

ALACAĞIN TEMLİKİ YOLUYLA KOLLEKTİF TAZMİNAT TALEPLERİNE İMKÂN VEREN BİR MODEL GELİŞTİRİLEBİLİR Mİ?

*CAN A MODEL WHICH ENABLES ASSERTING
COLLECTIVE DAMAGE CLAIMS THROUGH
ASSIGNMENT OF THE CLAIM BE DEVELOPED?*

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY*

Öz

Rekabet hukukunun yaptırım sistemi içerisinde tazminat davaları önemli bir yere sahiptir. Zira bu davalar zararın giderilmesine hizmet etmekle kalmaz, aynı zamanda rekabet ihlalleri üzerinde caydırıcı bir etki yaratırlar. Bu bakımdan kamu hukuku yaptırımlarını tamamlayıcı bir fonksiyona sahiptirler.

Grup davaları, rekabet ihlallerinin yol açtığı zararların tazmin edilmesinde etkin bir araçtır. Amerika'daki uygulamalar da bunun açık bir göstergesidir. Yürütülen çalışmalar Avrupa Birliği'nde de grup davalarının yakın zamanda benimseneceğini göstermektedir. Türk rekabet hukukunda ise tazminat taleplerinin toplu biçimde ileri sürülmesine imkân veren bir dava türü henüz mevcut değildir. Bu konuda Türk kanun koyucusunun dünyadaki gelişmeler ve toplumun ihtiyaçlarına gözlerini kapadığı görülmektedir. Geriye mevcut yasal düzenlemelerin dar kalıpları içerisinde çözüm aramaktan başka çare kalmamaktadır. Ancak bu şekilde üretilecek çözümlerin grup davalarına ciddi bir alternatif olabileceğini söylemek güçtür.

Anahtar Kelimeler: *Rekabet Hukuku, Tazminat Talepleri, Grup Davaları, "Zementkartell" Davası, Cartel Damages Claims Modeli.*

Abstract

Damage claim cases have significant role within enforcement system of competition law. Said cases do not only to recover the loss but also has deterrent effect on competition breaches. Therefore they have complementary function for public law enforcements.

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

Group actions are effective implements to recover the losses caused by competition breaches. Implementations in the United States are a clear indicator for these issues. Ongoing studies show that group action (litigation) will be adopted by European Union. However there is no litigation form, in Turkish competition law, which enables to asset damage claims collectively yet. It is seen that Turkish legislator ignores global developments and needs of the society. There is no remedy except seeking solution within the narrow templates of existing legal regulations. However it is not possible to accept that the solutions which will be generated as it was mentioned can be an alternative to the group actions.

Keywords: *Competition Law, Damage Claims, Group Actions, “Zementkartell” Case, Cartel Damages Claims Model.*

GİRİŞ

Rekabet düzenlemeleri ile hedeflenen faydaya ulaşılması etkin bir denetim-yaptırım sistemi ile mümkündür. Tazminat davaları bu sistemin önemli bir parçasını oluşturur. Tazminat davalarından beklenen yararın sağlanması, rekabeti ihlal eden teşebbüsler karşısında zayıf/dezavantajlı konumda olan diğer piyasa aktörlerinin ve tüketicilerin lehine düzenlemeler yapılmasını gerektirebilir.

Bu güne kadar gerek AB’de, gerekse ülkemizde “üvey evlat” statüsünde kalmış tazminat davalarına etkinlik kazandırılması bazı özel (ve kimi zaman rekabet hukukuna özgü) düzenlemeleri zaruri kılar. Bunlardan birisi “toplu dava” sisteminin getirilmesidir. Türk rekabet hukukunda tazminat taleplerinin kolektif biçimde ileri sürülmesine imkân veren toplu dava modeli benimsenmiş değildir. Mevcut düzenlemeler ışığında bu alanda bir çözüm üretilip üretilmeyeceği sorusu ise gerek öğreti, gerekse uygulamada henüz tartışılmamış ve gündeme gelmemiştir. Çalışmamızda bu soruya yanıt aranacaktır.

1. TAZMİNAT DAVALARININ REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ VE ÖNEMİ

Etkin bir rekabet politikası iki önemli sütun üzerine oturur: Kamu hukuku yaptırımları ve özel hukuk yaptırımları. Özel hukuk yaptırımları içerisinde ise tazminat davaları ayrı bir öneme sahiptir. Zira bunlar zarar görenlerin zararlarının giderilmesine hizmet etmekle kalmaz, aynı zamanda rekabet ihlalleri üzerinde caydırıcı bir etki yaratırlar¹. Bu açıdan kamu hukuku

¹ VOTTELER, M. (2008), *Der Schadensersatzanspruch im EG-Kartellrecht*, 1. Auflage, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, s. 47-48.

yaptırımlarını tamamlayıcı bir fonksiyona sahiptirler². Dolayısıyla, işlevsel ve etkin bir tazminat sistemi olmadan rekabet hukuku normlarından beklenen yararı sağlamak güçtür³.

Rekabet hukuku alanındaki kural ve uygulamalarıyla örnek gösterilen Amerika Birleşik Devletlerinde (ABD) tazminat davalarının sayısı, idari yaptırımlarla kıyaslandığında, oldukça yüksektir⁴. Aynı şeyi Avrupa Birliği (AB) için söylemek zordur⁵. Gerek üye devletlerin ulusal hukuklarının birbirinden farklı olması, gerekse birçok üye devlette tazminat davalarını teşvik edici ve kolaylaştırıcı düzenlemelerin yeterli olmaması tazminat davalarından istenilen faydanın sağlanmasını engellemiştir. Bu durum, AB bünyesinde tazminat davalarına etkinlik kazandırma ve bu alanda belirli standartlar

² WOODS, D., A. SINCLAIR ve D. ASHTON (2004), "Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead", *Competition Policy Newsletter*, No: 2, s. 31; HÖLZEL, N. (2007), *Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und Zementkartell*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft: 65, Halle, s. 5.

³ Ancak böyle bir sistemin kurulmasının önünde önemli engeller bulunmaktadır. Söz konusu engelleri şu şekilde gruplandırarak mümkündür:

i) *Fiili engeller* (Örneğin, rekabet ihlalinin mevcudiyeti, niteliği ve süresinin ispatına dair (bilgi asimetrisinden kaynaklanan) zorluklar; rekabet ihlalinin ilgili piyasadaki ve davacı teşebbüs üzerindeki olumsuz etkilerinin isbatındaki güçlükler),

ii) *Hukuki engeller* (Örneğin, güçlü konumdaki faille karşı zarar görenlerin müferiden açacakları davaların başarıya ulaşmasının oldukça zor olması, delillere ulaşma güçlüğü, toplu dava mekanizmalarının bulunmaması yahut istenilen etkinlikte olmaması),

iii) *Ekonomik engeller* (Örneğin, tazminat davalarının uzmanlık gerektirmesi, çok sayıda verinin toplanması zarureti gibi nedenlerle zaman ve parasal açıdan külfetli olması, "kaydeden öder" ilkesi gereği dava masraflarını üstlenme riski),

iv) *İşletme politikalarından kaynaklanan engeller* (Örneğin, zarar görenin dava açması durumunda karşı taraf ile olan iş ilişkilerin kötüye gitmesi ve misilleme görme yahut ticari ve/veya stratejik ortaklıkların bozulacağı endişesi).

⁴ ABD'de rekabet ihlali sebebiyle açılmış olan davalardan büyük bir kısmını tazminat davaları oluşturmaktadır. Örneğin 1980-1990 yılları arasında açılmış bulunan 11.569 davadan 10.471'i tazminat davası olup, bu toplam sayının yaklaşık %90'ına tekabül etmektedir (SCHMIDT, I ve S. BINDER (1996), *Wettbewerbspolitik im Internationalen Vergleich*, 1. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, s. 115).

⁵ AB'de tazminat davalarının, rekabet ihlali sebebiyle açılmış olan davaların sadece %5'ini oluşturduğu belirtilmektedir. Yakın zamanda Komisyon tarafından yapılan bir araştırmaya göre ise, 2004 yılı Mayıs ayı ile 2007 yılının 3. çeyreği arasındaki dönemde 27 üye devlette açılmış olan tazminat davası sayısı sadece 96'dır. Bunlardan 61'i dikey, 13'ü yatay rekabet kısıtlaması ve 22'si hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle açılmıştır. Dikey rekabet kısıtlamasına dayalı davalardan henüz hiçbirisi davacılar lehine sonuçlanmamıştır. Yatay rekabet kısıtlamasına dayalı davaların 6'sı, hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle açılmış olan davaların ise sadece 12'si davacılar lehine sonuçlanmıştır. (VOGEL, M. (2010), *Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht*, FIW-Schriftenreihe, 1. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, s. 7-8).

oluşturma ihtiyacını beraberinde getirmiştir⁶. Bu amaçla, AB Komisyonu tarafından hazırlanan öneriler 2008 yılında “AB Rekabet Hukuku’nun İhlali Sebebiyle Açılacak Tazminat Davalarına İlişkin Beyaz Kitap”⁷ (Beyaz Kitap) ile kamuoyunun görüşüne sunulmuştur. Beyaz Kitap’ta, davacılar lehine ispat kolaylığı getirilmesi, yargılama giderleri bakımından davacılar lehine düzenlemeler yapılması, toplu dava imkânının getirilmesi, tazminat davalarının pişmanlık programları üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılması, zamanaşımı sürelerinin tazminat davalarının önünde engel oluşturmayacak biçimde düzenlenmesi gibi çeşitli önerilere yer verilmiştir⁸.

