

**TÜRK HUKUKUNDA REKABET İHLALLERİNE İLİŞKİN
TAZMİNAT DAVALARINDA PASSING-ON SAVUNMASI VE
DOLAYLI ALICI KURALININ UYGULANMASI:
ABD VE AB UYGULAMALARI İŞİĞİNDA
DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER**

*THE APPLICATION OF PASSING-ON DEFENCE AND
INDIRECT PURCHASER RULE IN ANTITRUST DAMAGES ACTIONS
IN TURKISH LAW: THE ASSESSMENTS AND SUGGESTIONS
IN THE LIGHT OF THE US AND THE EU PRACTICES*

Kadir BAŞ*

Öz

Bir hâkim durum veya kartelden kaynaklı hukuka aykırı fiyat artışı, çoğu durumda dağıtım zincirinin bir üst seviyesindeki alıcılar tarafından bir alt seviyedeki alıcılara aktarılmaktadır. Fiyat artışının bu şekilde dağıtım zinciri boyunca yansıtılması, hangi alıcı grubunun fiyat artışına karşı tazminat davası açma hakkına sahip olacağını belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Hanover Shoe ve Illinois Brick kararlarında, ABD Yüksek Mahkemesi, rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarının caydırıcılık amacını tazmin etme amacından üstün tutarak passing-on savunmasını reddedip fiyat artışına karşı yalnızca doğrudan alıcılara dava açma hakkı vermiştir. AB Komisyonu ise, AB Adalet Divanı'nın tazmin etme amacını öne çıkardığı Courage ve Manfredi kararlarını temel alarak passing-on savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisine de izin vermiştir. Türkiye'de de passing-on savunması ve dolaylı alıcı kuralı açısından, rekabet hukukunun özel hukuk alanında daha etkin uygulanmasına hizmet edici bir politikanın oluşturulması gerekmektedir. Bu makale, ABD ve AB'deki tartışma ve uygulamalardan yararlanmak suretiyle konuya ilişkin bazı değerlendirme ve politika önerileri sunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Passing-on Savunması, Dolaylı Alıcı Kuralı, Rekabet İhlalleri, Hukuka Aykırı Fiyat Artışı, Tazminat Davaları.*

* İngiltere'nin Queen Mary Üniversitesi'nde rekabet hukuku alanında doktora eğitimini sürdürmektedir. Bu çalışmaya değerli görüş ve önerileri ile katkıda bulunan ismini bilmediğim hakem heyetine teşekkür ederim.

Abstract

An illegal overcharge stemming from monopolisation or cartelisation is in most cases passed by purchasers at an upper level of a distribution chain on those at the lower one. Such transmission of the overcharge through distribution chain gives rise to certain difficulties when determining which purchaser group is entitled to bring an action for damages against the overcharge. In Hanover Shoe and Illinois Brick decisions, the US Supreme Court rejected the passing-on defence and provided the standing to sue for overcharge only to direct purchasers by giving priority to the deterrence objective of antitrust damages actions over its compensation objective. Based on Courage and Manfredi decisions of the Court of Justice of the EU that highlighted the compensation objective, the European Commission, in the White Paper, suggested a policy recognising both the passing-on defence and the indirect purchaser standing. There is a need to establish a policy on the passing-on defence and the indirect purchaser rule in Turkey in order to ensure the well-functioning of private antitrust enforcement system. This article aims to evaluate the issue comprehensively and provide some policy suggestions through benefiting from the debate and practices in the US and the EU.

Keywords: *Passing-on Defence, Indirect Purchaser Rule, Antitrust Violations, Illegal Overcharge, Damages Actions.*

GİRİŞ

Çelik üreticilerinin, Türkiye genelinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹ (“RKHK”) m.4’ün ihlali niteliğinde bir kartel oluşturarak çelik fiyatlarını arttırdıkları farz edilsin. Bu durumda, çeliği ilk elden alarak inşaatta kullanılmak üzere işleyen teşebbüsler, maruz kaldıkları bu gider artışını inşaat firmalarına sattıkları kendi çelik ürünlerinin fiyatını arttırarak dengeleyebilir. Son olarak da inşaat firmaları, söz konusu çelik ürünlerinin fiyatında meydana gelecek artışı, ürettikleri inşaat projelerinin alıcılarına yansıtabilir. Böyle bir varsayımda, rekabet ihlalinin dolaylı gerçekte kimin zarara uğradığı ve kimin bu ihlale ilişkin olarak tazminat davası açabileceği sorunları ortaya çıkacaktır. Yukarıdaki farazi olayda, çeliğin doğrudan alıcısı konumundaki firmaların yanı sıra, dolaylı alıcı konumundaki inşaat firmaları ve inşaat projelerinin müşterilerinin söz konusu kartel sebebiyle gerçekte kendilerinin zarara uğradıklarını iddia ederek tazminat talep etmeleri söz konusu olabilir.

Ne var ki, Amerika Birleşik Devletleri (“ABD”) ve Avrupa Birliği (“AB”) uygulamalarındaki tartışmalar da dikkate alındığında, bu sorunların

¹ Resmi Gazete Sayı: 22140, Tarih: 13.12.1994.

çözümünün hiç de kolay olmadığı söylenebilir. ABD’de Yüksek Mahkeme, 1968 yılında vermiş olduğu *Hanover Shoe* kararında², rekabet ihlalini gerçekleştiren davalılar tarafından davacı konumundaki doğrudan alıcılara (*direct purchasers*) *passing-on* savunmasının ileri sürülmesini reddetmiştir. Mahkeme, *Illinois Brick* kararında³ ise, *Hanover Shoe* kararındaki politikasının bir uzantısı olarak dolaylı alıcılar (*indirect purchasers*) tarafından rekabet ihlalden doğan fiyat artışının kendilerine yansıtıldığı iddiasıyla tazminat davası açılmasının önüne geçmiştir. Yüksek Mahkeme’nin dolaylı alıcıların tazminat davası açmalarını engelleyen söz konusu kararı, ciddi tartışmalara yol açmıştır. Nitekim birçok eyalet, dolaylı alıcılara da doğrudan alıcılar yanında rekabet ihlallerine karşı dava açma hakkı tanımıştır. Bunun sonucu olarak da birbiriyle çelişen düzenlemeler ve kararlar ortaya çıkmış ve rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasına ilişkin ABD sistemi, içinden çıkılmaz derecede karmaşıklaşmıştır.

Rekabet ihlallerine karşı kimlerin tazminat davası açabileceği konusundaki AB uygulaması ise, ABD Yüksek Mahkemesi’nin yaklaşımıyla taban tabana zıt haldedir. AB Komisyonu, Birlik rekabet hukuku kurallarının ihlaline ilişkin olarak açılacak tazminat davaları konusunda yayımladığı Beyaz Kitap’ta⁴ (“Beyaz Kitap”), *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisine de izin verilmesi önerisinde bulunmuştur.

Türk hukukunda ise, RKHK’nın rekabet ihlallerine karşı tazminat talep etme hakkını düzenleyen 57. maddesi, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin tam bir açıklık sağlamamaktadır. Uygulamada tekeli fiyatlandırmaya ilişkin olarak tazminat davası açılmadığı için, bu konuda bir Yargıtay içtihadı da oluşmamıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sunulan ve RKHK’da bir takım değişiklikler öngören kanun tasarısının⁵ (“RKHK Tasarısı”) mevcut halinde de bu sorun açıklığa kavuşturulmamıştır. İşte bu makale, ABD ve AB deneyimlerinden yararlanarak mevcut düzenlemeler çerçevesinde Türk hukukunda *passing-on* savunması ile dolaylı alıcı kuralının uygulanabilirliğini incelemeyi ve RKHK Tasarısı açısından bir çözüm önerisi sunmayı amaçlamaktadır.

Kimlerin rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açabileceği belirlenirken, bu davalar ile ulaşılması hedeflenen amaçların neler olduğunun dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenledir ki, bu makalede öncelikle söz

² *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968) (“*Hanover Shoe* kararı”).

³ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720 (1977) (“*Illinois Brick* kararı”).

⁴ BEYAZ KİTAP, European Commission (2008), White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Com(2008)165 final, Brussels.

⁵ Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

konusu amaçların neler olduğu değerlendirilecektir. Daha sonra ise, makalenin konusunu oluşturan *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı kavramlarına ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Bir sonraki bölümde ise, konuya ilişkin ABD uygulaması analiz edilecektir. Bu çerçevede, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin Yüksek Mahkeme'nin yaklaşımını oluşturan *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararları detaylı şekilde incelenecektir. Bunu takiben, *Illinois Brick* kararı sonrası yaşanan gelişmeler ve doktrinin yaklaşımı açıklanacaktır.

Dördüncü bölümde ise, AB'nin *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin politikası ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Bu bölümde, ilk olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (*Court of Justice of European Union*) ("ABAD") konuya ilişkin yaklaşımı, *Courage*⁶ ve *Manfredi*⁷ kararları da dikkate alınarak analiz edilecektir. Sonraki alt bölümde ise, Komisyon'un bu konuda ilk olarak yayımlamış olduğu Yeşil Kitap⁸ ile bunu izleyen Beyaz Kitap'ta öngörülen ilkeler incelenecektir.

En son bölümde ise, makalenin esas amacını oluşturan Türk rekabet hukukunda *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının uygulama alanı değerlendirilecektir. Bu kapsamda, konuya ilişkin mevcut yaklaşım, RKHK m.57'de öngörülen haksız fiil sorumluluğuna ve gabine (aşırı yararlanma) ilişkin ilgili mevzuat hükümleri dikkate alınarak analiz edilecektir. Bunun sonrasında ise, bu bölüme kadar yapılmış bütün değerlendirmeler ışığında RKHK Tasarısı'nda yer alması gerektiği düşünülen çözüm önerilerine yer verilecektir.

1. REKABET İHLALLERİNE İLİŞKİN TAZMİNAT DAVALARININ AMACI

Rekabet hukuku alanında uygulanan yaptırımların (*antitrust enforcement*), genel olarak birbiriyle ilintili üç farklı amacının olduğu kabul edilmektedir.⁹ Birincisi, bir rekabet ihlali oluşturan davranışın sonlandırılmasını sağlamak veya bu davranışın ileride gerçekleşmesini önlemek üzere ihtiyati tedbir niteliğinde işlev görmektir. İkincisi, rekabet ihlalinin gerçekleştirilen teşebbüsü cezalandırmak ve söz konusu ihlalin işlenmesini caydırmaktır. Üçüncüsü ise, rekabeti sınırlayan

⁶ C-453/99 *Courage Ltd. v Bernard Crehan*, ECR [2001] I-6927 ("Courage kararı").

⁷ C-295/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, ECR [2006] I-06619 ("Manfredi kararı").

⁸ YEŞİL KİTAP, European Commission (2005), Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM(2005) 672 final, Brussels.

⁹ KOMNINOS, A.P. (2008), *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Portland Oregon, US, s.7.

davranıştan dolayı meydana gelen zararların tazmin edilmesini sağlamaktır.¹⁰ Yukarıda sayılan ilk iki amacın bir bütün olarak rekabet ihlallerinin önlenmesi hedefine hizmet ettiği söylenebilir. Rekabet hukuku yaptırımlarının bu kapsayıcı amacı, esas olarak ihlal durumunda ciddi bir yaptırım tehdidi yaratarak muhtemel rekabet ihlalcilerinin kazanç/kayıp hesabını değiştirmek ve böylece söz konusu ihlalden sakınmasını sağlamak gibi bir caydırıcılık işlevi¹¹ görerek gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.¹²

Bu çerçevede, rekabet hukuku alanında uygulanan yaptırımların, iki temel amacının bulunduğu söylenebilir: (i) rekabet hukuku kurallarının ihlal edilmesini caydırmak; ve (ii) söz konusu ihlal sebebiyle mağdur olan kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesini sağlamak. Rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarının da geleneksel olarak bu iki amaca hizmet ettiği doktrinde kabul görmektedir.¹³

¹⁰ Ibid. Komninos, bu üç amacın, ideal olarak kamu hukuku ve özel hukuk araçlarını içinde barındıran bir rekabet uygulaması ile gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir.

¹¹ İhtiyati tedbir niteliğindeki yaptırımların da özü itibarıyla caydırıcılık niteliği taşıdığı söylenebilir. Gerçekten de rekabet ihlali oluşturan bir davranışın nihai karar verilmeden önce ihtiyati tedbirlerle engellenmesi ihtimali, muhtemel bir rekabet ihlalcisinin rekabet ihlalden beklediği kazancı azaltacak ve onu söz konusu ihlali işlemekten caydırabilecektir.

¹² WILS, W.P.J. (2003), "Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?", *World Competition*, No:26(3), s.478. Wils, caydırıcılığın sağlanmasının yanı sıra, şirket yöneticilerinin rekabet kurallarına uyma motivasyonlarını yükseltecek şekilde iş çevrelerinde ahlaki bir bilincin yaygınlaştırılmasının ve rekabet hukuku kurallarının yorum ve mahkeme içtihatları yoluyla anlaşılır kılınmasının rekabet ihlallerinin önlenmesinde etkili olabileceğini belirtmiştir.

¹³ LANDES, W.M. ve R.A. POSNER (1979), "Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick", *the University of Chicago Law Review*, No:46, s.605; BREIT, W. ve K.G. ELZINGA (1985), "Private Antitrust Enforcement: The New Learning", *the Journal of Law & Economics*, No:28, s.406; SCHWARTZ, M. ve G.J. WERDEN (1984), "Illinois Brick and the Deterrence of Antitrust Violations- An Economic Analysis", *Hastings Law Journal*, No:35, s.635 vd.; DAVIS, J.P. ve R.H. LANDE (2008), "Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases", *University of San Francisco Law Review*, No:42, s.881 vd.; GAVIL, A.I. (2001), "Federal Judicial Power and the Challenges of Multijurisdictional Direct and Indirect Purchaser Antitrust Litigation", *the George Washington Law Review*, No:69, s.860; KLINGSBERG, D. (1988), "Balancing the Benefits and Detriments of Private Antitrust Enforcement: Deterrence, Antitrust Injury, Standing, and Other Proposed Solutions", *Cardozo Law Review*, No:9 s.1220; BENSTON, G.J. (1986), "Indirect Purchasers' Standing to Claim Damages in Price Fixing Antitrust Actions: A Benefit/Cost Analysis of Proposals to Change the Illinois Brick Rule", *Antitrust Law Journal*, No:55, s.216 vd.; MEHRA, S.K. (2002), "Deterrence: The Private Remedy and International Antitrust Cases", *Columbia Journal of Transnational Law*, No:40, s.280; HOSEINIAN, F. (2005), "Passing-on Damages and Community Antitrust Policy- An Economic Background", *World Competition*, No:28(1), s.6 vd.; ŞAHBAZ, A.U. (2008), *ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:88, Ankara, s.4.

Potansiyel rekabet ihlallerinin caydırılması amacının, esas itibariyle kamu hukuku kaynaklı yaptırımlar yolu ile sağlanması hedeflenmektedir.¹⁴ Wils, bu tür yaptırımların; daha etkili soruşturma ve yaptırım gücüne sahip olması, kamu yararı uyarınca hareket etmesi ve son olarak daha az masraflı olması sebebiyle, caydırma amacının sağlanması açısından özel hukuk yaptırımlarına oranla daha elverişli olduğunu savunmuştur.¹⁵ Caydırıcılığın sağlanmasındaki esas rolün kamu hukuku yaptırımlarında olduğu doğru olmakla birlikte, tazminat davalarının bu kapsamda tamamlayıcı işlev gördüğü kabul edilmelidir.¹⁶ Tazminat davaları¹⁷, genel olarak özel hukuk kişilerinin rekabet ihlallerini tespit etme motivasyonlarını arttırarak ihlalin tespit edilmesi olasılığını yükseltme ve rekabet ihlalinin maliyetini arttırarak muhtemel ihlalcilerin söz konusu ihlalden bekledikleri geliri düşürme yoluyla caydırıcılık sağlayabilir. Bu çerçevede, tazminat davalarının caydırıcılık gücü, muhtemel davacıların rekabet ihlalinin tespit etme ve dava açabilme ihtimaline ve muhtemel tazminatın tutarına bağlı olacaktır.¹⁸

Rekabet ihlalinin mağdurlarının uğradığı zararların tazmin edilmesi amacı açısından ise¹⁹, başlıca araç tazminat davaları olacaktır. İhlali gerçekleştiren teşebbüslere verilen idari para cezalarının, kamu yararına kullanılması sonucu kısıtlı da olsa bir tazmin etme fonksiyonu gördüğü söylenebilir. Ancak, bu fonksiyon, daha çok rekabet ihlalinin yarattığı sosyal

¹⁴ Kamu hukuku kaynaklı yaptırımlar, idari para cezaları, meslekten men veya hapis cezası olabilir. Hapis cezası, ABD’de uygulanan bir yaptırım türüdür. İdari para cezası, Türkiye ve AB’yi de kapsayan daha geniş bir uygulama alanına sahiptir.

¹⁵ Wils 2003, s.480 vd.

¹⁶ Gavil 2001, s.860; Klingsberg 1988, s.1220.

¹⁷ Rekabet hukuku kurallarının özel hukuk alanında, kalkan (*shield*) ya da kılıç (*sword*) olarak iki farklı şekilde kullanılabilmesi kabul edilmektedir (Komninos 2008, s.2; JACOBS, F.G. ve T. DEISENHOFER (2003), “Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective”, C.D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* içinde, s.189 vd.). Buna göre, tazminat davalarında, ihlal sebebiyle zarara uğrayan kişiler, rekabet hukuku kurallarını *kılıç* olarak yani ihlalcilerden bir tazminat talebinde bulunmak için kullanmaktadır. Rekabet hukuku kuralları, sözleşmesel bir borcun yerine getirilmemesi sebebiyle açılan bir davada, davalı tarafından sözleşmenin geçersizliğini ileri sürülmesini sağlayarak *kalkan* olarak da kullanılabilir. Bu ikinci halin, tazminat davaları düzeyinde caydırıcılık amacına hizmet ettiğini söylemek zordur. Bununla beraber, rekabet ihlali oluşturan bir hükme dayanarak bir talepte bulunulması halinde geçersizlik iddiasıyla karşılaşma ihtimali, söz konusu ihlalin işlenmesi konusunda caydırıcı bir etkide bulunabilir.

¹⁸ Schwarz ve Werden 1984, s.640 vd.; JOYCE, J.M. ve R.H. MCGUCKIN (1986), “Assignment of Rights to Sue Under Illinois Brick: An Empirical Assessment”, *Antitrust Bulletin*, No:31, s.238.

¹⁹ Davis ve Lande, rekabet hukuku yaptırımlarının, tazmin etme amacını tamamlayıcı olarak ihlalin mağdurlarından önemli derecede pazar gücü olan firmalara refah aktarımını önlemeyi de hedeflediğini belirtmiştir (Davis ve Lande 2008, s.882).

zararların giderilmesine yöneliktir. Kamu hukuku yaptırımlarının, rekabet ihlali sonucu malvarlıklarında hukuka aykırı bir şekilde eksilme yaşayan mağdurların bu zararlarını gidermeye doğrudan hizmet ettiğini söylemek ise güçtür. Bu bağlamda, tazmin etme amacının elde edilmesi, rekabet ihlali sebebiyle gerçekten zarar gören kişilerin tazminat davası açarak uğradıkları zararların tamamını başarıyla telafi etmelerine bağlıdır.

Wils, amaç ister caydırıcılık isterse de tazmin etme olsun, bu amaçların elde edilmesinin iki türlü maliyeti olacağını ileri sürmüştür.²⁰ İlk olarak, uygulanan yaptırımdaki hata veya hata riski, hukuka uygun ve ekonomik olarak da arzu edilen eylemlerin yapılmasını caydırabilir veya hatalı tazminat, adaletsizlik yaratabilir. İkinci olarak ise, caydırıcılık ve tazmin etme amaçlarının yürütülmesi, kamu ve bireyler tarafından katlanılacak bir idari maliyet yaratabilir. Yazar, bu maliyetlerin başlıca iki yansımasının olacağını ifade etmiştir.²¹ Öncelikle, caydırıcılık ve tazmin etme amaçlarının her birinin hangi oranda bu maliyetlerin katlanılmasına değeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Bu sorunun cevabı, maliyetin yüksekliğine ve toplumun söz konusu rekabet ihlalinin önlenmesine ve tazminat yoluyla adaletin sağlanmasına verdiği değere göre değişecektir. İkinci olarak, amaçlanan caydırıcılığın veya adaletin sağlanmasının düzeyi ne olursa olsun, bunun mümkün olan en düşük maliyetle nasıl gerçekleştirilebileceğinin saptanması gerekecektir.

Wils'in rekabet hukuku alanında uygulanan yaptırımların geneline ilişkin yaptığı bu tespitin, tazminat davalarında *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının uygulanmasına ilişkin bir politika oluştururken de dikkate alınması gereklidir. Bu kapsamda, söz konusu politikanın, hangi oranda tazmin etme ve caydırma amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik olduğunun ve bunun sağlanmasında ne derece etkili olacağını belirlenmesi zorunludur.²²

²⁰ Wils 2003, s.479.

²¹ Ibid. s.479 vd.

²² Benzer şekilde, Cengiz, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin politikanın, rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasının diğer sahalarında olduğu gibi hakkaniyet (*fairness*), etkililik (*effectiveness*) ve etkinlik (*efficiency*) olmak üzere üç ilke ışığında belirleneceğini ifade etmiştir. Burada hakkaniyet ilkesi, rekabet ihlali sebebiyle zarar gören herkesin tazminat talep edebilmesini öngörmektedir. Etkililik ilkesi ise, tazminat davalarının mümkün olduğunca caydırıcılık sağlamasını amaçlamaktadır. Son olarak, etkinlik ilkesi ise, düşük idari ve yargısal masraf ile etkin bir yargısal işleyişin temin edilmesini ön plana çıkarmaktadır. Yazar, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin politika belirlenirken, bu üç ilke arasında önlenemez bağlantılar ve çatışmalar olacağını belirtmiştir (CENGİZ, F. (2007), "Passing-on Defense and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: What can the EC Learn from the US", ESRC Centre for Competition Policy, UEA, CCP Working Paper 07-21, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1462234, Erişim Tarihi: 01.03.2011, s.8).

Özellikle tazmin etme amacı ile caydırma amacının çatışması durumunda, bu amaçların ikisinden birine öncelik verme durumu ortaya çıkabilir. Landes ve Posner, bu iki amaç çatıştığında, rekabet hukukunun genel ruhunun caydırıcılık amacına öncelik verilmesini gerektirdiğini ileri sürmüştür.²³ Yazarlara göre, rekabet ihlalleri engellendiği oranda tazminat talebinin istenebileceği durumların sayısı da azalacaktır. Ancak, bunun tersi doğru değildir. İhlalin mağdurlarının hukuka aykırı fiyat artışından dolayı uğradıkları zararlar tümüyle tazmin edilse dahi, ihlalin yarattığı sosyal zararlar varlığını sürdürecektir. Bu sebeple, yazarlar, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin belirlenecek yaklaşımın, caydırıcılığa hizmet ettiği ölçüde kabul edilebilir olduğunu savunmuştur.²⁴ Bununla beraber, tazminat amacına öncelik verilmesini savunan yazarlar da mevcuttur.²⁵

Tazminat davalarının öncelikli amacının ne olduğu konusunda ABD federal uygulaması ile AB uygulamasının yaklaşımı, söz konusu hukuk sistemlerine aşağıda tahsis edilmiş bölümlerde ayrıca ele alınacaktır. Aynı şekilde, bu konudaki Türk hukukunun yaklaşımı, haksız fiile ilişkin amaçsal yaklaşım da dikkate alınarak bu makalenin son bölümünde ayrıntılı bir analiz çerçevesinde sunulacaktır.

2. *PASSING-ON* SAVUNMASI VE DOLAYLI ALICI KURALI KAVRAMLARI

Makalenin giriş kısmında da belirtildiği üzere, rekabet ihlali sebebiyle hukuka aykırı olarak fiyat artışına maruz kalan ilk alıcılar, bu fiyat artışına katlanmak yerine bu artışı kendi ürünlerinin alıcılarına yansıtabilirler. Böyle bir yansıtmanın söz konusu olması halinde, davalı konumundaki ihlalci teşebbüsler, fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtmaları sebebiyle davacı konumundaki doğrudan alıcıların gerçekte bir zarara uğramadığını iddia edebilir. İşte rekabet ihlalleri nedeniyle açılan tazminat davalarında davalılar tarafından ileri sürülen bu savunma, İngilizce kaynaklarda Türkçeye “yansıtma savunması” olarak çevrilebilecek olan “*passing-on defence*” terimi ile ifade edilmektedir. Bu makale kapsamında, söz konusu savunma, Türkiye’de aşına olunduğu üzere “*passing-on* savunması” olarak adlandırılacaktır.

Doğrudan alıcıların hukuka aykırı fiyat artışını kendi ürünlerinin fiyatına yansıtmaları halinde, dolaylı alıcılar söz konusu ürünleri normalde ödemeleri gereken fiyattan daha yüksek bir fiyat karşılığında satın alacaktır. Bu dolaylı alıcılar, fiyat artışının kendilerine yansıtıldığını iddia ederek rekabeti

²³ Landes ve Posner 1979, s.605. Ayrıca bkz. Schwartz ve Werden 1984, s.638; Benston 1986, s.233.

²⁴ Landes ve Posner 1979, s.605.

²⁵ Bkz. Davis ve Lande 2008, s.881 vd.

ihlal eden teşebbüslere karşı tazminat talebinde bulunmak isteyebilir. Bu şekilde, fiyat artışına maruz kaldıkları oranda dolaylı alıcılara tazminat davası açma imkânının tanınması, mevcut makale çerçevesinde “dolaylı alıcı kuralı” (*indirect purchaser rule* ya da *indirect purchaser standing*) olarak ifade edilecektir.²⁶

Passing-on savunmasının ve dolaylı alıcı kuralının uygulanmasının söz konusu olabilmesi için, ihlali gerçekleştiren teşebbüsten tekeli fiyatlandırmaya maruz kalmış bir ürün alımının mevcut olması gereklidir. Bu çerçevede, mal sunumunun reddi veya yıkıcı fiyatlandırma gibi dışlayıcı nitelikteki rekabet ihlallerine ilişkin olarak açılacak tazminat davalarında, bu hususlar tartışma konusu olmayacaktır. Zira bu gibi hallerde, ihlal sebebiyle mağdur olmuş kimselerin uğradıkları zararları kendi müşterilerine yansıtması söz konusu olmamaktadır.

Passing-on savunmasının ve dolaylı alıcı kuralının uygulama alanı değerlendirilirken, bu kavramların rekabet kurallarını ihlal eden davranış sonucu fiyatlarda gerçekleşen hukuka aykırı artışa ilişkin olduğu da unutulmamalıdır. Doğrudan alıcılar, hukuka aykırı olarak meydana gelen fiyat artışının dışında bir kar kaybına maruz kalarak da zarara uğrayabilirler. Bu durum, esas olarak fiyat artışının dolaylı alıcılara yansıtılması sonucu satışlarda bir düşüş meydana gelmesi halinde söz konusu olacaktır. Öncelikle, dolaylı alıcı kuralının kabul edilmesi halinde dahi, dolaylı alıcıların bu kar kaybının kendilerine yansıtıldığı iddiasında bulunması, işin doğası gereği mümkün olmayacaktır.²⁷ Bunun yanında, davalı tarafından ileri sürülen *passing-on* savunmasının kabul edilmesi, doğrudan alıcının kar kaybı sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteyemeyeceği anlamına gelmeyecektir.

AB Komisyonu, doğrudan alıcıların söz konusu kar kaybına karşı tazminat hakkının olması gerektiğini açıkça kabul etmiştir.²⁸ ABD’de ise bu konuda bir açıklık mevcut değildir. Pollock, *passing-on* savunmasının kabulü halinde doğrudan alıcının dava açma hakkının ortadan kalkacağını belirtmiştir.²⁹

²⁶ ABD Yüksek Mahkemesi, *Illinois Brick* kararında, dolaylı alıcı kuralını *passing-on* doktrininin iddia (*offensive*) amaçlı kullanılması olarak da tanımlamaktadır.

²⁷ Doğrudan alıcılar, söz konusu kaybı kendi alıcılarına yansıtabilme kabiliyetine sahip olsalardı, daha baştan fiyat artışını bu türlü bir kar kaybına uğramadan alıcılarına yansıtmış olurlardı. Bu sebeple, söz konusu kar kaybının kendisi, doğrudan alıcının böyle bir gücünün olmadığını göstermektedir.

²⁸ BEYAZ KİTAP ÇALIŞMA RAPORU, European Commission (2008), Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels, s.62.

