

**REKABET İHLALLERİNDEN
DOĞAN ZARARIN HESAPLANMASI:
AB UYGULAMASI BAĞLAMINDA GENEL YAKLAŞIMLAR**

*QUANTIFICATION OF ANTITRUST DAMAGES:
GENERAL APPROACHES IN THE LIGHT OF EU EXPERIENCE*

**Hale GÜNDÜZ
Sinan BOZKUŞ***

Öz

Rekabet ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin caydırılmasında ve ihlalden olumsuz yönde etkilenenlerin zararlarının karşılanmasında idari yaptırımların yanında özel hukuk yaptırımlarının ve bu kapsamda tazminat ödemelerinin önemli bir yeri bulunmaktadır. Bu bakımdan tazminat davalarının yaygınlaşması, rekabet hukukunun gelişmesine de katkı sağlayacaktır. Dolayısıyla tazminat davaları teşvik edilmeli ve kişilerin tazminat davası açmalarının önündeki engeller kaldırılmalıdır. Bu engeller arasında tazminat tutarının hesaplanması önemli bir yere sahiptir. Zira kişiler ihlal nedeniyle uğradıkları zararları tam olarak hesaplayamadıklarında dava açma güdüleri azalmakta, diğer taraftan zarar hesabı hâkimlerin uzmanlık alanı olmadığından, olması gerekenden daha yüksek veya daha düşük tutarda tazminata hükmedilebilmektedir. Bu nedenle zararın hesaplanması tazminat davası sürecinde önemli bir yere sahiptir. Bu öneme binaen çalışmada; rekabet ihlallerinden doğan zararın hesaplanmasında kullanılacak yöntemler genel hatları ile anlatılacak, farklı ihlal türlerine göre ne tür zararların doğabileceğine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Zarar, Zararın Hesaplanması, Zararın Hesaplanmasına Yönelik Yöntemler, Öncesi-Sonrası Yöntemi, Mukayese Yöntemi.*

Abstract

Besides administrative antitrust enforcement, private damages actions have a fundamental role in deterrence of infringing parties and compensating the losses of the victim of a violation. In this regard, the spread of the action for damages will also contribute to the development of competition law. Thus,

* Rekabet Uzmanları, Rekabet Kurumu. Bu çalışmada ifade edilen görüşler yazarların şahsi görüşleri olup Rekabet Kurumu'nu bağlamaz. Görüş ve önerileri ile çalışmaya katkı sağlayan isimlerini bilmediğimiz hakem heyetine teşekkür ederiz.

people who sue for compensation cases have to be encouraged and the obstacles behind private actions have to be removed. Quantification of damages is one of the biggest obstacles since people who suffered from an antitrust violation may lose their litigation motives when they could not quantify their exact damages. On the other hand, since the judges are not specialized on quantification, they may rule a damage, which may be more or less than the real amount of harm. Therefore quantification of damages has a vital role in action for damages. Owing to that vital role, quantification methods and types of damages from different types of violations will be discussed in this study.

Keywords: *Damage, Quantification of Damages, Methods for Quantification of Damages, Before-After Method, Yardstick Method.*

GİRİŞ

Başarılı bir rekabet hukuku uygulaması iki sütun üzerine oturmaktadır. Bunlardan ilki rekabet otoriteleri eliyle yürütülmekte olup, ihlalde bulunanların tespit edilmesi ve cezalandırılması suretiyle, ihlalde bulunan teşebbüslerin caydırılmasını ve rekabet ihlalinin topluma verdiği zararın bertaraf edilmesini amaçlamaktadır. İkincisi ise, tüketiciler ve rakipler gibi ihlalden zarar görenlerin zararlarının karşılanmasını amaçlayan özel hukuk uygulamalarıdır. Esasen birbirlerinin alternatifi olmaktan ziyade tamamlayıcısı olan bu iki uygulamanın, etkin bir şekilde yürütülmesi halinde rekabet ihlalinde bulunan veya bulunacak teşebbüsler üzerindeki caydırıcı etki çok daha fazla olacaktır. Zira teşebbüs bir yandan rekabet otoritesi tarafından cezalandırılma tehlikesi ile diğer taraftan kişilerin açacağı tazminat davaları ile önemli miktarda tazminat ödeme riski ile karşı karşıya kalacaktır. Dolayısıyla bu iki uygulama ihlalde bulunan teşebbüsler üzerindeki toplam riski artırarak ihlallerin önlenmesini kolaylaştıracaktır.

Bununla birlikte, gerek ülkemizde gerek Avrupa Birliği (AB) üyesi ülkelerde özel hukuk uygulamasının yeterince geliştiğini söylemek mümkün değildir. Bu durumun çok sayıda hukuki ve pratik sebepleri arasında zarar miktarının hesaplanmasındaki güçlükler ayrı bir öneme sahiptir. Zira dava açma niyetinde olanlar ihlal sonucu uğradıkları zararı mahkeme nezdinde ispat etmekle yükümlüdürler. Ancak bir rekabet ihlali sonucunda ortaya çıkan zararın tam olarak ölçülebilmesi istisnai haller dışında neredeyse mümkün değildir. Çünkü davacı “ihlal olmasa idi” içinde bulunacağı durumu tahmin etmek zorundadır. Bu durum “ya olmasaydı” şeklinde farazi bir dünya kurulmasını gerektirmekte ve önemli ölçüde belirsizlik içermektedir.

Zararın hesaplanması yalnızca tazminat davaları bakımından değil idari uygulamalar bakımından da önem taşıyan bir husustur. Zira ihlalde bulunan teşebbüslere verilecek cezanın belirlenmesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi

muhtemel zararın büyüklüğü de dikkate alınmakta ve buna göre ceza takdirinde bulunmaktadır. Dolayısıyla, çalışmada bahsedilen zarar hesaplama yöntemleri idari uygulamalar açısından da dikkate alınabilecektir.

Bu çerçevede çalışmada, rekabet ihlalden doğan zararın hesaplanmasında önemli bir yere sahip olan “farazi durum”un tahminine yönelik yöntemlere yer verilmiştir. Çalışma, eylemin ihlal olup olmadığına, eylem sonucu bir zarar doğup doğmadığına ya da doğan zararın ihlalden kaynaklanıp kaynaklanmadığına ilişkin değerlendirmeleri içermemekte, bu unsurların karşılandığı ve zararın hesaplanması aşamasına geçildiği varsayımına dayanmaktadır.

Bu kapsamda üç bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde zarara ve tazminata ilişkin genel hükümlere değinilmekte, rekabet ihlalden doğan zararların tazminini kolaylaştırmak için AB Komisyonu tarafından gerçekleştirilen çalışmalara yer verilmektedir. İkinci bölümde belirli rekabet ihlali türleri açısından doğabilecek zararlar ve bu zararlardan etkilenen taraflar hakkında değerlendirmelerde bulunulmakta, üçüncü bölümde ise zararın hesaplanmasında kullanılan yöntemler ele alınmaktadır.

1. ZARAR KAVRAMI VE AB UYGULAMASI BAĞLAMINDA ZARARIN HESAPLANMASININ ÖNEMİ

1.1. Genel Olarak Zarar Kavramı

Türk hukukunda zarar terimi bir kimsenin malvarlığında¹ iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade etmektedir².

Zarar kavramı, çeşitli alt ayrımlar çerçevesinde incelenmektedir. En bilinen ayırım “fiili zarar”-“yoksun kalınan kâr” ayırımıdır. Buna göre fiili zarar

¹ Malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden, bir başka deyişle para ile ölçülebilen hukuki değerlerin oluşturduğu bütün olarak tanımlanmakta olup, maddi ve fikri değerler üzerindeki mutlak hakları içermektedir. Bkz. SANLI, K.C. (2007), *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, Arıkan Yayınları, s.300-301.

² Esasen bu tanım “dar” anlamda zarar olarak adlandırılmaktadır. “Geniş” anlamda zarar ise; bir kişinin mal ve şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen tüm eksilmeleri içermekte ve hem maddi hem de manevi zararı kapsamaktadır. Bkz. Sanlı 2007, s.298-299. Mevcut çalışmanın konusu zarar tayininde kullanılan yöntemlerle sınırlı olduğundan ve rekabet ihlalleri sonucu manevi zarar oluşup oluşmayacağı konusu tartışmalı bir husus olduğundan, çalışmada yalnızca maddi zarara ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Rekabet ihlallerinden doğan manevi zararlarla ilgili değerlendirmeler için bkz. ŞAHBAZ, A. U. (2008), *ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:88, Ankara, s. 2; AKSOY, N. (2004), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 51; SANLI, K.C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I* içinde, s. 236.

(*damnum emergens*), kişinin malvarlığındaki net azalmayı ifade etmekte olup, varlıkta (aktif) azalmayı ya da borçta (pasif) çoğalmayı içermektedir. Yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) ise zarara yol açan eylemin (haksız fiil), malvarlığının artışını önlemesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda zarar gören, hayatın olağan akışına göre elde etmesi muhtemel olan bir kazançtan kısmen ya da tamamen mahrum kalmaktadır³.

1.2. Rekabet Hukuku Uygulamalarında Zarar ve Bu Zararın Hesaplanmasının Özel Hukuk Yaptırımları ve İdari Yaptırımlardaki Yeri

Bilindiği üzere rekabet ihlaller, hem idari yaptırımlara hem de özel hukuk yaptırımlarına tabidir. Her iki yaptırım türü de rekabet ihlallerinin caydırılması ve rekabet ihlalleri sonucunda ortaya çıkacak zarardan tüketicilerin ve firmaların korunması şeklinde özetlenebilecek ortak bir amaca hizmet etmektedir⁴. Bu iki uygulama arasında, ulaşılan sonuç bakımından en önemli farklılık, idare tarafından uygulanan ceza devlet bütçesine aktarılırken, özel hukuk yoluyla ödenmesi kararlaştırılan tazminat bizzat ihlalin mağdurlarına aktarılmaktadır. Bu bakımdan etkin bir özel hukuk uygulaması yalnızca olası ihlallerin oluşmadan caydırılması⁵ amacına hizmet etmeyecek, aynı zamanda, ihlalden doğrudan ya da dolaylı olarak zarar gören kişilerin zararlarını tazmin etmelerine olanak tanıyacaktır. Bunun yanında gelişmiş bir özel hukuk uygulaması, idari uygulamaları uygulamaların sonuçlarını da destekleyecek ve bu şekilde

³ Sanlı 2007, s.302-303.

⁴ Nitekim AB Komisyonu, Çalışma Kitabı'nda (2005) özel hukuk ve idare hukuku uygulamasını rekabet hukuku uygulamalarının iki temel direği olarak değerlendirmektedir. Bkz. Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper, 2005, s.6 (Bundan sonra "Çalışma Kitabı 2005" olarak anılacaktır).

⁵ Bu çalışmanın kapsamını aşmakla birlikte, genel olarak, rekabet ihlallerinden doğan zararın tazmin edilmesindeki amacın caydırıcılık ya da ihlalden zarar görenlerin zararının telafi edilmesi olabileceği ifade edilebilir. ABD'de Yüksek Mahkeme *Pfizer, Inc. v. Government of India*, 434 U.S. 308, 314, 98 S.Ct. 584, 588 (1978) ve *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 485-86, 97 S.Ct. 690, 695-96 (1977) kararlarında her iki amacın da geçerli olduğunu belirtmektedir. Bu konuya ve genel olarak rekabet ihlallerinden doğan zararın tazmininin amaçlarına dair bir tartışma için bkz. HOVENKAMP, H. (2010), *A Primer on Antitrust Damages*, <http://ssrn.com/abstract=1685919>. AB'de ve Türkiye'de ise genel itibarıyla ihlalden zarar görenlerin zararının telafi etme amacı ön plandadır. Bkz. Aksoy 2004, s.48; White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM(2008) 165, 02.04.2008, s.3 (Bundan sonra "Beyaz Kitap" olarak anılacaktır); Commission Staff Working Paper, Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM(2008) 165 Final, s.11 (Bundan sonra "Çalışma Kitabı 2008" olarak anılacaktır). Ancak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 58. maddesinde öngörülen "zararın üç katı oranında tazminat" hükmünün telafi amacıyla bağdaştırılması zordur. Burada kanun koyucunun amacının ancak ihlalin tespiti halinde ödenecek tazminatı artırarak, ihlalde bulunan teşebbüsü bu eyleminden caydırmak olabileceği söylenebilir. Bkz. Şahbaz 2008, s.6.

teşebbüslerin kanuna uyma güdülerini artacağından pazarın rekabetçi ve yeni girişlere açık kalması sağlanacaktır⁶.

Bugüne değin özel hukuk davalarının hem ülkemizde hem de Avrupa’da sınırlı sayıda kalmasının ve etkin bir şekilde işletilememesinin önündeki en büyük engellerden biri de zararın hesaplanmasındaki güçlüklerdir. Nitekim Komisyon, Çalışma Kitabı 2005’te zararın hesaplanmasının özel hukuk sürecinin başlatılmasındaki kilit rolüne vurgu yapmış ve zararın hesaplanması için genel kabul görmüş yöntemlerin olmamasının özel hukuk davalarının açılmasında caydırıcı bir etkisinin olduğuna dikkat çekmiştir⁷. Zira haksız fiil hukukunda olduğu gibi rekabet ihlaline ilişkin açılacak tazminat davalarında da davacının, zarara uğradığını ispat etme ve bu zararı hesaplama yükümlülüğü bulunmaktadır. Zararın hesaplanması ise, ihlalin niteliğine göre değişebilmekle birlikte, ihlalin ekonomik yönünün ve ihlal olmasaydı davacının ne durumda olduğunun gösterilmesindeki zorluklar nedeniyle oldukça karmaşık olabilmektedir⁸.

Diğer taraftan rekabet ihlallerinden doğan zararın hesaplanması, özel hukuk alanında olduğu gibi idari yaptırımların uygulanmasında da gerekli olabilmektedir. Rekabet otoriteleri rekabet ihlalinin yol açtığı zararın önlenmesi ve teşebbüslerin caydırılması açısından, para cezalarına hükmederken veya rekabet savunuculuğu faaliyetlerini yürütürken, rekabeti sınırlayıcı eylemlerin yol açtığı zararı hesaplamak durumunda kalabilmektedir⁹. Nitekim AB Komisyonu uygulamasında cezanın tayininde zararın boyutu göz önünde bulundurulmaktadır¹⁰. Benzer şekilde ülkemizde de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 16. maddesi¹¹ ve “Rekabeti Sınırlayıcı

⁶ Çalışma Kitabı 2005, s.6.

⁷ Çalışma Kitabı 2005, s.13.

⁸ Çalışma Kitabı 2005, s.37.

⁹ OECD (2011), *Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies*, OECD, Paris, s.2.

¹⁰ OECD 2011, AB Komisyonu Katkısı, s.5-8. Birçok ülkede de teşebbüslere verilecek para cezasının belirlenmesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın büyüklüğü dikkate alınmaktadır. Örneğin Almanya’da 2005 yılına kadar kartellere verilen ceza ile zarar arasında daha sıkı bir bağ bulunmakta idi. Alman Rekabet Otoritesi (*Bundeskartellamt*), ihlalde bulunan teşebbüslere ihlal sonucu elde edilen kazancın üç katına kadar para cezası uygulama yetkisine sahipti. Ancak 2005 yılında rekabet kanununda yapılan bir değişiklik ile para cezalarına ilişkin hükümler AB Komisyonu mevzuatına benzer hale getirilmiştir. Bkz. OECD 2011, Almanya Katkısı, s.2. Fransa’da da ceza miktarının belirlenmesinde zararın boyutu dikkate alınan bir unsurdur. Bkz. OECD 2011, Fransa Katkısı, s.3-4.

¹¹ Kanun’un 16. maddesinin beşinci fıkrası şu şekildedir: “Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere

Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in¹² 5. maddesi¹³, rekabeti sınırlayıcı eylemlere uygulanacak para cezasının belirlenmesinde *gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel* zararın dikkate alınmasını gerektirmektedir.

Bu çerçevede, rekabet ihlalleri sonucu oluşan zararın hem özel hukuk yaptırımları hem de idari yaptırımlar bakımından hesaplanması önem taşımaktadır. Ancak bu noktada her iki uygulama açısından “zarar”ın ne anlama geldiğine değinmek faydalı olacaktır. Rekabet ihlalleri sonucu ortaya çıkabilecek iki tür zarardan bahsetmek mümkündür. İlki, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki bir eylemin rekabet sürecine verdiği zarar (*harm to competition*), ikincisi ise bu eylemden olumsuz yönde etkilenenlere verdiği zarardır (*private damage*). Bu iki kavram birbirleri ile ilgili olmakla birlikte farklı hususları ihtiva etmektedir. Rekabet sürecine verilen zarar ekonomiye verilen genel bir zarardır ve refah analizi çerçevesinde rekabet otoritelerinin değerlendirmelerinin odağında yer almaktadır. Buna karşın rekabeti bozucu bir eylemden etkilenenlerin uğradığı zarar, tamamıyla bireysel bir zarar olup, mahkemeler nezdinde açılan tazminat taleplerinin konusunu oluşturmaktadır¹⁴.

Bahse konu ilişkiye aşağıda yer alan Şekil-1’de ve Tablo-1’de yer verilmektedir. Şekilde sağlayıcılar tarafından kurulan bir kartelin muhtemel etkileri görülmektedir. Buna göre, üst pazardaki firmalar (sağlayıcılar) alt pazarda perakende seviyede faaliyet gösteren perakendeci firmalara (w_{rek}) fiyat seviyesinden ürün satmaktadır. Perakendeci açısından bu fiyat girdi maliyeti ile eşit olmaktadır. Perakendeci ise söz konusu ürünü (r_{rek}) fiyat seviyesinden son kullanıcılara satmaktadır. Bu durumda sağlayıcıların birim kâr seviyesi ($r_{rek} - w_{rek}$) olmaktadır.

uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.”(vurgu yazarlara aittir).

¹² <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/yonetmelik/yonetmelik9.pdf>

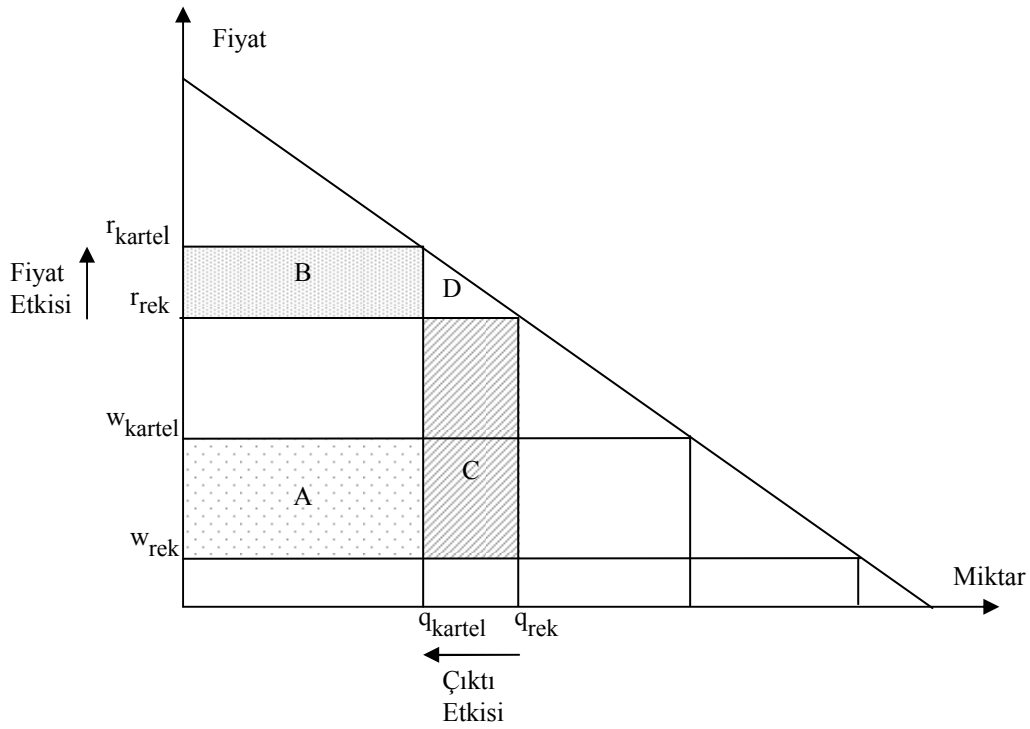
¹³ *MADDE 5 - (1) Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin... Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin; a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü, b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü arasında bir oran esas alınır.*

(2) Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır. (vurgu yazarlara aittir).