Türk rekabet hukukunda tazminat davalarına özgü ve caydırıcılık yaratabilecek bazı düzenlemeler bulunmakla birlikte, tazminat davalarının istenilen düzeye ulaştığını söylemek güçtür⁹. Rekabet hukuku ve kültürünün toplumumuzda köklü bir geçmişe sahip olmamasının hiç kuşkusuz bunda önemli bir etkisi vardır¹⁰. Ancak sorunun asıl kaynağı, bu alandaki düzenlemelerin yetersiz olmasıdır. Hukukumuzda, üç kat tazminat yaptırımını gibi tazminat davalarını teşvik edici bazı düzenlemelere yer verilmiştir¹¹. Ancak, tazminat taleplerinin ileri sürülmesini kolaylaştırıcı ve cazip hale getirmeye yönelik başkaca kurallar getirilmemiştir. Örnek olarak toplu davaların benimsenmemiş, yargılama giderleri ve zamanaşımı süreleri bakımından davacılar lehine düzenlemeler yapılmamış, davacılar lehine delillere ulaşma ve ispat kolaylıkları

⁶ Avrupa Birliğinde rekabet ihlallerinin yılda yaklaşık 25 ila 69 milyar € dolayında ekonomik kayba yol açtığı tahmin edilmektedir. Bu rakamlar tazminat davalarına etkinlik kazandırmanın ne denli önemli olduğunu da ortaya koymaktadır.

⁷ KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165, Brüksel.02.02.2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:DE:PDF>, Erişim Tarihi: 14.03.2011.

⁸ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. KORTUNAY, A. (2009), “AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından “De Lege Ferenda” Düşünceler”, *Rekabet Dergisi*, Cilt: 10, Sayı:1, s. 81 vd.

⁹ Ülkemizde rekabet hukuku kaynaklı tazminat davalarına ilişkin istatistiksel bir veri tespit edebildiğimiz kadarıyla mevcut değildir. Bununla birlikte, rekabet ihlaline dayalı tazminat davalarını konu alan bilimsel çalışmalar incelendiğine açılan davaların çoğunun dikey anlaşmalardan kaynaklandığı görülmektedir. Bu konuda özgün bir çalışma olarak bkz. GÜVEN, P. (2007), “Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- V*, Kayseri, s. 223 vd.

¹⁰ SANLI, K.C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- I*, Kayseri, s. 223.

¹¹ Üç kat tazminata ilişkin doktrinindeki görüşler hakkında bkz. GÜRZUMAR, O. B. (2006), “Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak” (Sempozyum Bildiriler Kitabı), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 169, dn. 125.

getirilmemiş olması gösterilebilir. Bu alanlarda yapılması gereken düzenlemelerin birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu, şu ana kadar ki uygulamaların da gösterdiği üzere tek başına üç kat tazminat yaptırımının arzu edilen hedefe ulaşmakta yeterli olmayacağını belirtmek gerekir.

2. REKABET HUKUKUNDA TOPLU DAVALAR

Rekabet ihlalleri çoğu zaman küçük ve yaygın (atomize) zararlara (*Streuschäden*) neden olurlar. Böyle durumlarda zarar görenler (bilhassa küçük işletmeler ve tüketiciler) yargılama giderlerini üstlenme, zaman kaybı ve davayı kaybetme gibi kaygılarla dava açmaktan kaçınabilirler¹². Zarar görenlerin birçoğu tarafından dava açılması ise davacı, davalı ve yargı organları bakımından külfetli olabilir. Gerçekten de, böyle bir durumda davacılarından her biri açtığı davayla ilgili masraf ve riskleri tek başına üstlenmek, davalılar birden fazla davayla uğraşmak; yargı mercileri ise aslında konusu aynı olan birçok talep hakkında ayrı ayrı karar vermek durumunda kalabilecektir.

Toplu davalar, sadece küçük ve yaygın zararların giderilmesine hizmet etmekle kalmaz, çok sayıda uyuşmazlığın tek bir dava ile çözümüne imkân vermesi bakımından usul ekonomisine de önemli katkılar sağlar. Bu açıdan Amerikan hukukunda düzenlenmiş olan grup davaları (*class action*) rekabet ihlalleriyle mücadelede küçümsenmeyecek bir öneme sahiptir. Amerikan hukuk sisteminde grup davasının açılabilmesi bazı ön şartların varlığına bağlıdır. Örneğin, grup üye sayısının üyelerden her birinin davaya katılımına imkân vermeyecek büyüklükte olması, zarar olgusunun grup mensupları bakımından ortak olması, grup adına dava açanların iddia ve savunmalarının diğerleri bakımından da söz konusu olması, grubu temsilen dava açanların grup içinde yer alanların çıkarlarını adil ve yeterince temsil edecek durumda olmaları gerekir¹³. Amerikan hukuk sisteminde grup davalarında mahkeme kararı adlarına dava açılan gruba dahil tüm kişiler bakımından bağlayıcıdır¹⁴. Ancak bu kural henüz dava sonuçlanmadan davanın dışında kalmak istediğini beyan

¹² GLÖCKNER, J. (2007), "Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts,- Der Zweck heiligt die Mittel nicht; er bestimmt sie!", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, Heft: 5, s. 493; GRUBER, J. P. (2006), "Schadenersatz und Kartellrecht- das Grünbuch der Kommission-“, *Medien und Recht-International Edition*, Heft: 1, s. 20-21.

¹³ VRBA, L. G (2007), *Vielparteienprozesse*, (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht: 151), Schulthess Zürich, s. 37 vd.; HEMPEL, R. (2002), *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht*, 1. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, s. 217. ÖZBAY, İ. (2009), *Grup Davaları*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 246.

¹⁴ CHARLES, S. (2000), "Class Actions- Representative Proceedings", B. Bouckaert ve G. De Geest (der.), *Encyclopedia of Law and Economics* Vol. 5 içinde, s. 194. Bağlayıcılık, tarafların uzlaşması halinde de söz konusudur (Bkz. KOCH, H. (2000), "Die Verbandsklage in Europa-Rechtsvergleichende, europa- und kollisionsrechtliche Grundlagen", *Zeitschrift für Zivilprozess*, s. 424).

eden kişiler bakımından uygulanmaz (*opt-out model*)¹⁵. Grup davaları özellikle fiyat belirleme olaylarında (*price fixing cases*) yaygın bir biçimde ve başarıyla uygulanmaktadır¹⁶.

AB üyesi devletlerin birçoğunda kolektif tazminat taleplerine imkân veren toplu dava modeli benimsenmemiştir¹⁷. Ancak yürütülen çalışmalar yakın zamanda AB’de bu tür bir toplu dava modelinin benimseneceğini göstermektedir. Artık bugün AB’deki tartışmalar toplu davanın gerekli olup olmadığından ziyade, toplu dava türlerinden hangisinin istenilen yararı sağlayacağı noktasına gelmiştir. Nitekim Komisyon, Beyaz Kitap’ta rekabet ihlallerinde etkin bir kolektif hukuki himaye sağlanabilmesi için birbirini tamamlayan ikili bir sistem önermiştir.

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

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

Ayrıca, Komisyon zarar görenlerin hak kaybına uğramamaları için söz konusu mekanizmaların yansira, bireysel dava açma imkânlarının saklı tutulması gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu durumun zararın birden fazla tazminine yol açmaması için gerekli düzenlemelerin yapılmasının önemine de vurgu yapmıştır¹⁸.

¹⁵ ZIRNGIBL, E. (2006), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess in den USA und Deutschland*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universität Augsburg, München, s. 68.

¹⁶ ÖZSUNAY, E. (2005), “Rekabet Kısıtlamalarının Rekabet Hukuku Alanındaki Sonuçları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- III*, Kayseri s. 123-124; Özbay 2009, s. 246.

¹⁷ AB Komisyonu üye ülkelerdeki toplu dava türlerinin daha ziyade önleme ve durdurma istemleriyle sınırlı olduğunu, tazminat talebine imkân veren toplu dava modellerinin sadece İsveç ve İngiltere’de bulunduğunu belirtmiştir. (KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, SEC (2005) 1732, Brüksel, 10.02.2006, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_de.pdf, Erişim Tarihi: 16.03.2011, s. 66 vd).

¹⁸ Kortunay 2009, s.110.

Türk yargılama hukukundaki dava türleri arasında tazminat istemli grup davaları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (yeni TTK)¹⁹ 191. maddesinde şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirmesinde hakları ihlal edilmiş olan ortakların mahkemeden uygun bir **denkleştirme akçesinin saptanmasını** isteyebilecekleri belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, *davacı ile aynı hukuki durumda bulunmaları hâlinde, mahkeme kararının, birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan şirketlerin tüm ortakları hakkında da hüküm doğuracağı* ifade edilmiştir. Söz konusu fıkra ile ilişkin gerekçede, bunun *mahkeme kararının etkisini aynı durumdaki ortaklara da taşıyan bir "class action" düzenlemesi olduğu* ifade edilmiştir. Böylece, yeni TTK yürürlüğe girdiğinde grup davası (yeni TTK madde 191'de zikredilen konularla sınırlı olmak üzere) Türk hukukunda ilk kez hayata geçmiş olacaktır.

Hukukumuzda bazı hukuka aykırılıkları giderme imkanı veren toplu dava türleri mevcut ise de, tazminat istemli grup davalarına da yer verilmemiştir. Örneğin, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 23/4 uyarınca **"Bakanlık ve tüketici örgütleri münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler"**. Keza aynı Kanunun 24/1. maddesine göre, **"Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri, ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için dava açabilirler"**.