²⁹ POLLOCK, E.E. (1966), “Standing to Sue, Remoteness of Injury, and the Passing-on Doctrine”, *Antitrust Law Journal*, No:32, s.21.

Bu bakış açısından, ABD’de *passing-on* savunmasının kabulü halinde dolaylı alıcıların kar kaybı sebebiyle tazminat davası açamayacağını kabul edildiği söylenebilir. Ne var ki, *Illinois Brick* kararında Yüksek Mahkeme, fiyat artışını kendi alıcılarına yansıtan doğrudan alıcıların satışlarında meydana gelen düşüş sonucu uğradığı kar kaybının tazminini talep etmesi olasılığına değinmiştir.³⁰ Hovenkamp da Yüksek Mahkeme’nin *Illinois Brick* kuralının tek istisnası olarak öngördüğü “masraf -artı” (*cost-plus*) sözleşmeleri açısından, fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtan doğrudan alıcının satıştaki azalma sebebiyle uğrayacağı kar kaybının tazminini talep edebilmesi gerektiğini belirtmiştir.³¹

Sonuç olarak, bu makalenin ilerideki bölümlerinde yapılacak açıklamalarda *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı, sadece satın alınan ürünün fiyatında meydana gelen hukuka aykırı artışa ilişkin olarak ele alınacaktır. Ancak, doğaldır ki, *passing-on* savunmasının kabulü halinde doğrudan alıcıların uğradıkları kar kaybının tazminini talep edebilmesi olasılığı, yapılacak değerlendirmelerde dikkate alınacaktır.

3. ABD UYGULAMASINDA *PASSING-ON* SAVUNMASI VE DOLAYLI ALICI KURALI

3.1. Genel Olarak

ABD’de, rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açma hakkı, *Clayton Kanunu*³² m.4(a)’da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, rekabet kanunlarınca yasaklanmış herhangi bir davranış sonucu işinde veya malvarlığında bir zarara uğrayan kişiler³³, ABD mahkemelerinde bu zararları nedeniyle tazminat davası açabilecektir. Bu hüküm uyarınca tazminata hak kazanabilmek için davacının; (i) rekabet ihlalinin varlığı, (ii) işinde veya malvarlığında meydana gelen zararın miktarı ve (iii) ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağı olmak üzere üç hususu ispat etmesi gerekmektedir.³⁴

Ancak, söz konusu hüküm, dolaylı alıcıların da bu üç hususu ispat etmeleri halinde tazminat davası açıp açamayacaklarına ilişkin bir kesinlik taşımamaktadır. Aynı durum, *passing-on* savunması açısından da söz

³⁰ *Illinois Brick* kararı, s.733 dn.13

³¹ HOVENKAMP, H. (1990), “The Indirect-Purchaser Rule and Cost-plus Sales”, *Harvard Law Review*, No:103, s.1723 vd. Ayrıca bkz. HERZOG, D.K. (1980), “Recent Developments-A Door in the Illinois Brick Wall- A Functional Equivalent to the Cost-Plus Contract Exception”, *Vanderbilt Law Review*, No:33, s.492 vd.

³² Clayton Act, October 15, 1914, ch. 323, 38 Stat. 730, codified at 15 U.S.C. 12–27, 29 U.S.C. 52-53.

³³ “... any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws...”

³⁴ Pollock 1966, s.6.

konusudur. Bu nedendir ki, ABD federal hukukunun *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin yaklaşımı, genel olarak mahkeme kararları ile belirlenmiştir. Bu bağlamda, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararları, konuya ilişkin federal hukukun genel yaklaşımını oluşturmuştur. Bu bölümde, öncelikle söz konusu kararlar detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Sonrasında ise, ABD doktrininde *Illinois Brick* kararı sonrası ortaya çıkan tartışmalara yer verilecektir. Bazı eyaletler, *Illinois Brick* kararının aksine dolaylı alıcılara dava açma hakkı vererek federal hukuktan ayrılmıştır. Bunun sonucu olarak ortaya çıkan karmaşa, Yüksek Mahkeme'nin bu konuda vermiş olduğu *ARC America* kararı³⁵ da dikkate alınarak incelenecektir. Son olarak ise, bu karmaşayı çözmeye yönelik Antitröst Modernizasyonu Komisyonu³⁶ (*Antitrust Modernization Commission*) ("AMK") çalışmaları değerlendirilecektir.

3.2. Hanover Shoe Kararı

Hanover Shoe kararı, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *passing-on* savunması konusundaki temel içtihadı niteliğindedir. Söz konusu karar, monopolizasyonun yasaklandığı *Sherman Kanunu*³⁷ m.2'nin ihlaline karşı açılmış bir tazminat davasına ilişkindir. Ayakkabı üretiminde kullanılan makinelerin üretimini ve dağıtımını gerçekleştiren *United Shoe Machinery* ("*United*"), bazı makinelerini ayakkabı üreticisi olan müşterilerine satmayı reddederek kiralama yolunu seçmiştir. Bunun üzerine, söz konusu ayakkabı üreticilerinden biri olan *Hanover Shoe*, *United*'in bu davranışının *Sherman Kanunu* m.2'nin ihlali niteliğinde olduğunu iddia etmiş ve bu ihlal nedeniyle uğramış olduğu zararın üç katı tutarında bir tazminat talebinde bulunmuştur.³⁸ *United*, *Hanover Shoe*'nun makinelerin kiralanması sebebiyle uğradığı zararı kendi müşterilerine yansıttığını, dolayısıyla da bir zarara uğramadığını iddia etmiştir.³⁹ Yüksek Mahkeme, *United*'in söz konusu *passing-on* savunmasını reddeden alt derece mahkemesi kararını onamıştır.

Söz konusu kararında Yüksek Mahkeme, bir alıcının kendi işinde kullanacağı ürünlerin satın alımı için ödediği ücretin hukuka aykırı olarak yüksek olduğunu ve fazladan ödenen kısmın miktarını kanıtladığı durumlarda,

³⁵ *California v. ARC American Corporation*, 490 US. 93 (1989) ("*ARC America* kararı").

³⁶ Antitrust Modernization Commission Act of 2002, Pub. L. No. 107-273, §§ 11051-60, 116 Stat. 1856.

³⁷ Sherman Act, July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, codified as amended at 15 U.S.C. 1-7.

³⁸ *Hanover Shoe*, *United*'a ödediği kira ücreti ile makineleri satın almış olsaydı söz konusu zaman dilimi açısından ödemiş olacağı ücret arasındaki farkı uğradığı zarar olarak göstermiştir.

³⁹ *United*, eğer makineleri daha düşük fiyata almış olsaydı *Hanover Shoe*'nun kendi ürünlerini daha düşük fiyata satacağını ve makineleri kiralayarak elde ettiği kardan daha fazla bir kar etmeyeceğini ileri sürmüştür.

bu alıcının zarara uğradığının karine olarak kabul edileceğine hükmetmiştir.⁴⁰ Bu çerçevede, alıcının hukuka aykırı fiyat artışına karşı üretimi arttırarak veya diğer giderleri kısararak kendi satış fiyatını aynı seviyede tutması, onun zararının tazmini talebine hanel getirmeyecektir.⁴¹ Yüksek Mahkeme, alıcının, kendi ürünlerinin satış fiyatını arttırdığı durumda dahi, aynı şekilde tazminat hakkına sahip olmaya devam edeceğini kabul etmiştir. Buna göre, satıcı hukuka aykırı fiyatla satış yaptığı sürece, alıcıdan hukukun izin verdiğinden daha çok alacak ve alıcı hangi fiyatla satış yaparsa yapsın satıcıya hukuka aykırı şekilde yüksek ödeme yapmaya devam edecektir. Bu şekilde alıcı, alış fiyatının düşük olması halinde elde edeceği kardan yoksun kalacaktır.⁴²

Yüksek Mahkeme, *passing-on* savunmasının, doğrudan alıcının ürün fiyatındaki yükselişin önceki hukuka aykırı fiyat artışından kaynaklandığını gösterir ekonomik koşulların varlığı halinde tartışılabilirliğini savunmuştur. Mahkeme'ye göre, bu tür bir ekonomik ortamın oluşabilmesi için, söz konusu fiyat artışının alıcının bütün rakiplerine eşit oranda uygulanması ve alıcının ürününe ilişkin talebin alıcı ve onun rakiplerinin herhangi bir satış kaybına uğramadan fiyatlarını arttırabileceği şekilde elastikiyetten yoksun olması gereklidir. Ancak bu halde, alıcının söz konusu fiyat artışından dolayı bir kayba uğramadığı iddia edilebilir.⁴³

Ne var ki, Mahkeme, ekonomik teoriler çerçevesinde kabul edilebilir gibi gözüken bu iddianın, gerçek yaşamın koşulları dikkate alındığında onaylanamayacağına hükmetmiştir. Öncelikle, bir firmanın fiyat politikası çok çeşitli etmenlerden etkilenebildiği için, normalde tek bir etmene ilişkin değişikliğin etkisinin saptanması mümkün değildir.⁴⁴ Bunun yanında, fiyat

⁴⁰ *Hanover Shoe* kararı, s.489.

⁴¹ *Ibid.* Mahkeme, bu durumda her ne kadar alıcı önceki kar oranını koruyabilse de makineleri daha düşük fiyata alsaydı daha fazla kar edeceği gerekçesiyle, söz konusu alıcının zarara uğradığını kabul etmiştir.

⁴² Mahkeme, bu görüşünü, aşırı ödenen tutarın müşterilerden telafi etme olasılığının zararın hesaplanmasında dikkate alınmadığı önceki kararları ile desteklemiştir (*Ibid.* s.489 vd.). Buna karşılık *United, passing-on* savunmasının kabul gördüğünü iddia ettiği Yüksek Mahkeme'nin *Keogh v. Chicago & N.W. Ry.* (260 U.S. 156, 43 S.Ct. 47, 67 L.ED. 183) kararını kendi savunmasında dayanak olarak ileri sürmüştür. Söz konusu davada, ürünlerini demiryolu ile taşıyan davacı, demiryolu firmalarının navlun fiyatlarına ilişkin bir kartel oluşturduklarını iddia ederek uğradığı zararın tazminini istemiştir. Bu davaya ilişkin kararında Yüksek Mahkeme, davacının zarar iddiasının spekülâtif olduğunu, navlun ücretleri daha düşük olsaydı davacının bundan yararlanacağını söylemeyeceğini, son kullanıcıların düşük fiyattan asıl yararlanan grup olabileceğini belirtmiş ve davayı reddetmiştir. *Hanover Shoe* kararında Yüksek Mahkeme, söz konusu kararın zararın ispatının imkânsızlığı ile ilgili olduğunu belirterek, bu davayı dayanak olarak almayı reddetmiştir (*Ibid.* s.490 dn.8).

⁴³ *Ibid.* s.492.

⁴⁴ *Ibid.* s.493.

artışına karşılık olarak alıcı kendi ürünlerinin fiyatını söz konusu artış oranında arttırsa dahi, fiyat artışının yokluğunda alıcının kendi ürünlerinin fiyatını arttırmayacağını veya fiyat düştükten sonra dahi ürünlerini yüksek fiyattan satmayacağını ispatı oldukça zor olacaktır.⁴⁵

Yüksek Mahkeme, bir kere *passing-on* savunmasına izin verilmesi halinde, bu imkânın ihlali gerçekleştiren teşebbüslerce sıklıkla kullanılacağını, dolayısıyla da anlaşılması zor ekonomik figürlerin dâhil olmasıyla tazminat davalarının uzayıp başa çıkılmaz derecede karmaşıklaşacağını savunmuştur.⁴⁶

Mahkeme, *passing-on* savunmasının kabulü sebebiyle doğrudan alıcıların tazminat davası açma haklarının ellerinden alınmasının bu davaların caydırıcılık fonksiyonuna etkisini de incelemiştir. Mahkeme'ye göre, *passing-on* savunmasına izin verilmesi halinde, çoğu durumda sadece son alıcılar tazminat davası açma hakkına sahip olacak; ancak, zararı çok sınırlı olan bu alıcıların gerçek hayatta dava açma olasılıkları oldukça düşük olacaktır. Mahkeme, bu halde rekabeti ihlal ederek hukuka aykırı fayda elde eden teşebbüslere karşı dava açabilecek kimsenin kalmayacağını ve dolayısıyla tazminat davalarının etkililiğinin önemli ölçüde azalacağını ifade etmiştir.⁴⁷

Yüksek Mahkeme, bu belirlemeleri çerçevesinde, *passing-on* savunmasına izin verilemeyeceğine hükmetmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme, bir istisnai durumda bu savunmanın kabul edilmesinin mümkün olacağını öngörmüştür. Bu istisna, fiyat artışına maruz kalan doğrudan alıcı ile dolaylı alıcı arasında hâlihazırda bir "masraf-artı" sözleşmesi bulunmasıdır. Mahkeme, böyle bir sözleşmenin varlığı halinde, doğrudan alıcının bir zarara uğramadığının kanıtlanmasının kolaylaşacağını ve *passing-on* savunmasının kabul edilebileceğini ifade etmiştir.⁴⁸

3.3. Illinois Brick Kararı

Hanover Shoe kararından dokuz yıl sonra Yüksek Mahkeme, *Illinois Brick* kararında bu sefer dolaylı alıcı kuralına ilişkin yaklaşımını ortaya koymuştur. *Illinois Brick* kararının konusunu, dolaylı alıcı konumundaki Illinois Hükümeti ve 700 yerel devlet kuruluşu tarafından bir fiyat karteli kuran blok beton üreticilerine karşı açılmış tazminat davası oluşturmaktadır. Söz konusu davacı

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid. s.494.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

kuruluşlar, iki dağıtım aşamasını geçtikten sonra blok beton ürünlerinin dolaylı alıcısı konumuna gelmektedir.⁴⁹

Blok beton üreticileri, savunmalarında esas olarak *Hanover Shoe* kararına dayanarak sadece doğrudan alıcıların fiyat artışına ilişkin tazminat isteyebileceğini, bu sebeple dolaylı alıcıların tazminat talebinde bulunamayacağını iddia etmiştir. Bu iddiaya ilişkin olarak Yüksek Mahkeme, öncelikle *Hanover Shoe* kararında *passing-on* savunması için oluşturduğu yaklaşımın dolaylı alıcı kuralı açısından uygulanabilirliğini incelemiştir. Bu bağlamda Mahkeme, *passing-on* doktrininin simetrik bir biçimde iki taraflı uygulanmasının kabulünün gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, *Hanover Shoe* kararında kabul edildiği üzere *passing-on* doktrini rekabet ihlalini gerçekleştiren kişi tarafından doğrudan alıcılara karşı savunma amaçlı kullanılmıyorsa, dolaylı alıcılar tarafından ihlali gerçekleştiren kişilere karşı iddia amaçlı olarak da kullanılamamalıdır.⁵⁰

Mahkeme, *passing-on* doktrininin bu şekilde simetrik uygulanmasının öncelikli gerekçesi olarak söz konusu doktrinin iddia amaçlı kullanımı halinde davalı açısından aynı ihlal için birden fazla kez tazminat ödeme riskinin ortaya çıkmasını göstermiştir.⁵¹ *Passing-on* savunmasının reddedilip dolaylı alıcı kuralının kabulü halinde, doğrudan ve dolaylı alıcıların her ikisi de diğeri hukuka aykırı fiyat artışına ilişkin bir tazminat almış olsa dahi, aynı fiyat artışı için tazminat talep edebilecektir.⁵² Buna ek olarak Mahkeme, *Hanover Shoe* kararında gerçek hayatta teşebbüslerin fiyat ve üretim miktarına ilişkin kararlarının analizinin yarattığı belirsizlikler ve zorluklar hakkındaki belirlemelerin, dolaylı alıcı kuralının kabulü halinde de aynı derecede geçerli olacağını ileri sürmüştür.⁵³

⁴⁹ Buna göre, davalı blok beton üreticileri, ürettikleri blok betonları ilk elden duvar müteahhitlerine satmaktadır. Bu müteahhitler ise, bu blokları kullanarak duvar yapıları üretip bunları bütün inşaat projesinin yapımını üstlenen genel müteahhitlere satmaktadır. Davacı devlet kuruluşları, işte bu genel müteahhitlerin müşterisi olarak blok betonların dolaylı alıcısı haline gelmiştir.

⁵⁰ *Illinois Brick* kararı, s.720 ve 730. Yüksek Mahkeme, *Hanover Shoe* kararının tazminat davalarının rekabet ihlalcisinin haksız kazanç elde etmesini önlemeyi amaçlayan bir politikaya dayandığı ve bu sebeple, *passing-on* kuralının davalıya karşı kullanılmasına izin veren bir politikanın bu çerçevede uyumlu olacağı iddiasına da değinmiştir. Mahkeme, *Hanover Shoe* kararının hukuka aykırı fiyat artışına karşı bundan etkilenen herkesin değil sadece doğrudan alıcıların tazminat davası açabileceği bir sistemde rekabet hukuku kuralının daha etkili bir biçimde uygulanacağını kabul ettiğini belirterek söz konusu iddiayı reddetmiştir (Ibid. s.733 vd.).

⁵¹ Ibid.

⁵² Mahkeme, çoğu durumda potansiyel davacıların kim olduğunun bilinmemesinin, bu tür davaların birleşme olasılığını zorlaştırdığını ifade etmiştir (Ibid. s.730).

⁵³ Ibid. s.721 ve 731 vd.

Yüksek Mahkeme, bu gerekçelerle, *Hanover Shoe* kararı kaldırılmadığı veya sınırlandırılmadığı sürece mevcut davada dolaylı alıcıların tazminat talep etmesinin mümkün olmayacağına hükmetmiştir.⁵⁴ Bu kapsamda Mahkeme, ikinci olarak *Hanover Shoe* kararında oluşturulan yaklaşımın doğruluğunu analiz etmiştir. Mahkeme, bu analizinde genel olarak tazminat davalarının caydırıcılık fonksiyonu çerçevesinde hareket etmiş ve sonuç olarak *Hanover Shoe* kararının devam ettirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme, bu sonuca varırken *passing-on* doktrininin kabulünün tazminat davalarını karmaşık hale getirerek bu davaların caydırıcılık açısından sahip olduğu etkililiğe zarar vereceğini düşünmüştür. Öncelikle bu halde, doğrudan alıcıları, ara teşebbüsleri (*middlemen*) ve son alıcıları da içerecek şekilde söz konusu rekabet ihlalden etkilenmiş herkesin fiyat artışına katlandığı oranda tazminat talep etmesi söz konusu olacaktır. Mahkeme, davaların birleştirilmesi sonucu birden fazla dava açılması ve sorumluluk problemleri büyük ölçüde halledilse dahi, söz konusu tazminat davalarının, tüketiciler dâhil dağıtım zincirinin değişik düzeylerindeki alıcıların taraf olduğu muazzam davalara dönüşeceğine dikkat çekmiştir.⁵⁵

Mahkeme, taraf sayısının artmasının sonucu olan bu karmaşıklığın yanında, *passing-on* doktrini uyarınca hukuka aykırı fiyat artışının sonraki alıcılara yansıtıldığına ilişkin ekonomik formüllerin gerçek yaşamda kullanılmasının yaratacağı kanıtsal zorluklara da değinmiştir. Buna göre, doğrudan alıcının ürün pazarında mükemmel bir rekabet söz konusuysa; fiyat artışı doğrudan alıcının bütün rakiplerine eşit derecede uygulanmışsa; ve doğrudan alıcı kârını maksimize etmişse, bu halde doğrudan alıcı ve dolaylı alıcıların fiyat artışından etkilenme oranı, doğrudan alıcının ürün pazarındaki arz talep elastikiyetinin oranına eşit olacaktır. Mahkeme, bütün bu faraziyeler kabul edilse dahi geriye ilgili pazarın elastikiyetini belirleme gibi önemli bir problemin kalacağını ve bilirkişiler tarafından yapılacak elastikiyet çalışmalarının bu problemi çözeceğini düşünmenin gerçekçi olmayacağını ifade etmiştir.⁵⁶ Buna ek olarak Mahkeme, *Hanover Shoe* kararında belirttiği gibi, fiyat artışına maruz kalan doğrudan alıcıların genellikle sorunlu rekabetçi pazarlarda faaliyet gösterdiğini ve fiyat artışına maruz kalmayan diğer alıcılarla rekabet ettiğini ve fiyat politikalarının sadece kar maksimizasyonu ile açıklanamayacağını öne sürmüştür.⁵⁷

⁵⁴ Ibid. s.720.

⁵⁵ Ibid. s.740.

⁵⁶ Ibid. s.741 vd.

⁵⁷ Ibid. s.742 vd.

Yüksek Mahkeme, tazminatın dağıtım zinciri boyunca bölüştürülmesinin tazminat davalarının karmaşıklığını daha da arttırarak dava giderinin artmasına ve buna karşılık, her bir potansiyel davacıya düşen tazminat kısmının azalmasına neden olacağını da ifade etmiştir. Hukuka aykırı fiyat artışının ne kadar olduğunu belirlemenin yarattığı belirsizliğe ek olarak bu fiyat artışının davacılar arasında hangi oranda paylaşıldığına ilişkin belirsizliğin ortaya çıkacağı ve bunun potansiyel davacıların rekabet ihlaline karşı tazminat davası açma motivasyonunu azaltacağı vurgulanmıştır. Mahkeme, bu şekilde rekabet hukuku uygulamasının önemli bir aracı olan tazminat davalarının işlevsiz kalacağını belirtmiştir.⁵⁸

Yüksek mahkeme, genel kuralın *passing-on* doktrininin uygulanmaması yönünde olduğunu belirttiikten sonra, bu genel kurala bazı koşullarda istisna tanınmasını savunan önerileri de incelemiştir. Bu çerçevede, *passing-on* doktrininin satın aldığı ürünleri değiştirmeden yeniden satan ara teşebbüslere uygulanması gerektiği iddiasını değerlendirmiştir.⁵⁹ Mahkeme, bu iddiaya *Hannover Shoe* kararında öngörülen ilkeleri büyük ölçüde erozyona uğratacağı gerekçesiyle karşı çıkmıştır.⁶⁰ Yüksek Mahkeme, *Hannover Shoe* kararındaki yaklaşımını tekrarlayarak *passing-on* doktrininin uygulanmasının kabul edilebileceği tek istisnanın masraf-artı sözleşmeleri olduğunu vurgulamıştır.⁶¹ Mahkeme, bu halde, arz ve talebe ilişkin karmaşık analizler yapmaya gerek kalmadan söz konusu fiyat artışının etkisinin önceden belirleneceğini ifade etmiştir.⁶²

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Alt derece mahkemesi, *passing-on* savunmasının yalnızca satın aldığı ürünü kendi üretiminde girdi olarak kullanan doğrudan alıcılara karşı kullanılmasının engellendiğini, ancak bu savunmanın aldığı ürünü değiştirmeden doğrudan satan ara teşebbüslere karşı ileri sürülebileceğini belirtmiştir (Ibid. s.746 dn.15).

⁶⁰ Ibid. s.743 vd. Schaefer, fiyat artışına maruz kalan ürünün başka bir ürünün üretiminde girdi olarak kullanıldığı durumlarda, söz konusu ürün başka bir ürünle ikame edilemiyorsa ve üretiminde kullanıldığı ürünün toplam üretim maliyeti içerisinde düşük bir yer tutuyorsa, doğrudan alıcının fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtacağını iddia etmiştir (SCHAEFER, E.J. (1975), "Passing-on Theory in Antitrust Treble Damage Actions: An Economic and Legal Analysis", *William and Mary Law Review*, No:16, s.921). Ancak, Mahkeme, bu durumu da *Hannover Shoe* kuralına istisna olarak kabul etmeyi reddetmiştir (*Illinois Brick* kararı, s.743 vd).

⁶¹ *Illinois Brick* kararı, s.735 vd.

⁶² Ibid. *Illinois Brick* kararını takiben bazı alt derece mahkemeleri bu istisnayı uygulamışlardır. Bu mahkemeler, bu istisnanın tanınması için üç şartın varlığını aramışlardır. Bunlar, doğrudan alıcı ile dolaylı alıcılar arasında ihlal öncesinden beri süregelen masraf-artı sözleşmesinin olması; bu sözleşmede doğrudan alıcının masraflara ekleyeceği kar payının ve satışı yapılacak ürünün miktarının belirlenmiş olması; ve tüm hukuka aykırı fiyat artışının sözleşme ile dolaylı alıcıya geçtiğinin gösterilmesidir (Hovenkamp 1990, s.1720; Herzog 1980, s.481 vd.; ABA (1983), "Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law Task Force to Review Proposed Legislation to Repeal or Modify Illinois Brick", *Antitrust Law Journal*, No:52, s.845).

Sonuç olarak Yüksek Mahkeme, tazminat davalarının caydırıcılık amacını dikkate alarak yaptığı bu analizler çerçevesinde, masraf-artı sözleşmeleri dışında *passing-on* doktrininin uygulanamayacağına hükmetmiştir. Bununla beraber Mahkeme, tazminat davalarının amacının rekabet ihlalinin mağdurlarının uğradıkları zararların tazmin edilmesini de içerdiğini kabul etmiştir.⁶³ Ne var ki, Mahkeme, bu tazmin etme amacını zararın dağıtım zincirindeki herkes arasında dağıtılması şeklinde algılamamaktadır. Buna göre, hukuka aykırı fiyat artışının genellikle çoğuna maruz kalan doğrudan alıcının zararları giderildiği ölçüde tazmin etme amacı karşılanmış olacaktır. Mahkeme, *passing-on* kuralının uygulanması sonucu zararı çok küçük olan dolaylı alıcıların tazminat talep etme hakkı olsaydı dahi, bunların yalnızca küçük bir kısmının bu haklarını kullanmak için uğraşacağını belirtmiştir. Mahkeme, son olarak herhangi bir dolaylı alıcı tarafından uğranılan zararın belirlenmesinin zorluğu karşısında, hükmedilen tazminatın gerçek zararı karşıladığı iddiasının güçlü bir dayanağının bulunmayacağını ileri sürmüştür.⁶⁴

Yüksek Mahkeme, söz konusu kararı altıya üç çoğunlukla almıştır. Karara muhalif kalan üç hâkim oldukça kapsamlı bir karşı oy yazısı yazmışlardır. Hâkimler, Mahkeme'nin kararının tazminat davalarının tazmin etme ve caydırma amaçlarının her ikisini de baltaladığını ifade etmiştir. Buna göre, birçok durumda dağıtım zinciri boyunca fiyat artışının bir sonraki zincire geçirilmesi sonucu bir rekabet ihlalden doğan zarara büyük ölçüde son alıcılar maruz kalacaktır. Bir rekabet ihlalden gerçekten zarar gören kesim olan dolaylı alıcılara tazminat talep etme hakkı verilmemesi halinde, tazmin etme amacı sağlanamamış olacaktır. Buna ek olarak hukuka aykırı fiyat artışını kendi alıcılarına yansıtacak olan ara teşebbüs konumundaki doğrudan alıcıların ihlali gerçekleştiren sağlayıcılarına karşı dava açma isteği çok düşük olacağı için, caydırıcılık amacı da sektete uğrayabilecektir.⁶⁵

Karşı oy yazısı, esas olarak kararın *passing-on* savunmasının reddedilmesine ilişkin kısmına karşı olmamakta, bu savunma reddedilirken aynı zamanda dolaylı alıcı kuralına izin verilmesini savunmaktadır. Bu görüş, *Hanover Shoe* kararının dolaylı alıcı kuralını reddetmediği iddiasına dayanmıştır. Hâkimler, *Hanover Shoe* kararında, Mahkeme'nin belli bir zarara

⁶³ *Illinois Brick* kararı, s.746 vd.

⁶⁴ *Illinois Brick* kararının kabul edilen son metninden önceki orijinal taslağında, tazmin etme amacının, caydırıcılık amacının elde edilmesi için feda edildiği belirtilmekteydi. Ancak daha sonra son karar metninde bu ifade yukarıda aktarıldığı şekilde değiştirilmiştir. Mahkeme, burada tazmin etme amacının sağlanmamasına dayanan karşı iddialara maruz kalmamak için böyle bir değişikliğe ihtiyacı duymuş olabilir (GAVIL, A.I. (2005a), "Antitrust Remedy Wars Episode I: Illinois Brick From Inside the Supreme Court", *St. John's Law Review*, No:79, s.609 vd.).