¹⁴ OECD 2011, s.2.

İkinci senaryoda ise üst pazardaki sağlayıcı firmalar kartel kurmaya karar vermiş ve fiyat seviyesi (w_{kartel}) olarak belirlenmiştir. Şekil-1’de yer alan “A” alanı perakendeciler tarafından üst pazardaki kartele fazladan ödenen bedeli (*overcharge*) göstermektedir. “B” alanı ise kartelin fiyatları yükseltmesi ($w_{\text{rek}} \rightarrow w_{\text{kartel}}$) nedeniyle girdi maliyetleri yükselen perakendecilerin bu artışı tüketicilere yansıtmasından (*pass-on*) kaynaklanan ($r_{\text{rek}} \rightarrow r_{\text{kartel}}$) ve son kullanıcıların fazladan ödediği bedeli göstermektedir¹⁵.

Şekil - 1
İki Alt Alıcının Bulunması Durumunda Oluşan Zarar



Kaynak: OECD (2011)

¹⁵ Rekabeti sınırlayıcı bir eylem sonucu girdi fiyatlarında meydana gelen artışın müşterilere yansıtılması durumuna yansıtma (*pass-on*) denmektedir. Esasen yansıtmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği piyasanın talep yapısı, maliyetler ve rekabet durumu gibi değişik faktörlere bağlıdır. Bkz. VAN DIJK, T. ve F. VERBOVEN (2010), “A Practical Guide to Computing Cartel Damages in Private Actions”, Prepared for DG Competition’s Expert Workshop on the Quantification of Antitrust Damages, Brussels, 26 January 2010, s. 4.

Nihai kullanıcıların ödediği fiyatlardaki artış, satılan ürün miktarında bir azalmaya yol açmaktadır. Zira bütün tüketiciler aynı ürüne aynı değeri atfetmediğinden, ürünün fiyatı yükseldikçe satın alınan ürün miktarı azalacaktır. Bu çıktı etkisi (*output effect*) hem üst pazar (sağlayıcı) seviyesinde hem de perakende seviyesinde gözlemlenebilecektir. Bu durumda perakende seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler üst pazarda rekabetçi bir fiyat uygulanmış olsa idi satabilecekleri belirli miktarda ürün miktarını kartel durumunda satamamakta ve belli bir kârdan mahrum kalmakta, bir başka deyişle “C” alanı kadar zarara uğramaktadır. “D” üçgeni ise kartel nedeniyle yükselen fiyatlar sonucu nihai kullanıcıların almaktan vazgeçtikleri ürün değerini ifade etmektedir¹⁶.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde kartel sonucu oluşan fiyat seviyesinin yol açtığı refah kaybı ve zararın etkileri hakkında bazı çıkarımlarda bulunmak mümkün hale gelmektedir. Aşağıdaki tabloda bu etkilere yer verilmiştir.

Tablo - 1
Kartelin Çeşitli Kesimler Üzerindeki Etkileri

	Fazladan Ödenen Bedel	Yansıtma	Yapılamayan Satış	Elde Edilemeyen Fayda
Doğrudan Alıcı	A	-B	C	
Dolaylı Alıcı/ Son Kullanıcı		B		D
Toplam Tüketici Zararı	A		C	D
Toplam Refah Kaybı			C	D

Kaynak: Van Dijk ve Verboven (2010)

Özel hukuk davasında talep edilen tazminata ilişkin yapılan hesaplamada odak noktası genellikle doğrudan alıcıların maruz kaldığı zararın belirlenmesidir. Yukarıdaki örnekte bu zarar (A-B+C) şeklinde ifade edilebilir. Yani alıcının zararı, fazladan ödenen bedel (A) ve yapamadığı satıştan kaynaklanan mahrum kalınan kârdan (C) oluşmaktadır. Ancak nihai tüketicilere (örnekte dolaylı alıcı konumunda) yansıtılan miktarın bu zarardan çıkarılması gerekmektedir (-B). Dolaylı alıcının maruz kaldığı zarar ise fazladan ödediği

¹⁶ “D” alanı “dara kaybı” (*deadweight loss*) olarak görülebilir. Bu alan kartel sonucu gerçekleşen fiyat artışının ve yansıtma oranının çok yüksek olmadığı durumlarda diğer zararlarla kıyasla önemsiz bir zarar olabilmektedir. Böyle bir durumda “D” alanını göz ardı etmek makul bir çözüm olabilir, zira bu tür bir zararı hesaplamak uygulamada oldukça güçtür. Bkz. Van Dijk ve Verboven, 2010, s.2.

bedel (B) ile fiyatlar yükselmese idi alacağı ürün miktarından elde edeceği faydadır (D).

Rekabet hukuku perspektifinden ise dikkate alınan zarar; eğer tüketici refahı ölçütü geçerli ise (A+C+D) alanı toplamı, toplam refah ölçütü geçerli ise (C+D) alanı toplamı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, toplam refah standardı açısından yalnızca çıktı etkisi dikkate alınmaktadır. Buna karşın tüketici refahı ölçütünde dikkate alınan hususlar özel hukuk davalarına konu olan zararlar ile benzerlik göstermektedir¹⁷.

Bu çalışmanın kapsamı bakımından yalnızca özel hukuk davalarına konu olan zarar dikkate alınacak ve bu tip zararların hesaplanmasına yönelik yaklaşımlar ortaya konulacaktır. Diğer taraftan, yapılacak açıklamalarda davalının rekabeti ihlal ettiğinin mahkemece tespit edildiği ve bu ihlal sonucu davacının belli bir zarara uğradığının hâkim tarafından belirlendiği varsayımı geçerli olacaktır. Dolayısıyla eylemin ihlal olup olmadığına ya da bahse konu ihlal sonucu ortaya bir zarar çıkıp çıkmadığına ilişkin tartışmalara girilmeyecektir.

1.3. AB ve Türkiye Uygulamaları Bağlamında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararın Tazmini

Rekabet ihlallerine yönelik en yaygın özel hukuk uygulamaları günümüzde ABD’de görülmektedir. Nitekim ABD’de rekabet ihlallerine ilişkin olarak yürütülen incelemelerinin % 90’ı kamu otoritelerince değil, tazminat talepli davalarla başlatılmaktadır¹⁸. Dolayısıyla ABD’de tazminata ilişkin hukuki çerçeve ve içtihat oldukça gelişmiştir. AB’de ve ülkemizde ise bu oranın oldukça altında bir özel hukuk uygulaması olduğunu söylemek mümkündür.

1.3.1. Hukuki Çerçeve

AB’de rekabet ihlallerinden doğan zararın tazmini, Topluluk kuralları ile ayrıca düzenlenmediğinden, özel hukuk uygulamalarına yönelik hukuki çerçevenin içtihat yoluyla gelişmesi beklenmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (ABAD) 2001 yılında aldığı *Courage*¹⁹ kararı ile rekabet ihlallerinden zarar görenlerin bu zararlarının tazmin edilmesini isteyebilecekleri; 2006 yılında aldığı *Manfredi*²⁰ kararında da söz konusu zararın *gerçekleşen zarar* şeklinde

¹⁷ OECD 2011, s.9.

¹⁸ Şahbaz 2008, s.1. ABD’de 1990-2007 yılları arasında rekabet ihlallerine karşı açılan tazminat davalarında toplam 18 milyar ABD Doları’ndan fazla tazminata hükmedilmiştir. Bkz. OECD 2011, ABD Katkısı, s.11.

¹⁹ Case C-453/99 *Courage and Crehan* [2001] ECR I-6297, 20.09.2001.

²⁰ Joined Cases C-295/04 to C-298/04 V. *Manfredi and others v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and others* [2006] ECR I-6619, 13.07.2006, para.95.

olabileceği gibi, *mahrum kalınan kâr* şeklinde de olabileceği hükme bağlanmıştır.

Mahkeme içtihadının bu yönde olmasına karşın, özel hukuk uygulamalarında önemli bir ilerleme kaydedilememiştir. Ancak özellikle son 5-6 yılda Komisyon, AB bünyesindeki üye ülkeler nezdinde özel hukuk yaptırımlarının artmasını sağlamak üzere bazı girişimlerde bulunmaya başlamıştır. Bu kapsamda Komisyon tarafından, rekabet hukuku uygulamasını geliştirmenin bir parçası olarak ilk olarak 2005 yılında *Yeşil Kitap*²¹, ardından da 2008 yılında *Beyaz Kitap* yayımlanmıştır. Bu çalışmalarda genel olarak etkin bir özel hukuk uygulamasının önündeki engellere dikkat çekilmekte ve bu engellerin aşılması için öneriler sunulmaktadır. Özel hukuk davalarının rekabet hukuku uygulamasının bir parçası olarak görülmesi ve desteklenmesi, sadece rekabet ihlalden zarar gören tüketicilerin ve firmaların kayıplarının telafi edilmesini kolaylaştırmayacak, aynı zamanda rekabet hukuku uygulanmasını da güçlendirecektir²². Diğer taraftan Komisyon, zararın hesaplanmasında kullanılan yöntemlere ilişkin olarak da mahkemelerin dikkatine sunulmak üzere bazı çalışmalar yaptırmış olup²³, Haziran 2011’de de zarar hesaplamasında kullanılabilir yöntemlere ilişkin bir taslak rehber yayımlamıştır²⁴.

Türkiye’de ise 4054 sayılı Kanun’un “zararın tazmini” başlıklı 58. maddesi²⁵ kapsamında rekabet ihlalden zarar görenlerin bu zararlarını tazmin etme imkânı bulunmaktadır. Bu tazmin, fazladan ödenen bedel şeklinde olabileceği gibi, mahrum kalınan kâr şeklinde de gerçekleşebilmektedir²⁶. Kanun’da zarar hesaplamasında kullanılması öngörülen herhangi bir yöntem belirtilmemiştir. Dolayısıyla, rekabet ihlalden oluşan tazminat davalarında

²¹ Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM(2005) 672, 19.12.2005 (Bundan sonra “Yeşil Kitap” olarak anılacaktır).

²² Yeşil Kitap, s.3.

²³ OXERA ve A. KOMNINOS (2009), *Quantifying Antitrust Damages: Towards Non-Binding Guidance for Courts*, Study Prepared for the European Commission, Luxembourg.

²⁴ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_en.pdf, http://ec.europa.eu/atwork/programmes/docs/cwp2011_annex_en.pdf

²⁵ “Madde 58- Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.

Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.”

²⁶ Sanlı 2003, s.237.

zarar hesaplama yöntemlerinin içtihat yoluyla gelişmesi beklenmektedir. Ancak mahkemeler nezdinde açılan davalarda tazminata hükmedilmiş ve kesinleşmiş bir karar bulunmadığından²⁷ zarar hesaplamasına ilişkin olarak mahkemelerin tutumu hakkında bir öngöründe bulunmak mümkün değildir.

Bununla birlikte, genel olarak zararın tazmininde Borçlar Kanunu (BK) hükümleri uygulanabilecektir. Buna göre, BK'nın 42/1. maddesi²⁸ uyarınca zararı ispat etme yükümlülüğü davacının üzerindedir ancak zararın kesin olarak hesaplanamayacağı durumlarda BK'nın 42/2. maddesi²⁹ çerçevesinde hâkime takdir hakkı verilmiştir³⁰.

1.3.2. Zararın Tazminine İlişkin İspat Standartları

Daha önce değinildiği üzere, rekabet ihlalinin doğan bir zararın tazmini için açılan davanın başarılı olmasının unsurlarından biri zarar miktarının hesaplanmasıdır. Ancak uygulamada çok az sayıda dava için zararın tam olarak hesaplanabilmesi mümkündür. Örneğin kartel nedeniyle fazladan ödenen bedele ilişkin açılan bir tazminat davasında hangi fiyattan ne kadar mal/hizmet alındığı kolayca ortaya konabilmekte, bununla birlikte asıl sorun “ihlal olmasa idi hangi fiyat uygulanacaktı” konusunda yaşanmaktadır. Benzer bir sorun hâkim durumdaki firmanın dışlayıcı eylemleri nedeniyle mahrum kalınan kârın tazmini için açılan davalar için de geçerlidir. Burada da, ihlal olmasa idi dışlanan teşebbüsün elde edebileceği kârın belirlenmesi gerekmektedir. Ancak rekabet ihlalinin doğan zararların tazmininde tahmin edilmesi gereken bu “farazi dünya” yapılacak olan hesaplamalara belirsizlik katmakta ve bu nedenle de zararın gerçek büyüklüğü hakkında tam bir bilgi sahibi olunamamaktadır. Dolayısıyla, zararın hesaplanmasına yönelik ispat standardı, bu hesap üzerinde önemli etkilere sahip olabilmektedir³¹.

²⁷ Bkz. Şahbaz 2008, s.2.

²⁸ “Madde 42 - Zararı ispat etmek müddeiye düşer...” Bu hüküm, 11.01.2011 tarihinde TBMM’de kabul edilerek yasalaşan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun (YBK) 50/1. maddesinde “zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.” şeklinde düzenlenmiştir.

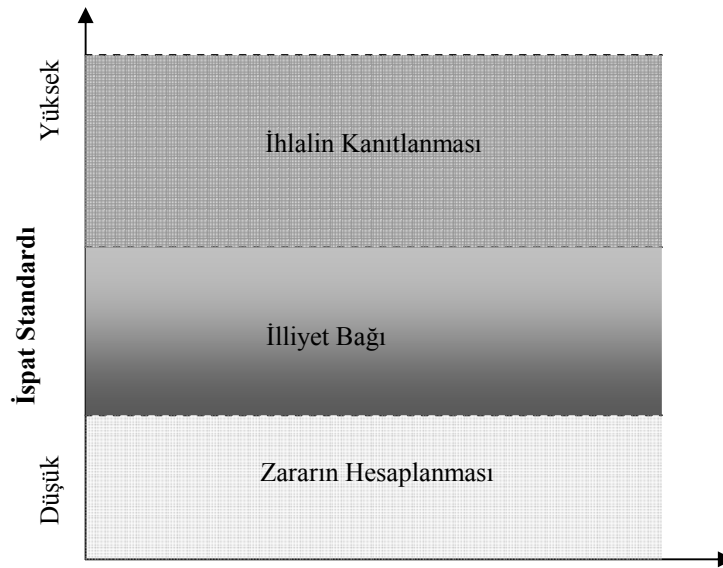
²⁹ “Madde 42 - ...zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikân tayin eder.” YBK Madde 50/2. maddesinde bu hüküm “uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁰ Sanlı 2003, s.265.

³¹ AREEDA, P., R. D. BLAIR ve H. HOVENKAMP (2000), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Volume II, Second Edition, Aspen Publishers, USA, s.480; FRIEDRISZICK, H.W. ve L. H. RÖLLER (2010) “Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements-Insight from German Cartel Cases”, European School of Management and Technology, Working Paper, No. 10-001, s.15.

Yüksek seviyedeki bir ispat standardı daha kesin ve doğru sonuçlar elde edilmesini sağlamakla beraber, ölçümde doğruluk ve hassasiyeti sağlayacak veri setlerinin ve modellerin kullanılmasını gerektireceğinden, önemli oranda maliyet ve çaba sarf edilmesine yol açabilecektir³². Uygulamada bu sorun, aşağıdaki şekilde gösterildiği üzere, genellikle ihlalin ispatı için gereken standardın yüksek, buna karşın zararın hesaplanması aşamasında ise düşük belirlenmesi suretiyle çözümlenmeye çalışılmaktadır³³.

Şekil - 2
Farklı İspat Standartları



Kaynak: Friederiszick ve Röller (2010)

1.3.3. Rekabet İhlallerine Karşı Açılan Tazminat Davalarında Mahkemelerin Yaklaşımı

Ülkemizde rekabet ihlallerinden doğan ve tazminata hükmedilen bir dava olmadığına ve AB'de de özel hukuk uygulamalarının ABD'ye kıyasla oldukça düşük kaldığına daha önce değinilmişti. Ancak Komisyon'un yukarıda belirtilen çabaları ve üye ülkelerdeki benzer çalışmalar sonucunda rekabet ihlallerine karşı açılan özel hukuk davalarında artış yaşanmış ve özellikle son birkaç yılda bu

³² OECD 2011, s.27.

³³ AB uygulaması için bkz. ASHURST (2004a), *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules: Comparative Report*, Brussels, s.109. ABD'de de mahkemeler genellikle zararın hesaplanmasında daha düşük bir delil standardı aramaktadır. Bkz. Hovenkamp 2010, s.24-26; Areeda vd. 2000, s.480-481. Türkiye için bkz. BK 42/2. madde ve Sanlı 2003, s.265.

artış daha da kuvvetli hale gelmiştir. Örneğin Almanya’da 2004-2009 yılları arasında rekabet ihlallerine karşı 1.300’den fazla tazminat davasının açıldığı ifade edilmektedir³⁴. Şüphesiz bu husus özel hukuk davalarında rekabet ihlallerinin yol açtığı zararın hesaplanmasını daha da önemli hale getirmiştir.

Günümüze değin özellikle Almanya, İtalya, İngiltere ve Fransa’da mahkemeler rekabet ihlallerine ilişkin olarak açılan davalarda çeşitli tazminat tutarlarına hükmetmiştir³⁵. Ancak gelinen noktada, AB çapında zararın hesaplanmasına dair belirgin bir içtihadın oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Bunun önemli bir nedeni tazminata ilişkin davaların üye ülkelerin yetki alanında olmasıdır. Nitekim Çalışma Kitabı’nda (2008); ABAD’ın kararları ışığında, zararın hesaplanmasına yönelik olarak Topluluk kuralları bulunmadığı durumlarda, davacının uğradığı zararı ispat etmesi için yerine getirmesi gerekenleri, zarar miktarının ne kadar kesinlikte ispat edilmesi gerektiğini ve zarar tahmininde kullanılacak yöntemleri belirleme yetkisinin üye ülkelerde ve nihai olarak da bu ülkelerdeki hâkimlerde olduğu belirtilmektedir³⁶.

Üye ülke mahkemelerinde açılan davalarda ise mahkemeler, bazı davalarda davacının iddia ettiği zarar üzerinden bir tazminata hükmederken³⁷, bazı davalarda da bilirkişi atayarak zarar hesabı yaptırmaktadır³⁸. Ancak mahkemenin ve açılan davanın niteliğine göre zarar tahmininde kullanılan yöntemler de farklılaştığı için, belirli bir yöntem tercihinde bulunduğu söylemek mümkün değildir. Farazi durumun tahminine ilişkin yöntemlere dair tek değerlendirme, Alman Yüksek Mahkemesinin *Kâğıt Toptancıları*³⁹ davasında aldığı kararda bulunmaktadır. Mahkeme, karşılaştırmaya dayalı yöntemlerin⁴⁰ diğerlerine nazaran daha üstün olduğunu belirterek, bu yöntemlerin zarar tahmininde öncelikli olarak kullanılmasını istemiş, yalnızca bu tür bir karşılaştırma yapma imkânı olmadığı durumlarda “salt iktisadi analize dayalı” yöntemlerin benimsenebileceğini belirtmiştir⁴¹. Diğer ülke uygulama-

³⁴ OECD 2011, Almanya Katkısı, s.6.

³⁵ Bkz. OECD 2011, İtalya Katkısı s. 10-16; Friederiszick ve Röller 2010, s.6; ASHURST (2004b), Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules: Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages, Brussels, s.43-52.

³⁶ Çalışma Kitabı 2008, s.60.

³⁷ Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz (Graz Bölgesi Hukuk Mahkemesi), Bundesarbeitskammer v Powerdrive Fahrschule Andritz GmbH, 17 Ağustos 2007 tarihli karar. Bkz. Oxera ve Komminos 2009, s.53.