Ayrıca, Ticaret Kanunu madde 58/3'de Ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birliklerin tespit, men ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması davalarını açabilecekleri belirtilmiştir²⁰.

Bunun dışında, 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (yeni HMK)²¹ "Topluluk Davası" başlıklı 113. maddesinde **dernekler ve diğer tüzel kişilerin, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini**

¹⁹ Bkz. 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete.

²⁰ Doktrinde, Ticaret Kanunu madde 58/3 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, mesleki ve iktisadi birliklerin **rekabet ihlallerinin** tespiti, önlenmesi ve ihlâl neticesi ortaya çıkan durumun giderilmesini isteyebilmelerinin mümkün olduğuna işaret edilmiştir (Bkz. TEKİNALP, Ü. (2005), "Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- III*, Kayseri s. 260.

²¹ Bkz. 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilmelerine imkân verilmiştir.

Keza, 31.7.2008 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın²² 26. maddesi ile RKHK'nun 57/3 maddesinin şu şekilde düzenlenmesi öngörülmektedir: “İhlalden etkilenenlerin ya da etkilenebilecek olanların, devam eden ihlalin sona erdirilmesini veya yakın ihlal tehlikesinin önlenmesini hukuk mahkemesinden talep etme hakları saklıdır.” Görüldüğü üzere, Türk hukukunda tüzel kişilerin temsil ettikleri grup adına kimi durumlarda dava açmaları mümkün olmakla birlikte, tazminat taleplerini ileri sürme yetkileri bulunmamaktadır.

Hukukumuzda tazminat istemli toplu davalara yer verilmemiş olması etkin bir rekabet düzeninin tesis edilmesi bakımından önemli bir eksiklik. Bu eksikliğin ne şekilde giderilebileceği/giderilmesi gerektiğine dair görüşlerimiz aşağıda yer vereceğiz.

3. ALACAĞIN TEMLİKİ YOLUYLA TAZMİNAT TALEPLERİ TOPLU ŞEKİLDE İLERİ SÜRÜLEBİLİR Mİ?

3.1. “Zementkartell” Davası (CDC Modeli)

Alman Çimento Sanayicileri Birliği'nin 1990 yılında gerçekleştirdiği toplantıya katılan teşebbüsler, piyasadaki rekabetin yol açtığı fiyat düşüşlerini engellemek amacıyla bazı kararlar almışlardır. Alınan kararlar doğrultusunda; piyasa paylaşımı, fiyat tespiti, rakip işletmeleri devralarak atıl tutmak ve ithalatı engellemek suretiyle rekabeti kısıtlamışlardır²³. Ancak, bu rekabet ihlallerinin 2002 yılında pişmanlık başvurusu ile ortaya çıkması üzerine Alman Rekabet Kurumu (*Bundeskartellamt*) 6 büyük çimento üreticisine 661 milyon €, 6 orta ölçekli üreticiye ise 41 milyon € para cezası vermiştir²⁴.

²² Bkz. <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1605.doc>,

Erişim Tarihi: 16.03.2011.

²³ Bu ihlaller sebebiyle ortaya çıkan iktisadi kayıpların 3,4 ila 4, 2 milyar € civarında olduğu ifade edilmiştir (SEIDLITZ F. (2003), “Zementbranche droht Miilliarden-Klage, Die Welt, http://www.welt.de/print-welt/article691936/Zementbranche_droht_Milliarden_Klage.html, Erişim Tarihi: 17.03.2011).

²⁴ Bkz. Alman Rekabet Kurumu'nun 14.04.2003 Tarihli Basın Bildirisi,

http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2003/2003_04_14.php,

Erişim Tarihi: 16.03.2011. Söz konusu idari para cezasına karşı teşebbüslerce yargı yoluna başvurulmuş ise de Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından 5 çimento üreticisi hakkında yaklaşık 330 milyon € para cezasına hükmedilmiştir. (Bkz. Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesinin 29.06.2009 Tarih ve 19/09 Sayılı Basın Bildirisi,

Rekabet ihlalinden zarar gören teşebbüslerden 29'u, rekabet ihlalinden kaynaklanan tazminat alacaklarını merkezi Belçika'da bulunan *Cartel Damages Claims S.A. (CDC) ünvanlı* bir anonim şirkete *devretmişlerdir*²⁵. *Taraflar arasındaki anlaşma uyarınca*, CDC devraldığı taleplerin karşılığı olarak başlangıçta 100 € gibi sembolik bir ödeme yapacak, ayrıca dava sonunda hükmedilecek tazminatın bir kısmını (%75 ila 85'ini) zarar görenlere verecektir. Taleplerini devreden teşebbüsler ayrıca dava masraflarına iştirak edeceklerdir²⁶.

Anlaşma yapıldıktan sonra CDC ihlal ve zararın ispatı için gerekli verileri toplamaya başlamıştır. İlk olarak Alman Rekabet Kurumu'nun soruşturma kapsamında elde ettiği delilleri incelemeye almıştır²⁷. Ayrıca, bir veri bankası oluşturularak bu veri bankasına zarar gören teşebbüslere yapılan ürün teslimatları tek tek kaydedilmiştir. Bu şekilde elde edilen veriler piyasadaki talep hareketleri, fiyat seyri ve diğer yapısal değişikliklere dair istatistiksel bilgilerle ilişkilendirilmiştir.

Bu süreçte taraflarca izlenen çalışma yöntemi oldukça dikkat çekicidir: Tazminat taleplerini devreden teşebbüslere, CDC tarafından excell tabloları yer alan formlar, seri numaraları birbirini takip eden barkod etiketleri ile barkod okuma cihazları verilmiştir. Teşebbüsler, önce fatura ve teslimat belgeleri gibi delil olarak kullanılacak orijinal belgeleri barkod etiketleri ile numaralandırmışlar, ardından her bir belgenin içeriği ve barkod numaralarını excel tablosuna aktarmışlardır. Ayrıca, excell tablosuna kaydedilen barkod numaraları ile belgelerinin asılları arasında link bağlantısı kurularak istenilen belgeye kolayca ulaşılabilmesi ve görüntülenebilmesi sağlanmıştır. Teşebbüslerce kayıt altına alınan veriler daha sonra CDC bünyesinde toplanmış ve elektronik ortamda kaydedilmiştir²⁸. Özel olarak geliştirilen "tradeba CCC" isimli yazılımla elde edilen veriler hukukçu ve ekonomistlerden oluşan uzman

http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/05presse2009/2009-029_pm_zementkartell_urteil/index.php, Erişim Tarihi: 17.03.2011).

²⁵ CDC'nin faaliyet alanı, endüstriyel alıcıların ulusal/uluslararası rekabet hukuku kurallarının ihlalinden kaynaklanan tazminat taleplerinin ileri sürülmesidir. CDC devraldığı tazminat alacaklarını daha sonra kendi adına ve hesabına dava yoluyla veya dava dışı yollarla ileri sürmektedir.

²⁶ Vogel 2010, s. 155.

²⁷ Alman Kabahatler Kanunu madde 46/3 (§ 46 Abs. 3 OWiG) ve bu maddede Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na (§ 406e StPO) yapılan atıf uyarınca zarar gören teşebbüslerin rekabet soruşturmasına ilişkin belgeleri inceleme yetkisi bulunmaktadır. Karş. 18.04.2010 tarih ve 27556 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış olan Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ, madde 5/3, 6.

²⁸ Bu kapsamda kaydedilen belge sayısının 2 milyon civarında olduğu ve bunlardan yaklaşık 260 bin adedinin tazminat davasına dayanak teşkil ettiği belirtilmektedir (Vogel 2010, s. 155).

bir ekip tarafından değerlendirilerek piyasa analizi yapılmış ve bilhassa rekabet ihlali gerçekleşmeseydi piyasada oluşacak olan (farazi) fiyat tahmini yapılmıştır.

Yürütülen bu çalışmalar sonucunda, tazminat davasının başarıya ulaşma olasılığının yüksek olduğunun anlaşılması üzerine CDC, Düsseldorf Eyalet Mahkemesinde (*LG Düsseldorf*) çimento kartelinin baş aktörlerinden 6 teşebbüse karşı tazminat davası açmıştır. Dava dilekçesinde, davalıların 1989-2002 yılları arasında ülke genelinde çimento karteli oluşturduklarını, kartel süresince fiyatların 61 ila 69 € civarında seyrettiğini, ihlalin Alman Rekabet Kurumu'na ortaya çıkarılmasından sonra fiyatların 43 ila 45 €'ya kadar gerilediğini, taleplerini devreden teşebbüslerin rekabet ihlali sebebiyle 152 milyon €'dan fazla bir zarara uğradıklarını iddia ederek -bu zararın %75'ine tekabül eden 113.987.885,31 €'dan az olmamak üzere- mahkemece takdir edilecek bir tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalılar ise davanın reddini talep etmişlerdir. Davalılarca ileri sürülen ilk itirazlar ilk derece mahkemesi olan Düsseldorf Eyalet Mahkemesinin ara kararıyla²⁹ reddedilmiştir. Davalıların red kararına karşı yaptıkları itirazlar da gerek İstinaf Mahkemesi (*OLG Düsseldorf*) gerekse Temyiz Mahkemesi'nce (*BGH*) aşağıda belirteceğimiz gerekçelerle yerinde görülmemiştir.

