

**ŞEMSIYE ETKİSİ NEDENİYLE ZARAR GÖRENLERİN
TAZMİNAT TALEPLERİNİN AVRUPA BİRLİĞİ REKABET
HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ:
KONE KARARININ YANSIMALARI**

*THE ASSESSMENT OF UMBRELLA CLAIMS IN LIGHT OF THE
EUROPEAN UNION COMPETITION RULES:
REFLECTIONS ON THE KONE JUDGMENT*

Eda ŞAHİN*

Öz

Rekabet ihlalleri dağıtım zincirinin farklı kademelerinde yer alan pek çok kişinin zarar görmesine neden olduklarından yaygın bir zarara sebebiyet verirler. Bu husus tüm bu zarar görenlerin tazminat almaya hakkı olup olmadığına ilişkin soruyu da beraberinde getirir. Zarar görenlerin zararlarını ispat bakımından birbirinden farklı ve bazılarının diğerlerine göre daha zor koşullara tabi olması nedeniyle bu soruya cevap vermek kolay değildir. Özellikle zarar ile rekabet ihlali arasında illiyet bağının kurulması, ihlalden zarar görme şekillerine göre mağdurların tazminat elde etmede karşılaştıkları başlıca güçlüklerden birisidir. Rekabet ihlalinin oluşturduğu şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcı grubu, tam da bu noktada zararlarını tazmin etmede zorlanmaktadır. Avrupa Birliği rekabet kuralları çerçevesinde şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören bu grubun tazminat hakkının olup olmadığına ilişkin tartışma, çok yakın bir zamanda Avrupa Birliği Adalet Divanının verdiği kararlarla çözüme kavuşmuş görünmektedir. Bu bakımdan çalışmamız, söz konusu kararın şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesiyle ilgili zorlukları ne ölçüde aşabildiğini tartışacak ve söz konusu etki nedeniyle zarar görenlerin tazminat alma hakkı olduğunu belirtmenin pratikte yol açabileceği olası etkiler üzerinde duracaktır.

Anahtar Kelimeler: *Rekabet ihlalleri, tazminat talepleri, dava açma hakkı, illiyet bağı, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcılar.*

Abstract

The fact that competition infringements cause a widespread harm gives rise to the issue that numerous persons who are at various levels of the distribution chain are affected. This poses the question whether all those harmed can be compensated for their loss. An answer to that question would not be easy when all

* LLB (Istanbul), LL.M. (Competition Law and Policy, University of East Anglia), PhD Candidate and Teaching Assistant (Competition Law and Policy, Queen Mary, University of London), e.sahin@qmul.ac.uk.

those harmed are subject to different conditions in proving their claims and these conditions might be more difficult for some than for others. Depending on the way in which victims suffer from the infringement, showing the causal relationship between the loss and the infringement appears to be one of the obstacles to a successful damages action. This is where umbrella customers face the hardship in proving their cases to obtain compensation. The debate on whether umbrella customers have a right to damages in EU competition law seems to be settled with the judgment of the Court of Justice of the European Union. Therefore, the article seeks to analyse the extent to which the judgment would overcome the difficulties in claiming umbrella damages and discuss the possible implications of granting standing to umbrella customers in practice.

Keywords: Competition law infringements, damage claims, standing to sue, the causal relationship, umbrella customers.

GİRİŞ

Rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan zararlar, ihlalin ve verilen zararın yapısı gereği çoğunlukla toplumun geneline yayılır.¹ Örneğin, rekabet ihlalleri, ilgili pazarın geneline etki ettiklerinden, çimento sektöründe yapılan bir kartel yüzünden tüm inşaat ve emlak piyasasındaki oyuncular zarar görür.² Dolayısıyla, ihlali gerçekleştirenlerin tek bir rekabete aykırı davranışı dağıtım zincirinin çeşitli katmanlarında bulunan pek çok kişiyi değişik şekillerde etkileyerek yaygın bir zarar yaratır.³ Bu yüzden de haksız fiil sorumluluğuna sebebiyet veren rekabet ihlallerinden dolayı zarar görenler, pratikte zararlarını tazmin etmede farklı zorluklarla karşılaşır.

Rekabet ihlalinin yapısı ve verdiği zarara göre, olası zarar görenler, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin rakipleri, sağlayıcıları ve ihlale konu ürünü veya ikamesini satın alan alıcı grubu olarak sayılabilir. Bu alıcı grubu içerisinde bazıları ihlale konu malı doğrudan ihlali gerçekleştiren teşebbüslerden alarak zarara uğrarken (*direct purchasers*), bazıları da malı araçlardan, bir başka deyişle ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin müşterilerinden satın alarak zarara uğramaktadır (*indirect purchasers*). Bir grup kişi malı satın al(a)madığı için maldan faydalanamamaktan dolayı zarar görürken (*deadweight loss customers*), diğer bir grup da ikame malı ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin rakiplerinden satın aldığı için zarar görmektedir (*umbrella customers*). İşte bu son grupta bulunan ve

¹ Benzer değerlendirmeler için bkz. SANLI, K.C. (2008), "Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik bir Bakış", *Perşembe Konferansları*, s.9.

² Joined Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P *Aalborg Portland A/S and Others v Commission* [2004] ECR I-123, para. 53.

³ UK Department for Business Innovation and Skills (BIS) (2012), *Private actions in competition law - a consultation on options for reform*, BIS, London, para. 5.1.

şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenler olarak adlandırılan alıcılar makalemizin inceleme konusunu oluşturmaktadır.

Avrupa Birliği (AB) nezdinde şemsiye etkisi nedeniyle zarara uğrayan alıcıların tazminat hakkı olup olmadığına ilişkin soru, Avusturya mahkemesinin Avrupa Birliği Adalet Divanına (ABAD) ön başvuru (*the reference for preliminary ruling*) yoluyla gönderdiği dava nedeniyle tartışılmaya başlanmıştır. 30 Ocak 2014 tarihinde Kanun Sözcüsü (*the Advocate General*) Juliane Kokott, AB rekabet hukukunun şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesini gerektirdiğini bildirmiştir.⁴ ABAD, 5 Haziran 2014 tarihli kararı ile Kanun Sözcüsü Kokott'un görüşüne katılmış ve böylece şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin üye ülke mahkemelerinde rekabet ihlalini gerçekleştiren teşebbüslerden tazminat isteme hakkı olduğu kabul edilmiştir.⁵

Dolayısıyla çalışmamızda öncelikle, şemsiye etkisinin ne olduğu, kişilerin bu etkiden dolayı nasıl zarar gördükleri ve zararlarının tazmininde karşılaşılabilecekleri zorluklar tartışılacaktır. Bu etkiye karşı açılan tazminat davalarının Amerika Birleşik Devletleri (ABD) uygulamasında nasıl değerlendirildiği incelendikten sonra, AB nezdinde şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin tazminat alması gerektiğine ilişkin öne sürülen nedenlere değinilecek ve son olarak da ABAD kararına ilişkin değerlendirme ve önerilerde bulunulacaktır.

1. ŞEMSIYE ETKİSİNİN TANIMI VE UNSURLARI

Şemsiye etkisi, fiyatları rekabetçi seviyenin üzerinde belirleyen rekabet ihlali nedeniyle ilgili ürün bakımından pazarın genelinde yaratılan yüksek fiyat şemsiyesi sayesinde piyasadaki ihlale konu malın ikamesinin ve/veya benzerlerinin de fiyatlarının artırılmasına denir.⁶ Yaratılan fiyat şemsiyesinden yararlanmak suretiyle ihlale katılmamış olan rakip teşebbüsler de kendi ürünlerinin fiyatını artırabilir. Çünkü ihlale konu ürünlerdeki aşırı fiyatlandırma rakip firma ürünlerine olan talebi artırır.⁷ Rekabet ihlali nedeniyle pazarda oluşan bu hukuka aykırı fiyat

⁴ Opinion of AG J. Kokott Delivered on 30 January 2014 Case C-557/12 *Kone AG and Others* (Request for a preliminary ruling from the Oberster Gerichtshof (Austria)) [2014] OJ C 129/8. Kanun sözcüsü Kokott'un *Kone* kararına ilişkin söz konusu görüşü için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dcbe11e9c22b934a58bfb96a04e4feee6.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMc3j0?text=&docid=147064&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first%26%238706%3B=1&cid=89784>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

⁵ Case C-557/12 *Kone AG and Others v ÖBB-Infrastruktur AG* (henüz yayınlanmadı) (*Kone Kararı*), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153312&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=251767>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

⁶ KIRWAN, K. (2012) "Debunking the "Umbrella Theory" of Antitrust Standing", <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=47c9ad69-0334-4b02-a4be-6f89746a5c71>, Erişim Tarihi: 16.06.2014, s.1-2.

⁷ Rakip ürünlere olan talebin artması arz düşüklüğü ve hukuka aykırı fiyat artışından kaynaklanır. Bkz. INDERST, R., F. MAIER-RIGAUD ve U. SCHWALBE (2013), "Umbrella Effects", *IESEG School of Management Working Paper*, No.2013-ECO-17, s.2. Talebin artmış olması bize aynı

artışı, ilgili ürünü ihlali gerçekleştirenlerden satın almayanları da etkiler.⁸ Bir diğer deyişle, ihlali gerçekleştirenlerin eylemi, ikame ürün müşterilerine de zarar verir. Böylelikle, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararı, ilgili ürünü ihlali gerçekleştirenlerden değil de ihlali gerçekleştirenlerin rakiplerinden satın aldıklarından dolayı oluşur.⁹

Bu bakımdan şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların unsurları incelenecek olursa, öncelikle söz konusu etkinin yalnızca rekabete aykırı fiyat artışını oluşturan rekabet ihlalleri dolayısıyla oluştuğu görülür. Gerçekten de, rekabet ihlalleri sonucu oluşan iki türlü zarar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, rekabet ihlalinin rekabetçi fiyatın üzerinde olmak üzere fiyatları artırmış olması durumunda oluşan zarardır. Bu durumda mağdurların uğradığı zarar, ödedikleri aşırı fiyattır. Bir başka deyişle, ihlal olmasaydı oluşacak rekabetçi fiyat ile ihlal nedeniyle oluşan aşırı fiyatlandırma arasındaki fark (*overcharge*) zarar görenlerin zararıdır. Bir diğer zarar ise kâr kaybıdır. Bu zarar kalemi, ihlalden etkilenen firmanın, ihlal olmasaydı elde edeceği kâr ile ihlal dolayısıyla elde ettiği kâr arasındaki farktır. Şemsiye etkisinin mümkün olabilmesi için rekabet ihlalinin fiyat artışına sebebiyet vermiş olması gerekir. Çünkü piyasada yüksek bir fiyat şemsiyesi yaratılması durumunda rakip firmalar bundan istifade edebilecek ve kendi fiyatlarını artıracaklardır. Ancak bu durumda rakip firma ürünlerini satın alan alıcılar da, şemsiye etkisi nedeniyle zarara uğradıklarını iddia edebileceklerdir.

Dolayısıyla kâr kaybı bakımından şemsiye etkisinden söz etmek mümkün değildir. Çünkü kâr kaybı nedeniyle zarara uğranması için öncelikle rekabet ihlalinin mutlaka bir fiyat artışına sebebiyet vermesi gerekmez. Örneğin, dışlayıcı bir uygulama nedeniyle piyasaya girişi engellenen bir firmanın zararı, söz konusu piyasada faaliyet gösterememesi nedeniyle elde edeceği kârdan yoksun kalmasıdır. Bu durumda piyasa genelinde yaratılmış yüksek bir fiyat şemsiyesi yoktur ve piyasaya giremeyen firmadan ürün satın alarak fazla fiyatlandırmadan dolayı mağdur olan bir alıcı grubu da bulunmamaktadır. Şemsiye etkisi nedeniyle uğranılan zarar, tanımında da belirtildiği üzere, ikâme ürünleri alan alıcıların uğradığı zarar olup alım eylemi üzerinden gerçekleşmektedir. Bu nedenle de rekabet ihlali nedeniyle örneğin daha az sayıda ürün satışı yüzünden uğranılan zamanda şemsiye etkisinden etkilenenler olarak nitelenen grubun sayısal olarak da küçük bir alıcı grubu olmadığını gösterir.

⁸ STEVANOVIĆ, D. (2012), *Damages Actions for Breach of Articles 81 and 82 of the EC Treaty: A More Economic Approach*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Central European University, Budapest, s.91.

⁹ MACKENRODT, M-O. (2010), "Private Incentive, Optimal Deterrence and Damage Claims for Abuses of Dominant Positions - The Interaction between the Economic Review of the Prohibition of Abuses of Dominant Positions and Private Enforcement", M-O. Mackenrodt, B. C. Gallego ve S. Enchelmaier (der.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* içinde, s.182.

kâr kaybı tazmini gereken bir zarar olsa da ‘şemsiye etkisi’ nedeniyle uğranılan zarar olarak değerlendirilemez.

Bir diğer husus ise eğer bu grup alıcı tazminat isteyecekse dava açacakları tarafın rekabet ihlalini gerçekleştiren teşebbüsler olması, ürünü doğrudan satın aldıkları rakip firmalar olmaması gerektiğidir.¹⁰ Bunun sebebi ise rakip firmaların fiyatlarını artırırken rekabet ihlaline dahil olmamaları ya da rekabet ihlali yapmamalarıdır. Şöyle ki, ürünün satın alındığı rakip firmalar kendi fiyatlarını *i.* herhangi bir danışıklı davranış içerisinde bulunarak ya da *ii.* hâkim durumlarını kötüye kullanmak suretiyle *artırmamışlarsa*, kendilerine karşı rekabet ihlali nedeniyle dava açamaz.¹¹ Rakip firmaların bir rekabet ihlali içinde olması durumunda ise zaten şemsiye etkisinden söz edilemez. Çünkü şemsiye etkisi, hâkim durumun kötüye kullanılması veya danışıklı hareket sebebiyle yaratılan fiyat şemsiyesinin rakiplerin fiyatlarını artırmalarına olanak sağladığı durumları ifade eder.

Özetle, şemsiye etkisi nedeniyle oluşan zararlardan dolayı tazminat istenebilmesi için: *i.* şemsiye etkisinin aşırı fiyatlamaya sebebiyet vermiş olması, *ii.* rakip teşebbüslerin rekabet ihlali içerisinde bulunmaksızın kendi fiyatlarını şemsiye etkisinden dolayı artırmış olması ve *iii.* davalıların ihlali gerçekleştiren teşebbüsler olması gerekmektedir. Bu bakımdan söz konusu etkiye istinaden kimlerin potansiyel davacılar arasına gireceğinin incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Öncelikle rakip firma müşterilerinin potansiyel davacı olduklarının altı çizilmelidir. Bunun yanı sıra, şemsiye etkisinin tanımını itibarıyla, rakip firmaların kendileri söz konusu davacı grubuna girmez. Çünkü rakiplerin, şemsiye etkisinin neden olduğu fiyat artışının etkilediği ürünü satın alması mümkün değildir. Aynı şekilde şemsiye etkisi nedeniyle rakip firmaların sağlayıcılarının zarara uğradıklarından bahisle ihlali gerçekleştirenlere karşı tazminat davası açması beklenemez. Çünkü onlar da rakiplerin fiyatını artırdığı ürünü satın almamaktadır. Dolayısıyla, yalnızca rakip firmanın müşterileri, *şemsiye etkisi* nedeniyle zarar görmekte olup potansiyel davacı olarak kabul edilebilir.

