrupa Birliği ve Türkiye rekabet hukuku uygulamalarında seçici fiyatlamaya ilişkin kararlar özetlenecek ve uygulamadaki farklı yaklaşımlar değerlendirilecek; izleyen bölümde, rekabet hukuku literatüründe seçici fiyatlamaya ilişkin görüşlere yer verilecek; son kısımda ise, seçici fiyatlama davranışının rekabet ihlâli teşkil edip etmediği konusundaki görüşümüz ortaya konulacaktır.

### **1. SEÇİCİ FİYATLAMA: KAVRAMSAL ÇERÇEVE**

Petit ve Geradin, seçici fiyatlamayı; hâkim durumdaki teşebbüsün, rakip teşebbüse geçebilecek müşterilerine yönelik olarak, maliyet üstü, fakat diğer müşterilerine kıyasla daha düşük fiyat uygulaması biçimindeki fiyat ayrımcılığı stratejisi olarak tanımlamaktadır.<sup>3</sup>

Seçici fiyatlamanın, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olup olmadığı konusu tartışmaya açıktır. Whish, seçici fiyatlama uygulamasının, benzer işlemler için farklı koşullar öne sürerek, diğer teşebbüsleri rekabet yönünden dezavantajlı duruma getirmesi halinde, bu davranışın, hâkim durumun kötüye kullanılması anlamına gelebileceğini ifade etmektedir.<sup>4</sup> Ritter ve Braun'a göre ise, bir teşebbüsün, faaliyetlerini devam ettirebilmek ve pazardan daha fazla pay almak adına müşterilerine daha düşük fiyatlar teklif etmesi normal iken, maliyet altı olsun ya da olmasın bu davranış hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından uzun dönemli ve sistematik bir şekilde, rakipleri pazar dışına çıkarma amaçlı olarak uygulanıyorsa, bu durum, bir kötüye kullanma hali oluşturacaktır.<sup>5</sup>

Seçici fiyatlama, ihlâl olarak görüldüğü kimi zamanlarda, yıkıcı fiyatlama başlığı altında değerlendirilmektedir. Yıkıcı fiyatlama, sadece, tüm müşterilere uygulanan düşük fiyatları değil; hedeflenen bazı müşterilere, aynı ürün için diğer müşterilere oranla daha düşük fiyat uygulamak suretiyle yapılan fiyat ayrımcılığını da içerebilmektedir. Bununla birlikte, yıkıcı fiyatlama, rakipleri pazar dışına itmeye yönelik maliyet altı fiyatlama olarak veya uzun

<sup>3</sup> GERADIN, D., N. PETIT (2005) "Price Discrimination Under EC Competition Law: The Need for a Case-by-Case Approach", GCLC Working Paper 07/05, *College of Europe Global Competition Law Centre(GCLC)*, Brugge, s.15.

<sup>4</sup> WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Oxford University Press, USA, s.738.

<sup>5</sup> RITTER, L., W.D. BROWN (2005), *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Netherlands, s.454.

dönem kazanç elde etmek için kısa dönemde zarar etmeye yönelik bir fiyatlama stratejisi olarak tanımlanırsa, maliyet üstü bir fiyatlama stratejisi olan seçici fiyatlama, yıkıcı fiyatlama davranışı altında değerlendirilemeyecektir. Seçici fiyatlamadaki temel unsur, fiyatların, hâkim durumdaki teşebbüsün, öncekine oranla daha az kâr etmesine neden olsa da, zarar etmesine yol açmamasıdır.<sup>6</sup>

Rekabet hukuku literatürü incelendiğinde, seçici fiyatlamanın, hem dışlayıcı davranışlar altında, hem de ayrımcı davranışlar altında değerlendirilebildiği görülmektedir.<sup>7</sup>

Hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olan dışlayıcı davranışlar, rakiplerin pazardaki rekabetçi konumuna zarar vermeyi veya onları bütünüyle pazar dışına çıkarmayı amaçlayan davranışlar olarak tanımlanmaktadır.<sup>8</sup> Dışlayıcı kötüye kullanma davranışı, rakiplere, doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki biçimde zarar vermektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsün, rakiplerini piyasa dışına çıkarmak için uyguladığı fiyatlama stratejileri, dışlayıcı davranış sonucunda ortaya çıkan dolaylı zararın bir örneğidir.<sup>9</sup>

Seçici fiyatlama, rekabetin daha yoğun olduğu pazar bölümlerinde, diğer pazar bölümlerine kıyasla daha düşük fiyatlar uygulanması yoluyla gerçekleştirildiğinden, aynı zamanda bir fiyat ayrımcılığını da içermektedir.<sup>10</sup> Akademisyenler arasında, fiyat ayrımcılığının toplumsal refahı arttırdığı ya da azalttığı yönünde uzlaşma bulunmamaktadır.<sup>11</sup> Uygulanan fiyat ayrımcılığının dışlayıcı etkileri, rakiplerin piyasa dışına itilmesine ve toplam çıktının azalmasına neden olabilecektir.<sup>12</sup> Fakat, bu durumun, hâkim durumun kötüye

<sup>6</sup> JONES A., B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law*, Oxford University Press, USA, s.466.

<sup>7</sup> Örneğin, Goyder, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde örnek kararlar arasında ele alacağımız *Compagnie Maritime Belge* kararındaki seçici fiyatlama davranışını yıkıcı fiyatlama başlığı altında ele alırken, *Irish Sugar* kararındaki seçici fiyatlama davranışını, fiyat ayrımcılığı başlığı altında değerlendirmektedir. GOYDER, D.G. (2003), *EC Competition Law*, Oxford University Press, USA, s.287-288, 290-291.

<sup>8</sup> ÜNAL, Ç. (2010), “Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:11, Sayı:4, s.116.

<sup>9</sup> Dışlayıcı davranışla ortaya çıkan doğrudan zarar; hâkim durumdaki teşebbüsün, sahip olduğu zorunlu unsuru rakibine kullandırmaktan kaçındığı, ya da rakibin pazarda faaliyet göstermesi için gerekli olan bir girdinin tedarikini durdurduğu hallerde ortaya çıkabilmektedir. Ritter ve Brown 2005, s.421.

<sup>10</sup> Geradin ve Petit 2005, s.15, GERARD, D. (2005), “Price Discrimination under Article 82 (c) EC: Clearing up the Ambiguities”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, *College of Europe Global Competition Law Centre (GCLC)* s.127.

<sup>11</sup> Geradin ve Petit 2005, s.1, Gerard 2005, s. 106. ASLAN, E.F. (2011), “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Fiyat Ayrımcılığı Eylemlerinin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:12, Sayı:1, s. 58.

<sup>12</sup> Geradin ve Petit 2005, s.6-7.

kullanılması sonucunda mı ortaya çıktığı; yoksa, rekabetin getirdiği doğal bir sonuç mu olduğu konusu, açıklığa kavuşturulmaya muhtaçtır.<sup>13</sup> Seçici fiyatlama yapan hâkim durumdaki teşebbüs, esasında, rakip teşebbüsle hakkaniyetli rekabet (*competition on the merits*) ediyor, dolayısıyla da hâkim durumunu kötüye kullanmıyor olabilir. Avrupa Birliği mahkemeleri, hâkim durumdaki teşebbüslerin, rekabeti karşılama (*meeting competition*) serbestisinin olduğunu sık sık dile getirmektedir.<sup>14</sup> Bu durumda, A teşebbüsüne, diğer müşterilerine kıyasla daha düşük fiyattan satış yapan hâkim durumdaki teşebbüsün bu davranışı, hem A'nın, hem de A'nın müşterilerinin yararına olurken, sonuç olarak daha düşük fiyatların oluşmasını sağlamaktadır. Buna karşılık; seçici fiyatlamanın, bazı sınırlı durumlar altında, kötüye kullanma olarak değerlendirilmesinin de mümkün olduğu görülmektedir.<sup>15</sup>

Buradaki en önemli soru, seçici fiyat indirimlerinin, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak nitelendirilmesi durumunda, hangi koşullar altında ihlâl teşkil edeceğini belirlemenin mümkün olup olmadığıdır. Bu sorunun yanıtı, hâkim durumdaki teşebbüslerin, hâkim durumlarını güçlendirme yönünde davranmadan, rekabet karşısında kendilerini ne ölçüde savunabileceklerini belirleyecektir.<sup>16</sup> İzleyen bölümlerde, Avrupa Birliği, ABD ve Türkiye rekabet hukuku uygulamaları ışığında bu sorunun yanıtlanmasına çalışılacaktır.

## 2. REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA SEÇİCİ FİYATLAMA

### 2.1. Giriş

Çalışmamızın bu kısmında, Avrupa Birliği ve ABD rekabet hukuku uygulamaları, Türkiye uygulamasına örnek teşkil etmesi yönüyle incelenecek ve ardından, Türkiye uygulaması değerlendirilecektir. Bu çerçevede, ele alınacak örnek kararlarda getirilen yorumlar ışığında farklı ülke uygulamaları karşılaştırılarak seçici fiyatlamanın ihlâl teşkil edip etmediği hususu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

### 2.2. Avrupa Birliği Uygulaması

Ülkemiz rekabet hukuku mevzuatına mehzaz oluşturması ve uyum yükümlülüğümüz nedeniyle, AB rekabet hukuku mevzuatı ve uygulaması,

<sup>13</sup> Geradin ve Petit 2005, s.17.

<sup>14</sup> Whish 2009, s.739. Avrupa Birliği'nde, "rekabeti karşılama savunması"na açıkça yer verilen ilk karar, çalışmamızın izleyen bölümünde inceleyeceğimiz *Hilti* kararıdır. GRAVENGAARD, M.A. (2006), "The Meeting Competition Defence Principle-A Defence for Price Discrimination and Predatory Pricing?", *European Competition Law Review*, Issue 12, s.660.

<sup>15</sup> Whish 2009, s.739.

<sup>16</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.466.

ülkemiz için ayrı bir önem arz etmektedir.<sup>17</sup> Bu doğrultuda, Avrupa Komisyonu'nun (Komisyon) seçici fiyatlamaya ilişkin olarak bugüne dek almış olduğu kararlar aşağıda özetlenmekte ve değerlendirilmektedir.

### 2.2.1. AKZO Kararı<sup>18</sup>

*AKZO* kararı, Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasının, dışlayıcı fiyat indirimleri konusundaki yaklaşımını ortaya koyan ilk örnek olması bakımından önemlidir. Kararda incelemeye konu olan davranışlar şu şekilde özetlenebilir:

*AKZO* ve *ECS*, 1980'li yılların başında, İngiltere'de bir organik peroksit türü olan benzol peroksit pazarında faaliyet göstermektedir. *AKZO*, Avrupa Birliği çapında faaliyet gösteren ve geniş organik peroksit pazarında %50'lik pazar payıyla lider olan uluslararası bir kimyasal maddeler üreticisidir. *ECS*'nin üretimi ise, İngiltere'deki un fabrikalarına hammadde tedarikiyle sınırlıdır. 1979 yılında, *ECS*, faaliyetlerini genişleterek, daha karlı olan plastik pazarına girmiş ve *AKZO*'nun Almanya'daki müşterilerine mal vermeye başlamıştır. Bunun üzerine, *AKZO*, *ECS*'den plastik pazarından çekilmesini istemiş; hemen ardından da, *ECS*'nin esas faaliyet alanı ve ana gelir kaynağı olan İngiltere un pazarında, *ECS*'nin müşterilerine olağandışı fiyat indirimleri yapmaya başlamıştır. Söz konusu seçici fiyat uygulaması döneminde, *ECS*'nin İngiltere un pazarına satışları %70 oranında azalmış, borçları artmış, *ECS*, yatırım planları ve geliştirme projelerini iptal etmek durumunda kalmıştır.

*ECS*'nin şikayetinin ardından Komisyon, ara tedbir olarak *AKZO*'ya, tekrar eski fiyat seviyesine dönmesi ve fiyat rekabetini karşılamak haricinde fiyatlarını değiştirmemesi gerektiğini bildirmiştir.<sup>19</sup>

*AKZO*, yaptığı fiyat indiriminin, rekabeti karşılama amaçlı olduğunu, fiyat düzeyinin, kâr etmesine imkan verecek şekilde, ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasında bir seviyede bulunduğunu ve asıl sorunun *ECS*'nin etkisiz çalışmasından kaynaklandığını belirterek, ortalama değişken maliyet üstü fiyatları hukuka uygun olarak kabul eden Areeda-Turner testine göre karar verilmesini istemiştir.

Komisyon, *AKZO*'nun önerisinin, Avrupa Birliği rekabet hukukunun dayanağını teşkil eden "etkin rekabetin sağlanması" amacını karşılamakta yetersiz kalacağını; sadece hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetini göz önüne alarak tasarlanacak bir ölçütün, rakibe zarar verme kastına karşı etkisiz kalacağını ve fiyat indiriminin uzun vadeli stratejik sonuçlarını ihmal edeceğini

<sup>17</sup> DPT (2007), Dokuzuncu Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, s.5.

<sup>18</sup> ECS/Akzo II, D. Comm. Dec. 14 1985, 1985 OJ L 374/1.

<sup>19</sup> Commission Decision T. 29.7.1983, AKZO (interim measures) (1983) OJ L 252/13.

ifade etmiştir. Komisyon, ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasındaki fiyatların, hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan teşebbüsleri etkilemeyeceğini; etkin olan, fakat yeterince finansal kaynağa sahip olmayan küçük teşebbüslerin, çapraz sübvansiyon gibi iktisadi avantajlara sahip büyük teşebbüsler karşısında uzun süre dayanamayacaklarını belirtmiştir.<sup>20</sup>

*AKZO* kararında, çalışmamız bakımından önem teşkil eden husus, Komisyon'un, daha da ileri giderek, fiyat indirimleriyle ulaşılmak istenen uzun vadeli amaçların, maliyet üstü fiyatlama ile de elde edilebileceğini söylemiş ve ortalama toplam maliyet üstü fiyatları dahi ihlâl olarak nitelendirebileceğinin işaretini vermiş olmasıdır.<sup>21</sup> Komisyon'a göre hâkim durumdaki teşebbüs, amacına, eğer mümkünse, ortalama toplam maliyetin üstünde fiyatlama yaparak ulaşmak isteyecektir. Bu noktada Komisyon'un ilgi çekici bir ifadesi özetle şu şekildedir: Önemli olan, hâkim durumdaki teşebbüsün, maliyetlerini karşılayıp karşılayamadığı değil; rakibin pazardan beklentilerine zarar veren bir girişiminin olup olmadığı ve rakibin bu girişimleri ne şekilde algıladığıdır. Örneğin, hâkim durumdaki teşebbüs, rakibin pazarda büyümesine ve hedeflediği kâr marjına ulaşmasına izin verecek midir? Umduğunu bulamayan rakip ya pazarı terk edecek, ya da rekabetçi güdüsü körelerek, hâkim durumdaki teşebbüsün dikte ettiği pazar şartlarını kabul edecektir. Bu bakımdan, maliyet, rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığının değerlendirilmesinde bir ölçüt olarak önemini kaybetmemektedir. Fiyat indirimi, maliyet üstü olsun ya da olmasın, rekabeti kısıtlama amacı taşıyabilecektir.

Komisyon, makul bir açıklaması yapılabilecek fiyat indirimlerinin yıkıcı olup olmadığı konusunda otoritelerin tereddüde düştüğü durumda, uygulamayı açığa çıkaracak yazılı delillerle veya hâkim durumdaki teşebbüsün davranışlarının bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle niyetin ayrıca ispatlanması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>22</sup> Bununla birlikte, fiyat indiriminin

<sup>20</sup> Komisyon'un *AKZO* kararında benimsediği yaklaşım, kullanılan maliyet ölçütü bakımından zaman içinde farklılaşmıştır. Komisyon'un yıkıcı fiyata ilişkin genel uygulaması, 2005 tarihli Tartışma Metni ve 2008 tarihli Kılavuz çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Özdemir 2010, s.9. EUROPEAN COMMISSION (2005), DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Brussels, EUROPEAN COMMISSION (2008), Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, Brussels.

<sup>21</sup> Komisyon, *AKZO* kararında Yamey'in şu ifadesine atıfta bulunmaktadır: "Ortalama toplam maliyet üstü fiyatlarla da rakipleri disipline ve elimine etmek ve potansiyel girişleri caydırmak mümkündür." YAMEY, B. (1972), "Predatory Price Cutting: Notes and Comments", *Journal of Law and Economics*, vol:15, no:1, s.129-14.

<sup>22</sup> Hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibi dışlama niyetinin, doğrudan ve dolaylı ispat yöntemleriyle kanıtlanmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Niyetin ispatlanması konusuna, çalışmamız kapsamında değinilmeyecektir. UZUNALLI, S. (2010), "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında

amacının çok açık olduğu durumlarda niyetin ayrıca ispat edilmesine gerek bulunmamaktadır.

Komisyon, AKZO'nun, fiyat indirimlerini, rakibi için çok önemli olan, fakat kendi satışları içerisinde çok büyük bir pay teşkil etmeyen un pazarıyla sınırlı tutarak, yıkıcı fiyat uygulamasının maliyetini kendisi için en aza indirdiğine ve böylelikle amacına ulaştığına dikkat çekmektedir. Yine, AKZO'nun, fiyat indirimleriyle rakipleri pazar dışına çıkarmak suretiyle edindiği şöhretin yarattığı pazara giriş engeli de Komisyon tarafından, üstü kapalı biçimde de olsa dikkate alınmıştır.<sup>23</sup>

Komisyon'a göre, bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde, AKZO'nun, rakibi pazar dışına çıkarmaya yönelik planı, dolayısıyla da rakibi dışlama niyeti açıkça ortaya çıkmaktadır.<sup>24</sup> Sonuç olarak, Komisyon, AKZO'nun hâkim durumunu kötüye kullandığına hükmetmiştir. Görüldüğü üzere Komisyon, AKZO tarafından uygulanan fiyatların maliyet altı ya da maliyet üstü olup olmadığını tespit etmeye çalışmışsa da, AKZO'nun, rakibinin müşterilerine yönelik seçici fiyat uygulamasının, rakibi dışlamaya yönelik stratejik bir planının parçası oluşunu kararına temel almış ve hukuka uygun fiyatlandırma davranışının tespitinde maliyetleri göz önünde bulundurmanın gerekli olmadığını vurgulamıştır.<sup>25</sup>

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da, AKZO'ya ilişkin kararında<sup>26</sup>, AKZO'nun, yalnızca rakibin fiyatlarını karşılamaya yönelik olarak fiyat indirimi yapmış olduğu şeklindeki savunmasının kabul edilemez olduğunu; çünkü bu fiyatların yapay olduğunu ve AKZO'nun bu durumu bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ifade etmiştir. ABAD, ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasında bir düzeydeki fiyatların, rakibi elimine etmek amacıyla uygulanan bir planın parçası olması durumunda, kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi gerektiğini; çünkü böyle bir durumun, hâkim durumdaki teşebbüse göre daha sınırlı kaynaklara sahip olması nedeniyle bu tür bir fiyat rekabetine karşı ayakta kalamayacak olan ve en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olan teşebbüslerin pazar dışına çıkmasına neden olabileceğini belirtmiştir.

---

Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:11, Sayı:4.

<sup>23</sup> KARA, A.F. (2003), “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması ABD ve AT Uygulamalarından Dersler”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, Ankara, s.26.

<sup>24</sup> Kara 2003, s.26.

<sup>25</sup> Kara 2003, s.26, Geradin ve Petit 2005, s.15, KORAH, V. (2001), *Cases&Materials on EC Competition Law*, Hart Publishing, USA, s.160-161.

<sup>26</sup> AKZO Chemie BV v. Commission Case 62/86 (1991) ECR I-3359.



Komisyon, fiyat indirimlerinin ihlâl teşkil edip etmediğinin değerlendirmesinde, fiyat-maliyet ilişkisini dikkate almamış; ABAD ise, Komisyon'un bu yaklaşımını kabul etmeyerek, maliyet temelli bir yaklaşımı benimsemiştir. ABAD'ın AKZO kararı, Avrupa Birliği uygulaması açısından yıkıcı fiyatlama konusunda emsal teşkil etmektedir.<sup>27</sup>

### 2.2.2. Hilti Kararı<sup>28</sup>

Komisyon, 6 milyon Avro'luk ceza kestiği *Hilti*'nin, hâkim durumunu pek çok açıdan kötüye kullandığına karar vermiştir. Çivi tabancası üreticisi olan *Hilti*, müşterilerin, rakip teşebbüslerden çivi satın almaması için bir dizi eylemde bulunmuştur. *Hilti*, bazı müşterilerle bağlama anlaşmaları yapmasının yanı sıra, rakip teşebbüslerin ana müşterilerini tespit ederek, bu müşterilere özellikle elverişli şartlar sağlamış; rakiplerinden ürün satın alan uzun dönemli müşterilerine uyguladığı miktar indirimlerini kaldırmış; müşterilerini, "desteklenen" ve "desteklenmeyen" şeklinde iki gruba ayırarak, rakiplerinden ürün satın almış olan "desteklenmeyen" müşterilere, diğerlerine oranla daha düşük miktar indirimleri uygulamıştır. *Hilti*, bazı ürünlerini ücretsiz olarak dahi vermiştir. Komisyon, bu olaydaki fiyatlandırma ihlâlinin, fiyatların maliyet altı olmasından değil; *Hilti*'nin, hâkim durumuna dayanarak, rakiplerin faaliyetlerine zarar vermek üzere, rakiplerinin müşterilerine düşük fiyatlar teklif etmesinden kaynaklandığını ifade etmiştir. Bu çerçevede, kararda yer verilen şu ifadeler dikkat çekicidir:

*"Agresif fiyat rekabeti, teşebbüsler için olmazsa olmaz bir rekabet aracıdır. Fakat sırf rakiplerin faaliyetlerine zarar vermek ya da pazara yeni girişler yapılmasını caydırmak amacıyla tasarlanan ve bu arada müşterilerin bir kısmına daha yüksek fiyat uygulanmasını içeren seçici fiyat ayrımcılığı, hem daha yüksek fiyat uygulanan müşteriler açısından sömürücü, hem de rekabete zarar vericidir."*

*Hilti* kararında Komisyon, teşebbüsün fiyatları ve maliyetleri arasındaki ilişki ile ilgilenmemiş; maliyet üstü fiyatların, rakiplerin dışlanmasına veya girişlerin caydırılmasına ne şekilde neden olacağına bir açıklama getirmemiştir.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Özdemir 2010, s.8.

<sup>28</sup> Case 88/138, Eurofix-Bauco v. Hilti OJ (1988) L 65.

<sup>29</sup> Jones ve Sufrin 2008, s.467, O'DONOGHUE, R. (2006), "Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC", Chapter in C.D. Ehlermann & I. Atanasu, "What is an abuse of a dominant position?", Hart Publishing, USA, s.24, Ritter ve Brown 2005, s.457.

Konuyu değerlendiren Genel Mahkeme de, *Hilti*'nin fiyatlama davranışındaki rekabetçi endişeyi açıkça belirtmemekle birlikte, *Hilti*'nin stratejisinin, hâkim durumdaki bir teşebbüs için meşru bir rekabet biçimi olmadığını; çünkü seçici ve ayrımcı politikanın, diğer teşebbüslerin pazarda kendilerine yer edinmelerine engel olabileceğini belirterek, Komisyon kararına katılmıştır.<sup>30</sup>

### 2.2.3. BPB Kararı<sup>31</sup>

Söz konusu kararda Komisyon, alçı levha satıcılarına yalnızca kendisinin ürününü stoklamaları halinde indirim uygulayan *BPB*'nin bu davranışının ihlâl teşkil ettiğine karar vermiştir. Büyük Britanya ve İrlanda'da alçı levha üreticisi olarak hâkim durumda bulunan *BPB*, Fransa ve İspanya'dan ithal edilen ürünler nedeniyle ilgili pazarda yoğun rekabet baskısı altında kalınca, müşterilerine sadakat indirimleri uygulamaya başlamıştır. *BPB*, bu çerçevede, İspanya'dan ithal edilen alçı levhaları satın alma niyeti olan Kuzey İrlandalı müşterilerine fiyat indirimleri yapmış ve münhasıran kendisinden alçı levha satın alan müşterilerine ek indirimler sunmuştur.<sup>32</sup> Bununla birlikte, Komisyon, yıkıcı olduğuna veya sistematik bir dizinin parçası olduğuna ilişkin bir emare bulunmadığı gerekçesiyle, *BPB*'nin, İngiltere'de, yabancı ürünlerin rekabetine maruz kalan belirli bölgelerdeki satıcılara maliyet üstü fiyat indirimleri uygulamasına izin vermiştir.

### 2.2.4. Compagnie Maritime Belge Kararı<sup>33</sup>

Söz konusu kararda Komisyon, Kongo Demokratik Cumhuriyeti (eskiden Zaire) ile belli başlı Avrupa limanları arasında deniz taşımacılığı sektöründe faaliyet gösteren *Cewal* adındaki birliğin üyelerinin, tarifelerini, tek rakipleri durumundaki "*Grimaldi ve Cobelfret*"in tarifeleri ile aynı seviyeye ya da bu teşebbüsün tarifelerinin altına çekmek, gemilerini, *Grimaldi ve Cobelfret*'in gemileriyle aynı rotada ve aynı zamanlarda işletmek suretiyle uyguladığı "savaşan gemiler" politikasını değerlendirmiş ve bu politikanın, rakibi ortadan kaldırmaya yönelik seçici fiyatlama davranışı olduğu ve ihlâl teşkil ettiği sonucuna varmıştır.

Komisyon kararı, Genel Mahkeme tarafından onanmıştır. Genel Mahkeme, *Cewal*'in, rekabeti ortadan kaldırmaya değil; rekabeti karşılamaya yönelik davrandığı yönündeki savunmayı reddetmiş; *Cewal*'in, *Grimaldi ve*

<sup>30</sup> Whish 2009, s.739, O'DONOGHUE, R., A.J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, USA, s.278-279.

<sup>31</sup> Case 89/22, *BPB Industries plc.*, OJ (1989) L 10.

<sup>32</sup> Geradin ve Petit 2005, s.13.

<sup>33</sup> Case 93/82, *Cewal*, OJ (1993) L 34.

*Cobelfret*'ten gelen tehdide verdiği karşılığın haksız ve orantısız olduğunu ifade etmiştir.

ABAD da, *Cewal*'in fiyatlama davranışının ihlâl teşkil ettiği kanaatine ulaşmıştır.<sup>34</sup>

Başsavcı (*Advocate General*) Fennelly, seçici fiyatlama davranışının hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi konusuna dikkatle yaklaşılması gerektiğini belirterek şunları ifade etmiştir:

*“Fiyat rekabeti, Avrupa Birliği politikasının iç pazarda sağlamayı amaçladığı serbest ve özgür rekabetin özüdür. Fiyat rekabeti, daha etkin teşebbüsleri teşvik eder ve hem kısa, hem de uzun vadede tüketicilerin yararınadır. Hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyat rekabeti, yalnızca meşru değildir; aynı zamanda teşvik de edilmelidir.”*

Başsavcı'nın görüşüne göre, hâkim durumdaki teşebbüsün ayrımcı olmayan fiyat indirimleri, maliyet altı fiyatlamaya neden olmuyorsa, normal şartlarda rekabete aykırı olarak nitelendirilmemelidir:

*“İlk olarak, fiyat indirimleri, kısa süreli dahi olsa, tüketicilerin yararınadır; ikincisi, hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri eşit derecede ya da daha etkin ise, hâkim durumdaki teşebbüsle aynı koşullarda rekabet edebilmeleri gerekir. Bu nedenle, Avrupa Birliği rekabet hukuku, daha az etkin teşebbüslere, hâkim durumdaki teşebbüslerle bile olsa, etkin rekabet karşısında güvenli liman tesis etmemelidir. Fakat, tekele yaklaşan pazar gücüne sahip hâkim durumdaki bir teşebbüsün, özellikle seçici fiyat indirimlerinin maliyetlerden görece bağımsız şekilde gerçekleştirilebildiği bir pazarda, pazardaki tüm rekabeti ortadan kaldırma amacının ortaya konulabildiği seçici fiyat indirimleri uyguladığı durumda, farklı değerlendirmelere gidilebilecektir. Bu şartlar altında, tüm maliyet üstü fiyat indirimlerinin kabul edilebilir olduğunu varsaymak, söz konusu teşebbüsün, seçici fiyat indirimi politikası ile pazardaki rekabeti tümüyle ortadan kaldırarak uzun dönemde fiyatları arttırmasına ve potansiyel teşebbüslerin, aynı davranışa maruz kalma korkusuyla pazara girmekten caydırılmasına neden olabilir.”*

<sup>34</sup> *Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie Maritime Belge SA and Dafra-Lines A/S v. Commission* (Cases C-395/96 P and C-396/96 P) (2000) ECR I-1365.

Görüldüğü üzere Başsavcı, “süper hâkim durum”daki<sup>35</sup> bir teşebbüsün, rakibini pazar dışına çıkarma amacıyla seçici fiyat indirimi uyguladığı durumda, bu davranışın, fiyatların maliyetlerle ilişkisine bakılmaksızın kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşünü ortaya koymuştur.<sup>36</sup> ABAD, Başsavcı’nın değerlendirmesini izleyerek, olay kapsamındaki seçici fiyat indiriminin bir kötüye kullanma hali olduğuna karar vermiş; ancak, davranışın, bir gemi birliğinin davranışı olduğu gerçeğine odaklanarak, Başsavcı’nın görüşünden daha dar bir tanımlamaya gitmiştir.<sup>37</sup> ABAD, *Tetra Pak* kararına<sup>38</sup> atıf yaparak, hâkim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluğunun, her olayın kendi özel koşulları kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade ettikten sonra, deniz taşımacılığı pazarının “çok özel bir sektör” olduğunu belirtmiştir. Gemi birliklerinin seçici fiyat indirimleri için genel bir kural belirlemekten kaçınan ABAD, Komisyon’un ihlâl bulunduğu yönündeki kararını onayarak şunları ifade etmiştir:

*“Buradaki davranışın, pazarda %90’ın üzerinde paya sahip olan ve yalnızca tek bir rakibi bulunan bir birliğe ait olduğunu hatırlamak gerekmektedir. Dahası, temyiz yoluna giden davalılar, davranışlarının amacının, rakip Grimaldi ve Cobelfret’i pazar dışına itmek olduğu iddiasına hiçbir zaman ciddi biçimde karşı çıkmamış; hatta savunmalarının dinlendiği oturumda bu amaçlarını kabul dahi etmişlerdir.”*

Görüldüğü üzere ABAD, maliyet üstü seçici fiyatlamının hangi durumlarda ihlâl oluşturabileceğine dair genel geçer bir kural benimsemeyi uygun görmemiş, fakat hâkim durumdaki teşebbüsün %90’ın üzerinde bir pazar payına sahip olması ve rakibi pazar dışına itme niyetinin açıkça ortada olması durumunda seçici fiyatlamının ihlâl oluşturacağını ifade etmiştir.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Süper hâkim durum kavramı, pazar gücünün uzun süre devam etmesi sonucunda, tekele yaklaşan pazar gücünü ifade etmek için kullanılmaktadır. Tekel ya da tekele yakın teşebbüslerin sahip olduğu güce karşılık gelmekte ve yaklaşık %90 pazar payının üstü bu kavramla ilişkilendirilmektedir. REKABET KURUMU (2009), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, s.166. “Süper hâkim durum” kavramı, Avrupa Birliği mahkemelerince ilk defa *Compagnie Maritime Belge* kararında açıkça benimsenmiştir. GERADIN, D., P. HOFER, F. LOUIS, N. PETIT, M. WALKER (2005), “The Concept of Dominance”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, s.12.

<sup>36</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.468.

“Süper hâkim durum” kavramı, Avrupa Birliği mahkemelerince ilk defa *Compagnie Maritime Belge* kararında açıkça benimsenmiştir. GERADIN, D., P. HOFER, F. LOUIS, N. PETIT, M. WALKER (2005), “The Concept of Dominance”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, s.12.

<sup>37</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.469.

<sup>38</sup> *Tetra Pak II*, OJ 1992 L 72/1.

<sup>39</sup> ELHAUGE, E., D. GERADIN (2007), “Global Competition Law and Economics”, Hart Publishing, USA, s.347.

### 2.2.5. Irish Sugar Kararı<sup>40</sup>

Seçici fiyatlama konusu, Komisyon'un *Irish Sugar* kararında da gündeme gelmiştir. İrlanda ve Kuzey İrlanda'nın tek şeker pancarı üreticisi olan *Irish Sugar*, diğer üye ülkelerden yapılan ve gittikçe artan miktardaki ithalata, çeşitli fiyatlama davranışlarıyla karşılık vermiştir. *Irish Sugar*, özellikle, İrlanda ve Kuzey İrlanda sınırında bulunan ithalata en duyarlı müşterilerine uyguladığı fiyatlarda, maliyet altı olmayan fiyat indirimleri yapmıştır. *Compagnie Maritime Belge* kararında olduğu üzere Komisyon, (teşebbüsün kendi belgelerinden görülen) rekabeti engelleme niyeti ve fiyat indirimlerinin seçici ve hedeflenmiş olma niteliği nedeniyle, davranışı kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir. Komisyon, söz konusu uygulamanın tüketici zararına neden olduğunu tespit etmiş ve kararda, ülke sınırında bulunan müşteriler hedeflenerek yapılan indirimlerin, rakipleri dışlamak amacıyla uygulanan planın bir parçasını oluşturduğunu; bu indirimlerin, alınan miktar, pazarlama ve taşıma maliyetleri ya da reklam, depolama faaliyetleri gibi objektif haklı bir gerekçeye bağlanmadığını ifade etmiştir. *Irish Sugar*, fiyatlama davranışının rekabeti karşılama amaçlı olduğu yönünde savunmada bulunmuş; ancak, Komisyon, hâkim durumdaki teşebbüsün, pazardaki durumunu korumak için rekabet etme hakkı bulunduğunu fakat özel sorumluluğu nedeniyle, rakiplerini dışlamaya yönelik bir politika uygulamaması gerektiğini belirtmiştir.

Teşebbüs, rekabeti karşılamaya ve pozisyonunu korumaya çalıştığı ve fiyatlama politikasının kötüye kullanma olarak nitelendirilmemesi gerektiği savunmasıyla Genel Mahkeme'ye de başvurmuştur.<sup>41</sup>

Genel Mahkeme, kararın, *Irish Sugar*'ın, rakibi *ASL*'nin potansiyel müşterilerine seçici fiyatlama yaptığı yönündeki kısmını bozmuş; ancak, *Irish Sugar*'ın bazı müşterilere seçici fiyatlama yaparak rekabeti ihlâl ettiği sonucunu onamıştır.<sup>42</sup>

Genel Mahkeme, bir teşebbüsün hâkim durumda oluşunun, teşebbüsü, ticari çıkarlarının tehdit altında olduğu durumda, bu çıkarlarını koruma hakkından yoksun bırakmayacağını belirtmiş; ancak, *Irish Sugar*'ın özelliklerinde bir hâkim durumdaki teşebbüsün ticari çıkarlarını koruma çabasının hukuka uygun olabilmesi için, en azından, ekonomik etkinlik kriterine dayanması ve tüketici çıkarlarıyla uyumlu olması gerektiğini ifade etmiştir.

<sup>40</sup> Case 97/624, *Irish Sugar plc.*, OJ (1997) L 258.

<sup>41</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.470, O'Donoghue 2006, s.27.

<sup>42</sup> *Irish Sugar plc v. Commission* (Case T-228/97) (1999) ECR II-2969.

### 2.2.6. Avrupa Birliği Uygulaması Üzerine Genel Değerlendirme

O'Donoghue ve Padilla, Avrupa Birliği'nin hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin uygulamaları çerçevesinde, yıkıcı fiyatlama ihlallerinin, yalnızca maliyet altı değil; maliyet üstü fiyatlamaları da içerdiğini belirtmektedir. Yıkıcı fiyatlamayı genişletici bu bakış açısı, *Compagnie Maritime Belge* kararında şu şekilde ortaya konulmuştur: Öncelikle, Roma Anlaşması'nın 82. maddesinde<sup>43</sup> yer alan ihlaller sınırlı olarak sayılmamıştır. İkincisi, hâkim durumdaki teşebbüs, seçici fiyatlama davranışı sonucunda hâkim konumunu güçlendirir ve ulaştığı hâkim durumun derecesi pazardaki rekabeti tehdit eder duruma gelirse, ihlâl ortaya çıkabilecektir. Üçüncüsü, değişken maliyetlerin çok düşük olduğu durumlarda maliyetler, teşebbüsün fiyatlama davranışının hukuka uygun olup olmadığının değerlendirmesinde güvenilir bir araç olmayacaktır. Son olarak, pazardaki rekabetin azaldığını ortaya koyan olaylarda, hâkim durumdaki teşebbüse yüklenen özel sorumluluğun kapsamı, somut olaya özgü koşullar çerçevesinde değerlendirilmelidir.<sup>44</sup>

*Compagnie Maritime Belge* kararının bir sonucu olarak, seçici fiyat indirimlerinin, kötüye kullanma hali olabilecek bir davranış biçimi olduğu açıktır. Karar, yeni bir rakibi pazar dışına itmek amacıyla yapılan maliyet üstü fiyat rekabetinin hangi durumlarda hukuka aykırı olduğu sorusuna net bir yanıt vermemekte ise de, kararın bazı özelliklerini ortaya koyarak, bu örneğin kapsamını belirlemek ve bu şekilde, gelecekteki uygulama biçimini sınırlamak önem taşımaktadır.<sup>45</sup> Öncelikle, deniz taşımacılığı, ABAD'ın belirttiği üzere, yerleşik bir hâkim durumdaki teşebbüsün, rakiplerini hedef alarak, maliyetleriyle pek az bağlantısı olan stratejik davranışlarla, rakiplerini pazar dışına itmesinin mümkün olduğu, olağandışı bir sektördür. İkincisi, gemi birliği, pazarın en az %90'ını elinde tutmaktadır; bu nedenle de "süper hâkim durum"dadır ve özel sorumluluğu gereği yakın incelemeye tabidir. Üçüncüsü, birliğin yalnızca bir tek rakibi bulunmaktadır. Son olarak, "dumanı tüten silah" (*smoking gun*); yani, birliğin, tek rakibi durumundaki *Grimaldi ve Cobelfret*'i pazar dışına itme niyetini ortaya koyan kanıtlar mevcuttur. Öyle ki, birlik üyeleri, savunmalarında bu niyetlerini itiraf etmişlerdir. ABAD'ın dile getirmedeği; ancak, etkilenmiş olabileceği bir gerçek de, gemi birliğinin bizzat kendisinin, üyeleri arasında bir yatay anlaşma niteliğinde oluşudur. Dolayısıyla, aslında, 101. madde altında çok ciddi bir ihlâl olabilecek, yatay kolektif bir bojkot söz konusudur. Olay, bu sayılan özel nitelikleri göz önünde

<sup>43</sup> "Roma Anlaşması", Lizbon Anlaşması ile "Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma" olarak isimlendirilmiş; bu çerçevede Roma Anlaşması'nın 82. maddesi, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. maddesi olmuştur.

<sup>44</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.274.

<sup>45</sup> Whish 2009, s.741, Jones ve Sufrin 2008, s.470.

bulundurulacak değerlendirildiği takdirde, hâkim durumda bulunan, ancak, daha olağan şartlarda faaliyet gösteren başka teşebbüslerin, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesinde yasaklanan diğer fiyatlama türlerinin kapsamına girmeyen fiyat indirimlerine karşılık vermekte özgür oldukları sonucuna ulaşılabilir. Bu da, *Compagnie Maritime Belge* kararını, hâkim durumdaki teşebbüsler için daha az tehdit edici bir emsal haline getirmektedir.<sup>46</sup>

Maliyet üstü seçici fiyatlamanın ihlâl olarak kabul edildiği kararlara bakıldığında, "süper hâkim durum"un ortak bir unsur olduğu görülmektedir. *Irish Sugar* kararında Genel Mahkeme, "*Irish Sugar*"ın özelliklerinde bir hâkim durumdaki teşebbüs"ten söz etmiş ve kötüye kullanma davranışını bununla ilişkilendirmiştir. Bu hükümden, süper hâkim durumdaki teşebbüslerin, pazardaki konumlarına yapılan müdahalelere karşılık verme imkanlarının sınırlı olduğu ve ekonomik etkinlik kriterine dayanarak tüketici çıkarlarıyla uyumlu şekilde davranmaları gerektiği anlaşılmaktadır.<sup>47</sup> *Irish Sugar* ve *Compagnie Maritime Belge* kararlarından, süper hâkim durumdaki teşebbüslerin, rekabeti karşılama amaçlı maliyet üstü fiyat indirimlerinin dahi ihlâl kabul edileceği sonucu çıkarılmaktadır.<sup>48</sup> Jones ve Sufirin, süper hâkim durumdaki teşebbüslerin, diğerlerinden daha farklı fiyatlama standartlarına tabi tutulması söz konusu ise, süper hâkim durum eşliğinin ne olduğunun açıkça ortaya konulması ve maliyet üstü fiyatlamanın ihlâl kabul edilmesinin ekonomik rasyonelinin açıklanması gerektiğini ifade etmektedirler.<sup>49</sup>

Kararlardaki bir diğer ortak nokta, rakibi dışlama niyetinin tespitidir; fakat, dışlama niyetinin, niyet olmasa idi tamamen hukuka uygun olacak bir maliyet üstü fiyatlama davranışını ihlâl haline getireceğini söylemek ciddi bir meseledir.<sup>50</sup>

Kararlardaki üçüncü ortak unsur, kararların tümünde çok çeşitli dışlayıcı uygulamaların bulunması; bu nedenle de, çok sayıda ihlâlin kümülatif etkisinin söz konusu oluşudur. *Hilti* kararında, hâkim durumdaki teşebbüs, farklı birtakım uygulamalar yoluyla bağlama politikası izlemiş; *Compagnie Maritime Belge* kararında, birlikte hâkim durumda bulunan gemi birliği, diğer ihlâllerin yanı

<sup>46</sup> Whish 2009, s.741.

<sup>47</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.471.

<sup>48</sup> VAN BAEL, I., J.F. BELLIS (2005), "Competition Law of the European Community", Kluwer Law International, The Netherlands, s.921-922. Kılavuz'da da, *Irish Sugar* kararına atıf yapılarak, hâkim durumdaki teşebbüsün pazar payının büyüklüğünün, kötüye kullanma davranışının olası ciddi sonuçlarının bir göstergesi olduğu ve Komisyon tarafından yapılacak müdahaleye haklılık kazandırdığı ifade edilmektedir. European Commission 2008, s.9.

<sup>49</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.471.

<sup>50</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.472.

sıra, “savaşan gemiler” işleterek, yıkıcı zaman çizelgeleri uygulamaları içerisinde girmiş; *Irish Sugar* kararında ise, teşebbüs, ayrımcı indirimler, sadakat ve hedef indirimleri, ürün değişimleri gibi başka çeşitli kötüye kullanma davranışları sergilemiştir. Son olarak, hem *Compagnie Maritime Belge* kararında, hem de *Irish Sugar* kararında, birlikte hâkim durum söz konusudur.<sup>51</sup> Özetle, *Hilti*, *Irish Sugar* ve *Compagnie Maritime Belge* kararları ile Komisyon, seçici fiyatlamanın, rekabetçi fiyatlara karşılık vermek için gerekli olan indirimlerin ötesine geçtiği, açık şekilde dışlayıcı olan diğer davranışlarla bir arada olduğu ve rekabete karşılık vermekten ibaret olmadığı durumda ihlâl sayılması gerektiği yaklaşımını ortaya koymuştur. Komisyon’un değerlendirmesinde, rakibi dışlama niyeti de bahsedilen tabloda ağırlaştırıcı bir neden olarak ele alınmaktadır.<sup>52</sup>

Öyle anlaşılıyor ki Komisyon, “rekabeti karşılama” kavramının içinde aynı zamanda rakipleri dışlama amacı da gördüğünden, onu dışlayıcı niyet kavramına oldukça yakın değerlendirmektedir. Rekabeti karşılama, seçici fiyatlama yoluyla yapıldığında, Komisyon’un bu davranışı dışlayıcı niyetle özdeşleştirdiği ve bu durumu da kötüye kullanma kapsamına aldığı görülmektedir. Komisyon’un, rekabeti karşılama savunmasını kabul etmemesi, hâkim durumdaki teşebbüslerin uygulamalarını meşrulaştırmaya yarayacak bir araç vermek istemediğini, böylece hâkim durumdaki teşebbüslerin seçici fiyatlama yoluyla küçük rakipleri sistematik şekilde elimine etmesinin önüne geçmeye çalıştığını göstermektedir. Komisyon, ayrıca, hâkim durumdaki teşebbüslerin sistematik şekilde seçici fiyatlama yaparak rekabeti karşıladıkları yönünde şöhret edinmek yoluyla piyasaya yeni girişleri engellemesinin önüne geçmeye çalışmaktadır.<sup>53</sup>

Tartışma Metni<sup>54</sup>, ortalama toplam maliyet üstü fiyatlamanın ihlâl olabileceği düşüncesine ihtiyatlı yaklaşmakta ve böyle bir fiyatlama biçiminin, ancak daha az etkin rakipleri dışlayacağını belirtmektedir. Tartışma Metni’nde, maliyet üstü fiyatlandırmaya ilişkin olarak şu ifadeler kullanılmaktadır:

*“Nihai fiyatın ortalama toplam maliyet üzerinde kalmasına neden olacak fiyat indirimlerine ilişkin genel intiba, böylesi bir uygulamanın “yıkıcı” olmayacağı yönündedir. Hâkim durumdaki teşebbüse eşit ölçüde hatta ondan daha etkin durumdaki teşebbüslerin, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından başlatılan bu rekabeti karşılama imkanı olacağından, bu durum hakkaniyetli bir rekabet anlamına gelecektir.”*

<sup>51</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.472.

<sup>52</sup> O’Donoghue 2006, s.32.

<sup>53</sup> Kara 2003, s. 38.

<sup>54</sup> EUROPEAN COMMISSION (2005), DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Brussels.



Maliyet üstü fiyatlama davranışının ancak çok nadir durumlarda ihlâl olabileceğini söyleyen Tartışma Metni'nde, bu durumlara bazı örnekler verilmektedir. Bunlardan biri, birlikte hâkim durumdaki teşebbüslerin, rakiplerini dışlamak ya da disipline etmek amacıyla, fiyatlarını, seçici fiyatlama yoluyla rakiplerin fiyatının altına indirmeleri; maliyetleri ve fiyatları arasındaki marjı daraltıp, ortaya çıkan kâr kayıplarını paylaşma yoluna gitmeleridir. Bu kapsamda, *Compagnie Maritime Belge* kararının, kendine özgü koşulları ile sınırlandırılması önerilmektedir.<sup>55</sup> Başka bir deyişle, tekele yakın konumu olan ve birlikte hâkim durumda bulunan teşebbüslerin, rakibe seçici fiyat uygulamak ve gelir kayıplarını aralarında paylaşmak yoluyla, rakipleri dışlamaya veya disipline etmeye yönelik açık bir strateji uygulaması durumunda, ortalama toplam maliyet üstü bir fiyat da istisnai olarak ihlâl kabul edilebilecektir.<sup>56</sup> Uygulamada, böyle bir durumun ortaya çıkma ihtimali son derece düşüktür; çünkü dışlayıcı bir fiyatlama stratejisi nedeniyle oluşacak zararların iki ya da daha fazla teşebbüs arasında paylaşılmasına yönelik herhangi bir açık veya zımni anlaşma, zaten bir rekabet ihlâli teşkil edecektir.<sup>57</sup>

Tartışma Metni'nde yer alan bir diğer örnek, tek başına hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün, rakiplerce tekrarlanamayacak bazı avantajlara sahip olduğu, veya ölçek ekonomilerinin çok önemli olduğu ve pazara yeni giren teşebbüslerin, minimum etkin ölçeğin<sup>58</sup> altında faaliyet göstermek zorunda olmaları nedeniyle, girişten sonra belli bir süre boyunca önemli bir maliyet etkinsizliği ile çalıştıkları durumdur. Böyle bir durumda, hâkim durumdaki teşebbüs, geçici süreyle, kendi ortalama toplam maliyetinin üzerinde, ancak, pazara yeni giren teşebbüsün ortalama toplam maliyetinin altında fiyatlama yapmak suretiyle, pazara yeni girişleri engelleyebilecek ya da pazara yeni giriş yapan teşebbüsleri pazar dışına çıkarabilecektir. Tartışma Metni'nde, bu şekildeki bir fiyat indiriminin yıkıcı olarak nitelendirilebilmesi için; pazarda yerleşik hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibini dışlamaya yönelik açık bir stratejisinin bulunduğu, pazara yeni giren teşebbüsün, yalnızca tekrarlanamayan avantajlar veya ölçek avantajı nedeniyle hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olduğunun ve pazara yeni girişlerin, seçici

<sup>55</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.282.

<sup>56</sup> LANG, T.J., R. O'DONOUGHUE (2005), "The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC", *GCLC Research Papers on Article 82 EC, College of Europe Global Competition Law Centre (GCLC)*, s.42.

<sup>57</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.282.

<sup>58</sup> Minimum etkin ölçek, uzun dönem ortalama maliyeti minimum kılan çıktı düzeyini ifade etmektedir. Daha fazla bilgi için bakınız ÜNSAL, E.M. (2004), *Mikro İktisat*, İmaj Yayınevi, Ankara, s.268.

fiyatlamının caydırıcılığı nedeniyle engellendiğinin gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>59</sup>

O'Donoghue ve Padilla, Tartışma Metni'nde yer alan örneklerin, teorik çekiciliği olsa da, uygulamada önemli sakıncalar doğurabileceğinden bahsetmektedir. Rakiplerin henüz minimum etkin ölçüğe ulaşmadığı ve ortalama toplam maliyet üzerindeki fiyat indirimlerinin rakiplerin minimum etkin ölçüğe ulaşmasını engelleyeceği durumda, hâkim durumdaki teşebbüsün, bu tip fiyat indirimlerinden kaçınması gerektiği ifadesi, çeşitli sorunları gündeme getirmektedir. Öncelikle, hâkim durumdaki bir teşebbüsten, rakiplerin minimum etkin ölçüğe ulaşıp ulaşmadıklarını veya ne zaman ulaşacaklarını bilmesini beklemek mümkün değildir. İkincisi, hâkim durumdaki teşebbüsün, pazara yeni giren teşebbüsün ortalama toplam maliyetinin altında fiyatlama yapıp yapmadığını; kendi ortalama toplam maliyetinin üzerinde, fakat rakiplerin ortalama toplam maliyetinin altında fiyatlama yapmasının, pazara girecek teşebbüslerin yeterli ölçüğe ulaşmasını hangi noktada engelleyeceğini bilmesi imkansız değilse bile çok güçtür. Üstelik, hâkim durumdaki teşebbüsün bu türden bilgileri araştırması hukuka aykırı dahi olabilir. Üçüncüsü, pazara yeni giren teşebbüsler gerekli ölçüğe zamanla ulaşabilecek durumda ise, sermaye piyasaları, mükemmel işlemiyor olsa da, hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olabilecek bir teşebbüse fon sağlamayı rasyonel bulacaklardır. Hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan ve bu şekilde kalacak olan yeni teşebbüsler, tüketicilere herhangi bir fayda sağlamayacak ve bu durumdaki teşebbüsleri korumak, kısa ve uzun dönemde tüketici refahını olumsuz etkileyecektir. Sonuncusu ve en önemlisi, Tartışma Metni'nde önerilen kural yeterince net değildir ve meşru fiyat rekabetini bozma yönünde önemli bir risk barındırmaktadır.

Hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyat rekabeti içine girmesi, rekabet hukukunca yasaklanan değil; tam aksine, teşvik edilen bir davranıştır. Rakiplerin fiyatlarına karşılık vermeye yönelik fiyat indirimleri de, rekabet hukuku uygulamasında büyük ölçüde hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Nitekim, ABAD, *United Brands* kararında<sup>60</sup>, hâkim durumdaki teşebbüslerin, kendi ticari çıkarlarını kollamak amacıyla, müşterilerini korumak için rekabetçi tekliflerde bulunmak da dahil olmak üzere makul bazı önlemler almalarına izin verilmesi gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Oysa, *Irish Sugar* ve *Compagnie Maritime Belge* kararlarında, teşebbüslerin ileri sürdüğü "rekabeti karşılama" savunması, somut olayın koşulları altında kabul edilmemiştir. O'Donoghue, bu yaklaşımı eleştirmekte ve çalışmamızın "Seçici Fiyatlamaya İlişkin Literatürdeki

<sup>59</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.282.

<sup>60</sup> Case 27/76 *United Brands* (1978) ECR 293.

Görüşler” başlıklı kısmında daha ayrıntılı şekilde yer verileceği üzere, seçici fiyatlamanın başka ihlallerle bir arada bulunmadığı durumda, söz konusu savunmanın geçerli olduğunu ifade etmektedir.<sup>61</sup>

Kılavuz’da da, şiddetli bir fiyat rekabetinin genellikle tüketicilerin yararına olduğu ifade edilmiş ve anti-rekabetçi piyasa kapama etkisinin önlenmesi için Komisyon’un normal şartlarda yalnızca hâkim durumdaki teşebbüsle eşit etkinlikteki teşebbüsün rekabet etmesini engellemesi durumunda ilgili davranışa müdahale edeceği belirtilmiştir.<sup>62</sup> Bununla birlikte, Komisyon, kötüye kullanma davranışının gerçekleşmemiş olması durumunda talep kaynaklı bazı avantajlardan yararlanarak etkinliğini arttırabilecek bir teşebbüsün varlığı halinde de davranışa müdahale edebileceğini ortaya koymuştur.

Kılavuz’da, hâkim durumdaki teşebbüsün, ilgili davranış, rakiplerin pazara girişi veya pazarda büyümesi bakımından özellikle önem taşıyan belli tüketiciler veya girdi sağlayıcılara uygulamasının, pazar kapama etkisi olasılığını arttıracığı belirtilmektedir. Kılavuz’un yıkıcı fiyatlama davranışının ele alındığı bölümünde, seçici düşük fiyatlama konusunda Komisyon’un yaklaşımına da yer verilmiştir. Buna göre; seçilmiş hedef tüketicilere uygulanan düşük fiyatlar, teşebbüsün maruz kalacağı kayıpları azaltacak ve bu nedenle de, teşebbüsler açısından bu tip bir yıkıcı fiyatlama uygulaması daha kolay olacaktır. Dolayısıyla, hâkim durumdaki teşebbüsün, genel ve uzun süreli bir fiyat indirimi uygulaması daha düşük bir olasılık taşımaktadır.

### **2.3. ABD Uygulaması**

ABD’nin seçici fiyatlama konusuna yaklaşımı, Avrupa Birliği yaklaşımına taban tabana zıttır. Aşağıda, ABD yaklaşımını ortaya koyan kararlar özetlenmekte ve değerlendirilmektedir.

#### **2.3.1. Matsushita Kararı<sup>63</sup>**

*Matsushita* kararına konu şikayette, Japon televizyon üreticilerinin, Japonya’da aşırı fiyatlama yoluyla elde ettikleri karı, ABD’de yıkıcı fiyatlama yaparak yerli üreticileri pazar dışına itmek için kullandıkları iddia edilmiştir.

Yüksek Mahkeme, teşebbüslerin pazar payları, pazara giriş engelleri gibi unsurları değerlendirerek, somut olayda yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonel

<sup>61</sup> O’Donoghue 2006, s.37-38.

<sup>62</sup> Komisyon, Kılavuz’da, kötüye kullanma davranışının eşit etkinlikteki teşebbüsün pazardan dışlanması sonucunu doğurup doğurmayacağını tespitinde ortalama kaçınılabilir maliyet ve uzun dönem ortalama artan maliyet ölçütlerini esas aldığını belirtmiştir. European Commission 2008, s.11.

<sup>63</sup> *Matsushita v. Zenith Ratio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).

bir davranış olmayacağı sonucuna ulaşmış; ayrıca bir fiyat-maliyet analizi yapmaya gerek duymamıştır.<sup>64</sup>

Kararı çalışmamız bakımından önemli kılan husus ise, Yüksek Mahkeme'nin, maliyet altı fiyatlamının, yıkıcı fiyatlama için olmazsa olmaz bir koşul olduğunu ortaya koymuş olmasıdır.

### 2.3.2. Brooke Group Kararı<sup>65</sup>

Yüksek Mahkeme'nin *Brooke Group* kararı, esas itibariyle, maliyet altı düşük fiyatlama konusunda "hasat testi" koşulunu getirmiş olması yönüyle rekabet hukuku uygulaması bakımından önemli olmakla beraber, maliyet üstü fiyatların ihlâl teşkil etmeyeceği sinyalini vermiş olması yönüyle de, çalışmamız bakımından önem taşımaktadır.

Şikayete konu olayda, fiyat rekabetinin az, kâr marjlarının yüksek olduğu sigara üretim pazarında az sayıda rakip teşebbüsle beraber faaliyet gösteren küçük bir üretici olan *Liggett*, farklı bir strateji izleyerek pazara markasız ürünler sunmaya başlamıştır. Bu yeni ürünler, markalı ürünlerden %30 oranında daha düşük fiyatlı olmaları sebebiyle markalı ürünlerden müşteri kapmış; *Liggett*'in markasız ürünler pazarındaki payı %97'ye ulaşmıştır. Sonraları, sigara üretim pazarında üçüncü en büyük üretici olan *B&W* de markasız ürün pazarına girmiş ve iki teşebbüs, birbirlerinin toptan satışçılarına miktar indirimleri sunmak suretiyle bir fiyat savaşı içerisine girmiştir. *Liggett*, *B&W*'nin, kendi fiyat indirimlerinden daha büyük indirimlere gitmesi üzerine, *B&W* tarafından uygulanan ayırıcı fiyat indirimlerinin rekabete önemli ölçüde zarar verdiğini ve Robinson-Patman Kanunu'nun ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. *Liggett*, *B&W*'nin uyguladığı fiyatların zaman zaman ortalama değişken maliyetin altına inmesinin, yıkıcı bir planın varlığını gösterdiğini; *B&W*'nin söz konusu fiyat politikasının promosyon amaçlı olmadığını; *B&W*'nin, markalı ve markasız ürünler arasındaki fiyat farkını azaltmayı ve markasız ürünler pazarının büyümesini engelleyerek, markalı ürünler pazarındaki yüksek karlılığını sürdürmeyi amaçladığını ifade etmiştir. Mahkeme, şikayetin, Sherman Kanunu veya Robinson-Patman Kanunu kapsamında değerlendirilebilmesi için iki koşul ortaya koymuştur.<sup>66</sup> Bunlar; belirli bir maliyet ölçüsünün altında satış ve hasatın<sup>67</sup> mümkün olduğunun gösterilmesidir.

<sup>64</sup> Yüksek Mahkeme, kararında Easterbrook'a atıf yaparak, yıkıcı fiyat uygulamasının nadiren başarılı olduğunu ifade etmiştir. Daha fazla bilgi için bakınız EASTERBROOK, F.H. (1981), "Predatory Strategies and Counterstrategies", *University of Chicago Law Review*, Vol.48, No:3, s.268.

<sup>65</sup> *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

<sup>66</sup> Amerikan rekabet hukukunda yıkıcı fiyat uygulaması, Sherman Kanunu'nun 2. bölümünde "tekelleşmeye teşebbüs" kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak, Sherman Kanunu,

Yüksek Mahkeme, *Brooke Group* kararında, çalışmamız bakımından büyük önem teşkil eden şu tespitte bulunmuştur:

“Maliyet üstü fiyatların dışlayıcı etkisi; ya hâkim durumdaki teşebbüsün, rakiplerinden daha düşük bir maliyet yapısına sahip olduğunu ve hakkaniyetli rekabet ettiğini, ya da mahkemelerin, hukuka uygun fiyat indirimlerini caydırmaksızın fiyatlama davranışlarını denetleme yeteneğine sahip olmadıklarını göstermektedir.”

Böylece, *Brooke Group* kararı ile, maliyet üstü fiyatların hukuka uygun olduğu kabul edilmiş olmaktadır.<sup>68</sup>

### 2.3.3. American Airlines Kararı<sup>69</sup>

*American Airlines* kararında, teşebbüsün seçici fiyatlama davranışı ihlâl olarak kabul edilmemiştir. Kararda, *American Airlines*'in *Dallas-Fort Worth* havaalanından gerçekleşen yolcu taşımacılığı bakımından tekel olduğu, başka güzergahlar üzerinde de tekel olmaya çalıştığı iddiası değerlendirilmiştir. Karara konu olay; *Vanguard Airlines*'in *Dallas*'tan *Kansas City*'ye yönelik düşük ücretli uçuşları başladığında *American Airlines*'in, fiyatlarını *Vanguard Airlines*'in fiyatlarıyla aynı düzeye getirmesi ve uçuş sıklığını arttırması sonucunda tüketicilerin *American Airlines*'ı tercih etmesidir. Ancak, mahkeme, değişken maliyetlerin üzerinde olması nedeniyle, *American Airlines*'in seçici fiyatlama davranışının ihlâl teşkil etmediği sonucuna ulaşmıştır.<sup>70</sup>

### 2.3.4. ABD Uygulaması Üzerine Genel Değerlendirme

Yukarıda yer verilen kararlarda görüldüğü üzere, ABD'nin seçici fiyatlama konusundaki yaklaşımı, rekabet otoritelerinin ve tüketicilerin istediği fiyat rekabetini sağlayan maliyet üstü fiyat indirimlerinin hukuka uygun olduğu; dolayısıyla da, seçici fiyatlamının bir rekabet ihlâli olarak değerlendirilmemesi

“tekelleşmeye teşebbüs”ün hangi şartlar altında olabileceği konusunda yeterince açık değildir. Öte yandan, yıkıcı fiyat iddialarının değerlendirildiği diğer bir kanun olan *Robinson-Patman Kanunu*'nda, “rekabete önemli ölçüde zarar verme ihtimali”, davranışın ihlâl olarak nitelendirilmesi için yeterli görülmektedir.

<sup>67</sup> Çalışmamızın kapsamı dışında olmakla birlikte belirtilmesi gereken husus; *Brooke Group* kararı ile Yüksek Mahkeme'nin, yıkıcı fiyat konusundaki içtihadını “hasat testi” şeklinde formüle etmesi ve hasat imkanı bulamayan bir fiyat indiriminin, nihayetinde tüketicilerin yararına olacak, başarısız bir dışlama girişimi olduğu sonucuna ulaşmasıdır. Kara 2003, s.16-20.

<sup>68</sup> Yüksek Mahkeme, *Weyerhaeuser* kararında da, *Brooke Group* kararına atıfta bulunarak, maliyet üstü fiyatlamanın meşru kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiş ve hâkim durumdaki teşebbüslerin maliyet üstü fiyatlama stratejilerine yönelik oluşturulan “güvenli liman”a dokunmamıştır. *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312 (2007).

<sup>69</sup> *United States v. AMR Corp.*, 140 F. Supp. 2d 1141 (D. Kan. 2001).

<sup>70</sup> EDLIN, A.S. (2002), “Stopping Above-Cost Predatory Pricing”, 111 *Yale LJ* 4, s.942-943.

gerektiği yönündedir. ABD uygulaması, bu anlamda, Avrupa Birliği'nin konuya yaklaşımından tamamen farklılık arz etmektedir.

Seçici fiyatlamının, Amerikan rekabet hukuku uygulamasında bir rekabet ihlali olarak nitelendirilmiyor oluşu, kimi akademisyenler tarafından eleştirilmektedir. Seçici fiyatlamayı yıkıcı fiyatlamının bir çeşidi olarak ele alan ve bu kapsamda inceleyen Edlin, Yüksek Mahkeme'nin aldığı *Brooke Group* kararının, tüketiciler, iyi işleyen piyasalar ve rekabet hukuku için çok da iyi sonuçlar ortaya koymadığını, mahkemenin yorumunun dar olduğunu ve gözden geçirilmesi gerektiğini; maliyet üstü fiyatlamaların da rekabeti sınırlamak suretiyle tüketicilere zarar verebileceğini ifade etmektedir.<sup>71</sup>

ABD'nin seçici fiyatlama konusundaki yaklaşımının altında yatan temel mantığın, seçici fiyatlamının toplumsal refahı nasıl etkilediği konusunun henüz netleşmemesinden kaynaklandığı da ifade bulmaktadır. Bu çerçevede, seçici fiyatlamının toplumsal refah üzerindeki etkisini net olarak belirleyecek güvenilir bir ekonomik model ortaya konulmadığı sürece, maliyet üstü fiyatlama davranışı için Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla oluşturulan güvenli limanın korunması gerektiği savunulmaktadır.<sup>72</sup>

Sherman Kanunu'nun tekelleşmeye ilişkin bölümüne yönelik olarak hazırlanan ve Eylül 2008 tarihinde ABD Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan raporda<sup>73</sup>, raporun oluşturulması sürecinde yapılan tartışmalara katılanların büyük kısmının, maliyet üstü fiyatlamının hukuka uygun olduğu konusunda hemfikir olduğu ifade edilmektedir. Raporda; bu tür fiyatlamının ihlâl olarak kabul edilmesi halinde, tüketiciler için rekabetin en somut getirisi olan fiyat indirimlerinin önüne geçilebileceği, düzgün işleyen bir pazarın temel dinamiği olan fiyat rekabetinin olumsuz etkileneceği belirtilmiş; hâkim durumdaki teşebbüsler bakımından hukuki belirliliğin de sağlanabilmesi adına, seçici fiyatlamaya ihlâl olarak yaklaşılmaması gerektiği ifade edilmiştir.

#### 2.4. Türkiye Uygulaması

Rekabet Kurulu'nun, seçici fiyatlama konusuna yaklaşımını yansıtan kararlar aşağıda özetlenmekte ve değerlendirilmektedir.

