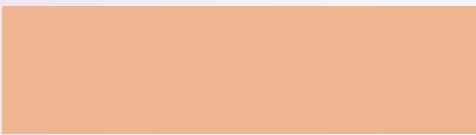


TÜSİAD

TÜSİAD REKABET HUKUKU ÇALIŞTAYLARI



Rekabet Hukuku
İhlallerinin Özel
Hukuk Yansımaları

28 Haziran 2016



TÜSİAD REKABET HUKUKU ÇALIŞTAYLARI

Rekabet Hukuku İhlallerinin Özel Hukuk Yansımaları Çalıştayı Deşifre Metni

28 Haziran 2016

Ekim 2016

(Yayın no: TÜSİAD- T/2016,10-581)

Meşrutiyet Cad. No:46 34420 Tepebaşı / İstanbul
Telefon: (0 212) 249 19 29 Faks: (0 212) 249 13 50
www.tusiad.org

© 2016, TÜSİAD

"Tüm hakları saklıdır. Bu eserin tamamı ya da bir bölümü, 4110 sayılı Yasa ile değişik 5846 sayılı FSEK.'nu uyarınca, kullanılmazdan önce hak sahibinden 52. Maddeye uygun yazılı izin alınmadıkça, hiçbir şekil ve yöntemle işlenmek, çoğaltılmak, çoğaltılmış nüshaları yayılmak, satılmak, kiralanmak, ödünç verilmek, temsil edilmek, sunulmak, telli/telsiz ya da başka teknik, sayısal ve/veya elektronik yöntemlerle iletilmek suretiyle kullanılamaz."

ÖNSÖZ

TÜSİAD, özel sektörü temsil eden sanayici ve işadamları tarafından 1971 yılında, Anayasamızın ve Dernekler Kanunu'nun ilgili hükümlerine uygun olarak kurulmuş, kamu yararına çalışan bir dernek olup gönüllü bir sivil toplum örgütüdür.

TÜSİAD, insan hakları evrensel ilkelerinin, düşünce, inanç ve girişim özgürlüklerinin, laik hukuk devletinin, katılımcı demokrasi anlayışının, liberal ekonominin, rekabetçi piyasa ekonomisinin kurum ve kurallarının ve sürdürülebilir çevre dengesinin benimsendiği bir toplumsal düzenin oluşmasına ve gelişmesine katkı sağlamayı amaçlar. TÜSİAD, Atatürk'ün öngördüğü hedef ve ilkeler doğrultusunda, Türkiye'nin çağdaş uygarlık düzeyini yakalama ve aşma anlayışı içinde, kadın-erkek eşitliğini, siyaset, ekonomi ve eğitim açısından gözetken iş insanlarının toplumun öncü ve girişimci bir grubu olduğu inancıyla, yukarıda sunulan ana gayenin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla çalışmalar gerçekleştirir.

TÜSİAD, kamu yararına çalışan Türk iş dünyasının temsil örgütü olarak, girişimcilerin evrensel iş ahlaki ilkelerine uygun faaliyet göstermesi yönünde çaba sarf eder; küreselleşme sürecinde Türk rekabet gücünün ve toplumsal refahın, istihdamın, verimliliğin, yenilikçilik kapasitesinin ve eğitimin kapsam ve kalitesinin sürekli artırılması yoluyla yükseltilmesini esas alır.

TÜSİAD, toplumsal barış ve uzlaşmanın sürdürüldüğü bir ortamda, ülkemizin ekonomik ve sosyal kalkınmasında bölgesel ve sektörel potansiyelleri en iyi şekilde değerlendirerek ulusal ekonomik politikaların oluşturulmasına katkıda bulunur. Türkiye'nin küresel rekabet düzeyinde tanıtımına katkıda bulunur, Avrupa Birliği (AB) üyeliği sürecini desteklemek üzere uluslararası siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel ilişki, iletişim, temsil ve işbirliği ağlarının geliştirilmesi için çalışmalar yapar. Uluslararası entegrasyonu ve etkileşimi, bölgesel ve yerel gelişmeyi hızlandırmak için araştırma yapar, görüş oluşturur, projeler geliştirir ve bu kapsamda etkinlikler düzenler.

TÜSİAD, Türk iş dünyası adına, bu çerçevede oluşan görüş ve önerilerini Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'ne, hükümete, diğer devletlere, uluslararası kuruluşlara ve kamuoyuna doğrudan ya da dolaylı olarak basın ve diğer araçlar aracılığı ile ileterek, yukarıdaki amaçlar doğrultusunda düşünce ve hareket birliği oluşturmayı hedefler.

TÜSİAD, misyonu doğrultusunda ve faaliyetleri çerçevesinde, ülke gündeminde bulunan konularla ilgili görüşlerini bilimsel çalışmalarla destekleyerek kamuoyuna duyurur ve bu görüşlerden hareketle kamuoyunda tartışma platformlarının oluşmasını sağlar.

TÜSİAD Rekabet Hukuku Çalışma Grubu, Türkiye'de sanayi ve şirket kesiminin rekabet gücünü olumlu yönde etkileyecek ve rekabetçi piyasa yapısının sağlıklı işlemlerini sağlayacak rekabet politikasının oluşmasına katkı vermektedir. Mevzuat çalışmalarına görüş iletmek yanı sıra, 2007 yılından bu yana farklı temalarda Rekabet Kurumu ile işbirliği içinde düzenlediği toplantılar, seminerler ve çalıştaylar ile rekabet kültürünün yerleşmesine büyük katkı sağlarken öte yandan etkili görüş alışverişine de imkan tanımaktadır. Bu kapsamda 2016 yılı itibari ile gerçekleştirdiği Rekabet Hukuku Çalıştayları serisi ile TÜSİAD üyeleri ve üye kuruluşların

alışanlarında rekabet hukukuna ilişkin bilgi ve farkındalığın artırılmasını ve üyeler arasında bilgi alışverişinin sağlanmasını amaçlamaktadır.

28 Haziran 2016 tarihinde  gerçekleştirilen “Rekabet Hukuku İhlallerinin zel Hukuk Yansımaları” başlıklı çalıştayda tazminat talepleri, zararın hesaplanması, zamanaşımı ve yurtdışındaki ihlallerin Türkiye’ye yansıması konuları ele alınmıştır. Rekabet Hukuku alışma Grubu Başkanı Av. Gönenç Gürkaynak başkanlığında gerçekleştirilen alıştayda Rekabet Kurumu'ndan Mesleki Koordinatör mr Paşaoğlu, Otokar Rekabet Hukuku Uzmanı Dr. Süleyman Parlak ve Tüpraş Rekabet Uzmanı Fatma Devrim konuşmacı olarak yer almıştır.

Bu alışma, 28 Haziran 2016 tarihinde “Rekabet Hukuku İhlallerinin zel Hukuk Yansımaları” alıştayında gerçekleştirilen konuşmaları ve sunumları içermektedir.

Ekim 2016

AV. GÖNENÇ GÜRKAYNAK: Hoş geldiniz. Bugün TÜSİAD Rekabet Hukuku Çalışma Grubu’nun gündemine getirdiği bir konuyu tartışma konusuna çevirdik: rekabet hukuku ihlallerinin özel hukuk yansımaları. Bu, herkesin yıllardır Türkiye’de çok önem kazanmasını beklediği ama bir türlü kazanmadığı bir konu. Biliyorsunuz üç katıyla tazminat imkanı var, dolayısıyla da bunun davacı tarafını heveslendireceği beklenir ama bugüne kadar öyle olmadı. Olmamasının fiili bazı sebepleri de var. Rekabet hukukçusu olarak yetişen nesiller genel olarak hep savunma tarafında yer aldılar. O kadar çok savunma tarafında ihtiyaç vardı ki hep ilk kuşak, ikinci kuşak, üçüncü kuşak, hatta şimdi dahi savunma tarafına hizmet veriliyor. Fakat zaman içerisinde rekabet hukuku uygulamasının bir olgunluk seviyesine ulaşmasıyla, öyle görünüyor ki davacıya destek veren, dolayısıyla rekabet hukukunu bir atak vesilesi olarak kullanan bir yapıya da bürünecek. Nitekim o zaman Rekabet Hukuku Çalışma Grubu’nun bu konuyu gündeme getirmesinde de etken olan bir başka şey daha yaşanıyor. O da yurtdışında bazen menfaatlere haleldar olan Türk şirketleri Türkiye’de dava açmayı düşünebiliyorlar. Ya da yurtdışında bir dava açılıyor ve onun Türkiye’ye yansımaları olabiliyor. Bütün bunlar ilginç bazı konuları gündeme getiriyor. Bunlardan bir tanesi zararı nasıl hesaplayacağız meselesi, neyi üçle çarpacağız?. İkincisi, zaman aşımı meselesi, çok dosyada zaman aşımı doldu mu dolmadı mı, nereden hesap edeceğiz, nasıl olacak tartışması yaşanıyor ki bu konuyla ilgili artık geldiğimiz ilginç yerler var, yüksek yargı kararları var. Tabi bir de genel olarak rekabet hukuku ekseninde dünyada bu iş nasıl gidiyor? Avrupa Birliği’nde direktif var, Amerika Birleşik Devletleri zaten çok davaya yatkın bir yöntemle bu işi çözüyor. Orada durum nedir, bunların tamamını tartışmak için bugün huzurunuzdayız ve de bu işi yapmak için müthiş bir ekiple karşınızdayız. Bu konuya özgü çalışmaları yoğun olan üç kişiden, Süleyman Parlak ilk konuşmayı yapacak. Ardından Sayın Ömür Paşaoğlu, ve Avukat Fatma Devrim konuşacaklar. Kendileri bu konuya pek kimse eğilmemişken de bu konuya tezahür eden ve bunu çalışan üç kişi. Dolayısıyla biz konuları bölüştürdüğümüz noktada bunun keyifli bir panel olacağını düşündük..

Süleyman Parlak ile başlayacağız. Kendisi Leuven’de doktora çalışmasını da zaten bu konu üzerinde yürütmekte ve 2014 yılından bu yana da Otokar’da rekabet hukuku uzmanı olarak çalışıyor. Dolayısıyla işin kurum içi tarafını biliyor, Rekabet Kurumu geçmişi de var. Kendisi rekabet hukuku ihlallerinin özel hukuk yansımaları alanının en geniş çemberini bizler için çecek. Zararın hesaplanması konusunda Sayın Ömür Paşaoğlu destek verecek, zaman aşımı

meselesi Avukat Fatma Devrim tarafından anlatılacak. Elbette sadece bu konuları anlatmayacaklar, onların da genel bağlamla ilgili olarak gördükleri bazı eğilimlerle ilgili olarak söyleyecekleri konular var. İlk olarak Süleyman Bey'e sözü devrediyoruz, buyursunlar efendim, teşekkür ederiz.

SÜLEYMAN PARLAK: Merhaba, herkese iyi sabahlar diliyorum. Öncelikle Göneç Gürkaynak Bey'e ve TUSİAD ailesine bu çalıştayda konuşma imkanı tanıdıkları için teşekkürü bir borç biliyorum. Rekabet hukuku ve rekabet hukuku ihlallerinden doğan tazminat davaları (özel hukuk yansımaları) benim uzmanlık alanım ve doktora çalışma konum olmuştur. Bugün sizlere rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarında Avrupa Birliği'ndeki gelişmelerden söz etmek istiyorum. İlk olarak AB'de rekabet ihlallerinden doğan tazminat hakkının nasıl şekillendiğini (ABAD kararları ışığında) anlatacağım. Daha sonra, Avrupa Komisyonu'nun tazminat davalarını yaygınlaştırmak için aldığı inisiyatiflerden bahsedeceğim. Özellikle, delillere ulaşma ve ibrazı, illiyet bağı, pişmanlık başvuruları ve son olarak *passing-on* (yansıtma) savunması ve dolaylı alıcı kuralının uygulanması konularından bahsedeceğim.

Avrupa Birliği'nde rekabet hukuku kuralları, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'da düzenlenmiştir. Ancak, rekabet normlarının ihlaline dayalı tazminat sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Rekabet kurallarının ihlallerinden doğan zararın tazmin hakkı 101 ve 102'nci maddede net olarak belirtilmemiştir.

Adalet Divanı Kararları Işığında Tazminat Hakkı

- ☐ **BRT-SABAM** kararı: "(101) 81 (1) ve (102 TFEU) 82. maddelerdeki yasaklar, yapıları gereği bireyler arasındaki ilişkilerde doğrudan etkiler yaratma eğiliminde olduğundan, bu maddeler ilgili bireylere ilişkin doğrudan haklar yaratmaktadır, dolayısıyla bunlar ulusal mahkemelerce korunmalıdır"
- ☐ **Courage-Crehan:** Adalet Divan'ı rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açılmasına izin verilmesi gerektiğini belirtmiş ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin bir prensip öngörmemiştir
- ☐ **Manfredi:** Bu davada ise özel olarak dolaylı alıcıların Birlik Hukuku çerçevesinde tazminat davası açıp açamayacağı sorunu irdelenmiştir.



Fakat Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) bu konuya BRT SABAM, Courage Crehan ve Manfredi kararlarında açıklama getirmiştir. ABAD aldığı Courage kararıyla, ihlalden zarar görenlerin tazminat hakkının bulunduğunu açıkca tespit etmiştir. ABAD'ın aldığı ikinci önemli karar Manfredi kararıdır. Bu kararda ABAD ortaya çıkan zarar ile ihlal arasında illiyet bağı bulunmak koşuluyla herkesin tazminat hakkına sahip olduğunu tekrar etmiştir.

Adalet Divanı Kararları Işığında Tazminat Hakkı

- ❑ **Pfleiderer:** Pişmanlık Rejimi & Savunma Hakkı
- ❑ **Kone:** Şemsiye Etkisinden Kaynaklı Zararlar ve İlliyet Bağı
- ❑ **Donau Chemie:** Adalet Divanı herkesin tazminat hakkı olduğu aynı cümlelerle tekrar edilmiştir:
 - Alıcılar arasında sınıflandırma yapılmamıştır;
 - Dolaylı alıcı ya da şemsiye etkisinden etkilenen diye özellikle bir kesim belirtilmemiştir

Otokar

Donau Chemie davasında ABAD ihlalden zarara uğrayan herkesin tazminat hakkının olduğunu aynı cümleler ile tekrarlamıştır. Manfredi kararına paralel olarak ABAD zarar gören alıcılar arasında sınıflandırma yapmamıştır. Bir diğer önemli konu ise, sunumun ileriki dakikalarında



geniş yer verilecektir, Kone davasında yer verilen şemsiye etkisinden kaynaklı zararlar ve illiyet bağı'dır. Bu kararlara daha sonra geniş yer verilecektir.

ABAD'ın bu önemli kararlarını inceledikten sonra, dilerseniz bir de Avrupa Komisyonu'nun 2001'den itibaren aldığı inisiyatiflere bir göz atalım. Avrupa Komisyonu Ashurst Hukuk Bürosu'na yaptırdığı çalışmada (Ashurst Raporu) AB ülkelerinde tazminat davalarının bütünüyle gelişim altında (*total underdevelopment*) ve dikkat çekici derece farklı (*astounding diversity*) olduğunu ortaya koymuştur. Bu sebeple, Avrupa Komisyonu 19 Aralık 2005 tarihinde 'Yeşil Rapor' yayımlamıştır.

Avrupa Komisyonu İnsiyatifleri		
• Yeşil Rapor ve Beyaz Rapor		
Ana Meseleler	Delillere Ulaşma ve İbrazı	Pişmanlık
	Tazminat (Zarar Hesaplaması)	
	İllyet Bağı	
	Fiyat artışının yansıtılması dolaylı alıcı meselesi	
	Topluluk Davaları (Class Actions)	


Bu belge rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarını her bakımdan kolaylaştırma amacını yansıtmaktadır. Bu belgeyi bu kısa süre zarfında detaylı bir biçimde incelememiz mümkün değil. Bu nedenle, yalnızca şunu belirtebilirim: AB ülkelerinde rekabet ihlali sebebiyle açılan tazminat davalarının az olması ve buna bağlı olarak Adalet Divanı'nın belirttiği 'etkinin ve etkililik' (*efficiency and effectiveness*) ilkelerin uygulanamaması nedeniyle Komisyon bir Yeşil Rapor oluşturmayı uygun görmüştür. Yeşil Rapor tazmin taleplerinin daha etkin şekilde ileri sürülebilmesini sağlayacak sistemin önündeki engelleri deşifre etmek ve aşılması için birçok farklı seçenek sunmuştur.