2. ŞEMSIYE ETKİSİ DOLAYISIYLA UĞRANILAN ZARAR VE İŞBU ZARARIN TAZMİNİNDEKİ ZORLUKLAR

Şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcılar, kendi satıcıları ile doğrudan ilişkide olmak suretiyle malı satın aldıklarından, zararları, ürünü doğrudan ihlali

¹⁰ HOVENKAMP, H. (2011), *Federal Antitrust Policy: Law of Competition and its Practice*, Fourth Edition, West, US, s.683.

¹¹ Mackenrodt 2010, s.182; VAN UYTSEL, S. (2012), “Collective Actions in a Competition Law Context - Reconciling Multilayer Interests to Enhance Access to Justice”, S. Wrba, S. Van Uytzel ve M. Siems (der.), *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?* içinde, s.85.

gerçekleştirenlerden satın alan müşterilerden farklı değildir.¹² Doğrudan alıcıların zararı nasıl hesaplanıyorsa bu grup alıcıların zararı da aynı şekilde hesaplanır. Bu zarar, rekabet ihlali sebebiyle ödedikleri bedelle, rekabet kısıtlanmasaydı ödeyecekleri bedel arasındaki farktır.¹³ Dolayısıyla, zararın şemsiye etkisinden kaynaklandığı ispat edilebildiği sürece, zararın miktarının hesaplanmasında doğrudan alıcılara uygulanan kural uygulanır. Örneğin, iki ekonomist olan Laitenberger ve Smuda'nın çalışması, AB'de sekiz üye ülkeyi etkileyen deterjan kartelinden dolayı Alman tüketicilerinin ne kadar zarara uğradığını hesaplarken şemsiye etkisinden dolayı oluşan bir zararın da olduğunu ortaya koymuştur. Yazarlara göre, kartel nedeniyle pazardaki diğer perakendeciler de fiyatlarını artırmış ve bu nedenle de kartelin tüketicilere verdiği 315 milyon Avro zararın 7.34 milyonluk kısmı şemsiye etkisinden kaynaklanmıştır.¹⁴ Söz konusu yazarlar bu bulguya piyasadaki kartele konu ürün ve ikamelerinin kartelden önceki ve sonraki fiyatlarını karşılaştırmak suretiyle ulaşmıştır.¹⁵

Ayrıca, hukuka aykırı fiyat artışının, ihlali gerçekleştirenlerin doğrudan ya da dolaylı alıcıları ile şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenler arasında bölüştürülmesine de gerek yoktur. Kural olarak, hukuka aykırı fiyat artışı, dağıtım zincirinin çeşitli kademeleri tarafından paylaşıldığında, bir diğer deyişle, doğrudan alıcılar tarafından fiyat artışının bir kısmı veya tamamı alt segmentteki alıcılara ve onlar tarafından da bir alt segmentte bulunan alıcılara yansıtıldığında, ihlali gerçekleştirenler tarafından ödenecek tazminat miktarının bu alıcılar arasında nasıl paylaşılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Eğer doğrudan alıcı hukuka aykırı fiyat artışının bir kısmını kendi müşterilerine yansıtırsa, alacağı tazminatın da yansıttığı oranda azalması gerekir. Dolayısıyla, her segmentteki hukuka aykırı fiyat artış oranı hesaplanmalı ve bu yolla ihlal nedeniyle başlangıçta yaratılan hukuka aykırı fiyat artışı alıcılar arasında bölüştürülmelidir. Bu sayede ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin verdiklerinden daha fazla oranda bir zararı tazmin etmeleri ve mağdurların da zararlarından daha fazla oranda bir tazminat elde etmeleri önlenir.

Fakat şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcılar, hâlihazırda rakiplerin müşterileri olduklarından ihlali gerçekleştirenlerin değil de rakiplerin yaptığı fiyat artışından etkilenmektedirler. Bu yüzden de ihlali gerçekleştirenlerin zarar verdikleri dağıtım zincirinin dışında olup rakiplerin ürün satımı yaptığı dağıtım zincirine tabidirler. Sonuç olarak, şemsiye etkisi nedeniyle mağdur olanlar ile

¹² LAVE, J.M. (2003), "Umbrella Standing: The Trade-off between Plaintiff Suit and Speculative Claims", *Antitrust Bulletin*, No:48, s.227-228.

¹³ Hovenkamp 2011, s.683.

¹⁴ LAITENBERGER, U. ve F. SUMDA (2013), "Estimating Consumer Damages in Cartel Cases", *ZEW Discussion Papers*, No. 13-069, <http://www.econstor.eu/bitstream/10419/83472/1/769011144.pdf>, Erişim Tarihi: 19.06.2014, s.15.

¹⁵ *Ibid*, s.9-12.

ihlalin gerçekleştiği dağıtım zincirinde bulunan doğrudan ya da dolaylı alıcı arasında böyle bir zarar paylaşımı sorunu olduğundan bahsedilemez.¹⁶

Tüm bu açıklamalara rağmen şemsiye etkisinden dolayı uğranılan zararların tazmini bakımından ispat güçlükleri bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Temel zorluk, bu zarar ile ihlal arasında illiyet bağının nasıl kurulacağına ilişkindir. Bu yüzden de şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararlarının doğrudan alıcılar gibi hesaplanıyor olması, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazminindeki problemleri ortadan kaldırmaz.¹⁷ Zira, rekabet ihlali nedeniyle zarar gören herhangi bir kişinin tazminata hak kazanabilmesi için rekabet ihlalinin varlığını, bu ihlal nedeniyle zarara uğradığını ve zarar ile ihlal arasındaki illiyet bağını ispat etmesi gerekir.¹⁸

Öncelikle, haksız olarak ödenen fazla bedel nedeniyle alıcıdan satıcıya yaratılan refah transferi, ihlali gerçekleştirenlerin kendilerine değil, alıcılardan ihlali gerçekleştirenlerin rakiplerine olmuştur. Alıcılar tarafından fazla ödenen bedel, aynı dolaylı alıcılarda olduğu gibi, ihlali gerçekleştirenlerin cebine gitmemiştir.¹⁹ Halbuki, illiyet bağının kurulması, zararın ihlali gerçekleştirenlerin eylemi yüzünden gerçekleştiğinin kanıtlanmasına bağlıdır. O yüzden de şemsiye etkisiyle oluşan zarar bakımından rakiplerin fiyat artırmalarının sebebinin, rekabet ihlali olduğu kanıtlanmalıdır. Ancak şemsiye etkisi nedeniyle uğranılan zarar, rakip firma ürünlerinin alınması suretiyle oluştuğundan, alıcılar ihlalle uzaktan bağlantılıdır.²⁰ Bu yüzden de şemsiye etkisi yüzünden uğranılan zararın tazmini için, ihlale konu ürün ile ilgisi olmayan alıcı, ihlali, şemsiye etkisini ve rakip firma ürününü almak suretiyle zarara uğradığını ispat etmek zorundadır. Rekabet otoritesi tarafından verilmiş bir ihlal tespit kararı varsa söz konusu alıcılar, ihlalle ilgili hususları ispat yükümlülüğünü yerine getirebilir ancak her hâlükârda şemsiye etkisini de ispat etmeleri gerekecektir.

¹⁶ Bkz. Lave 2003, s. 255.

¹⁷ Lave aksi görüşte olup şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazmininde komplike zarar hesaplanmasının gerekmediğini belirtmektedir. Komplike zarar hesabından kasıt, özellikle hem doğrudan hem de dolaylı alıcılara tazminat talep etme hakkı tanındığında ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin ödemesi gereken toplam tazminat miktarının bu alıcılar arasında paylaşılmasıdır. Lave 2003, s. 228, not 18. Halbuki şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin *overcharge*'ı bir alt segmentteki alıcılara geçirmesi mümkündür. Bkz. bölüm 5.2.

¹⁸ Türk hukukunda haksız fiil sorumluluğuna dayanarak zararın tazmini istenebileceğinden sayılan bu koşullara ek olarak kusurun varlığının da ispatı gereklidir. Ancak kusurun varlığının ispatı şemsiye etkisinden dolayı zarar görenler için diğer zarar görenlerden daha farklı bir zorluk içermez.
¹⁹ Yazarlar, dolaylı alıcıların zararlarını tazmin etmesi gerektiğini ileri sürerken, şemsiye etkisi nedeniyle uğranılan zararlar için ihlali gerçekleştirenlerin tazminat ödemesinin ne kadar adil olacağı sorununa dikkat çekmişlerdir. Bkz. AREEDA, P.E., H. HOVENKAMP, R.D. BLAIR ve C.P. DURRANCE (2006), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application vol.IIA*, Third edition, Aspen Publishers, New York, US, s.200.

²⁰ LANDE, R.H. (1993), "Are Antitrust "Treble" Damages Really Single Damages?", *Ohio State Law Journal*, No:54, s.147.

Dolayısıyla, hem ihlal ve uğranılan zarar arasındaki uzaktan bağlantı²¹ hem de rakiplerin fiyatlarını artırmalarının sebebinin piyasada hâlihazırda bulunan rekabete aykırı davranıştan kaynaklandığını, başka bir nedenden ötürü olmadığını ortaya koyma gerekliliği²² şemsiye etkisinden zarar görenlerin iddialarını ispatlamalarını oldukça zorlaştırmaktadır. Bu son husus, rekabet ihlaline dayanarak tazminat isteyebilmenin temelini oluşturur. Ancak bir firmanın fiyatlarını artırma kararı almasında, örneğin kendi tedarikçileri ile olan ilişkileri ya da ürünlerinin talep elastikiyeti gibi,²³ pek çok değişik faktör rol oynayabilmektedir. Bu yüzden de rakip firmanın neye istinaden kendi fiyatlarını artırdığının ispatlanması gerekmektedir.

Bu tespitin bir diğer yansıması da şemsiye etkisi dolayısıyla zarar gören her bir kişinin zararının bir diğeriyle aynı olmama ihtimalidir. Bu alıcılar eğer farklı satıcılardan ürün almışlarsa, ki bu olasılık ihlale konu pazardaki rakip firma sayısı çoğaldıkça artar, şemsiye etkisi dolayısıyla zarar gören her bir kişi farklı oranlarda zarara uğramış olabilir. O zaman da bazıları farklı miktarlarda da olsa aşırı fiyatlandırmadan dolayı zarara uğrarken bazıları hiç uğramayabilir.²⁴ Bu nedenle de şemsiye etkisi nedeniyle rakiplerden ürün satın alan her birey doğrudan alıcı konumunda bulunsa da aşırı fiyatlandırmadan zarar görmüş olduğunun rakip firma ve ikame ürün bazında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.

Ayrıca şemsiye etkisi, ihlale konu ürünün ikame ürünleri üzerinde etkili olduğu için hangi ürünlerin ikame ürün olduğu ve dolayısıyla bu etkiye istinaden üzerinde fiyat artışı yapıldığının belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin, kolanın fiyatlarını rekabetçi fiyat seviyesinin üzerine çıkaran bir kartel nedeniyle portakal suyu, soda veya ayranın da fiyatları artmış olabilir mi?²⁵ “İlgili ürün pazarı; ürünün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları açısından tüketici tarafından değiştirilebilir ya da ikame edilebilir sayılan bütün ürünleri ve/veya hizmetleri”²⁶ kapsayacağından ikame ürünlerin neler olduğunun bulunması için ilgili ürün pazarının tanımlanması gerekecektir. Eğer ihlale konu ürün, diğer ürünlerin üretiminde girdi olarak kullanılıyorsa, ihlale konu ürünün ikamesinin girdi olarak kullanıldığı ürünler de saptanmalıdır.²⁷ Son olarak ise ikame ürünleri satın alan herkesin şemsiye etkisi nedeniyle mağdur olup olmadığı incelenmelidir. Bunun için ikame ürünlerin neler olduğunun belirlenmesinden sonra yaratılan fiyat şemsiyesinin piyasadaki hangi ürünleri ne kadar etkilediği bulunmalıdır.

²¹ Mackenrodt 2010, s.181.

²² Lave 2003, s.228, not 18; Areeda vd. 2006, s.200; Mackenrodt 2010, s.181.

²³ Van Uytsel 2012, s.81.

²⁴ Ibid.

²⁵ Areeda vd. 2006, s.201.

²⁶ AB Komisyonu (1997), *Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law*, para 7.

²⁷ Areeda ve diğerlerine göre, ikame ürünler ile ihlale konu ürün aynı pazarda olmalıdır. Bkz. Areeda vd. 2006, s.201.

Bu anlatılanlar ışığında aşağıdaki bölümde, ABD uygulamasının söz konusu zorluklara ve şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazminine nasıl bir yaklaşım sergilediği tartışılacaktır.

3. ABD UYGULAMASINDA ŞEMSIYE ETKİSİNDEN KAYNAKLI ZARARLARIN TAZMİNİ

ABD’de rekabet hukukunun özel hukuk uygulaması etkin bir şekilde uygulanmakta olup tazminat davaları federal rekabet hukuku ihlallerine ilişkin tüm dosyaların %90’ını oluşturmaktadır.²⁸ Rekabet hukukunun rekabet otoriteleri eliyle işletilmesinin zayıf olduğu ABD’de, özel hukuk uygulamasının hem tazminat hem de caydırıcılık amaçlarının ikisine de hizmet edecek şekilde düzenlenmesi şaşırtıcı değildir.²⁹ Her ne kadar Clayton Kanunu madde 4’te rekabete aykırı davranış nedeniyle işinde veya malvarlığında zarara uğrayan “herkesin” tazminat davası açma hakkı olduğu belirtilse de³⁰ Yüksek Mahkeme, Kongrenin Clayton Kanunu madde 4’ü kabul etmekteki amacının rekabet ihlalinin kaynaklanan muhtemel her zararın tazmin edilmesi olmadığını 1972 yılında belirtmiştir.³¹ Bu nedenle de rekabet hukukunun özel hukuk uygulaması, delil gösterme ve zararı kanıtlama yükümlülüğünü yerine getirilebilecek olsa dahi prensip olarak tazminat alabilecek en iyi pozisyonda bulunan iddia sahiplerine tazminat vermeyi benimsemiştir.³² Dolaylı alıcıların federal düzeyde tazminat haklarının olmadığına ilişkin mahkeme kararı³³ da bu tespiti desteklemektedir.³⁴

²⁸ CROSS, F.B. ve R.L. MILLER (2008), *The Legal Environment of Business: Text and Cases - Ethical, Regulatory, Global, and Corporate Issues*, Seventh Edition, South-Western Cengage Learning, US, s.647. Benzer şekilde, ABD bölge mahkemelerinde 1975-2010 yılları arasında görülen rekabet davaları incelenmek suretiyle bir araştırma gerçekleştirilmiştir. Buna göre, incelenen 35 yıllık sürenin yalnız 9 yılında %90’lık oranın altında bir özel hukuk uygulaması olduğu saptanmıştır. Bu 9 yıl içindeki en düşük oran ise 1990 yılında %83.4 olarak gözlemlenmiştir. Araştırmanın son yılı olan 2010 yılının oranı ise %91.8’dir. Bkz. Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online (2010), “Antitrust Cases Filed in U.S. District Courts” <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412010.pdf>, Erişim Tarihi: 17.06.2013.

²⁹ JONES, C.A. (1999), *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, First Edition, Oxford University Press, UK, s.80.

³⁰ Clayton Act, October 15, 1914, ch. 323, 38 Stat. 730, codified at 15 U.S.C. 12–27, 29 U.S.C. 52–53.

³¹ *Hawaii v Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1972) para. 264.