<sup>71</sup> Edlin 2002, s.941-942.

<sup>72</sup> CARLTON, D.W. (2007), "Does Antitrust Need to be Modernized?", *Economic Analysis Group Discussion Paper*, No. 07-3, s. 155-160.

<sup>73</sup> US DOJ (2008), "Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act". Rapor, Aralık 2009 tarihinde geri çekilmiştir; ancak, seçici fiyatlamaya ilişkin güncel ABD yaklaşımını yansıtması yönüyle, çalışmamızda yer alması gerektiği düşünülmüştür.

#### **2.4.1. TÜPRAŞ Kararı<sup>74</sup>**

Kurul, TÜPRAŞ'ın, POAŞ'ın müşterilerine, dağıtım firmalarına uyguladığından daha düşük fiyatla doğrudan satış yaparak hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasını değerlendirdiği kararında, TÜPRAŞ fiyatlarının daha çok, alıcı olan otoprodüktör şirketinin Kırıkkale Rafinerisi dışındaki alternatif kaynaklara uzaklığına göre belirlendiği; buna göre, Kırıkkale Rafinerisi'ne yakın, ancak denize ve dolayısıyla ithalat imkanına uzak olan Kayseri'deki müşteriye FOB<sup>75</sup>+6\$ fiyatından satış yapılırken, ithalat imkanı daha iyi olan Mersin-Adana'daki müşteriye FOB-5\$ fiyatından satış yapıldığı, dolayısıyla TÜPRAŞ'ın, rekabete daha açık olan liman bölgelerinde daha düşük fiyat, daha az rekabetin olduğu bölgelerde ise daha yüksek fiyat uyguladığını ifade etmiştir. Bununla birlikte, Kurul, bu durumun, LPG'ye yapılan sübvansiyonların yol açtığı piyasa dengesizliğinden ve sınır ticaretinin yarattığı istisnai piyasa şartlarından kaynaklandığı gerekçesiyle, seçici fiyatlama davranışının hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

#### **2.4.2. Anadolu Cam Kararı<sup>76</sup>**

Anadolu Cam hakkında soruşturma açılmasına neden olan şikayette; cam ambalaj pazarında faaliyet gösteren Anadolu Cam'ın 09.06.2003 tarihli Tekel ihalesindeki fiyat politikasının, Marmara Cam'ın pazardaki faaliyetini zorlaştıracak hatta dışlayacak karakteriyle hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi talep edilmiştir.

Seçici fiyatlama iddiasına konu ihalenin öncesinde, 22.05.2003 tarihinde Tekel, iki aylık acil ihtiyacı için 30 çeşit ve 29.676.000 ± %10 adet şişeyi kapsayan bir alım ihalesi düzenlemiştir. Anadolu Cam ile Marmara Cam'ın katıldığı ihalede Anadolu Cam, ihale konusu 30 çeşit şişenin tamamı için teklif vermiştir. Anadolu Cam'ın şikayet konusu 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için verdiği fiyat teklifi, sırasıyla 281.520 ve 428.140 TL/adettir. Marmara Cam ise, sadece 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için, sırasıyla 253.000 ve 385.000 TL/adetten, kapasite yetersizliği nedeniyle sınırlı miktarda teklif vermiştir. Tekel, Anadolu Cam ile pazarlık ederek, Anadolu Cam'ın toplam teklifinin muhammen bedel seviyesine inmesini sağlamıştır. Sonuçta

<sup>74</sup> 16.04.2002 tarih ve 02-24/244-99 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>75</sup> FOB (Free on board), "gemi bordasında teslim" anlamına gelen dış ticaret terimi.

<http://www.dtm.gov.tr/dtmweb/index.cfm?action=detay&yayinID=91&icerikID=82&dil=TR#D>, Erişim Tarihi: 04.03.2011.

<sup>76</sup> 01.12.2004 tarih ve 04-76/1086-271 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Söz konusu karar, Anadolu Cam, 11.12.2007 tarih ve E:2005/6848, K:2007/8693 sayılı Danıştay Onüçüncü Dairesi kararıyla usul yönünden iptal edilmiş ve aynı konuda bu defa 06.08.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı Rekabet Kurulu kararı alınmıştır.

Tekel, 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesinin, Marmara Cam'ın tedarik edebildiği miktar kadarını sırasıyla 253.000 ve 385.000 TL/adet fiyatıyla Marmara Cam'dan; geri kalan miktarda şişeyi ise sırasıyla 270.480 ve 411.350 TL/adet fiyatıyla Anadolu Cam'dan satın almıştır.

Şikayet konusu ihale, Tekel'in 2003 yılı ihtiyacına tekabül eden toplam 178.000.000 ± %10 adet muhtelif şişe alımına yönelik olarak, 09.06.2003 tarihinde, yani bir önceki ihaleden 18 gün sonra yapılmış; ihaleye yine Anadolu Cam ile Marmara Cam katılmıştır. Anadolu Cam yine, ihale konusu 30 çeşit şişenin tamamı için teklif vermiş; şikayet konusu 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için sırasıyla 252.000 ve 384.000 TL/adet fiyat teklifi vermiştir. Bu fiyatlar, Marmara Cam'ın 18 gün önceki ihalede verdiği fiyatlardan 1.000 TL daha düşük olup, Anadolu Cam'ın yine bir önceki ihaledeki ilk fiyatından yaklaşık olarak %10, indirimli fiyatından ise %7'lik bir indirim daha yaptığını göstermektedir. Burada dikkat çeken diğer bir husus ise, Anadolu Cam'ın, geri kalan 28 kalemede bir önceki ihale fiyatına göre %33,7 oranında artış yapmış olmasıdır. Buna karşılık, Marmara Cam sadece 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için, sırasıyla 290.000 ve 442.000 TL/adetten, yine kapasite yetersizliği nedeniyle sınırlı miktarda teklif vermiştir. Sonuç olarak, Tekel, Marmara Cam'ın 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişelerine verdiği fiyatların Anadolu Cam'inkinden yüksek olması nedeniyle, ihtiyacın tamamının Anadolu Cam'dan karşılanmasına karar vermiştir.

Kararda, soruşturma kapsamında Anadolu Cam'da yapılan inceleme sırasında elde edilen belgelerde, Anadolu Cam'ın hâkim durumunu korumak, Tekel ihalesinde Marmara Cam'ın önünü kesmek, rakip üretici Marmara Cam'ı devre dışı bırakmak gibi hedeflerin kaleme alınmış olduğu ifade edilmektedir.

Anadolu Cam, "Tekel ihalesindeki fiyat politikasının ihalenin kazanılması amacını taşıyan ekonomik bir eylem olarak nitelendirilmesi gerektiği dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'u ihlâl edici nitelikte olmadığı", "tüm ihalelerde olduğu gibi rakibin altında bir fiyat vermenin ve böylece ihaleyi kazanmak istemenin doğal ve rekabetçi bir yaklaşım olduğu, Rekabet Kanunu'nun teşebbüsleri değil, rekabeti koruduğu, dolayısıyla Marmara Cam'ı koruyan, daha yüksek bir fiyatlama yerine iki üründe uygulanan rekabetçi fiyatlamasının Rekabet Kanunu'na daha uygun olduğu, Anadolu Cam'ın bu yaklaşımının ihlâl olarak değerlendirilmesinin, her ihale kaybedenin Rekabet Kurumu'na başvurmasını teşvik edici olacağı" savunmasını yapmış; ancak, bu savunma, Kurul nezdinde kabul görmemiştir. Yine, Anadolu Cam'ın, Tekel ihalesinde "alternatif olarak uygulayabileceği başka türlü fiyatlandırmanın aslında anti-rekabetçi olacağı" yönündeki savunması, Anadolu Cam'ın, seçici fiyatlama uygulaması yapmış olması, dolayısıyla, Marmara Cam'ın üretmediği



diğer ürünlerde indirim yapmamış olması nedeniyle hem rekabetçi sürecin bozulmuş olduğu, hem de Tekel'in alım maliyetinin artması yoluyla tüketici zararının ortaya çıkmış olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

Kurul, Anadolu Cam dosyasının, Komisyon'un *Hilti, Compagnie Maritime Belge* ve *Irish Sugar* kararlarına benzer nitelikte olduğunu ve bu kararların doktrinde de kabul gördüğünü ifade etmiş ve Anadolu Cam'ın, seçici fiyatlama yoluyla hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşmıştır.

Anadolu Cam kararı, 11.12.2007 tarih ve E:2005/6848, K:2007/8693 sayılı Danıştay Onüçüncü Dairesi kararıyla<sup>77</sup> usul yönünden iptal edilmiştir. Söz konusu kararda görüşlerine yer verilen Savcı Aydınoglu; başka bir teşebbüsün piyasadaki faaliyetini zorlaştırmayı, ya da teşebbüsün etkisizleştirilmesini amaçlayan yıkıcı fiyat politikasının, hâkim durumdaki teşebbüsün maliyet altı fiyatlarla satış yapması şeklinde ortaya çıktığını; Rekabet Kurulu kararında, maliyetlerin ne olduğuna ve fiyat tekliflerinin maliyet altı olup olmadığına yer verilmediğini; ihaleyi kazanmayı hedeflemesi ekonomik gereklere son derece uygun bulunan Anadolu Cam'ın, rakip teşebbüsten daha düşük fiyat teklif etmiş olmasının, tek başına, rakibin piyasadaki faaliyetinin zorlaştırılmasına yönelik bir eylem olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ve sayılan nedenlerle, Kurul kararında hukuka uyarlılık bulunmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun (İDDK) 02.02.2006 tarih ve 2006/2 YD. İtiraz No'lu kararında<sup>78</sup>, Anadolu Cam'ın yürütmeyi durdurma talebi, idari işlemin, açıkça hukuka aykırı olması şartının gerçekleşmemiş olması nedeniyle reddedilmiştir. İDDK'nın söz konusu kararının karşı oy yazısında, 09.06.2003 tarihli ihalede Anadolu Cam'ın 30 kalem üründen Marmara Cam'ın teklif verdiği 2 ürün için uyguladığı fiyat stratejisinin, yıkıcı fiyat uygulaması ya da rakibin piyasa dışına bırakılması olarak kabul edilemeyeceği, eylemin süreklilik arz etmemesi hususu da dikkate alındığında, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle karara karşı olunduğu belirtilmiştir.

#### **2.4.3. Turkcell-Vodafone Kararı<sup>79</sup>**

*Turkcell*'in ayrımcı uygulamalar ve seçici fiyatlama yoluyla 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddiasının değerlendirildiği kararda, *Turkcell* tarafından *Vodafone* müşterileriyle ilgili elde edilen ve trafik verilerinin işlenmesiyle

<sup>77</sup> Anadolu Cam, 11.12.2007 tarih ve E:2005/6848, K:2007/8693 sayılı Danıştay Onüçüncü Dairesi kararı.

<sup>78</sup> Anadolu Cam, 02.02.2006 tarih ve 2006/2 YD. İtiraz No'lu İDDK kararı.

<sup>79</sup> 20.05.2008 tarih ve 08-34/453-159 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Söz konusu kararın Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 08.10.2009 tarih ve 09-45/1136-286 sayı ile yeni bir karar almıştır.

sağlanan bilgilerin, tele-pazarlama yönteminde kullanılarak, *Turkcell* aboneleri olmaları karşılığında *Vodafone* müşterilerine belirli bir süre için düşük fiyat tarifesi teklif edilmesi, ücretsiz cep telefonu verilmesi gibi uygulamaların, aboneler arasında ayrımcılığa ve seçici fiyatlamaya neden olduğu belirtilmiştir. Kurul, sektörel düzenleyici kurumun, ilgili teşebbüslere, sektöre özgü mevzuattan kaynaklanan yükümlülükleri uyarınca bu eylemlerine son vermeleri gerektiğini bildirmiş olması sebebiyle şikayeti reddetmiştir.<sup>80</sup>

#### 2.4.4. Ekmek Kararı<sup>81</sup>

Rekabet Kurulu, Kahramanmaraş ili Göksun ilçesindeki ekmek talebinin %65'inden daha fazlasını karşıladığı iddia edilen Hilal Ekmek Fabrikası'nın, diğer fırınların ekmeğini satan bakkalların yanındaki bakkallarda ekmek fiyatını düşürerek 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddiasına ilişkin olarak verdiği kararda, şikayet konusu teşebbüsün hâkim durumda bulunmadığı ve zaten teşebbüsün şikayete konu seçici fiyat indirimlerinin, nitelik, yaygınlık ve kapsam bakımından etkin teşebbüsleri dışlayıcı etki göstermekten uzak olduğu gerekçesiyle ihlâl teşkil etmediği sonucuna varılmıştır. Kararda değinilen ve çalışmamız çerçevesinde yer verilmesi gerektiğini düşündüğümüz husus, seçici fiyatlamasının, rekabet hukuku doktrininde ancak istisnai hallerde kötüye kullanma olarak kabul edildiğidir.

#### 2.4.5. İzocam Kararı<sup>82</sup>

İzocam'ın dışlayıcı fiyatlandırma politikalarının incelediği Rekabet Kurulu kararında, diğer iddiaların yanı sıra, İzocam'ın seçici fiyatlama yaptığı yönündeki iddialar da değerlendirilmiştir. Soruşturmaya konu şikayette; İzocam'ın uzun süre boyunca Türkiye mineral taşıyünü pazarında geniş ürün portföyü ile en büyük ve tek üretici olarak kaldığı, bu süre boyunca taşıyününün hep yüksek fiyatlardan pazara sunulduğu, 2008 yılı başından itibaren fiyatların %70 gerilediği ve bu gerilemenin, girdi maliyetlerindeki %50'lik artışa rağmen yaşandığı, İzocam'ın, sadece rekabetle karşılaştığı ürünlerde fiyat indirimleri yaptığı, ancak, diğer ürünlerde fiyatları arttırdığı, bayilere rakiplerin tekliflerinden daha düşük fiyatlarla tedarik yapılacağı yönünde sözlü teminatlar verdiği, 2008 yılı öncesinde bayilerine %35 iskonto yapan İzocam'ın bu oranı 2008 yılı sonrasında %70'e çıkardığı, ancak bu iskontoları sadece rekabetle

<sup>80</sup> Aslan 2011, s.102. Aslan, ilgili kararın, Kurul'un sektör spesifik regülasyon bulunan durumlarda eyleme müdahale etmeme yaklaşımını yansıttığını ve bu bakımdan önem taşıdığını ifade etmektedir. Konuya ilişkin olarak, örnek Rekabet Kurulu kararları ile ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ŞAHİN, S.Y. (2010), "Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki", *Rekabet Dergisi*, Cilt:11, Sayı:4.

<sup>81</sup> 21.10.2009 tarih ve 09-48/1193-301 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>82</sup> 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

karşılaştığı ürünlerle sınırladığı, İzocam'ın fiyatlandırmasının, zararına fiyatlandırma yoluyla ihlâl oluşturduğu ileri sürülmüştür. Kararda, Elhauge ve Geradin'den alıntı yapılarak şu ifadelere yer verilmiştir:

*“(...) rekabet otoritelerinin yerleşik teşebbüsün benimseyeceği bu gibi uygulamaları düzenleme kaygısının, çoğunlukla fiyatların, hâkim durumdaki yerleşik firmanın maliyetlerinin üzerinde seyrettiği durumda gözlemleneceği iddia edilmektedir. Dönem dönem yaşanan piyasaya girişler, bir yandan fiyatlarda düşüşü tetiklerken, öte yandan, yerleşik firmada yeni giren firmayı alt etme saiki uyandıracaktır. Kendi maliyetlerinin, yeni giriş yapan firmanın maliyetlerinin altında olduğu varsayımı altında, yerleşik firma, bu iki maliyet seviyesi arasında bir fiyat tespit etme imkanına sahip olacaktır. Maliyetlerinin altında üretim yapmak durumunda kalacak olan yeni giriş yapan firma, bir süre sonra piyasadaki çıkmak zorunda kalacak, bu durum ise fiyatların rekabetçi olmayan fiyat düzeyine dönmesi sonucunu doğuracaktır. Piyasada yaşanacak bu gibi bir gelişmenin bir sonucu, gelecekte diğer firmaların da, piyasada geçmişte yaşananlardan ötürü giriş yapmak noktasında tereddüt etmeleri, bu nedenle tekeli fiyatların bir süreklilik kazanmasıdır.”*

Görüldüğü üzere, İzocam kararında, hâkim durumdaki teşebbüsün, kendi maliyetlerinin üzerinde, fakat rakiplerinin maliyetlerinin altında fiyatlama yapmasının, rakipleri dışlayıcı ve pazara yeni girişleri caydırıcı bir etki yaratabileceği ifade edilmiştir. Kararda, seçici fiyatlama, rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından biri olarak nitelendirilmiş ve ilgili literatür ve içtihatlar çerçevesinde, seçici fiyatlama davranışına rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesi için aranması gereken kriterler; hâkim durumdaki teşebbüsün pazar gücünün büyüklüğü, rakibin dışlanmasına yönelik niyet ve seçici fiyatlama davranışına eşlik eden başka dışlayıcı uygulamaların varlığı şeklinde özetlenmiştir. Kurul, İzocam'ın şikayet konusu davranışını bu temel kriterler ışığında değerlendirmiş ve kriterlerin hiçbirinin sağlanmaması nedeniyle, teşebbüsün uygulamalarının maliyet üstü seçici fiyatlandırma olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

#### **2.4.6. Türkiye Uygulaması Hakkında Genel Değerlendirme**

Seçici fiyatlamasının, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri, dolayısıyla da bir rekabet ihlâli olup olmadığına ilişkin olarak Türkiye rekabet hukuku uygulamasına bakıldığında, Avrupa Birliği uygulamasına benzer bir yaklaşım sergilenerek söz konusu davranışın ihlâl olarak nitelendirilebildiği görülmektedir. Bununla birlikte, Türkiye uygulamasının, Avrupa Birliği uygulamasından önemli bir noktada ayrıldığı gözlenmektedir. Şöyle ki; seçici fiyatlamaya ilişkin Komisyon kararlarının tümünde, her ne kadar açıkça ifade

edilmemiş olsa da, seçici fiyatlama, başka bir dizi dışlayıcı rekabet ihlâliyle bir arada bulunduğu durumda ihlâl olarak kabul edilmiştir. Çalışmamızda ele alınan Rekabet Kurulu kararlarına bakıldığında ise, seçici fiyatlamanın ihlâl olarak nitelendirildiği durumlarda, başka ihlâllerin söz konusu olmadığı görülmektedir.

Rekabet Kurulu'nun Anadolu Cam kararını eleştiren Aslan, seçici fiyatlamanın, Avrupa Birliği uygulamasında çok istisnai koşullar altında kötüye kullanma kabul edilen çok tartışmalı bir durum olduğunu; Anadolu Cam kararının ise, Komisyon kararlarında yer alan uygulamalara benzer bir tarafı bulunmadığını ifade etmektedir.<sup>83</sup> Aslan, ihaleye giren teşebbüslerin bilerek ihaleyi birbirlerine bırakmalarının, hem ihale, hem de rekabet kanunlarına aykırı olacağını kesin olduğu; bu durumda, ihaleye giren teşebbüslerin, ihaleyi almak için mücadele etmesi gerektiği; ihalelerde veya normal satışlarda rakip varsa, önerilecek fiyatların, rakip bulunmayan hallere göre daha düşük olacağı; sayılan nedenlerle, Rekabet Kurulu kararının yerinde olmadığı düşüncesini ortaya koymaktadır.<sup>84</sup>

O'Donoghue de, hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibini elimine etmek için ihalede maliyet üstü düşük fiyatlama yapması durumunun ihlâl olmaması gerektiğini; hâkim durumdaki teşebbüsün ihalede rekabeti karşılamak üzere rekabetçi tekliflerde bulunmasına getirilecek yasağın bizzat kendisinin, anti-rekabetçi sonuçlara sebep olabileceğini ifade etmektedir.<sup>85</sup>

Anadolu Cam kararında, teşebbüste yapılan yerinde inceleme sürecinde elde edilen, rakibi ihale dışına itmeye yönelik yazışmaların, rakibi dışlama niyetini açıkça ortaya koyduğu yönündeki tespite ilişkin eleştiriler de söz konusu olabilir. Bu konuda, Comanor ve French, teşebbüsün dokümanlarında ve iç yazışmalarında yer alan, rakibi saf dışı etme arzusunun belirten saldırgan üslubun, niyet göstergesi sayılmaması gerektiğini; aksi takdirde nesnellik tuzağına düşülmüş olunacağını, çünkü her teşebbüsün amacının, pazarda tek kalmak olduğunu ifade etmiştir.<sup>86</sup>

### 3. SEÇİCİ FİYATLAMAYA İLİŞKİN LİTERATÜRDEKİ GÖRÜŞLER

Seçici fiyatlamanın, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olup olmadığı konusu, çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere, oldukça tartışmalıdır. Düşük fiyatlar, rekabet hukukunun en temel amaçlarından

<sup>83</sup> ASLAN, Y. (2007), *Rekabet Hukuku: Teori, Uygulama ve Mevzuat*, Ekin Kitabevi, Bursa, s.529.

<sup>84</sup> ASLAN, Y. (2008), *Rekabet Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, s.206.

<sup>85</sup> O'Donoghue 2006, s.38-39.

<sup>86</sup> COMANOR, W., H.E. FRENCH (1983), "Predatory Pricing and Meaning of Intent", *The Antitrust Bulletin*, Vol.36, no.2, s.304.

biridir ve rekabet, bu temel amacın sağlanması bakımından en uygun yol olarak görülmektedir. Bu çerçevede sorun, genellikle, rekabete aykırı düşük fiyatların rekabetçi düşük fiyatlardan ayrılmasıdır.<sup>87</sup> Çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle, rekabet hukuku literatüründe seçici fiyatlamayı ihlâl olarak nitelendiren görüşlere; ardından, seçici fiyatlamamanın hukuka uygun olarak kabul edilebileceğini değerlendiren görüşlere yer verilecektir.

### **3.1. Seçici Fiyatlamamanın Rekabet İhlali Teşkil Ettiği Yönündeki Görüşler**

Maliyet üstü fiyatlamamanın ihlâl teşkil edebileceğini iddia eden akademisyenler, tezlerini destekleyen bazı ekonomik argümanların varlığından söz etmektedir. Bu çerçevede, rakibin pazardaki uzun süreli varlığının hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlama davranışına sınırlama getirdiği varsayımı altında, maliyet üstü fiyatlama davranışının, rakibin istenmeyen biçimde pazar dışına itilmesine neden olacağı ileri sürülmektedir.<sup>88</sup> Korah, maliyetlerden görece bağımsız fiyat indirimlerinin uygulanabildiği bir pazarda tekele yaklaşan hâkim konumdaki teşebbüsün rekabeti bozma amaçlı olduğu kanıtlanabilen seçici fiyatlama davranışının hukuka uygun olarak kabul edilmesinin rekabeti olumsuz etkileyeceğini belirtmiştir. Buna göre, bu koşullar altında seçici fiyatlama davranışı, ilgili teşebbüsün uzun vadede fiyatları yükseltmesine, potansiyel pazara girişlerin caydırılmasına ve sonuç olarak, pazardaki rekabetin tamamen ortadan kaldırılmasına neden olabilecektir.<sup>89</sup> Avrupa Birliği uygulamasından, kısa vadeli fiyat düşüşleri yerine, uzun vadede çok sayıda rakibin pazara girmesinin ve böylece fiyatların düşmesinin tercih edildiği anlaşılmaktadır.<sup>90</sup> Nitekim, Gül de seçici fiyatlamamanın yasaklanmasının, büyük teşebbüsler karşısında küçük teşebbüslerin korunmasına, dolayısıyla pazarda rekabetin canlı tutulmasına yarayacağını söylemektedir.<sup>91</sup> Yine, pazara yeni giren teşebbüslerin pazarda tutunabilmelerini sağlamak amacıyla, hâkim durumdaki teşebbüsün tepkisel maliyet üstü düşük fiyatlama yapmasına sınırlama getirilmesi önerilmektedir.<sup>92</sup>

Seçici fiyatlamamanın ihlâl olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden ekonomistler, argümanlarını sayısal olarak şöyle açıklamaktadır: Pazara yeni giriş yapan teşebbüsün maliyetinin, hâkim durumdaki yerleşik teşebbüsün

<sup>87</sup> Edlin 2002, s.952, SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s. 264.

<sup>88</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.275.

<sup>89</sup> Korah 2001, s.162.

<sup>90</sup> Kara 2003, s. 38.

<sup>91</sup> GÜL, İ. (2000), *Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No:2, s 74.

<sup>92</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.275.

maliyetinden yüksek, fakat bu teşebbüsün fiyatından düşük olduğu varsayımı altında, hâkim durumdaki teşebbüs, pazara yeni girişin ertesinde fiyatını, yeni giriş yapan teşebbüsün maliyetine eşitleyebilir ve hatta fiyatını, kendi maliyetlerine eşitleyene dek, zarar etmeksizin, düşürebilir. Bu durumda, pazara giriş yapan teşebbüs zarar edecek ve pazar dışına çıkacaktır. Hâkim durumdaki teşebbüs, pazardan çıkışın ertesinde, fiyatını yeniden pazara giriş öncesindeki seviyeye çekecektir. Bu koşullar altında, toplumsal refah kaybı olup olmadığı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Bu noktada, ekonomistler, yeni giriş yapan teşebbüsün, uyguladığı fiyat düzeyinde belirli bir pazar payı elde ettiği varsayımı altında, tüketicilerin, pazara giriş öncesine kıyasla daha düşük olan bu fiyatlardan faydalanabileceklerini belirtmektedir. Ekonomistler, bu faydanın, pazara yeni giriş yapan ve hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan teşebbüsün yaratacağı refah kaybını dengelemesi gerektiğini; ancak, yeni giriş yapan teşebbüsün zamanla öğrenme eğrisi<sup>93</sup> düzleminde ilerleme kaydederek daha etkin bir teşebbüs haline geleceğinin de unutulmaması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>94</sup> Maliyet üstü düşük fiyatlamanın tüketiciye zarar verebileceği argümanına ilişkin temel, bu şekilde özetlenebilir.<sup>95</sup>

Seçici fiyatlamayı yıkıcı fiyatlama kavramının altında değerlendiren Edlin, maliyet altı fiyatlamanın ve hasat olanağının yıkıcı fiyatlama iddiaları bakımından yeterli olduğunu ancak gerekli olmadığını savunmaktadır. Pazarda yerleşik ve tekel konumundaki teşebbüs, yeni giriş yapan teşebbüslere karşı önemli bir maliyet avantajına veya maliyet dışı avantajlara sahip olduğu durumda, bu avantajlarını, kendi maliyetlerinin üzerinde; ancak, pazara yeni giriş yapan teşebbüslerin maliyetlerinin altında fiyatlama yapmak ve diğer teşebbüsleri pazar dışına itmek amaçlı kullanabilecektir. Edlin, oldukça inandırıcı ve etkili bu stratejinin ihlâl olarak kabul edilmemesi halinde, yüksek maliyetli rakiplerin pazara girmeyeceğini ve tüketicilerin düşük fiyatlardan faydalanamayacağını iddia etmektedir. Bu tür stratejilerin maliyet üstü yıkıcı nitelik taşıdığını ve ihlâl olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade eden Edlin, yerleşik tekel durumundaki teşebbüsün, zarara uğramak istemediği için kısa vadeli kârlarını maksimize edeceğini; ancak, bu kâr maksimizasyonunu, rakipleri pazar dışına itmeye yetecek ölçüde düşük fiyatlarla gerçekleştireceğini ifade etmektedir. Edlin'e göre, bu tür fiyatlama davranışlarının maliyet üstü

<sup>93</sup> Öğrenme eğrisi, kümülatif toplam çıktıdaki artışla, ortalama maliyette meydana gelen azalmayı ilişkilendiren eğri olarak tanımlanmaktadır. Daha fazla bilgi için bakınız Ünsal 2004, s.273.

<sup>94</sup> BECKENSTEIN, A. ve L. GABEL (1986), "Predatory Rules: An Economic and Behavioural Analysis", *The Antitrust Bulletin*, vol:31, no:1, s.38-45. Aynı tespite Kılavuz'da da yer verilmiştir. European Commission 2008, s.11.

<sup>95</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.275-276.

olmaları sebebiyle yıkıcı fiyatlama olarak kabul edilmediği durumda tüketiciler, bu durumdan zarar göreceklerdir.<sup>96</sup>

Edlin, maliyet üstü fiyatlamasının nasıl karlı olabileceğini şöyle açıklamaktadır: Teşebbüsler, rakiplerine kıyasla çeşitli avantajlara sahip olmaları nedeniyle hâkim duruma gelmektedirler. Hâkim durumdaki teşebbüs, büyük olasılıkla, öğrenme eğrisinde aşağıya doğru yol almış olmaktan, ölçek ve kapsam ekonomilerinden, pazara ilk giren teşebbüs olmaktan, yüksek kaliteli bir ürün üretmekten, ağ dışsallıklarından ya da tanınan ve güvenilir bir markaya sahip olmaktan kaynaklı avantajlardan birine ya da birkaçına sahiptir. Teşebbüse daha ilk etapta tekel gücü bahşeden bu avantaj ya da avantajlar bileşimi, teşebbüsün, aynı zamanda, maliyet altı fiyatlama yapmaksızın rakiplerini pazar dışına itebilmesine de imkan sağlayabilecektir. Aslında, diğer teşebbüslerin maliyetlerinin altında fiyatlama yapmak suretiyle hâkim duruma gelmek, hem tüketicilerin yararına hem de bizzat rekabetin bir sonucudur. Edlin, bu durumun, hakkaniyetli bir rekabet olduğunu reddetmemekte; ancak, rakiplerin maliyetlerinin, tüketicileri cezbedemeyecekleri kadar yüksek olduğunu ifade etmektedir.<sup>97</sup>

Maliyet üstü düşük fiyatlamasının tüketiciye zarar verebileceği düşüncesinden yola çıkan akademisyenler, hâkim durumdaki teşebbüslerin maliyet üstü düşük fiyatlama yapmasını engelleyecek kurallar konulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu çerçevede ortaya konulan ilk görüşlerden biri, maliyet temelli kuralların yıkıcı davranışları değerlendirmeye uygun olmadığı; çünkü teşebbüslerin, davranışlarını, yatırım yaptıkları tesis ve kapasitelerini de kapsayacak şekilde değiştirerek ilgili hukuki düzenlemeyle uyumlu hale getirecekleri yönündedir. Bir diğer görüş, hâkim durumdaki teşebbüslerin, pazara yeni girişlerin ardından bir süre üretim miktarlarını arttırmasının sınırlandırılmasının, pazara yeni giriş yapan teşebbüslerin pazarda kendilerine yer edinebilmesi ve maliyetlerini azaltması için yeterli olacağı şeklindedir.<sup>98</sup>

Bu son görüşün ortaya konulmasından kısa bir süre sonra, hâkim durumdaki teşebbüsün üretim miktarını arttırmasını engelleyen bir kural yerine, hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibin faaliyeti sona erdikten sonra belli bir süre boyunca fiyatlarını arttırmasını engelleyecek bir kural getirilmesi teklif edilmiştir. Buna göre, hâkim durumdaki teşebbüs fiyatlarını pazara yeni girişi takiben düşürürse, bu düşük fiyatları orta ve uzun vadede uygulamaya devam etmelidir. Bu kurala temel teşkil eden varsayıma göre; maliyet üstü düşük

<sup>96</sup> Edlin 2002, s.943-944.

<sup>97</sup> Edlin 2002, s.963-964.

<sup>98</sup> WILLIAMSON, O.E. (1977-78), "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis", 87 *Yale Law Journal* 284, s.290-292.

fiyatlamaya yapmaya niyetlenen teşebbüs, uzun vadede uygulamak zorunda kalacağı düşük fiyatlar sonucunda hasat imkanından mahrum kalacağından, maliyet üstü düşük fiyatlamaya yapmaktan vazgeçecektir.<sup>99</sup>

Bazı ekonomistler, maliyet üstü fiyatlamayla rakiplerin dışlanması anti-rekabetçi sonuçları olabileceğini iddia etmektedirler. Hay, maliyet üstü fiyatlamaya bazı durumlarda rakiplerin pazar dışına çıkmasına neden olarak tüketicilerin daha yüksek fiyatlara maruz kalması sonucunu doğurduğunu ifade etmektedir.<sup>100</sup> Baumol, sadece maliyet üstü fiyat indirimlerinin anti-rekabetçi olabileceğini değil; dışlayıcı etkileri önlemek için bu tip fiyat indirimlerinin yarı-kalıcı hale getirilmesi yönünde kurallar oluşturulması gerektiğini de ileri sürmektedir.<sup>101</sup> Edlin de benzer kurallar öngörmekte ve hâkim durumdaki teşebbüse monopol gücünü veren avantajların, fiyatı maliyetlerin altında belirlemeksizin rakipleri pazar dışına çıkarma gücünü de verebileceğini dile getirmektedir.<sup>102</sup>

### 3.2. Seçici Fiyatlamaya Rekabet İhlali Teşkil Etmediği Yönündeki Görüşler

Rekabet hukukunun temel amaçlarından biri, hâkim durumdaki teşebbüs dahil, pazardaki teşebbüslerin, fiyat rekabeti içerisine girmesini teşvik etmektir.<sup>103</sup> O'Donoghue, fiyat, maliyetin üstünde kaldığı sürece, rakiplerin, fiyatın çok düşük olduğu yönünde şikayette bulunamayacağını; hâkim durumdaki teşebbüsün etkinlik düzeyine ulaşarak, söz konusu fiyat üzerinden rekabet etmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bir teşebbüs, hâkim durumdaki teşebbüsünkine eşit veya ondan daha yüksek bir etkinlik düzeyine ulaşamıyorsa, rekabet hukuku bu teşebbüse güvenli liman tesis etmemeli ya da teşebbüsün aşırı yüksek fiyatlar uygulamasına izin vermemelidir.<sup>104</sup>

Hâkim durumdaki teşebbüs, doğal olarak, fiyatlarını, belli bir kâr elde etmek üzere kendi maliyetlerinin üzerine çıkaracak; ancak, rakiplerinin maliyetlerinin üzerine çıkararak pazara girişleri teşvik etme yoluna gitmeyecektir. Hâkim durumdaki teşebbüsün bu sınırlı kâr elde etme durumu

<sup>99</sup> BAUMOL, W.J. (1979), "Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing", *89 Yale Law Journal* 1, s.2-3.

<sup>100</sup> HAY, G. (1981), "A Confused Lawyer's Guide to the Predatory Pricing Literature", *Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*, Vol:XVIII, No:2, s.155-203.

<sup>101</sup> Baumol 1979, dipnot 57.

<sup>102</sup> Edlin 2002, s.963.

<sup>103</sup> O'Donoghue 2006, s.2.

<sup>104</sup> O'Donoghue 2006, s.24, Korah 2001, s.162.



tüketici refahına zarar vermediği gibi, diğer alternatiflere oranla daha etkin ve makul niteliktedir.<sup>105</sup>

Avrupa Komisyonu ve Avrupa Birliği mahkemeleri, maliyet üstü düşük fiyatlamasının maliyet altı yıkıcı fiyatlamadan ne şekilde ayrılacağı yönünde tatmin edici bir açıklama getirmiş değildir.<sup>106</sup> Bununla birlikte, seçici fiyatlamaya ilişkin olarak bugüne kadar alınan kararlar, açık bir hukuki çerçeveye dayanmayan belirli kriterlerle ilişkilendirilmektedir. Kararların çoğunda, hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibini elimine etme amacını ortaya koyan ikinci derece deliller esas alınmıştır. Bununla birlikte, *AKZO* kararında ortaya konulan ikinci kural, ortalama değişken maliyet üstü ancak ortalama toplam maliyet altı fiyatlamasının, rakibi elimine etme amacı ortaya konulduğunda ihlâl teşkil edeceği yönündedir. O'Donoghue ve Padilla'ya göre; *AKZO* kararındaki bu yaklaşımdan rahatlıkla çıkarılan sonuç, ortalama toplam maliyet üstü fiyatlamasının hukuka uygun olduğu ve rekabete aykırı bir niyetin tek başına bu fiyatlamasının ihlâl olarak kabul edilmesine yol açmayacağıdır.<sup>107</sup>

Maliyet üstü düşük fiyatlamayı yıkıcı olarak nitelendirmeyen Chicago Okulu, hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı ölçüde etkin durumdaki rakibin pazar dışına itilmesi için, yıkıcı fiyatlama yapan teşebbüsün maliyet altı fiyatlama yapması gerektiğini ve bunu yapabilmek için de tüm pazara kazançsız bir fiyat üzerinden hizmet sunması gerektiğini ifade etmektedir. Yıkıcı fiyatlama yapan teşebbüs için bu kayıplar oldukça sarsıcı olabilecektir. Bu anlamda, yıkıcı fiyatlama uygulayacak teşebbüsün, geniş bir "savaş bütçesine" ihtiyacı olacaktır. Çünkü, yıkıcı fiyatlama yapan teşebbüs, bu davranışının hemen sonrasında fiyatları yükseltirse, eylemin yöneldiği rakip ve diğer rakipler daha güçlü bir geri dönüş gösterebilecektir. Özetle, yıkıcı fiyatlamasının sıklıkla gerçekleşmesi beklenmemekte ve bu nedenle, yıkıcı fiyatlamasının tespiti bakımından ortaya konulması gereken hukuki araçların kesin olması gerekmektedir.<sup>108</sup>

Çalışmamızın önceki bölümünde de yer verildiği üzere, literatürde, seçici fiyatlama davranışının tespitine ve yasaklanmasına yönelik kurallar oluşturulmasına ilişkin öneriler mevcuttur. Belirli fiyatlama biçimlerini

<sup>105</sup> Edlin 2002, s.951.

<sup>106</sup> Kılavuz'da, maliyet altı yıkıcı fiyatlamasının tespitinde Komisyon'un ortalama kaçınılabilir maliyet ve uzun dönem ortalama artan maliyet ölçütlerini kullanacağı belirtilmiştir. European Commission 2008, s.11.

<sup>107</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.274-275.

<sup>108</sup> Edlin 2002, s.952-953. Pek çok akademisyen, Chicago Okulu yaklaşımının normal piyasa koşulları çerçevesinde doğru olabileceğini ve bu çerçevede yıkıcı fiyatlamasının, yerleşik hâkim durumdaki teşebbüs için karlı olmayan bir davranış olacağını kabul etmekte; ancak, daha karmaşık ve gerçekçi pazar koşulları içinde bu tür fiyatlamasının yerleşik teşebbüse uzun dönemde önemli faydalar sağlayabileceğini savunmaktadır. Edlin 2002, s.955-956.

yasaklayan bu tür kurallarda bir dereceye kadar uygulama güçlüğü bulunması doğaldır. Bununla birlikte, örneğin, *AKZO* kararında yıkıcı fiyatlamaya ilişkin olarak ortaya konulan kurallar, en azından üzerinde geniş uzlaşısı bulunan bir ekonomik bakış açısına dayanmaktadır. Buna göre, maliyet altı fiyatlama genellikle rasyonel bir strateji değildir. Maliyet üstü fiyatlamaya ilişkin olarak benzer bir uzlaşısı bulunmamakla birlikte, maliyet üstü fiyatların tüketiciye düşünüldüğü kadar zarar vermediği hususunda oldukça güçlü bir uzlaşısı bulunmaktadır. Gerçekte hukuka uygun olan bir fiyatlama davranışının yasaklanmasından doğan risk, maliyet altı fiyatlamaya kıyasla maliyet üstü fiyatlama bakımından daha fazladır. Bu risk, belirli dışlayıcı fiyatlama biçimlerinin yasaklanmaması halinde ortaya çıkan riskten de daha büyüktür.<sup>109</sup>

Maliyet üstü fiyatlamaya ilişkin kurallar, hâkim durumdaki teşebbüsün, pazara yeni giriş yapan teşebbüslere oranla maliyet avantajının ve başka avantajlarının olduğu durumda refah üzerinde olumsuz sonuçlara yol açabilir. Bu tür kurallar, en kötü ihtimalde de, hâkim durumdaki teşebbüsün sürekli yüksek fiyatlama yapmasına ve pazara hiç yeni giriş olmamasına neden olabilir.<sup>110</sup>

O'Donoghue ve Padilla, maliyet üstü fiyatlamayı sınırlandıran bir kural getirilecekse, bu kuralın hangi koşullarda uygulanacağını da açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Maliyet üstü fiyatlamanın ihlâl teşkil etmesine yönelik en ikna edici açıklama, bu davranışın yalnızca başka dışlayıcı uygulamalarla birlikte, örneğin, rakibi pazar dışına çıkarmaya yönelik bir kötüye kullanma davranışına ilişkin kümülatif delillerin bulunduğu hallerde ihlâl oluşturmasıdır. Bu açıklama çerçevesinde, seçici fiyatlama davranışı, kendi başına bir ihlâl oluşturmamakla beraber, başka dışlayıcı uygulamalarla bağlantısı kurulduğu takdirde ihlâl olarak görülebilecektir. Bu durumda, seçici fiyatlama, başka türlü açıklanması mümkün olmayan daha geniş çerçeveli bir dışlama politikasının işareti olabilir. Seçici fiyatlamanın, dışlayıcı bir politikayla aynı zamanda uygulanmış olması, bu tarz bir fiyatlama davranışının ancak böyle bir politikanın bir parçası olarak nitelendirilebilecek olması ve dışlayıcı politikayla açıkça ilişkilendirilebiliyor olması, fiyatlama davranışının rekabete uygun olarak değerlendirilmesine engel teşkil edecektir.<sup>111</sup>

Maliyet üstü fiyatlamanın ihlâl olarak kabul edilmesine karşı çıkan ekonomik argümanlar, ilgili maliyet ölçüsünün üzerinde kalan tüm

<sup>109</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.274-283.

<sup>110</sup> Edlin 2002, s.955.

<sup>111</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.281. Kılavuz'da maliyet altı yıkıcı fiyatlamaya ilişkin maliyet ölçütlerine yer verilmiş; ancak, maliyet üstü fiyatlamanın hangi koşullarda ihlâl teşkil edeceğine ilişkin net bir açıklamaya yer verilmemiştir.

fiyatlamaların hukuka uygun olduğunu savunmaktadır. Bu çıkarımın dayandığı varsayım; hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı veya hâkim durumdaki teşebbüsten daha etkin olan teşebbüslerin hakkaniyetli rekabet edebilmelerinin maliyet üstü fiyatlandırma temelinde mümkün olması ve rekabet hukuku tarafından, rakiplere, fiyat rekabetine karşı güvenli liman sağlanması için hiçbir sebebin bulunmamasıdır. Maliyet üstü fiyat rekabeti sonucunda, yeterince etkin olmayan teşebbüslerin pazar dışına çıkması, net bir sosyal refah kaybına neden olmayacaktır; çünkü düzgün işleyen bir rekabet süreci de zaten aynı etkiyi doğuracaktır. Bir teşebbüs, rakibini zayıflatmak ya da yok etmek isteyebilir; ancak, kullandığı yöntem, daha düşük maliyetlere sahip olması nedeniyle rakibinden daha düşük fiyatlarla satış yapması ise, bu davranışa karşı ileri sürülebilecek rasyonel rekabetçi itirazlar olamayacaktır. Seçici bir maliyet üstü fiyatlama, genel bir maliyet üstü fiyatlama ile aynı ekonomik etkiye sahiptir. Fiyat düşürerek tepki verecek rakiplerin zarar göreceği gerekçesiyle tüketicileri maliyet üstü düşük fiyatlardan mahrum bırakmanın ekonomik açıklaması çok zayıftır.<sup>112</sup> Areeda ve Turner da benzer bir noktaya vurgu yapmakta ve ortalama değişken maliyete eşit veya ortalama değişken maliyetten yüksek fiyatla satış yapmanın hakkaniyetli rekabet olduğunu ve yalnızca daha az etkin rakiplerin dışlanmasına neden olacağını ifade etmektedir.<sup>113</sup> Areeda ve Hovenkamp, ortalama toplam maliyet üstü fiyatların ise, her durumda “güvenli liman”dan yararlanması gerektiğini belirtmektedir.<sup>114</sup>

Elhauge; yerleşik teşebbüslerin, pazar gücüne sahip oldukları durumda bile, maliyet üstü fiyat indirimlerine başvurmalarının engellenmesinin, pazara yeni girişleri teşvik etme ve koruma amacına ulaşmayı sağlamayacağını; çünkü, hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin teşebbüslerin zaten uzun dönemde ayakta kalamayacağını; daha etkin olan veya zaman içinde daha etkin olabilecek durumdaki teşebbüslerin ise, herhangi bir teşvik veya korumaya ihtiyaçları olmadığını ifade etmektedir. Dahası, seçici fiyat indirimlerine getirilecek kısıtlamalar, ilgili dönemde fiyatları yükselterek ve üretimde etkinliği azaltarak, yeniliği ve değişen pazar koşullarına karşı fiyat esnekliğini bozmanın yanı sıra, gereksiz geçiş maliyetlerine ve pazara giriş maliyetlerine neden olacaktır. Elhauge, bu analizin, maliyet üstü yıkıcı fiyatlama iddialarına rekabet hukuku tarafından itibar edilmemesi gerektiğini teyit ettiğini ifade etmektedir.<sup>115</sup>

<sup>112</sup> O’Donoghue 2006, s.43.

<sup>113</sup> AREEDA P.E., D.F. TURNER (1975), “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”, Harvard Law Review, USA, s.706.

<sup>114</sup> AREEDA P.E., H. HOVENKAMP (2002), “Antitrust Law Vol. III”, Aspen Law&Business, USA, s.418.

<sup>115</sup> Elhauge 2003, s.826-827.

Posner, maliyet üstü fiyatlandırmanın hiçbir şart altında bir rekabet ihlâli teşkil etmeyeceğini savunmaktadır. Yıkıcı fiyatın yasaklanmasına ilişkin genel kabul görmüş iki yaklaşım bulunduğunu; bunlardan birinin niyet, birinin maliyet temelli olduğunu ifade eden Posner, rakibi, fiyatlama politikalarıyla zayıflatmayı ya da ortadan kaldırmayı yasaklamanın, aşırı bir yasaklama olacağını dile getirmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibini ortadan kaldırmak için, düşük maliyetlerine dayanarak uyguladığı düşük fiyatlandırma politikasına, rekabet hukuku kapsamında karşı çıkılmayacağını savunan Posner, yıkıcı fiyat uygulamakta olan teşebbüs, en az kendisi kadar etkin ya da kendisinden daha etkin bir rakibi ancak maliyet altı fiyatlama politikasıyla dışlayabileceğinden, yıkıcı fiyatlandırmanın sadece maliyet altı fiyatlandırma olarak tanımlanmasının kaçınılmaz olduğunu vurgulamakta ve maliyet üstü fiyatlandırmanın her durumda hukuka uygun olduğunu ifade etmektedir.<sup>116</sup>

Areeda ve Turner'a göre, hâkim durumdaki bir teşebbüsün fiyat yükseltip daha fazla kâr elde edebilecekken bu yöntemi benimsemiyor olması iki şekilde açıklanabilir. Bunlardan ilki, yerleşik teşebbüsün, fiyatı, pazara giriş yapabilecek teşebbüslere oranla daha etkin bir ölçekte üretim yapması dolayısıyla, pazara hiçbir zaman giriş olmamasını sağlayacak bir düzeyde belirlemesi halidir.<sup>117</sup> Üstün mal ve hizmet, başarılı inovasyon ya da diğer hakkaniyetli rekabet unsurları rakipleri dışlayıcıdır ve bunların olmadığı durumda, daha fazla rakibin pazara girmesi ve daha iyi sonuçların ortaya çıkması mümkündür. Ancak, bu tür spekülâtif olasılıkların önünü açmak amacıyla, şimdiki zamanda daha rekabetçi bir performans aracılığıyla ortaya çıkacak faydaların gözden çıkarılması kabul edilemeyecektir. Bu durumda, maliyete eşit ya da maliyet üstü fiyatlar uygulamak, hakkaniyetli bir rekabet olup, yalnızca yeterince etkin olmayan potansiyel yeni girişleri dışlayacaktır. Daha düşük fiyatlar, ayrıca, daha yüksek üretim düzeyine ve üretim kapasitesinin daha etkin kullanılmasına, dolayısıyla da sosyal refahın artmasını sağlayacaktır.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> POSNER, R. A. (2001), "Antitrust Law", The University of Chicago Press, Chicago and London, s.214-216.

<sup>117</sup> Areeda ve Turner, pazara yeni giriş yapacak teşebbüsün en düşük 91 Dolar, yerleşik teşebbüsün ise en düşük 81 Dolar birim ürün fiyatı seviyesinde kâr etmeye başladığı ve yerleşik teşebbüsün fiyatı hiçbir zaman giriş olmamasını sağlayacak 90 Dolar seviyesinde belirlemesi örneğini vermiştir. Areeda ve Turner, teşebbüsün bu örnekte dinamik bir kâr maksimizasyonu benimsiyor olmasından hareketle, teşebbüsün bu yönteme ancak ve ancak, bu politikayı benimsemesi halinde elde edeceği toplam kârın bugünkü değerinin, bu politikayı benimsememesi halinde pazara girişler sayesinde oluşacak yeni pazar yapısında elde edebileceği toplam kârın bugünkü değerinin üzerinde olması halinde başvuracağını öne sürmektedir. Areeda ve Turner 1975, s.697-733.

<sup>118</sup> Areeda ve Turner 1975, s.697-733.

İkinci açıklama, yerleşik teşebbüsün, pazara yeni girişlerin ardından fiyatı düşürme, rakipleri dışlama sonrasında fiyatları yeniden arttırma stratejisi çerçevesindedir. Geçici süreyle uygulanan fiyat indirimleri, kalıcı bir düşük fiyatlandırmaya kıyasla daha az dışlayıcı etki yaratacaktır. Her durumda, maliyet üstü düşük fiyatlar, hakkaniyetli rekabet olacak ve sadece daha az etkin teşebbüslerin dışlanması sonucunu doğuracaktır.<sup>119</sup>

Aslan da, hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibinin müşterilerine seçici fiyat uygulamasının, bir başka ifadeyle, fiyat esnekliği yüksek olan müşterilere daha düşük fiyat uygulamasının, etkinlik arttırıcı olabileceğini ifade etmektedir.<sup>120</sup>

O'Donoghue ise, refahı arttırmaya yönelik bir bakış açısından, fiyatlama davranışlarına yönelik rekabet hukuku uygulamasına iki nedenle dikkatle yaklaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bunlardan ilki, kurallar, hukuka aykırı davranışın mutlaka cezalandırılmasını sağlayacak biçimde katı olmalıdır. İkincisi, fiyatlama davranışına getirilen kısıtlamalar yeterince açık olmalı ve gerekenden fazla olmamalıdır. Bu tür kuralların net olmaması ya da fazla sınırlayıcı olması, istenen fiyat rekabetinin caydırılmasına neden olabilecektir.<sup>121</sup> O'Donoghue, rakiplerin müşterilerini hedefleyen seçici fiyat uygulamasının ve rakiplere zarar verme niyetine dair emarelerin bulunduğu durumda maliyet üstü fiyatlamayı ihlâl olarak kabul eden Komisyon kararlarının problematik olduğunu; çünkü kararlarda, bu tür fiyatlamaların nasıl ve hangi durumlarda tüketicilerin zararına olduğuna ilişkin açık bir analitik çerçevenin oluşturulmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle, O'Donoghue, maliyet üstü seçici fiyatlamaların hemen her zaman hukuka uygun olarak kabul edilmesi gerektiğini; bunun tek istisnasının ise, başka kötüye kullanma hallerinin de mevcut olması, bir başka deyişle, bir dizi yasak davranış sergilemek suretiyle rakibi elimine etme amaçlı açık bir planın varlığı olduğunu dile getirmektedir.<sup>122</sup>

Elhauge ise, maliyet üstü fiyatlamaların, rakiplerin dışlanmasına neden olma ihtimaline rağmen, bu tür fiyatlamayı yasaklayan kuralların, pazara girişleri teşvik etmediğini veya bu tür kuralların yokluğunda oluşacak fiyatlardan daha düşük fiyatların oluşmasına neden olmadığını vurgulamaktadır. Elhauge, seçici fiyatlamayı yasaklayan kuralların, pazara yeni giren teşebbüslerin, yerleşik teşebbüs kadar etkin olduğu veya görece etkinsizliklerine rağmen pazara zaten giriş yapacakları durumda, pazara girişin teşvikine değil; yalnızca giriş sonrasındaki fiyatların yükselmesine neden olduğunu ifade

<sup>119</sup> Areeda ve Turner 1975, s.705-707.

<sup>120</sup> Aslan 2011, s.80-81.

<sup>121</sup> O'Donoghue 2006, s.1.

<sup>122</sup> O'Donoghue 2006, s.2.

etmektedir. Bu tür yasaklamalar, sonuçta, gereksiz işlem maliyetleri ve etkinlik kayıpları meydana getirmekte; yerleşik ve yeni teşebbüslerin daha etkin olması yönündeki teşvikleri azaltmaktadır.<sup>123</sup> Benzer şekilde, Gal, hâkim durumdaki teşebbüslerin hakkaniyetli rekabet etmesine getirilecek kısıtlamaların, teşebbüslerin hâkim duruma gelmelerinin önündeki teşviki ortadan kaldıracığını ve etkin teşebbüslerin yerini, daha az etkin teşebbüslerin almasına neden olacağını belirtmektedir.<sup>124</sup>

Hâkim durumdaki teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanmaksızın maliyet üstü fiyatlamaya yapabileceği koşullara açıklık getirilmemiş olması, yasal fiyat rekabetinin azalması gibi çok önemli bir riski beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, O'Donoghue ve Padilla, maliyet üstü fiyatlamaya getirilecek kurallar bakımından bazı durumların birbirinden ayrıştırılması gerektiğini ifade etmekte ve maliyet üstü düşük fiyatların ihlâl olup olmadığının analizine ilişkin bir çerçeve ortaya koymaktadır. Yazarlar, birbiriyle çelişen argümanlar bulunmakla beraber, pratikte, maliyet üstü fiyatlamaya getirilen kısıtlamaların, pazara yeni girişleri arttırmayacağını veya bir kısıtlamanın yokluğunda oluşabilecek fiyattan daha düşük fiyatlar oluşmasını sağlamayacağını ileri sürmektedir. Bu durumda, bu tür kuralların net etkisi, tüketiciler için kısa vadede gereğinden yüksek fiyatlar ve dağılım etkinliğinde düşüş olacaktır. Seçici fiyatlamanın yasaklanmasına ihtiyatlı yaklaşılmalıdır; çünkü, fiyat rekabeti arzulan bir durumdur ve rakibi dışlayıcı olan ve dışlayıcı olmayan maliyet üstü fiyatların birbirinden ayrılması çok güçtür. Maliyet üstü fiyatlamalara getirilecek yasal kısıtlamalar sonucunda gelecekte elde edilmesi beklenen spekülâtif getiriler, mevcut düşük fiyatlara ve yüksek üretim miktarına tercih edilmemelidir. O'Donoghue ve Padilla, seçici fiyatlamayı yasaklayan kuralların olumsuz etkilerinin, kuralların uygulanma güçlüğünden kaynaklı sorunlardan tamamen farklı olduğunu ifade etmektedir.<sup>125</sup>

O'Donoghue ve Padilla'ya göre; maliyet üstü fiyatlamanın yasaklanması, böyle bir yasaklamanın bulunmaması halinde dahi pazara girmesi beklenecek olan daha az etkin teşebbüsler bakımından gereksizdir. Böyle bir kısıtlama, tamamen olumsuz etki yaratacak; pazara giriş sonrası fiyatları, gereksiz bir fiyat tabanı yaratmak suretiyle arttıracak, arzı azaltacak ve dolayısıyla tüketici refahına zarar verecektir.<sup>126</sup>

<sup>123</sup> O'Donoghue 2006, s.25.

<sup>124</sup> GAL, M.S. (2007), "Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition? The France Telecom Case", *European Competition Law Review*, Issue 6, s.386.

<sup>125</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.274-283.

<sup>126</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.277-278.

Seçici fiyatlamaya getirilecek kısıtlama, hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan ve böyle bir kısıtlamanın varlığı halinde pazara girmek yönünde az da olsa cesaretlenecek olan teşebbüsler üzerinde çoğunlukla olumsuz etki yapacaktır. Yatırım maliyetlerinin yüksek olduğu durumlarda kısıtlama, pazara yeni giriş yapan teşebbüsün pazarda kalmasını teşvik etmeye yeterli olmayacaktır. Örneğin, yerleşik teşebbüsün hâkim durumunu kaybetmesi halinde, söz konusu kısıtlamanın geçerliliğini yitirmesi ile, pazara sonradan giriş yapan teşebbüs, pazarı terk etmek durumunda kalacaktır. Öte yandan, yatırım maliyetleri düşükse, teşebbüsün her şekilde pazara giriş yapması beklenecektir. Kısıtlamanın, orta düzeyde giriş maliyetlerine sahip olan ve kısa vadede bu maliyetleri telafi edebilecek olan teşebbüsler bakımından az da olsa cesaretlendirici olması beklenebilir. Bir teşebbüsün, bu kısıtlama nedeniyle pazara giriş yapmasının tüketici refahı üzerindeki etkisi büyük olasılıkla olumsuz olacaktır.<sup>127</sup>

Seçici fiyatlamayı yasaklayan kurallar, hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin veya hâkim durumdaki teşebbüsten daha etkin olan, pazara yeni giriş yapacak teşebbüsler bakımından tüketici refahı üzerinde tamamen olumsuz etki yapacaktır. Böyle bir durumda, pazara giriş sonrasında fiyatlar yükselir, arz azalır ve dolayısıyla da tüketici refahı zarar görür. Hatta bu durum, kârları yapay olarak arttırmak suretiyle, daha az etkin teşebbüslerin pazara giriş yapmasına da neden olabilir.<sup>128</sup>

Son olarak, hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan ancak zamanla daha etkin hale gelebilecek teşebbüsler bakımından da kısıtlamanın etkisi çoğunlukla negatif olacaktır. O'Donoghue ve Padilla, eğer teşebbüs zamanla etkin hale gelecekse, sermaye piyasalarının teşebbüsü finanse etmeyi cazip bulabileceğini; bu durumda da bir önceki paragrafta sözü edilen endişelerin gerçekleşmesinin muhtemel olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca, pazara girişler sonrasında hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatları düşürme özgürlüğünü kısıtlayacak bir kural getirilerek, pazara giriş yapan teşebbüsün zamanla daha etkin hale gelmesine izin verilmesi, hâkim durumdaki teşebbüsün etkinliğinde düşüşe neden olabilecektir.<sup>129</sup>

<sup>127</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.277-278.

<sup>128</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.277-278. Buna karşılık, bazı akademisyenler, hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı derecede etkin rakiplerin zarar görebilecek olmasını, seçici fiyatlamının ihlâl olarak kabul edilmesinin şartı olarak değerlendirmektedir.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=1038>, Erişim Tarihi: 04.03.2011. Daha detaylı bilgi için bakınız AHLBORN, C., D. BAILY (2006), "Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison", *Handbook of Research in Trans Atlantic Antitrust*.

<sup>129</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.277-278.

O'Donoghue, Komisyon'un ve Avrupa Birliği mahkemelerinin, seçici fiyatlamayı ihlâl olarak değerlendirirken, meseleye üç tür açıklama getirdiklerini ifade etmektedir. Bunlar; seçici fiyatlamının, başka bir dizi dışlayıcı davranış ile bir arada olması; uygulamayı gerçekleştiren teşebbüsün süper hâkim durumda olması; seçici fiyatlama davranışının, belirli bir rakibi elimine etmeyi amaçlamasıdır. O'Donoghue, bu üç açıklamadan yalnızca ilkinde katılmakta; seçici fiyatlama davranışının, tek başına ihlâl teşkil etmemesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>130</sup> O'Donoghue ve Padilla, bu kabulün, şikayetçileri veya rekabet otoritesini belirli bir ihlâlin gerçekleştiğini ispatlamak zorunluluğundan kurtarmasa da, normalde ihlâl olarak kabul edilmeyecek bir eylemin, daha büyük bir kötüyü kullanma stratejisinin parçası olduğu koşullarda hukuka aykırı olarak kabul edilmesine imkan verecek bir uygulamanın oluşmasını sağlayabileceğini ifade etmektedir.<sup>131</sup>

O'Donoghue, pragmatik açıdan, maliyet üstü seçici fiyatlamının yasaklanmasına ihtiyatlı yaklaşılması gerektiğini; çünkü, anti-rekabetçi dışlamının söz konusu olduğu nadir durumları tespit ederken, bu tip etkilere yol açmayan maliyet üstü fiyat indirimlerine izin veren bir kural oluşturmanın mümkün olmadığını dile getirmektedir. Nitekim, maliyet üstü seçici fiyatlamının ihlâl olabileceğini iddia eden akademisyenler, buna yönelik olarak tatmin edici bir yasal kural oluşturabilmiş değildir. Örneğin Baumol'un, hâkim durumdaki teşebbüsün, uyguladığı maliyet üstü düşük fiyatı 18 aylık bir süre boyunca uygulamaya zorlanması şeklindeki önerisi, işleyebilir olmayan ve gidermeyi amaçladığı soruna oranla aşırıya kaçan bir yöntem olarak görülmektedir. Edlin'in, hâkim durumdaki teşebbüsün, pazara yeni giren teşebbüsler "ayakta kalabilir" duruma gelene dek, büyük fiyat indirimleriyle veya ciddi ürün geliştirmeleriyle tepki göstermekten alıkonulması yönündeki önerisi de Baumol'ünkine benzer sorunları gündeme getirmektedir. O'Donoghue, bu çerçevede, maliyet üstü seçici fiyatlamının ihlâl olarak kabul edilebilmesi için, Komisyon'un bugüne dek vermiş olduğu kararlara paralel olarak, bir dizi başka dışlayıcı davranışla bir arada olma koşulunun aranmasını, en uygun ve uygulanabilir kural olarak değerlendirmektedir.<sup>132</sup>

O'Donoghue, ihalelerde uygulanan seçici fiyatlama davranışlarına ilişkin olarak şunları belirtmektedir: Belirli miktar ürünü uzun dönem için temin etmek üzere çıkılan bir ihalede rakibinin altında fiyatlama yapan hâkim durumdaki teşebbüsün bu davranışının ihlâl olarak kabul edilmesi, yalnızca hâkim durumdaki teşebbüsü rekabet etmekten alıkoymayacak; rakibin de bir

<sup>130</sup> O'Donoghue 2006, s.32-35.

<sup>131</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.281-282.

<sup>132</sup> O'Donoghue 2006, s.35.



“fiyat şemsiyesi”nden yararlanmasına neden olacaktır. Böylece rakip teşebbüs, hâkim durumdaki teşebbüsün, en azından “benzer” işlemlerde diğer tüm müşterilerine de uygulamaksızın, fiyat indirimi uygulayamayacağı bilincinde olacaktır. Dolayısıyla, hâkim durumdaki teşebbüsün, rekabetçi tekliflere karşılık vermesini engelleyen bir kuralın bizzat kendisi, amaçlananın tam aksi yönde, anti-rekabetçi sonuçlara neden olabilecektir.<sup>133</sup>

Seçici fiyatlamaya izin verilmesi, genel fiyat düzeyinin de düşmesini sağlayacaktır. Şöyle ki; hâkim durumdaki teşebbüs, bir işlemde rakibinin fiyatına eşit ya da rakibin fiyatından daha düşük fiyat vermek konusunda özgür olduğunda, rakip, diğer müşterilere aynı düşük fiyatı uyguladığında da muhtemelen aynı şeyi yapacak ve düşük fiyat verecektir. Bu nedenle, seçici fiyatlamaya izin verildiğinde, hâkim durumdaki teşebbüsün düşük fiyat uygulamadığı müşteriler açısından bir dezavantajın söz konusu olduğu düşünülse dahi bu durum sürekli olmayacaktır. Bu açıklamanın, Komisyon’un, Avrupa Birliği rekabet hukukunun, rakipleri değil, tüketicileri ve rekabeti koruması gerektiği konusunda giderek artan ısrarıyla da paralellik taşıdığı ifade bulunmaktadır.<sup>134</sup> Bu durumda, seçici fiyatlama uygulayan hâkim durumdaki teşebbüs tarafından ileri sürülen “rekabeti karşılama savunması”nın kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

## SONUÇ

Seçici fiyatlamasının, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olup olmadığı konusu, rekabet hukuku literatüründe oldukça tartışmalıdır. Seçici fiyatlama konusunda, farklı ülkelerdeki rekabet hukuku uygulamaları bakımından da bir uygulama birliği bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.<sup>135</sup> Bu durumda, hukuki belirlilik açısından, seçici fiyatlama konusuna nasıl yaklaşılacağı, seçici fiyatlamasının bir rekabet ihlali olarak nitelendirilebileceğinin kabul edilmesi halinde ise hangi koşullar altında ihlâl teşkil edeceği hususlarının açıkça ortaya konulması gerekmektedir.

Seçici fiyatlamaya ilişkin olarak, Avrupa Birliği, ABD ve Türkiye rekabet hukuku uygulamasının ve literatürde yer alan görüşlerin incelenmesi

<sup>133</sup> O’Donoghue 2006, s.39.

<sup>134</sup> O’Donoghue 2006, s.39.