⁶⁵ *Illinois Brick* kararı, s.749.

uğramış doğrudan alıcıya sadece uğradığı zarar oranında mı yoksa uğradığı zarardan fazlası için de mi tazminat isteme yetkisi verilmesi konusunda bir tercih yapmak zorunda kaldığını ifade etmiştir. Mahkeme'nin, tazminat davalarının rekabet ihlallerini caydırma yönündeki amacıyla örtüşecek şekilde birinci seçeneği tercih ettiği belirtilmiştir.⁶⁶ Ancak, Hâkimler, *Hanover Shoe* kararındaki bu seçimin dolaylı alıcıların da kendilerine yansıtılan hukuka aykırı fiyat artışı için tazminat davası açamayacakları şeklinde yorumlanamayacağını iddia etmiştir. Hâkimlere göre, *passing-on* doktrininin savunma ve iddia amaçlı kullanılmasının ayrı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda karşı oy yazısı, *passing-on* doktrininin sadece iddia amaçlı kullanımına izin verilmesinin, tazminat davalarının etkililiğinin sağlanması ve ihlalcilerin haksız kazanç elde etmesinin engellenmesi politikaları ile uyumunu ileri sürmüştür.⁶⁷

Karşı oy yazısında, *Hanover Shoe* kararında belirtildiği gibi bir dağıtım zinciri boyunca fiyat artışının tespit edilmesinin, çoğunlukla muazzam kanıt ve karmaşık ekonomik teoriler içeren uzun ve karmaşık dava süreçlerine yol açacağı kabul edilmiştir. Ancak, bunun bütün rekabet hukuku davalarında görülebileceği belirtilmiştir. Buna göre, dolaylı alıcı tarafından uğranılan zararın tespiti, hukuka aykırı fiyat artışı olmasaydı ara teşebbüsün satış fiyatının ne olacağının tespitinden daha zor olmayacaktır.⁶⁸

Hâkimler, teorik olarak davalının çifte tazminat ödeme ihtimalinin olmasının, somut olayda bu ihtimalin bulunup bulunmadığı incelenmeden bütün dolaylı alıcıların tazminat taleplerinin önüne set çekilmesi için yeterli bir sebep oluşturmadığını da iddia etmiştir.⁶⁹

3.4. Illinois Brick Kararı Sonrası Gelişmeler

3.4.1. Doktrindeki Tartışmalar

Karar sürecinde Yüksek Mahkeme üyeleri arasında ciddi görüş farklılıkları yaratan *Illinois Brick* kararı⁷⁰, uygulama ve doktrinde de önemli tartışmalara yol açmıştır. ABD Barolar Birliği (*American Bar Association*) ("ABA"), *Illinois Brick* kararının hemen ardından, bir çalışma grubu kurarak konuya ilişkin yasal çözüm önerileri getirmeyi hedeflemiştir. Bu çalışma grubu hazırladığı raporda, esas olarak *Illinois Brick* kuralının kaldırılıp kaldırılmaması gerektiği konusunda bir belirleme yapmamakla birlikte, bu kuralın kaldırılması halinde

⁶⁶ Ibid. s.752 vd.

⁶⁷ Ibid. s.753.

⁶⁸ Ibid. s.758 vd.

⁶⁹ Ibid. s.761.

⁷⁰ Kararın verilmesinden bir hafta önce Mahkeme'nin ağırlıklı görüşü dolaylı alıcı kuralına izin vermekte iken, bir haftadaki tartışmalar sonucu tersi yönde karar verilmiştir. Bu sürece ilişkin detaylı bilgi için bkz. Gavil 2005a.

Yüksek Mahkeme tarafından meydana geleceği düşünülen yargısal karışıklığın nasıl giderileceğini çözmeye çalışmıştır.⁷¹ *Illinois Brick* kuralının doğruluğunu incelemeyen ve çoğunluk ile azınlıkta kalanların değişik usuli çözüm önerileri sunduğu bu rapor, mevcut probleminin çözümüne çok büyük bir fayda sağlamamıştır.⁷² ABA, 1983 yılında konuya ilişkin yayınladığı diğer bir raporunda ise, *Illinois Brick* kuralını kaldırmayı öngören federal yasa değişikliği tekliflerini Yüksek Mahkeme'nin dile getirdiği kaygıları ortadan kaldıracak usuli düzenlemeler içermemesi sebebiyle eleştirmiştir.⁷³

ABA'nın bu çalışmaları dışında, doktrinde *Illinois Brick* kararının lehinde ve aleyhinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Harris ve Sullivan, Mahkeme'nin *Illinois Brick* kararı ile oluşturduğu içtihadı ağır bir şekilde eleştirirken⁷⁴, Landes ve Posner'in başını çektiği bir diğer grup bu içtihadın haklılığını savunmuştur.⁷⁵

Landes ve Posner, Yüksek Mahkeme tarafından kararın kendisinde belirtilenlere ek bazı gerekçeler sunarak *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yazarlar öncelikle, tazminat davalarının tazmin etme ve caydırıcılık amaçları arasında bir çatışma olduğu durumlarda, ikincisine öncelik verilmesi gerektiğini savunmuştur.⁷⁶ Caydırıcılık amacının sağlanması açısından ise, tazminat davası açma hakkının dolaylı alıcılara kıyasla rekabet hukuku kurallarının daha etkin uygulayıcısı olan doğrudan alıcılara münhasıran verilmesinin daha doğru bir

⁷¹ COOPER, J.D. ve D.L. FOSTER (1977), "Report of the American Bar Association Antitrust Law Section Task Force on Legislative Alternatives Concerning Illinois Brick, Co., v. Illinois", *Antitrust Law Journal*, No:46, s.1137-1180.

⁷² MURRAY, C.R. ve B.D. RICHMAN (2007), "Rebuilding Illinois Brick: A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule", Duke Law School Research Paper No.155, http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2331&context=faculty_scholarship, Erişim Tarihi: 01.03.2011, s.16 vd.

⁷³ ABA (1983), "Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law Task Force to Review Proposed Legislation to Repeal or Modify Illinois Brick", *Antitrust Law Journal*, No:52, s.841-882.

⁷⁴ HARRIS, R.G. ve L.A. SULLIVAN (1980), "Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, No:128, s.269-360. *Illinois Brick* kararı aleyhindeki diğer görüşler için bkz. Gavil 2005a; Murray ve Richman 2007; COOPER, E.S. ve J.T. PRUD'HOMME (2006), "One More Challenge for the AMC: Repairing the Legacy of Illinois Brick", *University of San Francisco Law Review*, No:40, s.675-702.

⁷⁵ Landes ve Posner 1979; LANDES, W.M. ve R.A. POSNER (1980), "The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan", *University of Pennsylvania Law Review*, No:128, s.1274-1279; Schwartz ve Werden 1984; Benston 1986; Joyce ve McGuckin 1986; SNYDER, E.A. (1985), "Efficient Assignment of Rights to Sue for Antitrust Damages", *Journal of Law & Economics*, No:28, s.469-482.

⁷⁶ Landes ve Posner 1979, s.605.

politika olacağı ifade edilmiştir.⁷⁷ Doğrudan alıcıların, daha etkin rekabet uygulayıcısı olmasının sebebi olarak ihlali gerçekleştiren teşebbüs ile doğrudan ilişki içerisinde olmaları ve bu sebeple dolaylı alıcılara göre rekabet ihlalini fark etme ihtimallerinin daha yüksek olması gösterilmiştir.⁷⁸

Yazarlar, doğrudan alıcıların ürünleri satın aldığı sağlayıcı ile arasında devam eden ilişkinin bozulmasından çekinerek tazminat davası açmaktan vazgeçebileceği iddiasına da karşı çıkmıştır. Buna göre, kar amacı güden hiçbir rasyonel teşebbüs, eşit derecede bir getiri elde etmediği sürece kazanç sağlayacağı bir hukuki hakkı kullanmaktan vazgeçmeyecektir. Bu kazanç, rekabet ihlallerinin maliyetini arttırarak bir caydırıcılık unsuru oluşturacaktır.⁷⁹ Yazarlar, *passing-on* doktrininin kabulü halinde, doğrudan alıcıların beklediği tazminat değeri düşeceğinden, onların ihlale ilişkin olarak hukuki haklarını kullanmaması karşılığında rekabet ihlalcisi tarafından ödenecek tutarın daha az olacağını, bunun da tazminat davalarının caydırıcılığını azaltacağını iddia etmiştir. Yazarlar, buna ek olarak hissedarları tarafından sorumlu tutulma riskinin ve misillemeye karşı da tazminat davası açma olanağının, doğrudan alıcıların dava açma motivasyonlarını yüksek tutacağını savunmuştur.⁸⁰

Yazarlar, ikinci olarak *passing-on* doktrininin davaya dâhil olması halinde, fiyat artışının paylaşılması probleminin ortaya çıkacağını ve tazminat davalarına ilişkin masraf ve belirsizliklerin artacağını iddia etmiştir.⁸¹ Ancak,

⁷⁷ Ibid. s.608.

⁷⁸ Ibid. s.609. Schwartz ve Werden de doğrudan alıcıların kartelleri tespit etmeye yönelik yatırım yapma konusunda daha fazla motivasyona sahip olacağını belirterek söz konusu iddiayı desteklemiştir (Schwartz ve Werden 1984, s.663 vd.). Benston ise, doğrudan alıcıların kartelleri tespit etme konusunda daha üstün olmasının yanı sıra, bu tür alıcıların asılsız tazminat davası açma ihtimalinin dolaylı alıcılara göre daha düşük olduğunu iddia etmiştir (Benston 1986, s.234 vd. ve 241).

⁷⁹ Landes ve Posner 1979, s.613. Ayrıca bkz. Benston 1986, s.236. Bu ihtimal, bazı yazarlar tarafından, kartel oluşturulmasını kolaylaştırabilmesi sebebiyle *Illinois Brick* kuralının olumsuz yönlerinden biri olarak ele alınmıştır (RÜGGEBERG, J., M.P. SCHINKEL ve J. TUINSTRAN (2005), "Illinois Walls: How Barring Indirect Purchaser Suits Facilitates Collusion", Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2005-02, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=730384, Erişim Tarihi: 01.03.2011).

⁸⁰ Landes ve Posner 1979, s.614. Yazarlar, ampirik verilerin her yıl rekabet ihlallerine karşı açılan davaların büyük bir kısmının doğrudan alıcılar tarafından açıldığını gösterdiğini ve bunun, doğrudan alıcıların rekabet ihlalcisi sağlayıcılarına karşı dava açma konusunda çekingen olmadığına işaret ettiğini belirtmiştir. Harris ve Sullivan ise, bu verilerin tazminat davası açmaktan çekinen doğrudan alıcı sayısını göstermediği için güvenilir olmadığını iddia etmiştir (Harris ve Sullivan 1980, s.352 dn.158a).

⁸¹ Landes ve Posner 1979, s.619. Bu kaygı, Schwartz ve Werden tarafından da dile getirilmiştir (Schwartz ve Werden 1984, s.663). Snyder, 1963-1982 yılları arasındaki süreç için yaptığı araştırma sonucunda, *Illinois Brick* ve *Hanover Shoe* kararlarının öngördüğü kuralın, açılan tazminat davasının sayısına etkisinin nötr olduğu sonucuna varmıştır. Yazar, *Illinois Brick* kararının kaldırılması gerektiğini savunanların tazmin etme amacının caydırıcılığı zayıflatmadan

doğrudan ve dolaylı alıcılar eşit derecede etkin uygulayıcı olsalar ve tazminatın paylaşılması gerçekte bir sorun yaratmasa dahi, dava açma hakkının her iki alıcı grubuna da verilmesi halinde, her birinin tazminat talebi nispeten düşük olacağı için tazminat davasının caydırıcılığının azalacağı ifade edilmiştir.⁸²

Landes ve Posner, *Illinois Brick* kararının tazmin etme amacına da hizmet edebileceğini savunmuştur. Buna göre, tazminata ilişkin belirsizliğin kalkması sonucu olası bir tazminat davasında hukuka aykırı fiyat artışının üç katı kadar tazminat kazanabileceğini tahmin eden doğrudan alıcılar, kendi ürünlerini eğer tazminat hakları olmasaydı öngöreceklelerinden daha düşük bir fiyata satma motivasyonuna sahip olacaktır.⁸³ Bu şekilde dolaylı alıcılar, tazminat haklarından vazgeçmeleri karşılığında daha düşük fiyatlarla ürün olarak tazmin edilmektedir. Yazarlar bu sebeple, *Illinois Brick* kuralının kabul edilip edilmemesinin, son alıcıların grup olarak tazminat elde etmeyecekleri ile ilgili değil söz konusu tazminatın şekline ilişkin bir sorun olduğunu ileri sürmüştür. Yazarlar, bazı doğrudan alıcıların söz konusu olası tazminatın miktarını tahmin edemediği veya dikkate almadığı ihtimalde dahi, *Illinois Brick* kararından dönülmesinin rekabet hukukunun uygulamasının tazmin etme amacının elde edilmesi için uygun bir çözüm oluşturmadığını söylemiştir. Bu iddiaya dayanak noktası olarak dolaylı alıcıların dava açmasındaki zorluk gösterilmiştir.⁸⁴

Schwartz ve Werden ise, caydırıcılığı arttırması sebebiyle *Illinois Brick* kararının doğrululuğu konusunda Landes ve Posner'i desteklemekle birlikte, söz konusu kararın tazmin etme amacına aykırı düştüğünü iddia etmiştir. Yazarlar, Landes ve Posner'in doğrudan alıcıların tazminat beklentisiyle daha düşük fiyat öngöreceği savını inandırıcı bulmamıştır. Yazarlara göre, kartelin doğrudan alıcılar tarafından başladıktan sonra tespit edilmesi durumunda, dolaylı alıcılar zaten fiyat artışının kendilerine geçirilmesi sonucu bir miktar zarara uğramış

da sağlanabileceği iddiasına ise iki şekilde cevap verilebileceğini belirtmiştir. Öncelikle, *passing-on* doktrininin uygulanmasının yaratacağı yargısal sorunlar, uygulama maliyetini arttıracaktır. İkinci olarak ise, *passing-on* kuralının uygulanması sonucu, tazminat haklarının kullanılmaması sebebiyle caydırıcılık kaybı olabilir. Bu nedenle, yazar, *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararları çerçevesinde sadece doğrudan alıcılara dava açma hakkı verilmesinin tazminatın doğrudan ve dolaylı alıcılar tarafından bölüşülmesine göre daha etkili olacağını savunmuştur (Snyder 1985, s.482).

⁸² Landes ve Posner 1979, s.614 vd. Snyder, dolaylı alıcıların dava açmasının caydırıcılığı arttırabilmesinin, sadece *Illinois Brick* kararı çerçevesinde doğrudan alıcıların dava açmayacak olması halinde söz konusu olabileceğini ifade etmiştir (Snyder 1985, s.474).

⁸³ Landes ve Posner 1979, s.605.

⁸⁴ Ibid. s.606. Benston da fiyat artışının yansıdığı ispatının zor olması ve *Illinois Brick* kuralının kaldırılması halinde, yargısal masrafların yükselmesi sebebiyle, tüketicilerin hak kazanacakları tazminat miktarının çok küçük olacağını belirterek Landes ve Posner'in görüşüne katılmıştır (Benston 1986, s.220 vd, s.233 ve s.246).

olacaktır. Gerçekte, birçok kartel çöktükten ve fiyatlar düştükten sonra tespit edilebildiğinden, doğrudan alıcılar zaten fiyat artışını yansıtmış olacak ve dolayısıyla dolaylı alıcıların zararlarının tazmin edilmesi mümkün olmayacaktır.⁸⁵ Yazarlar, dolaylı alıcıların bir tazminat beklentisiyle fiyatlarını indirebilecekleri uzun bir süre olsa dahi, gerçekte fiyatların önemli şekilde düşüş göstereceğinin oldukça şüpheli olacağını savunmuştur.⁸⁶

Harris ve Sullivan ise, *Illinois Brick* kararının tazmin etme ve caydırma amaçlarının her ikisine de aykırı olduğunu savunmuştur. Yazarlar öncelikle, hukuka aykırı fiyat artışının hangi oranda dağıtım zincirinin alt seviyelerine yansıtıldığı belirlenmesi zorluğuyla, çoğu durumda Yüksek Mahkeme'nin düşüncesinin aksine bazı yargısal araçların ve faraziyelerin kullanılmasıyla başa çıkılabileceğini iddia etmiştir.⁸⁷ Yazarlar, karmaşık dağıtım zincirlerinde yansımaya son olarak maruz kalan alıcı grubunun tespit edilmesinin çok zor olabileceğini kabul etmektedir. Bu gibi durumlarda, söz konusu incelemenin yansımaya maruz kalan alıcıların bireysel veya grup olarak tespit edilmesinin mümkün olmadığı dağıtım seviyesinde sonlandırılması gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁸ Yazarlar, bu incelemenin ve tazminatın paylaşılması işlemlerinin yargısal maliyetleri arttırabileceğini, ancak bu konuda adil bir çözüm bulunmasının değerinin bu masraflara değeceğini belirtmiştir.⁸⁹

⁸⁵ Yazarlar, bir kartel devam ederken tespit edilse bile, bu tespitten sonra kartel üyelerinin büyük ihtimalle karteli hemen sona erdireceğini, bu durumda da dolaylı alıcıların zararlarının tazmin edilmiş sayılmayacağını ifade etmiştir (Schwartz ve Werden 1984, s.639).

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Harris ve Sullivan 1980, s.338 vd. Hovenkamp, arz talep elastikiyetinin ölçülmesine gerek kalmadan dolaylı alıcıların maruz kaldığı fiyat artışının "kıstas" (*yardstick*) ya da "önce-ve-sonra" (*before-and-after*) metodlarının kullanılarak belirlenebileceğini belirtmiştir (HOVENKAMP, H. (2005), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Thomson West, Minnesota, US, s.630 vd.).

⁸⁸ Harris ve Sullivan 1980, s.338 vd. Yazarlar, *Illinois Brick* kararında, Mahkeme'nin yalnızca dağıtım zincirinin uzunluğunun yansımının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesini zor kılacağı görüşünü eleştirmiştir. Yazarlar, bazı dağıtım zincirlerinin son alıcıları ve hatta ara alıcıları tanımlamaya ilişkin çabaları boşa çıkaracak kadar karmaşık olabileceğini, ancak dağıtım zincirinin uzunluğunun tek başına bu konuda belirleyici olamayacağını öne sürmüştür.

⁸⁹ Yazarlar, bu davaların, diğer davalara göre yargısal dikkat açısından daha değersiz olduğunu farz etmek için hiçbir nedenin bulunmadığını ileri sürmüştür. Yazarlar, buna ek olarak söz konusu masraf iddiasının birçok durumda fazlaca abartılı olacağını ve yansımının varlığının hataya yer vermeyecek kadar açık olduğunu ifade eden bazı mahkeme kararlarının buna örnek teşkil ettiğini savunmuştur (Ibid. s. 340). Muray ve Richman da rekabet ihlallerine ilişkin tüm davaların, ilgili pazarın tanımlanması, yüksek maliyetli veri toplanması ve elastikiyetin belirlenmesi gibi problemleri içermeleri nedeniyle kaçınılmaz olarak karmaşık hale geldiğini, dolaylı alıcıların tazminat hakkının hesaplanması probleminin yalnızca bu listede tek bir unsur olduğunu belirtmiştir (Murray ve Richman 2007, s. 34).

Yazarlar, ekonomik teorilerin ve uygulamaya ilişkin verilerin yüksek oranda yansımının kısa dönemde kural, uzun dönemde ise kaçınılmaz olduğunu gösterdiğini savunmuştur.⁹⁰ Bu sebeple, sadece doğrudan alıcılara dava açma hakkı vererek çoğu durumda rekabet ihlalinin gerçek mağduru olan dolaylı alıcıların dava hakkını ortadan kaldıran *Illinois Brick* kararının, tazmin etme amacıyla örtüşmediği ileri sürülmüştür.⁹¹ Bununla birlikte yazarlar, fiyatı artan ürünün başka bir ürünün dolaylı gideri konumunda olduğu karmaşık dağıtım zincirlerinde, söz konusu ispat sürecinin oldukça zor olacağını ve sağlıklı bir sonuç doğurmayacağını kabul etmiştir. Bu gibi hallerde, doğrudan alıcının fiyat artışını kendi müşterilerine yansıttığını ispat eden ihlalcı, bu artıştan sonuç olarak etkilenen son alıcıların tespit edilememesi sebebiyle haksız kazanç sağlayabilir. Yazarlar, bu haksız kazancın, hem tazmin etme hem de caydırma amacını sekteye uğratacağını belirtmiştir.⁹² Bu nedenle, yazarlar, yansımının tespitinin söz konusu zorluk seviyesine ulaştığı durumlarda, incelemenin sona erdirilip⁹³ fiyat artışının kendisine yansıdığını ispat eden en son tanımlanabilen alıcı grubuna dava açma hakkı verilmesinin tazmin etme amacı açısından en uygun yöntem olacağını iddia etmiştir.⁹⁴

Dolaylı alıcı kuralına söz konusu çerçevede izin verilmesi gerektiğini savunan yazarlar *passing-on* savunmasının uygulanmasına ise, ciddi bir çifte tazminat sorumluluğunun⁹⁵ bulunduğu durumlar dışında karşı çıkmıştır.⁹⁶

⁹⁰ Landes ve Posner, Harris ve Sullivan'ın uzun dönemde hukuka aykırı fiyat artışının mutlaka dağıtım zincirinin alt seviyesine yansıtılacağı görüşünün her zaman doğru olmadığını iddia etmiştir (Landes ve Posner 1980, s.1276 vd.). Ayrıca bkz. Benston 1986, s.223.

⁹¹ Harris ve Sullivan 1980, s.347.

⁹² Ibid. s.348.

⁹³ Yazarlar söz konusu karmaşıklığın ortaya çıktığı seviyeden sonraki alıcıların tazminat açma haklarının reddedilmesi gerektiğini kabul etmiştir (Ibid. s.347).

⁹⁴ Ibid. s.348.

⁹⁵ Yazarlar, davalının sorumluluğu konusunda kavramsal açıdan ikili bir ayrım yapmışlardır. Buna göre, *Illinois Brick* kararında belirtildiği gibi, dağıtım zincirinin birden fazla seviyesindeki alıcıların fiyat artışı konusunda tazminata hak kazanması sebebiyle, ihlalcilerin yasaca öngörülen azami tazminat limitinin üzerinde ödeme yapması hali, "aşırı tazminat sorumluluğu" (*excessive liability*) olarak adlandırılmıştır. Yansıtılan fiyat artışının iyi hesaplanamaması sebebiyle hem bir doğrudan alıcının hem de bu alıcının kendi alıcılarının aynı fiyat artışı için tazminata hak kazanması durumu ise "çifte tazminat sorumluluğu" (*duplicative liability*) olarak isimlendirilmiştir. Bu ikinci halde, ihlalcilerin maruz kaldığı toplam tazminat, yasaca öngörülen azami limiti aşmayabilir (Ibid. s.343 vd.).

⁹⁶ Gavil de *passing-on* savunması reddedilirken dolaylı alıcıların dava hakkının kabul edilebileceğini savunmuştur. Yazar, *Hanover Shoe* kararı ile *Illinois Brick* kararının aynı tutulmaması gerektiğini savunmuştur. Buna göre, *Hanover Shoe* kararı, caydırıcılığı azami seviyeye çekme ve rekabet ihlalcilerinin sorumluluktan kurtulup haksız kazanç elde etmesi ihtimalini asgariye indirme amaçları çerçevesinde davacı lehine verilmiştir. *Illinois Brick* kararı ise, davalı lehine verilmiş bir karardır. Bu iki karar arasındaki simetri, katı ispat yükümlülüğünü gerektirse dahi, tazmin etme amacına daha fazla eğilen ve dolaylı alıcıların dava açma haklarını koruyan bir politikayı

Yazarlar, tatmin edici bir adaletin sağlanması açısından çifte tazminat sorumluluğunun önlemesi gerektiğini kabul etmişlerdir.⁹⁷ Bununla beraber, çifte sorumluluk probleminin, hüküm aşamasında çözülebileceğini iddia edilmiştir. Buna göre, fiyat artışının tespiti Yüksek Mahkeme'nin düşündüğünden çok daha kolay olması sebebiyle uyumsuz kararların ortaya çıkma ihtimali de düşünülenenden daha düşük olacaktır. Yine de ortada uyumsuz kararlar çıkma ihtimali varsa, bu sorun uyumsuz kararların sayısını azaltmaya yönelik geleneksel yöntemler ile çözülebilir.⁹⁸

Harris ve Sullivan, *Illinois Brick* kararının caydırıcılık amacına da hizmet etmediğini iddia etmiştir. Yazarlara göre, *passing-on* savunması tek başına zararlarının üç katına kadar tazminata hak kazanabilecek doğrudan alıcıların dava açıp açmama kararı açısından önemli bir role sahip olmayacaktır. Bazı doğrudan alıcılar, sırf *passing-on* savunması ile karşılaşma tehlikesi yüzünden dava açmayabilse de bunların sayısı düşük olacaktır. Bu alıcılar, genellikle toptancı ve perakendeciler gibi bütün fiyat artışını kendi alıcılarına yansıtan alıcılar olacaktır. Yazarlar, bu alıcıların dava açmaya teşvik edilmesinin dolaylı alıcı kuralının reddi için yeterli bir sebep oluşturmadığını savunmuşlardır.⁹⁹ Yazarlar, *Illinois Brick* kararı sonucu hiçbir dolaylı alıcı dava açamayacağı için söz konusu kararın dolaylı alıcılar üzerindeki etkisinin mutlak olduğunu belirtmiştir.

Harris ve Sullivan, fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtan doğrudan alıcıların dava açma motivasyonlarının çoğunlukla düşük olduğunu savunmuştur. Buna göre, özellikle ihlalciler ile aralarında kendileri için önemli olan bir devamlı ilişki söz konusuysa, doğrudan alıcılar dava açmaktan vazgeçebilecektir.¹⁰⁰ Bu risk, fiyat artışının önemli bir kısmının doğrudan alıcı

gerektirmektedir. Bu çerçevede, yazar, *passing-on* savunmasını kabul ederken dolaylı alıcılara dava açma hakkı verilmesinin ikisini aynı tutmaya göre daha tutarlı olacağını öne sürmüştür (Gavil 2005a, s.615 vd.). Benzer görüşler için bkz. Cooper ve Prud'homme 2006, s.692 vd.; BAKER, D.I. (2004), "Revisiting History- What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend to Others", *Loyola Consumer Law Review*, No:16, s.391 vd.

⁹⁷ Fakat yazarlar, bu adaletin gereğinin, ilk alıcıların fiyat artışının tamamının mağduru olduğunu kabul etmek için geçerli bir sebep oluşturmadığını ifade etmiştir. Yazarlar, gerçekte fiyat artışının yansıtılmasının istisna değil kural olduğunu, dolayısıyla da bir tercih yapılacaksa çoğu durumda hukuka aykırı fiyat artışının asıl mağduru olan dağıtım zincirindeki tanımlanabilir son alıcılar lehine hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir (Harris ve Sullivan 1980, s.345).

⁹⁸ Yazarlar, *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararları arasındaki süreçte bu araçların iyi uygulandığını ve bilindiği kadarıyla, çifte tazminat sorumluluğu probleminin ortaya çıktığı bir durumun mevcut olmadığını belirtmiştir (Ibid. s.346).

⁹⁹ Ibid. s.351.

¹⁰⁰ Landes ve Posner, burada ihlalcinin dava açmaması için doğrudan alıcıya bir ödeme yapmak zorunda olduğunu, bunun da tazminat niteliği taşıyacağını dikkate almaması sebebiyle Harris ve Sullivan'ı eleştirmiştir (Landes ve Posner 1980, s.1278 vd.).

tarafından katlanıldığı durumlarda bile söz konusu olabilir.¹⁰¹ Bu sebeple, birçok durumda dolaylı alıcılar dava açamazsa, dava açacak kimse bulunmayacaktır.¹⁰² Bütün bu açıklamalar çerçevesinde yazarlar, *Illinois Brick* kuralının caydırıcılığı arttırmak yerine azalttığını belirterek bu kuralı kaldıran bir yasal düzenlemenin gerekliliğine işaret etmişlerdir.