³² HANSBERRY, D., C. HUMMER, M. LE BERRER ve M. LECLERC (2014), “Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelists Competitors”, *Journal of European Competition Law & Practice*, No: 5(4), s.199.

³³ *Illinois Brick Co. v Illinois* 431 U.S. 720 (1977). Dolaylı alıcı kuralının ayrıntılı incelemesi için bkz. BAŞ, K. (2011), “Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler”, *Rekabet Dergisi*, No: 12(4), s.3-74.

³⁴ *Cargill* ve *Hawaii* kararları uygun davacıların (*proper plaintiffs*) dava açması gerekliliğini vurgulayan kararlara örnek olarak gösterilebilir. *Cargill, Inc. v Monfort of Colo., Inc.*, 479 U.S. 104, (1986) para. 110 n.5, *Hawaii* (1972).

Genel olarak, ABD uygulaması, rekabet ihlali nedeniyle zarara uğrayanların tazminata hak kazanabilmesi için zararın, ihlalin doğrudan etkisi olması gerektiğine işaret etmektedir. Bu bakımdan, tazminata hak kazanılabilmesi “zararın, rekabet hukukunun önlemeyi amaçladığı ve ihlalcinin eylemini hukuka aykırı yapan zararlardan” olduğunun kanıtlanmasına bağlıdır.³⁵ Benzer şekilde, zararın, ihlali gerçekleştirenin eyleminden kaynaklandığının açıkça gözlemlenebilir olması da gerekmektedir. Bir diğer deyişle, zarar gören kimselerden kimlerin tazminat almaya hakkı olduğu hususu belirlenirken, iddia edilen ihlalin söz konusu zarara sebebiyet vermesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır.³⁶ Sayılan bu ilkeler çerçevesinde, şemsiye etkisinden dolayı zarar gören alıcıların ihlalle uzaktan bağlantılı olmalarının zararlarının tazminini güçleştirdiği söylenebilir. Gerçekten de, bu etkiden kaynaklanan zararlar, federal düzeyde şu ana dek hiç tazmin edilmemiştir.³⁷ Söz konusu zarara ilişkin tazminat istemleri çoğunlukla hem bu tür zararlar için açılmış olan tazminat davalarında illiyet bağının ispatlanmasının neredeyse imkânsız olmasından³⁸ hem de bu grup alıcıların zararlarının çok spekülâtif bulunmasından dolayı reddedilmiştir.³⁹

Bu kapsamda mahkeme kararlarına bakılacak olursa, *Mid-West Paper Products Company* davasında hâkim, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazminini reddederken sırasıyla üç neden ileri sürmüştür. Birinci neden, zarar hesaplanırken rakiplerin fiyatları artırmasının ne kadarının pazardaki olağan etkilerden, ne kadarının ihlali gerçekleştirenlerin eyleminden kaynaklandığının hesaplanmasının mümkün olmamasıdır. Buradan hareketle hâkim, dolaylı alıcı kuralına atıf yaparak, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların hesaplanması için piyasada halihazırda var olan bir ihlalin, rakiplerin uyguladığı fazla fiyat üzerindeki etkisini bulmanın Yüksek Mahkemenin tam da *Illinois Brick* kararında kaçınmak istediği komplike zarar analizinin içine girdiğine hükmetmiştir. Son olarak ise hâkim, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin ihlali gerçekleştirenler ile arasında doğrudan bir bağ olmamasından bahisle söz konusu kişilerin, rekabet hukukunun, rekabet ihlallerinden korumayı amaçladığı kimselerden olmadığını belirtmiştir.⁴⁰

³⁵ Bkz. “antitrust injury” ilkesi için, *Brunswick Corp. v Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977) para. 489.

³⁶ *Blue Shield of Virginia v McCready*, 457 U.S. 465 (1982) para. 479.

³⁷ CONNOR, J.M. ve R.H. LANDÉ (2005), “How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Reform of the Antitrust Sentencing Guidelines”, *Tulane Law Review*, No: 80, s.518. Eyalet mahkemeleri arasında farklılıklar bulunduğu görülmektedir. Şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlere tazminat hakkı veren ve bu hakkı reddeden eyalet mahkeme kararları için bkz. CRAMER, L. ve D.C. SIMONS (2012), “Parties Entitled to Pursue a Claim”, A.A. Foer ve R. M. Stutz (der.), *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States: A Handbook* içinde, s.76-77.

³⁸ Lande 1993, s.147; Hovenkamp 2011, s.684.

³⁹ *Areeda* vd. 2006, s.200; *Mackenrodt* 2010, s.181; *Van Uytsel* 2012, s.85.

⁴⁰ *Mid-West Paper Products v Continental Group*, 596 F.2d 573 (3d Cir. 1979) para. 584-586.

Bir diğer şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazminini reddeden karar ise *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation* kararıdır.⁴¹ Mahkeme, ilk olarak dolaylı alıcı kuralına atıf yaparak, şemsiye etkisinde de zararın hesaplanması ve alıcılar arasında paylaştırılmasında güçlük olduğunu ve bunun sonucu olarak da ortaya mükerrer (*duplicative*) tazminat riski çıkabileceğini belirtmiştir. Çünkü davalı hem doğrudan alıcılara hem de rakiplerinin müşterilerine karşı sebebiyet verdiği tüm fiyat artışını ödeyecektir. Bu yüzden de mahkemeye göre davalı, aynı *overcharge*'ın etkisinden iki kere sorumlu olacaktır.⁴² İkinci olarak ise, şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların hesaplanmasının “kabul edilemez derecede spekülatif ve kompleks” olduğu ifade edilmiştir. Mahkemeye göre *Illionis Brick* kararı uygulanabilirliği olmayan bir zarar hesaplamasını yasaklamaktadır. Şemsiye etkisi tam da bu yüzden reddedilmelidir. Çünkü rakiplerin fiyatlarını artırması davalıların eyleminden olduğu kadar diğer pek çok faktörden de etkilenmiş olabilir. Rakiplerin fiyatlama kararlarının ne ölçüde ihlalin fiyat artışı yaratan etkisinden kaynaklandığını bulmak spekülatif olarak nitelendirilmiştir.⁴³

Görüldüğü üzere, mahkeme kararları şemsiye etkisinden kaynaklı zararları hesaplamanın kompleks yapısına dikkat çekip bu kişilerin zararları olan uzaktan bağlantıları sebebiyle kanunun koruma amacı dışında olabileceğini belirtmişlerdir. Ayrıca, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören kimseler dolaylı alıcı kuralı ile karşılaştırılmak suretiyle değerlendirilmektedir. Çünkü mahkemeler, söz konusu etkiden kaynaklı zararların tazmininin kabulü halinde zararın hesaplanmasının, dolaylı alıcılarda olduğu gibi kompleks ekonomik analiz gerektiğine hükmetmişlerdir. Kaldı ki, şemsiye etkisinin kabulü halinde davalıların ödeyeceği tazminat miktarının iki farklı alıcı grubu, yani ihlali gerçekleştirenlerden doğrudan ve dolaylı olarak ürün alan alıcı grubu ve rakiplerin müşterileri olan alıcı grubu için ayrı ayrı değerlendirileceğine dikkat çekilmiştir. Sonuç olarak, yukarıda açıklanan kararlar şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazminine izin vermemiştir. Fakat, reddeden mahkeme kararları olduğu gibi şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazmin edilebileceğini kabul eden mahkeme kararları da vardır.

İlk olarak, *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, her ne kadar dolaylı alıcı kuralının tartışıldığı bir dava olsa da şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin tazmin edilmesi gerektiğini ve söz konusu etki ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu ifade etmiştir.⁴⁴ Aynı şekilde, *State of Washington v American Pipe & Construction Co.* kararı da şemsiye etkisi ile zarar arasında uygun illiyet

⁴¹ 691 F.2d 1335 (9th Cir. 1982).

⁴² Ibid, para. 1340.

⁴³ Ibid, para. 1341.

⁴⁴ 600 F.2d 1148 (5th Cir. 1979) para. 1166, n.24.

bağının bulunduğuna ve ayrıca şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin ihlalle uzaktan bağlantılı olmadığına işaret etmiştir.⁴⁵ Ancak, davacı, davalının eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağını kanıtlayamamıştır.⁴⁶ Bir diğer karar ise, *Associated General Contractors v Carpenters*'dir.⁴⁷ Burada mahkeme, ABD rekabet hukuku kurallarının dava açma hakkını düzenleyen maddelerinin, rekabet ihlalinin yarattığı yüksek fiyat yüzünden zarar gören ihlalle bağlantılı olmayan kimselerin müşterilerini kapsayacak kadar geniş olduğunu ve iddialarının başarısının da bu durumu ne ölçüde kanıtlayabileceklerine bağlı olduğunu vurgulamıştır.⁴⁸ Buradan hareketle mahkeme, üzerlerine düşen görevin, davacının zararını, davalının yaptığı iddia edilen rekabet ihlalini ve ikisi arasındaki ilişkiyi incelemek olduğunu ifade etmiştir.⁴⁹ Tüm bu tespitlere rağmen davacının tazminat istemi şu dört sebep ileri sürülerek reddedilmiştir: *i.* Yüksek Mahkeme en iyi durumda bulunan davacılara dava açma hakkı tanınmasına karar vermiştir,⁵⁰ *ii.* şemsiye etkisinden kaynaklı zararın doğrudan rekabet ihlalinden kaynaklanmaması nedeniyle, ihlalle uzaktan bağlantılı bu kişilere dava açma hakkı tanınması onları dava açmaya yönlendirmez ve bu yüzden de bu kişilere dava açma hakkı verilmesi rekabet hukukunun özel uygulamasının kamu yararına hizmet etme amacına aykırı olur,⁵¹ *iii.* zararın söz konusu ihlalle olan ilişkisi şüphelidir ve *iv.* mükerrer (*duplicative*) tazminat riski vardır.⁵²

Bazı yazarlar, zarar görenlerin birinin kartel üyelerinden diğerinin ise kartelin oluşturduğu yüksek fiyat şemsiyesinden yararlanarak fiyatlarını artıran rakipten alınması arasında fark olduğunu belirten mahkeme kararlarını eleştirmektedir. Onlara göre, ABD rekabet hukuku, davalının hukuka aykırı eyleminden kaynaklanan tüm zararların önlenmesi amacını gütmektedir.⁵³ Fakat, genel olarak ABD mahkemeleri, şemsiye etkisi nedeniyle ortaya çıkan zararların tazminine işlevsel bir bakış açısı sergilemek suretiyle tazminat istemlerini reddetmektedir.⁵⁴ ABD ile AB rekabet hukukunun özel uygulaması pek çok

⁴⁵ 280 F. Supp. 802 (1968) para. 806.

⁴⁶ Hansberry vd. 2014, s.199, n.21. ABD haksız fiil hukuku illiyet bağının kurulmasına iki aşamalı bir yaklaşım sergilemektedir: Gerçek neden (*cause in fact/actual cause*) olarak adlandırılan ilk aşama eylem gerçekleşmeseydi zararın meydana gelip gelmeyeceğini araştırırken, ikinci aşama olan yakın neden (*proximate cause*) sorumluluğun kapsamını saptamak için öngörülebilirlik testini uygulamakta ve davalının makul bir öngörülebilirlik çerçevesinde verdiği tüm zararları tazmin etmesini beklemektedir. ÖZKAN, Z. (2014), "Amerikan Haksız Fiil Hukukunda Nedenselliğin Tesisi Çerçevesinde Gerçek Neden ve İspatı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, No: 26(110), s.35-38.

⁴⁷ 459 U.S. 519 (1983) para. 534.

⁴⁸ Ibid, para. 533.

⁴⁹ Ibid, para. 535.

⁵⁰ Ibid, para. 540.

⁵¹ Ibid, para. 542.

⁵² Ibid, para. 545.

⁵³ BLAIR, R.D. ve R.E. ROMANO (1990), "Distinguishing Participants from Nonparticipants in a Price-Fixing Conspiracy: Liability and Damages", *American Business Law Journal*, s.47.

⁵⁴ Hansberry vd. 2014, s.199.

yönüyle birbirinden ayrılır. Bunlardan biri de artık şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararlarının AB rekabet hukuku kapsamında tazmin edilmesinin mümkün olmasıdır.

4. AVRUPA BİRLİĞİ NEZDİNDE ŞEMSIYE ETKİSİNDEN KAYNAKLI ZARARLARIN TAZMİNİ

4.1. AB Rekabet Hukuku Kapsamında Zarar Görenlerin Tazminat Hakkı

AB uygulamasında, prensip olarak, rekabet hukuku ihlalden etkilenen “herkesin” iddiasını kanıtlaması halinde tazminat talep edebilmesi gerektiği benimsenmektedir.⁵⁵ Bu ilkeyi ABAD ilk olarak 2001 yılında verdiği *Courage* kararında, rekabet hukuku çerçevesinde teşebbüslerin ihlal teşkil eden davranışlarından dolayı mağdur olan herhangi bir kimsenin uğradığı zararın tazmin edilmesi gerektiğini belirterek vurgulamıştır.⁵⁶ 2006 yılında alınan *Manfredi* kararında⁵⁷ ve sonrasında 2013 yılında alınan *Donau Chemie* kararında⁵⁸ yine herkesin tazminat hakkı olduğu aynı cümlelerle tekrar edilmiştir. Anılan kararların hiçbirinde alıcılar arasında bir sınıflandırma yapılmamış, dolaylı alıcı ya da şemsiye etkisinden etkilenen diye özellikle bir kesim belirtilmemiş ve genel ilke olarak AB rekabet hukuku ihlallerinden zarar gören herkesin tazminat davası açma hakkı olduğu kabul edilmiştir.

Aynı ilkenin, 10 Kasım 2014 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi tarafından onaylanan rekabet hukuku kurallarının ihlalden doğan zararların tazmin edilmesi amacıyla açılacak olan davalara ilişkin zarar görenlerin dava açmasını kolaylaştırıcı önlemleri içerisinde barındıran, “AB ve üye ülke rekabet hukuku ihlallerine ilişkin tazminat davalarını düzenleyen kuralları belirleyen Direktif”te de (Direktif) sürdürüldüğü görülmektedir. Direktif’in 1 ve 12. maddelerine göre, rekabete aykırı davranış nedeniyle zarar gören herkesin üye ülke mahkemelerinde tazminat istemiyle dava açma hakkı bulunmakta olup, bu hak açıkça doktrinde çok tartışmalı olan dolaylı zarar gören alıcıları da kapsamaktadır.⁵⁹

Zarar gören herkesin zararının tazminini öngören AB rekabet hukuku, bu politikayı öncelikli olarak tazminat amacını gözettiği için benimsemiştir. Bu husus Direktif de dahil olmak üzere diğer AB Komisyonu (Komisyon) belgelerinde

⁵⁵ Joined Cases C-295/04 and C-298/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* [2006] ECR I-06619, para. 61.

⁵⁶ C-453/99 *Courage Ltd. v Bernard Crehan*, ECR [2001] I-6927, para. 26.

⁵⁷ *Manfredi* kararı, para. 61.

⁵⁸ Case C-536/11 *Bundeswettbewerbshörde v Donau Chemie AG and Others* [2013] ECR I-0000, para. 24.