Davalı teşebbüsler ilk olarak, mahkemenin yetki bölgesi içinde herhangi bir rekabet ihlalinin gerçekleşmediği iddiasıyla yetki itirazında bulunmuşlardır. Bu itiraz şu gerekçeyle reddedilmiştir: Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 32. maddesi (§ 32 ZPO) uyarınca haksız fiil nedeniyle açılacak davalarda fiilin işlendiği yer mahkemesi yetkilidir³⁰. Öğreti ve yargı kararlarına göre, hukuken korunan menfaatin ihlal edildiği (ve bu bağlamda haksız fiilin etkilerini gösterdiği) yer de haksız fiilin işlendiği yer olarak kabul edilmektedir. Davalı teşebbüslerin Almanya'daki piyasa paylarının %80-90 civarında olduğu dikkate alındığında, rekabet ihlalinin etkilerini tüm ülke çapında gösterdiği ve dolayısıyla mahkemenin davaya bakmaya yetkili olduğunun kabulü gerekir³¹.

Davalıların ikinci itirazı, tazminat tutarının net olarak belirtilmeyerek, tazminatın (belirli bir miktardan az olmamak üzere) mahkemece tayin edilmesinin talep edilmiş olmasıdır. Bu itiraz da yerinde bulunmamıştır. Zira, Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 287. maddesi (§ 287 ZPO) uyarınca, davacının zararının tam olarak belirlenmesinde önemli güçlükler söz konusu ve

²⁹ LG Düsseldorf, 21.02.2007, 34 O (Kart) 147/05. Kararın tam metni için bkz.

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/duesseldorf/lg_duesseldorf/j2007/34_O_Kart_147_05urteil2_0070221.html, Erişim Tarihi: 18.03.2011.

³⁰ § 32 ZPO metni şu şekildedir: "Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist".

³¹ LG Düsseldorf, (21.02.2007), 34 O (Kart) 147/05, Rdn. 92-95.

zararın tespitine esas alınacak hususlar davacı tarafından yeterli ölçüde mahkemeye sunulmuş ise tazminat mahkeme tarafından takdir edilebilir³². Bilhassa rekabet ihlallerinde zararın belirlenmesi konusunda önemli güçlükler ortaya çıkabilir. Nitekim dava konusu olayda, gerek çimento karteli gerçekleşmeseydi piyasada oluşacak muhtemel fiyatın, gerekse piyasadaki teşebbüslerce satın alınan toplam ürün miktarının tam olarak belirlenmesi son derece güçtür. Dolayısıyla, zarar kesin olarak belirtilmeksizin tazminatın mahkemece belirlenmesinin talep edilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır³³.

Davalıların bir diğer itirazı, CDC'nin davayı takip yetkisinin (*Prozessführungsbefugnis*)³⁴ bulunmadığı yönündedir. Davalılar bu itirazlarına gerekçe olarak şu hususları ileri sürmüşlerdir: Tazminat alacaklarını devreden teşebbüsler ile CDC arasındaki sözleşme "temlik" başlığını taşımakla birlikte, tarafların asıl amaçları bir temlik işlemi (*Zession*) yapmak değildir. Gerçekte, CDC'ye "ifayı kendi adına talep yetkisi (*Einziehungsermächtigung*)" verilmesi söz konusudur³⁵. Gerek CDC'nin hükmedilecek tazminatın büyük bir kısmını alacaklarını devretmiş olan teşebbüslere ödeyecek (iade edecek) olması, gerekse

³² ZÖLLER, R. ve R. GEIMER (2007), *Zivilprozessordnung*, 26. Auflage, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, § 253, Rdn. 14.

³³ OLG Düsseldorf, (14.05.2008), VI U (Kart) 14/7. Kararın tam metni için bkz.

http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/05presse2008/2008-05-14_pm_zementkart/2008-05-14_urt_zementkart.pdf

Erişim Tarihi: 18.03.2011, s. 10-11; BGH, 17.07.2009 Tarih ve 80/2009 Sayılı Basın Bildirisi., http://pressrelations.de/new/standard/result_main.cfm?r=364280&sid=&aktion=jour_pm&quelle=0&n_firmanr=111678&pfach=1&detail=1&sektor=pm&popup_vorschau=0,

Erişim Tarihi: 18.03.2011.

³⁴ Usul hukukunda davayı takip yetkisinin anlamı ve taraf sıfatından farkı hakkında bkz. PEK-CANITAZ, H., O. ATALAY ve M. ÖZEKES (2006), *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Yetkin, Ankara, s. 182-184.

³⁵ Alman Hukukunda talep hakkının alacak hakkından bağımsız olarak devredilebileceği genel olarak kabul edilmektedir. Böylece, alacaklının bir üçüncü kişiye alacağını temlik etmek yerine, ona ifayı kendi adına talep yetkisi (*Einziehungsermächtigung*) vermesi mümkündür. Üçüncü şahsa ifayı kendi adına talep etme yetkisi verildiğinde, alacağın temlikinin aksine alacaklı bu sıfatını korumaya devam eder. Üçüncü kişiye ifayı talep yetkisi verilmesi, alacağın temlikinde alacaklının hakkını yitirmesinin, temsil yetkisi verilmesinde alacaklının isminin açıklanmasının, alacağın doğrudan alacaklı tarafından talep edilmesinin yol açabileceği gerilimin yaratacağı sorunları önleyebilecektir. Buna karşın, üçüncü kişiye verilen ifayı kendi adına talep yetkisinin uygulamada borçlunun durumunu kötüleştirmek ve usul hukuku ilkelerini saptırmak amacıyla kullanılabilmesi ileri sürülmüştür. (AKYOL, Ş. (2007), *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 11). Türk hukukunda bazı yazarlar üçüncü kişiye ifayı talep yetkisi verilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır (Bkz. Akyol 2007, s. 2-4). Bazıları ise alacak hakkı ile talep hakkının ayrıştırılamayacağı gerekçesiyle bu düşünceye katılmaktadırlar (Bkz. TEKİNAY, S.S. , S. AKMAN, H.BURCUOĞLU ve A. ALTOP (1988), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, s. 330).

söz konusu teşebbüslerin dava masraflarına katılmaları bu iddiayı desteklemektedir. Alman Hukuki Müşavirlik Yasası'na (RBERG)³⁶ göre ise, alacağı kendi adına talep yetkisi verilen bir teşebbüs (*Inkossounternehmen*) bunu sadece dava dışı yollarla gerçekleştirebilir (§ 1 RBERG); alacağın tahsili için dava açma ve açılan bu davayı takip etme yetkisi yoktur³⁷. Asıl gayeleri temlik işlemi yapmak olmayan tarafların bu davranışı hakkın kötüye kullanılması teşkil eder³⁸.

Davalıların bu itirazları şu gerekçelerle reddedilmiştir: Sözleşme hükümleri incelendiğinde, tarafların amacının davacıyı (CDC) tazminatı tahsile yetkili kılmakla sınırlı olmayıp, aynı zamanda ona tazminat haklarını tümüyle devretmek, yani onu söz konusu hakların bizatihi sahibi yapmak olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, somut olayda davacının hak sahibi bir üçüncü kişi hesabına talepte bulunması söz konusu değildir; bilakis temlik neticesi sahibi olduğu hakları bizzat kendi nam ve hesabına ileri sürmektedir³⁹. Taraflar arasındaki devir sözleşmesinde, "CDC'ye devraldığı haklarla ilgili olarak üçüncü kişilerle devir, rehin ya da feragat gibi işlemler yapma yasağı" getirilmiş olması da bunu desteklemektedir. Zira, bu tür tasarruflar ancak bir hakkın maliki tarafından yapılabilir, kendisine ifayı talep yetkisi verilmiş kişilerce değil. Devir sözleşmesinde, elde edilecek tazminatın bir kısmının alacaklarını devretmiş olan teşebbüslere verilecek olması da bu sonucu değiştirmez, aksine bu husus tahsil amacıyla temlikin (*Inkassozession*) bir göstergesidir. Amacı sadece ifayı kendi adına talep yetkisinin verilmesi olan bir sözleşmede bu yönde bir hükme gerek yoktur. Çünkü talep yetkisinin verilmesi hak sahipliğinde değişiklik yaratmaz ve kural olarak bu yetki her zaman geri alınabilir. İnançlı temlikin bir türü olan tahsil amaçlı temlik ile hak sahibi mevkiine oturan kişinin (temellük edenin) davayı takip yetkisine de sahip olacağına kuşku bulunmamaktadır.

³⁶ Bu yasa dava açıldıktan sonra yürürlüğe girmiş olan Hukuksal Hizmetler Yasası (*Rechtsdienstleistungsgesetz*) ile ilga edilmiştir.

³⁷ Alman hukukunda, ifayı kendi adına talep yetkisi verilen üçüncü şahsın ifayı ancak dava dışı yollarla talep edebileceği, dava yolu ile talep edilmesinin usul hukuku ilkeleriyle çelişebileceği ifade edilmektedir. Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesi önüne gelen bir olayda, alacaklı üçüncü şahsa ifayı talep yetkisinin yanı sıra icra daireleri ve mahkemede alacağı takip yetkisi tanımıştı. Yüksek Mahkeme bu davada "bir başkasına ait hakkı kendi adına talep eden şahsın borçluyu dava etmesinin usul hukuku bünyesine önemsiz sayılamayacak bir tecavüz teşkil eden bir taraf rollerinin değiştirilmesi (*Verschiebung der Parteirolle*) olduğuna" hükmetmiştir. (Akyol 2007, s. 136).