3.4.2. Dolaylı Alıcı Kuralının Bazı Eyaletlerce Kabul Edilmesi (*Illinois Brick Repealer Statutes*) ve *ARC America* Kararı

Dolaylı alıcıların dava hakkını ortadan kaldıran *Illinois Brick* kararı, eyalet hükümetlerince, özellikle de kendilerine sağlanan *parens patriae* yetkisi çerçevesinde rekabet ihlallerine karşı mağdurlar adına dava açma olanağına sahip eyaletlerin adaletten sorumlu en üst düzey yetkilileri (*attorney general*) tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Söz konusu yetkililer, bu yetkilerinin kullanımını önemli şekilde kısıtlayan *Illinois Brick* kuralının kaldırılması için ciddi şekilde mücadele vermiştir.¹⁰³ Bu çerçevede, söz konusu kimseler, çeşitli defalar *Illinois Brick* kuralını kaldırmayı amaçlayan ama başarısızlıkla sonuçlanan federal yasama çabalarını desteklemiştir.¹⁰⁴

¹⁰¹ Yazarlar, doğrudan alıcıların dava açtığı durumların, çoğunlukla fiyatı hukuka aykırı olarak artan ürünün kendileri için çok önemli olmadığı ve başka sağlayıcılardan elde edebilecekleri haller olduğunu belirtmiştir. Bu durumlarda, doğrudan alıcılar, ihlalciler ile arasındaki ilişkinin bozulmasını önemsemeyebilir. Ancak, birçok durumda doğrudan alıcı, uzun dönemli devam eden bir ilişki içindeki ihlalcilere oldukça bağımlı durumda olacaktır. Bu hallerde, doğrudan alıcı, sağlayıcısı ile arasındaki ilişkisinin bozulmasını önlemek için dava açmayabilir (Harris ve Sullivan 1980, s.351 vd.).

¹⁰² Yazarlar, Landes ve Posner'in doğrudan alıcıların rekabet hukuku kurallarının daha üstün uygulayıcısı olacağı iddiasına da karşı çıkmıştır. Buna göre, doğrudan alıcıların ihlali ile daha yakın bir ilişki içerisinde olmaları sebebiyle ihlalin varlığını daha kolay tespit ettikleri kabul edilse de bu avantaj birçok durumda bir fayda sağlamayabilir. Fiyatı artan ürünün doğrudan alıcının toplam gideri içerisinde düşük bir yeri olması durumunda, bu alıcının ihlali tespit etme ihtimali düşecektir. Buna karşın, fiyatı artan ürünün doğrudan alıcı için önemli bir gider olması durumunda, bu sefer de sağlayıcıya bağlılık önemli boyutta olacağı için doğrudan alıcının dava açma isteği yine düşük olabilecektir. Buna ek olarak ihlalin uzun dönem sürmesi durumunda, doğrudan alıcılar buna göre uzun dönemli düzenlemeler yaparak normal gelirlerini elde edebilirler. Son olarak, doğrudan alıcılar, tazminat davası açmasalar dahi tespit ettikleri kartelleri ilgili mercilere bildirerek rekabet yaptırımlarının uygulanmasını sağlayabilirler (Ibid. s.352 vd.). Benzer görüş için bkz. Hovenkamp 1990, s.1728 vd.

¹⁰³ Cooper ve Prud'homme 2006, s.680. Çoğunlukla halk tarafından seçilen bu yetkililer için, rekabet ihlalinin etkilenen tüketicileri ve devlet kuruluşlarını koruma gibi esas görevlerinden birini yerine getirme, politik olarak önemli bir role sahiptir (Cengiz 2007, s.19).

¹⁰⁴ Bkz. H.R. 1942, 95th Cong. (1978); S. 1874, 95th Cong. (1978); H.R. 9132, 95th Cong. (1977); H.R. 8516, 95th Cong. (1977); H.R. 8359, 95th Cong. (1977); H.R. 2004, 96th Cong (1979); S. 300, 96th Cong.(1979). Federal hukuku değiştirmeye yönelik bu çabaları desteklemenin yanı sıra, *Illinois Brick* kuralından kurtulmanın bir diğer yolu olarak birçok eyalet, yaptıkları sözleşmelere rekabet ihlallerine ilişkin tazminat hakkının dolaylı alıcı konumundaki devlet

Bunun üzerine birçok eyalette, dolaylı alıcı kuralına ilişkin *Illinois Brick* kuralını kaldıran adımlar atılmıştır. Önemli sayıda eyalet, ilgili yasal düzenlemelerinde dolaylı alıcılara dava açma hakkı tanıyan değişikliklere yer verirken, diğer bir kısım eyalette ise, mevcut yasalar yargısal mercilerce dolaylı alıcı kuralına izin verecek şekilde yorumlanmıştır.¹⁰⁵ Eyaletlerde dolaylı alıcı kuralına izin veren bu yasal ve yargısal gelişmelere karşı *Illinois Brick* kararının savunucuları, söz konusu karar çerçevesinde eyalet hukuklarının federal hukuka uygun olması gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁰⁶ Bu iddia, 1989 yılında *ARC America* davasıyla Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiştir.

1989 yılında çimento sektöründe ülke çapında gerçekleşen kartele karşı Alabama, Arizona, California ve Minnesota eyaletleri tarafından dolaylı alıcı olarak tazminat davaları açılmıştır. Söz konusu davalar, doğrudan alıcıların da davacı olduğu diğer birçok dava ile birlikte tek bir hazırlık tahkikatında (*pretrial proceeding*) birleştirilmiştir. Davadaki talepler uzlaşmayla çözüldükten sonra, söz konusu eyaletlerin dolaylı alıcı olarak uzlaşılan tazminattan pay talep edemeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır. Federal hukuku oluşturan *Illinois Brick* kuralına göre, böyle bir talepte bulunamayacak olan söz konusu eyaletler, bu kuralı kaldıran eyalet yasalarına dayanmışlardır. Önüne gelen söz konusu davada Yüksek Mahkeme, dolaylı alıcıların tazminat hakkına ilişkin olarak eyalet hukuklarının federal hukuka uygun olup olmaması gerektiği konusunda karar vermek durumunda kalmıştır. Mahkeme, *Illinois Brick* kararının, eyalet hukukları ile federal hukuk arasındaki ilişkiyi tanımlamaktan ziyade, dolaylı alıcı kuralına ilişkin federal hukuku yorumlayan bir karar olduğunu ve bu konudaki Kongre'nin amacının eyalet hukuklarının federal hukuka uygun olması yönünde olmadığına karar vermiştir.¹⁰⁷ Bu çerçevede, *ARC America* kararı,

kuruluşlarına devredildiğini öngören hükümler koymuşlardır (Benston 1986, s.245 dn.83). Bu hükümler, uygulanması zor olduğu ve kamu kuruluşları dışındaki dolaylı alıcıları korumadığı için sınırlı fayda sağlamıştır (Cooper ve Prud'homme 2006, s.681).

¹⁰⁵ Bkz. Cooper ve Prud'homme 2006, s.681; FOLSOM, R. (2005), "Indirect Purchasers: State Antitrust Remedies and Roadblocks", *Antitrust Bulletin*, No:50, s.181-196; DAVIS, R.W. (1997), "Indirect Purchaser Litigation: ARC America's Chickens Come Home to Roost on the Illinois Brick Wall", *Antitrust Law Journal*, No:65, s.375 vd.

¹⁰⁶ GISSER, M.V. (1982), "Indirect Purchaser Suits under State Antitrust Laws: A Detour Around the Illinois Brick Wall", *Stanford Law Review*, No:34, s.203-220.

¹⁰⁷ *ARC America* kararı, s.105 vd. Söz konusu kararında Mahkeme, bir konuda eyalet yasalarının federal hukuka uygun olması zorunluluğunun (*preemption*) doğabilmesi için üç dayanaktan birinin var olması gerektiğini belirtmiştir. Bu dayanaklar şunlardır: (1) bir alanı münhasıran federal hukukun kapsamına alınmasına ilişkin bir Kongre kararının bulunması (2) böyle bir karar bulunmasa bile, Kongre'nin niyetinin söz konusu alanın federal hukuka tabi olduğu yönünde olması ve (3) federal hukuk ile eyalet hukukunun ikisinin bir arada uygulanmasını imkânsız kılabacak şekilde birbiriyle çatışması. Mahkeme, *Illinois Brick* kararının *Clayton* Kanunu m.4'ün bir yorumu niteliğinde olduğunu ve Kongre'nin hiç bir zaman eyalet hukuklarının dolaylı alıcı kuralına ilişkin olarak federal hukuka tabi olacağını açıkça kabul etmediğini ifade etmiştir.

dolaylı alıcı kuralına ilişkin olarak federal hukuk ile eyalet hukuklarının aynı anda uygulanmasına onay vermiştir.

ARC America kararını takiben, dolaylı alıcı kuralı konusunda *Illinois Brick* kuralından sapan düzenlemeler öngören eyaletlerin sayısı artış göstermiştir.¹⁰⁸ Bu düzenlemeler, rekabet ihlalinin gerçek mağdurları olduğu düşünülen dolaylı alıcıların zararlarının tazmin edilmesi gibi ortak bir amaca sahip olsalar da¹⁰⁹ öngördükleri çözümler açısından çeşitli farklılıklar göstermektedir.¹¹⁰ Bu bağlamda, bazı eyaletler *passing-on* doktrininin her iki taraflı uygulanmasına da izin verirken, diğerleri *passing-on* savunmasına ilişkin federal yasağı korumanın yanında dolaylı alıcılara dava hakkı tanımıştır.¹¹¹ Bunun gibi, dolaylı alıcılar adına tazminat davası açma yetkisine kimin sahip olacağı hususunda da eyalet yasalarında farklılıklar bulunmaktadır. Birçok eyalet hem kamu tarafından hem de dolaylı alıcılar tarafından bizzat tazminat davası açılmasına olanak tanımıştır. Bazıları sadece kamu otoriteleri tarafından dolaylı alıcılar yararına toplu dava açılmasına izin verirken, bir kısmı ise sadece dolaylı alıcı konumundaki kamu kuruluşları adına kamu otoritelerine dava açma hakkı tanımıştır.¹¹²

Bütün bunların sonucu olarak bugün itibariyle, ABD'nin rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarına ilişkin sistemi, federal hukukun ve bazı eyalet hukuklarının dolaylı alıcı kuralını reddettiği, diğerlerinin ise bu kuralı farklı çözümlerle sağladığı kaotik bir hale bürünmüştür.¹¹³ Birçok yazar tarafından da ifade edildiği üzere¹¹⁴ mevcut durum, *Illinois Brick* kararının

Mahkeme ayrıca, *Illinois Brick* kararı ile dolaylı alıcılara dava açma hakkı veren eyalet hukuklarının çatışmadığına hükmetmiştir. Son olarak Mahkeme, rekabet hukukunun geleneksel olarak eyaletler tarafından düzenlendiğini, bu sebeple bu alanda federal hukukun tekelinin olmadığını varsayılması gerektiğini savunmuştur. Bu gerekçeler çerçevesinde, Mahkeme, yukarıda sayılan üç dayanağın hiçbirinin mevcut olayda söz konusu olmadığına karar vermiştir.

¹⁰⁸ *ARC America* kararına kadarki süreçte, 13 eyalet ve Columbia Bölgesi dolaylı alıcılara dava hakkı veren çeşitli yasal çözümler öngörmüşken, söz konusu karar sonrası, 10 eyalet daha bunlara katılmıştır (Folsom 2005, s.181 vd.).

¹⁰⁹ Ibid. s.182; ABA (1991), "Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law Task Force to Review the Supreme Court' Decision in California v. ARC America Corp.", *Antitrust Law Journal*, No:59, s.278.

¹¹⁰ Folsom 2005, s.182.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

¹¹³ *Sherman Kanunu m.2'nin ihlali iddiasıyla Microsoft'a karşı değişik eyaletlerde açılan ve birbiriyle çatışan kararların ortaya çıktığı davalar zinciri, bu kaotik durumu çok iyi özetlemektedir (Cengiz 2007, s.21; Gavil 2001, s.876 vd.; GIALI, D.J. ve J.T. TOMLIN (2003), "Federalism and the Indirect Purchaser Mess", *George Mason Law Review*, No:11, s.164 vd.).*

¹¹⁴ Cooper ve Prud'homme 2006, s.675 vd; Gavil 2005a, s.574; Cengiz 2007, s.22; Murray ve Richman 2007, s.34 vd; CAVANAGH, E.D. (2005), "Illinois Brick: A Look Back and A Look Ahead", *Loyola Consumer Law Review*, No:17, s.30

önlemeyi amaçladığı durumdan çok daha karmaşık ve başa çıkılmaz bir hale gelmiştir.¹¹⁵ Bu kaotik durumun ortadan kaldırılmasına yönelik olarak doktrinde ve uygulamada çeşitli çözümler öne sürülmüştür.¹¹⁶ *Illinois Brick* kuralının savunucuları, rekabet ihlallerine ilişkin tazminat hakkı konusunda, federal hukukun eyalet hukuklarını da bağlayacak şekilde münhasıran uygulanmasını önermişlerdir.¹¹⁷ Buna karşılık olarak diğer bir grup, *Illinois Brick* kuralının kaldırılmasını öngören federal düzeyde bir yasal düzenleme yapılmasını savunmuştur.¹¹⁸

3.4.3. Antitröst Modernizasyon Komisyonu'nun Çalışmaları

2002 yılında Kongre tarafından çıkartılan kanun¹¹⁹ uyarınca ABD rekabet hukukunun modernizasyona ihtiyacı olup olmadığını araştırmak üzere kurulan AMK¹²⁰, çalışmalarının kapsamına dolaylı alıcı kuralına ilişkin mevcut hukuki karmaşıklığı da almıştır. Bu kapsamda, AMK, Nisan 2007'de hazırladığı raporunda tüketici ve iş çevrelerini de içeren değişik çıkar gruplarının görüşlerini dinleyerek *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin söz konusu karmaşanın çözülmesi için atılması gereken yasal adımlar konusunda önerilerde bulunmuştur.¹²¹

AMK, öncelikle *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin mevcut hukuki sistemin yarattığı sorunları irdelemiştir. Bu bağlamda, dolaylı alıcı kuralını reddeden federal hukuk ve bu kuralı çeşitli çözümlerle öngören

¹¹⁵ Gavil, dolaylı alıcıların federal mahkemelerde dava açmasına izin verilseydi, dolaylı alıcılar ile doğrudan alıcıların açtıkları davaların birleştirilmesinin daha kolay olacağını ve tazminatın dağıtımına ilişkin problemlerin koordinasyon ile azaltılabileceğini iddia etmiştir. Yazar, birbiri ile uyumsuz kararların yarattığı tehdidin, *Illinois Brick* kuralı ile birlikte çok daha ciddileştiğini savunmuştur (Gavil 2005a, s.574).

¹¹⁶ ABA'nın Rekabet Bölümü, 1991 yılında hazırladığı raporda, dolaylı alıcı kuralına ilişkin belirliliğin sağlanması için Kongre'ye mevcut durumun korunması seçeneğinin yanı sıra üç alternatif öneri getirmiştir. Bunlar: (1) *Illinois Brick* kuralı korunarak dolaylı alıcı kuralı öngören eyalet düzenlemelerinin kaldırılması; (2) *Illinois Brick* kuralını kaldırarak federal hukuk düzeyinde dolaylı alıcı kuralının tanınması (bu değişen kuralın da eyalet hukuklarına üstün tutulması söz konusu olabilir); ve (3) bu konuda eyaletlere yeknesak bir yasa önerilmesi. ABA, raporunda, bu çözüm yöntemlerinden hangisinin tercih edilmesi gerektiğine ilişkin bir öneride bulunmamıştır (ABA 1991, s. 288 vd.). Buna karşılık, ABA, 1995 tarihli raporunda yukarıda sayılan ikinci seçeneği öneren bir tutum sergilemiştir (ABA (1995), "Report of the Indirect Purchaser Task Force", *Antitrust Law Journal*, No:63, s.993-1004).

¹¹⁷ POSNER, R.A. (2001), "Antitrust in the Economy", *Antitrust Law Journal*, No:68, s.940 vd.

¹¹⁸ Folsom 2005, s.193 vd; Cooper ve Prud'homme 2006, s.693 vd.; Baker 2004, s.391 vd.

¹¹⁹ Bkz.yuk. dn.36.

¹²⁰ AMK'dan önce de söz konusu görevi yerine getirmek üzere çeşitli komisyonlar kurulmuştur (FOER, A.A. (2003), "Putting the Antitrust Modernization Commission into Perspective", *Buffalo Law Review*, No:51, s.1032 vd.).

¹²¹ ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), "Reports and Recommendations", s.265-85 ("AMK Raporu")

eyalet hukuklarının bir arada uygulanması sonucu, aynı ihlale ilişkin doğrudan ve dolaylı alıcılar tarafından en az iki dava açıldığı tespit edilmiştir. AMK, bu davaların birleştirilmesine ilişkin zorluklar sebebiyle hem yargısal masrafların arttığını hem de davalıların çifte tazminat sorumluluğu riskiyle karşı karşıya kaldığını belirtmiştir.¹²² Bu sebeple, raporda dolaylı ve doğrudan alıcılar tarafından açılacak tazminat davalarının yargısal masrafları azaltacak, çifte tazminat riskini önleyecek ve ihlalden mağdur olan herkesin zararlarının tazmin edilmesini sağlayacak şekilde federal mahkemelerde birleştirilmesini kolaylaştırıcı yasal adımların gerekliliğine vurgu yapılmıştır.¹²³

AMK, 2005 yılında kabul edilen toplu dava açılmasına ilişkin kanunun (“CAFA”)¹²⁴, dolaylı alıcılar tarafından eyalet mahkemelerinde açılan davaların federal mahkemelerde birleştirilmesini bir ölçüde sağlasa da bazı durumlarda yetersiz kaldığını ifade etmiştir.¹²⁵ Komisyon, bu amaca yönelik olarak federal hukukun dolaylı alıcı kuralına ilişkin eyalet düzenlemelerine üstün tutulmasını öngören bir yasal düzenleme yapılmasını savunan görüşü¹²⁶, federalizmin

¹²² Ibid. s.266 vd.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ The Class Action Fairness Act 28 U.S.C. §1332 (d)(2). Bu Kanun’un uygulanışı hakkında daha fazla bilgi için bkz. RUBENSTEIN, W.B. (2005), “Understanding the Class Action Fairness Act of 2005”, <http://www.classactionprofessor.com/cafa-analysis.pdf>, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

¹²⁵ AMK, CAFA’nın sadece toplu davaların (*class action*) birleştirilmesine olanak tanıdığını, büyük dolaylı alıcılar tarafından bireysel olarak açılan davalar ile *parens patriae* yetkisine dayanılarak eyaletlerce açılan davaların federal mahkemelere aktarılmasını sağlamadığını belirtmiştir. Bu durumlara, söz konusu yasada belirtilen istisnaların da dâhil olacağı belirtilmiştir. Davaların birleştirilmesine engel son bir durum olarak da, Yüksek Mahkeme’nin davaların sadece hazırlık tahkikatı safhasında birleşebileceğini sonraki safhalarda tekrardan ayrılacağını öngördüğü *Lexecon* kararı (523 U.S. 26 (1998)) gösterilmiştir (AMK Raporu, s.272). Bununla birlikte, bazı komisyon üyeleri, dolaylı alıcı kuralına ilişkin federal ve eyalet hukukları arasındaki farklılıktan kaynaklanan söz konusu problemlerin CAFA kapsamında önemli ölçüde çözüleceğini belirterek bu konuda muhalif kalmışlardır (Ibid. s.270 dn.). AMK’ya görüş sunan kimselerin bazıları da CAFA’nın etkinliğinin gözlemlenmesi için şuan için Komisyon’un hiçbir adım atmaması gerektiğini savunmuştur (GUSTAFSON, D.E. (2005), “Prepared Statement Before Antitrust Modernization Commission”, http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Gustafson.pdf, Erişim Tarihi: 01.02.2011; CUNEO, J.W. (2005), “Prepared Statement Before Antitrust Modernization Commission”, http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Cuneo_rev2.pdf, Erişim Tarihi: 01.03.2011).

¹²⁶ Bazı komisyon üyeleri, sadece doğrudan alıcılara tazminat hakkı tanıyan *Illinois Brick* kuralının caydırıcılığın sağlanması açısından doğru bir politika olduğunu ileri sürerek dolaylı alıcı kuralı konusunda eyalet hukuklarının federal hukuka tabi olacağını öngören bir yasal değişiklik yapılmasını savunmuştur (AMK Raporu, s.266). Bazı iş çevreleri temsilcileri de öncelikli olarak bu görüşü savunmuştur. Ancak, bu temsilciler, bu önerilerinin kabul edilmemesi halinde *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararının her ikisini de kaldıran ve bu konuda eyalet hukuklarına üstün tutulan bir federal yasa değişikliğinin de mevcut durumu iyileştireceğini ifade etmiştir (ZWISLER,

değerleri, mağdurların zararlarının tazmin edilmesi ve Kongre'nin amaçları çerçevesinde kabul etmemiştir.¹²⁷ AMK, bunun yerine, uğradıkları zarar oranında doğrudan alıcılar ile dolaylı alıcıların her ikisine de dava açma hakkı verecek şekilde *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kurallarını ortadan kaldıran bir federal yasa değişikliği yapılmasını önermiştir.¹²⁸ Raporda, *Illinois Brick* kuralının kaldırılmasının, hukuka aykırı fiyat artışından etkilenen dolaylı alıcılara dava açma hakkı tanıyarak adaleti arttıracaklarını; *Hanover Shoe* kuralının kaldırılmasının ise, doğrudan alıcıların uğradıkları zarardan daha fazlası için tazminat talep ederek haksız kazanç sağlamalarını engelleyeceği ileri sürülmüştür. Bunun yanında, söz konusu yasal değişikliğin, dolaylı alıcıları federal mahkemelerde dava açmaya teşvik ederek davaların birleştirilmesini kolaylaştıracağı ifade edilmiştir.¹²⁹ AMK, bu amaca yönelik olarak Kongre'ye eyalet mahkemelerinde açılan davaların federal mahkemelere taşınmasını ve birleştirilmesini sağlayan federal düzenlemelerin yapılmasını tavsiye etmiştir.¹³⁰

AMK, hükmedilen tazminat tutarının davacılar arasında nasıl paylaşılacağı sorununa ilişkin de çözümlerde bulunmuştur.¹³¹ Buna göre, doğrudan ve dolaylı alıcılar tarafından eyalet mahkemeleri ile federal mahkemelerde açılan davalar tek bir federal mahkemede birleştirildikten sonra bu sorunun çözümü kolaylaşacaktır. Bu halde, federal mahkeme hâkimlerinin

M.M. (2005), "State Indirect Purchaser Litigation and U.S. Antitrust Enforcement: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission",

http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Zwisler.pdf,

Erişim Tarihi: 01.03.2011, s.13; TULCHIN, D.B. (2005), "State Indirect Purchaser Actions in the U.S. Antitrust Enforcement: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission",

http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Tulchin.pdf,

Erişim Tarihi: 01.03.2011, s.3 vd.).

¹²⁷ AMK Raporu, s.274. AMK, dolaylı alıcı kuralına ilişkin çözümler öngören otuz beş eyaletin bulunmasını ve bunların federal hukukun üstün tutulmasına açıkça karşı olmasını, bu görüşüne gerekçe olarak sunmuştur.

¹²⁸ Ibid. s.275. AMK'ya, *passing-on* savunmasını reddeden *Hanover Shoe* kuralı korunurken, *Illinois Brick* kuralının kaldırılmasını savunan bazı görüşler sunulmuştur (MONTAGUE, H.L. (2005), "State Indirect Purchaser Actions in the U.S. Antitrust Enforcement System: Written Testimony before the Antitrust Modernization Commission",

http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Montague.pdf,

Erişim Tarihi: 01.03.2011; GAVIL, A.I. (2005b), "State Indirect Purchaser Actions: Proposals for Reforms- Prepared Remarks Before Antitrust Modernization Commission Panel II"

http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Gavil_Statement_corrected_6.27.05_version_with_app.pdf, Erişim Tarihi: 01.03.2011).

¹²⁹ AMK Raporu, s.275.

¹³⁰ Ibid. s.276. Murray ve Richman, *Clayton* Kanunu'nun rekabet ihlallerine karşı tazminat taleplerinin tek bir davada birleştirilmesini zorunlu kılacak şekilde değiştirilmesini önermiştir.

Buna göre, doğrudan veya dolaylı alıcı tarafından açılan bir davaya diğer potansiyel davacılar katılmak zorunda olacaktır (Murray ve Richman 2007, s.39).

¹³¹ Ibid. s.277

etkinlik ve hakkaniyet çerçevesinde takdir hakkını kullanarak tazminat davacılar arasında paylaşılması gerekecektir. Bu bağlamda önerilen çözüm, davalıların sorumluluğu, tazminat tutarının miktarı ve hükmedilen tazminatın davacılar arasında paylaşılması hususlarının üç ayrı aşamada incelenmesidir. Bu yöntem uyarınca, üçüncü aşama olan paylaşım safhası sadece doğrudan alıcı ve dolaylı alıcı davacıları ilgilendirdiğinden, davalıların bu aşamaya katılmasına artık gerek kalmayabilir.¹³²

ABD’de, henüz bu öneriler üzerine *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin olarak yapılan bir federal yasa değişikliği bulunmamaktadır. Mevcut durum itibariyle, Yüksek Mahkeme’nin *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararları ışığında *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralını reddeden federal hukuk ile dolaylı alıcılara dava hakkı tanıyan eyalet hukukları, *ARC America* kararı ışığında birlikte uygulanmaya devam etmektedir.

4. AB UYGULAMASINDA *PASSING-ON* SAVUNMASI VE DOLAYLI ALICI KURALI

4.1. Genel Olarak

Rekabet hukukunun özel hukuk uygulaması konusunda ABD uygulaması ile kıyaslandığında, AB uygulamasının şu an itibariyle daha az gelişmiş olduğu söylenebilir.¹³³ Komninos, AB uygulamasının bu konuda geri kalmasının üç temel nedeninin olduğunu ileri sürmüştür. Bunlar; (i) ABD’deki gibi federal mahkemelerin bulunmaması; (ii) farklı dillerin ve hukuki geleneklerin mevcut olması; ve (iii) uzmanların rekabet hukukunu hâla kamu hukuku uygulaması çerçevesinde ele almasıdır.¹³⁴ Bununla birlikte, AB Komisyonu tarafından yayımlanan Beyaz Kitap da dikkate alındığında, rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasına ilişkin AB sisteminin gelişmekte olduğu gerçeği de yadsınamaz. Bu açıklamalar, dolaylı alıcı kuralı ve *passing-on* savunması özelinde de genel olarak geçerlidir.

Bu bölümde, öncelikle ABAD’ın *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin yaklaşımı incelenecektir. Bu çerçevede, bu konudaki uygulamayı esas itibariyle ulusal hukuklara bırakan *Courage*¹³⁵ ve *Manfredi*¹³⁶ kararları ele alınacaktır. Sonrasında ise, Komisyon’un üye devlet uygulamalarını

¹³² AMK, davanın ilk aşamasında doğrudan alıcıların davacı sıfatının *passing-on* savunması dolayısıyla reddedilmesini önlemek için, fiyat artışının yansıtılıp yansıtılmadığı sorununun dava (*trial*) safhasında çözülmesini öngören yasal düzenleme yapılmasını önermiştir (AMK Raporu, s.278).

¹³³ Komninos 2008, s.161.

¹³⁴ Ibid. s.162.

¹³⁵ Bkz. yuk dn.6.

¹³⁶ Bkz. yuk dn.7.

uyumlaştırmak için yayımladığı Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap'ta öngörülen politikalar sırasıyla açıklanacaktır.

4.2. *Courage and Manfredi* Kararları Çerçevesinde ABAD'ın Yaklaşımı ve Üye Devlet Uygulamaları

ABAD, bazı kararlarında Birlik rekabet hukukunun ihlal edilmesine karşı tazminat davası açma hakkına değinmiştir. 2001 yılında verilen *Courage* kararı, bunların başında gelmektedir. Söz konusu kararında Mahkeme, Birlik (o dönemin ifadesiyle Topluluk) rekabet hukuku kurallarını ihlal eden bir anlaşmaya taraf olan bir teşebbüsün tazminat isteyip isteyemeyeceği sorusunu cevaplamak durumunda kalmıştır. Mahkeme, rekabeti sınırlayan bir sözleşme veya eylemden dolayı mağdur olan herhangi bir kimsenin uğradığı zararın tazminine olanak tanınmaması halinde, bugünkü Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma¹³⁷ ("ABİDA") m.101'in o zamanki karşılığı olan 85. maddenin öngördüğü yasağın etkililiğinin risk altına gireceğini belirtmiştir.¹³⁸ Bu bağlamda, *Courage* kararı, Birlik hukuku çerçevesinde rekabet ihlallerine karşı tazminat talep etme hakkı tanınması bakımından önemlidir.¹³⁹ Burada "*zarar gören herhangi biri*" ifadesinin Mahkeme'nin dolaylı alıcıların da tazminat talep edebileceğini kabul ettiği şeklinde yorumlanması mümkündür.¹⁴⁰ Ancak, Mahkeme, söz konusu kararında asıl itibarıyla rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açılmasına izin verilmesi gerektiğini belirtmiş, dolaylı alıcı kuralına ilişkin bir prensip öngörmemiştir.¹⁴¹ Bunun yanında, Mahkeme, söz konusu tazminat davalarına ilişkin usuli hususlarda düzenleme yetkisinin üye devletlerin ulusal hukuklarında olduğunu ifade etmiştir.¹⁴²

ABAD, 2006 yılında vermiş olduğu *Manfredi* kararında ise, özel olarak dolaylı alıcıların Birlik hukuku çerçevesinde tazminat davası açıp açamayacağı sorununu irdelemiştir. Söz konusu kararda ABAD, sigorta şirketleri arasındaki bir kartelden dolayı sigorta brokurları aracılığıyla bu sigorta şirketlerinden zorunlu taşıt sigortası yaptıran kişilerin tazminat hakkının olup olmadığına ilişkin İtalyan Mahkemesi'nin sorusunu cevaplamıştır. Mahkeme, bir kimsenin tazminat talep edebilmesi için, uğranılan zarar ile Birlik rekabet hukukunca

¹³⁷ The Treaty on Functioning of the European Union OJ C 115/4 9.5.2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

¹³⁸ *Courage* kararı, par.26.