³⁸ Cour d’Appel de Paris (Paris Temyiz Mahkemesi), S.A. Mors v. S.A. Labinal, 30 Eylül 1998 tarihli karar. Bkz. ASHURST (2004b), s.44; Yüksek Bölge Mahkemesi (OLG) Kararı, Düsseldorf of October 8, 2009, VI-2a Kart 2 - 6/08. Bkz. Friederiszick ve Röller 2010, s.5.

³⁹ Alman Federal Adalet Mahkemesi’nin (BHG) 19 Haziran 2007 tarihli Kararı, KRB 12/07.

⁴⁰ Bu yöntem 3.1. numaralı bölümde anlatılmaktadır.

⁴¹ Friederiszick ve Röller 2010, s.5.

larında da⁴², bu yönde açık bir tercih belirtilmese de karşılaştırmaya dayalı yöntemlerin daha çok kullanıldığı görülmektedir⁴³.

Bununla birlikte Komisyon, üye ülke mahkemeleri tarafından zararın tazminine ilişkin yapılan değerlendirmelerde ileri iktisadi tekniklerden yeterince faydalanılmadığını belirterek, mahkemelerin, davacının ihlalden zarar gördüğüne ve bu zararın boyutuna ilişkin makul bir ispatta bulunmasını yeterli bulduğunu, ardından ispat yükünü davalıya geçirerek ve zarar hesabının yarattığı belirsizlik nedeniyle belli bir oranda indirimine giderek (*safety discount*) hukuki mekanizmaları işlettiğini ifade etmektedir⁴⁴.

2. REKABET İHLALİ TÜRLERİNE GÖRE ZARARIN HESAPLANMASI⁴⁵

Rekabet hukuku çerçevesinde teşebbüslerin ihlal teşkil edebilecek davranışlarını temel olarak danişıklı hareketler ve tek taraflı eylemler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Danişıklı hareket, teşebbüslerin bağımsız olarak almaları gereken fiyatlama, üretim miktarı gibi kararları, birbirleri ile anlaşarak almaları şeklinde ifade edilebilir. Bu tür eylemler kartel olarak adlandırılmakta ve en ciddi rekabet ihlalleri arasında sayılmaktadır. Kartel şeklinde gerçekleşen bir eylemin en belirgin sonucu fiyatların yükselmesi ve arzın kısılmasıdır.

Tek taraflı eylemleri ise sömürücü (*exploitative*) ve dışlayıcı (*exclusionary*) davranışlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. Sömürücü davranışlar teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün sağladığı fırsatları,

⁴² Corte d'Appello di Milano, 11 July 2003, (Bluvacanze) ve Corte d'Appello di Milano, 3 February 2000, Case No I, 308 (Inaz Paghe v Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro) (ihlal öncesi ve sonrası döneme ilişkin karşılaştırmalar içermektedir); Cour d'Appel de Paris, 23 June 2003 (Lescarcelle-De Memoris v OGF); Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid, 11 November 2005, Case No 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. v Telefónica de España S.A.), confirmed by Audiencia Provincial de Madrid, 25 May 2006, case No 73/2006 (farklı coğrafi pazarlarla veya ürün pazarları ile karşılaştırmalar içermektedir).

⁴³ OECD 2001, AB Komisyonu Katkısı, s.15-16.

⁴⁴ OECD 2001, AB Komisyonu Katkısı, s.17.

⁴⁵ Zarar hesabı konusunda literatürde tartışılan bir husus da zararın *ex-ante* olarak mı yoksa *ex-post* olarak mı hesaplanmasının daha uygun olacağıdır. *Ex-ante* yaklaşıma göre, zarar hesabı ihlalin meydana geldiği tarihteki veriler kullanılarak ve bu tarih esas alınarak yapılmalıdır. Buna karşın *ex-post* yaklaşımda yargılama tarihi esas alınmakta ve bu tarih itibarıyla elde edilebilen bütün veriler zarar hesaplamasında kullanılmaktadır. Ancak bu yaklaşımlardan hangisinin esas alınacağı, faiz oranının seçimi gibi, hukuk düzeninin veya mahkemelerin tercihinine göre şekillenebilecektir. Makalede, bir yaklaşım ortaya konmaktan ziyade, zarar hesabında kullanılacak hususlara yer verilmeye çalışıldığından, bu konudaki tartışmalara değinilmeyecektir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. CalCPA Litigation Section Steering Committee Economic Damages Task Force, "Practice Aid Topic Overview: Ex Ante v. Ex Post Approach to Lost Profits",

http://www.calcpa.org/Content/Files/Litigation%20Sections/ex_ante_ex_post012309.pdf

tüketicilere zarar vermek için kullanması sonucu ortaya çıkan davranışlar olup; aşırı fiyatlama, haksız sözleşme koşulları uygulama ve ayrımcılık gibi eylemlerdir. Dışlayıcı davranışlar ise, teşebbüsün rakiplerinin rekabetçi konumuna zarar vermeyi veya onları bütünüyle pazar dışına itmeyi amaçlayan davranışlardır⁴⁶.

Bu iki tip uygulama arasında zarar hesabında dikkate alınması gerekebilecek üç temel farklılıktan bahsedilebilir. İlk olarak, eylemin gerçekleşme aşamalarında müşteriler üzerindeki etkileri farklılaşabilir. Örneğin yıkıcı fiyat şeklindeki bir ihlalde, ihlalin ilk aşamasında fiyatlar düşük, hasat aşamasında ise yüksektir. İkinci olarak, dışlayıcı eylemler, olaya özgü zarar hesaplama yöntemlerini gerektiren değişik stratejilere (bağlama, indirim sistemleri, mal vermeyi reddetme gibi) dayanabilir. Üçüncü olarak sömürücü uygulamalar sonucu pazarın yapısının değişmediği kabul edilmekte⁴⁷, buna karşın dışlayıcı uygulamalarda ihlalin doğası gereği pazarın yapısı etkilenmektedir⁴⁸. Aşağıda iki temel ihlal türü bağlamında ortaya çıkabilecek zarara ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

2.1. Kartel Sonucunda Ortaya Çıkan Zarar

Piyasada faaliyet gösteren aktörlerin tamamının ya da bir bölümünün rekabetçi bir piyasada oluşan kâr seviyesinin üzerinde bir kâr elde etmek amacıyla anlaşarak fiyatlarını yükseltmesi, pazar paylaşması ya da ihalelerde danışıklı hareket etmesi gibi eylemler kartel olarak adlandırılmaktadır. Kartel şeklindeki rekabet ihlallerinden doğan zararın hesaplanmasında genellikle fiyat artışından kaynaklanan fazladan ödenen bedele odaklanılmakta, çıktı etkisinden veya kalitedeki azalmadan meydana gelen zararlar dikkate alınmamaktadır⁴⁹. Bununla birlikte kartel üyelerinden alışveriş yapan bir alıcının karşı karşıya kalabileceği zararın tespit edilebilmesi için üç etkinin belirlenmesi gerekmektedir. İlki, ürünlerin daha yüksek fiyatla satılması suretiyle gerçekleşen zarardır. İkincisi, alıcının son kullanıcı olmadığı durumlarda ürünün tekrar satışında dolaylı alıcılara aktarılan fazladan ücret⁵⁰, üçüncüsü ise çıktı etkisi olarak adlandırılan ve ihlal olmasa idi alınacak olan fakat ürünün/hizmetin daha yüksek bir fiyattan satılması nedeniyle alınamayan ürün/hizmetler nedeniyle oluşan zarardır⁵¹.

⁴⁶ ÜNAL, Ç. (2010), “Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar”, *Rekabet Dergisi*, 11(4), s.124.

⁴⁷ Örneğin fiyat anlaşması şeklindeki bir kartel anlaşmasında, bu anlaşmanın pazarın yapısını değiştirmesi çok zordur. Dışlayıcı uygulamalarda ise rakibin pazardan çıkarılması veya pazar payının azalması sonucu pazardaki oyuncu sayısı azalmakta ve/veya pazarın yapısı değişmektedir.

⁴⁸ Friederiszick ve Röller 2010, s.10.

⁴⁹ Friederiszick ve Röller 2010, s.7; Van Dijk, T. ve F. Verboven, 2010, s.1.

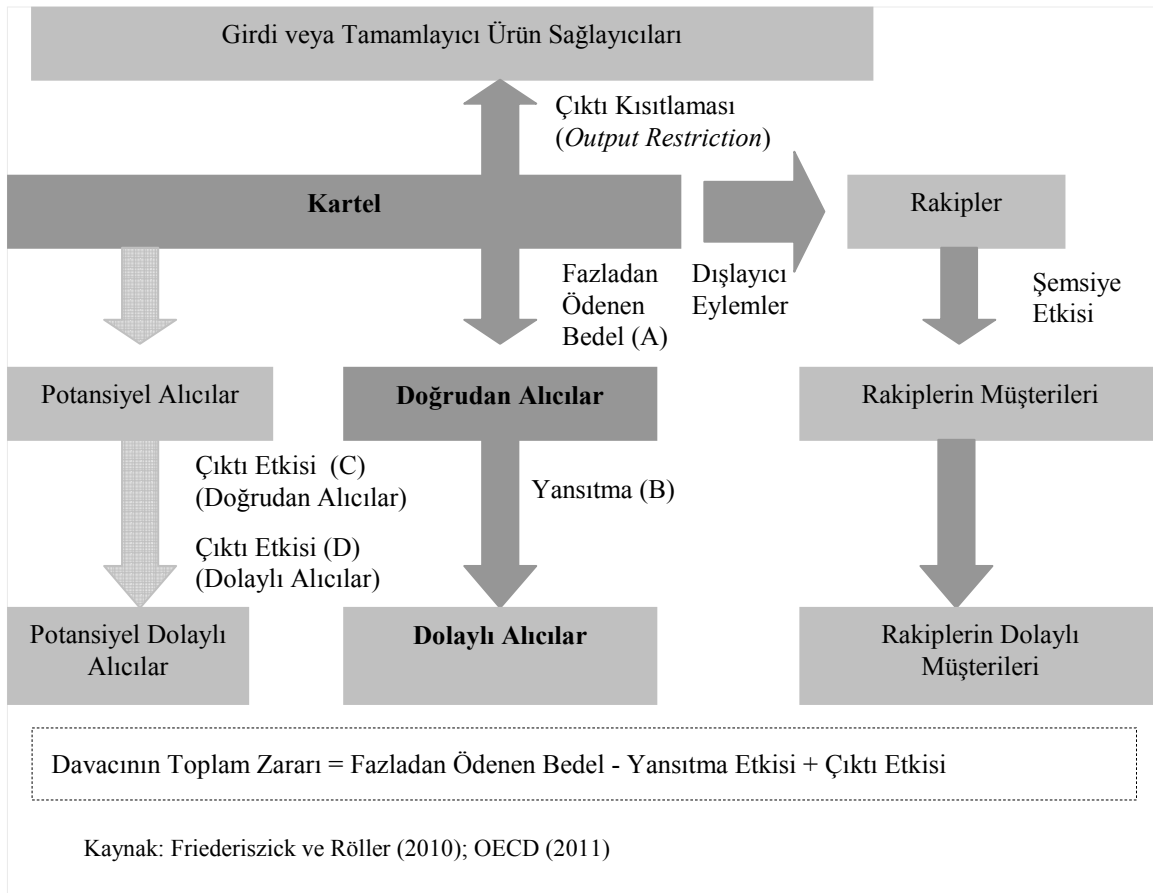
⁵⁰ Van Dijk ve Verboven 2010, s.2.

⁵¹ OECD 2011, s.4-5.

Zararın tam olarak belirlenebilmesi açısından, ürünün tekrar satılması aşamasında tüketicilere yansıtılan tutarın fazladan ödenen bedelden çıkarılması⁵², alınmayan ürün/hizmetin yol açtığı zararın ise fazladan ödenen bedele eklenmesi gerekmektedir.

Rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmadan etkilenebilecek gruplar aşağıdaki şekilde gösterilmektedir.

Şekil - 3
Kartel Sonucu Oluşabilecek Muhtemel Zararlardan Etkilenenler⁵³



⁵² Yansıtma etkisi bazı ülkelerde dikkate alınmakta, bazılarında ise göz ardı edilmektedir (Bkz. dipnot 63). Ancak bu sorunlar iktisadi olmaktan çok hukuki niteliktedir. Gerçek bir zarar tahmininde bulunmak için yansıtma etkisinin dikkate alınması gerekmektedir.

⁵³ Bu bölümde belirtilen (A), (B), (C) ve (D) harfleri Şekil-1'de bulunan alanları temsil etmektedir.

Bu şekilde yansıtıldığı üzere, ihlalden etkilenebilecek birçok taraf bulunabilmektedir⁵⁴:

Ara Satıcı Konumundaki Doğrudan Alıcılar (A): Üretim, dağıtım veya perakende seviyesinde faaliyet gösteren ve doğrudan rekabeti ihlal eden teşebbüsten veya teşebbüslerden mal veya hizmet satın alan kişilerdir. Doğrudan alıcıların hangi yoldan zarar gördüğü ve bu zararın büyüklüğü, uğranılan zararı kendilerinden mal alan (*downstream*) müşterilere yansıtıp yansıtılmalarına bağlıdır⁵⁵.

Dolaylı Alıcılar (B): İhlalde bulunan teşebbüsten dolaylı olarak mal veya hizmet satın alan müşteriler ihlal dolayısıyla zarara uğrayabilmektedirler. Ancak zararın boyutu fazladan ödenen bedelin dolaylı alıcılara ne oranda yansıtılacağına bağlıdır. Zira dolaylı mal/hizmet aldıkları durumda ara satıcıların ihlalin yol açtığı zararı özümseyerek ihlal nedeniyle artan fiyatları müşterilerine yansıtması söz konusu olabilecektir⁵⁶.

“Olası” Müşteriler (C): İhlal olmasa mal/hizmet satın alabilecek olup da ihlal dolayısıyla artan fiyatlar nedeniyle alamayan müşteri grubudur⁵⁷. Bu müşterilerin ürünü satın alamamış olmaktan kaynaklanan bir zararı söz konusudur. Ancak bu müşterilerin doğru bir şekilde tespit edilmesi ve ihlal ile oluşan zarar arasındaki illiyet bağının kurulması oldukça zordur. Nitekim çok sayıda dava, ihlal dolayısıyla ürünü alamamış olanlar tarafından değil yüksek fiyattan almak durumunda kalanlar tarafından açılmaktadır⁵⁸.

Rakipler: Doğrudan ihlali gerçekleştiren teşebbüsle/teşebbüslerle rekabet eden teşebbüslerdir. Bu teşebbüsler hâlihazırda ihlalin gerçekleştiği pazarda faaliyet gösteriyor olabileceği gibi, pazara girişleri ihlal dolayısıyla engellenmiş potansiyel rakip de olabilirler. Bununla birlikte, teorik olarak rakiplerin kartel veya sömürücü davranıştan ziyade dışlayıcı uygulamalardan zarar gördüğü kabul edilmektedir. Ancak burada farklı bir etki de doğabilmektedir. “Şemsiye etkisi” olarak adlandırılan bu durum sonucunda kartel dışındaki firmalar da (kartel fiyatının yükselmesi nedeniyle) fiyatlarını yükseltme imkânı bulmakta ve kartel üyelerinin eylemlerinden fayda sağlayabilmektedir⁵⁹.

⁵⁴ Ancak çeşitli hukuki sebeplerle bunların tamamının tazminat talep etme hakkı bulunmayabilir.

⁵⁵ Oxera ve Komninos 2009, s.26.

⁵⁶ Oxera ve Komninos 2009, s.26.

⁵⁷ İhlal sonucu alım miktarını düşüren müşteri grupları da bu bağlamda değerlendirilebilir.

⁵⁸ Ashurst 2004b, s.12.

⁵⁹ Friederiszick ve Röller 2010, s.10.

Sağlayıcılar: İhlali gerçekleştiren teşebbüslere girdi sağlayan teşebbüsler de ihlalden zarar görebilecektir. Zira ihlal sonucunda fiyatların artması talebin azalmasına yol açacak ve dolayısıyla arz edilen ürün/hizmet miktarı düşecektir. Bu durumda sağlayıcılar daha az ürün/hizmet satacağından kârları da düşecektir⁶⁰.

İlişkili Pazarlardaki Teşebbüsler: Özellikle tamamlayıcı ürünlerin satıldığı pazarlar ihlalden etkilenecektir⁶¹. Örneğin oyun konsolu sektöründe bulunan bir kartelin bu konsollar için oyun üreten teşebbüslerin satışlarını etkilemesi mümkün olabilmektedir.

Yukarıda değinildiği üzere, bir kartel anlaşmasının en belirgin sonucu fiyatların yükselmesi ve buna bağlı olarak kartel üyelerinden satın alınan mal veya hizmetlere fazladan bedel ödemesidir⁶². Bu doğrultuda zararın hesaplanmasına yönelik olarak yapılacak bir çalışmada öncelikle fazladan ödenen bedelin tahmin edilmesi gerekmektedir. Bunun için ilk olarak “ilgili pazarda kartel olmasa idi fiyatlar ne seviyede olurdu” sorusunun cevabı bulunmalı, ardından mevcut durumdaki fiyatlarla farazi durumdaki fiyat seviyesi arasındaki fark hesaplanarak satın alınan mal/hizmet miktarı ile çarpılmalı ve bu şekilde zarar hesaplanmalıdır. Diğer yandan, kartelden alışveriş yapan müşterilerin de teşebbüs olduğu ve dolayısıyla aldıkları malları/hizmetleri tüketicilere tekrar sattıkları durumda, maruz kalınan zararın gerçeğe uygun bir şekilde belirlenebilmesi için yansıtma etkisinin varlığı araştırılmalı ve böyle bir etki bulunuyorsa, miktarı tahmin edilerek fazladan ödenen bedelden çıkarılması gerekmektedir. Ancak çeşitli hukuki nedenlerle yansıtma savunmasına (*pass-on defense*) ve dolaylı alıcıların (kartelin müşterilerinin müşterileri-*indirect purchasers*) tazminat talep etmelerine izin verilmeyebilir. Bu tür bir durumda yansıtma etkisinin belirlenmesine gerek bulunmamaktadır⁶³.

⁶⁰ Ashurst 2004b, s.12.

⁶¹ Ashurst 2004b, s.16.

⁶² Areeda vd. (2000, 522-529), kartel şeklinde gerçekleşen eylemler açısından da -teorik olarak- en önemli zararın *mahrum kalınan kâr* olduğunu ifade etmektedir. Yazarlar, alıcı konumundaki teşebbüslerin satamadığı ürünler nedeniyle mahrum kaldığı kârın genellikle fazladan ödenen bedelden daha yüksek olduğunu belirtmektedir. Ancak bu zararın hesaplanması ve ispatlanması uygulamada daha zor olacağından, ABD’de fiyat artışı şeklindeki ihlallere karşı açılan davaların neredeyse tamamı “fazladan ödenen bedel”e ilişkindir.

⁶³ ABD’de yansıtma savunmasına ve dolaylı alıcıların tazminat talebine (federal mahkemelerde) izin verilmemektedir. Bkz. Areeda vd. 2000, s.554. AB ve Ülkemizde ise kural olarak yansıtma savunmasına ve dolaylı alıcıların tazminat talebine izin verileceği kabul edilmektedir. Bkz. Sanlı 2003, s.243; Beyaz Kitap, s.4.

2.2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Hallerinde Ortaya Çıkan Zarar

Rekabet hukuku çerçevesinde hâkim durumdaki teşebbüslerin kötüye kullanma olarak kabul edilebilecek nitelikteki eylemleri, yukarıda belirtildiği üzere, temel olarak dışlayıcı (*exclusionary*) ve sömürücü (*exploitative*) davranışlar olarak ikiye ayrılmaktadır.