⁵⁹ AB Komisyonu (2014), *Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD).

de açıkça ifade edilmiştir.⁶⁰ AB uygulaması bakımından, rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasının birincil amacının tazminat olarak belirlenmesi şartıcı değildir.⁶¹ Çünkü rekabet hukuku, Komisyon ve üye ülke rekabet kurumları aracılığıyla etkili şekilde işletildiğinden⁶² ihlali gerçekleştirenler zaten caydırılmakta, ancak bu yolun sonucunda zarar görenler herhangi bir tazminata hak kazanamamaktadır.⁶³ Dolayısıyla, tazminat davaları, zarar görenlerin zararlarını telafi edebilecekleri tek mekanizmadır. Bu nedenle de söz konusu davaların öncelikli olarak tazminat amacına hizmet ettiğinin kabulü yerindedir.

Ancak birincil amacın tazminat olması, tazminat davalarının caydırıcılık amacına hizmet etmediği anlamına gelmemektedir. Zira ihlali gerçekleştirenlerin, zarar gören herkese tazminat ödeme yükümlülüğü altında olması, davalıların bu yolla, yani tazminat ödemek suretiyle ihlali gerçekleştirmekten caydırılmasını sağlar. Gerçekten de ABAD, AB rekabet hukuku ihlalleri nedeniyle mağdur olanların tazminat isteme hakkının varlığının kabulü sayesinde, rekabet hukuku kurallarının işleyişinin güçleneceğini ve rekabet ihlallerinin caydırılacağını ifade etmiş, böylece rekabetin korunmasına da önemli bir katkı sağlanacağını belirtmiştir.⁶⁴ Davalıların zarar verdikleri herkesi tazmin etme yükümlülüğü altında olmaları, rekabet hukukunu ihlal etmeleri halinde sorumlu olacakları tazminat miktarını artırır. Yüksek tazminat ödeme riski de, ihlalden beklenen kazancı azaltarak davalıların ihlali gerçekleştirmekten uzak tutabilir.⁶⁵

Bu değerlendirmeler ışığında Komisyon'un ABAD kararı öncesi de görüşü, şemsiye etkisi yüzünden mağdur olanların zararlarının tazmin edilmeleri yönünde olmuştur. Rekabet ihlallerinden kaynaklanan zararların tazmininde üye ülke mahkemelerine yol göstermesi için yayınlanan rehberde (*the practical guide*)

⁶⁰ AB Komisyonu (2005), *Green Paper on damages actions for breach of EU antitrust rules*, para. 1.1; AB Komisyonu (2008a), *White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, para. 1.2; AB Komisyonu (2009), *Proposal for a Council Directive on Rules Governing Damages Actions for Infringements of Articles [101] and [102] of the Treaty*, explanatory memorandum, para. 1.1-1.2; Direktif 2014, madde 2.

⁶¹ Bkz. aynı görüşte, WAELBROECK, D. ve D. SLATER (2006), "The Commission's Green Paper on Private Enforcement: "Americanization" of EC Competition Law Enforcement?", *European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2006 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings* içinde, s.2; NEBBIA, P. (2008), "Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?", *European Law Review*, No: 33(1), s.27.

⁶² GERBER, D.J. (2007), "Private enforcement of competition law: a comparative perspective", T.M.J. Möllers ve A. Heinemann (der.), *The Enforcement of Competition Law in Europe* içinde, s.431.

⁶³ BASEDOW, J. (2007), "Introduction", J. Basedow (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law* içinde, s.1.

⁶⁴ *Courage* kararı, para. 27; *Manfredi* kararı, para. 91; *Donau Chemie* kararı, para. 23, *Kone* kararı, para. 23. Aynı şekilde bkz. AG in *Courage*, Opinion of AG Mischo Delivered on 22 March 2001 in *Courage*, para. 57.

⁶⁵ Baş (2011), s.7.

açıkça, en azından ikame bir ürün almak suretiyle fazla fiyat ödeyerek zarara uğrayan tüketicilerin tazminat alması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶ Söz konusu rehberde ayrıca, bu tüketicilerin tazminat taleplerinin ne oranda karşılanabileceğinin illiyet bağını inceleyecek olan üye ülke mahkemelerinin inisiyatifine bırakılması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁷

Öncelikli olarak AB hukuku kapsamında hangi koşullar altında illiyet bağının ispat edilmiş olarak kabul edileceğinin üye ülkelerin iç hukuklarına göre farklı farklı belirleneceğine işaret etmek gerekir.⁶⁸ Bu nedenle de ortak prensipleri belirlemek için oluşturulan AB haksız fiil çalışma grubunun⁶⁹ ispat yükümlülüğü ile ilgili tespitleri şemsiye etkisinden kaynaklı zararların ispatlanmasındaki güçlükler bakımından faydalı olabilir.

Söz konusu prensiplerden madde 3/105'e göre, zararı yaratan pek çok eylemin bulunması ve hangisinin tam olarak zararın tümünü ya da bir kısmını oluşturduğunun tespit edilememesi durumunda zarara katkısı olabilecek muhtemel eylemlerin hepsinin zarardan aynı ölçüde sorumlu tutulmaları esastır.⁷⁰ Buradan hareketle sorumluluğun kapsamını düzenleyen madde 3/201 ise, bir kişinin zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağı, tutulacaksa sorumluluğunun ölçüsünü, sınırlı sayıda olmayan⁷¹ beş koşulun varlığına bağlamaktadır. İlk koşul, zararın olağan bir insan tarafından eylemin gerçekleştirildiği sırada öngörülebilir olması gerekliliğidir. Bunu saptarken zarar veren eylem ile yarattığı sonucun, zaman ve yer olarak birbiriyle yakınlığı ya da eylemin olağan sonucu ile zararın büyüklüğü arasındaki ilişkiye bakılabileceği vurgulanmıştır. İkinci koşul ise, korunması amaçlanan menfaatin mahiyeti ve değeridir. Söz konusu menfaate ne büyüklükte bir değer atfediliyorsa sorumluluğun kapsamı da aynı ölçüde genişleyecektir. Üçüncü koşul, sorumluluğun temeline atıf yaparken, örneğin kusursuz sorumluluk gerektirecek bir halin varlığının, kişinin verdiği

⁶⁶ AB Komisyonu (2011), *Draft Guidance Paper: Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union-Public Consultation*, para. 114; AB Komisyonu (2013a), *Staff Working Document: Practical Guide Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, para. 133. Benzer görüş için bkz. Centre for European Policy Studies (2007), Erasmus University Rotterdam (EUR) ve Luiss Guido Carli (LUISS), *Report for the European Commission 'Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios', Final Report* (Welfare impact report), Centre for European Policy Studies, s.78.

⁶⁷ AB Komisyonu 2011, s.108, not 112; AB Komisyonu 2013a, para. 126, not 107.

⁶⁸ *Hansberry vd.* 2014, s.200.

⁶⁹ European Group on Tort Law, <http://www.egtl.org/>, Erişim Tarihi: 27.09.2014.

⁷⁰ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, <http://www.egtl.org/Principles>, Erişim Tarihi: 27.09.2014.

⁷¹ European Group on Tort Law (2005), *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer-Verlag, Wien, Austria, s.60.

zararı mutlaka tazmin etmesi yönünde yorumlanabileceğini belirtmektedir.⁷² Dördüncü koşul, hayatın olağan risklerinin de göz önünde bulundurularak zararın gerçekleşmesiyle ilgisi olmayan eylemlerin sorumluluk kapsamında çıkarılması gerektiğini ifade etmektedir. Son koşul ise ilgili hukuk normunun amacına, yani hangi menfaati ne ölçüde korumak için düzenlendiğine bakılması gerektiğine dikkat çekmektedir. Örneğin, eğer bir hukuk normu belirli bir menfaati korumayı amaçlıyorsa, söz konusu menfaat ihlal edildiğinde bu ihlalin yarattığı zararın sorumluluktan kaçması mümkün görünmemektedir.⁷³

Bu kapsamda şemsiye etkisi dolayısıyla uğranılan zararların tazmini sorununa bakıldığında, Kanun Sözcüsünün bu etkinin verdiği zararın tazmin edilmesi gerektiğine hükmederken illiyet bağı ile ilgili benzer açıklamalarda bulunduğu gözlemlenmektedir. Buna göre, her olayın özelliklerine göre ayrı ayrı incelenmek üzere, zarar ve eylem arasında yeterli düzeyde doğrudan bir illiyet bağı olmalıdır. Bunun kurulabilmesi için de ihlali gerçekleştirenlerin zararı ne kadar öngörebildikleri ve bu zararın tazmininin hukuk kurallarının koruma amacıyla ne ölçüde uyumlu olduğu incelenmelidir.⁷⁴ Kanun Sözcüsü Kokott'un görüşüyle uyumlu hüküm veren ABAD'ın da benzer bir muhakeme yürüttüğü gözlemlenmektedir. Bu bakımdan, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin tazminat alıp alamayacaklarına ilişkin AB'deki durumun netleşmesini sağlayan *Kone* kararı ve bu karara giden süreç aşağıdaki bölümde incelenecektir.

4.2. Şemsiye Etkisi: ABAD'ın *Kone* Kararı

4.2.1. Karar Öncesi Aşamalar

Şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin tazminat hakkı olduğunu onaylayan Kanun Sözcüsü görüşünün ve ABAD kararının arkasında, 2007 yılında Komisyon'un, *Kone*, *Otis*, *Schindler* ve *ThyssenKrupp* şirketlerinin kartel oluşturduklarına ilişkin verdiği karar bulunmaktadır. Söz konusu kartel, Komisyon'un aldığı pek çok şikâyet üzerine asansör ve yürüyen merdiven sektöründe re'sen başlattığı inceleme sonucu ortaya çıkarılmıştır.⁷⁵ Komisyon, söz konusu rakip şirketlerin Belçika, Almanya, Lüksemburg ve Hollanda'da en az 1995 yılından başlayarak 2004 yılına dek yürüyen merdiven ve asansörlerin satışı, kurulması, bakımı ve modernizasyonu bakımından pazar paylaşımı yoluyla kartel oluşturduklarına hükmetmiştir.⁷⁶ Bunun üzerine de şirketlere toplam 992 milyon Avro ceza vermiştir. Genel Mahkeme, (eski ismiyle Avrupa Toplulukları

⁷² Ibid, s.62.

⁷³ Ibid, s.63.

⁷⁴ Bkz. bölüm 3.2.3.

⁷⁵ Case C-199/11 *Europese Gemeenschap v Otis NV and Others* [2012] para. 18 (henüz yayımlanmadı) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=129323&doclang=EN>, Erişim Tarihi: 22.06.2014.

⁷⁶ Case COMP/E-1/38.823, Commission Decision *PO/Elevators and Escalators C* (2007) 512 final.

İlk Derece Mahkemesi), ThyssenKrupp'un cezasında tekerrür nedeniyle yapılan ceza artırımını hukuka aykırı bularak⁷⁷ önemli ölçüde indirim yapsa da ihlal kararını ve verilen cezaları yerinde bulmuştur. Böylece Genel Mahkeme, hem diğer firmalara verilen cezaları aynen onamış hem de ThyssenKrupp için de cezaya hükmetmiştir.⁷⁸

Bu kararlar ışığında 2008 yılında Avusturya Yüksek Mahkemesi (*Oberster Gerichtshof*), hem Avusturya rekabet otoritesinin hem de Avusturya rekabet mahkemesinin (*Kartellgericht*) bahsi geçen yürüyen merdiven ve asansör kartelinin 1980'lerden 2004 yılına dek Avusturya pazarında rekabeti bozduğundan bahisle Kone, Otis ve Schindler'in de içinde bulunduğu toplam beş teşebbüse uyguladığı idari para cezası yaptırımını onamıştır.⁷⁹ Avusturya pazarını da etkileyen bu kartelin üyelerinin, rekabetçi piyasa koşullarında oluşması gerekenin üzerinde fiyat uyguladığı ve bunu da pazar paylarında herhangi bir düşme olmaksızın yapabildikleri ortaya çıkmıştır.⁸⁰ Böylelikle, kartelin varlığını ve zarara sebebiyet verdiğini tespit eden ve bu nedenle firmalara ceza uygulayan bu karar, adı geçen kartel sebebiyle mağdur olan kişilerin *follow-on* olarak, bir diğer deyişle bu karara istinaden mahkemeye başvurarak zararlarını talep etmelerinin yolunu açmıştır.

Şemsiye etkisinden dolayı zarar görmenin tazminata konu olup olamayacağı tartışması tam da bu noktada, Avusturya Federal Demiryollarının bir iştiraki olan ÖBB-Infrastruktur'un (ÖBB) kartel üyesi olmayan şirketlerden aldığı yürüyen merdiven ve asansör nedeniyle zarara uğradığını iddia etmesiyle başlamıştır. ÖBB aslında tüm Avusturya'da demiryollarının inşası ve bakımından sorumlu olduğundan kartele konu yürüyen merdiven ve asansör ürünlerinin en önemli müşterisidir.⁸¹ Avusturya pazarındaki kartel üyelerine (Kone, Otis, Schindler ve ThyssenKrupp) karşı açtığı davada ÖBB, kartele konu ürünlerin bazılarını doğrudan kartel üyelerinden, bazılarını dolaylı alıcı olmak suretiyle ara teşebbüslerden, bazılarını ise kartelin etkili olduğu piyasadaki kartel üyelerinin rakiplerinden satın aldığını belirterek bu kapsamda ödediği aşırı fiyat yüzünden kartel üyelerinden toplam 8 milyon Avro tazminat talep etmiştir.⁸² ÖBB, şemsiye etkisine dayanarak kartel üyesi olmayan ürün sağlayıcılarının bu kartele istinaden

⁷⁷ Buna neden olarak, Komisyon'un ana şirket ile şubelerin tek bir ekonomik bütünlük oluşturup oluşturmadığının ve tekerrüre konu önceki karardaki ThyssenKrupp şubelerinin söz konusu kartel bakımından kapsama alınan şubelerle aynı olup olmadığının incelenmemesi gösterilmiştir. Sonuç olarak mahkeme, ThyssenKrupp'un cezasını 159.9 milyon Avro azaltmıştır. Joined Cases T-141/07, T-142/07, T-145/07 and T-146/07 *General Technic-Otis and Others v European Commission* [2011] OJ/C 269.

⁷⁸ General Court of the European Union (2011), *Press Release No 72/11* (Luxembourg) <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-07/cp110072en.pdf>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

⁷⁹ *Kone* kararı, para 7.

⁸⁰ *Ibid*, para. 8-9.

⁸¹ Kanun sözcüsü Kokott'un *Kone* kararına ilişkin görüşü, para. 10.

⁸² *Ibid*, para. 11.

fiyatlarını artırdığını ve bu nedenle aşırı fiyatlandırmadan dolayı zarara uğradığını öne sürerek söz konusu 8 milyonluk tazminat talebinin en az 1.839.239,74 Avroluk kısmının şemsiye etkisinden kaynaklanan zarardan dolayı oluştuğunu iddia etmiştir.⁸³

Gerçekten de kartel üyelerinin danışıklı hareketi tüm Avusturya pazarındaki yeni makine aksamına ilişkin ticari işlem hacminin yarısından çoğuna etki etmektedir.⁸⁴ Dolayısıyla söz konusu kartelin, piyasada faaliyet gösteren ve karteğe dahil olmayan firmalar için yüksek bir fiyat şemsiyesi oluşturması olasıdır. Ancak, ÖBB'nin tazminat talebi Avusturya'da hem ilk derece mahkemesi hem de yüksek mahkeme tarafından reddedilmiştir.⁸⁵

4.2.2. Avusturya Mahkemesinin Red Kararının Arkasındaki Nedenler

Avusturya hukuku, kartel üyesi olmayan ve bu nedenle rekabet ihlalinde bulunmayan bir satıcıdan alınan ürün nedeniyle görülen zararın tazminine imkân vermemektedir. Bunun nedeni, ilk olarak, tazminat talebinin ancak ilgili taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki var ise mümkün görülmesidir.⁸⁶ Zarar sözleşme dışı sorumluluğa istinaden isteniyorsa, Avusturya mahkemeleri içtihadına göre, tazminat elde etmek için mağdurun, ilgili kanunun amacının kendisinin zarar görmesini engellemek olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Bu da iki hususun ispat edilmesine bağlıdır: *i.* uygun illiyet bağı ve *ii.* hukuka aykırılık şartı.⁸⁷ Bu iki koşulun incelenmesi, Avusturya mahkemelerinin *neden* şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin tazminat istemeye hakkı olmadığı yönünde hüküm kurduğuna ışık tutacaktır.