¹³⁹ Komminos 2008, s.170.

¹⁴⁰ Cengiz 2007, s.29.

¹⁴¹ Ibid.; BOGE, U. ve K. OST (2006), "Up and Running, or is it? Private Enforcement- The Situation in Germany and Policy Perspectives", *European Competition Law Review*, No:27(4), s. 201.

¹⁴² *Courage* kararı, par.29.

yasaklanan anlaşma veya davranış arasında illiyet bağının (*causal relationship*) bulunması gerektiğine hükmetmiştir¹⁴³. Bu çerçevede, mahkemenin dolaylı alıcıların tazminat hakkını kabul ettiği söylenebilir.¹⁴⁴ Ne var ki, Mahkeme, *Courage* kararına paralel şekilde, Birlik hukukunda bu konuda bir düzenleme olmadığı için illiyet bağı kavramının uygulanmasını da içerecek şekilde tazminat hakkının kullanımına ilişkin kuralları belirleme yetkisini ulusal mahkemelere bırakmıştır.

ABAD, *Courage* ve *Manfredi* kararlarında, Birlik hukukunca garanti altına alınan hakların kullanılmasının haksız zenginleşmeye yol açmasını önlemek için ulusal hukuklarca bazı kuralların kabul edilebileceğini ifade etmiştir.¹⁴⁵ Haksız zenginleşme kavramının kapsamına rekabet ihlali sebebiyle maruz kalınan fiyat artışının sonraki alıcılara yansıtılması hali de gireceğinden, *passing-on* savunmasının Mahkemece kabul edildiği ileri sürülebilir. Ancak, bu hususta da ulusal hukuklar yetkili kılındığı için Birlik genelinde *passing-on* savunmasına izin verildiğini söylemek güçtür.

Sonuç olarak *Courage* ve *Manfredi* kararları ışığında, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin olarak Birlik genelinde geçerli prensipler öngörülmediği, bunun yerine söz konusu hususlarda ulusal hukukların yetkili kılındığı söylenebilir. *Passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin olarak üye devlet yaklaşımları konusunda ise, 2004 yılında Komisyon tarafından hazırlatılan karşılaştırmalı rapor¹⁴⁶ önemli veriler sunmaktadır. Rapor, rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davaları konusundaki ulusal uygulamaların AB genelinde gelişmekte olduğunu (*total underdevelopment*) ve dikkat çekici derecede farklılık gösterdiğini (*astounding diversity*) ortaya çıkarmıştır.¹⁴⁷ Rapora göre, her ne kadar bu konuda gelişmiş bir içtihat hukukları olmasa da üye devletlerin hepsinde¹⁴⁸ dolaylı alıcıların rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açabilmesi, illiyet bağı kurulduğu sürece teorik

¹⁴³ *Manfredi* kararı, par.61.

¹⁴⁴ Cengiz 2007, s.29.

¹⁴⁵ *Courage* kararı, par.30; *Manfredi* kararı, par.94.

¹⁴⁶ EVEN-SHOSHAN, G., D. SLATER ve D. WAELBROECK (2004), "Study on the Conditions of Claims for Damages in the Case of Infringement of EC Competition Rules- Comparative Report",

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf,

Erişim Tarihi: 01.03.2011, s.78 vd.

¹⁴⁷ Ibid. s.1. 2007 yılında, Komisyon tarafından Beyaz Kitap'ın muhtemel etkilerinin değerlendirilmesine ilişkin hazırlatılan raporda, söz konusu gelişim altında olma ve farklılık gösterme durumunun sürdüğü belirtilmiştir (EUROPEAN COMMISSION (2007), Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios- Final Report, Brussels, s.9).

¹⁴⁸ Rapor, 2004 yılında yazıldığı için o tarihte henüz AB üyesi olmayan Bulgaristan ve Romanya bu açıklamaların dışında kalmaktadır.

olarak mümkündür.¹⁴⁹ Ancak, ihlal ile zarar arasında doğrudan illiyet bağı arayan bazı üye devletler (Avusturya, İrlanda, İtalya, Kıbrıs Rum Cumhuriyeti, Lüksemburg, Malta) açısından, dolaylı alıcıların uygulamada dava açıp açamayacağı sorusunun cevabı muğlâk kalmaktadır.¹⁵⁰

Passing-on savunması ise Danimarka, İtalya ve Almanya'nın bazı bölgelerindeki mahkemelerce açıkça kabul edilmiştir.¹⁵¹ Diğer üye devletlerde ise, bu konuda mevcut bir yasal düzenleme veya içtihat hukuku bulunmamaktadır. Bu devletlerden Kıbrıs Rum Cumhuriyeti'nde, söz konusu savunmaya mahkemelerce izin verilmeyeceği düşünülmektedir. Diğerlerinde ise, teorik olarak *passing-on* savunmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.¹⁵²

4.3. Komisyon'un Yaklaşımı: Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap

4.3.1. Genel Olarak

Karşılaştırmalı Rapor'da ortaya konan gözlemlerden hareket eden Komisyon, rekabet ihlali mağdurlarının uğradığı zararların tazmin edilmesini sağlayacak ve ihlallere ilişkin kamu hukuku yaptırımları açısından tamamlayıcı işlev görecektir etkin bir uygulamanın önündeki engelleri saptamak ve muhtemel çözüm önerilerini tartışmak üzere Yeşil Kitap'ı yayımlamıştır.¹⁵³ Bu çerçevede, özellikle söz konusu tazminat davalarına ilişkin kural ve usuller konusunda açıklık sağlanarak potansiyel davacıların dava açma motivasyonlarını arttırmak ve AB vatandaşlarının Birlik bütününde aynı korumaya sahip olmasını temin etmek amaçlanmıştır.¹⁵⁴

Yeşil Kitap, ilgili kesimlerin görüşünü almak üzere kamuya sunulmuştur. Bu kapsamda, tazminat davalarının rekabet ihlalinin mağdurlarının tazmin edilmesindeki önemi ve bunun sağlanmasındaki zorluklar hususunda bir tartışma ortamı yaratılmıştır. AB Parlamentosu ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi de kendi görüşlerini belirterek bu tartışmaya katılmıştır.¹⁵⁵ Bütün bu görüşleri dikkate alan Komisyon, rekabet hukuku kurallarının özel hukuk alanında etkin bir şekilde uygulanmasını sağlama konusunda tartışmaları

¹⁴⁹ Even-Shoshan vd. 2004, s.78.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid. s.79.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Bkz. yuk. dn.8. Ayrıca bkz. YEŞİL KİTAP ÇALIŞMA RAPORU, European Commission (2005), Commission Staff Working Paper Accompanying the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels.

¹⁵⁴ Yeşil Kitap Çalışma Raporu, par.50.

¹⁵⁵ EUROPEAN PARLIAMENT (2007), Resolution of 25 April 2007 on the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, (2006/2207(INI)), Strasbourg; EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (2006), Opinion on the Green Paper - Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rule, (2006/C 324/01), Brussels.

ilerletmek üzere Beyaz Kitap'ı yayımlayarak kamunun görüşüne sunmuştur.¹⁵⁶ Komisyon, Beyaz Kitap'ta, Yeşil Kitap'ta tartışmaya açtığı seçeneklerden hangisini tercih ettiğini belirterek önerilerini somutlaştırmıştır.

Komisyon, üye devlet hukuklarının yeterince gelişmediği ve farklılıklar gösterdiği *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralını da Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap'ın kapsamına almıştır.¹⁵⁷ Söz konusu hususlara ilişkin Komisyon'un önerileri aşağıda detaylı şekilde incelenecektir. Ancak, bunun öncesinde, söz konusu politika önerilerinin daha iyi anlaşılması açısından, bunların üzerine inşa edildiği tazminat davalarının amacına ilişkin anlayışın ele alınması faydalı olacaktır. Bu sebeple, aşağıda ilk olarak Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap'ta söz konusu tazminat davalarının amacı konusunda kabul edilen bu anlayış irdelenecektir.

4.3.2. Tazminat Davalarının Amacı

Komisyon, ABAD'ın *Courage* ve *Manfredi* kararlarında oluşturduğu içtihat çerçevesinde, Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap'ın öncelikli amacının AB rekabet kurallarının ihlalden mağdur olan kimselerin tazminat haklarını kullanmasını kolaylaştırmak olduğunu belirtmiştir. Bu genel amaç kapsamında, tazminat davalarının birincil ve en önemli amacının mağdurların zararlarını tazmin etme olduğu kabul edilmiştir.¹⁵⁸

Komisyon, tazminat davalarının rekabet ihlallerinin önlenmesine hizmet edecek şekilde caydırıcılık da sağlayabileceğini öngörmüştür.¹⁵⁹ Ancak, söz konusu caydırıcılık, tazminat davalarının sağlamayı hedeflediği bir amaç olarak değil, bu davalar ile sağlanan tazmin edici adaletin doğal bir sonucu olarak değerlendirilmiştir¹⁶⁰. Buna göre, tazminat davaları ile mağdurların tazminata

¹⁵⁶ AB Parlamentosu ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi, Beyaz Kitap hakkında da görüşlerini sunmuştur (EUROPEAN PARLIAMENT (2009), Resolution of 26 March 2009 on the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, (2008/2154(INI)), Strasbourg; EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (2009), "Opinion on the White paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules", Brussels).

¹⁵⁷ Yeşil Kitap, s.7 vd; Yeşil Kitap Çalışma Raporu, par.156-187; Beyaz Kitap, s.4 ve 7 vd; Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.24 vd. ve par.201-225.

¹⁵⁸ Beyaz Kitap, s.3; Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.14; Yeşil Kitap, s.3; Yeşil Kitap Çalışma Raporu, par.4.

¹⁵⁹ Beyaz Kitap, s.3; Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.15; Yeşil Kitap, s.3; Yeşil Kitap Çalışma Raporu, par.5. Komisyon, tazminat davalarının AB vatandaşlarının rekabet kurallarının uygulanmasında daha fazla rol alarak bu konuda bilinçlenmelerini sağlamak gibi bir başka yarara da yol açacağını ifade etmiştir.

¹⁶⁰ Beyaz Kitap, s.3. Yeşil Kitap yayımlamadan önce AB rekabet hukuku kapsamında tazminat davalarının başlıca amacının caydırıcılık olduğu, tazmin etme amacının tamamlayıcı nitelik taşıdığı iddia edilmiştir (Hoseinian 2005, s.5 vd.). ABAD'ın *Courage* ve *Manfredi* kararları ve

hak kazanması, rekabet ihlalinin maliyetini arttıracak ve rekabet ihlallerinin tespit edilmesini kolaylaştıracaktır.¹⁶¹ Komisyon, caydırıcılık işlevini esas itibarıyla rekabet hukukunun kamu hukuku uygulamasına bırakmıştır.¹⁶² Bu bağlamda, tazminat davalarının kamu hukuku uygulamasının yerini almadığını, aksine onu tamamlayıcı bir işlev gördüğü ifade edilmiştir.¹⁶³

Görülmektedir ki, Komisyon'un öngördüğü sistemde, ABD Yüksek Mahkemesi'nin oluşturduğu federal hukuk yaklaşımının aksine, rekabet ihlalinin mağdur olan kimselerin uğradığı zararlar tazmin edildiği ölçüde tazminat davalarının etkililiğinden söz edilebilecektir. *Passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı konusunda Beyaz Kitap'ta öngörülen politika da söz konusu etkililiğin sağlanmasına hizmet edeceği gerekçesiyle önerilmiştir.

4.3.3. *Passing-on* Savunması

Komisyon, Yeşil Kitap'ta *passing-on* savunmasını dolaylı alıcı kuralı ile aynı kısımda ele alarak bu iki kurum açısından kabul edilecek politikaya ilişkin dört muhtemel seçenekten bahsetmiştir.¹⁶⁴ Bu seçeneklerden ilki, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının ikisine de izin vererek hem doğrudan alıcıların hem de dolaylı alıcıların tazminat davası açabilmesini sağlamaktır. İkinci seçenek, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de reddedilerek sadece doğrudan alıcılara tazminat hakkı tanınmasıdır. Üçüncü seçenek, *passing-on* savunmasının reddedilip dolaylı alıcı kuralına izin verilmesidir. Son seçeneğe göre ise, iki aşamalı bir prosedür çerçevesinde, ilk aşamada rekabet ihlalcisinin *passing-on* savunması ileri sürmesine izin verilmemekte, ikinci aşamada hükmedilen tazminat davayı açan doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında paylaştırılmaktadır.¹⁶⁵

Komisyon, Beyaz Kitap'ta önereceği politika tercihini belirlerken tazmin edici adalet, caydırıcılık ve yaratılan yargısal ve idari masraflar açısından

Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap'ta belirtilen Komisyon yaklaşımı çerçevesinde, söz konusu görüşü kabul etmek olanaksızdır.

¹⁶¹ Komisyon, tazminat davalarının rekabet ihlallerinin tespit edilmesini sağlama yararının, rekabet ihlalinin rekabet otoriteleri tarafından tespit edilmemesi halinde söz konusu olacağını belirtmiştir (Yeşil Kitap Çalışma Raporu, par.6 vd.).

¹⁶² Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.17.

¹⁶³ Ibid. par.21; Beyaz Kitap, s.3; Yeşil Kitap Çalışma Raporu, par.13.

¹⁶⁴ Yeşil Kitap, s.8.

¹⁶⁵ Yeşil Kitap'a ilişkin görüş sunan kesimlerden bir kısmı, *passing-on* savunmasının uygulanarak doğrudan davacıların dava hakkının kısıtlanmasını, diğer bir kısım ise, *passing-on* savunmasına izin verilmeden dolaylı alıcılara dava açma hakkı verilmesini savunmuştur. Ancak, her iki grup da önerilecek çözümün haksız zenginleşmeye yol açmaması gerektiği konusunda hem fikir olmuştur (DE SMIJTER, E. ve D. O'SULLIVAN (2006), "The Manfredi Judgement of the ECJ and How It Relates to the Commission's Initiative on EC Antitrust Damage Actions", *EC Competition Policy Newsletter*, No:2006/3, s.25).

tüm seçeneklerin muhtemel etkilerini değerlendirmiştir.¹⁶⁶ Yaptığı bu değerlendirmeler sonucunda Komisyon, ikinci seçeneği kabul eden ABD Yüksek Mahkemesi içtihadı ile son seçeneğe benzer bir yaklaşımı öneren AMK'nın aksine birinci seçeneği tercih ederek *passing-on* savunmasına ilk aşamadan itibaren izin verilmesini önermiştir.¹⁶⁷ Bu politika tercihi, Komisyon'un ABAD'ın *Courage* ve *Manfredi* kararları çerçevesinde öne çıkardığı tazmin etme amacına öncelik vermesinden kaynaklanmıştır. Bu çerçevede, fiyat artışını müşterilerine yansıtması sebebiyle bir kayba uğramadığına inanılan doğrudan alıcıların haksız kazanç elde etmesinin ve ihlalcilerin haksız şekilde hukuka aykırı fiyat artışı sebebiyle birden fazla tazminat sorumluluğuna maruz kalmasının önlenmesi için, davalıların *passing-on* savunmasına başvurması kabul edilmiştir.¹⁶⁸

Komisyon, bu politika tercihinde bulunurken, dolaylı alıcıların uğradıkları zararların çok düşük olması sebebiyle dava açmaktan kaçınmasının ihlalcilerin tazminat sorumluluğundan kurtulması ihtimalini ortaya çıkaracağını kabul etmiştir. Ancak, dolaylı alıcıların dava açabilmesini kolaylaştırmak için toplu dava açılmasına ilişkin yapılan düzenlemelerin bu ihtimali azaltacağına inanılmıştır.¹⁶⁹

Komisyon, *passing-on* savunmasına ilişkin ispat yükünün, bunun bir savunma olması sebebiyle davalıya ait olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁰ Bu kapsamda davalılar, hukuka aykırı fiyat artışının davacı tarafından kendi alıcılarına yansıtıldığını ve bu yansımanın oranını ispat etmelidir. Komisyon, buradaki ispat yüküne ilişkin standartların ulusal hukuklara tabi olduğunu, ancak çok düşük standartların tazminat davalarının etkililiğini tehlikeye düşürebileceğini ifade etmiştir. Bu sebeple, davalının fiyat artışının yansıtıldığını ispat etme yükümüne ilişkin standartların, davacının bir zarara uğradığını ve bunun miktarını ispat etme yükümüne ilişkin standartlardan daha aşağı olmaması gerektiği öngörülmüştür.¹⁷¹

¹⁶⁶ Bkz. European Commission 2007, s.457-491.

¹⁶⁷ Cengiz, iki aşamalı prosedür öngören son seçeneğin en ideal çözüm olması sebebiyle Beyaz Kitap'ta kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Cengiz 2007, s.34). Beyaz Kitap'ın yayımlanmasından önceki diğer tartışmalar için bkz. Komninos 2008, s.199 vd.; HELLWIG, M. (2007), "Private Damages Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases- An Economist's Perspective", J. Basedow (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, the Netherlands içinde, s.121-162.

¹⁶⁸ Beyaz Kitap, s.7 vd.; Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.210.

¹⁶⁹ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.211 vd.

¹⁷⁰ Ibid. par.213.

¹⁷¹ Ibid. par.214.

Komisyon, bu şekilde Beyaz Kitap'ta *passing-on* savunmasına izin verilmesi gerektiğini savunmakla birlikte, bu savunmanın kabulünün doğrudan alıcıların fiyat artışı sebebiyle satış hacimlerinde meydana gelen azalmadan dolayı uğradıkları kar kaybının tazminini talep etmelerini engellemeyeceğini belirtmiştir.¹⁷² Bu çerçevede, söz konusu kar kaybının tazmini talebine karşılık, fiyat yükseltilmesinin kendi tercihi olması sebebiyle davacının tazminat isteyemeyeceği şeklindeki davalının iddiası kabul edilmeyecektir.¹⁷³

4.3.4. Dolaylı Alıcı Kuralı

Beyaz Kitap'ta *passing-on* savunmasını kabul eden Komisyon, bunun doğal sonucu olarak, *Manfredi* kararına da atıf yaparak dolaylı alıcıların rekabet ihlalden kaynaklı fiyat artışının kendilerine yansıyan kısımları için dava açmasına da izin vermiştir.¹⁷⁴ Buna göre, zarar ile rekabet ihlali arasında illiyet bağı bulunduğu sürece dolaylı alıcılar tazminat davası açabilecektir.¹⁷⁵

Komisyon, dolaylı alıcı kuralına ilişkin ispat yükü hakkında da bazı belirlemeler yapmıştır. Buna göre, dolaylı alıcılar tarafından açılan tazminat davalarında, hukuka aykırı fiyat artışının dağıtım zinciri boyunca nasıl dağıldığının ispatı, hem davalılar hem davacı dolaylı alıcılar açısından eşit derecede zor olacaktır. Söz konusu ispat yükünün dolaylı alıcı üzerinde olması durumunda, doğrudan alıcının tazminat talebini *passing-on* savunmasıyla geçiştiren rekabet ihlalcisi davalı, haksız kazanç elde edebilecektir. İspat yükünün davalı üzerinde olması durumunda ise, bu sefer doğrudan alıcıya tazminat ödeyen davalı, çifte tazminat sorumluluğu riskiyle karşı karşıya kalacaktır. Komisyon, birinci ihtimalin gerçekleşme olasılığını daha yüksek görmüştür.¹⁷⁶ Bu sebeple, dolaylı alıcı davacıların hukuka aykırı fiyat artışının tümünün kendilerine yansıdığını öngören aksi ispat edilebilir bir karineden yararlanacağı kabul edilmiştir.¹⁷⁷

4.3.5. Toplu Dava Açılmasına İlişkin Mekanizmalar

Komisyon, bir rekabet ihlaline ilişkin olarak elde edilecek tazminat miktarının her bir potansiyel davacı için çok düşük olmasının, tazminat davalarına ilişkin yüksek maliyet ve belirsizliklerle birlikte bu kişilerin dava açma motivasyonlarını düşüreceğini öngörmüştür.¹⁷⁸ Bu sebeple, Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap'ta, bu kişilerin dava açma motivasyonlarının bazı toplu dava

¹⁷² Ibid. par.202.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Beyaz Kitap, s.4.

¹⁷⁵ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.37 ve par.215 vd.

¹⁷⁶ Ibid. par.217 vd.

¹⁷⁷ Ibid. par.220; Beyaz Kitap, s.8.

¹⁷⁸ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.24.

mekanizmaları ile arttırılması üzerinde durulmuştur. Bu mekanizmalar, özellikle bireysel olarak çok düşük zarar görmüş olan dolaylı alıcıların dava açmalarının kolaylaştırılması açısından önemlidir. *Passing-on* savunmasının kabul edildiği dikkate alındığında, etkili toplu dava mekanizmalarının yokluğu, dolaylı alıcıların tazmin edilmemesinin yanında rekabet ihlalcilerinin tazminat ödemekten kurtularak haksız kazanç elde etmesine yol açabilecektir.

Buradan hareketle Komisyon, Yeşil Kitap'ta toplu dava açılmasına ilişkin iki seçenek sunmuştur.¹⁷⁹ Birinci seçenek, tüketicilerin bireysel olarak dava açma hakkına hanel getirmemek üzere, tüketici derneklerine dava açma hakkı verilmesini öngörmektedir. Bu seçenek çerçevesinde, tazminatın nasıl hesaplanacağı ve tüketiciler arasında nasıl dağıtılacağı problemlerine ilişkin belirlemeler yapılması gerekliliğine değinilmiştir. İkinci seçenek ise, birinci seçeneği tamamlayacak şekilde son tüketiciler dışındaki alıcı gruplarının toplu dava açabilmesini öngören özel bir hükmün kabul edilmesidir. Bu seçeneklere ilişkin görüş sunan bir kesim, ABD örneğine başvurarak yüksek sosyal maliyet ve ihlalciler açısından çifte tazminat sorumluluğu riski yaratması sebebiyle, söz konusu önerilere karşı çıkmıştır. Görüş sunanların çoğunluğu ise, toplu dava açılmasına ilişkin çözümler sunulması gerekliliğini kabul etmiştir.¹⁸⁰

Bu çoğunluğun görüşüne katılan Komisyon, Beyaz Kitap'ta toplu dava açılmasına ilişkin birbirini tamamlayan iki mekanizma öngörmüştür. Bunlardan ilki, tüketici dernekleri, ticaret odaları ve devlet organları gibi temsilci kuruluşlara, tanımlanan veya bazı sınırlı durumlarda tanımlanabilen mağdurlar adına toplu dava açma yetkisi verilmesidir (*representative actions*). Diğeri ise, ihlalin mağdurlarına, isteyen potansiyel davacıların katılabileceği şekilde tek bir davada tazminat taleplerini birleştirebilme olanağı tanınmasıdır (*opt-in collective actions*).¹⁸¹

Komisyon, mağdurlar adına tazminat davası açabilecek temsilci kuruluşların iki şekilde belirlenebileceğini kabul etmiştir. Buna göre, ilk olarak tanımlanan veya tanımlanabilecek mağdurlar adına tazminat davası açma yetkisi olan kuruluşlar, üye devletlerce önceden resmi olarak kurulabilir. Bu kuruluşlar, tek bir ihlal özelinde değil, haklarını savundukları kesimi zarara uğratan tüm ihlallere karşı temsilci olarak tazminat davası açma yetkisine sahip olacaktır. İkinci tür ise, belli bir grubun çıkarlarını temsil etmek üzere kurulmuş olan tüketici dernekleri ve ticaret odaları gibi kuruluşlara, üye devletlerce tek bir ihlal özelinde temsil ettikleri kesimler adına *ad hoc* toplu dava açma yetkisi

¹⁷⁹ Yeşil Kitap, s.9.

¹⁸⁰ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.29.

¹⁸¹ Beyaz Kitap, s.4.

verilmesidir.¹⁸² Komisyon, asıl tercihin, bu iki tür temsilci kuruluş tarafından açılan toplu davalar sonucu elde edilen tazminatın mümkün olduğunca temsil edilen mağdurlar arasında dağıtılması olduğunu belirtmiştir. Ancak, istisnai hallerde tazminatın, ilgili amaçlarını yerine getirmek üzere temsilci kuruluşlara verilmesi olasılığının da tartışılması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁸³

Rekabet ihlalinin mağdurları, temsilci kuruluşlar olmaksızın tek bir davada tazminat taleplerini ileri sürme iradelerini açıkça ifade ederek bizzat da toplu dava açabilirler. Bu tür toplu davalar sayesinde mağdurlar, masrafları ve kanıtları paylaşabileceklerdir. Dolayısıyla, söz konusu davalar, davaların birleştirildiği alelade durumlara göre davacılar lehine çok daha fazla yarar sağlayacaktır.¹⁸⁴ Komisyon, bu çerçevede herhangi bir mağdura bireysel olarak saptanmamış tüm mağdurlar adına dava açabilme yetkisi veren *opt-out* sistemi yerine, bireysel olarak tanımlanmış mağdurların isteyerek davaya katıldığı *opt-in* sistemini, dava maliyetlerini ve karmaşıklığı azaltacağı sebebiyle tercih etmiştir.¹⁸⁵

Komisyon, söz konusu toplu dava açma haklarının mağdurların bireysel olarak dava açmasını önlemeyeceğini kabul etmiştir. Ancak, bir mağdurun zararı için, hem bireysel hem de toplu dava açılması halinde ortaya çıkabilecek çifte tazminat sorumluluğunu önleyici tedbirler alınması gerekliliğine vurgu yapmıştır.¹⁸⁶

4.3.6. Aynı İhlale İlişkin Hem Doğrudan Alıcılar Hem de Dolaylı Alıcılar Tarafından Dava Açılması Sorunu

Komisyon, aynı hukuka aykırı fiyat artışına ilişkin olarak doğrudan ve dolaylı alıcılar tarafından aynı veya farklı mahkemelerde dava açılması halinde, çözümü gereken bazı problemlerin ortaya çıkabileceğini öngörmüştür. Buna göre, doğrudan alıcı tarafından açılan bir davada, *passing-on* savunması kabul edilen ihlalcinin dolaylı alıcılar tarafından açılan başka bir davada fiyat artışının dolaylı alıcılara yansıtılmadığı iddiasında başarılı olarak tazminattan kurtulması mümkün olabilir. Bunun tersi de söz konusu olabilir. *Passing-on* savunması reddedilen ihlalcinin, dolaylı alıcının yansımaya maruz kalmadığını kanıtlayamaması sebebiyle çifte tazminat sorumluluğu riskiyle karşılaşması da mümkün olabilir.¹⁸⁷ Komisyon, bu şekilde olması gerekenden daha düşük veya daha yüksek tazminatın hükmedilmesini önleyecek bazı prensiplerin ulusal

¹⁸² Ibid.; Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.51 vd.

¹⁸³ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.56.

¹⁸⁴ Ibid. par.57 vd.

¹⁸⁵ Ibid. par.58.

¹⁸⁶ Ibid. par.61.

¹⁸⁷ Ibid. par.221.

mahkemelerce uygulanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁸ Bu çerçevede tazmin edici adalet anlayışına hizmet edecek prensipler, iki olası durum için ayrı ayrı ele alınmıştır.