Bununla birlikte hâkim durumun kötüye kullanılması yoluyla ortaya çıkan zararın hesaplanmasına ilişkin olarak yapılan çalışmalar özellikle dışlayıcı uygulamalar sonucunda ortaya çıkan zarar üzerinde yoğunlaşmıştır. Bunun öncelikli sebebi, teorik olarak aşırı fiyatlandırma sonucunda ortaya çıkan zararın⁶⁴ karteller sonucunda ortaya çıkan zarar ile benzerlik göstermesi⁶⁵ nedeniyle kartel zararını hesaplamak için kullanılan yöntemlerin, büyük ölçüde aşırı fiyat uygulanmasında ortaya çıkan zararın hesaplanması için de kullanılabilir olmasıdır⁶⁶. Bu çerçevede çalışmamızda da tek taraflı davranışlar sonucunda oluşan zarar, dışlayıcı uygulamalar bağlamında incelenecektir.

Dışlayıcı uygulamalar münhasır anlaşmalar, bağlama, yıkıcı fiyat, fiyat sıkıştırması ve mal vermenin reddi gibi farklı şekillerde⁶⁷ ortaya çıkmakla birlikte, anılan uygulamaların rakipler ve tüketiciler üzerindeki etkileri benzerlik göstermektedir. Dışlama uygulamaları sonucunda genellikle pazardaki rakipler ya etkin bir şekilde rekabet edememekte ya da pazardan bütünüyle çıkmak durumunda kalmaktadır. Dolayısıyla rakiplerin elde edecekleri kâr, ihlalin olmadığı durumda elde edecekleri kâra kıyasla azalmakta yahut rakipler bu kârdan bütünüyle mahrum kalmaktadır. Tüketiciler ise pazardaki rekabetin

⁶⁴ Her iki ihlal türünde de tüketici refahı doğrudan azalmakta ve rekabetçi fiyat üzeri fiyatlamada bulunan firmaya veya firmalara aktarılmaktadır.

⁶⁵ O'DONOGHUE, R. ve A.J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford, s.605-607; ÜNAL, Ç. (2009) *Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:103, Ankara.

⁶⁶ Çalışmanın 3. bölümünde anlatılan fazladan ödenen bedelin hesaplanmasında kullanılan yöntemler hakim durumdaki firmanın aşırı fiyatlama davranışı sonucunda oluşan zararın hesaplanması için de kullanılabilir. Buna göre kartelden ve hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı fiyattan kaynaklanan zarar, ihlal durumunda pazarda oluşan fiyat ile ihlalin olmadığı piyasada oluşacağı tahmin edilen farazi fiyat arasındaki farkın, satın alınan ürün miktarı ile çarpılması ile bulunmaktadır. Bkz. MOLYNEAUX, M. (2003), "Quality Control of Economic Expert Testimony: The Fundamental Methods of Proving Antitrust Damages, *Arizona. St. L. J.*, 35:1049, s.1052.

⁶⁷ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, 2009/C 45/02.

azalması sonucunda fiyatların artması, ürün kalitesinin ve tüketici seçeneklerinin azalması gibi nedenlerle ihlalden zarar görmektedir⁶⁸.

Dışlayıcı uygulamalar genellikle hâkim durumdaki teşebbüsün rakibini yıpratmayı amaçlayan davranışlarıyla başlamaktadır. Bu aşamada hâkim durumdaki firma kısa vadeli kârını rakiplerini pazar dışına itmek veya rakiplerinin rekabet etme güçlerini kırmak için feda etmektedir⁶⁹. Hâkim durumdaki teşebbüsün, bu yolla rakibini dışlamayı başarması halinde, hasat⁷⁰ aşaması başlamakta ve bu aşamada ihlali gerçekleştiren teşebbüs, rakiplerin dışlanması sonucunda azalan rekabetten faydalanmaktadır. İhlalin sona ermesiyle birlikte başlayan süreçte ise pazara yeni girişlerle birlikte rekabet ortamı yeniden oluşmaktadır⁷¹. Bu bakımdan dışlayıcı uygulamalar sonucunda ortaya çıkan zararın doğru bir şekilde hesaplanması için her aşamada ortaya çıkan etkilerin rakipler ve tüketiciler bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede öncelikle dışlayıcı uygulamanın farklı aşamalarının tanımlanması ve her bir aşamanın ne zaman başlayıp ne zaman bittiğinin belirlenmesi gerekmekte, sonrasında ise her bir aşamadaki eylemlerin mevcut oyuncular ve tüketiciler üzerindeki etkilerinin ortaya konması gerekmektedir. Ardından ihlal olmasaydı gerçekleşmesi beklenen farazi durumun tahmin edilmesi ve son olarak bu tahminler ile mevcut durum arasındaki fark bulunarak zararın hesaplanması gerekmektedir. Aşağıda kısaca anılan aşamaların ayrıntılarına yer verilmektedir.

a) Süreç Analizi (Time Line Analysis)

Pek çok dışlayıcı uygulamanın zaman içindeki gelişiminde farklı zaman dilimlerinde farklı eylemler gözlenmektedir. Bu eylemlerin etkilerinin doğru bir şekilde değerlendirilebilmesi için öncelikle farklı süreçlerin ne zaman başlayıp ne zaman bittiğinin net bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir⁷².

⁶⁸ Oxera ve Komninos 2009, s. 17.

⁶⁹ OECD 2011, s.9.

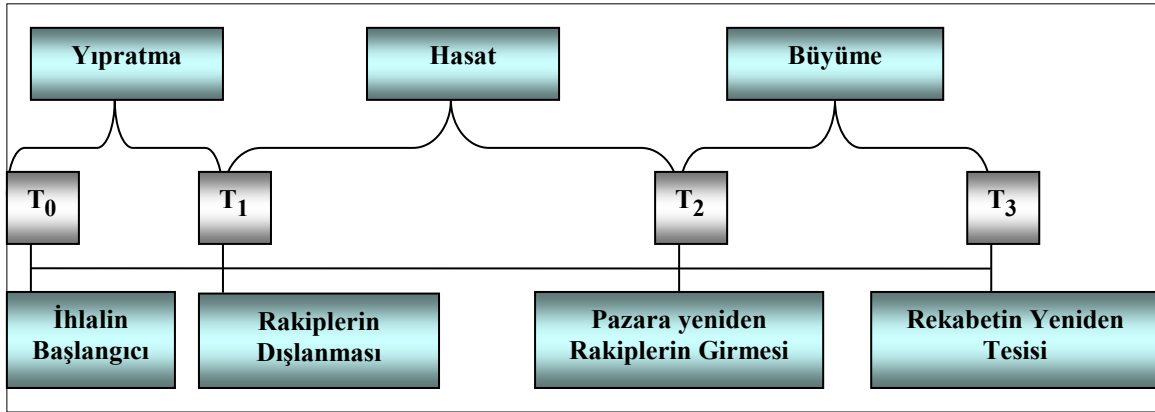
⁷⁰ Hâkim durumdaki teşebbüsün dışlayıcı uygulamalarda bulunmakla esas itibarıyla amaçladığı durum genel olarak rakiplerini etkisiz hale getirdikten sonra fiyatları tekrar yükseltmektir. Bu türden uygulamalar *hasat (recoupment)* olarak adlandırılmakta olup kısa dönemli kayıplar sonrası elde edilen uzun vadeli kazançlar şeklinde tanımlanabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. O'Donoghue ve Padilla 2006, s.252-259.

⁷¹ FUMAGALLI, C.J. PADILLA ve M. POLO (2010), "Damages for Exclusionary Practices: a Primer", *Competition Law and Enforcement of Article 102* içinde, Oxford University Press, s.204.

⁷² Zararın hesaplanması bu süreçlerin tanımlanmasını gerektirse de, süreçler her zaman birebir beklendiği şekilde gelişmediği için bu tanımlamayı yapmak kolay olmamaktadır. Zira kötüye kullanma şeklinde ortaya çıkan ihlalin etkisi ihlal süreci sona erdikten sonra bile devam edebilmektedir. Bkz Fumagalli vd. 2010, s. 207.

Aşağıdaki şekilde ihlalin başlamasından, rekabetin yeniden tesis edilmesine kadar olan zamanın genellikle üç farklı şekilde gerçekleşen aşamaları gösterilmektedir:

Şekil - 4
Dışlayıcı Uygulamalar İçin Süreç Analizi



Kaynak: Fumagalli vd. (2010, s. 207)

Şekilde yıpratma aşaması olarak adlandırılan ilk süreç (T₀-T₁ arası⁷³), ihlalin başlangıcı ile rakiplerin dışlanmasına kadar olan süreci ifade etmekte olup, bu süreçte hâkim durumdaki teşebbüs, rakiplerini pazar dışına itmeyi amaçlayan yıpratma politikaları izlemektedir.

Pazarda yerleşik firmanın ihlalin meyvelerini almaya başladığı *hasat* süreci (T₁-T₂ arası) ise rakiplerin bütünüyle dışlanması ile başlamakta ve bu aşamada hâkim durumdaki teşebbüs hasat elde edebilmek için dışlayıcı uygulamasına son vermektedir. Bu aşama hâkim durumdaki teşebbüsün dışlayıcı uygulamasına son vermesi sonrasında pazara yeni rakiplerin girmesi veya rekabet otoritesinin müdahalesi⁷⁴ ile sona ermektedir.

Dışlayıcı uygulamanın sona ermesi ile birlikte pazarın yeni girişlerle büyüme aşaması başlamakta ve bu süreçte pazara yeni rakiplerin girmesi ile pazar eski rekabetçi yapısına kavuşmaktadır⁷⁵.

⁷³ Bu sürenin uzunluğu ihlalin türüne göre değişmektedir. Örneğin münhasır anlaşma gibi rakiplerin pazara girmesini engellemeye yönelik kötüye kullanma hallerinde yıpratma aşaması hiç olmayabilir ve süreç doğrudan rakiplerin dışlanması ile başlayabilir. Bkz. Fumagalli vd. 2010, s.206.

⁷⁴ OECD 2011, s.10.

⁷⁵ Fumagalli vd. 2010, s.207.

b) Etkinin Değerlendirilmesi

Dışlayıcı uygulamalar, pazarda yerleşik firma, yerleşik firmanın rakipleri ve müşterileri (tüketiciler) olmak üzere üç farklı tarafı etkilemektedir. Her bir taraf açısından ihlalin etkisi, farklı aşamalarda farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Pazarda yerleşik firma ihlalin ilk aşamasında, rakibini yıpratma amacıyla izlediği *agresif* politikalar nedeniyle kaybettiği kârı hasat aşamasında telafi edeceği için ihlalin esas zararı tüketiciler ve rakipler bakımından ortaya çıkmaktadır.

Dışlayıcı kötüye kullanmaların tüketiciler üzerindeki etkisi ise ihlalin her bir aşaması için farklılık göstermektedir⁷⁶. Dışlayıcı uygulamanın yıpratma politikalarının izlendiği ilk aşamasında, eğer dışlayıcı politika agresif fiyatlandırma şeklinde uygulanıyorsa tüketiciler bu tür bir eylemden fayda sağlayabilmektedir. Ancak ihlal ayırıcı uygulamalar içeriyorsa farklı tüketici grupları üzerinde farklı (pozitif veya negatif) etkileri olabilmektedir. Bu bakımdan yıpratma aşamasının tüketici refahı üzerindeki etkisi belirsizdir⁷⁷. Uzun vadede ise ihlali gerçekleştiren teşebbüs kısa vadede oluşan zararını telafi etmek için fiyatları yükselteceğinden, tüketici faydası azalmaya başlamaktadır. Ancak ihlalin tüketiciler üzerindeki tek olumsuz etkisi artan fiyatlar olmamakta, tüketici seçeneklerinin azalması da tüketici refahının azalmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla dışlayıcı uygulamaların tüketici refahı üzerindeki etkisini net bir şekilde ortaya koymak güçtür. Bunun bir sonucu olarak, tüketiciler bakımından ortaya çıkan zararın hesaplanması da sorun teşkil etmektedir. Bu bakımdan, uygulamada pratiklik sağlamak açısından tüketicilerin uğradığı zararın toplumsal zarar olarak kabul edilmesi ve idari cezalar bağlamında değerlendirilmesi daha uygun olabilecektir⁷⁸.

Öte yandan dışlayıcı uygulamalarda, tüketiciler açısından bir zarardan bahsedilebilmesi için öncelikle rakiplerin zarar görmesi ve rekabet yetilerinin azalması gerekmektedir. Bunun bir sonucu olarak dışlayıcı uygulamalar bakımından zarar teorisinin vazgeçilmez unsuru, hâkim firma davranışının rakipler üzerindeki etkilerinin ortaya konulmasıdır⁷⁹.

Dışlayıcı uygulamalar sonucunda rakipler bakımından ortaya çıkan zarar ise, gerçekleşen zarar (*damnum emergens*), mahrum kalınan kâr (*lost*

⁷⁶ OECD 2011, s.10.

⁷⁷ OECD 2011, s.11.

⁷⁸ PROSPERETTI, L. (2009) "Estimating Damages to Competitors from Exclusionary Practices in Europe: A Review of the Main Issues in the Light of National Courts' Experience", s.11, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/prosperetti.pdf>.

⁷⁹ BUCCUROSSI, P. (2010), "Quantification of Damages in Exclusionary Practice Cases", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol 1, No. 3, s.253.

profit) ve kaçırılan fırsatlar olmak üzere üç farklı kısımdan oluşmaktadır. Gerçekleşen zarar genellikle mahrum kalınan kâr ile kıyaslandığında dışlayıcı uygulama sonucunda ortaya çıkan zararın çok küçük bir kısmını oluşturmaktadır olup, özel hukuk davalarında gündeme dahi getirilmemektedir. Bu zarar, pazara girmek istenip de dışlayıcı uygulama dolayısıyla girilememesi veya rakibin pazar dışına itilmesi gibi durumlarda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, iktisadi açıdan bakıldığında bu zarara sadece batık maliyetlerin ve yatırım maliyetlerinin dâhil edilmesi yeterlidir⁸⁰.

İhlal dolayısıyla rakiplerin mahrum kaldığı kâr ise rakiplerin pazar payındaki düşüşlerden, sattıkları ürünlerin birim başına kâr marjının düşmesinden ve bunun sonucunda kârlı pazarlara girmek için gerekli olan varlıklardaki azalmadan kaynaklanmaktadır⁸¹. Mahrum kalınan kâr dışlayıcı uygulamalar sonucunda oluşan zararın en önemli kısmını oluşturmakla birlikte söz konusu kârın nasıl hesaplanacağı hususu açık değildir⁸². Pek çok hukuki sistem mahrum kalınan kârın hesaplanmasında pratik bir yaklaşım benimsemektedir. Mahkemeler genellikle kaybedilen kârın tazmin edilmesine ilişkin kararlarında fazlasıyla ihtiyatlı davranmakta, bazı mahkemeler diğerlerine nazaran daha kısıtlayıcı bir yaklaşım benimseyebilmektedir⁸³.

Öte yandan pazar dışına itilmiş/rekabetten men edilmiş firma, pazarın rekabete kapatılması nedeniyle başka pazarlara girmesine olanak tanıyacak bilgiye ve teknolojiye erişmesi engelleneceği için mahrum kaldığı kârın yanında diğer iş fırsatlarını da kaçırabilecektir. Örneğin bilişim sektöründe faaliyet gösteren ve pazar dışına itilen bir firma ileride bilişim sektöründe elde ettiği bilgi ve teknoloji ile telekomünikasyon araçları (cep telefonları) pazarına da girebilecekken bu fırsattan da mahrum kalabilecektir⁸⁴. Her ne kadar bu

⁸⁰ Prosperetti 2009, s.5-6. Bu maliyetler, rakibin dışlanmayı geciktirmek veya etkisini azaltmak amacıyla girişebilecekleri tedbirleri de (*countermeasures*) içerebilir.

⁸¹ Hovenkamp 2010, s.40.

⁸² Prosperetti 2009, s. 9.

⁸³ Örneğin İngiltere’de iki barın sahibi olan davacı tarafından, yaptığı münhasırlık anlaşması nedeniyle sadece bir bira markasını satması sonucu uğradığı zararını tazmin etmek için açılan davada, davacı münhasırlığın iptalini izleyen süre olan 1993-2003 (Yüksek Mahkemenin karar tarihine kadar olan süre) yılları arasında elde edebileceğini öngördüğü kâr için (yaklaşık 1.334.000 €) ve bağlama nedeniyle satamadığı ürünlerin 2003 yılındaki değeri için (yaklaşık 534.000 €) tazminat talep etmiştir. Temyiz mahkemesi davacının münhasır anlaşmadan doğan yükümlülükleri nedeniyle iki yıl boyunca uğradığı zararın tamamını geri alabileceğine hükmetmişse de davacının mahrum kaldığı kâr dolayısıyla uğradığı zarara yönelik tazminat ödenmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Temyiz mahkemesi söz konusu münhasırlığın kalktığı yıllara ilişkin olarak yapılan kâr hesabının varsayımsal bir işten elde edilen farazi bir kâra dayandığına dolayısıyla söz konusu tutarın fazlasıyla kurgusal olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Oxera ve Komminos 2009, s.39.

⁸⁴ Prosperetti 2009, s. 9.

durumun ispatı güç olsa da rakipler bakımından ortaya çıkan zararın sınırları çizilirken bu hususun da göz önünde bulundurulmasında fayda vardır.

Aşağıdaki tabloda dışlayıcı uygulamaların her bir aşamasından olumsuz etkilenen taraflar ve bu tarafların maruz kaldığı etkiler özetlenmektedir:

Tablo - 2
Dışlayıcı Uygulamaların Etkileri

Etkilenen Taraflar	Yıpratma Aşaması	Hasat Aşaması	Büyüme Aşaması	Toplam Etki
Dışlanan Rakip	Faaliyet Kârında Azalma, Fiili Zarar, Çıkış Maliyetleri	Faaliyet Kârının Ortadan Kalkması	Kârda Azalma ve Yeniden Giriş Maliyeti	Zarar görmektedir.
Nihai Tüketici	Fiyattaki Azalmaya Bağlı Kazanç	Fiyattaki Artışa ve Üretimdeki Düşmeye Bağlı Zarar	Giriş Stratejisine Bağlı Olarak Kayıp Yahut Kazanç	Belirgin bir etkinlik kazanımı yoksa zarar görmektedir.
Tüketici Refahına Etkisi	Negatif	Pozitif (Önemli bir Etkinlik Kazanımı Yoksa)	Giriş Stratejisine ve Etkinliklere Bağlı	Belirgin bir etkinlik kazanımı yoksa zarar görmektedir.
Toplam Refah Üzerindeki Etkisi	Belirsiz	Pozitif (Önemli bir Etkinlik Kazanımı Yoksa)	Belirsiz	Önemli bir etkinlik kazanımı yoksa zarar görmektedir.

Kaynak: OECD (2011)

c) İhlal Olmasaydı Durumu

“Farazi durum senaryosu” (*but-for scenario*) olarak da bilinen bu aşamada, ihlal olmasaydı mevcut pazarın nasıl olacağına ilişkin tahminlere dayalı bir senaryo oluşturulmaktadır. Bu senaryo oluşturulurken kullanılan yöntemler “Zararın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler” başlığı altında

daha ayrıntılı olarak anlatılacak olmakla birlikte, Buccirossi'nin buna yönelik pratik önerisine değinmekte fayda vardır⁸⁵:

“Rekabet otoriteleri bir kötüye kullanma eylemi tespit ettiklerinde ya ihlali gerçekleştiren teşebbüse ihlale ne şekilde son vereceğini göstermekte ya da ne şekilde son vereceğini ayrıca açıklamak yerine belli bir süre içinde ihlale son vermesi gerektiğini bildirmektedir. Bu durumda hâkim durumdaki teşebbüs ihlale son vermek için hangi tedbirleri uygulayacağına kendisi karar vermektedir. Her iki durumda da ihlali gerçekleştiren teşebbüsün ihlale son verdikten sonraki davranışları ihlal hiç olmasaydı durumundaki davranışları ile benzer olacaktır. Bir başka ifade ile alınan tedbirler hâkim firmanın “ya olmasaydı”ya ilişkin farazi durumdaki davranışlarını gösterecektir. Böylelikle ihlale ve ihlale son verilmesine ilişkin tedbirlere bakılarak ihlalin olmadığı durumun nasıl olacağı tahmin edilebilecektir.”

d) Zararın Hesaplanması

Kavramsal çerçevenin son aşaması rekabet ihlali sonucunda oluşan zararın hesaplanmasıdır. Rekabet ihlallerinden doğan zararın hesaplanması için temel olarak aşağıdaki davacının fiili durumu⁸⁶ ile farazi durumu⁸⁷ arasındaki farkın bulunması gerekmektedir. Genel olarak, davacının fiili durumunun ortaya konulmasında sorun yaşanmamakta, karşılaşılan esas güçlük farazi durumun tahmini aşamasında ortaya çıkmaktadır. Ancak iktisat ve finans teorisi ekonomik zararın farazi durumun tahmin edilmesine yönelik çok sayıda yöntem ve model geliştirmiştir. Aşağıda söz konusu yöntemler ayrıntılı olarak incelenmektedir.