³⁸ Ayrıca davalılar, davanın reddedilmesi halinde davacı şirketin sınırlı sorumluluğu sebebiyle yargılama masraflarının tümüyle tahsil edilemeyeceğine mahkemenin dikkatini çekmiş ve davacı ile alacaklarını devreden teşebbüsler arasındaki devir sözleşmesiyle yargılama masraflarına ilişkin kuralların ihlal edildiğini belirtmişlerdir.

³⁹ LG Düsseldorf, (21.02.2007), 34 O (Kart) 147/05, Rdn. 112-113; Hölzel 2007, s. 33.

Temellük edenin tahsil edeceği alacağı daha sonra temlik edene devredecek olması (bir diğer deyişle hakkın nihai sahibi olmaması) bu sonucu değiştirmez⁴⁰.

Davalıların, tazminat alacaklarının CDC'ye devredilmesinin hakkın kötüye kullanılması olduğu; zarar gören teşebbüslerin zararı dolaylı alıcılara yansıttıkları ve Almanya'daki çimento fiyatlarının diğer AB üyesi ülkelerdekine altında seyrettiği yönündeki itirazları ise esasa ilişkin olduğu gerekçesiyle mahkemece bu aşamada dikkate alınmamıştır.

Davacıların yukarıda değinilen itirazlarının reddedilmesinin ardından dava ilk derece mahkemesi olan Düsseldorf Eyalet Mahkemesinde esastan görülmeye devam etmektedir. Yargılama henüz sonuçlanmamış olmakla birlikte, ilk derece ve üst derece mahkemelerinin şu ana kadar serdettikleri görüşler davanın başarıya ulaşacağı yönündeki kanaatleri güçlendirmiştir.

3.2. CDC Modeline İlişkin Değerlendirme

Mevcut düzenlemeler temelinde kolektif tazminat taleplerinin ilk kez ileri sürüldüğü “Zementkartell” davası, Alman hukuk çevrelerinde büyük yankı uyandırmış ve ilgi odağı olmuştur. Bilhassa CDC modelinin gerek Amerikan hukukundaki, gerekse Komisyon tarafından önerilen toplu dava türlerine alternatif olup olamayacağı tartışılmaya başlanmıştır. Çalışmamızın bu bölümünde önce CDC modelinin Türk hukukunda uygulanabilirliğini inceleyecek, ardından “klasik” grup davaları karşısında tercihe şayan olup olmadığını tartışacağız.

3.2.1. CDC Modelinin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği

Hukukumuzda CDC modelinin uygulanıp uygulanamayacağı sorusunun yanıtı gerek maddi hukuk, gerekse usul hukukuna ilişkin bazı değerlendirmeleri gerektirir.

Bu kapsamda üzerinde durulması gereken ilk mesele, konusu tazminat alacaklarının talep edilmesi olan bir anonim şirketin kurulup kurulamayacağıdır. TTK madde 271 uyarınca, anonim şirketler kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi amaç ve konular için kurulabilirler⁴¹. Bu hüküm gereği anonim şirketin amaç ve konusu “*iktisadi bir menfaat sağlamak*” olmalıdır⁴². Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun aksine⁴³, Türk hukukunda iktisadi olmayan bir maksat için anonim şirket kurulmasına müsaade edilmemiştir. Ülkemizdeki genel uygulama

⁴⁰ OLG Düsseldorf, (14.05.2008), VI U (Kart) 14/7. s. 17.

⁴¹ Yeni TTK madde 331 hükmü de aynı yöndedir. Söz konusu madde şu şekildedir: “Anonim şirketler, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabilir”.

⁴² PULAŞLI, H. (2007), *Şirketler Hukuku*, 5. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, s. 198.

⁴³ Karş. İsv. BK madde 620/3. ayrıca bkz. BÖCKLI, P. (2009), *Schweizer Aktienrecht*, Schulthess Verlag, Zurich, § 1, Nr. 27.

anonim şirketlerin ticari şekilde işletilen müesseselerden oluşması yönündedir. Bununla birlikte, iktisadi maksat ve konu her zaman ticari şekilde işletilen müesseselerin varlığını gerektirmez⁴⁴.

Hukukumuzda, gayesi mevcut veya müstakbel alacakları temellük ve tahsil etmek olan anonim şirketlerin kurulması mümkündür. Faktoring şirketleri bunun en bariz örneğidir⁴⁵. 90 Sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinde faktoring şirketi "*Mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakları temellük ederek, tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşılık ödemelerde bulunarak, finansman sağlayan şirket*" olarak tanımlanmıştır⁴⁶. Diğer anonim şirketlere nazaran faktoring şirketlerinin kuruluş ve faaliyetleri sıkı kurallara bağlanmıştır. Örneğin, bu şirketlerin kurulabilmesi için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'ndan izin alınması, ödenmiş sermayesinin beş milyon TL'den az olmaması, hisse senetlerinin tamamının nama yazılı ve nakit karşılığı çıkarılması, kurucuların belirli nitelikleri haiz olması gerekmektedir⁴⁷. Bu noktada akla şöyle bir soru gelmektedir: Acaba konusu rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat alacaklarının temellük ve tahsili olan bir anonim şirketin faktoring şirketi olarak kurulması mecburiyeti ve dolayısıyla mevzuatımızdaki sıkı kurallara tabi olması söz konusu mudur? Kanaatimizce bu soruya verilecek yanıt olumsuzdur. Zira 90 Sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinde faktoring şirketlerinin konusu açıkça **mal ve hizmet satışlarından kaynaklanan** alacakların temellük, tahsil ve finansmanına ilişkin faaliyetler olarak gösterilmiştir⁴⁸. Dolayısıyla, amacı mal

⁴⁴ Ticari işletme işletmek söz konusu olmamakla birlikte, konu veya maksat iktisadi olabilir. Örneğin, yalnızca ortaklarının ihtiyacı olan elektriği üretmek üzere kurulan bir anonim şirket bakımından ticari işletme işletmek söz konusu değilse de maksat ve konu iktisadidir (POROY, R., Ü. TEKİNALP ve E. ÇAMOĞLU (2005), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 10. Tıpkı Basım, İstanbul, s. 237, N. 436).

⁴⁵ Bir diğer örnek 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 143. maddesi kapsamında faaliyet gösteren Varlık Yönetimi Şirketleri'dir. Söz konusu şirketler, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, bankalar ve diğer mali kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla yönelik olarak faaliyet göstermek üzere kurulurlar (Bkz. Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik madde 3/1, f).

⁴⁶ Hatta söz konusu Kararnamenin 12. maddesi uyarınca faktoring şirketlerinin anonim şirket olmaları zorunludur.

⁴⁷ Bkz. Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik madde 4, 5 ve 6.

⁴⁸ Bu bağlamda, faktoring şirketleri ile CDC'nin hizmet ettikleri amaç bakımından da aralarında farklılıklar bulunduğuna dikkat çekmek gerekir. Gerçekten de faktoringin amacı işletmenin bürokratik işlemlerden kurtulması ve alacağın vadeden önce tahsil edilerek, finansman ihtiyacının karşılanmasıdır. CDC modelinde ise, finansman ihtiyacının giderilmesi değil, münhasıran

ve hizmet satışı dışında bir sebebe dayanan (örneğin haksız fiillerden kaynaklanan tazminat) alacaklarının temellük ve tahsil edilmesi olan anonim şirketlerin kurulmasına kanaatimizce herhangi bir engel bulunmamaktadır⁴⁹.

Ele alınması gereken ikinci mesele, bir tazminat davasında zarar miktarı gösterilmeksizin, zararın tayininin mahkemeden talep edilip edilemeyeceğidir. Borçlar Kanunu (BK) madde 42/1 uyarınca haksız bir fiil nedeniyle zarara uğradığını iddia eden kimse zararı ispat etmeye mecburdur⁵⁰. Davacı bu yükümlülüğünü zarara uğradığı hususunda hakime kanaat verecek delilleri ibraz etmek suretiyle yerine getirir. Ayrıca HUMK madde 179/5 gereği davacı, dava dilekçesinin talep sonucu (netice-i talep) kısmında açıkça talebinin ne olduğunu belirtmelidir⁵¹. Ancak, zararın gerçek miktarının tesbiti her zaman mümkün olmayabilir⁵². Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu BK madde 42/2’de hakime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Söz konusu düzenlemeye göre “zararın gerçek miktarının tespit edilemediği durumlarda hakim, halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri dikkate alarak zararı adalete tevfikane tayin eder”. BK madde 42/2 hükmü, zararın gerek miktarını ve gerekse varlığını⁵³ kesin biçimde ispat edecek delillerin getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda uygulanacaktır. Zarar miktarının hakim tarafından takdir edilebilmesi, davacının böyle bir zararın kabulüne imkân veren ve onun miktarının belirlenmesini kolaylaştıran olayları ispat etmesine ihtiyaç gösterir⁵⁴.

alacakların talep ve tahsili neticesinde elde edilecek tazminatın belir bir miktarının asıl alacaklılara iade amacı söz konusudur.

⁴⁹ TTK madde 503/3’de TTK madde 271’e yapılan gönderme nedeniyle aynı sonuca limited şirketler bakımından da varmak mümkündür.

⁵⁰ Aynı ilke Yeni BK madde 50/1’de muhafaza edilmiştir. Söz konusu hüküm şu şekildedir: “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır”.