Komisyon, ilk olarak doğrudan ve dolaylı alıcıların ortak bir davada tazminat taleplerini ileri sürmesi ihtimalini değerlendirmiştir. Bu ihtimal dairesinde, ihlalcilerin, fiyat artışının dağıtım zincirinin alt seviyesine yansıtıldığını doğrudan alıcılara karşı ileri sürüp dolaylı alıcılara bunun tersini iddia etmesine izin verilmemelidir. Bunun gibi, ihlalcilerin *passing-on* savunması reddedilmişse, dolaylı alıcıların tazminat talepleri de reddedilmelidir.¹⁸⁹

Dağıtım zincirinin değişik aşamalarındaki alıcıların tazminat taleplerinin bu şekilde aynı davada ileri sürmesi halinde, söz konusu kuralın uygulanması pek sorun yaratmamaktadır. Söz konusu tazminat taleplerinin değişik davalarda gündeme getirilmesi ihtimalinde ise, bu kuralın uygulanması zorlaşacaktır. Komisyon, bu durum açısından değerlendirme yaparken de iki ayrı ihtimalden söz etmiştir. Eğer doğrudan ve dolaylı alıcılar tarafından açılan davalar birbirine paralel şekilde aynı anda değişik mahkemelerce sürdürülmekte ise, Komisyon, mahkemelerin diğer davanın sonucunu beklemek zorunda olmadığını belirtmiştir.¹⁹⁰ Bununla birlikte, bir üye devlet mahkemesinde bir tazminat davası açılmışsa ve aynı ihlale ilişkin başka bir dava söz konusu üye devletin veya diğer bir üye devletin mahkemesinin önüne gelmişse, Komisyon, bu ikinci mahkemenin davaya bakma yetkisi olması şartıyla önüne gelen davayı ilk mahkemeye yönlendirmeye teşvik edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁹¹ Bu bağlamda, ulusal mahkemelere söz konusu yetkiyi veren 44/2001 sayılı Tüzük'ün¹⁹² 28. maddesine atıf yapılmıştır.

Komisyon, bir ihlale ilişkin olarak bir ulusal mahkemede tazminat davası devam ederken, başka bir mahkemede aynı ihlale ilişkin hâlihazırda bir karar verilmiş olması ihtimalini de değerlendirmiştir. Komisyon, bu kararın davanın tarafı olmayan diğer kişiler açısından bağlayıcı olmayacağını belirtmiştir. Ancak, söz konusu karar, davanın tarafı olmayan bu kişiler tarafından başka bir davada kanıt olarak kullanılabilir.¹⁹³ Bu kapsamda davalı, *passing-on* savunmasının reddedildiği önceki bir kararı mevcut davada dolaylı

¹⁸⁸ Beyaz Kitap, s.8.

¹⁸⁹ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.222.

¹⁹⁰ Ibid. par.224.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters OJ L 012/1 16/01/2001.

¹⁹³ Beyaz Kitap Çalışma Raporu, par.225.

alıcılara karşı kullanabilir. Davalı, bunun tersi bir kararı da doğrudan alıcılara karşı kullanabilir. Aynı şekilde, doğrudan alıcılar ile dolaylı alıcılar da *passing-on* savunmasının kabul veya reddine ilişkin önceki kararı davalıya karşı kullanabilecektir.¹⁹⁴

5. TÜRK REKABET HUKUKUNDA *PASSING-ON* SAVUNMASI VE DOLAYLI ALICI KURALI

5.1. Genel Olarak

Özellikle ABD uygulaması ile kıyaslandığında, Türkiye’de rekabet hukuku kurallarının özel hukuk alanında etkin bir uygulamasından bahsetmek mümkün değildir. Bunun başlıca nedeni olarak Türk rekabet hukukunun 15 yıl gibi kısa bir geçmişe sahip olması gösterilebilir. Bu süre içerisinde, rekabet hukukunun iş çevreleri de dâhil olmak üzere toplumun geneli tarafından tam olarak idrak edilmediği düşünüldüğünde, rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarının yaygınlaşmaması doğal karşılanmalıdır. Bu sebeple, Türkiye’de söz konusu tazminat davalarının sayısını arttırma konusunda bir politika oluşturulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu politika, iş çevreleri ve tüketiciler arasında rekabet hukuku bilincinin geliştirilmesine yönelik eylemsel adımların yanı sıra, bu davaların açılmasını kolaylaştırıcı yasal adımların atılmasını gerekli kılmaktadır.

Bu çerçevede, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı konusunda belirlenecek yasal düzenlemeler ve bu düzenlemelerin yaratacağı belirlilik, rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açılmasını teşvik edici bir etki gösterebilir. Bu bölümde, öncelikle mevcut Türk hukuku düzenlemeleri çerçevesinde *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının uygulama alanı değerlendirilecektir. İkinci bölümde ise, söz konusu hususlar açısından nasıl bir politika oluşturulması gerektiği konusunda öneriler sunulacaktır.

5.2. Mevcut Düzenlemeler Çerçevesinde *Passing-on* Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralı

5.2.1. RKHK Kapsamında Haksız Fiil Sorumluluğu

RKHK m.57’de, “Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur”, denilmektedir. Bu hükmün, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı açısından Clayton Kanunu m.4’ün ifadesinden daha açık olduğunu söylemek güçtür. “Zarar görenler” ifadesinin,

¹⁹⁴ Ibid.

dolaylı alıcıları ve fiyat artışını kendi alıcılarına yansıtan doğrudan alıcıları kapsayıp kapsamadığı metnin lafzından anlaşılmamaktadır.

RKHK m.57 ve devamı maddeleri, rekabet ihlallerine ilişkin haksız fiil sorumluluğunu özel olarak düzenlemektedir. Bu özel düzenleme olmasaydı dahi 818 sayılı eski Borçlar Kanunu ("Eski BK")¹⁹⁵ m.41 ve 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu¹⁹⁶ ("Yeni BK") m.49 hükümleri uyarınca, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin tazminat istemesi söz konusu olabilirdi.¹⁹⁷ Dolayısıyla, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının ne derece uygulama alanı bulabileceği, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel ilkeler çerçevesinde değerlendirilecektir.

Bir haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için dört şartın mevcut olması gerektiği kabul edilmektedir. Bunlar; hukuka aykırı bir fiil, kusur, zarar ve illiyet bağıdır. RKHK m.57'de belirtildiği üzere, tazminat davası açılabilmesi için öncelikle ortada RKHK'ya aykırı bir anlaşma veya eylemin bulunması gereklidir. RKHK m.4 ve m.6'nın ihlali niteliğindeki eylem ve anlaşmaların hukuka aykırı bir fiil oluşturacağı konusunda bir tartışma yoktur. RKHK m.7'ye aykırı birleşme ve devralmaların gerçekleştirilmesi halinde ise, çok istisnai olarak bir zarar meydana gelse dahi, haksız fiil sorumluluğu esasınca bu zararların karşılanması mümkün olmadığı doktrinde iddia edilmektedir.¹⁹⁸ RKHK Tasarısı ise, RKHK m.7'de yasaklanan birleşme ve devralmalara karşı da tazminat davası açılabilmesi yönünde bir değişiklik öngörmektedir. Bu değişikliğin yasallaşması halinde, m.7'ye aykırı birleşme ve devralmalar halinde de hukuka aykırılık şartının sağlanacağı söylenebilir. Ancak, bu halde dahi zarar ve uygun illiyet bağının ispatı çok zor olacaktır.

RKHK'da açıkça belirtilmediği için, haksız fiil sorumluluğunun genel ilkeleri uyarınca rekabet ihlallerine ilişkin sorumluluğun kusur esasına dayandığı genel kabul görmektedir.¹⁹⁹ Rekabet ihlalleri açısından çok istisnai haller dışında kusurun bulunduğu kuşku götürmemektedir.²⁰⁰ Bu açıklamalardan

¹⁹⁵ Resmi Gazete Sayı: 359, Tarih: 29.04.1926.

¹⁹⁶ Resmi Gazete Sayı: 27836, Tarih: 04.02.2011.

¹⁹⁷ Sanlı, RKHK'da böyle bir açık özel düzenleme olmaması halinde, rekabet ihlallerine karşı tazminat davası açılıp açılmayacağına ilişkin tartışmalar yaratabileceğini belirtmiştir. Yazar, özellikle Kanun'da öngörülen maddi yasaklayıcı normların haksız fiil sorumluluğuna yol açmayacağı ve Kanun'un koruma amacının da buna engel oluşturduğu yönünde iddialar ile karşılaşılabileceğini belirtmiştir (SANLI, K.C. (2003), "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri, s.203).

¹⁹⁸ Ibid. s.210 vd. Sanlı, sadece hakim durum yaratan ve uygulamaya koyulan bir birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin bunu kasıtlı olarak sakladığı durumlarda bir zarar meydana gelebileceğini belirtmiştir. Yazar, bu halde dahi m.7'nin amacının bu birleşmeler sonucu meydana gelecek zararların tazmin edilmesini kapsamadığını ileri sürmüştür.

¹⁹⁹ Ibid. s.210 vd.

²⁰⁰ Ibid.

da anlaşılacağı üzere, hukuka aykırılık ve kusur şartlarının varlığına ilişkin yapılacak analizler, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının uygulanabilirliği açısından bir önem taşımamaktadır. Söz konusu hususların uygulanışı, daha çok zarar ve illiyet bağı şartlarına ilişkindir.

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için, hukuka aykırı fiil sonucu bir zararın meydana gelmiş olması gereklidir. Zarar, bir kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır.²⁰¹ *Passing-on savunması* ve dolaylı alıcı kuralının uygulanmasının söz konusu olacağı tekeli fiyatlandırma durumlarında zarar, tekeli fiyat ile rekabet ihlali olmasaydı ödenecek bedel arasındaki farktan oluşacaktır.²⁰² Bir rekabet ihlaline karşı dolaylı alıcıların tazminat talep edebilmesi için, öncelikle bu türlü bir zarara uğradıklarını ispat etmeleri gerekmektedir.

Bu çerçevede tartışılması gereken husus, dolaylı alıcıların uğramış olduğu zararın doğrudan zarar mı yoksa yansıma zarar mı olduğudur. Yansıma zarar, bir hukuka aykırı fiilden dolayı fiile asıl maruz kalan kimseden başka bir şahsın uğradığı zarar olarak tanımlanmaktadır.²⁰³ Türk hukukunda yansıma zararların kural olarak tazmin edilemeyeceği kabul edilmektedir.²⁰⁴ Bir rekabet ihlali sebebiyle doğrudan zarar gören kimselerin alacaklıları, işçileri ve hissedarları gibi diğer kimselerin söz konusu zararın gerçekleşmesi sebebiyle uğramış olduğu zararlar, yansıma zarar kabul edilip kural olarak bir tazminat talebine konu olamamaktadır.²⁰⁵

Dolaylı alıcıların uğramış oldukları zararların yansıma zarar olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.²⁰⁶ Yansıma zararlar, haksız fiil sonucunda

²⁰¹ Ibid. s.219; EREN, F. (2009), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On Birinci Baskı, Beta, İstanbul, s.473; OĞUZMAN, M.K. ve M.T. ÖZ (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Dördüncü Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, s.514.

²⁰² RKKH m.57'de; "Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir", denilmektedir. Söz konusu hüküm, sadece tekeli fiyatlandırma durumlarındaki hukuka aykırı fiyat artışına ilişkin zarardan söz etmektedir. Her ne kadar hükümde belirtilmesi dahi, dışlayıcı uygulamalar sonucu meydana gelen kar kaybının da bir zarar olarak tazmininin istenebileceği kabul edilmektedir (Sanlı 2003, s.220).

²⁰³ Ibid. s.225; Oğuzman ve Öz 2006, s.517; KILIÇOĞLU, A.M. (2007), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Sekizinci Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, s.211.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Sanlı 2003, s.226. ABD uygulamasında da bu tür kimselerin tazminat talep edemeyeceği kabul edilmektedir (Pollock 1966, s.12 vd.).

²⁰⁶ Sanlı 2003, s.226 vd; KORTUNAY, A. (2009), "AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından "De Lege Feranda" Düşünceler", *Rekabet Dergisi Cilt:10 Sy:1*, s.124 vd. Aksi görüş için bkz. SAYHAN, İ. (2005), "Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Cilt.5, Sayı.3, s.61 dn.67.

ortaya çıkmakla birlikte, haksız fiilin asıl mağdurunun uğramış olduğu zarardan bağımsızdır. Örneğin, bir trafik kazası sonucu ayağı kırılan bir işçinin ödemiş olduğu hastane masrafları doğrudan zarar, bu kimsenin çalışmaması sebebiyle iş sahibinin uğramış olduğu zarar ise yansıma zarar niteliğindedir. Bu örnekte, iş sahibinin zararı, işçinin çalışmamasından kaynaklanmakla birlikte, hastane masraflarından bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Dolaylı alıcının zararı ise, doğrudan alıcının uğramış olduğu zarardan bağımsız değildir. Doğrudan alıcı hukuka aykırı fiyat artışını dağıtım zincirinin alt seviyesine yansıttığı ölçüde zararından kurtulmakta, buna karşılık dolaylı alıcılar aynı ölçüde zarara uğramaktadır. Bu sebeple, dolaylı alıcılar, rekabet ihlali sebebiyle normalden daha yüksek fiyatla ürün satın alarak zarara uğradıklarını ispat etmeleri halinde, haksız fiil sorumluluğunun diğer şartlarının bulunması şartıyla tazminat talep edebilecektir.

Dolaylı alıcı, söz konusu ürün için normalden daha yüksek fiyatla alış yaptığını kanıtlaya dahi, bu fiyat artışı ile rekabet ihlali arasındaki illiyet bağıını ispat etmek durumunda kalacaktır. Türk hukukunda, haksız fiil sorumluluğu konusunda uygun illiyet bağı teorisi kabul edilmektedir. Bu teoriye göre, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre söz konusu hukuka aykırı fiil gerçekleşen zararı meydana getirmeye elverişli nitelikte görülmekte ise, tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.²⁰⁷ Dolaylı alıcılar, doğrudan alıcının ürünlerindeki fiyat artışının rekabet ihlalinin kaynaklandığını ispat etmeleri halinde tazminata hak kazanabilecektir. Bu ispat yükümlüğünün yerine getirilmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte, fiili olarak çoğu durumda başa çıkılmaz derecede zor olacaktır.²⁰⁸

Örneğin, lastik üreticileri arasındaki bir kartelden ötürü araba üreticilerine satılan lastik fiyatlarında meydana gelen bir artışın, arabaların alıcılarına yansıtıldığının ispatı neredeyse imkânsızdır. Öncelikle, lastiklerin maliyeti, arabanın toplam maliyeti içerisinde oldukça düşük bir yer işgal etmektedir. Bu sebeple, arabaların fiyatındaki artışın lastik fiyatlarındaki artıştan kaynaklanıp kaynaklanmadığını belirlemek oldukça güçtür. Çeşitli ekonomik analizler sonucu, rasyonel olduğu kabul edilen araba üreticilerinin söz konusu fiyat artışını kendi ürünlerine yansıtacağı sonucuna varılsa dahi²⁰⁹, bunun somut olayda gerekli illiyet bağıını kurmak için yeterli olduğu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte, ara teşebbüslerin satın aldıkları ürünü

²⁰⁷ Eren 2009, s.492; Oğuzman ve Öz 2006, s.519; Kılıçoğlu 2007, s.214.

²⁰⁸ Sanlı 2003, s.227; İNAN, N. (1999), "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, s.16.

²⁰⁹ Schaefer 1975, s.921 vd.

değiştirmeden kendi müşterilerine sattığı durumlarda, illiyet bağının ispatı daha kolay olabilir.

Passing-on savunmasının uygulanabilirliği açısından da sorun benzerlik göstermektedir. Davalı taraf, davacı konumdaki doğrudan alıcının ürünlerindeki fiyat artışı ile rekabet ihlali arasındaki illiyet bağına ispat etmelidir. Yukarıdaki örnekte ihlale katılan lastik üreticileri, araba fiyatlarında meydana gelen artışın söz konusu lastik fiyatlarındaki artışın yansıtılması sonucu gerçekleştiğini ispat etmelidir. Teorik olarak mümkün olan bu ispatın da gerçek hayatta gerçekleştirilmesi oldukça zor olacaktır.²¹⁰

Sonuç olarak *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının Türk haksız fiil hukuku çerçevesinde teorik de olsa uygulanabileceği söylenebilir. Ancak, Türk rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunun amacını ve usul ekonomisini de dikkate alarak mevcut hukuk yaklaşımının devamının isabetli olup olmadığı tartışılabilir. Bu tartışmaya aşağıda yer verilecektir.

5.2.2. Gabin (Aşırı Yararlanma) Hükümlerinin Uygulanması

Passing-on savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin tartışmalar, tamamen haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde yapılmaktadır. Doğrudan alıcının rekabeti ihlal eden teşebbüs ile arasındaki sözleşmeye dayanarak bir talepte bulunup bulunamayacağı sorunu, sadece Türkiye’de değil ABD ve AB hukuklarında da pek tartışma konusu olmamıştır. Buradaki muhtemel sözleşmesel sorumluluk tartışması, Yeni BK’da aşırı yararlanma olarak adlandırılan gabin hükümlerinin²¹¹ rekabet ihlali sebebiyle sözleşme konusu ürünün fiyatının artması haline uygulanıp uygulanamayacağı sorununa ilişkin olacaktır.

Türk hukukunda gabinin söz konusu olabilmesi için, objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsurun bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Objektif unsur, tarafların edimleri arasında açık oransızlık bulunması durumunu ifade etmektedir.²¹² Bu unsur, Yeni BK m.28’de, “bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa” şeklinde ifade edilmiştir. Edimler arasındaki oransızlığın, bu unsurun varlığı için gerekli olacak şekilde açık olup olmadığı konusunda, hâkimin Türk Medeni Kanunu²¹³ m.4 uyarınca takdir

²¹⁰ Kortunay 2009, s.125.

²¹¹ Yeni BK m.28 f.1’e göre, “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir”.

²¹² Eren 2009, s.378; Oğuzman ve Öz 2006, s.114.

²¹³ Resmi Gazete Sayı:24607, Tarih: 08.12.2001.

yetkisi söz konusudur.²¹⁴ Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı, edimler arasındaki farkın, %50 ve üzeri oranda olması halinde açık oransızlığın varlığının, %25 ve altı oranda olması halinde ise yokluğunun kabulü yönündedir. Edimler arasındaki farkın %25 ile %50 arasında olması halinde ise, açık oransızlık bulunup bulunmadığını hâkim takdir edecektir.²¹⁵ Bu kapsamda, tekeli fiyatlandırma durumlarında edimler arasındaki açık oransızlık, tekeli fiyat ile söz konusu ürün için rekabetçi piyasa şartlarında oluşması gereken fiyat arasındaki farkın oranın %50 ve üzeri olduğu durumlarda herhalde, %25'in üzerinde olması halinde ise hâkimin takdirine göre gerçekleşmiş sayılacaktır.

Sübjektif unsur ise, edimler arasındaki oransızlığın zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Rekabet ihlalleri durumunda, bu unsurun karşılanması, sadece zarar görenin zor durumda olması haline ilişkin olacaktır. Gerçekten de ikamesi olmaması sebebiyle kartel üyelerinden veya hâkim durumdaki teşebbüsten ürün tedarik etme zorunluluğu olan alıcının zor durumda olduğu kabul edilebilir. Nitekim Eren, zarar görenin zor durumda olduğu durumlara örnek olarak, kasabadaki tek hekimin bu durumdan yararlanarak yüksek fiyat öngörmesi halini vermiştir. Bir hâkim durumun kötüye kullanılması sayılan bu örnekte, tedavi görmek isteyenlerin zor durumda olduğuna şüphe yoktur. Kartelden kaynaklı tekeli fiyatlandırma durumlarında da bu tespit geçerli olmaya devam edecektir. Örneğin, söz konusu kasabada sağlık hizmeti veren birden fazla hekimin bu hizmetlerinin fiyatı konusunda anlaşmaları halinde, bunların müşterilerinin zor durumda olduğu kabul edilmelidir.

Alıcıların zor durumda olduğunun kabulü için, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi hâkim teşebbüsün veya kartelin mutlaka 100 %'lük bir pazar payına sahip olması gerekli değildir. İlgili pazarda başka rakip teşebbüsler bulunmasına rağmen, bunların üretim kapasitesi veya dağıtım zinciri yetersizliği ya da benzeri nedenlerle pazardan kendilerine yöneltilecek ek talebi karşılayamadığı hallerde, hâkim teşebbüs veya kartel üyelerinin alıcılarının, fiyatı artan ürünü başka yoldan tedarik etme imkânına sahip olmadıkları için zor durumda olmalarından bahsedilebilecektir. Bu alıcıların, söz konusu ürünü veya onun ikamesi niteliğindeki ürünleri başka şekilde tedarik edebilmesi halinde, kartelin veya hâkim teşebbüsün tekeli fiyatlandırma politikasını sürdürebilme imkânı

²¹⁴ Eren 2009, s.379; ÖZKAYA, E. (2000), *Gabin Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.25 vd.

²¹⁵ KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt*, Dördüncü Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, s.483 vd.

çoğu durumda zaten olmayacaktır. Bu sebeple, tekelci fiyatlandırma karşısında sözleşme tarafı alıcıların zor durumda bulunduğunun kabulü gerekmektedir.²¹⁶

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu²¹⁷ m.18 f.2 uyarınca, tacir sıfatına sahip olmaları sebebiyle basiretli bir iş adamı gibi davranması gereken doğrudan alıcıların düşüncesizliği veya deneyimsizliği kapsamında gabin hükümlerine dayanamayacağı kabul edilmekle birlikte, buna zarar görenin zor durumda olması hali dâhil değildir.²¹⁸ Bu nedendir ki, rekabet ihlali sebebiyle tekelci fiyatlandırmanın ortaya çıktığı durumlarda, doğrudan alıcının gabin hükümlerine dayanması teorik olarak mümkün olabilir.

Yeni BK m.28'e göre, gabinin varlığı halinde zarar gören taraf, sözleşmeyi iptal edebilir ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Eski BK m.21'de, gabin durumunda zarar gören tarafa sadece sözleşmeyi iptal hakkı tanınmıştı. Ancak, iptal halinde dahi sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk çerçevesinde edimler arasındaki oransızlık sebebiyle tazminat istenebileceği doktrindeki bazı yazarlarca kabul edilmiştir.²¹⁹ Yeni BK'da zaten zarar görene sözleşmeye devam ederek oransızlığın giderilmesini isteme imkânı tanındığından, doğrudan alıcılar, herhangi bir tartışmaya yer kalmadan bu imkâna dayanarak rekabet ihlalinin kaynaklanan hukuka aykırı fiyat artışının tazminini isteyebilecektir.

Sonuç olarak her ne kadar genel kabul görüp görmeyeceği tartışmalı olsa da yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, doğrudan alıcıların RKHK m.57 uyarınca haksız fiil sorumluluğu yerine Yeni BK m.28 uyarınca gabin hükümlerine dayanarak rekabet ihlalcisinin uyguladığı hukuka aykırı fiyat artışının kendisine ödenmesini talep etmesi mümkündür. Burada bir sözleşmesel sorumluluk söz konusu olduğu için, davalının davacının fiyat artışını kendi alıcılarına yansıttığını ileri sürmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, üçüncü kişi konumundaki dolaylı alıcıların taraf olmadıkları sözleşmeye dayanması da söz konusu olamaz. Bu durumda, fiyat artışını tümüyle kendi alıcılarına yansıtan doğrudan alıcıların, gabin hükümlerine göre fiyat artışının iadesini; dolaylı alıcıların ise, RKHK'nın haksız fiil sorumluluğu hükümlerine dayanarak aynı

²¹⁶ Tekelci fiyatlandırma durumlarında, kartel üyelerinin veya hâkim durumdaki teşebbüsün alıcılarının söz konusu zor durumundan yararlanmak amacıyla fiyat artışı gerçekleştirdiği konusu da tartışma götürmemektedir.

²¹⁷ Resmi Gazete Sayı 27846, Tarih: 14.02.2011. Ayrıca bkz. 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu (Resmi Gazete Sayı: 09.07.1956) m.20 f.2.

²¹⁸ ARKAN, S. (2003), *Ticaret İşletme Hukuku*, Yedinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s.133. Bazı yazarlar, zor durumda olma halinden sadece gerçek kişilerin değil tüzel kişilerin de yararlanabileceğini belirterek bu görüşü desteklemişlerdir (Eren 2009, s.380; Özkaya 2000, s.29; Kocayusufpaşaoğlu 2008, s.489).

²¹⁹ Eren 2009, s.382; Kocayusufpaşaoğlu 2008, s.489.

tutar için tazminat ödenmesini talep etmesi söz konusu olabilir. Her ne kadar bütün tekeli fiyatlandırma durumlarında edimler arasında açık bir oransızlık bulunmasa da²²⁰ söz konusu durumun gerçekleşme ihtimalinin, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin bir politika belirlenirken dikkate alınması gerekmektedir.

5.3. RKHK Tasarısı ve Öneriler

5.3.1. Genel Olarak

2008 yılında Bakanlar Kurulu tarafından meclise sunulan ve RKHK'yı gözden geçiren RKHK Tasarısı, m.57'ye ilişkin de bir takım değişiklikler öngörmektedir. Ancak, bu değişiklikler çerçevesinde *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin bir belirlemede bulunulmamıştır. Yukarıda çeşitli defalar açıklandığı üzere, rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarının yaygınlaşmasının sağlanmasında, kimlerin dava açabileceğinin açıklığa kavuşturulmasının dikkate değer bir önemi vardır. Haksız fiil sorumluluğu ilkeleri çerçevesinde yukarıda belirtildiği üzere, her iki kuralın da uygulanacağı teorik olarak kabul edilebilse dahi bu konuda yeteri kadar açıklık söz konusu değildir. Buna ek olarak *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının bu şekilde birlikte uygulanmasının rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunun amacı ve usul ekonomisi açısından doğru bir politika olup olmadığı tartışılmalıdır. Bu bağlamda, gerekli açıklığın sağlanması ve tazminat davası açılmasının kolaylaştırılması açısından, RKHK'da söz konusu hususlara ilişkin bir politika belirlenmesi faydalı olacaktır. Bu bölümde, ilk önce Türk rekabet hukukunda tazminat davalarının amacının ne olması gerektiği hususu tartışılacaktır. Sonrasında ise, *passing-on* savunması, dolaylı alıcı kuralı ve toplu dava hakkına ilişkin öneriler sunulacaktır.

5.3.2. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Amacı

Türk doktrinindeki hâkim görüşe göre, haksız fiil hukukunun ilk ve başlıca amacı, zarar görenin zararının tazmin (telafi) edilmesidir.²²¹ Bununla birlikte,

²²⁰ Ürünlerdeki fiyat artışı, bazı durumlarda bir rekabet ihlali teşkil edecek şekilde zor durumdaki müşterinin tercih etmediği bir sözleşme türünün yapılmasından kaynaklanabilir. *Hanover Shoe* kararının konusunu oluşturan ihlal, bu duruma güzel bir örnek teşkil etmektedir. Söz konusu olayda, ayakkabı üretiminde kullanılan makineler pazarında hâkim durumda olan United, makinelere ilişkin olarak müşterilerinin satın alma talebini reddederek kira sözleşmesi yapmayı tercih etmiştir. Buradaki fiyat artışı, kira fiyatının yüksek olmasından değil, daha az maliyete neden olacak satın alma sözleşmesi yerine kira sözleşmesinin yapılmasından kaynaklanmaktadır. Gabin hükümleri, zor durumda kalan sözleşme tarafına kendi tercih ettiği sözleşme türünün akdedilmesini talep etme hakkı vermemektedir. Bu sebeple, söz konusu durumlarda meydana gelen fiyat artışının gabin hükümlerine göre tazmin edilmesi mümkün değildir.

²²¹ Eren 2009, s.466; Oğuzman ve Öz 2006, s.573; NOMER, H.N. (1996), *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta, İstanbul, s.33.

doktrinde, haksız fiil sorumluluğunun zararı önleme (caydırma) amacının da olduğu belirtilmektedir.²²² Ancak, hâkim görüş, söz konusu önleyicilik amacının birincil amaç olan tazmin etme amacı açısından tamamlayıcı nitelik taşıdığını yönündedir.²²³

Sanlı, tazminat davalarının temel amacının mağdurların zararlarının tazmin edilmesi olduğunu savunan hâkim görüşü ciddi şekilde eleştirmektedir.²²⁴ Yazar, haksız fiil hukukunun amacının sosyal refahın maksimize edilmesi olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede mağdurların zararlarının tazmin edilmesi, tek başına bir amaç olmaktan öte, sosyal refahın maksimize edilmesi sağlayan bir araç niteliğinde sayılmalıdır.²²⁵ Yazara göre, caydırıcılık amacı, kişileri özenli davranmaya yönelterek sosyal maliyet yaratan zararların oluşmasını engellemesi sebebiyle, son tahlilde haksız fiil hukukunun asıl amacını oluşturmaktadır.²²⁶

Haksız fiil hukukunun sosyal refahın arttırılmasına hizmet edici bir amaçla kullanılması mümkündür. Ne var ki, bu imkân, haksız fiil kurumuna toplum tarafından atfedilen asıl işlevin refah artışı yaratan bir önleyicilik sağlanması olduğu anlamına gelmemektedir. Bir başkasının davranışı sonucu zarara uğrayan bir kimsenin toplumsal adalete duyduğu güven, bu zararının tazmin edilmemesi durumunda azalacaktır. Burada tazmin için kusurun gerekliliği, zararın giderilmesi amacının geçerliliğini azaltmamaktadır. Kusur şartının varlığı, gerekli özeni göstermesine rağmen davranışlarıyla başkasına zarar veren kimselerin söz konusu zararı tazmin etme külfetiyle karşılaşmaları sebebiyle toplumsal adalete güvenlerinin azalmasını engellemektedir. Kısacası, bireyler ve toplum nezdinde barışçıl bir adaletin sağlanması, kusurlu davranışları sebebiyle başkalarına zarar verenlerin kural olarak bu zararları tazmin etmesini gerekli kılmaktadır. Kusurun aranmadığı sebep ve tehlike sorumluluklarında da söz konusu adaletin gereği olarak zarar verenin tazmin etme yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir.