3. ZARARIN HESAPLANMASINDA KULLANILAN YÖNTEMLER

Zararın hesaplanmasında kullanılan yöntemler ayrı ayrı sınıflandırılıyor olmalarına karşın, esasen birbirlerini tamamlayacak niteliktedir⁸⁸. Çalışmada bu yöntemlerden ve modellerden rekabet ihlalleri sonucunda ortaya çıkan zararın hesaplanması için uygun olanları⁸⁹, “karşılaştırmaya dayanan yöntem”, “finansal analize dayanan yöntem” ve “simülasyon yöntemi” olmak üzere üç başlık altında anlatılacaktır.

⁸⁵ Buccirossi 2010, s.255.

⁸⁶ Rekabet ihlalinin gerçekleşmesinden sonra davacının içinde bulunduğu iktisadi durum (örneğin bir kartel anlaşması sırasında müşterilerin maruz kaldığı zarar).

⁸⁷ Davalının rekabet ihlalinde bulunmadığı ve diğer koşulların fiili duruma benzediği bir durumda, davacının elde edeceği kâr/zarar. Bkz. Ashurst 2004b, s.10.

⁸⁸ Çalışma Kitabı 2005, s.39.

⁸⁹ Çalışma kapsamında yer alacak modellerin seçiminde yöntemin, kolay anlaşılır ve makul olması ile akademik yazında ve uygulamada ne sıklıkta tercih edildiği hususları dikkate alınmıştır.

3.1. Karşılaştırmaya Dayalı Yöntemler

3.1.1. Mukayese (Yardstick) Yöntemi

Mukayese yöntemi, ihlalden etkilenen pazar/pazarlar (karşılaştırma grubu) ile bu pazarla/pazarlarla benzerlik gösteren ancak ihlalden etkilenmediği varsayılan bir pazardaki fiyatların karşılaştırılmasına dayanmaktadır⁹⁰. Buna göre mukayese yöntemi genelde aynı ürünün satıldığı farklı coğrafi pazarlar arasındaki kıyaslama üzerinde temellenir; bu yöntemde, aynı firmanın veya ürünün ihlalden etkilenen pazardaki ve etkilenmeyen pazar(lar)daki durumları arasında bir karşılaştırma yapılır. Özellikle aynı teşebbüsün birden çok coğrafi pazarda faaliyet gösterdiği ve bu pazarlardan sadece bazılarının ihlalden etkilendiği hallerde mukayese yöntemi daha doğru sonuçlar verebilecektir. Zira bu durumda firmalar arasındaki farklılıkların kontrol edilmesine gerek kalmamaktadır⁹¹. Eğer bu mümkün değilse ideal olan, mukayese amacıyla seçilen pazarın, fiyat, maliyet ve başka açılardan ihlalin gerçekleştiği pazara benzemesi ve pazarlar arasındaki fiyat farklılığının ihlalden kaynaklandığını ve ihlalin fiyat etkisinin pazarlar arasındaki fiyat farkına eşit olduğunu varsaymaya olanak tanıyacak nitelikte olmasıdır⁹². Bir diğer ifadeyle, ihlalin olmadığı durumu hesaplamak için referans olarak seçilen pazarın koşullarının⁹³, teşebbüsün⁹⁴ ve ürünün, sırasıyla ihlalin olduğu pazarın koşullarına, davalı teşebbüse ve ihlale konu ürüne benzer olması gerekmektedir. Bu çerçevede, örneğin üç oyuncunun olduğu oligopolistik bir pazarda gerçekleşen ihlal neticesinde oluşan zarar ölçmek için 20 oyuncunun faaliyet gösterdiği rekabetçi bir pazarın mukayese amacıyla kullanılması zararın yanlış hesaplanmasına yol açacaktır⁹⁵. Diğer bir örnek olarak, fiyatın nakliye masraflarını içerdiği bir durumda, eğer ihlalde bulunan teşebbüsün müşterilere olan uzaklığı veya taşıma maliyetleri ihlalin olmadığı mukayese pazarındaki teşebbüslerin kendi müşterilerine olan uzaklıkları veya taşıma maliyetlerine göre farklılık gösteriyorsa, iki pazardaki fiyatlar arasındaki doğrudan bir karşılaştırma yanıltıcı sonuçlar doğurabilecektir.

Söz konusu yöntemi basit bir şekilde açıklamak gerekirse, öncelikle karşılaştırma için seçilen ve ihlal olmadığı varsayılan pazardaki veya

⁹⁰ Hovenkamp 2010, s.24. Bu yöntem, farklı pazarlar arasında bir karşılaştırma içerdiğinden, *kesit (cross-section) analizi* olarak da adlandırılabilir.

⁹¹ Şahbaz 2008, s.40.

⁹² Çalışma Kitabı 2005, s.39.

⁹³ Maliyet yapısı, vergi ve regülasyon, gelir düzeyi vb.

⁹⁴ Organizasyon yapısı, kaynakları vb.

⁹⁵ Şahbaz 2008, s.39-40.

pazarlardaki ortalama fiyat hesaplanmalı⁹⁶, ardından bu fiyat ihlalin gerçekleştiği pazardaki fiyatlar ile karşılaştırılmalıdır. Örneğin, ihlalin gerçekleştiği pazarla karşılaştırılabilecek nitelikte⁹⁷ olan 5 farklı pazardaki fiyatların ortalaması 10 TL ise pazarda ihlal olmasaydı oluşacak fiyatın yaklaşık 10 TL olduğu kabul edilebilecektir. Eğer ihlalin olduğu pazardaki fiyat 12 TL ise ihlal nedeniyle fazladan ödenen bedelin 2 TL olduğu tahmin edilecektir⁹⁸.

Mukayese yönteminin avantajı, karşılaştırma için uygun bir pazarın seçilmesi halinde, rekabet ihlalinin olmadığı durumda pazarın ne şekilde olacağını görebilmenin kolay olmasıdır. Ancak söz konusu yöntemin en önemli dezavantajı, mukayese amacıyla seçilen pazar ile ihlalin gerçekleştiği pazar arasındaki farklılıklar salt ihlalden kaynaklanmasa dahi, bu farklılıkların da rekabet ihlalinin kaynaklandığı yanılığına açık olması ve ihlalin fiyat üzerindeki etkisinin iki pazar arasındaki fiyat farkıyla sınırlı olduğunu varsaymasıdır.

Mukayese yöntemi kullanılarak hem fazladan ödenen bedelin, hem de mahrum kalınan kârın hesaplanabilmesi mümkündür. Aşağıda söz konusu yöntemlerin fazladan ödenen bedelin tahmininde ve mahrum kalınan kârın ölçümünde ne şekilde kullanılabilecekleri örnekler üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır.

3.1.1.1. Fazladan Ödenen Bedelin Tahmininde Mukayese Yöntemi

Fazladan ödenen bedelin tahmininde “öncesi ve sonrası yöntemi”nin⁹⁹ kullanılması daha uygun olmakla birlikte, ihlalin başladığı dönem öncesine veya sonrasına ait verilerin sağlıklı olmadığı hallerde mukayese yöntemi de uygun bir alternatif olabilecektir. Özellikle ihaleye danışıklı teklif verilmesi halleri, fazladan ödenen bedelin mukayese yöntemi kullanılarak hesaplanması için uygundur. Söz konusu durumda fazladan ödenen bedel danışıklı olarak verilen teklif ile danışıklılık olmasaydı verilecek teklif arasındaki farktır¹⁰⁰.

Bu yöntem ile fazladan ödenen bedel hesaplanırken öncelikle ihlalin olmadığı pazardaki veriler kullanılarak kurulan model ile ihlalin gerçekleştiği pazarda ihlal olmasaydı oluşması beklenen farazi fiyat belirlenecektir. Ardından ihlalin gerçekleştiği pazarda oluşan ihale bedelinden bu tutarın çıkarılması suretiyle, ihlal dolayısıyla fazladan ödenen bedel hesaplanacaktır. Aşağıda

⁹⁶ Ortalama fiyat pazardaki fiyatların aritmetik ortalamasının alınması, medyan fiyat (ortadaki fiyat) veya mod fiyat (en çok karşılaşılan fiyat) yöntemleriyle bulunmaktadır.

⁹⁷ İhlalin gerçekleştiği pazar ile arz, talep, maliyet vb konularda benzerlik gösteren pazarlar karşılaştırma için uygun adaylardır.

⁹⁸ Oxera ve Komninos 2009, s.49.

⁹⁹ Öncesi ve sonrası yöntemi 3.1.2. nolu başlık altında anlatılmaktadır.

¹⁰⁰ Areeda vd. 2000, s.536.

mukayese yöntemi ile fazladan ödenen bedelin hesaplanması basitleştirilmiş model ışığında gösterilmektedir¹⁰¹:

$$(i) F = \beta_0 + \beta_1 S + \beta_2 P$$

Yukarıdaki modelde ihale fiyatı ile (F), teklif sahiplerinin sayısı (S) ve projenin büyüklüğü (P) arasındaki ilişki gösterilmektedir. Bu denklemde β ile gösterilen katsayılar ilgili bağımsız değişkendir (fiyatı etkileyen ve fiyattan bağımsız olarak değişen unsurlar) değişikliklerin fiyat üzerindeki marjinal etkisini göstermektedir.

Mukayese amacıyla seçilen pazarda oluşan ihale fiyatı, firma sayısı ve proje büyüklüğüne ilişkin veriler girildiğinde, rekabetçi pazardaki ihale bedeli, firma sayısı ve proje büyüklüğü arasındaki ilişkiyi gösteren model, aşağıdaki gibi oluşsun:

$$(ii) F = 225.905 - 22.142S + 0,74P$$

Buna göre rekabetçi bir piyasada ihale bedeli 225.905 TL ile proje büyüklüğünün %74'ünün toplamından, ihaleye katılan firma sayısının 22.142 ile çarpımının çıkarılmasıyla bulunmaktadır. Örneğin ihaleye 3 firmanın katıldığı ve proje büyüklüğünün 500.000 TL olduğu piyasada, ihlalin olmadığı durumda ihale bedelinin 529.479 TL olarak gerçekleşmesi beklenecektir. Eğer fiili durumda gerçekleşen ihale bedeli bu tutardan fazla ise aradaki farkın danışıkları hareket nedeniyle fazladan ödenen bedel olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.

3.1.1.2. Mahrum Kalınan Kârın Tahmininde Mukayese Yöntemi

Genel olarak mukayese yönteminin mahrum kalınan kârın hesaplanmasında kullanılabileceği kabul edilmekle birlikte söz konusu yöntemin bu türden hesaplamalarda kullanılabilirliği sınırlıdır¹⁰². Buna karşın mukayese amacıyla kullanılacak firmaların yahut pazarların birbiriyle özdeş olması durumunda yöntem gerçekçi sonuçlar verebileceği gibi diğer yöntemlere kıyasla kolay uygulanabilir olması dolayısıyla tercih edilecektir.

Mukayese yönteminin mahrum kalınan kârın hesaplanmasında nasıl kullanıldığını görmek bakımından İspanya'da bilinmeyen numaralar servisinin özelleştirilmesi sonrasında açılan davaya yer verilecektir. İspanya'daki

¹⁰¹ Söz konusu model ve ayrıntısı için bkz. Areeda vd. 2000, s. 536-537. Söz konusu modelde ihale fiyatının sadece ihaleye katılan firma sayısından ve proje büyüklüğünden etkilendiği kabul edilmiştir. Buna karşın ihale bedelinin modele dâhil edilmeyen pek çok değişkenden etkilenmesi mümkündür. Gerçek dünyada zarar hesabı yapılırken en doğru sonuca ulaşmak için mümkün olduğunca çok bağımsız (*independent*) değişkenin modele dâhil edilmesi önemlidir.

¹⁰² Areeda vd. 2000, s. 577.

bilinmeyen numaralar servisinin özelleştirilmesi sonrasında pazarda hâkim durumda bulunan firma (Telefonica) sahip olduğu verileri önce rakibiyle hiç paylaşmak istemediği; ardından da düşük kalitede veri sunmak yoluyla rakibini zarara uğrattığı iddiası ile dava edilmiştir. Söz konusu davada davacı konumundaki Conduit'in, Telefonica'dan abone bilgilerini talep etmesine karşın Telefonica rakibine eksik ve yanlış bilgi vermiş ve bu bilgiler Conduit'e alternatif veri temini ve veri silme maliyeti gibi ilave maliyetler yüklemiştir¹⁰³. Ancak Conduit zararının sadece bu maliyetlerle sınırlı olmadığını, katlandığı fazladan maliyetler nedeniyle yeterince reklam yapamadığını ve Telefonica'dan aldığı yanlış bilgiler dolayısıyla müşteri kaybettiğini ileri sürerek, mahrum kaldığı kârın tazmini için 6 milyon €'luk tazminat davası açmıştır¹⁰⁴.

Davacı kaybettiği pazar payını göstermek için İngiltere bilinmeyen numaralar servisi pazarını kıstas (*benchmark*) kabul eden bilgisayar tabanlı bir ekonometrik çalışma sunmuştur. Mukayese amacıyla İngiltere pazarının seçilmesinde, davacının aynı zamanda İngiltere'de de faaliyet göstermesi, her iki ülkede de aynı fiyat stratejisini yürütmesi, her iki ülkenin ilgili ürün pazarını yakın tarihlerde rekabete açması¹⁰⁵, İngiltere pazarında rekabetin ihlal edilmemiş olması, her iki pazarın da hâkim durumdaki bir firma ve pazara yeni giren küçük firmalardan oluşması, her iki pazarda da benzer teknolojinin kullanılması ve son olarak her iki pazarda da reklam harcamalarının benzer olması etkili olmuştur¹⁰⁶.

Conduit tarafından görevlendirilen uzmanlar (Conduit uzmanları) mahrum kalınan kârı hesaplarken öncelikle İngiltere pazarındaki arama sayısını esas alan bir pazar payı hesaplama modeli kurmuşlar ardından bu sonuçları ihlal olmasaydı İspanya'daki pazar payının gelişimin ne olacağını tahmin etmek için

¹⁰³ Telefonica tarafından sağlanan veriler yanlış olduğundan, Conduit söz konusu verileri düzeltmek için ilave personel istihdam etmiş ve bu personel telefon rehberi ve internet üzerinden ulaştıkları verilerle yeni bir veri tabanı oluşturmak durumunda kalmıştır. Bkz. MARTINEZ, M. ve G.G. SIOTIS (2010), "Sabotaging Entry: An Estimate of Damages in the Directory Enquiry Services Market", *Review of Law & Economics* 6:1 s.11.

¹⁰⁴ DELGADO, J. ve E.P. ASENJO (2010), "Quantification of Damages from Competition Infringements in Spain", Note Prepared for the Workshop on the "Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements" organised by the European Commission, Brussels, 26 January 2010, s.3.

¹⁰⁵ İngiltere pazarında bilinmeyen numaralar servisi 2002 yılının Aralık ayında, İspanya'da ise 2003 yılında özelleştirme işlemi takiben rekabete açılmıştır. Conduit her iki pazara da 2003 yılının Nisan ayında giriş yapmıştır.

¹⁰⁶ Martinez ve Siotis 2010, s.21.

kullanmışlardır¹⁰⁷. Conduit uzmanları tarafından pazar payı tahmininde kullanılan regresyon modeli¹⁰⁸ aşağıdaki gibidir:

$$(1) MS_{it} = \beta_{i0} + \beta_{i1}relP_{it} + \beta_{i2}relA_{it} + Q_t\beta_{i3} + \varepsilon_{it}$$

Formülde MS_{it} i firmasının t zamanındaki pazar payını, $relP_{it}$ firmanın göreceli fiyatını¹⁰⁹, $relA_{it}$ firmanın göreceli reklam harcamalarını¹¹⁰ Q_t kukla değişkenler kümesini¹¹¹ simgelemektedir. Conduit uzmanları (1) nolu modeli kullanarak ihlalin olmadığı İngiltere pazarındaki paylarını hesaplamışlar, ardından aynı modeli kullanarak ihlalin olmadığı durumda İspanya'daki pazar paylarının ne olacağını tahmin etmişlerdir¹¹². Buna göre ihlalin olmadığı durumda Conduit'in %5 civarında olacağı tahmin edilen pazar payı fiili durumda %2'den daha az gerçekleşmiş olup Conduit uzmanları, aradaki farkın Telefonica'nın eylemlerinden kaynaklandığını ileri sürmüştür.

Bununla birlikte mahkeme ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağımlı kabul etmemiş, zararın reklam harcamalarının, insan kaynaklarının ve pazar bilgisinin yetersiz oluşundan kaynaklandığını değerlendirerek, Conduit'in mahrum kaldığı kâra ilişkin herhangi bir tazminat ödenmesine gerek olmadığına hükmetmiştir¹¹³.

3.1.2. Öncesi ve Sonrası Yöntemi (*Before and After Method*)

“Zaman serileri yöntemi”¹¹⁴ olarak da bilinen bu yöntemle, ihlalin gerçekleştiği piyasadaki fiyatların zaman içinde izlediği seyir kullanılarak ihlal sonucunda oluşan zararın belirlenmesi amaçlanır. Söz konusu yöntemle zarar, ihlal dönemi ile ihlalin başlamasından önceki dönem (ve/veya ihlalin sona ermesinden

¹⁰⁷ Martinez ve Siotisis 2010, s.22.

¹⁰⁸ Regresyon, analiz konusu verilerdeki değişimi diğer (açıklayıcı) faktörlerdeki değişimler ile açıklamayı amaçlayan bir istatistik yöntemidir.

¹⁰⁹ Firmanın göreceli fiyatı, firmanın kendi fiyatının rakiplerinin fiyatlarının aritmetik ortalamasına bölünmesi ile bulunmaktadır.

¹¹⁰ Firmanın reklam harcamalarının pazardaki toplam reklam harcamalarına bölünmesi suretiyle bulunmaktadır.

¹¹¹ Regresyon analizinde kullanılacak olan nitel faktörleri (örneğin kadın/erkek, önce/sonra, mevcut/mevcut değil, hafta içi/hafta sonu, Salı günü/diğer günler, vb.) belirtmek amacıyla geleneksel olarak bir/sıfır değerleriyle belirtilen (kodlanan) değişkenler kukla (*dummy*) değişkenler olarak adlandırılır. Bu değişken söz konusu modele tatil günleri ve haftanın değişik günlerindeki pazar payı değişikliklerini kontrol etmek amacıyla dahil edilmiştir.

¹¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Martinez. ve Siotisis, 2010.

¹¹³ Delgado ve Asenjo 2010, s.3.

¹¹⁴ Oxera ve Komninos (2009, 53), bu yöntemi (fiyatın zaman içindeki değişimin incelenmesi nedeniyle) “zaman serileri yöntemi” olarak adlandırmaktadır. Ancak doktrinde genellikle “öncesi ve sonrası yöntemi” olarak adlandırıldığı için işbu çalışmada söz konusu yöntem “öncesi ve sonrası yöntemi” şeklinde anılacaktır.

sonraki dönem) arasındaki fiyat farklılıkları zemininde hesaplanmaktadır¹¹⁵. Öncesi ve sonrası yönteminde zarar sadece ele alınan dönemlerdeki ortalama fiyatların karşılaştırılması yoluyla bulunabileceği gibi pazar şartlarındaki değişikliklerin kontrol edilmesi için kurulacak daha gelişmiş ekonometrik modeller yardımıyla da bulunabilecektir¹¹⁶.