<sup>135</sup> Uluslararası Rekabet Ağı (ICN) tarafından 2008 yılında yayımlanan bir raporda, yıkıcı fiyatlamaya konusundaki araştırmaya yanıt veren rekabet otoritelerinin hemen hepsinin, yıkıcı fiyatın tespiti için bir maliyet ölçütü kullandığı ve bu durumun, maliyet üstü fiyatlamasının neredeyse her zaman hakkaniyetli rekabet olarak nitelendirilmesi ve rekabet otoritelerinin, maliyet üstü düşük fiyatları yasaklamaması gerektiği görüşünü desteklediği ifade edilmiştir. Ancak, raporun, seçici fiyatlamaya konusundaki uygulama farklılıklarını yansıtmadığı düşünülmektedir. ICN (2008), “Report on Predatory Pricing”, *Prepared by The Unilateral Conduct Working Group, Presented at the 7th Annual Conference of the ICN Kyoto*, s.3-4, 9.

sonucunda, bu davranışın ihlâl teşkil edip etmediği konusunda bir uygulama ve fikir birliği bulunmadığı gibi, davranışı ihlâl olarak nitelendiren rekabet otoriteleri ve akademisyenler arasında, davranışın hangi durumlarda ihlâl teşkil edeceğine ve fiyatlama davranışına uygulanması gereken kurallara ilişkin bir görüş ve yaklaşım paralelliği de bulunmadığı görülmektedir.

Avrupa Birliği uygulamasında, hâkim durumdaki teşebbüsün ilgili pazardaki payının çok yüksek olması, teşebbüsün, rakibi dışlama niyetini ortaya koyan başka dışlayıcı davranışların da mevcut olması gibi koşulların varlığı halinde, seçici fiyatlamanın ihlâl olarak değerlendirildiği görülmektedir. ABD’de ise, maliyet üstü fiyatlama, hiçbir koşul altında rekabet ihlâl olarak nitelendirilmemekte, *per se* hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Türkiye uygulamasında, Avrupa Birliği yaklaşımı ile paralellik sağlanmaya çalışılmışsa da, seçici fiyatlamanın, Avrupa Birliği uygulamasında benimsenen “başka dışlayıcı davranışlarla bir arada olma” koşulu aranmaksızın ihlâl olarak kabul edilmesi, Türkiye uygulamasını farklı kılmaktadır.<sup>136</sup>

Literatürde de, seçici fiyatlamanın hiçbir koşulda ihlâl teşkil etmemesi gerektiğini ifade eden akademisyenlerin yanında, bu tür fiyatlamaların ihlâl olarak değerlendirilmesi için aranması gereken koşullara ve seçici fiyatlama uygulanmasının yasaklanmasına getirilecek kurallara ilişkin olarak birbirinden çok farklı görüşler bulunmaktadır.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde yer verilen uygulama ve görüşlerin değerlendirilmesi sonucunda, seçici fiyatlamanın bir rekabet ihlâli olarak kabul edilip yasaklanmasının, rekabet hukukunun amaçladıklarının tam aksine etkiler yaratabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Seçici fiyatlamanın yasaklanmasına yönelik kural ve ölçütlerin, hakkaniyetli rekabeti, rekabet ihlâlinden ayırt etmek için anlamlı birer gösterge olmadığı ve teşebbüsler bakımından hukuki belirsizliğe neden olacağı düşünülmektedir.

Bu çerçevede, Avrupa Birliği uygulamasında aranan “başka dışlayıcı davranışlarla bir arada olma” koşulu da, seçici fiyatlamayı ihlâl olarak nitelendirmek için uygun olmayacaktır. Seçici fiyatlamanın yasaklanması, hakkaniyetli rekabeti caydırmak gibi, göze alınmaması gereken çok büyük bir risk barındırmaktadır. Seçici fiyatlamanın yasaklanması sonucu elde edilecek -tartışmaya açık- olası faydalar, hâkim durumdaki teşebbüslerin hakkaniyetli rekabet etmekten caydırılması riski karşısında fazlaca bir anlam ifade

<sup>136</sup> Türkiye uygulamasında henüz yalnızca Anadolu Cam kararında seçici fiyatlama davranışı ihlâl olarak nitelendirilmiş olmakla birlikte, konuya ilişkin diğer kararlarda da, Anadolu Cam kararındaki koşulların arandığı ve bu çerçevede bir değerlendirmenin yapıldığı görülmektedir. Yine, seçici fiyatlama konusundaki Rekabet Kurulu kararlarının sayıca çok sınırlı olduğu gerçeği altında, Türkiye uygulamasının mevcut kararlar çerçevesinde değerlendirilmesi yoluna gidilmiştir.

etmemektedir. Kaldı ki, seçici fiyatlamanın yasaklanmasının tüketici refahına etkisi çoğunlukla olumsuz olacaktır. Hâkim durumdaki teşebbüsün seçici fiyatlama dışındaki davranışlarının rakipleri dışlayıcı etki doğurduğunun ve hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun tespit edilmesi durumunda, hâkim durumdaki teşebbüsün, kötüye kullanma teşkil eden davranışları bakımından yaptırıma tabi tutulması söz konusu olacaktır. Hakkaniyetli rekabetin cezalandırılmaması için, seçici fiyatlama uygulamasının, teşebbüsün rekabet ihlâli teşkil eden davranışlarından yola çıkılarak, rakibi dışlayıcı bir planın parçası olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Aslan'ın da ifade ettiği üzere, seçici fiyatlamanın kötüye kullanma olarak kabul edildiği kararlarda yer alan unsurların tümü somut olayda mevcut olsa bile, bu unsurlar aynı zamanda, rekabetin varlığına da işaretler. Teşebbüslerin, rakibin bulunduğu pazar bölümlerinde daha düşük fiyat uygulaması; rakibin bulunmadığı pazar bölümlerinde ise daha yüksek fiyat uygulaması, bizzat rekabetin gereğidir.<sup>137</sup> Bu durumda, seçici fiyatlamanın yasaklanması; rakip teşebbüslere gereksiz bir güvenli liman tesis edecek ve rekabet hukukunun korumayı amaçladığı rekabete zarar verecektir. Seçici fiyatlamanın yasaklanması sonucunda, hâkim durumda olmayı değil, hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan rekabet hukuku, hâkim durumdaki teşebbüslerin hakkaniyetli rekabet etmekten caydırılmasına ve ilgili pazardaki rekabetin kısıtlanmasına neden olacaktır. Teşebbüsler açısından hukuki belirlilik sağlanması, rekabetin teşvik edilmesi ve korunması bakımından, seçici fiyatlamanın hiçbir surette hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilmemesi ve bir rekabet ihlâli olarak kabul edilmemesi gerekmektedir.

Çalışmamızda yer verdiğimiz farklı uygulama ve görüşlerin değerlendirilmesi neticesinde, seçici fiyatlamanın, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri, dolayısıyla da bir rekabet ihlâli olarak nitelendirilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Maliyet üstü düşük fiyatlama ile rekabet, tam da rekabet hukukunun amaçladığı davranış biçimidir. Seçici fiyatlamanın ihlâl olarak kabul edilmesi ve yasaklanması durumunda, rekabet hukukunca amaçlanan "hakkaniyetli rekabet" in caydırılması gibi istenmeyen bir sonucun ortaya çıkması kaçınılmaz görünmektedir. Bu durumda, normal işleyen bir rekabet sürecinde zaten pazar dışına çıkacak olan, etkin çalışmayan rakip teşebbüslerin, hâkim durumdaki teşebbüsün seçici fiyatlama davranışı ile pazar dışına itilmesi riskinin, rekabetin caydırılması riski karşısında göze alınması gerektiği düşünülmektedir.

---

<sup>137</sup> Aslan 2008, s.206.

## KAYNAKÇA

AHLBORN, C. ve D. BAILY (2006), “Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison”, *Handbook of Research in Trans Atlantic Antitrust*.

AREEDA P.E. ve D.F. TURNER (1975), “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”, *Harvard Law Review*, USA.

AREEDA P.E. ve H. HOVENKAMP (2002), “Antitrust Law Vol. III”, Aspen Law&Business, USA.

ASLAN, E.F. (2011), “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Fiyat Ayrımcılığı Eylemlerinin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:12, Sayı:1.

ASLAN, Y. (2008), *Rekabet Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa.

ASLAN, Y. (2007), *Rekabet Hukuku: Teori, Uygulama ve Mevzuat*, Ekin Kitabevi, Bursa.

BAUMOL, W.J. (1979), “Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing”, *89 Yale Law Journal* 1.

BECKENSTEIN, A. ve L. GABEL (1986), “Predatory Rules: An Economic and Behavioural Analysis”, *The Antitrust Bulletin*, vol:31, no:1.

CARLTON, D.W. (2007), “Does Antitrust Need to be Modernized?”, *Economic Analysis Group Discussion Paper*, No. 07-3.

COMANOR, W. ve H.E. FRENCH (1983), “Predatory Pricing and Meaning of Intent”, *The Antitrust Bulletin*, Vol.36, no.2.

DPT (2007), *Dokuzuncu Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara.

EASTERBROOK, F.H. (1981), “Predatory Strategies and Counterstrategies”, *University of Chicago Law Review*, Vol.48, No:3.

EUROPEAN COMMISSION (2008), *Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, Brussels.

EUROPEAN COMMISSION (2005), *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, Brussels.

EDLIN, A.S. (2002), “Stopping Above-Cost Predatory Pricing”, *111 Yale LJ* 4, USA.

ELHAUGE, E. (2003), “Why Above Cost Price Cuts to Drive Out Entrants are not Predatory-And the Implications for Defining Costs and Market Power”, *112 Yale LJ* 681, USA.

ELHAUGE, E. ve D. GERADIN (2007), “Global Competition Law and Economics”, Hart Publishing, USA.

GAL, M.S. (2007), “Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition? The France Telecom Case”, *European Competition Law Review*, Issue 6.

GERADIN, D. ve N. PETIT (2005) “Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach”, *The Global Competition Law Centre Working Paper Series, GCLC Working Paper 07/05*.

GERADIN, D., P. HOFER, F. LOUIS, N. PETIT, M. WALKER (2005), “The Concept of Dominance”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*.

GOYDER, D.G. (2003), *EC Competition Law*, Oxford University Press, USA.

GRAVENGAARD, M.A. (2006), “The Meeting Competition Defence Principle- A Defence for Price Discrimination and Predatory Pricing?”, *European Competition Law Review*, Issue 12.

GÜL, İ. (2000), *Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No:2.

HAY, G. (1981), “A Confused Lawyer’s Guide to the Predatory Pricing Literature”, *Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*, Vol:XVIII, No:2.

ICN (2008), “Report on Predatory Pricing”, *Prepared by The Unilateral Conduct Working Group, Presented at the 7th Annual Conference of the ICN Kyoto*.

JONES A. ve B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law*, Oxford University Press, USA.

KARA, A.F. (2003), “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması ABD ve AT Uygulamalarından Dersler”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, Ankara.

KORAH, V. (2001), *Cases&Materials on EC Competition Law*, Hart Publishing, USA.

LANDES, W. (1981), “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970”, *Journal of Law and Economics*.

LANG, T.J. ve R. O'DONOUGHUE (2005), "The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC", *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, College of Europe Global Competition Law Centre (GCLC).

O'DONOGHUE, R. (2006), "Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC", Chapter in C.D. Ehlermann & I. Atanasiu, "What is an abuse of a dominant position?", Hart Publishing, USA.

O'DONOGHUE, R. ve A.J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82*, Hart Publishing, USA.

ÖZDEMİR, Ü.N. (2010), *Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

POSNER, R.A. (2001), "Antitrust Law", The University of Chicago Press, Chicago and London.

REKABET KURUMU (2009), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.

RITTER, L. ve W.D. BROWN (2005), *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Netherlands.

SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara.

ŞAHİN, S.Y. (2010), "Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki", *Rekabet Dergisi*, Cilt:11, Sayı:4.

US DOJ (2008), "Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act".

UZUNALLI, S. (2010), "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", *Rekabet Dergisi*, Cilt:11, Sayı:4.

ÜNSAL, E.M. (2004), *Mikro İktisat*, İmaj Yayınevi, Ankara.

VAN BAEL, I. ve J.F. BELLIS (2005), "Competition Law of the European Community", Kluwer Law International, The Netherlands.

WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Oxford University Press, USA.

WILLIAMSON, O.E. (1977-78), "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis", *87 Yale Law Journal* 284.

YAMEY, B. (1972), “Predatory Price Cutting: Notes and Comments”, *Journal of Law and Economics*, vol:15, no:1.

#### **ABD Mahkeme Kararları**

*Weyerhaeuser Co.* v. Ross-Simmons Hardwood Lumber *Co.*, 549 U.S. 312 (2007).

United States v. AMR Corp., 140 F. Supp. 2d 1141 (D. Kan. 2001).

Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).

Matsushita v. Zenith Ratio Corp., 475 U.S. 574 (1986).

#### **Avrupa Komisyonu Kararları**

Case 97/624, Irish Sugar plc., OJ (1997) L 258.

Case 93/82, Cewal, OJ (1993) L 34.

Tetra Pak II, OJ 1992 L 72/1.

Case 89/22, BPB Industries plc., OJ (1989) L 10.

Case 88/138, Eurofix-Bauco v. Hilti OJ (1988) L 65.

ECS/Akzo II, D. Comm. Dec. 14 1985, 1985 OJ L 374/1.

Commission Decision T. 29.7.1983, AKZO (interim measures) (1983) OJ L 252/13.

#### **Avrupa Genel Mahkeme Kararları**

Irish Sugar plc v. Commission (Case T-228/97) (1999) ECR II-2969.

#### **Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları**

Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie Maritime Belge SA and Dafra-Lines A/S v. Commission (Cases C-395/96 P and C-396/96 P) (2000) ECR I-1365.

AKZO Chemie BV v. Commission Case 62/86 (1991) ECR I-3359.

Case 27/76 United Brands (1978) ECR 293.

#### **Rekabet Kurulu Kararları**

İzocam, 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Ekmek, 21.10.2009 tarih ve 09-48/1193-301 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Turkcell-Vodafone 2, 08.10.2009 tarih ve 09-45/1136-286 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Anadolu Cam 2, 06.08.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Turkcell-Vodafone, 20.05.2008 tarih ve 08-34/453-159 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Anadolu Cam, 01.12.2004 tarih ve 04-76/1086-271 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

TÜPRAŞ, 16.04.2002 tarih ve 02-24/244-99 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

#### **Danıştay Kararları**

Anadolu Cam, 11.12.2007 tarih ve E:2005/6848, K:2007/8693 sayılı Danıştay Onüçüncü Dairesi kararı.

Anadolu Cam, 02.02.2006 tarih ve 2006/2 YD. İtiraz No'lu İDDK kararı.



**ABD, AB VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA  
TAZMİNAT DAVALARININ ÖNÜNDEKİ USULİ ENGELLER**  
*PROCEDURAL BARRIERS BEFORE ACTIONS FOR DAMAGES IN  
THE US, EU AND TURKISH COMPETITION LAW*

**Harun GÜNDÜZ\***  
**Tuğçe KOYUNCU\***

**Öz**

*Bu makalede, etkili bir rekabet hukuku uygulaması için özel hukuk alanında öngörülen yaptırımların yaygınlaştırılması ve etkin kılınması gerektiği kabulünden hareket edilerek, tazminat davalarının önündeki usule ilişkin engellerin neler olduğu ve bu engellerin giderilmesi için neler yapılması gerektiği değerlendirilmektedir. Konunun bu şekilde sınırlandırılmasında, Türk rekabet hukukunda bugüne kadar yeterince uygulama alanı bulamayan tazminat davaları hakkında yapılan çalışmaların, daha ziyade bu davaların esasına ilişkin konular üzerinde yoğunlaşması etkili olmuştur. Bu çerçevede, kolektif hukuki himayeye yönelik davalar (toplu davalar), delillere erişim, zamanaşımı ve dava masrafları konuları öne çıkan usuli engeller olarak belirlenmiş ve mukayeseli hukuktaki durum dikkate alınarak Türk rekabet hukukundaki tazminat davalarına ilişkin önerilere yer verilmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Özel Hukuk Uygulaması, Tazminat Davaları, Kolektif Hukuki Himaye Yolları, Toplu Davalar, Delillere Erişim, Zamanaşımı, Yargılama Giderleri.

**Abstract**

*This article has been built on the premise that private enforcement of competition law should be encouraged and aims to examine the requirements for an effective private antitrust enforcement of damage actions from the view point of the procedural obstacles. The fact that studies on damage actions in Turkish competition law enforcement have concentrated mainly on substantive issues of these claims has been influential in adopting this approach. Within this framework, the article primarily focuses on procedural issues such as collective redress mechanisms, access to evidence, limitation periods and litigation costs.*

---

\* Rekabet Uzmanı.

\* Rekabet Uzman Yardımcısı.

*Adopting a comparative perspective, the article also makes recommendations for the private enforcement in Turkish competition law.*

**Keywords:** Private Enforcement, Damage Actions, Collective Redress, Class Actions, Discovery, Disclosure of Evidence, Limitation Periods, Litigation Costs.

## GİRİŞ

Rekabet hukukunun özel hukuk alanındaki sonuçlarından biri olan ve rekabet ihlallerinin caydırılması ile ortaya çıkardığı zararların giderilmesi için öngörülen tazminat davaları, modern rekabet hukuku uygulamalarının vazgeçilmez unsurlarından birini teşkil etmektedir. Bu durumun temel nedenlerinden biri, kamu otoritelerinin, rekabet ihlallerini önlemede ve cezalandırmada yetersiz olduğu yönündeki, uzun bir geçmişe sahip olan inanıştır<sup>1</sup>. Nitekim modern rekabet hukuku düzenlemelerinin ilk olarak ortaya çıktığı yer olan ABD’de, rekabet hukuku alanında açılan davaların çok büyük bir kısmının, ihlallerden zarar görenler tarafından açılan özel hukuk davalarından oluştuğu görülmekte ve ABD rekabet hukukunun elde ettiği başarıda, tazminat davalarının önemli bir paya sahip olduğu kabul edilmektedir.

ABD uygulamasında elde edilen bu başarıların da etkisiyle, AB rekabet hukuku uygulamasında son on yıla damgasını vuran gelişmelerden biri, özel hukuk uygulamasının vazgeçilmez bir ayağı olmakla birlikte yeterli düzeyde gelişme imkanı bulamayan tazminat davalarının, etkili bir şekilde uygulanmasının önündeki engellere ilişkin olarak çözüm önerileri aramak olmuştur. Bu doğrultuda başlatılan ve oldukça kapsamlı tartışmaların yapıldığı reform hareketleri çerçevesinde<sup>2</sup> zararın kapsamı ve hesaplanması, dolaylı alıcıların dava açma hakkı, aktarma savunması (*passing on defence*), kusur gibi tazminat davalarının esasına ilişkin konuların yanı sıra, kolektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik davalar<sup>3</sup>, delillere erişim, zamanaşımı ve yargılama giderleri gibi daha ziyade usule ilişkin konuların da incelendiği görülmektedir.

<sup>1</sup> CENGİZ, F. (2010), “Antitrust Damages Actions: Lessons from American Indirect Purchasers’ Litigation”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 59, s. 39-63, s. 39.

<sup>2</sup> Söz konusu reform hareketleri kapsamında hazırlanan tartışma metinleriyle diğer dokümanlara, aşağıdaki linkten ulaşılabilir:

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>

<sup>3</sup> Kolektif hukuki himaye yolları; çok fazla sayıda kişiyi etkileyen hukuka aykırı davranışların önlenmesi, durdurulması veya bu davranışlar neticesinde ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi amacıyla benimsenen her türlü mekanizmayı ifade etmek üzere kullanılan oldukça geniş bir terimdir. Çalışmada, anlatımda kolaylık sağlaması bakımından, bu terimi ifade etmek üzere aynı zamanda toplu dava ifadesi de kullanılmıştır. Bu davalara ilişkin sınıflandırma için “3.2.1.2. Dava Türleri” başlığına bakılabilir. Benzer bir kullanım için bkz. KORTUNAY, A. (2009), “AB

AB rekabet hukuku uygulamasına benzer bir şekilde Türk rekabet hukukunda da, tazminat davalarının etkili ve yaygın bir uygulama alanı bulunduğunu söylemek güçtür. Rekabet hukukuna ilişkin kuralların etkili bir şekilde uygulanmasını isteyen ve bu çerçevede anılan kuralların ihlali halinde özel hukuk alanında da çeşitli yaptırımlar öngören bir hukuk düzeninde, söz konusu yaptırımların uygulanmıyor olması kabul edilebilir bir durum değildir. Bu nedenle Türk rekabet hukukundaki tazminat davalarının gelişmesini engelleyen faktörlerin incelenmesi ve bu konuda çözüm önerileri sunulması önem arz etmektedir.

Türk rekabet hukukunun özel hukuk alanındaki sonuçlarına ilişkin olarak bugüne kadar yapılan tartışmaların, hem geçersizlik hem de tazminat yaptırımlarına odaklandığı görülmektedir. Bununla birlikte, tazminat davalarına ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerin, daha ziyade bu davaların esasına ilişkin konuları (zarar, üç kat tazminat, kusur, illiyet bağı gibi) kapsadığı, usule ilişkin konuların pek tartışılmadığı dikkat çekmektedir. Her ne kadar bu davalar bakımından, esasa ve usule ilişkin meselelerin neler olduğu konusunda net bir ayırım yapmak zor olsa da, AB uygulamasında son yıllarda yapılan tartışmalar ışığında bu davalara ilişkin usuli sorunların, kolektif hukuki himayenin sağlanması, delillere erişim, zamanaşımı ve yargılama giderleri konularında toplandığı görülmektedir<sup>4</sup>.

Bu bağlamda çalışmada, hukuk politikası tercihi bakımından etkili bir özel hukuk uygulamasının gerekli olup olmadığına ilişkin tartışmalara girilmeksizin<sup>5</sup>, söz konusu usuli engeller çerçevesinde bir inceleme yapılması tercih edilmiştir. ABD ve AB uygulamasını kapsayacak şekilde mukayeseli bir yaklaşımın benimsendiği makalede ilk olarak, anılan usuli konularda ABD uygulamasında benimsenen kuralların yanında, söz konusu hukuk düzeninde tazminat davalarının temel dinamiklerine de yer verilmektedir. AB uygulamasında yaşanan son gelişmelerin özetlendiği ikinci bölümünün ardından

---

Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından 'De Lege Ferenda' Düşünceler", *Rekabet Dergisi*, Sayı 40, s. 81-138, s. 107.

<sup>4</sup> KOMNINOS, A. P. (2008), *EC Private Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford, UK, s. 221.

<sup>5</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. WILS, W. P. J. (2003), "Should Private Enforcement be Encouraged in Europe?", 26 *World Competition* 473; WILS, W. P. J. (2008), "The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages", Social Sciences Research Network. Karşı görüş için bkz. JONES, C. A. (2004), "Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check", 27 *World Competition* 13. SANLI, K. C. (2003), "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I*, s. 211-276, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 216.

çalışmanın üçüncü bölümünde ise, Türk rekabet hukukundaki durum değerlendirilerek, tazminat davalarına<sup>6</sup> ilişkin çeşitli öneriler sunulmaktadır.

## 1. ABD REKABET HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARI

### 1.1. Genel Hukuki Çerçeve ve Tazminat Davalarının Gösterdiği Gelişim

Dünya çapındaki birçok ülkede olduğu gibi ABD rekabet hukuku uygulamasını da, kamu hukuku ve özel hukuk uygulaması olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Kamu hukuku uygulaması esas itibarıyla, ABD Adalet Bakanlığı (DOJ) Antitröst Birimi ile Federal Ticaret Komisyonu (FTC) eliyle yürütülmektedir. Eyalet savcılar da bu kapsamda çeşitli yetkilere sahip olup bu uygulama, kamusal uygulama benzeri olarak adlandırılmaktadır<sup>7</sup>. Kamu hukuku ayağının hayati derecede önemli bir tamamlayıcısı olarak görülen<sup>8</sup> özel hukuk uygulaması ise rekabet ihlallerinden zarar gören ve davacı sıfatına sahip kişiler tarafından açılacak özel hukuk davalarıyla yürümektedir.

ABD'deki özel hukuk uygulamasının, kamu hukuku ayağının tek başına yeterli ölçüde başaramayacağı iki önemli ve gerekli fonksiyonu yerine getirdiği kabul edilmektedir. Bunlar, rekabet ihlallerinin optimal düzeyde caydırılması ve bu ihlallerden zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesidir<sup>9</sup>. ABD rekabet hukuku uygulamasında özel hukuk kişilerinin önemli bir role sahip olması en başından beri planlanmakta olup, Senatör Sherman'ın, bireylerin bu alanda adeta "özel savcılar" şeklinde davranarak rekabet ihlallerinin takipçisi olacaklarına inancı da bu tespiti desteklemektedir<sup>10</sup>. Özel hukuk uygulamasının, rekabetin korunması konusunda Kongrenin yaptığı planların ayrılmaz bir parçası olduğu ve bu alanda açılan davaların, etkili bir rekabet hukuku uygulamasının en güvenilir araçlarından biri olduğu, ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında da sürekli olarak vurgulanan hususlardır<sup>11</sup>. Nitekim ABD'de rekabet hukukuna ilişkin olarak açılan davaların çok büyük bir kısmını (% 90'ından fazlasını)

<sup>6</sup> Çalışmanın kapsamıyla ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer sınırlama da, kaçınma talebi içeren (önleme, durdurma gibi) davalardan ziyade tazminat davaları özelinde değerlendirmelerin yapıldığıdır. Bu konuda bkz. Komninos 2008, s. 214 ve devamı.

<sup>7</sup> ÖZSUNAY, E. (2005), "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Amerikan, Alman, İsviçre ve AB Rekabet Hukuklarının Işığında 4054 sayılı RKHK'daki Çözümlerin Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 117 ve 119; ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (AMC Report) (2007), Report and Recommendations, s. 241.

[http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/amc\\_final\\_report.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf)

<sup>8</sup> BROWN, B. D., K. M. KONOPKA ve C. J. CORMIER (2010), "Private Recovery Actions in the United States", *The Antitrust Review of the Americas 2010*, Global Competition Review, London, UK, s. 44.

<sup>9</sup> Ibid, s. 44.

<sup>10</sup> AMC Report 2007, s. 243.

<sup>11</sup> Brown, Konopka ve Cormier 2010, s. 44.

halen özel hukuk alanındaki davalar oluştururken, bu davalar genellikle kamu otoritelerince yürütülen incelemeleri takip etmektedir<sup>12</sup>.

ABD rekabet hukuku uygulaması bakımından kritik derecede önemli bir role sahip olan özel hukuk davaları, Clayton Kanunu'nda<sup>13</sup> düzenlenmektedir. Anılan Kanun'un 4. maddesine göre, bir rekabet ihlali nedeniyle işi veya malı zarar gören herhangi bir kimse, makul bir avukatlık ücretinin yanı sıra, uğradığı zararın üç katı oranında tazminat isteme hakkına sahiptir. Clayton Kanunu'nun 4. maddesinin, neredeyse zarar gören herkese dava açma imkanı tanıyan bu geniş lafzı, Kongrenin, rekabet ihlallerinden zarar görenlere oldukça geniş bir hukuki himaye sağlama amacını yansıtmaktadır. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi kararlarında da Kongrenin, rekabet ihlalini gerçekleştirenlerin caydırıldığı ve hukuka aykırı olarak elde ettikleri kazançlardan yoksun bırakıldığı, aynı zamanda zarar görenlere de geniş tazmin imkânları tanıyan bir özel hukuk uygulaması oluşturmayı amaçladığı vurgulanmaktadır<sup>14</sup>.

Kongrenin bu geniş yetkilendirmesine paralel olarak Yüksek Mahkeme de, anılan maddeye yapay sınırlar getirilmesi çabalarını boşa çıkarmaktadır<sup>15</sup>. Bununla birlikte Clayton Kanunu'nun 4. maddesinin gerçekçi olamayacak<sup>16</sup> kadar geniş lafzının, mahkeme kararlarında benimsenen "rekabetçi zarar"<sup>17</sup>, "davacı sıfatına ilişkin koşullar"<sup>18</sup> ve "dolaylı alıcı"<sup>19</sup> gibi kurullarla daraltılmaya çalışıldığı görülmektedir<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> WALLER, S. W. (2006), "Rekabet Hukukunda Kamu-Özel Ortaklıkları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 53-54; GOLDBERG, J. ve D. GUSTAFSON, (2010), "Obtaining Evidence", Foer A. A. ve J. W. Cuneo (der.), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law* içinde, s. 170-198, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Massachusetts, USA, s. 171; Brown, Konopka ve Cormier 2010, s. 44; Özsunay 2005, s. 120.

<sup>13</sup> 15 USC section 15.

<sup>14</sup> Blue Shield of Va. v. McCready, 457 US 465, 472, 1982.

<sup>15</sup> Brown, Konopka ve Cormier 2010, s. 44.

<sup>16</sup> OPEC karteli örneğinde görülebileceği üzere piyasa ekonomilerinde, basit bir fiyat anlaşmasının dahi herkesi etkileyen türden zararlar doğurması mümkündür. Bkz. HOVENKAMP, H. (2005), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Third Edition, West Publishing, USA, s. 602.

<sup>17</sup> Bir rekabet ihlali sonucunda ortaya çıkan ve rekabet hukukunun önlemeyi amaçladığı türden zararların (rekabetçi zarar) tazmin edilebileceği hususunda bkz. Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477, 489, 1977. Ayrıca Kongrenin, rekabet ihlaline dayanması muhtemel olan bütün zararların tazmin edilmesini kastetmediği hakkında bkz. Hawaii v. Standard Oil Co., 405 U.S. 251, 263, 1972.

<sup>18</sup> Örneğin rekabetçi zarara uğradığını iddia eden herkes dava açmamakta, Clayton Kanunu çerçevesinde dava açabilmek için uygun davacı olup olmadığını belirlemede, davacının zarara yakınlığı da dikkate alınmaktadır (AMC Report 2007, s. 265).

<sup>19</sup> ABD uygulamasında federal düzeyde, doğrudan alıcıların zararını aktardığı yönündeki savunma kabul edilmemekte (Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Mach. Corp., 392 U.S. 481, 494, 1968) ve

Özel hukuk davalarının rekabet hukuku uygulamasında kilit bir role sahip olması, ABD rekabet hukukuna özgü bir durumdur. ABD uygulamasında tazminat davalarının, diğer ülke uygulamalarına kıyasla daha etkili olmasında, aşağıda değinilecek olan grup davaları, delillere erişim ve avukatlık ücretleri hususlarında benimsenen yaklaşımın yanı sıra sorumluluğun esaslarına ilişkin düzenlemelerin de önemli bir rolü bulunmaktadır. Aynı zamanda davanın taraflarını uzlaşmaya teşvik eden bu düzenlemeleri, üç kat tazminat ile müşterek ve müteselsil sorumluluk başlıkları altında incelemek mümkündür.

ABD'deki özel hukuk uygulamasındaki yaptırımların temel özelliğinin, gerçekleşen zararın zorunlu olarak üç katı<sup>21</sup> oranında tazminat talep edilmesine imkân tanıyan düzenleme olduğu söylenebilir<sup>22</sup>. Rekabet ihlali nedeniyle uğranan zararın misliyle tazminat istenebilmesi kuralına ilişkin olarak Kongrenin amacının, tazminat davası açmanın külfetlerini dengelemek suretiyle davacıları “özel savcılar” olarak davranmaya teşvik etme ve ihlali gerçekleştirenleri cezalandırma olduğu ifade edilmektedir<sup>23</sup>. Anılan kuralın özendirici niteliği, bütün rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılması bakımından kamunun kaynaklarının sınırlı olduğu göz önüne alındığında oldukça önemlidir<sup>24</sup>. Etkili bir özel hukuk uygulamasının anahtarı olarak görülen bu kural aynı zamanda, esası sorgulanabilir nitelikteki davaları gereğinden fazla özendirerek teşebbüsleri meşgul etmekle de eleştirilmektedir<sup>25</sup>.

---

dolaylı alıcıların dava açmasına izin verilmemektedir (Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720, 728-729, 1977). Ancak günümüzde 36'dan fazla eyalette, dolaylı alıcıların dava açabilmelerine izin verilmekte, bu durum ise çifte tazminata ve tutarsız kararlara yol açabilmektedir. Ayrıca bu kural nedeniyle gerçekte zarara uğrayanların zararı tazmin edilmezken, zararını aktarmış olanların tazminata hak kazanabilmesi hiç de adil olmayan bir durum olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle Antitröst Modernizasyon Komitesinin raporunda da, bu kuralların kaldırılması önerilmektedir (AMC Report 2007, s. v-vi ve 267). Dolaylı alıcı kuralının olumlu ve olumsuz yönleri için bkz. ŞAHBAZ, A. U. (2008), *ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No 88, Ankara, s. 27-28.

<sup>20</sup> Hovenkamp 2005, s. 602.

<sup>21</sup> Üç kat tazminat kuralının istisnalarından biri, pişmanlık programına başvuran teşebbüslerin, davacılarla işbirliği yapmaları koşuluyla sadece verdikleri zarardan sorumlu tutulmalarıdır. Diğer istisnalar için bkz. Şahbaz 2008, dipnot 51.

<sup>22</sup> CAVANAGH, E. D. (2010), “The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience”, 41 *Loyola University Chicago Law Journal* 629, s. 629.

<sup>23</sup> Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477, 486, 1977.

<sup>24</sup> AMC Report 2007, s. 245-246; Cavanagh 2010, s. 629.

<sup>25</sup> AMC Report 2007, s. 241. Üç kat tazminat hükmüne ilişkin olarak yapılan eleştiriler, bazı tür rekabet ihlalleri bakımından bu hükmün çok fazla cezalandırıcı olduğu, rekabet hukuku uygulamasına konu olabilecek davranışların birçoğunun rekabetçi süreç açısından olumlu olduğu ya da en azından etkisiz olduğu; ayrıca bu davranışların hukuka uygun olup olmadığının her zaman açık olmadığı; üç katı tazminatın, tüketicilerin yararına olan bazı davranışları caydırabileceği, çünkü karşı karşıya kalınabilecek tazminat miktarının söz konusu davranışın ilgili

Üç kat tazminata ilişkin düzenleme, davalıların müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğuna ilişkin kural ile daha da güçlendirilmiştir. Müşterek ve müteselsil sorumluluk kuralı, davalılar arasında rücu imkânının olmaması ve davacının talep ettiği tazminatın üç katının hesaplanmasından sonra<sup>26</sup>, uzlaşmaya varılan miktarın çıkarılması (tazminat miktarında indirim) kurallarıyla birlikte uygulanmaktadır. Davalılar arasında rücu imkânının olmaması kuralının, rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasına keyfilik kattığı ve adil olmadığı ifade edilmektedir. Zira bu kurallar sayesinde davacılar, yargılamanın başlangıç safhalarında bazı davalılarla görece düşük miktarlar karşılığında uzlaşabilmekte, davacıyla uzlaşmaya varamayan davalılar ise ortak davranış sonucunda oluşan zarardan sorumlu tutulmaktadır. Böylelikle bir davalının, davacının isteğine bağlı olarak, yol açtığı zararın üç katından çok daha fazla tazminat ödemesi söz konusu olabileceği gibi, eşit derecede kusurlu veya kusur derecesi daha yüksek bir diğer davalı ise hiçbir şekilde sorumlu olmayacaktır. Sonuç itibarıyla rekabet ihlalinde daha az role sahip olan davalılar, diğer davalılara rücu etme hakkı da olmadığı için oldukça orantısız bir sorumlulukla karşı karşıya bırakılacaktır<sup>27</sup>.

---

teşebbüse ve tüketicilere sağlayacağı yararları aşacağı; özellikle de hukuki durumun veya olguların yeterince açık olmadığı olaylarda üç katı tazminat uygulamasının adaletsiz bir biçimde cezalandırıcı olacağı hususlarında toplanmaktadır (AMC Report 2007, s. 243). Ayrıca ABD uygulamasında, üç kat olarak belirlenen oranın doğru bir katsayı olup olmadığı da tartışılmakta ve ihlalin gizlenebilir niteliğinin seviyesine bağlı olarak bu oranın değişmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. POSNER, R. A. (2001), *Antitrust Law*, Second Edition, The University of Chicago Press, USA, s. 272; EASTERBROOK, F. H. (1985), "Detrebling Antitrust Damages", *Journal of Law and Economics*, Cilt 28, Sayı 2, s. 454-457.

<sup>26</sup> ABD uygulamasında davacılar ayrıca, makul bir avukatlık ücreti ile bazı istisnai durumlarda karar tarihine kadar işleyecek faize de hak kazanmaktadırlar. 1980 yılında Clayton Kanunu'nda yapılan değişikliğe kadar, karar öncesi döneme ilişkin olarak *faiz* talep edilememekteyken, anılan tarihte yapılan değişiklikle birlikte belirli koşullar altında, özellikle de davalıların yargılamayı yavaşlatmaya yönelik davranışları olması durumunda karar tarihine kadar işleyecek faiz talep edilebilmektedir. Ancak söz konusu değişiklikten bu yana rekabet hukuku alanındaki hiçbir davada karar öncesi döneme ait faize hükmedilmemiştir. Bu nedenle söz konusu uygulamanın, davacının zararının tam olarak tazmin edilmesine engel olduğu, zararın bütünüyle tazmin edilebilmesi için zararın gerçekleştiği tarihten, tahsil edildiği zamana kadar geçen süreyi kapsaması gerektiği yönünde eleştiriler getirilmektedir. Ancak Antitröst Modernizasyon Komitesinin raporunda, bu yöndeki uygulamanın, üç katı tazminata ilişkin kural tarafından genelde telafi edildiği gerekçesiyle herhangi bir değişiklik önerisi getirilmemiştir. Öte yandan bazı mahkemelerin, tazminat miktarını hesaplarken enflasyondaki artışı dikkate aldığı belirtilmelidir. (AMC Report 2007, s. 243 ve 248-249). Karar öncesi döneme ilişkin olarak faiz talep edilememesinin, üç katı tazminata ilişkin hükmün, gerçekte bir katı tazminat şeklinde uygulanmasına yol açtığı yönündeki görüş için bkz. LANDE, R. H. (1993), "Are Antitrust 'Treble' Damages Really Single Damages?", *54 Ohio State Law Journal* 115.

<sup>27</sup> Hovenkamp 2005, s. 689; AMC Report 2007, s. 243-244.

Müşterek ve müteselsil sorumluluğa ilişkin olan bütün bu kuralların ortaklaşa etkisiyle sadece bir davalı bile, rekabet ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın neredeyse tamamından sorumlu tutulabilmekte ve davalılar arasında rücu imkânının olmamasına ilişkin kural, yargılama tamamlanmadan önce uzlaşma konusunda davalıları teşvik ederek toplam maliyetleri düşürmektedir. İlk uzlaşacak davalının, diğer davalılara göre avantajlı konuma geçecek olması, sonuçta taraflar arasında bir uzlaşma yarışına dönüşmekte ve davalıların ilk uzlaşan olma konusundaki istekleri, davaların beklenenden daha fazla miktarlarda uzlaşmaya varmalarıyla sonuçlanmaktadır<sup>28</sup>. Böylelikle davalılar, sırf üç kat tazminat kuralının da etkisiyle oluşan ağır sorumluluk ihtimalinden kaçınmak için, mesnetsiz ihlal iddiaları bakımından bile uzlaşma yolunu tercih etme baskısıyla karşı karşıya kalmaktadırlar<sup>29</sup>. ABD uygulamasındaki özel hukuk davalarına ilişkin olarak değinilmesi gereken son bir husus da, söz konusu davaların yıllar itibariyle gösterdiği gelişimdir. Aşağıdaki grafikte, ABD’de özel hukuk alanında açılan davaların 1945-2000 yılları arasında gösterdiği seyre yer verilmektedir.

1937 yılından önceki döneme ilişkin veri bulunmamakla birlikte, bu dönemde açılan özel hukuk davalarının seyrek olduğu ifade edilmektedir. Bu durum, 1962 yılında, elektrik malzemesi üreticilerinin arasındaki fiyat tespitine ilişkin olarak kamu otoritesince yürütülen inceleme sonrasında<sup>30</sup> açılan ve önemli miktarlarda tazminat alınabileceğini gösteren davaya kadar devam etmiştir. Daha sonra 1960’lı yılların sonunda yeni bir artış başlamış<sup>31</sup> ve 1965’e kadar özel hukuk davalarının, kamu otoritelerince açılan davalara oranı 6’ya 1 iken, 1978 yılında bu oran 20’ye 1’e yükselmiş, 1980’lerde ise tekrar 10’a 1 seviyesine gerilemiştir<sup>32</sup>. 1960’ların sonlarında yaşanan artışın en önemli sebebi

<sup>28</sup> Davalılar arasında rücu imkanı olmamasının bir diğer olumlu yönü, rücu hakkı çerçevesinde açılacak davaların masrafları nedeniyle ortaya çıkacak ilave sosyal maliyetlerin oluşmamasıdır (Hovenkamp 2005, s. 690).

<sup>29</sup> AMC Report 2007, s. v-vi. Davacı ile uzlaşmaya varmayan davalıların, ortaya çıkan zarardan kendi adil paylarının ötesinde sorumlu tutulduğuna ilişkin tartışmalar Yüksek Mahkemenin önüne de gelmiş, ancak mahkeme, eğer mevcut kuralda bir değişiklik yapılacaksa bunu mahkemelerin değil Kongrenin yapabileceğine karar vermiştir (Bkz. Texas Indus., Inc. v. Radcliff Materials, Inc., 451 U.S. 630, 1981). Ancak bugüne kadar Kongre bu kuralda bir değişiklik yapmadığı gibi 2004 yılında yaptığı Kanun değişikliğiyle, bu kuralın uygulanmasını onayladığını tekrar göstermiştir. Antitröst Modernizasyon Komitesinin bu konuda yaptığı değişiklik önerisi için bkz. AMC Report 2007, s. 251-255.

<sup>30</sup> 1973-1983 döneminde açılan davalara ilişkin olarak yapılan bir araştırmaya göre, kamu otoritelerince yürütülen incelemeler sonrasında açılan özel hukuk davalarından çoğu yatay ihlallere ve özellikle de fiyat tespitine yönelikken, kamu otoritelerince yürütülen herhangi bir inceleme olmadan açılan davaların sadece % 30’unun yatay ihlallere ilişkin olduğu hakkında bkz. Posner 2001, s. 47.

<sup>31</sup> Posner 2001, s. 45-46.

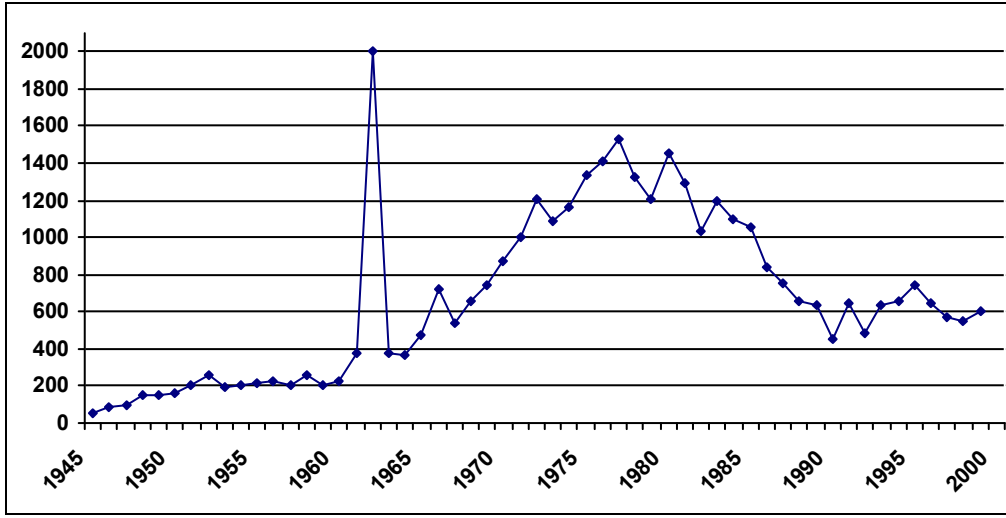
<sup>32</sup> Salop ve White 1988, s. 3.



olarak, 1966 yılında grup davalarına ilişkin olarak yapılan ve bu alanda yeni bir çığır açan değişiklikler gösterilmekle<sup>33</sup> birlikte, özel hukuk davalarında yaşanan artışları, *per se* kuralının bazı dikey ihlallere uygulanmasına bağlayanlar da bulunmaktadır<sup>34</sup>.

### Grafik - 1

1945-2000 Yılları Arasında ABD’de Açılan Özel Hukuk Davaları<sup>35</sup>



## 1.2. Kolektif Hukuki Himaye Yolları

ABD uygulamasında özel hukuk davaları, davacıların kimler olduğu bakımından esas itibariyle iki kategoriye ayrılabilir. Bunlardan ilki rakiplerin açtığı davalar, ikincisi ise doğrudan alıcılar tarafından açılan davalardır. Birinci kategorideki davalar genellikle, davalıların gerçekleştirdiği rekabet ihlali nedeniyle piyasa dışına itilen veya zarar gören rakipler tarafından açılmaktadır. Ancak davacıların, faaliyet gösterdiği pazarlarda rekabeti artırmak yerine azaltmak ya

<sup>33</sup> BUXBAUM, H. L. (2007), “Private Enforcement of Competition Law in the United States - of Optimal Deterrence and Social Costs”, J. Basedow (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law* içinde s. 41-60, Kluwer Law International, NETHERLANDS, s. 44-45. Söz konusu dönemde kamu hukuku uygulamasındaki yaptırımların sınırlı olması nedeniyle caydırıcılık bakımından oluşan boşluğun, üç kat tazminat talebi içeren davalar tarafından doldurulduğu görüşü için bkz. Wils 2008, s. 18.

<sup>34</sup> Bkz. Ginsburg ve Brannon 2005.

<sup>35</sup> SALOP, S. C. ve L. J. WHITE (1988), “Private Antitrust Litigation: An Introduction and Framework”, L. J. White (der.), *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning* içinde, s. 3-60, MIT Press, Massachusetts, USA, s. 4; Posner 2001, s. 46; GINSBURG, D. H. ve L. BRANNON (2005), “Determinants of Private Antitrust Enforcement in the United States”, *Competition Policy International*, Cilt 1, Sayı 2, s. 32’den yararlanılarak hazırlanmıştır.

da kendilerini korumak için bu davalardan yararlandığı kaygısı nedeniyle bu davalara şüpheyile yaklaşılmaktadır. İkinci kategoride yer alan davalar ise rekabet ihlalini gerçekleştiren teşebbüslerin piyasaya sunduğu mal veya hizmetlerin doğrudan alıcıları tarafından açılan ve çoğu kez grup davaları olarak ortaya çıkan davalardır<sup>36</sup>.

Grup davaları, alıcıların dava açabilmeleri bakımından en önde gelen yöntem olup, rekabet ihlalden etkilenen herkesin iddialarının tek bir dava çatısı altında toplanmasına olanak tanımaktadır. Nitekim mahkemeler de, rekabet hukuku alanında açılacak davaların, grup davası olarak değerlendirilmeye en uygun davalardan olduğunu belirtmektedir<sup>37</sup>. Gerçekten de ABD’de açılan davaların en karmaşık ve en masraflı olanları kabul edilen rekabet hukuku alanındaki davalar içinde grup davalarının sayısı, bireysel olarak açılan davalara kıyasla daha fazladır. Zira grup davalarında mümkün olan, davaların toplulaştırılması imkânının yokluğunda, bireysel olarak açılacak davaların çok azı dava açmanın risklerini ve masraflarını karşılayabilmektedir. Bu nedenle, grup davası açma olanağı olmadığı takdirde, rekabet ihlalden zarar görenler uğradıkları zararları etkili bir şekilde tazmin etme imkânından yoksun kalacaklardır. Bu durum hiç şüphesiz, ABD rekabet hukukunun, ihlalden zarar görenlere geniş bir hukuki himaye tanımak amacıyla açıkça çelişecektir<sup>38</sup>.

Genel itibariyle, Federal Medeni Usul Kurallarının 23. maddesinde düzenlenen grup davaları, sadece rekabet hukuku uygulamasına özgü bir araç değildir. Söz konusu davalara temel olarak iki amacı gerçekleştirmek üzere başvurulduğu kabul edilmektedir. Bu amaçlardan ilki, konusu ortak olan çok sayıda davanın tek bir yargılama sürecinde sonuçlandırılmasına imkân tanınarak yargıya ayrılan kaynaklardan tasarruf edilmesi, bir başka ifadeyle usul ekonomisinin sağlanmasıdır. İkinci amaç ise dava açabilmek için katlanılması gereken zorlukları telafi etmeyecek kadar küçük talepleri içeren davaların açılmasını özendirme<sup>39</sup>.

Grup bünyesindeki kişilerden birinin veya birkaçının, bütün grup adına dava açabilmesi için gerekli olan ön koşullar, Federal Medeni Usul Kurallarının 23. maddesinin (a) bendinde düzenlenmektedir. Buna göre:

1. Adına dava açılacak grubun, tamamının bir araya gelmesi (davaya katılımı) mümkün olmayacak sayıda çok üyesinin olması (*numerosity*),

<sup>36</sup> Waller 2006, s. 53-54.

<sup>37</sup> Alabama v. Blue Bird Body Co Inc., 573 F2d 309, 320 (5th Cir 1978).

<sup>38</sup> Brown, Konopka ve Cormier 2010, s. 45.

<sup>39</sup> VAKERICS, T. V. (2010), *Antitrust Basics*, Law Journal Press, New York, USA, § 3.05.

2. Dava kapsamında incelenecek olgusal ve hukuksal sorunların, grup üyeleri bakımından müşterek (ortak) olması (*commonality*),

3. Davada temsilci sıfatıyla hareket eden tarafların iddialarının ve savunmalarının, adına dava açılacak grubun iddialarıyla ve savunmalarıyla tipik bir örnek oluşturması (*typicality*),

4. Davada temsilci sıfatıyla hareket eden tarafların, grubun menfaatlerini dürüst bir şekilde ve yeterli ölçüde koruyabilecek olması (*adequacy of representation*)

gerekmektedir. Bu şartların yerine getirilmesi halinde, Federal Medeni Usul Kurallarının 23. maddesinin (b) bendinde getirilen 3 koşuldan birinin daha karşılanması gerekmektedir. Söz konusu 3 koşuldan en çok uygulama alanı bulanı<sup>40</sup> ise anılan maddenin (b) bendinin üçüncü paragrafında düzenlenmektedir. Buna göre:

1. Grubun tüm üyeleri için ortak olan olgusal ve hukuksal sorunların, grup üyelerini yalnızca bireysel olarak etkileyen sorunlardan üstün olması<sup>41</sup>,

2. Grup davasının, uyuşmazlığın adil ve etkin bir şekilde çözülmesi için var olan alternatif metotlardan daha üstün olması<sup>42</sup>

gerekmektedir. Davacılar, Federal Medeni Usul Kurallarının 23. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen koşulların yerine geldiğini ispat ettikleri takdirde, grup davası açabilmek için gerekli olan sertifikayı mahkemeden almaya hak kazanırlar<sup>43</sup>.

Grup sertifikası verilmesinin ardından taraflara, söz konusu grubun kapsamından ayrılmak istemeleri durumunda grubun kapsamından çıkarılabilecekleri konusunda bildirim yapılmaktadır. Aksi halde mahkemenin alacağı karar, grup kapsamından çıkmayı beyan etmeyen bütün üyeler bakımından bağlayıcı olacaktır<sup>44</sup>. Grup üyelerine tanınan bu fırsat, grup

<sup>40</sup> Holmes 2010, § 9.24

<sup>41</sup> Grup davaları bakımından aranan bu koşul, diğer koşullar arasında açık ara en tartışmalı olanıdır. Zira rekabet ihlaline katılanlar, ihlalin niteliği, süresi ve etkileri gibi hususlar, genelde bütün davacılar bakımından aynı olmaktadır. Ancak rekabet ihlali gerçekleştirdiği iddia edilen teşebbüsler, faaliyet gösterdikleri endüstrinin çok karmaşık ve farklı olması nedeniyle bireysel sorunların, özellikle de zararlı ilgili olanların, rekabet ihlalinin de içeren ortak sorunlardan üstün olduğunu iddia ederek grup sertifikası alınmasını engellemeye çalışmaktadır. (Brown, Konopka ve Cormier 2010, s. 45).

<sup>42</sup> Bu koşulun yerine getirildiğinin kabulü için yapılan değerlendirme hakkında bkz. Vakerics 2010, § 3.05.

<sup>43</sup> Vakerics 2010, § 3.05

<sup>44</sup> Davanın kazanılması durumunda üyeler, karardan orantılı olarak paylarını almakta, kaybedilmesi durumunda ise bu karar hepsi için bağlayıcı olmaktadır. Bir başka ifadeyle ABD

sertifikası verilmesinin ardından, ancak duruşma aşamasına geçilmeden önce kullanılabilir. Bu çerçevede, makul bir çaba sonucu tespit edilebilen bütün grup üyelerine bildirim yapılması esastır. Söz konusu bildirim genellikle, ilgili ticari yayınlarda, internet sitelerinde, günlük gazetelerde yayınlanır<sup>45</sup>.

Ortaya çıktığı dönemlerde Yüksek Mahkeme tarafından “en cesur yenilik” olarak nitelendirilen grup davalarına ilişkin olarak 1966 yılında yapılan değişiklikle, bu davaların tazminat davası şeklinde açılması imkanı getirilmesinin yanında<sup>46</sup>, grup üyeleri aksini belirtmedikçe dava sonucunun bütün üyeler bakımından bağlayıcı olduğu “opt-out” modeli benimsenmiştir. Böylece grup üyelerinin önceden, mahkeme kararının kendileri için bağlayıcı olacağı konusunda aralarında anlaşmalarına gerek olmaksızın, temsilci üyeler bütün grup adına davayı takip edebilmektedir. Bu model, ortaklaşa temsil nedeniyle işlem maliyetleri ile bilgiye erişim maliyetlerini önemli ölçüde düşürerek davaların toplanmasını kolaylaştırmaktadır<sup>47</sup>.

Grup davalarına ilişkin olarak ABD’de yürüyen tartışma, bu davaları “sosyal açıdan tarihteki en yararlı çözüm yollarından biri” olarak görenler ile “yasallaştırılmış şantaj” olarak adlandıranlar<sup>48</sup> arasında süregelmektedir<sup>49</sup>. Son on yıla bakıldığında grup davalarında yaşanan artışın, 2008 yılının ikinci yarısından itibaren yerini bir düşüşe bıraktığı görülmektedir. Aşağıdaki grafikte, ABD’de özel hukuk alanında açılan davaların 2000-2009 yılları arasında gösterdiği seyre yer verilmektedir.

Son yıllarda yaşanan düşünün nedenlerinden birisi olarak ekonomik durgunluk gösterilse de bu dönem, aynı zamanda Yüksek Mahkemenin bazı önemli kararlarıyla çakışmaktadır<sup>50</sup>. Mahkemenin bu kararlarında, grup sertifikası verilmesi aşamasında mahkemenin delilleri değerlendirmedeki rolü ve davacıların yargılamanın bu kadar başındaki bir aşamada sunması gereken delillerin niteliği konuları sorgulanmaktadır. Grup davalarının kapsamını daraltmaya yönelik olarak yapılan girişimlere rağmen bu usul müessesesi,

---

uygulamasındaki grup davalarının sonunda, grubun üyelerinin hep birlikte kazandığı ya da kaybettiği söylenebilecektir (Waller 2006, s. 57).

<sup>45</sup> Brown, Konopka ve Cormier 2010, s. 46.

<sup>46</sup> Bu durumun beklenmeyen bir sonucu ise kazançlarını artırmak isteyen avukatların bu davalara çok fazla başvurması neticesinde dava sayılarında yaşanan artış olmuştur. Bunun bir sonucu olarak ilk yıllarda yaşanan coşku da yerini endişeye bırakmıştır (DEREN YILDIRIM, N. (1997a), “Kolektif Hukuki Himaye: Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı Mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru Mu? (I)”, *Yargutay Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1-2, s. 137-154, s. 146).

<sup>47</sup> Ibid, s. 45.

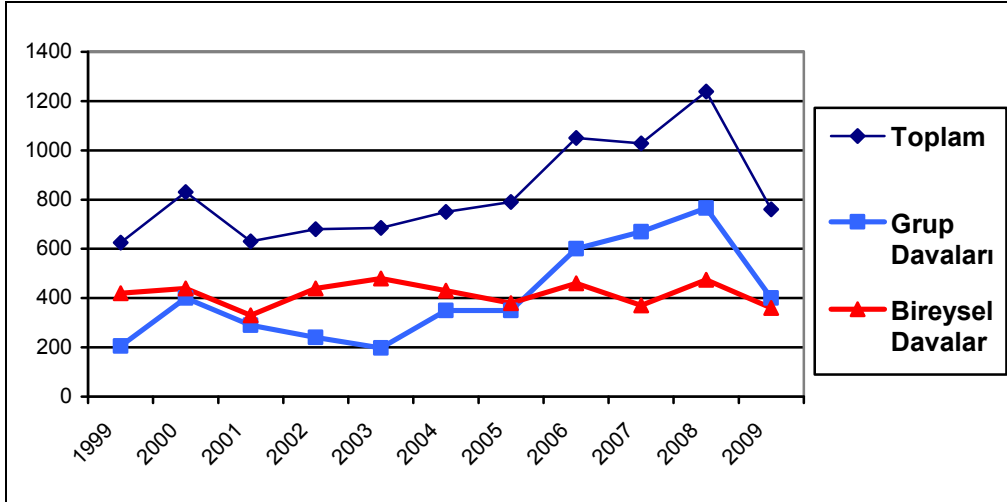
<sup>48</sup> HANDLER, M. (1971), “The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits. The Twenty-Third Annual Antitrust Review”, *71 Columbia Law Review* 1, s. 9.

<sup>49</sup> Waller 2006, s. 57.

<sup>50</sup> Ibid, s. 40 ve 42.

rekabet ihlali sonucu ortaya çıkan zararların tazmini bakımından en yaygın, en etkin ve çoğu kez de tek elverişli araç olma özelliğini halen korumaktadır<sup>51</sup>.

**Grafik 2 -**  
1999-2009 Yılları Arasında ABD’de Açılan Özel Hukuk Davalarının Türleri<sup>52</sup>



### 1.3. Delillere Erişim

Rekabet ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davalarında delillere erişim konusunun, bu davaların önündeki en önemli usuli engellerden biri olarak görülmesinin<sup>53</sup> temel sebebi, taraflar arasında rekabet ihlaline ilişkin olarak var olan *bilgi asimetrisi*dir. Zira söz konusu ihlallere ilişkin delillerin çoğu ya davalıların ya da 3. kişilerin elinde olmakta<sup>54</sup>, dolayısıyla davacılar bu deliller hakkında yeterli ölçüde bilgi sahibi dahi olamamaktadır<sup>55</sup>. Sonuç itibarıyla, rekabet ihlallerinden doğan zararı tazmin etmek bakımından etkili bir hukuki

<sup>51</sup> Brown, Konopka ve Cormier 2010, s. 45 ve 47-48.

<sup>52</sup> HATAWAY, C. S., T. J. DILLICKRATH ve J. M. SCHMIDT (2010), “Trends in Private Federal Antitrust Litigation: Class Actions Driving Growth, but the Supreme Court Makes It Harder for Private Litigants to Prevail”, *The Antitrust Review of the Americas 2010*, Global Competition Review, London, UK, s. 40

<sup>53</sup> RILEY, A. (2005), “Beyond Leniency: Enhancing Enforcement in EC Antitrust Law”, *World Competition*, Cilt 28, Sayı 3, s. 383.

<sup>54</sup> Bu durum özellikle, davacının, rekabeti ihlal eden anlaşmanın tarafı olmadığı durumlarda, örneğin söz konusu ihlalin ilişkin olduğu mal ve hizmetlerin alıcılarının açtıkları davalarda yaşanmakta ve delillere erişim konusunda etkili bir mekanizma sağlanmadan davacının iddiasını kanıtlayabilmesi neredeyse imkânsız hale gelmektedir (Bkz. GIUDICI, P. (2004), “Private Antitrust Law Enforcement in Italy”, *The Competition Law Review*, Cilt 1, Sayı 1, s. 81).

<sup>55</sup> COMMISSION STAFF WORKING PAPER (Çalışma Belgesi), Accompanying the WHITE PAPER on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM (2008) 405, s. 23.

himaye sağlamak iddiasında olan bir özel hukuk uygulamasında delillere erişim konusu kritik bir öneme kavuşmaktadır.

Bu çerçevede, ilgili ülkenin yargılama usulüne ilişkin olarak benimsediği yaklaşımlar önem kazanmakta ve kimi ülke uygulamalarında delillere erişim konusunda taraflara oldukça geniş yetkiler tanınırken kimi ülkelerde bu yetkiler daha dar olmaktadır. Delillere erişim konusunda davanın taraflarına oldukça geniş imkânlar tanıyan ülkelerin başında gelen ABD’de, “Discovery” olarak ifade edilen *delil değişimi* sürecinde davanın tarafları, yalnızca karşı tarafın düzenlediği veya sahip olduğu belgelere erişmemekte, aynı zamanda dedektif benzeri yetkilerle karşı tarafın işyerlerini de inceleyebilmektedir. Davanın taraflarının sahip olduğu bu geniş yetkiler nedeniyle, söz konusu sürecin Kıta Avrupası tarafından tasavvur edilmesi daha da güçleşmektedir<sup>56</sup>.

Davanın tarafları arasında var olan bilgi asimetrisi sorununu çözmek için ABD uygulamasında getirilen delil değişimi müessesesi, Federal Medeni Usul Kurallarınının 26 ila 37. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Anılan maddelerdeki düzenlemelerin davanın taraflarına sağladığı imkânların genel itibarıyla dava konusuyla ilgili olan bilgilerin nerede olduğunun öğrenilmesi, dava ile ilişkili olan sorunların sınırlarının daha belirgin hale getirilmesi ve söz konusu delillerin, duruşmada kullanılmak üzere elde edilmesini kapsadığı söylenebilir. Ayrıca dava açılmadan önceki dönemde de taraflara, muhtemel rekabet ihlalini gerçekleştiren teşebbüslerin eski veya mevcut çalışanlarıyla görüşme yapma, ilgili pazar ve zararın kapsamı konusunda ön fikir elde edebilmek amacıyla uzman analizleri yaptırma, kamu otoritelerinden gerekli bilgileri edinme gibi bazı imkânlar sunulmaktadır<sup>57</sup>.

ABD uygulamasında, davanın açılmasıyla birlikte tarafların, karşı tarafın talebine bağlı olmaksızın bazı bilgileri açıklama yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>58</sup>. Bu açıklamalardan ilki, delil değişimine konu olabilecek bir bilgiye sahip olma ihtimali bulunan kişilerin isimleridir. Bir diğer husus ise tarafların dava sürecinde iddiasını veya savunmasını desteklemek için kullanabileceği, ayrıca tarafın sahibi olduğu veya kontrolündeki bütün belgelerin bulunduğu yere ve sınıflandırmasına ilişkin açıklamalar yapılmasıdır. Daha sonra delil değişimi sürecinde davacı, yapacağı yazılı taleple davalının ticari faaliyetlerine ilişkin belgeleri isteyebileceği gibi yazılı sorgu formu aracılığıyla göndereceği soruların cevaplanmasını da isteyebilir. Ayrıca davacılar, davalının çalışanlarına kıdemlerine bakılmaksızın soru yönelterek bu

<sup>56</sup> Giudici 2004, s. 81-82.

<sup>57</sup> Goldberg ve Gustafson 2010, s. 171-177.

<sup>58</sup> Ibid, s. 177.

çalışanların yeminli ifadelerine başvurabilir. Keza davacılar, davaya taraf olmayanlardan da (3. kişilerden) belge talep edebileceği gibi bu kişilerin tanıklıklarına da kolayca başvurabilir<sup>59</sup>. Özetle delil değişimi aşamasında gerçekleştirilen işlemler: tanıkların sorgulanması, soru listelerine yazılı cevap verme, belgelerin ibrazı, keşif, tıbbi inceleme ve ikrara davet olarak sıralanabilir<sup>60</sup>.

Elektronik ortamda saklanan bilgilere erişilmesi konusu, üzerinde en çok tartışma yapılan alanlardan birisidir. 2006 yılında Federal Medeni Usul Kurallarında yapılan değişiklikle, elektronik verilerin ve belgelerin, aynen fiziksel olarak var olan belgeler gibi delil değişimi kapsamında olduğu hususu açıklığa kavuşmuştur. Bu konuda önem arz eden bir diğer husus da, sistemdeki bazı verileri periyodik olarak temizleyen programların, delil değişimine konu olabilecek bilgileri silmesi durumudur. Böyle bir durumda ilgili tarafın iyi niyetli kabul edilebilmesi için söz konusu programları devre dışı bırakması gerekmektedir<sup>61</sup>.

Delil değişimine ilişkin olarak taraflara tanınan imkânlar sınırsız olmayıp, ticari sırlar veya diğer gizli bilgiler ile imtiyazlı bilgilere<sup>62</sup> erişim konusunda istisnalar benimsenmiştir. Keza çok fazla müdahaleci veya masraflı bir erişim talebi olması durumunda mahkemelerden, koruma talepleri (*protective order*) alınabilmektedir<sup>63</sup>. Ayrıca kamu otoriteleri de zaman zaman, yürüttükleri incelemeye zarar verebileceği gerekçesiyle özel hukuk davalarındaki delil değişim sürecinin ertelenmesini talep edebilmektedir<sup>64</sup>.

Delillere erişim bakımından benimsenen bu sürecin etkili bir şekilde işleyebilmesi, anılan süreçte üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeyenlere çeşitli yaptırımlar uygulanmasını şart koşmaktadır. Bu kapsamda ABD uygulamasında, hapis ve para cezasını da içeren cezai nitelikteki yaptırımların yanında, yükümlülüklerini yerine getirmeyen tarafın aleyhine olan vakıaların ispat edildiğinin kabul edilmesi gibi usuli yaptırımlar da uygulanmaktadır<sup>65</sup>.