Öncelikle, Avusturya mahkemeleri, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören ile kartel üyelerinin eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunmadığını vurgulamıştır. Mahkemeye göre, piyasada faaliyet gösteren ve karteğe dahil olmayan rakip firmanın, kendi ticari faaliyetlerini yürütmesi kapsamında aldığı karara istinaden fiyatlarını artırması ve bu nedenle şemsiye etkisinden kaynaklı uğranılan zarar, kartelin dolaylı bir etkisidir. Bu bağlamda da rakip teşebbüsün kendi ürünleri için aldığı fiyat artırım kararı, içerisinde kartelin de tesirinin

⁸³ Court of Justice of the European Union (2014), *Press Release No 79/14*, (Luxembourg) (*Kone* basın bülteni), <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/cp140079en.pdf>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

⁸⁴ *Kone* kararı, para. 9.

⁸⁵ *Ibid*, para 11.

⁸⁶ HENRY, D., M. MAIER ve P. WERNER (2014), "EU's Top Court Rules Cartel Victims can Claim Damages from Cartelists Despite No Contractual Link", http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fdc7a0ae-a3a2-437e-9fb8-b7ddfa753bc3&utm_source=lexology+daily+newsfeed&utm_medium=html+email+-+body+-+general+section&utm_campaign=lexology+subscribe+r+daily+feed&utm_content=lexology+daily+newsfeed+2014-06-11&utm_term=, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

⁸⁷ *Kone* kararı, para. 13.

olduğu piyasa koşullarından etkilendiği gibi söz konusu piyasa koşullarında kendi firması ve ürünleri için oluşan ekonomik durumdan ve kartelin etkisinin olduğu ya da olmadığı pek çok unsurdan etkilenmiş olabilir.⁸⁸ Bu nedenle de söz konusu zararın yaratıldığı, kartel üyeleri tarafından öngörülemez olduğundan zarar ile ihlal arasında illiyet bağı kesilmiştir.⁸⁹

Ayrıca, Avusturya Yüksek Mahkemesi, şemsiye etkisinden dolayı görülen zararın hukuka aykırılık şartını sağlamadığına hükmetmiştir. Buna göre, bu zarar salt ekonomik zarardır. Bu türlü zararlar, davacının kendisine ya da eşyasına verilmeksizin oluştuğundan⁹⁰ kural olarak haksız fiil hukuku kapsamında tazmin edilmez.⁹¹ Avusturya hukukuna göre salt ekonomik zararın tazminini, ancak bu zararın, sözleşme hükümlerine aykırılıktan, mutlak hakların ihlalinin kaynaklanması halinde veya bu türlü zarara uğrayan kişilerin kanununun menfaatini korumak üzere getirildiği kimselerden olması halinde mümkün olabilir. Şemsiye etkisinden kaynaklı uğranılan zarar bu sayılanların hiçbirisine uymamaktadır. Mahkemeye göre, ihlal edilen rekabet hukuku hükmünün amacı, ihlalle dolaylı olarak bağlantılı olmak suretiyle zarar görenleri kapsamamaktadır. Çünkü şemsiye etkisinden dolayı uğranılan zarar, yalnızca rakip firmanın kendi ürünü için aldığı bağımsız bir fiyatlandırma kararının yan etkisidir.⁹² Bu nedenle de mahkeme, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların hukuka aykırılık şartını sağlamadığını, söz konusu şartın ancak kartel üyelerinin aşırı fiyatlandırma yoluyla kendi ürünlerini alanları etkilemesinde sağlandığına hükmetmiştir.⁹³

Sonuç olarak, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin, rekabet hukuku kapsamında korunan kişilerden olmadığı ve bu etkiyi oluşturan pek çok neden olması dolayısıyla illiyet bağının kesildiğinden bahisle ÖBB'nin tazminat talebini reddeden Avusturya yüksek mahkemesi, ABAD'dan AB mahkemeleri tarafından ihdas edilmiş olan etkililik prensibi (*the principle of effectiveness*)⁹⁴ ve Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 101. maddesinin şemsiye etkisinden kaynaklı zararlar için kartel üyelerinden tazminat istenebilmesini gerektirip gerektirmediği hususunda görüş talep etmiştir.⁹⁵ Bir diğer deyişle,

⁸⁸ Ibid, para. 14.

⁸⁹ Hansberry vd. 2014, s.203.

⁹⁰ BUSSANI, M. ve V.V. PALMER (2003), "The Notion of Pure Economic Loss and its Setting", M. Bussani ve V.V. Palmer (der.), *Pure Economic Loss in Europe* içinde, s.5.

⁹¹ YAHYA, M.A. (2005), "Can I Sue Without Being Injured: Why the Benefit of the Bargain Theory for Product Liability is Bad Law and Bad Economics", *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, No:3, s.101. Aynı durum Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Bkz. Sanlı 2008, s.10.

⁹² *Kone* kararı, para. 15.

⁹³ Ibid, para. 14-15.

⁹⁴ Bu ilkeye göre üye ülke usul kuralları, AB hukukunun kişilere tanıdığı rekabet ihlallerinden kaynaklanan zararları için tazminat talep etme hakkını kullanmalarını "pratikte olanaksız veya aşırı ölçüde zor" hale getirmemelidir. *Manfredi* kararı, para. 71.

⁹⁵ *Kone* basın bülteni 2014.

görüş talep edilen husus, üye ülke iç hukukunun şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararlarının tazminini baştan engelleyen hükümlerinin ABİDA'nın 101. maddesi ve etkililik prensibi ile uyumlu olup olmadığıdır.

4.2.3. Kanun Sözcüsü Kokott'un Şemsiye Etkisine İlişkin Görüşü

Ön başvuru yoluyla ABAD'a gönderilen dava ilk önce Kanun Sözcüsü Kokott'un incelemesine konu olmuştur. Kanun Sözcüsü'nün görüşü daha sonra ABAD tarafından da benimsendiği için kısaca özetlenmesinde fayda bulunmaktadır. Kanun Sözcüsü Kokott'un, Avusturya mahkemesinin ABAD'a yönelttiği soruyu tanımlayış şekli, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazminine yeşil ışık yakacağını göstermektedir. Bu kapsamda soru, AB hukuku normları çerçevesinde, piyasada fiyat artışına sebebiyet veren bir rekabet ihlalinin varlığı halinde rakipler bilerek ya da bilmeyerek kartelin yarattığı bu fiyat şemsiyesi altında hareket ederek kendi fiyatlarını rekabetçi fiyatın üzerine çıkarttıklarında *i.* kartel üyesi olmayan bu teşebbüslerin fiyat artışından etkilenen kişilerin kartel üyesi teşebbüsler karşısında tazminat hakkı olmalı mıdır, ya da *ii.* zarar dolaylı ve ihlalle uzaktan bağlantılı olduğu için üye ülke iç hukuku normlarına göre tazminat hakkı olmamalı mıdır?⁹⁶

Kanun Sözcüsü, ilk olarak, kartel üyelerinin şemsiye etkisine istinaden yarattıkları zarardan dolayı sorumlu olup olmadıkları sorununun üye ülke iç hukukları açısından değil de AB hukuku normları açısından incelenmesi gerektiğinin altını çizmektedir. Çünkü temel soru, kartel üyelerinin, doğrudan veya dolaylı alıcıları tarafından olmasa da zarar verdikleri başka bir alıcı grubu tarafından dava edildiklerinde, sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkindir. Bu soru da üye ülkelerin iç hukuklarının karar vermesine bırakılamayacak kadar önemlidir.⁹⁷ Eğer her üye ülkede bu soruya verilecek cevap değişirse, iç pazarın etkin işleyişi bozulur ve hatta *forum shopping*⁹⁸ riski doğar.⁹⁹ Bu nedenle de kartel üyelerinin verdikleri zararlardan dolayı farklı şekillerde zarar görenlerin hangilerine ne ölçüde tazminat ödemekle yükümlü olduğu, AB hukuku çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu yolla şemsiye etkisi nedeniyle mağdur olanlar da dahil olmak üzere, zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesi gerektiği hususuyla ilgili tüm üye ülkelerde uygulanmak üzere tek bir ilke belirlenebilecektir.¹⁰⁰

Kanun Sözcüsü'ne göre “zarar gören herkesin” tazminat talep edebilmesine ilişkin AB rekabet hukuku prensibi dar yorumlanmamalı ve özellikle de kartellerin

⁹⁶ Kanun sözcüsü Kokott'un *Kone* kararına ilişkin görüşü, para. 2.

⁹⁷ *Ibid*, para. 28.

⁹⁸ Tanım için bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü (2010), para. 147.

⁹⁹ Kanun sözcüsü Kokott'un *Kone* kararına ilişkin görüşü, para. 29.

¹⁰⁰ *Ibid*, para. 28-30.

ne kadar büyük ölçüde ve yaygın bir zarar yaratabilecekleri göz önüne alındığında tazminat isteme hakkı yalnızca belirli bir gruba mal edilmemelidir.¹⁰¹ Tabii ki şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin de tazminat alabilmek için illiyet bağıını ispat etmeleri gerekecektir. Ancak Kanun Sözcüsü'ne göre bu illiyet bağı doğrudan bir illiyet bağı olup bilinen illiyet bağı olarak değerlendirilmemelidir.¹⁰² Şöyle ki, eğer şemsiye etkisinin oluşumu kartel yüzündense, bir diğer deyişle, kartel bu etkinin oluşumundaki etken ise, doğrudan illiyet bağıının bulunduğu farz edilmelidir.¹⁰³ Bunun için de aşağıdaki iki koşulun bulunması gerekmektedir:

- i. Kartel üyelerinin yaptıkları anlaşma nedeniyle şemsiye etkisi yüzünden bir zarara sebebiyet verdiklerini öngörebiliyor olmaları
- ii. Şemsiye etkisinden kaynaklı zararın tazmin edilmesinin ihlal edilen rekabet hukuku kurallarının amacıyla uyumlu olması

İlk koşul bakımından Kanun Sözcüsü, piyasa ekonomisinin işleyişi gereği teşebbüslerin fiyat belirlerken pazarın o anki konumunu değerlendirdiklerini belirtmiştir. Bu nedenle de hâlihazırda pazarda bir kartelin var olup olmadığı bilinmese dahi, kartel üyesi olmayan firmanın, piyasadaki yüksek fiyatları dikkate alarak kendi ürünlerinin fiyatını artırmasının kartel üyeleri için öngörülemez ya da sürpriz olmadığını vurgulamıştır.¹⁰⁴ Kanun Sözcüsü'ne göre özellikle de kartel üyelerinin, pazarın önemli bir bölümünü kapsayacak şekilde bir kartel oluşturduklarında, belirledikleri fiyatın ilgili pazardaki tüm aktörler için bir kıstas olarak ele alınacağını öngörmeleri gerekmektedir.¹⁰⁵ Bu bakımdan da şemsiye etkisi, Avusturya mahkemesinin belirttiği gibi, kartelin bir yan etkisi değildir. Tam tersine, kartel üyeleri, piyasadaki deneyimlerine dayanarak, yaptıkları ihlalin sebep olduğu *her zarar*, olağanüstü durumlar söz konusu olmadıkça, öngörebilirler.¹⁰⁶ Böylece, Kanun Sözcüsü tarafından neredeyse aksi ispat edilemez (kesin) bir karine ihdas etmiştir.¹⁰⁷

İkinci koşul bakımında ise Kanun Sözcüsü, AB rekabet hukukunun amacının, şemsiye etkisi nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesini gerektirdiği sonucuna varmıştır. Bunun nedeni, öncelikle ihlali gerçekleştirenlerin bu zarardan sorumlu tutulmalarının, onları tazminat ödemek suretiyle ihlalden uzak durma ve rekabet kurallarıyla uyumlu hareket etmeye yönlendirmesi, bunun da iç pazarda rekabet

¹⁰¹ Ibid, para. 32.

¹⁰² Ibid, para. 36.

¹⁰³ Ibid, para. 37.

¹⁰⁴ Ibid, para. 46.

¹⁰⁵ Ibid, para. 47.

¹⁰⁶ Ibid, para. 42-43.

¹⁰⁷ VEENBRINK, M ve C.S. RUSU (2014), "Case Comment – Case C-557/12 Kone AG and Others v ÖBB Infrastruktur AG", *Competition Law Review*, No:10(1), s.111.

ortamının sağlanması için gerekli olmasıdır.¹⁰⁸ İkinci olarak da şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesi sayesinde rekabet ihlallerinin pazardaki diğer firmalar ve özellikle de tüketiciler üzerinde yarattığı olumsuz etkiler giderilir.¹⁰⁹

Bu gerekçelere dayanan Kanun Sözcüsü'nün çözüm önerisi, ilke olarak şemsiye etkisi nedeniyle görülen zararın tazmininin *baştan* reddi yerine, olayın özelliklerine göre bir incelemenin yapılması ve salt teori üzerinden değil de davada söz konusu zararı kanıtlamak için sunulan belgelerin değerlendirilerek sonuca varılmasıdır.¹¹⁰ Nitekim, bu şekilde rekabet hukukunun etkili bir şekilde uygulanmasına katkı sağlanacağını düşünen Kanun Sözcüsü'nün görüşüne¹¹¹ ABAD da katılmış ve şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazmin edilmesi yönünde karar vermiştir.

4.2.4. ABAD'ın Şemsiye Etkisi Nedeniyle Zarar Görenlerin Tazminat Hakkına Yaklaşımı

ABAD, ilk olarak, şemsiye etkisinin kartelin olası etkilerinden biri olarak zaten kabul edildiğini ve davaya konu kartelin de rekabeti bozmak suretiyle piyasa fiyatının üzerinde bir fiyat seviyesi oluşturduğunu ve bunun da kartel üyesi olmamakla birlikte ilgili pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin de fiyatlarını artırmasına olanak sağladığını belirtmiştir.¹¹² Buradan hareketle ABAD, bir teşebbüsün kendi fiyatlarını belirlerken piyasa fiyatını pek tabii göz önüne alacağını ve kartel olmasaydı daha düşük bir fiyat belirleyeceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, ABAD'a göre, rakip teşebbüsün kendi fiyatını belirlerken aldığı karar, tamamen kartel üyelerinden bağımsız olarak gerçekleşmiş gibi görünse de aslında kartelin bozduğu piyasa koşulları altında verildiğinden rekabet kurallarına aykırıdır. Bu nedenle de kartel üyeleri tarafından bu zarar hiç oluşmamış gibi davranılamaz.¹¹³ Avusturya mahkemesi önündeki davada da taraflar, kartelin şemsiye etkisi nedeniyle zarara yol açabileceğine itiraz etmemiş, aksine AB hukukunun söz konusu etkiden kaynaklanan zararların tazmin edilmesi gerektiği yönünde yorumlanamayacağını belirtmişlerdir.¹¹⁴

Bu çerçevede ABAD'a göre şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazminini reddeden Avusturya mahkemesinin gerekçesi kabul edilemez. Çünkü Avusturya hukuku, olayın özelliklerini incelemeksizin illiyet bağının

¹⁰⁸ Kanun sözcüsü Kokott'un *Kone* kararına ilişkin görüşü, para. 68.