Şayet yeterli veri mevcut ise, söz konusu yöntemin daha sağlıklı sonuçlar verebilmesi için ihlal öncesi döneme, ihlal dönemine ve ihlal sonrası döneme ait verilerin bir bütün olarak incelenmesi ve karşılaştırılması faydalı olacaktır. Zira hem ihlal öncesi hem de ihlal sonrası döneme ilişkin verilerin olması fiyatların ihlal olmasaydı nasıl bir seyir izleyeceğinin tespit edilmesini kolaylaştıracağından, ulaşılan sonuçlar da daha güvenilir olacaktır¹¹⁷.

Yöntemin daha kolay anlaşılması bakımından X ürününün sağlayıcılarının aralarında anlaşarak fiyatları artırdığını varsayalım¹¹⁸. Aşağıdaki şekilde söz konusu ürünün ihlalin olmadığı dönemdeki (1995-2004 yılları arası) fiyatları, ihlal dönemindeki (2005-2008 yılları arası) fiyatları ve ihlal sona erdikten sonraki döneme (2009-2010) ait fiyatları nokta şeklinde gösterilmektedir. Çizgi ise ihlalin olmadığı durumda fiyatın takip etmesi beklenen seyri göstermektedir.

Şekil 5'ten görüldüğü üzere ihlalin başladığı döneme kadar (1995-2004 yılları arası) fiyatlar belli bir seyir izlerken, ihlalin başlamasıyla birlikte (2005-2008 yılları arasında) fiyatlar takip ettiği seyirden sapmaktadır. Söz konusu yöntemde bu sapmanın ihlalden kaynaklandığı kabul edilmekte ve aradaki farkın ihlal nedeniyle fazladan ödenen bedeli gösterdiği kabul edilmektedir.

Öncesi ve sonrası yönteminde aynı pazar ve firmalar referans olarak alındığı için veri bulmak kolaylaşmakta ve bu durum söz konusu yöntemi, mukayese yöntemine göre daha avantajlı hale getirmektedir. Bunun yanında bahse konu yöntemin seçilmesi ile birlikte, mukayese yönteminde ortaya çıkan ve mukayeseye konu pazarların maliyet, arz-talep koşullarındaki farklılıklardan kaynaklanan yanlıgıların önüne geçilebilecektir.

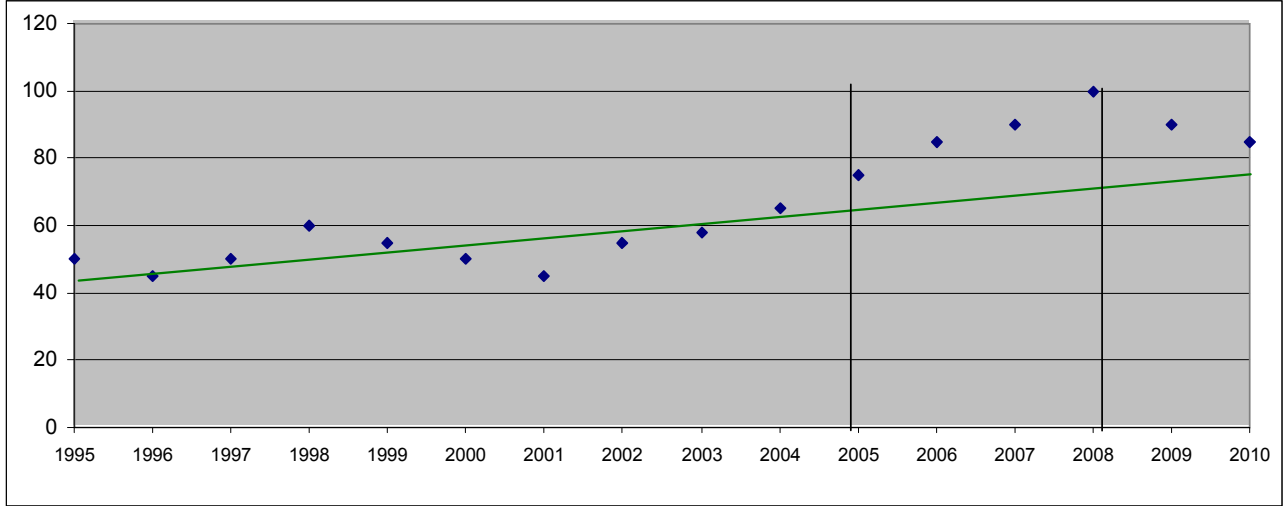
¹¹⁵ DAVIS, P. ve E. GARCÉS (2010), *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press., Princeton, s.354.

¹¹⁶ Friedriszick ve Röller 2010, s.11.

¹¹⁷ Oxera ve Komninos 2009, s.54.

¹¹⁸ Areeda vd. (2000, s. 530)'den uyarlanmıştır.

Şekil - 5
X Ürününün 1995-2010 Yılları Arasındaki Fiyat Seyri



Kaynak: Areeda vd. (2000, s.530)

Bununla birlikte öncesi ve sonrası yönteminde ihlal dışında fiyata etki eden değişkenlerin dikkate alınmaması durumunda, fiyattaki artışın salt ihlalden kaynaklandığı yanılıgına düşülmesi olasıdır¹¹⁹. Bu yanılıgının önüne geçilebilmesi için mümkünse ihlal dışındaki faktörlerin de fiyat üzerindeki etkisinin kontrol edilmesi gerekmektedir¹²⁰. Bu bakımdan, ihlalin olmadığı dönemdeki fiyatların bulunması için seçilen referans fiyatların mümkün olan en geniş dönemi kapsamaması yerinde olacaktır¹²¹. İhlal dışındaki etmenlerin fiyat seyrine etkisinin ayrıştırılamaması zararın doğru hesaplanmasını engelleyeceğinden, bu şekilde hesaplanan zarar da mahkemelerce kabul görmeyecektir¹²².

¹¹⁹ “Örnek vermek gerekirse, ihlal olan dönemde pazara yeni bir giriş ya da bir teknolojik değişim olmuşsa, davacının performansında olabilecek muhtemel değişikliklerde bu etkilerin ihlalin etkisinden ayrıştırılması gerekir. Benzer şekilde makroekonomik krizler ya da rakip teşebbüslerin yönetim problemleri gibi anlık olayların etkileri ihlalin etkisinden ayrıştırılmalıdır”. Bkz. Şahbaz 2008, s.39.

¹²⁰ Oxera ve Komninos 2009, s.55.

¹²¹ Ashurst 2004b, s.17.

¹²² Örneğin İtalyan Rekabet Otoritesi’nin 2000 yılında aldığı, yazılım üreten bir firma olan INOZ’un İtalyan Ulusal İş Danışmanlık Kurumu’nun toplu boykotu sonucunda zarara uğradığını ve söz konusu Kurumun boykot kararının madde 101’e karşılık gelen İtalyan Kanun hükmüne aykırı olduğuna ilişkin kararından Milano Temyiz Mahkemesi’ne getirilen davada, davacı ihlal öncesi dönemde yaptığı yeni sözleşmelerdeki yıllık artış oranının ortalama %10 olduğunu ve

3.1.2.1. Öncesi ve Sonrası Yöntemi ile Fazladan Ödenen Bedelin Hesaplanması

Fazladan ödenen bedelin öncesi ve sonrası yöntemi ile nasıl hesaplanacağını göstermek bakımından 2007-2009 yılları arasında gerçekleştiğini varsaydığımız farazi kargo karteli örneğini inceleyelim¹²³. Aşağıdaki tabloda 2000-2006 yılları arasındaki rekabetçi süreçteki ve 2007-2009 yılları arasındaki gizli anlaşma sürecindeki kg başına taşıma fiyatları gösterilmektedir:

Tablo - 3
Kargo Hizmetleri için kg Başına Fiyat Seviyesi

Yıl	Fiyat (kg/TL)
2000	3
2001	3,5
2002	3,75
2003	3,8
2004	4
2005	4,2
2006	4,5
2007 (ihlal dönemi)	6
2008 (ihlal dönemi)	7
2009 (ihlal dönemi)	8,5
2010	7,2

Öncesi ve sonrası yöntemi ile salt fiyat bilgisine bakılarak zarar hesabı yapılacak olursa ihlal öncesindeki dönemde ortalama fiyatın 3,82 TL olduğu, ihlal sonrasında ise fiyatın 7,16 TL olduğu dolayısıyla kartel nedeniyle kg başına fazladan ödenen bedelin 3,34 TL olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Buna karşın bu şekilde bir hesaplama ile ihlal dışında fiyat etkileyen yakıt maliyeti, ekonomideki dalgalanmalar vb. unsurlar göz ardı edilmiş olabilecektir. Dolayısıyla ihlal dışındaki faktörlerin fiyat üzerindeki etkisinin kontrol edilebilmesi için regresyon analizinin kullanılmasında fayda vardır. Buna göre

ihlal döneminde büyümenin birden kesildiğini göstermesine rağmen, Mahkeme ihlal olmasaydı büyümenin aynı oranla devam edip etmeyeceğinin bilinmeyeceği gerekçesi ile bu zarar hesabını kabul etmemiştir. Bkz. Oxera ve Komninos 2009, s.55.

¹²³ Areeda vd. (2000, s. 529)'den uyarlanmıştır.

öncelikle fiyatı (F) etkileyen oyuncu sayısı (O), akaryakıt fiyatları (A) ve nüfus gibi (N) bağımsız değişkenlerin ihlal olmayan döneme ait verileri kullanılarak hazırlanan denklem (2) tahmin edilecektir:

$$(2) F = \beta_0 + \beta_1 O_t + \beta_2 A + \beta_3 N_t$$

Daha sonra ihlal olmayan dönemin verisiyle hesaplanan katsayılar ve bağımsız değişkenlerde ihlal dönemine ait veriler kullanılarak, ihlal döneminde ihlal olmasaydı oluşacak fiyatlar tahmin edilecektir. Tahmin edilen fiyat ile gerçekleşen fiyat arasındaki fark ihlal dolayısıyla fazladan ödenen bedeli verecektir¹²⁴.

3.1.2.2. Öncesi ve Sonrası Yöntemi ile Mahrum Kalınan Kârın Hesaplanması

Öncesi ve sonrası yöntemi kullanılarak mahrum kalınan kâr hesaplanırken ihlalden zarar gören teşebbüsün ihlalin ortaya çıkmasından önceki, ihlal dönemindeki ve ihlalin sona ermesinden sonraki ticari faaliyetlerine bakılarak, ihlalin zarar gören teşebbüsün kârına etkisi tahmin edilmektedir. Yöntem (en basit haliyle) uygulanırken ihlalden zarar gören teşebbüsün ihlal öncesi ve sonrasındaki net kârına bakılmakta ve her bir dönemde elde ettiği gerçek kâr ile ihlal olmasaydı elde etmesi beklenen kâr arasındaki farkın bugünkü değerinin¹²³ dönemler üzerinden toplamı mahrum kalınan kârı vermektedir.

Basit bir örnekle¹²⁵ öncesi ve sonrası yönteminin mahrum kalınan kârın hesaplanmasında nasıl kullanılacağını açıklayalım. Pazarda hâkim durumda bulunan firmanın 2005-2008 yılları arasında yıkıcı fiyat yoluyla rakibinin ticari faaliyetlerini kısıtladığını ve bu durumun rakibinin kârına etkisinin aşağıdaki tabloda gösterildiği gibi olduğunu varsayalım:

¹²⁴ Şahbaz 2008, s.42-43.

¹²⁵ Hovenkamp 2010 s.44'teki örnekten uyarlanmıştır.

Tablo - 4
İhlale Maruz Kalan Teşebbüsün 2002-2009 Yılları Arası Net Kârı

Yıl	Net Kâr (TL)
2002	90.000
2003	80.000
2004	80.000
2005 (ihlal dönemi)	45.000
2006 (ihlal dönemi)	40.000
2007 (ihlal dönemi)	10.000
2008 (ihlal dönemi)	20.000
2009	50.000

Zarar gören firmanın ihlalin olmadığı dönemdeki yıllık ortalama kârı 75.000 TL'dir. Basitleştirilmiş hesaplama firmanın ihlal dolayısıyla mahrum kaldığı kâr 2005 yılında 30.000 TL, 2006 yılında 35.000 TL, 2007 yılında 65.000 TL, 2008 yılında 45.000 TL; toplamda uğradığı zarar ise 175.000 TL olarak hesaplanacaktır.

Bununla birlikte bu türden bir hesaplama ile firmanın kârlılığındaki düşüşün salt ihlalden kaynaklandığı kabul edilmiş olacaktır. Ancak firmanın ihlal olmasaydı da aynı şekilde kâr edip etmeyeceği hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin ihlalin gerçekleşmesinden önce firma hızlı bir büyüme trendi yakalamışsa ihlalin ortaya çıkmasından önceki pazar payını artıracığından zarar eksik tahmin edilmiş olacaktır. Ters durumda, yani ihlalin ortaya çıkmasından önce pazara yeni girişler olmuş yahut ihlalden zarar gören firmanın performansında bir azalma oluşmuşsa, bu durumun ihlalden bağımsız olarak satışlarında ve kârlılığında düşüşe yol açması beklenecektir. İhlal dışındaki bu türden değişikliklerin göz ardı edilmesi zararın yanlış hesaplanmasına yol açacaktır. Bu tür yanlışlıkların en aza indirgenmesi bakımından ihlal dışında firmanın kârını etkileyen unsurların neler olduğunun ve kârı ne ölçüde etkilediğinin belirlenmesini sağlayacak çok değişkenli regresyon analizlerine ihtiyaç bulunmaktadır¹²⁶.

3.1.3 Farkın Farkı Yöntemi (*Difference in Difference Method*)

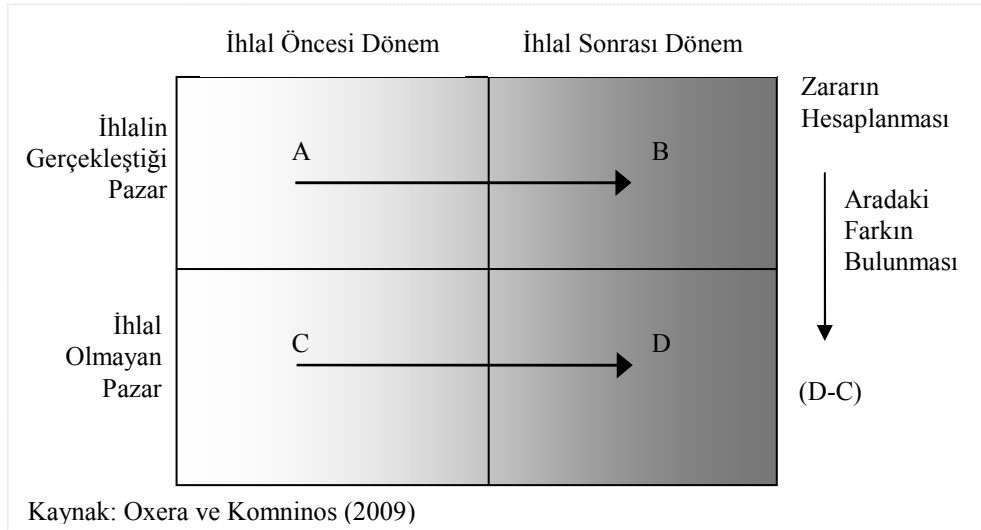
Farkın farkı tekniği, mukayese yöntemi ile zaman serileri yöntemlerinin eksikliklerini kapatmak üzere geliştirilmiş bir yöntem olup esasında her iki yöntemin kesişimi olarak da kabul edilebilecektir. Farkın farkı yöntemi ile ihlal sürecinde meydana gelen ve fiyatı ihlalden bağımsız olarak etkileyecek

¹²⁶ Hovenkamp 2010, s.45.

nitelikteki değişikliklerin ayrıştırılması (bağımsız değişkenler) ve bu yolla fiyat üzerinde yalnızca ihlalden kaynaklanan değişikliklerin belirlenmesi amaçlanmaktadır¹²⁷. Bu çerçevede, karşılaştırma amacıyla kullanılacak rekabetçi bir pazarda zaman içinde meydana gelen değişimler mercek altına alınarak ihlalin gerçekleştiği pazarda “ihlal olmasaydı ne olurdu” bulunmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla bu yöntemi uygulayabilmek için hem ihlalin gerçekleştiği (kartelleşmiş) hem de ihlalden etkilenmeyen (rekabetçi) pazarlardaki verilerin zaman içindeki değişimine ihtiyaç duyulmaktadır¹²⁸.

Yöntemin nasıl işlediği aşağıdaki şekilde özetlenmektedir:

Şekil - 6
Farkın Farkı Yönteminin İşleyişi



Söz konusu yöntemde öncelikle ihlalin gerçekleştiği pazardaki fiyat değişikliğini ölçmek amacıyla ihlal dönemindeki fiyatlar ile ihlal öncesi fiyatların farkı (B-A) bulunmaktadır. Ancak bu farkın tek sebebi ihlal olmayabileceğinden, fiyat üzerinde ihlal dışındaki etkilerin ayrıştırılabilmesi için, karşılaştırma amacıyla kullanılan rekabetçi pazardaki ihlal öncesi ve sonrası fiyat farkı bulunmaktadır. Bulunan farkın ihlalin gerçekleştiği pazar için de aynı olacağı kabul edilmektedir. Ardından, ihlal sürecinde fiyatta meydana gelen değişimden (B-A), ihlal dışındaki etkenlerden kaynaklandığı kabul edilen

¹²⁷ Centre for European Policy Studies (2007), *Making Antitrust Damages Actions More Effective In The Eu: Welfare Impact And Potential Scenarios*, Report for the European Commission , s.443.

¹²⁸ Oxera ve Komninos 2009, s.60.

fark (D-C) çıkarılarak fiyatta salt ihlal nedeniyle meydana gelen artış bulunmaktadır¹²⁹.

Farkın farkı yöntemi, mukayese yöntemi ile öncesi-sonrası yöntemlerinin birleşerek oluşturdukları daha gelişmiş bir yöntem olarak kabul edilebilecektir. Zira bu yöntemle izlenen değişkenin hem zaman içindeki değişimini hem de karşılaştırma amacıyla kullanılan pazar veya firmalar arasındaki farklıların etkisi eşanlı olarak ölçülmektedir. Buna karşın söz konusu yöntemle halen ihlalin gerçekleştiği pazarda ortaya çıkan ancak kontrol amaçlı kullandığımız rekabetçi pazarda ortaya çıkmayan ihlal dışındaki etkileri ayırtırmak mümkün olmamaktadır¹³⁰. Ayrıca farkın farkı yönteminde mukayese ve öncesi ve sonrası yöntemlerine kıyasla çok daha fazla veriye gereksinim duyulmaktadır¹³¹.

3.2. Finansal Analize Dayalı Yöntemler (FAY)¹³²

Söz konusu yöntem ile ihlalden zarar gören teşebbüsün finansal performansındaki kötüleşmeler, ihlali gerçekleştiren teşebbüsün finansal performansında meydana gelen iyileşmeler, ihlalde bulunan teşebbüs/teşebbüslerin maliyet yapıları ile ihlalin olmadığı durumdaki kâr marjı gibi bilgiler birlikte değerlendirilerek, ihlalin olmadığı durumdaki fiyat seviyesi tahmin edilmeye çalışılmaktadır. Bu kapsamda ilgili piyasada faaliyet gösteren firmaların üretim ve sermaye maliyetleri ile kâr marjları incelenerek, ihlal olmasaydı piyasada oluşması beklenen fiyat ve/veya kâr marjı tahmin edilmektedir.

Genel olarak finansal analize dayalı yöntem davacıların da teşebbüs olması durumunda uygun bir yöntem olarak görülmektedir. Zira, kârlılık, sermaye maliyeti gibi hususlar nihai tüketicilerle ilgili olmayan kavramlardır. Bu bakımdan söz konusu yöntem, mahrum kalınan kârın hesaplanması için daha uygun bir araç olarak değerlendirilebilir.

Finansal analize dayalı yöntem öncelikle kârlılığın analiz edilmesi ile başlanmakta olup, bu analiz üç aşamadan oluşmaktadır:

- i) Fiili durumdaki gelirin hesaplanması,

¹²⁹ İhlalin etkisi iki pazar arasındaki ihlal sonrası farkın (D-B) ihlal öncesi farktan (C-A) çıkarılması yoluyla da hesaplanabilir.

¹³⁰ Regresyon analizi yardımıyla ihlal dışı faktörlerin etkisini ayırtırmak belirli ölçüde mümkün olabilir.

¹³¹ Oxera ve Komninos 2009, s.61.

¹³² Uygulamada, finansal ve finansal olmayan metotlar arasında keskin bir ayırım yapmak mümkün olmayıp FAY'ı karşılaştırmaya dayanan yaklaşımın bir türü olarak değerlendirmek de mümkündür.

- ii) İhlalin olmadığı durumda elde edilmesi beklenen gelirin hesaplanması,
- iii) Fiili durumla farazi durumun karşılaştırılması.

Bu karşılaştırma sonucunda davacının fiili durumunun farazi durumundan kötü olması, davalının ise fiili durumunun farazi durumundan iyi olması beklenmektedir¹³³.

Finansal analize dayalı yöntemin en önemli avantajlarından biri finansal verilerin neredeyse günü gününe tutuluyor olması dolayısıyla güvenilir bilgiye ulaşmanın mümkün olmasıdır. Bununla birlikte finansal analize dayalı yöntemin en büyük açmazı, hem davalı hem de davacının finansal performansındaki ihlalden kaynaklanan etkilerin ve ihlal dışındaki dışsal etkilerin ayrıştırılmasındaki güçlüklerdir. Zira finansal performansın bu faktörlerden hangisi tarafından etkilendiğinin tam olarak belirlenmesi mümkün olmayabilmektedir. Bunun yanında finansal analize dayalı yöntemde sadece ihlalin olmadığı farazi durumu değil, fiili durumu tespit etmek de güçtür¹³⁴.

Finansal analiz yöntemi zararın hesaplanmasında farklı şekillerde kullanılabilir. Örneğin davacının ihlal dolayısıyla finansal performansındaki bozulma¹³⁵ zararın hesaplanmasında bir ölçü olarak kullanılabilir. Benzer şekilde ihlal dolayısıyla davalının finansal durumundaki iyileşmeler, ihlalden elde edilen faydanın ölçümünde kullanılabilir.

Finansal analize dayalı yöntemde iki farklı yaklaşım çerçevesinde gerçekleşen zararın hesaplanabilmesi mümkündür.

3.2.1. Maliyete Dayalı Yöntem

Söz konusu yöntem, ihlali gerçekleştiren taraf/tafların birim başına üretim maliyetlerinin bulunması ve bu maliyetlere makul bir kâr marjının eklenmesi yoluyla rekabetçi fiyatın tahmin edilmesidir.

Bu yöntemin uygulanmasındaki temel sorun, muhasebe maliyetlerinin iktisadi anlamda maliyet kavramından farklı olması nedeniyle¹³⁶, sağlam bir

¹³³ Oxera ve Komninos 2009, s.62-63.

¹³⁴ Oxera ve Komninos 2009, s.67. Örneğin, birden fazla ürün/hizmet üreten bir işletmenin ortak maliyetlerinin ayrıştırılması mümkün olmayabilmektedir.

¹³⁵ Örneğin sağlayıcının alıcılara aşırı fiyattan satış yapmaya başladığı veya dışlayıcı kötüye kullanma uygulamalarının yapıldığı pazarlarda davacının finansal performansının ihlal olmayan duruma göre daha kötü olması beklenmektedir. Bu nedenle davacının ihlal dönemindeki finansal performansı ile ihlal olmadığı durumdaki (beklenen) finansal performansı arasındaki fark zararın tahmin edilmesinde kullanılabilir. Bkz. Oxera ve Komninos 2009, s.63.

¹³⁶ İktisadi maliyet (*economic cost*), muhasebe maliyeti (*accounting cost*) içinde yer almayan fırsat maliyetini (*opportunity cost*) içermekte, buna karşın muhasebe maliyeti içinde bulunan batık

maliyet tahmininin yapılamamasıdır. Yöntemin uygulanmasındaki bir diğer güçlük ise rekabet otoriteleri, mahkemeler ve tüketicilerin genel olarak maliyet tahmini yapacak teknik donanıma sahip olmamasıdır¹³⁷.

Öte yandan, maliyete eklenecek “makul” bir kâr marjının bulunması da başlı başına bir sorundur. Zira her ne kadar düzenlenen sektörlerde düzenleyici otoriteler fiyatı düzenlenen firmanın “ağırlıklı ortalama sermaye maliyetinden (*weighted cost of capital*) yola çıkarak “makul” kârı tahmin etse de düzenlenmeyen sektörlerde bu bilgiye ulaşmak güçtür¹³⁸.

3.2.2. Kârlılık Analizine Dayalı Yöntem

FAY kapsamında en sık kullanılan analiz kârlılık analizidir. Buna göre ihlalden zarar gören teşebbüsün, ihlal dönemindeki kârlılığı ile ihlalin olmadığı durumda elde etmesi beklenen kâr miktarı karşılaştırılarak, aradaki farkın ihlalden kaynaklandığı kabul edilecektir. Bu kapsamda ilk aşamada kârlılık ölçütleri¹³⁹ kullanılarak firmanın mevcut durumdaki kâr oranları hesaplanmaktadır.

İkinci aşamada ise farazi durumda firmanın elde etmesi muhtemel kârlılık seviyesi tahmin edilmektedir. İhlalin olmadığı farazi durumdaki kârlılık bulunmaya çalışılırken sermaye maliyeti (*cost of capital*) uygun bir gösterge olarak kullanılabilir¹⁴⁰. Zira rekabetçi bir piyasada, sermaye maliyeti denge getiri oranı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla sermaye maliyeti, ihlal olmasaydı davacının elde edebileceği getiri oranını temsil etmektedir. Buna göre, eğer ihlalden zarar gören teşebbüsün kârlılığı sermaye maliyetinden düşükse ve düşük olması ile ihlal arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa, teşebbüsün ihlal olmasaydı sermaye maliyeti kadar kârlılığa ulaşabileceği ifade

maliyetleri (*sunk cost*) dışlamaktadır. Bkz. CABRAL, L.M.B. (2000), Introduction to Industrial Organization, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, s.23.

¹³⁷ OECD 2011, s.18.

¹³⁸ VAN DIJK, T. ve F. VERBOVEN (2005), “Quantification of Damages”, *Issues in Competition Law and Policy* içinde, ABA Publications in Antitrust, s.11.

¹³⁹ Finansal analizde çeşitli kârlılık ölçütleri bulunmaktadır. Net bugünkü değer, içsel getiri oranı, yatırılan sermaye getiri oranı, satışlarda getiri oranı bunlardan bazılarıdır.

¹⁴⁰ Sermaye maliyetleri çeşitli finansal yöntemlerle hesaplanabilir. Bunların başında Sermaye Varlıkları Fiyatlandırma Modeli (Capital Asset Pricing Model-CAPM) gelmektedir. Sermaye maliyeti, bir yatırımcının başka bir alanda değil de bu alanda yatırım yapması için gereken getiri oranını yansıtır ve genel olarak yatırılan farklı türdeki sermaye maliyetlerinin ağırlıklandırılması ile elde edilir. Ancak basitlik sağlama açısından, bu ağırlıklandırma borç ve net varlıkların (özsermaye, *equity capital*) maliyetleri ile sınırlandırılır ve bulunan bu tutar sermaye maliyetinin ağırlıklı ortalamasını verir (Weighted Average Cost of Capital). Bkz. Oxera ve Komninos 2009, s.69-70.

edilebilecektir. Bu durumda zarar, gerçekleşen getiri ile sermaye maliyeti arasındaki farktır¹⁴¹.

Sermaye maliyeti yerine kullanılabilir ölçütlerden biri ise, aynı piyasada veya benzer risk yapılarının bulunduğu farklı piyasalarda faaliyet gösteren firmaların gerçekleştirmiş getiri oranlarıdır. Bu durumda, firmaların getiri oranları ile ihlale maruz kalan teşebbüslerin getiri oranları karşılaştırılarak, aradaki farkın ihlalden kaynaklandığı kabul edilebilecektir. Diğer taraftan, ihlale maruz kalan teşebbüsün ihlal öncesi ve ihlal sonrası finansal yapısı da referans olarak kullanılabilir. Ancak bu durumda kârlılığı etkileyen diğer faktörlerin de (genel ekonomik durum vs.) hesaba katılması gerekmektedir¹⁴².

Öte yandan, ihlalden zarar gören teşebbüsün kârlılığı analiz edilirken, söz konusu firmanın üretim yapısı da dikkate alınmalıdır. Eğer ihlalden zarar gören teşebbüs, ihlali gerçekleştiren teşebbüs veya teşebbüslerden aldığı girdiyi kullanarak tek bir ürün üretiyorsa ihlalden tüm şirketin finansal yapısının etkilenmesi muhtemeldir. Buna karşın firmanın birden fazla ürün üretmesi halinde, bir ürünü etkileyen ihlalden dolayı firmanın tüm finansal göstergelerinin etkilenmesi beklenmeyeceğinden, kârlılık analizinin ihlalden etkilenen birime indirgenmesi gerekecektir. Bu durum ise ortak maliyetlerin dağıtılması sorununu ortaya çıkaracaktır¹⁴³.

Son olarak, fiili durumdaki kârlılık seviyesi ile farazi duruma ilişkin yapılan tahmin sonucunda bulunan kârlılık seviyesi arasındaki fark davacının zararını oluşturmaktadır.

3.3. Simülasyon Yöntemleri

Çeşitli maliyet bilgileri gerektirmesi nedeniyle maliyete dayanan yöntemlere benzeyen ve en karmaşık zarar hesaplama yöntemi olarak görülebilecek simülasyon yönteminde, açıkça bir sanayi iktisadı (Sİ) modeli tahmininde bulunularak farazi durumdaki kâr marjları tahmin edilir¹⁴⁴.

Günümüzde çoğunlukla yoğunlaşma analizinde kullanılan simülasyon yönteminde, eylemin fiyatlar ve üretim miktarı üzerindeki etkileri tahmin edilmeye çalışılır. Genellikle pazara ilişkin model tahmini yapılır ve pazarda oluşan fiyat, miktar ve diğer veriler kullanılarak firmaların birbirleri ile ne şekilde rekabet ettikleri ve rakiplerin diğerlerine nasıl karşılık verdikleri

¹⁴¹ Oxera ve Komninos 2009, s.65-66.

¹⁴² Oxera ve Komninos 2009, s.66.

¹⁴³ Oxera ve Komninos 2009, s.69.

¹⁴⁴ Davis ve Garces 2010, s.364; Friederiszick ve Röller 2010, s.12.

bulunur¹⁴⁵. Böylece, farazi durumdaki fiyat ve üretim seviyesi hakkında bazı çıkarımlar yapılarak zarar tahmini yapılır.

Zarar tahmini büyük ölçüde farazi senaryoda gerçekleşmesi muhtemel Sİ modeline göre belirlenecek ve modelde varsayılan rekabet yapısı farazi durumdaki fiyat seviyesini belirlemede esas rolü oynayacaktır. Dolayısıyla, zararın boyutu da bu varsayımdan etkilenecektir¹⁴⁶.

Sİ modelleri kullanılarak gerçekleştirilen zarar tahmininde iki ana yol bulunmaktadır. “tek model” yaklaşımı olarak adlandırılabilir bu yaklaşımda gerçekleşen durumdaki veriler girdi olarak kullanılarak, farazi durumu tahmin etmek için tek bir Sİ modeli kullanılır. Örneğin tam rekabetçi bir piyasa modeli altında, farazi durumda fiyatların marjinal maliyetlere eşit olacağı varsayımı yapılır ve firmaların muhasebe kayıtlarından bu fiyat seviyesi hesap edilir. Daha sonra, farazi durumdaki üretim miktarını bulmak için talep fonksiyonu tahmin edilebilir¹⁴⁷. Tek model yaklaşımı genel olarak kartel zararı tahmininde uygun olmaktadır ve dışlayıcı eylemlere karşı sınırlı bir şekilde kullanılabilme imkânına sahiptir. Bu nedenle yaklaşımın rekabet ihlali zararlarına karşı genel bir teknik olarak sunulması oldukça zordur¹⁴⁸.

Simülasyon yönteminde kullanılabilir ikinci yaklaşım ise “iki model” yaklaşımı olarak adlandırılabilir. Bu yöntemde önce Sİ modelleri kullanılarak gerçekleşen duruma ilişkin pazar modeli tespit edilir ve ardından bu bulgulara dayanılarak farazi durumdaki pazar modeli tahmin edilir. Örneğin, mevcut durumdaki pazar yapısının tekel, buna karşın ihlalin olmadığı durumda oluşacak pazar yapısının Cournot oligopol¹⁴⁹ piyasa olduğu varsayımı yapıldığı takdirde; iki firmalı Cournot oligopol piyasada oluşacak fiyatın belirli varsayımlar altında (sıfır marjinal maliyet varsayımı gibi) tekel durumunda ortaya çıkan fiyatın üçte ikisine eşit olduğu ifade edilebilir¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Ashurst 2004b, s.24.

¹⁴⁶ Davis ve Garces 2010, s.366-367.

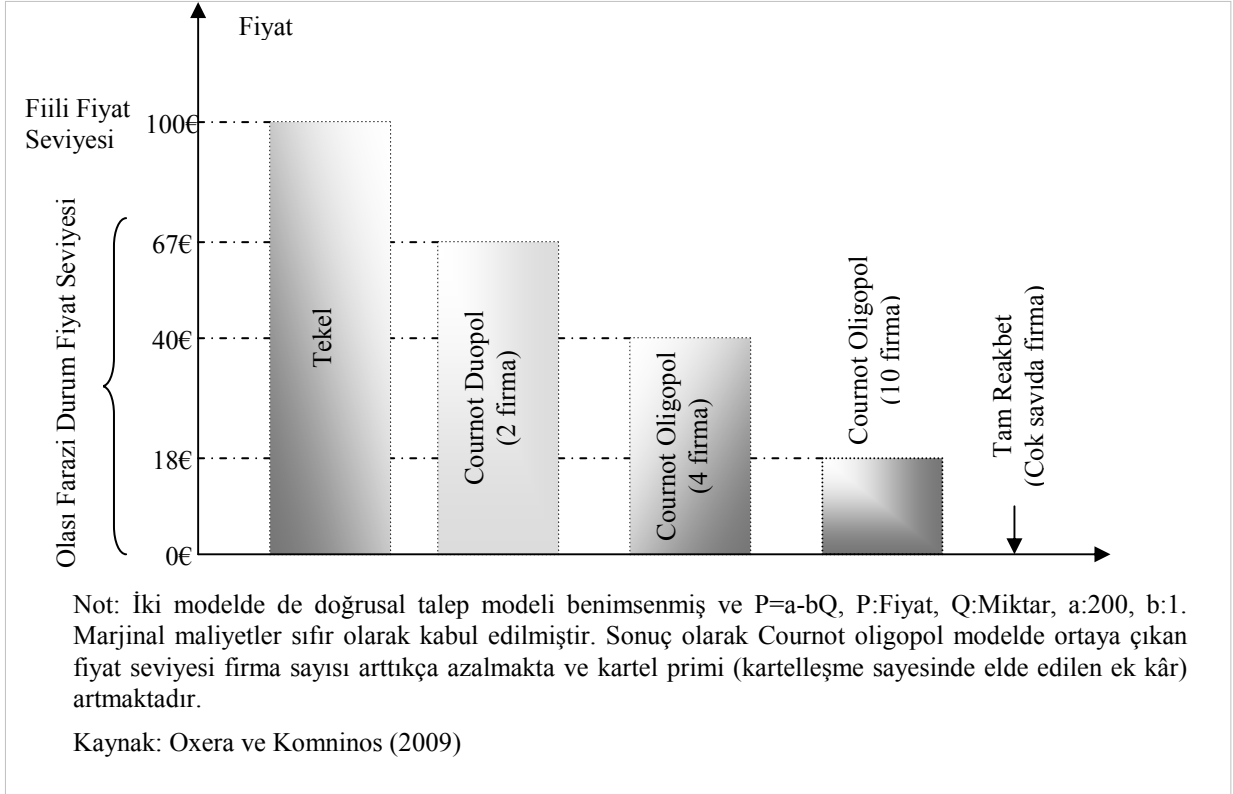
¹⁴⁷ Oxera ve Komninos 2009, s.84-85.

¹⁴⁸ Oxera ve Komninos 2009, s.85.

¹⁴⁹ Az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği, tek bir homojen ürün üretildiği ve sabit marjinal maliyet varsayımının geçerli olduğu Cournot oligopol modelde firmalar fiyatlama kararını vermeden önce üretim miktarlarını belirlerler. Her bir firma diğerlerinin üretim miktarını sabit kabul eder ve kalan talebe göre kendi üretim miktarını belirler. Denge fiyatı marjinal maliyetin üzerinde gerçekleşir ancak boyutu piyasada faaliyet gösteren firma sayısına bağlıdır. Bkz. Ashurst 2004b, s.56-57.

¹⁵⁰ Oxera ve Komninos 2009, s.86.

Şekil - 7
Farazi Durumdaki Fiyatı Tahmin Etmek İçin Kullanılan Sİ Modeli Örneği



Benzer bir yaklaşım dışlayıcı eylemler için de benimsenebilir. Örneğin aşağıdaki analiz rakibin pazardan çıkarılması durumunda ortaya çıkabilecek fiyat ve üretim seviyesi hakkında fikir verebilir:

- Homojen ürün varlığında dışlamanın etkisi Cournot modeldeki sonuçlar karşılaştırılarak elde edilebilir (İlk durumda N+1 firma faaliyet gösterirken, ihlalden sonra N sayıda firma faaliyet göstermektedir).

- Farklılaştırılmış ürün varlığında dışlamanın etkisi, N sayıda değişik markanın bulunduğu ve N+1 sayıda değişik markanın bulunduğu Bertrand oligopol modeli¹⁵¹ sonuçları karşılaştırılarak tahmin edilebilir.

¹⁵¹ Bu modelde teşebbüsler farklılaştırılmış ürünler üretir ve her firma diğerlerinin fiyatını sabit kabul ederek kendi fiyatını belirler; bir firma fiyatını artırdığında tüm satışlarını kaybetmez. Sonuç olarak her firmanın fiyatı kendi marjinal maliyetinin üzerinde seyrederek, ancak fiyatın seviyesi

Bu yaklaşımın tek model yaklaşımına karşı bir avantajı, daha az veri ve ekonometrik model gerektirmesidir. Böylece elde edilebilen verilerin azlığı durumunda da uygulanabilecektir¹⁵².

Simülasyon yöntemin uygulanması aşamasında model seçimine özen gösterilmesi gerekmektedir. Zira farazi durumdaki fiyat seviyesi, pazar yapısının uygunluk gösterdiği piyasa modeli varsayımına göre değişebilecektir. Örneğin pazarın homojen ürünlü Bertrand modelinde faaliyet gösterdiği varsayımının yapılması durumunda davalılar buna itiraz ederek pazarın Cournot modeline uygunluk gösterdiğini savunabilir. Zira bu modelde oluşan fiyatlar diğerinden daha yüksek çıkmakta ve sonuç olarak da davalının ödemek durumunda kalacağı tazminat tutarı azalmaktadır¹⁵³.

3.4. Nihai Tazminat Tutarının Belirlenmesinde

Dikkate Alınması Gerekenler

Yukarıda yer alan yöntemler çerçevesinde farazi duruma ilişkin tahminler yapılmasının ardından nihai zarar miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Ancak ihlalin önceki yıllarda gerçekleşmiş olması dolayısıyla o döneme ilişkin hesaplanan tutarın bugünkü değerinin bulunması, benzer şekilde gelecek yıllara ait zararın varlığı durumunda da bugünkü değerine indirgenmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, zararın “mahrum kalınan kâr” şeklinde belirlenmesi durumunda ödenmesi gereken verginin de dikkate alınması gerekebilecektir.

3.4.1 Bugünkü Değerin Bulunması

Bir rekabet ihlali sonucu oluşan zararın etkisi yıllara yayılmış olabilir. Örneğin 2005 yılında tespit edilen ve 2008 yılına kadar devam ettiği belirlenen bir kartele ödenen fazladan bedelin 2010 yılında tahsil edilmesi durumunda 2005-2008 yıllarına ait fazladan ödenen bedellerin tazminatın ödenme yılına ait değere yükseltilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, hâkim durumdaki bir firmanın eylemleri sonucu gelecek yıllara ait kârından mahrum kalan bir davacının gerçek zararının belirlenmesi aşamasında da, gelecek yıllara ait kârın bugünkü değerine iskonto edilmesi gerekmektedir.

Bu aşamada öncelikle uygun faiz oranı ve *basit faiz*¹⁵⁴ veya *bileşik faiz*¹⁵⁵ oranlarından hangisinin uygulanacağı belirlenmelidir¹⁵⁶. Kanuni faiz

pazardaki teşebbüs sayısına ve farklılaşmanın boyutuna da bağlıdır. Bkz. Oxera ve Komninos 2009, s.77.

¹⁵² Oxera ve Komninos 2009, s.86.

¹⁵³ Davis ve Garces 2010, s.367.

¹⁵⁴ Yalnızca anapara üzerinden hesaplanan faiz oranıdır. Geçmiş yıllara ait faiz oranı dikkate alınmaz.

oranının bulunması durumunda bu oranın kullanılması gerekmekte, ancak kanuni faiz oranının bulunmaması durumunda piyasadaki çeşitli faiz oranları arasından uygun olanı seçilmek durumundadır¹⁵⁷. Aşağıdaki tabloda örnek bir hesaplama gösterilmektedir.

Tablo - 5
Yargılama Öncesi Yıllara Ait Faiz Oranının Hesaplanması

Yargılama Öncesi Yıllar	Faiz Oranı Dâhil Edilmemiş Zarar (TL)	% 7 Bileşik Faiz ile Hesaplanan Zarar (TL)	% 7 Basit Faiz ile Hesaplanmış Zarar (TL)
10	100	197	170
9	100	184	163
8	100	172	156
7	100	161	149
6	100	150	142
5	100	140	135
4	100	131	128
3	100	123	121
2	100	114	114
1	100	107	107
0	100	100	100
Toplam	1.100	1.579	1.485

Kaynak: Hall ve Lazear (2000)

Tabloda görüleceği üzere basit faiz ve bileşik faiz arasındaki fark belirli bir yıldan sonra artmaktadır. Genel olarak faiz oranının yüksek olması ve

¹⁵⁵ Anapara yanında geçmiş döneme ilişkin faiz oranlarının da hesaplama dahil edilmesi halinde bileşik faiz hesabı yapılmış olur. Örneğin %10 faiz oranı üzerinden bugünkü 1 birimin bir yıl sonraki değeri 1,1; iki yıl sonraki değeri 1,21 ($1,1+(1,1*10\%)$) olacaktır. Bileşik faiz, r faiz oranını temsil etmek üzere; $(1+r)^n$ şeklinde hesaplanmaktadır.

¹⁵⁶ Bileşik faize hukuki nedenlerle izin verilmeyebilir. Ancak iktisadi açıdan bileşik faiz oranının kullanılması uygun olacaktır. Bkz. HALL, R.E. ve V.A. LAZEAR (2000), "Reference Guide on Estimation of Economic Losses in Damages Awards", *Reference Manual on Scientific Evidence, Second Edition* içinde, Federal Judicial Center, s.297.

¹⁵⁷ Uygun faiz oranına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Hall ve Lazear 2000, s.303-305; Oxera ve Komminos 2009, s.32-33.

hesaplama yapılacak sürenin artması durumunda bileşik faiz ile basit faiz arasında önemli farklılıklar oluşmaktadır.

Aşağıdaki tabloda da gelecek yıllara ait zararın (çoğunlukla mahrum kalınan kâr) bugünkü değerine iskonto edilmesi gösterilmektedir¹⁵⁸. Gelecek dönemdeki zararın bugünkü değerinin bulunabilmesi için ilk olarak *iskonto faktörünün* hesaplanması gerekmektedir. Gelecek yıla ait iskonto faktörü, önce gelecek yıla ait faiz oranının hesaplanmasındaki süreç izlenerek ve ardından da bu sayının tersi alınarak hesaplanmaktadır. Tablo-5'deki örnekte iskonto oranı olarak %5 faiz oranı esas alınmıştır. Buna göre gelecek yıla ait birim değer 1,05 ($1+0,05=1,05$) şeklinde hesaplanacaktır. 1,05'in tersi ise ($1/1,05$) iskonto faktörünü verecektir (0,952). İkinci yıl için iskonto faktörü 1,05'in karesi alınarak hesaplanacaktır¹⁵⁹ (0,907).

Tablo - 6
%5 Faiz Oranı ile İskonto Edilmiş Zarar Hesaplaması

Gelecekteki Yıllar	Zarar (TL)	İskonto Faktörü (TL)	İskonto Edilmiş Zarar ¹⁶⁰
0	100	1,000	100
1	125	0,952	119
2	130	0,907	118
Toplam	355		337

Kaynak: Hall ve Lazear (2000)

3.4.2. Vergi Oranının Zararın Miktarı Üzerindeki Etkileri

Zarar hesabında dikkate alınması gereken unsurlardan biri de mahrum kalınan kârın tespit edilmesi durumunda davacının ödeyeceği vergilerdir. Bu kapsamda, zarar hesabının vergi öncesi mi, vergi sonrası mı baz alınarak hesaplanması gerektiği ve tazminat tutarının, davacı açısından bir gelir olarak görülüp vergilendirilmesi gerekir gerekmediği hususlarına önem verilmelidir.

İhlalin yokluğunda davacı elde edebileceği kâr üzerinden vergi ödemek durumunda kalacaktı. Eğer tazminatın amacı davacıyı ihlal olmasaydı vergi sonrası durumda olacağı duruma denk bir seviyeye getirmek ise zarar tahmini

¹⁵⁸ İskonto etme, kavram olarak enflasyon düzeltilmesinden farklıdır. Bkz. Hall ve Lazear 2000, s.300.

¹⁵⁹ Hall ve Lazear 2000, s.301. Bu yöntem bileşik faiz hesaplama yöntemi ile benzerlik taşımaktadır. Sonraki yıllara ait hesaplamada, iskonto edilecek yılın baz alınan yıldan farkı paydanın kuvveti olarak alınır. Yukarıda yer alan örnekte üçüncü yıla ilişkin hesaplamada 1,05'in 3. kuvveti alınarak iskonto faktörü bulunacaktır.

¹⁶⁰ Zarar'ın iskonto faktörü ile çarpılması suretiyle bulunmuştur.

vergi sonrası durum baz alınarak yapılmalıdır. Eğer tazminatın amacı davacıyı vergi öncesi durumuna getirmek ise zarar vergi öncesi durum baz alınarak hesaplanmalıdır. İkinci ihtimal esas alınarak yapılacak bir hesaplamada, hesaplanan zarar muhtemelen ihlal olmasa idi davacının elde edeceği kârdan daha yüksek bir seviyede belirlenecektir. Zira şirket o kârı elde etse idi vergisini ödemek durumunda kalacaktı¹⁶¹.

Zarar hesaplamasında vergi boyutunun dikkate alınması durumunda davacının ödemek durumunda kalacağı verginin faiz oranına dâhil edilmesi gerekmektedir. Örneğin;

i) vergi öncesi faiz oranının %9,

ii) vergi oranının %30

olduğu bir durumda faiz oranı üzerindeki vergi hesaplanmalıdır. Bu durumda;

iii) faiz üzerindeki vergi %2,7 (vergi öncesi faiz * vergi oranı),

iv) vergi sonrası faiz oranı %6,3 (vergi öncesi faiz oranı - faiz üzerindeki vergi)

şeklinde hesaplanmaktadır¹⁶².

3.5. Yöntemlere İlişkin Genel Değerlendirme ve Karşılaştırma

Rekabet ihlalleri sonucunda tüketiciler ve rakipler bakımından ortaya çıkan zararın hesaplanmasına ilişkin yöntemler ayrı ayrı değerlendirildiğinde her birinin diğerine göre avantajlarının ve dezavantajlarının olduğu görülecektir. Söz konusu yöntemlerden *öncesi ve sonrası yöntemi*, sadece ihlalin gerçekleştiği pazardaki veriler kullanılarak zararın hesaplanmasına olanak tanımakta ve bu yönüyle kullanım kolaylığı sağlamakla birlikte, yöntemin iktisadi model kurulmadan uygulanması halinde, zararın ihlal dışındaki etkilerden ayrıştırılması mümkün olmayacaktır. *Öncesi ve sonrası* yönteminin iktisadi model kurulmadan kullanılması, yalnızca ihlalin devam ettiği süre zarfında ihlale konu ürün veya pazarda maliyet artışlarının, arz veya talepte ciddi dalgalanmaların, ekonomik parametrelerde önemli değişikliklerin olmadığı kısa süreli ihlaller için mümkündür. Şu halde, şartların uygun olması durumunda, iktisadi model kurulmasına gerek kalmadan sadece ihlal öncesi ve/veya sonrasındaki fiyatlar ile ihlal dönemindeki fiyatların kıyaslanmasıyla, ihlal nedeniyle ortaya çıkan zararın boyutu hakkında fikir sahibi olunabilecektir.

Öte yandan *mukayese yönteminin* doğru sonuç verebilmesi bakımından, karşılaştırma amacıyla seçilen pazarların birbirine nitelik olarak (ihlale konu

¹⁶¹ Oxera ve Komninos 2009, s.74.

¹⁶² Hall ve Lazear 2000, s.298.

ürün veya hizmetin üretim maliyetinin yapısı, arz-talep koşulları, pazara giriş-çıkıştaki engeller vb.) ve nicelik olarak (pazardaki firmaların sayısı, kâr marjı vb.) benzerlik göstermesi gerekmektedir. Karşılaştırma amacıyla seçilen pazarların anılan açılardan benzer olup olmadığı tespit edilebilmesi için ilgili pazarlar hakkında bilgi sahibi olunması gerekmekte, dolayısıyla veri ihtiyacı artmaktadır. Özellikle ihlalin gerçekleşmediği pazardaki verilere ulaşmak ilave bir çaba gerektireceğinden bu yöntemin kullanılabilirliği sınırlıdır. Buna karşın mukayese yöntemi homojen ürünlerin satıldığı benzer nitelikteki pazarlarda pratik ve gerçekçi sonuçlar verecektir. Örneğin birbirine komşu illerden birinde çimento pazarının kartelleşmiş olduğu diğerinde ise rekabetin devam ettiği, her iki ilin benzer nüfusa sahip olduğu, ihlal sürecinde inşaat faaliyetlerinde aşırı bir artış olmadığı ve her iki pazara da yeni giriş-çıkış olmadığı varsayımı altında, sadece iki pazardaki ortalama fiyatların karşılaştırılması ile zararın boyutu hakkında gerçekçi bir tahminde bulunmak mümkün olacaktır. Dolayısıyla uygun şartların oluşması halinde, yöntemin kolay uygulanabilir ve gerçekçi olduğunu söylemek mümkündür.

Finansal analiz yöntemi ise finansal verilerin düzenli tutuluyor olması ve özellikle halka açık şirketlerde, verilere ulaşmanın kolay olması nedeniyle tercih edilebilecektir. Ancak verilerin analiz edilmesinin uzmanlık gerektirmesi, çok sayıda mal veya hizmet üreten şirketler bakımından, maliyetlerin ayrıştırılmasındaki zorluklar ve maliyete eklenecek uygun bir kâr marjının belirlenmesi gibi hususlar yöntemi oldukça karmaşık hale getirmektedir. Dolayısıyla ihlalden doğan zararı hesaplamak için bu yöntemi kullanacak olan uzmanın/bilirkişinin muhasebe ve finans bilgisinin yeterli olması gerekmektedir.

Benzer bir durum *simülasyona dayalı yöntem* için de geçerlidir. Söz konusu yöntemin hem maliyet analizi hem de sanayi iktisadı bilgisine hâkim olmayı gerektirmesi, yöntemin uygulanmasını da anlaşılmasını da güçleştirmektedir. Mahkemelerin genel olarak karmaşık hesaplamalardan kaçındığı hesaba katıldığında, bu yöntemin tercih edilirliğinin az olduğu görülmektedir.

Esasen bir yöntemin diğerinden daha üstün olduğunu söylemek mümkün değildir. Her yöntemin diğerine kıyasla avantajlı ve dezavantajlı olan yönleri bulunmaktadır. Bu bakımdan kullanılacak yöntemin, ihlal konusu ürünün ve ihlalin gerçekleştiği pazarın niteliğinin iyi analiz edilmesinden sonra seçilmesi daha uygun olacaktır. Ancak ihlalden doğan zararın hesaplanmasına ilişkin yöntem tercih edilirken yöntemin kolay uygulanabilir ve anlaşılabilir olmasının dikkate alınması faydalı olacaktır.

Zarar hesaplamasına ilişkin yöntemlerin özellikleri aşağıdaki tabloda kısaca özetlenmiştir.

Tablo - 7
Zarar Hesabında Kullanılabilecek Yöntemlerin Karşılaştırması

Tercih Edilen Yöntem	İktisadi Model Gereksinimi	Gereken Veri Kalitesi	Veri İhtiyacı
Öncesi-Sonrası	Büyük Ölçüde	Düşük-Orta	İhlal öncesi-sırası-sonrası döneme ait ortalama fiyatlar, talep esnekliği ve marjinal maliyetler
Mukayese	Büyük Ölçüde	Düşük-Orta	İhlalin olmadığı farklı coğrafi pazardaki karşılaştırılabilir bir ürüne ait ihlal öncesi-sırası-sonrası döneme ilişkin ortalama fiyatlar, talep esnekliği ve marjinal maliyetler
Finansal Analiz	Hayır	Yüksek	İhlal öncesi maliyet ve kar marjı bilgisi
Simülasyon	Büyük Ölçüde	Orta	Marjinal maliyetler, talep fonksiyonu, pazar yapısı ve sanayi iktisadi bilgisi

Kaynak: OECD (2011);

SONUÇ

Bu çalışmada AB’de rekabet ihlallerinden doğan zararın hesaplanmasına yönelik olarak son yıllarda yapılan çalışmalardan yola çıkılarak, çeşitli rekabet ihlallerinden doğan zararın niteliğine ve bu zararın hesaplanmasında kullanılabilecek yöntemlere yer verilmiştir.

Çalışmada anlatılan yöntemler incelendiğinde her bir yöntemin kendine özgü avantajlarının ve dezavantajlarının olduğu görülmektedir. Bu nedenle modeller arasında bir öncelik sıralaması yapılması yerine, eldeki veriler, ispat standardı ve uygulanabilecek hukuki kurallar dikkate alınarak model seçimi yapılması daha uygun olacaktır. Bir diğer ifade ile, söz konusu yöntemlerin olaya uygunluğu ölçüsünde kullanılması, yöntemden beklenen faydayı artıracaktır. Bunun yanında hesaplama yöntemlerinin birbirlerinin alternatifleri olarak değil, tamamlayıcısı şeklinde görülmesi ve mümkün olduğu ölçüde

birden fazla yöntemle zarar hesabı yapılarak çapraz kontrol yapılması daha sağlıklı bir zarar tahmini yapılmasını sağlayacaktır.

Öte yandan zarar hesaplamasında kullanılacak yöntemin ulaşacağı sonuçların kesinliği ile uygulanabilirliği arasında bir denge gözetilmelisi önemlidir. Zira ihlalden doğan zararın hesaplanabilmesi için öncelikle ihlal olmasaydı pazarın ne durumda olacağını tahmin edilmesi gerekmekte ve bu farazi durumun tahmini doğası gereği belirsizlikler içermektedir. Bu belirsizliklere bir de yöntemin karmaşıklığının eklenmesi, işlem maliyetini arttıracığı gibi, zarar hesabının mahkemeler nezdinde kabulünü de güçleştirebilecektir. Bu bakımdan rekabet ihlallerinden doğan zararın hesaplanmasında basit yöntemlerin tercih edilmesi avantajdır.

Bununla birlikte basit bir yöntem tercih edilse dahi, ihlal dışındaki değişikliklerin ve ihlali gerçekleştiren teşebbüsün ihlal dışındaki rekabetçi olabilecek davranışlarının etkilerinin ayrıştırılmasına dikkat edilmelidir. Bu etkilerin ayrıştırılabilmesi için zarar hesabı yapacak kişi veya kişilerin temel istatistik ve ekonometri kavramlarına aşina olması ve regresyon modeli kurabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu bakımdan mahkemelerin, rekabet ihlallerine ilişkin açılan tazminat davalarında, rekabet hukuku, iktisat ve istatistiksel yöntemler konusunda yeterli donanıma sahip kişilerden bilirkişi olarak faydalanması uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

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

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

ASHURST (2004a), *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules: Comparative Report*, Brussels.

ASHURST (2004b), *Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules: Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages*, Brussels

BUCCIROSSI, P. (2010), “Quantification of Damages in Exclusionary Practice Cases”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol 1, No. 3

CABRAL, L.M.B. (2000), *Introduction to Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts.

CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES (2007), *Making Antitrust Damages Actions More Effective In the EU: Welfare Impact And Potential Scenarios*, Report for the European Commission.

DAVIS, P. ve E. GARCÉS (2010), *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press., Princeton.

DELGADO, J. ve E.P. ASENJO (2010), “Quantification of Damages from Competition Infringements in Spain”, Note Prepared for the Workshop on the “Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements” organised by the European Commission, Brussels.

FRIEDRISZICK, H.W. ve L.H. RÖLLER (2010) “Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements -Insight from German Cartel Cases”, European School of Management and Technology (ESMT), Working Paper, No. 10-001.

FUMAGALLI, C., J. PADILLA ve M. POLO (2010), “Damages for Exclusionary Practices: a Primer”, *Competition Law and Enforcement of Article 102* içinde, Oxford University Press.

HALL, R.E. ve V.A. LAZEAR (2000), “Reference Guide on Estimation of Economic Losses in Damages Awards”, *Reference Manual on Scientific Evidence, Second Edition* içinde, Federal Judicial Center.

HOVENKAMP, H. (2010), *A Primer on Antitrust Damages*,
<http://ssrn.com/abstract=1685919>

MARTINEZ, M. ve G.G. SIOTIS (2010), “Sabotaging Entry: An Estimate of Damages in the Directory Enquiry Services Market”, *Review of Law & Economics* 6:1.

MOLYNEAUX, M. (2003), “Quality Control of Economic Expert Testimony: The Fundamental Methods of Proving Antitrust Damages”, *Arizona. St. L. J.*, 35:1049.

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

OECD (2011), *Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies*, OECD, Paris.
<http://www.oecd.org/dataoecd/12/9/48849122.pdf>

OXERA ve A. KOMNINOS (2009), *Quantifying Antitrust Damages: Towards Non-Binding Guidance for Courts*, Study Prepared for the European Commission, Luxembourg.

PROSPERETTI, L. (2009), “Estimating Damages to Competitors from Exclusionary Practices in Europe: A Review of the Main Issues in the Light of National Courts’ Experience”
<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/prosperetti.pdf>.

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

SANLI, K.C. (2007), *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, Arıkan Yayınları, İstanbul.

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

ÜNAL, Ç. (2009), *Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:103, Ankara.

ÜNAL, Ç. (2010), “Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar”, *Rekabet Dergisi*, No: 11(4)

VAN DIJK, T. ve F. VERBOVEN (2005), “Quantification of Damages”, *Issues in Competition Law and Policy* içinde, ABA Publications in Antitrust.

VAN DIJK, T. ve F. VERBOVEN (2010), “A Practical Guide to Computing Cartel Damages in Private Actions”, Prepared for DG Competition’s Expert Workshop on the Quantification of Antitrust Damages, Brussels.