⁵¹ KURU, B., R. ARSLAN ve E. YILMAZ (2006), *Medeni Usul Hukuku*, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 348; Pekcanitez vd. 2006, s. 288. Yeni HMK madde 119/1’de de dava dilekçesinde talep sonucunun “açık bir şekilde” yer alması gerektiği ifade edilmiştir.

⁵² Zararın gerçek miktarını belirlemenin güç olduğu durumlardan birisi de rekabet ihlallerinde sıkça karşılaşılabilecek olan kar mahrumiyeti halidir.

⁵³ İsviçre Federal Mahkemesi madde 42/2’nin sadece zarar miktarının değil, zararın meydana gelmiş olup olmadığının tayini bakımından da uygulanacağı görüşündedir. Yargıtay kararları da aynı yöndedir (Daha fazla bilgi için bkz. TEKİNAY, S.S. , S. AKMAN, H.BURCUOĞLU ve A. ALTOP (1988), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 779, dn. 1e, s. 780, dn. 3). Bu konuda Oğuzman/Öz şu açıklamalara yer vermektedirler: “Zarar görenin zarara uğradığına dair soyut bir iddiada bulunması, hakimin zararı belirlemek üzere harekete geçmesi için yeterli değildir. Ancak davacının zararın varlığını gerçeğe çok yakın bir ihtimal olarak gösterecek hususları ispatı halinde bu zararın hakim tarafından belirlenmesi ve tazmini yoluna gidilmesi söz konusu olabilir” (OĞUZMAN, K., T. ÖZ, (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 548, dn. 211).

⁵⁴ Tekinay vd. 1988, s. 780.

BK madde 42/2 uyarınca hakim takdir yetkisini kullanacağı olaylarda *halin mutad cereyanını ve zarar görenin aldığı tedbirleri* dikkate alacaktır.

Halin mutad cereyanının dikkate alınmasından maksat, davacının ortaya koyduğu delillere göre haksız fiilin işlendiği şartlarda, hayatın normal akışına göre meydana gelebilecek zararların hesaba katılmasıdır⁵⁵. Fiilin mahiyeti, cereyan ettiği ortam ve koşullar, davacının daha önceki mali durumu, işlerindeki gelişme temposu vb. hususlar zararın miktarını bu açıdan tayine yarayan etkenlerdir⁵⁶.

Zarar görenin aldığı tedbirler ile kastedilen, yoksun kaldığı iddia olunan karı sağlamak amacıyla alınmış bulunan ve yoksun kalınan karın sağlanabileceği kanısını veren önlemlerdir⁵⁷.

Zararın ispatı rekabet hukukunda ayrı bir özellik gösterir. Rekabet ihlali gerçekleşmemiş olsaydı ortaya çıkacak olan durumun ve dolayısıyla zararın tespiti çok sayıda veri ve kapsamlı bir piyasa analizini gerektirir⁵⁸. Bu ise davacı açısından hiç de kolay değildir. Dolayısıyla rekabet ihlallerine dayalı tazminat davalarında zararın gerçek miktarını ispat etmek imkansız olabilir. Bu bakımdan BK madde 42/2’de yer alan düzenleme özel bir öneme sahiptir. Örneğin doğrudan alıcılar rekabet ihlali nedeniyle satışlarında düşüş meydana geldiğini yahut dolaylı alıcılar rekabet ihlali nedeniyle daha yüksek fiyat ödediklerini ispatlamak suretiyle zararın miktarının tayinini hakimden isteyebileceklerdir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer düzenleme yeni HMK madde 107’dir. Bu düzenleme ile hukukumuzda “belirsiz alacak davası” açabilme imkânı getirilmektedir. Söz konusu madde şu şekildedir: “*Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir*”.

⁵⁵ TUNÇOMAĞ, K. (1976), *Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler*, Sermet Matbaası, İstanbul, s. 457 vd.; TANDOĞAN, H. (1961) *Türk Mes’uliyet Hukuku*, Ajans-Turk Matbaası, Ankara, s. 262 vd.

⁵⁶ Tekinay vd. 1988, s. 781.

⁵⁷ Oğuzman ve Öz 2006, s. 552; Tunçomağ 1976, s. 457 vd; REİSOĞLU, S. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Beta, İstanbul, s. 187. Bu kapsamda hakimin, zararın dolaylı alıcılara intikal ettirilip ettirilmediğini yahut ne ölçüde intikal ettirildiğini de (passing-on) göz önünde bulundurması gerekecektir. Keza, rekabet ihlali nedeniyle artan fiyatların talep üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla doğrudan alıcılar tarafından yapılan reklam ve diğer pazarlama giderlerinin de kanaatimizce dikkate alınması gerekir.

⁵⁸ Nitekim bu husus “Zementkartell” davasında bariz biçimde ortaya çıkmıştır.

Düzenlemeyle, dava açıldığı tarihte alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenemediği hallerde alacaklıya önemli bir kolaylık getirilmektedir. Böylece kanun koyucu, davacıyı bilinmeyen bir alacak için dava açmak gibi hak arama özgürlüğü ile bağdaşmayan bir durumdan kurtarmıştır⁵⁹. Belirsiz alacak davası esasen bir tür eda davasıdır. Eda davasından farkı ise, talep sonucunda istenen miktarın tam olarak belirlenmemesidir⁶⁰. Bu dava ile davacı, dava açarken miktarını belirleyemediği bir alacağın ödenmesini talep eder. Davacının talep dilekçesinde talep sonucunu (netice-i talep) belirtmesi zorunluluğunu ortadan kaldıran bu düzenleme ile haksız fiile (özellikle de rekabet ihlaline) dayalı tazminat davalarında önemli bir güçlük aşılmış olacaktır.

İrdelenmesi gereken üçüncü mesele, alacağın temliki yoluyla tazminat taleplerinin toplu olarak ileri sürülmesinin mümkün olup olamayacağıdır. BK madde 162/1'e göre "*Kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir*"⁶¹. Söz konusu düzenlemeyle alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesine izin verilmiştir. Alacağın temliki ile alacak hakkı (borçlunun muvafakatine gerek olmaksızın) devralan üçüncü kişiye intikal eder. Devralan, daha önce temlik edene ait olan alacak hakkını iktisap eder ve alacaklının yerine geçer. *Yani temlik neticesinde, devralan temlik edenin mümessili değil, borcun bizzat alacaklısı olur*⁶². Taraflar arasında aksine mukavele bulunmadıkça, alacakla birlikte fer'i haklar da temellük edene geçer⁶³. Söz konusu fer'i haklar arasında mahkemeye ve icraya başvurma yetkisi de bulunur⁶⁴.

Kural olarak her türlü alacak temlik edilebilir⁶⁵. Keza, temlik edilen alacağı doğuran sebebin önemi yoktur. Hukuki işlemlerden doğan alacaklar temlik edilebileceği gibi, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme yahut vekaletsiz işgörmeden kaynaklanan alacaklar da temlik edilebilir.

⁵⁹ Bkz. Adalet Komisyonuna HMK madde 107 ile ilgili olarak verilen önerge gerekçesi.

⁶⁰ PEKCANITEZ, H. (2009), "Belirsiz Alacak Davası", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Özel Sayı, s. 526-527.

⁶¹ Yeni BK madde 183/1 hükmü şu şekildedir: "Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir".

⁶² EREN, F. (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul, s. 1176.

⁶³ Nitekim BK madde 168/1 hükmü şu şekildedir: "Alacağın temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar dahil olur".

⁶⁴ DAYINLARLI, K. (2000), *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, 2. Baskı, Ankara, s. 277.

⁶⁵ Kanun, sözleşme yahut işin mahiyeti gereği temlik edilemeyecek haklar için bkz. Tekinay vd. 1988, s. 323-326.

Alacağın temlikli bir tasarruf işlemidir. Bununla birlikte, öğretî⁶⁶ ve içtihatlardaki⁶⁷ baskın görüş henüz malvarlığının aktifinde mevcut olmayan, ileride doğacak (müstakbel) bir alacağın da temlik edilebileceği yönündedir⁶⁸. Müstakbel alacaklar arasında yer alan çekişmeli alacakların temlikine bir engel bulunmamaktadır⁶⁹. Zira çekişmeli de olsa alacaklı, üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir alacağa sahiptir ve çekişmenin çözümlenmesi ile birlikte alacağın devri sonuçlarını meydana getirecektir. Bu bağlamda, çekişmeli alacak niteliğindeki haksız fiillerden (ve dolayısıyla bu nitelikteki rekabet ihlallerinden) kaynaklanan tazminat alacaklarının temlik edilmesi mümkündür⁷⁰.

Bununla birlikte, bilhassa ağır ve yaygın rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat alacaklarının toplamı önemli meblağlara ulaşabilir. Keza, bu meblağa bağlı olarak yargılama giderleri de yükselecektir. Böylesine büyük bir maliyet riskini göze alarak alacağı temellük edecek bir kimse bulmanın güçlüğü ise ortadadır⁷¹. Bu güçlüğü CDC modelindeki gibi, inançlı temlik (*fiduziarische Zession*) müessesesi ile aşılması mümkündür. İnançlı temlikte, taraflardan birinin (inanılan) sahip olduğu bir alacağı diğerine (inanılan) devretmesi; bununla birlikte tarafların, temlike esas olan sözleşmede “devir

⁶⁶ Tekinay vd. 1988, s. 327. ; Eren 2006, s. 1186-1187; Dayınlarlı 2000, s. 140-142; Karş. Oğuzman ve Öz 2006, s. 928-930; ÖZAKMAN; C. (1989), *Factoring Sözleşmeleri*, 1. Bası, İ.Ü. Yayınları, İstanbul, s. 17.