Daha sonra, 2008 tarihinde, kamoyundan gelen tepki ve öneriler doğrultusunda, Beyaz Kitap'ı yayımlamıştır. Komisyon burada önereceği politika tercihlerini belirtilmiştir. Son olarak 2014

tarihinde Yönerge yayımlanmıştır. Bana ayrılan süre içerisinde, delillerin ibrazı ve pişmanlık, illiyet bağı, fiyat artışının yansıtılması ve dolaylı alıcı meselesi ve son olarak topluluk davaları konularına kısaca değinmek istiyorum. Tazminat/zararın hesaplanması konusunu Ömer Bey bizlere açıklayacak. Zamanaşımı süresi konusuna ise Fatma Hanım değinecek.

Delillere Ulaşma ve İbrazi

- ☐ Delillere ulaşma ve ibrazı meseleleri tazminat davalarının geniş çaplı ve karmaşık bir maddi delil sunulması gerektiğinden kaynaklanmaktadır
- ☐ Delil: İhlali yapan ya da üçüncü şahıslarda bulunmaktadır
- ☐ American Modeli Discovery?
 - ☐ Evet, Fakat! Sınırlamalar Neler Olmalıdır?
 - Fishing Expeditions!
 - Pişmanlı Beyanlarının Korunması

**Otokar**


Hepimizin bildiği gibi kartel anlaşmaları gizlidir ve yıllarca sürebilir. Rekabet ihlallerini ortaya çıkarmak için yerel Rekabet Kurumları ve Avrupa Komisyonu güçlü silahlara sahiptir (örneğin: yerinde inceleme). Bu geniş yetkilere sahip olmayan ve rekabet ihlalinin zarar gören davacılar gerek ihlalin ispatı, gerek ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağına ispat ederken bir takım güçlüklerle karşılaşır. Davacıların bu ispat yükünü hafifletmek için, Avrupa Komisyonu Yeşil Rapor ve Beyaz Rapor'da çeşitli alternatifleri kamuoyuna sunmuştur.

Bilindiği gibi tazminat davalarında delillere erişim konusu bu tür davaların önündeki en önemli usuli engellerden biridir. Bunun başlıca kaynağı bilgi asimetrisidir. Zira, ihlallere ilişkin delillerin davalıların elinde olmasından dolayı, ispat yükü ağırlaşmaktadır. ABD'de 'discovery' olarak ifade edilen delil değişimi sürecinde davacılar davalılardan her türlü belgeyi isteyip inceleyebilmektedirler. Bu tür geniş yetkiler AB'de her ne kadar Yeşil ve Beyaz Rapor'da tartışmaya açılmışsa da kabul görmemiştir. Yönerge'de farklı bir yol izlenmiştir. Yönerge'nin 5. maddesi uyarınca, eğer davacı davalının rekabet hukuku kurallarını ihlal etmesi nedeniyle zarara uğradığını gerçekçi deliller sunarak ve makul bir zemine dayandırarak gösterirse, yerel mahkemeler, davalı veya üçüncü kişilerin ellerindeki delilleri vermesine yönelik karar verebilir.

Bununla birlikte Yönerge uyarınca, davalının talebi üzerine hakim, davacının veya üçüncü kişinin de ellerindeki delilleri sunmasına ilişkin karar verebilir. İbraz edilecek deliller, tarafların ve üçüncü kişilerin yasal menfaati uyarınca ve ortantılılık ilkesi kapsamında her davanın özelliğine göre yerel mahkemeler tarafından belirlenir.

Dosyaya Erişim v. Pişmanlık Başvuruları


☐ Pişmanlık Başvuruları nedir?



Henüz Bilinmeyen ya da ortaya çıkarılması zor olan kartellerin, bizzat o karteli kuran teşebbüsler tarafından ihbar edilmesi için yapılan başvurular

☐ Para cezalarından tam ya da kısmi muafiyet talep edilmekte ve bu çerçevede çeşitli bilgi ve belge sunulmaktadır.

☐ Karteller ile doğrudan mücadele aracı!

 Otokar



Yönergenin 6'inci maddesi uyarınca (i) teşebbüslerin gizli kartelden haberdar olup, gizli kartelde rol aldıklarını rekabet otoritesine bildirdikleri kurumsal pişmanlık beyanları ve (ii) teşebbüslerin rekabet ihlaline iştirak ettiklerini rekabet otoritesine bildirdikleri başvuru olarak belirtilen iki çeşit belge için koruma sağlanır. Zira söz konusu belgelerin ibrazı, pişmanlık programının ve başvuru usullerinin etkinliğini risk altına sokar.

Dosyaya Erişim v. Pişmanlık Başvuruları

- Pişmanlık başvurusu dosyasına erişim sağlanması, başvuru sahibi teşebbüs hakkında çok daha detaylı bilgi ve belgelere ulaşmak anlamına gelmektedir. Pişmanlık başvurusu yana teşebbüslerin tazminat davası sürecinde diğer kartel mensuplarına göre daha dezavantajlı bir konuma gelmesi riskini doğurmaktadır



Bu riski göz önüne alan rasyonel bir ihbarcının, yapacağı pişmanlık başvurusu kapsamında sunacağı bilgi ve belgelere ileride sağlanacak bir erişim nedeniyle maruz kalacağı muhtemel tazminat riski ve miktarıyla, bahse konu pişmanlık başvurusu sonucu ilgili rekabet otoritesince verilecek (olası) idari para cezasından alacağı kısmı ya da tam muafiyetin parasal değerini kıyaslaması ve ancak ikincisi ilkinden büyükse bu başvuruyu yapmayı tercih etmesi en doğal sonuçtur.

Pfleiderer Testi

- **Pfleiderer Testi?** Adalet Divanı: “...**erişim talepleri, her dosya bazında ayrı ayrı olmak üzere, tarafların çıkarları ve ilgili ülke kanunları başta olmak üzere tüm faktörler dikkate alınarak değerlendirilmelidir...**”
- **Örnek:** Bonn Bölge Mahkemesi'nin 18.6.2012 kararı:
 - Alman Kanunları, tarafların çıkarları ve diğer tüm faktörler dikkate alındıktan sonra, pişmanlık mekanizmasının kartellere mücadeledeki faydası ve bekası göz önüne alınarak, Bundeskartellamt'ın pişmanlık başvurusu dosyasına erişime izin vermediği kararı onanmıştır
- **Örnek:** İngiliz Yüksek Mahkemesi **National Grid**
 - CJEU'nun Pfleiderer testini uyguladıktan sonra, pişmanlık başvurusu dosyasına davacının sınırlı da olsa erişmesine izin verilmesi şeklinde bir karar vermiştir.
- **Örnek:** Hollanda mahkemelerinin tutumu belirsiz.

Yönerge uyarınca, tazminat davalarında, yerel mahkemelerin bu belgelerin ibrazına ilişkin hiçbir şekilde karar veremeyeceği belirtilir. Yönerge'nin bu şekilde oluşmasında elbette ki ABAD'nın Pfeiderer kararı önemli rol oynamıştır. Ayrıca, ABAD delil ibrazı konusunda önemli kriterler getirmiştir (Pfeiderer-testi). Mahkeme, erişim talepleri konusunda her dosya bazında ayrı ayrı olmak üzere, tarafların çıkarları ve ilgili ülke kanunları başta olmak üzere tüm faktörler dikkate alınarak değerlendirilmelidir şeklinde karar vermiştir. Pişmanlık başvurusu yapmış olan bir teşebbüsten belge istemiş, karteller ile mücadeledeki öneminden dolayı, reddedilmiştir. Buna örnek olarak Bonn Bölge mahkemesi ve İngiliz Yüksek Mahkemesinin verdiği kararları gösterebilir.

İlliyet Bağı

- ❑ **Conditio sine qua non (But-for test):** Tazminat davalarının olmaz olmaz (zorunlu koşul) şartlarındandır.
 - Fakat; Talep sahibinin ihlali oluşturan davranış ile zarar arasındaki illiyet bağıını ispat etmekte yetersiz kalması, tazminat davalarının başarısızlıkla sonuçlanmasına sebep olabilir.
- Illiyet Bağı Meselesi için Yerel Hukuka Atıf Yapılmıştır:
 - Yeşil ve Beyaz Rapor'da veya Yönerge'de konu ile ilgili 'çözüm' veya 'mevzuatın uyumlaştırılması' önerileri yok.
 - Üye Devletlerin Yerel Hukukunda Çözülmeli.
- **Kone Kararı**

Otokar

İlliyet bağı (conditio sine qua non) tazminat davalarının zorunlu bir şartıdır. Talep sahibinin ihlali oluşturan davranış ile zarar arasındaki illiyet bağıını ispat edememesi, tazminat davalarının başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olabilir. Illiyet bağı konusu ile ilgili yerel hukuka atıf yapılmıştır. Ayrıca, Yeşil ve Beyaz Rapor'da ve Yönergede de Komisyon bu konunun üye devletlerin yerel hukukunda çözülmesine karar verilmiştir. Bu konuda ayrıca Kone kararı önemlidir.

Kone Kararı

Şemsiye etkisinden kaynaklı zararlar ve illiyet bağı

- ❑ Avusturya Yüksek Mahkemesi: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 101. maddesinin şemsiye etkisinden kaynaklı zararlar için kartel üyelerinden tazminat istemesi hususunda görüş talebi

"Üye ülke iç hukukunun şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararlarının tazminini baştan engelleyen hükümlerinin ABİDA'nın 101. maddesi ve etkinlik prensibi ile uyumlu olup olmadığı"

❑ Adalet Divanı:

1. Şemsiye etkisi kartelin olası etkilerinden biri olarak kabul edilmektedir;
2. Bir teşebbüsün kendi fiyatlarını belirlerken piyasa fiyatını pek tabii göz önüne alacağını ve kartel olmasaydı daha düşük bir fiyat belirleyeceğini ifade etmiştir.
3. Rakip teşebbüsün kendi fiyatını belirlerken aldığı karar, tamamen kartel üyelerinden bağımsız olarak gerçekleşmiş gibi görünse de aslında kartelin bozduğu piyasa koşulları altında verildiğinden rekabet kurallarına aykırıdır. Bu nedenle de kartel üyeleri tarafından bu zarar hiç oluşmamış gibi davranılamaz!

 Görüş Kağıdı

Otokar

Avusturya Yüksek Mahkemesi Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 101. maddesinin şemsiye etkisinden kaynaklı zararlar için kartel üyelerinden tazminat istemesi hususunda ABAD'dan görüş talebinde bulunmuştur. "Üye ülke iç hukukunun şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararlarının tazminini baştan engelleyen hükümlerinin ABİDA'nın 101. maddesi ve etkinlik prensibi ile uyumlu olup olmadığı" sorulmuştur.

Kone Kararı

ABAD'a göre:

"Üye ülke iç hukukunun, olayın özelliklerini ve zarar ile ihlal arasında doğrudan bir illiyet bağı olup olmadığını değerlendirmeksizin tazminat hakkını, zarar gören ile kartel üyeleri arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığından bahisle baştan reddetmesi ve kartel üyesi olmayan teşebbüsün, kartelin yarattığı fiyat şemsiyesine dayanarak belirlediği fiyat politikasına izin vermesi, kartelin bozduğu rekabetçi piyasa koşullarının daha da bozulmasına katkı sağlar"

 Görüş Kağıdı

Otokar

ABAD ise şu cevabı vermiştir: (i) şemsiye etkisi kartelin olası etkilerinden biri olarak kabul edilmektedir; (ii) Bu riski göz önüne olan rasyonel bir ihbarcının, yapacağı pişmanlık başvurusu kapsamında sunacağı bilgi ve belgelere ileride sağlanacak bir erişim nedeniyle maruz kalacağı muhtemel tazminat riski ve miktarıyla, bahse konu pişmanlık başvurusu sonucu ilgili rekabet otoritesince verilecek (olası) idari para cezasından alacağı kısmi ya da tam muafiyetin parasal değerini kıyaslaması ve ancak ikincisi ilkinden büyükse bu başvuruyu yapmayı tercih etmesi en doğal sonuçtur.



Komisyon Yeşil Rapor’dan sonra Beyaz Kitap’ta, kamuoyundan gelen tepki ve öneriler doğrultusunda, yansıtma savunması ve dolaylı alıcı kuralı ile ilgili önereceği politika tercihlerini belirtmiştir. Öncelikle sizlere yansıtma kavramının tanımını yapacağım. Ardından Avrupa Komisyonu’nun bugüne kadar yürüttüğu çalışmalardan, Yeşil ve Beyaz Rapor’dan ve 2014 yılında yürürlüğe konulan Yönerge’den bahsedeyeğim.

Yansıtma Savunması & Dolaylı Alıcının Tazminat Talebi

❑ Mesele:

1. Dolaylı alıcılar (indirect purchaser standing) tarafından rekabet ihlalinin doğan fiyat artışını kendilerine yansıttığı iddiasıyla dava açabilirlermi? (ofensif)
2. Davalı tarafından bir savunma aracı olarak kullanılabilir mi?

❑ Çekinceler:

1. Ekonomik teoriler çerçevesinde kabul edilebilir gibi gözüken bu iddianın, gerçek yaşamın koşulları dikkate alındığında onaylanmayacağı iddiası;
2. Fiyat politikasına tek etken fiyatların yükseltilmesi değildir
3. Kar kaybı
4. Tazminat ve Sorumluluk Hukukunu ayakta tutmak
5. Caydırıcılık

Tam Tazminat Hakkı

Yönerge

❑ Madde 2:

1. AB veya yerel rekabet kurallarının ihlali sonucunda zarar gören kimse, bu zararının tamamını tazmin etme hakkına sahiptir.

Tam Tazminat?

1. Gerçek Zarar
2. Kar Kaybı
3. Zararın oluştuğu tarihten ödendiği tarihe kadar işleyen faiz

Piyasada hakim durum veya kartel uygulamasından kaynaklı fiyat artışı, çoğu durumda dağıtım/üretim zincirinin bir üst seviyesindeki alıcılar tarafından bir alt seviyedeki alıcılara aktarılmaktadır. Bu durum *passing-on* olarak biliniyor. Fiyat artışı bu şekilde dağıtım/üretim zincirinin farklı segmentleri boyunca yansıtılıyor. Bu da haliyle, hangi alıcı grubunun fiyat


artışına karşı tazminat davası açma hakkına sahip olacağının belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu iki konu rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarında karşımıza yine iki karmaşık sorun ve ikilem olarak çıkmaktadır. Şöyle ki, *passing-on* karışık ekonomik hesaplamaları mahkemelere taşıyan ve dava süreçlerini tıkayan bir savunmadır. Yansıtma savunmasının kabul görmemesinin birçok haklı sebebi vardır. İlk olarak rekabet ihlalden doğan zararın gerçekten kim tarafından ödendiğini (zarara uğradığını) saptamak neredeyse imkansızdır. Her ne kadar, ekonomistler yansıtmanın birçok karmaşık ekonomik modeller aracılığı ile hesaplanabileceğini savunmuşlarsa da, hukuk camiasında bu kabul görmemiştir. Bunun başlıca sebebi, ekonomistlerin birbirleri ile çelişkili açıklamalar yapmaları ve kullanılan modellerin doğruluğu konusundaki ihtilaflardır. Bu sebeple, örneğin ABD’de yansıtma savunması reddedilmiştir. Ayrıca, caydırıcılık, fiyatın artışının yansıtılmasının ispatı yüksek yargısal masraflara yol açması ve kimin bu ihlale ilişkin olarak tazminat davası açabileceği konusu yine bu savunmanın reddedilmesini haklı çıkaran bazı argümanlardır. Dolaylı alıcı kuralı (*indirect purchaser standing*) ise dolaylı alıcının davacı tarafından hukuka aykırı fiyat artışının kendilerine yansıtıldığı gerekçesiyle tazminat talebidir. Burada yansıtma savunma olarak değil ofensif olarak kullanılmaktadır. Bu da daha önce zikrettiğim sorunları beraberinde getirmektedir.