Haksız fiile ilişkin yasal düzenlemeler, bu konudaki toplumsal uzlaşının bir görünümü olarak bireyler açısından belirlilik sağlamaktadır. Haksız fiil hukuku, bireylerin tazminat sorumluluğuna maruz kalmamak için daha özenli hareket etmesini sağlayarak bir caydırıcılık veya önleyicilik işlevi görebilir.

²²² Eren 2009, s.466 vd.; Nomer 1996, s.35. Doktrinde, tazminat davalarının hakkın devam ettirilmesi amacının da olduğu ifade edilmektedir (Eren 2009, s.467; Nomer 1996, s.34).

²²³ Eren 2009, s.467.

²²⁴ SANLI, K.C. (2007), *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, Arıkan, Denizli, s.155 vd.

²²⁵ Ibid. s.169 vd.

²²⁶ Ibid. s.172 vd.

Ancak, bu işlev, tazmin etme işlevini tamamlayıcı nitelikte olup esas olarak daha etkili araçlara sahip olan kamu hukuku yaptırımlarına özgülenmelidir.

Mağdurların zararlarının tazmin edilmesinin yarattığı yargısal ve idari masraflar bir takım sosyal maliyetler yaratsa da tazmin edici adaletin sağlanmasına toplumca atfedilen değer bu masraflara katlanılmasını haklı kılmaktadır. Kaldı ki, bireylerin uğramış olduğu zararların tazmin edilmesinin mümkün olmadığı bir kurguda, bireysel anlamda bu zararlara katlanmamak için yapılacak masraflar çok daha yüksek sosyal maliyet yaratabilecektir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, Türk hukukundaki hâkim görüşün kabul ettiği gibi, haksız fiil sorumluluğunun birincil amacının toplum nezdinde önemli bir değer atfedildiği üzere mağdurların zararlarının tazmin edilmesi olduğu söylenebilir. Türk borçlar hukuku kapsamında, caydırıcılık amacına öncelik veren görüşler yeterince ikna edici değildir.

Caydırıcılık amacını öne çıkaran görüşler, Türk rekabet hukuku kapsamındaki haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak daha güçlü savunulmaktadır. Söz konusu görüşlerin başlıca dayanak noktası, *Clayton* Kanunu m.4'e benzer şekilde, RKHK m.58 f.2'nin hâkime zararın üç katına kadar tazminata hükmetme yetkisi tanınmasıdır. Bu bağlamda, uğranılan zarardan daha yüksek bir tazminat öngörülmesinin kanun koyucunun rekabet ihlallerinin caydırılması amacına öncelik vermesinden kaynaklandığı iddia edilmektedir.²²⁷ Üç katına kadar tazminatın, muhtemel rekabet ihlalcileri açısından ihlalin gerçekleştirilmesini maliyetli hale getirerek caydırıcılığı arttıracığı doğrudur. Ancak, üç katı tazminat, genellikle çok düşük zarar gören tüketicileri tazminat davası açmaya teşvik ederek tazmin edici adaletin sağlanmasını da kolaylaştırabilir.²²⁸ Bu nedenle, üç katına kadar tazminat, sadece caydırıcılık amacına değil tazmin etme amacına da hizmet etmektedir. RKHK m.58 f.2'de, *Clayton* Kanunu m.4'den farklı olarak hâkime, herhalde üç katı tazminata hükmetme zorunluluğu getirilmemiştir. Bunun yerine, hâkime zararın üç katına kadar tazminata hükmetme yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla, ABD doktrininde tazminat davalarının asıl amacının caydırıcılık olduğunu savunan görüşlerin, Türk hukuku açısından tamamen geçerli olduğunu söylemek güçtür. Buna ek olarak asıl amaç rekabet ihlallerini caydırmak ise, Rekabet Kurulu tarafından verilen idari para cezalarının miktarının artırılması çok daha etkili bir yöntem olabilir.²²⁹

²²⁷ Sanlı 2006, s.206; Şahbaz 2009, s.6.

²²⁸ Davis ve Lande 2008, s.882 vd.

²²⁹ Bkz. Wils 2003, s.16.

Sonuç olarak Türk rekabet hukuku kapsamında tazminat davalarının amaçları arasında toplumca atfedilen değer açısından bir sıralama yapılması gerektiğinde, tazmin etme amacına öncelik verilmesi görüşü daha kabul edilir gözükmektedir. En azından, caydırıcılık amacının elde edilmesi uğruna tazmin etme amacının feda edilebileceğinin savunulması mümkün değildir. Bu çerçevede, Türk rekabet hukukunda *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin bir politika tercihi yaparken, tazmin etme amacı göz ardı edilmemelidir. Caydırma ve tazmin etme amaçlarının her ikisi de toplum tarafından kendilerine atfedilen değer ölçüsünde bu politika tercihinde dikkate alınmalıdır.

5.3.3. *Passing-on* Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralına İlişkin Çeşitli Politika Tercihlerinin Değerlendirilmesi

5.3.3.1. Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği üzere, mevcut düzenlemeler çerçevesinde Türk hukukunda *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de uygulanması teorik düzeyde de olsa mümkün gözükmektedir. Türkiye’de rekabet ihlallerine karşı açılan dava sayısındaki eksiklik sebebiyle, bu kuralların uygulamadaki etkisini gözleme imkânı mevcut olmamıştır. Dolayısıyla, bu konuda tercih edilecek politikaya ilişkin yapılacak değerlendirmeler de teorik düzeyde kalacaktır. Yine de söz konusu değerlendirmeler, uygulamadaki etkilerle ilişkin doğru öngörülerde bulunulmasını sağlayabilir.

Rekabet ihlallerinden doğan zararların, ekonomik zarar olmasının ve toplumun çeşitli katmanlarına dağılmasının yarattığı zorluklar sebebiyle, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin belirlenecek politikanın her yönüyle sorunsuz olması mümkün değildir. Kanun koyucu, bu politikayı belirlerken herhalde tazmin edici adalet, caydırıcılık ve sosyal maliyet konusunda bir takım fedakârlıklarda bulunmak durumunda kalacaktır.

5.3.3.2. Her İki Kurala da İzin Verilmesi

Passing-on savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de uygulanması durumunda, fiyat artışının ne ölçüde dağıtım zincirinde yayıldığı belirlenmesinin yarattığı zorluk ve aynı ihlale ilişkin dava sayısındaki yükseliş nedeniyle yargısal masraflar artacaktır.

Bunun yanında, söz konusu kuralların birlikte uygulanması, doğrudan alıcıların dava açma motivasyonlarını düşürebilir. Burada, satışlardaki düşüş sonucu meydana gelen kar kaybının tazminini isteme olanağının doğrudan alıcıların motivasyonuna etkisini incelemek gerekir. Doğrudan alıcıların fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtması halinde, bu müşterilerin söz konusu

ürünü almaktan vazgeçmesi veya başka ürünlere yönelmesi söz konusu olabilir. Doğrudan alıcının, ihlal ile bu satış kaybı sebebiyle uğradığı zarar arasındaki illiyet bağıını ispat etmesi halinde tazminata hak kazanacağı konusunda kuşku yoktur. Ancak, herhalde söz konusu kar kaybı sebebiyle talep edilecek tazminatın tutarı, hukuka aykırı fiyat artışına katlanılması halinde ödenecek tutardan daha yüksek olamayacaktır. Bunun temelinde, doğrudan alıcının daha fazla zarara uğramak yerine fiyat artışına katlanacağı düşüncesi yatmaktadır. Arz talep elastikiyetine bağlı bu değerlendirmeyi gereği gibi yapamaması sebebiyle, doğrudan alıcının somut olayda daha fazla zarar görmesi söz konusu olabilir. Fakat buradaki hukuka aykırı fiyat artışını aşan zarara basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan doğrudan alıcının katlanması gerektiği kabul edilmelidir. Arz ve talep elastikiyetinin esnek olması sebebiyle doğrudan alıcının fiyat artışını yansıtmakla daha fazla zarara uğrayacağını bariz olduğu durumlarda *passing-on* savunmasının kabulü pek mümkün olmayacağı için, söz konusu problem zaten ortaya çıkmayacaktır.

Aleyhine *passing-on* savunması kabul edilen doğrudan alıcının, hukuka aykırı fiyat artışının altında bir kar kaybının tazminini talep etmesi de oldukça zor olacaktır. Doğrudan alıcı, öncelikle sadece kendisinin değil rakiplerinin de satışını kapsayacak şekilde söz konusu ürüne ilişkin satışlarda genel bir azalmanın meydana geldiğini ispat etmelidir. Bu ispat yükü, çok daha kapsamlı bir araştırma gerektirdiğinden, fiyat artışının yansıtılmasının ispatına göre daha fazla bir kanıtsal karmaşa yaratacaktır. Doğrudan alıcı, sadece ürün satışlarında genel bir azalmanın olduğunu değil aynı zamanda bu azalmanın rekabet ihlalinden kaynaklandığını ispat etmelidir. Ürüne ilişkin talebin, ekonomik kriz veya yeni bir ürünün piyasaya çıkması gibi başka bir sebepten kaynaklanması da mümkündür. Dolayısıyla, kar kaybına ilişkin zarar talebi oldukça spekülative olacak ve *passing-on* savunmasına izin verilmesi sebebiyle doğrudan alıcıların dava açma motivasyonlarında meydana gelecek azalmayı telafi etmeyecektir. Bu nedenledir ki, doğrudan alıcıların rekabet hukukunun daha etkin uygulayıcısı olduğunun kabul edilmesi halinde, tazminat davalarının caydırıcılık özelliğinin azalması söz konusu olabilir.

Bu çerçevede, AB Komisyonu'nun Beyaz Kitap'ta önerdiği ve Türk hukukunda da şuan kabul edildiği söylenebilecek olan *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kurallarının bir arada uygulanması, yargısal masraflardaki yükseliş sebebiyle tazminat davalarının sosyal maliyetini arttırıcı, caydırıcılığını ise azaltıcı etki gösterebilir.

5.3.3.3. Her İkisi Kuralın da Reddedilmesi

Türk doktrininde, bir önceki bölümde belirtilen gerekçelerle, ABD Yüksek Mahkemesi'nin yaklaşımına paralel şekilde *passing-on* savunması ve dolaylı

alıcı kuralının her ikisine de izin verilmemesi gerektiği savunulmuştur.²³⁰ Bu yaklaşım, çoğu durumda rekabet ihlalden zarar gören kesim olan dolaylı alıcıların tazminat hakkını ortadan kaldırdığı için tazmin etme amacına uygun düşmemektedir. Bu çerçevede, Landes ve Posner'in doğrudan alıcıların elde edecekleri tazminatı fiyatlarda indirim olarak dolaylı alıcılara yansıtacağı iddiası gerçekçilikten uzaktır.²³¹

Sadece doğrudan alıcılara dava açma hakkı verilmesinin, caydırıcılığı arttıracığı iddiası da her zaman doğru olmayabilir. Doğrudan alıcının dolaylı alıcılara göre ihlalleri tespit etme konusunda daha fazla imkâna sahip olmasının, Türk uygulaması açısından dikkate değer bir önemi bulunmayabilir. Doğrudan alıcılar, çoğu durumda ihlalden Rekabet Kurumu'nun bir soruşturması veya kararı sonucu haberdar olacaktır. Alıcının kendisi ihlali tespit etse dahi, dava açarken aynı zamanda Rekabet Kurumu'na şikâyette bulunmayı düşünebilecektir. Tazminat davası hakkı olmasaydı dahi, doğrudan alıcının karteli şikâyet etme motivasyonuna sahip olacağı söylenebilir. Bu motivasyondan yoksun bir doğrudan alıcının, tazminat davası açma hakkı olsaydı dahi buna başvuracağı oldukça şüpheli olacaktır.

Doğrudan alıcıların, bireysel olarak çok daha küçük zarar gören ve sayıca fazla olan dolaylı alıcılara göre, dava açma konusunda daha yüksek motivasyona sahip olacağı kabul edilebilir. Ancak, fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtan doğrudan alıcıların bu motivasyonu düşük olacaktır. Kaldı ki, toplu dava açılmasına ilişkin yaratılacak mekanizmalar sayesinde dolaylı alıcıların dava açması kolaylaştırılabilir.

Fiyat artışının yansıtılması analizi yapılmayacağı ve dava sayısı nispeten daha düşük olacağı için, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralını reddeden bir politikanın daha az yargısal maliyet yaratacağı söylenebilir. Ne var ki, ne bu gerekçe ne de doğruluğu oldukça kuşkulu olan caydırıcılığın artacağı iddiası, tazmin etme amacına tamamen aykırı olan söz konusu politika tercihini haklı kılacaktır.

5.3.3.4. *Passing-on Savunması Reddedilirken Dolaylı Alıcı Kuralına İzin Verilmesi*

5.3.3.4.1. Genel Olarak

Tazminat davalarında kimlerin davacı olabileceğine ilişkin bir başka politika tercihi, *passing-on* savunması reddedilirken dolaylı alıcı kuralına izin verilmesi olabilir. Bu görüş, yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere, *Illinois Brick*

²³⁰ Sanlı 2006, s.227 vd.

²³¹ Bkz. yuk. s.29 vd.

kararına muhalif kalan Yüksek Mahkeme hâkimleri ve ABD doktrinindeki bir kısım yazar tarafından da savunulmuştur. Bu tercih açısından, ikili bir ayırım yapılabilir. Buna göre, aynı tutar için hem doğrudan alıcılara hem de fiyat artışının son olarak yansıdığı dolaylı alıcılara ayrı ayrı tazminat hakkı verilmesi söz konusu olabilir. Diğer bir olasılık ise, ihlalciler tarafından doğrudan alıcıya karşı *passing-on* savunmasının kullanılmasına izin verilmemekle birlikte, ihlale ilişkin tek bir tazminat tutarının doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında uğradıkları zarar ölçüsünde paylaşılmasıdır.

5.3.3.4.2. Doğrudan ve Dolaylı Alıcılara Ayrı Ayrı Tazminat Hakkı Verilmesi

Bu politika tercihi, fiyat artışının dağıtım zincirine nasıl dağıldığının analizini gerektirmediği için tazminat davalarını karmaşık hale getirmeyecektir. Bu sebeple, yargısal masraflarda da diğer tercihlerle kıyaslandığında dikkate değer bir artış meydana gelmeyecektir. Bu türlü bir politika tercihi, muhtemel davacı grubu sayısını ve muhtemel tazminat tutarını arttırması sebebiyle, söz konusu davaların caydırıcılığını arttıracaktır. Burada ihlalcinin aynı tutar için iki kez tazminat tutarı ödeme zorunluluğunun, aşırı caydırıcılık sağlayarak ekonomik açıdan yararlı sayılabilecek bazı anlaşma ve eylemlerin gerçekleşmesini engelleyebileceği ileri sürülebilir. Genellikle Türkiye’de tazminat davaları Rekabet Kurulu’nun ihlal kararını takip edeceği veya mahkemeler Rekabet Kurulu’nun kararını bekletici mesele yapacağı için,²³² ekonomik olarak yararlı anlaşma ve eylemlerin caydırılacağı iddiası şuan ki Türk uygulaması açısından pek geçerli gözükmemektedir.

Çifte tazminat sorumluluğu, esas olarak tazmin edici adalet açısından incelenmelidir. Doğrudan alıcı, yukarıda da belirtildiği gibi satış hacminde meydana gelen azalma sebebiyle bir zarara uğrayabilir. Bu nedenledir ki, doğrudan alıcıların tamamen tazminat talebinden yoksun bırakılması, tazmin etme amacına aykırılık teşkil edebilir. Dolaylı alıcılar da çoğu durumda fiyat artışının yansıtılması sebebiyle ihlalin gerçek mağduru olarak tazminat hakkına sahip olmalıdır. Ancak, bu her iki alıcı grubuna da aynı ihlal için ayrı ayrı tazminat hakkı verilmesi durumunda, herhalde en az ikisinden biri uğradığı zarardan daha fazlası için tazminata hak kazanacaktır. Bu halde, ihlalciler de vermiş olduğu zarardan daha fazla bir tutar için tazminat yükümlülüğüne tabi olacaktır. Fakat Kanun’da üç katına kadar tazminat kurumuna yer verildiği düşünüldüğünde, meydana gelen zarardan daha yüksek bir tutar için tazminata hükmedilmesi, tek başına kanun koyucu tarafından kabul edilen tazmin edici adalet anlayışına aykırılık teşkil etmemektedir. Bu şekilde bir aykırılık, ancak

²³² Bkz. Yargıtay 19. HD, E. 1999/3350, K. 1999/6364, T. 01.11.1999; Yargıtay 19. HD, E. 2006/2809, K. 2006/ 10346, T. 6.11.2006

aynı hukuka aykırı fiyat artışı için doğrudan ve dolaylı alıcıların elde ettiği tazminatın söz konusu artışın üç katını geçmesi halinde söz konusu olacaktır. Bu halde, artık ihlalciden söz konusu tutarı ödemesi toplumsal adalet çerçevesinde beklenemeyeceği kabul edilmelidir.

Dolayısıyla burada yapılması gereken analiz, bu tercih çerçevesinde ihlalcinin Kanun'da öngörülen azami sınırı aşan bir tazminat riskiyle karşılaşma ihtimaline ilişkin olacaktır. Bu konuda Türk hukuku, ABD ve AB hukuklarına göre önemli derecede farklılık göstermektedir. AB hukukunda uğranılan zarar kadar tazminat istenilebileceği için, doğrudan ve dolaylı alıcıların her ikisinin de hukuka aykırı fiyat artışı tutarında tazminata hak kazanması, herhalde tazminatın üst limitini aşacaktır. ABD hukukunda ise mahkemeler, herhalde fiyat artışının üç katı kadar tazminat tutarına hükmetmek zorundadırlar. Bu sebeple, doğrudan ve dolaylı alıcıların aynı artış için dava açması halinde ihlalcisi, zararın altı katı gibi çok yüksek bir tazminat yükümlülüğü ile karşılaşacaktır.

RKHK m.58 f.2'de ise, hâkime fiyat artışının üç katına kadar tazminat hükmetme konusunda bir takdir hakkı tanınmıştır. Bu nedenle, Türk uygulaması açısından, doğrudan alıcılar ve fiyat artışının son olarak yansıdığı dolaylı alıcılar lehine aynı hukuka aykırı fiyat artışı için ayrı ayrı hükmedilen tazminatın toplamı, her zaman kanuni tazminat üst limiti sayılabilecek olan fiyat artışının üç katını geçmeyebilir. Örneğin, her iki alıcı grubunun da fiyat artışı kadar tazminata hak kazanması durumunda, toplam tazminat fiyat artışının iki katı olacak ve tazminat üst limitini aşmayacaktır. Kıta Avrupası hukukunu takip eden Türk haksız fiil hukukunda zarar oranında tazminat genel kural olduğundan, mahkemelerin bu genel kurala istisna teşkil eden üç katına kadar tazminat kuralını uygulamak konusunda pek istekli olmayacağı da söylenebilir. Dolayısıyla, tazminatın zararın üç katını aşması ihtimali, her iki alıcı grubu dava açsa dahi çok yüksek değildir.

Buna ek olarak ihlalcilerin çifte tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için aynı ihlale ilişkin olarak hem doğrudan hem dolaylı alıcıların tazminat davası açması gereklidir. Hâlihazırda tekeli fiyatlandırmaya ilişkin açılmış tazminat davası noksanlığı dikkate alındığında, Türk uygulaması açısından bu olasılığın gerçekleşme ihtimalinin çok daha sınırlı olduğu söylenebilir. Fiyat artışını kendi alıcılarına yansıtan doğrudan alıcının tazminat davası açma motivasyonu çok düşük olacaktır. Fiyat artışının yansıtıldığının ispatının çok güç olduğu durumlarda ise, dolaylı alıcılar tarafından dava açılma ihtimali düşük olacaktır. Yine de çok düşük bir ihtimal olsa bile, ihlalcilerin kanuni üst limitin üstünde tazminat ödemesi söz konusu olabilir. Ancak, bu risk, diğer politika tercihlerinde doğrudan ve dolaylı alıcıların zararlarının tazmin

edilememesi riskinden daha yüksek değildir. Ayrıca hangi politika tercih edilirse edilsin doğrudan alıcılar, dolaylı alıcılar ve ihlalciler arasından en az bir grubun adaletsizliğe uğrama riski söz konusu olacaktır. Bu riskin kötü niyetli hareket eden ihlalciler üzerine bırakılması, hem tazmin etme hem de caydırıcılık amacı açısından en uygun politika olacaktır.

5.3.3.4.3. Tazminat Tutarının Doğrudan ve Dolaylı Alıcılar Arasında Paylaştırılması

ABD uygulamasında, üç katı tazminat kuralı sebebiyle yansımının oranı dikkate alınmaksızın doğrudan ve dolaylı alıcılara ayrı ayrı tazminat hakkı verilmesi, ihlalciler açısından aşırı bir sorumluluk yaratacaktır. Bu sebeple, ABD'de *Illinois Brick* kuralının muhalifleri, *passing-on* savunmasına izin verilmemesini, ancak fiyat artışına ilişkin üç katı tazminatın yansımada oranında doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında paylaştırılmasını savunmuştur. AMK da buna benzer bir çözüm önermiştir.²³³

Böyle bir paylaşırma, ancak rekabet ihlaline ilişkin açılmış olan tüm davaların birleştirilmesi halinde mümkün olacaktır. Hukuk usulü mevzuatında gerekli düzenlemeler yapılması halinde, davaların birleştirilmesi kolaylaştırılabilir. Ne var ki, herhalde bu birleştirme süreci, tazminat davalarını daha da karmaşıklatacaktır ve yargısal masrafları arttıracaktır.

Bu seçenek dâhilinde, fiyat artışının ne oranda yansıtıldığının analizi gerekeceğinden, kanıtsal karmaşıklık da devam edecektir. Bu karmaşıklığın rekabet hukuku konusunda ciddi tecrübe eksikliği olan Türk mahkemeleri tarafından çözülmesi hiç de kolay olmayacaktır. Bu sorun, hâkimlere geniş takdir yetkisi verilerek bir ölçüde çözülebilir. Ancak, hâkimlerin bu takdir yetkisi çerçevesinde hükmedeceği tazminat, her zaman davacıların gerçek zararlarına denk olmayabilir. Bunun yanında, bazı davaların birleştirilememesi sonucu ihlalcinin kanuni üst limitin üzerinde tazminat sorumluluğuna maruz kalması yine söz konusu olabilir. Dolayısıyla, bir önceki politika tercihi göre daha yüksek yargısal maliyet yaratan bu seçeneğin, tazmin etme amacına daha uygun olduğu iddiası da kuvvetli olmayacaktır.

Bu politika tercihinin, caydırıcılık amacı açısından *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de kabul edildiği veya reddedildiği seçeneklere göre daha etkin olduğu söylenebilir. Ancak, tazminatın doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında paylaştırılmadığı seçeneğe göre ise, daha az bir caydırıcılık söz konusudur. Paylaştırılma sonucu herhangi bir tazminata hak kazanamama ihtimali, doğrudan davacıların dava açma motivasyonlarını düşürebilir. Aynı ihtimal, dolaylı alıcılar açısından da söz konusu olabilir.

²³³ Bkz. yukarı s.40 vd.

5.3.4. Öneriler

5.3.4.1. Passing-on Savunması

Yukarıda da belirtildiği gibi, doğrudan alıcılar, fiyat artışını kendi alıcılarına yansıtırsa dahi satış kaybindan dolayı bir zarara uğrayabilir. Buna ek olarak doğrudan alıcılar, bazı durumlarda gabin hükümleri uyarınca da fiyat artışının tazminini talep edebilir. Fiyat artışının yansıtıldığına fiili olarak ispatı da çok zor olacaktır. *Hanover Shoe* kararında Yüksek Mahkeme'nin belirttiği gibi, bütün ekonomik göstergeler fiyat artışının yansıtıldığını gösterse dahi, doğrudan alıcının böyle bir artışın yokluğunda fiyatlarını yükseltmeyeceğini ispat etmek mümkün olmayabilir. Özellikle doğrudan alıcının rekabet ihlali sona erdikten sonra da yüksek fiyat uygulamaya devam etmesi halinde, *passing-on* savunması tüm ekonomik dayanaklarına rağmen kabul edilmeyebilir. Bu nedenle, RKHK'da *passing-on* savunmasına kural olarak izin verilmemelidir.

Ancak, bu genel kurala iki istisna öngörülmelidir. Bunlardan birincisi, ABD Yüksek Mahkemesi'nin de *Hanover Shoe* ve *Illinois Brick* kararlarında öngördüğü üzere, masraf-artı sözleşmeleridir. Alıcının, üretim maliyetinin üzerine sabit bir kar payının eklenmesiyle fiyatı belirlenen bir ürünü belirli bir miktarda almayı taahhüt ettiği sözleşmeler, masraf-artı sözleşme olarak nitelendirilebilir. Taahhüt edilen işin bedelinin bu şekilde belirlendiği istisna sözleşmelerinin de masraf artı sözleşme olarak tanımlanması mümkündür. Bu tür sözleşmelerde hukuka aykırı fiyat artışı, direkt olarak dolaylı alıcının malvarlığında etki göstermektedir.

İkinci istisna ise, doğrudan alıcının fiyat artışı konusunda rekabet ihlalcisi ile işbirliği içerisinde hareket etmesi halidir. Rekabet ihlalinin uygulanmasına yardım ederek kötü niyetli olan doğrudan alıcının korunmaması en doğru politika olacaktır.²³⁴

Bu iki istisna dışında *passing-on* savunması reddedilmelidir. Bununla birlikte, mahkemelerin, RKHK m.58 f.2'de öngörülen zararın üç katına kadar tazminata hükmetme yetkisini kullanırken, fiyat artışının yansıtılmasını dikkate alması gerektiği kabul edilmelidir. Bu çerçevede, fiyat artışının yansıdığına ilişkin kesin olmasa da güçlü kanıtların varlığı halinde hâkim, zararın bir katını aşan bir tazminata hükmetmemelidir. Örneğin, ihlal konusu ürünü hiç değiştirmeden satan ve rekabet ihlalinin takiben fiyatlarında bir artış olan bir dağıtıcı tarafından açılan tazminat davasında, tazminatın miktarı fiyat artışının bir katını aşmamalıdır. Böylece, dolaylı alıcılar tarafından bir dava açılması

²³⁴ Bu istisna AMK Raporu'nda bazı komisyon üyelerince de dile getirilmiştir (AMK Raporu s.270 dn.).

durumunda, ihlalcinin verdiği zararın üç katından fazlası için sorumlu tutulması ihtimali azalacaktır.

5.3.4.2. Dolaylı Alıcı Kuralı

Fiyat artışının yansıtılması sebebiyle zarar gören dolaylı alıcıların tazminat hakkından yoksun bırakılması, tazmin etme amacına tam bir aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple, Kanun'da dolaylı alıcıların tazminat hakkı açıkça tanınarak bu konuda bir belirlilik sağlanmalıdır. Ancak, uzun dağıtım zincirlerinde, değişik seviyelerde faaliyet gösteren birden fazla dolaylı alıcı grubu olabilir. Bu durumda tazminat hakkı, yalnızca fiyat artışına en son maruz kalan alıcı grubuna tanınmalıdır. Dolayısıyla, bir dolaylı alıcı grubunun tazminata hak kazanabilmesi için, fiyat artışının kendisine yansıtılmış, kendisinin ise bu fiyat artışını müşterilerine yansıtmamış olması gereklidir. Çoğu durumda bu grup, tüketiciler olacaktır.