⁶⁷ Yargıtay 4. HD'nin 8.12.1976 tarih, E. 2040, K. 10645 sayılı kararı şu şekildedir: “...Borçlar Yasasında yer alan genel kurallara göre **doğmuş veya doğmamış bir hak ve alacağın temlikli geçerlidir**. Ancak özel yasalarla yanlar arasında yapılan sözleşmelerden doğmuş veya doğacak bir hak veya alacağın temlik edilemeyeceği buyurulabilir veya koşullandırılabilir”. (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: IV, Sayı: 1, 1978, s. 29-30).

İsviçre Federal Mahkemesi müstakbel bir alacağın temlik edilebilmesinin koşullarını şu şekilde ifade etmiştir: “Temlik edilen alacağın borçlusunun şahsında, alacağın sebebinde ve miktarında yeterince belirginlik varsa veya en azından belirlenebilir ise müstakbel bir alacağın temlikli geçerlidir” (Bkz. Dayınlarlı 2000, s. 141-142).

⁶⁸ Müstakbel alacaklar doktrinde iki gruba ayrılmaktadır: Temlik anında mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan alacaklar ve temlik anında hiçbir hukuki temeli olmayan alacaklar. Birinci gruptaki alacaklar arasında belli bir süre sonra muaccel hale gelecek olanlar, şarta bağlı alacaklar ve çekişmeli alacaklar yer alır. İkinci gruba dahil olan alacaklara henüz satılmamış bir taşınmazın satışından elde edilecek alacağın yahut henüz gerçekleştirilmemiş bir işlemde alınacak provizyonun temlik edilmesi örnek gösterilebilir. İkinci gruptaki alacakların temlik edilip edilemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte, genel kanı bunların da temlik edilebileceği yönündedir. Birçokları yerine bkz. NOMER, H.N. (2002), *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları*, İstanbul, s. 109.

⁶⁹ GAUCH, P. ve E. SPIRIG (1993), *Die Abtretung von Forderungen und Schuldübernahme*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band: 5 Obligationenrecht, Teilband 1k, Zürich, Art. 164, Nr. 59; Eren 2006, s. 1187.

⁷⁰ GAUCH ve SPIRIG 1993, Art. 164, Nr. 41, 59.

⁷¹ Alacağın bir ivaz karşılığında temlik edilmesi zorunlu olmamakla birlikte, zarar görenlerin ivazsız temlike yanaşması pek de olası değildir.

konusu alacağın borçludan tahsil edildikten sonra temlik edene (inanana) iade edilmesi hususunda anlaşmaları” söz konusudur⁷². Temlik eden (inanana), alacak hakkının verdiği tüm yetkileri temellük edene (inanılana) devretmiştir, ona karşı yalnızca hakkın iadesi konusunda şahsi bir talep hakkı vardır⁷³.

İnançlı temliğin bir türü olan tahsil *amacıyla temlikte* ise, tarafların devir konusu alacağın borçludan tahsil edildikten sonra temlik edene iade edileceği hususunda anlaşmaları söz konusudur. Böylece bir taraftan temellük edene alacağın gerçek sahibi sıfatıyla alacağı talep ve dava yetkisi verilmekte, diğer yandan tahsil edilecek alacağın temellük edene iadesi sağlanabilmektedir. Tahsil amacıyla temellük edenin iade borcunun kapsamının taraflarca serbestçe belirlenmesine kanaatimizce bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda tarafların, tahsil edilecek alacağın belirli bir miktarının temlik eden(ler)e iade edileceği (ve bu suretle temellük edenin tahsil için sarfetmiş olduğu emek ve masraflarının karşılanması) yönünde anlaşmaları mümkündür. Normal bir temlik işleminde olduğu gibi, inanca temlikte de devreden alacaklı sıfatını kaybeder; alacak devralana intikal eder. Bu bakımdan, alacağı inanca temlik işlemiyle devralan kimse kendi adına dava açma ve bu davayı takip yetkisine sahip olup, aksi yöndeki itirazlar dikkate alınmayacaktır.

Nihayet, tazminat davasının rekabet ihlalden zarar gören teşebbüsler yerine temellük eden tarafından açılmasının davalılar aleyhine bir durum yaratmayacağı düşünüldüğünde, kanaatimizce, hakkın kötüye kullanılmasından da bahsedilemez.

3.2.2. CDC Modeli Klasik Grup Davalarına Alternatif Olabilir mi?

Rekabet ihlali kaynaklı tazminat taleplerinin birlikte ileri sürülmesinin önemi “Zementkartell” davası ile bir kez daha ortaya çıkmıştır. Zarar görenlerin bireysel dava açmaları halinde karşılaştıkları güçlükler taleplerin birleştirilmesi (*Anspruchsbündelung*) suretiyle önemli ölçüde azaltılabilmektedir. Zira çoğu kez her bir teşebbüsün piyasanın genel yapısı ve işleyişi hakkında yeterli bilgiye sahip olması zordur. Oysa her bir teşebbüsün sahip olduğu piyasaya ilişkin verilerin tek bir elde toplanması ve analiz edilmesiyle rekabet ihlallerinin etkileri daha kolay tespit edilebilecektir. Böylece bilgi eksikliğinden kaynaklanan ispat sorunları daha kolay aşılabilecektir. Ayrıca, ilgili verilerin toplanması, bunların uzman kişilerce analiz edilmesi ve açılacak davaya ilişkin masraflar önemli meblağlara

⁷² İnançlı temlikin muvazaa, temsil ve kanuna karşı hileden farkı hakkında bkz. ÖZSUNAY, E. (1968), *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, 1. Bası, İ.Ü. Yayınları, İstanbul, s. 219 vd.

⁷³ Akyol 2007, s. 1. Karş. YAVUZ, N. (2008), *Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 15-16.

ulaşabilmektedir⁷⁴. Tüm bu masrafların birlikte karşılanması hiç kuşkusuz davacıların omuzlarına binecek yükü önemli ölçüde hafifletecektir. Ayrıca, bizzat zarar görenlerce dava açılması durumunda ihlali gerçekleştiren(ler)le olan ticari ilişkilerin bozulması, onlar tarafından baskı ve haksızlıklara maruz kalınmasına ilişkin risk ve endişeler taleplerin birleştirilmesi suretiyle minimize edilebilecektir.

“Zementkartell” davası, CDC modelinin kıta Avrupa hukuk sistemiyle birçok açıdan uyuşmayan grup davalarına alternatif olup olamayacağı tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Grup davaları, gerek usul hukukuna hakim olan tasarruf ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşmamaları, gerekse Amerikan uygulamasında karşılaşıldığı üzere kötüye kullanmaya müsait olmaları nedeniyle eleştirilmektedir⁷⁵. CDC modeli grup davaları hakkındaki bu kaygıları büyük ölçüde bertaraf etmekle birlikte, bazı dezavantajları da bulunmaktadır.

Her şeyden evvel, bu yöntem çok küçük miktarlardaki zararların talep edilmesine elverişli değildir⁷⁶. Bir an için mobil telefon hizmeti sunan teşebbüslerin fiyat anlaşması yaparak rekabeti ihlal ettiklerini ve bu ihlal neticesinde milyonlarca tüketicinin çok küçük miktarlarda (örneğin 5 ila 20 TL arasında değişen) zararlara uğradıklarını varsayalım. Bu örnekte, her bir tüketiciden alacağı temellük etmenin ve yine her birisini (davanın kazanılması halinde elde edecekleri tazminatın son derece düşük miktarlarda olması sebebiyle) dava masraflarına katılmaya ikna etmenin ne derece güç olduğu ortadadır⁷⁷.

İkinci olarak, tahsil amaçlı temlikte her ne kadar temellük eden tahsil edeceği tazminatı iade ile yükümlü ise de, bu yükümlülük bir şahsi borç niteliğindedir. Dolayısıyla anlaşmaya uygun biçimde iadenin gerçekleşmemesi

⁷⁴ “Zementkartell” davasında CDC şu ana kadar 1,2 milyon €’nun üzerinde harcama yapmıştır. Avukatlık masrafları ise 1,5 milyon €’ya ulaşmıştır (Vogel 2010, s. 161).

⁷⁵ Bu eleştiriler, Komisyon’a tazminat davaları hakkında iletilen kamuoyu görüşleri arasında sıklıkla dile getirilmiştir. Örneğin bkz. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt am Main (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, <http://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=1264>, Erişim Tarihi: 20.03.2011, s. 9; Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bdi.pdf, Erişim Tarihi: 20.03.2011, s. 14.

⁷⁶ SEELİGER, D. (2008), “Kollektiver Rechtsschutz im Kartel- und Wettbewerbsrecht”, Meller-Hannich, C. (der.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess* içinde s. 90.

⁷⁷ Bu husus, CDC’nin faaliyet alanının niçin **endüstriyel alıcıların** uğramış oldukları zararların talep edilmesi ile sınırlı tutulmuş olduğunu da açıklamaktadır.

durumunda asıl zarar görenlerin (bu kez temellük edene karşı) dava açmaları gerekecektir. Oysa grup davalarında verilen hüküm kural olarak taraflar dışında, üçüncü kişileri (davaya katılmamış olan grup üyelerini) de bağlayıcı bir etkiye sahiptir⁷⁸. Bu bakımdan zarar görenlerin alacaklarını bir kimseye temlik etmelerine gerek yoktur. Küçük ve yaygın zararlarda ortaya çıkan dava açma konusundaki motivasyon eksikliği de bu tür davalarda büyük sorun yaratmayacaktır. Zira gruba dahil bazı kimselerin dava açması yeterlidir, hüküm kendiliğinden diğerlerine de sirayet edecektir. Ayrıca CDC modelinden farklı olarak, grup davasında verilen mahkeme kararı zarar görenlerce davalı hakkında doğrudan icra edilebilecektir.