¹⁰⁹ *Ibid*, para. 57.

¹¹⁰ *Ibid*, para. 84-85.

¹¹¹ *Ibid*, para. 85. Şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesinin pişmanlıktan faydalanmak isteyen kartel üyelerini caydırabileceğine ilişkin görüş için bkz. VAN ACKER, J. ve V. LEFEVER (2013), "Advocate General Opens Door to Umbrella Claims in Cartel Damages Cases", *Competition Policy International*, s.4.

¹¹² *Kone* kararı, para. 27-28.

¹¹³ *Ibid*, para. 29-30.

¹¹⁴ *Ibid*, para. 28.

kurulamayacağından bahisle bu kişileri kati surette tazminat hakkından mahrum etmektedir.¹¹⁵ Halbuki, ABAD'ın 2001 yılında verdiği *Courage* kararından beri yerleşmiş içtihadına göre AB rekabet hukuku, ihlalden zarar gören “herkesin” tazminat hakkı olduğunu vurgulamaktadır. Bu bakımdan, ABAD'a göre, üye ülke iç hukukunun, olayın özelliklerini ve zarar ile ihlal arasında doğrudan bir illiyet bağı olup olmadığını değerlendirmeksizin tazminat hakkını, zarar gören ile kartel üyeleri arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığından bahisle baştan reddetmesi ve kartel üyesi olmayan teşebbüsün, kartelin yarattığı fiyat şemsiyesine dayanarak belirlediği fiyat politikasına izin vermesi, kartelin bozduğu rekabetçi piyasa koşullarının daha da bozulmasına katkı sağlar.¹¹⁶ Bu nedendir ki, ABAD, ABİDA'nın 101. maddesinin amacını dikkate alarak, ki bu AB rekabet hukuku kurallarının ihdas edilme amacıyla aynıdır, iç pazardaki rekabetin korunması için fiyatların serbest rekabet koşullarında belirlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.¹¹⁷

Dolayısıyla ABAD'a göre, “Söz konusu kartelin, olayın ve pazarın belirli özelliklerine göre, bağımsız hareket eden üçüncü kişilerin şemsiye etkisinden yararlanmak suretiyle fiyatlarını belirlemelerinden sorumlu olduğu ve bu belirli özelliklerin kartel üyelerince göz ardı edilemeyeceğinin saptanabildiği hallerde, şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin aralarında sözleşme olmasa da kartel üyelerinden tazminat talep etmesi gerekir. Bu koşulların sağlanıp sağlanmadığını araştırmak üye ülke mahkemesinin görevidir.”¹¹⁸ Buna göre, kartelin yarattığı pazar gücü ve şemsiye etkisinin oluşumunu sağlayan ilgili pazarın kendine has özellikleri kartel üyeleri tarafından göz ardı edilemez. Bu da Kanun Sözcüsü'nün aksine,¹¹⁹ ABAD'ın aksi ispat edilebilir bir karine ihdas ettiği şeklinde yorumlanabilir.¹²⁰ Kaldı ki, ABAD, davalılardan Kone ve Otis'in şemsiye etkisi nedeniyle tazminat ödemelerinin cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) oluşturacağına ilişkin itirazını da tazminat miktarının ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin kazancının karşılığı olması gibi bir kural olmadığından bahisle reddetmiştir.¹²¹

Sonuç olarak ABAD, şu ana kadarki içtihatları ile uyumlu olarak, rekabet ihlali nedeniyle zarara uğrayan herhangi bir kişinin zararının tazmin edilmesini öngörmüştür. Eğer şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören, illiyet bağına ortaya koyabilirse, bir diğer deyişle zararı ile bu zararının rekabet ihlalinin gerçekleştiren teşebbüslerin piyasada yarattığı şemsiye etkisinden kaynaklandığını kanıtlayabilirse, AB rekabet hukuku kurallarına dayanarak ihlali gerçekleştirenlerden tazminat isteyebilecektir. Gerçekten de kartellerin yarattığı

¹¹⁵ Ibid, para. 31.

¹¹⁶ Ibid, para. 33.

¹¹⁷ Ibid, para. 32.

¹¹⁸ Ibid, para. 34.

¹¹⁹ Kanun Sözcüsü bunun kesin karine olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. not 105.

¹²⁰ Veenbrink ve Rusu 2014, s.108.

¹²¹ Kone kararı, para. 35.

zararın büyüklüğü ve ne kadar çok kişiyi etkilediği göz önüne alındığında verdikleri zarardan sorumlu olmalarının ve bu zararı tazmin etmelerinin istenmesi gerekir. Bunun için de zarar görenlerin hem Kanun Sözcüsü'nün belirttiği hem de ABAD'ın biraz daha yumuşatarak da olsa kabul ettiği karineden yararlanması mümkündür.¹²² Bu yüzden de aşağıda ayrıntılı olarak, ABAD'ın bu kararının, uygulamada şemsiye etkisi nedeniyle zarar gördüğünü ispat etmesi gereken kişiler bakımından hâlihazırda var olan ispat sorunlarına nasıl bir çözüm sunduğu ve şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin tazminat hakkının varlığının kabulünün ilaveten ortaya çıkaracağı sonuçlar ve bunlara ilişkin çözüm önerileri tartışılacaktır.

5. ŞEMSIYE ETKİSİNDEN KAYNAKLANAN ZARARIN TAMİN EDİLMESİ GEREKTİĞİNİ BELİRTEN ABAD KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖNERİLER

5.1. İspat Güçlükleri Bakımından

Öncelikle, fiyatları rekabetçi fiyatın üzerine çıkaran rekabet ihlallerinin ilgili piyasada yarattıkları fiyat şemsiyesi nedeniyle rakip teşebbüslerin kendi fiyatlarını artırmalarının olası olduğu belirtilmelidir. Bu, o piyasada ticari faaliyette bulunan firmaların, piyasada oluşan fiyatı gözlemlemelerinin doğal sonucudur. Dolayısıyla, fiyatların rekabetçi fiyatın üzerine çıkmasına sebep olan rekabet ihlallerinin, ihlale konu veya ikame ürün alan tüm alıcıları fazla fiyat ödemeye mahkûm etmek suretiyle zarara uğratması mümkündür. Tüm bunlar göz önünde bulundurularak şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazminindeki ispat güçlüklerinin ABAD kararı sayesinde ne derece aşılmış olduğu tartışılmalıdır.

İlk olarak, hangi ürünün ikame ürün olabileceğine ilişkin sorunun çözümü, her davanın kendine has özelliklerinin dikkate alınmasını gerektirir. Örneğin, ABAD'ın kararına konu asansör ve yürüyen merdiven ürünlerinin hem kartelin yapıldığı hem de rakip firmanın sattığı ürünler olduğu göz önüne alındığında, ihlalden kimin ne kadar etkilendiğinin belirlenmesi açısından bir sorun olmayacaktır. Zira ürün çeşitliliğinin olmadığı, ikame ürünlerin neler olduğunun belirlenebildiği pazarlarda şemsiye etkisini tespit etmek daha kolaydır.¹²³

Diğer bir ispat sorunu yaratabilecek husus ise her rakip firmanın içinde bulunduğu durumun birbirinden farklı olmasına ilişkindir. Bir diğer deyişle, her teşebbüsün kendi ürün sağlayıcısı ile olan ilişkileri, ürünlerine olan talep, işletmede fiyatlandırma için hangi faktörlere dayanarak karar verildiği gibi pek çok unsur firmadan firmaya göre değişir. Bu durumda zarar görenlerin illiyet bağını ispatı daha da güçleşmektedir. Bunun nedeni, zarar görenin hâlihazırda ihlalle uzaktan bağlantılı olup yalnızca ihlalin gerçekleştiği pazarda satılan benzer

¹²² Bkz. Veenbrink ve Rusu 2014, s.111.

¹²³ Areeda vd. 2006, s.201.

ve/veya ikame ürünü satın almasıdır. ABAD, bu bakımdan, piyasanın kendine özgü özellikleri ve kartelin faaliyet alanı göz önüne alındığında şemsiye etkisinin oluşmasının kaçınılmaz olduğu durumlarda, bu etki nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Kısacası ABAD, piyasa genelinde fiyat artışı yaratabilecek bir ihlalin tüm rakip firmaların fiyatlarını artırdığına ilişkin bir karine kabul etmiştir.

Bu karinenin ilgili davaya uygulanıp uygulanmayacağı ise davacının iktisat alanında uzman bir bilirkişiden alacağı rapora istinaden ortaya konulabilir.¹²⁴ Böylece aksi ispat edilmedikçe ve söz konusu koşullar sağlandığı sürece, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören herkesin tazminat alma hakkı olduğu kabul edilmelidir. Bu yüzden de fiyat artışının şemsiye etkisi nedeniyle olup olmadığına ilişkin hususun ispatı bakımından her rakip firma için ayrı ayrı inceleme yapılması gerekliliği ortadan kalkmıştır. Söz konusu inceleme yalnızca uğranılan zarar miktarının saptanması için gerekli olabilir.

AB rekabet hukuku kapsamında şemsiye etkisi için sözü edilen karinenin getirilmesi olağan karşılanmalıdır. Çünkü yeni çıkarılan Direktif'te de rekabete aykırı fiyat artışının yansıtılmasından kaynaklı zararlar (*passing-on of overcharges*) bakımından aksi ispat edilebilir bir karine benimsenmiştir. Direktif'in 14. maddesine göre, sırasıyla şu üç koşulun sağlanması halinde dolaylı alıcıların zararlarını tazmin etmek için rekabete aykırı fiyat artışının kendilerine yansıtıldığını ispat etmelerine gerek yoktur: *i.* davalının rekabet ihlalinin gerçekleştirdiği sabit olmalı, *ii.* bu rekabet ihlali doğrudan alıcılara satılan ihlale konu üründe hukuka aykırı olarak fiyat artırımına sebep olmalı ve *iii.* dolaylı alıcı da ihlale konu ürünün kendisini veya onu içeren herhangi bir başka ürünü satın almalı. Direktife'e göre, bu koşullar altında hukuka aykırı fiyat artışının, aksi davalı tarafından ispat edilmedikçe, dolaylı alıcılara yansıtıldığı kabul edilir. Söz konusu karinenin neden kabul edildiğine ilişkin Komisyon açıklaması dikkat çekicidir. Buna göre, hukuka aykırı fiyat artışının alt segmentteki alıcılara yansıtıldığının ispat edilmesi hem ihlali gerçekleştiren hem de zarar gören bakımından zor olduğundan ispat yükünün ihlali gerçekleştirenlere yüklenmesi daha "adil" olacaktır.¹²⁵

Dolayısıyla, *passing-on of overcharges* gibi şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazmininde de var olan ispat güçlükleri karşısında, ABAD tarafından aksi ispat edilebilir bir karine getirilmek suretiyle kolaylık sağlandığı söylenebilir.

¹²⁴ ABD uygulamasında, rekabet hukukuna ilişkin her davada davacıların iktisat alanında uzman bilirkişi kullandığı görülmektedir. Areeda vd. 2006, s.127. Bu husus Yeşil Kitap'ta Komisyon tarafından da önerilmiştir. Bkz. AB Komisyonu 2005, para. 2.9.

¹²⁵ AB Komisyonu (2013b), *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report: Damages Actions For Breach of the EU Antitrust Rules Accompanying The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council*, para. 156.

Böyle bir karine karşısında, şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin ispat etmeleri gereken tek unsur, uğradıkları zararın miktarıdır. Kuşkusuz, uygulamada üye ülke mahkemeleri tarafından yukarıdaki karinenin ne derece uygulama alanı bulacağını ilerideki kararlar gösterecektir. Ancak ABAD kararı sayesinde hem ispat kolaylığı getirilmiş hem de şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin mahkemeye başvurmaları halinde davacı olmaları garanti edilmiştir. Tüm bunlara ek olarak, ABAD kararının söz konusu zararların tazmininin gerekliliğini vurgulamış olmasının uygulamaya başkaca yansımaları vardır ki bunların da AB rekabet hukuku kapsamında açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

5.2. Uygulamaya Olası Yansımaları Bakımından

İlk olarak, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenler, eğer nihai tüketici değillerse, uğradıkları fiyat artışını bir alt segmentteki alıcılara geçirdiklerinde dolayı olarak zarar gören bu alıcı grubunun da tazminat isteme hakkı bulunmaktadır.¹²⁶ Komisyon'un şu ana dek olan söylemlerini¹²⁷ onaylayan Direktif'e göre de, AB rekabet hukuku ihlallerinden zarar gören dolaylı alıcıların tazminat isteme hakları ve davalıların da yansıtma savunmasını (*passing-on defence*), yani doğrudan alıcıların zararın bir kısmını veya tümünü kendi fiyatlarını artırmak suretiyle alıcılarına yansıtmalarından dolayı iddia ettikleri kadar bir zarara uğramadıklarını ileri sürme hakları vardır. Dolayısıyla şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin tazminat talep etme hakkı olduğu kadar kendilerine yansıtma savunması ileri sürülebilmesi de mümkün olduğuna göre, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcı, fiyat artışını bir alt segmente yansıtırsa, bu yüzden zarara uğrayan dolaylı alıcıların da tazminat talep etme hakları olacaktır.

AB rekabet hukukunun, herkesin tazminat hakkı olduğunu kabul etmesi, şemsiye etkisinden kaynaklı dolaylı zararları da kapsadığına göre, ihlali gerçekleştirenlerin zarar verdikleri kesime ek olarak her rakip firma için o rakip firma ürünlerini alan *i.* doğrudan alıcı, yani şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören ve *ii.* dolaylı alıcı, yani şemsiye etkisinden kaynaklı zararın yansıtılması suretiyle zarar gören¹²⁸ alıcı grupları yaratılmaktadır. Bu alıcıların da, ABAD'ın şimdiye dek verdiği kararlar göz önüne alındığında, tazminat talep etme hakkının olduğu kabul edilmelidir.

Kural olarak, mahkemelerin söz konusu dolaylı alıcıların tazminat taleplerini değerlendirmesi kolay değildir. Zira bu şekilde ihlalden daha da uzaklaşan bir dolaylı alıcı grubu daha yaratılmış olur ki pratikte bu kişilerin zararlarını ispatlaması şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören doğrudan alıcıların zararlarını ispatlamasından daha zordur. Ancak, Direktif'in 14. maddesinde kabul edilen aksi

¹²⁶ Bkz. Mackenrodt 2010, s.182.

¹²⁷ Bkz. örneğin, AB Komisyonu 2005, para. 2.4; AB Komisyonu 2008a, para. 2.1.

¹²⁸ Buna ikame ürünü satın alamayanlar (*deadweight loss customers*) grubu da ilave edilebilir.

ispat edilebilir karinenin bu duruma da uygulanması gerekir. Şöyle ki, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören dolaylı alıcıların tazminat istemleri de, aksi ispat edilmedikçe, aşırı fiyatlandırmanın alt segmente yansıtıldığı kabul edilmek suretiyle değerlendirilmelidir. Bu durumda da söz konusu ispat zorluklarının büyük oranda ortadan kalktığı görülecektir. Çünkü yalnızca aşırı fiyatlandırmaya sebebiyet veren bir ihlale konu ürünü aracı teşebbüsten aldığı belgelemek, tazminata hak kazanmayı sağlayabileceğinden, bu grup dolaylı alıcılar için geçerli olan büyük bir ispat zorluğu aşılmış olur.