<sup>59</sup> MCCARTHY, E., A. MALTAS, M. BAY ve J. RUIZ-CALZADO (2007), "Litigation Culture Versus Enforcement Culture: A Comparison of US and EU Plaintiff Recovery Actions in Antitrust Cases", *The Antitrust Review of the Americas 2007*, s. 38-39.

<sup>60</sup> FİGANMEŞE, İ. A. (2005), "Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini", Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, s. 187-191.

<sup>61</sup> Goldberg ve Gustafson 2010, s. 182 ve 184.

<sup>62</sup> Örneğin avukat-müvekkil yazışmalarının gizliliği ilkesi ve kendini suçlayıcı beyanda bulunma hakkı bu kapsamdadır.

<sup>63</sup> Holmes 2010, § 9.20.

<sup>64</sup> Goldberg ve Gustafson 2010, s. 172 ve 196.

<sup>65</sup> Figanmeşe 2005, s. 192-193.

Delillere erişim konusunda getirilen bu kurallar sayesinde, davada dayanak olarak kullanılacak yeterli delillere sahip olmayan davacıların bile, tazminat davası açması için önemli bir teşvik sağlanmaktadır<sup>66</sup>. ABD uygulamasında delil değişimi konusunda getirilen geniş yetkiler<sup>67</sup>, ayrık bir hukuki gelişme olarak değil, Yüksek Mahkemenin kararlarında önemi kabul edilmiş ve yasama organı tarafından da onaylanan bir müessese olarak görülmektedir. Bu çerçevede anılan süreç sadece usuli bir ilke değil, belki de anayasal dayanağı olan bir usul müessesesidir. Söz konusu usul müessesesinin özü, dava başladığı anda artık hiçbir şeyin gizli kalmamasıdır ve bu yönüyle, dünyanın başka yerlerinde öne çıkan bakış açılarından tamamen farklılaşmaktadır<sup>68</sup>.

Özel hukuk uygulamasıyla ilgili olarak yapılan çalışmalarda, AB üyesi ülkelerin neredeyse tamamında delillere erişim imkânlarının sınırlı olduğunun altı çizilmektedir. Bu durum ise medeni usul hukuklarında dava açılırken dava sebebini gösterme konusunda benimsenen kuralların (*pleading rules*) ABD uygulamasından farklılaşmasına bağlanmaktadır<sup>69</sup>. Davaların açılmasında temel olarak iki farklı sistem bulunmaktadır. Bunların ilki “vakıalara dayandırma ilkesi” (*fact-pleading*) olup, maddi vakıaların tamamının davanın başında belirtilmesini gerektirmektedir. İkinci ilke olan “ferdileştirme ilkesi” (*notice pleading*) ise dava konusu iddianın esasının (*nature of the claim*) karşı tarafa bildirilmesini yeterli kabul etmektedir. Bu çerçevede ilk sistemin, davacının gerekli bütün bilgi ve belgelere sahip olduğunu varsaydığı, ikinci sistemin ise davanın bizatihi kendisini, bilgilere erişmenin ve bilgileri ortaya çıkarmanın bir yolu olarak gördüğü<sup>70</sup> ve yargılama sürecinin, davacının iddiasına yönelik yeni bilgileri ortaya çıkaracağı esasına dayandığını söylemek mümkündür<sup>71</sup>. Hukuk davalarının yaklaşık olarak % 95’inin duruşma yapılmaksızın sona erdiği göz önüne alındığında, duruşma öncesi yapılan delil değişimi, adeta duruşmanın bizatihi kendisi olmaktadır<sup>72</sup>.

Bu noktada delillere erişim ve dava sebebini gösterme bakımından, ortak hukuk (*common law*) ile Kıta Avrupası hukuk geleneklerinin iki ayrı uçta durduğu görülmektedir. Söz konusu farklılık, medeni usul hukukunun amacına

<sup>66</sup> Mccarthy, Maltas, Bay ve Ruiz-Calzado 2007, s. 38-39.

<sup>67</sup> ABD uygulamasında delil değişimi sürecine ilişkin eleştiriler, mesnetsiz davaları teşvik etmesi, oldukça masraflı olması, çok fazla iş yükü ortaya çıkarması ve ticari sırları öğrenmek amacıyla kötüye kullanılmasıdır.

<sup>68</sup> HAZARD, G. C. (1998), “From Whom No Secrets Are Hid”, 76 *Texas Law Review* 1665, s. 1694.

<sup>69</sup> Giudici 2004, s. 82; Riley 2005, s. 383.

<sup>70</sup> Giudici 2004, s. 82-83.

<sup>71</sup> Riley 2005, s. 384.

<sup>72</sup> Giudici 2004, s. 82.



dair taban tabana zıt kavramlara dayanmaktadır. Kıta Avrupası hukuk geleneğinde özel hukuk davaları tamamen bireyler arasındaki bir mesele olarak görülmekte ve buna paralel olarak usul kuralları da, tarafların serbestçe iddialarını mahkeme önüne getirmelerine izin vermektedir. Dolayısıyla davanın taraflarının karşı tarafa yardım etmesi hoş görülmemekte ya da uygulanması imkansız olarak kabul edilmektedir. Ortak hukuk geleneğinde ise özel hukuk davalarına toplumcu bir bakış açısıyla yaklaşıldığından, gerçeğin ortaya çıkarılarak adaletin tesisi düşüncesi ön plana çıkmakta ve bu düşünce “discovery” gibi yetkileri içeren usul kurallarıyla desteklenmesi gereken bir değer olarak görülmektedir<sup>73</sup>.

Ancak ABD uygulamasında delil değişimine ilişkin olarak getirilen geniş imkânlarla, Yüksek Mahkemenin son dönemdeki kararlarında da şüpheyle yaklaşılmaya başlandığı ve dava dilekçesinde yer verilen iddiaların inandırıcı ve makul olmasının aranmaya başlandığı ifade edilmektedir<sup>74</sup>. Bu noktada kimi yazarlar tarafından, birçok ülke uygulamasında özel hukuk alanındaki tazminat davalarının artırılmaya çalışıldığı bir dönemde, ABD’de bu davaların uygulama alanının daraltılmaya çalışılmasının oluşturduğu tezata dikkat çekilmektedir<sup>75</sup>.

#### 1.4. Zamanaşımı

Clayton Kanunu’nun 4B maddesinde, üç kat tazminat talebiyle açılan davaların, dava sebebinin gerçekleştiği tarihten itibaren 4 yıl içerisinde açılması öngörülmekte, bir başka ifadeyle özel hukuk davaları için 4 yıllık bir zanaşımı süresi benimsenmektedir. Zarara neden olan davranışın gerçekleştiği tarihte ise dava sebebinin ortaya çıktığı kabul edilmektedir<sup>76</sup>.

ABD uygulamasında, zanaşımı bakımından da tazminat davalarının açılmasını zorlaştırmayacak düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu doğrultuda, kural olarak davacının zarara uğradığı anda başlamakta olan zanaşımı süresi, rekabet ihlalinin gerçekleştiği ancak zararın bilinmediği ya da sadece tahmin edilebildiği durumlarda işlememektedir. Örneğin önceki bir tarihte başlamış olan ancak varlığı bilinmeyen bir rekabet ihlali bakımından zanaşımı süresi, ihlalinin varlığının öğrenildiği tarihte başlayacaktır<sup>77</sup>. Ayrıca aynı konuya ilişkin olarak kamu otoritelerince yürütülen bir inceleme olması

<sup>73</sup> Riley 2005, s. 384; Giudici 2004, s. 82-83. Örneğin delil değişimine ilişkin yetkilerin müdahaleciliği konusunda mahkemeler, birkaç istisnai durum haricinde özel hukuk davalarında hiçbir şeyin kutsal olmadığını ifade etmektedir.

<sup>74</sup> Cavanagh 2010, s. 640 ve 645. Ayrıca bkz. Bell Atl. Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 2007; Ashcroft v. Iqbal, 129 S. Ct. 1937, 173 L. Ed. 2d 868, 73 Fed. R. Serv. 3d 837, 2009.

<sup>75</sup> Waller 2006, s. 51; Cavanagh 2010, s. 629; Brown, Konopka ve Cormier 2010, s. 47-48.

<sup>76</sup> Vakerics 2010, § 3.02.

<sup>77</sup> Özsunay 2005, s. 131.

durumunda, özel hukuk davaları bakımından durduğu kabul edilen zamanaşımı süresi, söz konusu incelemelerin sona ermesinden itibaren bir yıl boyunca da işlememektedir<sup>78</sup>.

### 1.5. Yargılama Giderleri

Yargılama giderlerine, davanın taraflarından hangisinin katlanacağı konusunda temel olarak iki farklı yaklaşım benimsenmektedir. Bunlardan ilki olan ve “İngiliz Kuralı” ya da “kaybeden öder ilkesi”<sup>79</sup> olarak adlandırılan yaklaşıma göre, davayı kazanan tarafın, avukatlık ücretinin tamamını ya da büyük bir kısmını kaybeden taraftan alması öngörülmektedir. İkinci yaklaşım olan “Amerikan Kuralı”na göre ise davalı, avukatlık ücretini davacıdan kural olarak tazmin edememektedir<sup>80</sup>.

Daha önce de ifade edildiği üzere Clayton Kanunu’nun 4. maddesinde, davayı kazanan davacılara makul<sup>81</sup> bir avukatlık ücreti ile dava masraflarının ödenmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır. Davacının davayı kazanması durumunda, bir başka deyişle tazminat ödenmesine karar verildiği takdirde, avukatlık ücretinin de ödenmesine karar verilmesi zorunludur. Davayı kazanan davacılara avukatlık ücretinin ödenmesindeki amaç, dava konusunda ciddi iddiaları olanların dava açmaya teşvik edilerek olası rekabet ihlallerinin önlenmesine yardımcı olmaktır. Ayrıca bu ücretler, zarara uğrayanların dava açmaları konusunda ilave teşvik sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle riskli ve masraflı bir davayı açmak konusunda davacıların yaptığı fayda-maliyet analizini dengelemektedir. Ancak birçok ülkedeki uygulamanın aksine ABD

<sup>78</sup> Vakerics 2010, § 3.02.

<sup>79</sup> Bu prensibin benimsenmesindeki en önemli gerekçe, mesnetsiz iddialara ilişkin davaların önlenmesidir.

<sup>80</sup> Giudici 2004, s. 83.

<sup>81</sup> Mahkemeler, istenen avukatlık ücretinin gerçekten makul olup olmadığını da incelemektedir. Bunu yaparken de avukatın tecrübesi ve tanınırlığı, dava konusu olayların orijinalliği, gerekli hukuki danışmanlığı yapabilmek için sahip olunması gereken yetenek gibi unsurlara bakmaktadır. Avukatlık ücretleri, rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılması konusunda teşvik sağlamak amacını taşıdığından, elde edilen delillerin çoğunun kamu hukuku uygulaması çerçevesinde ortaya çıkarılmış olması durumunda bu ücretlerin daha düşük miktarlarda belirlenmesi gerekir. Böyle durumlarda davacının iddiaları zaten ilgili ceza soruşturmasıyla oluşturulmaktadır. Keza ceza soruşturması sonucunda alınan karar, takip eden özel hukuk davalarında *prima facie* delildir (Bkz. Emich Motors Corp. v. Gen. Motors Corp., 340 U.S. 558, 570-571, 1951). Dolayısıyla mahkemelerin, davacıların bu tür delillere başvurup başvurmadığına bakarak, girilen riskin ve sorumluluğun görece düşüklüğünü yansıtarak avukatlık ücretlerini uygun bir şekilde düşürmesi gerektiği öne sürülmektedir (AMC Report 2007, s. 250- 251).

uygulanmasında davalı, dava lehine sonuçlanmış olsa bile avukatlık ücretine hak kazanamamaktadır<sup>82</sup>.

ABD uygulamasında avukatlık ücretlerine ilişkin bir diğer özendirici husus, davacıların avukatlar ile başarıya endeksli avukatlık ücreti kararlaştırabilmeleridir. Böylelikle davacılar, davayı kaybetmeleri durumunda davalının avukat ücretini karşılamak zorunda kalmadıkları gibi kendi avukatına da bir ücret ödemek durumunda kalmamaktadır. Bu çerçevede ABD uygulamasının, dava masraflarını paylaşmak suretiyle rekabet hukuku alanındaki davaları özendirdiğini söylemek mümkündür<sup>83</sup>.

## 2. AB REKABET HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARI

### 2.1. Genel Hukuki Çerçeve ve Tazminat Davalarının Gösterdiği Gelişim

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma<sup>84</sup> (ABİDA)'da, AB rekabet hukuku kurallarının ihlali halinde özel hukuk alanında uygulanabilecek yaptırımlardan sadece geçersizlik yaptırımına yer verilmekte olup<sup>85</sup>, bu ihlallerden doğan zararların giderilmesi için tazminat davaları öngörülmemektedir<sup>86</sup>. Bu nedenle rekabet ihlallerinden zarar görenlerce açılacak tazminat davaları, ulusal hukuklarda yer alan düzenlemeler çerçevesinde yürümektedir. Ancak ulusal hukuklarda yer alan düzenlemelerin farklılığı ve birçoğunun tazminat davalarının etkili bir şekilde uygulanmasına imkan tanıyacak araçlardan yoksun olması gibi nedenlerle, tazminat davaları yeterli ölçüde gelişme imkanı bulamamıştır. Bu durumun farkında olan Avrupa Komisyonu (Komisyon), ulusal mahkemelerde açılacak tazminat davalarını artırarak özel hukuk uygulamasından beklenen faydaları hayat geçirmenin yollarını aramakta ve sahip olduğu hukuk geleneğine uygun, Avrupa'ya özgü bir özel hukuk rejimi

<sup>82</sup> AMC Report 2007, s. 250-251. Avukat ücretlerine ilişkin olarak ABD uygulamasına getirilen temel eleştiri, üç kat tazminata ilave olarak davacının makul bir avukatlık ücretine de hak kazanmasının, özellikle de davalının davayı kazanması durumunda avukatlık ücretini isteyemediği dikkate alındığında, mesnetsiz davaların açılmasını kolaylaştırdığıdır (AMC Report 2007, s. 243). Davalının avukatlık ücretine hak kazanamaması kuralının istisnaları için bkz. HOLMES, W. C. (2010), *Antitrust Law Handbook*, § 9.24.

<sup>83</sup> Giudici 2004, s. 83.

<sup>84</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 83, 30.3.2010.

<sup>85</sup> İNAN, N. (2002), "Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü", *Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002* içinde, s. 590-628, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, s. 593.

<sup>86</sup> Her ne kadar ABİDA'nın 102. maddesinde geçersizliğe ilişkin bir hüküm bulunmasa bile, 101. maddenin ikinci fıkrasında anlaşma ve kararların geçersizliğine ilişkin olarak öngörülen hükümün, 102. madde kapsamındaki ihlaller bakımından da kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir (Komninos 2008, s. 159-160).

oluşturmaya çalışmaktadır<sup>87</sup>.

AB uygulamasında tazminat davalarını geliştirmeye dönük bu reform hareketinin altında yatan başlıca neden, bu davalardan elde edilmesi beklenen faydalardır. Söz konusu faydalar kısaca, rekabet ihlallerinin caydırılması ve hukuk kurallarına uygun davranılmasına katkı sağlanması, bu ihlallerden mağdur olanların zararlarının tazmini, bütün ihlalleri tespit edebilmek için yeterli kaynağa sahip olması mümkün olmayan kamu otoritelerinin uygulamalarının desteklenmesi ile belki de en önemlisi rekabet kültürünün oluşması ve rekabet hukuku kurallarının bilinirliğinin artırılması olarak sıralanabilir<sup>88</sup>. Bu çerçevede kişilerin sahip olduğu tazminat hakkından tam olarak yararlanması, AB rekabet hukuku kurallarının işleyişini güçlendirerek AB'deki etkin rekabetin korunması için önemli bir katkı sağlayacaktır. Nitekim 1/2003 sayılı Tüzüğün<sup>89</sup> dibace kısmının 7 numaralı paragrafında; rekabet hukuku kurallarının uygulanmasında üye ülke mahkemelerinin icra ettikleri görevin önemine değinilerek, rekabet otoritelerinin görevlerini tamamlayıcı bir rol üstlendiklerine vurgu yapılmaktadır.

AB uygulamasında tazminat davalarına ilişkin olarak yaşanan gelişmeler ve tarihsel süreç üç ana başlık altında incelenebilir. Bu başlıklar, AB Adalet Divanı (ABAD)'nın Kararları, "Modernizasyon Süreci" ve "Tartışma ve Öneri Metinleri" olarak sıralanabilir. Aşağıda öncelikle bu başlıklar kapsamında yaşanan önemli gelişmelere yer verilecek, ardından makale kapsamında belirlenen usuli meselelere değinilecektir.

ABAD'ın 2001 yılına kadar aldığı kararlara bakıldığında, ihlallerden zarar görenlerin ulusal mahkemelerde tazminat davası açma olasılığından bahsedilmekle birlikte<sup>90</sup> üye ülkelerin, rekabet kurallarının ihlalinden doğan zararlar bakımından karar verme konusunda topluluk hukukundan doğan yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı özelinde bir değerlendirme yapmadığı

<sup>87</sup> Cengiz 2010, s. 39. Bu noktada, ABD uygulamasındaki kimi özendirici düzenlemelerin kötüye kullanıldığı gerekçesiyle, bu uygulamanın aşırılıklarından kaçınmak ve bir dava kültürü oluşturmamak gibi hususların, AB metinlerinde sıklıkla dile getirildiği belirtilmelidir.

<sup>88</sup> WOODS, D., A. SINCLAIR ve D. ASHTON (2004), "Private Enforcement of Community Competition Law: Modernisation and the Road Ahead", *Competition Policy Newsletter*, Yıl 2004, Sayı 2, s. 32; Sanlı 2003, s. 221-222; NİHAİ RAPOR (2007), Report for the European Commission, "Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios", 21.12.2007, DG COMP/2006/A3/012, s. 9-10.

<sup>89</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16.12.2002, on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ L 1/1, 4.1.2003

<sup>90</sup> Komninos 2008, s. 165. Bkz. Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SV SABAM and NV Fonior, [1974] ECR 51, para. 16 ve 22; Case C-282/95 P Guerin Automobiles v. Commission, [1996] ECR I-1503, para. 39; Case C-242/95, GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner, [1997] ECR I-4349, para. 57.

görülmektedir. Ancak bu tarihte ABAD'ın, *Courage Crehan*<sup>91</sup> davasında aldığı kararla, ihlalden zarar görenlerin tazminat hakkının bulunduğu açıkça tespit edilerek<sup>92</sup>, rekabet ihlalden zarar görenlerin tazminat hakkına sahip olmaması durumunda, gerek ABİDA'nın etkili bir şekilde uygulanmasının gerekse 101. maddede yer verilen yasaklamadan beklenenlerin tehlike altına gireceği belirtilmiştir<sup>93</sup>.

Özel hukuk alanındaki yaptırımlara ilişkin olarak ABAD'ın aldığı ikinci önemli karar ise 2006 yılındaki *Manfredi*<sup>94</sup> kararıdır. Bir önceki kararda belirtilen hususlara ilave olarak ABAD'ın bu kararında, rekabet ihlali ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı bulunmak koşuluyla, herkesin tazminat hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir<sup>95</sup>. Kararda öne çıkan diğer bir husus da, belirli koşullar çerçevesinde AB rekabet hukuku kurallarının ihlali halinde de cezalandırıcı tazminata (*punitive damages*) hükmedilmesinin mümkün olduğunun belirtilmesidir<sup>96</sup>.

AB rekabet hukukunda tazminat davalarına ilişkin uygulamayı etkileyen gelişmelerin ikinci aşaması olarak modernizasyon süreci gösterilebilir. Bilindiği üzere, 1/2003 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesine kadar, ABİDA'nın 101. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında muafiyet tanıma yetkisinin münhasıran Komisyon'a ait olduğu "merkezi bir bildirim ve izin sistemi" uygulanmıştır. Bu sistemde, ulusal rekabet otoriteleri ile mahkemelerin, grup muafiyetlerine ilişkin düzenlemeler hariç olmak üzere, muafiyet kurallarını uygulama yetkisi bulunmamaktadır<sup>97</sup>. Söz konusu uygulamanın, tazminat davalarını olumsuz biçimde etkileyen yönü ise ulusal mahkemelerde görülen davaları uzatmak veya sürüncemede bırakmak amacıyla, dava konusuna ilişkin olarak Komisyon'a muafiyet başvurusunda bulunulmasına imkan tanımasıdır. Nitekim Modernizasyona İlişkin Beyaz Kitap'ta<sup>98</sup> teşebbüslerin, söz konusu sistemi yalnızca hukuki güvenlik elde etmek için değil, aynı zamanda ulusal

<sup>91</sup> Case C-453/99, *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, [2001] ECR I-6297.

<sup>92</sup> BRKAN, M. (2005), "Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reform?", 28 *World Competition* 479, s. 480.

<sup>93</sup> Ibid para. 26.

<sup>94</sup> Case C-295/04, *Vincenzo Manfredi and Others v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, [2006] ECR I-6619

<sup>95</sup> Ibid. para. 61.

<sup>96</sup> Ibid. para. 92-93.

<sup>97</sup> ATA, Ç. D. (2010), *Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 109, Ankara, s. 38.

<sup>98</sup> The White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty of May 1999, OJ C 132/1, s. 3, para. 6.

mahkemelerde açılacak özel hukuk davalarını önlemek için de kullandıkları da bir bakıma itiraf edilmiştir.

Ancak 1/2003 sayılı Tüzük'le benimsenen politika değişikliği sonrasında ademi merkezîyetçi uygulamaya geçilerek, muafiyet bakımından Komisyonun sahip olduğu karar verme tekeli sona erdirilmiş ve ulusal mahkemelerin muafiyet kurallarını da doğrudan uygulayabilmesi esas benimsenmiştir. Yine bu değişiklik ile ilişkili olarak, bildirim ve izin sisteminin terk edilerek, muafiyet değerlendirmesini teşebbüslerin kendilerinin yaptığı "yasal istisna" sisteminin getirildiği görülmektedir<sup>99</sup>. Söz konusu değişiklikleri tamamlayan son bir kural da, ispat yükünün, muafiyetten yararlandığını iddia eden tarafa yüklenmesidir<sup>100</sup>. Her ne kadar tazminat davalarının gelişmesi bakımından gerekli ve önemli bir adım olsa da, bu sistem değişikliğinin, tek başına yeterli etkiyi doğurmasını beklemek mümkün değildir<sup>101</sup>.

İşte tam da bu noktada, AB rekabet hukukunda tazminat davalarına ilişkin uygulamayı şekillendiren üçüncü aşamaya geçildiği görülmektedir. Bu aşamadaki ilk gelişme, AB üyesi ülkelerdeki durumu inceleyen Karşılaştırmalı Rapor'un<sup>102</sup> hazırlanmasıdır. Söz konusu Rapor, tazminat davaları bakımından AB üyesi ülkelerdeki durumun, "hayret verici bir çeşitlilik ve tam bir az gelişmişlik" tablosu çizdiği tespiti ile başlamaktadır. Karşılaştırmalı Rapor'daki bu tespitleri de dikkate alan Komisyon, tazminat davalarının önündeki başlıca engelleri ve bunlara ilişkin alternatif çözüm önerilerini içeren Yeşil Kitap<sup>103</sup> ile buna ilişkin Çalışma Belgesi'ni<sup>104</sup> 2005 yılının sonunda kamuoyunun görüşüne açmıştır. Yeşil Kitap'ta sorunlu olarak görülen alanlar, delillere erişim, kusurun varlığı, zarar ve zararın hesaplanması, aktarma savunması (*passing on defence*) ve dolaylı alıcının dava hakkı, toplu davalar, dava masrafları, kamu hukuku ile özel hukuk uygulaması arasındaki eşgüdüm, yargı yetkisi ve uygulanacak hukuk ile zamanaşımı başlıkları altında incelenmiştir. Yeşil Kitap'a ilişkin olarak Komisyon'a yapılan yaklaşık 150 adet geri dönüşte, tazminat davalarının etkili bir şekilde işlediği bir uygulamanın, hem AB rekabet hukuku uygulamasına sağlayacağı katkı, hem de zarar görenler

<sup>99</sup> Woods, Sinclair ve Ashton 2004, s. 31.

<sup>100</sup> Brkan 2005, s. 481.

<sup>101</sup> Komminos 2008, s. 141.

<sup>102</sup> KARŞILAŞTIRMALI RAPOR (2004), Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules, 31.8.2004, ASHURST.

<sup>103</sup> YEŞİL KİTAP (2005), European Commission, GREEN PAPER, Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672.

<sup>104</sup> ÇALIŞMA BELGESİ (2005), Commission Staff Working Paper, Annex to the GREEN PAPER, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672.

bakımından adaletin tesisini gerçekleştirmesi nedeniyle istenen bir amaç olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır<sup>105</sup>.

Yeşil Kitaba ilişkin görüşleri, kendi politika hedeflerini ve 2006 yılında ABAD'ın *Manfredi* kararındaki yaklaşımını dikkate alan Komisyon, 2008 yılında Beyaz Kitap<sup>106</sup> ile buna ilişkin Çalışma Belgesi'ni<sup>107</sup> yayınlamıştır. Yine Yeşil Kitap'ta belirlenen başlıklar paralelinde hazırlanan bu belgelerin amacı, zarar görenlerin sahip olduğu tazminat haklarını etkili bir şekilde kullanabilmeleri için gerekli yasal koşulları iyileştirmek adına somut ve ayrıntılı öneriler sunmaktır. Bu çerçevede Beyaz Kitap'ta belirlenen en temel ilke, ortaya çıkan zararın tam olarak tazmin edilmesi (*full compensation*) olmuştur.

Bu kısımda son olarak, AB üyesi ülkelerde açılan tazminat davalarının sayısına ilişkin bilgilere yer verilmelidir. Dava sayılarına ilişkin ilk veriler, 2004 yılında yayınlanan Karşılaştırmalı Rapor'da yer almıştır. Buna göre, AB veya üye ülke rekabet hukukları çerçevesinde yaklaşık 60 adet dava açıldığı, bu davalardan ise 28'inde tazminata hükmedildiği bildirilmiştir<sup>108</sup>. 2007 yılı sonunda hazırlanan Nihai Rapor'da ise açılan davaların sayısı 96 olarak belirtilmiştir<sup>109</sup>. 1/2003 sayılı Tüzüğün 15. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca üye devletler tarafından Komisyon'a, 1.5.2004-1.3.2010 tarihlerini kapsayan dönemde 173 adet ulusal mahkeme kararı raporlanmıştır. Yapılan bu bildirimlere göre, her üye devlet başına yılda 1,1 dava açıldığı, ilk beş sırada yer alan ülkelerde açılan davaların tüm davaların %83'ünü oluşturduğu, 11 üye ülkenin ise hiçbir dava bildirmediği, dolayısıyla dava bildiren üye ülkeler arasında ortalama yıllık dava sayısının 1,8 olduğu görülmektedir<sup>110</sup>.

AB uygulamasında son yıllarda yaşanan gelişmelerde önemli bir yere sahip olan Yeşil ve Beyaz Kitap'lar ile bu belgelerin altyapısını teşkil eden Çalışma Belgeleri, tazminat taleplerinin yaygınlaşması için daha verimli bir sistemin önündeki engelleri belirlemekte ve çözüm önerileri sunmaktadır. Dolayısıyla AB rekabet hukukundaki tazminat davalarına ilişkin uygulamanın, söz konusu belgelerdeki öneriler çerçevesinde incelenmesi önem taşımaktadır. Bu kapsamda, makalenin giriş bölümünde belirtilen konular özelinde Komisyon'un yaptığı önerilere aşağıda yer verilmektedir.

<sup>105</sup> MILUTINOVIC, V. (2010), *The Right to Damages Under EU Competition Law*, Kluwer Law International, Netherlands, s. 77.

<sup>106</sup> BEYAZ KİTAP (2008), European Commission, WHITE PAPER, Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules, Brussels, 2.4.2008, COM (2008) 165.

<sup>107</sup> ÇALIŞMA BELGESİ (2008), Commission Staff Working Paper, Accompanying the WHITE PAPER, Brussels, 2.4.2008, COM (2008) 165.

<sup>108</sup> Anılan kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Karşılaştırmalı Rapor 2004, s. 100.

<sup>109</sup> Nihai Rapor 2007, s. 39.

<sup>110</sup> Milutinovic 2010, s. 78.

## 2.2. Kolektif Hukuki Himaye Yolları

Rekabet ihlalleri nedeniyle zarara uğrayan tüketicilerin ve küçük işletmelerin tazminat davası açmalarının, imkansız olmasa bile pek de mümkün olmadığı tespitinin ardından Yeşil Kitap'ta, söz konusu kişilerin menfaatlerinin daha iyi korunmasına imkan tanıyacak kolektif hukuki himaye yollarına önem verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira kolektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik davalar, her ne kadar Kıta Avrupası usul hukuklarında çok benimsenmeseler de<sup>111</sup>, tüketicilerin menfaatlerini korumanın ötesinde, düşük miktartlı talepler içeren ancak çok sayıda davanın bir araya toplanması suretiyle zaman ve maliyet tasarrufu da sağlamaktadır<sup>112</sup>.

Kolektif hukuki himayeye yönelik davalardan beklenen faydaların bu şekilde ortaya konulduğu Yeşil Kitap'ta, konuyla ilgili iki öneride bulunmaktadır. Bunlardan ilki tüketicilerin bireysel olarak dava açma hakları korunmak kaydıyla, tüketici birliklerine dava açma hakkı tanınmasıdır. Bu öneriye ilişkin olarak verilecek görüşlerde, dava açabilecek yetkili birliklerin belirlenmesinde uygulanabilecek yöntemler (tescil veya yetkilendirme sistemi), tazminatın dağıtılması (birliğin kendisine mi yoksa doğrudan üyelere mi ödeneceği) ve ödenecek tazminatın hesaplanması (birliğe ödenecek tazminatın kusurlu tarafın elde ettiği kazanç, üyelere ödenecek tazminatın ise uğradıkları zarara göre hesaplanması) gibi konuların da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. İkinci öneri ise **nihai tüketiciler** dışındaki alıcı gruplarına dava açma imkanı tanıyan bir grup davasının (kolektif davanın) düzenlenmesidir<sup>113</sup>.

Yeşil Kitap'ta yer verilen bu iki öneri, esas itibariyle Beyaz Kitap'ta da korunmuştur. Bununla birlikte Komisyon, gerek birlik davaları gerekse grup davalarına ilişkin önerilerinin bazı ayrıntılarına yer verdiği gibi bu önerilerde bazı ufak değişiklikler de yapmıştır. Bu çerçevede Beyaz Kitap'ta ilk olarak, daha ziyade geniş kitleleri etkileyen ve düşük miktartlı zararları tazmin etmeyi hedeflediği anlaşılan birlik davalarının, tüketici birlikleri, kamu kuruluşları veya ticaret odaları gibi yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından açılacağı belirtilmiştir. Söz konusu kuruluşlar önceden yetkilendirilmiş olabileceği gibi, belirli bir rekabet ihlali bakımından geçici olarak da yetkilendirilebilecektir.

<sup>111</sup> Bu tespit, daha ziyade tazminat talebi içeren toplu davalar için geçerli olup, kaçınma talebi içeren toplu davaların bir biçimde üye ülkelerde uygulandığı görülmektedir. Bunun en temel nedeni, üye ülkelerin belirli alanlarda kaçınma talepli toplu davalara yer vermesini öngören AB mevzuatıdır. Söz konusu alanlardan biri, tüketici hukuku olup bu alandaki düzenleme için bkz. Directive 98/27/EC of The European Parliament and of The Council of 19 May 1998 on Injunctions for The Protection of Consumers' Interests, OJ L 166, 11.6.1998, s. 51. Çevre hukuku alanında Aarhus Sözleşmesi, üye devletleri adalete erişimi sağlamakla yükümlü tutmaktadır.

<sup>112</sup> Yeşil Kitap 2005, s. 8.

<sup>113</sup> Yeşil Kitap 2005, s. 9.



Zarar görenler adına açılan bu davalarda, kural olarak zarar görenlerin belirli olması gerekecek, ancak çok istisnai hallerde zarar görenlerin tam olarak belirli olmaması durumunda da birlik davaları açılacaktır. Grup davalarına ilişkin olarak ise Komisyon, bu davaların nihai alıcılar haricindeki alıcı grupları tarafından açılacağı şeklindeki önerisini değiştirmiş ve zarar gören herkesin bu davaları açabileceğini ifade etmiştir<sup>114</sup>.

Ayrıca Beyaz Kitap'ta, birlik davalarını açmak üzere yetkilendirilmiş kuruluşların, her rekabet ihlali bakımından bu davaları açmasının mümkün olmayabileceği ya da bu konuda çekingenlik gösterebileceği gerekçesiyle, bu iki dava türünün birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu belirtilmektedir. Toplu davalara ilişkin olarak vurgulanan son hususlar, zarar görenlerin bireysel olarak dava açma imkanının saklı kalması gerektiği ve aynı zararın birden fazla tazmin edilmesini önleyen tedbirlerin alınması gerektiğidir<sup>115</sup>.

Komisyon'un, toplu davaları geliştirmeye ve AB üyesi ülkelerdeki uygulamayı yeknesak kılmaya dönük çabaları, yalnızca rekabet hukuku alanında açılacak tazminat davalarıyla sınırlı değildir. Tüketici hukuku alanındaki toplu davalara ilişkin olarak 2008 yılında Yeşil Kitap<sup>116</sup> yayınlayan Komisyon, 2011 yılının ilk aylarında ise bir Çalışma Belgesi<sup>117</sup> yayınlamış ve kamuoyunun görüşlerini talep etmiştir. Komisyon'un bu girişimlerdeki temel etken, toplu davalar bakımından üye ülkelerde benimsenen çok farklı uygulamaları, belirli ölçüde yeknesaklaştırmaktır.

Gerçekten de AB üyesi ülkelerin uygulamaları incelendiğinde, tazminat talebi içeren toplu davalar bakımından her ulusal sistemin kendine özgü olduğu ve bu alanda benzer hiçbir ulusal sistemin bulunmadığı görülmektedir. Bu çerçevede örneğin, tazminat talepli toplu davaların bazıları sadece belirli (sermaye yatırımları, rekabet hukuku gibi) alanlarda uygulanırken, diğerleri daha geniş bir uygulama alanına sahip olmaktadır. Yine benzer bir şekilde dava açma hakkının, bazılarında kamu otoritelerine, diğerlerinde ise tüketici birliklerine veya gerçek kişilere tanındığı görülmektedir. Uygulamadaki bir diğer farklılık tazminat talepli toplu davalardan faydalananlar bakımından karşımıza çıkmakta ve birçok düzenlemede tüketicilerin bu davalardan yararlanmasına izin verilirken, bazılarında ise tüketiciler yanında küçük işletmeler gibi zarar görenlere de bu imkan tanınmaktadır. Yine birçok üye

<sup>114</sup> Beyaz Kitap 2008, s. 4.

<sup>115</sup> Beyaz Kitap 2008, s. 4.

<sup>116</sup> YEŞİL KİTAP (2008), Green Paper on Consumer Collective Redress, 27.11.2008, COM (2008) 794.

<sup>117</sup> ÇALIŞMA BELGESİ (2011), Commission Staff Working Document, Public Consultation: Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, Brussels, 4.2.2011, SEC (2011) 173.

ülkede (İsveç, İtalya), bu davalar sonucunda alınan kararlar sadece davada yer almayı açıkça beyan edenleri bağlarken (opt-in), bazı üye ülkelerde (Portekiz, Danimarka, Hollanda) davaya katılmamayı açıkça beyan etmeyen herkes için (opt-out) bağlayıcı olmaktadır. Bu konudaki son bir farklılık da, dava kapsamındaki kişilerin belirleneceği zamana ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu belirleme bazı üye ülkelerde (İngiltere) dava açılmadan yapılırken, diğerlerinde (Polonya, İspanya) dava açıldıktan sonra yapılmaktadır<sup>118</sup>.

### 2.3. Delillere Erişim

Rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarında, zarar görenlerin karşılaştığı en büyük zorluklardan biri delillere erişim konusudur. Bu hususta yaşanan güçlük, delillerin genellikle rekabet ihlalini gerçekleştiren tarafın hâkimiyetinde olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla tazminat davalarının etkili bir şekilde uygulamasında kilit bir unsur haline gelen delillere erişim konusu, özellikle rekabet otoritelerinin karar vermesinden önce açılan davalar (*stand alone actions*) bakımından daha da önem kazanmaktadır<sup>119</sup>. Bu doğrultuda Komisyon'un, söz konusu engelleri ortadan kaldırmak üzere Yeşil Kitap'ta 3 farklı başlıkta öneriler getirdiği görülmektedir. Söz konusu başlıklar, yargılama sürecinde delillere erişim, rekabet otoritelerince elde edilen delillere erişim ve son olarak da ispat yükü ve standardıdır.

*Yargılama sürecinde delillere erişim* ile ilgili olarak Yeşil Kitap'ta getirilen ilk öneri, davanın taraflarından birinin, dava ile ilgili vakıaları detaylı bir şekilde ortaya koyması ve kendi iddialarını destekleyen deliller sunması halinde, ilgili delillerin açıklanması yükümlülüğü getirilmesidir. Bu yükümlülük, davayla ilgili olan ve makul ölçüler çerçevesinde belirlenebilir, yani tarafa aşırı külfet gerektirmeksizin erişilebilir<sup>120</sup> belgelerle sınırlı olmalı ve uygulanmasına ancak mahkeme tarafından karar verilebilmelidir. İkinci öneri, delillerin açıklanmasına ilişkin mevcut kuralları biraz daha genişleterek, vakıalara dayandırma ilkesi çerçevesinde bazı delil kategorilerinin, mahkeme kararıyla açıklanmasını öngörmektedir. Üçüncü öneri, yine vakıalara dayandırma ilkesi çerçevesinde tarafların, davayla ilgili olarak ellerinde bulunan belgelerin listesini diğer tarafa sunma yükümlülüğü getirmektir. Dördüncü öneri, belgelerin açıklanmasını temin etmek amacıyla dava konusu delillerin yok edilmesine karşı yaptırımlar benimsenmesini öngörmektedir. Beşinci öneri ise, ilgili delilleri koruma yükümlülüğü getirilmesidir. Bu yükümlülük kapsamında,

<sup>118</sup> Çalışma Belgesi 2011, s. 4.

<sup>119</sup> Yeşil Kitap 2005, s. 5; Çalışma Belgesi 2005, s. 18; Nihai Rapor 2007, s. 345.

<sup>120</sup> Kortunay 2009, s. 97.

dava öncesinde ihlalin varlığına ilişkin olarak inandırıcı deliller sunan taraf, söz konusu önlemlerin alınmasını mahkemeden talep edebilmelidir<sup>121</sup>.

**Rekabet otoritelerince elde edilen delillere erişim** ile ilgili olarak Yeşil Kitap'ta iki öneri getirilmiştir. Bunlardan ilki, davanın taraflarının, rekabet otoritelerince yürütülen bir inceleme kapsamında sundukları bütün delilleri davanın diğer tarafına sunmasıdır. Bu kuralın istisnaları ise pişmanlık başvurusunda bulunanlarca sunulan belgeler ile ticari sırlar ve diğer gizli bilgilerdir. İkinci öneri, Komisyon tarafından elde edilen belgelere ulusal mahkemelerin erişebilmesidir<sup>122</sup>.

**İspat yüküne** ilişkin olarak Komisyon'un getirdiği önerilerden ilki, AB üyesi ülkelerin rekabet otoritelerince verilen ihlalin varlığına ilişkin kararların mahkemeleri bağlayıcı olması ya da böyle bir kararın varlığı halinde ispat yükünün yer değiştirmesidir. Bu konudaki ikinci öneri, taraflar arasında bilgi asimetrisinin söz konusu olduğu durumlarda, bunun ortadan kaldırılması amacıyla ispat yükünün davacı lehine yer değiştirmesidir. Üçüncü ve son öneri ise davalının, haklı gerekçeler olmaksızın delilleri ortaya çıkarmaktan kaçınması halinde, bu hususun davacının iddialarını ispat edip etmediği değerlendirilirken dikkate alınması ya da ispat yükünün yer değiştirmesidir<sup>123</sup>.

Beyaz Kitap'ta, davanın tarafları arasındaki bilgi asimetrisini ortadan kaldırmak bakımından delillere erişim konusunun önemine bir kez daha vurgu yapan Komisyon, aynı zamanda bu konuda getirilecek imkanların kötüye kullanılma riskinin de dikkate alınarak, fazla geniş ve taraflara aşırı külfet yükleyen açıklama yükümlülüklerinin olumsuz etkilerinden kaçınmak gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle Komisyon, delillere erişimin, vakıalara dayandırma ilkesi çerçevesinde ve mahkemenin, iddianın makul olup olmadığı ve delillerin açıklanması talebinin ölçülülüğü konularında sıkı gözetimi olması gerektiğini belirtmektedir<sup>124</sup>.

Delillere erişim konusunda Komisyon'un benimsediği temel ilkeler olarak nitelendirilebilecek bu ilkeler çerçevesinde yapılan öneriler ise şu şekilde sıralanabilir.

- Belirli koşullar altında ulusal mahkemeler, taraflara veya üçüncü kişilere, kategorileri kesin olarak belirlenmiş ilgili delillerin açıklanması yükümlülüğü getirebilmelidir.
- Delillerin açıklanması yükümlülüğü getirilmesi için davacı;

<sup>121</sup> Yeşil Kitap 2005, s. 5; Çalışma Belgesi 2005, s. 28-29.

<sup>122</sup> Yeşil Kitap 2005, s. 6.

<sup>123</sup> Yeşil Kitap 2005, s. 6.

<sup>124</sup> Beyaz Kitap 2008, s. 5.

- Bir rekabet ihlali nedeniyle zarara uğradığını göstermek bakımından inandırıcı olmak koşuluyla, makul ölçüler çerçevesinde bilebileceği bütün vakıaları ve erişebileceği bütün delilleri sunmalıdır.
- Kendisinden, makul ölçüler çerçevesinde beklenebilecek bütün çabaları göstermesine rağmen, söz konusu delillere ulaşamadığını göstermelidir.
- Açıklanması talep edilen delillerin kategorilerini, yeterli ölçüde kesinleştirmelidir.
- Açıklama yükümlülüğünün davayla ilgili, gerekli ve orantılı olduğunu göstermelidir.
  - Pişmanlık başvuruları çerçevesinde yapılan açıklamalar ile rekabet otoritelerinin yürüttüğü soruşturmalara yeterli koruma sağlanmalıdır.
  - Delillerin yok edilmesini ya da açıklama yükümlüğüne uyulmamasını önlemek için yeterli yaptırımlar getirilmelidir<sup>125</sup>.

Komisyon'un Beyaz Kitap'ta benimsediği bu önerilerde, delillerin açıklanmasına ilişkin olarak bazı hukuk sistemlerinde benimsenen yöntemlerin olumsuz sonuçlarını önlemek endişesinin hakim olduğu görülmektedir. Zira Komisyon, başta ABD uygulamasında olmak üzere, delillere erişim konusunda benimsenen çok geniş kapsamlı, fazla zaman alan ve oldukça da masraflı olan usullerin, kötüye kullanılmaya<sup>126</sup> son derece açık olduğu kanaatindedir. Dolayısıyla Komisyon'un benimsediği yaklaşım esas itibariyle, gerek oldukça geniş ve masraflı süreçlerin yol açtığı kötüye kullanmaları, gerekse delillerin sırf bir başka kişinin elinde olması sebebiyle kullanılmaması şeklinde ortaya çıkan engelleri önlemeyi amaçlamaktadır<sup>127</sup>.

#### **2.4. Zamanaşımı**

Rekabet ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davaları için öngörülen zamanaşımı süreleri, rekabet otoriteleri tarafından sonuçlandırılan dosyaların ardından açılacak davalarda özellikle önem arz etmektedir. Keza delillere erişim bakımından var olan sınırlamalar, davanın açıldığı sırada bütün delillerin mahkemeye sunulması zorunluluğuyla birleştiğinde, zamanaşımı sürelerinin kısa olması daha da önemli bir sorun haline gelecektir. Zira bu durumda, dava malzemesinin (vakıaların ve delillerin) hazırlanması çok daha uzun bir zaman

<sup>125</sup> Beyaz Kitap 2008, s. 5.

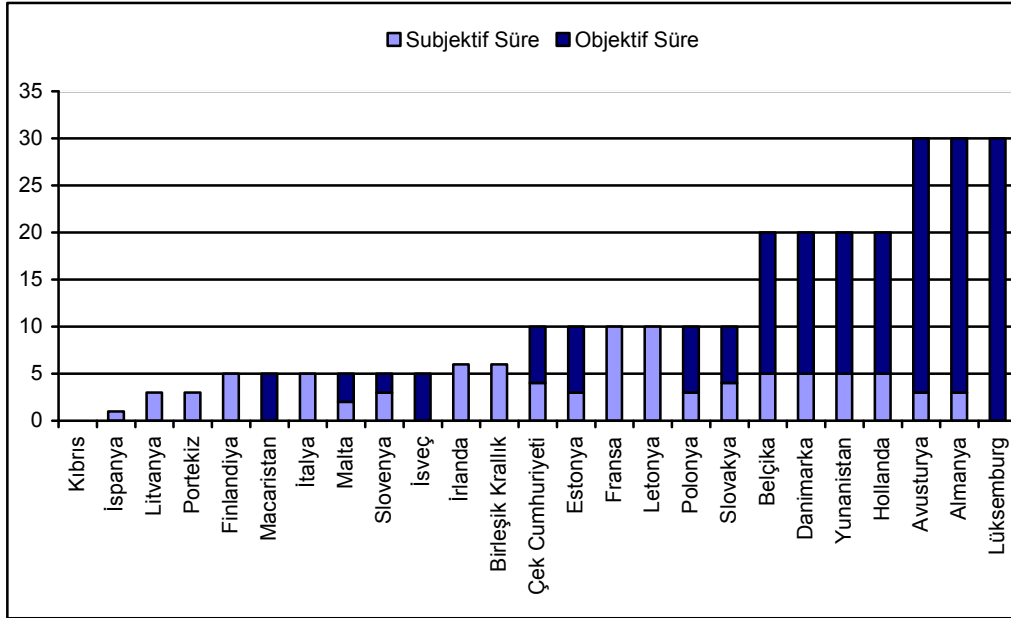
<sup>126</sup> Örneğin davanın dayandığı iddiaların mesnetsiz olması halinde bile, delillere erişim bakımından getirilen geniş ve masraflı yetkilere başvurulması ve davalıların üzerinde uzlaşma konusunda baskı oluşturulması ya da mali açıdan iyi durumda olan davalıların, oldukça masraflı olan bu yetkilere başvurarak davacıyı daha düşük uzlaşma miktarlarını kabul etmeye zorlaması (Çalışma Belgesi 2008, s. 30).

<sup>127</sup> Çalışma Belgesi 2008, s. 30.

alacaktır. Dolayısıyla uzun zamanaşımı süreleri veya bu süreleri durduran düzenlemelerin varlığı, tazminat davalarının yaygın ve etkili kılınmasında önemli bir role sahiptir<sup>128</sup>.

Karşılaştırmalı Raporda, AB üyesi ülkelerde uygulanan zamanaşımı sürelerine ve bu sürelerin işlemeye başlayacağı tarihe ilişkin ciddi farklılıklar bulunduğu ortaya konulmaktadır. Söz konusu farklılığı daha açık bir şekilde ortaya koyabilmek adına aşağıdaki grafikte, üye ülkelerde uygulanan ve 1 ila 30 yıl arasında değişen zamanaşımı sürelerine yer verilmektedir.

**Grafik 3 -**  
AB Üyesi Ülkelerde Öngörülen Zamanaşımı Süreleri<sup>129</sup>



Bilindiği üzere zamanaşımı süreleri, davacının zarardan haberdar olduğu veya olması gerektiği tarihten itibaren işlemeye başlayan süreler (subjektif süre) ve zarara ilişkin olarak davacının bilgisinden bağımsız olarak işleyen süreler (objektif süre) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu çerçevede AB üyesi ülkelerdeki düzenlemeler incelendiğinde, bazı ülkelerin sadece bir tür zamanaşımı süresini kabul ettikleri (örneğin Fransa, İtalya, İspanya, İsveç), diğerlerinin ise her iki zamanaşımı süresini de uyguladıkları (örneğin Avusturya,

<sup>128</sup> Yeşil Kitap 2005, s. 11; Çalışma Belgesi 2005, s. 14.

<sup>129</sup> Karşılaştırmalı Rapor 2004, s. 89.

Almanya, Belçika, Yunanistan, Hollanda) görülmektedir<sup>130</sup>. Zamanaşımı sürelerinin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı da, her iki süre türüne göre değişmektedir. Subjektif sürenin işlemeye başlayacağı tarih genellikle, zararın öğrenildiği veya öğrenilmesi gerektiği tarihte başlarken<sup>131</sup>, objektif süre, ihlalin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemektedir<sup>132</sup>.

Sonuç itibarıyla, zamanaşımı süreleri bakımından üye ülkeler arasındaki dikkat çekici farklılığın, tazminat davalarının açılmasına ilişkin koşulların da çeşitlenmesine yol açması kaçınılmazdır<sup>133</sup>. Bütün bu endişeler dikkate alınarak, zamanaşımı süreleri bakımından Yeşil Kitap'ta iki öneri getirilmiştir. Bunlardan ilki Komisyon veya bir üye ülke rekabet otoritesince soruşturma başlatılması halinde zamanaşımı süresinin durması, ikincisi ise zamanaşımı süresinin, rekabet ihlali hakkındaki kararın kesinleşmesinden<sup>134</sup> itibaren işlemeye başlamasıdır<sup>135</sup>.

Yeşil Kitap'ın yayınlanmasının ardından ABAD'ın aldığı *Manfredi* kararında da zamanaşımı konusuna değinilmektedir. Söz konusu kararda, anlaşmanın veya uyumlu eylemin yapıldığı tarihten itibaren zamanaşımı süresinin başlayacağını düzenleyen bir iç hukuk kuralının, özellikle de durması veya kesilmesi söz konusu olmayan kısa bir zamanaşımı süresi öngörüyor olması halinde, uygulamada tazminat taleplerinin ileri sürülmesini imkansız hale getirebileceği vurgulanmaktadır. Böyle bir durumda ise devam eden veya tekrarlanan ihlaller bakımından, ihlal daha sona ermeden zamanaşımı dolacak ve zarar görenler dava açamayacaklardır<sup>136</sup>.

ABAD'ın *Manfredi* kararında belirttiği bu endişeleri de dikkate alan Komisyon'un, Beyaz Kitap'ta zamanaşımı konusunda getirdiği önerilerine yenilerini eklediği görülmektedir. Bu durumun temel nedeni, hem devam eden veya tekrarlanan ihlaller bakımından hem de karteller gibi gerek devam ettiği dönemde gerekse sona ermesinden sonra haberdar olunması güç olan ihlaller bakımından zarar görenlerin, zamanaşımının başlayacağı tarihe ilişkin olarak zorluklarla karşılaşacak olmasıdır. Söz konusu sakıncaları gidermek için yapılan

<sup>130</sup> Nihai Rapor 2007, s. 533.

<sup>131</sup> Zararın öğrenilmesi gerektiği tarihin tespitinde, gösterilmesi gereken dikkat ve özen derecesi de ülke uygulamalarına göre farklılık arz etmektedir.

<sup>132</sup> Karşılaştırmalı Rapor 2004, s. 88.

<sup>133</sup> Nihai Rapor 2007, s. 534.

<sup>134</sup> Burada kesinlikten kastedilen, rekabet otoritesinin kararına karşı yargı yoluna başvurmak için öngörülen sürenin dolması veya bu karara karşı yargı yoluna başvurulmuşsa mahkemenin, rekabet otoritesinin kararını hukuka uygun bulmasıdır (Çalışma Belgesi 2008, s. 73).

<sup>135</sup> Yeşil Kitap 2005, s. 11.

<sup>136</sup> Case C-295/04, Vincenzo Manfredi and Others v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, [2006] ECR I-6619, para. 78-79

ilk öneri, devam eden veya tekrarlanan ihlaller bakımından zamanaşımının, ihlalin sona erdiği tarihten önce işlemeye başlamamasıdır. Bu konudaki ikinci öneri ise, zarar görenin, zararı ve ihlali makul sınırlar içinde öğrenmesi beklenen tarihten önce zamanaşımının işlemeye başlamamasıdır<sup>137</sup>.

Zamanaşımı konusunda yapılan üçüncü ve son öneri ise, rekabet otoritelerince yapılan incelemeler sonrasında açılacak tazminat davaları bakımından kolaylık sağlamayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede, rekabet otoritelerince yürütülen soruşturma veya bu soruşturma sonucunda alınan karara ilişkin olarak yapılan yargısal denetim sırasında zamanaşımı süresinin dolmasını engellemek için Komisyon, Yeşil Kitap'ta yaptığı zamanaşımı süresinin durması şeklindeki önerisini değiştirerek, rekabet otoritesince verilen kararın kesinleşmesinden itibaren başlayacak 2 yıllık yeni bir zamanaşımı süresi önermektedir. Anılan değişikliğin gerekçesi, rekabet otoritelerince yapılan incelemelerin başlama veya sona erme tarihlerinin her zaman kamuoyuna açık olmaması ve üye ülke otoritelerinin uygulamalarının farklılaşmasıdır. Yine bu değişikliğin yapılmasında, dava malzemesinin hazırlanması için davacıya yeterli bir süre tanınması da etkili olmuştur<sup>138</sup>.

## 2.5. Yargılama Giderleri

Yargılama giderlerine<sup>139</sup> ilişkin olarak benimsenen düzenlemeler, rekabet ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davalarını özendirici veya caydırıcı bir faktör olarak karşımıza çıkabilmektedir. Zira bu alanda açılan davalar, diğer davalara nazaran daha masraflı, karmaşık ve zaman alıcı olabilmektedir. Bu çerçevede hem AB hukukunun hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, mahkemelere etkili bir şekilde erişime büyük önem verdiği dikkate alındığında, yargılama giderlerine ilişkin düzenlemelerin mahkemelere erişimi nasıl kolaylaştırabileceği hususu da önem kazanmaktadır<sup>140</sup>.

Tazminat davalarında ortaya çıkan giderlere ilişkin olarak davacılar, iki tür riskle karşı karşıya kalmaktadır. Bunlardan ilki, davayı açabilmek için belirli ücretleri peşin ödeme yükümlülüğü olup, bu yükümlülük anılan ücretler yüksekse potansiyel davacıları dava açmaktan vazgeçirebilir. Davacıların karşı karşıya olduğu ikinci risk faktörü ise davada haksız çıkan tarafın tüm yargılama

<sup>137</sup> Beyaz Kitap 2008, s. 8.

<sup>138</sup> Beyaz Kitap 2008, s. 9; Çalışma Belgesi 2008, s. 72.

<sup>139</sup> Yargılama giderleri kavramı, genellikle mahkeme masrafları ve taraf masrafları olmak üzere iki tür gider kalemini kapsamaktadır. Mahkeme masrafları; duruşma masrafları, bilirkişi ve tanık masrafları gibi mahkeme tarafından üretilen tüm masrafları kapsamaktadır. Taraf masrafları ise mahkeme masrafları dışındaki ve özellikle avukat ücreti ile taraflarca atanan bilirkişi ücreti gibi masraflardan oluşmaktadır (Çalışma Raporu 2008, s. 74).

<sup>140</sup> Beyaz Kitap 2008, s. 9; Yeşil Kitap 2005, s. 9.

giderlerinden sorumlu olması esasına dayanan ve Avrupa ülkelerinde çoğunlukla benimsenen “kaybeden öder” ilkesidir. Sonuç itibariyle rekabet hukuku alanındaki tazminat davalarının karmaşıklığı ve zaman alıcı niteliği yanında, sonuçlarının da her zaman için önceden tahmin edilmesi mümkün olmamakta, kaybeden öder ilkesinin de etkisiyle potansiyel davacının, bütün yargılama giderlerini ödeyip ödemeyeceği konusunda yaşadığı belirsizlik artmaktadır<sup>141</sup>.

Bu doğrultuda Komisyon’un Yeşil Kitap’ta getirdiği öneri, dava sonucunda haksız çıkan davacının, ancak söz konusu davayı açmakta makul olmayan bir şekilde hareket etmişse davalının masraflarını ödemesi gerektiği yönünde bir kural konulmasıdır<sup>142</sup>. Davacının bu şekilde davranıp davranmadığı, yargılama sonunda mahkemece değerlendirilecektir. Ayrıca bu noktada mahkemeye, davacı davayı kaybetse bile hiçbir şekilde yargılama giderlerinden sorumlu olmayacağına, davanın başında karar verebilmek konusunda bir takdir yetkisi tanınması gerektiği de belirtilmektedir<sup>143</sup>. Böylelikle davacılara, yargılama giderlerinden sorumlu olma riski bakımından önceden bir belirlilik sağlanacaktır<sup>144</sup>.

Beyaz Kitap’ta da benzer endişeleri dile getiren Komisyon, özellikle davacının, davalıya göre finansal açıdan oldukça zayıf konumda<sup>145</sup> olduğu durumlarda dava masraflarının, daha da önemli hale geleceğine vurgu yapmakta ve davacıların, dava masraflarını ödemek konusunda maruz kaldıkları belirsizliğin, dava açılmasına bir engel oluşturmaması için üye ülkelerin mevzuatlarını gözden geçirmesini tavsiye etmektedir. Bu çerçevede Komisyon’un 3 öneride bulunduğu görülmektedir. Anılan önerilerden ilki, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına önem verilmesidir. Zira bu mekanizmalar, davaların erken bir aşamada çözüme kavuşmasını sağlayarak hem davanın taraflarının hem de adalet sisteminin karşılaştığı maliyetleri düşürmektedir. Komisyon’un getirdiği ikinci öneri, belirli durumlarda dava harçlarına ilişkin bazı sınırlar getirilmesidir. Komisyon’un üzerinde durduğu son öneri ise,

<sup>141</sup> Çalışma Belgesi 2008, s. 74.

<sup>142</sup> Yeşil Kitap 2005, s. 9.

<sup>143</sup> Ancak üye ülkelerin çoğunluğunda, dava konusu iddiaların zor veya karmaşık olması halinde, kaybeden öder ilkesinin uygulanmayacağı şeklinde bir istisna getirilmediği, dolayısıyla davanın sonucunu, yargılamanın başında tahmin etmek güç bile olsa davayı kaybeden taraf yargılama giderlerinden sorumlu tutulmaktadır (Çalışma Belgesi 2005, s. 61).

<sup>144</sup> Çalışma Belgesi 2008, s. 74.

<sup>145</sup> Davacının zayıf konumda olup olmadığına yapılan bu vurgu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin, yargılama harçlarının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği konusunda verdiği kararlara dayanmaktadır. Zira AİHM’nin bu konudaki kararlarında, yargılama harçlarının aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, davacının ekonomik durumunun dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir (Çalışma Belgesi 2005, s. 58).



Avrupa ülkelerinin büyük bir çoğunluğunda uygulanan ve dayanaktan yoksun davaların açılmasını önlemek noktasında önemli bir fonksiyona sahip olan *kaybeden öder* ilkesini, belirli durumlarda uygulamamaktır. Zira bu ilke aynı zamanda, esası güçlü davaların açılması bakımından caydırıcı olabilmektedir<sup>146</sup>.

### 3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARI

#### 3.1. Genel Hukuki Çerçeve ve Tazminat Davalarının Gösterdiği Gelişim

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun)'da yer alan maddi hükümlerin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için, kamu hukuku alanında öngörülen yaptırımların yanı sıra özel hukuk alanında da çeşitli yaptırımlara yer verilmek suretiyle ikili bir yaptırım sistemi benimsenmektedir<sup>147</sup>. Bu ikili yaptırım sisteminin kamu hukuku ayağındaki yaptırımlar idari nitelikte olup, özel hukuku ayağındaki yaptırımlar ise geçersizlik<sup>148</sup> ile tazminat davalarından oluşmaktadır.

Temel olarak haksız fiil sorumluluğuna dayanan rekabet hukukundaki tazminat davaları bakımından kabul edilen üç kat tazminat ile ispat kolaylığına ilişkin düzenlemeler, kanun koyucunun tazminat davalarına verdiği önemi açıkça ortaya koymaktadır. Rekabet otoritelerinin, rekabet ihlallerine gerektiği gibi müdahale edemediği ve etkin bir yaptırım uygulayamadığı durumlarda özel hukuk alanındaki yaptırımların daha da önem kazandığı görülmektedir<sup>149</sup>. Bu çerçevede Türk rekabet hukukunda uygulanan idari yaptırımların, özellikle karteller bakımından caydırıcılıktan uzak olduğu yönündeki tespitleri<sup>150</sup> de dikkate aldığımızda, özel hukuk alanındaki tazminat davaları daha da önem

<sup>146</sup> Beyaz Kitap 2008, s. 9.

<sup>147</sup> Sanlı 2003, s. 213.

<sup>148</sup> Bu çalışmanın kapsamı dışında kalan geçersizlik yaptırımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara; GÜRZUMAR, O. B. (2002), "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", *Rekabet Dergisi*, Sayı 12, s. 3-76; AKSOY, N. (2004), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 52, Ankara; GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 716 vd.

<sup>149</sup> ÖZ, G. A. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 4, Ankara, s. 185. Ayrıca bkz. Sanlı 2003, 213-214.

<sup>150</sup> ARI, M. H., G. KEKEVİ ve E. AYGÜN (2008), "Rekabet Kurulu'nun Kartellere Uyguladığı Para Cezalarının Değerlendirilmesi", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI*, s. 119-184, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 153, 161 ve 162; KEKEVİ, G. (2008), *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No: 15, Ankara, s. 173-176.

kazanmakta ve rekabet ihlallerinin caydırılması açısından adeta bir fırsat olarak karşımıza çıkmaktadır.

Rekabet hukukundaki tazminat davalarına ilişkin olarak pozitif hukuktaki temel düzenlemelerin, Kanun'un 57, 58 ve 59. maddelerinde yer aldığı görülmektedir. Söz konusu hükümlerden ilki olan 57. maddede, Kanun'un yasaklayıcı maddi normlarını<sup>151</sup> ihlal etmek suretiyle zarara yol açan herkesin, "zarar görenlerin<sup>152</sup> her türlü zararını"<sup>153</sup> tazmine mecbur olduğu ve eğer zarar birden fazla kişinin davranışı sonucu ortaya çıkmışsa bu kişilerin zarardan müteselsilen sorumlu olduğu hükme bağlanmaktadır<sup>154</sup>. Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrasında, zararın hesaplanmasına ilişkin olarak fiili zarar ve yoksun kalınan kar esasına dayanan iki hesaplama yöntemine yer verildiği görülmektedir<sup>155</sup>. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında ise belirli koşullar<sup>156</sup>

<sup>151</sup> Kanun'un 7. maddesinin ihlalinin bu madde kapsamında olup olmadığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SANLI, K. C. (2007), "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Rekabet Dergisi*, Sayı 30, s. 3-71, s. 27 vd.). Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (Kanun Tasarısı)'nda ise 7. maddenin ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararlar için de tazminat davası açılabilmesi açıkça düzenlenmektedir. (Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>)

<sup>152</sup> Kanun'da herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden zarar gören herkesin davacı olabileceği yönündeki görüşler için bkz. ASLAN, İ. Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, s. 785; Aksoy 2004, s. 50. Karş. Sanlı 2003, s. 249; GÜRZUMAR, O. B. (2006), "Özel Hukuk Açısından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", 4054 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak (Sempozyum), s. 115-184, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 160-168.

<sup>153</sup> Bu ifadenin kapsamına maddi zararların yanı sıra *manevi zararlar* ile *yansımaya zararların* da girip girmediği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Rekabet ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davalarında manevi zararların da tazmin edilebileceği yönündeki görüşler için bkz.; Aslan 2007, s. 788; TOPÇUOĞLU, M. (2001), *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No: 7, Ankara, s. 303; Aksoy 2004, 51; Özsunay 2005, s. 120; TEKİNALP, Ü. (2005), "Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III*, s. 259-265, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 260 ve 263; Güven 2008, s. 756. Aksi yönde bkz. Sanlı 2003, s. 236. *Yansımaya zararların* talep edilebileceği yönündeki görüşler için bkz. Aslan 2007, s. 792; Topçuoğlu 2001, s. 303 ve 313. Aksi yöndeki görüşler için bkz. Gürzumar 2006, s. 168; Sanlı 2003, 240 ve 252; Güven 2008, s. 758.

<sup>154</sup> Doktrindeki baskın görüş; Kanun'da düzenlenen haksız fiil sorumluluğunun *kusur sorumluluğu* esasına dayandığı yönünde olmakla birlikte buradaki sorumluluğun, *kusursuz sorumluluk* esasına dayandığı yönünde bir görüş de bulunmaktadır (Bkz. Topçuoğlu 2001, s. 299 ve 311). Kanun Tasarısında ise sorumluluğun kusur esasına dayandığı açıkça ifade edilmektedir.

<sup>155</sup> Bu maddede sayılan hesaplama yöntemlerinin örnek niteliğinde olduğu ve hakim bu konuda takdir yetkisinin bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Aksoy 2004, s. 52. Kanun Tasarısında ise bu düzenlemenin madde metninden çıkarıldığı görülmektedir.

çerçevesinde uğranılan maddi zararın veya zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel karların üç katı oranında tazminata hükmedilebileceği düzenlenmektedir. Tazminat davalarına ilişkin olarak Kanun'da yer alan düzenlemelerin sonuncusu olan 59. maddenin birinci fıkrasında, uyumlu eylemler bakımından ispat kolaylığı getiren düzenleme yer alırken, aynı maddenin ikinci fıkrasında rekabet ihlallerinin her türlü delille ispatlanabileceği ifade edilmek suretiyle benimsenen delil serbestisine ilişkin hüküm yer almaktadır.

Daha önce de ifade edildiği üzere tazminat davalarının açılmasını kolaylaştırmaya yönelik hükümler de içeren bu düzenlemelerin varlığına rağmen, Türk rekabet hukuku uygulamasında tazminat davalarının yeterli ölçüde geliştiğini ve yaygın bir uygulama alanı bulduğunu söylemek mümkün değildir. Bu durumun temel nedenleri olarak, rekabet hukukunun yeni bir hukuk dalı olmasının yanında teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmesi, haksız fiil bakımından kendine özgü düzenlemelerin varlığı, uygulamada Kurul'un bu alanda tek yetkili merci olarak algılanması, muafiyet bakımından Kurul'un münhasır yetkisi olması<sup>157</sup>, Yargıtay kararlarında Kanun'un yasaklayıcı maddi hükümlerini uygulamak konusunda gösterilen çekingen yaklaşım gösterilmektedir<sup>158</sup>. Bu nedenlere ilave olarak, kolektif hukuki himaye yollarının eksikliği, delillere erişim sorunu ve zamanaşımı gibi usuli konulardaki eksikliklere ise pek değinilmediği görülmekle beraber, yukarıda belirtildiği üzere AB uygulamasındaki tartışmalar ışığında bu hususların taşıdığı önem kuşkusuzdur.

Bu noktada değinilmesi gereken husus, Kanun Tasarısında tazminat davalarına ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin, bu davaları etkin ve yaygın kılabilme adına yeterli olup olmadığıdır. Kanun'un tazminat sorumluluğuna ilişkin maddelerinde yapılan değişiklikler kısaca, kusur sorumluluğu esasının açıkça benimsenmesi, sadece 4. veya 6. maddenin değil 7. maddenin ihlali

<sup>156</sup> Kanun hükmünde, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinden bahsedilmekle birlikte, söz konusu ifadenin hukuki tutarlılıktan yoksun olduğu konusunda doktrinde fikir birliği bulunmaktadır (Bkz. Sanlı 2003, s. 246, Aksoy 2004, s. 53). Burada asıl ifade edilmek istenenin ise zararın kasten veya ağır ihmal neticesinde gerçekleştirilmesi olduğu belirtilmektedir (Bkz. İnan 2002, s. 612; Topçuoğlu 2001, s. 306). Nitekim Kanun Tasarısında da anılan hükümdeki ifade bu şekilde kaleme alınmıştır.

<sup>157</sup> Mevzuatta yaşanan gelişmeler çerçevesinde Kanun'da 2005 yılında yapılan değişikliklerle, anlaşmaların zorunlu bildirimine ilişkin uygulamaya son verilmesine rağmen, muafiyet tanıma yetkisinin Kurul'un tekelinde olması yönündeki kural muhafaza edilmiştir (Bkz. Ata 2010, s. 55).

<sup>158</sup> Sanlı 2007, s. 6; Sanlı 2003, s. 222-224. Rekabet hukukundaki tazminat davaları hakkında hukuk çevreleri ile zarar görenlerin pek bilgi sahibi olmamasının yanı sıra adli ve idari yargıdaki dava süreçlerinin uzunluğu ile dava masraflarının görece yüksek olmasının da uygulamanın gelişmesini engellediği görüşü için bkz. BOLATOĞLU, H. (2010), "Turkey", A. A. Foer ve J. W. Cuneo (der.), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law* içinde, s. 414-432, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Massachusetts, USA, s. 415.

halinde de tazminat davası açma imkanı getirilmesi, tazminatın mutlaka üç kat olarak değil üç katına kadar belirlenebilmesi<sup>159</sup>, üç katına kadar tazminata sadece kast veya ağır ihmal halinde hükmedilebilmesi, üç katına kadar tazminatın belirlenmesinde yalnızca maddi zararın esas alınması, Kurumla aktif işbirliği yaparak bağışıklık veya indirimden yararlananların sadece ortaya çıkan zarardan sorumlu olmaları<sup>160</sup>, mahkemelerde görülmekte olan davalarda Kurum'un ihtiyari olarak bilirkişiliğine başvurulabilmesi<sup>161</sup>, davanın konusuna ilişkin olarak Kurum bünyesinde yürütülen incelemenin bekletici mesele sayılabilmesi, durdurma ve önleme davaları açma imkanı getirilmesi şeklinde özetlenebilir.

Anılan tasarıdaki bu düzenlemeler önemli olmakla birlikte, konuyla ilgili olarak son yıllarda AB uygulamasında gösterilen yoğun çabaların pek de dikkate alınmadığı haklı olarak ifade edilmektedir<sup>162</sup>. Dolayısıyla Kanun Tasarısında yer verilen bu değişikliklerin, tazminat davalarını yaygın ve etkin kılmak noktasında yeterli olmadığı belirtilmelidir.

Uluslararası arenada saygın bir rekabet hukuku uygulamasına sahip olan ancak özel hukuk uygulaması alanında ve özellikle de tazminat davalarında neredeyse hiçbir geleneği olmayan Türkiye'nin, benzer durumdaki diğer ülke uygulamaları gibi bu durumla yüzleşmesi<sup>163</sup> ve AB üyeliği çerçevesinde mevzuatların uyumlaştırılmasına ilişkin yükümlülükleri de dikkate alındığında,

<sup>159</sup> Kanun'daki mevcut düzenleme çerçevesinde, koşullar gerçekleşmişse, zararın üç katı oranında tazminata hükmedilmesinin zorunlu olduğu yönündeki görüşler için bkz. Aslan 2007, s. 793; Aksoy 2004, s. 54. Aksi yöndeki görüşler için bkz. Gürzumar 2006, s. 170, Öz 2000, s. 184; Sanlı 2003, s. 271.

<sup>160</sup> Kanun Tasarısının 26. maddesinin gerekçesinde bu düzenlemenin amacı, "teşebbüsleri pişmanlık programından yararlanmaktan caydırmamak ve böylece pişmanlık uygulamasının etkinliğini artırmak" şeklinde ifade edilmektedir. Keza doktrinde de bu yönde görüşler öne sürülmekte ve anılan düzenlemenin, pişmanlık programından yararlanan teşebbüslerin üç kat tazminat sorumluluğunu kaldıracağı belirtilmektedir (Bkz. Kortunay 2009, s. 118). Ancak Kanun'un 16. maddesinin altıncı fıkrasında, aktif işbirliği karşılığında bağışıklık veya indirim tanınması bakımından ihlaller arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Öte yandan Pişmanlık Yönetmeliği yalnızca kartelleri kapsayacak şekilde düzenlendiğinden, diğer ihlalleri gerçekleştiren teşebbüslerin Kurumla aktif işbirliği yapmaları halinde Ceza Yönetmeliğinin 7. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca indirimden yararlanması da mümkündür (Bkz. ARI, M. H. ve E. AYGÜN (2009), "Rekabet Kurulu'nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri", *Rekabet Dergisi*, Sayı 40, s. 7-71, s. 56). Dolayısıyla Kanun Tasarısındaki bu hükümden, sadece Pişmanlık Yönetmeliği kapsamında bağışıklık veya indirimden yararlanan teşebbüsler değil, diğer ihlaller bakımından aktif işbirliği yapanlar da faydalanabilecektir.

<sup>161</sup> Zorunlu bilirkişilik müessesesini savunan görüşler için bkz. Aslan 2007, s. 796; Güven 2008, s. 785; Gürzumar 2006, s. 182; Aksi yöndeki görüş için bkz. Sanlı 2007, s. 55-63.

<sup>162</sup> Sanlı 2007, s. 7.

<sup>163</sup> Örneğin AB uygulamasının, tam bir çeşitlilik ve az gelişmişlik tablosu çizdiğine ilişkin tespit. Bkz. Karşılaştırmalı Rapor 2004, s. 1.

özel hukuk uygulamasına ilişkin çeşitli çözüm yollarını mevcut uygulamaya nasıl adapte edebileceğinin yollarını araması elzemdir<sup>164</sup>. ABD uygulamasında da başlarda tazminat davalarının sayısının az olduğu dikkate alındığında<sup>165</sup>, Türk rekabet hukukundaki mevcut durum pek de yadırganmamalıdır.

### 3.2. Kolektif Hukuki Himaye Yolları

#### 3.2.1. Genel Olarak

Rekabet ihlalleri sonucunda, küçük miktarlı zararlara uğrayan tüketiciler ile küçük ve orta ölçekli işletmelerin, bu zararlarını gidermek için tazminat davası açmayı çok fazla tercih etmediği görülmektedir. Bunun en temel nedeni, anılan davaların bünyesinde barındırdığı külfetlerin (dava giderleri, zaman kaybı ve diğer maliyetler), bu davalar sonucunda elde edilecek tazminat miktarlarına ağır basmasıdır. Bu sorunu gidermek için önerilen çözüm yollarından birisi de, benzer hukuki durumda bulunan kişilerin aynı yargılama sürecinde tazminat talebinde bulunmasına imkân veren davaların varlığıdır.

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında bu bölümde öncelikle kolektif hukuki himayenin sağlanmasına yönelik davaların amaçları ile olumlu ve olumsuz yönleri üzerinde durulacak, sonrasında ise her ne kadar bu davalara yönelik olarak bir sınıflandırma yapmanın zor olduğu ve yapılan ayrımların da yapay olduğu ifade edilse bile, konunun anlaşılmasını kolaylaştırmak bakımından genel bir sınıflandırma yapılacaktır. Yine bu kısımda son olarak, söz konusu davaların, medeni usul hukukunun amaçları ve ilkeleriyle olan ilişkisi ele alınarak, hukuk sistemlerinde bu davalara yer verilmesinin medeni yargılama hukukunun geleneksel anlayışıyla ortaya çıkarabileceği sakıncalara değinilecektir.

##### 3.2.1.1. Amaçları ile Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Birçok alanda olduğu gibi toplu davalara ilişkin olarak geliştirilecek uygulamada da, en doğru politika tercihinin yapabilmek için öncelikle uygun amaçların belirlenmesi önem arz etmektedir. Toplu davaların amaçlarının ne olduğu konusunda henüz tam bir uzlaşmaya varıldığı söylenememekle birlikte, bu davaların genellikle iki farklı amaca hizmet ettiği belirtilmektedir. Bu amaçlardan ilki, mağdurların uğradığı zararların tazmin edilmesidir. İkinci amaç ise hukuk kurallarının etkili bir şekilde uygulanması ve bunlara aykırı teşebbüs

<sup>164</sup> Waller 2006, s. 60.

<sup>165</sup> Sanlı 2003, 223. Ayrıca bkz. yukarıda Grafik 1.

davranışlarının önlenmesi (caydırıcılık) gibi daha geniş bir sosyal amacı gerçekleştirmektedir<sup>166</sup>.

Tazminat davalarını etkili kılmanın en önemli aracı olarak karşımıza çıkan toplu davaların olumlu ve olumsuz yönlerine ilişkin görüşler, hiç şüphesiz yukarıda belirlenen amaçlar doğrultusunda şekillenerek değişiklik gösterecektir. Öte yandan söz konusu davaların temel olarak iki olumlu yönü olduğu noktasında genel kabul bulunmaktadır. Bunlar ise maliyetleri düşürmek<sup>167</sup> ve zarar görenlerin tazminat davası açmak bakımından gösterdiği duyarsızlığı<sup>168</sup> gidermektir. Böylelikle medeni yargılama hukukunun temel ilkelerinden olan usul ekonomisi ilkesi gerçekleştiği gibi, daha zayıf konumdaki bireylerin de hukuki himayeye kavuşması ve hukuk güvenliğinin sağlanması suretiyle adalete erişim konusunda da gelişim sağlanmaktadır<sup>169</sup>.

Toplu davaların olumsuz yönleri olarak, asil-vekil sorununa yol açması ile dayanaktan yoksun davaların açılmasını teşvik etmesi gösterilmektedir. Asil-vekil sorunu, farklı derecelerde olmakla birlikte, bütün toplu davalarda ortaya çıkmaktadır. Bunun temel nedeni, bu davalarda temsil edilen tarafların sayısı arttıkça, temsilcilerin davranışlarını denetlemelerinin ve kontrol etmelerinin zorlaşmasıdır. Özellikle uzlaşma aşamasında kendini gösteren bu sorun, sadece avukatlarla davacı müvekkiller arasında değil, temsilci davacı veya kuruluş ile diğer bütün grup üyeleri arasında ortaya çıkmaktadır<sup>170</sup>.

### 3.2.1.2. Kolektif Hukuki Himayeyi Sağlayan Dava Türleri

Kolektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik davalara ilişkin olarak tam bir sınıflandırma yapmak oldukça güç olup, söz konusu davalara verilen isimlerin ülkeden ülkeye değiştiği ve çok büyük çeşitlilik arz ettiği görülmektedir<sup>171</sup>.

<sup>166</sup> RUSSELL, T. L. (2010), "Exporting Class Actions to the European Union", *Boston University International Law Journal*, Cilt 28, s. 141-180, s. 152-159.

<sup>167</sup> Söz konusu maliyet avantajları, benzer nitelikteki davaların birleştirilmesiyle gerek delillerin toplanması gerekse hukuki inceleme sırasındaki kırtasiye giderlerinden kaçınılması, bir davadaki hükümden bütün grup üyeleri yararlandığından bireysel başvurulara gerek kalmaması ve dava sayısında yaşanan azalma nedeniyle mahkemelerin iş yükünün hafiflemesi olarak sıralanabilir (Deren Yıldırım 1997a, s. 144; ÖZBAY, İ. (2010), "Rekabet Hukukunda Grup Davaları", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt II, s. 1559-1576, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 1560).

<sup>168</sup> Küçük zararlara uğramış çok sayıda kişinin tazminat davalarına olan ilgisizliğinin aslında rasyonel olduğu (rational apathy) kabul edilmektedir. Bkz. Nihai Rapor 2007, s. 278.

<sup>169</sup> Deren Yıldırım 1997a, s. 144; Özbek 2002, s. 125; Özbay 2010, s. 1560-1561.

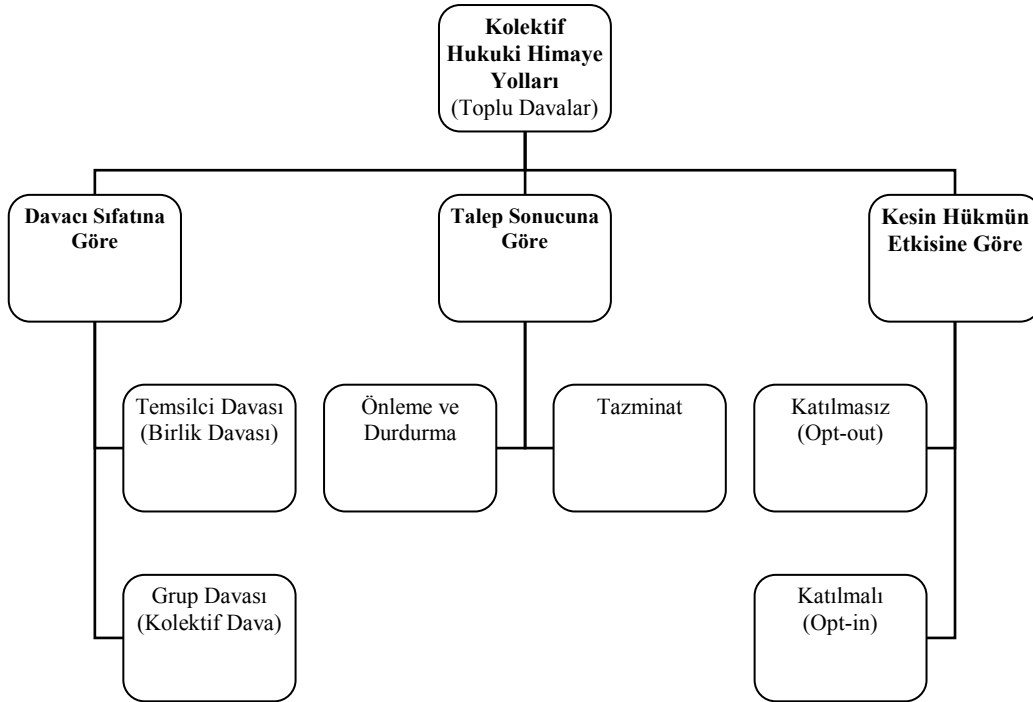
<sup>170</sup> Nihai Rapor 2007, s. 278-280; Russell 2010, s. 148-153.

<sup>171</sup> Nihai Rapor 2007, s. 268. Kolektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik davalara ilişkin olarak yapılan çeşitli ayrımlar için bkz. Deren Yıldırım 1997a, s. 150; Karşılaştırmalı Rapor 2004, s. 43-44; ÖZBAY, İ. (2009), *Grup Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 83 ve devamı; HANAĞASI, E. (2009b), "Kolektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I, s. 351-410, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 368 vd.; STADLER,

Bununla birlikte anılan davalara ilişkin olarak genel bir sınıflandırma yapılması, konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından gereklidir. Bu çerçevede, davayı açma yetkisine sahip olanlara, davada istenen hukuki himayeye ve kesin hükmün sirayetine göre yapılan ayrımlardan bahsedilebilir.

### Şekil 1 -

Çeşitli Tasniflere Göre Kolektif Hukuki Himayeyi Sağlamaya Yönelik Davalar



Yukarıda yer verilen ve davayı açma yetkisine sahip olanlara göre yapılan tasnifte karşımıza çıkan ilk dava türü, tüzel kişiliği haiz bir topluluğun üyelerinden bir ya da birkaçının doğrudan ve kişisel menfaati veya temsil ettiği topluluğun kolektif menfaati çerçevesinde açılan *temsilci davasıdır*<sup>172</sup>. Temsilci davalarını açma yetkisi genellikle tüketici dernekleri, meslek birlikleri, ticaret odaları gibi kuruluşlara tanınmaktadır. Ancak bu kuruluşlar, her ne kadar belirli kitlelerin menfaatlerini temsil etseler de, kolektif menfaatleri koruma noktasında çeşitli nedenlerle gerekli hassasiyeti göstermeyip dava açmaktan

A. (2007), "Collective Actions as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law", J. Basedow (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law* içinde, s.195-213, Kluwer Law International, Netherlands, s. 201.

<sup>172</sup> Birlik davası olarak da adlandırılan bu dava türü, HMK'nın 113. maddesinde topluluk davası adıyla düzenlenmektedir.

kaçınabileceğinden, topluluk davalarını tamamlayan ikinci bir dava türüne de yer verilmektedir<sup>173</sup>. Bu noktada karşımıza çıkan ve söz konusu tasnifteki ikinci dava türünü teşkil eden *grup davaları*<sup>174</sup> ise aynı hukuki durumda bulunan ancak kurumsal olarak organize olmamış bir grup kişiyi temsilen açılan davalardır<sup>175</sup>.

Davada istenen hukuki himayeye göre yapılan tasnifte, *kaçınma (içtinap) veya tespit talebi* içeren davalar ile *tazminat talepli* davalar şeklinde bir ayrıma gidilmektedir<sup>176</sup>. Birinci kategoride yer alan davalarda, hukuka aykırı durumun önlenmesi, giderilmesi ya da tespit edilmesi talep edilirken, ikinci kategorideki davalardaki talep, hukuka aykırı davranış nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmin edilmesidir. Kaçınma veya tespit talebi içeren toplu davaların, tazminat talebi içeren davalara nazaran daha az sorunlu olduğu haklı olarak ifade edilmekle birlikte<sup>177</sup> tazminat talebi içeren davalar, özel hukuk alanındaki yaptırımların en önemlisi olup, zarara uğrayanların da en çok başvurduğu dava türüdür<sup>178</sup>.

Son olarak, kesin hükmün etkisine (sirayetine) göre yapılan tasnifte ise *katılmasız (opt-out)* ve *katılmalı (opt-in)* davalar olmak üzere bir ayırım yapılmaktadır. Katılmasız davalar, adına dava açılan grubun belirlenmesinin ardından yapılan bildirimle rağmen, söz konusu grubun kapsamından çıkmak istediğini açıkça beyan etmeyen kişiler için bağlayıcı olduğu dava türüdür. Dolayısıyla bu davalarda, kesin hükmün çok taraflı sirayeti söz konusu olmakta<sup>179</sup> ve davanın sonucu, davada yer almayan kişiler bakımından da kesin hüküm teşkil etmektedir. Katılmalı davalarda ise adına dava açılan grubun belirlenmesinin ardından yapılan bildirimle yalnızca olumlu yanıt verenler davanın kapsamında kabul edilmekte ve davanın sonucu, sadece bu kişiler için bağlayıcı olmakta, bir başka ifadeyle davaya katılmak istediğini açıkça beyan etmeyenler bakımından kesin hüküm teşkil etmemektedir.

### 3.2.1.3. Medeni Yargılama Hukukunun Amaçlarıyla İlişkisi

Geleneksel medeni usul hukuku sistemlerine karşı ortaya çıkan ve “adalete erişim hareketi” olarak adlandırılan reform hareketinin sonuçlarından biri de, kolektif hukuki himayenin sağlanmasına yönelik davaların ortaya çıkmasıdır<sup>180</sup>. Söz konusu harekete egemen olan temel fikir, uygulamada karşılaşılan birtakım

<sup>173</sup> Özbek 2002, s. 125; Beyaz Kitap 2008, s. 4; Çalışma Belgesi 2008, s. 19 ve 21.

<sup>174</sup> Bu davalar, kolektif dava veya sınıf davası olarak da adlandırılmaktadır.

<sup>175</sup> Hanağası 2009b, s. 369.

<sup>176</sup> Karş. Deren Yıldırım 1997a, s. 150; Özbay 2009, s. 85-87;

<sup>177</sup> Deren Yıldırım 1997a, s. 150.

<sup>178</sup> Komminos 2008, s. 3; Brkan 2005, 479-480. Karşılaştırmalı Komminos 2008, 214 ve devamı.

<sup>179</sup> Deren Yıldırım 1997a, s. 153.

<sup>180</sup> Özbay 2010, s. 1559; Çalışma Belgesi 2008, s. 16.



engelleri ortadan kaldırmak suretiyle bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin tam olarak kullanılmasını sağlamaktır<sup>181</sup>. Medeni usul hukuku özelinde bakıldığında uygulamada karşılaşılan bu engellerin, ekonomik<sup>182</sup>, örgütsel veya usuli<sup>183</sup> olduğu, örgütsel anlamdaki engellerin ise kolektif hakların ve menfaatlerin korunması noktasında toplandığı görülmektedir<sup>184</sup>.

Medeni usul hukukunda, kolektif hukuki himayenin sağlanmasına yönelik davalara yer verebilmek, her şeyden önce bu davaların, söz konusu hukuk dalının amacı ve bu amaca hizmet eden ilkeleriyle bağdaştığı oranda mümkün olabilecektir<sup>185</sup>. Medeni usul hukukunun amacının belirlenmesi, yargılamanın nasıl yürüyeceğinin, bu süreçte taraflara ve mahkemeye düşen görevlerin, yargılama sonunda nasıl bir karara varılacağına tespitinde önem taşımaktadır. Dolayısıyla medeni usul kanunları hazırlanırken, öncelikle yargılamanın amacı belirlenmekte, ardından bu amaca ulaşılmasında araç olarak kabul edilebilecek olan ilkeler ortaya konulmaktadır<sup>186</sup>.

Yargılamanın amacının belirlenmesi noktasında belirleyici olan husus, izlenen hukuk politikası ile benimsenen dünya görüşü ve hatta izlenen siyasal çizgidir. Bu çerçevede yapılacak çok genel bir ayrımla, iki farklı anlayışa değinilebilir. Bu anlayışlardan ilki olan **“bireyci ve liberal anlayış”**, dünya düzenini kişi (birey) temelinde ele alarak değerlendirmekte ve yargılamanın amacını da, iki kişi arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünden ibaret olarak göyerek toplum menfaatini göz ardı etmektedir. Söz konusu anlayışlardan ikincisi olan **“toplumcu anlayış”** ise, dünya düzenini toplum temelinde ele alarak değerlendirmekte ve yargılamanın amacını da, toplumsal barışın sağlanmasından ibaret olarak göyerek kişi menfaatini ikinci plana itmektedir<sup>187</sup>.

Bir yelpazenin iki ucunda olduğu söylenebilecek olan bu zıt görüşlerin hangisinin ne ağırlıkta benimsendiğine bağlı olarak, yargılama sürecinde tarafların veya mahkemelerin etkinliği değişmektedir. Bu çerçevede liberal

<sup>181</sup> ÖZBEK, M. (2002), “Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketleriyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 2, s. 121-162, s. 123.

<sup>182</sup> Ekonomik engelleri gidermek için benimsenen çözümler; adli yardım ve yasal masraf ya da hukuki himaye sigortasıdır (Özbek 2002, s. 123).

<sup>183</sup> Mahkemelerde egemen olan geleneksel dava yolundan oluşan çözümlerin, kişilerin haklarını etkili bir şekilde savunmalarını yeterince imkan tanımaması olarak ifade edilebilecek olan usuli engelleri ortadan kaldırmak için benimsenen yaklaşım, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının (uzlaşma, tahkim, arabuluculuk) hayata geçirilmesidir (Bkz. Özbek 2002, s. 135).

<sup>184</sup> Özbek 2002, s. 123-124.

<sup>185</sup> Deren Yıldırım 1997a, s. 140.

<sup>186</sup> YILMAZ, E. (2008), “Usul Ekonomisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 1, s. 243-274, s. 246.

<sup>187</sup> Yılmaz 2008, s. 246.

anlayışın egemen olduğu bir sistemde etkinlik tamamen taraflara bırakılmakta ve mahkemelerin yetkileri sınırlı tutulmakta, hakim iki tarafın iddia ve savunmalarını dinleyerek hareket eden bir aracı konumunda olmaktadır. Aksi yöndeki anlayışın benimsendiği bir sistemde ise mahkemelerin yetkileri ve gücü artırılmaktadır. Sonuç itibariyle kişisel ve toplumsal menfaatler arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır.<sup>188</sup>

Doktrindeki görüşler incelendiğinde, medeni usul hukukunun tek bir amacının olmadığı, aksine bu hukuk dalının birden fazla amaca hizmet ettiğinin kabul edildiği görülmektedir. Bunlar arasında, subjektif hakların temin edilmesi, objektif hukukun korunması, hukuk barışının ve güvenliğinin sağlanması, gerçeğe ulaşma gibi amaçlar yer almaktadır<sup>189</sup>. Bu çerçevede örneğin, medeni usul hukukunun amacı olarak münhasıran özel hukuk anlamındaki subjektif hakların korunması belirlenmişse, kolektif hukuki himayeyi sağlayan davalara yer verilmesi güçleşecektir. Öte yandan amaç olarak, objektif hukukun korunması gibi toplumun menfaatlerini öne alan bir amaç benimsenmişse kolektif hukuki himayeye yönelik davaların benimsenmesi kolaylaşacaktır<sup>190</sup>.

Bununla birlikte, medeni usul hukukunda kolektif menfaatlerin korunmasına imkân tanımak için mutlaka objektif hukukun korunmasına öncelik vermenin gerekmediği, subjektif hakların korunmasına öncelik veren liberal bir hukuk düzeninde de kolektif menfaatlerin korunabileceği ifade edilmekte, hatta teknolojinin ve endüstrinin hızla geliştiği günümüzde, subjektif hakların yanında kolektif menfaatlerin de korunması bir zorunluluk olarak görülmektedir<sup>191</sup>. Zira günümüzde medeni usul hukukunun, bireyin özel hukuk anlamındaki subjektif haklarına hizmet ettiği yönündeki anlayışın, etkin hukuki himayeyi sağlamada yetersiz kaldığı görüşü giderek yaygınlaşmakta ve kolektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik davaların, medeni usul hukukunun bireyci ve liberal yapısı ile nasıl bağdaştırılacağı tartışılmaktadır<sup>192</sup>.

Söz konusu tartışmalar ışığında, adalete ulaşma hareketinin en önemli etkilerinden birini de, usul hukukunun sosyal amaçları ve ideolojisi üzerinde gösterdiği söylenebilir. Bu çerçevede medeni yargılama hukukuna hakim olan bireycilik ve bireysel tasarruf ilkelerinin yerini almaya başlayan çoğulculuk

<sup>188</sup> Yılmaz 2008, s. 246-247.

<sup>189</sup> Türk hukukunda ise asıl amacın gerçeğe ulaşma olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur. Bkz. Deren Yıldırım 1997a, s. 140.

<sup>190</sup> Deren Yıldırım 1997a, s. 140; DEREN YILDIRIM, N. (1995), "Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 21, Sayı 3, s. 232. Medeni usul hukukunun amacı konusunda benimsenen yaklaşımların etkileri hakkında bkz. Deren Yıldırım 1997a, s. 141-142; Deren Yıldırım 1995, s. 233.

<sup>191</sup> Deren Yıldırım 1997a, s. 143.

<sup>192</sup> Deren Yıldırım 1997a, s. 137-139.

fikrine göre medeni usul hukuku, sadece subjektif hakların değil kolektif menfaatlerin de korunmasını sağlamalıdır<sup>193</sup>. Çünkü özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklar artık, toplumdan soyutlanmış iki bireyin kavgası ya da bir tarafın kazanıp diğerinin kaybettiği bir oyun olarak değil, toplumun bütününe etkileyen ve sosyal önemi olan toplumsal bir olay olarak görülmektedir<sup>194</sup>. Dolayısıyla bugün gelinen noktada, medeni yargılama hukukunun sosyal ödevinin de olduğu ortaya çıkmış olup, medeni usul hukukunun amacı hakkındaki görüşlerin ağırlığının, toplumsal değerler lehine değiştiği söylenebilir<sup>195</sup>.

### 3.2.1.4. Medeni Yargılama Hukukunun Temel İlkeleriyle İlişkisi

Medeni yargılama hukukunda, yıllar boyunca süregelen uygulamalar neticesinde birtakım temel ilkeler oluşmuştur. Bu ilkelerin bir kısmı Anayasa'da, diğer bir kısmı da Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça veya örtülü şekilde yer almaktadır<sup>196</sup>. Öte yandan kolektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik davalar, geleneksel nitelikte olan ve çok uzun bir geçmişe sahip medeni usul hukuk sisteminin kimi ilkelerinden ayrışabilmektedir<sup>197</sup>. Bu çerçevede hakkın sahibi olduğunu ileri sürenler tarafından açılan davalara dayanan medeni yargılama hukukunun, davada menfaat, kesin hükmün etkisi ve hukuki dinlenilme hakkı ile tasarruf ilkesi gibi konularında bazı sakıncaların ortaya çıkması muhtemeldir.

Kolektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik davaların, medeni usul hukukunun temel ilkeleriyle ortaya çıkarabileceği ilk sorun, dava şartı olan **“menfaat”**<sup>198</sup> kavramıyla ilgilidir. Medeni usul hukukunda dava açmakta varlığı aranan menfaatin, hukuki, meşru ve güncel olmasının yanında doğrudan ve kişisel olması da gerekmektedir. Dolayısıyla bir kişi kural olarak, ancak kendi adına ve doğrudan kişisel menfaati doğrultusunda dava açabilir<sup>199</sup>. Bu bağlamda medeni yargılama hukukundaki iki temel ilke, konuyla yakından ilgilidir: 1) *Hiç kimse, başkasının kişisel menfaatini korumak için dava açamaz.* 2) *Açılmış bir*

<sup>193</sup> Özbek 2002, s. 123-124.

<sup>194</sup> Deren Yıldırım 1997a, s. 141; HANAĞASI, E. (2009a), *Davada Menfaat*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 30.

<sup>195</sup> Yılmaz 2008, s. 247; Hanağası 2009a, s. 30 ve 33.

<sup>196</sup> ÇETİN, İ. (2010), “Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usûl Hukukunda Usûl Ekonomisi”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 78, s. 81-109, s. 100.

<sup>197</sup> Özbek 2002, s. 129-130.

<sup>198</sup> Doktrinde ve uygulamada sıklıkla kullanılan “hukuki menfaat” ifadesinin yerine sadece “menfaat” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı, zira menfaat kavramının tek unsurunun hukukilik olmadığı hakkında bkz. Hanağası 2009a, s. 4-6. “Hukuki menfaat” ifadesi yerine, daha belirli ve objektif unsurlar içermesi nedeniyle “hukuki himaye ihtiyacı” ifadesini kullanmanın daha doğru olduğu yönünde bkz. Deren Yıldırım 1995, s. 225.

<sup>199</sup> Davada menfaat konusunda, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkelerin yargılama hukuklarındaki durum da çok farklı değildir. Bkz. Özbek 2002, s. 128.

*dava, ancak davacının bu davada doğrudan ve kişisel bir menfaati varsa kabule şayandır*<sup>200</sup>.

Söz konusu ilkeler, kolektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik davaların varlığına engel olarak görülebilir. Ancak bu yaklaşımın, çağımızın gerekleriyle bağdaşmayacağı, çünkü hukukun düzenlemek zorunda olduğu sosyal ilişkilerin günümüzde çok daha karmaşık hale geldiği ifade edilmektedir. Modern toplumsal ve ekonomik ilişkilerin bu karmaşıklığı ise kolektif menfaatleri zedeleyen özel sorunları beraberinde getirmektedir. Bu sorunların, medeni yargılama hukukunun geleneksel kural ve ilkeleriyle çözülmesi mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla birçok ülke uygulamasında, medeni yargılama hukuku anlayışının değiştiği ve kolektif menfaatlerin hukuki himayesine yönelik çözümler geliştirildiği görülmektedir<sup>201</sup>. Sonuç itibarıyla, toplumun bir bütün olarak haklarının himaye edilmesi konusunda meşru bir menfaati olduğunun kabul edilmeye başlandığı<sup>202</sup>, böylelikle menfaat kavramının içeriğinin değiştiği<sup>203</sup> ve öneminin azaldığı, zira toplu davalarla hukuki yararı tamamen bulunmayan kişi ya da toplulukların dava açabilmesinin mümkün hale geldiği görülmektedir<sup>204</sup>.

Kolektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik davalar, medeni usul hukukundaki “**kesin hüküm**” kurumuyla da yakından ilişkilidir. Bu konuda medeni yargılama hukukuna egemen olan ilke şu şekilde ifade edilebilir: *Kesin hüküm etkisi, sadece davanın taraflarına ilişkindir*<sup>205</sup>. Bu ilkeye ilişkin sorun özellikle, kendilerine bildirim yapılmasına rağmen dava kapsamından çıkmak istediklerini açıkça bildirmeyen kişiler için de dava sonucunun bağlayıcı olduğunun kabul edildiği katımsız (opt-out) modelde karşımıza çıkmaktadır<sup>206</sup>. Anılan sorunu gidermek için getirilen önerilerden biri, davanın yalnızca

<sup>200</sup> Hanağası 2009b, s. 352.

<sup>201</sup> Hanağası 2009b, s. 352-353.

<sup>202</sup> Özbek 2002, s. 127.

<sup>203</sup> Dava şartı olan “menfaat” kavramının, belirsiz ve ana hatlardan yoksun yapısı nedeniyle hukuk güvenliğini zedelediği, bu nedenle söz konusu kavramın, bireylerin etkin hukuki korumadan yararlanmasına engel olmasına fırsat verilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Yine bu kavram, “sahte dava şartı” veya sınırlandırılmayan yapısı nedeniyle “toplama havuzu” olarak da nitelendirilmektedir (Bkz. Deren Yıldırım 1995, s. 237-239).

<sup>204</sup> Özbek 2002, s. 130-131. Bir kimsenin yargılama makamlarına başvurarak hukuki himaye talep etme imkanına (dava hakkına) sahip olması, dava açabilmesi için yeterli olmayıp, bu kişinin menfaatinin de aranması, hakların kullanımının sınırlarını çizen dürüstlük kuralı ile ilgilidir. Buna göre dava hakkının, hukuki menfaati aşarak kullanılması halinde dürüstlük kuralına aykırı davranılmış olur. Bu niteliği ile hukuki menfaat, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetini kısıtlamaktadır (Özbek 2002, s. 130).

<sup>205</sup> Hanağası 2009b, s. 352.

<sup>206</sup> Bu durum, kesin hükmün çok taraflı sirayeti olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Deren Yıldırım 1997a, s. 153.

kazanılması durumunda davaya katılmayan kişiler bakımından kesin hüküm etkisi göstereceğinin kabul edilmesidir<sup>207</sup>. Katımlı (opt-in) modelde ise davanın sonucu, yalnızca kendilerine yapılan bildirim olumlu yanıt vererek dava kapsamında olmayı kabul edenleri bağlayıcı olduğundan, kesin hükmün etkisi bakımından önemli bir sorunla karşılaşılacağı söylenebilir.

Kesin hükmün çok taraflı sırayeti gibi üçüncü kişiler bakımından son derece ağır sonuçlar doğurabilen bu davalar bakımından akla gelen bir başka husus da, toplu davalarda “**hukuki dinlenilme hakkı**”nın uygulanmasına ilişkindir<sup>208</sup>. Anayasanın 36. maddesindeki iddia ve savunma hakkının, medeni yargılama hukukundaki yansıması olan hukuki dinlenilme hakkı, kişinin, hakkındaki yargılama ile ilgili bilgi sahibi olmasının, tam olarak açıklama yapmak suretiyle yargılamaya etki edebilmesinin ve açıklamalarının dikkate alınarak değerlendirilmesinin garantisi olup, öngöremediği bir kararla karşılaşmasına engel olmaktadır<sup>209</sup>. Dolayısıyla davanın açılması, mahkemece onaylanması, uzlaşma önerisi ve avukatlık ücretine karar verilmesi aşamalarında grup üyelerine bildirim yapılması büyük önem taşımaktadır<sup>210</sup>. Ancak kendilerine yapılan bildirim olumlu bir cevap vermemeleri nedeniyle dava kapsamında kabul edilen ve davanın sonucunun bu kişileri bağlayacağı kabul edilen katılımsız (opt-out) modeli benimseyen toplu davalar, hukuki dinlenilme hakkı bakımından sakınca doğurmaktadır.

Bu noktada ABD hukukunda, tarafların dinlenilmesi ilkesine yer verilmekle birlikte, anılan ilkeye bakışın, Kıta Avrupası’na göre çok daha esnek ve pragmatik olduğu belirtilmelidir. Bu çerçevede, üçüncü kişilerin mağduriyetini önlemek için davaların mümkün olan en fazla kişiye duyurulması, hakimin bu davalarda aktif bir rol oynaması ve temsilci davacının tasarruf

<sup>207</sup> Özbay 2009, s. 191-192 ve 224.

<sup>208</sup> Bu davaların karmaşıklığının yanında, ilgili tarafların tamamının dinlenilme hakkını tam ve etkili bir şekilde kullanması imkanı tanınması, davanın sonuçlanmasını geciktirecektir. Nitekim İtalya uygulamasındaki en önemli sorunlardan biri, toplu davaların çok uzun sürede sonuçlanmasıdır (TESAURO, C. ve D. RUGGIERO (2010), “Private Damage Actions Related to European Competition Law in Italy”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Cilt 1, No 6, s. 514-521).

<sup>209</sup> Aktaran AKİL, C. (2009), “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 58, Sayı 1, s. 38. HMUK’nun 73. maddesinde düzenlenen bu hakkın, bilgilenme, açıklama yapma ve dikkate alınma olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. HMK’nın 32. maddesinde de yer verilen hukuki dinlenilme hakkına göre, kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir. Hukuki dinlenilme hakkıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ, H. (2000), “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, s. 753-791, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir; ÖZEKES, M. (2003), *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara.

<sup>210</sup> Özbay 2009, s. 141-142.

ilkesinin sınırlandırılması, dinlenilme hakkının varlığı bakımından yeterli görülmektedir<sup>211</sup>.

Toplu davaların, medeni yargılama hukukunun temel ilkeleriyle ortaya çıkarabileceği son sorun ise **“tasarruf ilkesi”**ne ilişkindir. Anılan davaların yol açtığı olumsuzluklardan biri olan asil-vekil sorunu nedeniyle ortaya çıkan çıkar çatışmaları, davayı gören hakimin bireysel davalara nazaran daha aktif bir durumda olmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede, davanın kabulü, bildirim yapılması, uzlaşma önerisinin onaylanması ve tazminat talebi içeren davalarda ödemelerin yapılması gibi aşamalarda hakimin daha aktif bir rol oynaması gerekmektedir. Ancak bu durumun, davanın taraflarının, istisnalar dışında dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmeleri anlamını taşıyan tasarruf ilkesiyle çelişmediği, çünkü toplu davaların bireysel davalara kıyasla bu hususlarda farklılaştığı belirtilmektedir<sup>212</sup>.

### 3.2.1.5. Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

Rekabet ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davalarının başarıya ulaşmasındaki önemli araçlardan biri olan toplu davaların, medeni yargılama hukukundaki bazı kurumlarla benzeştiği<sup>213</sup>, bunlardan en önemlisinin ise dava arkadaşlığı (*joinder of parties*) olduğu söylenebilir. Toplu davaların, dava arkadaşlığından en önemli farkı, yapılan bildirim olumlu yanıt vererek toplu dava kapsamında olmayı kabul eden kimselerin, yargılama sürecine bizzat katılmamalarıdır. Ayrıca toplu davalarda, çok daha fazla kişinin tazminat talepleri karara bağlanabilmektedir<sup>214</sup>. Türk hukukunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>215</sup> 43 ve devamı maddelerinde düzenlenen dava arkadaşlığı kapsamında, zarar görenlerin dava açması mümkünse de bu yöntem, toplu davalara nazaran farklılaşmaktadır. Zira her dava arkadaşının davasının bağımsız olması ve dava arkadaşı kadar dava olduğunun kabul edilmesi, dava arkadaşlarının kişisel iddialarını ve savunmalarını bağımsız olarak ileri sürebilmeleri, her bir dava arkadaşı için ayrı hüküm verilmesi ve yargılama giderlerine hükmedilmesi mümkündür<sup>216</sup>. Zaten ABD uygulamasındaki grup davalarında da, davaya katılımın (dava arkadaşlığının) mümkün olmaması halinde grup davası onaylanmaktadır<sup>217</sup>.

<sup>211</sup> Deren Yıldırım 1997a, s. 153-154.

<sup>212</sup> Özbay 2009, s. 135-136 ve 153.

<sup>213</sup> Toplu davalara alternatif teşkil edebilecek diğer dava türleri, deneme davaları, muhbir davalar, halk davalarıdır (Bkz. Stadler 2007, s. 206 ve devamı; Nihai Rapor 2007, s. 269; Özbay 2009, s. 79-81).

<sup>214</sup> Nihai Rapor 2007, s. 270.

<sup>215</sup> 02.07.1927 tarihli ve 622 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>216</sup> Kortunay 2009, s. 125-126.

<sup>217</sup> Özbay 2009, s. 78.

Rekabet ihlalleri nedeniyle açılan tazminat davalarında başvuru ve bazı Avrupa ülkelerinde başarıya ulaşan bir yöntem de tazminat alacağının bir gerçek kişiye ya da derneğe devredilmesi ve bunların da söz konusu hakları kendi adına talep etmesidir. Avusturya'da bir tüketici birliği tarafından uygulanan bu yönteme sıklıkla başvurulmaya başlandığı belirtilmektedir. Ayrıca merkezi Brüksel'de olan ve kar amacı güden bir şirketin<sup>218</sup> de bu yöntemi uyguladığı ve Almanya'da tazminat davaları açtığı ifade edilmektedir. Ancak bu yöntemin başarısı da, söz konusu kuruluşların, daha büyük tazminat alabileceklerini gördükleri davalara yatırım yapmayı tercih edecek olmaları nedeniyle şüphelidir<sup>219</sup>.

Türk hukukunda bu yöntemin uygulanıp uygulanamayacağı hususunun tam olarak belli olmadığı ifade edilebilir. Her ne kadar doktrindeki bazı görüşler, alacaktan bağımsız olarak talep hakkının devredilebileceğini ifade etse de<sup>220</sup>, talep ve dava hakkının alacak hakkından ayrılamayacağı, zira bu hakların alacağı sıkı sıkıya bağlı olduğu gerekçeleriyle bu görüşün kabul edilemeyeceği belirtilmektedir<sup>221</sup>. Öte yandan söz konusu yöntemin, tahsil amacıyla temlik yoluyla işletilmesi mümkün görünmekle birlikte, özellikle düşük miktarda tazminat talepleri bakımından toplu davalar kadar etkin sonuçlar doğurmayacağı söylenebilir.

### 3.2.2. Türk Hukukundaki Durum

Kolektif hukuki himaye kavramı aslında Türk hukukunun çok da yabancı olmadığı bir kavramdır<sup>222</sup>. Çünkü çeşitli kanunlardaki düzenlemelerde, kolektif hukuki himayenin sağlanmasına yönelik davalara yer verildiği görülmektedir. Söz konusu davalara, diğer ülke örneklerine benzer şekilde iş hukuku, haksız rekabet hukuku, tüketicinin korunması ve çevre hukuku gibi alanlarda yer verildiği, buna karşın rekabet hukuku alanında bu yönde bir düzenleme olmadığı dikkat çekmektedir. Yine Türk hukuku bakımından önem arz eden bir başka husus da, tazminat talebine olanak tanıyan ve kolektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik davaların hukuk sisteminde henüz bulunmamasıdır.

Türk hukukunda, kolektif hukuki himaye amacına yönelmiş olan davalardan biri, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun<sup>223</sup> haksız rekabet

<sup>218</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.carteldamageclaims.com/>

<sup>219</sup> Nihai Rapor 2007, s. 269-270.

<sup>220</sup> Bkz. AKYOL, Ş. (2007), *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 2-4.

<sup>221</sup> TEKİNAY, S. S. ve S. AKMAN, H. BURCUOĞLU, A. ALTOP (1993), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 249-250.

<sup>222</sup> Deren Yıldırım 1997a, s. 138; Hanağası 2009b, s. 400.

<sup>223</sup> 9.7.1956 tarih ve 9353 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

neniyle açılacak davaları düzenleyen 58. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmektedir. Anılan hükümle, ticaret ve sanayi odalarına, esnaf derneklerine, borsalara ve tüzüklerine göre üyelerinin menfaatlerini korumaya yetkili olan diğer birliklere, fiilin haksız olup olmadığının tespiti, haksız rekabetin men'i, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi talebini içeren davaları açma imkanı verilmektedir<sup>224</sup>. Böylelikle haksız rekabetten doğrudan etkilenen, diğer bir ifadeyle açılacak davada doğrudan ve kişisel menfaati olmayanlara da dava açma hakkı tanınmaktadır<sup>225</sup>.

Yine Türk hukukundaki benzer davalar, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un<sup>226</sup> 23. maddesinin dördüncü fıkrası ile yine aynı Kanun'un 24. maddesinin birinci fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu maddelere göre sırasıyla, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na, tüketicilere ve tüketici örgütlerine, bu kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması, ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması talebini içeren davaları açma yetkisi verilmektedir<sup>227</sup>.

Türk hukukunda, kolektif hukuki himayeye yönelik bir başka dava, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinin üçüncü bendinde düzenlenmektedir. Kimi yazarlarca toplu davaların en açık örneği olarak nitelendirilen bu davalarda sendikalar, üyelerinin yazılı başvurusuna bile gerek olmaksızın, temsil ettikleri kesimin ortak menfaatlerini doğrudan ilgilendiren bir hakkı himaye etmek amacıyla kendi adlarına dava açabilmektedir<sup>228</sup>.

Bu kısımda son olarak, Türk hukukunda yakın zamanda yürürlüğe girecek ve toplu davalara ilişkin olan düzenlemelere de değinilmelidir. Bu

<sup>224</sup> 14.2.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 6762 sayılı Kanun'un yerini alacak olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinde de, söz konusu düzenlemeler çok da fazla değişikliğe uğramaksızın muhafaza edilmektedir.

<sup>225</sup> Hanağası 2009b, s. 402.

<sup>226</sup> 8.3.1995 tarih ve 22221 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>227</sup> Söz konusu hükümlerde, dava açmakta menfaatleri olmamasına karşın tüketici birliklerine dava açma hakkı tanınarak, sayılarının çok fazla olması sebebiyle dava açmaları neredeyse imkansız olan tüketicilerin hukuki himayeden yoksun kalmasını engellemek ve çok sayıdaki davanın da önüne geçilmek amaçlanmıştır. Böylece münferiden zayıf durumda bulunan tüketicilerin hakları, kendilerinden daha fazla bilgi ve donanıma sahip olan birlikler tarafından daha iyi himaye edilebilecektir (Özbek 2002, s. 131).

<sup>228</sup> Özbek 2002, s. 131. Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinde yer verilen dava, işçinin hakkı için açıldığından, verilecek hüküm aynı zamanda işçi hakkında da kesin hüküm teşkil eder (Hanağası 2009b, s. 372). 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun da kolektif hukuki himayeye yönelik davalara imkan tanıdığı, ancak bir özel hukuk davası içermemesi nedeniyle bu kısımda incelenen davalardan farklılaştığı söylenebilir (Özbek 2002, s. 133).



düzenlemelerden ilki, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 191. maddesinde yer almaktadır. Anılan hükme göre, birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinde ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının gereğince korunmaması veya ayrılma karşılığının uygun belirlenmemiş olması hâlinde, her ortak, mahkmeden uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını isteyebilecektir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, davacı ile aynı hukuki durumda bulunmaları hâlinde, mahkeme kararının, işleme katılan şirketlerin tüm ortakları hakkında da hüküm doğuracağı belirtilmektedir. İkinci fıkranın gerekçesinde ise söz konusu fıkra, mahkeme kararının etkisini aynı hukuki durumdaki ortaklara da taşıyan bir grup davasının (class action) düzenlendiği belirtilmektedir. Bununla birlikte, maddenin birinci fıkrasının gerekçesinde, söz konusu davada davacının, belli bir tutarı yani bir zararın Türk lirası olarak karşılığını dava etmeyeceği, hakkaniyete uygun bir denkleştirme akçesi talep edeceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede mahkeme de bir zarar hesaplaması yapmayacak, ilgili sözleşmeleri inceleyerek olması gereken karşılığın ödenmesini karara bağlayacaktır. Mezkur düzenleme, kanun koyucunun, toplu davalara ilişkin olumlu bakış açısını göstermesi bakımından önemli bir olmakla birlikte, gerek sınırlı bir uygulama alanına sahip olması<sup>229</sup> gerekse ortaya çıkan zararı esas almaması nedeniyle, toplu davalardan önemli ölçüde ayrılmaktadır.

Yakın zamanda yürürlüğe girecek düzenlemelerden ikincisi ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>230</sup> "Topluluk Davası" başlığını taşıyan 113. maddesinde yer almaktadır. Anılan maddede, dernekler ile diğer tüzel kişilerin, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilecekleri hükme bağlanmaktadır. Yukarıda yapılan sınıflandırma çerçevesinde temsilci davası olarak kabul edilen bu dava, yalnızca kaçınma veya tespit taleplerini kapsamakta, tazminat talebine imkan tanımamaktadır.

### 3.2.3. Rekabet Hukukundaki Tazminat Davaları İçin Olası Açılımlar

Türk rekabet hukukundaki mevcut düzenlemeler çerçevesinde, ihlallerden zarar görenlerin tazminat talebi içeren toplu dava açmasına imkan tanınmamaktadır<sup>231</sup>. Her ne kadar Kanun Tasarısı'nda, önleme ve durdurma davalarına yer verilse

<sup>229</sup> BAUMGARTNER, S. P. (2007), "Class Actions and Group Litigation in Switzerland", *Northwestern Journal of International Law and Business*, Cilt 27, 301-349, s. 334-337.

<sup>230</sup> 4.2.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Anılan Kanun, 451. maddesi uyarınca 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecektir.

<sup>231</sup> Kanun'da, rekabet ihlallerinin önlenmesi için sadece Kurul'a yetki verilmiş olması, ilgili topluluklara kolektif hukuki himayeyi sağlamak için dava açma yetkisi verilmemesi eleştirilmektedir. Bkz. Deren Yıldırım 1997a, s. 138; Özbek 2002, s. 133; Özbay 2010, s. 1575

de, bu davalar bakımından da kolektif hukuki himayeye olanak tanınmadığı belirtilmelidir<sup>232</sup>. Ancak 1.10.2011 tarihinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nin<sup>233</sup> yürürlüğe girmesiyle birlikte, anılan Kanun'un 113. maddesinde yer verilen talepleri içeren davalar, yine aynı maddede belirtilen kişi ve kuruluşlarca, rekabet ihlalleri nedeniyle de açılabilir. Ancak bu durumda da, rekabet ihlalleri nedeniyle, tazminat talebi içeren toplu davaların açılması mümkün olmayacaktır.

Bu çerçevede, Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından tazminat talebi içeren toplu davalara imkân tanıyan düzenlemelere yer verilmesi önem arz etmektedir<sup>234</sup>. Nitekim konuyla ilgili olarak doktrinde öne sürülen görüşler incelendiğinde, tazminat talep edilmesine olanak tanıyan bir toplu dava modeline yer verilmesi gerektiği<sup>235</sup> düşüncesinin ağır bastığı görülmektedir. Bu yöndeki bir düzenlemenin, AB uygulamasındaki son gelişmelerin de doğal bir sonucu olacağı ve rekabet kültürünün oluşması, gelişmesi, desteklenmesi ve korunmasına yardımcı olacağı ifade edilmektedir<sup>236</sup>.

Genel medeni yargılama hukukuna egemen anlayışta, bu hukuk dalının amacı, maddi hukuka ilişkin hakların tanıtılması ve korunması olduğundan, kişinin kural olarak ancak *kendi adına* ve *doğrudan kişisel menfaati çerçevesinde* dava açabileceği kabul edilmektedir. Bundan çoğunlukla anlaşılana ise kişinin, hukuken korunan kişisel menfaatleri doğrudan zarara uğramışsa mahkemeyi hareket geçirip esasa ilişkin bir karar elde

<sup>232</sup> Bununla birlikte doktrinde, Türk Ticaret Kanunu ile 4054 sayılı Kanun arasında genel-özel kanun ilişkisi bulunduğu, Kanun'un geçersizlikle ilgili 56. maddesinde davaları kimlerin açabileceğine ilişkin bir düzenleme olmadığı, bu sebeple *geçersizlikle ilgili davaların*, Türk Ticaret Kanunu'nun 58. maddesinde belirtilen kişilerce açılacağı yönünde bir görüş bulunmaktadır. Bkz. Tekinalp 2005, s. 260; EREN, H. (2007), "İdari Yargı Bağlamında Sınıf Davaları ve Rekabet Hukuku Açısından Olası Açılımlar", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, s. 195-210, Rekabet Kurumu yayınları, Ankara, s. 207. Karşı görüş için bkz. Güven 2008, s. 748.

<sup>233</sup> 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

<sup>234</sup> Kolektif hukuki himayeyi sağlamak için benimsenecek sistemin ve davaların başarı derecesi, sadece usul kurallarına değil diğer düzenlemelere de bağlı olduğu belirtilmelidir. Örneğin bir tüzel kişiye dava açma yetkisi veren topluluk davası yönteminin başarısı, zarar görenlerle irtibat kurma bakımından bu kuruluşlara getirilen sınırlamalar olup olmadığı ile yakından ilintilidir. Nitekim Fransa'da bu durum geçerli olup, diğer ülke uygulamalarına göre daha az etkili olmasına neden olabilir (Nihai Rapor 2007, s. 268).

<sup>235</sup> Bu konuda, Tübitak ile Adalet Bakanlığı'nın yürüttüğü bir çalışma için bkz.

[www.tubitak.gov.tr/tubitak\\_content\\_files/ARDEB/kamag/Turkiye\\_Hukuk\\_Kamu\\_Arastirma\\_Programi.pdf](http://www.tubitak.gov.tr/tubitak_content_files/ARDEB/kamag/Turkiye_Hukuk_Kamu_Arastirma_Programi.pdf)

<sup>236</sup> Kortunay 2009, s. 127; Hanağası 2009b, s. 405; Özbay 2010, s. 1576. Karşı görüş için bkz. DEREN YILDIRIM, N. (1997b), "Kolektif Hukuki Himaye: Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı Mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru Mu? (II)", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 23, Sayı 3, s. 308-328.

edebileceğidir<sup>237</sup>. Öte yandan, medeni yargılama hukukunun esasları çerçevesinde bireysel hukuki himayenin yanında kolektif hukuki himayenin nasıl sağlanacağı hususu, birçok ülke hukuklarında tartışılan konuların başında gelmekte olup<sup>238</sup>, kolektif hukuki himayenin sağlanmasına yönelik davaların lehindeki görüşlerin yayıldığı görülmektedir<sup>239</sup>. Anılan görüşlerin yayılmasında, her ne kadar mahkeme önünde haklarını talep etme yetkisini, yalnızca hakları haleldar olanlara tanımak medeni yargılama hukukunun esaslarıyla daha fazla bağdaşsa da, yaşanan tecrübelerin, hakları haleldar olanların zarar verenler aleyhinde dava açmaktan çoğunlukla kaçındıklarını göstermesi, bir başka ifadeyle bireylerin haklarını korumak konusunda gösterdikleri çekingen tutum da etkili olmaktadır<sup>240</sup>.

Geleneksel medeni yargılama hukukuna egemen ilkeler, ister bir topluluğun üyeleri adına isterse aynı hukuki durumunda bulunan ama organize olmamış bir grup kişi adına dava açabilmesine engel olarak görünmekle birlikte, gerek mukayeseli hukukta gerekse Türk hukukunda bu tür davaların açılmasına olanak tanıyan düzenlemeler mevcuttur<sup>241</sup>. Ancak AB ülkelerinde olduğu gibi<sup>242</sup> toplu davalar açısından Türk hukukundaki düzenlemelerin de oldukça sınırlı olduğu ve genellikle de reforma ihtiyaç duyduğu görülmektedir. Yine de Türk hukukunda da bu tür davaların düzenlenmiş olması, bir davanın dinlenebilmesi için doğrudan ve kişisel menfaati olan kişi tarafından açılması gerektiğine ilişkin kuralın mutlak olmadığını, menfaat kavramının giderek daralmakta ve önemini yitirmekte olduğunu, buna karşılık hak arama hürriyetinin daha da genişlediğini göstermesi bakımından anlamlıdır<sup>243</sup>. Dolayısıyla söz konusu düzenlemelerin hukuk düzenimizde yer almasının en önemli sonucu, Türk hukukunda da zamanla tazminat talebini içeren toplu davalara imkân tanınması bakımından, doğrudan ve kişisel menfaat koşulunun çok fazla sorun teşkil etmeyecek olmasıdır.

Türk rekabet hukukunda, tazminat talepli toplu davaların benimsenmesinin önündeki engellerden daha önemli olanı ise medeni yargılama hukukundaki geleneksel kesin hüküm anlayışı ve hukuki dinlenilme hakkı ile daha yakından ilgilidir. Zira katılmasız (opt-out) toplu dava modelinde,

<sup>237</sup> Hanağası 2009b, s. 362.

<sup>238</sup> Deren Yıldırım 1997a, s. 138.

<sup>239</sup> Özbek 2002, s. 127.

<sup>240</sup> Deren Yıldırım 1997a, s. 139.

<sup>241</sup> Hanağası 2009b, s. 369.

<sup>242</sup> Nihai Rapor 2007, s. 268.

<sup>243</sup> Özbek 2002, s. 131 ve 133; Hanağası 2009b, s. 370.

yargılama sonucunda alınan karar, davada yer almayı açıkça beyan etmeyen<sup>244</sup> ve hukuki dinlenilme hakkını kullanamayan kişiler bakımından da bağlayıcı kabul edilmektedir. Öte yandan katılmalı (opt-in) toplu dava modelinde, davada yer almayı açıkça beyan etmeyen kişiler bakımından dava sonucunda alınan karar bağlayıcı olmamaktadır. Dolayısıyla bu toplu dava modeli, Türk yargılama hukukunun esaslarıyla daha fazla bağdaşmaktadır. Nitekim Kıta Avrupası hukuk geleneğine sahip olan ülkelerde de büyük çoğunlukla bu model benimsenmektedir<sup>245</sup>.

Söz konusu iki toplu dava modeli arasındaki en önemli fark, katılmalı (opt-in) modelde üye sayısının daha düşük olmasıdır. Aksine katılmasız (opt-out) modelinde, grupların üye sayısı oldukça fazla olacak ve davalının potansiyel sorumluluk miktarı çok daha fazlalaşacaktır<sup>246</sup>. Bu çerçevede, katılmasız dava modeli, caydırıcılık amacını gerçekleştirmeye daha uygundur<sup>247</sup>. Dolayısıyla uygun dava modelini belirlerken, Türk rekabet hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun amacı da dikkate alınmalıdır. Doktrindeki hakim görüş, haksız fiil hukukunun amacının ortaya çıkan zararları tazmin ederek düzeltici adaletin gereğini yerine getirmek olduğu yönündeyse de<sup>248</sup>, Türk rekabet hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun amacının, üç kat tazminata ilişkin düzenleme de dikkate alındığında, caydırıcılık olduğu kabul edilmektedir<sup>249</sup>. Sonuç itibariyle, her ne kadar Türk rekabet hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun amaçlarını gerçekleştirmek bakımından katılmasız (opt-out) model daha uygun olsa da, yargılama hukukunun esaslarına daha uygun olan katılmalı (opt-in) dava modeli olduğundan, Türk hukukunda bu model benimsenmelidir.

Toplu davalarla ilgili olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, bu davaları açma hakkının kimlere tanınması gerektiğidir. Yukarıda değinildiği üzere, söz konusu hakka sahip olanlar nazara alınarak yapılan tasnife göre toplu davalar, birlik davaları ve grup davaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu noktada birlik davalarının, özellikle tüketicilerin uğradıkları zararları tazmin etmek üzere kabul edildiği belirtilmelidir. Türk rekabet hukukunda, ihlaller nedeniyle zarar gören tüketicilerin dava açıp açamayacakları konusundaki baskın görüş bu

<sup>244</sup> Buradaki temel sorun, davaya ilişkin bildirim herkeşe gönderilememesi, kişinin herhangi bir davranışı olmaksızın grup kapsamında kabul edilmesi ve sonuç itibariyle davadan haberdar bile olmadan kararla bağlı olmasıdır.

<sup>245</sup> Brkan 2005, s. 501.

<sup>246</sup> Brkan 2005, s. 500-501.

<sup>247</sup> Russell 2010, s. 175.

<sup>248</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Şahbaz 2008, s. 4-5.

<sup>249</sup> Sanlı 2003, s. 218-220; Şahbaz 2008, s. 5.

kişilerin dava açabilecekleri yönünde olsa da, normun koruma amacı teorisi<sup>250</sup> çerçevesinde yapılacak değerlendirmelerin bu konuda belirleyici olacağı söylenebilir. Dolayısıyla bu konuda varılacak sonuca göre, sadece grup davalarına değil birlik davalarına da yer verilmesi bakımından daha sağlıklı bir değerlendirme yapılabilir<sup>251</sup>.

Bu konuda belirtilmesi gereken son bir husus ise söz konusu toplu davalara ilişkin düzenlemeye, gerek diğer hukuk dallarındaki benzer durumlar için de toplu dava açılmasını sağlayacak olması gerekse kanun yapma tekniği açısından HUMK'da yer verilmesinin daha uygun olacağıdır<sup>252</sup>. Bununla birlikte, anılan Kanun'da yakın tarihte değişiklik yapılmasına rağmen, tazminat talebi içeren bir toplu dava modeline yer verilmediği dikkate alındığında, söz konusu davanın bu Kanun'da düzenlenmesi ihtimalinin azaldığı söylenebilir. Dolayısıyla HMK'nın 113. maddesinde yapılan düzenlemeyle, kolektif hukuki himayeye yönelik davaların kavramsal çerçevede de mevzuata dahi edildiği göz önüne alınarak, bu gelişme paralelinde, tazminat talebi içerecek şekilde toplu dava açılmasına imkan tanıyacak düzenlemelere 4054 sayılı Kanun'da da yer verilebilir<sup>253</sup>.

### 3.3. Delillere Erişim

#### 3.3.1. Genel Olarak

Rekabet ihlallerinin doğası gereği taraflar arasındaki bilgi asimetrisine ve eşitsizliğine dayanması, davacıların delillere ulaşmada daha zayıf konumda olmasına neden olmaktadır. Bu nedenle delillerin toplanması, davacılar bakımından tazminat davalarının önündeki en büyük engellerden biridir. Bu kapsamda, öncelikle ispat hukukunun unsurlarından olan delillerin ileri sürülmesinin Türk medeni yargılama usulündeki genel görünümüne bakılacak, hakim, tarafların ve üçüncü kişilerin delillerin toplanmasındaki rolü ile rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarında öne çıkan sorunlar incelenecektir. Bunun yanı sıra yeri geldikçe 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile getirilen

<sup>250</sup> Söz konusu teoriye göre, hukuka aykırı bir fiilin tazminat sorumluluğuna yol açabilmesi için, kanunun korumayı amaçladığı menfaat ile zarar arasında bir bağ bulunmalıdır (Sanlı 2003, s. 238). Anılan teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ABİK, Y. (2010), "Normun Koruma Amacı Teorisi", *AÜHFD*, Cilt 59, Sayı 3, s. 345-448

<sup>251</sup> Zararın birden fazla tazminine yol açması, dava açma yetkisi verilenlerin dava açmaktan kaçınabilmesi, tazminatın hesaplanmasındaki ve dağıtılmasındaki güçlükler nedeniyle, birlik davalarına yer verilmemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Kortunay 2009, s. 126-127.

<sup>252</sup> Kortunay 2009, s. 127.

<sup>253</sup> Özbay 2010, s. 1576.

yeniliklere değinilecek ve son olarak Rekabet Kurulu kararlarının bağlayıcılığı, bilirkişilik ve bekletici mesele konuları değerlendirilecektir.