Fakat fiyat artışının yansıtıldığına ispatının zorluğu sebebiyle, dolaylı alıcılar tarafından dava açılmasını kolaylaştırıcı bir takım hükümler öngörülebilir. Öncelikle, ihlal konusu ürünleri değiştirmeden satan ara teşebbüs niteliğindeki alıcılardan satın alan dolaylı alıcıların fiyat artışı yansımaya maruz kaldığı karine olarak kabul edilmelidir. Buna ek olarak AB Komisyonu tarafından Beyaz Kitap'ta öngörüldüğü gibi, fiyat artışının dolaylı alıcılara bütünüyle yansıtıldığına ilişkin bir başka karine tesis edilmedi. Ancak, hâkim, üç katına kadar tazminata ilişkin takdir hakkını kullanırken yansıma konusundaki göstergeleri dikkate almalıdır.

5.3.4.3. Toplu Dava Açma Hakkı

Türk hukukunda, bir rekabet ihlalinden dolayı zarar görenlerin birlikte tazminat davası açabilmelerini sağlayan bir düzenleme mevcut değildir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²³⁵ ("HMK") m.113'te öngörülen topluluk davası kurumu²³⁶, dernekler ve diğer tüzel kişilere, üyelerinin veya temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak üzere tespit davası açma veya müdahalenin önlenmesini isteme imkânı sağlamıştır. Ancak, bu hüküm, söz konusu kuruluşların, üyelerinin veya temsil ettikleri kesimin uğramış oldukları zararın tazmin edilmesine yönelik olarak topluluk davası açmalarını mümkün

²³⁵ Resmi Gazete Sayı: 27836, Tarih: 04.02.2011. Ayrıca bkz. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ("Eski HUMK") m.43

²³⁶ "Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir."

kılmamaktadır. Bunun yanında, bu hüküm, zarar görenlere, temsilci kuruluşlar olmaksızın toplu dava açma hakkı da vermemektedir.

HUMK m.57 ve 58'te düzenlenen ihtiyari dava arkadaşlığı da bu türlü bir işlev görmekten uzaktır. Söz konusu hükümlerde öngörülen dava arkadaşlığı çerçevesinde, her bir davacının davası birbirinden bağımsızdır. Bunun sonucu olarak da yargılama masrafları ve süreleri, taleplerin kabul ve reddi her bir davacı açısından ayrıca söz konusu olacaktır.²³⁷

Bütün davacıların taleplerini birlikte ileri sürmesine ve masrafları ve kanıtları paylaşmasına imkân sağlayacak şekilde toplu dava açma hakkının tanınması, tazminat davalarının etkinliğini arttıracaktır. Özellikle sayıca fazla olan ve bireysel tazminat talepleri düşük olan dolaylı alıcılar açısından, böyle bir imkânın sağlanması oldukça önemlidir. Bu çerçevede, AB Komisyonu tarafından Beyaz Kitap'ta toplu dava konusunda önerilen *opt-in* sistemi, Türk hukuku açısından da kabul edilebilir bir seçenektir. Bu sistem uyarınca, bireysel olarak tanımlanmış potansiyel davacılar, tazminat taleplerini tek bir davada ileri sürebilirler. Tespit edilecek bir yargısal aşamaya kadar diğer potansiyel alıcıların da bu davaya katılmasına izin verilmelidir.

Beyaz Kitap'ta öngörüldüğü gibi, tüketici dernekleri gibi temsilci kuruluşlara veya devlet organlarına da rekabet ihlalinin mağdurları adına dava açma yetkisi tanınabilir. Ancak, bu yetkinin bireysel olarak tespit edilmeyen potansiyel davacıları da kapsamı çeşitli sakıncalar doğurabilir. Öncelikle, bireysel olarak tanımlanmamış bir alıcı grubu adına tazminat elde edilmesi halinde, bu tazminatın nasıl paylaşılacağı problemi ortaya çıkacaktır. Buna ek olarak bazı potansiyel davacılar, tazminat haklarını kullanmak istememeleri sebebiyle kendi adlarına dava açılmasını istemeyebilir. Bu nedenle, söz konusu hallerde tazminatın temsilci kuruluş veya devlet organlarına bırakılması, bu tür davaların tazmin etme amacıyla uyışmayacaktır. Burada önerilecek çözüm, toplu dava açma yetkisi olan kuruluşların, hedeflerindeki potansiyel davacı grubuna, açılacak olan toplu davaya katılmak istemeleri halinde öngörülecek bir süre içerisinde kendilerine başvuru yapılmasını ilan yoluyla duyurması olabilir. Söz konusu kuruluşlar, bu süre içerisinde kendilerine başvuran potansiyel davacılar adına toplu dava açacaktır. *Opt-in* sisteminde olduğu gibi, öngörülen süre içerisinde başvuruda bulunmayan diğer potansiyel davacıların yargılama sürecinde davaya katılmasına izin verilebilir. Ancak, bu davacıların yargılama masraflarını kendileri ödemesi zorunlu kılınabilir.

²³⁷ İhtiyari dava arkadaşlığı konusunda daha fazla bilgi için bkz. KURU, B., R. ARSLAN ve E. YILMAZ (2008), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Değiştirilmiş 18. Baskı, Yetkin, Ankara, s. 513-517

Toplu davaya ilişkin bu önerilerin, RKHK veya HMK'dan ziyade, ABD'de olduğu gibi bu konuda özel olarak çıkartılacak bir kanunda düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Böyle bir kanun, sadece rekabet ihlallerine ilişkin tazminat talepleri konusunda değil, geniş bir kesimin zarara uğradığı benzeri diğer haksız fiil durumları açısından da dava açılmasını kolaylaştırıcı bir etki gösterebilir. Dolayısıyla, toplu dava konusunda, sadece rekabet ihlalleri özelinde değil, daha bütüncül bir yaklaşım gösterilerek Türk hukuk sisteminin geneli açısından bir politika geliştirilmesi daha faydalı olacaktır.

5.3.4.4. Aynı İhlale İlişkin Açılan Davaların Birleştirilmesi

Bir rekabet ihlaline ilişkin olarak açılacak tüm davaların tek bir mahkemede birleştirilmesi, yargısal ve idari masrafları azaltacak ve birbirleriyle çelişkili kararların ortaya çıkmasını engelleyecektir. Ayrıca, doğrudan ve dolaylı alıcılar tarafından açılan davaların birleştirilmesi, ihlalcilerin zararın üç katını aşan bir tazminat sorumluluğu ile karşılaşma ihtimalini de düşürecektir. Bu bağlamda, söz konusu faydaların sağlanması için önerilecek ilk çözüm, bir rekabet ihlaline ilişkin hâlihazırda bir tazminat davası sürdürülmekte ise, diğer mahkemelerin aynı ihlale ilişkin olarak kendi önlerine gelen tazminat taleplerini söz konusu ilk davaya bakan mahkemeye yönlendirmesinin sağlanması olabilir.

Mahkemelere belli şartlarla davaları birleştirme yetkisi veren HMK m.166 (Eski HUMK m.45), bu kapsamda bir ölçüye kadar işlev görebilir. Bu maddeye göre, aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalar arasında bağlantı²³⁸ varsa, ikinci davanın açıldığı mahkemeden söz konusu davaların birleştirilmesi talep edilebilir. Eğer söz konusu mahkemeler aynı yargı çevresinde ise, ikinci mahkeme kendiliğinden de böyle bir karar verebilir.²³⁹ Her iki durumda da ilk davanın açıldığı mahkeme, ikinci mahkemenin söz konusu birleştirme kararı ile bağlı olacaktır.

Aralarında bağlantı bulunması sebebiyle rekabet ihlallerine ilişkin davalar açısından da mahkemeler tarafından birleştirme kararı verilebilir. Ancak, söz konusu davalar açısından davaların birleştirilmesinin önemi dikkate alındığında, bu konuda mahkemelerin takdir yetkisi kaldırarak davaların birleştirilmesinin zorunlu kılınması tartışılabilir. Benze şekilde, HMK m.166'da

²³⁸ HMK m. 166 f.4'e göre; "*Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır.*" Eski HUMK'un aksine, bu fıkra, davaların sadece aynı sebepten değil benzer sebeplerden doğması da birleştirme sebebi olarak kabul edilmiştir.

²³⁹ Eski HUMK'ta, aynı yargı çevrelerinde bulunan mahkemelerde açılan davaların birleştirilmesi talebi, ilk itiraz olarak öngörülmüştü. HMK m.166, maddenin gerekçesinde de belirtildi gibi, davalarının uzamasının ve çelişik kararların önlenmesi için söz konusu talebi ilk itiraz olmaktan çıkarmıştır.

sadece aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerde açılan davaların birleştirilmesinin mümkün kılınması, tazminat tutarındaki farklılık sebebiyle aynı rekabet ihlaline ilişkin sulh ve asliye mahkemelerinde dava açılması halinde davaların birleştirilmesini engelleyecektir. Bu konuda da rekabet ihlallerine ilişkin davaların birleştirilmesi açısından bir istisna öngörülebilir.

5.3.4.5. Özel Hukuk Sorumluluk Hükümlerinin Yarışmasının Önlenmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, doğrudan alıcılar, şartlarının gerçekleşmesi halinde teknelci fiyatlandırmaya karşı Yeni BK'nın gabin hükmü çerçevesinde bir talep hakkına sahip olabilir. Bu gibi durumlarda, haksız fiil sorumluluğu hükümleri ile gabin hükümleri yarışacaktır. Farklı doğrudan alıcıların farklı sorumluluk hükümlerine dayanması halinde toplu dava mekanizmalarının kullanılması ve davaların birleştirilmesi zorlaşabilir ve hâlihazırda yeterince karmaşık olan rekabet hukukunun özel hukuk uygulaması daha da karmaşıklaşabilir. Bu karmaşıklık, fiyat artışının yansıtılmasının dikkate alınmasını öngören politika tercihlerinde daha da artacaktır. Fiyat artışının yansıtılması sebebiyle RKHK m.57'ye göre tazminat hakkına sahip olmayan doğrudan alıcı, gabin hükümlerine dayanabilecektir. Bu halde, söz konusu politikanın önlemek istediği ihlalcinin çifte tazminat sorumluluğu riski yine de doğabilir.

Bu nedenledir ki, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı konusunda hangi politika tercih edilirse edilsin, RKHK m.57'ye yapılacak bir eklemeye, rekabet ihlallerine ilişkin olarak yalnızca söz konusu hükümde öngörülen haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde bir talepte bulunabileceğinin belirtilmesi lazımdır. Bu şekilde, rekabet ihlallerine karşı bir talep imkânı sunan diğer özel hukuk sorumluluk hükümlerine başvurulması engellenmiş olacaktır.

SONUÇ

Teknelci fiyatlandırma durumlarında hukuka aykırı fiyat artışının dağıtım zinciri boyunca yayılması, bu rekabet ihlallerine karşı kimlerin tazminat davası açabileceğinin belirlenmesi sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda ilk akla gelen, tazminat davası açma hakkının, fiyat artışına ilk olarak maruz kalan doğrudan alıcılara tanınmasıdır. Ancak, bu alıcı grubu, maruz kaldığı fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtmış olması sebebiyle gerçekte bir zarara uğramamış olabilir. Davalılar, bu fiyat artışının yansıtılması gerekçesine binaen, doğrudan alıcıların tazminat talebine karşı *passing-on* savunması ileri sürebilir. Bu sebeple, fiyat artışının doğrudan alıcılar tarafından kendilerine yansıtılması sebebiyle ihlalin gerçek mağduru olan dolaylı alıcılara da tazminat hakkı tanınması söz konusu olabilir.

Doktrinde tazminat davalarının geleneksel olarak tazmin etme ve caydırma amaçlarının olduğu kabul edilmektedir. Bu amaçlardan hangisine öncelik verileceği, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı konusunda belirlenecek politikada etkili olacaktır. Buna ek olarak söz konusu amaçların sağlanmasının yaratacağı yargısal ve idari masraflar da söz konusu politika tercihi dikkate alınmalıdır.

Türk uygulaması açısından örnek teşkil edebilecek olan ABD ve AB uygulamalarında, tazmin etme ve caydırma amaçlarının her birinin elde edilmesine verilen değerde farklılık olması, her iki hukuk sisteminde değişik politika tercihlerine neden olmuştur. ABD’de, Yüksek Mahkeme, *Hanover Shoe* ve *Illinois Birck* kararlarında tazminat davalarının caydırıcılığını artırması ve daha az yargısal maliyet yaratması sebebiyle, yalnızca doğrudan alıcıların tazminat davası açma hakkının olduğuna karar vermiştir. ABD doktrininin de bir grup yazar, Mahkeme’nin söz konusu içtihadını desteklemiştir. Diğer bir grup ise, tazmin etme amacına aykırı olması ve yeterince caydırıcılık sağlamayacağı için bu içtihadı ciddi şekilde eleştirmiştir. Bunun yanında, birçok eyalet, yasal düzenlemeler veya yargısal kararlar ile dolaylı davacılar da dava hakkı tanımıştır. Dolaylı alıcı kuralına izin veren söz konusu eyalet hukukları da bu kuralın uygulanışı konusunda farklılık göstermiştir. Yüksek Mahkeme, *ARC America* kararında, dolaylı alıcı kuralına izin veren eyalet düzenlemelerinin federal hukuka uygun olması gerektiği iddiasını reddetmiştir. Federal düzeyde ve eyalet düzeyinde birbirinden farklı uygulamaların bir arada uygulaması ABD’nin tazminat davalarına ilişkin sistemini karmaşık hale getirmiştir. En son AMK, *passing-on* savunmasını ve dolaylı alıcı kuralı konusunda ilgili kesimlerin görüşlerini de dikkate alarak çeşitli çözümler sunmuştur. Ancak, Kongre, henüz bu öneriler üzerine bir yasal değişiklik öngörmemiştir.

AB’de ise, *ABAD Courage* ve *Manfredi* kararlarında, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de uygulanabileceğine yönelik bir tutum sergilemekle birlikte bu konudaki asıl yetkiyi ulusal hukuklara bırakmıştır. Komisyon, yaptırdığı çalışmalar sonucunda AB üyesi devletler genelinde rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasının halen gelişmekte olduğu sonucuna varmıştır. Yine de *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının her ikisinin de teorik olarak üye devletlerin çoğunda uygulama bulabileceği tespiti yapılmıştır. Komisyon, bu konuda AB genelinde gerekli gelişmeyi ve uyumlaştırmayı sağlamak üzere önce Yeşil Kitap’ı ardından da Beyaz Kitap’ı yayımlamıştır. Beyaz Kitap’ta Komisyon, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına izin verilmesi gerektiği yönünde bir öneride bulunmuştur. Söz konusu öneri, *Courage* ve *Manfredi* kararlarında da öne çıkartıldığı üzere tazmin etme amacının sağlanmasına daha iyi hizmet edeceği düşüncesine dayanmıştır. Komisyon, Beyaz Kitap’ta, söz konusu kuralların

uygulanmasını kolaylaştırmak için ispat külfetine ilişkin bazı karineler öngörmüştür. Bunun yanında, özellikle dolaylı alıcılar tarafından dava açılmasını kolaylaştırmak için toplu dava konusunda çeşitli mekanizmalar da önerilmiştir.

Türk hukukunda rekabet ihlallerine karşı tazminat hakkını düzenleyen RKHK m.57'de, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin bir açıklık söz konusu değildir. Söz konusu sorumluluk, özel bir haksız fiil sorumluluğu çeşididir. Bu çerçevede, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin ilkeler çerçevesinde zarar ve illiyet bağı ispat edildiği sürece, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının teorik olarak uygulanabileceği kabul edilebilir. Türk hukuku açısından dikkate alınması gereken bir diğer husus ise, ihlalcı ile arasında bir sözleşme bulunan doğrudan alıcının Yeni BK'nın gabin hükümleri çerçevesinde hukuka aykırı fiyat artışının iadesini talep etme olasılığıdır. Burada sözleşmesel sorumluluk söz konusu olduğu için, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralının uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Türk hukukunun söz konusu mevcut düzenlemeleri, rekabet ihlallerine karşı kimlerin tazminat talep edeceği konusunda yeteri kadar belirlilik sağlamamaktadır. Teorik olarak mümkün gözüken politikanın ise, ulaşılması istenen amaçlara uygunluk taşıyıp taşımadığının incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, öncelikle Türk rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğunun amacı belirlenmelidir. Borçlar hukuku bağlamında haksız fiil hukukunun esas amacının tazmin etme olduğu Türk doktrininde hâkim görüş durumundadır. Bu görüş, bazı yazarlar tarafından ciddi şekilde eleştirilse de haksız fiil hukukuna toplum tarafından atfedilen işlev ile uyumludur. RKHK m.58 f.2'de öngörülen zararın üç katına kadar tazminat hükmü, rekabet hukuku kapsamında haksız fiil sorumluluğunun caydırıcılık amacını kuvvetlendirdiği doğrudur. Ancak, bu, bir çatışma durumunda caydırıcılık amacının tazmin etme amacına üstün tutulacağı anlamına gelmemektedir.

Bu çerçevede, Türk rekabet hukuku açısından önerilecek en iyi çözüm, kural olarak *passing-on* savunması reddedilirken zarar ile rekabet ihlali arasında gerekli illiyet bağı ispat eden dolaylı alıcılara tazminat hakkının tanınması olacaktır. Sosyal maliyeti azaltmak ve ihlalcinin üç katını aşan bir tazminat sorumluluğu ile karşılaşmasını önlemek için çeşitli karineler öngörülmelidir. Aynı amaca yönelik olarak toplu dava açılması ve davaların birleştirilmesine ilişkin çeşitli mekanizmalar sağlanmalıdır. Son olarak doğrudan alıcının gabin hükümlerine dayanması sonucu yargısal karmaşıklığın daha da artmasını önlemek ve bu konuda gerekli açıklığı sağlamak üzere, tekelci fiyatlandırmaya karşı sadece RKHK m.57'deki haksız fiil sorumluluğu uyarınca bir talepte bulunulabileceğinin kabulü yerinde olacaktır.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, yargısal birliğe sahip olan Türkiye açısından, *passing-on* savunması ve dolaylı alıcı kuralı hakkında oluşturulacak politikanın uygulanması, böyle bir yargısal birliğe sahip olmayan ABD ve AB'ye göre daha kolay olabilecektir. Dolayısıyla hangi politika tercihi edilirse edilsin, rekabet hukuku konusunda bir toplumsal bilincin oluşturulması, tazminat davalarının sayısının arttırılması ve söz konusu politikanın etkin bir şekilde uygulanması açısından daha büyük önem taşıyacaktır.

KAYNAKÇA

ABA (1983), "Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law Task Force to Review Proposed Legislation to Repeal or Modify Illinois Brick", *Antitrust Law Journal*, No:52, s.841-882.

ABA (1991), "Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law Task Force to Review the Supreme Court' Decision in California v. ARC America Corp.", *Antitrust Law Journal*, No:59, s.273-316.

ABA (1995), "Report of the Indirect Purchaser Task Force", *Antitrust Law Journal*, No:63, s.993-1004.

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), "Reports and Recommendations".

ARKAN, S. (2003), *Ticaret İşletme Hukuku*, Yedinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

BAKER, D.I. (2004), "Revisiting History- What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend to Others", *Loyola Consumer Law Review*, No:16, s.379-408.

BENSTON, G.J. (1986), "Indirect Purchasers' Standing to Claim Damages in Price Fixing Antitrust Actions: A Benefit/Cost Analysis of Proposals to Change the Illinois Brick Rule", *Antitrust Law Journal*, No: 55, s.213-252.

BEYAZ KİTAP, European Commission (2008), White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Com(2008)165 final, Brussels.

BEYAZ KİTAP ÇALIŞMA RAPORU, European Commission (2008), Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels.

BOGE, U. ve K. OST (2006), "Up and Running, or is it? Private Enforcement-The Situation in Germany and Policy Perspectives", *European Competition Law Review*, No: 27(4), s.197-205.

BREIT, W. ve K.G. ELZINGA (1985), "Private Antitrust Enforcement: The New Learning", *the Journal of Law & Economics*, No:28, s.405-443.

CAVANAGH, E.D. (2005), "Illinois Brick: A Look Back and A Look Ahead", *Loyola Consumer Law Review*, No:17, s.1-52.

CENGİZ, F. (2007), "Passing-on Defense and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: What can the EC Learn from the US", ESRC Centre for Competition Policy, UEA, CCP Working Paper 07-21,

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1462234,

Erişim Tarihi: 01.03.2011.

COOPER, E.S. ve J.T. PRUD'HOMME (2006), "One More Challenge for the AMC: Repairing the Legacy of Illinois Brick", *University of San Francisco Law Review*, No:40, s.675-702.

COOPER, J.D. ve D.L. FOSTER (1977), "Report of the American Bar Association Antitrust Law Section Task Force on Legislative Alternatives Concerning Illinois Brick, Co., v. Illinois", *Antitrust Law Journal*, No:46, s.1137-1180.

CUNEO, J.W. (2005), "Prepared Statement Before Antitrust Modernization Commission",

http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Cuneo_rev2.pdf,

Erişim Tarihi: 01.03.2011.

DAVIS, J.P. ve R.H. LANDE (2008), "Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases", *University of San Francisco Law Review*, No:42, s.879-918.

DAVIS, R.W. (1997), "Indirect Purchaser Litigation: ARC America's Chickens Come Home to Roost on the Illinois Brick Wall", *Antitrust Law Journal*, No:65, s.375-406.

DE SMIJTER, E. ve D. O'SULLIVAN (2006), "The Manfredi Judgement of the ECJ and How It Relates to the Commission's Initiative on EC Antitrust Damage Actions", *EC Competition Policy Newsletter*, No:2006/3, s.23-26.

EREN, F. (2009), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On Birinci Baskı, Beta, İstanbul.

EUROPEAN COMMISSION (2007), Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios- Final Report, Brussels.

EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (2006), Opinion on the Green Paper - Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rule, (2006/C 324/01), Brussels.

EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (2009), "Opinion on the White paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules", Brussels.

EUROPEAN PARLIAMENT (2007), Resolution of 25 April 2007 on the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, (2006/2207(INI)), Strasbourg.

EUROPEAN PARLIAMENT (2009), Resolution of 26 March 2009 on the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, (2008/2154(INI)), Strasbourg.

EVEN-SHOSHAN, G., D. SLATER ve D. WAELBROECK (2004), “Study on the Conditions of Claims for Damages in the Case of Infringement of EC Competition Rules- Comparative Report”, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

FOER, A.A. (2003), “Putting the Antitrust Modernization Commission into Perspective”, *Buffalo Law Review*, No:51, s.1029-1052.

FOLSOM, R. (2005), “Indirect Purchasers: State Antitrust Remedies and Roadblocks”, *Antitrust Bulletin*, No:50, s.181-196.

GAVIL, A.I. (2001), “Federal Judicial Power and the Challenges of Multijurisdictional Direct and Indirect Purchaser Antitrust Litigation”, *the George Washington Law Review*, No:69, s.860-901.

GAVIL, A.I. (2005a), “Antitrust Remedy Wars Episode I: Illinois Brick From Inside the Supreme Court”, *St. John’s Law Review*, No:79, s.553-624.

GAVIL, A.I. (2005b), “State Indirect Purchaser Actions: Proposals for Reforms- Prepared Remarks Before Antitrust Modernization Commission Panel II”, http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Gavil_Statement_corrected_6.27.05_version_with_app.pdf, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

GIALI, D.J. ve J.T. TOMLIN (2003), “Federalism and the Indirect Purchaser Mess”, *George Mason Law Review*, No:11, s.157-178.

GISSER, M.V. (1982), “Indirect Purchaser Suits under State Antitrust Laws: A Detour Around the Illinois Brick Wall”, *Stanford Law Review*, No:34, s.203-220.

GUSTAFSON, D.E. (2005), “Prepared Statement Before Antitrust Modernization Commission”, http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Gustafson.pdf, Erişim Tarihi: 01.02.2011.

HARRIS, R.G. ve L.A. SULLIVAN (1980), "Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, No:128, s.269-360.

HELLWIG, M. (2007), "Private Damages Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases- An Economist's Perspective", J. Basedow (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, the Netherlands içinde, s.121-162.

HERZOG, D.K. (1980), "Recent Developments-A Door in the Illinois Brick Wall- A Functional Equivalent to the Cost-Plus Contract Exception", *Vanderbilt Law Review*, No:33, s.481-498.

HOSEINIAN, F. (2005), "Passing-on Damages and Community Antitrust Policy- An Economic Background", *World Competition*, No:28(1), s.3-23.

HOVENKAMP, H. (1990), "The Indirect-Purchaser Rule and Cost-plus Sales", *Harvard Law Review*, No:103, s.1717-1731.

HOVENKAMP, H. (2005), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Thomson West, Minnesota, US.

İNAN, N. (1999), "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara.

JACOBS, F.G. ve T. DEISENHOFER (2003), "Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective", C.D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* içinde, s.187-227.

JOYCE, J.M. ve R.H. MCGUCKIN (1986), "Assignment of Rights to Sue Under Illinois Brick: An Empirical Assessment", *Antitrust Bulletin*, No:31, s.235-260.

KILIÇOĞLU, A.M. (2007), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Sekizinci Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara.

KLINGSBERG, D. (1988), "Balancing the Benefits and Detriments of Private Antitrust Enforcement: Detrebling, Antitrust Injury, Standing, and Other Proposed Solutions", *Cardozo Law Review*, No:9, s.1214-1244.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt*, Dördüncü Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul.

KOMNINOS, A.P. (2008), *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Portland Oregon, US.

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

KURU, B., R. ARSLAN ve E. YILMAZ (2008), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Değiştirilmiş 18. Baskı, Yetkin, Ankara.

LANDES, W.M. ve R.A. POSNER (1979), “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick”, *the University of Chicago Law Review*, No: 46, s.602-635.

LANDES, W.M. ve R.A. POSNER (1980), “The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan”, *University of Pennsylvania Law Review*, No: 128, s.1274-1279.

MEHRA, S.K. (2002), “Deterrence: The Private Remedy and International Antitrust Cases”, *Columbia Journal of Transnational Law*, No: 40, s.275-322.

MONTAGUE, H.L. (2005), “State Indirect Purchaser Actions in the U.S. Antitrust Enforcement System: Written Testimony before the Antitrust Modernization Commission”,
http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Montague.pdf,
Erişim Tarihi: 01.03.2011.

MURRAY, C.R. ve B.D. RICHMAN (2007), “Rebuilding Illinois Brick: A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule”, Duke Law School Research Paper No.155,
http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2331&context=faculty_scholarship, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

NOMER, H.N. (1996), *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta, İstanbul.

OĞUZMAN, M.K. ve M.T. ÖZ (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Dördüncü Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul.

ÖZKAYA, E. (2000), *Gabin Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara.

POLLOCK, E.E. (1966), “Standing to Sue, Remoteness of Injury, and the Passing-on Doctrine”, *Antitrust Law Journal*, No: 32, s.5-40.

POSNER, R.A. (2001), “Antitrust in the Economy”, *Antitrust Law Journal*, No: 68, s.925-944.

RUBENSTEIN, W.B. (2005), “Understanding the Class Action Fairness Act of 2005”, <http://www.classactionprofessor.com/cafa-analysis.pdf>, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

RÜGGERBERG, J., M.P. SCHINKEL ve J. TUINSTRA (2005), “Illinois Walls: How Barring Indirect Purchaser Suits Facilitates Collusion”, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2005-02, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=730384, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

SANLI, K.C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I*, Kayseri, s.197-262.

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

SCHAEFER, E.J. (1975), “Passing-on Theory in Antitrust Treble Damage Actions: An Economic and Legal Analysis”, *William. and Mary Law Review*, No:16, s.883-936.

SCHWARTZ, M. ve G.J. WERDEN (1984), “Illinois Brick and the Deterrence of Antitrust Violations- An Economic Analysis”, *Hastings Law Journal*, No: 35, s.629-668.

SAYHAN, İ. (2005), “Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Cilt.5, Sayı.3, s.29-61.

SNYDER, E.A. (1985), “Efficient Assignment of Rights to Sue for Antitrust Damages”, *Journal of Law & Economics*, No: 28, s.469-482.

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

TULCHIN, D.B. (2005), “State Indirect Purchaser Actions in the U.S. Antitrust Enforcement: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission”, http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Tulchin.pdf, Erişim Tarihi: 01.03.2011.

WILS, W.P.J. (2003), “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, *World Competition*, No: 26(3), s.473-488.

YEŞİL KİTAP, EUROPEAN COMMISSION (2005), ‘Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules’ COM (2005) 672 final, Brussels.

YEŞİL KİTAP ÇALIŞMA RAPORU, EUROPEAN COMMISSION (2005), Commission Staff Working Paper Accompanying the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels.

ZWISLER, M.M. (2005), “State Indirect Purchaser Litigation and U.S. Antitrust Enforcement: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission”, http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Zwisler.pdf,

Erişim Tarihi: 01.03.2011.