Yukarıdaki açıklamalarla bağlantılı olmak üzere, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesinin uygulamada ortaya çıkarabileceği bir diğer durum da Direktif'in 11. maddesi ile ilgilidir. Söz konusu madde, rekabet ihlalinin gerçekleştiren teşebbüslerin verdikleri zarardan müşterek ve müteselsil olarak sorumlu olmalarını benimseyen bir kural getirmektedir. Direktif söz konusu sorumluluğun teşebbüsün doğrudan ve dolaylı alıcıları bakımından geçerli olacağını düzenlemiştir. Ancak şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenler, bu alıcı gruplarından hiçbirisinin içerisine girmemektedir. Çünkü onlar ne ihlali gerçekleştirenlerden ne de ihlalle bağlantılı herhangi bir firmadan ürün almışlardır. Bu şartlar altında müşterek ve müteselsil sorumluluğun şemsiye etkisinden kaynaklı zararları kapsayıp kapsamayacağına ilişkin bir belirsizlik karşımıza çıkmaktadır.¹²⁹

Kanaatimizce ABAD'ın şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcıların zararlarının tazmin edilmesine hükmetmesi ve bu alıcıların teorik olarak aslında ürünü satın aldıkları firmaların (ihlali gerçekleştirenlerin rakiplerinin) doğrudan alıcısı konumunda olmaları, onların da müşterek ve müteselsil sorumluluk kapsamında değerlendirilmelerini gerektirir. Bu da demektir ki, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin şemsiye etkisinden kaynaklı zararlar bakımından da müşterek ve müteselsil olarak sorumlu olmaları lazımdır.

Bunun kabul edilmesi halinde önümüze çıkan soru, ilgili maddede ihlali gerçekleştirenlerin sorumluluğunun kendi doğrudan ve dolaylı alıcılarına karşı olduğu belirtildiğinden, söz konusu sorumluluğun şemsiye etkisinden dolaylı olarak zarar görenler bakımından da geçerli olup olmayacağıdır. Kanaatimizce, rakip firmaların içinde bulunduğu dağıtım zincirinde yaratılan tüm bu zarar görenler bakımından müşterek ve müteselsil sorumluluk ilkesinin genişletilmesi gerekir. Bunun nedeni, daha önce de belirtildiği gibi, AB rekabet hukukunun hem dolaylı alıcıların hem de şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin tazminat hakkı olduğunu kabul etmesidir. Bu bakımdan, şemsiye etkisi nedeniyle dolaylı olarak zarar görenlerin tazminat alma hakkından mahrum bırakılmayacağına kabulü, ihlali gerçekleştirenlerin onlara karşı da müşterek ve müteselsil olarak

¹²⁹ Henry vd. 2014.

sorumlu olmasını ve bu sayede söz konusu alıcıların da tazminat alma haklarının korunmasını gerektirir.

Dolayısıyla, görünen o ki, ABAD kararının ardından gerçekten de şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesi isteniyorsa daha çok yeni onaylanmış olan Direktif'te bir değişikliğe gidilmesi gerekecektir. Bu husus, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmininin daha önce neden düşünülmediği sorusunu gündeme getirebilir. Çünkü şemsiye teorisi olarak tanımlanan etkinin iktisadi bakımından zaten kabul edilen bir etki olduğuna ve Komisyon'un önceki belgelerinde de bu kişilerin tazminat alması gerektiğinin vurgulandığına şüphe yoktur.

Bir diğer husus ise şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazmin edilmesi halinde ihlali gerçekleştirenlerin aşırı tazminat sorumluluğu altına girip girmedikleri sorunudur.¹³⁰ Bu soru öncelikle tazminat sorumluluğunun kapsamının incelenmesini gerektirir. Tazminat miktarı, parasal bir değer olarak, verilen zarar ile ilişkilidir.¹³¹ Dolayısıyla, davalı, eylemlerinin yol açtığı zararı ödemekle yükümlü olup verdiği zarardan daha çok ya da daha az tazminat ödememelidir.¹³² Mağdurlar ise uğradıkları zarar kadar tazminat almalı, bu miktar gördükleri zarardan ne çok ne de az olmamalıdır. Şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesine bakıldığı zaman, fazla ödenen ya da fazla edinilen bir bedelin olmadığı gözlemlenecektir. İhlali gerçekleştirenler, piyasada şemsiye etkisi yaratıp rakiplerin fiyatlarını artırmalarımı sağladıklarından, rakip ürünlerin alıcılarına zarar vermişlerdir. Tazmin etmeleri beklenen zarar, söz konusu ihlalin verdiği zarardır, ne daha fazlası ne de daha azı. Zarar görenler de ödedikleri *overcharge*'ı tazminat olarak isteyebilirler. Bu miktar da onların zararının karşılığıdır, ne daha azı ne de daha fazlası. Dolayısıyla, ABAD'ın da belirttiği gibi, zararın, kazancın karşılığı olması gibi bir kural yoktur. Tam tersine kural, tazminat miktarının, zararın karşılığı olmasıdır. Karteli gerçekleştirenler, yaptıkları ihlalin şemsiye etkisi yaratacağını ve bu nedenle de ilgili pazar genelinde aşırı fiyatlamaya sebebiyet vereceğini göz ardı edemeyeceklerine göre, öngördükleri bu zararı karşılamaları durumunda aşırı tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmiş olmazlar.¹³³

¹³⁰ Hovenkamp 2011, s.683.

¹³¹ Welfare impact report 2007, s.77.

¹³² WAGNER, G. (2011), "Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options", *Law Quarterly Review*, No:127, s.67.

¹³³ Şemsiye etkisinden kaynaklanmayan fiyat artışlarının tazmin edilmemesi hususunda mahkemelerin delilleri ve iktisat alanındaki bilirkişinin raporunu değerlendirirken daha dikkatli olması gerekir. Bu kapsamda aksi ispat edilebilir karine gereği, zararın şemsiye etkisinden kaynaklanmadığının ispat yükü ihlali gerçekleştirenlerin üzerindedir.

Son olarak da, yukarıdaki açıklamalar ışığında akla gelebilecek en önemli soru, ihlali gerçekleştirenlerin tüm bu zarar gören alıcı gruplarına tazminat ödeme yükümlülüğü altında bırakılmasının, tazminat davalarının sayısında beklenmeyen bir patlama ortaya çıkarmak suretiyle aşırı caydırıcılık¹³⁴ ve ABD’de gözlemlendiği iddia edildiği gibi,¹³⁵ özel hukuk davalarının kötüye kullanılması sorunlarına yol açıp açmayacağına ilişkindir. Öncelikle, ABD’de de rekabet hukukunun özel uygulaması çok yaygın olarak kullanılıyor olsa da sözü edilen kötüye kullanmanın anekdotlara dayalı olduğu, tüm sistemi yansıtmadığı gibi ampirik bir bilgiye de dayanmadığı son zamanlarda yapılan çalışmalarla ortaya konmuştur.¹³⁶

Tüm tazminat davalarının incelenmesi suretiyle rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasına ilişkin sistemin bütünü bakımından bir çalışma yapmak mümkün olmasa da yakın zamanda yürütülen araştırmalar ABD uygulamasına ilişkin genel kanının sorgulanması gerektiğini ortaya koymuştur. Gerçekten de, Davis ve Lande’nin rekabet ihlalden kaynaklanan zararlara karşı açılan 60 adet davayı incelediği çalışması, bu davalarda toplam 33.8 ile 35.8 milyar dolar arasında bir nakit tazminata hükmedildiğini saptamıştır.¹³⁷ Ayrıca çalışmada, bu davalar için yapılan masraflar ve avukat ücretleri düşüldüğünde hükmedilen tazminatın %80’inin zarar görenlere dağıtıldığı görülmüştür.¹³⁸

Her ne kadar tazminat miktarı yüksek gibi görünse de, rekabet davalarında hâkimin üç katı tazminata hükmetme zorunluluğuna rağmen söz konusu tazminat

¹³⁴ Hovenkamp’a göre, şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazmininde, caydırıcılık ve tazmin etme amaçlarından hangisine öncelik verileceğinin de rol oynadığı söylenebilir, çünkü iki doğrudan alıcı grubunun da ihlali gerçekleştiren teşebbüslerden tazminat alabilmesi, söz konusu teşebbüslerin iki kere cezalandırılması anlamına da gelebileceğinden aşırı caydırıcılık sağlayabilir. Hovenkamp 2011, s.683. Aksine Page ise şemsiye etkisinden kaynaklı zararlar tazmin edilmezse caydırıcılığın sağlanmasının mümkün olmadığına dikkat çekmektedir. PAGE, W.H. (1985), “The Scope of Liability for Antitrust Violations”, *Stanford Law Review*, No:37(6), s.1491-1492.

¹³⁵ Bkz. örneğin, AB Komisyonu (2008b), *Commission Staff Working Paper Accompanying The White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, para. 43. Aynı şekilde, ALMUNIA, J. (2010), “Common standards for group claims across the EU”, University of Valladolid School of Law, SPEECH/10/554, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/554&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, Erişim Tarihi: 16.09.2014.

¹³⁶ RUSSELL, T.L. (2010), “Exporting Class Actions to the European Union”, *Boston University International Law Journal*, No:128, s.152; JONES, C.A. (2012a), “Opting-in to Opting-out: Why Collective Redress in Europe Should Adopt the Opt-out Approach to Class Actions”, *Foreword - Concurrences Journal*, s.2; JONES, C.A. (2012b), “Deterrence and Compensation in New Competition Regimes: The Role of Private Enforcement”, R. Whish ve C. Townley (der.), *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions* içinde, s. 176; DAVIS, J.P. (2014), “Classwide Recoveries”, *The George Washington Law Review*, s.940-941.

¹³⁷ DAVIS, J.P. and R.H. LANDE (2013), “Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement”, *Georgia Law Review*, No:48(1), s.17.

¹³⁸ *Ibid*, s.47-48.

miktarı, ihlali gerçekleştirenlerin aşırı fiyatlamaya sayesinde elde ettiği kâra yaklaşmamaktadır. Connor ve Lande, ABD’de aşırı fiyatlamaya sebebiyet veren 66 kartelin yarattığı *overcharge* ile söz konusu kartellere karşı açılan tazminat davalarında hükmedilen tazminat miktarını karşılaştırmış ve ödenen tazminatın gerçekte verilen zararın %50’sine bile denk gelmediğini bulmuştur.¹³⁹ Benzer bir başka çalışma ise, tazminat davalarının uzlaşma ile çözülmesi durumunda mağdurların ne miktarda tazminata hak kazandığını araştırmış ve maruz kalınan *overcharge*’ın yalnızca %30’unun tazmin edilebildiği ortaya konulmuştur.¹⁴⁰ Dolayısıyla, ABD özel hukuk uygulamasının davalıların aleyhine çalıştığına ve aşırı tazminata yol açtığına ilişkin genel inanç gerçeği yansıtılmamaktadır.

Buradan hareketle, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesinin Avrupa’da dava sayısında aşırı artışa sebep olabileceğine ilişkin argüman incelenmelidir. Öncelikle, AB genelinde rekabet ihlallerine karşı açılan tazminat davalarının çok düşük sayıda olduğu belirtilmelidir. *Courage* kararının herkesin tazminat alması gerektiğine hükmetmesi üzerine, Komisyon adına ilk olarak *Ashurst Study* yaptırılmıştır. Bu çalışma, 1962-2004 yılları arasında, tüm AB genelindeki tazminat davalarının sayısını ve başarı oranını araştırarak neden bu denli az sayıda dava olduğunu ortaya koymayı amaçlamıştır. İncelenen 42 yıl boyunca AB genelinde 60 adet tazminat davası tespit edilmiş ve bunların da yalnızca 28’inin sonunda tazminata hükmedildiği görülmüştür.¹⁴¹

Sonrasında Komisyon adına yaptırılan *The Welfare Impact Report*, 2004-2007 yılları arasında AB genelinde açılmış davaları incelemiş ve 96 adet tazminat davası bulmuştur. Bu davaların sadece 10 üye ülkede açıldığı ve yalnızca 18’inin sonunda tazminata hükmedilmiş olduğu ortaya konmuştur.¹⁴² Direktif hazırlanırken Komisyon tarafından yapılan son çalışmada ise durumun aslında *Courage* kararından beri, yani 13 yıldır hiç değişmemiş olduğu yine rakamlarla gösterilmiştir. Açılan tazminat davalarının büyük bir çoğunluğu üç üye ülkede gözlemlenmiştir: Birleşik Krallık, Almanya ve Hollanda. Bunun yanı sıra, 20 üye ülkede rekabet ihlallerinden kaynaklanan zararların tazmini için hiç tazminat davası açılmamış olduğu tespit edilmiştir.¹⁴³ Diğer çarpıcı bulgu ise, 2006-2012 arasında Komisyon’un ortaya çıkardığı ihallerden yalnızca %28’inin bir tazminat

¹³⁹ CONNOR, J.M. ve R.H. LANDE (2012), “Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays”, *Cardozo Law Review*, No:34, s.429-430.

¹⁴⁰ CONNOR, J.M. (2012), “Private Recoveries in International Cartel Cases Worldwide: What Do the Data Show?”, *American Antitrust Institute Working Paper*, No: 12-03, s.14-15.

¹⁴¹ WAELBROECK, D., D. SLATER ve G. EVEN-SHOSHAN (2004), *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules, Comparative Report (Ashurst Study)*, s.1.

¹⁴² Welfare impact report 2007, s.39-42.

¹⁴³ AB Komisyonu (2013c), *Executive Summary of the Impact Assessment - Damages Actions for Breach of the EU Antitrust Rules*, para. 52.

davasına sebebiyet vermiştir.¹⁴⁴ Ayrıca, Komisyon davaların büyük şirketler tarafından açıldığını, tüketicilerin zarar gördükleri halde dava açmadığını, bu nedenle de AB’de rekabet ihlalden zarar görenlerin her yıl ortalama €5.7 milyar ile €23.3 milyar arasında bir miktarı ihlali yapanlara kâr olarak bıraktığını tespit etmiştir.¹⁴⁵

Dolayısıyla yıllardır rekabet hukukunun özel uygulamasını etkin hale getirmek için uğraşan Komisyon’un dava sayısını yalnızca şemsiye etkisinden zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmek suretiyle artırabileceğini iddia etmek gerçekçi görünmemektedir. AB rekabet hukuku uygulamasına ilişkin tüm sistem göz önüne alındığında, işleyişin farklı olduğu ve daha çok rekabet hukukunun rekabet otoritelerince yürütüldüğü ve bunun böyle de olmaya devam edeceği gözden kaçırılmamalıdır. O yüzden de somut veri ile desteklenemeyen aşırı caydırıcılık ya da dava sayısında patlama ya da kötüye kullanma olabileceğine ilişkin iddialar, şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin tazminat alma hakkının engellenmesi için yeterli değildir.