Passing-on defence

Yönerge:

☐ Madde 12:

1. Tazminat davasında, ihlalden doğan fiyat artışının kendi müşterilerine yansıtılmaları nedeniyle davacının (doğrudan alıcı) gerçekte bir zarara uğramadığını iddia edebilir.
2. Tazminat davasında Yönerge Madde 12 böyle bir olanak sağlamaktadır
3. Fiyat Artışının yansıtıldığına ilişkin ispat külfeti her zaman ihlalci teşebbüstedir.
4. Yansıtmanın hesaplanmasında yerel mahkemeler yetkilidir

**Otokar**

Yeşil Rapor’da *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı ile ilgili dört muhtemel seçenek ortaya koymuştur: (i) *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına izin verilir; (ii) *passing-on*

savunması ve dolaylı alıcı kuralı reddedilir; (iii) *passing-on* savunmasına izin verilir ve dolaylı alıcı kuralı reddedilir ve (iv) *passing-on* savunması reddedilir ve dolaylı alıcı kuralına izin verilir.

Komisyon Beyaz Rapor'da "*passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına izin verilir" seçeneğini önermiştir. Bu seçimin elbette Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Courage ve Manfredi kararlarında belirttiği tazminat amacına öncelik vermesinden kaynaklanmıştır. Şöyle ki, tazminat hakkı (AB ülkeleri tazminat hukukunun temel prensibi "*no compensation without harm*") fiyat artışının müşterilerine yansıtması sebebiyle bir kayba uğramadığı durumlarda kabul edilemez. Böylelikle doğrudan alıcı haksız kazanç elde edecektir. Ayrıca, ihlalciler bu şekilde hukuka aykırı fiyat artışı sebebiyle birden fazla tazminat sorumluluğuna maruz kalacaktır. Bu sebeplerden dolayı yansıtma savunmasına izin verilmesi gerektiği önerilmiştir. Dolaylı alıcı kuralı ise ABAD'ın Courage ve Manfredi kararları çerçevesinde izin verilmiştir. Bu sebeple Komisyon ABAD'ın bu kararına saygı göstermiştir.

Yönerge'de ise, Komisyon yansıtma savunmasına 12. Madde'de açıkça izin vermiştir. Fakat *passing-on* savunmasına ilişkin ispat yükünün, bir savunma olması sebebiyle davalıya ait olduğunu belirtmiştir. Haliyle, fiyat artışının davacı tarafından diğer alıcılara yansıtıldığını ve bu yansımanın oranının ispatı davalıdadır. Dolaylı alıcılar ise, yalnızca ilgili hizmet veya ürünü aldıklarını ispatla yükümlüdür. Bir diğer değişle, davalı aksini ispat etmediği sürece yansıtıldığı varsayılmaktadır.

Avrupa Komisyonunun Avrupa Birliğinin ve üye devletlerin rekabet hukuku ihlal edilmesi nedeniyle açılan tazminat davalarına ilişkin kurallar içeren Yönerge teklifi 2014 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edildi. Yönerge temel kural olarak tam tazminat hakkını benimsemiştir. Dolayısıyla, AB veya yerel hukuk kuralların ihlali sonucunda zarar gören kimse, bu zararın tamamını tazmin etme hakkına sahiptir. Tam tazminat, oluşan gerçek zarar, kar kaybı ve zararın oluştuğu tarihten tazminatın ödendiği tarihe kadar işleyen faizi içermektedir.

Müşterek ve Müteselsil Sorumluluk

❑ Madde 11:

1. Birden fazla teşebbüsün rekabeti birlikte ihlal etmesi halinde, bu teşebbüsler ihlalin doğurduğu zarardan dolayı müşterek ve müteselsil sorumludur.
2. Pişmanlık programından yararlanıp rekabet otoritesi tarafından muaf tutulan teşebbüsün sadece rekabet ihlali nedeniyle zarara uğrayan tarafların (doğrudan veya dolaylı müşterileri veya tedarikçileri haricinde) aynı ihlalde bulunan diğer teşebbüsler tarafından tam tazmin edilememesi halinde sorumludurlar

Yönerge sorumluluk rejimi hakkında da değişiklikler getirmiştir. Yönergenin 11. Maddesi uyarınca, birden fazla teşebbüsün rekabeti birlikte ihlal etmesi halinde, bu teşebbüsler ihlalin doğurduğu zarardan dolayı müşterek ve müteselsil sorumludur. Yönerge ayrıca pişmanlık programlarından yararlanıp rekabet otoritesi tarafından para cezasından muaf tutulan teşebbüsün sadece rekabet ihlali nedeniyle zarara uğrayan tarafların (doğrudan veya dolaylı müşterileri veya tedarikçileri haricinde), aynı ihlalde bulunan diğer teşebbüsler tarafından tam tazmin edilememesi halinde sorumlu tutacakları belirtilir.

Sınıf-Topluluk Davası

Sınıf davaları:

Belirli ya da belirlenebilir bir sınıf adına sınıf içinden kişilerce açılan *sınıf-topluluk davası* (*classsuation-collectiveaction*)¹, tüketici birlikleri ya da odalar gibi kendi uyeleri ya da korumayı amaçladıkları kişiler adına açtıkları *temsilci*

Birlik davası (*representativeaction*):

Bir bütün olarak kamu yararını korumak için açılan *kamu yararı davaları* (*publicinterestlitigation*) şeklinde olabilir

Topluluk davaları, özellikle tazminat davalarında, Avrupa’da kabul görmüş değildir fakat tazminat davalarının işleyişi bakımından önemlidir. İlgili yönerge bu konuda maalesef bir çözüm getirememiştir ve konu üye ülkelerin kendi içtihatlarına bırakılmıştır. Bu konuda, üye ülkelerde sevindirici gelişmeler yaşanmıştır.

Üye ülke örnekleri

Almanya:

Alman Federal Mahkemesi:

Hakkın aranması, bir derneğin üyesinin ticarî menfaatlerinin statüsüne uygun biçimde korunmasıyla örtüşüyorsa kural olarak o derneğin yabancı hakkın yerine getirilmesinde korunmaya değer bir menfaatinin olduğu kabul edilir (BGH'nin kararlarına ek olarak bkz. MDR 1956, 154; ayrıca NJW 1983, 1559). Bunun yanı sıra tek bir üyenin şahsî menfaatiyle sınırlı bir davayla da üyelerin tamamının ya da en azından çoğunluğunun ticarî menfaatlerinin korunması sağlanabilir. (BGH, K. v. 21. 9. 2011-VIII ZR 118/10 (OLG Köln)).


Funding?

 **Otokar**

Üye ülke örnekleri

Hollanda:

- ☐ Yeni Kanun teklifi 7 Haziran 2014
- ☐ (Madde: art. 3:305a BW) art. 14 Rv) Kolektif hukukî himaye yolları, hakları ihlâl edilenlerin zarar verenler hakkında dava açmaktan kaçınmaları, yani haklarını koruma hususunda gösterdikleri pasif tutum nedeniyle kabul edilmiştir
- ☐ Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilirler

 **Otokar**

Üye ülke örnekleri

İngiltere

❑ UK Consumer Rights Act (2015) (CRA)

❑ The Competition Act (1998)

❑ Enterprise Act (2002)

❑ Opt-out topluluk davaları:

SAFEGUARDS:

1. Topluluk davasının uygunluğu ve görünebilirliği
2. Bir bütün olarak kamu yararını korumak için açılan *kamu yararı davaları (public interest litigation)* şeklinde olabilir, representatif derneğin uygunluğu

Otokar

Otokar

Almanya’da birlik davaları kabul görmeye başlamıştır (örn: BGH, K. v.21.9.2011-VIII ZR 118/10 (OLG KÖLN)). Hollanda da ise yeni kanun teklifi 7 Haziran 2014 tarihinde sunulmuştur. Böylelikle, dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, temsil ettikleri kesimin haklarını savunmak için dava açma yolu açılmıştır. İngiltere ise, tazminat davaları konusunda birçok yeni kanun çıkarmıştır ve topluluk davaları konusunda ilerleme kaydetmiştir.

Anlaşmaya Dayalı Uyuşmazlık Çözümü ADR

Neden ADR?

❑ Kolay ve Maliyeti düşük

Yönerge

❑ 18. maddesi: zamanaşımı süresinin durması imkânı tanıyarak, tarafların mahkeme önünde tazminat talep etme haklarını kaybetmeden anlaşmaya dayalı olarak uyuşmazlıklarını çözme

❑ Süre 2 yıl

Otokar

Otokar

Yine de unutulmamalıdır ki, çoğu tazminat davası daha mahkemeye gitmeden anlaşmaya dayalı uyuşmazlık çözümü yöntemiyle sonuçlandırılmaktadır. Bu elbette, kolaylık ve maliyet açısından tercih edilen bir yöntemdir.

Bana ayrılan sürenin sonuna geldim, beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

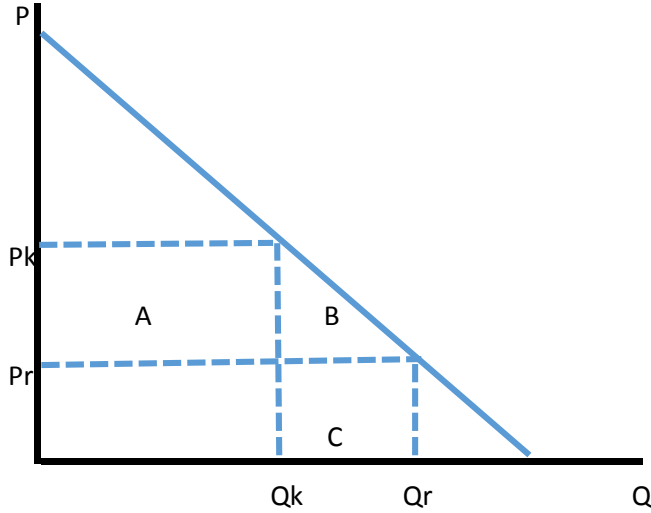
AV. GÖNENÇ GÜRKAYNAK: Teşekkür ederiz, sağ olun. Şimdi Ömür Bey’e geçelim. Burada diğer önemli konular zaman aşımı ve zararın hesaplanması. Kontinental sistemlerde zararın hesaplanması özellikle önemli, çünkü biliyorsunuz tazminatın en önemli prensiplerinden bir tanesi tazminatın zenginleştirici olamayacağı ancak zararı kapatıcı olabileceğidir. Dolayısıyla ne kadar zarar, o kadar tazminat. Böyle olduğu için de zararın hesaplanması yöntemleriyle tazminat davalarının akçeli sonuçları birebir alakalı. Şimdi sözü Ömür Bey’e veriyoruz.

ÖMÜR PAŞAOĞLU: Gönenç Bey’e ve TÜSİAD’a bu önemli konudaki davetleri için, size de katılımınız için teşekkür ediyorum. Bu bizim için bir gelecek konuydu, artık geldi, o yüzden en azından gelecek bile desek çok yakın bir gelecekte bahsediyoruz bu konuyu konuşurken. Dolayısıyla önemi de biraz buradan kaynaklanıyor.

Zarar tahmin çalışmalarında dünyada ciddi bir artış görüyoruz, bunun çeşitli nedenleri var. Bir tanesi, rekabet otoritelerinin verdikleri idari para cezalarında daha nesnel kriter arayışı. Dolayısıyla, bu konu para cezasının tayininde önemli bir dayanak sağlıyor bize. Burada da geçmiş zararları telafi etme, bir de gelecek ihlalleri caydırma gibi bir bakış açısı var. Rekabet otoritelerinin fonksiyonu geçmiş zararları telafi etmek değildir, gelecek ihlalleri caydırmaktır diyen görüşler var. Bu görüşe göre cezanın caydırıcılığı önemlidir ve telafi kriteri olmadığı için aslında zararın hesaplanmasına da gerek yoktur. Ancak hem bu nesnel arayış, hem de toplumsal zararları tazmin ihtiyacı rekabet otoritelerinin bu konuda çalışma yapmasını teşvik ediyor. Bir de rekabet otoriteleri artık bunu bir kamusal sorumluluk ve etkinlik göstergesi olarak görüyorlar: “Kartelden kaynaklanan toplumsal zarar ne kadar? Dolayısıyla kartele son verdiğimizde toplumsal yarar ne oluyor?”. Örneğin Almanya’da yapılan bir çalışma, son yıllarda tespit edilen kartel soruşturmalarının 750 milyon Avro ile 900 milyon Avro arasında bir tüketici tasarrufuna yol açtığını gösteriyor. Mesela İngiltere’de bürokrasi düzeyinde, Hazine müsteşarlığı ve rekabet otoritesi arasında yapılan başka bir çalışma var. Rekabet otoritesi, her sene rekabet otoritesinin topluma maliyetinin 5 katı üzerinde bir getirisi olması gerektiği konusunda bir taahhüt geliştiriyor hazine müsteşarlığına. Dolayısıyla zarar tahminiyle ilgili

sürekli çalışmalar yürütüyorlar. Ama bizi bu konuya mecbur eden şey aslında bu değil. Bizi bu konuya mecbur eden şey özel hukuk tazminatları, çünkü burada bir yasal zorunluluk var, zarar görenin bir tazminat talebi var ve kanunen bu talebi karşılamak durumundasınız. Dolayısıyla özel hukuk kurallarımız olmasa ben bu alanın çok da fazla gelişeceğini düşünmüyorum.

Neyi hesapladığımızı teorik olarak bu grafik üzerinden göstermek gerekirse:

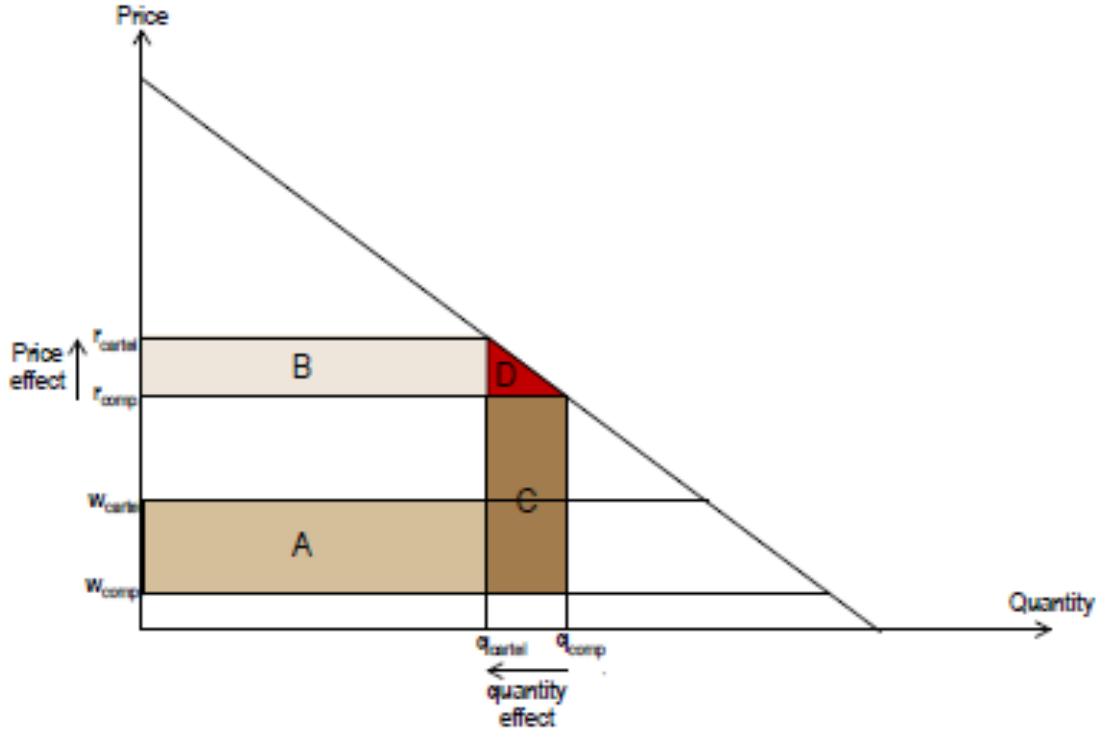


Burada PR dediğimiz rekabetçi fiyat var, bir kartel oluştu ve piyasada fiyat PK fiyata (kartel fiyatı) yükseldi. Dolayısıyla A alanı kadar fazladan ödenen bir değer var. Bir de bizim refah kaybı dediğimiz, ölümlara kaybını (*deadweight loss*) gösteren B ve C alanları var. Fiyat yükseldiği için artık tüketici o miktardan vazgeçiyor, dolayısıyla o miktarı tüketmekten elde ettiği faydadan da vazgeçmiş oluyor. B faydadan vazgeçilen bu alanı ifade ediyor. C de, üreticinin o miktarı satamamaktan kaynaklanan kaybını ifade ediyor. Fiyatınız yükselince miktar QK'ya düştü, bu kadar da bir kayıp satış var. Tüketici refahı bakış açısıyla kartelin bize toplumsal maliyeti A + B + C toplamı kadar. A alanı üretici artığı olduğu için toplumsal refah ölçütü yönüyle A kayıp değil, dolayısıyla bu bakış açısıyla toplumsal zarar aslında B+C kadar. Fakat özellikle rekabet otoriteleri tüketici refahı ölçütünü dikkate almak eğiliminde, bu yönüyle de az evvel ifade ettiğim gibi toplumsal zarar A+B+C toplamı kadar.