### 3.3.2. Türk Hukukundaki Durum

#### 3.3.2.1. Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi

4054 sayılı Kanun'dan doğan özel hukuk davalarında yargılama usulü ve buna bağlı olarak delillerin<sup>254</sup> toplanması usulü, HUMK'da yer alan genel hükümlere tabidir. Adli mahkemelerde rekabet ihlaline dayanarak tazminat davası açan bir teşebbüsün veya tüketicinin, 4054 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin ihlal edildiğini ispat etmesi ve ihlali tespite yarayan delilleri ortaya koyması gerekmektedir. Türk hukuk sisteminde, duruşma öncesi delillerin açıklanması sistemi tanınmadığından<sup>255</sup>, HUMK'da delil ile ilgili olarak dava öncesinde taraflara herhangi bir yükümlülük getirilmemiştir. Bu nedenle potansiyel davacının, rekabet ihlalinin varlığını kanıtlamak için bağımsız bir davada elde edilebilir bilgilere dayanması gerekmektedir<sup>256</sup>.

<sup>254</sup> Yargılama hukuku açısından "delil", uyumsuzluk konusu vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda yargıta bir kanı oluşturmaya yarayan kanıtlama (ispat) aracıdır. Delil bir uyumsuzluğu çözebilme (sona erdirmeye) gücüne göre kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. (TUTUMLU, M. A. (2007), *Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 27-28. Ancak burada sadece delillerin toplanması usulüne yer verileceğinden kesin ve takdiri delil türlerine ve özelliklerine değinilmeyecektir.

<sup>255</sup> Tahkikatın, sadece uyumsuzluğun ve uyumsuzluğa ilişkin delillerin incelendiği ve tartışıldığı bir aşama hâline getirilmesi ve tahkikat aşamasında delillerin toplanması ile yargılamanın uzamaması amacıyla HMK'nın 137-140. maddeleri arasında hukukumuzda yeni kabul edilen bir yargılama aşaması olarak "ön inceleme" aşaması getirilmiştir. ABD'deki delil değişim (discovery) sürecindeki gibi tarafların delillere erişmede geniş yetkileri olmasa da bu sistemdekine benzer şekilde tüm deliller toplanmaksızın tahkikat aşamasına geçilmemesi sağlanmaya çalışılmıştır. (ABD hukukunda dava, birbirinden ayrı ve fakat birbiriyle ilişkili iki ana bölümden oluşmaktadır. Bu iki ana bölümden birincisi "pre-trial", diğeri ise "trial" olarak adlandırılmaktadır. Trial bölümü Türk usul hukukundaki "tahkikat ve muhakeme safhalarına" karşılık gelmektedir. Pre-trial bölümü ise, trial'a hazırlanma bölümüdür. Pre-trial bölümünün içerdiği safhalar "dava dilekçelerinin verilmesi" safhası ile birlikte "discovery" safhasıdır. (Bkz. Figanmeşe 2005, s. 174). Bu hükümle usule ilişkin hususlar, tahkikata hazırlık işlemleri, tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gerekli işlemler bu aşamada gerçekleştirilecek ve taraflar sulhe teşvik edilecektir. Taraflar ön inceleme aşamasında delil olarak dayandıkları belgeleri dilekçelerine ekleyerek vermek ya da başka yerden getirilecekse, bunu belirtmek zorunda olup, delillerini sunmaları için verilen kesin sürede eksiklikleri tamamlamadıkları takdirde artık tahkikat mevcut delillerle yürütülecektir. Ön inceleme aşaması ile ayrıca, tarafların ellerinde bulunan delilleri sunmamaları ya da başka yerden getirilecekse gerekli açıklamaları yaparak masrafını vermemeleri gibi nedenlerle yargılamanın uzamasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir. (bkz. ilgili madde gerekçesi). Özellikle kartel iddialarını içeren tazminat davaları bakımından yargılamanın en kısa sürede sona erdirilmesi hayati önem arz ettiğinden, bu düzenlemenin rekabet ihlallerinden doğan tazminat davaları bakımından teşvik edici olacağı düşünülmektedir.

<sup>256</sup> Bolatoğlu 2010, s. 422.

Türk Medeni Yargılama hukukunda delillerin toplanması kural olarak taraflara düşen bir görev olarak kabul edilmiş<sup>257</sup> ve “taraflarca hazırlama” ilkesi benimsenmiştir. Hakimin resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar ise istisnai niteliktedir. Taraflarca hazırlanma ilkesine göre iddia ve savunmanın dayanağı olan vakıalar ve bunlara ilişkin delillerin taraflarca mahkemeye bildirilmesi gerekir, hakim delillere kendiliğinden başvuramaz<sup>258</sup>. Taraflar, dava ve cevap dilekçelerinde bütün delillerini göstermek zorundadırlar<sup>259</sup> (HUMK m. 179/3, 195)<sup>260</sup>. HMK m. 194 ile “Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi” başlığı altında, taraflara, hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtme zorunluluğu, yani somutlaştırma yükü getirilmiş olup, bu yükümlülük gereği, davacının iddia ettiği her bir vakıanın hangi delille ispat edileceğini dava dilekçesinde belirtmesi esası bir yenilik olarak maddede düzenlenmiştir. Böylece, özellikle ispat konusunda davaların usul ekonomisi ilkesine uygun bir biçimde, makul bir sürede sonuçlanması hedeflenmiştir<sup>261</sup>.

Delillerin taraflarca hazırlanma ilkesinin özellikleri HUMK’da yer alan çeşitli maddelerde karşımıza çıkmaktadır<sup>262</sup>. Bunlardan en önemlisi olan HUMK m. 75/1’e göre, “hakimin tayin eylediği istisnalardan başka hallerde hakim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini re’sen nazarı dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz”<sup>263</sup>. Bu hüküm hakimin, tam bir tarafsızlık içinde davayı yürütmek zorunda olmasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı

<sup>257</sup> Tutumlu 2007, s. 33

<sup>258</sup> KURU, B., R. ARSLAN ve E. YILMAZ (2000), *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 405.

<sup>259</sup> 3156 sayılı Yasa ile HUMK’da yapılan değişiklik (özellikle 179/3. ve 195. maddeler) sonucu taraflar dava ve cevap dilekçelerinde bütün delillerini göstermek zorundadırlar. Başka bir deyişle, yargılama sistemimize pozitif olarak delillerin hasrı kurumu girmiş bulunmaktadır. Böylece taraflar, dilekçelerinde göstermedikleri delilleri sonradan ileri süremeyeceklerdir. Bu bakımdan dilekçelerindeki “sair deliller” deyiminin de artık herhangi bir anlamı kalmamaktadır. (Tutumlu 2007, s. 44)

<sup>260</sup> Bu kuralın istisnasını hasmın onayı ve HUMK’un 244’üncü maddesi oluşturmaktadır. Söz konusu maddeye göre delillerin hasredilmesinin ardından kullanılabilir bu imkân yargıcın istemi uygun görmesi koşuluyla yerine getirilebilecektir.

<sup>261</sup> Bkz. 119 ve 195. madde gerekçeleri.

<sup>262</sup> HUMK m. 287, 307, 276/1.

<sup>263</sup> 75/1. madde, HMK m. 25/1’e karşılık gelmekle birlikte, yeni düzenlemede taraflarca hazırlanma ilkesinin daha açık bir anlatımla kaleme alındığını görmekteyiz. Söz konusu hüküm, “Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz” şeklindedir. m. 25/2’de ise kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkimin, kendiliğinden delil toplayamayacağı düzenlenmiştir.

davalarda taraflar subjektif ispat yükü<sup>264</sup> gereğince delil gösterme yükünü üzerlerinde taşıdıklarından, her biri iddiasını haklı kılan vakıalar hakkında delil göstermek mecburiyetindedir. Taraf bu yükümlülüğünü ihlal ederse o vakia ispat edilmemiş sayılır<sup>265</sup>.

Medeni yargılamada, hukuka aykırı bir olay karşısında yargı makamının kendiliğinden harekete geçerek denetim yapması söz konusu olmadığından ve taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda hakimin delil toplama yetkisi sınırlı olduğundan, mahkemelerin bir rekabet ihlalinin varlığını tespit etmesi Rekabet Kurumunun tespitinden daha zor olmaktadır. Zira ister şikayet veya ihbar sonucunda, ister re'sen soruşturma açılmış olsun Kurul, ileri sürülen iddiaları re'sen araştırıp kanıtlamak zorunda olduğu için 4054 sayılı Kanun'un idari usulleri bakımından "re'sen araştırma ilkesi" geçerlidir<sup>266</sup>. Bu çerçevede Rekabet Kurumunun delillere ulaşma biçimi farklı olup, bu bağlamda Kanun'un kendisine verdiği yetkiler bakımından daha avantajlı konumda olduğu söylenebilir<sup>267</sup>. Bu nedenle özellikle Rekabet Kurulunca soruşturma açılmış olması halinde, Kurul'daki soruşturma dosyası, mahkemenin araştırması gereken birçok delilin kolayca bulunmasını sağlayacaktır<sup>268</sup>.

Ancak HUMK'da da delillere ulaşımı kolaylaştıracak hükümler yer almakta ve hakimi, doğru karara ulaşmak ve davayı aydınlatma ödevini yerine getirmek için kanunun bu hükümlerle kendisine verdiği yetkileri kullanmaya sevk etmektedir. Örneğin hakim bilirkişi ve keşif delillerine kendiliğinden (resen) başvurabilir (HUMK m. 275 ve 363). Hakim sorguya (isticvap) da kendiliğinden karar verebilir (HUMK m. 230/1). Bununla birlikte HUMK m. 75/2'de Medeni Usulün Manga Cartası olarak adlandırılan hakimin aydınlatma-soru hakkı düzenlenmiştir<sup>269</sup>. Buna göre; hakim ancak müphem ve mütenakız gördüğü iddia veya sebepler hakkında izahat isteyebilir. Hakimin delillerin toplanması konusunda diğer bir yetkisi de HUMK m. 75/3'te düzenlenmiştir. Buna göre: "*Hâkim davanın her safhasında iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere kendilerini istima ve lazım olan delillerin ibraz ve*

<sup>264</sup> Delil ikame yükü, davanın aşamasına ve seyrine göre taraf değiştirebileceğinden bu kavrama "subjektif ispat yükü" de denilmiştir. (Tutumlu 2007, s. 31)

<sup>265</sup> ERDÖNMEZ, G. (2010), *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 175.

<sup>266</sup> Aslan 2007, s. 838.

<sup>267</sup> Bilindiği gibi Kurul, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir (RKHK m. 14). Ayrıca Kurul, gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde arama yapabilir; defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir (RKHK m. 15)

<sup>268</sup> İnan 2002, s. 601.

<sup>269</sup> ALANGOYA, Y. (1979), *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 127



*ikamesini emredebilir*<sup>270</sup>. Hakim bu noktadaki yetkisinin dava malzemesinin toplanması açısından tarafların hakimiyetini sınırlayan bir düzenleme olduğu ve hakim aydınlatma ödevinin bir parçası olduğu kabul edilmektedir.<sup>271</sup>

Ayrıca doktrinde, HUMK m. 75/3'ün geniş yorumlanması<sup>272</sup> ve hakim hükme istinaden resen ibraz kararı verebileceğinin kabul edilmesinin yerinde olacağı belirtilmektedir<sup>273</sup>. Nitekim söz konusu maddenin karşılığı olan HMK m. 31'de, "*Hakim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir*" şeklinde düzenleme getirilerek<sup>274</sup> 75 inci maddede, "iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere" şeklinde yer alan husus "uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda" ibaresi kullanılarak ifade edilmiş ve hakim vakiaları aydınlatma yetkisi daha açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Yargıtay bir kararında, mahkemece dinlenmesine karar verilen tanığın ismi, dava dosyasına usulüne uygun biçimde girmiş olan faturadan anlaşıldığından HUMK m. 75/3 göz önünde tutularak bu şahsın dinlenmemesini eksiklik olarak nitelendirmiştir<sup>275</sup>. Dava dosyasından anlaşılan belge resmi makamın elinde olduğu takdirde de, hakim resen ibraz kararı verebilecektir. Yargıtay bir başka kararında dava konusu haberin dayandığı resmi bir raporun mevcut olduğu dava dosyasından anlaşıldığı takdirde, davalı talep etmese bile hakim bu raporu isteyebileceğine hükmetmiştir<sup>276</sup>. Anılan hüküm rekabet ihlallerinden doğan tazminat davaları bakımından da son derece önemli olup hakim, dava dosyasından anlaşılıp da o zamana kadar yargılamaya getirilmemiş olan delillerin getirilmesini emredebilmesini sağlamaktadır. Ancak

<sup>270</sup> Söz konusu maddeyle ilgili olarak bkz. Yargıtay HGK'nun 17.10.1984 tarih, E. 982/10-582, K. 817 sayılı kararı (Tutumlu, 2007, s. 34).

<sup>271</sup> Alangoya 1979, s. 162.

<sup>272</sup> Bu maddenin yorumuna ilişkin diğer bir görüş uyarınca delillerin gösterilme ve getirilme işinin mutlak olarak tarafların iradesine bırakılması durumunda, tarafların bilgisizliği veya kötü niyeti sonucu davaların sürüncemede bırakılması tehlikesi doğabilecektir. Bu durum ise "yargılamanın çabukluğu" ilkesini zedeleyebileceği gibi, maddi gerçekliğin yargılamaya yansiyabilmesini de oldukça güçleştirecektir. O halde yargıcın delillerin yargılamaya getirilmesi işinde belirli ölçülerde yetkilendirilmesi gerekli ve hatta zorunludur. İşte Yasanın (HUMK) 75/3 hükmünde yargıca verilen bu müdahale yetkisi, bu esaslar doğrultusunda değerlendirilmeli ve yorumlanmalıdır (Tutumlu 2007, s. 35)

<sup>273</sup> Erdönmez 2010, s. 177.

<sup>274</sup> HMK m. 31 gerekçesi: "Maddede, hâkimin maddî anlamda davayı sevk yetkisi düzenlenmektedir. Mukayeseli hukuktaki gelişim sonucu, günümüzde, bununla hâkimin taraflara sorular sorma, işaret ve müzakere etme ödevi anlaşılmaktadır."

<sup>275</sup> Yargıtay HGK 9.7.1969, İlf 404/664 (ABD 1969/6 s. 1132; İKİD 1970/109, s. 8326-8327).

<sup>276</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 30.11.2000 tarih ve E. 11832, K. 1094 sayılı kararı (Erdönmez 2010, s. 178)

hakim istediği tüm delilleri değil, sadece dava dosyasından anlaşılabilen ve dava dosyasında dayanağı bulunan delillerin ibrazını isteyebilir<sup>277</sup>.

Bununla birlikte delillerin zamanından önce toplanarak korunmasını sağlayacak ve böylece özel hukuk alanında açılacak tazminat davalarında kullanılacak bir diğer önemli yöntem de **“delil tespiti”**dir. Zira uyumsuzluk öncesinde ortaya çıkarılması önem arz eden yazılı belge ve bilgilerin korunması davanın seyrini ciddi şekilde etkileyecektir. HUMK m. 368 ve 369 uyarınca taraflar, delillerin kaybolma ihtimaline karşı mahkemeden delil tespiti isteyebileceklerdir. HMK m. 400’de düzenlenen bu kurala göre taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilecektir. Delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gerekir. Kanunda açıkça öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yararın bulunduğu kabul edilmektedir (HMK m. 400/2).

HMK m. 195. maddede, *“Uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir”* şeklinde düzenleme getirilerek elektronik verilerin ve belgelerin, aynen fiziksel olarak var olan belgeler gibi delil teşkil edeceği düzenlenmiştir. Böylece sadece yazılı ve basılı metinler değil, farklı bilgi taşıyıcıları da belge tanımı kapsamına alınmıştır. Rekabet Hukukunda serbest delil sisteminin geçerli olmasından dolayı, faks, bilgisayar verileri, mikrofilm, mikrofiş, elektronik posta gibi çağdaş iletişim araçlarının delil olarak kullanılabilmesi düşünüldüğünde<sup>278</sup>, rekabet ihlalinin doğan tazminat davalarında da yukarıda anılan düzenleme sonrasında benzer deliller ihlalin ispatı bakımından mahkemelere sunulabilecektir. Böylece doktrinde senetle ispat kuralı bakımından getirilen eleştirilerin<sup>279</sup> birçoğunun bertaraf edileceği değerlendirilmektedir.

<sup>277</sup> Erdönmez 2010, s. 177. Ayrıca TUTUMLU’ya göre bu hükümden, yargıcın her istediği delilin getirilmesini isteyebileceğini anlamamak gerekir. Bundan başka, dosyadan anlaşılmayan ve taraflarca söylenmeyen bir delil de yargıç tarafından kendiliğinden göz önüne alınmaz (m. 75/1) (Tutumlu 2007, s. 42).

<sup>278</sup> UYANIK, P. (2003), *Rekabet Hukuku Açısından Delil*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, s. 34.

<sup>279</sup> Medeni yargılama usulünde senetle ispat ve tasarruf ilkelerinin geçerli olması, teknolojik gelişmeler sonucunda ispat hukukunda zorluklar yaşanmasına neden olmaktadır. Bu zorlukların aşılması yönündeki çabalar, medeni yargılamada delil türlerinin yeniden ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Öğretide, bilgisayar çıktısı, elektronik posta, mikrofilm gibi bilgi depolama

Bilindiği üzere rekabet hukuku, uzmanlık gerektiren bir hukuk dalı olduğundan bu alandaki özel ve teknik konuların daha iyi aydınlatılabilmesi ve çelişkili ya da eksik veya yanlış bilgilerle yargılamanın olumsuz etkilenmemesi son derece önemlidir. Bu çerçevede HMK ile getirilen “uzman görüşü” düzenlemesine değinmekte fayda vardır. Kanununun 293. maddesi ile getirilen bu düzenlemeyle tarafların dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilecekleri, ancak bunun için ayrıca süre isteyemeyecekleri düzenlenmiştir. Bununla Anglo-Sakson kökenli bir kurum olan “taraf bilirkişisi” veya “uzman tanık” kurumları hukukumuzda kazandırılmıştır<sup>280</sup>. Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir (m. 293/2). Kuşkusuz uzman görüşü hakimi bağlamayan, takdiri deliller arasında değerlendirilecektir, ancak özellikle rekabet hukuku gibi uzmanlaşmanın gerekli olduğu hukuk dallarına konu olan ihtilaflar bakımından bu kurumun yargılama sürecine katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

Medeni yargılama hukukunda yer alan ve yukarıda bir kısmına yer verilen delillere ulaşımı kolaylaştıran maddelerin yanı sıra 4054 sayılı Kanunda da zarar görenler lehine ispat kolaylığı sağlayacak bir takım düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Kanun’un 59. maddesinde<sup>281</sup> zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da rekabetin bozulduğu izlenimini veren kanıtları mahkemeye sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarının ispatının davalılara geçeceği belirtilmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde, uyumlu eylem iddiasında bulunan taraf, iddiasını ispat etmek için bu karineden yararlanabilecektir. Bu durumda davalı teşebbüs karineyi çürütmek üzere deliller sunacaktır. Bunun dışında, 4054 sayılı Kanun’un 59/2. maddesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların her türlü delille ispatlanma olanağının bulunduğu ifade edilmiştir. Böylece benimsenen delil serbestisi, taraflara ispat kolaylığı sağlayacaktır.

Gerek HUMK, gerekse 4054 sayılı Kanun’da yer alan ve yukarıda açıklanan hükümlerin varlığı, rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarında

---

materyallerinin delil olarak kullanılabilmesinin mahkemelerce mecburen kabul göreceği görüşü bulunmaktadır. En ideal çözüm, senet merkezli ispat sisteminden uzaklaşmak olacaktır (Bkz. Uyanık 2003, s. 84).

<sup>280</sup> Bkz. HMK md. 293’ün gerekçesi.

<sup>281</sup> “Zarar görenlerin bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer” (m. 59/1).

davalının veya üçüncü şahısların elinde bulunan delillerin ortaya çıkarılmasında etkili olacaktır, ancak bu hükümlerin ihlallerin ortaya çıkarılmasında yeterli olup olmayacağı sorusu gündeme gelebilecektir. Bu soruna ilişkin olarak, AB uygulamasında getirilen önerilere paralel olarak, doktrinde de anılan hükümlerin yeterli olduğunu söylemenin güç olduğu, delillerin ortaya çıkartılmasına ilişkin mahkeme kararına riayet edilmemesini ya da delillerin yok edilmesini önleyici yaptırımların getirilmesi gerektiği, ayrıca pişmanlık programı kapsamındaki açıklamaların ve rekabet otoritelerince yürütülen soruşturmaların gizliliğine hâlel gelmesini engelleyici düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu yönünde görüş belirtilmiştir<sup>282</sup>.

Bu çerçevede düşünüldüğünde, rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarında genel olarak davalı ve üçüncü kişi nezdinde bulunan delillerin toplanması bakımından gündeme gelebilecek sorunlar ve özellikle yeni kanundaki (HMK) düzenlemelerin bu sorunları bertaraf etmeye yeterli olup olmadığına değinmek gerekmektedir. Örneğin taraflardan hiçbiri, hasmının (karşı tarafın) davayı kazanması için kendi aleyhine ve onun lehine olan bir delili göstermekle yükümlü tutulamaz. Ancak bir taraf, kanunda sayılan belgeleri kendi aleyhine olsa bile mahkemeye vermekle yükümlüdür (m. 326 vd.)<sup>283</sup>. HUMK m. 326/1, belgelerin ibrazı mecburiyetini düzenlemiş olup, Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu uyarınca tarafların ellerindeki belgeleri ibrazla yükümlü oldukları genel olarak ifade edilmiş ve dört bent hâlinde konuyla ilgili hangi belgelerin ayrıca ibraz edileceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca taraflar maddi hukukta açık hüküm varsa (HUMK m. c.1) veya usuli ibraz yükümlülüklerinden birisi mevcutsa (HUMK m. 326, b. 1-4, 327) ellerindeki belgeleri mahkemeye vermek zorunda olduklarına göre taraflar açısından sınırlı bir ibraz yükümlülüğünden söz edilir<sup>284</sup>. Bununla birlikte taraf kendisi için olumsuz sonuç doğuracak olsa bile, ihtilafı vakıaları aydınlatacak belgeleri karşı tarafın incelemesi için dava dosyasına vermek zorunda kaldığına göre, belgelerin ibrazı mecburiyeti “hiç kimse kendi aleyhine olan delili göstermek zorunda değildir” ilkesini önemli ölçüde bertaraf etmektedir<sup>285</sup>. Bu çerçevede özellikle davacı, ileri sürülen ihlalle ilgili bazı belge veya bilgilerin varlığını ileri sürüyorsa söz konusu belgeler kendini suçlayıcı nitelik arz etse bile hakim davalının bunları ibraz etmesini emredebilecektir<sup>286</sup>. Taraflar

<sup>282</sup> Kortunay 2009, s. 120.

<sup>283</sup> KURU B., ARSLAN R., YILMAZ E., (2001), *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 462

<sup>284</sup> Erdönmez 2010, s. 90

<sup>285</sup> Erdönmez 2010, s. 33.

<sup>286</sup> Bolatoğlu 2010, s. 423.

açısından ibraz yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde, mahkemece delil ikame eden tarafın iddiası gerçek kabul edilebilecektir (HUMK m. 332).

Bununla birlikte yeni HMK'da taraflara daha geniş ibraz yükümlülüğü getiren bir düzenlemeye yer verilmiştir<sup>287</sup>. Buna göre taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar (HMK m. 219). Dolayısıyla ibraz yükümlülüğü, kanunda sayılan haller dışındaki delilleri ve karşı tarafın iddiasını dayandırdığı delilleri de kapsamaktadır. HMK m. 220'de, tarafın belgeyi ibraz etmemesi halinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir<sup>288</sup>. Buna göre karşı tarafın bu ödevi yerine getirmemesi halinde mahkeme duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilecektir.

Üçüncü kişinin ibraz yükümlülüğü hakkında ise, HUMK m. 333 ile HUMK m. 326'da belirtilen 2.,3. ve 4. fıkralara atıf yapılmış olup üçüncü kişiler bakımından da genel bir usuli ibraz yükümlülüğü getirilmediği sınırlı bir ibraz yükümlülüğü getirildiği söylenebilecektir. Üçüncü kişiler bakımından getirilen ibraz yükümlülüğü HMK m. 221/1'de düzenlenmiş, mevcut düzenlemeye göre kapsam genişletilmiştir. Buna göre, mahkeme üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan bir belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar vermesi halinde, bu belgenin ibrazını emredebilecektir. Belgeyi ibraz etmesine karar verilen herkes, elindeki belgeyi ibraz etmek, belgeyi ibraz edememesi hâlinde ise bunun sebebini, delilleri ile birlikte açıklamak

<sup>287</sup> HMK'nın 219. madde gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: "...1086 sayılı Kanunda, önce genel olarak tarafların ellerindeki belgeleri ibraz edecekleri düzenlenmiş, daha sonra dört bent hâlinde konuyla ilgili hangi belgelerin ayrıca ibraz edileceği belirtilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında bu sayma yerine, tüm belgeleri kapsayıcı genel bir düzenleme yapılması uygun görülmüştür. Şöyle ki: 1086 sayılı Kanunda, Türk Medeni Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu gereğince ibrazı zorunlu olan belgelerin yanında diğerlerinin de ibrazı gerektiği belirtilmiştir. Yeni düzenlemede buna yer verilmemiştir. Çünkü, öncelikle belgeyi ibraz zorunluluğu bu iki kanun dışında da söz konusu olabilir, bu sebeple ifade sınırlayıcıdır. Zaten bir kanunda özel olarak belge ibrazı zorunluluğu düzenlenmişse, bunu tekrar belirtmek gereksizdir. Böylece, tek tek sayılıp ihtimal dışı kalabilecek durumlar da bertaraf edilmiştir."

<sup>288</sup> **MADDE 220-** (1) İbrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir.

(2) Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir.

(3) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir.

zorundadır. Mahkeme yapılan açıklamayı yeterli görmezse, bu kimseyi tanık olarak dinleyebilir (HMK m. 221/2). Böylece HMK'daki daha isabetli düzenlemeler vasıtasıyla hakimin davanın aydınlatılmasına daha fazla katkı sağlanabileceği görülmektedir.

Resmi kurumların ibraz mecburiyeti bakımından ise yürürlükteki Usul Kanununda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak çeşitli kanunlardaki düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, resmi makamların genel bir ibraz yükümlülüklerinin bulunduğu ve ellerindeki belgeleri Kanundaki sınırlamalar çerçevesinde hukuk mahkemelerine ibrazla yükümlü oldukları sonucuna ulaşılabilir<sup>289</sup>. Ayrıca Anayasa'nın 138/3. maddesi yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğunu belirtmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere yeni HMK m.221/1 ile üçüncü kişilerin ibraz yükümlülüğü ve kurumların ibraz yükümlülükleri bir arada düzenlenmiştir. Bu çerçevede mahkeme tarafından talep edilen bir bilgi veya belgenin resmi makamca ibraz edilmemesi düşünülemez. Ancak dosyaya giriş hakkı ile ilgili olarak Kurum tarafından titizlikle uygulanan usuller, aynı konuda açılan bir tazminat davasında mahkemenin soruşturma dosyasını istemesi halinde, tüm belgelere tarafların ulaşması ve Kurum nezdinde yürütülen soruşturmayı olumsuz etkilemesi söz konusu olabilecektir. Bu çerçevede yukarıda da yer verilen görüş doğrultusunda pişmanlık başvuruları çerçevesinde yapılan açıklamalar ile rekabet otoritelerince yürütülen soruşturmanın gizliliğine halel gelmesini engelleyici kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Uygulamada ortaya çıkması muhtemel bir diğer problem ise tarafların ticari sırların varlığından bahisle delillerin ibrazından kaçınabilme olanaklarının bulunup bulunmadığıdır. Ticari sırlar ibrazdan kaçınmak için "haklı bir sebep" olarak ileri sürülebilir. Ancak bazı durumlarda davanın aydınlatılması için ticari sır içeren belgenin incelenmesi gerekebilir. Bu nedenle bu sorun belge sahibinin sırrının korunması ile karşı tarafın etkin hukuki himaye hakkı arasında bir denge kurulmak suretiyle çözülebilir<sup>290</sup>.

### **3.3.2.1. Kurul Kararlarının Bağlayıcılığı, Kurumun Bilirkişiliği ve Bekletici Mesele**

4054 sayılı Kanun'dan doğan özel hukuk davaları bakımından ortaya çıkan bir diğer önemli sorun ise tazminat davasının açılmasından önce Rekabet Kurulunca verilecek bir kararın aynı konudaki tazminat davası üzerinde nasıl bir etki doğuracağı ve adli mahkemelerin önlerine gelen ve rekabet hukukunu

<sup>289</sup> Erdönmez 2010, s. 195-196.

<sup>290</sup> Erdönmez 2010, s. 333-334.

ilgilendiren konularda Rekabet Kurulunun kararını beklemek zorunda olup olmadığı hususudur.

4054 sayılı Kanun'da rekabet ihlaline ilişkin davalara bakan mahkemelerin meseleyi aydınlatmak üzere mutlaka Rekabet Kuruluna sormaları gerektiğini belirten bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde şu anda yürürlükte olan hükümlere göre adli mahkemelerin önlerine gelen davalarda 4054 sayılı Kanun'a aykırılık meselesini (Rekabet Kuruluna sormak ve keyfiyeti zorunlu bekletici sorun şeklinde değerlendirmek durumunda olmaksızın) inceleme yetkisine sahip oldukları görüşünün hakim olduğu söylenebilir<sup>291</sup>. Bu noktada ileri sürülen en önemli gerekçe mahkemelerin idari organların kararlarıyla bağlı olmasının yargı bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmayacak olmasıdır<sup>292</sup>. Bu çerçevede, ihtilafa konu olay hakkında Rekabet Kurulunun (hukuka aykırılığa dair) nihai karar vermiş olması (muafiyet hükmü haricinde) mahkemenin aksi yönde karar almasına engel teşkil etmez. Kurul kararı, mahkeme açısından kuvvetli bir takdiri delildir ve mahkeme, gerekçelendirmek kaydıyla aksi yönde karar alabilir<sup>293</sup>.

Ancak mahkemelerin Kurul kararlarını dikkate almaksızın verecekleri kararlar hukuk düzeninde çelişki yaratacağından bu hususta mahkemelerin Kurul kararlarını bekletici mesele yapmaları veya Kurumun bilirkişiliğine başvurmaları gündeme gelecektir. Nitekim Yargıtay rekabet hukukundan kaynaklanan çeşitli ihtilaflar hakkında verdiği kararlarda, Rekabet Kurulu (veya Danıştay) kararı olmaksızın hukuki değerlendirme yapılamayacağını belirtmiştir<sup>294</sup>. Yine Yargıtay, Kanun'un 4 ve 6. maddeleriyle ilgili uyuşmazlıklarda fiilin hukuka aykırılığına ilişkin Kurul kararının varlığını şart koşmuştur<sup>295</sup>. Yargıtay'ın yukarıda anılan içtihatları arasında, Kurul kararının

<sup>291</sup> GÜRZUMAR, O. B. (2007), "Rekabet Hukukununun 10 Yılı: Rekabet Kanunundan Rekabet Hukukuna", Rekabet Kurumu 10. Yıl Sempozyumu, Ankara, s. 101.

<sup>292</sup> İnan 2002, s. 599.

<sup>293</sup> Sanlı 2007, s. 65.

<sup>294</sup> Yargıtay 19 HD E. 3350, K. 732, T. 17.9.1998, Yargıtay 19 HD E. 3350, K. 6364, T. 1.11.1999, Yargıtay 19 HD E. 3229, K. 10677 T. 16.1.2008 (Sanlı, 2007, s. 54).

<sup>295</sup> "Yargılama aşamasında, Rekabet Kurulu'nun 2004-3-154 esas 5.27/317-80 sayılı 22.04.2005 tarihli kararı ile E... A.Ş. & B... A.Ş.'nin kendilerinin veya distribütörlerinin bayilerinin hem açık satış yapan nihai satış noktaları, hem de kapalı satış yapan nihai satış noktaları ile akdettikleri tek elden satın alma anlaşmalarında yer alan rekabet etmemek yükümlülüklerinin ve bu etkiyi doğuran diğer sınırlamaların tek marka satma şartına bağlanmasının etkin rekabetin oluşmasını engellediğine, bu tür düzenlemelerin yasaklanan rekabet etmeme yükümlülüğü tanımı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğine, soğutucu dolaplara rakip ürün konulmasının engellenmesinin piyasada rekabetin oluşmasının önünde önemli bir engel olduğuna, karar tarihinden önce akdedilmiş sözleşmelerde yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin ve bu etkiyi doğuran nitelikteki diğer yükümlülüklerin anılan sözleşme metinlerinin tamamından çıkarılmasına karar verilmiştir. **Bu durumda mahkemece, Rekabet Kurulu kararının kesinleşip kesinleşmediği ve**

kesinleşmesinin beklenip beklenmeyeceği hususunda farklılık arz eden kararları mevcuttur<sup>296</sup>.

Bu noktada, hukuka aykırılık açısından kesinleşen Rekabet Kurulu kararlarının mahkemeler açısından bağlayıcı olup olmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde Rekabet Kurulu kararına karşı açılan iptal davası üzerine Danıştay bir karar vermişse, artık bu bir yargı kararı olduğu için adli mahkemelerde bu kararın kesin delil teşkil edeceği, mahkemenin bu kararı dikkate alması gerektiği ve aksi uygulamanın Yargıtay'da bozma nedeni teşkil edeceği yönünde görüş belirtilmiştir<sup>297</sup>. Bilindiği üzere, HUMK m. 237 uyarınca bir hükmün kesin hüküm sayılabilmesi için önceki hükmün taraflarının, davanın konusunun ve dava sebebinin aynı olması gerekir. Bunlardan birisi yoksa hüküm kesin hüküm sayılmaz. Rekabet ihlali nedeniyle zarar gören herkesin tazminat davası açabileceği göz önünde bulundurulduğunda Danıştay'dan geçerek kesinleşmiş bir Rekabet Kurulu kararının her zaman için mahkeme açısından kesin delil teşkil edeceğini söylemek zor olsa da, bu açıdan güçlü bir delil teşkil edebileceği değerlendirilmektedir.

Rekabet Otoritelerince verilen kararlarla, mahkemelerin vereceği kararlar arasında çelişkiler oluşmasını önlemek için Alman hukukunda farklı bir yöntem belirlenmiştir. Buna göre, Alman Rekabet Kanununda (GWB), tazminat davasına bakan mahkemenin, rekabet otoritesinin aynı konuda ihlalin varlığına dair kesinleşmiş bir kararı mevcut ise, bununla bağlı olacağı düzenlenmiştir (GWB § 33 Abs. 4). Bu hüküm sadece Kartel otoritesinin nihai kararlarının değil, AB Komisyonu'nun ve hatta diğer devletlerin Kartel makamlarının kararlarının da (hukuka aykırılık açısından) bağlayıcı olduğunu öngörmektedir. AB hukukunda ise 1/2003 sayılı Tüzük, açıkça Komisyon kararlarının (hukuka aykırılık açısından) ulusal mahkemeleri bağladığını belirtmektedir (m. 16)<sup>298</sup>.

**davaya etkisi gözetilerek bir karar verilmesi için hükmün bozulması gerekmiştir**" (19. HD, 6.11.2006, E. 2006/2809, K. 2006/10346, UYAP Mevzuat Programı). "Dava 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 57 inci maddesinde ifadesini bulan hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazminine ilişkindir. Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetildiğinde tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 sayılı Yasanın yetkili kıldığı "Rekabet Kurulu" tarafından hâkim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan Yasa kapsamında **Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa, yapılacak başvurunun ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekir**" (Yargıtay 19. HD, E. 99/3350, K. 99/6364) (TOPÇUOĞLU, M. (2009), "Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, s. 6-59, Gazi Üniversitesi Yayını, Ankara, s. 51.)

<sup>296</sup> Yargıtay 19. HD, 29.11.2002 tarih, E. 2002/2827, K. 2002/7580 sayılı kararı.

<sup>297</sup> Sanlı 2007, s. 65. Karşı görüş için bkz. İnan 2002, s. 599; Öz 2000, s. 189-190.

<sup>298</sup> Sanlı 2003, s. 65.



Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda AB hukukundaki gibi Kurulun nihai kararının bağlayıcı olacağına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Tasarı'nın 27. maddesiyle, Kurumun bilirkişiliği ve adli mahkemelerin Kurul kararlarını bekletici mesele yapması hususları düzenlenmiş olup Kanun'un 58. maddesinin değiştirilmesi öngörülmektedir<sup>299</sup>.

Tasarı maddesinde ekonomik olgularla ilgili olarak Kurumun bilirkişiliğine başvurabileceğinin belirtilmesi yerinde bir düzenleme olarak nitelendirilebilir. Zira doktrinde Rekabet Kurulunun kamu tüzel kişisi olması nedeniyle adli yargıda bilirkişi olarak başvurulabilmesi için açık bir kanun hükmüyle görevlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>300</sup>. Tasarı'daki bu hüküm ile mahkemenin Kurul kararını bekletici mesele sayabileceği düzenlenmiştir ki böyle bir düzenleme olmasa dahi mahkeme HMK'daki düzenleme ile idari makam olan Rekabet Kurulu kararını bekletici mesele yapabilecektir. HMK m. 165'de düzenlenen "**bekletici sorun**" müessesesi uyarınca, bir davada hüküm verilebilmesi, idari makamın tespitine bağlı ise mahkemece o idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir ya da bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması idari makamın çözümüne bağlı ise mahkeme, ilgili tarafa idari makama başvurması için uygun bir süre verebilir ve bu süre içinde idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılır.

### 3.3.3. Türk Rekabet Hukuku Bakımından Olası Açılımlar

Davaların usul ekonomisi ilkesine uygun bir biçimde hızlı ve adil sonuçlanmasını sağlamak üzere, delillerin toplanması aşamasına ilişkin olarak özellikle HMK ile getirilen yenilikler sayesinde ve uygulamada karşılaşılan aksaklıkların giderilmesiyle birlikte rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarında da delillere erişimin daha rahat sağlanacağı düşünülmektedir. Özellikle "uzman görüşü" başlığı ile uzmanlık kurumunun hukuk sistemimize kazandırılması, delillerin toplanmasında taraflara getirilen ibraz yükümlülüklerinin daha kapsamlı düzenlenmiş olması, ön inceleme aşamasında tahkikat aşamasına geçmeden tüm delillerin toplanmasının sağlanması ve elektronik ortamda saklanan verilerin belge niteliğini kazanması gibi

<sup>299</sup> "Kurumun Bilirkişiliği ve Bekletici Mesele" başlığını taşıyan söz konusu madde aynen; "**MADDE 58: Adli mahkeme, Kanunun ihlal edilip edilmediğinin saptanmasını gerektiren davalarda, ihlalin varlığı için gerçekleşmesi ekonomik olgularla ilgili olarak Kurumun bilirkişiliğine başvurabilir. Başkanlık, bilirkişi raporunu hazırlamak üzere tarafsızlık esaslarını dikkate alarak yeter sayıda meslek personelini görevlendirir. Davanın konusuna ilişkin olarak Kurum bünyesinde bir inceleme, önaraştırma veya soruşturma yürütülüyor olması durumunda ise, hakim Kurulun nihai kararını bekletici mesele sayabilir.**" şeklindedir.

<sup>300</sup> İnan 2002, s. 602; Gürzumar 2006, s. 182.

düzenlemelerin, delillere hızlı ve elverişli şekilde erişim konusunda gelişmelere imkân tanıyacak nitelikte olduğu düşünülmektedir.

Delillere erişimin rekabet ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davaları bakımından bir engel oluşturmaması için yapılabilecek öneri ise, pişmanlık başvuruları çerçevesinde yapılan açıklamalar ile rekabet otoritelerince yürütülen soruşturmaların gizliliğine halel gelmesini engelleyici kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiği ve mahkemelerin, çelişkili kararların ortaya çıkmasının önüne geçmek için ortada bir Rekabet Kurulu kararı varsa, bunu dikkate almalarının uygun olacağı şeklindedir. Ancak söz konusu kararların kesinleşmesinin beklenmesi davaların gereksiz yere uzamasına yol açabileceğinden, rekabet hukuku alanında uzmanlaşmış bir mahkemenin oluşturulmasının ve İngiltere'deki gibi rekabet temyiz mahkemesi kurularak tazminat davalarının da bu mahkemelerde görülmesi, uygun bir çözüm olabilecektir.

### **3.4. Zamanaşımı**

#### **3.4.1. Genel Olarak**

Rekabet ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davalarını teşvik etmeyi amaçlayan bir hukuk düzeninin, zamanaşımı konusunda etkin bir düzenleme getirmediği sürece gerçek anlamda başarılı olmasını beklemek mümkün değildir. Hukuki belirlilik açısından önemli bir fonksiyonu yerine getiren<sup>301</sup> zamanaşımı sürelerinin gereğinden fazla kısa olması durumunda, zarar görenlerin dava açması zorlaşacaktır. Bunun bir sonucu olarak da, rekabet ihlalini gerçekleştirenler, zarar görenlerin en azından bir kısmının tazminat davalarını zamanında açamayacaklarını hesap edeceklerinden, caydırıcılık ve düzeltici adalet bakımından da geri adım atılmış olacaktır<sup>302</sup>.

Tazminat davaları bakımından önemi olan zamanaşımı sürelerine ilişkin bu bölümde öncelikle, rekabet ihlalinden doğan tazminat davaları bakımından Türk hukukunda geçerli olan zamanaşımı hükümleri hakkında bilgi verilecektir. Bu kapsamda özellikle, zamanaşımının süresi ile başlangıcı, durması ve kesilmesi hususları üzerinde durulacaktır. Ardından zamanaşımının, rekabet ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davalarının önünde bir engel olmaması adına konuyla ilgili önerilere yer verilecektir.

<sup>301</sup> Çalışma Belgesi 2005, s. 74; Beyaz Kitap 2008, s. 8.

<sup>302</sup> Nihai Rapor 2007, s. 533.

### 3.4.2. Türk Hukukundaki Durum

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun<sup>303</sup> 60. maddesinin birinci fıkrasına göre, haksız eylemden doğan zararlar için açılacak maddi ve manevi tazminat davası, zarar görenin *zararı ve sorumluyu* öğrendiği günden başlayarak bir yıl ve her halde *zararı doğuran eylemin işlendiği* günden itibaren başlayarak on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Özel hukuk alanında haksız fiil niteliğini taşıyan bir sorumluluk sebebi için zamanaşımı yönünden özel bir düzenleme mevcut değilse<sup>304</sup>, bu kural uygulama alanı bulacaktır<sup>305</sup>. 4054 sayılı Kanun'da, zamanaşımı konusunda özel bir düzenleme öngörülmediğinden, haksız fiillere ilişkin olarak yukarıda anılan genel hüküm uygulanacaktır. Nitekim doktrinde de rekabet ihlali sebebiyle açılacak davalarda bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>306</sup>.

Özellikle rekabet ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davaları açısından kısa sayılabilecek olan<sup>307</sup> bu bir yıllık zamanaşımı süresi doktrinde de eleştirilmiştir<sup>308</sup>. Nitekim 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun<sup>309</sup> 72. maddesindeki düzenleme ile kısa zamanaşımı süresi (subjektif süre) bir yıldan iki yıla çıkartılacaktır. Kanun Tasarısında uzun zamanaşımı süresi (objektif süre) yirmi yıl iken Adalet Komisyonunda bu süre tekrar on yıla indirilmiştir<sup>310</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki bir yıllık süre, zarar görenin zararı ve haksız eylemi işleyeni (tazminat sorumlusunu) öğrendiği günden itibaren işlemeye başlamaktadır. Dolayısıyla zarardan ve sorumludan hangisi daha sonra öğrenilmişse, zamanaşımı son öğrenme gününden itibaren işleyecektir. Burada zararın öğrenilmesinden

<sup>303</sup> 8.5.1926 tarihli ve 366 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>304</sup> Örneğin trafik kazalarından doğan sorumlulukta zamanaşımı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. Anılan yasanın 109/1. maddesine göre, motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar.

<sup>305</sup> TUTUMLU, M. A. (2008), *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 35.

<sup>306</sup> Topçuoğlu 2001, s. 314; Sanlı 2007, s. 65.

<sup>307</sup> Sanlı 2007, s. 65.

<sup>308</sup> SAVAŞ, F. B. (2008), "Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı", *TBB Dergisi*, Sayı 74, s. 127.

<sup>309</sup> 4.2.2011 tarihli ve 27836 sayılı resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>310</sup> 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 72. maddesi hükmü şu şekildedir: "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazmin yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır."

maksat, zararın varlığının öğrenilmesi olup, zararın miktarının ya da kapsamının öğrenilmesi gerekmemektedir. Gerek uygulamada gerekse hukuk öğretisinde kabul edilmiş genel kurala göre, zarar görenin zararı öğrenmesinden amaç, zararın mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında, bir dava açmaya ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hal ve şartları öğrenmiş olmasıdır<sup>311</sup>. Zarardan sorumlu olan kimsenin ise tahmin yoluyla değil kesin olarak bilinmesi gerekmektedir<sup>312</sup>.

Şayet zarara uğrayan bir tüzel kişi ise, bir yıllık zamanaşımı süresi bakımından tüzel kişi adına dava açmaya yetkili organın öğrenmesi dikkate alınır. Örneğin, anonim şirketlerde şirket adına dava açmak hususunda karar vermeye yetkili organ olan yönetim kurulunun, zarar vereni ve zararı öğrenmesi gerekmektedir. Tüzel kişinin yetkili organı birden çok kişiden oluşuyorsa, o makamı işgal eden tüm kişilerin zararı ve faili öğrenmeleri ile süre başlayacaktır<sup>313</sup>.

Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen 10 yıllık zamanaşımı süresi ise zarar verici fiil veya olay olayın gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlar. Bu nedenle her halde olay tarihinden itibaren 10 yıl geçmişse dava zamanaşımına uğramıştır. Burada 10 yıllık sürenin başlangıç anı, zarar verici fiil veya olayın vukuu gibi objektif bir şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır<sup>314</sup>.

Haksız fiilden doğan tazminat davasının tabi olduğu zamanaşımı süresinin hangi tarihten itibaren işlemeye başladığının tespiti ise çoğu zaman tazminat davalarının en önemli noktalarından birini oluşturmaktadır. Zira zamanaşımı süresi geçtikten sonra tazminat davaları açıldığı takdirde, davalı tarafça zamanaşımı def'inin<sup>315</sup> ileri sürülmesi halinde dava reddedilmektedir. Bu çerçevede ilk olarak değinilmesi gereken konu, haksız fiilin ya da zararın<sup>316</sup>

<sup>311</sup> Tutumlu 2008, s. 461.

<sup>312</sup> GÖKCAN, H. T. (2008), *Haksız Fiil Hukuku ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 771-772.

<sup>313</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.01.2002 tarihli, E. 2001/7668, K. 2002/68 sayılı kararında; "zarar görenin tüzel kişi olması durumunda zamanaşımının başlangıç tarihi, tüzel kişinin dava açmaya emir vermeye yetkili organının, başka bir deyişle, o makamı işgal eden kişi ya da kurulun durum hakkında bilgilenmesi ile başlar. Onlardan başka bir organın bilgi sahibi olması, tüzel kişilerin zararı ve zarar verenin kim olduğunu bilmesi anlamında değildir" şeklinde hüküm kurulmuştur.

<sup>314</sup> Eren 2006, s. 797.

<sup>315</sup> Zamanaşımı süresi bir def'i niteliğinde olduğundan, hâkim tarafından re'sen nazara alınamaz ve mutlaka taraflarca ileri sürülmelidir.

<sup>316</sup> Zarardan tamamlanmış olarak düşünülen zararı anlamak gerekir. Zarar veren olay devam ettikçe örneğin ihtiyati haciz kaldırılmamış veya ceza soruşturması sonuçlanmamışsa bu hallerde tazminat

devam etmesi halinde zamanaşımının hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağıdır. Haksız fiil teşkil eden davranışların süreklilik arz etmesi halinde, söz konusu davranışlar sona ermeden zamanaşımı süreleri de (bir ve on yıllık) işlemeye başlamayacaktır<sup>317</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de zarar verici fiil veya olay sürekli nitelikteyse, 10 yıllık sürenin bu fiil veya olayın sona erdiği anda başlayacağı görüşündedir<sup>318</sup>. Benzer şekilde, hukuka aykırı davranışlar sürekli olmayıp aralıklarla tekrarlanıyorsa, her yasadışı davranışa ilişkin zarar açısından o zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren ayrı bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar<sup>319</sup>. Haksız fiil sona ermesine rağmen zarar tekrarlanıyorsa, bu durumda zararın doğduğu her gün için yeni ve ayrı bir zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır<sup>320</sup>. Bu açıklamalar çerçevesinde, rekabet ihlalinin doğan tazminat davalarında zarar verici fiil (ihlal) sona ermeden zamanaşımının işlemeye başlaması ve dolmasının söz konusu olmayacağı veya zararın tekrarlanması halinde meydana gelen her zarar için ayrı bir zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı söylenebilecektir.

Hem haksız fiilin hem de zararın devam etmesi halinde haksız fiil devam ettiğinden zarar da ortaya çıkmamakta, zarar devam eden haksız fiilin sonunda doğmaktadır<sup>321</sup>. Ancak Yargıtay'a göre "zararın tekliği kuralı" uyarınca, zarar gören genel olarak zararın varlığını öğrendiği anda, ileride doğacağı öngörülebilir başka zararlı sonuçları da öğrenmiş sayılır ve bir birlik olarak düşünülen zararın tümü için zamanaşımı da bu andan işlemeye başlar. Buna karşılık zarar görenin zarar devam ettiği sürece tam olarak öğrenemediği veya öngöremediği zararlar sonradan ortaya çıkarsa zamanaşımı bunları öğrendiği günden işlemeye başlar<sup>322</sup>. Zararın tekliği ilkesi, devam eden

---

davasının zamanaşımı süresi işlemeyiz (Bkz. BİLGİN, M. (2010), *Özel Hukukta Zamanaşımı*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 594)

<sup>317</sup> Bu çerçevede, ABAD'ın *Manfredi* kararında yer verildiği üzere, ihlal sona ermeden zamanaşımının dolmasının önüne geçilmesi, dolayısıyla devam eden ihlaller bakımından ihlalin sona erdiği günden önce zamanaşımının başlamaması gerektiği yönündeki görüşünün Türk hukukunda mevcut durumdaki uygulamayı yansıttığı söylenebilir.

<sup>318</sup> EREN, F. (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, s. 797.

<sup>319</sup> Topçuoğlu 2001, s. 314.

<sup>320</sup> Tutumlu 2008, s. 241

<sup>321</sup> Savaş 2008, s. 132.

<sup>322</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 22.01.1981 tarihli, E. 1980/12753, K. 1981/415 sayılı kararı; 'Zararın birliği prensibi' olarak tanımlanan ve Alman ve İsviçre uygulamasında da yerleşmiş bir içtihat olarak benimsenen bu temel prensibe göre, haksız fiilden doğan zararların tümü, birbirinden bağımsız ayrı ayrı zararlar toplamı olarak değil de, bir birlik olarak ele alınır; bundan dolayı, zarar gören genel olarak zararın varlığını öğrendiği anda, ileride doğacağı öngörülebilir başka zararlı sonuçları da öğrenmiş sayılır ve bir birlik olarak düşünülen zararın tümü için zamanaşımı da bu andan işlemeye başlar. Ancak zamanaşımı yönünden zararın tekliği ve bölünmezliği (bütünlüğü) esas alınarak tespit ve kabul edilen bu kuralın bazı özel durumlarda uygulanması mümkün

zarar halinde zaman süreci içinde gerçekleşen her zararı ayrı bir zarar olarak algılamaya elverişli olmadığı gibi, zararı, zararlar toplamı olarak anlamaya da elverişli değildir<sup>323</sup>. Zarar görenin zararın varlığını öğrendiği anda, ileride doğacağı öngörülebilir başkaca zararlı sonuçları da öğrenmiş sayıldığı durumlarda hiç olmazsa tazminat borcunun varlığını saptamak yolunda bir tespit davası açarak zamanaşımını kesmesi gerekir<sup>324</sup>.

Diğer yandan, rekabet hukuku yönünden önemli olan bir başka durum da şudur: Yargıtay, özellikle 1999 depreminden sonra açılan tazminat davalarında, fiilin işlendiği tarih olarak, zararın meydana geldiği anı esas almıştır<sup>325</sup>. Bu yönde kararların verilmesinin hukuki gerekçesi, bir yandan kanundaki “zararı müstelsim fiilin vukuundan itibaren” ifadesinin varlığının, zarar göreni koruma amacını taşıyan bu yönde bir yorumun yapılmasına imkân tanınması, diğer yandan da, fiilin zarar verici sonucu (diğer bir ifadeyle fiilin sonuç unsurunu) içerdiği, sonuç gerçekleşmeden fiilin tamamlanmış sayılamayacağı, fiilin, sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş sayılacağı anlayışının benimsenmiş olması olarak ortaya çıkmaktadır. Aynı yorum tarzı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun zamanaşımını düzenleyen 72. maddesi hükmünün 20 yıllık zamanaşımını 10 yıla düşüren değişikliğin yapılmasının gerekçesi olarak Adalet Komisyonu tarafından da benimsenmiştir<sup>326</sup>. Buna göre, her iki Borçlar Kanunu yönünde bu anlayış benimsendiğinde, zarar meydana gelmeden, fiilin tamamlanmış sayılması söz konusu olmayacaktır. Bu da özellikle zararın oluşmasının uzun bir zamana yayıldığı rekabet ihlallerinde, zararın (sonucun) hukuka aykırı eylemin yapıldığı (fakat henüz tamamlanmış sayılmadığı) andan itibaren 10 yıl geçtikten çok sonra doğduğu hallerde dahi, fiilin ancak zararın meydana gelmesiyle tamamlanmış sayılması sebebiyle 10 yıllık üst sürenin dolmaması sonucunun doğacağı açıktır.

Haksız fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde, fail aleyhine hem hukuki hem de cezai sorumluluğa gidilebilmektedir. Tazminat alacağına ceza kanunundaki zamanaşımının hangi durumda uygulanacağı Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre söz konusu fiil için, daha uzun bir ceza zamanaşımı süresi öngörülmüşse, bu süre tazminat davası

---

değildir; mesela, zarar görenin zararın varlığını öğrendiği anda ileride doğabileceğini öngöremediği zararlar sonradan ortaya çıkarsa, bu zararların tazmini için zamanaşımını, bunları öğrendiği günden işlemeye başlar. Yine bu cümleden olarak hukuka aykırı eylemin veya sorumluluğu doğuran sebebin sürekli müdahalesinden, kendi bünyesinde bütünleşmiş tek tek özel zararlar doğması halidir ki, bu halde her bir zarar için bağımsız bir zamanaşımını söz konusudur” ifadesi ile söz konusu prensibe açıkça yer verilmiştir (Bkz. Savaş 2008, s. 132.)

<sup>323</sup> Eren 2006, s. 795.

<sup>324</sup> KARAHASAN, M. R. (1996), *Tazminat Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, s. 462.

<sup>325</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 4.6.2003 tarih ve 2003/4-400 E., 2003/393 K. sayılı kararı.

<sup>326</sup> Bkz. 72. madde gerekçesi.

bakımından da uygulanır. Anılan hüküm, ihalelerde danişıklı hareket şeklinde gerçekleşen rekabet ihlalleri bakımından<sup>327</sup> önem arz etmektedir. Zira ihalelerde danişıklı hareket, aynı zamanda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun<sup>328</sup> 235. maddesinde öngörülen ihaleye fesat karıştırma suçunu da teşkil edebilecektir. Bu durumda, yine aynı kanunun 66. maddesinde 15 yıllık zamanaşımı süresi öngörüldüğünden, daha uzun olan bu süre dikkate alınacaktır.

Zarar görenin daimi def'i hakkı ise BK m. 60/3'te düzenlenmiştir. Buna göre haksız fiil, zarar gören aleyhine bir alacak doğurmuşsa, zarar gören kendisinin tazminat talebi zamanaşımına uğramış olsa bile, o alacağı vermekten kaçınabilir. Haksız fiil def'i sürekli nitelikte olup, zamanaşımına da tabi değildir<sup>329</sup>.

Bu kısımda değinilmesi gereken son bir husus da, zamanaşımı sürelerinin durmasına ve kesilmesine ilişkin genel hükümlerdir<sup>330</sup>. Zamanaşımının durma nedenleri Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinde, kesilme nedenleri ise 133 ile 140. maddeler arasında düzenlenmektedir. Durma halinde, durma sebepleri ile duran zamanaşımı, sebep ortadan kalkınca durduğu ana kadar işlediği yerden devam eder. Kesilme halinde ise, o ana kadar işleyen süre sıfırlanmakta ve sebep ortadan kalkınca yeniden işlemeye başlamaktadır.

Rekabet ihlalinden doğan tazminat davaları bakımından önemli olan husus, dava açma veya Rekabet Kurumuna başvurma halinde sürelerin devam edip etmeyeceğidir. Borçlar Kanunu'nun 136. maddesi uyarınca, hukuk mahkemesinde tazminat davası açmakla<sup>331</sup> zamanaşımı kesilmektedir. Örneğin zamanaşımı öğrenmeden itibaren başlamış ve dokuz ay geçmişken dava açılmış ise, zamanaşımı kesilir ve bu dokuz aylık işlemiş zamanaşımı sıfırlanıp yeniden işlemeye başlar<sup>332</sup>. Böylece kesilmiş olan zamanaşımı, iki tarafın yargılamayla ilgili her işleminden ve hakim her emir ve kararından sonra yeniden işlemeye başlamaktadır (BK m. 136)<sup>333</sup>. Yine Borçlar Kanunu'nun 134. maddesinde ise

<sup>327</sup> Diğer rekabet ihlallerinin kabahat niteliğinde olması nedeniyle ceza zamanaşımına tabi olmasının mümkün olmadığı hakkında bkz. Topçuoğlu 2009, s. 48. Karş. İnan 2002, s. 625.

<sup>328</sup> 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>329</sup> Eren 2006, s. 801.

<sup>330</sup> BK m. 60'daki zamanaşımı yönünden sürelerin hesabı, zamanaşımının durması ve kesilmesi ve zamanaşımının sonuçları, zamanaşımı hakkındaki genel hükümlere (BK m. 126 vd) bağlıdır (Bkz. Karahasan 1996, s. 485).

<sup>331</sup> Zamanaşımı dolmadan açılmış bir tazminat davası, mahkemenin yetkili olmaması ya da biçime ilişkin, ne var ki düzeltilmesi olanağı bulunan bir eksiklik ya da zamansız açılması nedenlerinden biri sonucu reddedilmiş olup da bu arada zamanaşımı süresi dolmuş is, böyle bir durumda, zarar gören 60 günlük ek süreden yararlanır (BK m. 137) (Bkz. Karahasan 1996, s. 497)

<sup>332</sup> Gökcan 2008, s. 778.

<sup>333</sup> Yargılamayla ilgili işlemlerden amaç, yargılamayı sonuca doğru ilerleten ve uyumsuzluğu bulunduğu evreden alıp yeni bir evreye götüren işlemlerdir. Eşdeyişle hakim ancak davanın

müteselsil borçlulardan birisine karşı zamanaşımı kesilirse, diğer borçlulara karşı da kesileceği hükme bağlanmaktadır<sup>334</sup>.

4054 sayılı Kanun'da Rekabet Kurumuna yapılan başvurunun ise zamanaşımını durduracağına veya keseceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu çerçevede, zarar görenin, dava açmadan önce Rekabet Kurulunun kararını beklemesi durumunda (diğer şartlar gerçekleşiyorsa) zamanaşımı süresinin dolması yüksek olasılıktır. Dolayısıyla Kurum'a yapılacak şikayetin veya Kurul kararının zamanaşımı süresi üzerinde bir etkisi olmadığına göre, zarar görenin Kurul kararını beklemeksizin dava açmasında (zamanaşımını kesecek olması itibarıyla) yarar vardır<sup>335</sup>.

On yıllık mutlak sürenin ise zamanaşımını kesen sebeplerden birisiyle kesilip kesilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu süre mutlak ve azami süre olduğu için bunun kesilmesi söz konusu olmaz. Ancak on yıllık süre niteliği itibarıyla zamanaşımı süresi olduğundan on yıllık sürenin de kesilmesi mümkündür. Bu itibarla zarar gören dava veya icra yoluyla tazmin yükümlüsü kişiden tazminat hakkını talep ederse, on yıllık süre kesilir. On yıllık süre geçtikten sonra, alacak zamanaşımına uğradığından, artık bunun kesilmesi de söz konusu olmaz. Bununla birlikte on yılın dolmasına çok az bir zaman kalmışken zarar ve zarar veren öğrenilmiş, bir yıllık süre işlemeye başlamış ve bu arada kesme sebeplerinden birisi de gerçekleşmişse, on yılı aşan yeni bir, bir yıllık süre işlemeye başlar<sup>336</sup>.

### 3.4.3. Rekabet Hukukundaki Tazminat Davaları İçin Olası Açılımlar

Rekabet ihlalleri nedeniyle açılan tazminat davalarının, büyük ölçüde maddi vakıalara dayanması, bu vakıalara ilişkin delillerin toplanmasının güç ve zamana alıcı olması, zararın hesaplanmasında yaşanan güçlükler gibi kendine özgü birtakım özellikleri bulunmaktadır. Bunun yanında ilgili hukuk düzeninde kabul edilen, dava açılırken uyuşmazlığa ilişkin bütün vakıaların ve delillerin gösterilmesi<sup>337</sup> şeklindeki uygulamalar da, tazminat davaları açılmadan önce davacılar tarafından yoğun bir hazırlık yapılmasını gerektirmektedir. Keza toplu davalarda da, davacıların yeterli süreye sahip olmaları önem taşımaktadır<sup>338</sup>. Son

---

konusuna ve bunun sonuçlanmasına yönelik emir ve kararları zamanaşımını keser (Karahasan 1996, s. 542)

<sup>334</sup> 4054 sayılı Kanun'un 57. maddesi uyarınca zarara sebep olanların müteselsil sorumluluğu kabul edildiğinden, bunlardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi halinde diğerlerine karşı da kesilecektir.

<sup>335</sup> Sanlı 2007, s. 65.

<sup>336</sup> Eren 2006, s. 798.

<sup>337</sup> Çalışma Belgesi 2005, s. 75.

<sup>338</sup> Kortunay 2009, s. 131.



olarak, karteller gibi gizli ihlallerin, gerek bu ihlaller devam ederken gerekse sona erdikten sonra, öğrenilmesinin zorluğu da dikkate alındığında<sup>339</sup>, zamanaşımı konusu bir kat daha önem kazanmaktadır.

Zamanaşımı konusunu önemli kılan bir diğer husus da, daha uzun belirlenen zamanaşımı sürelerinin, tarafların uzlaşması için onlara yeterli zamanı verecek olmasıdır<sup>340</sup>. Zira tazminat davalarının uzlaşmayla sonuçlanması, gerek taraflar bakımından geçerli olan yargılama giderlerini gerekse adalet sisteminin karşılaştığı maliyetleri düşürmesi sebebiyle arzulanan bir durumdur<sup>341</sup>. Ayrıca böyle bir durumda zarar görenler, zamanaşımının dolmasına engel olmak için dava açma konusunda daha az baskı hissedeceğinden, uzlaşma görüşmelerinde, zarar görenlerin eli daha da güçlendirilmiş olacaktır<sup>342</sup>.

Türk rekabet hukuku açısından bakıldığında ise zamanaşımı konusunu çok daha önemli kılan bir başka hususun bulunduğu görülmektedir. Bu husus, rekabet ihlalleri nedeniyle açılan davalarda, mahkemelerin karar vermeden önce Rekabet Kurulunun konuyla ilgili kararı olup olmadığını araştırması yönündeki Yargıtay içtihadıdır. Dolayısıyla mevcut durumda mahkemelerin tazminata hükmedebilmesi için, öncelikle Kurul'un bu konuda bir karar almış olması gerekmektedir. Bu durumda, ihlalden zarar gören kimsenin açtığı tazminat davası, Rekabet Kurulu kararı olmaksızın ilk derece mahkemesince kabul edilse bile, konuyla ilgili olarak istikrar kesbeden Yargıtay içtihadı gereği bu karar, büyük bir olasılıkla bozulacaktır. Söz konusu kimsenin, tazminat davasını açmış olduğu dikkate alındığında, zarar ve sorumlu hakkında yeterli nitelikte bilgi sahibi olduğu kabul edilebileceği için zamanaşımı süresi de tekrar işlemeye başlayacaktır<sup>343</sup>. Bunun üzerine Kurum'a başvuru yapılması ve bir yıllık zamanaşımı süresi dolmadan Kurul'un, konuyla ilgili ihlal kararı alması zor görünmektedir<sup>344</sup>.

<sup>339</sup> Nihai Rapor 2007, s. 536.

<sup>340</sup> Karşılaştırmalı Rapor 2004, s. 114; Brkan 2005, s. 492.

<sup>341</sup> Ayrıca tazminat davalarındaki tarafların çoğunluğunun, sıkı ticari ilişkiler içinde oldukları dikkate alındığında uzlaşmanın özellikle önem arz ettiği belirtilmektedir (Brkan 2005, s. 492).

<sup>342</sup> Çalışma Belgesi 2005, s. 74.

<sup>343</sup> Borçlar Kanunu'nun 136. maddesi uyarınca, dava açılmasıyla birlikte zamanaşımının kesileceği ve iki tarafın yargılamayla ilgili her işleminden ve hakim her emir ve kararından sonra yeniden işlemeye başlayacağı dikkate alındığında, mahkemenin bu kararının ardından sürenin tekrar başlayacağı söylenebilir.

<sup>344</sup> Bu noktada, Kurul'un ihlal kararını mutlaka bir soruşturma sonunda mı alması gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde ifade edilen görüşlerden birine göre, önaraştırma süreci sonunda da Kurul'un ihlal kararı alabileceği, aksi yorumun kabul edilmesi halinde Kurul'un, ihlal bulunmadığı yönünde bir karar alabilmesinin önaraştırma süreci sonunda mümkün olmaması, mutlaka soruşturma sonunda böyle bir karar alabilmesi sonucunu doğurabilir (Bkz. Rekabet

Bu çerçevede, zamanaşımı sürelerinin uzun olması, rekabet otoritelerince yürütülen incelemelerden sonra açılacak davalar bakımından özellikle olumlu etki doğuracaktır. Zira ihlalden zarar görenler, rekabet ihlalini zaten tespit etmiş olan bir karar bulunduğu için dava açmaya daha istekli olacaktır. Aksine zamanaşımı süresi kısa olursa, rekabet otoritesinin incelemesi sonuçlanıncaya kadar bu süre büyük olasılıkla dolmuş olacaktır<sup>345</sup>. Ancak rekabet otoritelerince yürütülen incelemelerden sonra açılacak davalar ile henüz böyle bir inceleme başlamadan açılacak davalar bakımından optimal zamanaşımı süreleri farklılaşabilecektir. Dolayısıyla rekabet otoritelerince henüz bir inceleme başlatılmadan açılan davalar için, zarar görenlerin zararı ve sorumluyu öğrenmesine dayanan subjektif sürenin daha uygun olduğu belirtilmektedir<sup>346</sup>.

Zamanaşımı sürelerinin, tazminat davaları bakımından bir engel teşkil etmemesi adına yapılabilecek ilk öneri, Kurum'a yapılacak başvuruyla birlikte zamanaşımının duracağı yönünde bir düzenleme yapılmasıdır. Böyle bir düzenlemenin temel amacı, rekabet otoriteleri ve onların kararlarına karşı başvuru yargı yolları devam ederken zamanaşımı süresinin dolmasını önlemektir<sup>347</sup>. Nitekim Alman rekabet hukukunda benzer bir düzenlemeye yer verilmekte ve AB üyesi ülkelerden birinin rekabet otoritelerince başlatılacak incelemenin, zamanaşımı süresini durduracağı düzenlenmektedir<sup>348</sup>.

Ancak zamanaşımının durmasına ilişkin bu önerinin bazı olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, rekabet otoritelerinin inceleme başlatma kararlarının kamuoyu tarafından çok az biliniyor olması nedeniyle davacıların, kalan süreyi hesaplamakta güçlük çekebilecek olmasıdır<sup>349</sup>. İkinci bir olumsuzluk ise zamanaşımı süresinin geç bir aşamasında, hatta neredeyse

---

Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, 2009, s. 574). Bunun yanında 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca aldığı birçok kararında Kurul'un, ihlalin varlığını tespit ettiği görülmektedir. Bu çerçevede, ihlal tespiti yapılan bir önaraştırma kararı sonrasında tazminat davası açılması da gündeme gelebilir. Ancak böyle bir uygulama, soruşturma aşamasında tarafların taahhüt sunması veya Kurum'la uzlaşmaya varması durumunda sakıncalı sonuçlar doğurabilir.

<sup>345</sup> Çalışma Belgesi 2005, s. 74.

<sup>346</sup> Nihai Rapor 2007, s. 534 ve 537.

<sup>347</sup> Çalışma Belgesi 2008, s. 72.

<sup>348</sup> Çalışma Belgesi 2005, s. 75. Alman hukukundaki düzenlemeye göre, rekabet otoritelerinin incelemesiyle duran zamanaşımı süresi, konuyla ilgili olarak alınacak karardan itibaren 6 ay boyunca işlememektedir. Ayrıca Alman hukukunda uygulanan subjektif zamanaşımı süresi 3 yıldır (Nihai Rapor 2007, s. 540).

<sup>349</sup> Ayrıca AB üyesi bazı ülkelerdeki rekabet otoriteleri, incelemelerin sona erdiği tarihi kamuoyuna duyurmadığı, bunun sonucu olarak da davacılar, sürenin ne zaman başladığını bilememektedir.

süre dolmak üzereyken durma gerçekleşirse, rekabet otoritesince yürütülen inceleme sona erdikten sonra dava açabilmek için yeterli zaman kalmayabilir<sup>350</sup>.

Bu kapsamda zamanaşımı konusunda yapılabilecek bir diğer öneri, rekabet otoritelerine yapılacak başvuruya ilişkin olarak alınacak karardan itibaren yeni bir zamanaşımı süresinin başlamasıdır. Nitekim İspanya uygulamasında, zarar görenin zararı öğrendiği tarihten veya rekabet otoritesinin konuyla ilgili kesin kararını vermesinden itibaren bir yıl içinde zamanaşımının dolacağı düzenlenmektedir. Rekabet otoritesinin kararına karşı yargı yoluna başvurulduğu takdirde ne olacağı hususu çok açık olmamakla birlikte, bir yıllık sürenin, karara karşı gidilebilecek bütün yargı yollarının tükenmesiyle başlamasının daha adil olacağı ifade edilmektedir. Zira üst derece mahkemesinin vereceği karara kadar uzun yıllar geçebileceğinden, bu yöndeki uygulama birçok dava bakımından çözüm sunacaktır<sup>351</sup>.

Rekabet otoritesinin kararından veya bu karara karşı gidilen yargı yolundan sonra yeni bir zamanaşımı süresinin başlayacağı yönündeki bir düzenleme daha olumlu sonuçlar doğuracaktır. Zira bu kurumların verdiği ihlal kararları kamuoyuna açıklandığından, davacılar zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağını kolayca öğrenebilecektir<sup>352</sup>. Bununla birlikte anılan öneriye ilişkin olarak da kimi eleştiriler getirilmektedir. Söz konusu eleştiriler şu şekilde sıralanabilir.

Rekabet otoritelerince verilen ihlal kararlarının yargısal anlamda kesinleşmesinden itibaren yeni bir zamanaşımı süresinin başlaması durumunda, üzerinden uzun zaman geçmiş olan ihlaller bakımından bile, rekabet otoritesine yapılacak başvuru ile zamanaşımı süresi tekrar canlanacaktır. Bu durum ise zamanaşımının en temel amaçlarında olan hukuki belirliliğe zarar verebilir. Ayrıca bu yönde bir düzenleme, ihlal kararına karşı yargı yoluna başvurulmasını bir bakıma yaptırıma bağlamış olacaktır. Çünkü ihlali gerçekleştirenin yargı yoluna başvurması, zamanaşımı süresini uzatmış olacaktır. Bu durum özellikle, ihlale ilişkin kararın değil de yalnızca uygulanan para cezasının ağır olduğu gerekçesiyle yargı yoluna başvurulması halinde pek makul görünmemektedir. Ayrıca ihlale ilişkin karara karşı, yalnızca muhataplarından bazıları yargı yoluna başvurursa sürenin işleyip işlemeyeceği belirsizdir<sup>353</sup>.

<sup>350</sup> Çalışma Belgesi 2008, s. 72-73.

<sup>351</sup> Çalışma Belgesi 2005, s. 75 ve 77.

<sup>352</sup> Çalışma Belgesi 2008, s. 73.

<sup>353</sup> KORTMANN, J. S. ve C. R. A. SWAAK (2009), "The EC White Paper on Antitrust Damage Actions: Why the Member States Are (Right To Be) Less Than Enthusiastic", *E.C.L.R.*, 30(7), 340-351, s. 348.

Türk rekabet hukukunda zamanaşımıyla ilgili olarak yapılan önerilerden biri, tazminat davalarının, ilgili kanunlardaki zamanaşımı sürelerine tabi olduğu, ancak Kurul ihlalle ilgili soruşturma açmışsa zamanaşımı süresinin, Kurul kararına karşı gidilebilecek yargı yollarının tükenmesi anından sonra bir yıl daha devam eder şeklinde bir düzenlemenin yapılmasıdır<sup>354</sup>.

Bu çerçevede Türk rekabet hukukunda yapılması gereken düzenleme, ilgili kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri dolmadığı takdirde Kurum'a yapılacak başvuruyu esas almalıdır. Zira Borçlar Kanunu'nda öngörülen süreler dolduktan sonra, sırf Kurum'a yapılmış bir başvurunun olması nedeniyle yeni bir zamanaşımı süresi tanınması, hukuk güvenliğini zedeleyici nitelikte olabilir. Ayrıca böyle bir düzenleme, davacıların, dava açma güdülerini azaltarak, Kurul'un bu konuda bir inceleme başlatmasını beklemelerini de önlemiş olacaktır. Öte yandan Kurul'a yapılan bir başvurunun ardından soruşturma açılmasına kadar yaklaşık 4 aylık bir sürenin geçme ihtimali bulunması ve mahkemelerin, soruşturma açılmaması yönündeki Kurul kararıyla kural olarak<sup>355</sup> bağlı olmadığı da göz önüne alınırsa, Kurum'a yapılmış olan başvurunun dikkate alınması daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Bu noktada belirlenecek sürenin, Kurul kararının yargısal anlamda kesinleşmesinden sonra başlamasının çok da uygun olmayacağı, zira yargı yollarının tamamlanmasının uzun bir zaman alabileceği ifade edilmelidir. Ayrıca Kurul kararının muhataplarından bazılarının yargı yoluna başvururken diğerlerinin başvurmaması durumunda farklılıklar yaşanabilecektir. Keza Kurul kararının ardından zarar görenlerin mahkemede tazminat davası açmaları ve zamanaşımı süresinin tekrar kesilmesi de mümkündür.

Netice itibarıyla 4054 sayılı Kanun'da *Rekabet Kurumuna başvurulması ile zamanaşımı süresinin kesilmesi ve Kurul'un gerekçeli kararından itibaren yeniden işlemesi yönünde* bir düzenlemenin yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir. Belirlenecek zamanaşımı süresinin, yeni Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye paralel olarak 2 yıl olması da daha uygun olacaktır.

### 3.5. Yargılama Giderleri

#### 3.5.1. Genel Olarak

Tazminat davalarının sonunda, davacıların yargılama giderlerinden sorumlu olup olmayacağı konusunda var olan belirsizlik, bu davaların önündeki engellerden biridir. Söz konusu belirsizlik, davanın başında ödenmesi gereken mahkeme harçlarının davacılar tarafından geri alınıp alınamayacağı ve

<sup>354</sup> Aslan 2007, s. 797.

<sup>355</sup> Kurul'un bireysel muafiyete ilişkin kararının mahkemeleri bağladığı hususunda bkz. İnan 2002, s. 601; Gürzumar 2006, s. 181; Sanlı 2007, s. 6.

yargılama sırasında yapılan diğer masraflar ile vekalet ücretinin davacılar tarafından karşılanıp karşılanmayacağına ilişkin olup, bu alandaki davaların maddi vakıalara dayanan ve karmaşık yapısı, söz konusu belirsizliği daha da artırmaktadır. Ayrıca Türk hukukunda, hukuki himaye (yasal masraf) sigortasının uygulanmadığı<sup>356</sup> ve mevcut adli yardım uygulamasının kendisinden beklenen özendirici fonksiyonu yerine getirmesinin zor olduğu<sup>357</sup> dikkate alındığında, tazminat davalarındaki yargılama giderlerinin önemi bir kat daha artmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak Türk hukukundaki düzenlemelerin incelenmesinin ardından, rekabet hukukundaki tazminat davaları bakımından önerilere yer verilecektir.

### 3.5.2. Türk Hukukundaki Durum

Dava taraflarının, açılmış olan bir davanın görülmesi ve sonuçlanması için ödemeleri gereken bedellerin tamamı yargılama giderleri olarak tanımlanmaktadır<sup>358</sup>. Birçok masraf kalemini kapsayan<sup>359</sup> ve hukukumuzda bu geniş anlamıyla kullanılan yargılama giderlerinden kimin sorumlu olacağı, birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de kaybeden öder ilkesine göre belirlenmektedir<sup>360</sup>. Dolayısıyla dava sonucunda haksız çıkan taraf, kural olarak<sup>361</sup>, yargılama giderlerine katlanmakla yükümlü olmaktadır.

Yargılama giderleri arasında önemli masraf kalemlerinden birini, mahkeme harçları oluşturmaktadır. Söz konusu harçların neler olduğu ve miktarı, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda<sup>362</sup> ve bu Kanuna ekli (1) sayılı tarifede<sup>363</sup> gösterilmektedir. Buna göre mahkeme harçları; başvurma harcı, celse harcı ile karar ve ilam harcı olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

<sup>356</sup> Bolatoğlu 2010, s. 427.

<sup>357</sup> Kortunay 2009, s. 128.

<sup>358</sup> ALDEMİR, H. (2009), *Yargılama Giderleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

<sup>359</sup> Yargılama gideri olarak kabul edilen masraf kalemleri; mahkeme harçları, tebligat giderleri, vekâlet ücreti, keşif giderleri, tanık ve bilirkişi ücretleri, duruşma oturumu giderleri, mahkemede bizzat hazır bulunan tarafların seyahat ve ikamet masrafları, delil tespiti giderleri, ihtiyati tedbir giderleri, haciz giderleri olarak sıralanabilir.

<sup>360</sup> Söz konusu ilke, HUMK'nun 417. maddelerinde düzenlenmektedir. HMK'nın "Yargılama Giderlerinden Sorumluluk" başlığını taşıyan 326. maddesinde de, Kanunda yazılı hâller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği ifade edilmektedir.

<sup>361</sup> Bu konudaki istisnalar için bkz. HUMK md. 90, 94, 173, 253, 271, 278, 313, 418.

<sup>362</sup> 17.7.1964 tarihli ve 11756 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>363</sup> Anılan tarife, 29.12.2010 tarihli ve 27800 (6. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Maliye Bakanlığının 63 Seri No'lu Tebliği ile değiştirilmiştir.

**Başvurma harcı**, dava açılırken bir defaya özgü olmak üzere, maktu olarak alınan harçtır<sup>364</sup>. **Celse Harcı**, kötü niyetli tarafların davayı sebepsiz yere uzatmalarını önlemek amacıyla getirilen ve mahkeme oturumunun ertelenmesi halinde ödenmesi gereken harçtır<sup>365</sup>. Yargılama giderleri arasında önemli bir yer tutan **karar ve ilam harcı** ise, gereksiz davaların açılmasını önlemek ve diğer tarafı haksız yere meşgul etmenin önüne geçmek için konulmuştur<sup>366</sup>. Söz konusu harç, konusu para veya para ile değerlendirilebilen bir şey olan davalarda, esas hakkında karar verilmesi halinde nisbi olarak alınmaktadır<sup>367</sup>. Harçlar Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca, karar ve ilam harcının dörtte biri, dava açılırken peşin olarak ödenirken<sup>368</sup>, geri kalan kısım kararın verilmesinden itibaren iki ay içerisinde ödenmektedir.

Yargılama giderlerinden kabul edilen vekalet ücreti<sup>369</sup>, müvekkil ile vekili arasında belirlenen **avukatlık ücreti** ile yargılama gideri olan **vekalet ücreti** olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Avukatlık ücreti, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun<sup>370</sup> 163. ve 164. maddelerindeki şartlar çerçevesinde, tamamen müvekkil ile vekil arasında kararlaştırılmaktadır. Müvekkil ile vekil arasında avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu hallerde, değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde avukatlık asgari ücret tarifesi'nde belirlenen ücret uygulanmaktadır. Değeri para ile ölçülebilen işlerde ise asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla, ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin %10'u ile %20'si arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenmektedir (Avukatlık Kanunu m. 164/4). Yargılama gideri olan vekalet ücreti ise davada haklı çıkan taraf, davayı bizzat değil de bir avukat aracılığıyla takip etmişse, diğer yargılama giderleriyle birlikte davada haksız çıkan tarafın ödediği ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenen ücrettir<sup>371</sup>.

Türk hukukundaki durum bakımından son olarak, müvekkil ile vekil arasındaki avukatlık ücretinin kararlaştırılmasında benimsenen esaslara kısaca

<sup>364</sup> Mevcut durumda, Asliye Mahkemelerinde açılacak davalarda alınan başvuru harcı 18,40 TL'dir.

<sup>365</sup> Mevcut durumda, Asliye Mahkemelerinde açılan ve konusu belli bir değerle ilgili davalarda, ertelenmesine sebep olunan celse için %1,98'dir.

<sup>366</sup> Aldemir 2009, s. 243 ile 261 ve devamı.

<sup>367</sup> Mevcut durumda, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda alınan nisbi karar ve ilam harcı, dava dilekçesinde gösterilen değer %59,4'üdür.

<sup>368</sup> Yunanistan, Portekiz ve Slovenya uygulaması da bu şekildedir (Karşılaştırmalı Rapor 2004, s. 92).

<sup>369</sup> Bkz. HUMK'nun 423. maddesinin birinci fıkrası ile HMK'nın 323. maddesi.

<sup>370</sup> 7.4.1969 tarihli ve 13168 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>371</sup> Kuru, Arslan ve Yılmaz 2000, s. 846-852; Aldemir 2009, s. 452-453.

değnilmesinde yarar bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu'nda kural olarak, avukatlık ücretinin serbestçe belirlenmesi esası kabul edilmiştir<sup>372</sup>. Bununla birlikte söz konusu serbestiye bazı sınırlamalar da getirilmiştir. Bu sınırlamalardan ilki, kararlaştırılacak ücretin belirli olmasıdır. Bu çerçevede ücret, bir meblağı ifade edebileceği gibi (maktu), bir değeri ifade edecek şekilde (nisbi) de kararlaştırılabilir<sup>373</sup>. Ücret konusunda getirilen bir diğer sınır da, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde belirlenen miktarın altında bir ücretin kararlaştırılmamasıdır<sup>374</sup>. Zira vekilin ücrete hak kazanıp kazanmadığı kural olarak vekaletin icrasının başarılı ya da başarısız oluşuna bağlı değildir. Burada vekilin sözleşmeye uygun şekilde, yani vekaleti özenle ifa edip etmediğine bakılır. Dolayısıyla avukat, emeğini ortaya koymuş olduğundan, davanın kaybı halinde amaçlanan sonuca ulaşılmamış olmasına rağmen ücretini talep edebilecektir<sup>375</sup>.

Başarıya göre ücret ise avukatlık mesleği açısından çok sık tartışılmaktadır. Başarı ücretine karşı çıkanlar genel olarak, avukatın adil bir karara varılması sürecine ortak olması sıfatıyla uymak zorunda olduğu yükümlülükleri ihlal edebileceği ve bağımsızlığını kaybedebileceğini ifade etmektedir. Buna karşın başarı ücretinin kararlaştırılması halinde bu yöndeki bir teşvikin ahlaka aykırı sayılamayacağı, bunda her iki tarafın da menfaatinin bulunduğu, ayrıca başarıya göre ücretin dava sonucuna katılma yasağından farklılık arz ettiği gibi görüşler de yer almaktadır. Yine avukatlık ücretini başka şekilde ödeyemeyecek müvekkiller açısından, başarıya bağlı ücretin kendilerini avukat vasıtasıyla temsil ettirme açısından bir çözüm olduğu, “yoksulların adliyenin kapısını açmalarını sağlayan bir anahtar olduğu” görüşleri ileri sürülmektedir<sup>376</sup>. Avukatlık Kanunu'nda başarı ücretinin yasak olduğuna ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Aynı Kanun'un 164. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir”<sup>377</sup> şeklindeki hüküm ile avukatlık ücreti konusunda bir tavan ücret getirildiğini görülmektedir. Bu çerçevede doktrinde, tarifede belirli asgari

<sup>372</sup> Bkz. Avukatlık Kanunu md. 163/1.

<sup>373</sup> Bkz. Avukatlık Kanunu md. 164/1.

<sup>374</sup> Bkz. Avukatlık Kanunu md. 164/4.

<sup>375</sup> YALÇINDURAN, T. (2004), *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 114.

<sup>376</sup> Yalçınduran 2004, s. 117.

<sup>377</sup> Avukatlık Kanunu 164. maddesinin ikinci fıkrasının eski metninde, “Davada gösterilen başarıya göre değişmek” ibaresi yer almaktaydı. Dolayısıyla söz konusu metnin geçerli olduğu dönemde, başarı ücreti kararlaştırılması imkanının varlığının daha açık bir şekilde hüküm altına alındığı söylenebilir.

ücretten aşığı olmamak ve avukatlık ücret tavanını aşmamak üzere, tarafların başarı ücreti kararlaştırabilecekleri ifade edilmektedir<sup>378</sup>.

Avukatlık ücretiyle ilgili olarak değinilmesi gereken son bir husus da, dava sonucuna katılma, bir başka ifadeyle hasılı davaya iştirak yasağı (*Quota Litis*)<sup>379</sup> olarak bilinen düzenlemedir. Söz konusu yasağın, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre ücret, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz. Ancak aynı maddenin bir önceki paragrafında, % 25'i aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değerinin yahut paranın belli bir yüzdesinin avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabileceği ifade edilerek, söz konusu yasağa bir istisna getirildiği görülmektedir. Bununla birlikte Türk hukukunda, tazminat davalarının teşvik edilmesinde önemli bir araç olduğu kabul edilen<sup>380</sup>, gerçek anlamda başarıya endeksli avukatlık ücretinin (*contingency fees*) uygulanmasının yasak olduğu<sup>381</sup>, zira avukatın, yaptığı hukuki yardım karşılığında tarifede belirlenen ücrete her halükarda hak kazanacağı belirtilmektedir<sup>382</sup>.

### 3.5.3. Rekabet Hukukundaki Tazminat Davaları İçin Olası Açılımlar

Yargılama giderlerinin, rekabet ihlallerinden doğan tazminat davaları bakımından bir engel oluşturmaması için yapılabilecek ilk öneri, adli yardım kurumunun etkin bir şekilde işletilmesidir. HUMK'nun 465 ve devamındaki maddelerinde düzenlenen adli yardım müessesesinin temel amacı, yargılama giderlerini karşılayamayacak durumda olan kimselerin, haklı oldukları bir davayı açamamalarını önlemektir. Bu bağlamda, hak arama hürriyetiyle yakından ilgili olan adli yardım müessesesi, yargılama giderlerinden geçici bir bağımsızlık sağlamaktadır. HUMK'nun ilgili maddelerine göre adli yardımdan yararlanabilmenin şartları, fakirlik ve haklı olmadır<sup>383</sup>. Ayrıca adli yardımdan yalnızca gerçek kişiler yararlanabilmektedir<sup>384</sup>.

<sup>378</sup> Yalçınduran 2004, s. 116 vd.

<sup>379</sup> Bu yasağın temel amacı, avukatın, müvekkiline karşı bağımsızlığını korumaktır.

<sup>380</sup> Çalışma Belgesi 2005, s. 62.

<sup>381</sup> AB üyesi ülkelere bakıldığında, söz konusu uygulamaya, daha ziyade Doğu Avrupa ülkelerinde izin verildiği görülmektedir. Bu ülkeler sırasıyla; Çek Cumhuriyeti, Estonya, Macaristan, Litvanya, Slovakya, Slovenya, Finlandiya ve Fransa'dır (Karşılaştırmalı Rapor 2004, s. 94).

<sup>382</sup> Bolatoğlu 2010, s. 430.

<sup>383</sup> HMK'nın 334 ve devamı maddelerinde düzenlenen adli yardım bakımından benimsenen haklı olma şartı, kişilerin, haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmalarını yeterli kabul etmektedir. Anılan hükmün gerekçesinde de, haklılık koşulunun varlığı konusunda hakimde, yaklaşık ispat ölçüsünde bir kanaat oluşmasının gerektiği, talepte bulunan kişinin baştan, açıkça haksız olduğunun görülmemesi halinde koşulun yerine geleceği belirtilmektedir.

<sup>384</sup> Kuru, Arslan ve Yılmaz 2000, s. 856.



Bununla birlikte adli yardım kurumu, davacıların karşılaştığı risk faktörlerini ortadan kaldırarak tazminat davalarının açılmasını özendirici bir araç değildir. Bunun nedenleri olarak adli yardımdan yalnızca tüzel kişilerin yararlanabilmesi, haklılık koşulunun ispatında yaşanabilecek güçlükler ve adli yardımın, yargılama giderlerinden yalnızca geçici bir bağıışıklık sağlaması, bir başka ifadeyle adli yardımdan yararlanan kişinin davayı kaybetmesi halinde yargılama giderlerini ödemek durumunda olması<sup>385</sup> sayılabilir. Adli yardımın, tazminat davaları bakımından yeterli ölçüde özendirici bir faktör olmadığı dikkate alındığında, başarıya göre avukatlık ücreti, rekabet ihlallerinden zarar görüp de avukatlık ücretlerini karşılayamayacağı düşüncesiyle dava açmayanlar açısından dava açmayı teşvik edici bir seçenek olarak düşünülebilir. Dolayısıyla her ne kadar hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğu bulunmasa da en azından yüksek avukatlık ücretlerini karşılayamayacağı düşüncesiyle dava açmayan taraflar açısından, dava açmayı teşvik edici bir seçenek olarak avukatlık asgari ücret tarifesinden az olmamak üzere başarı ücreti kararlaştırılabilmesi ihtimali düşünülebilir.

Yargılama giderleri bakımından tazminat davalarının önündeki engelleri gidermek amacıyla yapılabilecek ikinci öneri, yargılama giderlerinden biri olan mahkeme harçlarına ilişkindir. Hukukumuzda bazı kişiler harçtan muaf tutulurken, bazı davalara ve işlere istisna tanındığı, bunların bir kısmının Harçlar Kanunu'nda<sup>386</sup>, bir kısmının ise çeşitli özel kanunlarda<sup>387</sup> düzenlendiği görülmektedir. Özel kanunlarda düzenlenen istisnalar arasında, rekabet hukukundaki tazminat davaları bakımından önemli bir örnek teşkil eden düzenleme, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 23. maddesidir. Söz konusu hükmün ikinci fıkrasına göre, tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından açılacak davaların her türlü resim ve harçtan muafır<sup>388</sup>. Yine aynı hükmün devamında, bir diğer yargılama gideri olan bilirkişi ücreti bakımından da bir kolaylık getirilerek, tüketici örgütlerince açılacak davalarda bilirkişi ücretlerinin, aynı kanunun 29. maddesine göre kaydedilen bütçede öngörülen ödenekten Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca karşılanacağı düzenlenmektedir.

Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun'da da benzer bir düzenlemeye gidilerek, rekabet ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davalarının mahkeme

<sup>385</sup> Kortunay 2009, s. 128.

<sup>386</sup> Bkz. Harçlar Kanunu'nun 13. ve 123. maddeleri.

<sup>387</sup> Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aldemir 2009, s. 308 ve devamı.

<sup>388</sup> Ancak anılan Kanun'da, vekalet ücreti alınmayacağına dair bir hüküm bulunmadığından, davanın reddedilmesi halinde davacı, yargılama gideri olan vekalet ücretini ödemek durumundadır (Aldemir 2009, s.459)

harçlarından muaf olduğu hükme bağlanabilir<sup>389</sup>. Bu noktada, mali durumu dava açmaya uygun olup olmadığına bakılmaksızın genel bir muafiyet tanınmasının, dayanaktan yoksun davaların açılması teşvik edebileceği ve hakkaniyete aykırı olabileceği endişesiyle, sadece tüketiciler ve küçük işletmelerin bu istisnadan yararlanması şeklinde bir uygulamaya gidilmesi de düşünülebilir. Küçük işletmelerin tespitinde ise İspanya uygulamasında<sup>390</sup> olduğu gibi belli bir ciro eşiği belirlenerek, bu miktarın altında ciroya sahip olan işletmelerin harç ödemeyeceği kararlaştırılabilir.

Her ne kadar Türk hukukunda, davada haksız çıkan tarafın yargılama giderlerinden sorumlu olması kuralı bakımından bazı istisnalar<sup>391</sup> öngörülmüş olsa da, bu istisnaların temel olarak, davayı gereksiz uzatma gibi kötü niyetli davranışları esas aldığı görülmektedir. Öte yandan kimi AB üyesi ülkelerde<sup>392</sup>, Komisyon'un Beyaz Kitap'taki önerisi paralelinde, kaybeden öder ilkesinden belirli durumlarda ayrılmak konusunda mahkemelere takdir yetkisi verildiği görülmektedir. Bu çerçevede AB üyesi ülkelerdeki benzer uygulamalar dikkate alınarak davaya konu edilen iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olmaması, davacının kötü niyetli davranmaması gibi bazı istisnai durumlarda, kaybeden öder ilkesinin uygulanmaması yönünde bir düzenleme yapılabilir.

## SONUÇ

Toplumsal açıdan zararlı olduğu kabul edilen davranışların tekrarını önlemek, bir başka ifadeyle bu davranışları caydırmak için benimsenebilecek en temel iki yöntem, kamu otoritelerince yürütülen incelemeler ve/veya özel hukuk kişilerince açılacak davalar sonucunda uygulanabilecek yaptırımlardır. Bu çerçevede Türk rekabet hukukunda, 4054 sayılı Kanun'da yer alan yasaklayıcı hükümlerin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, sadece kamu hukuku alanında değil aynı zamanda özel hukuk alanında da çeşitli yaptırımlara yer verilerek, "ikili yaptırım sisteminin" benimsendiği görülmektedir. Ne var ki, rekabet hukukunun toplumdaki bilinirliğinin zayıf olması ve Kurul'un bu alanda tek yetkili merci olarak algılanması başta olmak üzere, gerek esasa gerekse usule ilişkin bir takım engellerin varlığı sebebiyle özel hukuk ayağındaki yaptırımların

<sup>389</sup> Benzer bir uygulama, Romanya hukukunda da bulunmakta ve tüketici dernekleri tarafından açılan birlik davalarından mahkeme harcı alınmamaktadır (Çalışma Belgesi 2008, s. 79). Polonya'da benzer bir uygulama bulunmaktadır (Karşılaştırmalı Rapor 2004, s. 92).

<sup>390</sup> Çalışma Belgesi 2008, s. 79.

<sup>391</sup> Aldemir 2009, s. 80-123.

<sup>392</sup> Örneğin İtalya'da, eğer açılan dava dayanaktan yoksun değilse ve davalının mali durumu iyiye mahkemeler, davayı kaybeden davacının, davalının masraflarını veya en azından tamamını ödemesi kuralını katı bir şekilde uygulamamaktadır (Giudici 2004, s. 83). Yunanistan'da, uygulanan hukuk kuralının yorumlanması zor ve davanın sonucu belirsiz ise yargılama giderleri taraflar arasında paylaştırılmaktadır (Karşılaştırmalı Rapor 2004, s. 92).

etkili bir şekilde uygulandığını söylemek mümkün değildir. Bu tespitten hareketle, esasa ilişkin engeller bir tarafa bırakılmak suretiyle, tazminat davalarının gelişmesine engel oluşturduğu düşünülen en temel usul hukuku kavramlarına değinmek ve buna ilişkin rekabet hukuku öğretisinde, mehz uygulamalarında öne sürülen çözümleri ortaya koymak ve bunların Türk hukukuyla karşılaştırmasını yapmak amacıyla bu çalışma hazırlanmıştır.

Bu çerçevede genel olarak tazminat davalarının gösterdiği gelişim, toplu davalar, delillere erişim, zamanaşımı ve yargılama giderleri başlıkları altında öncelikle ABD ve AB uygulamaları incelenmiş, ardından Türk Rekabet hukukundaki mevcut durum ve bu bağlamda konuya ilişkin getirilebilecek çözüm önerilerine yer verilmiştir. Böylece gerek kanuni düzenlemeler bakımından atılması gereken adımlar, gerekse de rekabet hukukunda uzman kurum olarak Rekabet Kurumunun bu alanda başarılı sonuçlara ulaşmak için izlemesi gereken politika bakımından çıkarımlar yapılabileceği düşünülmüştür.

Özel hukuk uygulaması oldukça eskiye dayanan ABD rekabet hukuku, üç katı tazminat, müşterek ve müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeler ile grup davaları, delillere erişim ve avukatlık ücretleri hususlarında benimsediği yaklaşım nedeniyle diğer ülke uygulamalarına kıyasla bu konuda ön plana çıkmaktadır. ABD’de rekabet hukukuna ilişkin olarak açılan davaların çok büyük bir kısmını halen özel hukuk alanındaki davaların oluşturduğu dikkate alındığında, bu ülke bakımından özel hukuk uygulamasının, rekabet ihlallerinin caydırılmasında önemli bir araç olarak kabul gördüğü ve bu ihlallerden zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesine de yeterli düzeyde hizmet ettiği söylenebilecektir.

ABD’deki özel hukuk uygulamasındaki yaptırımların temel özelliği - çeşitli eleştirilere maruz kalsa da- gerçekleşen zararın zorunlu olarak üç katı oranında tazminat talep edilmesine imkan tanıyan düzenlemedir. Bu düzenleme, müşterek ve müteselsil sorumluluk kuralı ve davalılar arasında rücu imkanının olmaması kuralı ile birlikte düşünüldüğünde, tazminat davaları bakımından daha etkili bir sonuç yaratmaktadır. Tüm zarar görenlerin iddialarının tek bir dava çatısı altında toplanmasına olanak tanıyan grup davalarının 1966 yılında yapılan değişiklikle tazminat davası şeklinde açılmasına imkan tanınması sonrasında ise rekabet ihlallerinden etkilenenlerin haklarını bu etkili dava türünü kullanarak aramaya başlamaları neticesinde grup davaları, rekabet ihlalleri bakımından en yaygın ve elverişli araç olarak kabul görmüştür. Bununla birlikte ABD’de, delillere erişim imkanının sınırlı olduğu bir çok AB üyesi ülkeye kıyasla, muhtemel davacıların tazminat davası açmalarında önemli bir teşvik sağlayan ve taraflara oldukça geniş imkanlar tanıyan delil değişimi (*discovery*) müessesesi yer almaktadır. Ayrıca zamanaşımı bakımından da tazminat davalarının

açılmasını zorlaştırmayacak düzenlemelere yer verilerek, özel hukuk davaları için 4 yıllık bir zamanaşımı süresi benimsenmektedir. Keza davayı kazanan davacılara makul bir avukatlık ücreti ile dava masraflarının ödenmesine ilişkin düzenleme ve böylece dava masraflarının paylaşılması suretiyle de rekabet hukuku alanındaki davaların özendirildiğini değerlendirilmektedir.

AB uygulamasına baktığımızda, ABİDA'da rekabet ihlalinden doğan zararların giderilmesi için tazminat davaları öngörülmediğinden bu uygulamaların üye ülkelerin ulusal hukuklarında yer alan düzenlemeler çerçevesinde yürütülmekte olduğu görülmektedir. ABAD'ın 2001 yılında aldığı ve ihlalden zarar görenlerin tazminat hakkının bulunduğunu kesin olarak tespit etmesi nedeniyle bir dönüm noktası niteliğinde olan *Courage Crehan* kararı ile rekabet ihlalinden zarar görenlerin bu zararlarının tazmini bakımından hukuki himaye yolunun açılmış olduğunu söylemek mümkündür. ABAD'ın 2006 yılında aldığı ikinci önemli karar olan *Manfredi* kararında ise bu hususlara ilave olarak rekabet ihlali ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı bulunmak koşuluyla, herkesin tazminat hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu kararlar, tazminat davalarının AB'deki etkin rekabetin sağlanmasına önemli bir katkı sağlayabileceği yönündeki kanıyı kuvvetlendirmiştir.

Modernizasyon sürecine gelindiğinde, 1/2003 sayılı Tüzük ile ulusal mahkemeler AB Rekabet Hukukunu doğrudan ve bütünü ile uygulayabilme konusunda yetkili kılınmış ancak bu düzenleme tazminat talep prosedürlerinin hala her üye devletin yetkisi içinde kalması nedeniyle tazminat davaları bakımından beklenen ilgiyi yaratmamıştır. Bunun üzerine, tazminat davalarındaki süreci şekillendiren son aşamada Yeşil Kitap, Beyaz Kitap ve ona bağlı Komisyon Çalışma Belgeleri ile tazminat taleplerinin yaygınlaşması için daha verimli bir sistem arayışına girilmiş ve çözüm için seçenekler sunulmuştur. Ancak bu önerilerden bir kısmına eleştiriler getirilmekle birlikte halen AB uygulaması bakımından etkili bir özel hukuk uygulamasının gerekli olup olmadığına ilişkin tartışmalar da sürmektedir.

Kamu hukuku ve özel hukuk alanındaki yaptırımlardan oluşan "ikili yaptırım sistemini" benimseyen Türk rekabet hukukunda ise 4054 sayılı Kanun'da kabul edilen üç kat tazminat ile ispat kolaylığına ilişkin düzenlemeler, özel hukuk alanındaki yaptırımlara ve özellikle de tazminat davalarına kanun koyucunun verdiği önemi açıkça ortaya koymaktadır. Ancak bu olumlu düzenlemelerin yanı sıra 4054 sayılı Kanun'dan ve medeni yargılama hukukundan kaynaklanan bir takım sorunların da var olduğunu ve bu sorunların davaların önünde birer engel teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Bunların başında muafiyet kararları bakımından Kurul'un münhasıran yetkili olması,

kollektif hukuki himaye yollarının eksikliği, delillere erişim sorunu ve zamanaşımı gibi usuli konulardaki eksiklikler gösterilebilir.

Bu çerçevede öncelikle Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından tazminat talebi içeren toplu davalara imkân tanıyan düzenlemelere yer verilmesi önem arz etmektedir. Ancak toplu dava türlerinden biri olan birlik davasına, 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nda yer verilmiş olsa da, bu düzenlemenin tazminat talebine imkan tanıması önemli bir eksiklik olarak görülmektedir. Bununla birlikte delillere erişim ve zamanaşımı konularında, HMK ile 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nda önemli bir takım düzenlemelerin getirildiğini söylemek mümkündür. Örneğin delillere erişim konusunda HMK'nın 293. maddesinde yer alan "uzman görüşü" düzenlemesi ile Anglo-Sakson kökenli bir kurum olan "taraf bilirkişisi" veya "uzman tanık" kurumları hukukumuzda kazandırılmış olup, rekabet hukuku gibi uzmanlık isteyen konularda mahkemelerin aydınlatılması için önemli bir adım atılmıştır. Keza BK'nın 72. maddesindeki düzenleme ile kısa zamanaşımı süresi (subjektif süre) bir yıldan iki yıla çıkartılarak, zamanaşımı konusunda bir adım atılmıştır.

Bu düzenlemelerin yanı sıra zamanaşımının tazminat davaları bakımından bir engel teşkil etmemesi adına yapılabilecek bir öneri, Kurum'a yapılacak başvuruyla birlikte zamanaşımının kesilmesi ve rekabet otoritesince alınacak kararın ardından yeni bir zamanaşımı süresinin başlaması yönünde bir düzenleme yapılmasıdır. Yargılama giderleri konusunda ise rekabet ihlalleri nedeniyle açılacak davaların, mahkeme harçlarından muaf tutulması ve bazı istisnai durumlarda kaybeden öder ilkesinin uygulanmaması yönünde düzenlemeler yapılabilir.

Bunun yanında mahkemelerin, çelişkili kararların ortaya çıkmasının önüne geçmek için ortada bir Rekabet Kurulu kararı varsa, bunun kesinleşmesini beklemelerinin yerinde olacağı, ancak bu durum davaların gereksiz yere uzamasına yol açabileceğinden rekabet hukuku alanında uzmanlaşmış bir mahkemenin oluşturulmasının ve İngiltere'deki gibi rekabet temyiz mahkemesi kurularak tazminat davalarının da bu mahkemelerde görülmesi yönünde bir tercih de yapılabilir. Son olarak, rekabet ihlalleri nedeniyle tazminat davası açılacağı hususundaki bilinirliğinin az olduğu dikkate alınarak, bunu artırmak için Komisyon uygulamasında benimsenen, Kurul kararının kamuoyuna duyurulması için resmi internet sayfasında yapılacak açıklamaya, zarar görenlerin tazminat davası açabileceklerine ilişkin bir hatırlatma konulması uygulamaya önemli katkılar sağlayabilir<sup>393</sup>.

<sup>393</sup> Kekevi 2008, s. 185.

**KAYNAKÇA**

ABİK, Y. (2010), “Normun Koruma Amacı Teorisi”, *AÜHFD*, Cilt 59, Sayı 3, s. 345-448.

AKİL, C. (2009), “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 58, Sayı 1.

AKSOY, N. (2004), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 52, Ankara.

ALANGOYA, Y. (1979), *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul

ALDEMİR, H. (2009), *Yargılama Giderleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (AMC) (2007), Report and Recommendations.

[http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/amc\\_final\\_report.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf)

ARI, M.H., G. KEKEVİ ve E. AYGÜN (2008), “Rekabet Kurulu’nun Kartellere Uyguladığı Para Cezalarının Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI*, s. 119-184, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

ARI, M. H. ve E. AYGÜN (2009), “Rekabet Kurulu’nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 40, s. 7-71.

ASLAN, İ. Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa.

ATA, Ç. D. (2010), *Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet*, Rekabet Kurumu uzmanlık Tezleri Serisi, No: 109, Ankara.

BADUR, E. (2001), *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No: 6, Ankara.

BAUMGARTNER, S. P. (2007), “Class Actions and Group Litigation in Switzerland”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Cilt 27, s.301-349.

BEYAZ KİTAP (2008), European Commission, WHITE PAPER, Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules, Brussels, 2.4.2008, COM (2008) 165.

BİLGİN, M. (2010), *Özel Hukukta Zamanaşımı*, Adalet Yayınevi, Ankara.

BOLATOĞLU, H. (2010), “Turkey”, A. A. Foer ve J. W. Cuneo (der.), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law* içinde,

s. 414-432, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Massachusetts, USA.

BRKAN, M. (2005), "Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reform?", 28 *World Competition* 479.

BROWN, B. D., K. M. KONOPKA ve C. J. CORMIER (2010), "Private Recovery Actions in the United States", *The Antitrust Review of the Americas 2010*, Global Competition Review, London, UK.

BUXBAUM, H. L. (2007), "Private Enforcement of Competition Law in the United States - of Optimal Deterrence and Social Costs", J. Basedow (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law* içinde s. 41-60, Kluwer Law International, NETHERLANDS.

CAVANAGH, E. D. (2010), "The Private Antitrust Remedy: Lessons From the American Experience", 41 *Loyola University Chicago Law Journal* 629.

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

ÇALIŞMA BELGESİ (2005), Commission Staff Working Paper, Annex to the GREEN PAPER, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672.

ÇALIŞMA BELGESİ (2008), Commission Staff Working Paper, Accompanying the WHITE PAPER, Brussels, 2.4.2008, COM (2008) 165.

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

ÇETİN, İ. (2010), "Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usûl Hukukunda Usûl Ekonomisi", *Sayıştay Dergisi*, Sayı 78, s. 81-109.

DEREN YILDIRIM, N. (1995), "Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 21, Sayı 3, s. 224-243.

DEREN YILDIRIM, N. (1997a), "Kolektif Hukuki Himaye: Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı Mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru Mu? (I)", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1-2, s. 137-154.

DEREN YILDIRIM, N. (1997b), "Kolektif Hukuki Himaye: Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı Mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru Mu? (II)", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 23, Sayı 3, s. 308-328.

EASTERBROOK, F. H. (1985), “Detrebling Antitrust Damages”, *Journal of Law and Economics*, Cilt 28, Sayı 2, s. 445-467.

ERDÖNMEZ, G. (2010), *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

EREN, F. (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul

EREN, H. (2007), “İdari Yargı Bağlamında Sınıf Davaları ve Rekabet Hukuku Açısından Olası Açılımlar”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V*, s. 195-210, Rekabet Kurumu yayınları, Ankara.

FİGANMEŞE, İ. A. (2005), “Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul.

GINSBURG, D. H. ve L. BRANNON (2005), “Determinants of Private Antitrust Enforcement in the United States”, *Competition Policy International*, Cilt 1, Sayı 2, s. 29-43.

GIUDICI, P. (2004), “Private Antitrust Law Enforcement in Italy”, *The Competition Law Review*, Cilt 1, Sayı 1, s. 61-85.

GOLDBERG, J. ve D. GUSTAFSON (2010), “Obtaining Evidence”, A. A. Foer ve J. W. Cuneo (der.), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law* içinde, s. 170-198, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Massachusetts, USA.

GÖKCAN, H. T. (2008), *Haksız Fiil Hukuku ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

GÜRZUMAR, O. B. (2002), “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 12, s. 3-76.

GÜRZUMAR, O. B. (2006), “Özel Hukuk Açısından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”, 4054 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak (Sempozyum), s. 115-184, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

GÜRZUMAR, O. B. (2007), “Rekabet Hukukunun 10 Yılı: Rekabet Kanunundan Rekabet Hukukuna”, *Rekabet Kurumu 10. Yıl Sempozyumu*, Ankara.

GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.



- HANAĞASI, E. (2009a), *Davada Menfaat*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- HANAĞASI, E. (2009b), “Kolektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I, s. 351-410, Yetkin Yayınları, Ankara.
- HANDLER, M. (1971), “The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits, The Twenty-Third Annual Antitrust Review”, 71 Columbia Law Review 1.
- HATAWAY, C. S., T. J. DILLICKRATH ve J. M. SCHMIDT (2010), “Trends in Private Federal Antitrust Litigation: Class Actions Driving Growth, but the Supreme Court Makes It Harder for Private Litigants to Prevail”, *The Antitrust Review of the Americas 2010*, Global Competition Review, London, UK.
- HAZARD, G. C. (1998), “From Whom No Secrets Are Hid”, *76 Texas Law Review* 1665.
- HOLMES, W. C. (2010), *Antitrust Law Handbook*, Westlaw Database.
- HOVENKAMP, H. (2005), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Third Edition, West Publishing, USA.
- İNAN, N. (2002), “Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü”, *Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002* içinde, s. 590-628, Ankara Barosu Yayınları, Ankara.
- JONES, C. A. (2004), “Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check”, *27 World Competition* 13.
- KARAHASAN, M. R. (1996), *Tazminat Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul.
- KARŞILAŞTIRMALI RAPOR (2004), Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules, 31.8.2004, ASHURT.
- KEKEVİ, G. (2008), *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No: 15, Ankara.
- KOMNINOS, A. P. (2008), *EC Private Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford, UK.
- KORTMANN, J. S. ve C. R. A. SWAAK (2009), “The EC White Paper on Antitrust Damage Actions: Why the Member States Are (Right To Be) Less Than Enthusiastic”, *E.C.L.R.*, 30(7), 340-351.

KORTUNAY, A. (2009), “AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından ‘De Lege Ferenda’ Düşünceler”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 40, s. 81-138.

KURU, B., ARSLAN R. ve YILMAZ E. (2000), *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.

KURU, B., ARSLAN R., YILMAZ E., (2001), *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara,

LANDE, R. H. (1993), “Are Antitrust ‘Treble’ Damages Really Single Damages?”, *54 Ohio State Law Journal* 115.

MCCARTHY, E., A. MALTAS, M. BAY ve J. RUIZ-CALZADO (2007), “Litigation Culture Versus Enforcement Culture: A Comparison of US and EU Plaintiff Recovery Actions in Antitrust Cases”, *The Antitrust Review of the Americas 2007*, Global Competition Review, London, UK.

MILUTINOVIC, V. (2010), *The Right to Damages Under EU Competition Law*, Kluwer Law International, Netherlands.

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

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_white\\_paper/impact\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf)

ÖZ, G. A. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 4, Ankara.

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

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

ÖZBEK, M. (2002), “Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketleriyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 2, s. 121-162.

ÖZEKES, M. (2003), *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara.

ÖZSUNAY, E. (2005), “Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Amerikan, Alman, İsviçre ve AB Rekabet Hukuklarının Işığında 4054 sayılı RKK’daki Çözümlerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III*, s. 117-153, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- PEKCANITEZ, H. (2000), “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, s. 753-791, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir.
- POSNER, R. A. (2001), *Antitrust Law*, Second Edition, The University of Chicago Press, USA.
- RILEY, A. (2005), “Beyond Leniency: Enhancing Enforcement in EC Antitrust Law”, *World Competition*, Cilt 28, Sayı 3, s. 377-400.
- RUSSELL, T. L. (2010), “Exporting Class Actions to the European Union”, *Boston University International Law Journal*, Cilt 28, s. 141-180.
- SALOP, S. C. ve L. J. WHITE (1988), “Private Antitrust Litigation: An Introduction and Framework”, L. J. White (der.), *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning* içinde, s. 3-60, MIT Press, Massachusetts, USA.
- SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- SANLI, K. C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I*, s. 211-276, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- SANLI, K. C. (2007), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 30, s. 3-71.
- SAVAŞ, F. B. (2008), “Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı”, *TBB Dergisi*, Sayı 74.
- STADLER, A. (2007), “Collective Actions as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law”, J. Basedow (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law* içinde, s.195-213, Kluwer Law International, Netherlands.
- ŞAHBAZ, A. U. (2008), *ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No 88, Ankara.
- TEKİNALP, Ü. (2005), “Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III*, s. 259-265, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- TEKİNAY, S. S. ve S. AKMAN, H. BURCUOĞLU, A. ALTOP (1993), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul.

TESAURO, C. ve D. RUGGIERO (2010), “Private Damage Actions Related to European Competition Law in Italy”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Cilt 1, No 6, s. 514-521.

TOPÇUOĞLU, M. (2001), *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 7, Ankara.

TOPÇUOĞLU, M. (2009), “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, s. 6-59, Gazi Üniversitesi Yayını, Ankara.

TUTUMLU, M. A. (2007), *Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

TUTUMLU, M. A. (2008), *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

UYANIK, P. (2003), *Rekabet Hukuku Açısından Delil*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Ankara.

VAKERICS, T. V. (2010), *Antitrust Basics*, Law Journal Press, New York, USA.

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

WILS, W. P. J. (2003), “Should Private Enforcement be Encouraged in Europe?”, 26 *World Competition* 473.

WILS, W. P. J. (2008), “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, Social Sciences Research Network.

[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=456087](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087)

WOODS, D., A. SINCLAIR ve D. ASHTON (2004), “Private Enforcement of Community Competition Law: Modernisation and the Road Ahead”, *Competition Policy Newsletter*, Yıl 2004, Sayı 2.

YALÇINDURAN, T. (2004), *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*, Yetkin Yayınları, Ankara.

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

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

YILMAZ, E. (2008), “Usul Ekonomisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 1, s. 243-274.

## **MAHKEME KARARLARI**

### **ABD**

Emich Motors Corp. v. Gen. Motors Corp., 340 U.S. 558, 1951.

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

Hawaii v. Standard Oil Co., 405 U.S. 251, 1972.

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

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

Alabama v. Blue Bird Body Co Inc., 573 F2d 309, 5th Cir. 1978.

Texas Indus., Inc. v. Radcliff Materials, Inc., 451 U.S. 630, 1981.

Blue Shield of Va. v. McCready, 457 U.S. 465, 1982.

Bell Atl. Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 2007.

Ashcroft v. Iqbal, 129 S. Ct. 1937, 173 L. Ed. 2d 868, 73 Fed. R. Serv. 3d 837, 2009.

### **AB**

Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SV SABAM and NV Fonior, [1974] ECR 51.

Case C-282/95 P Guerin Automobiles v. Commission, [1996] ECR I-1503.

Case C-242/95, GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner, [1997] ECR I-4349.

Case C-453/99, Courage Ltd. v. Bernard Crehan, [2001] ECR I-6297.

Case C-295/04, Vincenzo Manfredi and Others v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, [2006] ECR I-6619.

### **TÜRKİYE**

Yargıtay 4. HD, 22.01.1981 tarih, E. 1980/12753, K. 1981/415 sayılı kararı.

Yargıtay 4. HD, 30.11.2000 tarih, E. 11832, K. 1094 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 14.01.2002 tarih, E. 2001/7668, K. 2002/68 sayılı kararı.

Yargıtay 19. HD, 17.9.1998 tarih, E. 3350, K. 732 sayılı kararı.

Yargıtay 19. HD, 01.11.1999 tarih, E. 1999/3350, K. 1999/6364 sayılı kararı.

Yargıtay 19. HD, 29.11.2002 tarih, E. 2002/2827, K. 2002/7580 sayılı kararı.

Yargıtay 19. HD, 6.11.2006 tarih, E. 2006/2809, K. 2006/10346 sayılı kararı.

Yargıtay 19. HD, 16.1.2008 tarih, E. 3229, K. 10677 sayılı kararı.

Yargıtay HGK, 17.10.1984 tarih, E. 982/10-582, K. 817 sayılı kararı

## ALACAĞIN TEMLİKİ YOLUYLA KOLLEKTİF TAZMİNAT TALEPLERİNE İMKÂN VEREN BİR MODEL GELİŞTİRİLEBİLİR Mİ?

*CAN A MODEL WHICH ENABLES ASSERTING  
COLLECTIVE DAMAGE CLAIMS THROUGH  
ASSIGNMENT OF THE CLAIM BE DEVELOPED?*

**Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY\***

### **Öz**

*Rekabet hukukunun yaptırım sistemi içerisinde tazminat davaları önemli bir yere sahiptir. Zira bu davalar zararın giderilmesine hizmet etmekle kalmaz, aynı zamanda rekabet ihlalleri üzerinde caydırıcı bir etki yaratırlar. Bu bakımdan kamu hukuku yaptırımlarını tamamlayıcı bir fonksiyona sahiptirler.*

*Grup davaları, rekabet ihlallerinin yol açtığı zararların tazmin edilmesinde etkin bir araçtır. Amerika'daki uygulamalar da bunun açık bir göstergesidir. Yürütülen çalışmalar Avrupa Birliği'nde de grup davalarının yakın zamanda benimseneceğini göstermektedir. Türk rekabet hukukunda ise tazminat taleplerinin toplu biçimde ileri sürülmesine imkân veren bir dava türü henüz mevcut değildir. Bu konuda Türk kanun koyucusunun dünyadaki gelişmeler ve toplumun ihtiyaçlarına gözlerini kapadığı görülmektedir. Geriye mevcut yasal düzenlemelerin dar kalıpları içerisinde çözüm aramaktan başka çare kalmamaktadır. Ancak bu şekilde üretilecek çözümlerin grup davalarına ciddi bir alternatif olabileceğini söylemek güçtür.*

**Anahtar Kelimeler:** *Rekabet Hukuku, Tazminat Talepleri, Grup Davaları, "Zementkartell" Davası, Cartel Damages Claims Modeli.*

### **Abstract**

*Damage claim cases have significant role within enforcement system of competition law. Said cases do not only to recover the loss but also has deterrent effect on competition breaches. Therefore they have complementary function for public law enforcements.*

---

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

*Group actions are effective implements to recover the losses caused by competition breaches. Implementations in the United States are a clear indicator for these issues. Ongoing studies show that group action (litigation) will be adopted by European Union. However there is no litigation form, in Turkish competition law, which enables to asset damage claims collectively yet. It is seen that Turkish legislator ignores global developments and needs of the society. There is no remedy except seeking solution within the narrow templates of existing legal regulations. However it is not possible to accept that the solutions which will be generated as it was mentioned can be an alternative to the group actions.*

**Keywords:** *Competition Law, Damage Claims, Group Actions, “Zementkartell” Case, Cartel Damages Claims Model.*

## GİRİŞ

Rekabet düzenlemeleri ile hedeflenen faydaya ulaşılması etkin bir denetim-yaptırım sistemi ile mümkündür. Tazminat davaları bu sistemin önemli bir parçasını oluşturur. Tazminat davalarından beklenen yararın sağlanması, rekabeti ihlal eden teşebbüsler karşısında zayıf/dezavantajlı konumda olan diğer piyasa aktörlerinin ve tüketicilerin lehine düzenlemeler yapılmasını gerektirebilir.

Bu güne kadar gerek AB’de, gerekse ülkemizde “üvey evlat” statüsünde kalmış tazminat davalarına etkinlik kazandırılması bazı özel (ve kimi zaman rekabet hukukuna özgü) düzenlemeleri zaruri kılar. Bunlardan birisi “toplu dava” sisteminin getirilmesidir. Türk rekabet hukukunda tazminat taleplerinin kolektif biçimde ileri sürülmesine imkân veren toplu dava modeli benimsenmiş değildir. Mevcut düzenlemeler ışığında bu alanda bir çözüm üretilip üretilmeyeceği sorusu ise gerek öğreti, gerekse uygulamada henüz tartışılmamış ve gündeme gelmemiştir. Çalışmamızda bu soruya yanıt aranacaktır.

## 1. TAZMİNAT DAVALARININ REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ VE ÖNEMİ

Etkin bir rekabet politikası iki önemli sütun üzerine oturur: Kamu hukuku yaptırımları ve özel hukuk yaptırımları. Özel hukuk yaptırımları içerisinde ise tazminat davaları ayrı bir öneme sahiptir. Zira bunlar zarar görenlerin zararlarının giderilmesine hizmet etmekle kalmaz, aynı zamanda rekabet ihlalleri üzerinde caydırıcı bir etki yaratırlar<sup>1</sup>. Bu açıdan kamu hukuku

<sup>1</sup> VOTTELER, M. (2008), *Der Schadensersatzanspruch im EG-Kartellrecht*, 1. Auflage, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, s. 47-48.



yaptırımlarını tamamlayıcı bir fonksiyona sahiptirler<sup>2</sup>. Dolayısıyla, işlevsel ve etkin bir tazminat sistemi olmadan rekabet hukuku normlarından beklenen yararları sağlamak güçtür<sup>3</sup>.

Rekabet hukuku alanındaki kural ve uygulamalarıyla örnek gösterilen Amerika Birleşik Devletlerinde (ABD) tazminat davalarının sayısı, idari yaptırımlarla kıyaslandığında, oldukça yüksektir<sup>4</sup>. Aynı şeyi Avrupa Birliği (AB) için söylemek zordur<sup>5</sup>. Gerek üye devletlerin ulusal hukuklarının birbirinden farklı olması, gerekse birçok üye devlette tazminat davalarını teşvik edici ve kolaylaştırıcı düzenlemelerin yeterli olmaması tazminat davalarından istenilen faydanın sağlanmasını engellemiştir. Bu durum, AB bünyesinde tazminat davalarına etkinlik kazandırma ve bu alanda belirli standartlar

<sup>2</sup> WOODS, D., A. SINCLAIR ve D. ASHTON (2004), "Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead", *Competition Policy Newsletter*, No: 2, s. 31; HÖLZEL, N. (2007), *Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und Zementkartell*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft: 65, Halle, s. 5.

<sup>3</sup> Ancak böyle bir sistemin kurulmasının önünde önemli engeller bulunmaktadır. Söz konusu engelleri şu şekilde gruplandırma mümkündür:

i) *Fiili engeller* (Örneğin, rekabet ihlalinin mevcudiyeti, niteliği ve süresinin ispatına dair (bilgi asimetrisinden kaynaklanan) zorluklar; rekabet ihlalinin ilgili piyasadaki ve davacı teşebbüs üzerindeki olumsuz etkilerinin isbatındaki güçlükler),

ii) *Hukuki engeller* (Örneğin, güçlü konumdaki failere karşı zarar görenlerin münferiden açacakları davaların başarıya ulaşmasının oldukça zor olması, delillere ulaşma güçlüğü, toplu dava mekanizmalarının bulunmaması yahut istenilen etkinlikte olmaması),

iii) *Ekonomik engeller* (Örneğin, tazminat davalarının uzmanlık gerektirmesi, çok sayıda verinin toplanması zarureti gibi nedenlerle zaman ve parasal açıdan külfetli olması, "kaydeden öder" ilkesi gereği dava masraflarını üstlenme riski),

iv) *İşletme politikalarından kaynaklanan engeller* (Örneğin, zarar görenin dava açması durumunda karşı taraf ile olan iş ilişkilerin kötüye gitmesi ve misilleme görme yahut ticari ve/veya stratejik ortaklıkların bozulacağı endişesi).

<sup>4</sup> ABD'de rekabet ihlali sebebiyle açılmış olan davalardan büyük bir kısmını tazminat davaları oluşturmaktadır. Örneğin 1980-1990 yılları arasında açılmış bulunan 11.569 davadan 10.471'i tazminat davası olup, bu toplam sayının yaklaşık %90'ına tekabül etmektedir (SCHMIDT, I ve S. BINDER (1996), *Wettbewerbspolitik im Internationalen Vergleich*, 1. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, s. 115).

<sup>5</sup> AB'de tazminat davalarının, rekabet ihlali sebebiyle açılmış olan davaların sadece %5'ini oluşturduğu belirtilmektedir. Yakın zamanda Komisyon tarafından yapılan bir araştırmaya göre ise, 2004 yılı Mayıs ayı ile 2007 yılının 3. çeyreği arasındaki dönemde 27 üye devlette açılmış olan tazminat davası sayısı sadece 96'dır. Bunlardan 61'i dikey, 13'ü yatay rekabet kısıtlaması ve 22'si hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle açılmıştır. Dikey rekabet kısıtlamasına dayalı davalardan henüz hiçbirisi davacılar lehine sonuçlanmamıştır. Yatay rekabet kısıtlamasına dayalı davaların 6'sı, hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle açılmış olan davaların ise sadece 12'si davacılar lehine sonuçlanmıştır. (VOGEL, M. (2010), *Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht*, FIW-Schriftenreihe, 1. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, s. 7-8).

oluşturma ihtiyacını beraberinde getirmiştir<sup>6</sup>. Bu amaçla, AB Komisyonu tarafından hazırlanan öneriler 2008 yılında “AB Rekabet Hukuku’nun İhlali Sebebiyle Açılacak Tazminat Davalarına İlişkin Beyaz Kitap”<sup>7</sup> (Beyaz Kitap) ile kamuoyunun görüşüne sunulmuştur. Beyaz Kitap’ta, davacılar lehine ispat kolaylığı getirilmesi, yargılama giderleri bakımından davacılar lehine düzenlemeler yapılması, toplu dava imkânının getirilmesi, tazminat davalarının pişmanlık programları üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılması, zamanaşımı sürelerinin tazminat davalarının önünde engel oluşturmayacak biçimde düzenlenmesi gibi çeşitli önerilere yer verilmiştir<sup>8</sup>.

Türk rekabet hukukunda tazminat davalarına özgü ve caydırıcılık yaratabilecek bazı düzenlemeler bulunmakla birlikte, tazminat davalarının istenilen düzeye ulaştığını söylemek güçtür<sup>9</sup>. Rekabet hukuku ve kültürünün toplumumuzda köklü bir geçmişe sahip olmamasının hiç kuşkusuz bunda önemli bir etkisi vardır<sup>10</sup>. Ancak sorunun asıl kaynağı, bu alandaki düzenlemelerin yetersiz olmasıdır. Hukukumuzda, üç kat tazminat yaptırımını gibi tazminat davalarını teşvik edici bazı düzenlemelere yer verilmiştir<sup>11</sup>. Ancak, tazminat taleplerinin ileri sürülmesini kolaylaştırıcı ve cazip hale getirmeye yönelik başkaca kurallar getirilmemiştir. Örnek olarak toplu davaların benimsenmemiş, yargılama giderleri ve zamanaşımı süreleri bakımından davacılar lehine düzenlemeler yapılmamış, davacılar lehine delillere ulaşma ve ispat kolaylıkları

<sup>6</sup> Avrupa Birliğinde rekabet ihlallerinin yılda yaklaşık 25 ila 69 milyar € dolayında ekonomik kayba yol açtığı tahmin edilmektedir. Bu rakamlar tazminat davalarına etkinlik kazandırmanın ne denli önemli olduğunu da ortaya koymaktadır.

<sup>7</sup> KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165, Brüksel.02.02.2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:DE:PDF>, Erişim Tarihi: 14.03.2011.

<sup>8</sup> Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. KORTUNAY, A. (2009), “AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından “De Lege Ferenda” Düşünceler”, *Rekabet Dergisi*, Cilt: 10, Sayı:1, s. 81 vd.

<sup>9</sup> Ülkemizde rekabet hukuku kaynaklı tazminat davalarına ilişkin istatistiksel bir veri tespit edebildiğimiz kadarıyla mevcut değildir. Bununla birlikte, rekabet ihlaline dayalı tazminat davalarını konu alan bilimsel çalışmalar incelendiğine açılan davaların çoğunun dikey anlaşmalardan kaynaklandığı görülmektedir. Bu konuda özgün bir çalışma olarak bkz. GÜVEN, P. (2007), “Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- V*, Kayseri, s. 223 vd.

<sup>10</sup> SANLI, K.C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- I*, Kayseri, s. 223.

<sup>11</sup> Üç kat tazminata ilişkin doktrinindeki görüşler hakkında bkz. 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. 169, dn. 125.

getirilmemiş olması gösterilebilir. Bu alanlarda yapılması gereken düzenlemelerin birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu, şu ana kadar ki uygulamaların da gösterdiği üzere tek başına üç kat tazminat yaptırımının arzu edilen hedefe ulaşmakta yeterli olmayacağını belirtmek gerekir.

## 2. REKABET HUKUKUNDA TOPLU DAVALAR

Rekabet ihlalleri çoğu zaman küçük ve yaygın (atomize) zararlara (*Streuschäden*) neden olurlar. Böyle durumlarda zarar görenler (bilhassa küçük işletmeler ve tüketiciler) yargılama giderlerini üstlenme, zaman kaybı ve davayı kaybetme gibi kaygılarla dava açmaktan kaçınabilirler<sup>12</sup>. Zarar görenlerin birçoğu tarafından dava açılması ise davacı, davalı ve yargı organları bakımından külfetli olabilir. Gerçekten de, böyle bir durumda davacılarından her biri açtığı davayla ilgili masraf ve riskleri tek başına üstlenmek, davalılar birden fazla davayla uğraşmak; yargı mercileri ise aslında konusu aynı olan birçok talep hakkında ayrı ayrı karar vermek durumunda kalabilecektir.

Toplu davalar, sadece 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. Bu açıdan Amerikan hukukunda düzenlenmiş olan grup davaları (*class action*) rekabet ihlalleriyle mücadelede küçümsenmeyecek bir öneme sahiptir. Amerikan hukuk sisteminde grup davasının açılabilmesi bazı ön şartların varlığına bağlıdır. Örneğin, grup üye sayısının üyelerden her birinin davaya katılımına imkân vermeyecek büyüklükte olması, zarar olgusunun grup mensupları bakımından ortak olması, grup adına dava açanların iddia ve savunmalarının diğerleri bakımından da söz konusu olması, grubu temsilen dava açanların grup içinde yer alanların çıkarlarını adil ve yeterince temsil edecek durumda olmaları gerekir<sup>13</sup>. Amerikan hukuk sisteminde grup davalarında mahkeme kararı adlarına dava açılan gruba dahil tüm kişiler bakımından bağlayıcıdır<sup>14</sup>. Ancak bu kural henüz dava sonuçlanmadan davanın dışında kalmak istediğini beyan

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> VRBA, L. G (2007), *Vielparteienprozesse*, (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht: 151), Schulthess Zürich, s. 37 vd.; HEMPEL, R. (2002), *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht*, 1. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, s. 217. ÖZBAY, İ. (2009), *Grup Davaları*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 246.

<sup>14</sup> CHARLES, S. (2000), "Class Actions- Representative Proceedings", B. Bouckaert ve G. De Geest (der.), *Encyclopedia of Law and Economics* Vol. 5 içinde, s. 194. Bağlayıcılık, tarafların uzlaşması halinde de söz konusudur (Bkz. KOCH, H. (2000), "Die Verbandsklage in Europa-Rechtsvergleichende, europa- und kollisionsrechtliche Grundlagen", *Zeitschrift für Zivilprozess*, s. 424).

eden kişiler bakımından uygulanmaz (*opt-out model*)<sup>15</sup>. Grup davaları özellikle fiyat belirleme olaylarında (*price fixing cases*) yaygın bir biçimde ve başarıyla uygulanmaktadır<sup>16</sup>.

AB üyesi devletlerin birçoğunda kolektif tazminat taleplerine imkân veren toplu dava modeli benimsenmemiştir<sup>17</sup>. Ancak yürütülen çalışmalar yakın zamanda AB’de bu tür bir toplu dava modelinin benimseneceğini göstermektedir. Artık bugün AB’deki tartışmalar toplu davanın gerekli olup olmadığından ziyade, toplu dava türlerinden hangisinin istenilen yararı sağlayacağı noktasına gelmiştir. Nitekim Komisyon, Beyaz Kitap’ta rekabet ihlallerinde etkin bir kolektif hukuki himaye sağlanabilmesi için birbirini tamamlayan ikili bir sistem önermiştir.

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, mahkeme kararının yalnızca adına dava açılan gruba dahil olmak istediğini açıkça beyan eden kişileri kapsadığı (*opt-in model*) grup 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 yansira, bireysel dava açma imkânlarının saklı tutulması gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu durumun zararın birden fazla tazminine yol açmaması için gerekli düzenlemelerin yapılmasının önemine de vurgu yapmıştır<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> ZIRNGIBL, E. (2006), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess in den USA und Deutschland*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universität Augsburg, München, s. 68.

<sup>16</sup> ÖZSUNAY, E. (2005), “Rekabet Kısıtlamalarının Rekabet Hukuku Alanındaki Sonuçları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- III*, Kayseri s. 123-124; Özbay 2009, s. 246.

<sup>17</sup> AB Komisyonu üye ülkelerdeki toplu dava türlerinin daha ziyade önleme ve durdurma istemleriyle sınırlı olduğunu, tazminat talebine imkân veren toplu dava modellerinin sadece İsveç ve İngiltere’de bulunduğunu belirtmiştir. (KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, SEC (2005) 1732, Brüksel, 10.02.2006, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_de.pdf), Erişim Tarihi: 16.03.2011, s. 66 vd).

<sup>18</sup> Kortunay 2009, s.110.

Türk yargılama hukukundaki dava türleri arasında tazminat istemli grup davaları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (yeni TTK)<sup>19</sup> 191. maddesinde şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirmesinde hakları ihlal edilmiş olan ortakların mahkemeden uygun bir **denkleştirme akçesinin saptanmasını** isteyebilecekleri belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, *davacı ile aynı hukuki durumda bulunmaları hâlinde, mahkeme kararının, birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan şirketlerin tüm ortakları hakkında da hüküm doğuracağı* ifade edilmiştir. Söz konusu fıkra ile ilişkin gerekçede, bunun *mahkeme kararının etkisini aynı durumdaki ortaklara da taşıyan bir "class action" düzenlemesi olduğu* ifade edilmiştir. Böylece, yeni TTK yürürlüğe girdiğinde grup davası (yeni TTK madde 191'de zikredilen konularla sınırlı olmak üzere) Türk hukukunda ilk kez hayata geçmiş olacaktır.

Hukukumuzda bazı hukuka aykırılıkları giderme imkanı veren toplu dava türleri mevcut ise de, tazminat istemli grup davalarına da yer verilmemiştir. Örneğin, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 23/4 uyarınca *"Bakanlık ve tüketici örgütleri münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler"*. Keza aynı Kanunun 24/1. maddesine göre, *"Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri, ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için dava açabilirler"*.

Ayrıca, Ticaret Kanunu madde 58/3'de Ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birliklerin tespit, men ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması davalarını açabilecekleri belirtilmiştir<sup>20</sup>.

Bunun dışında, 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (yeni HMK)<sup>21</sup> "Topluluk Davası" başlıklı 113. maddesinde *dernekler ve diğer tüzel kişilerin, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini*

<sup>19</sup> Bkz. 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete.

<sup>20</sup> Doktrinde, Ticaret Kanunu madde 58/3 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, mesleki ve iktisadi birliklerin **rekabet ihlallerinin** tespiti, önlenmesi ve ihlâl neticesi ortaya çıkan durumun giderilmesini isteyebilmelerinin mümkün olduğuna işaret edilmiştir (Bkz. TEKİNALP, Ü. (2005), "Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- III*, Kayseri s. 260.

<sup>21</sup> Bkz. 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

*korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilmelerine imkân verilmiştir.*

Keza, 31.7.2008 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın<sup>22</sup> 26. maddesi ile RKHK'nun 57/3 maddesinin şu şekilde düzenlenmesi öngörülmektedir: “İhlalden etkilenenlerin ya da etkilenebilecek olanların, devam eden ihlalin sona erdirilmesini veya yakın ihlal tehlikesinin önlenmesini hukuk mahkemesinden talep etme hakları saklıdır.” Görüldüğü üzere, Türk hukukunda tüzel kişilerin temsil ettikleri grup adına kimi durumlarda dava açmaları mümkün olmakla birlikte, tazminat taleplerini ileri sürme yetkileri bulunmamaktadır.

Hukukumuzda tazminat istemli toplu davalara yer verilmemiş olması etkin bir rekabet düzeninin tesis edilmesi bakımından önemli bir eksiklik. Bu eksikliğin ne şekilde giderilebileceği/giderilmesi gerektiğine dair görüşlerimiz aşağıda yer vereceğiz.

### **3. ALACAĞIN TEMLİKİ YOLUYLA TAZMİNAT TALEPLERİ TOPLU ŞEKİLDE İLERİ SÜRÜLEBİLİR Mİ?**

#### **3.1. “Zementkartell” Davası (CDC Modeli)**

Alman Çimento Sanayicileri Birliği'nin 1990 yılında gerçekleştirdiği toplantıya katılan teşebbüsler, piyasadaki rekabetin yol açtığı fiyat düşüşlerini engellemek amacıyla bazı kararlar almışlardır. Alınan kararlar doğrultusunda; piyasa paylaşımı, fiyat tespiti, rakip işletmeleri devralarak atıl tutmak ve ithalatı engellemek suretiyle rekabeti kısıtlamışlardır<sup>23</sup>. Ancak, bu rekabet ihlallerinin 2002 yılında pişmanlık başvurusu ile ortaya çıkması üzerine Alman Rekabet Kurumu (*Bundeskartellamt*) 6 büyük çimento üreticisine 661 milyon €, 6 orta ölçekli üreticiye ise 41 milyon € para cezası vermiştir<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Bkz. <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1605.doc>,

Erişim Tarihi: 16.03.2011.

<sup>23</sup> Bu ihlaller sebebiyle ortaya çıkan iktisadi kayıpların 3,4 ila 4, 2 milyar € civarında olduğu ifade edilmiştir (SEIDLITZ F. (2003), “Zementbranche droht Miilliarden-Klage, Die Welt, [http://www.welt.de/print-welt/article691936/Zementbranche\\_droht\\_Milliarden\\_Klage.html](http://www.welt.de/print-welt/article691936/Zementbranche_droht_Milliarden_Klage.html),

Erişim Tarihi: 17.03.2011).

<sup>24</sup> Bkz. Alman Rekabet Kurumu'nun 14.04.2003 Tarihli Basın Bildirisi,

[http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2003/2003\\_04\\_14.php](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2003/2003_04_14.php),

Erişim Tarihi: 16.03.2011. Söz konusu idari para cezasına karşı teşebbüslerce yargı yoluna başvurulmuş ise de Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından 5 çimento üreticisi hakkında yaklaşık 330 milyon € para cezasına hükmedilmiştir. (Bkz. Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesinin 29.06.2009 Tarih ve 19/09 Sayılı Basın Bildirisi,

Rekabet ihlalden zarar gören teşebbüslerden 29'u, rekabet ihlalden kaynaklanan tazminat alacaklarını merkezi Belçika'da bulunan **Cartel Damages Claims S.A. (CDC) ünvanlı** bir anonim şirkete **devretmişlerdir**<sup>25</sup>. **Taraflar arasındaki anlaşma uyarınca**, CDC devraldığı taleplerin karşılığı olarak başlangıçta 100 € gibi sembolik bir ödeme yapacak, ayrıca dava sonunda hükmedilecek tazminatın bir kısmını (%75 ila 85'ini) zarar görenlere verecektir. Taleplerini devreden teşebbüsler ayrıca dava masraflarına iştirak edeceklerdir<sup>26</sup>.

Anlaşma yapıldıktan sonra CDC ihlal ve zararın ispatı için gerekli verileri toplamaya başlamıştır. İlk olarak Alman Rekabet Kurumu'nun soruşturma kapsamında elde ettiği delilleri incelemeye almıştır<sup>27</sup>. Ayrıca, bir veri bankası oluşturularak bu veri bankasına zarar gören teşebbüslere yapılan ürün teslimatları tek tek kaydedilmiştir. Bu şekilde elde edilen veriler piyasadaki talep hareketleri, fiyat seyri ve diğer yapısal değişikliklere dair istatistiksel bilgilerle ilişkilendirilmiştir.

Bu süreçte taraflarca izlenen çalışma yöntemi oldukça dikkat çekicidir: Tazminat taleplerini devreden teşebbüslere, CDC tarafından excell tabloları yer alan formlar, seri numaraları birbirini takip eden barkod etiketleri ile barkod okuma cihazları verilmiştir. Teşebbüsler, önce fatura ve teslimat belgeleri gibi delil olarak kullanılacak orijinal belgeleri barkod etiketleri ile numaralandırmışlar, ardından her bir belgenin içeriği ve barkod numaralarını excel tablosuna aktarmışlardır. Ayrıca, excell tablosuna kaydedilen barkod numaraları ile belgelerinin asılları arasında link bağlantısı kurularak istenilen belgeye kolayca ulaşılabilmesi ve görüntülenebilmesi sağlanmıştır. Teşebbüslerce kayıt altına alınan veriler daha sonra CDC bünyesinde toplanmış ve elektronik ortamda kaydedilmiştir<sup>28</sup>. Özel olarak geliştirilen "tradeba CCC" isimli yazılımla elde edilen veriler hukukçu ve ekonomistlerden oluşan uzman

---

[http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/05presse2009/2009-029\\_pm\\_zementkartell\\_urteil/index.php](http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/05presse2009/2009-029_pm_zementkartell_urteil/index.php), Erişim Tarihi: 17.03.2011).

<sup>25</sup> CDC'nin faaliyet alanı, endüstriyel alıcıların ulusal/uluslararası rekabet hukuku kurallarının ihlalden kaynaklanan tazminat taleplerinin ileri sürülmesidir. CDC devraldığı tazminat alacaklarını daha sonra kendi adına ve hesabına dava yoluyla veya dava dışı yollarla ileri sürmektedir.

<sup>26</sup> Vogel 2010, s. 155.

<sup>27</sup> Alman Kabahatler Kanunu madde 46/3 (§ 46 Abs. 3 OWiG) ve bu maddede Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na (§ 406e StPO) yapılan atıf uyarınca zarar gören teşebbüslerin rekabet soruşturmasına ilişkin belgeleri inceleme yetkisi bulunmaktadır. Karş. 18.04.2010 tarih ve 27556 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış olan Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ, madde 5/3, 6.

<sup>28</sup> Bu kapsamda kaydedilen belge sayısının 2 milyon civarında olduğu ve bunlardan yaklaşık 260 bin adedinin tazminat davasına dayanak teşkil ettiği belirtilmektedir (Vogel 2010, s. 155).

bir ekip tarafından değerlendirilerek piyasa analizi yapılmış ve bilhassa rekabet ihlali gerçekleşmeseydi piyasada oluşacak olan (farazi) fiyat tahmini yapılmıştır.

Yürütülen bu çalışmalar sonucunda, tazminat davasının başarıya ulaşma olasılığının yüksek olduğunun anlaşılması üzerine CDC, Düsseldorf Eyalet Mahkemesinde (*LG Düsseldorf*) çimento kartelinin baş aktörlerinden 6 teşebbüse karşı tazminat davası açmıştır. Dava dilekçesinde, davalıların 1989-2002 yılları arasında ülke genelinde çimento karteli oluşturduklarını, kartel süresince fiyatların 61 ila 69 € civarında seyrettiğini, ihlalin Alman Rekabet Kurumu'na ortaya çıkarılmasından sonra fiyatların 43 ila 45 €'ya kadar gerilediğini, taleplerini devreden teşebbüslerin rekabet ihlali sebebiyle 152 milyon €'dan fazla bir zarara uğradıklarını iddia ederek -bu zararın %75'ine tekabül eden 113.987.885,31 €'dan az olmamak üzere- mahkemece takdir edilecek bir tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalılar ise davanın reddini talep etmişlerdir. Davalılarca ileri sürülen ilk itirazlar ilk derece mahkemesi olan Düsseldorf Eyalet Mahkemesinin ara kararıyla<sup>29</sup> reddedilmiştir. Davalıların red kararına karşı yaptıkları itirazlar da gerek İstinaf Mahkemesi (*OLG Düsseldorf*) gerekse Temyiz Mahkemesi'nce (*BGH*) aşağıda belirteceğimiz gerekçelerle yerinde görülmemiştir.

Davalı teşebbüsler ilk olarak, mahkemenin yetki bölgesi içinde herhangi bir rekabet ihlalinin gerçekleşmediği iddiasıyla yetki itirazında bulunmuşlardır. Bu itiraz şu gerekçeyle reddedilmiştir: Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 32. maddesi (§ 32 ZPO) uyarınca haksız fiil nedeniyle açılacak davalarda fiilin işlendiği yer mahkemesi yetkilidir<sup>30</sup>. Öğreti ve yargı kararlarına göre, hukuken korunan menfaatin ihlal edildiği (ve bu bağlamda haksız fiilin etkilerini gösterdiği) yer de haksız fiilin işlendiği yer olarak kabul edilmektedir. Davalı teşebbüslerin Almanya'daki piyasa paylarının %80-90 civarında olduğu dikkate alındığında, rekabet ihlalinin etkilerini tüm ülke çapında gösterdiği ve dolayısıyla mahkemenin davaya bakmaya yetkili olduğunun kabulü gerekir<sup>31</sup>.

Davalıların ikinci itirazı, tazminat tutarının net olarak belirtilmeyerek, tazminatın (belirli bir miktardan az olmamak üzere) mahkemece tayin edilmesinin talep edilmiş olmasıdır. Bu itiraz da yerinde bulunmamıştır. Zira, Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 287. maddesi (§ 287 ZPO) uyarınca, davacının zararının tam olarak belirlenmesinde önemli güçlükler söz konusu ve

<sup>29</sup> LG Düsseldorf, 21.02.2007, 34 O (Kart) 147/05. Kararın tam metni için bkz.

[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/duesseldorf/lg\\_duesseldorf/j2007/34\\_O\\_Kart\\_147\\_05urteil20070221.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/duesseldorf/lg_duesseldorf/j2007/34_O_Kart_147_05urteil20070221.html), Erişim Tarihi: 18.03.2011.

<sup>30</sup> § 32 ZPO metni şu şekildedir: "Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist".

<sup>31</sup> LG Düsseldorf, (21.02.2007), 34 O (Kart) 147/05, Rdn. 92-95.



zararın tespitine esas alınacak hususlar davacı tarafından yeterli ölçüde mahkemeye sunulmuş ise tazminat mahkeme tarafından takdir edilebilir<sup>32</sup>. Bilhassa rekabet ihlallerinde zararın belirlenmesi konusunda önemli güçlükler ortaya çıkabilir. Nitekim dava konusu olayda, gerek çimento karteli gerçekleşmeseydi piyasada oluşacak muhtemel fiyatın, gerekse piyasadaki teşebbüslerce satın alınan toplam ürün miktarının tam olarak belirlenmesi son derece güçtür. Dolayısıyla, zarar kesin olarak belirtilmeksizin tazminatın mahkemece belirlenmesinin talep edilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır<sup>33</sup>.

Davalıların bir diğer itirazı, CDC'nin davayı takip yetkisinin (*Prozessführungsbefugnis*)<sup>34</sup> bulunmadığı yönündedir. Davalılar bu itirazlarına gerekçe olarak şu hususları ileri sürmüşlerdir: Tazminat alacaklarını devreden teşebbüsler ile CDC arasındaki sözleşme "temlik" başlığını taşımakla birlikte, tarafların asıl amaçları bir temlik işlemi (*Zession*) yapmak değildir. Gerçekte, CDC'ye "ifayı kendi adına talep yetkisi (*Einziehungsermächtigung*)" verilmesi söz konusudur<sup>35</sup>. Gerek CDC'nin hükmedilecek tazminatın büyük bir kısmını alacaklarını devretmiş olan teşebbüslere ödeyecek (iade edecek) olması, gerekse

<sup>32</sup> ZÖLLER, R. ve R. GEIMER (2007), *Zivilprozessordnung*, 26. Auflage, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, § 253, Rdn. 14.

<sup>33</sup> OLG Düsseldorf, (14.05.2008), VI U (Kart) 14/7. Kararın tam metni için bkz.

[http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/05presse2008/2008-05-14\\_pm\\_zementkart/2008-05-14\\_urt\\_zementkart.pdf](http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/05presse2008/2008-05-14_pm_zementkart/2008-05-14_urt_zementkart.pdf)

Erişim Tarihi: 18.03.2011, s. 10-11; BGH, 17.07.2009 Tarih ve 80/2009 Sayılı Basın Bildirisi., [http://pressrelations.de/new/standard/result\\_main.cfm?r=364280&sid=&aktion=jour\\_pm&quelle=0&n\\_firmanr\\_=111678&pfach=1&detail=1&sektor=pm&popup\\_vorschau=0](http://pressrelations.de/new/standard/result_main.cfm?r=364280&sid=&aktion=jour_pm&quelle=0&n_firmanr_=111678&pfach=1&detail=1&sektor=pm&popup_vorschau=0),

Erişim Tarihi: 18.03.2011.

<sup>34</sup> Usul hukukunda davayı takip yetkisinin anlamı ve taraf sıfatından farkı hakkında bkz. PEK-CANITAZ, H., O. ATALAY ve M. ÖZEKES (2006), *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Yetkin, Ankara, s. 182-184.

<sup>35</sup> Alman Hukukunda talep hakkının alacak hakkından bağımsız olarak devredilebileceği genel olarak kabul edilmektedir. Böylece, alacaklının bir üçüncü kişiye alacağını temlik etmek yerine, ona ifayı kendi adına talep yetkisi (*Einziehungsermächtigung*) vermesi mümkündür. Üçüncü şahsa ifayı kendi adına talep etme yetkisi verildiğinde, alacağın temlikinin aksine alacaklı bu sıfatını korumaya devam eder. Üçüncü kişiye ifayı talep yetkisi verilmesi, alacağın temlikinde alacaklının hakkını yitirmesinin, temsil yetkisi verilmesinde alacaklının isminin açıklanmasının, alacağın doğrudan alacaklı tarafından talep edilmesinin yol açabileceği gerilimin yaratacağı sorunları önleyebilecektir. Buna karşın, üçüncü kişiye verilen ifayı kendi adına talep yetkisinin uygulamada borçlunun durumunu kötüleştirmek ve usul hukuku ilkelerini saptırmak amacıyla kullanılabilmesi ileri sürülmüştür. (AKYOL, Ş. (2007), *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 11). Türk hukukunda bazı yazarlar üçüncü kişiye ifayı talep yetkisi verilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır (Bkz. Akyol 2007, s. 2-4). Bazıları ise alacak hakkı ile talep hakkının ayrıştırılamayacağı gerekçesiyle bu düşünceye katılmaktadırlar (Bkz. TEKİNAY, S.S. , S. AKMAN, H.BURCUOĞLU ve A. ALTOP (1988), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, s. 330).

söz konusu teşebbüslerin dava masraflarına katılmaları bu iddiayı desteklemektedir. Alman Hukuki Müşavirlik Yasası'na (RBERG)<sup>36</sup> göre ise, alacağı kendi adına talep yetkisi verilen bir teşebbüs (*Inkassounternehmen*) bunu sadece dava dışı yollarla gerçekleştirebilir (§ 1 RBERG); alacağın tahsili için dava açma ve açılan bu davayı takip etme yetkisi yoktur<sup>37</sup>. Asıl gayeleri temlik işlemi yapmak olmayan tarafların bu davranışı hakkın kötüye kullanılması teşkil eder<sup>38</sup>.

Davalıların bu itirazları şu gerekçelerle reddedilmiştir: Sözleşme hükümleri incelendiğinde, tarafların amacının davacıyı (CDC) tazminatı tahsile yetkili kılmakla sınırlı olmayıp, aynı zamanda ona tazminat haklarını tümüyle devretmek, yani onu söz konusu hakların bizatihi sahibi yapmak olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, somut olayda davacının hak sahibi bir üçüncü kişi hesabına talepte bulunması söz konusu değildir; bilakis temlik neticesi sahibi olduğu hakları bizzat kendi nam ve hesabına ileri sürmektedir<sup>39</sup>. Taraflar arasındaki devir sözleşmesinde, "CDC'ye devraldığı haklarla ilgili olarak üçüncü kişilerle devir, rehin ya da feragat gibi işlemler yapma yasağı" getirilmiş olması da bunu desteklemektedir. Zira, bu tür tasarruflar ancak bir hakkın maliki tarafından yapılabilir, kendisine ifayı talep yetkisi verilmiş kişilerce değil. Devir sözleşmesinde, elde edilecek tazminatın bir kısmının alacaklarını devretmiş olan teşebbüslere verilecek olması da bu sonucu değiştirmez, aksine bu husus tahsil amacıyla temlikin (*Inkassozession*) bir göstergesidir. Amacı sadece ifayı kendi adına talep yetkisinin verilmesi olan bir sözleşmede bu yönde bir hükme gerek yoktur. Çünkü talep yetkisinin verilmesi hak sahipliğinde değişiklik yaratmaz ve kural olarak bu yetki her zaman geri alınabilir. İnançlı temlikin bir türü olan tahsil amaçlı temlik ile hak sahibi mevkiine oturan kişinin (temellük edenin) davayı takip yetkisine de sahip olacağına kuşku bulunmamaktadır.

<sup>36</sup> Bu yasa dava açıldıktan sonra yürürlüğe girmiş olan Hukuksal Hizmetler Yasası (*Rechtsdienstleistungsgesetz*) ile ilga edilmiştir.

<sup>37</sup> Alman hukukunda, ifayı kendi adına talep yetkisi verilen üçüncü şahsın ifayı ancak dava dışı yollarla talep edebileceği, dava yolu ile talep edilmesinin usul hukuku ilkeleriyle çelişebileceği ifade edilmektedir. Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesi önüne gelen bir olayda, alacaklı üçüncü şahsa ifayı talep yetkisinin yanı sıra icra daireleri ve mahkemede alacağı takip yetkisi tanımıştı. Yüksek Mahkeme bu davada "bir başkasına ait hakkı kendi adına talep eden şahsın borçluyu dava etmesinin usul hukuku bünyesine önemsiz sayılamayacak bir tecavüz teşkil eden bir taraf rollerinin değiştirilmesi (*Verschiebung der Parteirolle*) olduğuna" hükmetmiştir. (Akyol 2007, s. 136).

<sup>38</sup> Ayrıca davalılar, davanın reddedilmesi halinde davacı şirketin sınırlı sorumluluğu sebebiyle yargılama masraflarının tümüyle tahsil edilemeyeceğine mahkemenin dikkatini çekmiş ve davacı ile alacaklarını devreden teşebbüsler arasındaki devir sözleşmesiyle yargılama masraflarına ilişkin kuralların ihlal edildiğini belirtmişlerdir.

<sup>39</sup> LG Düsseldorf, (21.02.2007), 34 O (Kart) 147/05, Rdn. 112-113; Hölzel 2007, s. 33.

Temellük edenin tahsil edeceği alacağı daha sonra temlik edene devredecek olması (bir diğer deyişle hakkın nihai sahibi olmaması) bu sonucu değiştirmez<sup>40</sup>.

Davalıların, tazminat alacaklarının CDC'ye devredilmesinin hakkın kötüye kullanılması olduğu; zarar gören teşebbüslerin zararı dolaylı alıcılara yansıttıkları ve Almanya'daki çimento fiyatlarının diğer AB üyesi ülkelerdekine altında seyrettiği yönündeki itirazları ise esasa ilişkin olduğu gerekçesiyle mahkemece bu aşamada dikkate alınmamıştır.

Davacıların yukarıda değinilen itirazlarının reddedilmesinin ardından dava ilk derece mahkemesi olan Düsseldorf Eyalet Mahkemesinde esastan görülmeye devam etmektedir. Yargılama henüz sonuçlanmamış olmakla birlikte, ilk derece ve üst derece mahkemelerinin şu ana kadar serdettikleri görüşler davanın başarıya ulaşacağı yönündeki kanaatleri güçlendirmiştir.

### **3.2. CDC Modeline İlişkin Değerlendirme**

Mevcut düzenlemeler temelinde kolektif tazminat taleplerinin ilk kez ileri sürüldüğü "Zementkartell" davası, Alman hukuk çevrelerinde büyük yankı uyandırmış ve ilgi odağı olmuştur. Bilhassa CDC modelinin gerek Amerikan hukukundaki, gerekse Komisyon tarafından önerilen toplu dava türlerine alternatif olup olamayacağı tartışılmaya başlanmıştır. Çalışmamızın bu bölümünde önce CDC modelinin Türk hukukunda uygulanabilirliğini inceleyecek, ardından "klasik" grup davaları karşısında tercihe şayan olup olmadığını tartışacağız.

#### **3.2.1. CDC Modelinin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği**

Hukukumuzda CDC modelinin uygulanıp uygulanamayacağı sorusunun yanıtı gerek maddi hukuk, gerekse usul hukukuna ilişkin bazı değerlendirmeleri gerektirir.

Bu kapsamda üzerinde durulması gereken ilk mesele, konusu tazminat alacaklarının talep edilmesi olan bir anonim şirketin kurulup kurulamayacağıdır. TTK madde 271 uyarınca, anonim şirketler kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi amaç ve konular için kurulabilirler<sup>41</sup>. Bu hüküm gereği anonim şirketin amaç ve konusu "*iktisadi bir menfaat sağlamak*" olmalıdır<sup>42</sup>. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun aksine<sup>43</sup>, Türk hukukunda iktisadi olmayan bir maksat için anonim şirket kurulmasına müsaade edilmemiştir. Ülkemizdeki genel uygulama

<sup>40</sup> OLG Düsseldorf, (14.05.2008), VI U (Kart) 14/7. s. 17.

<sup>41</sup> Yeni TTK madde 331 hükmü de aynı yöndedir. Söz konusu madde şu şekildedir: "Anonim şirketler, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabilir".

<sup>42</sup> PULAŞLI, H. (2007), *Şirketler Hukuku*, 5. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, s. 198.

<sup>43</sup> Karş. İsv. BK madde 620/3. ayrıca bkz. BÖCKLI, P. (2009), *Schweizer Aktienrecht*, Schulthess Verlag, Zurich, § 1, Nr. 27.

anonim şirketlerin ticari şekilde işletilen müesseselerden oluşması yönündedir. Bununla birlikte, iktisadi maksat ve konu her zaman ticari şekilde işletilen müesseselerin varlığını gerektirmez<sup>44</sup>.

Hukukumuzda, gayesi mevcut veya müstakbel alacakları temellük ve tahsil etmek olan anonim şirketlerin kurulması mümkündür. Faktoring şirketleri bunun en bariz örneğidir<sup>45</sup>. 90 Sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinde faktoring şirketi "*Mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakları temellük ederek, tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşılık ödemelerde bulunarak, finansman sağlayan şirket*" olarak tanımlanmıştır<sup>46</sup>. Diğer anonim şirketlere nazaran faktoring şirketlerinin kuruluş ve faaliyetleri sıkı kurallara bağlanmıştır. Örneğin, bu şirketlerin kurulabilmesi için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'ndan izin alınması, ödenmiş sermayesinin beş milyon TL'den az olmaması, hisse senetlerinin tamamının nama yazılı ve nakit karşılığı çıkarılması, kurucuların belirli nitelikleri haiz olması gerekmektedir<sup>47</sup>. Bu noktada akla şöyle bir soru gelmektedir: Acaba konusu rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat alacaklarının temellük ve tahsili olan bir anonim şirketin faktoring şirketi olarak kurulması mecburiyeti ve dolayısıyla mevzuatımızdaki sıkı kurallara tabi olması söz konusu mudur? Kanaatimizce bu soruya verilecek yanıt olumsuzdur. Zira 90 Sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinde faktoring şirketlerinin konusu açıkça **mal ve hizmet satışlarından kaynaklanan** alacakların temellük, tahsil ve finansmanına ilişkin faaliyetler olarak gösterilmiştir<sup>48</sup>. Dolayısıyla, amacı mal

<sup>44</sup> Ticari işletme işletmek söz konusu olmamakla birlikte, konu veya maksat iktisadi olabilir. Örneğin, yalnızca ortaklarının ihtiyacı olan elektriği üretmek üzere kurulan bir anonim şirket bakımından ticari işletme işletmek söz konusu değilse de maksat ve konu iktisadidir (POROY, R., Ü. TEKİNALP ve E. ÇAMOĞLU (2005), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 10. Tıpkı Basım, İstanbul, s. 237, N. 436).

<sup>45</sup> Bir diğer örnek 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 143. maddesi kapsamında faaliyet gösteren Varlık Yönetimi Şirketleri'dir. Söz konusu şirketler, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, bankalar ve diğer mali kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla yönelik olarak faaliyet göstermek üzere kurulurlar (Bkz. Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik madde 3/1, f).

<sup>46</sup> Hatta söz konusu Kararnamenin 12. maddesi uyarınca faktoring şirketlerinin anonim şirket olmaları zorunludur.

<sup>47</sup> Bkz. Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik madde 4, 5 ve 6.

<sup>48</sup> Bu bağlamda, faktoring şirketleri ile CDC'nin hizmet ettikleri amaç bakımından da aralarında farklılıklar bulunduğuna dikkat çekmek gerekir. Gerçekten de faktoringin amacı işletmenin bürokratik işlemlerden kurtulması ve alacağın vadeden önce tahsil edilerek, finansman ihtiyacının karşılanmasıdır. CDC modelinde ise, finansman ihtiyacının giderilmesi değil, münhasıran

ve hizmet satışı dışında bir sebebe dayanan (örneğin haksız fiillerden kaynaklanan tazminat) alacaklarının temellük ve tahsil edilmesi olan anonim şirketlerin kurulmasına kanaatimizce herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>49</sup>.

Ele alınması gereken ikinci mesele, bir tazminat davasında zarar miktarı gösterilmeksizin, zararın tayininin mahkemeden talep edilip edilemeyeceğidir. Borçlar Kanunu (BK) madde 42/1 uyarınca haksız bir fiil nedeniyle zarara uğradığını iddia eden kimse zararı ispat etmeye mecburdur<sup>50</sup>. Davacı bu yükümlülüğünü zarara uğradığı hususunda hakime kanaat verecek delilleri ibraz etmek suretiyle yerine getirir. Ayrıca HUMK madde 179/5 gereği davacı, dava dilekçesinin talep sonucu (netice-i talep) kısmında açıkça talebinin ne olduğunu belirtmelidir<sup>51</sup>. Ancak, zararın gerçek miktarının tesbiti her zaman mümkün olmayabilir<sup>52</sup>. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu BK madde 42/2’de hakime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Söz konusu düzenlemeye göre “zararın gerçek miktarının tespit edilemediği durumlarda hakim, halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri dikkate alarak zararı adalete tevfikane tayin eder”. BK madde 42/2 hükmü, zararın gerek miktarını ve gerekse varlığını<sup>53</sup> kesin biçimde ispat edecek delillerin getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda uygulanacaktır. Zarar miktarının hakim tarafından takdir edilebilmesi, davacının böyle bir zararın kabulüne imkân veren ve onun miktarının belirlenmesini kolaylaştıran olayları ispat etmesine ihtiyaç gösterir<sup>54</sup>.

---

alacakların talep ve tahsili neticesinde elde edilecek tazminatın belir bir miktarının asıl alacaklılara iade amacı söz konusudur.

<sup>49</sup> TTK madde 503/3’de TTK madde 271’e yapılan gönderme nedeniyle aynı sonuca limited şirketler bakımından da varmak mümkündür.

<sup>50</sup> Aynı ilke Yeni BK madde 50/1’de muhafaza edilmiştir. Söz konusu hüküm şu şekildedir: “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır”.

<sup>51</sup> KURU, B., R. ARSLAN ve E. YILMAZ (2006), *Medeni Usul Hukuku*, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 348; Pekcanitez vd. 2006, s. 288. Yeni HMK madde 119/1’de de dava dilekçesinde talep sonucunun “açık bir şekilde” yer alması gerektiği ifade edilmiştir.

<sup>52</sup> Zararın gerçek miktarını belirlemenin güç olduğu durumlardan birisi de rekabet ihlallerinde sıkça karşılaşılabilecek olan kar mahrumiyeti halidir.

<sup>53</sup> İsviçre Federal Mahkemesi madde 42/2’nin sadece zarar miktarının değil, zararın meydana gelmiş olup olmadığının tayini bakımından da uygulanacağı görüşündedir. Yargıtay kararları da aynı yöndedir (Daha fazla bilgi için bkz. TEKİNAY, S.S. , S. AKMAN, H.BURCUOĞLU ve A. ALTOP (1988), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 779, dn. 1e, s. 780, dn. 3). Bu konuda Oğuzman/Öz şu açıklamalara yer vermektedirler: “Zarar görenin zarara uğradığına dair soyut bir iddiada bulunması, hakimin zararı belirlemek üzere harekete geçmesi için yeterli değildir. Ancak davacının zararın varlığını gerçeğe çok yakın bir ihtimal olarak gösterecek hususları ispatı halinde bu zararın hakim tarafından belirlenmesi ve tazmini yoluna gidilmesi söz konusu olabilir” (OĞUZMAN, K., T. ÖZ, (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 548, dn. 211).

<sup>54</sup> Tekinay vd. 1988, s. 780.

BK madde 42/2 uyarınca hakim takdir yetkisini kullanacağı olaylarda *halin mutad cereyanını ve zarar görenin aldığı tedbirleri* dikkate alacaktır.

Halin mutad cereyanının dikkate alınmasından maksat, davacının ortaya koyduğu delillere göre haksız fiilin işlendiği şartlarda, hayatın normal akışına göre meydana gelebilecek zararların hesaba katılmasıdır<sup>55</sup>. Fiilin mahiyeti, cereyan ettiği ortam ve koşullar, davacının daha önceki mali durumu, işlerindeki gelişme temposu vb. hususlar zararın miktarını bu açıdan tayine yarayan etkenlerdir<sup>56</sup>.

Zarar görenin aldığı tedbirler ile kastedilen, yoksun kaldığı iddia olunan karı sağlamak amacıyla alınmış bulunan ve yoksun kalınan karın sağlanabileceği kanısını veren önlemlerdir<sup>57</sup>.

Zararın ispatı rekabet hukukunda ayrı bir özellik gösterir. Rekabet ihlali gerçekleşmemiş olsaydı ortaya çıkacak olan durumun ve dolayısıyla zararın tespiti çok sayıda veri ve kapsamlı bir piyasa analizini gerektirir<sup>58</sup>. Bu ise davacı açısından hiç de kolay değildir. Dolayısıyla rekabet ihlallerine dayalı tazminat davalarında zararın gerçek miktarını ispat etmek imkansız olabilir. Bu bakımdan BK madde 42/2’de yer alan düzenleme özel bir öneme sahiptir. Örneğin doğrudan alıcılar rekabet ihlali nedeniyle satışlarında düşüş meydana geldiğini yahut dolaylı alıcılar rekabet ihlali nedeniyle daha yüksek fiyat ödediklerini ispatlamak suretiyle zararın miktarının tayinini hakimden isteyebileceklerdir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer düzenleme yeni HMK madde 107’dir. Bu düzenleme ile hukukumuzda “belirsiz alacak davası” açabilme imkânı getirilmektedir. Söz konusu madde şu şekildedir: “*Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir*”.

<sup>55</sup> TUNÇOMAĞ, K. (1976), *Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler*, Sermet Matbaası, İstanbul, s. 457 vd.; TANDOĞAN, H. (1961) *Türk Mes’uliyet Hukuku*, Ajans-Turk Matbaası, Ankara, s. 262 vd.

<sup>56</sup> Tekinay vd. 1988, s. 781.

<sup>57</sup> Oğuzman ve Öz 2006, s. 552; Tunçomağ 1976, s. 457 vd; REİSOĞLU, S. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Beta, İstanbul, s. 187. Bu kapsamda hakimin, zararın dolaylı alıcılara intikal ettirilip ettirilmediğini yahut ne ölçüde intikal ettirildiğini de (passing-on) göz önünde bulundurması gerekecektir. Keza, rekabet ihlali nedeniyle artan fiyatların talep üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla doğrudan alıcılar tarafından yapılan reklam ve diğer pazarlama giderlerinin de kanaatimizce dikkate alınması gerekir.

<sup>58</sup> Nitekim bu husus “Zementkartell” davasında bariz biçimde ortaya çıkmıştır.

Düzenlemeyle, dava açıldığı tarihte alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenemediği hallerde alacaklıya önemli bir kolaylık getirilmektedir. Böylece kanun koyucu, davacıyı bilinmeyen bir alacak için dava açmak gibi hak arama özgürlüğü ile bağdaşmayan bir durumdan kurtarmıştır<sup>59</sup>. Belirsiz alacak davası esasen bir tür eda davasıdır. Eda davasından farkı ise, talep sonucunda istenen miktarın tam olarak belirlenmemesidir<sup>60</sup>. Bu dava ile davacı, dava açarken miktarını belirleyemediği bir alacağın ödenmesini talep eder. Davacının talep dilekçesinde talep sonucunu (netice-i talep) belirtmesi zorunluluğunu ortadan kaldıran bu düzenleme ile haksız fiile (özellikle de rekabet ihlaline) dayalı tazminat davalarında önemli bir güçlük aşılmış olacaktır.

İrdelenmesi gereken üçüncü mesele, alacağın temliki yoluyla tazminat taleplerinin toplu olarak ileri sürülmesinin mümkün olup olamayacağıdır. BK madde 162/1'e göre "*Kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir*"<sup>61</sup>. Söz konusu düzenlemeyle alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesine izin verilmiştir. Alacağın temliki ile alacak hakkı (borçlunun muvafakatine gerek olmaksızın) devralan üçüncü kişiye intikal eder. Devralan, daha önce temlik edene ait olan alacak hakkını iktisap eder ve alacaklının yerine geçer. *Yani temlik neticesinde, devralan temlik edenin mümessili değil, borcun bizzat alacaklısı olur*<sup>62</sup>. Taraflar arasında aksine mukavele bulunmadıkça, alacakla birlikte fer'i haklar da temellük edene geçer<sup>63</sup>. Söz konusu fer'i haklar arasında mahkemeye ve icraya başvurma yetkisi de bulunur<sup>64</sup>.

Kural olarak her türlü alacak temlik edilebilir<sup>65</sup>. Keza, temlik edilen alacağı doğuran sebebin önemi yoktur. Hukuki işlemlerden doğan alacaklar temlik edilebileceği gibi, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme yahut vekaletsiz işgörmeden kaynaklanan alacaklar da temlik edilebilir.

<sup>59</sup> Bkz. Adalet Komisyonuna HMK madde 107 ile ilgili olarak verilen önerge gerekçesi.

<sup>60</sup> PEKCANITEZ, H. (2009), "Belirsiz Alacak Davası", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Özel Sayı, s. 526-527.

<sup>61</sup> Yeni BK madde 183/1 hükmü şu şekildedir: "Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir".

<sup>62</sup> EREN, F. (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul, s. 1176.

<sup>63</sup> Nitekim BK madde 168/1 hükmü şu şekildedir: "Alacağın temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar dahil olur".

<sup>64</sup> DAYINLARLI, K. (2000), *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, 2. Baskı, Ankara, s. 277.

<sup>65</sup> Kanun, sözleşme yahut işin mahiyeti gereği temlik edilemeyecek haklar için bkz. Tekinay vd. 1988, s. 323-326.

Alacağın temlikli bir tasarruf işlemidir. Bununla birlikte, öğretî<sup>66</sup> ve içtihatlardaki<sup>67</sup> baskın görüş henüz malvarlığının aktifinde mevcut olmayan, ileride doğacak (müstakbel) bir alacağın da temlik edilebileceği yönündedir<sup>68</sup>. Müstakbel alacaklar arasında yer alan çekişmeli alacakların temlikine bir engel bulunmamaktadır<sup>69</sup>. Zira çekişmeli de olsa alacaklı, üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir alacağa sahiptir ve çekişmenin çözümlenmesi ile birlikte alacağın devri sonuçlarını meydana getirecektir. Bu bağlamda, çekişmeli alacak niteliğindeki haksız fiillerden (ve dolayısıyla bu nitelikteki rekabet ihlallerinden) kaynaklanan tazminat alacaklarının temlik edilmesi mümkündür<sup>70</sup>.

Bununla birlikte, bilhassa ağır ve yaygın rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat alacaklarının toplamı önemli meblağlara ulaşabilir. Keza, bu meblağa bağlı olarak yargılama giderleri de yükselecektir. Böylesine büyük bir maliyet riskini göze alarak alacağı temellük edecek bir kimse bulmanın güçlüğü ise ortadadır<sup>71</sup>. Bu güçlüğü CDC modelindeki gibi, inançlı temlik (*fiduziarische Zession*) müessesesi ile aşılması mümkündür. İnançlı temlikte, taraflardan birinin (inanılan) sahip olduğu bir alacağı diğerine (inanılan) devretmesi; bununla birlikte tarafların, temlike esas olan sözleşmede “devir

<sup>66</sup> Tekinay vd. 1988, s. 327. ; Eren 2006, s. 1186-1187; Dayınlarlı 2000, s. 140-142; Karş. Oğuzman ve Öz 2006, s. 928-930; ÖZAKMAN; C. (1989), *Factoring Sözleşmeleri*, 1. Bası, İ.Ü. Yayınları, İstanbul, s. 17.

<sup>67</sup> Yargıtay 4. HD'nin 8.12.1976 tarih, E. 2040, K. 10645 sayılı kararı şu şekildedir: “...Borçlar Yasasında yer alan genel kurallara göre **doğmuş veya doğmamış bir hak ve alacağın temlikli geçerlidir**. Ancak özel yasalarla yanlar arasında yapılan sözleşmelerden doğmuş veya doğacak bir hak veya alacağın temlik edilemeyeceği buyurulabilir veya koşullandırılabilir”. (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: IV, Sayı: 1, 1978, s. 29-30).

İsviçre Federal Mahkemesi müstakbel bir alacağın temlik edilebilmesinin koşullarını şu şekilde ifade etmiştir: “Temlik edilen alacağın borçlusunun şahsında, alacağın sebebinde ve miktarında yeterince belirginlik varsa veya en azından belirlenebilir ise müstakbel bir alacağın temlikli geçerlidir” (Bkz. Dayınlarlı 2000, s. 141-142).

<sup>68</sup> Müstakbel alacaklar doktrinde iki gruba ayrılmaktadır: Temlik anında mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan alacaklar ve temlik anında hiçbir hukuki temeli olmayan alacaklar. Birinci gruptaki alacaklar arasında belli bir süre sonra muaccel hale gelecek olanlar, şarta bağlı alacaklar ve çekişmeli alacaklar yer alır. İkinci gruba dahil olan alacaklara henüz satılmamış bir taşınmazın satışından elde edilecek alacağın yahut henüz gerçekleştirilmemiş bir işlemde alınacak provizyonun temlik edilmesi örnek gösterilebilir. İkinci gruptaki alacakların temlik edilip edilemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte, genel kanı bunların da temlik edilebileceği yönündedir. Birçokları yerine bkz. NOMER, H.N. (2002), *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları*, İstanbul, s. 109.

<sup>69</sup> GAUCH, P. ve E. SPIRIG (1993), *Die Abtretung von Forderungen und Schuldübernahme*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band: 5 Obligationenrecht, Teilband 1k, Zürich, Art. 164, Nr. 59; Eren 2006, s. 1187.

<sup>70</sup> GAUCH ve SPIRIG 1993, Art. 164, Nr. 41, 59.

<sup>71</sup> Alacağın bir ivaz karşılığında temlik edilmesi zorunlu olmamakla birlikte, zarar görenlerin ivazsız temlike yanaşması pek de olası değildir.



konusu alacağın borçludan tahsil edildikten sonra temlik edene (inanana) iade edilmesi hususunda anlaşmaları” söz konusudur<sup>72</sup>. Temlik eden (inanana), alacak hakkının verdiği tüm yetkileri temellük edene (inanılana) devretmiştir, ona karşı yalnızca hakkın iadesi konusunda şahsi bir talep hakkı vardır<sup>73</sup>.

İnançlı temliğin bir türü olan tahsil *amacıyla temlikte* ise, tarafların devir konusu alacağın borçludan tahsil edildikten sonra temlik edene iade edileceği hususunda anlaşmaları söz konusudur. Böylece bir taraftan temellük edene alacağın gerçek sahibi sıfatıyla alacağı talep ve dava yetkisi verilmekte, diğer yandan tahsil edilecek alacağın temellük edene iadesi sağlanabilmektedir. Tahsil amacıyla temellük edenin iade borcunun kapsamının taraflarca serbestçe belirlenmesine kanaatimizce bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda tarafların, tahsil edilecek alacağın belirli bir miktarının temlik eden(ler)e iade edileceği (ve bu suretle temellük edenin tahsil için sarfetmiş olduğu emek ve masraflarının karşılanması) yönünde anlaşmaları mümkündür. Normal bir temlik işleminde olduğu gibi, inanca temlikte de devreden alacaklı sıfatını kaybeder; alacak devralana intikal eder. Bu bakımdan, alacağı inanca temlik işlemiyle devralan kimse kendi adına dava açma ve bu davayı takip yetkisine sahip olup, aksi yöndeki itirazlar dikkate alınmayacaktır.

Nihayet, tazminat davasının rekabet ihlalden zarar gören teşebbüsler yerine temellük eden tarafından açılmasının davalılar aleyhine bir durum yaratmayacağı düşünüldüğünde, kanaatimizce, hakkın kötüye kullanılmasından da bahsedilemez.

### **3.2.2. CDC Modeli Klasik Grup Davalarına Alternatif Olabilir mi?**

Rekabet ihlali kaynaklı tazminat taleplerinin birlikte ileri sürülmesinin önemi “Zementkartell” davası ile bir kez daha ortaya çıkmıştır. Zarar görenlerin bireysel dava açmaları halinde karşılaştıkları güçlükler taleplerin birleştirilmesi (*Anspruchsbündelung*) suretiyle önemli ölçüde azaltılabilmektedir. Zira çoğu kez her bir teşebbüsün piyasanın genel yapısı ve işleyişi hakkında yeterli bilgiye sahip olması zordur. Oysa her bir teşebbüsün sahip olduğu piyasaya ilişkin verilerin tek bir elde toplanması ve analiz edilmesiyle rekabet ihlallerinin etkileri daha kolay tespit edilebilecektir. Böylece bilgi eksikliğinden kaynaklanan ispat sorunları daha kolay aşılabilecektir. Ayrıca, ilgili verilerin toplanması, bunların uzman kişilerce analiz edilmesi ve açılacak davaya ilişkin masraflar önemli meblağlara

<sup>72</sup> İnançlı temlikin muvazaa, temsil ve kanuna karşı hileden farkı hakkında bkz. ÖZSUNAY, E. (1968), *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, 1. Bası, İ.Ü. Yayınları, İstanbul, s. 219 vd.

<sup>73</sup> Akyol 2007, s. 1. Karş. YAVUZ, N. (2008), *Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 15-16.

ulaşabilmektedir<sup>74</sup>. Tüm bu masrafların birlikte karşılanması hiç kuşkusuz davacıların omuzlarına binecek yükü önemli ölçüde hafifletecektir. Ayrıca, bizzat zarar görenlerce dava açılması durumunda ihlali gerçekleştiren(ler)le olan ticari ilişkilerin bozulması, onlar tarafından baskı ve haksızlıklara maruz kalınmasına ilişkin risk ve endişeler taleplerin birleştirilmesi suretiyle minimize edilebilecektir.

“Zementkartell” davası, CDC modelinin kıta Avrupa hukuk sistemiyle birçok açıdan uyuşmayan grup davalarına alternatif olup olamayacağı tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Grup davaları, gerek usul hukukuna hakim olan tasarruf ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşmamaları, gerekse Amerikan uygulamasında karşılaşıldığı üzere kötüye kullanmaya müsait olmaları nedeniyle eleştirilmektedir<sup>75</sup>. CDC modeli grup davaları hakkındaki bu kaygıları büyük ölçüde bertaraf etmekle birlikte, bazı dezavantajları da bulunmaktadır.

Her şeyden evvel, bu yöntem çok küçük miktarlardaki zararların talep edilmesine elverişli değildir<sup>76</sup>. Bir an için mobil telefon hizmeti sunan teşebbüslerin fiyat anlaşması yaparak rekabeti ihlal ettiklerini ve bu ihlal neticesinde milyonlarca tüketicinin çok küçük miktarlarda (örneğin 5 ila 20 TL arasında değişen) zararlara uğradıklarını varsayalım. Bu örnekte, her bir tüketiciden alacağı temellük etmenin ve yine her birisini (davanın kazanılması halinde elde edecekleri tazminatın son derece düşük miktarlarda olması sebebiyle) dava masraflarına katılmaya ikna etmenin ne derece güç olduğu ortadadır<sup>77</sup>.

İkinci olarak, tahsil amaçlı temlikte her ne kadar temellük eden tahsil edeceği tazminatı iade ile yükümlü ise de, bu yükümlülük bir şahsi borç niteliğindedir. Dolayısıyla anlaşmaya uygun biçimde iadenin gerçekleşmemesi

<sup>74</sup> “Zementkartell” davasında CDC şu ana kadar 1,2 milyon €’nun üzerinde harcama yapmıştır. Avukatlık masrafları ise 1,5 milyon €’ya ulaşmıştır (Vogel 2010, s. 161).

<sup>75</sup> Bu eleştiriler, Komisyon’a tazminat davaları hakkında iletilen kamuoyu görüşleri arasında sıklıkla dile getirilmiştir. Örneğin bkz. 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: 20.03.2011, s. 9; 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](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bdi.pdf), Erişim Tarihi: 20.03.2011, s. 14.

<sup>76</sup> SEELİGER, D. (2008), “Kollektiver Rechtsschutz im Kartel- und Wettbewerbsrecht”, Meller-Hannich, C. (der.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess* içinde s. 90.

<sup>77</sup> Bu husus, CDC’nin faaliyet alanının niçin **endüstriyel alıcıların** uğramış oldukları zararların talep edilmesi ile sınırlı tutulmuş olduğunu da açıklamaktadır.

durumunda asıl zarar görenlerin (bu kez temellük edene karşı) dava açmaları gerekecektir. Oysa grup davalarında verilen hüküm kural olarak taraflar dışında, üçüncü kişileri (davaya katılmamış olan grup üyelerini) de bağlayıcı bir etkiye sahiptir<sup>78</sup>. Bu bakımdan zarar görenlerin alacaklarını bir kimseye temlik etmelerine gerek yoktur. Küçük ve yaygın zararalarda ortaya çıkan dava açma konusundaki motivasyon eksikliği de bu tür davalarda büyük sorun yaratmayacaktır. Zira gruba dahil bazı kimselerin dava açması yeterlidir, hüküm kendiliğinden diğerlerine de sirayet edecektir. Ayrıca CDC modelinden farklı olarak, grup davasında verilen mahkeme kararı zarar görenlerce davalı hakkında doğrudan icra edilebilecektir.

Grup davalarının sağladığı yararlar karşısında, tasarruf ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşmaması<sup>79</sup> ve kötüye kullanmaya müsait olması gibi sakıncalarının göz ardı edilebilir nitelikte olduğunu düşünüyoruz. İhtiyaçlar gerektiriyorsa ya da daha büyük menfaatler söz konusu ise genel ilkelerden ayrılmak doğru ve hatta gerekli olabilir<sup>80</sup>. Yeni TTK'da grup davasına (belirli durumlarla sınırlı da olsa) yer verilmiş olması Türk kanun koyucusunun da bu düşünceyi benimsediğini göstermektedir.

Bu açıklamalar ışığında şu tespitite bulunabiliriz: CDC modelinin grup davalarına nazaran bazı dezavantajları söz konusudur. Bu nedenle, grup davalarına ciddi bir alternatif olarak görmek güç ise de, mevcut düzenlemelerle barışık ve belirli koşullarda başvurulabilecek bir yöntem olduğu söylenebilir<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Özbay 2009, s. 191.

<sup>79</sup> Kaldı ki, opt-out grup davalarında gruba dahil olmak istemediğini açıkça beyan etmiş olanlar hakkında mahkeme kararı zaten geçerli olmayacaktır. Ayrıca, gruba dahil olmak istemediğini açıkça beyan etmeyenler için doğabilecek sakıncaların Komisyon tarafından da benimsenen opt-in grup davası ile giderilmesi mümkündür.

<sup>80</sup> Çok küçük zararların söz konusu olduğu ve bu yüzden zarar görenlerin tek başlarına dava açmaya yanaşmadıkları durumlarda katlanacakları zararın, grup davasında hukuki dinlenilme haklarını kullanamamanın yaratacağı olumsuzluğa nazaran daha ağır olacağı da gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>81</sup> Zementkartell davasının Alman mahkemelerince kabul edilmesinin ardından, CDC daha önce Komisyon'un rekabet ihlali nedeniyle para cezasına çarptırdığı Avrupa çapında faaliyet gösteren 6 büyük hidrojen peroksit firmasına karşı tazminat davası açmıştır. Davalılar arasında yer alan bir teşebbüs (Evonik Degussa) CDC ile uzlaşmış olup, dava diğer 5 teşebbüse karşı devam etmektedir. Bu olay CDC modelinin davalılar üzerinde tazminat baskısı oluşturarak bile zararın giderilmesine hizmet edebileceğini göstermektedir (Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. JUVE RECHTSMARKT (2009), "Bleichmittelkartell: Evonik und CDC erzielen Vergleich mit Gleiss und Osborne Clarke", <http://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2009/10/64900>, Erişim Tarihi: 26.03.2011).

## SONUÇ

Rekabet hukukuna dayalı tazminat istemlerinin etkin biçimde ileri sürülmesinde toplu davalar ve bilhassa grup davaları önemli bir yere sahiptir. Amerika'daki uygulamalar da bunun açık bir göstergesidir. AB de bu alanda atılacak radikal adımlara gebe dir.

Yeni TTK'daki sınırlı düzenleme bir tarafa bırakılacak olursa, hukukumuzda tazminat istemli toplu dava modeli henüz mevcut değildir. Bu konuda Türk kanun koyucusu dünyadaki gelişmeler ve toplumun ihtiyaçlarına maalesef gözlerini kapamıştır. Geriye mevcut düzenlemelerin dar kalıpları içerisinde çözüm aramaktan başka çare kalmamaktadır. CDC modelinde olduğu gibi, inançlı temlik yoluyla taleplerin tek elden ileri sürülmesi bu çözüm yollarından birisi olarak görünmektedir. Ancak bazı dezavantajları bulunan bu yöntem, hukukumuzda gerekli düzenlemeler yapıncaya kadar bir "ara çözüm" olarak takdim edilebilir. Nihai çözüm ise, yasa koyucu tarafından yeni TTK'da benimsenen yaklaşımın rekabet hukuku bakımından da benimsenmesi ve bir an evvel grup davalarına (tazminat davalarını etkin hale getirici diğer önlemlerle birlikte) pozitif hukukumuzda yer verilmesidir.

## KAYNAKÇA

AKYOL, Ş. (2007), *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

BÖCKLİ, P. (2009), *Schweizer Aktienrecht*, Schulthess Verlag, Zurich.

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](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bdi.pdf), Erişim Tarihi: 20.03.2011.

CHARLES, S. (2000), “Class Actions- Representative Proceedings”, B. Bouckaert ve G. De Geest (der.), *Encyclopedia of Law and Economics* Vol. 5 içinde, s. 194-240.

DAYINLARLI, K. (2000), *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, 2. Baskı, Ankara.

EREN, F. (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul.

GAUCH, P. ve E. SPIRIG (1993), Die Abtretung von Forderungen und Schuldübernahme, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band: 5 Obligationenrecht, Teilband 1k, Zürich.

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. (2007), “Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- V*, s. 211-259.

HEMPEL, R. (2002), *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht*, 1. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden.

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

JUVE RECHTSMARKT (2007), “Verfahren: u. a. Präzedenzfall Zementkartell”, Heft 2, Köln.

KOCH, H. (2000), “Die Verbandsklage in Europa- Rechtsvergleichende, europa- und kollisionsrechtliche Grundlagen”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, s. 413- 441.

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165,

Brüksel.02.02.2008,<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:DE:PDF>, Erişim Tarihi: 14.03.2011.

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Arbeitspapier der Kommissiöndienststellen: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, SEC (2005) 1732, Brüksel, 10.02.2006,

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_de.pdf),

Erişim Tarihi: 16.03.2011.

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

KURU, B., R. ARSLAN ve E. YILMAZ (2006), *Medeni Usul Hukuku*, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

OĞUZMAN, K. ve T. ÖZ, (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.

ÖZAKMAN; C. (1989), *Factoring Sözleşmeleri*, 1. Bası, İ.Ü. Yayınları, İstanbul.

ÖZBAY, İ. (2009), *Grup Davaları*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.

ÖZSUNAY, E. (1968), *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, 1. Bası, İ.Ü. Yayınları, İstanbul.

ÖZSUNAY, E. (2005), “Rekabet Kısıtlamalarının Rekabet Hukuku Alanındaki Sonuçları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- III*, Kayseri s. 117-153.

PEKCANITAZ, H., O. ATALAY ve M. ÖZEKES (2006), *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Yetkin, Ankara.

- PEKCANITEZ, H. (2009), “Belirsiz Alacak Davası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Özel Sayı, s. 509-552.
- POROY, R., Ü. TEKİNALP ve E. ÇAMOĞLU (2005), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 10. Tıpkı Basım, İstanbul.
- PULAŞLI, H. (2007), *Şirketler Hukuku*, 5. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana.
- REİSOĞLU, S. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Beta, İstanbul.
- SANLI, K.C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- I*, s. 211- 276.
- SCHMIDT, I. ve S. BINDER (1996), *Wettbewerbspolitik im Internationalen Vergleich*, 1. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg.
- SEELİGER, D. (2008), “Kollektiver Rechtsschutz im Kartel- und Wettbewerbsrecht”, Meller-Hannich, C. (der.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess* içinde, s. 73-92.
- SEIDLITZ F. (2003), “Zementbranche droht Miiliarden-Klage, Die Welt, [http://www.welt.de/print-welt/article691936/Zementbranche\\_droht\\_Milliarden\\_Klage.html](http://www.welt.de/print-welt/article691936/Zementbranche_droht_Milliarden_Klage.html), Erişim Tarihi: 17.03.2011.
- TANDOĞAN, H. (1961) *Türk Mes’uliyet Hukuku*, Ajans-Turk Matbaası, Ankara.
- TEKİNALP, Ü. (2005), “Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- III*, Kayseri s. 259-265.
- TEKİNAY, S.S., S. AKMAN, H.BURCUOĞLU ve A. ALTOP (1988), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- TUNÇOMAĞ, K. (1976), *Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler*, Sermet Matbaası, İstanbul.
- VOGEL, M. (2010), *Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht*, FIW-Schriftenreihe, 1. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln.
- VOTTELER, M. (2008), *Der Schadensersatzanspruch im EG-Kartellrecht*, 1. Auflage, Verlag Dr. Kovac, Hamburg.
- VRBA, L. G (2007), *Vielparteienprozesse*, (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht: 151), Schulthess, Zürich.

WOODS, D., A. SINCLAIR ve D. ASHTON (2004), “Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead”, *Competition Policy Newsletter*, No: 2, s. 31-37.

YAVUZ, N. (2008), *Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara.

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: 20.03.2011.

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

ZÖLLER, R. ve R. GEIMER (2007), *Zivilprozessordnung*, 26. Auflage, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln.



**YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /**  
*PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS*

**1. YAYIN İLKELERİ**

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere [rekabetdergisi@rekabet.gov.tr](mailto:rekabetdergisi@rekabet.gov.tr) adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

3. Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 500 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

**2. MAKALE YAZIM KURALLARI**

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

- Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
- Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),
- 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
- Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında

gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

5. Metin içerisindeki başlıklar, “Giriş” ve “Sonuç” hariç olmak üzere, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

## 1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

### 1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

#### 1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

#### a) Tek Yazarlı Kitap:

**Metin içindeki ilk göndermede:** WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72.

**Diğer göndermelerde:** Whish 2009, s.173.

**Kaynakçada:** WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

#### b) Tek Yazarlı Makale:

**Metin içindeki ilk göndermede:** WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117.

**Diğer göndermelerde:** Wils 2005, s.130.

**Kaynakçada:** WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117-159.

#### c) İki Yazarlı Eser:

**Metin içindeki ilk göndermede:** JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

**Diğer göndermelerde:** Jones ve Sufrin 2004, s.130.

**Kaynakçada:** JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

**d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

**Diğer göndermelerde:** Neven vd. 1998, s.61.

**Kaynakçada:** NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

**e) Derleme İçinde Makale:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773.

**Diğer göndermelerde:** Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

**Kaynakçada:** GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

**f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

**Diğer göndermelerde:** OECD 2005, s.42.

**Kaynakçada:** OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

**g) İnternette Alınan Kaynaklar:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

**Diğer göndermelerde:** Hammond 2006, s.8.

**Kaynakçada:** HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.01.2009.

**h) Tezler:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s.12.

**Diğer göndermelerde:** Kayıhan 1999, s.15.

**Kaynakçada:** KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

**YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /**  
*PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS*

**1. PUBLICATION POLICY**

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the [rekabetdergisi@rekabet.gov.tr](mailto:rekabetdergisi@rekabet.gov.tr) address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading “Publication Policy” and “Notes for Contributors”. Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Competition Authority shall pay **net TL 500** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

**2. NOTES FOR CONTRIBUTORS**

1. The first page of the article should include the following information:

- a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),
- b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),
- c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,
- d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of

each page. Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.

3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.
4. Foreign terms used in the text should be in italics.
5. Headings, with the exception of “Introduction” and “Conclusion”, should be arranged without letters or Roman numerals as follows:

## **1. BOLD AND ALL CAPS**

### **1.1. Bold and Only First Letters in Caps**

#### **1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps**

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as "a", "b", "c" should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

#### **a) For Books with one Author:**

**For the first reference in the text:** WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

**For other references:** Whish 2009, p.173.

**In the bibliography:** WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

#### **b) For Articles with one Author:**

**For the first reference in the text:** WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117.

**For other references:** Wils 2005, p.130.

**In the bibliography:** WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117-159.

#### **c) For Books and Articles with Two Authors:**

**For the first reference in the text:** JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p.819-820.

**For other references:** Jones and Sufrin 2004, p.130.

**In the bibliography:** JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

**d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:**

**For the first reference in the text:** NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

**For other references:** Neven et al. 1998, p.61.

**In the bibliography:** NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

**e) For Articles in Edited Publications:**

**For the first reference in the text:** GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773.

**For other references:** Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

**In the bibliography:** GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

**f) For Publications, Reports, etc. without an Author:**

**For the first reference in the text:** OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

**For other references:** OECD 2005, p.42.

**In the bibliography:** OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

**g) For Sources from the Internet:**

**For the first reference in the text:** HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

**For other references:** Hammond 2006, p.8.

**In the bibliography:** HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Date Accessed: 08.01.2009.

**h) For Thesis:**

**For the first reference in the text:** KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, p.12.

**For other references:** Kayihan 1999, p.15.

**In the bibliography:** KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.