SONUÇ

Rekabet ihlallerinin yarattığı zararların toplumun her kesimine yayılması pek çok kişinin zarar görmesine yol açar. Bu nedenle de rekabet hukukunda zararını ispatlamak suretiyle kimin ne ölçüde tazminat alabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de dolaylı alıcıların zararlarının tazmin edilip edilemeyeceğinden, ürünü satın almayanların zararlarının tazmin edilmesi gerekip gerekmediğine kadar uzanan yelpazede bir diğer grup da rakip ürünü satın alanlardır. Bu son grup, rakip firmadan ikame ürün satın almak suretiyle zarara uğramaktadır. Kural olarak, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin başarılı şekilde zararlarını telafi etmeleri, delillerin rekabet ihlalden yapan teşebbüslerin elinde ve gizli olması ya da yargılamanın kompleks ekonomik analiz gerektirmesi gibi rekabet yargılamasının kendine has zorluklarına katlanmalarının yanı sıra, rakip firmaların rekabete aykırı fiyat artışı gerçekleştiren ihlallerin oluşturduğu fiyat şemsiyesinden yararlanarak fiyatlarını artırdığını ve bunun ile zararları arasındaki illiyet bağına da ispatlamalarına bağlıdır.

Şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin ihlalle uzaktan bağlantılı olmaları, ihlale ve illiyet bağına ilişkin hususları ispat etmelerini daha da zorlaştırmaktadır. Bu ispat yükü ve mağdurların zararlarının spekülasyon yapısı ABD’de söz konusu alıcıların davacı statülerinin reddedilmesiyle ve şu ana dek bu zararların hiç tazmin edilmemesiyle sonuçlanmıştır. AB rekabet hukuku kapsamında ise hem Kanun Sözcüsü Kokott hem de ABAD söz konusu alıcı grubunun tazminat almaya hakkı olması gerektiğini vurgulamıştır. Böylece hem AB rekabet hukukunun özel

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid, para. 52-53, 67.

hukuk uygulamasının öncelikli amacı olan tazminat amacına hizmet eden bir görüş oluşturulmuş, hem de ihlali gerçekleştirenlerin rekabet ihlallerinin yarattığı tüm zararlardan sorumlu olmaları gerektiği ilkesinin altı çizilmiştir.

Bu bakımdan hem Kanun Sözcüsü hem de ABAD'ın *Kone* kararı karine niteliğinde bir saptama yapmış ve yapılan kartelin pazardaki gücü ve ihlalin gerçekleştirildiği piyasanın spesifik özellikleri değerlendirildiğinde, şemsiye etkisinin gerçekleşeceği saptanıyorsa, kartel üyelerinin bu etkinin oluşacağını ve dolayısıyla zarara yol açacağını göz ardı edemeyeceklerine hükmetmiştir. Söz konusu zarar göz ardı edilemeyeceğine göre öngörülebilirdir ve bu da şemsiye etkisi nedeniyle verilen zararın tazmin edilmesini gerektirir. Gerçekten de karine, ispat güçlüklerini büyük ölçüde gidermektedir. Çünkü zarar görenler, bu sayede, rakiplerin tek tek iç karar verme mekanizmalarını incelemek suretiyle onların şemsiye etkisinden dolayı mı yoksa başkaca bir nedenden dolayı mı fiyatlarını artırdıklarını ispat etme yükünden kurtulmuşlardır. Bu durumda ispat edilmesi gereken unsurlar, ihlalin ve piyasanın yapısı gereği hukuka aykırı olarak yapılan fiyat artışının şemsiye etkisi yaratıp yaratamayacağı, ikame ürünün satın alındığı ve bu nedenle uğranılan zararın miktarıdır.

ABAD'ın *Kone* kararı negatif uyumlaştırma (*negative harmonisation*) yoluyla üye ülke mahkemelerinde şemsiye etkisi nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan davaların baştan reddedilmesi imkânını ortadan kaldırmıştır. Böylelikle üye ülkelerin şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesi olanağını göz önüne alması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Ancak hâlihazırda toplam 28 üye ülkenin bulunduğu AB'de her üye ülkenin medeni usul yargılamasının, delil değerlendirme ve illiyet bağının nasıl saptanacağına ilişkin kurallarının birbirinden farklı olduğu unutulmamalıdır. Aynı şekilde Direktif çok yakın bir zamanda yayınlanmış ve burada da dolaylı alıcılar dışında başkaca rekabet ihlalinin etkilenen kişilere ait bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu yüzden de ABAD'ın *Kone* kararının ardından, pratikte bu alıcı grubunun tazminat almasını kolaylaştırmak adına uyumlaştırma (*positive harmonisation*) sağlayan bir dökümanla, Direktif'te değişikliğe gitmek gibi, kalıcı bir çözümün sunulmasına ihtiyaç vardır. Önümüzdeki günlerde en azından ÖBB bakımından, ABAD kararının ardından şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin tazminat elde etmesine ilişkin durum Avusturya'da tekrar değerlendirileceğinden, sonucun ne olacağını görmek mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

AB Komisyonu (1997), *Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law*.

AB Komisyonu (2005), *Green Paper on damages actions for breach of EU antitrust rules*.

AB Komisyonu (2008a), *White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*.

AB Komisyonu (2008b), *Commission Staff Working Paper Accompanying The White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*.

AB Komisyonu (2011), *Draft Guidance Paper: Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union- Public Consultation*.

AB Komisyonu (2013a), *Staff Working Document: Practical Guide Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union*.

AB Komisyonu (2013b), *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report: Damages Actions For Breach of the EU Antitrust Rules Accompanying The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council*.

AB Komisyonu (2013c), *Executive Summary of the Impact Assessment - Damages Actions for Breach of the EU Antitrust Rules*.

AB Komisyonu (2014), *Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD).

ALMUNIA, J. (2010), “Common standards for group claims across the EU”, University of Valladolid School of Law, SPEECH/10/554, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/554&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, Erişim Tarihi: 16.09.2014.

AREEDA, P.E., H. HOVENKAMP, R.D. BLAIR ve C. P. DURRANCE (2006), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application vol.IIA*, Third edition, Aspen Publishers, New York, US.

BASEDOW, J. (2007), “Introduction”, J. Basedow (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law* içinde, s.1–5.

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

BLAIR, R.D. ve R.E. ROMANO (1990), “Distinguishing Participants from Nonparticipants in a Price-Fixing Conspiracy: Liability and Damages”, *American Business Law Journal*, s.33-57.

BUSSANI, M. ve V.V. PALMER (2003), “The Notion of Pure Economic Loss and its Setting”, M. Bussani ve V. V. Palmer (der.), *Pure Economic Loss in Europe* içinde, s. 3 - 24.

Centre for European Policy Studies (2007), Erasmus University Rotterdam (EUR) ve Luiss Guido Carli (LUISS), *Report for the European Commission ‘Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios’*, Final Report, Centre for European Policy Studies.

CONNOR, J.M. (2012), “Private Recoveries in International Cartel Cases Worldwide: What Do the Data Show?”, *American Antitrust Institute Working Paper*, No: 12-03, s.1–39.

CONNOR, J.M. ve R.H. LANDE (2005), “How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Reform of the Antitrust Sentencing Guidelines”, *Tulane Law Review*, No: 80, s.513–569.

CONNOR, J.M. ve R.H. LANDE (2012), “Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays”, *Cardozo Law Review*, No:34, s.427–490.

Court of Justice of the European Union (2014), *Press Release No 79/14*, (Luxembourg) (Kone basın bülteni), <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/cp140079en.pdf>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

CRAMER, L. ve D.C. SIMONS (2012), “Parties Entitled to Pursue a Claim”, A. A. Foer ve R. M. Stutz (der.), *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States: A Handbook* içinde, s.64–94.

CROSS, F.B. ve R.L. MILLER (2008), *The Legal Environment of Business: Text and Cases - Ethical, Regulatory, Global, and Corporate Issues*, Seventh Edition, South-Western Cengage Learning, US.

DAVIS, J.P. (2014), “Classwide Recoveries”, *The George Washington Law Review*, s.890-950.

European Group on Tort Law (2005), *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer-Verlag, Wien, Austria.

European Group on Tort Law, <http://www.egtl.org/>, Erişim Tarihi: 27.09.2014.

European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, <http://www.egtl.org/Principles>, Erişim Tarihi: 27.09.2014.

General Court of the European Union (2011), *Press Release No 72/11* (Luxembourg), <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-07/cp110072en.pdf>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

- GERBER, D.J. (2007), “Private enforcement of competition law: a comparative perspective”, T.M.J. Möllers ve A. Heinemann (der.), *The Enforcement of Competition Law in Europe* içinde, s.431-452.
- HANSBERRY, D., C. HUMMER, M. LE BERRE ve M. LECLERC (2014), “Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelists Competitors”, *Journal of European Competition Law & Practice*, No:5(4) s.196-205.
- HENRY, D., M. MAIER ve P. WERNER (2014), “EU’s top court rules cartel victims can claim damages from cartelists despite no contractual link”, http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fdc7a0ae-a3a2-437e-9fb8-b7ddfa753bc3&utm_source=lexology+daily+newsfeed&utm_medium=html+email+-+body+-+general+section&utm_campaign=lexology+subscriber+daily+feed&utm_content=lexology+daily+newsfeed+2014-06-11&utm_term, Erişim Tarihi: 16.06.2014.
- HOVENKAMP, H. (2011), *Federal Antitrust Policy: Law of Competition and its Practice*, Fourth Edition, West, US.
- INDERST, R., F. MAIER-RIGAUD ve U. SCHWALBE (2013), “Umbrella Effects”, *IESEG School of Management Working Paper*, No.2013-ECO-17, s.1–22.
- JONES, C.A. (1999), *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, First Edition, Oxford University Press, UK.
- JONES, C.A. (2012a), “Opting-in to Opting-out: Why Collective Redress in Europe Should Adopt the Opt-out Approach to Class Actions”, *Foreword - Concurrences Journal*, s.1–3.
- JONES, C.A. (2012b), “Deterrence and Compensation in New Competition Regimes: The Role of Private Enforcement”, R. Whish ve C. Townley (der.), *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions* içinde, s.167–182.
- KIRWAN, K. (2012), “Debunking the “Umbrella Theory” of Antitrust Standing”, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=47c9ad69-0334-4b02-a4be-6f89746a5c71>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.
- LAITENBERGER, U. ve F. SUMDA (2013), “Estimating Consumer Damages in Cartel Cases”, *ZEW Discussion Papers*, No. 13-069, <http://www.econstor.eu/bitstream/10419/83472/1/769011144.pdf>, Erişim Tarihi: 19.06.2014.
- LANDE, R.H. (1993), “Are Antitrust “Treble” Damages Really Single Damages?”, *Ohio State Law Journal*, No:54, s.115–174.
- LAVE, J.M. (2003), “Umbrella Standing: The Trade-off between Plaintiff Suit and Speculative Claims”, *Antitrust Bulletin*, No:48, s.223-269.
- MACKENRODT, M-O. (2010), “Private Incentive, Optimal Deterrence and Damage Claims for Abuses of Dominant Positions - The Interaction between

the Economic Review of the Prohibition of Abuses of Dominant Positions and Private Enforcement”, M-O. Mackenrodt, B. C. Gallego ve S. Enchelmaier (der.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* içinde, s.165–189.

NEBBIA, P. (2008), “Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?”, *European Law Review*, No: 33(1), s. 23–43.

PAGE, W.H. (1985) “The Scope of Liability for Antitrust Violations”, *Stanford Law Review*, No:37(6), s.1445-1512.

RUSSELL, T.L. (2010), “Exporting Class Actions to the European Union”, *Boston University International Law Journal*, No:128, s.141–180.

ÖZKAN, Z. (2014), “Amerikan Haksız Fiil Hukukunda Nedenselliğin Tesisi Çerçevesinde Gerçek Neden ve İspatı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, No: 26(110), s.33-56.

SANLI, K.C. (2008), “Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik bir Bakış”, *Perşembe Konferansları*, s.3-21.

Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online (2010), “Antitrust Cases Filed in U.S. District Courts”, <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412010.pdf>, Erişim tarihi: 10.06.2013.

STEVANOVIĆ, D. (2012), *Damages Actions for Breach of Articles 81 and 82 of the EC Treaty: A More Economic Approach*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Central European University, Budapest.

UK Department for Business Innovation and Skills (BIS) (2012), *Private actions in competition law - a consultation on options for reform*, BIS, London.

VAN ACKER, J. ve V. LEFEVER (2013), “Advocate General Opens Door to Umbrella Claims in Cartel Damages Cases”, *Competition Policy International*, s.1-5.

VAN UYTSEL, S. (2012), “Collective Actions in a Competition Law Context - Reconciling Multilayer Interests to Enhance Access to Justice”, S. Wrška, S. Van Uytzel ve M. Siems (der.), *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?* içinde, s.57-92.

VEENBRINK, M. ve C.S. RUSU (2014), “Case Comment – Case C-557/12 Kone AG and Others v ÖBB Infrastruktur AG”, *Competition Law Review*, No:10(1), s.107-115.

WAELEBROECK, D. ve D. SLATER (2006), “The Commission’s Green Paper on Private Enforcement: “Americanization” of EC Competition Law Enforcement?”, *European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2006 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings* içinde, s.1–17.

WAELEBROECK, D., D. SLATER ve G. EVEN-SHOSHAN (2004), *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition*

Rules, Comparative Report (Ashurst Study), s.1-136.

WAGNER, G. (2011), “Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options”, *Law Quarterly Review*, No:127, s.55–82.

YAHYA, M.A. (2005), “Can I Sue Without Being Injured: Why the Benefit of the Bargain Theory for Product Liability is Bad Law and Bad Economics”, *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, No:3, s.83–131.

AB: Davalar

C-453/99 *Courage Ltd. v Bernard Crehan*, ECR [2001] I-6927.

AG in *Courage*, Opinion of AG Mischo Delivered on 22 March 2001 in *Courage*. Joined Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P *Aalborg Portland A/S and Others v Commission* [2004] ECR I-123.

Joined Cases C-295/04 and C-298/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* [2006] ECR I-06619.

Case COMP/E-1/38.823, Commission Decision *PO/Elevators and Escalators C* (2007) 512 final.

Joined Cases T-141/07, T-142/07, T-145/07 and T-146/07 *General Technic-Otis and Others v European Commission* [2011] OJ/C 269.

Case C-199/11 *Europese Gemeenschap v Otis NV and Others* [2012] (henüz yayınlanmadı), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=129323&doclang=EN>, Erişim Tarihi: 22.06.2014.

Case C-536/11 *Bundeswettbewerbsbehörde v Donau Chemie AG and Others* [2013] ECR I-0000.

Opinion of AG Kokott Delivered on 30 January 2014 Case C-557/12 *KONE AG and Others* (Request for a preliminary ruling from the Oberster Gerichtshof (Austria)) [2014] OJ C 129/8, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dcbe11e9c22b934a58fbfb96a04e4feee6.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMc3j0?text=&docid=147064&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first%26%238706%3B=1&cid=89784>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

Case C-557/12 *Kone AG and Others v ÖBB-Infrastruktur AG* (henüz yayınlanmadı) (*Kone Kararı*), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153312&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&id=251767>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

ABD: Davalar

State of Washington v American Pipe & Construction Co. 280 F. Supp. 802 (1968).

Hawaii v Standard Oil Co., 405 U.S. 251 (1972).

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

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

Mid-West Paper Products v Continental Group, 596 F.2d 573 (3d Cir. 1979).

In re Beef Industry Antitrust Litigation, 600 F.2d 1148 (5th Cir. 1979).

Blue Shield of Virginia v McCready, 457 U.S. 465 (1982).

In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation
691 F.2d 1335 (9th Cir. 1982).

Associated General Contractors v Carpenters, 459 U.S. 519 (1983).

Cargill, Inc. v Monfort of Colo., Inc., 479 U.S. 104, (1986).