Ancak gerek özel hukuk bakımından olsun, gerekse rekabet otoritelerinin idari kararları bakımından olsun uygulamada aslında yalnızca A alanını hesaplayacağız çünkü B ve C'nin hesaplanması teknik olarak çok daha karmaşık bir hesaplamayı, ekonomik analizi ve çok daha fazla veriyi gerektiriyor. Neden? Burada talep esnekliklerini de hesaplamak zorundayız. Bu

durum, zarar görenlerin tazminat hakkını sektöre uğratabilecek ölçüde zarar hesaplanması sürecini uzatabilir ve karmaşıktırabilir. Dolayısıyla uygulamada pratik olması bakımından literatürdeki hemen tüm çalışmalar fazladan ödenen bedelin hesabı üzerine yapılıyor.

Burada bir de yansıtma konusunu görüyoruz.



	Overcharge	Pass-on	Lost sales	Lost utility
Direct purchaser	A	-B	C	
Indirect purchaser/ end-consumer		B		D
Total consumer harm	A		C	D
Total welfare harm			C	D

Burada bir perakendeci var, doğrudan alıcı konumunda, tüketici de dolaylı alıcı konumunda. Burada toptancıların bir karteli var ve kartel fiyatı W_{cartel} kadar, perakendecinin ödediği tutar da A alanı kadar. Perakendeci bunun bir kısmını yansıtıyor tüketiciye (B alanı). Dolayısıyla biz tazminatı hesaplarken doğrudan alıcının tazminatını $A - B$ olarak, yani aradaki farkı esas alarak hesaplamış olmalıyız. Burada dolaylı alıcının yani tüketicinin zararı da B kadar oluyor.

Zararın yansıtılmasının ekonomik teori bakımından bazı tartışılması gereken noktaları var, hukuki uygulama bakımından da iki husus var. Bir kere bu zararın ne kadar yansıyıp yansımayacağını, yani perakendeciden bizim verdiğimiz örnekte tüketiciye ne kadar yansıtılacağını iki noktayla açıklıyoruz iktisatta. Bir tanesi, piyasa yapısı ve kartelden etkilenmeyen şirketlerin varlığı ne durumda? Tam rekabetçi bir piyasada biz fiyatın olduğu gibi aşağı yansımaları bekleriz, perakendeci hiç zarar görmüyor, burada zarar gören sadece tüketici. Fakat burada aksak bir rekabet varsa ya da kartelin dışında rakipler varsa, bu yansımanın tam olarak gerçekleşmeyeceğini öngörürüz. Bu yansıma tam olarak gerçekleşirse kartelden etkilenmeyen şirketler çok ciddi pazar payı arttırma şansına sahip olurlar. Dolayısıyla burada rekabetin olup olmadığı, yansımanın olacağı piyasada çok büyük önem arz ediyor. Bir ikincisi de talep esnekliğine bakarız, zararın ne kadar yansıdığını görmek için. Eğer talep esnekliği burada inelastikse zararın olduğu gibi yansıyacağını öngörürüz. Elektrik piyasasından örnek verirsek; elektriğin talep esnekliği son derece düşüktür, alternatif ikame ürünü söz konusu değildir, dolayısıyla burada dağıtıcının fiyatı tüketiciye olduğu gibi yansıtacağını öngörebiliriz. Tersi şekilde talep esnekliği son derece yüksekse o zaman bu yansımanın belki tamamı dağıtıcı, yani bizim örneğimizde perakendeci üzerinde kalma olasılığı söz konusu olabilir.

Hukuki bakımdan ise dolaylı zarar görenin tazminat hakkı var mı ve buna dayalı olarak da davalıların yansıtma savunması yapma hakkı söz konusu mu tartışması var. Bir ABD’de Illinois Brick Kararının yansıttığı bir anlayış var, bir de 2014 sayılı AB Direktifinin yansıttığı bir anlayış var. Amerika’da Illinois Brick kararı, yansıtma savunmasını kabul etmiyor. Neden olarak da, yansıtma savunmasının davalıların tazminatının azaltmasına gerekçe oluşturmaması gerektiğini söylüyor. Mahkeme dolaylı alıcıların çok sayıda olması nedeniyle -yani burada tüketicilerin- davadan elde edecekleri kazanç az olacaktır diyor ve çok sayıda dava açılmasının bir sosyal maliyet getireceğini söylüyor. Buna karşılık doğrudan alıcılar ihlali doğrudan hissediyorlar ve doğrudan alıcıların kaybı çok yüksek olduğu için dava açma motivasyonları daha fazla. Dolayısıyla yansıtma savunmasının zarar hesaplamasını daha da karmaşıklatacağını söyleyerek aslında yansıtma savunmasını reddetmiş oluyor.

O günden bu yana bu anlayış tabi biraz değişiyor, bu anlayıştaki değişikliği de tam olarak 2014/104 sayılı AB direktifinde görüyoruz. Direktif, doğrudan alıcılar aslında zararı yansıttığı için dava açmayabilir diyor, çünkü doğrudan alıcı eğer zararı yansıttıysa artık bir işi kalmadı,

dava açma konusunda da bir motivasyonu kalmadı demektir. Buna ilave olarak, bu alıcılar (perakendeciler ya da dağıtıcılar) üst pazarda teşebbüslerle ilişkilerini bozmak istemeyebilirler diyor. Bu nedenle ABD'deki kararın aksine, doğrudan alıcıların dava açma motivasyonları düşük kalabilir diyor. Buna karşılık çok sayıda dolaylı alıcı kartelin tespiti ve cezalandırılması ihtimalini artırıyor. Dolayısıyla da davalının yansıtma savunmasını kabul eden bir anlayışa gelmiş oluyor.

Şimdi zarar tahmininde temel yaklaşım ilkelerine değinmek istiyorum. Zarar hesaplama teknikleri gerek metodolojik olarak, gerek veri ihtiyacı yönünden farklılıklar gösteriyor ama hemen hepsinin temel yaklaşımı aynı. Biz bir karşıolgusal (*counterfactual*) oluşturuyoruz, yani piyasada rekabet olsaydı fiyatımız ne olacaktı, şu andaki kartel nedeniyle fiyatımız ne, dolayısıyla aradaki fark bize zararı gösteriyor. Aynı bir şekilde kartel ya da sömürücü davranış değil de dışlayıcı davranışsa, dışarıda kalan firmanın ya da bundan zarar gören firmanın mahrum kaldığı kâr ölçmek, yine aynı anlayışla, yani rekabet olsaydı ne kâr edecekti, ihlal olduğunda ne kadar, şu anki kâr durumu ne, aradaki fark bize zararı (*price over charge*) gösteriyor.

İyi bir zarar tahmin modeli için bizim hukuk zemininde açıklanabilir ve makul varsayımlara ihtiyacımız var. Varsayımlar hem ekonomi teorisiyle, hem de sektörün uygulamasıyla uyumlu ve gerçekçi olmak zorunda. Ekonomi teorisi istatistiksel bakımdan anlamlı sonuçlar ortaya koymalı, veri setinin kapsamı, niteliği, modelin güvenilirliğini desteklemeli. Mesela Almanya'da bir deterjan karteli vakası var, 36 bin 500 gözlemle yapılmış analiz, yani 36 bin 500 veri girişi demek. Bunu 50 veriyle de yapabilirsiniz ama aradaki güvenilirlik tabi şüphesiz ilkinde çok daha yüksek. Mümkünse sonuçlar başka bir teknikle de sınanmalı. Ancak bu noktada değineceğim husus çok önemli: bu hususlara dayalı ispat yükü ve standardı zarar görenlerin tazminat hakkını imkansız hale getirmemeli. Bu durum mahkemelerde de AB'nin kendi makalelerinde de son derece önem verilen bir konu. Çünkü zarar tahmini aslında doğası gereği hep bir belirsizlik içeriyor, bu hiçbir zaman gerçek bir zarar değil, bu bir tahmin. Ne kadar yaklaşabiliyoruz, önemli olan bu. Dolayısıyla şöyle bir anlayış var; ihlali yapan ihlalin yarattığı belirsizliğe katlanmak zorunda. Nitekim ABD'de yüksek mahkeme Eastman Kodak davasında, davacının zararı tespiti, davalının kabahati sonucunda güçleşmişse, davalının zararın tam ve kesin biçimde ölçülmesinden yakınmaması gerekir diyor. Dolayısıyla bu belirsizliğe ihlal yapanın katlanması gerekir diyor. Bu sonuç bize doğru tahmin ile pratik tahmin arasında bir

denge aramamız gerektiğini ifade ediyor. Tahminimiz olabildiğince gerçeğe yakın olmalı fakat davacının tazminat hakkını zedeleyecek ölçüde karmaşık, uzun bir sürece yayılan bir hal almamalı, imkansız hale getirmemeli, dolayısıyla pratik tahmin de bizim için önemli bir ilke olarak karşımıza çıkıyor.

Zarar tahmin modelleri ile ilgili temel yaklaşımımıza ilişkin diğer bir hususa değinmek istiyorum. Aslında ekonomik çalışmalarda amacımıza göre önce yöntemimizi, modelimizi belirliyoruz, sonra da buna göre bir veri seti topluyoruz. Fakat uygulamada bazen, özellikle bu konu söz konusuysa, önce elimizde veri olarak ne var bakıyoruz, sonra da ne yapabiliriz diye konuşmaya başlıyoruz. Dolayısıyla teori ve uygulamadaki temel yaklaşım her zaman örtüşmüyor. Sonuç olarak, kartel zararının tahmininde kartelin tespitine kıyasla daha düşük bir ispat yükü olduğunu söyleyebiliriz.

Zarar tahminine ilişkin temel ilkeleri bu şekilde özetle ortaya koyduktan sonra, bu aşamada zarar tahmin yöntemlerine değinmek istiyorum. Yaklaşık olarak 15'e yakın teknik söyleyebiliriz fakat bunların bir kısmı varyasyon, yani tekniklerin bir biçimde değiştirilmiş şekli. Bir kısmı önce kullanılan tekniği sınamak için geliştirilen teknikler. Burada analizlerin temel yaklaşımına ve veri setinin kapsamına, niteliğine göre bir sınıflandırmayı seçmeyi uygun gördüm. Kıyaslamaya dayalı analizler, maliyet bilgilerine dayalı analizler ve simülasyonlar diye kabaca üç grupta toplayabiliriz. Kıyaslamaya dayalı analizler literatürde en fazla kullanılan, en fazla çalışmanın yapıldığı teknikler, dolayısıyla ülkemizde de muhtemelen ağırlıklı kullanılacağını söyleyebiliriz. Avantajları, dezavantajları var, avantajları belki daha fazla olduğu için onlara kısaca değineceğim şimdi.

Kıyaslama analizlerinde kullanılan en yaygın teknik, öncesi ve sonrası yöntemi. Yani önce kartel öncesi fiyatlar neydi, kartel sonrası fiyatlar neydi, kartel fiyatları ne, ona bakıyoruz. Kartel fiyatlarını, kartel sonucu oluşan fiyatları kartel öncesi ve/veya sonrası fiyatlarla karşılaştırıyoruz. Aradaki farkın da bize zararı vereceğini öngörüyoruz. Avantajları; bunu tahmin etmek nispeten teknik olarak daha kolay ve veri ihtiyacı zaman serileriyle sınırlı, yani biz zaman karşılaştırması yapıyoruz. Yaklaşımın mahkemelerce anlaşılması daha kolay çünkü biz burada bir fiyat tahmini yapıyoruz, mahkemenin bu yaklaşımı benimsemesi son derece kolay, ihlal yokluğunda endüstri firma davranışlarıyla ilgili varsayımlar gerektirmiyor.

Bunun dezavantajları var şüphesiz. Örneğin kartel öncesi fiyatlar ile kartel fiyatlarını karşılaştırdığımızı varsayalım. Burada kartel ne zaman başladı, bunu çok iyi tespit etmemiz lazım. Neden? Eğer kartelin ne zaman başladığını doğru tespit edemediysek, kartel eğer bizim başlangıç olarak kabul ettiğimiz tarihten 5-10 sene evvel başladıysa, biz o fiyat karşılaştırmasını yaparken aslında kartel fiyatlarını koymuş oluyoruz analize ve zarar olduğundan çok daha az çıkıyor. Dolayısıyla bizim kartel öncesi dönemin fiyatların rekabetçi fiyatları temsil ettiğine ilişkin güçlü bir dayanağımız olmalı. Biz uygulamada kartel öncesi/sonrası dönemlerinin tespitini nasıl yapıyoruz? Türkiye'de soruşturmalarımızda bunu zarar tahmini için tespit etmiyoruz, kartel ne kadar sürmüş, kartelin süresi ne, ihlalin süresi ne kadar göstermek için dosyalarımızda ortaya koyuyoruz. O süre cezaya etki eder. Dolayısıyla genelde de böyle bir yargı olur, şu tarihte başladı, bu tarihte bitti. Bunu belgelere dayanarak yaparız, yani elinizdeki ilk belge 2007 ise kartelin başladığı tarih de 2007'dir, son belge 2011 ise kartelin bittiği tarih 2011'dir, kabaca bu şekildedir. Ama tabi takdir edersiniz, bu çok kaba bir yaklaşım. 2007'den evvelki belgelere ulaşamamış olabilirsiniz veya 2011'den sonra da kartel sürmüş olabilir ama siz bunları tespit edememiş olabilirsiniz. Ancak karanlıkta yol alırken en azından bakacağımız zaman dilimini bir anlamda daraltmış oluyoruz.

İkinci olarak fiyatlara bakıyoruz, fiyatlar gerçekten ciddi bir kırılma gösteriyor mu? Birazdan bir örnek göstereceğim, ciddi bir kırılma var. Dolayısıyla, fiyat seyri kendi tarih tespitlerimizle uyumlu mu, ona bakıyoruz, örtüşüyorsa büyük ölçüde rahatlayabiliriz demektir. Ancak bazen fiyatlar kırılmayı gösterecek derecede net olmuyor, o zaman bazı gösterge oranlar buluyoruz. Mesela ben şimdi bankacılık zararıyla ilgili bir çalışma yapıyorum, doktora tezim kapsamında, fiyatlara bakıyorum, kredi faizi oranları ile merkez bankası politika faizi oranları arasındaki marjlara bakıyorum. O marj açıldıysa şüphelendiğim bir dönem oluşuyor demektir ve bunu kendi elimdeki bilgiyle kontrol ediyorum. Dolayısıyla bu dönemin tespiti önemli.

Kartel dışında fiyatı etkileyen parametrelerin tespiti de çok önemli. Neden, çünkü bizim fiyat artışımız var fakat bu fiyat artışının ne kadarı piyasa dinamikleri nedeniyle oluyor, ne kadarı kartel nedeniyle oluyor, bunu ayırtırmamız lazım. Maliyetler artmış olabilir, piyasanın yapısı değişmiş olabilir, dolayısıyla oradaki fiyat artışları son derece doğal olabilir, piyasanın dinamikleri çerçevesinde gerçekleşiyor olabilir. Bizim bunları ayıklıyor olmamız lazım. Bunları ayıkladığımız zaman fiyat artışının kalan kısmına kartel zararı diyebiliriz. Fiyatı açıklayan değişkenleri tam olarak ortaya koymuyorsak, örneğin diyelim ki çok önemli bir maliyet

kalemini değişken olarak modelin içine koymadıysak, oradaki fiyat artışı olduğu gibi kartel zararı olarak gözükür. Dolayısıyla biz tazminatı aslında olması gerekenden yüksek bir seviyede hesap etmiş oluruz. Kısacası bu dönemdeki endüstri pazar koşullarının dikkatle incelenmesi gerekiyor.

Kıyaslamaya dayalı analizlerde kullanılan ikinci teknik benzer pazarlarla kıyaslama. Burada, benzer ürün pazarları ya da coğrafi pazarlar buluyoruz ve onlarla bir kıyaslama yapıyoruz. Örneğin, gaz beton sektöründe bir kartel varsa en yakın ikamesi ne: tuğla sektörü. Tuğladaki fiyatlarla karşılaştırıyoruz. Ya da coğrafi pazarların müsait olduğu sektörler var, örneğin çimento. Nakliye maliyetleri nedeniyle lokal pazarlar oluşuyor, dolayısıyla siz elinizde eş değer olarak kıyaslayabileceğiniz bir takım lokal pazarlar elde etmiş oluyorsunuz. Yine elektrikte dağıtım bölgeleri var farklı farklı, o dağıtım bölgeleri de size bu çalışmayı yapma olanağını sağlıyor. Kartellerin başladığı veya bittiği tarihlere ilişkin belirsizlik olduğu durumlarda, benzer pazarlarla kıyaslama iyi bir alternatif. Özellikle pazarın coğrafi bölgelere ayrıldığı ya da yakın ikame ürünlerin söz konusu olduğu durumlarda iyi bir alternatif. Ancak bazı dezavantajları var: Talep, maliyet, pazar yapısı bakımından benzer pazarlar bulmak çok zor. Buna ilişkin oldukça büyük zorluklar var.

Burada değinmemiz gereken başka bir sorun daha var: Kıyaslama yaptığımız benzer pazarlarda kartel olmaması lazım. Az evvel dediğim gibi çimento sektörü bu tür bir karşılaştırma için müsait. Ama kartel olan bölge ile karşılaştırdığımız diğer bölgelerde de kartel söz konusu olabilir, biz aslında kartel fiyatlarını kartel fiyatları ile karşılaştırıyor olabiliriz, o da bizim zarar tahmininin tamamen yanlış sonuçlanmasına neden olur. Bir de benzer pazarlarda şemsiye etkisi olasılığı yüksek. Az evvel değindi Süleyman Bey, şemsiye etkisi şu demek; örneğin kartel yapılan bir üründe fiyat 150'den 300 dolara çıkarıldı. Bu sırada 50 dolara gelen ucuz ikame Çin ürünü, yani rakip ürünün fiyatı da 100-150 dolara çıktı. Rakipler kartelde yoklar ama o yükselen marjdan yararlanıyorlar. Dolayısıyla şemsiye etkisi dediğimiz şey oluyor. Aslında kartel içinde olmayan firmaların da fiyatını yükselttiğini görüyoruz. Dolayısıyla yakın ikame ürünleri karşılaştırırken, o şemsiye etkisi varsa biz aslında zararı olduğundan daha az tahmin etmiş oluyoruz.

Kıyaslamaya dayalı analizlerde üçüncü teknik, farkın farkı yöntemi. Bu az evvel anlattığımız iki yöntemin bir kombinasyonu, ikisini beraber bir araya getiren bir yöntem. Aşağıdaki basit matris üzerinden ifade edersek:

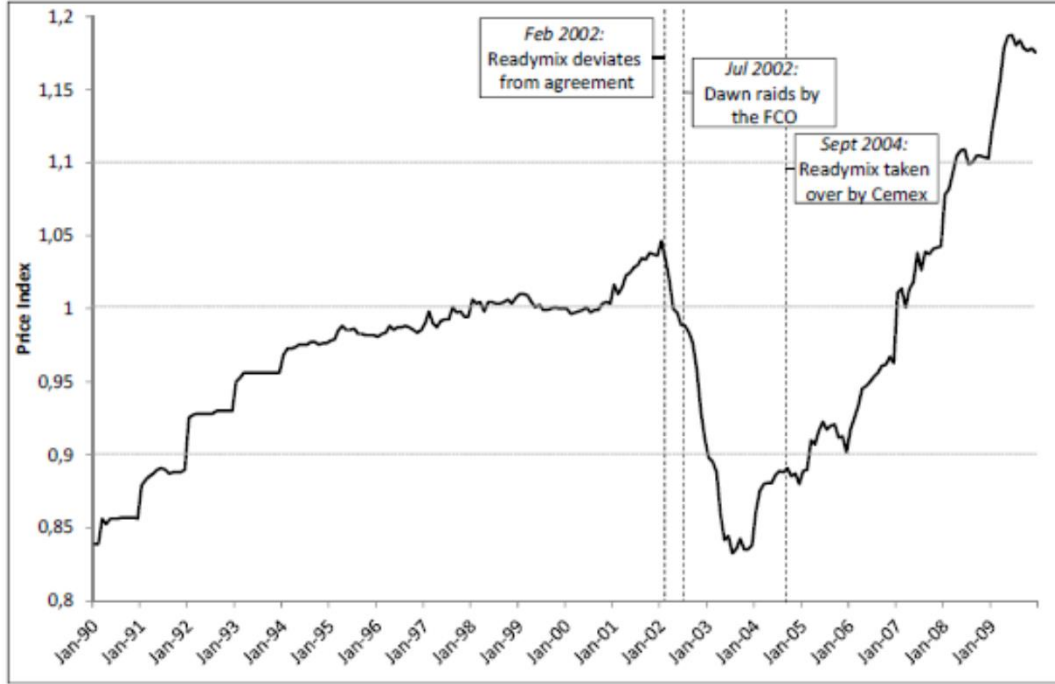
	Kartel Öncesi Dönem (Ortalama Fiyat)	Kartel Dönemi (Ortalama Fiyat)	Tahmini Zarar
Kartelleşmiş Pazarı	A	B	$(B - A) - (D - C)$
Rekabetçi Pazar	C	D	

Burada kartelleşmiş bir pazar, bir de bununla kıyaslayabileceğimiz rekabetçi bir pazar söz konusu. Kartelleşmiş pazar için, kartel dönemi ortalama fiyatından, kartel öncesi ortalama fiyatını çıkartıyoruz: Bu size öncesi ve sonrası yöntemindeki zarar tahmini gibi gelebilir ama aslında değil, çünkü burada öncesi ve sonrası analizinde olduğu gibi fiyatı etkileyen parametrelere bakmıyoruz. Daha sonra rekabetçi pazar için kartel döneminde oluşan ortalama fiyattan, kartel öncesi dönemdeki ortalama fiyatı çıkartıyoruz. Bu bize piyasada doğal dinamiklerden kaynaklanan fiyat artışlarını veriyor. Bu pazarda kartel olmadığı için, rekabetçi bir pazar olduğu için, bu pazardaki fiyat artışları bize piyasanın dinamiklerini örneğin maliyet kalemlerindeki artış nedeniyle oluşan fiyat farkını veriyor. Biz burada aslında fiyatı etkileyen değişkenler neydi hususuna girmeden, rekabetçi pazardaki bu fiyat artışını piyasanın dinamikleri nedeniyle gerçekleşen fiyat artışı olarak varsayıyoruz. Kartelleşmiş pazardaki dönemler arası farkı, rekabetçi pazardaki dönemler arası farktan çıkardığımız zaman, kalan tutar bize kartelden kaynaklanan zararı veriyor. Bu yöntem öncesi/sonrası analizi ya da ürün pazarlarına dayalı kıyaslamalara destek olarak kullandığımız bir teknik.

Şimdi öncesi/sonrası analizinin nasıl kullanıldığını uygulamadan bir örnekle açıklamak istiyorum. Bu uygulama Almanya'daki çimento karteli vakasına dayalı olarak yapılmış. Çimento, kartel üretmeye müsait bir sektör. Az sayıda üretici homojen ürün, yüksek giriş engelleri, kireç kaynaklarına yakınlık çok önemli ve üretim tesislerinin maliyeti de söz konusu. Dolayısıyla başlangıç maliyetleri çok yüksek. Esnek olmayan bir üretim süreci var, yani kapasite kullanım oranı düştüğü anda birim başına maliyet çok hızlı bir şekilde artıyor. Nakliye maliyetleri yüksek, dolayısıyla pazarların lokal olma ihtimali son derece yüksek ve enerji tüketimi yoğun. Bir ara girdi olan klinkerin yüksek dereceli fırınlarda ısıtılması, pişirilmesi

nedeniyle yoğun bir enerji kullanan bir sektör. Almanya’da 2002’de Readymix ünvanlı teşebbüsün pişmanlık başvurusu üzerine başlatılan bir inceleme var. Alman rekabet otoritesi Bundeskartellamt bu soruşturmada 1990’lı yılların başından itibaren kota sistemiyle bir kartel oluşturulduğunun tespitini yapıyor. Soruşturma sonunda 702 milyon Avro cezaya hükmediyor.

Burada zarar tahmini için kullanılan yöntem “sonrası tekniği”, yani kartel fiyatları kartel sonrası fiyatlar ile karşılaştırılıyor. Bu grafik üzerinden açıklarsak:



Grafik yıllar itibarıyla Almanya’daki fiyat gelişimini gösteriyor. Kartel 1990’lı yıllarda başlıyor, fiyatlar 2000’li yılların başında ciddi bir şekilde düşüşe geçiyor. Bu düşüş Readymix’in anlaşmadan çarkıyla başlıyor, soruşturmanın başlatılmasıyla beraber bu düşüş trendi hızla devam ediyor. 2005 yılında fiyat tekrar artmaya başlıyor. Buradaki fiyat artışı Readymix’in rakibi tarafından devralınması sonrası gözlemleniyor. Bu nedenle bu dönemden sonrası çalışmada dışarıda bırakılmış ve analiz 2000-2005 arası fiyatların kartel sonrası fiyatları yani rekabetçi fiyatları temsil ettiği varsayılarak yürütülmüş. Çalışmada bazı varsayımlarım var, bu varsayımlardan bir tanesi, kartel döneminin bitişiyle birlikte rekabetçi fiyatlar başlıyor varsayımı. Sonra ikinci aşamasında bu varsayım değiştiriliyor, varsayım değiştiğinde sonuçlar nasıl değişiyor, o açıdan da bakacağız.

Birinci varsayım şu şekilde değiştiriliyor: Bir geçiş süreci öngörülüyor. Fiyatların hemen düşmeyeceği, bir geçiş süreci sonunda tedricen aşağı doğru gideceğini varsayıyor analiz. İkinci

olarak fiyatı etkileyen parametrelerin kartel sırasında ve sonrasında aynı olduğu varsayılıyor, bu da çok önemli. Ne etkiliyorsa kartel öncesi dönemde fiyatı, örneğin mevsimsellikse, onun etkisi kartel öncesinde de sonrasında da aynı. Mesela olağanüstü bir ekonomik kriz yok kartel sonrası dönemde ya da öncesi dönemde. Sonrasında çimento fiyatını etkileyecek fiyatlar tespit edilmeye çalışılıyor, yani kireç ana hammaddesi, bununla ilgili fiyat endeksi kullanılıyor, elektrik, linyit, bir de çimento miktarı. Bunlar kurulan modelin değişkenleri, bu değişkenlerden kaynaklı artışlar söz konusu ise bunları tek tek bu değişkenler yakalıyor. Bunun dışında bir kartel kukla değişkeni konuluyor modele, kartelden kaynaklı fiyat artışını yakalamak için.

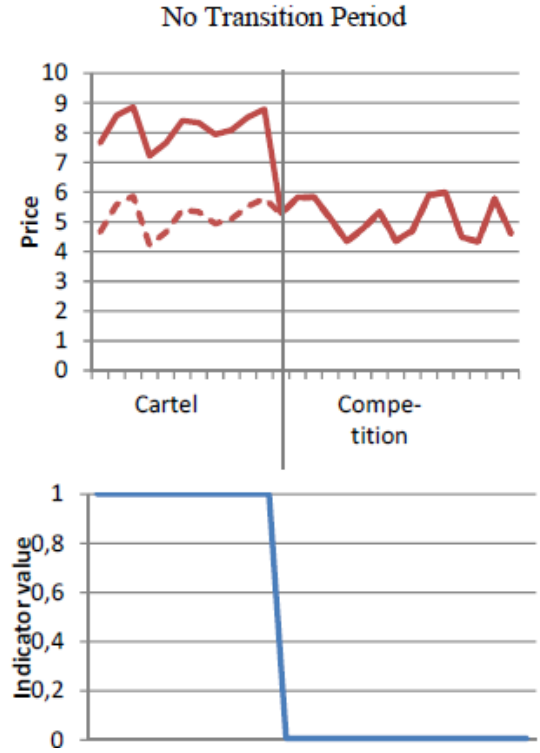
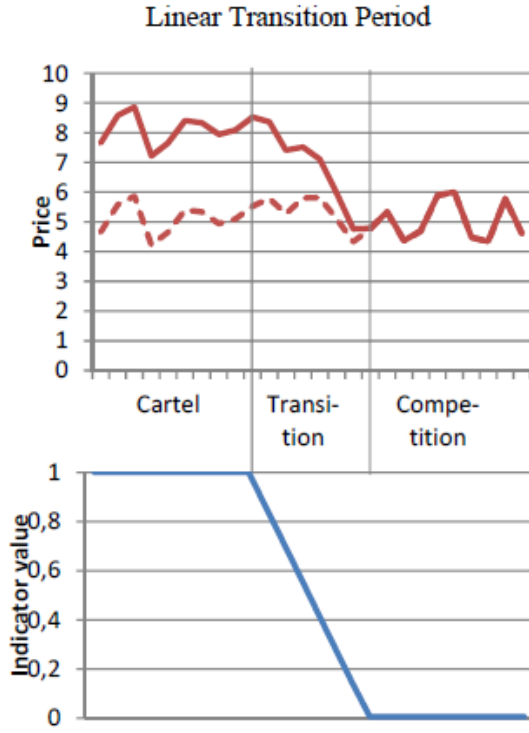
Burada ekonometride endojenlik dediğimiz bir soruna da değinmek lazım, genelde karşılaştığımız bir şey. O da şu demek; çimento miktarını fiyatı etkileyen bir değişken olarak koyarsanız, çimento miktarındaki değişim fiyatı etkiler fakat fiyattaki değişim de çimento miktarını etkiler. Dolayısıyla endojenlik dediğimiz bu etkileşim hatalı tahminlere yol açıyor. Burada bağımlı değişkenin, yani fiyatın miktarı etkilememesi gerekiyor doğru sonuçlara ulaşmak bakımından. Dolayısıyla burada bunu temsil eden başka bir değişken (*instrumental variable*) konuluyor. Çimento miktarını temsil edecek ama çimento fiyatındaki değişiklik bu miktarı etkilemeyecek. Bunun için bir endeks yapılıyor, *instrumental index*. Binaların sayısı endeks olarak kullanılıyor çünkü çimento maliyeti bina maliyetinin yüzde 3'ü kadar, çok düşük, dolayısıyla çimento fiyatı arttı diye müteahhit bina yapmaktan vazgeçmiyor. Dolayısıyla biz orada bu etkileşimden kurtulmuş oluyoruz. Bu endeks bina, altyapı, metro yapımı endeksleri kullanılarak 6 endeksin birleştirilmesiyle oluşturulmuş ve çimento miktarını temsil ettiği varsayılarak modelin içine konuluyor.

Modelin uygulama sonuçları şu şekilde ortaya çıkıyor.

Variable	Coefficient	Sign. Level	(Std. Error)
Cartel Period	0.185	***	(0.020)
Price Index Lime	1.234	***	(0.132)
Price Index Electricity	0.038		(0.074)
Price Index Lignite	0.631	***	(0.155)
Index Cement Production (instrumented)	0.028	**	(0.012)
Trend	0.001	***	(0.000)
Constant	-0.349	***	(0.074)
First Level			
Number of Observations		180	
F(12, 167)		63.80***	
(adj.) R ²		0.81	
Second Level			
Number of Observations		180	
F(6, 173)		154.05 ***	
R ²		0.72	

Çıkan sonuçta, kartel kukla değişkeninin katsayısı bize kartelin fiyat üzerindeki etkisini veriyor. O da yaklaşık yüzde 20,32 olarak gözüküyor, yani kartel yüzde 20 oranında fiyat artışıyla sonuçlanmış. Bunu da miktar ile çarptığınız zaman bize toplam zararı veriyor, *price over charge*'dan kaynaklanan zararı vermiş oluyor.

Burada bir geçiş dönemi varsayılarak yapılan yeni bir tahmin var. Geçiş dönemi varsayımında bir kartelin sona ermesinden sonra bile kartelin etkisi belirli bir süre devam edebilir öngörüsü var. Bir de birçok üst pazarda olduğu gibi orta ve uzun dönemdeki kontratların varlığı bizim fiyat katılığı dediğimiz olguya yol açıyor. Dolayısıyla şekilden de görüleceği üzere, kartel sonrası dönemde fiyatların aniden düşmeyeceği, tedrici olarak ineceğine ilişkin bir varsayım yapılıyor ve 4, 6, 7 aylık, üç ayrı geçiş süreci için lineer bir geçiş süreci öngörülüyor.



Grafiğin sağ kısmında kartel fiyatının ilk yapılan analizde birden bire düşüşüne ilişkin varsayım var, sol kısmında ise tedrici olarak düştüğüne ilişkin bir varsayım var. Kartel neticesindeki fiyat artışları, sırasıyla 4 aylık geçiş süreci kullanılırsa yüzde 23,7; 6 aylık geçiş süreci için yüzde 25,2, 7 aylık için yüzde 26 şeklinde oluşuyor. Dolayısıyla kartelden kaynaklanan artış, ilk analizi de hesaba katarsak, yüzde 20 ila 26 arasında değişen oranda ortaya çıkıyor.

Son iki slaydımda, zarar ve tazminat konusundaki bu tartışmalardan yola çıkarak Türk hukuku bakımından hukukçularımızın dikkatini çekmek istediğim bazı hususlara değinmek istiyorum. Karşılaşmamız muhtemel bazı tartışma konuları da diyebiliriz bunlara. Bu bizim Rekabet Kanunu'ndaki 58. Maddemiz diyor ki;

“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.”

Maddenin zarar hesabı bakımından büyük ölçüde ekonomi teorisiyle uyumlu bir altyapısı var. “Zarar görenlerin, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep etmesi” burada ele aldığımız temel ekonomik yaklaşıma dayanıyor. Burada bir sıkıntımız yok. Fakat zarar görenler dolaylı alıcıları kapsıyor mu, kapsıyor ise davalılar yansıtma savunmasını kullanabilecekler mi bu açık değil. Muhtemeldir ki içtihat ile şekillenecek bu durum ve bunun önünde bir engel varmış gibi durmuyor madde hükümlerinde.

Başka bir tartışma konusu daha var: Zarar, tarafların anlaşması veya kararı veya ağır ihmalin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, zararın üç katı oranında tazminata hükmedilebiliyor. Burada uygulamada bazı olası riskler var. Bu hükmü örneğin dikey anlaşmalara uygulamak gibi. Hakimlerin yorumu çok önemli burada çünkü mesela aslında kapama etkisi olmayan dikey anlaşmalara, kartellere göre çok daha az rekabeti kısıtlayan dikey anlaşmalara uygulanma olasılığı var bu hükmün. Bu tür anlaşmalar genellikle aleni, ortada, dolayısıyla ağır ihmal olarak da yorumlanabilir hakim tarafından. Oysa rekabete zarar veren anlaşmalar gizli anlaşmalar, üç katı tazminat hükmü gizlilik nedeniyle var. Bu üç katının oluşmasında Amerika’da yapılan çalışmalar var. Bu üç katı şundan dolayı uygulanıyor tazminat davalarında: Yapılan çalışmalar bir kartelin yakalanma riskini tahmin etmeye çalışıyorlar. Kartelin yakalanma olasılığının yüzde 30’lar civarında, yüzde 30 ile 20 arasında değiştiğini tespit eden çalışmalar var. Kartelin yakalanma ihtimali üçte bir. Ben bir kartel anlaşması yapıyorum, yakalanma riskim yüzde 30. Dolayısıyla şöyle düşünüyorum; ben bir kartel anlaşması yaparsam, bugünkü bulunduğum noktadan üçte bir olarak daha az görüyorum tazminatı. Çünkü yakalanma riskim az. Yakalanmazsam kartel karının tamamı benim ama benim yakalanma ihtimalim üçte bir. Dolayısıyla caydırıcılık teorisi dediğimiz bir şey var, caydırmak için en az üç katı tazminatla karşılaşmalı ki firma, ihlal yapmaktan vazgeçsin. Bu üç katı hükmü oradan geliyor, aslında gizliliği cezalandırıyor. Çünkü bizim “conspiracy” dediğimiz hadise aslında bizim Türkçede maalesef tam karşılığı yok, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ya da kartel diyoruz, ama conspiracy kelimesindeki hinlik yok bizim Türkçe karşılıklarda. O hinliği, o gizliliği cezalandırıyoruz biz bu

üç katıyla. Maalesef çekincelerim var, kurumda da zaman zaman uygulamaları olduğu için, dikey anlaşmaları hemen de yakalayabildiğiniz için, dikey anlaşmalara uygulanma olasılığından endişe ediyorum. Dolayısıyla aslında madde hükmünde borçlar kanunu terminolojisiyle ağır ihmal dediğimiz hususu, rekabet hukukunun amaçları bakımından ağır ihlal olarak okuyabilir miyiz, yorumlayabilir miyiz? En azından hakimlerimizin böyle yorumlamasını temenni ediyorum.

Bir başka çok önemli konu, mahkemelerin veri toplama yetkisi. Veri yoksa zarar da yok, böylesine önemli bir konu kısaca. Dolayısıyla ben bunu hukukçu arkadaşların dikkatine sunmak istiyorum. Üçüncü taraflardan bilgi isteme yetkisinin kapsamı nedir mahkemelerde ve bunu kimin aracılığıyla kullanacak hakimler? Normalde tazminat davalarında bir bilirkişi tayin edilecek, bu bilirkişi bir hesaplama yapacak, veri toplayacak. Peki, bu bilirkişi mahkemelerin bilgi toplama yetkisini aynen kullanabilecek mi, ne kadar hızda kullanabilecek? Ben yaptığım çalışmada 1,5 sene veri toplamakla uğraştım. Gidiyorum, geliyorum veri alıyorum ilgili yerlerden, “3 aylığı olmadı, 1 aylığı var mı” diyorum, onu düzeltiyorum, tekrar gidiyorum. Süreç bu şekilde işliyor. Mahkemeler de sıklıkla cevap yazıp gönderebileceğiniz, değişiklik talep edebileceğiniz bir süreç değil. Yani bilirkişinin, bizim Kanunun 14. Maddesinde kurulun uzmanlara verdiği yetkiyle donatılmış olması lazım. İsteddiği zaman o dönem içerisinde bu bilgiyi hızlı bir şekilde alabiliyor olması lazım. Bir de verilerin doğruluğunu kontrol etme var, bizim başımıza zaman zaman gelen vakalardır bunlar, biz bunları yerinde incelemelerle giderebiliyoruz. Verilen bilgilerden şüphelenirsek, doğrudan kendi kaynağında muhasebe kayıtlarına bakarak ortaya çıkarmak isteyebiliyoruz. Mahkemeler bunu yapabilecek mi? Mesela yine hukukçulara bir soru, keşif müessesesi bunun için kullanılabilir mi?

Bir başka husus da, veriler konusunda Rekabet Kurumu’yla işbirliği yapılabilir mi? Çünkü biz bu verileri cebren topladığımız için çok önemli bir kaynak. AB direktifinin öngördüğü gibi mahkemelerle Rekabet Kurumu arasında ne tür bir mekanizma kurulabilir? Pişmanlık ve uzlaşma müesseseleri kapsamındaki bilgiler istisna tutulacak mı, bir başka önemli husus. Çünkü bunlar istisna tutulmazsa - uzlaşma müessesemiz şu anda yok ama kanun tasarımızda var- bunları sekteye uğratabilir. Bununla beraber pişmanlık başvurusunda bulunanlar özel hukuk hükümlerinden, dolayısıyla tazminat yükümlülüğünden muaf tutulmalı mı, tutulmamalı mı, bir başka tartışma konusu. Çok teşekkür ediyorum.

AV. GÖNENÇ GÜRKAYNAK: Biz teşekkür ederiz efendim, sağ olun, çok bilgilendiriciydi. Hiç beklemeden, Avukat Fatma Devrim Hanım'ı davet ediyoruz. Kendisi Ankara Üniversitesi'nde lisans ve yüksek lisans derecelerini hukuk disiplininde aldıktan sonra halihazırda Dokuz Eylül Üniversitesi'nde doktorasını yürütmektedir. Rekabet Kurumu'nda 4 yıl çalıştıktan sonra çeşitli yerlerde çalıştı. Şimdi TÜPRAŞ'ta rekabet hukuku uyumunu yaygınlaştırmak üzerine çalışmakta. Buyursunlar efendim.

AV. FATMA DEVRİM: Merhaba, ben de teşekkür ederek başlayayım, hem organize edenlere, hem dinlemeye gelenlere. Ben rekabet ihlallerinden doğan tazminat taleplerinin ileri sürülmesinde zamanlama konusunu ele alacağım. Rekabet ihlallerinden doğan zararlarda ne kadarlık bir süre içinde tazminat davasını açmak mümkündür, Amerika'da, Avrupa Birliği'nde bu süreler ne kadar öngörülmüş, süreler ne şekilde işliyor, ne şekilde duruyor, ülkemizde durum ne sorularını cevaplandıracağım. Ayrıca, bu konuya ilişkin Yargıtay'ın son dönemde bir içtihat değişikliği var, onu birazcık tartışmak istiyorum. Son olarak, vaktimiz kalırsa da birkaç tane Avrupa'daki tazminat davalarının ülkemize nasıl yansımaları olabilir diye tartışabileceğimiz bir bölüm olacak.

Zamanaşımı Nedir?

- Borç ilişkisinde zamanaşımı, alacaklının kanunun öngördüğü sürede, kanunun öngördüğü şekilde davranmaması sebebiyle alacağını dava veya cebri icra yoluyla elde etmek hakkından yoksun kalmasıdır.
- Zamanaşımının Şartları:
 - Muaccel bir borcun varlığı
 - Kanunun öngördüğü sürenin geçmiş olması
 - Zamanaşımının kesilmemiş olması
 - Zamanaşımının durmamış olması



Zaman aşımı, sorumluluğa bir sınır getirmek için bütün borç ilişkilerinde kabul edilen kanuni süredir. Alacaklı kanunun öngördüğü süre içinde dava açmazsa veya icra takibi başlatmazsa, artık devletin mahkemelerinden, icra dairelerinden alacağını tahsil etmek için destek alamaz duruma gelir. Zaman aşımının işlemeye başlaması için gereken şartlar: muaccel bir borç olması

ve zamanaşımı süresinin geçmemiş olması, zamanaşımının kesilmemiş, durmamış olması. Bunlar zamanaşımı ile ilgili olarak bütün hukuk sistemlerinde geçerli genel koşullar. Başka hukuk sistemlerinde rekabet ihlallerinden doğan zamanaşımı meselesi nasıl düzenlenmiş, ona bakacağız.

Zamanaşımı-ABD Uygulaması

- Clayton Kanunu md. 4B:
 - İhlalin gerçekleştiği tarihten itibaren 4 yıl içinde tazminat davası açılması gerekir.
- Aşağıdaki durumlarda süre işlemeye başlamaz:
 - İhlalin varlığı bilinmiyorsa,
 - Zarar bilinmiyorsa.



4

Amerika Birleşik Devletlerinde Clayton Kanunu’nun dördüncü maddesinde konu düzenlenmiş ve zarara uğrayanlara ihlalin gerçekleştiği tarihten itibaren 4 yıllık bir süre tanınmış davayı açmak için. Bu 4 yılın başlaması için ihlalden ve zarardan haberdar olması gerekir zarar görenin. Kamu otoriteleri eğer ihlale el atmışsa, yani bir dava açılmışsa veya rekabet otoritesi bir inceleme başlatmışsa zaman aşımı duruyor. O inceleme nihayete erdirilip üzerinden bir yıl geçinceye kadar da durmaya devam ediyor. Dolayısıyla konuya kamu otoriteleri el atmışsa, delilleri ortaya çıkarmak için yetkileri de var, zarara uğrayan sonucun ortaya konmasını bekleyip ondan sonra ortaya çıkan delillere dayanarak davasını ileri sürebiliyor. Bu önemli bir mekanizma çünkü süreyi kaçırma riskini ve ispattaki zorlukları büyük oranda aşabiliyorsunuz bu mekanizma sayesinde. Zaten Avrupa Birliği de bunu direktifiyle benimsemiş durumda.

Zamanaşımı-AB Uygulaması: 2014/104 Sayılı Direktif

- Zamaşıımının işlemeye başlaması için,
 - a) ihlal sona ermeli
 - b) zarar gören tarafından eylemin;
 - ihlal oluşturduğu,
 - zarara sebep olduğu
 - zarar verenin kimliği öğrenilmeli/öğrenebilecek durumda olmalıdır.
- Zamaşıımı süresi 5 yıldan kısa olamaz.

Direktifin geneline göre, zamaşıımına dair kurallar net ve uygulanabilir.

5

Avrupa Birliği'nde 2014/104 sayılı Direktifin 10. ve 18. Maddelerinde zamaşıımı konusunda düzenlemeler getirilerek konuya dair AB genelinde bir standardizasyon sağlanması hedeflenmiş. Avrupa Birliği'nde her üye ülkenin kendi hukukunda zaman aşımı süreleri değişken, ülkeden ülkeye fark ediyor. Ama Direktif bu konuya bir alt sınır getirerek rekabet ihlale dayalı tazminat talepleri için zamaşıımı süresi 5 yıldan kısa olmayacak dedi. Dolayısıyla 5 yıldan kısa zamaşıımı süresi olan üye ülkeler alt sınırı sağlayacak şekilde kendi hukukunu Direktif ile uyumlu hale getirecek. Direktif sürenin işlemeye başlaması bakımından da bir kural öngörüyor ve diyor ki ilk önce ihlalin sona ermiş olması ve zarar görenin ihlalden ve zararından ve ayrıca kime karşı dava açabileceğinden haberdar olması lazım. 10. maddenin ikinci fıkrasında ihlalden haberdar olma şartının yanı sıra öğrenebilecek durumda olma şartı da zikredilmiş. Zarar görenin ne zaman ihlalden haberdar olması beklenir, bu biraz belirsizlik getirecek gibi gözüküyor. Ne zaman öğrenebilecek durumda olduğunu davalı taraf savunma vasıtası olarak kullanacaktır, daha önce öğrenmişti ya da öğrenebilirdi diyebilir. Ama genel olarak direktifin tazminat talepleri konusunda getirdiği diğer hükümlerle zaman aşımına ilişkin hükümleri özel olarak karşılaştırdığımızda, zaman aşımına ilişkin hükümler daha net, daha uygulanması kolay kurallar getirilmiş. Direktifin hükümleri bu alandaki sorunları büyük oranda çözecek. Zamaşıımının hangi durumlarda duracağına ve kesileceğine ilişkin de kurallar getiriyor Direktif ve rekabet otoritesi aynı konuyla ilgili inceleme yapıyorsa zamaşıımı durur veya kesilir diyor. Rekabet otoritesinin inceleme başlatmasının zamaşıımının durmasına mı

yoksa kesilmesine mi yol açacağı ise üye ülkeden ülkeye değişebilecek. Aynı Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi, yine rekabet otoritesinin incelemesi sona erdikten bir yıl sonra tekrar süre işlemeye başlayacak. Dolayısıyla zarar gören taraflar kamu otoritesinin incelemeyi nihayete erdirmesini bekleyerek onun ispat konusunda sağlayacağı kolaylıktan faydalanarak davalarını açabilecekler. Yani, rekabet otoritesinin bir ihlal ile ilgili inceleme başlatması ve sonucunda verilecek kararın kesinleşmesine kadar geçirilecek süreç, dava açma süresini bir hayli erteleyecek. Bu düzenlemenin ABD ve AB örneklerinde olduğu gibi zarar görenlere gerek dava açma süresi gerekse de ispat konusunda sağladığı yararları gözetilerek ülkemizde yapılacak bir düzenleme için de örnek alınması uygun olacaktır.

Zamanaşımı-AB Uygulaması: 2014/104 Sayılı Direktif

- Rekabet otoritesinin incelemeye başlaması zaman aşımını keser/durdurur.
- Zaman aşımı ihlal kararının kesinleşmesinin veya incelemelerin sona erdirilmesinin üzerinden 1 yıl geçtikten sonra yeniden işleme başlar.
- Direktif, tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmaları durumunda zaman aşımının durmasını öngörmüştür. Tazminat davasını gören mahkeme de tarafların uzlaşma görüşmelerine başlaması durumunda 2 yıl süre vererek bekletici mesele kabul edebilir.

Zaman aşımının kesilmesi/durdurulması, dava açma süresini bir hayli erteleyecek.

6

Direktifte yer alan zaman aşımı ile ilgili düzenlemelere geri dönersek, uzlaşma veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının da zaman aşımının durdurulması ile özendirildiğini görüyoruz. Buna göre taraflar rekabet ihlalinden kaynaklanan zararlara dair uyuşmazlıkta tahkime gitmek isterlerse, ister yargı aşamasında olsun, ister dava aşamasından önce olsun, tahkim yoluna başvurmaları zaman aşımını durduruyor. Böylece alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelmeyi kolaylaştırıyor. Zarara uğrayan tarafın “Ben buralarda oyalanırken zaman aşımını kaçırmıyım” düşüncesi içinde olmasına gerek kalmıyor.

Türkiye- Borçlar Kanununda Haksız Fiil Zamanaşımı

- TBK 72: Tazminat istemi zarar görenin **zararı ve tazminat yükümlüsünü** öğrendiği tarihten itibaren **iki yılın** ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren **on yılın** geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Devam eden/Tekrar eden ihlallerin durumu

Davalının belirlenememesi durumu

Zararı öğrenmesi daha güç olan dolaylı alıcılar ve tüketicilerin durumu

TBK 50/2: 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.

7

Ülkemize geldiğimizdeyse, Rekabete Kanunu'nda zaman aşımına ilişkin bir düzenleme olmadığı için genel hükümlere gidiyoruz. Rekabet ihlallerinden doğan tazminat taleplerine hangi zaman aşımı uygulanır sorusunun cevabı, Borçlar Kanunu'ndan düzenlenen haksız fiillere ilişkin zaman aşımı uygulanır şeklinde. Çünkü rekabet ihlali, genel itibariyle haksız fiil olarak nitelendiriliyor. Sözleşmeye ilişkin zaman aşımı uygulanır mı diye bir tartışma da yapılabilir, bunu dikey ihlaller ve hakim durumun kötüye kullanılması bakımından tartışabiliriz ama burada bu tartışmaya girmeden tüm ihlaller için haksız fiil zaman aşımı geçerli olacağından ben onu esas aldım. Borçlar Kanunu'nun 72. Maddesinde iki türlü zaman aşımı süresi öngörülmüş. İlki, kısa ve subjektif, yani zarar görenin öğrenme anından başlayan zamanaşımı süresi. Bu süre zarar görenin zararı ve faili öğrenmesiyle başlar ve öğrenme anından itibaren iki yıl sonra zamanaşımı süresi sona erer. Uzun ve objektif zamanaşımı süresinde ise ihlalden itibaren işlemeye başlayacak 10 yıllık bir süre söz konusu.

Genel olarak bu öğrenme kavramının dolayısıyla da sürelerin ne zaman işlemeye başlayacağını üstünde durmamız lazım. Zararın öğrenilmesi; bir zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında dava açmaya yeterli bilgiye ulaşılmış olmak olarak kabul edilir. Davayı ciddi ve objektif şekilde desteklemeye yeterli hal ve şartların varlığını öğrenmek yeterlidir. Rekabet ihlalinin öğrenilmesinde de aynı standardı takip edebiliriz. Ancak ihlalin ve zararın öğrenilmesi noktasında iki konuya özel olarak eğilmek gerekir. İlki tekrar eden veya süre gelen ihlallerin varlığı durumu. Rekabet ihlalleri tekrar eden pek çok davranıştan oluştuğu için son

ihlal tarihini esas almak gerektiği genel itibariyle söylenebilir. Tekrar eden ihlal ve devam eden ihlal arasında da yargıda veya doktrinde bir fark yaratılmış durumda. Tekrar edenlerde her biri için ayrı zaman aşımı işler ama devam eden tek bir ihlalse sona ermesini beklemek lazım gibi bir ayırım söz konusu.

İkinci mesele davalının belirlenememesi durumunda ne yapılacağı meselesi. Rekabet ihlalinin varlığını bilmenize rağmen zararınızı bilmiyorsanız veyahut da kimin bu zarara sebep olduğunu bilmiyorsanız, doğal olarak zaman aşımı işlemeye başlamıyor. Avrupa Birliği'ndeki gibi öğrenebilecek olma gibi bir kriterimiz yok, süre zararı, faili ve fiili öğrendiğiniz anda başlıyor.

Tazminatın tam olarak hesap edilememesi bu süreye nasıl etki edecek? Burada az önce değindiğimiz gibi, öğrenmeyi genel olarak dava açmaya yetecek kadar, zarara uğradığınızı öğrenmek şeklinde anlamak gerekir. Nitekim zararın tam olarak belirlenmesi konusunda Borçlar Kanunu'nda yer alan 50. Madde hakimın zararın hesabının zor olduğu durumlarda devreye girmesini ve takdir yetkisini kullanmasını sağlar. Dolayısıyla zararın detayına dair bilgi sahibi olmaya gerek yok sürenin işlemeye başlaması için.

Uzatılmış Zamanaşımı ve Bu Konudaki Yargıtay Kararı

TBK 72: Ancak tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımını öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Bu hükmün ihaleye fesat karıştırma bakımından tazminat davası z.a.nı 15 yıla çıkaracağı kabul edilirdi. Yeni olan ise:

Yargıtay 11. H.D.'nin 2015te aldığı bir karar:

Rekabet Kanunu'nda öngörülen ihlallerin soruşturma zamanaşımının 8 yıl olması sebebiyle, rekabet ihlaline dayanan tazminat davalarında da bu sürenin uygulanması kabul edilmiştir.

2014/13296(E), 2015/4424(K),
30.3.2015 T.

Söze başlarken zamanaşımına dair Yargıtay'ın yeni bir içtihadından bahsetmiştim. Borçlar Kanunu'nun 72. Maddesinde bir uzun bir de kısa zaman aşımı süresi öngörmüş ama bir de ikinci cümlesi var bu hükmün. Buna göre eğer tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zaman aşımını öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğuyorsa, bu defa Ceza Kanunu'ndaki daha

uzun zaman aşımı uygulanır. Bu hükmün hem rekabet ihlali hem suç olarak kabul edilen ihaleye fesat karıştırma bakımından, zarar görenlerin dava açma süresini uzatmak yönünde uygulama alanı bulabileceği doktrinde eskiden beri belirtilmekteydi. Bu uzamış zaman aşımıyla süre 15 yıla çıkar. Ama Yargıtay getirdiği yeni yorum ile bu yorumu bütün rekabet ihlallerini kapsayacak bir şekilde daha genişletti ve Kabahatler Kanunu'nu bir Ceza Kanunu olarak kabul etti.

Uzamış zamanaşımı konusunda Yargıtay'ın önceki içtihatlarına baktığımızda hep borçlar hukukunun bu hükmünde geçen cezayı gerektiren fiil ifadesi yorumlanırken Türk Ceza Kanunu'nda yer alan suç teşkil eden fiiller olarak kabul edilmişti. 11. Hukuk dairesi bu defa söz konusu ifadeyi kabahati de kapsayacak bir şekilde yorumladı ve Kabahatler Kanunu'ndaki 8 yıllık zaman aşımı süresi rekabet ihlalleri bakımından da geçerlidir ilkesini benimsedi. Bu önemli bir yenilik çünkü iki yıllık sürenin hep çok kısa olduğu, Rekabet Kurumunun bu süre içinde karar vermesinin neredeyse imkansız olduğu önceden beri söylenmekteydi. Buna bir de yargının Rekabet Kurumu kararını da yeterli görmeyip kararın kesinleşmesini istediğini hesaba kattığımızda bir ihlalle ilgili Rekabet Kurumunun karar alması ve bunun kesinlik kazanması 8-9 senelik bir süre anlamına geliyor. Dolayısıyla idari soruşturmanın kesinleşmesini beklerken zamanaşımı sona erecek şekilde bir tablo var karşımızda. Bu durumda, tazminat hakkını kaybetmemek için, her ihtimale karşı iki senelik süre içinde davayı açmak gerekir diye kabul eder durumdaydık.

Kabahatler Kanunundaki Soruşturma Zamanaşımı

- 5326 sayılı Kabahatler Kanunu **MADDE 20.- (1)**
Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idari para cezasına karar verilemez.
- **(3) Nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır.**
- **(4) Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar.**
- **(5) Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanır.**

Şimdi Yargıtay'ın bu 8 yılı uzamış zamanaşımı süresi olarak kabul etmesi hak sahiplerinin lehine bir çözüm. Ancak hukuki olarak çok temelleri olan bir çözüm olduğundan emin değilim çünkü bugüne kadarki yerleşmiş yorum kabahatleri değil, Türk Ceza Kanunu'ndaki suç teşkil eden fiilleri kapsayacak bir içerikteydi ve bence bu daha isabetli bir yorum. Nitekim Kabahatler Kanunu dahi uzamış zamanaşımına dair 20 maddesinde "kabahati oluşturan fiil aynı zamanda suç ise bu durumda suça ilişkin dava zamanaşımı süresi uygulanır" hükmünü içeriyor. Bu aynı maddede yer alan "nispi idari para cezası gereken durumlarda zaman aşımı süresi 8 senedir" şeklindeki hüküm için de geçerli. Sonuç olarak Yargıtay'ın 2014 ve 2015'te aldığı kararlar ile birlikte zamanaşımı süresini belirlerken, tazminata sebep olan olayın suç teşkil edip etmediğinin yanı sıra kabahat olarak düzenlenip düzenlenmediğine de bakmak gerekecek ve uzamış zamanaşımı böylece tespit edebileceğiz.

Uzatılmış Zamanaşımı ve Bu Konudaki Yargıtay Kararı

İhlal
2004-2008

Şikayet
6/6/2008

RK Kararı
23/12/2009

Muhtemelen
hala
kesinleşmedi

Dava
29/10/2012

Yargıtay zararı ve faili öğrenme tarihi olarak şikayet tarihini esas almış ve 8 yıllık sürenin bu tarihten itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmiş.

- Oysa ceza kanununda öngörülen daha uzun zamanaşımı süresi, her halde **olay tarihinden itibaren** işlemeye başlar; sürenin işlemeye başlaması için, zarar görenin zararı ve onun failini öğrenmesi koşulu aranmaz.
- Rekabet Kanunu veya Kabahatler Kanunu «ceza kanunu» olarak nitelenemeyeceği gibi rekabet ihlalleri de «cezayı gerektiren bir fiil» olarak nitelendirilemez.

10

Yargıtay 11. Hukuk dairesi, bu yeni yorumu Avea ile Turkcell arasındaki bir davada karar düzeltme aşamasında getirmiş. Bir diğer ifade ile karar düzeltme aşamasına kadar ilk derecede ve Yargıtay'ın temyiz aşamasında bir yıllık zaman aşımı sebebiyle dava reddedilmiş. Karar düzeltme aşamasında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi görüşünü değiştirmiş. Kararın alındığı tarihte eski borçlar kanunu uygulandığından şimdi iki yıl olan kısa zamanaşımı süresi bildiğiniz gibi bir yıldır. Yargıtay bu bir yıllık süreyi değil, sekiz yıllık süreyi burada uygulamak lazım diyor. Ayrıca bu süreyi işletmeye başlama tarihi de Rekabet Kurumuna şikayette bulunma tarihi. Mahkeme şikayette bulunacak kadar yeterli bilgiye sahipsen, o tarihte demek ki dava açacak kadar da

bilgiye sahipmişsin diye bir yorumda bulunuyor ve o tarihten itibaren 8 senelik bir zamanaşımı öngörüyor. Söz konusu yeni içtihat Solmaz Mercan ile Anadolu Cam arasındaki bir tazminat davasında da tekrarlanmış, bu sebeple 11. Hukuk Dairesi'nin zamanaşımı konusundaki görüşünü değiştirdiğini net bir biçimde söyleyebiliriz.

Bu yorum pratik olarak dava açma süresini hak sahiplerinin lehine olacak şekilde uzattığı için isabetli. Çünkü rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarının hukukumuzda gelişmemesinin sebeplerinden biri olarak kısa zamanaşımı süreleri gösteriliyordu. Dolayısıyla buna ihtiyacımız vardı. Ancak söz konusu karar, hukuki temelleri açısından çok da güçlü değil. Kabahatler Kanunu'ndaki tanımlanan kabahatler, borçlar kanununun işaret ettiği cezayı gerektiren bir fiil midir diye düşünmek gerekir. Kabahatler Kanunu'nda yer verilen idari para cezası, ceza hukuku anlamındaki bir ceza değildir. Ayrıca uzamış zamanaşımı kavramı bugüne kadar suç oluşturan eylemler için uygulanmış. Sonuç olarak bu kavramın yorumunda bir kayma söz konusu.

Zamanaşımın Durması ve Kesilmesi

Kabahatler Kanunundaki soruşturma zamanaşımının kesilmesini/durmasını sağlayan bir yasal düzenleme yok.

- TBK 153 Zamanaşımın Durması: Alacağı Türk mahkemelerinde ileri sürme imkanı bulunmadığı sürece (Süre, durduran sebep ortadan kalkınca kaldığı yerden devam eder).
- TBK 154 Zamanaşımın Kesilmesi: Alacaklı, dava veya defi yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa (Kesilmeden sonra yeniden işlemeye başlayacak süre iki yıllık olacaktır.)

11

Diğer yandan bu yorum geçerli olduğunda zamanaşımının kesilmesi ve durması konularının uygulanmasında problem yaşayabiliriz. Çünkü Kabahatler Kanunu'nda kesilme veya durma ile ilgili bir hüküm getirilmediği gibi bu konularda başka bir kanunun kesilme veya durmaya ilişkin hükümlerine de atıf yapılmamıştır. Bu sebeple Yargıtay kesilme veya durma hükümleri uygulanmaksızın zamanaşımı hesabı yapılacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu'na göre zamanaşımı ihlal tarihinden itibaren işlemeye başlar ve 8 yıl sonunda sona

erer. İdare mahkemesinde veya Rekabet Kurumunda geçen süreler 8 yılı da aşabilir. Buna rağmen, Kabahatler Kanunu'nda Ceza Kanunu'ndaki kesinti ve durma maddelerine atıf olmadığından uygulama alanı bulmayacağını söyleyebiliriz. Olsa olsa 8 yıl içinde tazminat davası açarak bu süreyi kesintiye uğratmak mümkün olur.

Zamanaşımı bahsinde son olarak, Borçlar Kanunu'nun 153. Maddesindeki "talebi Türk mahkemelerinde ileri sürme imkanının olmadığı sürece zaman aşımı işlemmez" hükmüne değinmek isterim. Söz konusu hüküm dava şartı yokluğu halinde zamanaşımı işlemeye başlamaz mealinde kabul edilip Yargıtay'ın dava şartı yokluğundan davaları reddettiği içtihat ile birleştiriliyordu. Yargıtay, eğer Rekabet Kurumu rekabet ihlali tespit etmemişse ve yargı da bunu onaylamamışsa, daha dava şartı gerçekleşmemiş diyordu ilk kararlarında. Şimdi artık bu durumu bekletici mesele olarak nitelendirmeye başladı. İdari kesinleşmenin dava şartı olarak gördüğü dönemde, acaba bu 153. Maddedeki durma maddesi buraya uygulanır mı tartışması yapılmaktaydı. Kanaatime göre bu olumlu cevaplanabilecek bir soru değil. Diğer yandan idari kesinleşmenin olmaması artık dava şartı değil de, bekletici mesele olarak yorumladığı için bu hükmün uygulanma imkanı kalmadığını söyleyebiliriz.

Bölgesel Sınırların Tazminat Taleplerine Etkisi: İiyama Kararı

- İiyama tarafından İngiltere'de açılan tazminat davasında, AB Komisyonunun verdiği ihlal kararına, AB dışındaki bölgeler bakımından dayanılamayacağına karar verildi.
- ABD'de de benimsenen yabancı ülkelerde gerçekleşen zararın ABD'de dava edilemeyeceği yönündeki kabul AB bakımından da geçerli sayıldı.

İiyamanın girdisi olan kartelize olmuş ürünlerin alımı ve nihai ürüne dönüştürülmesi AB sınırları dışında gerçekleşmiş. Mahkeme bu sebeple davacılar açısından AB'de uygulanmış veya AB'ye etkisi olan bir kartel bulunmadığından AB rekabet kurallarını uygulamaya yer olmadığına karar verdi.

12

Zaman aşımı bahsini burada kapatıp biraz da Avrupa'daki rekabet ihlallerinden sonra açılan bazı tazminat davalarının Türkiye'ye nasıl yansımaları olabilir, onu aktaralım. Avrupa Birliğinde 2008'de ve 2011'de sonuçlanan iki ayrı soruşturma neticesinde ekran ya da ekran üretiminde girdi olan cam ve tüp ürünleri üreticilerinin dahil olduğu bir kartel sonrasında para cezaları

uygulandı. Kartel üyeleri arasında Samsung da yer alıyor. Üye ülkelerde tazminat davaları açılmaya başlandı. Bu davaların en çok açıldığı ülkeler İngiltere ve Hollanda olarak karşımıza çıkıyor. Bu iki ülkede rekabet hukukuna dair özel hukuk uygulamaları diğer üye ülkelere nazaran daha gelişmiş durumda.

İngiltere’de de bu davalardan bir tanesi lama tarafından açılmıştı. Lama bir Japon monitör üreticisi ve Samsung gibi kartel üyelerinin alıcısı, onlardan ürün tedarik ediyor. Ürettiği monitörü Avrupa Birliği’ndeki ülkelere satıyor. Avrupa Birliği’nin ihlal kararına dayanarak İngiltere’de tazminat davası açtı. Lama’nın kartel üyeleriyle alım satım ilişkilerinin tamamı Avrupa Birliği sınırları dışında gerçekleşiyor. Hem davalıların üretim faaliyetleri hem de davacının üretim faaliyeti Japonya, Güney Kore gibi uzak doğu ülkelerinde. İhlal tespitiyse Avrupa Birliği’ndeki bir ihlal bakımından, lama’nın talebini dayandığı bütün detaylar Avrupa Birliği’ne ilişkin. Burada acaba mahkeme davayı inceler mi diye bekliyorduk. Mayıs ayında Mahkeme lama’nın davasını görmemeye karar verdi. Gerekçe olarak da davanın dayandığı Avrupa Birliği düzenlemelerinin ve Komisyonun kararının Avrupa bölgesel sınırları dışında uygulama alanı olmamasını gösterdi. Aslında bu sonuç, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki gördüğümüz senaryonun tekrarı gibi oldu. Biliyorsunuz Amerika Birleşik Devletleri dışında gerçekleşen zararlar sebebiyle Amerika’da tazminat davası açılması kabul edilmiyor. Avrupa için de buna benzer bir sonuca ulaşmış oldu İngiltere mahkemesi. Bu gelişme, Türkiye’de bu ihlalden etkilenen tazminat davası açan Vestel’in davası bakımından bir işaret fişegi olarak kabul edilebilir. Hem Hollanda’da hem Türkiye’de devam eden bir dava var, belki bu dava Vestel’in iddiaları bakımından da sonuç doğurucu olabilir.

Yetkili Hukuk ve Mahkemenin Belirlendiği Sözleşmeler Bakımından Örnek

- Sodyum Klorat Kartelinin üyelerine karşı açılan tazminat davasında, sözleşmede yetkili hukuk ve mahkemenin belirlendiği, başka bir mahkemenin yargılama yapamayacağı itirazında bulunulmuştur. Mahkeme, yetkili hukuk ve mahkeme seçiminin «belirli bir hukuki ilişki» için yapılabileceğini, sözleşmenin yürürlüğe girdiği anda davacılar tarafından bilinmeyen bir ihlal bakımından yetkili hukuk seçimi yapıldığının varsayılamayacağını kabul etmiştir.
- Ayrıca davalılar tedarik anlaşması yapmasaydı bile şemsiye etkisi nedeniyle kartelden etkileneceklerdi. Bu sebeple tazminat talebinin, yetkili hukuk ve mahkeme seçimi yapılan tedarik anlaşmasından doğmadığı da kabul edilmiş, bu nedenle itiraz reddedilmiştir.

En son aktarmak istediğim konu da, rekabet ihlallerinden doğan tazminat talepleri konusunda uygulanacak hukuku taraflar belirleyebilir mi sorusuna dair bir dava. Sözleşmelerde taraflar arasında uygulanacak hukuk belirlenebiliyor veya tahkim kaydı konulabiliyor. Bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklarda bu ülke mahkemesi yetkilidir veya uyuşmazlıklar İsviçre’de tahkim yoluyla çözülecektir gibi yaygın olarak gördüğümüz hükümler var. Peki, bunlar rekabet ihlallerinden doğan tazminat taleplerinde de geçerli olacak mı? Çünkü davacı taraf ile arasında sözleşme bulunan ve uygulanacak hukuku seçmiş olan savunma tarafı davacı aleyhine yetkisizlik itirazında bulunabiliyor. Tazminat iddiasıyla karşılaştığında; bizim aramızdaki hukuki ilişkiden doğabilecek bütün taleplerin şu yer mahkemesinde, şu hukuka göre çözümlenmesi lazım, dolayısıyla şu andaki mahkeme bu davayı göremez veya taleplerin mahkemede değil, tahkimde görülmesi lazım diyor. Bu tartışma ile ilgili olarak Avrupa Birliği ile Amerika arasında tam ters bir gidişat olduğunu söylemekle başlayalım. Amerika Birleşik Devletleri’nde gittikçe tahkim maddelerinin veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının rekabet ihlallerine dayalı tazminat talepleri bakımından uygulama alanı genişliyor. Çünkü mahkemeler artık çok daha zor bir şekilde veriyorlar toplu dava (*class action*) sertifikasını, tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına çok daha yaygın olarak yönlendirme eğilimi olduğunu söyleyebiliriz. Avrupa’daysa bunun tam tersi, mahkemelerde bu alana yeni giriliyor olmasının da etkisiyle bir iştah var. Avrupa Birliğinde bu tür iddialar ile karşılaşan mahkemeler, genel olarak uygulanacak hukuk belirlenirken, zarar gören tarafın bu belirlemenin rekabet ihlallerinden doğan talepleri de kapsadığını bilmesinin mümkün olmadığını kabul ediyor. Bir diğer deyişle, davacının uygulanacak hukuku seçerken bir rekabet ihlali olabileceğinden, bunun için de hukuk veya yetkili yargıyı seçiyor olabileceğinden haberi yok varsayımına dayanarak karar veriliyor.

Tahkim Kızlu Sözcüşmeler Bakımından Örnek

- Asansör Karteli Üyesi üyelerine karşı açılan tazminat davasında Davacı bir teşebbüs birliğı (De Glazen Lift), 41 konut yapı kooperatifini temsil ediyor.
- Davalılar Kone, Otis, Shindler, ThyssenKrupp, Mitsubishi'nin savunmaları KYK'leri ile olan sözleşmeleri gereğı uyuşmazlığın tahkim kayıtlı olduğı, mahkemede görülemeyeceğı yönünde idi.
- Mahkeme tahkim kaydının kabulü esnasında öngörülemez bir uyuşmazlık olan rekabet ihlalinin mahkemelerin yetkisinde olduğuna karar verdi.
- Zararın tazmini ve çelişik kararların önlenmesi (avoid the risk of irreconcilable judgments) için yargılamanın tek noktada toplanmasının uygunluğu da gerekçeler arasında yer aldı.

14

Örneğın, Hollanda'da görülen bir davada Sodyum Klorat kartelinin üyelerine karşı tazminat talebi ileri sürülmüş ve yetkisizlik itirazında bulunulmuş. Mahkeme bu davada yetkili hukuk ve mahkeme seçiminin belirli bir dava için yapılabileceğini sözleşmenin yürürlüğe girdiğı anda davacılar tarafından bilinmeyen bir ihlal bakımından yetkili mahkeme tayin edilmesinin mümkün olmadığını kabul etmiş. Mahkeme buna ilave bir gerekçe de sunuyor. Buna göre, kartel sebebiyle ortaya çıkan zarar, doğrudan doğruya sözleşmeden doğmuş diye de nitelendirilemez. Taraflar arasında sözleşme ilişkisi olmasaydı bile, şemsiye etkisi sebebiyle haksız fiilden doğan bir sorumluluk olduğunu tespit ediyor. Böylece de uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme tartışmasını kapatıp davaya esastan bakmaya başladı. Mahkemenin gerekçelerine baktığımızda, bütün tazminat taleplerinin ya da davaların aynı mahkemede toplanmasında fayda vardır, çok yerde çok farklı mahkemeler bu konuya bakarsa birbiriyle uyuşmayan kararlar ortaya çıkacaktır mealinde ifadeler görüyoruz. Sonuçta davayı görme konusunda iştahlı olduklarını söyleyebiliriz Hollanda'daki mahkemeler bakımından.

Benim aktaracaklarım bu kadar. Sabırla dinlediğiniz için teşekkürler.

AV. GÖNENÇ GÜRKAYNAK: İki ufak not; bir tanesi, Ömür Bey'e. Entelektüel olarak ilginç bilgi olabilir diye herkesle paylaşmak istediğim bir şey. Seneler evvel Amerika'da bir davada görev almam gerekmişti. Dinamik aşırı fiyatlamamanın refah kaybını çalışıyordu. Dava henüz sonuçlanmadı fakat dinamik fiyatlama gibi realiteler için içine girmeye başladığı zaman, büyük veri varsa -ki orada vardı- muhatap için bir şeyin kıymetli olduğunu görme imkanına sahip.

Dolayısıyla senin için bu çok kıymetli, “başkasına 10’a verirken, sana 17’ye veriyorum” gibi artırabiliyor fiyatı. Fakat geleneksel anlamda iktisadi teorideki *dead weight* yok ortada. Çünkü aslında statik bir durum yok, öyle olduğu için de aslında her şey üretici refahına yakınsanmış oluyor, hatta bir yönüyle daha etkin bir durum bile ortaya çıkmış oluyor. Dava önce zararın hesaplanmasında iktisatçı savaşları olarak başlayıp, daha sonra burada üstün tercih ne, rekabet hukuku burada devreye girmeli mi girmemeli mi denilen ilginç bir dosyaya dönüşmüştü, ondan bilgi vermek istedim.

Fatma Hanım’a bir sorum var. Elimizde 9 yıldır çalıştığımız bir dosya var. Rekabet Kurumuna şikayette bulunuldu, Rekabet Kurumu ben buna soruşturma açmam dedi, ön araştırmada kapattı. Arkasından adam dava açtı, davayı kazandı, geri geldi, geri gelince artık soruşturma açacaksın denildi. Soruşturmayı açtı, kendi süresi içerisinde yürüttü, Kurum ceza vermiyorum, burada ihlal görmedim dedi. Adam davayı açtı, davada mahkeme nasıl ihlal görmüyorsun, ben görüyorum dedi Rekabet Kurumuna. Rekabet Kurumu şimdi ihlal olduğuna doğru yöneldi, bu arada 9 sene geçti. Şimdi adamın yerine koyuyorum kendimi, bu 9 senenin 5 senesini filan ihlal yokmuş zannederek geçirdi ve bize idare böyle dedi. Ondan sonra mahkeme süreçleri oldu. Ne yapacaktım, idarenin rekabet hukuku ihlali bulmadığı yerde yine de sırf Kabahatler Kanunu’ndaki 8 yıllık blok süreyi kaçırmamak adına gitmeli miydim? Rekabet hukuku uzmanı bir avukatı olsa ve müvekkilini buna iştahlı görse, sen ihtiyaten davayı aç da denilebilirdi. Ama bu işin hakkaniyetli çözüme ulaştırılması için, hem Kabahatler Kanunu’ndaki kadar uzun bir süre, hem de mütemadiyen Borçlar Kanunu’ndaki kesilme mantığının kullanılması da uygun olamayacağına göre, sizin aşağı yukarı şöyle olsa daha doğru olur hissine kapıldığınız nokta neresi, denge noktası ne olmalı bu işin sizce?

AV. FATMA DEVRİM: Bir kere 8 sene içinde de dava açılmadıysa artık pozitif hukuk bakımından bakarsak mevcut Yargıtay içtihadı zaman aşımının kaçırıldığını söyleyecektir. Ancak Yargıtay’da karşı oylarda gördüğümüz bir akım var. Hatırlarsınız 1999 depreminden sonra binalar yıkılmıştı, 20 yıl önce yapılmış binalar. Yargıtay, binanın yapıldığı tarihten çok daha uzun bir süre sonra zararın ortaya çıkmasından dolayı bu tarihten itibaren başlatmak lazım diye bir yorum yaparak aslında davaların açılmasına imkan tanımıştı. Ben oradaki olaya benzetiyorum burada Yargıtay’ın karşı görüş yazan üyelerinin yorumunu. Onlar da diyorlar ki, Rekabet Kurumunun hatta hakimin bile tespit edemediği bir rekabet ihlalini herhangi bir kişinin tespit edip dava açmasını bekleyemezsiniz. Dolayısıyla Rekabet Kurumunun ihlal kararı verdiği tarihe

kadar, hatta bunun kesinleşmesine kadar zaman aşımı işlemeye başlamaz. Olsa olsa sizin anlattığınız olayda çıkış yolu bu olabilir ama bu da çok inandırıcı gelmiyor, çünkü zaman aşımını tamamen ortadan kaldırmış oluyoruz.

AV. GÖNENÇ GÜRKAYNAK: 2 saat 15 dakikayı aşkın süredir rekabet hukukuna dalmış vaziyetteyiz, her biriniz yine müthiş sabırlı kuvvetli rekabet hukuku neferleri çıktınız. Çok teşekkür ediyoruz.