Grup davalarının sağladığı yararlar karşısında, tasarruf ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşmaması⁷⁹ ve kötüye kullanmaya müsait olması gibi sakıncalarının göz ardı edilebilir nitelikte olduğunu düşünüyoruz. İhtiyaçlar gerektiriyorsa ya da daha büyük menfaatler söz konusu ise genel ilkelerden ayrılmak doğru ve hatta gerekli olabilir⁸⁰. Yeni TTK'da grup davasına (belirli durumlarla sınırlı da olsa) yer verilmiş olması Türk kanun koyucusunun da bu düşünceyi benimsediğini göstermektedir.

Bu açıklamalar ışığında şu tespitite bulunabiliriz: CDC modelinin grup davalarına nazaran bazı dezavantajları söz konusudur. Bu nedenle, grup davalarına ciddi bir alternatif olarak görmek güç ise de, mevcut düzenlemelerle barışık ve belirli koşullarda başvurulabilecek bir yöntem olduğu söylenebilir⁸¹.

⁷⁸ Özbay 2009, s. 191.

⁷⁹ Kaldı ki, opt-out grup davalarında gruba dahil olmak istemediğini açıkça beyan etmiş olanlar hakkında mahkeme kararı zaten geçerli olmayacaktır. Ayrıca, gruba dahil olmak istemediğini açıkça beyan etmeyenler için doğabilecek sakıncaların Komisyon tarafından da benimsenen opt-in grup davası ile giderilmesi mümkündür.

⁸⁰ Çok küçük zararların söz konusu olduğu ve bu yüzden zarar görenlerin tek başlarına dava açmaya yanaşmadıkları durumlarda katlanacakları zararın, grup davasında hukuki dinlenilme haklarını kullanamamanın yaratacağı olumsuzluğa nazaran daha ağır olacağı da gözden kaçırılmamalıdır.

⁸¹ Zementkartell davasının Alman mahkemelerince kabul edilmesinin ardından, CDC daha önce Komisyon'un rekabet ihlali nedeniyle para cezasına çarptırdığı Avrupa çapında faaliyet gösteren 6 büyük hidrojen peroksit firmasına karşı tazminat davası açmıştır. Davalılar arasında yer alan bir teşebbüs (Evonik Degussa) CDC ile uzlaşmış olup, dava diğer 5 teşebbüse karşı devam etmektedir. Bu olay CDC modelinin davalılar üzerinde tazminat baskısı oluşturarak bile zararın giderilmesine hizmet edebileceğini göstermektedir (Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. JUVE RECHTSMARKT (2009), "Bleichmittelkartell: Evonik und CDC erzielen Vergleich mit Gleiss und Osborne Clarke", <http://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2009/10/64900>, Erişim Tarihi: 26.03.2011).

SONUÇ

Rekabet hukukuna dayalı tazminat istemlerinin etkin biçimde ileri sürülmesinde toplu davalar ve bilhassa grup davaları önemli bir yere sahiptir. Amerika'daki uygulamalar da bunun açık bir göstergesidir. AB de bu alanda atılacak radikal adımlara gebe dir.

Yeni TTK'daki sınırlı düzenleme bir tarafa bırakılacak olursa, hukukumuzda tazminat istemli toplu dava modeli henüz mevcut değildir. Bu konuda Türk kanun koyucusu dünyadaki gelişmeler ve toplumun ihtiyaçlarına maalesef gözlerini kapamıştır. Geriye mevcut düzenlemelerin dar kalıpları içerisinde çözüm aramaktan başka çare kalmamaktadır. CDC modelinde olduğu gibi, inançlı temlik yoluyla taleplerin tek elden ileri sürülmesi bu çözüm yollarından birisi olarak görünmektedir. Ancak bazı dezavantajları bulunan bu yöntem, hukukumuzda gerekli düzenlemeler yapıncaya kadar bir "ara çözüm" olarak takdim edilebilir. Nihai çözüm ise, yasa koyucu tarafından yeni TTK'da benimsenen yaklaşımın rekabet hukuku bakımından da benimsenmesi ve bir an evvel grup davalarına (tazminat davalarını etkin hale getirici diğer önlemlerle birlikte) pozitif hukukumuzda yer verilmesidir.

KAYNAKÇA

AKYOL, Ş. (2007), *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

BÖCKLİ, P. (2009), *Schweizer Aktienrecht*, Schulthess Verlag, Zurich.

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE E.V. (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bdi.pdf, Erişim Tarihi: 20.03.2011.

CHARLES, S. (2000), “Class Actions- Representative Proceedings”, B. Bouckaert ve G. De Geest (der.), *Encyclopedia of Law and Economics* Vol. 5 içinde, s. 194-240.

DAYINLARLI, K. (2000), *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, 2. Baskı, Ankara.

EREN, F. (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul.

GAUCH, P. ve E. SPIRIG (1993), Die Abtretung von Forderungen und Schuldübernahme, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band: 5 Obligationenrecht, Teilband 1k, Zürich.

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

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

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

GÜVEN, P. (2007), “Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- V*, s. 211-259.

HEMPEL, R. (2002), *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht*, 1. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden.

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

JUVE RECHTSMARKT (2007), “Verfahren: u. a. Präzedenzfall Zementkartell”, Heft 2, Köln.

KOCH, H. (2000), “Die Verbandsklage in Europa- Rechtsvergleichende, europa- und kollisionsrechtliche Grundlagen”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, s. 413- 441.

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165,

Brüksel.02.02.2008,<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:DE:PDF>, Erişim Tarihi: 14.03.2011.

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Arbeitspapier der Kommissiöndienststellen: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, SEC (2005) 1732, Brüksel, 10.02.2006,

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_de.pdf, Erişim Tarihi: 16.03.2011.

KORTUNAY, A. (2009), “AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından “De Lege Ferenda” Düşünceler”, *Rekabet Dergisi*, Cilt: 10, Sayı:1, s. 81-138.

KURU, B., R. ARSLAN ve E. YILMAZ (2006), *Medeni Usul Hukuku*, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

OĞUZMAN, K. ve T. ÖZ, (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.

ÖZAKMAN; C. (1989), *Factoring Sözleşmeleri*, 1. Bası, İ.Ü. Yayınları, İstanbul.

ÖZBAY, İ. (2009), *Grup Davaları*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.

ÖZSUNAY, E. (1968), *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, 1. Bası, İ.Ü. Yayınları, İstanbul.

ÖZSUNAY, E. (2005), “Rekabet Kısıtlamalarının Rekabet Hukuku Alanındaki Sonuçları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- III*, Kayseri s. 117-153.

PEKCANITAZ, H., O. ATALAY ve M. ÖZEKES (2006), *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Yetkin, Ankara.

- PEKCANITEZ, H. (2009), “Belirsiz Alacak Davası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Özel Sayı, s. 509-552.
- POROY, R., Ü. TEKİNALP ve E. ÇAMOĞLU (2005), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 10. Tıpkı Basım, İstanbul.
- PULAŞLI, H. (2007), *Şirketler Hukuku*, 5. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana.
- REİSOĞLU, S. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Beta, İstanbul.
- SANLI, K.C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- I*, s. 211- 276.
- SCHMIDT, I. ve S. BINDER (1996), *Wettbewerbspolitik im Internationalen Vergleich*, 1. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg.
- SEELİGER, D. (2008), “Kollektiver Rechtsschutz im Kartel- und Wettbewerbsrecht”, Meller-Hannich, C. (der.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess* içinde, s. 73-92.
- SEIDLITZ F. (2003), “Zementbranche droht Miiliarden-Klage, Die Welt, http://www.welt.de/print-welt/article691936/Zementbranche_droht_Milliarden_Klage.html, Erişim Tarihi: 17.03.2011.
- TANDOĞAN, H. (1961) *Türk Mes’uliyet Hukuku*, Ajans-Turk Matbaası, Ankara.
- TEKİNALP, Ü. (2005), “Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- III*, Kayseri s. 259-265.
- TEKİNAY, S.S., S. AKMAN, H.BURCUOĞLU ve A. ALTOP (1988), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- TUNÇOMAĞ, K. (1976), *Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler*, Sermet Matbaası, İstanbul.
- VOGEL, M. (2010), *Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht*, FIW-Schriftenreihe, 1. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln.
- VOTTELER, M. (2008), *Der Schadensersatzanspruch im EG-Kartellrecht*, 1. Auflage, Verlag Dr. Kovac, Hamburg.
- VRBA, L. G (2007), *Vielparteienprozesse*, (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht: 151), Schulthess, Zürich.

WOODS, D., A. SINCLAIR ve D. ASHTON (2004), “Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead”, *Competition Policy Newsletter*, No: 2, s. 31-37.

YAVUZ, N. (2008), *Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara.

ZENTRALE ZUR BEKÄMPFUNG UNLAUTEREN WETTBEWERBS E.V. FRANKFURT AM MAIN (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, <http://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=1264>, Erişim Tarihi: 20.03.2011.

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

ZÖLLER, R. ve R. GEIMER (2007), *Zivilprozessordnung*, 26. Auflage, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln.