



REKABET KURUMU

Lisansüstü Tez Serisi No: XIII

**REKABET HUKUKUNDA HAKİM DURUMUN
KÖTÜYE KULLANILMASI ÇERÇEVESİNDE
SİNİ MÜLKİYET HAKLARI**

Sülün GÜÇER

**REKABET HUKUKUNDA HAKİM DURUMUN
KÖTÜYE KULLANILMASI ÇERÇEVESİNDE
SINAİ MÜLKİYET HAKLARI**

Sülün GÜÇER

ANKARA 2005

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

ÖNSÖZ	v
SUNUŞ	vii
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRK HUKUKUNDA SINAI MÜLKİYET HAKLARI

I. GENEL OLARAK	5
1. Terminoloji	5
2. Sınai Hakların İşlevleri	6
II. MARKA	8
1. Avrupa Topluluğunda	9
A. Roma Antlaşmasının İlgili Maddeleri	10
B. 40/94 Sayılı Topluluk Markası Tüzüğü	11
C. 89/104 Sayılı Direktif	14
2. 556 Sayılı KHK Çerçevesinde Türk Hukukunda Marka Hakkı	15
A. Genel Olarak	15
B. Marka Tanımı	15
C. Marka Hakkı	17
D. Markanın Korunması	18
E. Markanın Hükümsüzlüğü ve Sona Ermesi	20
III. PATENT	21
1. Avrupa Topluluğunda	21
A. Roma Antlaşmasının İlgili Maddeleri	23
B. Avrupa Patent Sözleşmesi (EPC)	23
C. Patent İşbirliği Anlaşması (PCT)	25
2. 551 Sayılı KHK Çerçevesinde Türk Hukukunda Patent Hakkı	26
A. Buluş Kavramı	26
B. Patent Verilebilirlik Şartları	27
C. Patent Verilmesi	28
D. Patent Hakkından Doğan Haklar	28
E. Patent Hükümsüzlüğü ve Patent Hakkının Sona Ermesi	29

İkinci Bölüm

AVRUPA TOPLULUĞUNDA MARKA VE PATENT HAKLARININ KULLANILMASININ HAKİM DURUM AÇISINDAN İNCELENMESİ

I. AVRUPA TOPLULUĞU REKABET HUKUKUNDA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI	31
--	----

1. Hakim Durum Tanımı	33
2. İlgili Pazar	34
A. İlgili Ürün Pazarı.....	34
B. İlgili Coğrafi Pazarı.....	36
3. Hakim Durumun Tespiti	37
4. Birlikte Hakimlik.....	40
II. KÖTÜYE KULLANMA	41
1. Genel Olarak.....	41
2. Doğrudan Rekabeti Bozucu Kötüye Kullanma Halleri	42
A. Satış Yapmayı Reddetme	42
B. Yıkıcı (<i>predatory</i>) Fiyat Uygulaması.....	43
C. Sadakat İndirimleri ve Benzeri Uygulamalar	43
D. Fiyat Ayrımcılığı.....	44
E. Rekabete Aykırı Şartların Öngörülmesi	44
F. Birleşme ve Devralmalar	45
3. Doğrudan Rekabeti Bozucu Olmayan Kötüye Kullanma Halleri	46
A. Haksız Fiyat Uygulaması	46
B. Ayrımcılık.....	47
C. Pasif Tutum Nedeniyle Hakkın Kötüye Kullanılması.....	48
D. Sınai Hakların Kötüye Kullanılması	48
III. SINAI MÜLKİYET HAKLARI ARACILIĞI İLE	
HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI.....	49
1. Avrupa Topluluğunda Sınai Hakların Genel İlkeleri ve ATAD'ın	
Geliştirmiş Olduğu Doktrinler	49
A. Avrupa Topluluğunda Sınai Hakların Genel İlkeleri	49
a. Ortak Hukuk Yaratılması	49
b. Rekabetin Sınırlanması	50
c. Serbest Dolaşım.....	51
B. ATAD'ın Geliştirmiş Olduğu Doktrinler	53
a. Hakların Varlığı ve Kullanılması Doktrini	53
b. Hakkın Spesifik Konusu Doktrini	55
c. Hakkın Tüketilmesi Doktrini.....	60
i. Hakkın Tüketilmesinin Unsurları	60
ii. Hakkın Tüketilmesinin Coğrafi Sınırları.....	62
aa. <i>Paralel İthalat</i>	63
bb. <i>Geri İthalat</i>	64
cc. <i>Gri Piyasa</i>	65
2. Sınai Haklar Aracılığıyla Hakim Durumun	
Kötüye Kullanılması Halleri	65
A. Paralel ithalatın Engellenmesi.....	70
a. Marka Hakkı Açısından Paralel İthalatın Engellenmesi.....	72
b. Patent Hakkı Açısından Paralel İthalatın Engellenmesi	77
B. Lisans Anlaşmalarında Yer Alan Rekabete Aykırı Koşullar	83
C. Lisans Vermeyi Reddetme veya Satış Yapmayı Reddetme	85

D. Sınai Haklar İle Korunan Bir Ürüne Aşırı Fiyat Uygulamak	veya
Fahiş Lisans Bedeli Talep Etmek.....	90
E. Ayrımcılık.....	92
F. Fikri Sınai Hak Koruması Olmayan Bir Ürünün Satışının	
Fikri Sınai Hak Koruması Olan Bir Ürünün Satışına Bağlanması	95
G. Birleşme ve Devralmalar Yoluyla Sınai Hakların Ele Geçirilmesi	95
H. İhlal Davası Açma Tehdidi ve Hakkın Kötüye Kullanımı	
Niteliğinde Tescil.....	96

Üçüncü Bölüm

TÜRK HUKUKUNDA SINAI MÜLKİYET HAKLARI KULLANILARAK HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

I. RKKH’NİN 6. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI.....	99
1. Genel Olarak	99
2. Piyasaya Girişlerin Engellenmesi veya Rakiplerin Piyasadaki Faaliyetlerinin Zorlaştırılması (m. 6/II-a)	106
3. Ayrımcılık Yapılması (m. 6/II-b).....	107
4. Tekrar Satışa veya Alışa İlişkin Şartlar Öne Sürmek (m. 6/II-c)	109
5. Belirli Bir Piyasadaki Hakimiyetin Bir Başka Piyasada Kötüye Kullanılması (m. 6/II-d)	110
6. Tüketicinin Zararına Olarak Üretimin, Pazarlamanın veya Teknik Gelişmenin Engellenmesi (m. 6/II-e).....	111
II. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ARACILIĞI İLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI.....	113
1. Paralel İthalatın Engellenmesi	114
2. Lisans Anlaşmalarında Yer Alan Rekabete Aykırı Koşullar	119
3. Lisans Vermeyi Reddetme	120
4. Sınai Mülkiyet Hakları İle Korunan Bir Ürüne Aşırı Fiyat Uygulamak veya Fahiş Lisans Bedeli Talep Etmek	121
5. Ayrımcılık.....	122
6. Fikri Sınai Hak Koruması Olmayan Bir Ürünün Satışının Fikri Sınai Koruması Olan Bir Ürünün Satışına Bağlanması.....	123
7. Bir Pazardaki Hakimiyetin Başka Bir Pazarda Kötüye Kullanılması	124
8. İhlal Davası Açma Tehdidi ve Hakkın Kötüye Kullanımı Niteliğinde Tescil.....	124
SONUÇ	127
KAYNAKÇA.....	131

ÖNSÖZ

Sülün Arıkel Güçer'in bu kitabı A.Ü. Hukuk Fakültesi Avrupa Toplulukları (Hukuk) Ana Bilim Dalında 1999-2002 yılları arasında yaptığı yüksek lisans çalışmasının sonucudur.

Geçtiğimiz yirmi yılda dünyada ve son on yıl içinde de ülkemizde rekabet hukuku alanında önemli gelişmeler olmuştur. Günümüz rekabet hukuku rejimleri arasında en köklü rekabet hukukuna sahip ABD'nde, yeni dünya ekonomisinde rekabet hukukunun yeri, rekabet hukukunun tahkime elverişliliği, ilaç endüstrisinde rekabet kurallarının uygulanması, rekabet kurallarının sınır ötesi uygulaması gibi konular tartışılmaktadır. Öte yandan hem 15 yeni üyenin Birliğe katılımı nedeniyle hem de rekabet kurallarının, serbest dolaşım ilkeleri ve entegrasyon bakımından olmazsa olmaz hukuki araçlar olması nedeniyle daha etkin uygulanması amacıyla AB hukukunda da bir dizi önemli değişiklik olmuştur.

AB hukukunda rekabet hukuku bir yandan entegrasyon amacıyla malların serbest dolaşımı hedefine hizmet etmekte ancak diğer yandan AB içinde mülkiyet haklarının korunması ilkesi ve bu çerçevede sınai mülkiyet haklarının hak sahibine verdiği "tekel olma hakkı"nın kullanılması ile de atışabilmektedir. AB'nde Consten and Grundig V Commission davasından bu yana izlenen gelişmeler, aslında sanayi ve teknoloji alanında yenilik ve gelişmeleri teşvik etme ve kaynakların etkin kullanımını ortak amacına hizmet eden bu kuralların zaman zaman çatışan menfaatleri ortaya çıkarabileceğini de göstermektedir. Bu coğrafyalarda izlenen değişiklik ve gelişmeler, öncelikle küreselleşmenin etkisiyle ve özellikle de gelişmekte olan bir alan olarak Türk rekabet hukukunun gelişimini etkilemekte ve bu nedenle bizleri de yakından ilgilendirmektedir. Elinizdeki bu kitap rekabet hukuku teori ve uygulamasında geçtiğimiz 15-20 yıla damgasını vuran son derece önemli bir tartışmayı ele almaktadır: Rekabet hukuku-Sınai mülkiyet hakları ilişkisi. Hem AB rekabet hukukunda ve hem de Türk hukukundaki gelişmelere paralel olarak güncel ve tartışmalı olan bu alanı başarılı bir biçimde çalışmasına aktaran Sülün Arıkel Güçer'i, son dereceli isabetli konu seçiminden dolayı ayrıca kutlamak gerektiği düşüncesindeyim. Çalışmasında sınai mülkiyet haklarından marka ve patent haklarının varlığı, konusu ve tüketilmesi, paralel ithalat, gri piyasa, geri ithalat, gibi hakkın varlığı ve niteliği dolayısıyla ortaya çıkan hakim durum ve bu hakların kullanılması dolayısıyla ortaya çıkan rekabet sınırlamaları AB rekabet hukukundan örneklerle açıklanmış, Türk hukuku bakımından ortaya çıkabilecek sorunlar da bunlar ışığında değerlendirilmiştir. Konunun hala güncel ve tartışmalı olması nedeniyle tez çalışmasının yapıldığı tarihte ve daha sonra bu

konuda Türk hukukunda çok sayıda değerli çalışma yapılmış, tartışmalar birbirini beslemiştir. Bu itibarla bu çalışma başka çalışmalara da oldukça uygun bir zemin hazırlamaktadır. Bu nitelikte çalışmaları yayınlamak suretiyle ilgililerce takip edilebilmesine olanak tanıyan Rekabet Kurumunu da bu faaliyeti nedeniyle kutlamak gerektiği düşüncesindeyim. Yıllar önce benzer bir çalışması için tez danışmanından kitabına böyle bir önsöz yazmasını istemiş bir tez öğrencisi olarak, şimdi de benim tez danışmanı olduğum sevgili öğrencim Sülün Arıkel Güçer'in bu başarılı çalışmasına bir önsöz yazıyor olmanın bana tanımlaması keyifli bir haz yaşattığını da burada okuyucularla paylaşmak isterim. Bilimsel çalışmanın değerini kavramış bir uygulamacı olan Sülün Arıkel Güçer'i bu eserinden dolayı tekrar yürekten kutluyor, başarılarının devamını diliyorum.

Yrd. Doç. Dr. Gamze AŞÇIOĞLU ÖZ

SUNUŞ

Bu çalışma 09/12/2002 tarihinde Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde lisansüstü tezi olarak, Prof. Dr. Tuğrul Arat, Prof. Dr. Yılmaz Aslan ve Yrd. Doç. Dr. Gamze Öz'den oluşan tez jürisi önünde savunulmuş ve oybirliği ile başarılı bulunmuştur.

Günümüzde küçülen ve bilgi değişiminin inanılmaz bir hızda ve kolaylıkta seyrettiği dünyada sınai haklar, pazarda faaliyet gösteren aktörlerin yakından tanıdığı ve sıkça kullandığı araçlardan biridir. Zira teknolojinin ve bilginin son derece büyük bir hızla el değiştirdiği ve hızla tüketildiği düşünüldüğünde, kısa zamanda ürünün maksimum korumaya sahip olmasının amaçlanması doğal karşılanmaktadır. Diğer taraftan, rekabetin sürdürülebilmesi için yeniliğin de bir süre sonra taklit edilmesi gerekmektedir.

Bu ikilem çerçevesinde, bu çalışmada sınai haklar özelinde bu haklar kullanılarak hakim durumun kötüye kullanılması eylemleri incelenmeye çalışılmıştır.

Bu yüksek lisans tezinin tamamlanmasından yayınlanmasına kadar geçen sürede, çok sayıda yeni eser, makale ve mahkeme kararı çıkmış olmakla beraber, tezin kabul edildiği gibi yayınlanması ilkesi göz önünde tutularak, tezde asgari oranda değişiklik yapılmıştır. Bir kısım değişiklikler ise, tezin Rekabet Kurumu tarafından yayınlanmasının kabul edilmiş olması nedeniyle girilememiştir.

Tezin tamamlanması ve kitabın yayına hazırlanmasında emeği geçenlere teşekkürü bir borç bilirim. Öncelikle, beni bulduğum konuma getiren ve sürekli destekleyen aileme, hukuka bakış açılarımı değiştiren ve bana akademik düşünme tarzını aşıl原因an değerli hocam Prof. Dr. Erden Kuntalp'e, tezin yazım aşamasında yaptığımız tartışmalarla beni aydınlatan ve desteğini esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Sabih Arkan'a, tez çalışmalarımında destekleri için tüm Kuntalp-Arkan ailesine, yapıcı eleştirileri ve sabırlı yaklaşımıyla tezin nihai hale getirilmesinde yardımını esirgemeyen danışmanım Yrd. Doç. Dr. Gamze Öz'e, tez savunması sırasında yaptıkları değerli eleştiriler için Prof. Dr. Tuğrul Arat ve Prof. Dr. Yılmaz Aslan'a, Kitabın Rekabet Kurumu yayını olarak ortaya çıkmasını sağlayan Rekabet Kurumu Başkanı Mustafa Parlak'a, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İ. Hakkı Karakelle'ye, Tezin kitap halinde okuyucuya ulaşması için gerekli teknik hizmeti sağlayan Basım ve Yayın Müdürü Tülay Çöl ve ekibine teşekkürlerimi sunmayı bir görev sayıyorum.

Son olarak, mesleğimi icra ederken akademik çalışmalarıma da devam etmek konusunda beni sürekli destekleyen, hatta teşvik eden, bu çerçevede yüksek lisans eğitimine giriş dahil olmak üzere, mezun olma aşamasına kadar desteğini ve yardımlarını esirgemeyen ve çalışmalarımın ilk gününden itibaren uygulamaya yönelik tartışmalarla konunun farklı boyutlarına dikkatimi çeken ve bu çalışmanın ve sürdürmekte olduğum doktora çalışmalarının yükünü sınırsız bir hoşgörü ve anlayışla benimle paylaşan eşim Evren Ger'e teşekkür ederim.

Sülün GER

Ankara, Kasım 2005

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
age.	: adı geçen eser
agn.	: adı geçen makale
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
ATAUM	: Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları araştırma ve Uygulama Merkezi
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBC	: British Broadcasting Cooperation
Bkz.	: Bakınız
CMLR	: Common Market Law Reports
CMLRev	: Common Market Law Review
CPC	: Community Patent Convention
dn.	: Dipnot
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
EC	: European Community
ECR	: European Court Reports
EPC	: European Patent Convention
EPO	: European Patent Office
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
ITP	: Independent Television Publication
HD	: Hukuk Dairesi
İKV	: İktisadi Kalkınma Vakfı
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Karş.	: Karşılaştırmamız
m.	: Madde
MKHK	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
No.	: Numara
OHIM	: Office for Harmonization in the Internal Market
OJ	: Official Journal
p.	: Paragraf
PCT	: Patent Cooperation Treaty
PKHK	: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RA	: Roma Antlaşması
RG.	: Resmi Gazete
RTE	: Radio Telefis Eireann
s.	: sayfa
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
TÜSİAD	: Türkiye Sanayici ve İş Adamları Derneği
vd.	: ve devamı
WIPO	: Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü

GİRİŞ

Türkiye’de karma bir ekonomik sistemden daha liberal bir sisteme geçme tercihinin yapıldığı 1980’li yılların ertesinden günümüze kadar, tercih edilen bu sistemin temel gereklerinin kurulmaya çalışıldığı malumdur. Bu sistemin temel yapı taşlarından biri olan serbest piyasa sisteminin birinci ihtiyacının ise, bu piyasa sistemini düzenleyecek bir yapının varlığı, başka deyişle piyasanın ne şekilde düzenlenebileceğini öngören yasal bir sistemin ve bu sistemi uygulayacak bir kurumun mevcudiyeti olduğu kuşkusuzdur.¹ Zira serbest piyasa sisteminin tam anlamıyla Adam Smith’in “bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” felsefesiyle örtüşmediği ve günümüzde serbest piyasa sisteminin ayakta kalabilmesi için piyasanın düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.² Gerçekten piyasanın düzenlenemediği takdirde kendi kendisini yok etme noktasına kadar gelebileceği, bu durumun ise kamu menfaatiyle bağdaşmayacağı, dolayısıyla zamanında, yeteri kadar müdahale edebilen ve emniyet sübabı niteliğinde bir yan sistem geliştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.³ Şu halde rekabeti korumayı hedefleyen düzenlemelerin ve bu doğrultuda kurulan kurum ve kuruluşların faaliyetlerinin, aslında serbest piyasa sistemini koruyan ve düzenlemeyi gerçekleştirdikleri ülkenin devlet politikaları çerçevesinde şekillendiği, bu nedenle devletlerin kabul ettikleri ekonomik sistemlerin aynı olmasına rağmen, rekabet hukuku sistemlerinin farklılık gösterebileceği, hatta bir ülke içinde zamanla politik tercihlerin değişmesi sonucunda rekabet hukuku sistemlerinin de değişebileceği belirtilmelidir.

Bu doğrultuda dünyada varolan rekabet hukuku sistemlerinin ilki, serbest piyasa sisteminin ilk adımlarını attığı ülke olan Amerika Birleşik

¹ Rekabet olgusunun piyasa sisteminin merkezi unsuru olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERKAN, Hüsnü: Türk Toplumunda Kültür ve Rekabet, Rekabet Kurumu Yayınları, Perşembe Konferansları, Kasım 1999, Ankara, s. 35 vd.

² YAKUPOĞLU, Mukadder M.: Rekabet Kültürü ve Rekabet Hukuku, Rekabet Kurumu Yayınları, Perşembe Konferansları, Şubat-Mart 2001, Ankara, s. 125, ERKAN, Hüsnü: agm., s.36, 41.

³ YAKUPOĞLU, Mukadder M.: agm., s. 125.

Devletlerinde 1890'lı yıllarla birlikte ortaya çıkmıştır. Rekabet sisteminin serbest piyasa sisteminin ayrılmaz bir cüzü olduğu düşünülürken bu tarihi saptamanın son derece mantıklı olduğu açıktır. Sherman Act⁴ ile temellerinin atıldığı Amerikan rekabet sisteminden sonra, İngiliz rekabet sistemi doğmuş ve Amerikan rekabet sistemine benzer özellikler göstermekle birlikte tamamen farklı ve Avrupa kültüründen doğmuş unsurlar da bu rekabet hukukuna girmiştir. 1957'de Avrupa ülkelerinin ortak bir pazar oluşturmak amacıyla Avrupa Ekonomik Topluluğunu kurmaları, ortak pazar oluşturulmasının araçlarından⁵ ve bu pazarın koruyucularından birinin rekabet hukuku olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu doğrultuda Topluluğu oluşturan üye ülkelerin rekabet hukuklarından ayrı bir üçüncü sistem olarak Avrupa rekabet hukuku doğmuştur.⁶

Türk rekabet hukukunun oluşturulması çalışmaları ise, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde 1980'li yıllarda başlamış, nihayet 1994 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kabul edilmesiyle son bulmuştur. Rekabet Kanununu uygulayacak olan Rekabet Kurumunun kuruluşu ise, 1997 yılında gerçekleşmiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ise, Avrupa Topluluğuna aday ülke konumunda olan Türkiye'nin bu konum nedeniyle üstlenmiş olduğu yükümlülükler çerçevesinde, Avrupa Topluluğu rekabet hukuku sistemi mehzaz alınarak düzenlenmiştir.⁷ Bu nedenle bu çalışmada öncelikle Türk rekabet hukukunun mehzazı olan Avrupa rekabet hukuku ve ardından Türk rekabet hukuku incelenmiştir.

Ancak dünyada varolan her üç rekabet hukuku sisteminde de çeşitli şekillerde hakim durumun kötüye kullanılması (veya tekelin önlenmesi) kavramı mevcuttur.⁸ Hakim durumun kötüye kullanılması önlenmeye çalışılarak, serbest

⁴ KUNTALP, E./ÖZDEMİR M./ARIKEL, S.: Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar: Chicago ve Harvard Okullarının Rekabet Kanunu Açısından Karşılaştırılması, Rekabet Kurumu Yayınları, Perşembe Konferansları, Ekim 2000, Ankara, s. 36 dn. 10.

⁵ ARALAN, Gökhan: Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Türkiye, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Yayın No 49, Ankara, 1999, s. 16.

⁶ Amerikan rekabet sisteminin yargısal, İngiliz rekabet sisteminin idari, Avrupa Topluluğu rekabet sisteminin ise, bünyesinde hem idari hem de yargısal unsurlar barındırdığı ifade edilmektedir KUNTALP, E./ÖZDEMİR M./ARIKEL, S.: agm., s.31, dn.1.

⁷ Bu doğrultuda Rekabet Kanununun ulusal bir gereksinim veya toplumun iktisadi adalet sisteminden doğmayıp, tamamen uluslararası bir talep ve ihtiyaçtan ortaya çıkmış olduğunu görüşü için bkz. YAKUPOĞLU, Mukadder M.: agm., s. 126-127.

⁸ Ancak ekonomik güç ve buna bağlı olarak hakim durum kavramının uygulanması ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Nitekim Amerikan rekabet hukuku sisteminde tekelleşmek veya tekel oluşturmaya yönelik girişimler cezalandırılırken, Avrupa rekabet hukukunda ve Türk rekabet hukukunda hakim durumda olmak değil, bu gücün kötüye

piyasa sisteminde bir veya birden fazla işletmenin pazarda hakim olarak bu hakim durumunu kötüye kullanması suretiyle rekabetin azaltılması önlenmeye çalışılmaktadır.

Hakim durumdaki bir teşebbüs çok çeşitli şekillerde bu durumunu kötüye kullanabilmektedir. Nitekim bu nedenle mehz Avrupa rekabet hukuku ve Türk rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen maddeler, kötüye kullanımı tanımlamamış ve kötüye kullanma çeşitlerini de sınırlı bir şekilde olmamak üzere saymışlardır. Bu şekilde teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen kötüye kullanma halleri kanunlarda açıkça tanımlanmamış olsa dahi, rekabet kurumları tarafından yasaklanabilir hale getirilmiştir.

Bu çalışmada incelenen her iki rekabet hukuku sisteminin de hakim durumun kötüye kullanılması örneklerinden biri olarak doğrudan fikri sınai hakları saymamış olduğu, ancak yorum yoluyla bu sonuca varılabileceği belirtilmelidir. Bu doğrultuda sınai haklar özelinde bu haklar kullanılarak hakim durumun kötüye kullanılması eylemlerinin hangi yorumlar sonucunda rekabete aykırı olarak değerlendirilebileceği bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Günümüzde küçülen ve bilgi değişiminin inanılmaz bir hızda ve kolaylıkta seyrettiği dünyada sınai haklar, pazarda faaliyet gösteren aktörlerin yakından tanıdığı ve sıkça kullandığı araçlardan biridir. Zira teknolojinin ve bilginin son derece büyük bir hızla el değiştirdiği ve hızla tüketildiği düşünüldüğünde, kısa zamanda ürünün maksimum korumaya sahip olmasının amaçlanması doğal karşılanacaktır.

Diğer taraftan, rekabetin sürdürülebilmesi için yeniliğin de bir süre sonra taklit edilmesi gerekmektedir.⁹ Dolayısıyla yeniliği getiren sınai hak sahibinin hakları ancak belli bir süre ile güvence altına alınır, bu sürenin bitiminde bu yeniliğin taklit edilmesine izin verilmesi gerekmektedir. Ancak bu süreyi tayin etmek son derece güçtür. Serbest piyasa sistemi ve onun ayrılmaz parçası olan rekabet hukuku mantığı içerisinde bu sürenin, yeniliği getirenin zahmet ve külfetinin karşılanması ve kişilerin yeniliğe özendirilmesine yeter düzeyde bir getiri elde edilmesine izin verilecek kadar olması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰ Şu halde sınai hak sahiplerinin kendilerine sağlanan koruma süresi içinde bu

kullanılması yasaklanmaktadır bkz. ASLAN, Yılmaz: Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, Perşembe Konferansları, Ekim 1999, s. 70, ARALAN, Gökhan: age., s. 51).

⁹ ONGUN, Tuba: Günümüzde Fikrî-Sınai Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu Yayınları, Perşembe Konferansları, Mayıs 2000, Ankara, s. 41.

¹⁰ ERKAN, Hüsnü: agm., s.43.

korumadan maksimum fayda sağlama amacı ile bu haklarını kullanarak hakim durumlarını da kötüye kullanabilecekleri akla gelmektedir.

Bu tez çalışmasında marka ve patent hakları çerçevesinde rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılması kavramı; ilk önce mehz Avrupa Topluluğu hukuku, ardından Türk rekabet hukuku açısından incelenecektir. Bu doğrultuda Avrupa topluluğu rekabet hukukunda konu ile ilgili mevcut içtihat zenginliğinden yararlanılmaya çalışılmış ve bu içtihatlar çerçevesinde Türk rekabet hukuku irdelenmeye çalışılmıştır. Zira Türk rekabet hukukunda Rekabet Kanununun yakın tarihte yürürlüğe girmesi ve Rekabet Kurulunun 1997 yılında kurulmuş olması sonucu Kurulun konu ile ilgili kararlarının sınırlı sayıda olduğu söylenebilir. Ancak mehz Avrupa rekabet sisteminde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi ile Avrupa Toplulukları Komisyonu tarafından verilen kararların Türk Rekabet Kurulu açısından da açıklayıcı olduğu düşünülmektedir. Nitekim bir çok konuda rekabet hukuku ile ilgili çok sayıda kavram ve içtihat Avrupa Topluluğu sisteminden Türk hukukuna aktarılmıştır.

Sonuç itibariyle bu çalışmada Avrupa Topluluğu rekabet hukuku ve Türk rekabet hukuku normlarının ve Divan'ın ve Kurul'un çeşitli kararlarının incelenmesi sonucunda, Türk rekabet hukuku mevzuatının Avrupa Topluluğu rekabet hukuku mehz alınarak hazırlanmış olmasına rağmen, özellikle sınai haklar yoluyla gerçekleştirilen paralel ithalat konusunda, Avrupa Topluluğu uygulamasının çeşitli ekonomik ve politik tercihler nedeniyle, Türk rekabet hukuku uygulamasından tamamen zıt yönlerde olduğu görülmüştür. Dolayısıyla yukarıda ifade edilen rekabet hukukunun şekillenmesinde devlet politikasının rolü bir kere daha anlaşılmıştır. Ancak bu farklılık dışında temel bir farklılığa rastlanılmamış, dolayısıyla Türk rekabet hukuku açısından da aydınlatıcı olabileceği düşünülen konu ile ilgili Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarına yer verilmeye çalışılmıştır.

Birinci Bölüm

AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRK HUKUKUNDA SINAİ MÜLKİYET HAKLARI

I. GENEL OLARAK

1. Terminoloji

Ülkemizde genel kabul gördüğü üzere, İngilizce “intellectual property” teriminin karşılığı olarak “fikri mülkiyet” terimi kullanılmaktadır.¹¹ Mülkiyetin konusunu oluşturan gayri maddi haklar ise, genel olarak sınai mülkiyet hakları olarak adlandırılmakla birlikte, gayri maddi hakların bilim, edebiyat, sanat gibi alanlarla ilgili olanlarına fikri haklar, üretim ve ticaret gibi alanlarla ilgili olanlarına ise sınai haklar denilmektedir.¹² Günümüzde Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) tarafından yapılan tanımlamada ise, fikri haklar şemsiye kavram olarak kullanılmakta ve bu sonuncusu eser hakları ve sınai haklar olarak ikiye ayrılmaktadır.¹³

Eser hakları ve sınai haklar, fikri mülkiyet çatısı altında (ancak burada yer alan “mülkiyet” kelimesi Medeni Kanun anlamında mülkiyeti değil, daha ziyade ürünler üzerindeki mutlak hakkı ifade etmektedir) yer alan fakat birbirlerinden kesin sınırlarla ayrılamayan haklardır. Zira, sınai haklardan olan faydalı model, endüstriyel tasarım hakları da fikri ürün içermektedirler¹⁴. Fikri ürün kavramı soyut olduğundan, zilyetliğin ve mülkiyetin konusu olamamaktadır. Ayrıca fikri ürün, eşya niteliğine haiz olmadığından bir mutlak hak özelliği göstermektedir. Bu mutlak hak, “ülkesellik” ve “tükenme” olmak üzere, aşağıda detaylı bir şekilde incelenecek iki özelliğe sahip bulunmaktadır.

Bu çalışmanın konusu içine, genel olarak gayri maddi haklar veya fikri hakların bir dalını oluşturan sınai haklardan en çok bilinen ve ticari hayatta sıkça kullanılan marka ve patent hakları girmektedir. Ancak çalışmada yeri geldiğinde telif hakları veya endüstriyel tasarım hakları gibi konu dışında kalan haklara ilişkin değerlendirmeler ve yorumlara da yer verileceği belirtilmelidir. Bu çerçevede bu çalışmanın konusu doğrultusunda aşağıda kullanılan sınai hak

¹¹ TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2000, s.681.

¹² DEMİROĞLU, Mehmet: Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Sınai Mülkiyet Hakları, İKV Dergisi, Sayı 146, Mayıs-Ağustos 2000, s. 33.

¹³ DEMİROĞLU, Mehmet: agm., s. 34.

¹⁴ TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku , s.682.

teriminin marka ve patent hakkını kapsadığı, fikri hak teriminin ise eser haklarının karşılığı olarak kullanıldığı belirtilmelidir.

2. Sınai Hakların İşlevleri

Sınai haklar 15. yüzyıldan beri¹⁵ kullanılmakta olan ve günümüzde tüm dünyada önemi giderek artan haklardan olmuştur. Nitekim ticaret hayatında işletmelerin tüketiciler tarafından piyasada rakiplerinden ayırt edilmesinin sağlanması, yeni teknolojik buluşlar sayesinde üretim maliyetlerinin azaltılmasının hedeflenmesi, verilen lisanslar ve bunlara sağlanan hukuki korumalar sayesinde buluşların özendirilmesi gibi amaçlar, devletlerin sınai hakları politikalarına almalarındaki temel nedenler olarak gösterilmektedir.

Sınai haklardan biri olan patentlerin, tekel ve bilgi işlevi olmak üzere iki temel işlevi bulunduğu kabul edilmektedir. Tekel işlevi patent hakkı sahibine patent konusu teknolojiyi üretme ve satma gibi faaliyetler konusunda mutlak bir hak tanımaktadır. Bu hak sayesinde patent sahibinin buluşu için yapmış olduğu yatırım ve ar-ge masraflarının karşılığını alması amaçlanmaktadır. Bilgi işlevi ise, netice itibarıyla kamu menfaatini sağlamaya yöneliktir. Zira patent sahibi tekel işlevini sağlayacak münhasır mülkiyeti, ancak patent konusu teknolojik bilgiyi kamuya açıkladığı takdirde elde etmektedir.¹⁶ Kamuya açıklanan bu bilgi, doğrudan üçüncü kişiler tarafından kullanılmamakta, ancak başka buluşlar için bu bilgiden yararlanılabilmektedir. Bu şekilde nihai olarak teknolojik gelişimin sağlanması amaçlanmaktadır.

Bu çalışmanın konusuna giren ikinci tür sınai hak ise markadır. Markaların esas olarak üç amaca hizmet ettiğini belirtmekte fayda vardır. Markaların temel fonksiyonunun orijin gösterme fonksiyonu olduğu, zira bu şekilde tüketicinin üretici firmayı seçme şansı olduğu ifade edilmektedir.¹⁷ Garanti ve reklam fonksiyonu olarak da adlandırılan diğer iki fonksiyonun hukuken önemli olmamakla birlikte ekonomik anlamlarının bulunduğu

¹⁵ Tarihte ilk patent kanunu 1474 tarihli Venedik Patent Kanunudur. Markanın ise, eski Mısır dönemlerinden beri kullanıldığı bilinmektedir bkz. BAŞARAN, Tuğba: Avrupa Birliği ve Türkiye’de Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları, İKV Yayınları, No 161, İstanbul, 2000., s. 39.

¹⁶ Patentlerin yokluğu halinde, yenilik yapan firma veya kişiler geliştirdikleri yeni ürünleri veya üretim formüllerini doğal olarak kamuya açıklamak istememektedirler YÜKSEL, Mehmet: Günümüzde Fikri Mülkiyet Hakları ve Azgelişmiş Ülkeler, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Cilt 2, s. 707.

¹⁷ VAN BUNNEN, Louis: Aspects Actuels du Droit des Marques Dans Le Marché Commun, Bruxelles, 1967, s. 4.

belirtilmektedir.¹⁸ Marka yoluyla tüketicinin deneyerek memnun kaldığı ürünü tekrar alabilmesi, markanın garanti fonksiyonuna işaret etmektedir. Nihayet markaya tanınan münhasır mülkiyet sayesinde malın kalitesine ve reklamına yapılan yatırımdan sadece o malı üreten veya pazarlayan işletmenin yararlanması dolayısıyla haksız rekabetin önlenmesi sağlanmaktadır.

Sınai hakların yukarıda değinilen özellikleri teşvik edilerek yeni buluşlar özendirilmekte ve bunun sonucunda üretim maliyetlerinin düşmesi hedeflenmekte, dolayısıyla nihai olarak tüketicilerin bundan fayda sağlamaları beklenmektedir. Ancak piyasada faaliyet gösteren işletmeler sahip oldukları sınai hakları rakiplerinin faaliyetlerini engelleme amacıyla da kullanabilmektedirler. Dolayısıyla burada dengelenmesi gereken menfaatler ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda her devlet kendi sosyo-politik ve ekonomik ihtiyaçlarına göre sınai hakların korunmasının sınırlarını düzenlemektedir. Diğer taraftan sınai haklara sınırsız bir koruma getirilecek olursa, sınai hak sahibi kişiler malların üretim, dağıtım ve sonraki el değiştirmelerini kontrol altına alabileceklerdir. Bu durum ise, o hakla ilgili olarak hak sahibi olan kişiyi tekel sahibi konumuna getirecek ve sonuç itibarıyla rekabet ve malların serbest dolaşımı üzerinde son derece sınırlayıcı bir etki yaratılmış olacaktır.¹⁹ Diğer taraftan sınai haklara hiçbir koruma getirilmemesi halinde ise, yeni buluşların önü kesilmiş, kaliteli ürünlerin piyasaya çıkışı bir anlamda engellenmiş, dolayısıyla ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişme önlenmiş olacaktır.

Genel anlamda (TRIPS ve Paris Sözleşmesi vasıtasıyla)²⁰ dünyada çok sayıda devletin ve Türkiye'nin marka ve patent hakkına tanımış olduğu korumalar bu hakların işlevleri çerçevesinde belirlenmektedir. Bu doğrultuda bu hakların öncelikle ülkesel nitelikte oldukları, başka deyişle tescil sistemine dayalı olarak ülke içinde koruma sağlanmasının söz konusu olduğu belirtilmelidir. Sınai haklar üzerinde sahibine tanınan korumalardan belki de en önemlisi, bu gayri maddi mallar üzerinde sahibine mülkiyet hakkı tanınmasıdır. Şu halde dünyada neredeyse tüm ülkelerin sınai hakları kabul etmiş ve bunlara hukuki koruma sağlamış oldukları göz önüne alındığında, bu olguya Topluluk hukukunun kayıtsız kalması düşünülememektedir.

¹⁸ VAN BUNNEN, Louis: age., s. 8.

¹⁹ KAYHAN, Fahrettin: Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, s.52.

²⁰ Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması Eki Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması kısaca TRIPS olarak anılmaktadır. 23 Mart 1883 tarihli Paris Sözleşmesi ise sınai hakların anayasası olarak kabul edilmiştir.

Bu çerçevede aşağıda sınai haklardan marka ve patent haklarının Avrupa Topluluğu hukuku açısından incelendiği bölümde, Topluluğun Anayasası niteliğinde olan Roma Antlaşmasının konu ile ilgili hükümlerinin ardından, Topluluğun ikincil kaynakları incelenecektir. İkinci bölümde ise marka ve patente ilişkin Türk hukukunda yer alan düzenlemeler, sırasıyla 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde açıklanacaktır.

II. MARKA

Marka en bilinen tanımıyla, eski çağlardan beri bir malı kimin ürettiğini göstermek amacıyla malın üzerine konulan işaret ve/veya yazılardır. Nitekim eski çağlarda da iş sahibinin imzası olarak nitelendirilebilecek işaretlerin kullanıldığı bilinmektedir. Ancak günümüzde marka, iş sahibinin imzası olmaktan çıkarak işyerine ait olmaya başlamıştır.²¹

Diğer taraftan günümüzde mal kavramı da, marka kavramı da değişmiştir. Mallar sadece elle tutulup gözle görülebilen ürünler olmaktan çıkıp, hizmet gibi soyut veya bilgisayar ortamında görüntülenebilen mallar da ortaya çıkmıştır. Benzer şekilde markalar sadece çizim veya yazılardan oluşmayıp, günümüzde koku²², ses, üç boyutlu görüntüler de marka olarak kabul edilmeye başlamıştır.²³ Bu gelişim tarihsel süreç içerisinde dünyada ve Türkiye’de kabul edilen çeşitli marka mevzuatlarında rahatlıkla görülebilmektedir.

Bu çerçevede markalar ana hatlarıyla fabrika markaları, ticaret markaları ve hizmet markaları olarak üç grupta toplanabilmektedir. Fabrika markaları imalatın kaynağını belirtirken, ticaret markaları bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işaretleri, hizmet markaları ise hizmet sunulurken kullanılan işaretleri ifade etmektedir.

²¹ BAŞARAN, Tuğba: age., s. 39.

²² Şimdiye kadar konuyla ilgili Avrupa Topluluğu markası olarak, yeni kesilmiş çimen kokusu, tenis topları için tescil edilmiştir BASTIAN, Eva-Marina: The Community Trade Mark in European Law: Relationship to National Law and Current Issues, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Cilt 1, s. 446.

²³ KEYDER BROWN, Virginia: (Çev. HACİMİRZAOĞLU, A. Berktaş) : Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği Intellectual Property Rights and Customs Union, İstanbul, 1996, s. 25.

1. Avrupa Topluluğunda

Topluluğun kuruluş amacına temel olan ekonomik bütünleşmeyi sağlamak üzere Topluluk hukuku düzeyinde yapılan çalışmalar, Avrupa Topluluğunda faaliyet gösteren ticari işletmeleri ve gerçek kişileri²⁴, markalarına ilişkin benimsemiş oldukları politikaları değiştirmeye zorlamıştır. Nitekim ortak pazarın tamamlanması ve bu sayede mal, hizmet, sermaye ve kişilerin serbest dolaşımının sağlanması, ticari işletmelerin sahip olduğu markaları taşıyan ürünlerin de ortak pazar içinde serbestçe dolaşmasını sağlamış, bu durum ise markaların daha etkin bir şekilde korunması zorunluluğunu doğurmuştur. Diğer taratan ortak pazarın kurulması ve malların serbestçe dolaşımının sağlanması, marka hakkının bu serbest dolaşıma bir engel olarak kullanılabilmesi ihtimalini de gündeme getirmiştir. Bu doğrultuda Roma Antlaşmasında malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına fikri sınai hakların engel olabileceği, ancak bunun ayrımcı bir şekilde uygulanmaması gerektiği ilkesi ortaya konulmuştur.

Sınai haklar ile ilgili Topluluk hukukunda yer alan Roma Antlaşması hükümleri dışındaki temel düzenlemelere örnek olarak, Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuklarını Uyumlaştırmaya Dair Konsey Direktifi²⁵, Topluluk Markasına İlişkin Topluluk Tüzüğü²⁶, Fikir ve Sanat Eserlerine Dair Haklar ile İlgili Hakların Koruyucu Hükümlerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Konsey Direktifi²⁷ gösterilebilir.

²⁴ Zira 89/104 sayılı “Üye Devletlerin Ticari Markalara İlişkin Ulusal Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Birinci Konsey Direktifi” üye devletlerin markalara ilişkin kanunlarının uyumlaştırılması amacıyla hazırlanmış ancak bu direktifte markanın tescil edilebilmesi için bir işletmenin mevcut olması koşulundan söz edilmemiştir. Dolayısıyla bir ticari işletme sahibi olmayan kişiler ve holdinglerin de marka sahibi olmalarına engel kalmamıştır. Aynı şekilde 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü de topluluk markası sahibi olmak için bir ticari işletmenin varlığını aramamaktadır (m. 5) ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 1, Ankara, 1997, s. 3. Aynı doğrultuda Türk Marka Hukuku için bkz. 556 sayılı KHK m. 31 ve 3/İ.

²⁵ “First Council Directive 89/104/EEC of 21/12/1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks”, OJ, 11/2/1989, L 040.

²⁶ “Council Regulation no. 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trademark”, 14/1/1994, OJ L 11.

²⁷ Council Directive no. 93/98 of 29 October 1993 Harmonizing the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights, 24/11/1993, OJ L 290/9.

A. Roma Antlaşmasının İlgili Maddeleri

Yukarıda da değinilmiş olduğu gibi marka hakkı gayri maddi haklardan biridir. Zira sahibine gayri maddi bir mal olan markası üzerinde mülkiyet hakkı tanımaktadır. Roma Antlaşmasının 222. (yeni m. 295)²⁸ maddesi ise, ulusal mevzuatların tanıdığı mülkiyet hakkına Topluluğun müdahale edemeyeceği hususunu düzenlemektedir. Dolayısıyla üye ülkelerin marka sahibine mülkiyet hakkı tanımış olması Topluluğun müdahale edemeyeceği bir olgudur.

Diğer taraftan üye ülkeler, Roma Antlaşması ile gümrük birliği etrafında bir ortak pazar kurmak amacı ile biraraya gelmişlerdir. Bu ortak pazarın tesisinin ilk şartı ise malların serbest dolaşımıdır. Söz konusu serbesti ise, üye ülkeler arasında gümrük vergileri ve eş etkili harçların kaldırılması ve miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemlerin kaldırılmasını zorunlu kılmaktadır. İşte marka sahibinin ulusal hukuktan kaynaklanan yetkisi ile üye ülkeler arası malların serbest dolaşımını engelleme olasılığı göz önüne alınarak, 30 ve 36. (yeni m. 28 ve 30)²⁹ maddeler düzenlenmiştir. 28. madde üye devletler arası tüm miktar kısıtlamalarının ve eş etkili önlemlerin yasak olduğunu belirtmektedir. 30. madde ise, 28 ve 29. madde ile getirilen kuralın istisnalarını düzenlemektedir. Bu istisnalar arasına ekonomik açıdan önemi göz önüne alınarak sınai haklar da eklenmiş durumdadır. Dolayısıyla marka hakkı sahibi bu hakkına dayanarak üye devletlerarası malların serbest dolaşımını engelleyici eylemlerde bulunabilir, bu durumun kabulü sınai hakkın doğasından kaynaklanmaktadır. Ancak hak sahibi bu istisna nedeniyle üye devletler arasındaki ticarete ne keyfi bir ayrımcılığa imkan verebilir, ne de bu hakkı gizli bir kısıtlama aracı olarak kullanabilir.

Bu çerçevede sınai haklara ilişkin uyuşmazlıklarda Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın (ATAD) ilk görüşü kendisinin bu sorunları çözmeye yetkili olmadığı, zira Roma Antlaşmasının 295. maddesinin mülkiyet konusunu tamamen ulusal hukuklara bırakmış olduğu yönündedir. Bu hüküm dışında sınai haklara ilişkin Topluluk düzeyinde hukuki bir çalışmanın da gerçekleştirilmemiş olduğu ifade edilmiştir. Ancak ATAD daha sonra bu yorumundan dönerek, sınai haklara ilişkin sorunlarda RA m. 81-82'nin (yeni m. 81-82)³⁰ uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu görüş değişikliğine rağmen, Topluluk düzeyinde bu alanda ortak hukuk yaratılmasının önemi hiçbir zaman yadsınmamıştır.

²⁸ Bundan böyle bu çalışmada 222. madde yeni madde numarası olan 295. madde olarak anılacaktır.

²⁹ Bundan böyle bu çalışmada 30 ve 36. maddeler yeni madde numaraları olan 28 ve 30. maddeler olarak anılacaktır.

³⁰ Bundan böyle bu çalışmada 85 ve 86. maddeler yeni madde numaraları olan 81 ve 82. maddeler olarak anılacaktır.

Nitekim ATAD'ın hakların RA m. 28 ve 30 hükümleri çerçevesinde ele alınması gerektiğini belirten son görüşünde dahi, m. 30'da belirtilen istisnanın, ancak Topluluk düzeyinde ortak bir hukukun varolmaması halinde kullanılabilceği açıkça belirtilmiştir.

B. 40/94 Sayılı Topluluk Markası Tüzüğü

40/94 sayılı Topluluk Markası ile ilgili Tüzük, üye devletlerin marka mevzuatlarının yürürlükten kalkması sonucunu doğurmamakta, sadece üye devletlerin marka mevzuatlarının yanında, kişilerin başvurabilecekleri ikinci bir marka tescil sistemi oluşturmaktadır.³¹ Bu tüzüğün yürürlüğe konulmasındaki amaç ise, ticari işletmelerin tek tek her üye ülkede markalarını tescil ettirme zorluğu ve masrafından kurtarılarak tek bir işlemle topluluğa üye tüm ülkelerde hukuki koruma sağlanmasıdır.

Topluluk marka sisteminden önce kişilerin iki tür marka korumasından yararlanabilmeleri söz konusu olmaktadır. Birincisi her üye ülkenin mevzuatında yer alan ülkesel marka koruması, ikincisi ise uluslararası marka korumasıdır. Bu iki tür marka koruması halen geçerli olmakla birlikte, bunlara bir de Topluluk marka sistemi eklenmiştir. Dolayısıyla şirketler kendi marka politikaları doğrultusunda bu üç koruma sisteminden birini seçmek özgürlüğüne sahiptirler.

Topluluk marka sisteminin uygulayıcısı konumunda olan Topluluk Marka Ofisi (*Office for Harmonization in the Internal Market-OHIM*) 1996 yılından beri İspanya'nın Alicante şehrinde faaliyet göstermektedir. OHIM, 40/94 sayılı Tüzüğün 111. maddesi gereğince tüzel kişiliğe sahip bir Avrupa Topluluğu organıdır. Topluluk mahkemeleri OHIM'nin kararlarının hukuka uygunluğunu denetlemekle görevlidirler.³²

Topluluk markası olarak OHIM'e, 40/94 sayılı Tüzüğün 4. maddesi gereği tescil ettirilebilecek işaretler, 556 sayılı KHK'da olduğu gibi çizimle görüntülenebilen her tür işaret, resim, isimler, renkler, müzik işaretleri, eşyaların şekilleri veya ambalajları olarak belirtilmiştir.

Bir markanın OHIM'e tescil imkanı sadece Topluluk üyesi vatandaşlara tanınmamış, sınai mülkiyetin korunması ile ilgili Paris Konvansiyonu'na ya da

³¹ Topluluk marka hukuku ile ulusal marka düzenlemelerinin birlikte varolmaları ilkesinin topluluk marka hukukunun temel özelliklerinden biri olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BASTIAN, Eva-Marina: agm., s. 443-444.

³² www.ohim.org

Dünya Ticaret Örgütü'ne (DTÖ) taraf ülkelerin vatandaşları ile Paris Konvansiyonu'na taraf olmayan ülke vatandaşlarından, 40/94 sayılı Tüzüğü'nün 5.1 (c) maddesi uyarınca, Avrupa Topluluğuna üye devletlerden birinde ikametgahı olan veya iş merkezine sahip olan ya da ticari veya sınai bir işletmeye sahip olan kişilere de markalarının tescili için OHIM'e başvurabilme imkanı sağlanmıştır. Ancak Topluluk üyesi ülke vatandaşları olan gerçek ve tüzel kişiler 40/94 sayılı Tüzüğü'nün 88/2. maddesi uyarınca OHIM'e doğrudan başvurabilirken, üye devlet vatandaşı olmayan kişilerin bir temsilci marifetiyle başvurularını yapmaları zorunludur. 40/94 sayılı Tüzüğü'nün 115. maddesi uyarınca OHIM'nin resmi dilleri İspanyolca, Almanca, İngilizce, Fransızca ve İtalyanca'dır.

Topluluk markasına sahip olmak için başvuru, doğrudan OHIM'e yapılabileceği gibi, aynı sonuçları doğuracak olan ulusal marka bürolarına veya Benelüks Marka Ofisi'ne de yapılabilir.³³ Başvurular OHIM dışındaki marka ofislerine yapıldığında, ilgili bürolar bu başvuruları iki hafta içinde OHIM'e ulaştırmakla yükümlüdürler.³⁴

Topluluk markası olarak tescil için yapılan başvurular, öncelikle başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği, başvuru ücretinin ödenip ödenmediği ve mutlak red nedenleri açısından bir ön incelemeye tabi tutulur.³⁵ Bu ön incelemenin ardından araştırma safhası gelmektedir. 40/94 sayılı Tüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca OHIM önce kendi kayıtlarından başvurusu yapılan işaretle aynı nitelikte başka bir işaretin olup olmadığını araştırır ve aynı işlemi yapmak üzere başvuruyu üye ülkelerin ulusal marka ofislerine gönderir ve kendilerine bu araştırmanın sonuçlarını göndermeleri için üç ay süre verir.³⁶ Topluluk markası başvurusu mutlak red nedenlerinden biri ile reddedilmez ve araştırma raporlarını dikkate alarak başvuru sahibi başvurusunu geri çekmezse, başvuru yayınlanır.³⁷ Yayın tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili üçüncü kişiler daha önceden

³³ 40/94 m. 25/1.

³⁴ 40/94 m. 25/2.

³⁵ 40/94 m. 7 uyarınca topluluk markası olarak tescil edilecek işaretin aşağıdaki özelliklere sahip olması mutlak red nedenlerindedir: 1-Seçilen işaretin Avrupa Topluluğu dillerinden birinde ilgili mal veya hizmetin cins ismini oluşturması, 2-Seçilen işaretin birliğin dillerinden birinde kalite, miktar veya değer ifade etmesi, 3-İşaretin ahlaka adaba aykırı olması. 40/94 m. 7'de sayılan mutlak red nedenleri temelde Türk hukuku ile benzerlik göstermektedir. Bkz. 556 sayılı KHK m. 7.

³⁶ Ancak günümüzde OHIM'e 30.000'in üzerinde başvuru geldiğinden başvuruların % 30'unda bu süreye uyulmadığı ifade edilmektedir. Richard POYDNER'in EPO Uluslararası Hukuk İşleri Genel Müdürü Gert KOLLE ile yapmış olduğu röportaj, www.derwent.com.

³⁷ 40/94 m. 40.

yapılmış ulusal, ya da OHIM nezdindeki tescilden veya tescil başvurusundan kaynaklanan haklarına dayanarak itirazda bulunabilirler.³⁸ İtirazın incelenmesi sonucunda 40/94 sayılı Tüzüğün 43. maddesi uyarınca işaretin Topluluk markası olarak tesciline veya tescilin reddine karar verilir.

Tescil, marka sahibine kendisinin izni olmadan markasının aynısını veya benzerini, aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanan üçüncü kişilere karşı bu kullanımı men etme yetkisi vermektedir.³⁹ Topluluk içinde tanınmış olan marka sahiplerinin bu markanın farklı mal ve hizmetlerde kullanılmasını da yasaklaması mümkündür⁴⁰.

Topluluk markası taşıyan ürünler, marka sahibinin rızası veya onayı ile Topluluk içinde bir kere piyasa sürüldükten sonra, marka hakkı sahibinin bu mallar üzerindeki hakkı sona ermektedir.⁴¹ Ancak Topluluk üyesi ülkeler dışından yapılan paralel ithalatlar bu sınırlamanın dışında kalmaktadır. Zira hakkın tükenmesi ilkesi Topluluk açısından “bölgesel tükenme” olarak kabul edilmiştir.⁴²

40/94 sayılı Tüzükte Topluluk markasına tecavüz halinde uygulanacak maddi hükümlere yer verilmemekle birlikte, Topluluk markasına tecavüz halinde ve Topluluk markasının geçerliliği hususlarında, üye devletlerin bu durumu OHIM’e bildirecekleri ve bu konuda Topluluk marka mahkemelerinin görevli olacakları belirtilmiştir.⁴³ Bu çerçevede herhangi bir üye ülke mahkemesinden alınacak bir kararın, 1968 Brüksel Anlaşması uyarınca diğer üye ülkelerde de tenfizi sağlanabilmektedir.

Topluluk markasının sona ermesi; markanın beş yıl süreyle kullanılmaması, tescil edilen markanın o mal veya hizmetin ismi haline gelmesi, markanın üzerine konulduğu ürünle ilgili olarak kalite veya coğrafi orijini konusunda halk tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunması ve nihayet marka sahibinin 40/94 sayılı Tüzüğün 5. maddesi gereği marka sahibi olabilecek kişilerden olma niteliğini kaybetmesi hallerinde söz konusu olmaktadır.⁴⁴ Topluluk markasının hükümsüz sayılması halleri ise, 40/94 m. 51 ve 52’de sayılmıştır. Markanın Topluluk markası sahibi olamayacak kişilerden birince

³⁸ 40/94 m. 42.

³⁹ 40/94 m. 9.

⁴⁰ Karş. 556 sayılı KHK m. 9/I-(c).

⁴¹ 40/94 m. 13/1.

⁴² Detaylı bilgi için bkz. bu çalışma §-2, III, 1, B, c-Hakkın Tüketilmesi Doktrini.

⁴³ 40/94 m. 91-92.

⁴⁴ 40/94 m. 50.

tescil ettirilmesi, mutlak red nedenlerinden birinin varlığı vs. hükümsüzlük nedenlerinden birkaçına örnek teşkil etmektedir.

C. 89/104 Sayılı Direktif

89/104 sayılı Direktif ile üye devletlerin marka mevzuatlarının uyumlaştırılması amaçlanmış olup, mevzuatların tümüyle birbirinin aynı olmaları hedeflenmemiş, sadece ortak pazarın kuruluş ve işleyişini doğrudan etkileyen hususların uyumlaştırılması amaçlanmıştır. Bu nedenle direktifte marka tescilinin usulüne ilişkin hükümlere yer verilmemiş, sadece maddi hukuka ilişkin hükümlerin uyumlaştırılması yoluna gidilmiştir.⁴⁵

Direktif üye devletlerin marka mevzuatlarının tamamıyla olmasa da, iç pazarı etkileyen hükümleri açısından uyumlaştırılmasını amaçlamıştır. Bu doğrultuda direktifte iç pazarın kuruluş ve işleyişini etkileyen hususların uyumlaştırılması amacıyla marka hukukuna ilişkin hükümler öngörülmüştür. Bu nedenle direktifte marka hukukuna ilişkin usuli hükümlere yer verilmemiş, sadece maddi alanda düzenleme yapılmıştır. Yine direktifte marka hakkına tecavüz halinde marka sahibinin ne tür haklara sahip olacağı konusu düzenlenmemiştir. Gerçekten direktifte hangi işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği⁴⁶, tescilin reddedilmesinin nedenleri⁴⁷, marka sahibinin hakları⁴⁸, marka hakkının sınırları⁴⁹, marka hakkının tüketilmesi⁵⁰, lisans⁵¹, marka hakkının kullanılması⁵² ve hükümsüzlük nedenleri⁵³ gibi, marka ile ilgili maddi unsurlara yer verilmiş, ancak tanınan bu marka hakkına tecavüz halinde uygulanabilecek yaptırımlar gösterilmemiştir. Diğer taraftan direktifte garanti markaları ve ortak markalar için özel bir hüküm de⁵⁴ öngörülmüştür.

⁴⁵ COOK, Trevor: Intellectual Property in the European Community, CAMPHELL, Dennis: International Intellectual Property Law New Developments, Austria, 1995, s.45.

⁴⁶ 89/104 m. 2.

⁴⁷ 89/104 m. 3, 4.

⁴⁸ 89/104 m. 5.

⁴⁹ 89/104 m. 6.

⁵⁰ 89/104 m. 7.

⁵¹ 89/104 m. 8.

⁵² 89/104 m. 10.

⁵³ 89/104 m. 12.

⁵⁴ 89/104 m. 15.

2. 556 Sayılı KHK Çerçevesinde Türk Hukukunda Marka Hakkı

A. Genel Olarak

Türkiye’de markalara ilişkin ilk nizamname 1288 (1872) tarihli nizamnamedir. Bu nizamnameyi 1304 (1888) tarihli “Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname” izlemiştir. Alameti Farika Nizamnamesi 1965 tarihli Markalar Kanunu ile ilga edilmiş, 1965 tarihli Markalar Kanunu’nun yerini ise, 556 sayılı bugün yürürlükte olan Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁵⁵ (MKHK) almıştır. 1995 yılında zamandan kazanmak amacıyla kanunla değil fakat kanun hükmünde kararname ile yürürlüğe konulan MKHK, aslında 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararının Türkiye’ye yüklemiş olduğu yükümlülüklerden biridir.⁵⁶

B. Marka Tanımı

556 sayılı MKHK m. 5 uyarınca “bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, (...) her türlü işaret” markadır.⁵⁷ Marka kelimesi MKHK m. 2/a uyarınca ortak ve garanti markaları dahil, ticaret markaları veya hizmet markalarını ifade etmektedir. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanma Şekli Gösterir Yönetmeliğin⁵⁸ 8. maddesi ticaret markalarını, “bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işaret” olarak tanımlamıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere ticaret markası, ticareti yapılan bir menkul malın üzerine konulan işareti ifade etmektedir. Hizmet markaları ise, işletmelerin

⁵⁵ RG. 27/06/1995, No. 22326.

⁵⁶ 6/03/1995 tarih ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 8 numaralı eki üç bölümden oluşmaktadır.: 1) Genel ilkeler, 2) Gümrük Birliğinin başlangıcından önceki yükümlülükler, 3) Gümrük Birliğinin başlangıcından itibaren 3 yıl içinde yerine getirilecek yükümlülükler. Türkiye Konsey kararı gereği topluluk direktiflerine uygun şekilde sınai haklar mevzuatını Gümrük Birliğinin başlangıcından önce revize etmek yükümlülüğü altına girmiştir ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal: Patent Hakkının Korunması, Ankara, 1998, s.49 vd.

⁵⁷ Bu tanım, TRIPS (m. 15/1) hükümleri ve 89/104 sayılı Direktifin 2. maddesi ile uyumludur bkz. KEYDER BROWN, Virginia: age., s. 29.

⁵⁸ RG. 5/11/1994, No. 22454.

hizmetlerini birbirinden ayırmaktadır. Hizmet markalarında piyasaya sunulan ürün “mal” değil “hizmet” dir.⁵⁹

MKHK’da yer alan “işaret” ifadesi, henüz tescil edilmemiş markalar veya tescil edilmiş bir marka ile iltibas yaratan şekilleri anlatmak için kullanılmaktadır. Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için işaretin MKHK m. 7 ve m. 8’de yer alan ret nedenleri kapsamına girmemesi, yazı veya çizimle görüntülenebilmesi, çoğaltılabilmesi ve ayırt edici olması gerekmektedir.

İşaretlerin marka olarak tescil edilip edilmemesi ise, belirleyici bir unsur olan ayırt edicilik niteliğinin bulunmasına bağlanmıştır. MKHK m. 5’de ifade edildiği gibi marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamalıdır.⁶⁰ Bu doğrultuda “bir işaret, kavram adına veya tanımına yakın olduğu oranda ayırt etmeyi sağlamaktan uzaklaşmakta, kavramdan veya kavramın tanımından uzaklaştığı, ona yabancılaştığı oranda da ayırt edicilik kazanmaktadır”⁶¹. Buna örnek olarak domates salçaları için “tomato” markası ayırt ediciliği sağlamayacak iken, aynı markanın tekstil ürünleri için kullanılması ayırt edilme niteliğine sahip bir örnek oluşturabilecektir. Öte yandan markaların kullanıldıkça ayırt edici nitelik kazandıkları da bir gerçektir. Ancak başlangıçtan beri bu niteliğe haiz olan istisnai markalar da bulunmaktadır.⁶²

⁵⁹ MKHK’da yer alan bu iki temel ayırım dışında doktrinde; ferdi marka, garanti markası, ortak marka ve topluluk markası gibi çeşitli marka türlerinden bahsedilmektedir. Her ne kadar ferdi marka kavramı, MKHK’da açıkça yer almasa da, MKHK ile getirilen marka sistemi ferdi markaya dayanmaktadır. Bir gerçek veya tüzelkişiye ait olup, o markanın sağladığı haklar sadece bir kişiye aitse, bu markalara ferdi marka denmektedir. Garanti markası, markanın sahibi tarafından değil, marka sahibinin belirlediği, malın kalitesine ilişkin bulunan şartları gerçekleştiren her işletme tarafından kullanılabilen, malın kalitesi hakkında garantiyi simgeleyen markadır. MKHK’da ise bu tanıma uymayan bir garanti markası tanımı yer almaktadır (m.54). Ortak marka ise birden çok işletmenin adına tescilli, markanın diğer sahiplerinin aynı nitelikli hakları ile sınırlı bir şekilde, ancak bağımsız olarak hak sahibi olduğu markadır. Topluluk marka sistemi ise tek bir başvuru ile topluluk markasının iktisap edilmesini sağlamaktadır. Bu konu yukarıda ayrıca incelenmektedir ayrıca bkz. ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 1, s. 44-53, TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s.342-343.

⁶⁰ ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 1, s. 36.

⁶¹ TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s. 338.

⁶² Örneğin “Hacı Şakir” sabunlarının 1995 yılında yürürlüğe giren MKHK’den önce, dolayısıyla tescilinden çok önce, halk tarafından bilinen ve tanınan bir marka olduğu şüphesizdir.

C. Marka Hakkı

Marka hakkı; sahibine inhisar⁶³ yetkiler, malvarlıksal (maddi) haklar ve sınırlı manevi haklar sağlamaktadır⁶⁴. Markanın sahibine sağladığı bu haklar, markanın tescili ile hüküm ifade etmeye başlamaktadır⁶⁵. Özellikle MKHK m. 6 ile MKHK'nın tescil ilkesini kabul ettiği görülmektedir. Bu ilkenin kabulü sonucunda markasını tescil ettirerek koruma altına alan bir kimseye karşı, söz konusu tescilden önce aynı işaretin kullanılıyor olduğu belirtilerek, dava açmak imkansız hale gelmektedir.⁶⁶

MKHK m. 7/I (b) ve m. 8/I (b) uyarınca markaların tescilinde öncelik ilkesine yer verilmiştir. Bunun anlamı marka olarak tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir işaretin, daha sonra aynı mal veya hizmetler için başkası tarafından marka olarak seçilip tescil ettirilemeyeceğidir.

Tescil ise MKHK sistemine göre beş aşamadan geçilerek tamamlanmaktadır. Bu aşamalar; başvuru, başvurunun incelenmesi, başvurunun yayınlanması, üçüncü kişilerin görüş ve itirazlarının alınması ve tescildir.

Marka tescili için başvuruda bulunacak kişiler MKHK m. 3 ve m. 31'de gösterilmektedir. Bu maddeler uyarınca her gerçek veya tüzel kişi seçtiği işaretin, marka olarak tescil edilmesini isteme hakkına sahiptir. MKHK'dan da açıkça anlaşıldığı gibi marka tescili için bir ticari işletmenin varlığına gerek yoktur. Başvurunun yapılması sonucunda yukarıda bahsedilen öncelik hakkı elde edilmektedir. Başvurunun hukuki sonucu ise, "tescili hedefleyen bir bekleme hukuki durumunun" kazanılmasıdır.⁶⁷ Bu hukuki durum, marka tescil işlemlerinin takibi, gereğinde itiraz, yanlışlıkların düzeltilmesini isteme haklarını kapsamakla birlikte, işareti marka olarak kullanma hakkını vermemektedir. Başvuru işleminin ardından Türk Patent Enstitüsü yapılan başvuruyu ilk önce

⁶³ Kelime anlamı tekel olup, metinde tekelci haklar karşılığı kullanılmaktadır bkz. "İnhisar", Türk Hukuk Lûgatı, 4. Baskı, Ankara, 1998, s.161.

⁶⁴ MKHK m. 9/son.

⁶⁵ MKHK m. 6 ve 9.

⁶⁶ Bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki tanınmış markalar, ikincisi ise tescil edilmemiş işaretlerdir. Tanınmış markalar tescil edilmeden de istisnaen korunabilmektedirler (MKHK m.7/I (b)). Tescil edilmemiş işaret sahipleri ise, bir marka başvurusu yapıldığında MKHK m.7 veya 8 uyarınca tescile itiraz etme hakkına sahiptirler bkz. TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s. 350.

⁶⁷ TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s.355.

şekli yönden incelemekte, ardından başvuruyu yapan kişilerin MKHK m. 3'te sayılan kişilerden olup olmadığını araştırmakta ve nihayet mutlak red nedenleri yönünden başvuruyu inceleyerek, diğer aşama olan başvurunun yayınlanması aşamasına geçip geçmeme kararını vermektedir⁶⁸.

D. Markanın Korunması

Markanın korunması konusu aynı başlık altında MKHK'da m. 9 ile m. 13 arasında düzenlenmiştir. Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi MKHK tescil ile markanın korunması sistemini kabul etmiştir. Dolayısıyla tescil edilmemiş işaretler, marka korumasından yararlanamamaktadırlar.⁶⁹

Tescil edilen işaretin marka korumasından yararlanabilmesinin sınırı ise, markanın tescil edildiği sınıfta yer alan mal ve hizmetler oluşturmaktadır. Markanın tescil edilmiş olduğu sınıf dışındaki ürünlerle ilgili olarak marka koruması sağlanması sadece, tanınmış markalar için söz konusu olmaktadır. Diğer taraftan tescil ile sağlanan korumadan MKHK m. 3 anlamında, sadece marka tescili yaptırabilecek kişilerin yararlandığı kuşkusuzdur.

Bunun dışında MKHK ile sağlanan korumanın ülkesel olduğu m. 13'de de teyit edilmiştir. Bunun anlamı ise, ülke içinde tescil edilmiş olan markanın ülke sınırları dahilinde korunacağıdır.⁷⁰ Bu doğrultuda işaretini Türkiye'de tescil ettirmemiş olan yabancıların markalarının aynı veya benzer işareti içeren markalara sahip mallarının piyasaya girişini, Türk gerçek veya tüzel kişilerinin markalarından doğan koruma hakkına dayanarak engelleyemeyecekleri

⁶⁸ Türk Patent Enstitüsü ilgililerin talebi üzerine rüçhan hakkı yönünden de başvuruyu incelemeye alabilmektedir. Rüçhan hakkı ise, bu hak sahibinin başvurusunun süresi içinde başvurusu koşulu ile başkaları tarafından yapılan başvuruların önünde kabul edilmesidir. İki tür rüçhan hakkı olup, bunlardan ilki Paris Sözleşmesi uyarınca sözleşmeye taraf ülkelerden birinde bir marka tescil ettiren hak sahibinin, sözleşmeye taraf diğer ülkelerden herhangi birinde, aynı markasını 6 ay içinde öncelikli olarak tescil ettirmek hakkına sahip olmasını ifade etmektedir. İkinci rüçhan hakkı tipi ise, sergi rüçhanı olup, belli bir işareti kullanarak Paris Sözleşmesine taraf ülkelerden birinde bir mal veya hizmet sergileyen hak sahibinin bu işareti rüçhanlı olarak 6 ay içinde yine Paris Sözleşmesine taraf ülkelerden birinde tescil ettirebilmesidir bkz. TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s. 357.

⁶⁹ Tanınmış markalar tescil edilmeden de korunabilirler. Ayrıca tescil edilmeyen işaretler bazı durumlarda mutlak ve nisbi red nedenlerine dayanılarak başka bir işaretin tescilini engelleyebilirler MKHK m. 7/I (i), m. 7/I (b), m. 25, m. 8/IV (a), bkz. ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 1, s.91-94.

⁷⁰ Hakkın tükenmesi konusu Türk hukukunda olduğu gibi, Avrupa Topluluğu hukukunda da düzenlenmiş olmasına rağmen, TRIPS hükümlerinde yer almamaktadır. Bu durum doktrinde eleştirilmektedir bkz. KEYDER BROWN, Virginia: age., s. 93.

şüphesizdir. Burada bahsedilen durumun aşağıda açıklanan paralel ithalat kavramı ile aynı olmadığı, zira bu olayda aynı veya benzer markanın ancak

farklı marka/işaret sahiplerinin bulunduğu göz önüne alınmalıdır. İleride paralel ithalat kavramı da incelendiğinde görülecektir ki; paralel ithalat, bir marka sahibinin farklı ülkelerdeki iki şahsa marka hakkını kullanma izni vermesi sonucunda, iki ülkeden birine diğer ülkedeki marka kullanıcısı tarafından ithalat yapılması halinde gündeme gelmektedir.⁷¹

Genel esasları bu şekilde belirlendikten sonra, markaların sahibine sağladığı hakların MKHK m. 9/I'de düzenlendiği görülmektedir. Tescilli markanın sahibi tescil kapsamına giren mal ve hizmetlerle ilgili olarak, aynı markanın üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını yasaklayabileceği gibi⁷², tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması da marka sahibi tarafından önenebilir⁷³. Ayrıca tescilli bir markaya tecavüzün, benzer bir işaretin sadece markasal olarak kullanılması yoluyla olacağını söylemek mümkün değildir. Markanın aynı veya benzerinin ticaret hayatında kullanılması, bu kullanma dürüst olmadığı sürece marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır.⁷⁴ Ayrıca tanınmış marka sahiplerinin tescilli markalarının itibarından dolayı haksız avantaj elde edilmesi veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verilmesi halinde markalarının aynı veya benzerinin farklı mal ve hizmetlerde kullanılmasını önleme yetkisine sahiptirler⁷⁵.

Öte yandan marka sahipleri izinleri alınmadan markalarının kullanılmasını önleme hakkına da MKHK m. 9/II uyarınca sahiptirler. Her şeyden önce marka sahibinin markası ile aynı veya benzer markanın, tescilli marka kapsamındaki aynı veya benzer mallara konularak piyasaya sürülmesi marka sahibi tarafından önenebilecektir. Benzer şekilde tescilli marka kapsamındaki mal ile aynı veya benzer bir mal üzerine tescilli marka ile aynı veya benzer bir markanın konularak piyasaya sürülmesi, stoklanması marka sahibi tarafından yasaklanabilmektedir.⁷⁶ Marka sahibi, MKHK m.9/II uyarınca işaretini taşıyan malların ithalini veya ihracını engelleyebilir. Bu hüküm MKHK

⁷¹ TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s. 412.

⁷² MKHK m. 9/I (a).

⁷³ MKHK m. 9/I (b).

⁷⁴ ARKAN, Sabih: Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?, Batider, Cilt XX, Sayı 3, Haziran 2000, s.11.

⁷⁵ MKHK m. 9/I (c).

⁷⁶ MKHK m. 9/I (c).

m. 9/I (c) uyarınca tanınmış marka sahipleri açısından genişletilmiştir. Ayrıca marka sahibinin tescilli markası ile aynı veya benzer bir markanın, aynı veya

benzer mal veya hizmetlerle ilgili konuda faaliyette bulunan bir işletmenin, iş evrakında ve reklamlarında kullanılması da marka hakkına bir tecavüz teşkil etmektedir.

E. Markanın Hükümsüzlüğü ve Sona Ermesi

Markanın hükümsüzlük halleri MKHK m. 42 ila 44 arasında düzenlenmiştir. Markanın sona ermesi ise, MKHK m. 45-46'da düzenlenmiştir. Markanın hükümsüzlüğü markanın sona ermesinden farklı bir kavramdır.⁷⁷ Zira markanın hükümsüzlüğüne mahkeme karar verirken, markanın sona ermesi ihtiyardır. Sona erme; koruma süresinin dolması veya marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi ile gerçekleşmektedir. Bunun dışında markanın hükümsüzlüğü geçmişe etkili iken, markanın sona ermesi ileriye etkilidir. Ancak her iki halde de marka sicilinden terkin edilmektedir. Ayrıca markanın hükümsüz sayılması sonucu, eski marka sahibi markayı kullanmaya devam edemezken, markanın sona ermesi nedeniyle marka sahibi markasını kullanmaya devam edebilir, hatta adına tekrar tescilini talep edebilmektedir.⁷⁸

Hükümsüzlük (iptal) nedenleri ise; mutlak veya nispi red sebeplerinden herhangi birinin varlığına rağmen bir işaretin marka olarak tescil edilmiş olması⁷⁹, markanın MKHK m. 14 anlamında kullanılmaması⁸⁰, markanın sahibinin davranışları nedeniyle markanın ilgili mal ve hizmetler için yaygın hale gelmesi, hatta üzerine konulduğu malla veya ilişkili olduğu hizmetle özdeşleşmesi⁸¹, markanın hak sahibi veya yetkili kıldığı kişi tarafından kullanılması sonucunda tescil edildiği mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta yanlış anlamaya sebep olması⁸² ve markanın teknik yönetmeliğe aykırı kullanılması⁸³ hallerinde marka iptal edilebilmektedir.

⁷⁷ 89/104 sayılı Direktifte markanın, mutlak veya nispi engellerin varlığına rağmen tescil edilmiş olması halinde tescilin hükümsüzlüğünden (*invalidity*),sonradan ortaya çıkan nedenler dolayısıyla ise markanın iptalinden (*revocation*) söz edilmiştir bkz. ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 2, Ankara, 1998, s. 155.

⁷⁸ MKHK m.8/7, m. 35/2.

⁷⁹ MKHK m. 7-8.

⁸⁰ “Markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir.” MKHK m. 14/I.

⁸¹ MKHK m. 10, m. 42/b.

⁸² MKHK m. 42/e.

⁸³ MKHK m. 42/f.

MKHK m. 44/2 uyarınca hükümsüzlük kararı verilmesinden önce markaya tecavüz nedeniyle kesinleşmiş olan kararlar bu hükümsüzlük

kararından etkilenmez. Aynı şekilde markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesinden önce yapılmış ve uygulanmış sözleşmelerin geçerlilikleri de bu karardan etkilenmemektedir.

Marka MKHK m. 45 uyarınca iki halde sona erer:

- 1) Koruma süresinin dolması ve marka sahibi tarafından yenilenmemesi veya
- 2) Marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi sonucu.

III. PATENT

Patent bir kişinin buluşu üzerinde almış olduğu, o buluş üzerinde kendisine inhisarî haklar bahşeden, bir belgedir. Diğer deyişle patent, yeni bir ürün, üretim yöntemi ya da herhangi bir yenilik bulan kimseye, bu buluşu üzerinde mülkiyet hakkı veren bir ayrıcalıktır.⁸⁴

1. Avrupa Topluluğunda

Avrupa Topluluğunda patent hukuku temelde üye ülkelerin mevzuatlarının yanında Roma Antlaşmasının ilgili hükümleri, Avrupa Patent Anlaşması (*European Patent Convention-EPC*⁸⁵) ve Patent İşbirliği Anlaşması eliyle düzenlenmektedir (*Patent Cooperation Treaty-PCT*^{86 87 88}). Ancak Topluluk hukukunda marka korumasında olduğu gibi henüz bir “Topluluk patenti” kavramı yaratılamamıştır. Üye devletler arasında (İrlanda ve Danimarka hariç) Topluluk Patent Sözleşmesi (*Community Patent Convention-CPC*⁸⁹) adı altında bir sözleşme imzalanmış ve bu sözleşme ile tek bir patent başvurusu

⁸⁴ BAŞARAN, Tuğba: age., s. 25.

⁸⁵ *Convention on the Grant of European Patents of 5 October 1973 (as amended) (Protocol on a possible modification of the conditions of entry into force of the agreement relating to community patents, 30/12/1989, OJ L 401).*

⁸⁶ Türkiye PCT anlaşmasını 7/7/1995 tarih ve 4115 sayılı kanunla kabul etmiştir.

⁸⁷ YALÇINER, Uğur G.: Sınai Mülkiyet’in İlkeleri, Ankara, 2000, s.51.

⁸⁸ IPC (*International Patent Classification*) ise, WIPO tarafından yürütülen çok taraflı bir anlaşma olan Strasbourg Antlaşmasına dayanmaktadır. IPC patentlere, sağlanan koruma ile ilgili bir anlaşma olmayıp, patentlerin tescilinde kolaylık sağlayan bir patent sınıflandırmasını öngörmektedir. Bu doğrultuda IPC her 5 yılda bir yenilenen ve teknolojiyi 8 ana bölümde yaklaşık 67.000 alt bölümlere ayıran bir uluslararası patent sınıflandırması sistemidir bkz. ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal: age., s.30-31.

⁸⁹ 76/76/EEC *Convention for the European Patent for the Common Market*, OJ 1976, L 17/1.

sonucu, tüm Avrupa Topluluğu ülkelerinde geçerli bir patent hakkı elde edilmesi amaçlanmıştır.⁹⁰ Ancak bu sözleşme Topluluk üyesi iki ülke olan

İrlanda ve Danimarka'nın bu anlaşmayı kabul etmemeleri nedeniyle henüz yürürlüğe girememiştir. Zira her iki ülke de bu nitelikte bir uluslararası anlaşmayı egemenliğin devri anlamını taşıyan anlaşmalar olarak görmektedir. Bu sonuç ise, ilgili ülkelerde referanduma gidilmesi veya parlamentoda büyük bir çoğunluğun sağlanması yükümlülüklerini getirdiğinden, 1975 yılında imzalanan anlaşmanın yürürlüğe girmesi bu tarihe kadar engellenmiştir.⁹¹ CPC'nin yürürlüğe girmesi yolunda yapılan son ciddi çalışma ise, 1989 yılında yapılan Lüksemburg görüşmeleridir.⁹² Ancak bu görüşmeler de sonuç vermemiştir, zira artık ülkeler arasında yaşanan temel sorun; tercüme sorunu ve uyuşmazlıkların çözümü için anlaşmada öngörülen sistem olmuştur. Topluluğun bütününde tek bir tescil ile geçerli olacak bir patentin Topluluğun tüm resmi dillerine (11 tane) çevrilmesi zorunludur. Bu durumun ise buluş sahiplerine ekstra tercüme masrafı yükleyeceği tartışmasıdır. Oysa EPO sisteminde öngörülen Avrupa Patenti, tüm üye devletlerde kendiliğinden geçerli olacak bir patent sistemi getirmemekte, buluş sahibinin koruma talep ettiği ülkeleri başvurusunda belirtmek suretiyle sadece patent koruması talep edilen ülkelerde koruma sağlanmasına imkan vermektedir. Dolayısıyla EPO sisteminin son derece esnek olduğu ifade edilmekle birlikte, maliyet açısından karışık ve hiçbir hukuk düzenini patent konusundaki anlaşmazlıkları çözmeye yetkili kılmamış olması açısından riskli olduğu belirtilmektedir.⁹³

CPC sisteminde karşı çıkılan ikinci nokta ise, uyuşmazlıkların çözümü konusundadır. Bu konuda sistem içinde ilk derece mahkemeleri olarak ulusal mahkemeler, ikinci derece mahkemesi olarak da topluluğun bir organı olarak faaliyet gösterecek olan bir mahkemenin kurulması öngörülmüştür.⁹⁴ Bu konuya ise, ülkeler sosyo-politik nedenlerle olumlu yaklaşmamaktadır.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, CPC uyarınca elde edilecek patent hakkı ile EPC uyarınca elde edilen patent hakkı arasında farklılık vardır. Nitekim CPC uyarınca elde edilecek patent hakkı, başvuru sonucu tüm üye ülkelerde geçerli olacaktır. Halbuki EPC uyarınca tek bir başvuru ile ancak başvuruda belirtilen ülkelerde koruma sağlamak mümkündür. Ayrıca her koruma talep edilen ülke için de başvuru harç ve ücretlerinin yatırılması gerekmektedir.

⁹⁰ ÖZCAN, Mehmet: Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, 1999, s.185.

⁹¹ ÖZCAN, Mehmet: age., s. 184.

⁹² Richard POYDNER'in EPO Uluslararası Hukuk İşleri Genel Müdürü Gert KOLLE ile yapmış olduğu röportaj, www.derwent.com.

⁹³ BAŞARAN, Tuğba: age., s. 30.

⁹⁴ Richard POYDNER'in EPO Uluslararası Hukuk İşleri Genel Müdürü Gert KOLLE ile yapmış olduğu röportaj, www.derwent.com.

Diğer taraftan EPC ve CPC arasındaki bir diğer fark ise, EPC sisteminin üye ülkelerde mevcut olan ulusal patent mevzuatının

yeknesaklaştırılmasını hedeflememesi, sadece Avrupa’da tek bir patent verilme sisteminin oluşturulması amacıyla kurulmuş bir patent sistemi olmasıdır. CPC’nin temel amacı ise, üye ülkelerin patent mevzuatlarındaki farklılıkları ortadan kaldırmaktır.

A. Roma Antlaşmasının İlgili Maddeleri

Roma Antlaşmasının sınai hakları düzenleyen 30. maddesinde sınai ve fikri hakları birbirinden ayırmadığı gibi, sınai haklar içerisinde marka ve patent hakları olarak da bir ayrıma tutmamıştır. Sadece malların serbest dolaşımına istisna oluşturabilecek hallerden birinin de fikri ve sınai haklar olduğu ifade edilmektedir.

Dolayısıyla yukarıda marka bölümünde Roma Antlaşmasının ilgili hükümlerinde incelenen tüm konular patent içinde geçerlidir.⁹⁵

B. Avrupa Patent Sözleşmesi (EPC)

1973 yılında Münih’te imzalanan “Avrupa Patentlerinin Verilmesi Hakkındaki Sözleşme” uluslararası bir sözleşmedir. Avrupa Patent Sözleşmesi-EPC Avrupa Patent sisteminin kuruluşunu sağlamıştır. Bu sistemi işletecek olan Avrupa Patent Ofisi-EPO ise 1978 yılında kurulmuştur. Merkezi Münih kentinde olup, Lahey, Berlin ve Viyana’da da enformasyon büroları bulunmaktadır. EPC sadece üye devletlerin katılımına açık bir sözleşme değildir, nitekim 15 üye devletin yanında İsviçre, Güney Kıbrıs, Lihtenştayn, Monako ve Türkiye gibi ülkelerin de sözleşmeye taraf olduğu belirtilmelidir.⁹⁶ Türkiye EPC’ye 4504 sayılı “Avrupa Patentlerinin Verilmesi ile ilgili Patent Sözleşmesi ve Eklerine Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun” ile dahil olmuştur.⁹⁷ Türkiye açısından EPC’ye katılımın fiilen yürürlüğe girmesi ise, 1 Kasım 2000 tarihinde

⁹⁵ Bkz. Bu çalışma § 1, II, 1, A-Roma Antlaşmasının İlgili Maddeleri.

⁹⁶ EPC’ye taraf ülkeler: Almanya, Avusturya, Belçika, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Danimarka, İspanya, Hollanda, Finlandiya, Portekiz, Fransa, İsveç, İngiltere, İsviçre, Güney Kıbrıs, Lihtenştayn, Monako, Türkiye. www.epo.org. 2002 Temmuz ayından itibaren Baltık ülkelerinin de (Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Polonya, Romanya vb) EPC’ye taraf olacağı ifade edilmektedir bkz. DESANTES, Manuel: Intellectual Property and Competition Law The European Patent System and Its Future, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Cilt 1, s.398.

⁹⁷ RG., 29/01/2000, No 23948.

gerçekleşmiştir. Diğer taraftan EPO'nun OHIM gibi bir AB kuruluşu olmadığını da belirtmek gerekir.^{98 99}

Bir buluşun Avrupa Patenti olarak tescil olunabilmesi için buluşun patent olarak tescil edilebilir olması, yeni olması ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekmektedir.^{100 101} Buluşun Avrupa Patenti alabilmesi için ilk aşama, patent alınması için Münih, Berlin veya Lahey ofislerinden birine ya da EPC'ye üye ülkelerden birinin ulusal patent ofisine bu doğrultuda bir başvuru yapılmış olmasıdır.¹⁰² Başvuruyu mucit veya onun mirasçıları yapabilmektedir.¹⁰³ Ancak başvurunun dikkate alınabilmesi için EPO'nun resmi dilleri olan İngilizce, Fransızca veya Almanca dillerinden birinde yapılması zorunludur.¹⁰⁴ Başvurunun yapılmasının ardından başvuru, başvurunun yapıldığı ofis tarafından şekli incelemeye tabi tutulur. Bu incelemenin ardından araştırma raporu hazırlanır ve başvuru araştırma raporu ile birlikte yayınlanır. Ayrıntılı inceleme raporunun sonucunda ise, başvuruya kısmen ya da tamamen patent verilmesine veya patent verilmesi isteminin reddine karar verilmektedir. Ayrıntılı inceleme ise yenilik, sanayiye uygulanabilirlik ve buluşun uzman kişi açısından aşikar olup olmadığı kriterlerine göre yapılmaktadır. Patent verilmesinden itibaren dokuz ay süreyle herhangi bir üçüncü kişi patente karşı EPO bünyesinde yer alan İtiraz Birimi'ne itiraz edebilmektedir. Bu dokuz ayın geçirilmesinden sonra itirazlar ancak belli konulara indirgenmekte¹⁰⁵ ve itirazlar sadece ulusal mahkemelere yapılabilmektedir. Bu durumda ulusal mahkemeler ancak m. 138'de sayılan nedenlerden birine dayanarak patentin hükümsüzlüğüne karar verebilmektedirler. Bu nedenler ise: Patent patentlenebilirlik şartlarının olmaması, buluşun yeterli açıklıkta tanımlanmamış olması, patentin başvuru aşacak şekilde verilmiş olması, koruma çerçevesinin genişletilmesi¹⁰⁶ ve patent sahibinin patent hakkının gerçek sahibi olmaması halleri ile sınırlandırılmıştır. Öte yandan tescil edilen patentlere lisans da verilebilmektedir.¹⁰⁷

⁹⁸ YALÇINER, Uğur G.: age., s. 62.

⁹⁹ ÖZKAN, Mehmet: age., s. 186.

¹⁰⁰ EPC m. 52.

¹⁰¹ ORTAN, A. Necip: Avrupa Patent Sistemi, Cilt 1, Ankara, 1991, s. 67 vd.

¹⁰² Avrupa Patenti verilmesi usulünün milli usullere kıyasla daha şekli olduğu ve daha ağır yaptırımlara tabi tutulduğu görüşü için bkz. ORTAN, A. Necip: age., s. 99.

¹⁰³ EPC m. 62.

¹⁰⁴ EPC m. 14/1.

¹⁰⁵ EPC m. 100.

¹⁰⁶ Koruma kapsamının sınırı 69. madde ve 69. maddenin yorumlanması ile ilgili Protokolle belirlenmektedir. Buna göre korumanın sınırının patent istemlerinin içeriğine göre mahkemelerce araştırılması gerekmektedir bkz. COOK, Trevor: agm., s. 40-41.

¹⁰⁷ EPC m. 73.

EPC'de, 40/94 sayılı Konsey Tüzüğünde de olduğu gibi usuli hükümler yer almamakta, sadece maddi hükümlere yer verilmektedir. Zira üye devletler

arasında maddi hükümler açısından büyük farklılıklar olmamakla birlikte usuli hükümler açısından farklılıklar mevcuttur.¹⁰⁸

C. Patent İşbirliği Anlaşması (PCT)

1970 tarihli Patent İşbirliği Anlaşması (PCT) ise aslında Avrupa Topluluğuna has bölgesel bir anlaşma olmayıp, uluslararası bir anlaşmadır. Nitekim 1883 tarihli Paris Sözleşmesine taraf olan tüm ülkelerin bu anlaşmaya da taraf olabilecekleri, dolayısıyla çok sayıda üyesi bulunduğu ve Avrupa Topluluğu ülkelerinin de bu anlaşmaya taraf oldukları göz önüne alınarak, bu çalışmada bu anlaşmaya da değinilmiştir.

PCT'nin başlıca amacı patent verilirken yapılacak araştırmanın uluslararası kuruluşlardan birine yaptırılması ve bu araştırmanın sonucunda PCT anlaşmasına üye ülkelerde (başvuruyu yapanın talebinde belirttiği ülkelerde) patent koruması sağlanması, bu şekilde zamandan ve paradan tasarruf etmektir. Zira tek tek her ülkede patent koruması elde edebilmek için başvuru yapılmasının; bu başvuruların ülkelerin resmi dillerine çevrilmesinin ve her ülkede farklı usuli işlemlerden geçilmesinin, önemli miktarda para ve zaman sarfına neden olacağı tartışmasızdır. Bu olumsuzlukları önlemek amacıyla uluslararası bir anlaşma niteliğinde olan PCT öngörülmüştür.¹⁰⁹ PCT patent başvurusu ve buluşun yeniliği konusunda araştırma yapılması aşamalarında ülkeler arasında bir yeknesaklık oluşturulmasını sağlamakta, ancak patent başvurusunun incelenmesi ve patent verilmesi işlemleri tamamen taraf ülkelere ait olmaktadır.¹¹⁰

PCT, anlaşmaya taraf ülkelerin patenle ilgili mevzuatlarını yürürlükten kaldırmamakta, hatta buluş sahipleri başvurularını dilerlerse kendi ulusal mevzuatlarının öngördüğü şekilde, dilerlerse PCT sisteminin öngördüğü şekilde yapabilmektedirler.¹¹¹ Ancak PCT anlaşmasının öngördüğü şekilde başvuru yapmak sadece PCT'ye taraf ülke vatandaşlarının sahip olduğu bir haktır.

¹⁰⁸ COOK, Trevor: agm., s. 42.

¹⁰⁹ PCT'ye çeşitli bölgelerden ve kıtalardan çok sayıda ülke tarafıdır. Türkiye dahil 115 üye ülkesi bulunmaktadır. www.wipo.int

¹¹⁰ ARIKAN, Ayşe Saadet: EPO Üyeliği ve Türkiye için Anlamı, Türk Patent Enstitüsü ve Avrupa Patent Ofisi Avrupa Patent Sistemi ve Türkiye Sempozyumu, 22-23 Mayıs 2001, İstanbul, www.turkpatent.org.tr

¹¹¹ YALÇINER, Uğur G.: age., s. 52.

Diğer taraftan PCT yoluyla tescil edilen patentler her zaman daha güçlü patentler olarak kabul edilmektedir, çünkü bu patentler tescil edilmeden önce uluslararası kuruluşlarca incelenmektedir.

2. 551 Sayılı KHK Çerçevesinde Türk Hukukunda Patent Hakkı

Türkiye’de ilk patent kanunu 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunudur. Bu kanun Fransa’da aynı nitelikli kanun mehzaz alınarak yürürlüğe konmuştur. İhtira Beratı Kanunundan sonra ise, 1995 yılında 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (PKHK)¹¹² ve Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik¹¹³ yürürlüğe girmiştir.

Patent verilmesinin, dolayısıyla patent düzenlemelerinin amacı PKHK m. 1’de öngörüldüğü üzere, “buluş yapma faaliyetinin özendirilme(si), buluşların sanayiye uygulanması ile teknik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesini(n) sağla(nmasıdır)”. Bu şekilde buluşunun belli süre ile koruma kapsamında olacağını, dolayısıyla emeğinin karşılıksız kalmayacağını düşünen mucitlerin, buluş yapma suretiyle teknolojik, dolayısıyla ekonomik ilerlemeye katkıda bulunmaları amaçlanmıştır. Nitekim endüstrinin gelişmesinin, ekonominin büyümesinin ve verimliliğin artırılmasının sanayi alanında gerçekleştirilecek sürekli yeniliklerle mümkün olabileceği tartışmasızdır.

A. Buluş Kavramı

Patentin konusunu buluş oluşturmaktadır. Zira buluş, teknik bir sorunu çözen bir kural, formül, teori veya bir uygulama olabilmektedir. Ancak PKHK’da buluşun bir tanımı yapılmamıştır. Bu bir anlamda isabetli olmuştur, zira bu şekilde patent hukuku katı bir buluş tanımına bağlı kalmayıp, esnekliğini devam ettirebilmiştir. Nitekim teknolojinin sürekli ilerlediği ve gelişim gösterdiği göz önüne alındığında, buluş kavramının kesin bir tanıma bağlanması, patent hukukunun tanım kapsamına girmeyecek yeni buluşlara gerekli korumayı sağlamasını güçleştirebileceği düşünülebilir. Öte yandan genel anlamda buluş, “bir beşeri gereksinim olarak ortaya çıkan soruna teknik alana giren, uygulanabilir bir öğreti ile çözüm getiren, fikri bir ürün”¹¹⁴ olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, buluşun teknik bir alana

¹¹² RG. 27/07/1995, No. 22326. Değişiklik 556/KHK (RG. 22/09/1995, No. 22412) ve 4128 s.k. (RG. 07/11/1995, No. 22456).

¹¹³ RG. 5/11/1995, No. 22454.

¹¹⁴ TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s. 497.

ilişkin olması, uygulanabilir olması ve bir soruna çözüm getirmesi gerekmektedir.

Bu doğrultuda teknik alan dışında yapılan buluşlar patente konu olamazlar. Örneğin edebiyat, sanat alanında yapılan buluşlar, matematik formülleri, keşifler, reklam yöntemleri gibi yenilik getiren unsurlar buluş sayılamazlar. Benzer şekilde hayvan ve bitki yetiştirme usulleri, insan veya hayvan organizmaları üzerinde geliştirilen cerrahi yöntemler patente konu olamazlar.¹¹⁵

Buluşun sadece teknik alana ilişkin olması, bu buluşa patent verilmesi için yeterli olmamakta, buluşun ayrıca uygulanabilir olması aranmaktadır. Uygulanabilir olmakla kastedilen bilimsel olmak, yani buluşun tekrar edilmesi ve tekrar edildiğinde aynı sonucu vermesi anlamında kullanılmaktadır. Bu unsur PKHK m. 5’de buluşun “sanayiye uygulanabilir” olması ifadesiyle hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan buluşun teknik bir soruna çözüm getirmesi beklenmektedir. Sadece bir sorunu ortaya koyan ya da sorun hakkında bir görüş açıklaması niteliğini taşıyan açıklamalar buluş olarak nitelendirilmemektedir.

B. Patent Verilebilirlik Şartları

PKHK m. 5 uyarınca bir buluşa patent verilebilmesi için buluşun yeni olması, sanayiye uygulanabilir olması ve buluşun PKHK m. 6’da öngörülmuş olan patent verilemeyecek konulara ilişkin olmaması gerekmektedir.

Yenilik unsuru ise PKHK m. 7’de öngörülmüştür. İlgili maddede tekniğin bilinen durumunu aşan buluşların yeni olduğu ifade edilmiştir. Tekniğin bilinen durumunun aşılması kavramı ise, PKHK m. 9’da irdelenmiş ve tekniğin bilinen durumu kavramının; patent başvurusunun yapıldığı tarihten önceki bir tarihte o buluş konusunda dünyanın her hangi bir yerinde toplumca erişilebilir biçimde, yazılı veya sözlü tanıtım yoluyla ortaya konulmuş veya kullanım ya da başka yollarla açıklanmış bilgilerin tümü olduğu belirtilmektedir. Buluşun, tekniğin bilinen durumunu aştığını tespit edecek kişi ise, PKHK m. 9 uyarınca buluşun yapıldığı alanda uzman olan kişidir.

Ayrıca buluşun sanayiye uygulanabilir olması yani; “tarım dahil sanayiinin herhangi bir dalında üretilebilir veya kullanılabilir” olması aranmaktadır.¹¹⁶

¹¹⁵ PKHK m.6.

¹¹⁶ PKHK m. 10.

Son olarak da buluşun patent verilerek koruma kapsamına alınabilmesi için buluşun, PKHK m. 6'da yer alan patent verilemeyecek konulara dahil olmaması gerekmektedir.

C. Patent Verilmesi

PKHK'da gerçek buluş sahibi ilkesi benimsenmiş ve önceden getirilmiş olan başvuru sistemi kaldırılmıştır. Ayrıca buluşun fikri bir ürün olduğu göz önüne alınarak buluş sahibinin sadece gerçek kişi olabileceği ifade edilmiştir.

Patent başvurusu, buluş sahibi, onun yetkili temsilcisi veya işveren tarafından Türk Patent Enstitüsü (TPE) nezdinde yapılabilir. Başvurunun yapılmasını takiben TPE başvuru hakkında inceleme başlatmaktadır. Bu incelemede ilk önce başvuru şekli açısından, yani başvuru belgelerinin tam olup olmamasına göre bir inceleme yapılmaktadır. Daha sonra buluşun patent verilemeyecek konulara ilişkin bir buluş olup olmadığı ve sanayiye uygulanabilir niteliği olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapılmaktadır. Bu iki aşamayı takiben başvuru TPE bülteninde yayınlanmaktadır. Ayrıca başvuru sahibi TPE'den tekniğin bilinen durumunun aşıldığına ilişkin rapor hazırlanmasını talep etmektedir. Bu rapor uluslararası niteliği haiz araştırma kuruluşlarınca hazırlanmakta ve sonra yayınlanmaktadır.¹¹⁷

D. Patent Hakkından Doğan Haklar

Marka hakkında olduğu gibi patent hakkı da sahibine haklar bahşetmektedir. Bu hakkın olumlu tarafı sahibine kullanma, ekonomik anlamda patentten faydalanma hakkı vermesi, olumsuz tarafı ise patentin başkası tarafından izinsiz kullanımını önleme yetkisi vermesidir.

Ancak bu hak çeşitli açılardan sınırlandırılmıştır. Örneğin patent, markanın aksine zaman itibarıyla sınırlandırılmıştır. Marka TPE'ye belirlenen

¹¹⁷ Başvuru şekli ve başvurunun incelemesi aşamaları aynı olan iki sistem mevcuttur, bunlar; "incelemeli patent" ve "incelemesiz patent" olarak adlandırılırlar (PKHK m. 60 ve 62). İki sistem arasındaki farklılık tekniğin bilinen durumuna ilişkin hazırlanan rapora itiraz edilip edilmemesinden doğar. İncelemesiz patentte üçüncü kişilerin araştırma raporuna itirazları ve başvuru sahibinin bu itirazlara karşı görüşleri dikkate alınmadan başvuru sahibine incelemesiz patent verilir. Ancak incelemesiz patentin süresi başvuru tarihinden itibaren 7 yıldır. İncelemeli patentte ise üçüncü kişilerin itirazları, başvuru sahibinin karşı görüşleri göz önüne alınır ve bir yeterlilik raporu hazırlanır (PKHK m. 62/7). İncelemeli patentin süresi ise, 20 yıldır.

ücret ödendiği müddetçe sınırsız bir koruma hakkı bahsetmekteyken, patent koruması 20 yıllık bir süre ile sınırlıdır. Patent koruması markada da olduğu gibi

ülkeseldir. Yine markada olduğu gibi patent hakkı sahibi veya onun izni ile üçüncü kişi patent konusu ürünleri veya usul patentinin¹¹⁸ uygulanmasının doğrudan sonucu olan ürünleri, bir kere ticaret alanına soktukten sonra artık patent hakkı korumasından faydalanamamaktadır.¹¹⁹ Patent hakkının tüketilmesi ilkesi ise, doktrinde karşı görüşler olmasına rağmen, marka hakkının tükenmesinde olduğu gibi ülkesel bir tükenme olarak kabul edilmiştir. Ancak 76. maddede patentli ürünün piyasaya sürülmesi değil ve fakat “satışa” sunulması ifadesi kullanılmış olduğundan, burada piyasaya sürülmede satışa sunulma amacı aranacağı ve satışa sunma olarak nitelendirilemeyecek haller olan kiralama, bağış gibi fillerin madde kapsamı dışında kalacağı belirtilmelidir.¹²⁰

Diğer taraftan PKHK m. 77 uyarınca patent sahibi ön kullanım hakkına sahip kişinin kullanımını engelleyemez. Patent alınmasından önce patenti kullanan veya kullanmaya hazırlanan kişi patent sahibi tarafından bu kullanmadan mahrum bırakılmaz meğer ki, ön kullanım hakkı sahibi kötü niyetli olsun.

Patent hakkını sınırlandıran son durum, PKHK m. 114-118 hükümlerinde düzenlenmiş olan zorunlu lisanstır. Zorunlu lisans verilmesine; patentin kullanılmaya başlanması için gerekli sürenin geçmiş olmasına rağmen patent sahibi tarafından patentin kullanılmaması ve patentin kamu yararı ile ilgili olması hallerinde, mahkeme tarafından karar verilir. Ayrıca patent bir diğer patentin kullanılmasına bağlı ise, patentin sahibi tarafından kullanıma sokulmaması nedeniyle diğer patent hakkı sahibi patentini kullanamıyorsa, yine bu patent sahibi de zorunlu lisans verilmesini mahkemeden talep edebilmektedir.

E. Patent Hükümsüzlüğü ve Patent Hakkının Sona Ermesi

Patent, PKHK’da sayılan sebeplerin bulunması halinde mahkemece hükümsüz kılınabilir. Sona erme ise, patent sahibinin isteği ile herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın gerçekleşmektedir. Hükümsüzlük halleri de, sona erme halleri de sınırlıdır. Patent hükümsüzlüğüne karar verildikten

¹¹⁸ Usul patenti patentin bir türü olup, bir ürünü veya yan ürünleri de oluşturan veya ürün niteliği taşımayan sonuçlar meydana getiren teknik ve sıralı olguların düzenini ve bu düzende kullanılan maddeleri belirleyip içeren bir çözüm olarak tanımlanmaktadır bkz. TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku , s.554.

¹¹⁹ PKHK m.76.

¹²⁰ ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal: age., s. 98.

sonra, kişi patenti kullanmaya devam edememekte, ancak patent sahibi ve diğer üçüncü kişiler patent hakkının sona ermesinden sonra patenti kullanabilmektedirler. Patentin hükümsüzlüğüne mahkeme karar verirken, sona erme için böyle bir zorunluluk yoktur.

Patentin hükümsüz kılınabilmesi için açılacak davada, patent konusunun PKHK uyarınca patent alınabilirlik şartlarına uygun olmadığı¹²¹, buluşun yeteri kadar açık ve tam olarak açıklanmamış olduğunun¹²², patent konusunun başvuru kapsamı dışına çıktığının¹²³, birbirinden bağımsız bir çok buluş için tek patent verildiğinin¹²⁴, patent sahibinin gerçek buluş sahibi olmadığı¹²⁵, ileri sürülmesi gerekmektedir.

Şu halde hükümsüzlüğüne karar verilen patent tescil tarihinden itibaren geçersiz sayılmaktadır.¹²⁶

Patent hakkı ise, üç halde sona ermektedir. Koruma süresinin dolması halinde (PKHK m. 131/1), patent sahibinin patent hakkından vazgeçmesi halinde (PKHK m. 131 ve 135) ve Türk Patent Enstitüsüne ödenmesi gereken yıllık ücretlerin ödenmemesi hallerinde patent hakkı sona ermektedir (PKHK m. 134).

¹²¹ PKHK m.5-10.

¹²² PKHK m. 129 1/b.

¹²³ PKHK m. 129 1/c.

¹²⁴ PKHK m. 129/3-4.

¹²⁵ PKHK 129/1 d.

¹²⁶ PKHK m. 131.

İkinci Bölüm

AVRUPA TOPLULUĞUNDA MARKA VE PATENT HAKLARININ KULLANILMASININ HAKİM DURUM AÇISINDAN İNCELENMESİ

I. AVRUPA TOPLULUĞU REKABET HUKUKUNDA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Avrupa Topluluğu rekabet hukuku düzeni temelde Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 81, 82 ve 86. (eski m. 90) maddeleri ve bu maddelere dayanılarak çıkarılan tüzüklerle düzenlenmiştir¹²⁷. Yapısı itibariyle Avrupa Topluluğu rekabet hukuku, Topluluğa dahil olan ülkelerin rekabet hukuklarının üstünde yer almaktadır.¹²⁸ Nitekim bu durum Topluluk hukukunun niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Bu çerçevede Topluluk rekabet hukukunun asıl amacı ortak pazarın kurulması ve etkin şekilde işlemesidir. Nitekim bir anlaşmanın, eylemin Topluluk rekabet hukukuna aykırı olabilmesi için bu anlaşma veya eylemin ortak pazarı etkileyecek boyutta olması şartı aranmaktadır¹²⁹. Aksi halde bu eylem hakkında karar verme yetkisi üye ülkelerin rekabet düzenlerine kalmaktadır. Dolayısıyla rekabet hukukunun ATAD ve İlk Derece Mahkemesi ile Avrupa Topluluğu Komisyonu tarafından yorumlanması daima ortak pazarın etkin işlemesi, bölünmemesi ve daha sıkı bir entegrasyonun sağlanması ilkeleri çerçevesinde gerçekleşmektedir.

Avrupa Topluluğu rekabet hukuku düzeninde 81 ve 82. maddeler birbirini tamamlar niteliktedir.¹³⁰

¹²⁷ Örnek olarak 17/62 sayılı Topluluk Tüzüğü (*Council Regulation 17: First Regulation Implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, OJ P 013, 21/02/1962 P 0204-0211*) ve 4064/89 sayılı Birleşmelerin Denetlenmesi Tüzüğü (*Council Regulation 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations Between Undertakings, OJ L 395, 30/12/1989 P 001*) verilebilir.

¹²⁸ Ancak *Walt Wilhelm/Bundeskartellamt* (Case 14/68, 1969, ECR 1, p. 5) kararında şarta bağlı olarak Topluluk ve ulusal rekabet hukuklarının paralel ve gereğinde ulusal hukukun Avrupa Topluluğu hukukundan bağımsız olarak uygulanmasına olanak tanınmıştır bkz. TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal: Avrupa Birliği Hukuku, s.387.

¹²⁹ Bu kavram madde metinlerinde “üye devletlerarası ticareti etkilemesi mümkün olan anlaşma (...) eylemler” olarak ifade edilmektedir (m. 81/I, m.82/I).

¹³⁰ Nitekim her iki maddenin birbirini tamamlayıcı nitelikte oldukları ATAD’ın *Continental Can* (Case 6/72, (1973), ECR 215) davasında verdiği kararlar ortaya çıkmıştır bkz. ARALAN, Gökhan: Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Türkiye, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Yayın No 49, Ankara, 1999, s. 89.

Birden çok işletmenin aralarında akdettikleri anlaşmalar, uyumlu eylemler vasıtasıyla rekabet düzeninin bozulması halinde, 81. madde uygulanmakta, bir veya birden çok işletmenin hakim durumlarını kötüye kullanmaları halinde ise, 82. madde devreye girmektedir. Dolayısıyla her iki madde farklı durumları düzenlemekle birlikte birbirlerini tamamlar niteliktedir.¹³¹ ATAD da her iki maddenin farklı seviyelerde etkin rekabetin sağlanması amacını gerçekleştirmeye çalıştığını ifade etmiştir.¹³² Her ne kadar her iki madde iki farklı durumu düzenliyor olup, birbirini tamamlar nitelikte de olsalar, bu durum iki maddenin tek bir olaya uygulanmasını engellememektedir. Nitekim *Tetra Pak*¹³³ davasında *Tetra Pak*'ın devraldığı *Liquipak*'ın sahip olduğu patentin 81/3 uyarınca muafiyet kapsamında olmasına rağmen ATAD, *Tetra Pak*'ın 82. madde uyarınca hakim durumunu kötüye kullandığı kararını vermiştir.¹³⁴

Her iki madde arasındaki farklılıklara ve tamamlayıcı özelliklerine rağmen, maddelerin birbirine benzer nitelikleri de mevcuttur.¹³⁵ ATAD her iki hükmün de aynı lafzi yoruma tabi tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Bu doğrultuda her iki maddede de yer alan “teşebbüs” kavramı aynı anlamda kullanılmaktadır. Aynı şekilde her iki hükümde de “üye devletlerarası ticaret” kavramı yer almaktadır. Nihayet her iki maddede yer alan “ortak pazarla bağdaşmama” ifadesi, ATAD tarafından aynı yoruma tabi tutulmaktadır. Bu ifadeden ortak pazar içinde rekabetin engellenmesi veya sınırlanmasının ortak pazarla bağdaşmadığı anlamı çıkarılmaktadır.

1. Hakim Durum Tanımı

Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda Amerikan rekabet hukuku sisteminden farklı olarak hakim durumda olmak, hatta tekel konumunda olmak yasaklanmamış¹³⁶ sadece bu hakim durumun kötüye kullanılması

¹³¹ WEATHERILL, Stephen/BEAUMONT, Paul: European Competition Law, Second Edition, London, 1995, s.723.

¹³² Case 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* (1973), ECR 215, p. 25.

¹³³ Case T-51/89 *Tetra Pak Rausing SA v Commission*, (1990), ECR II-309, p.14 vd.

¹³⁴ Bu yönde Case C-395 & 396/96P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA and others v Commission*, (2000), ECR I-1365, p. 33. Ayrıca bkz. bu çalışma § 2, III, 2, G-Birleşme ve Devralmalar Yoluyla Sınai Hakların Ele Geçirilmesi.

¹³⁵ ARALAN, Gökhan: age., s. 86-88.

¹³⁶ ASLAN, Yılmaz: Rekabet Hukuku Türkiye’de Rekabet Kanunu Çalışmaları ve Bir Kanun Önerisi, Baskı 2, Bursa, 1993, s. 75.

yasaklanmıştır.¹³⁷ ¹³⁸ Bu şekilde belli bir piyasada tekel konumunda olan veya çok yüksek pazar payına sahip bir teşebbüsün, gücünü kötüye kullanarak tüketiciler veya diğer rakip teşebbüsleri sömürmesi veya onların piyasadan silinmesini amaçlaması engellenmeye çalışılmıştır. Nitekim bu düşünce rasyonel ve kaynakların etkin kullanımına yönelik bir düşünce tarzıdır. Yoksa hakim durumda olan teşebbüsün cezalandırılması söz konusu olsa idi, bu durum serbest piyasa sistemi ile bağdaşmazdı, zira bu halde piyasa sisteminde başarılı olanın cezalandırılması gibi bir sonuç ortaya çıkardı.¹³⁹

Kısaca hakim durum, bir ekonomik gücün ifadesidir. Ancak bu ekonomik gücün hangi boyuta ulaştığında hakim durum oluşturduğu açıklaması, 82. maddenin metninde yer almamaktadır. Zira “hakim durum” kavramının bir tanımı madde metninde yapılmamıştır. Bu boşluk, Komisyon ve ATAD tarafından geliştirilen içtihatlarla doldurulmaya çalışılmıştır.¹⁴⁰

Bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının tespiti için, ilk önce teşebbüsün faaliyet gösterdiği ve hakim durumda olduğu pazarın belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu pazarın belirlenmesi doğrudan teşebbüsün hakim durumda bulunup bulunmadığını etkileyeceğinden, ilgili teşebbüsler için hayati öneme sahiptir. Zira pazarın dar belirlenmesi halinde, teşebbüsün hakim durumda bulunması olasılığı artacak, aksi halde ise teşebbüsün hakim durumda olma ihtimali azalacaktır.¹⁴¹

¹³⁷ BELLAMY, Christopher/CHILD, Graham: Common Market Law of Competition, Third Edition, London, 1987, s. 389-390.

¹³⁸ *Michelin v Commission* (Case 322/81, 1983, ECR 3461, p. 57) davasında Divan, bir teşebbüsün hakim durumda olmasının sadece bir bulgu olduğunu, bu durumun ise ilgili teşebbüse özel bir sorumluluk olan, hakim durumunu kötüye kullanmayacak şekilde piyasada faaliyet gösterme, sorumluluğunu yüklediğini ifade etmiştir.

¹³⁹ ARALAN, Gökhan: age., s. 49.

¹⁴⁰ Bu konu ile ilgili olarak bkz. bu çalışma § 2, I, 3-Hakim Durumun Tespiti.

¹⁴¹ İlgili pazarın geniş veya dar tanımlanması arasındaki farkı gösteren en iyi örnek, *Hugin* kararında Divanın ilgili pazar tespit usulüdür. Olayda *Hugin* şirketi, aynı adı taşıyan yazar kasaların üreticisidir. Ancak *Hugin* yazar kasalarında başka marka yazar kasaların yedek parçaları kullanılamamaktadır. Divan ilgili pazarı, “yazar kasaların tamir ve bakımı konusunda uzmanlaşmış bağımsız kişilerin talep ettikleri *Hugin* yazar kasa yedek parçaları” olarak belirlemiştir. Divanın bu şekilde ilgili pazarı; belli bir üreticinin ürünleri ve sadece yedek parçalar, hatta yazar kasa tamir ve bakımı konusunda uzmanlaşmış kişilerin talep ettikleri yedek parçalar ile sınırlaması sonucunda, *Hugin* bu kadar dar bir piyasa tanımı karşısında –doğal olarak- ilgili pazarda hakim durumda bulunmuştur (Case 22/78 *Hugin v Commission* (1979), ECR 3461, p. 8).

2. İlgili Pazar

İlgili pazar tanımı rekabet hukuku açısından büyük öneme sahiptir. Zira hakim durum olgusu soyut olarak var olamaz. Teşebbüsün belli bir pazarda hakim durumda olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda da çok büyük bir öneme sahip olmasına karşın, ilgili pazar kavramının herhangi bir tanımı bulunmamaktadır. Divan ve Komisyon her olayın şartları içerisinde ilgili pazar kavramının sınırlarını çizmektedirler. İlgili pazarın belirlenmesi başlıca iki testin tatbik edilmesine ihtiyaç duymaktadır.¹⁴² Bunlar, talebin ve arzın esnekliğidir.¹⁴³

Her olaya çeşitli testlerin tatbik edilmesinden sonra ilgili ürün pazarı bulunmakta, ancak bununla yetinilmeyip, teşebbüsün coğrafi alan olarak hangi sınırlar içinde hakim durumda bulunduğu da tespiti gerekmektedir. Zira rekabeti bozan, kısıtlayan eylemlerde bulunan işletmelerin, sadece belirli bir coğrafi alanda faaliyet gösteren ve bu alanda müşterilerinin ikame edilebilir olarak değerlendirdikleri mal ve hizmetleri sunan işletmeler olduğu ifade edilmektedir.¹⁴⁴

A. İlgili Ürün Pazarı

Yukarıda da açıklandığı şekilde ilgili ürün pazarı belirlenirken, hakim durumda olup olmadığı tespit edilecek olan teşebbüsün ürününün (mal veya hizmet) dahil olduğu pazar bulunmaya çalışılmaktadır.¹⁴⁵ Bu doğrultuda hukuki olmaktan uzak bazı iktisadi analizlere ihtiyaç duyulmaktadır. Zira ilgili pazar belirlenirken teşebbüsün ürünü ile, tüketiciler açısından bu ürünü ikame

¹⁴² BELLAMY, Christopher/CHILD, Graham: age., s. 391.

¹⁴³ Talep esnekliği, bir malın talebinin, o malın fiyatındaki değişikliğe karşı gösterdiği duyarlılık olarak tanımlanmaktadır. Talebin çapraz esnekliği ise, bir mal veya hizmete olan talebin, diğer faktörlerin aynı kalması koşuluyla, başka mal veya hizmetin fiyatında gerçekleşen değişikliğe karşı olan duyarlılığı şeklinde tanımlanmaktadır. Arz esnekliği ise, mal veya hizmette meydana gelen fiyat değişikliğine karşı arzın duyarlılığı şeklinde açıklanmaktadır detaylı bilgi için bkz. ÖZ, Gamze: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, s. 93, 97.

¹⁴⁴ BAEL, İvo Van/BELLIS, Jean-François: Competition Law of the EEC, Bruxelles, 1993, s. 59.

¹⁴⁵ İlgili pazar kavramı, birden çok birbirini yeterli derecede ikame edebilecek ürünün pazarda rekabet içinde olduğu olgusunun önceden kabulünü zorunlu kılmaktadır. Ancak "birbirini yeterli derecede ikame edebilme" kavramını belirleyecek bir formül bulunmamakta, her olayın özelliğine göre Komisyon veya Divan tarafından bu olgu ayrıca belirlenmektedir (Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* (1979), ECR 41, p. 516).

edebilecek nitelikte görülen ve ilgili ürünle benzer nitelik, kalite ve fiyat özelliklerine sahip ürünlerin de, ilgili ürün pazarı kavramı içerisine dahil edilmesi gerekmektedir.

İlgili ürün pazarının belirlenebilmesi açısından, birbiri ile ikame edilebilir olup olmadığı incelenen mal ve hizmetler, birbirini tümüyle değil, ancak bazı özellikleri yönünden ikame ediyorsa ilgili ürünlerin ayrı ayrı pazarlar oluşturma olasılığı göz önüne alınmaktadır. Nitekim bu nedenlerle ATAD ve Komisyon içtihat hukuku oluşturmak yoluyla ilgili pazarın tespiti konusunda bazı esaslar belirlemiştir.

Her şeyden önce ikame edilebilirlik her olayın özelliğine göre ele alınmakta ve sınırlı bir ikame edilebilirlikten fazla bir esnekliğin bulunması aranmaktadır. Nitekim *Hilti*¹⁴⁶ kararında *Hilti AG*, zımba tabancaları ve bu tabancalarda kullanılan kartuş ve teller pazarında hakim durumda bulunduğu ve bu hakim durumunu 82. madde uyarınca kötüye kullandığı iddiasıyla Komisyonun kendisi aleyhine vermiş olduğu karara karşı İlk Derece Mahkemesinde açmış olduğu iptal davasında Divan, *Hilti AG*'nin söz konusu ilgili pazarın inşaat sektöründe mevcut tüm sabitleme sistemleri olarak ele alınması önerisini reddederek, Komisyonun kararında yapılan ilgili pazar değerlendirmesini doğru bulmuştur. Bu doğrultuda ilgili pazar özel nitelikleri gereği ayrı pazarlar olarak değerlendirilebilen, zımba tabancaları, bu tabancalarda kullanılan kartuşlar ve teller olarak belirlenmiştir. Zımbalama yöntemi ile diğer sabitleme sistemlerinin arasında sınırlı bir ikame edilebilirliğin bulunması ise, zımbalama sisteminin diğer sabitleme sistemlerinden ayrı olarak değerlendirilmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. Aksinin ispatı halinde tüm sabitleme sistemleri *Hilti AG*'nin iddia etmiş olduğu gibi tek bir pazar olarak kabul edilebilirdi.

İlgili ürün pazarının belirlenmesinde Divanın öngördüğü bir diğer esas, farklı alanlarda kullanılabilen tek bir ürünün farklı pazarlar oluşturduğu fikridir. Bu esas temelde *Hoffmann-La Roche*¹⁴⁷ kararında ifade edilmiştir. Bu kararda Roche firması sanayiinin ve tüketicilerin kullanımına yönelik çeşitli vitaminler üretmektedir. Her vitamin grubu ayrı bir pazar oluşturduğu gibi, aynı grup vitaminin sanayiinin kullanılması halinde ayrı bir pazar, bireysel tüketicilerin kullanılması halinde ise, ayrı bir pazar oluşturduğu kabul edilmiştir. Zira aynı ürünün farklı uygulamalarla kullanılması halinde ürünün niteliğinin değişeceği, dolayısıyla kullanım alanlarının da ayrı pazarlar oluşturacağı görüşü benimsenmiştir.

¹⁴⁶ Case T 30/89 *Hilti AG v Commission* (1991), ECR II-1439.

¹⁴⁷ Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* (1979), ECR 461, p. 514-517.

Diğer taraftan aynı ürüne ait hammadde pazarı ile nihai ürün pazarının birbirinden farklı pazarlar oluşturduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla hammadde pazarında hakim durumda olan bir teşebbüs, nihai ürün pazarında etkin bir rekabet yaşandığını ifade ederek, hakim durumunu kötüye kullanmadığını iddia edememektedir.¹⁴⁸

Benzer şekilde yedek parça üretim ve satımına ilişkin pazarın bu yedek parçanın ait olduğu üründen farklı bir pazar oluşturduğu Divan tarafından genel kabul görmektedir. Yedek parçanın orijinali ile fonksiyonu aynı olmakta, fakat rekabet koşulları değişmektedir.¹⁴⁹ Nitekim Divan'ın *Volvo* kararında Divan *Volvo* marka arabaların yedek parçalarını ilgili pazar olarak kabul etmiştir. Divan, *Hugin* kararında¹⁵⁰ *Hugin* yazar kasalarında başka marka yazar kasaların yedek parçalarını kullanmak mümkün olmadığı için ilgili pazarı; yazar kasaların tamir ve bakımı konusunda uzmanlaşmış bağımsız kişilerin talep ettikleri, *Hugin* yazar kasa yedek parçaları olarak belirlemiştir.

Öte yandan ilgili pazarın belirlenmesinde hakim durumda olduğu iddia edilen teşebbüs, normal faaliyeti dışında ek bir hizmet sağlıyorsa, bu ek hizmetin ayrı bir pazar oluşturacağı ifade edilmektedir. Bu doğrultuda *General Motors*¹⁵¹ kararında Divan, *General Motors*'a kanunla verilen otomobiller için uygunluk sertifikası düzenleme yetkisinin, araba pazarından ayrı bir pazar olduğunu ve *General Motors*'un da bu pazarda tekel konumunda olduğunu tespit etmiştir.

B. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili ürün pazarının belirlenmesinin ardından, bu ilgili ürün pazarının hangi coğrafi sınırlar içerisinde varolduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Zira yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, Topluluk rekabet hukukunun uygulanma koşullarından biri, teşebbüsün ortak pazarda ya da ortak pazarın önemli bir bölümünde hakim durumda olmasıdır. Dolayısıyla hakim durumun varlığı için teşebbüsün tüm ortak pazar sınırları içinde hakim durumda olması şartı aranmamakta, sadece üye devletlerden birinin sınırları içinde dahi, hakim durumda olunması, ortak pazarın “önemli bir bölümü” sayılarak 82. maddeye göre işlem yapılabilmektedir. Nitekim Divan'ın vermiş olduğu bir çok kararda yalnız bir üye devletin coğrafi sınırları, ilgili coğrafi pazar olarak belirlenmiştir. Bu durum, ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde fiziki anlamda bir coğrafi büyüklüğün değil, söz konusu alanda gerçekleşen rekabete aykırı davranışın,

¹⁴⁸ Case 7/73 *Commercial Solvents v Commission* (1974), ECR 223.

¹⁴⁹ Case 322/81 *Michelin v Commission* (1983), ECR 3461, p. 35 vd.

¹⁵⁰ Case 22/78 *Hugin v Commission* (1979), ECR 3461.

¹⁵¹ Case 26/75 *General Motors v Commission* (1975), ECR 1367, p. 5 ve 7.

topluluğun rekabet sistemi üzerindeki etkilerinin göz önüne alındığının bir göstergesidir.¹⁵² ATAD'ın ilgili coğrafi pazarın Topluluğun tümü olmasa bile, üye ülkelerden birinin sınırlarını kapsamaya gerektiği görüşü, Komisyon'un bir üye ülkenin önemli bir bölümünün de (bu bölgede yeterli miktarda satış olduğu takdirde) ilgili coğrafi pazar olarak belirlenebileceği iddiasının ATAD tarafından kabul edilmesi sonucunda değişmiştir.¹⁵³

Bu doğrultuda *Greenwich v SACEM*¹⁵⁴ kararında Divan, telif hakkı sahibi işletmelerin pazardaki davranışlarının etkilerinin ortak pazarın bölünmesi sonucunu doğurabileceğini, dolayısıyla Roma Antlaşmasının temel hedeflerinden biri olan hizmetlerin serbest dolaşımının bu yolla engellenebileceğini kabul etmiştir. Bu nedenlerle bu tür eylemlerin 82. madde anlamında üye devletler arası ticareti etkileyebileceği de kabul edilmiştir. Benzer şekilde, *GVL*¹⁵⁵ kararında Almanya'da faaliyet gösteren *GVL*'nin Almanya'da ikamet etmeyen veya Alman vatandaşı olmayan telif hakkı sahipleri ile telif anlaşması akdetmekten kaçınarak, bu kişilerin Almanya'da eserlerinin icra edilmesinin engellenmesinde, Divan 82. madde açısından ilgili coğrafi pazarın Komisyon tarafından Almanya olarak belirlenmesini doğru bulmuş ve yukarıda değinilen *Greenwich v SACEM* kararına da atıf yaparak, ilgili coğrafi pazarın Almanya olarak belirlenmesi halinde dahi üye devletlerarası ticaretin etkileneceğini belirtmiştir.

3. Hakim Durumun Tespiti

Hakim durum olgusunun ve bu hakim durumun kötüye kullanılmasının bir tanımının bulunmadığı, dolayısıyla bu boşluğun ATAD içtihatlarıyla doldurulmaya çalışıldığı yukarıda da ifade edilmişti. Bu doğrultuda Divan ilk hakim durum tanımını *Continental Can v Commission*¹⁵⁶ davasında yapmış ve bundan sonra 82. maddeyle ilgili davalarda bu tanıma kullanmıştır. Bu tanıma göre hakim durum: "Bir işletmenin (...) rakiplerini, müşterilerini ve kendisine mal temin eden diğer satıcıları göz önüne almaksızın, bunlardan tamamen bağımsız hareket edebilmesi" şeklinde ifade edilmiştir.¹⁵⁷

¹⁵² ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 102.

¹⁵³ GOYDER, D.G.: EC Competition Law, Oxford, 1993, s. 344, BAEL, İvo Van/BELLIS, Jean-François: age., s. 66.

¹⁵⁴ Case 22/79 *Greenwich Film Production v SACEM* (1979) ECR 3275.

¹⁵⁵ Case 7/82 *GVL v Commission*, (1983), ECR 483, p. 38-39.

¹⁵⁶ Case 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Inc. v Commission* (1973), ECR 215.

¹⁵⁷ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 91.

Bir ekonomik gücün ifadesi olan hakim durumun tespitinde, Divan tarafından zaman içinde çeşitli kıstaslar geliştirilmiştir. Ekonomik gücün göstergesi olabilecek ilk kıstas, teşebbüsün ilgili pazardaki pazar payıdır. Divan bir teşebbüsün hangi oranda pazar payına sahip olduğunda hakim durumda sayılacağına ilişkin bir rakam vermemiş, her olayı kendi içinde çözümleyip, teşebbüsün hakim durumda olup olmadığına olayın özelliklerine göre karar vermiştir. Teşebbüsün pazar payının yüksek olması, onun hakim durumda olduğunun kesin kanıtı olmamakla beraber, diğer faktörler de ele alındığında önemli bir gösterge olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁸ Ancak tek başına teşebbüsün pazar payının yüksekliği değil, aynı pazarda rakipleri ile orantılı olarak sahip olduğu pazar payı da dikkate alınmaktadır.¹⁵⁹

Şayet bir teşebbüs %100 pazar payına sahipse ilgili pazarda tekel konumundadır. Tekel konumunda olan bir teşebbüsün evleviyetle hakim durumda olduğunun kabulü gerekir. Ancak bilindiği üzere tekel konumunda olmak, Topluluk rekabet hukukuna aykırı olmayıp, sadece bu konunun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Tekel konumunda olan bir teşebbüsün rakipleri olmayacağı için nispi pazar payı açısından bir inceleme yapılmasına ihtiyaç yoktur, ancak potansiyel rakiplerin varlığı açısından bir inceleme yapılabilmektedir. Zira bir işletmenin ilgili pazarda sahip olduğu pazar payı, o pazara girebilecek potansiyel rakiplerin olup olmadığını veya bu potansiyel rakiplerin ilgili teşebbüsten ne ölçüde etkilendiklerini ortaya koyamamaktadır.

Öte yandan, teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olduğunun açıkça anlaşılmadığı veya yanıltıcı olabilecek pazar payları da bulunabilmektedir. Bu durumda ek bir inceleme ile rakiplerin de pazar paylarının tespit edilmesine ihtiyaç vardır. Nitekim teşebbüsün, %35 pazar payına sahip olduğu bir pazarda, teşebbüsün ilk bakışta hakim durumda olduğunu söylemek zordur. Ancak ilgili pazarda bu teşebbüsün rakiplerinin pazar payları %10'u geçemeyecek büyüklükte ise, teşebbüsün hakim durumda olduğu söylenebilecektir.

Pazar payı dışında hakim durum tespitinde kullanılan bir kıstas da, işletmelerin ilgili pazarda dikey bütünlük gösterip göstermedikleridir. Zira bir işletmenin üretimden dağıtıma kadar geniş bir zincir oluşturması, o teşebbüsün

¹⁵⁸ BELLAMY, Christopher/CHILD, Graham: age., s.397-398.

¹⁵⁹ Teşebbüsün ilgili pazarda sahip olduğu pazar payı “mutlak pazar payı”, bu işletmenin pazardaki diğer işletmelerin pazar payları göz önüne alınarak bulunan değer ise, “nispi pazar payı” olarak adlandırılmaktadır bkz. ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.109.

pazardaki durumunu kuvvetlendirme ve potansiyel rakipler açısından piyasada güçlü bir giriş engeli oluşturabilmektedir.¹⁶⁰

Hakim durum tespitinde diğer önem arz eden husus, hakim durumda olan teşebbüsün hakim durum pozisyonunu ne kadar süre ile muhafaza ettiği. Zira çok kısa süreler için hakim durumda olmak piyasada anlaşılabilir anlamda hakim durumda olmak sonucunu doğurmamaktadır. Gerçekten Divan bu konuda belli bir süre kıstası getirmemekte, her olayı kendi içinde değerlendirmektedir. Nitekim *Tetra Pak*¹⁶¹ davasında Komisyon, teknolojik gelişim düzeyine ve tüketim alışkanlıklarına bağlı olarak uzun vadede piyasaların yapılarının değiştiğini, bu nedenle ekonomik işletmelerin pazar güçleri değerlendirilirken, ekonomik süre olarak kısa vadenin göz önüne alınması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak bu durum, rakip işletmelerin önünde olan, tüketim alışkanlıklarındaki muhtemel değişiklikleri öngören veya pazar hakimiyetini kötüye kullanmak suretiyle piyasaya giriş olanaklarını kısıtlayan işletmelerin orta/uzun vadede de ilgili piyasada hakim durumda olmayacakları anlamına gelmemektedir.¹⁶²

Hakim durum tespitinde Divan tarafından göz önüne alınan bir diğer husus, teşebbüsün sahip olduğu belirli nitelik ve özellikler sayesinde piyasada rakiplerinden bağımsız hareket edebilmesidir. Bu özellikler teknik özellikler olabileceği gibi, güçlü bir şirketler grubunun üyesi olmak veya fikri ve sınai haklara sahip olmak şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Gerçekten *Hoffmann-La Roche*¹⁶³ davasında Divan'ın da tespit etmiş olduğu gibi, teşebbüsün vitaminler üzerinde sahip olduğu patent hakları, bu patent haklarının süresi sona ermiş olsa dahi, teşebbüsün ilgili pazardaki teknolojik üstünlüğünü değiştirmemekte ve onun ilgili pazardaki hakim durumunu güçlendirmektedir.

Benzer şekilde *United Brands*¹⁶⁴ kararında Komisyon, muzların üzerine ilk defa marka etiketi yapıştıran firmanın *UBC* olduğunu, bu şekilde belli bir markayı taşıyan muzların aynı kalitede olduğu imajının yaratıldığını, bu durumun da söz konusu teşebbüsün hakim durumunu güçlendirici bir faktör olduğu ifade edilmiştir.

¹⁶⁰ Bu duruma örnek olarak Divan'ın *United Brands* (Case 27/76, (1978) ECR 287) kararı gösterilebilir.

¹⁶¹ *Tetra Pak II*, IV/31.043, OJ 1992 L 72, p.1.

¹⁶² Avrupa Birliğinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, TÜSİAD Yayın no: T/98-12/247, Aralık, 1998, s.76.

¹⁶³ Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* (1979), ECR 461

¹⁶⁴ Case 27/76 *United Brands v Commission* (1978) ECR 287, p. 91-96.

ATAD'ın hakim durum ile ilgili neredeyse tüm kararlarında, teşebbüsün piyasaya giriş engeli oluşturduğundan söz edilmektedir. Yukarıda değinilen teknolojik üstünlükler, sahip olunan sınai haklar, yasal, ekonomik veya piyasanın niteliğinden kaynaklanan engeller, ölçek ekonomilerinin hepsi aslında birer piyasaya giriş engeli oluşturmaktadır. Ayrıca piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin tanınmış markaların lisans veya hak sahibi olduğu durumlarda, bu hakların varlığının pazara giriş engeli oluşturabileceğinin de göz önüne alınması gerekmektedir. Nitekim *United Brands*¹⁶⁵ kararında Divan, "*chiquita*" markasının tüketiciler tarafından tanınmış olduğu ve bu marka ile bağlantılı olarak, tüketiciler üzerinde bu markayı taşıyan muzların kaliteli olduğu imajının yaratılmış olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla bu tespit, piyasaya girmek isteyen potansiyel rakipler açısından bir engelin varlığını ortaya koymaktadır.

4. Birlikte Hakimlik

Roma Antlaşmasının 82. maddesi "... bir veya birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda ..." olabileceğini ifade etmiştir. Bu ifade bir piyasada sadece tek bir teşebbüsün hakim durumda olmasının bir zorunluluk teşkil etmediğini belirtmektedir. Ne var ki bu konuda ATAD içtihadının tam anlamıyla oluştuğunun söylenmesi mümkün değildir. Ancak ATAD, 82. maddede yer alan birlikte hakimlik kavramının 81. maddenin yorumlandığı gibi anlaşılması gerektiğini belirtmiş ve işletmelerin birbirlerinden bağımsız olmaları halinde, birlikte hakim durumda olmalarından söz edilebileceğini ifade etmiştir.

Birden fazla işletmenin pazarda birlikte hakim durumda olmaları bir anlaşma, uyumlu eylem veya pazarın niteliği gereği ortaya çıkabilmektedir.¹⁶⁶ Şayet birlikte hakimlik olgusu, uyumlu eylem veya bir anlaşmadan kaynaklanmakta ise, olaya 81 veya 82. maddelerden hangisinin uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.¹⁶⁷ Bu durumda ispat kolaylığı sağlaması açısından 81/I'ın uygulanmasının daha avantajlı olacağı ifade edilmektedir. Ancak işletmeler arasında paralel davranışın varlığı ispat edilemediği hallerde, birlikte hakimlik kavramının yer aldığı 82. maddeden yararlanılıp yararlanılamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu soruya Komisyon ve Divan tarafından giderek daha sıcak bakıldığı ifade edilmektedir.¹⁶⁸ Diğer taraftan Divan, birden fazla işletmenin yapmış oldukları anlaşma yahut uyumlu davranışın, 81/III uyarınca

¹⁶⁵ Case 27/76 *United Brands v Commission* (1978) ECR 287, p. 87.

¹⁶⁶ ASLAN, Yılmaz: Rekabet Kanunu Çalışmaları, s.83.

¹⁶⁷ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.121.

¹⁶⁸ MONTI, Giorgio: The Scope Of Collective Dominance Under Articles 82 EC, CMLRev, Issue 38, 2001, s. 156.

muafiyet almış olduğu hallerde, bu anlaşma veya uyumlu davranış nedeniyle söz konusu işletmelerin hakim durumda sayılabileceklerini belirtmiştir.¹⁶⁹

II. KÖTÜYE KULLANMA

1. Genel Olarak

Yukarıda da açıklandığı üzere hakim durumda olmak değil, hakim durumunu kötüye kullanmak rekabet hukuku tarafından yasaklanmıştır. Bir teşebbüsün hangi şartların varlığı halinde hakim durumunda olacağı bir sorun, hangi davranışların kötüye kullanma fiili oluşturacağı ayrı bir sorundur.¹⁷⁰ Zira ne “hakim durum” kavramı ne de “kötüye kullanma” kavramı mevzuatta açıklanmış değildir. Yukarıda hakim durumda sayılabilmek için aranan şartlar olan, ilgili ürün pazarının belirlenmesi, ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi ve hakim durum tespiti için uygulanan testler açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bölümde ise ilgili pazarda hakim durumda olduğu tespit edilen teşebbüsün, bu hakim durumunu ne şekilde kötüye kullanabileceği incelenmeye çalışılacaktır. Kötüye kullanma fiili hakim durumda olan teşebbüsün müşterilerini, tüketicilerini veya rakiplerini sömürmesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

Hakim durumun kötüye kullanılması tanımı Divan tarafından *Hoffmann-La Roche*¹⁷¹ davasında kısaca şu şekilde yapılmıştır: “Bir hakim teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı, engelleyici veya bozucu olan ve kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek olan her türlü davranıştır”.

Yasaklanan kötüye kullanma hallerinin bazıları, hakim durumda olmayan teşebbüsler için normal rekabetçi davranışlar olarak görülmekte iken, hakim durumda olan işletmelerin yüklenmiş oldukları özel bir sorumluluk olan, hakim durumunu kötüye kullanmama sorumluluğu nedeniyle, aynı fiiller hakim durumda olan işletmeler açısından 82. maddeye aykırılık teşkil edebilmektedir. Sınırlı olmamakla birlikte 82. maddede hakim durumun kötüye kullanılmasına örnek teşkil edebilecek bazı fiiller sayılmıştır. Bunlar; doğrudan veya dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatları belirlemek veya haksız ticari koşullar öne sürmek, tüketiciciye zarar verecek şekilde üretimi, pazarları veya teknik gelişmeyi

¹⁶⁹ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 121.

¹⁷⁰ Hakim durumun kötüye kullanılmasının tatminkar bir açıklamasının halen yapılamamış olduğu ve bu durumun bugün olduğu kadar gelecekte de bir sorun teşkil edeceği görüşü için bkz. WHISH, Richard: AT Anlaşması 86. Maddesinin Uygulanması ile İlgili Düşünceler, Rekabet Kurumu Yayınları, Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu 5-6 Ekim 1998, İstanbul, 1998, s. 34-35.

¹⁷¹ Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* (1979), ECR 461.

sınırlamak, ayrımcılık yapmak, sözleşmenin yapılmasının bu sözleşmeyle hiç ilgisi olmayan ek edimlerin kabul edilmesine bağlamaktır.

Kötüye kullanma halleri genellikle doğrudan rekabeti bozucu kötüye kullanma halleri ve doğrudan rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma halleri başlıkları altında incelenmektedir.

2. Doğrudan Rekabeti Bozucu Kötüye Kullanma Halleri

Bu başlık altında incelenen kötüye kullanma hallerinin ortak özelliği, bu fiillerin doğrudan tüketiciye yönelmemesi ve fakat pazarda faaliyet gösteren hakim durumda olan şirketin rakiplerine veya müşterilerine yönelmesidir. Bu şekilde pazarda var olan rekabet olgusu engellenmek istenmektedir.

A. Satış Yapmayı Reddetme

Hakim durumda olan şirketin bu durumundan kaynaklanan bir diğer sorumluluğu da, devamlı müşterilerine objektif gerekçeler olmaksızın mal vermeyi reddedememesi olgusudur. Pazarda faaliyet gösteren ve hakim durumda olmayan bir teşebbüsün, malını istediği kişiye satmak ya da satmamak özgürlüğü var iken, hakim durumda olan bir teşebbüs bu özgürlükten mahrum bırakılmaktadır. Zira hakim durumda olan teşebbüs, ürettiği malla ilgili pazarda büyük bir güce sahiptir ve bu gücünü, malını satmayı keyfi olarak reddetmek suretiyle müşterilerini piyasa dışına itmek amacıyla kullanma tehdidi altındadır.

Diğer taraftan hakim durumda olan bir teşebbüsün sürekli olmayan bir müşterisine de mal sağlamayı reddetmesi, kötüye kullanma kavramı içine girebilmektedir. Şayet hakim durumda olan teşebbüs, reddedilen teşebbüs açısından, reddedilen teşebbüsün pazarda faaliyet gösterebilmesi için esaslı/vazgeçilmez bir madde üretmekte ise, satışın reddedilmesi olgusu, sürekli bir müşteriye karşı yapılmamış olsa da, kötüye kullanma teşkil edebilecektir. Bu doktrine “esaslı unsur doktrini” denmektedir.¹⁷² Komisyon bu doktrine açıkça atıf yapmamakla birlikte, bir çok kararında bu doktrinden faydalanmaktadır.¹⁷³ Bu doktrin kullanılarak, fikri sınai hakların temel unsurlara konu teşkil edilip

¹⁷² *Essential facilities* doktrini olarak tanımlanan bu görüşü Türkçe’ye, “olmazsa olmaz ihtiyaçlara cevap etmek” şeklinde çevirenler olmuşsa da, bu çalışmada bundan böyle bu kavram, esaslı unsur doktrini olarak anılacaktır bkz. TEKİNALP, Ünal: ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Sayı 5, Ankara, 2000, s.75.

¹⁷³ *London European v Sabena*, OJ 1988 L 317/47, Case 311/84, *CBEM-Telemarketing v CLT and IPB* (1985) ECR 3261, *IBM Corp. v Commission* (1981) ECR 2639.

edilemeyeceği tartışması ise, aşağıda detaylı bir şekilde ele alındığından burada değinilmemektedir.¹⁷⁴

B. Yıkıcı (predatory) Fiyat Uygulaması

Yıkıcı fiyat uygulaması, adından da anlaşılacağı üzere, hakim durumda olan teşebbüsün piyasada faaliyet gösteren rakiplerini zayıflatmak ya da ortadan kaldırmak amacıyla uyguladığı fiyat politikasıdır. Bu fiyat politikasından tüketicilerin kısa dönemde fayda sağlayacakları düşünülse bile, orta ve uzun vadede hakim durumda olan teşebbüsün rakiplerinin piyasada tutunamaması ve piyasadan çekilmeleri, dolayısıyla rekabetin ortadan kalkması nedeniyle, tüketicilerin bu durumdan zarar görecekları tartışmasızdır. Bu nedenle yıkıcı fiyatlar doğrudan rekabeti engelleyici kötüye kullanmalar olarak ele alınmaktadır.

Yıkıcı fiyatlar, belirli bir rakibe yönelik veya seçici bir şekilde belirli bir rakibin müşterilerine yönelik olabileceği gibi, hiç kar öngörmeyen veya çok az kar öngören genel nitelikli fiyat belirlemeleri de olabilmektedir.¹⁷⁵

Sonuç itibarıyla Divan, kararlarında fiyatın oluştuğu düzeyden ziyade, haksız fiyat uygulamasının iki temel sonucu olan, seçici şekilde fiyat politikası uygulanması ve hakim durumun kuvvetlendirilmesi veya rakiplerin piyasadan çekilmesinin amaçlanması olguları ile ilgilenmekte ve bunların rekabeti doğrudan olumsuz yönde etkilediğini kabul etmektedir.¹⁷⁶

C. Sadakat İndirimleri ve Benzeri Uygulamalar

Pazarda hakim durumda olan işletmenin bu gücü nedeniyle, fiyat ve satış politikalarını serbestçe belirleyebilme imkanı olduğu tartışmasızdır. Yukarıda hakim durumda olan teşebbüsün fiyatlarını serbestçe belirleyebilmesi sonucunda, hakim durumunu ne şekilde kötüye kullanabileceği incelenmiştir. Bu bölümde ise satış politikalarını belirlemek suretiyle hakim durumunu nasıl kötüye kullanabileceği gösterilmeye çalışılacaktır.

Bir teşebbüsün satış politikaları dahilinde, belli müşterilerine indirim veya promosyon uygulaması doğal karşılanmaktadır. Ancak hakim durumda olan bir işletmenin satış politikalarını uygularken, hakim durumda olmasının bilinci ile davranması ve rekabete aykırı politikalar belirlememesi gerekmektedir.

¹⁷⁴ Bkz. bu çalışma § 2, III, 2, E-Ayrımcılık.

¹⁷⁵ BELLAMY, Christopher/CHILD, Graham: age., s. 414.

¹⁷⁶ RIVAS J./STROUD F. : Developments in EC Competition Law in 1999/2000: An Overview, CMLRev, Volume 38, No 4, August 2001, s. 972.

Ayrıca hakim durumda olan işletmelerin uyguladığı satış politikalarının objektif açıklamalarının bulunması gerekmektedir. Örneğin belli bir müşterisine fiyat indirimi uygulayan hakim durumda bir teşebbüsün, bu indirimi satın alınan malın miktarına bağlı olarak sağlaması halinde, rekabete aykırı bir tutum olmayacaktır. Oysa bağlılık indirimlerinde uygulanan indirimler, satın alınan mal veya hizmetin miktarına bağlı olarak yapılmamaktadır.^{177 178}

Sadakat indirimleri dışında işletmelerin hedef indirim olarak adlandırılan bir uygulamaya da başvurdukları gözlenmektedir. Bu uygulamada bağlılık indiriminden farklı olarak, satın alınan mal veya hizmetin devamlı aynı teşebbüsten alınması şartına bağlı olarak indirim sağlanmamakta, fakat belli bir zaman zarfında talep edilen satış için hakim durumda olan teşebbüs tarafından belirlenen eşik değerlere ulaşılmış olması aranmaktadır.¹⁷⁹

D. Fiyat Ayrımcılığı

Fiyat ayrımcılığı, satıcının objektif bir gerekçe olmaksızın alıcılar arasında fiyat ayrımcılığı ve ekonomik anlamda haksızlıklar yaratarak hakim durumunu kötüye kullanmasıdır. Hakim durumda bulunan teşebbüsün fiyat ayrımcılığına gitmesindeki amaç, hakim durumunu devam ettirmek olabileceği gibi aşırı kar elde etmek de olabilir.¹⁸⁰

E. Rekabete Aykırı Şartların Öngörülmesi

Yukarıda sayılan doğrudan rekabeti engelleyen uygulamalar dışında, hakim durumda olan teşebbüsler çok sayıda rekabeti kısıtlayan veya sınırlayan hükümler öngörebilmektedir.

Doğrudan rekabeti engelleyen bu sınırlamalara ilk örnek anlaşmaların kabulünün, ticari teamül gereği bu anlaşmalarla ilgisi olmayan koşul ve yükümlülüklerin kabulü şartına bağlanmasıdır. Hakim durumda olan satıcının

¹⁷⁷ ÖZ; Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.135.

¹⁷⁸ Sadakat indirimi uygulamak suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması iddiasının yer aldığı kararlar için *Hoffman-La Roche* (Case 85/76 (1979) ECR 461) ve *Suiker Unie* (Case 40/73 (1975) ECR 1663).kararları gösterilebilir. Sadakat indirimi uygulamak suretiyle rekabete aykırı davranılmış olmasına bir diğer örnek *British Airways* kararıdır (*British Airways/Virgin*, Case no. IV 2000 OJ L 30/1, 4/02/2000). Bu kararda Komisyon, *British Airways*'ı sadakat indirimi sistemi uyguladığı ve bu şekilde seyahat acentalarını kendisine bağladığı gerekçesiyle, 6,8 milyon Euro cezaya çarptırmıştır.

¹⁷⁹ Bu doğrultuda bkz. Case 322/81 *Michelin v Commission* (1983) ECR 3461, p. 73.

¹⁸⁰ GÜL, İbrahim: Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, s. 57.

malının satımı anlaşmasında, satıcının hakim olduğu ilgili pazar dışındaki bir pazar ile ilgili kısıtlamalar öngörülmesi, hakim durumda olan satıcının bu ikinci pazara girmek istemesi ve alıcının da ikinci pazarda hakim teşebbüse rakip olacağı gibi olasılıklar düşünüldüğünde rekabete aykırı bulunacağı tartışmasızdır.

Bir diğer örnek hakim durumda olan işletmeler tarafından anlaşmalarında ithalat veya ihracat kısıtlamaları öngörülmesidir.¹⁸¹ Ancak fikri haklara dayalı olarak ithalatın engellenmesi, pazarı bölmek veya rekabeti engellemek amacı gütmemesi şartıyla hukuka uygun sayılmaktadır.

Diğer taraftan anlaşmalarda, anlaşmanın niteliğine veya gerektirdiği zorunlu unsurlara aykırı olarak, yeniden satışa ilişkin kısıtlamalar öngörülmesi, bu işletmelerin diğer işletmelerle rekabet edebilme şansını azaltacağı için rekabete aykırı olarak nitelendirilebilmektedir.¹⁸² Ayrıca bir mal veya hizmetin satışının başka bir mal veya hizmetin alınmasına bağlanması da kötüye kullanma olarak nitelendirilmektedir. Bir malın satışının, satın alınan malın kullanımı veya bakımı için zorunlu olmayan bir başka malın da satın alınması şartına bağlanması, hakim durumda olan teşebbüsün sahip olduğu gücü kötüye kullanması anlamına geleceğinden rekabete aykırıdır.

F. Birleşme ve Devralmalar

ATAD, birleşme ve devralmaların da hakim durumda olan bir işletme tarafından gerçekleştirildiği takdirde, kötüye kullanma sayılabileceğini *Continental Can*¹⁸³ kararında belirtmiştir. Divan kararında, hakim durumda olan *SLW (Schmalbach-Lubeca-Werke)* aracılığıyla *TDV'nin (Thomassen Drijver-Verblifa)* ele geçirilmesinin fiilen ilgili pazarda rekabetin ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğunu ifade ederek, bu durumun 82. maddeye aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir.

Ancak bu kararın Birleşme ve Devralmalara İlişkin Avrupa Topluluğu Konsey Tüzüğü'nün¹⁸⁴ yürürlüğe girmesinden önce verildiği, artık birleşme ve

¹⁸¹ Case 40/73 *Suiker Unie v Commission* (1975) ECR 1663.

¹⁸² *United Brands* kararında işletmelerin henüz olgunlaşmamış (yeşil renkte olan) muzları satmasının engellenmesi rekabete aykırı bulunmuştur (Case 27/76 *United Brands v Commission* (1978) ECR 207, p. 159).

¹⁸³ Case 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Inc. v Commission* (1973), ECR 215.

¹⁸⁴ *Council Regulation 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations Between Undertakings, OJ L 395, 30/12/1989 P 001.*

devralmaların bu tüzük çerçevesinde düzenlendiği, dolayısıyla bu tür bir yoruma ihtiyaç kalmadığı belirtilmelidir.¹⁸⁵

3. Doğrudan Rekabeti Bozucu Olmayan Kötüye Kullanma Halleri

Doğrudan ve doğrudan olmayan rekabeti bozucu fiiller arasında kesin sınırlarla ayrımlar olmamasına rağmen, genel anlamda doğrudan rekabeti bozucu olan kötüye kullanma halleri piyasada var olan rekabet olgusuna saldırırken, doğrudan rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma halleri ise, müşteri ve tüketicilere yönelmektedir. Dolayısıyla her iki başlık altında ele alınan alt başlıklar birbirleri ile çakışmakta, ancak belirtilen açıdan incelendiğinde farklılıkların mevcudiyeti anlaşılmaktadır.

A. Haksız Fiyat Uygulaması

Yukarıda yıkıcı fiyat uygulaması başlığı altında incelemiş olduğumuz gibi, çok düşük “yıkıcı” fiyatlar rakiplere karşı, rakiplerin piyasadaki silinmesi amacıyla veya paralel ithalatı önlemek amacıyla etkin bir şekilde kullanılabilirdiği gibi, çok yüksek “fahiş” fiyatlar da tüketicileri veya müşterileri istismar etmek amacıyla kullanılabilir. Müşteri veya tüketicilere karşı uygulanan fahiş fiyatlara örnek olarak *General Motors*,¹⁸⁶ *United Brands*¹⁸⁷ ve *British Leyland*¹⁸⁸ gibi bir çok karar örnek olarak gösterilebilir.

Divan, hakim durumda bulunan işletmenin sunduğu hizmet veya malın fiyatı ile bu maldan elde edilen ekonomik değerin orantılı olması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca Divan, aynı pazarda faaliyet gösteren hakim teşebbüsün rakiplerinden daha yüksek fiyat uygulamasının tek geçerli objektif nedeninin, firmanın üretim maliyetinin yüksekliği ile açıklanabileceğini de ifade etmiştir.¹⁸⁹

Hakim durumda olan işletme açısından ithal edilen mallara uygulanan aşırı fiyatların hakim işletmenin pazardaki hakimiyetini arttıracak tartışmasızdır. Nitekim *General Motors*¹⁹⁰ kararında *General Motors*'un yurt dışından ithal edilen motorlu araçlara karayolları uygunluk belgesi vermek için, yüksek fiyat talep etmesi Divan tarafından rekabete aykırı bulunmuştur.

¹⁸⁵ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 130.

¹⁸⁶ Case 26/75 *General Motors v Commission* (1975) ECR 1367.

¹⁸⁷ Case 27/76 *United Brands v Commission* (1978) ECR 207.

¹⁸⁸ Case 226/84 *British Leyland v Commission* (1986) ECR 3263.

¹⁸⁹ Case 27/76 *United Brands v Commission* (1978) ECR 207, p. 266, Case 26/75 *General Motors v Commission* (1975) ECR 1367, p. 12.

¹⁹⁰ Case 26/75 *General Motors v Commission* (1975) ECR 1367.

Benzer şekilde Fransa’da faaliyet gösteren yapımcı, yayıncı ve sanatçılar birliği *SACEM*’in Fransa’daki diskoteklere, diğer üye devletlerin benzer kuruluşlarının talep ettiğinden daha yüksek telif bedeli talep etmesinin, objektif gerekçelerle açıklanamadığı takdirde, hakim durumda olan *SACEM*’in bu durumunu kötüye kullandığı şeklinde yorumlanabileceğini Divan ifade etmiştir.¹⁹¹

B. Ayrımcılık

Rekabet hukuku terminolojisinde ayrımcılık; fiyat ayrımcılığı olabileceği gibi, eşit durumdaki kişilere eşit davranmamak, tabiiyet esasına dayalı olarak ayrımcılık yapmak veya başka şekillerde ortaya çıkabilmektedir.

Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda uyrukluğa dayalı ayrımcılığa özel bir önem atfedilmektedir. *GVL*¹⁹² kararında Divan, tekel durumunda olan teşebbüslerin tüm alıcılara, üye devlet tabiiyetinde olması veya o ülkede ikamet etmesi şartı aranmadan hizmet sunmak zorunda olduğunu, aksi davranışın hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağını belirtmiştir.

Komisyon yine *Football World Cup 1998 Tickets*¹⁹³ kararında bilet satışı ile ilgili Organizasyon Komitesinin hakim durumda olduğunu tespit etmiş ve Komitenin bu hakim durumunu, Fransız vatandaşlarına bilet satışını kolaylaştıran uygulamalar getirmek suretiyle, kötüye kullandığını tespit etmiştir.

Divan, eşit durumda olan kişilere farklı şartlar uygulamak suretiyle kişileri ekonomik anlamda dezavantajlı pozisyona getirmek üzerinde de önemle durmaktadır. Kaldı ki, Komisyon da havaalanlarında iç hat uçuşları ve dış hat uçuşları arasında farklı iniş tarifleri uygulanmasını, ayrımcılık olarak nitelendirmektedir. Komisyon bu uygulama sonucunda eşit şartlarda olan kişilere farklı uygulamalarda bulunulduğunu, dolayısıyla ayrımcılık yapıldığını bu kararlarına¹⁹⁴ gerekçe olarak göstermektedir.¹⁹⁵

¹⁹¹ Case 110/88-241/88-242/88 *François Lucazeau v SACEM*, (1989), ECR 2811, p. 25, 33.

¹⁹² Case 7/82 *GVL v Commission* (1983) ECR 483, p. 56.

¹⁹³ Case IV/D3/36.88, OJ 2000.

¹⁹⁴ Özellikle *Zaventem* davası ile başlayan bu kararlar *Finnish Airports, Portuguese Airports ve Spanish Airports* kararlarıyla devam ettirilmiştir (OJ, L 216/8, 28/06/1995).

¹⁹⁵ RIVAS J./STROUD F. : agm., s. 972.

Ancak tüm bu ayrımcılık örnekleri arasında en sık rastlanılanın, daha önce doğrudan rekabeti etkileyen kötüye kullanma halleri başlığı altında incelenmiş olan, fiyat ayrımcılığı olduğu ifade edilmektedir.¹⁹⁶

C. Pasif Tutum Nedeniyle Hakkın Kötüye Kullanılması

Doktrinde yukarıda sayılan tüm kötüye kullanma halleri dışında, pasif tutum suretiyle yani aktif rekabete girmek suretiyle de, hakim durumun kötüye kullanılabileceği belirtilmektedir.¹⁹⁷ Pasif tutumdan kastedilen genel anlamda etkin üretim yapmama, atıl kapasite ile çalışma, dolayısıyla satıştan kaçınma, teknolojik gelişmelere ayak uydurmamaktır.¹⁹⁸ Bu pasif tutumun ise Komisyon tarafından 82. maddenin (b) fıkrası kullanılarak engellenebileceği ifade edilmektedir. Zira bu maddede; “tüketiciye zarar verecek şekilde üretimi, pazarları veya teknik gelişmeyi sınırlamak”, hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiştir.

D. Sınai Hakların Kötüye Kullanılması

Sırf bir marka veya patent yahut bunun gibi fikri sınai hakların varlığının bir işletmeyi hakim duruma sokmayacağı belirtilmelidir.¹⁹⁹ Aynı şekilde sahip olunan bu hakların kullanımı da kötüye kullanma sayılmamaktadır. Ancak sahip olunan bir fikri sınai hak nedeniyle paralel ithalatın engellenmesi, pazarı bölmek amacıyla bu hakların tescil edilmesi, lisans verilmesinin haklı gerekçeler olmaksızın reddedilmesi veya bu haklarla korunan bir ürüne aşırı fiyat uygulanması kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek eylemlerdir. Bütün bu eylemler aşağıda ayrıntılarıyla incelenmektedir.

¹⁹⁶ BELLAMY, Christopher/CHILD, Graham: age., s. 426.

¹⁹⁷ BELLAMY, Christopher/CHILD, Graham: age., s. 426.

¹⁹⁸ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 144.

¹⁹⁹ Bu husus Divan’ın ilk olarak *Parke Davis v Probel* kararında yer almış ve bundan sonra bir çok kararında tekrarlanmıştır (Case 24/67 (1968), ECR 86, p. 71).

III. SINAİ MÜLKİYET HAKLARI ARACILIĞI İLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

1. Avrupa Topluluğunda Sınai Hakların Genel İlkeleri ve ATAD'ın Geliştirmiş Olduğu Doktrinler

A. Avrupa Topluluğunda Sınai Hakların Genel İlkeleri

1957 yılında ekonomik amaçlarla ve güvenlik nedenleriyle ilk önce 6 ülkenin temelini attığı ancak günümüzde gelişerek 15 ülke ve toplam 370 milyon insanın yaşadığı bir bölge haline gelen Avrupa Topluluğu, ekonomik entegrasyona ulaşabilmek için dört temel prensip benimsemiştir. Bunlar; malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetin bölge içinde serbest koşullarda dolaşımından ibarettir. Topluluğun siyasal bütünleşmeye doğru giden nihai hedefi göz önüne alındığında 15 ülkenin sınai haklara ilişkin mevzuatının uyumlaştırılması ve Topluluk düzeyinde bu hakların kötüye kullanılmasının engellenmesi gerekeceği tartışmasızdır. Ancak bu uyumlaştırma işleminin kolay olmadığı ve süratle gerçekleştirilemediği açıktır. Bu nedenle bu geçiş aşamasında sınai hakların Topluluk politikalarına uyumlu bir şekilde yorumlanması zorunluluğu doğmuştur. Bu çerçevede Roma Antlaşmasının yorumlanması konusunda asıl ve nihai olarak tek yetkili kurum olan ATAD'ın²⁰⁰ bu hakları Roma Antlaşmasının çeşitli maddeleri uyarınca ele alması gerekmiş ve akabinde bu maddelerin yorumlanması suretiyle çeşitli doktrinler üretmesi ihtiyacı doğmuştur.

a. Ortak Hukuk Yaratılması

Topluluk, entegrasyon çalışmalarının belki yegane aracını hukuk olarak belirlemiştir. Gerçekten, tüm ülkelerin hukuklarının birbirine yaklaştırılması ve belli alanlarda ülke hukuklarının üstünde bir Topluluk hukukunun yaratılması konusunda Topluluk, uzun bir yol katetmiştir. Topluluk, üye devletler arasında entegrasyonu sağlamak amacıyla çeşitli hukuki araçlara başvurmuştur. Bu araçlar aynı zamanda Topluluk hukukunun kaynakları olan kurucu antlaşmalar, bunların ekleri ve protokoller, ile tüzük, direktif, karar, görüş gibi hukuki düzenlemelerdir. Söz konusu düzenlemeler, Avrupa Topluluğu Konseyi ve Komisyonu'nun yanısıra, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi ile birlikte Roma Antlaşmasının öngörmüş olduğu usul ve çoğunluklarla yürürlüğe konulmaktadır. Tüzükler doğrudan uygulanan, yani üye devletlerin herhangi bir işlemine ihtiyaç duymadan, iç hukuklarına almalarına gerek kalmadan hüküm ve

²⁰⁰ ARAT, Tuğrul: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, ATAUM Yayınları, 1998, s. 30.

sonuçlarını doğuran hukuki düzenlemelerdir.²⁰¹ ²⁰² Direktifler ise, doğrudan uygulanabilirlik özelliğine sahip bulunmadıklarından üye ülkelerce direktifte belirtilen süre içinde iç hukuklara alınması gereken düzenlemelerdir. Kararlar ise, kimin için çıkarılmışsa onu bağlayıcı mahiyette olan düzenlemelerdir. Görüş ve tavsiyelerin ise, bağlayıcı nitelikleri bulunmamaktadır.

Topluluk hukukunda sınai haklar alanında son zamanlarda yapılan düzenleme sayısı giderek artmaktadır. Bu konunun, Topluluk düzeyinde düzenlenmemiş olması, özellikle rekabet hukuku açısından çeşitli sıkıntılar gündeme getirmiştir. Ancak konunun Topluluk düzeyinde ele alınması ile birlikte, bu tür farklılıklar giderek azalmıştır. Topluluk düzeyinde sınai haklar konusunda düzenleme yapılması sonucunda üye ülkeler arasındaki farklılıkların minimuma indirilmesi amaçlandığı gibi, bu şekilde malların serbest dolaşımına üye ülkelerce getirilebilecek engeller de önlenmektedir. Zira sınai haklar konusunda Topluluk düzeyinde düzenleme olması halinde üye ülkelerin mevzuatlarının uygulanmasının söz konusu olmayacağı tabiidir. Nitekim Topluluk düzeyinde marka hakkında daha etkin bir düzenleme yapılmış olduğu, Topluluk markası kavramının yaratılmış olduğu, ancak henüz patent hakkı konusunda böyle bir sonuca ulaşamadığı yukarıda ifade edilmiştir. Gerçekten İtalya'nın yakın zamana kadar ilaçlara patent hakkı vermemesi, bunun sonucunda ise, Topluluk içinde diğer ülkelere tamamen farklı hukuksal düzenlemelere sahip adacıklar oluşması ve sınai haklar kullanılarak paralel ithalatların önlenmeye çalışılması ortak hukuk yaratılmasının zorunluluğuna işaret eden güzel bir örnek oluşturmaktadır.

b. Rekabetin Sınırlanması

ATAD'ın sınai hakların yorumlanmasına ilişkin tarihsel süreç içerisindeki ikinci görüşü bu hakların RA 81 ve 82. maddeler kapsamında incelenmesi gerektiği yolunda olmuştur. Rekabetin korunmasına ilişkin 81 ve 82. maddeler ortak pazarın tesisi amacıyla Topluluk içinde varolan piyasalardaki rekabetin sağlanmasına yönelik düzenlenmiş maddelerdir. Dolayısıyla 81 ve 82. maddelerde fikri veya sınai haklar ile ilgili herhangi bir hüküm yer almamaktadır. İlgili maddelerde fikri veya sınai haklara sahip olan kimselerin veya bu kişilerin sınai hakları tarafından korunan ürünlerinin piyasaya sürülmesine onay²⁰³ verdikleri kimselerin, münhasır haklara sahip olmaları

²⁰¹ TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, s. 71 vd.

²⁰² GÜNUĞUR, Haluk: Avrupa Topluluğu Hukuku, Bası 3, Ankara, 1996, s. 203 vd.

²⁰³ Sınai haklar, hak sahibinin münhasır yetkisine istinaden, piyasaya ilk defa hak sahibi tarafından veya onun onayı ile bir başka kişi tarafından sürülürler. Sınai hak sahibinin mal veya hizmeti ile ilgili üçüncü kişiye lisans vermesi halinde lisans sahibinin mal/hizmeti piyasaya sürmek konusunda sınai hak sahibinin onayını almış olduğu tartışmasızdır. Onay kavramı özellikle sınai hakkın tüketilmesi kavramında önem arz

engellenmemekte, sadece bu hakların rekabeti sınırlayıcı, bozucu veya engelleyici şekilde kullanılmaları önlenmek istenmektedir. Benzer şekilde sınai haklar kullanılarak ortak pazarın bölümlere ayrılmaya çalışılması da mümkündür. Şayet sınai hakların kullanılmasına ilişkin teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler üye devletlerarası ticareti etkiliyorsa ve ortak pazar içinde rekabeti önlemeye yönelik bir amaç taşıyorsa ya da bu türlü bir etkiye sahipse, bu durum Roma Antlaşması m. 81 kapsamına girmektedir. Sınai hakların kullanılması hakim durumda olan bir işletmenin, “hakim durumunu kötüye kullanması” tanımına girmektedirse, bu durum da Roma Antlaşması m.82 kapsamına girecektir.

c. Serbest Dolaşım

Avrupa Topluluklarının İkinci Dünya Savaşından sonra kurulmasının temel amaçlarından birinin, kurucu Avrupa ülkeleri arasında bir ortak pazarın oluşturulması, ülkeler arasındaki ticari, mali ve fiili engellerin kaldırılarak gümrük birliğinin gerçekleştirilmesi, bu sayede savaştan güçsüz çıkan ülkeler arasında bir birliğin kurularak, dünyada gelişen ekonomiler ile rekabet edebilmesi olduğu ifade edilmektedir.

Bu çerçevede ortak bir pazarın kurulabilmesi için malların, hizmetlerin, sermayenin ve kişilerin dolaşımının serbest bırakılmış olduğu ifade edilmiştir. Bu açıklamalar doğrultusunda, Avrupa Topluluklarını kuran Roma Antlaşmasının çok sayıda maddesini kapsayan hükümlerin (9-73h), malların serbest dolaşımı ile ilgili olması yadırganmayacaktır. Roma Antlaşmasının 14/II.²⁰⁴ maddesinin ikinci fıkrası iç pazarı, içinde malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının Roma Antlaşması hükümleri uyarınca güvence altına alındığı, iç sınırların bulunmadığı alan olarak tanımlamıştır.²⁰⁵

Malların serbest dolaşımı ise, gümrük birliğine dayanmaktadır. Gümrük Birliği, Roma Antlaşmasının 23.²⁰⁶ maddesinde ifade edildiği gibi; üye devletler arasında ithalat ve ihracat gümrük vergileri ile eş etkili resimlerin kaldırıldığı ve üçüncü devletlere karşı ortak gümrük tarifesinin uygulandığı bir sistemdir. Ancak malların serbestçe dolaşımının istisnalarından birini sınai haklar

etmektedir. Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. bu çalışma § 2, III, 1, B, c-Hakkın Tüketilmesi Doktrini.

²⁰⁴ Roma Antlaşmasının Amsterdam metni ile değiştirilmesinden önceki madde numarası 7 (a) idi.

²⁰⁵ TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, s. 304.

²⁰⁶ Roma Antlaşmasının Amsterdam metni ile değiştirilmesinden önceki madde numarası 9 idi.

oluşturmaktadır. Zira sınai haklar yukarıda da belirtildiği gibi, ülkesel münhasır yetki sağlayan haklardır. Bu durumun malların serbest dolaşımı ilkesine aykırı olduğu açıktır. Bu nedenle Roma Anlaşması m. 30'da sınai hakların kötüye kullanılmadığı sürece²⁰⁷ malların serbest dolaşımına istisna oluşturacağı ifade edilmiştir. Ancak bu şekilde nihai bir çözüme ulaşılmış olduğu söylenememektedir, zira bu hüküm ile Avrupa Topluluğunun temel ilkelerinden biri olan malların serbest dolaşımının ciddi şekilde engellenmesi söz konusu olmaktadır. Başka deyişle içinde ulusal sınırların kaldırılmış olduğu Birliğin ülkesel sınırlara bölünmesine bir anlamda izin verilmiş olmaktadır.

Bu soruna bir çözüm getirmek amacıyla ATAD'ın geliştirmiş olduğu son yorum, bu hakların RA m. 28-30 kapsamında ele alınması gerektiği şeklinde oluşmuştur. Bu çerçevede verilen ilk kararlar *Dassonville*²⁰⁸ ve *Cassis de Dijon*²⁰⁹ kararlarıdır. Bu kararlar sonucunda Divan, malların serbest dolaşımını engelleyen her türlü düzenlemenin RA m. 30 uyarınca yasaklanabileceğini, zira bu nitelikte hiçbir düzenlemenin Topluluk içi ticareti kısıtlamaya yetkisinin olmadığı ifade edilmiştir. Ancak üye devletlerin kamu menfaati gereği RA m. 30'da belirtilen istisnalar çerçevesinde ve bu konularda Topluluk çapında düzenleme yapılmamış olması halinde, ayrımcı niteliği olmamak şartıyla serbest dolaşım ilkesine kısıtlama getirebilecekleri hükme bağlanmıştır. Şu halde malların dolaşımının üye devletler tarafından engellenmesinin, bu konuda Topluluk çapında düzenleme yapılmış olması ve ayrımcı olmamak gibi iki şarta bağlanmış olduğu görülmektedir. Nihayet *Deutsche Grammophon v Metro*²¹⁰ davasında Roma Anlaşmasının serbest dolaşımı düzenleyen hükümlerinin bu konuya uygulanmasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir.²¹¹

Bu doğrultuda üye ülkelerin sınai haklara tanıdığı oldukları koruyucu hükümlerin, RA m. 30'da gösterilen istisnalar arasında sınai hakların yer alması nedeniyle, malların serbest dolaşımına sınırlama getirebileceği, hatta malların

²⁰⁷ RA m. 30 şu hükmü içermektedir: "Genel ahlaki, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin, insanların, hayvanların ve bitkilerin sağlığının korunması, sanatsal, tarihi veya arkeolojik değeri olan milli kıymetlerin korunması, sınai ve ticari mülkiyetin korunması gibi sebeplerle haklı görülen ihracat, ithalat veya transit mallara getirilen sınırlamaları veya yasaklamaları 30.-36. maddeler engellemez. Bununla birlikte, bu gibi yasaklamalar veya sınırlamalar Üye Devletler arası ticarete keyfi ayrımcılık veya gizli sınırlamalar oluşturma aracı olarak kullanılamaz" bkz. ASLAN Yılmaz: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Mevzuatı 1998, Rekabet Kurumu, Ankara, 1998, s. 3.

²⁰⁸ Case 8/74, *Procureur du Roi v B&G Dassonville*, (1974), ECR 837.

²⁰⁹ Case 120/78, *Rewe-Zentrale v Bundesmonopolnerwalting für Branntweinn*, (1979), ECR 649.

²¹⁰ Case 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH v Metro*, (1971), ECR 487, p. 7.

²¹¹ ÖZCAN, Mehmet: age., s. 108-109.

dolaşımını engelleyebileceği kabul edilmektedir. Ancak üye devletler arasındaki ticaret, sınai haklar kullanılarak keyfi ayrımcılık uygulanmak suretiyle veya sınai hakların gizli bir kısıtlama aracı olarak kullanılması suretiyle, engellenemeyecektir.

B. ATAD'ın Geliştirmiş Olduğu Doktrinler

Yukarıda da çeşitli yerlerde dile getirilmiş olduğu gibi sınai haklar, nitelikleri gereği ülkesel, münhasır yetkiler sağlayan haklardır. Sınai hakların bu ülkesel niteliklerinin coğrafi sınırların tamamen kaldırılmış olduğu Avrupa Topluluğunda ticarete ciddi engeller getirdiği tartışmasızdır. Bu amaçla Roma Anlaşmasının hangi hükümlerinin bu sorunun çözümünde kullanılabileceğinin de tartışma konusu olduğu ve bu çerçevede ATAD'ın yapmış olduğu yorumlar yukarıda ele alınmıştır.

Aşağıda ATAD'ın Roma Antlaşmasının çeşitli maddelerini tatbik etmek suretiyle sınai haklara ilişkin geliştirmiş olduğu üç temel doktrin ele alınacaktır. Bu çerçevede hakların varlığı ve kullanılması doktrini ilk önce incelenecek, bu doktrinin incelenmesinin ardından, varlığı kabul edilmiş bulunan sınai haklar açısından Topluluk hukuku çerçevesinde hak sahiplerinin hangi faaliyetlerde bulunabileceği, hakkın spesifik konusu başlığı altında incelenecektir. Saç ayağının üçüncü ayağını oluşturan ve son sırada incelenecek doktrin ise, RA m. 28 ve m. 30'a sıkıca bağlı olan hakkın tüketilmesi doktrini.

a. Hakların Varlığı ve Kullanılması Doktrini

Avrupa Topluluğunda sınai haklar ve rekabet hukukunun çatışmasının özünde yatan soru, malların hiçbir kısıtlamaya tabi olmadan, Topluluk içinde serbestçe dolaşmasının sağlanması uğruna, fikri hakların korunmasından vaz mı geçileceği sorusudur. Bu amaç uğruna fikri mülkiyet hakkına sahip kişilerin haklarının ellerinden alınması sosyal açıdan kabul edilebilir mi?

Bu soruların cevabının Roma Antlaşmasının 28 ve 295. maddelerinde yer aldığını, ancak bu maddelerle rekabetin korunması ile ilgili maddeler arasındaki bağlantıyı, getirdiği ilkelerle ATAD'ın kurmaya çalıştığını belirtmek gerekmektedir. ATAD, önüne gelen bir çok davada devletlerin fikri sınai mülkiyet alanındaki yasal düzenlemelerine Roma Antlaşması ile müdahale edilmediğini, sadece bu hakların kullanılmasının serbest dolaşımı etkilediği andan itibaren, Roma Antlaşmasının 28-30. madde hükümlerinin uygulamaya geçirileceğini ifade etmiştir.²¹² Bu görüşün yasal dayanakları olarak da Roma Antlaşmasının 30 ve 295. maddeleri gösterilmiştir. Roma Anlaşmasının

²¹² Case 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH v Metro*, (1971), ECR 487, p. 11.

30. maddesine bakılacak olursa maddede; “sınai ve ticari mülkiyetin korunması gibi gerekçelerle ithalat, ihracat veya transit mallara getirilen sınırlamaları veya yasaklamaları 28 ve 30. maddeler engellemez” hükmü yer almaktadır. Mülkiyetle ilgili Roma Antlaşmasının 295. maddesinde ise, “bu sözleşme hükümlerinin üye devletlerdeki mevcut mülkiyet sistemine ilişkin kuralları hiçbir şekilde etkilemeyece(ği)” hükmü yer almaktadır.

ATAD, sınai hakların “varlığının” ulusal hukuklarca düzenlendiğini, RA m. 295’de de düzenlenmiş olduğu gibi, bu tür hakların mülkiyet konusu ile ilgili olduğunu, dolayısıyla fikri hakların varlığına ilişkin ulusal mevzuatların Topluluk hukukundan etkilenmemesi gerektiğini, ancak bu hakların “kullanımının” tamamen Topluluk hukukuna dahil olduğunu, açıkça ilk defa *Consten & Grundig v Commission*²¹³ davasında belirtmiştir. Hakların varlığının ulusal hukuklarca düzenlenmesinin anlamı, hakların tanımlanması, bunlara getirilecek hukuki korumanın ve bu korumanın sınırının ulusal hukuklarca düzenlenmesidir. Düzenlemelerin ulusal hukuklara bırakılması bir anlamda zorunludur, zira yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, hakların varlığına ilişkin Topluluk düzeyinde bir düzenleme henüz bulunmamaktadır. Ancak sınai hakların kullanımının, topluluğun yetkisi altında olduğu belirtilmiştir. Zira bu hakların kullanımının, Birliğin var oluş amaçlarından birini oluşturan ortak pazarın bölünmesine neden olabileceği yukarıda ifade edilmiştir. Şu halde sınai haklar konusunda, üye devletlerle Topluluk arasında bir yetki paylaşımının varlığından söz edilebilmektedir.²¹⁴ Ancak zaman geçtikçe, Birliğin entegrasyonunun giderek güçlendiği de göz önüne alınacak olursa, artık hakların varlığı konusunun da Topluluk hukuku tarafından ele alınması kaçınılmazdır. Nitekim ATAD önüne gelen iki dava ile bu hakların varlığını da Roma Antlaşması m. 28/I çerçevesinde ele almaya başlamıştır.²¹⁵ Sonuç olarak, devletler serbestçe kendi mevzuatlarında sınai hak yaratamaz hale gelmişlerdir.²¹⁶ Ancak hakların varlığı ve kullanılması doktrininin yapay bir ayırım olduğu fikrini ileri sürenler de olmuştur. Nitekim bu görüşlere dayanak

²¹³ “...Antlaşma üye ülkelerin sınai ve ticari mülkiyetle ilgili olarak tanıdığı hakların varlığını etkilemese dahi, bu hakların kullanımı Antlaşmanın getirdiği yasakların kapsamına girebilir.” (Case 58/64 *Consten & Grundig v Commission* (1965), ECR 385, p. 10).

²¹⁴ TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, s. 693.

²¹⁵ İlk defa *Warner Brothers Inc. v Christiansen* (Case 158/86 (1988), ECR 2605, p. 11) davası ile başlayan, sınai hak konusu yaratılmasının da AB’nin “yargı yetkisi” içine girdiği görüşü, *CICRA v Renault* (Case 53/87 (1988), ECR 6039, p. 11) ve *Volvo v Veng UK* (Case 238/87 (1988), ECR 6211) davaları ile perçinleşmiştir.

²¹⁶ ÖZCAN, Mehmet: age., s.112.

olarak ATAD'ın son zamanlarda vermiş olduğu *Magill*²¹⁷ ve *Ideal Standard*²¹⁸ kararları gösterilmektedir. Bu kararlarda ATAD, hakların varlığı ve kullanılması doktrinine hiçbir atfı yapmamaktadır. Sınai hakların varlığının kabulü ve fakat varlığı kabul edilen bu hakların kullanımının sınırlandırılması sonucunu doğuran bu doktrinin, suni bir ayırım getirdiğini ve artık terk edilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır.²¹⁹

b. Hakkın Spesifik Konusu Doktrini

Hakların varlığı ve kullanımı doktrininin özünde yer alan düşünce, fikri mülkiyet haklarının varlığının ulusal hukuklarca düzenlenmesi, bu hakların kullanımının ise, Topluluk hukukunun denetiminde olmasıdır. Ancak kullanımın ne şekilde denetleneceği ATAD'ın karşısına çıkan önemli bir sorun olmuştur. Bu sorunu çözmek amacıyla, ATAD tarafından hakkın spesifik konusu doktrini geliştirilmiştir. Anlaşılacağı üzere ATAD, hakkın varlığı ve kullanımı doktrini ile hakkın spesifik konusu doktrini birlikte, birbirlerini tamamlar şekilde ilk kez *Deutsche Grammophon v Metro*²²⁰ davasında ortaya çıkarmıştır. ATAD, hakkın kullanma biçiminin hakkın özüne "cevherine" ait olduğu halde,²²¹ malların ya da hizmetlerin serbest dolaşımı veya rekabete ilişkin Topluluk kurallarının uygulanmayacağını, yani bu nitelikte bir kullanmanın meşru sayılacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla hakkın spesifik konusu doktrini, hakkın meşru şekilde kullanılmasının temelinde yatan mantığı açıklamaya çalışmaktadır.²²² Hakkın kullanma biçiminin, hakkın spesifik konusuna aykırı olup olmadığının tespitini yaparken ATAD, Topluluk kurallarını ulusal hukuk kurallarından üstün tutmamakta, her iki normu da eşit düzeyde kabul ederek her somut olayın niteliğine göre, hakkın spesifik konusunun tanımını yapmaktadır.

Hakların spesifik konusunun kesin tanımının yapılamaması, her olayda farklı tanımlar verilmesi ve tanımlı yapacak makam (ATAD veya ulusal mahkemeler) konusunda tereddütlere düşülmesi, bu doktrinin ana eleştiri noktalarını oluşturmuştur. Buna rağmen bu doktrin hakların varlığı ve kullanılması doktrini ile beraber uzun yıllar ATAD tarafından uygulanmış ve

²¹⁷ Case T-69/89 *Radio Telefis Eirann v Commission*, (1991), ECR II-485, Case T-70/89, *British Broadcasting Cooperation v Commission*, (1991), ECR II-535, Case T-76/89 *Independent Television Publication Ltd v Commission*, (1991), ECR II-575, Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P *RTE and ITP v Commission* (1995) ECR I-743.

²¹⁸ Case 9/93 *ITH Internatiöle Heiztechnik v Ideal Standard GmbH*, (1994), ECR I-2789.

²¹⁹ ÖZCAN, Mehmet: age., s. 113 dn. 28-29.

²²⁰ Case 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH v Metro* (1971), ECR 487, p. 11.

²²¹ TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, s. 693.

²²² ÖZCAN, Mehmet: age., s.114.

halen de uygulanıyor olması nedeniyle, aşağıda çeşitli mahkeme kararlarında yer alan fikri mülkiyet haklarına ilişkin spesifik konu tanımları, ortak bir paydada verilmeye çalışılacaktır.

ATAD daha önce de belirtildiği gibi hakkın spesifik konusu doktrini, fikri ve sınai hakların korunması için getirilen kısıtlama ve sınırlamaların meşruluğunu tayin etmek amacıyla gündeme getirmiştir. Ancak hakkın spesifik konusu, Avrupa Topluluğu çapında fikri mülkiyet alanında mevzuat uyumlaştırmasının henüz tam anlamıyla sağlanamadığı düşünüldüğünde, her somut olaya ve her ülke mevzuatına göre değişmektedir. Ancak genel olarak ATAD marka hakkının spesifik konusu içine iki hakkı sokmaktadır. Bunlar; markayı taşıyan ürünlerin markanın sahibinin izni veya onayıyla piyasaya ilk defa sürülmesi ve marka sahibinin münhasır kullanım yetkisidir. Bu iki hakkın markanın spesifik konusu tanımı içinde yer aldığını ATAD vermiş olduğu değişik kararlarda şu ifadelerle belirtmiştir:

“Ticari marka sahibinin, o markayı münhasır olarak kullanma hakkı bağlamında markanın konusunu teşkil eden ürünün, piyasaya ilk defa marka sahibi tarafından sürülmesi ve markanın sağladığı avantajlardan yararlanmak isteyen üçüncü kişilerin, o markayı taşıyan ancak yasal olmayan ürünlerini satmaya engel olunmasıdır.”²²³

²²³ Case 3/78 *Centrafarm v American Home Products* (1978), ECR 1823, p. 11, Case 16/74 *Centrafarm v Winthrop* (1974), ECR 1183, p. 8, Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* (1979), ECR 461, Case C-10/89 *Sa Cln-Sucal Nv v Hag*, (1990), ECR I-3711.

Hakkın spesifik konusunu belirlerken ATAD, hakkın temel işlevinin²²⁴ de göz önüne alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda marka hakkının işlevi, ürünün üzerine konulan marka sayesinde, tüketicilerce karıştırılma ihtimali olmadan ayırt edilmesinin sağlanmasıdır.²²⁵ Dolayısıyla iltibas, karıştırılma tehlikesinin saptanması hakkı da marka hakkının konusu içine dahil edilmektedir. Ancak karıştırılma ihtimali, her üye devletin kendi mevzuatına göre tespit edilmesi gereken bir olgudur. ATAD sadece, ulusal hukuklara bırakılan bu yetkinin amaca uygun kullanılmasını denetlemekle yükümlüdür. Ne var ki, marka ile ilgili uyumlaştırma direktifinin²²⁶ Topluluk tarafından çıkarılmasının ardından, artık Topluluğa özgü bir karıştırma tehlikesi kavramının oluşmaya başladığının da altı çizilmektedir.²²⁷

²²⁴ “Hakkın spesifik konusu” kavramının yanında ATAD “hakkın temel işlevi”, “hakkın asıl fonksiyonu” gibi kavramlar da kullanmıştır. ATAD *Hoffman La Roche v Commission* (Case 85/76 (1979), ECR 461) , *Sa Cln-Sucal Nv v Hag* (Case C-10/89 (1990), ECR I-3711) davalarında hakların asıl fonksiyonu kavramını hakkın spesifik konusu kavramından ayırmıştır. Aynı şekilde *Magill* davasındaki Kanun Sözcüsü Mischo, görüşünde iki kavramın birbirinden ayrılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede ATAD *Hoffman La-Roche* ve *Sa Cln-Sucal Nv v Hag* kararlarında markanın asıl fonksiyonunun ürünün üzerine konulan işaret sayesinde tüketicilere ürünün aynı orijinden (kaynaktan) geldiğinin garanti edilmesi olduğunu ifade etmiştir bkz. KORAH, Valentine: Cases and Materials on EC Competition Law, London, 1996, s. 370. Gerçekte ATAD, hakkın spesifik konusunun tanımını yaptıktan sonra hak sahibinin hakkının kapsamını belirlemek amacıyla, “hakkın asıl fonksiyonu”, “hakkın temel işlevi” gibi kavramlara başvurmuştur. Ancak hakkın spesifik konusu ile bu hakkın kapsamını belirleyen temel işlevin bir bütün olduğu ve birbirinden ayrılamayacağı göz önüne alınarak, “hakkın temel işlevi” kavramına “hakkın spesifik konusu” başlığı altında yer verilmesinin uygun olacağı düşünülmüştür bkz. ÖZCAN, Mehmet: age., s.123.

²²⁵ TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, s. 695.

²²⁶ “*First Council Directive 89/104/EEC of 21/12/1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks*”, OJ, 11/2/1989, L 040.

²²⁷ TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, s. 698.

Ayrıca markanın “ayırt edici” işlevinin yanında “bağlantı” işlevinin²²⁸ de, ATAD tarafından marka hakkının temel işlevine dahil edildiği görülmektedir. Zira ATAD markanın, üzerine konduğu ürünün kalite ve güvenilirliğini konusunda güvence veren bir firma ile bağlantı sağladığını ifade etmiştir. Gerçekten çok sayıda tüketici, belli bir markanın belli bir firma tarafından üretildiğini ve bu firmanın ürününün güvenilirliği konusunda kendisine bir güvence oluşturduğunu düşünmektedir. Bu “bağlantı” işlevinin bir sonucu olarak ATAD, *Hag II*²²⁹ davasında farklı üye ülkelerde aynı markaya sahip firma veya kişilerin, kendi ülkelerinde diğer firmaya ait ürünün satışını engelleyebileceklerine karar vermiştir. Çünkü bağlantı işlevi gereği markaların aynı olmasına rağmen tüketiciler açısından güvence niteliğine haiz olan marka sahibi firmalar farklıdır, dolayısıyla güvence işlevi yerine getirilememektedir.

²²⁸ ATAD, *Van Zuylen Frères v Hag AG* (Hag I) (Case 192/73 (1974), ECR 731) davasında ilk defa “bir ticari marka sahibinin bu hakkına dayanarak, bir üye devlette yasal olarak piyasaya sürülmüş bulunan bir ürünün başka bir üye devlette piyasaya sürülmesini sırf birinci ülkede mevcut bulunan benzer bir ticari marka ile kendi markasının konusunu teşkil eden ürünlerin menşelerinin aynı olması nedeniyle engelleyemez” şeklinde bir karar vererek “bağlantı işlevini” (ortak menşe doktrini) ifade etmiştir. Ortak menşe doktrini ATAD tarafından ortaya atılan, ancak temellerinin ortaya atıldığı görüşten sonra, *Terrapin v Terranova* (Case 119/75, (1976), ECR 1039) kararında açıklanmaya çalışılan bir doktrindir (Ancak bu doktrinin söz konusu kararda da doyurucu şekilde açıklanamadığına ilişkin bkz. LUBBOCK, Mark: Hag II and Trademark Delimitation Agreements, CAMPHELL, Dennis: International Intellectual Property Law New Developments, Austria, 1995, s.231. Doktrinin özünde yatan, Topluluk içinde tek bir sınai hakkın var olması ancak zaman içinde özellikle kamulaştırma gibi işlemler sonucunda Topluluk içinde farklı ülkelerde birbirleri ile ekonomik anlamda hiçbir ilişkisi bulunmayan kişilerin aynı sınai hakkın sahibi olmasıdır. ATAD bu durumda sınai hakkın menşesinin aynı olması nedeniyle iki ülke arasında gerçekleştirilecek paralel ithalatın engellenemeyeceğini ileri sürmüştür. Ancak bu doktrinin Topluluk hukukunun hiçbir temeline dayandırılmamasına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. KORAH, Valentine: Cases and Materials, s.369 vd. Ortak menşe doktrinini fiilen ortadan kaldıran ATAD’ın *Hag II* (Case C-10/89 SA CNL-Sucal NV v Hag GF AG (1990), ECR I-3711) ve *Ideal Standard* (Case 9/93, 1994, ECR I-2789) kararları olmuştur. Zira ATAD sınai hakların kamulaştırma gibi nedenler aranmadan rızai bölünmesi halinde dahi her iki ülkedeki hak sahibinin hakkının ülkesel olarak korunduğunu ifade etmiştir. Başka deyişle A ülkesindeki hak sahibi, hakkına dayanarak aynı markaya sahip B ülkesindeki hak sahibinin ürünlerinin A ülkesine gerçekleştirilen paralel ithalatını engelleyebilecektir bkz. COOK, Trevor: agm., s. 52.

²²⁹ Case C-10/89 SA CNL-Sucal NV v Hag GF AG (1990), ECR I-3711.

Patent hakkının spesifik konusu ise, buluşun ilk defa piyasaya sürülmesi ve patent sahibinin lisans sözleşmeleri yoluyla yaratıcı çabalarının ödüllendirilmesinin, güvence altına alınması olduğu belirtilmiştir. Nitekim ATAD *Centrafarm v Sterling Drug*²³⁰ davasında vermiş olduğu kararda patent hakkının spesifik konusunu şu şekilde tanımlamıştır:

“Patent hakkının spesifik konusu, patente konu olan buluşun sahibinin yaratıcı çabalarını ödüllendirmektir. Bu bağlamda, buluşun sahibi, buluşunu dilediği gibi kullanmakta serbesttir. Ticari olarak buluşu üretmek ve doğrudan ya da lisans vermek suretiyle dolaylı olarak piyasaya ilk defa sürme hakkı ve yapılan ihlallere karşı itiraz hakkı da mutlak olarak patent sahibine aittir.”²³¹

*Merck v Stephar*²³² davasında ise ATAD, patent hakkının özünü buluş sahibine piyasalarda tekel sağlayacak şekilde ürünün piyasaya ilk defa sadece kendisi tarafından sürülmesi yoluyla, yaratıcı çabanın ödüllendirilmesi olduğunu, ancak bu ödülün her koşulda garanti edilemeyeceğini ifade etmiştir. Zira kararda *Merck* adlı şirket, ilaçlara patent hakkı verilmesini kabul etmeyen İtalya haricindeki, tüm üye devletlerde bir ilacın patent hakkını almıştır. İlaç, İtalya da dahil olmak üzere tüm AB piyasasına sürülmüş, akabinde *Stephar BV* adlı bir şirket İtalya’dan satın aldığı ilaçları, Hollanda’ya ithal edilmeye çalışmıştır. Divan, önüne getirilen bu meselede; patent hakkı sahibinin, ilgili ürünü patent koruması olmayan bir ülkede rızasıyla piyasaya sürmesi halinde, artık patent hakkının tükendiğini, dolayısıyla bu ürünün ülkeye ithal edilmesini engelleyemeyeceğini ifade etmiştir.

Sonuç olarak mahkeme patent koruması olmayan bir ülkede, ürünün piyasaya sürülmesinin sonuçlarını ilgili şirkete yüklemiştir. Ancak bu karar sonucunda patent sahiplerinin sadece koruma sağlayabilecekleri ülkelerde ürünü piyasaya sürmelerinin ve koruma sağlanmayan ülkelerde piyasaya sürmemelerinin, fiyat farklılığının yaratacağı ortak pazar bölünmesinden daha ciddi bölünmelere neden olabileceği doktrinde ileri sürülmüştür.²³³ Ancak İtalya’nın ilaçlara patent hakkının verilmesini tanımasından sonra bu konuda sorun yaşanmayacağı söylenebilirse de, halen üye ülkelerin fikri mülkiyet mevzuatları arasındaki farklılıklar göz önüne alındığında, her an buna benzer yeni sorunların ortaya çıkabileceği de tartışmasız hale gelmektedir.

²³⁰ Case 15/74 *Centrafarm v Sterling Drug* (1974), ECR 1147, p. 9.

²³¹ ÖZCAN, Mehmet: age., s. 115.

²³² Case 187/80 *Merck v Stephar* (1981), ECR 2063, p. 4.

²³³ KORAH, Valentine: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, London, 1994, s.193.

c. Hakkın Tüketilmesi Doktrini

Fikri mülkiyet hakkı sahibinin korunmaya değer menfaati ile serbest ticaret sonucu bundan yarar görecektüketicilerin hakları arasındaki çıkar çatışmasının dengelenmesi; böylece serbest ticaret ile fikri mülkiyet haklarının korunması, dolayısıyla kamu yararı ile kişisel kullanım özgürlüğü arasında bir denge kurmaya çalışılması sonucu, hakkın tüketilmesi doktrini ortaya konulmuştur.

Hakkın tüketilmesi doktrininin özünde; sınai hak ile ilgili bulunan ürünlerin, sınai hak sahibi tarafından veya hak sahibi kişinin rızasıyla, bir kere piyasaya sunulmasının ardından bu hakların tükenmesi yatmaktadır. Diğer bir deyişle, belirli bir malın ilk rızai satışından sonra fikri mülkiyet hakkı sahibinin, o belirli mal üzerindeki tekeli ilk satım hakkı “tükenmekte”, hak sahibi artık malın dolaşımına müdahale edememektedir.²³⁴ Bu doktrin ilk defa detaylı bir şekilde *Deutsche Grammophon v Metro*²³⁵ kararında ortaya konulmuş ve bu doktrin çerçevesinde sınai hak sahibinin mal veya hizmetin piyasaya sürülmesine ilişkin onay kavramı tartışılmıştır.²³⁶

i. Hakkın Tüketilmesinin Unsurları

Fikri mülkiyet hakkı içeren ürünlerin, fikri hak sahibinin rızası ile piyasaya sunulmuş olması tükenme doktrininin temel unsurunu oluşturmaktadır. Sınai hak sahibinin onayı ile piyasaya sürülme kavramının incelenmesinde sınai hak sahibinin lisans vermesinde onayın bulunduğuna şüphe yokken, zorunlu lisans verilmesinde onayın bulunup bulunmadığı tartışılmış (*Pharmon v Hoechst*²³⁷), ayrıca yine patent hakkına ilişkin olarak patent korumasının kabul edilmediği bir ülkede de malın piyasaya sürülmesinin onay kavramı içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği araştırılmıştır (*Merck v Stephar*²³⁸). Piyasaya sunulma kavramından ise; fikri ürünü içeren malın zilyetliğinin her türlü devir yoluyla bir başkasına geçirilmesi olgusu anlaşılmalıdır.²³⁹ Dolayısıyla fikri ürünü içeren malın fikri mülkiyet hakkı sahibinin rızası ile satılması, fikri hak sahibinin o mal üzerindeki hakkının sona ermesine neden olacaktır. Ancak bu ürünleri satın alan kişi sadece ilgili ürünün tekrar zilyetliğini devretme

²³⁴ TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, s. 686.

²³⁵ Case 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH v Metro* (1971), ECR 487, p. 12-13.

²³⁶ KORAH, Valentine: Cases and Materials, s. 373, D'AMATO, Anthony/LONG, D. Estelle: International Intellectual Property, 1997, s.325, ANIK, Gülgün: AT Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları, FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 3, s.111.

²³⁷ Case 19/84, *Pharmon BV v Hoechst AG*, (1985), ECR 2281, p.20.

²³⁸ Case 187/80 *Merck v Stephar* (1981), ECR 2063, p. 7.

²³⁹ PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.861.

hakkını elde edecek, yoksa o ürünü değiştirmek, kopyalamak, yayınlamak hakkını elde edemeyecektir²⁴⁰. Hakkın tükenmesi için malın satımı dahil; kiralanması, ödünç verilmesi, leasing sözleşmesine konu edilmesi, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılması²⁴¹ hak sahibinin o mal üzerindeki hakkını sona erdirecektir.

Fikri ürün içeren mallar hak sahibi tarafından değişik usullerle piyasaya sunulabilir. Ayrıca malı bizzat hak sahibi piyasaya sürebileceği gibi, hak sahibinin rızası ile üçüncü bir kişi de piyasaya sunulma şartını gerçekleştirebilir. Hak sahibi malı bir X ülkesinde üretip aynı ülkede kendisi piyasaya sürebileceği gibi, bir yavru şirketi aracılığıyla başka bir ülkede üretip yine X ülkesinde piyasaya sürebilir. Dolayısıyla tükenme ilkesinin etkisini gösterip göstermemesi kişilere ve üretim yerine göre değil, hak sahibine ve piyasaya sürüldüğü yere göre belirlenmektedir.²⁴²

Hak sahibinin rızası ile üçüncü kişi tarafından piyasaya sürülme, hak sahibi ile malı piyasaya süren arasındaki hukuki ve ekonomik bir tabiiyet ilişkisi sonucu gerçekleşebilir. Hak sahibi ile malı piyasaya süren kişi arasında ana şirket-yavru şirket ilişkisi olabileceği gibi, bir işletmeler birliği ilişkisi de olabilir. Bu halde malın piyasaya sürülmesi ile hak, hem malı piyasaya süren hem de ana şirket veya işletme birliğine dahil diğer şirketler açısından tükenmiş olacaktır.

Ayrıca fikri mülkiyet hakkı sahibi akdedeceği sözleşmeler ile üçüncü kişilere hakkını kullanma yetkisini verebilmektedir. Bu sözleşmeler; tek satıcılık, acentelik, distribütörlük veya lisans sözleşmeleri şeklinde olabilmektedir. Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcının üreticiden malları alıp bunları kendi nam ve hesabına üçüncü kişilere satması sağlanmaktadır. Tek satıcı sözleşme gereği, tek satıcılık yetkisini haiz olduğu bölgenin dışına satış yapamamaktadır. Dolayısıyla tek satıcı kendi bölgesinde tekel konumunda olmaktadır. Ancak tek satıcılık sözleşmesi sadece sözleşmenin tarafları arasında hak ve yükümlülükler doğurduğundan, fikri mülkiyet hakkı tüketildikten sonra tek satıcının paralel ithalatı engellemesi mümkün olmamaktadır. Ancak tek satıcının sözleşmenin karşı tarafı olan fikri hak sahibine sözleşmeye aykırılık gerekçesi ile başvurması olasılığı akla gelmektedir.

²⁴⁰ TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, s. 686.

²⁴¹ “(...) Markalı malın mülkiyetinin devri mutlaka gerekli bir şart olmadığı gibi; her durumda da bu tür bir devir yeterli olmayabilir. Örneğin, eğer bu markalı mal teminat verilmek üzere malın mülkiyeti devredilmişse ve fakat bu mal önceki gibi hâlâ elde bulunduruluyorsa, (...) hakkın tükenmesini sağlayan piyasaya sunulma şartı gerçekleşmiş olmayacaktır.” PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, s.862.

²⁴² PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, s.865.

Fikri mülkiyet alanında hak sahibinin yetkilerini devretmesini öngören ve uygulamada sıkça karşılaşılan ikinci sözleşme tipi ise lisans sözleşmeleridir. Fikri mülkiyet hakkı sahibi lisans sözleşmeleri ile fikri ürün içeren malı üretme ve piyasaya sürme hakkını üçüncü bir kişiye devredebilir. Bu durumda lisans sözleşmesine uygun olarak lisans sahibi tarafından üretilerek piyasaya sunulan mallar üzerindeki haklar tükenmiş olmaktadır. Lisans sözleşmesinde lisansın süresi, üretilen malın kalitesi vs. gibi tahdidi sınırlar mevcut ise, bu sınırlamalara lisans alanın uymaması halinde, lisans veren fikri mülkiyetten doğan haklarını lisans alana karşı kullanabilmektedir.²⁴³

ii. Hakkın Tüketilmesinin Coğrafi Sınırları

Fikri mülkiyet hakkı sahibinin fikri hakkını içeren ürünleri piyasaya sürmekle bu ürünler üzerindeki hakkının tükeneceği doktrinin ikinci temel unsurunu ise, bu hakların “ülkesel”, “bölgesel” veya “evrensel” (uluslararası) olarak kabul edilen coğrafi sınırlar içerisinde tükeneceğinin kabul edilmesi oluşturmaktadır.

Hakkın tüketilmesi doktrininin coğrafi sınırına ilişkin olarak 19. yüzyıl içerisinde Kara Avrupası ülkeleri ve İngiltere mahkemelerinde bu hakkın coğrafi alan olarak “uluslararası” tükenmesini kabul ettikleri, sonradan uluslararası tükenme ilkesinden vazgeçilerek, “ülkesel” tükenme ilkesinin kabul edildiği ifade edilmektedir.²⁴⁴ Avrupa Topluluğunun kurulmasından sonra ise, ortak pazar içinde malların serbest dolaşımının sağlanması için “bölgesel tükenme” ilkesi, ATAD’ın içtihadıyla ortaya çıkmıştır. Nitekim ATAD’ın içtihadı daha sonra bir anlamda yasalaştırılarak üye devletlerarası marka hukuklarının uyumlaştırılmasına ilişkin 89/104 sayılı Konsey Direktifinin 7. maddesinde bölgesel tükenme ilkesi kabul edilerek düzenlenmiştir.²⁴⁵ Topluluk üyesi çok sayıda ülke de, mevzuatlarında bulunan “uluslararası” tükenme ilkesini değiştirerek bölgesel tükenme ilkesini benimsemişlerdir.²⁴⁶

²⁴³ 89/104 sayılı direktif m.8/II.

²⁴⁴ PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, s.857-859.

²⁴⁵ 89/104, m. 7.

²⁴⁶ “Bölgesel tükenme” ilkesinin asgari bir şart olduğu, dolayısıyla malların daha geniş ve serbest ticaretine imkan veren “uluslararası” tükenme ilkesinin de ülkelerce muhafaza edilebileceği yolunda görüşler mevcut olmakla birlikte bkz. PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, s. 881 dn.110, üye devletlerdeki mahkemelerin ve ATAD’ın son kararları doğrultusunda (Case C-355/96 *Silhouette v Hartlauer*, (1998), ECR I-4799), tüm üye devletlerin “bölgesel” tükenme ilkesini kabul etmelerinin zorunlu olduğunu savunan görüş hakim hale gelmiştir. Avrupa Topluluğu içinde bölgesel tükenme ilkesinin hakim olması ise, Topluluğun üçüncü ülkelerle akdedeceği anlaşmalarda “uluslararası” tükenme ilkesini kullanmasına hiç bir zaman engel değildir bkz. PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, s. 882.

Bir hukuk sisteminde her üç tükenme ilkesinden birinin seçilmesi farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Buna rağmen hangi tükenme biçiminin daha üstün olduğu doktrinde tartışılmış olmakla birlikte, varılan sonuçlar hukuksal olmaktan çok ekonomik ve politiktir.²⁴⁷ Bu nedenle bu çalışma çerçevesinde bu ekonomik ve politik sonuçlara değinilmeyip, hukuki sonuçlar irdelenmeye çalışılacaktır. Bu doğrultuda yer alan hukuki sonuçlar, tükenme ilkesinin beraberinde getirmiş olduğu; “paralel ithalat”, “geri ithalat”, “gri piyasa” gibi kavramlardan oluşmaktadır.

aa) Paralel İthalat

“Paralel ithalat, fikri mülkiyet hakkı sahibi tarafından veya onun izniyle bir başkası tarafından ülke dışında piyasaya sunulan fikri mülkiyet hakkını taşıyan özgün malların fikri mülkiyet hakkı sahibinden izin alınmaksızın ülkeye ithal edilmesidir.”²⁴⁸

Bir başka deyişle, paralel ithalat, üçüncü bir ülkede fikri mülkiyet hakkı sahibinin rızası ile satışa sunulan bir malın yerel pazara ithalidir. Örneğin Türk hukuku bakımından, paralel ithalatın varlığı için fikri mülkiyet hakkı ile ilgili ürünlerin yurt dışından Türkiye’ye ithal edilmesi yeterlidir.

Şu halde “uluslararası” tükenme ilkesinin kabulü halinde dünyanın her hangi bir yerinde malın piyasaya sunulması ile o mal üzerindeki hak tükenmiş olacağından, hak sahibinin fikri mülkiyet hakkına dayanarak paralel ithalatı engellemesi düşünülemeyecektir. “Bölgesel” tükenme ilkesinin kabulü halinde, bölge içindeki ülkeler arası paralel ithalatın engellenmesi fikri mülkiyet hakkının tükenmiş olması nedeniyle mümkün gözükmemektedir. Ancak bölge dışından bölge içine yapılacak bir paralel ithalat hak sahibi tarafından engellenebilecektir. Zira bu halde bölge dışında piyasaya sunulan mallar bakımından hak sahibinin hakkı tükenmemiştir. Nihayet “ülkesel” tükenme ilkesinin kabulü halinde ise, fikri ürünü taşıyan malların ülke içinde hak sahibi tarafından piyasaya sunulması ile birlikte bu mallarla ilgili olarak hak sahibinin hakkı tükenmektedir. Hak sahibi bu malların ülke içinde dolaşımına yani ticarete konu olmalarına müdahale edememektedir. Ancak hak sahibi tarafından fikri ürün içeren bir kısım mallar ülke içinde, diğer bir kısmı ise, ülke dışında piyasaya sunulursa; bu halde ülke dışında piyasaya sunulan mallar bakımından hak sahibinin hakkı tükenmiş sayılmayacak, bu malların ülkeye girişini, yani paralel ithalatını

²⁴⁷ KAYHAN, Fahrettin: agm., s.62.

²⁴⁸ KAYHAN, Fahrettin: agm., s. 53.

engelleyebilecektir.²⁴⁹ Bu görüşün tersine tükenme ilkesinin bizatihi mallar üzerinde gerçekleşmediğini, dolayısıyla ülke içinde bir kere piyasaya sunulmakla hakkın tüketildiğini de söylemek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca ülke içinde hiç piyasaya sunulmamış mallarla ilgili olarak da hak sahibi üçüncü ülkelerden yapılacak paralel ithalatı engelleyebilir, zira bu halde ülke içinde piyasaya sürülmüş bir mal olmadığından tükenmesi söz konusu olabilecek bir hak da olmamaktadır.²⁵⁰

Sonuç olarak “ülkesel” tükenme ilkesinin kabulü halinde fikri ürün içeren malların ülke dışında veya ülke içinde piyasaya sürülmelerine göre çeşitli sonuçlara varmak olasıdır. Bu durum ülkesel tükenme ilkesinin doğal ve mantıklı bir sonucudur. Zira ülke dışında hak sahibi tarafından piyasaya sunulan malların ülke içine üçüncü kişiler tarafından ithalinin, hak sahibi tarafından engellenememesini kabul etmek,²⁵¹ ancak ülkenin dahil olduğu bir bölgesel birlik varsa “bölgesel” tükenmeyi veya “evrensel” tükenmeyi şart koşmaktadır. Ülkesel tükenme ilkesinin amaçladığı, bir kere piyasaya sunulduktan sonra malların ülke içinde serbestçe dolaşması ancak ülke dışından ülke içine sokulmaya çalışılan malların belli şartlarla engellenmesidir. Bu konunun rekabet hukuku ile varolan çatışması aşağıda incelenmektedir.

bb) Geri İthalat

Paralel ithalatla karıştırılan bir kavram olmasına rağmen, geri ithalat, fikri mülkiyet hakkı ile ilgili ürünlerin, bir ülkede piyasaya sunulmasını takiben, fikri mülkiyet hakkı sahibi veya onun izniyle üçüncü kişi tarafından, ülke dışına ihraç edilmesinden sonra üçüncü kişiler tarafından tekrar piyasaya sunulan ülkeye ithal edilmesidir.²⁵²

Hakkın “uluslararası” tükenmesinin kabulü halinde hak sahibi tarafından paralel ithalat engellenemeyeceği gibi, geri ithalat da engellenemez, zira hak evrensel olarak tükenmiştir. Hakkın “bölgesel” tükenmesi ilkesinin kabulünün sonucunda ise, bölge içinde piyasaya sunulan mallar bölge dışındaki bir ülkeye ihraç edildikten sonra tekrar bölge içinde herhangi bir ülkeye ithal edilmesi halinde, ilgili ürünler üzerindeki hak, malların bölge içinde piyasaya sürülmesi ile tükenmiş olacağından geri ithalat engellenemeyecektir. Aynı şekilde “ülkesel” tükenmede de ülke içinde piyasaya sunulmakla mallar üzerindeki hak tükeneneğinden, bu malların ülke dışına ihracından sonra ülke içine tekrar ithal edilmesini hak sahibi fikri hakkına dayanarak engelleyemeyecektir.

²⁴⁹ PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, s. 900.

²⁵⁰ KAYHAN, Fahrettin: agm., s.53.

²⁵¹ ARKAN, Sabih: Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof.Dr.Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s.203.

²⁵² PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, s. 900.

cc) *Gri Piyasa*

Gri piyasa tabiri yukarıda açıklanmaya çalışılan paralel ithalat ve geri ithalat kavramlarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim fark edileceği gibi, paralel ithalat ve geri ithalat kavramlarının açıklanmasında malların, yani piyasaya sürülen mallarla, ithal edilmeye çalışılan mallar arasında bir fark olmadığı, ilgili hak örneğinin bir marka hakkı ise malların aynı markayı taşıdıkları farz edilmiştir. Ancak bu her zaman böyle olmayabilir; nitekim malların kaliteleri ve işlevleri aynı ve fakat markaları benzer olabilir. İşte bu halde gri piyasalardan söz edilecektir.²⁵³ Bu kavram özellikle ATAD kararlarında paralel ithalat ve geri ithalat kavramları ile birlikte sıkça yer alan bir kavram olması nedeniyle burada açıklanmaya çalışılmıştır.

2. Sınai Haklar Aracılığıyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri

Sınai hakların varlığının, bizatihi hakim durumun kötüye kullanılması sayılmayacağı, ancak bu nitelikte bir hak sahibi olan teşebbüsün şayet piyasada hakim durumda olduğu tespit edilirse, hakim durumunu bu haklar vasıtasıyla kötüye kullanılabileceği, yukarıda müteaddit defa belirtilmiştir. Fikri sınai hakların ise, sahiplerini kendiliğinden hakim duruma sokmadıkları, doktrinde genel kabul gören görüş olmaktadır.²⁵⁴ Her ne kadar her fikri sınai hakkın sahibine söz konusu hakkı kullanmak konusunda tekel hakkı verdiği, tekel hakkının ise hakim durumun en uç örneği olduğu düşünülse bile, özellikle patentler alanında yapılan buluşların, genellikle mevcut teknolojinin ilerlemesini sağlayıcı oldukları, ancak çok istisnai durumlarda patent hakkının sahibine tekel hakkı sağlayabileceği ifade edilmektedir. Benzer şekilde markaların sahibini hakim duruma sokabilmeleri için, marka hakkı sahibinin pazarda etkin rekabeti önleyecek güce sahip olması aranmaktadır.²⁵⁵ Dolayısıyla sınai haklar, sahiplerini sırf bu haklara sahip olmaları nedeniyle hakim duruma sokmamaktadırlar. Bu haklar sahiplerine üçüncü kişilerin bazı fiillerini önleme yetkisi vererek, bu hak nedeniyle ödül olarak ekonomik menfaat elde etme

²⁵³ KAYHAN, Fahrettin: agm., s.53.

²⁵⁴ TRITTON, Guy: Intellectual Property in Europe, London, 1996, s.627, BODEWİG, Theo: On the Misuse of Intellectual Property Rights, ALBACH, Horst/ROSENKRANZ, Stephanie: Intellectual Property Rights and Global Competition, Edition Sigma, Berlin, 1995, s. 242, WARWICK, A. Rothnie: Parallel Imports, London, 1993, s. 452..

²⁵⁵ Case 40/70 *Sirena Srl v Eda Srl*, (1971) ECR 69, p. 4.

şansını vermektedir.²⁵⁶ Bu nedenle sınai hakların, sahiplerini *per se* hakim duruma sokmadıkları rahatlıkla söylenmektedir. Öte yandan sınai haklar yoluyla Devlet tarafından teşebbüslere bazı durumlarda tekel hakkı tanınmış olduğu da görülmektedir.²⁵⁷

Sınai hakların sahiplerine tanıdığı tekel hakkının aslında mucidi ödüllendirmek amacı ile tanıdığı, diğer yasal tekel haklarında ise, böyle bir amaç güdümediği rahatlıkla söylenebilecektir. Ayrıca sınai hakların sağladığı tekel sonucunda tekel sahibinin bu hakkını genellikle²⁵⁸ kullanmakta serbest olduğu, oysa diğer yasal tekellerde bu tekel hakkının kamu yararına kullanılması görevinin, tekel hakkı ile birlikte verilmiş olduğu göze çarpmaktadır. Bir diğer farklılık, sınai haklara ilişkin tanınan yasal tekelin yaratıcılığı, teknolojik ilerlemeyi sağlamak amacıyla devletler tarafından teşvik edildiği, diğer tekel türlerinin ise bu tür bir teşvikten yararlanmadıkları ifade edilmektedir. Son olarak sınai hak sahiplerine ulusal hukuklarca sadece haklar değil, bu alanda mutlak haklar tanınmış olmasıdır. Şu halde hak sahibinin piyasada faaliyet göstermesi ile elde edebileceği karın sınırlanmamış olduğu belirtilmektedir.²⁵⁹

Sınai hakların ulusal hukuklarca korunmasının ekonomik, sosyal ve politik öneminin ve sınai hakların sağladığı tekel hakkı ile diğer tekel hakları arasındaki tüm bu farklılıkların bilincinde olan Divan, sınai hakların varlığı ile bu hakların kullanılmasının hakim durumun kötüye kullanılması sayıldığı halleri birbirinden ayırmaya çalışmıştır. Ancak bu ayırım kesin kuralları olan bir ayırım olmamakta ve olaya göre değişmektedir.

Bu çerçevede fikri sınai hakların çok sayıda rekabet ihlaline aracı olabilecekleri, ancak sınai hakların rekabet ihlallerinin bir türü olan hakim durumun kötüye kullanımına ne şekilde aracılık edebilecekleri konusunu, doktrinde inceleyen üç okul bulunmaktadır. İlk okulun savunduğu görüşe göre, sınai haklar hiçbir zaman rekabeti 82. madde anlamında ihlal edemezler. Zira sınai hakların kullanımı yasal bir hakka dayanmaktadır, hiçbir şekilde teşebbüsün pazardaki gücüne bağlı olmamaktadır. Dolayısıyla bir teşebbüs pazarda hakim durumda olsa dahi, sınai hakkını kullanmasının kötüye kullanma

²⁵⁶ BODEWÍG, Theo: On the Misuse of Intellectual Property Rights, ALBACH, Horst/ROSENKRANZ, Stephanie: age., s. 243.

²⁵⁷ *General Motors* (Case 26/75 (1975) ECR 1367) ve *British Leyland* (Case 226/84 (1987) ECR 3263) kararında devletin otomotiv sektöründe faaliyet gösteren her iki şirkete, tekel hakkı olarak arabalara trafiğe çıkış sertifikası vermek yetkisi tanıdığı yukarıda da belirtilmiştir.

²⁵⁸ Patentlere ilişkin olarak kamu yararı gerektirdiği hallerde mecburi lisans verilerek patentin kullanılması sağlanabilmektedir (PKHK m.114-118).

²⁵⁹ TRITTON, Guy: age., s. 635-636.

sayılmayacağı söylenmektedir. Ancak hakim durumda olan bir teşebbüsün hakim durumda olması nedeniyle ayrı bir sorumluluğunun (bu hakim durumunu kötüye kullanacak eylemlerde bulunmama sorumluluğunun) bulunduğu, dolayısıyla pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüsler için rasyonel, normal sayılabilecek bir davranışın hakim durumda olan bir işletme tarafından gerçekleştirilmesinin, pazara çok önemli etkilerinin olabileceği bu okul tarafından göz ardı edilmektedir.²⁶⁰

Bu alanda yer alan ikinci okul ise, sınai haklar üzerinde ulusal hukukun tekel hakkı tanınmasının tek amacının, hak sahibinin pazardan, pazarın karşılayabileceği ölçüde yararlanması olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre, hak sahibinin pazardan mümkün olabilecek en fazla ekonomik yararı sağlaması, hiçbir zaman kötüye kullanma sayılamayacaktır. Kötüye kullanma sayılabilecek haller ise, rakip teşebbüslerden birinin pazara girişini engellemek veya onu pazar dışında itmek amacıyla ayrımcı bir şekilde lisans verilmesinin reddedilmesi veya hak sahibinin korumaya sahip olmadığı tali bir pazarda sınai hakkın kullanılması olarak sayılmıştır. Bu okulun savunduğu görüş uyarınca sınai hak sahibinin pazardan sağlanabilecek en fazla menfaati sağlamasına izin vermenin, sınai hak sahibini ödüllendirici olmaktan öte bir ekonomik menfaat sağladığı açıktır.²⁶¹

Üçüncü ve son okulun görüşü ise, Divan ve Komisyon tarafından da benimsenmiş görünmektedir. Bu okulun görüşünün temel noktası ise, sınai hakların herhangi ekonomik güç sağlayan diğer haklar gibi, hakim durumun kötüye kullanılması incelemesine tabi tutulabileceği yönündedir. Bu yaklaşıma göre hakim durumda olan teşebbüs, kendi ekonomik gücünün bilincinde olarak sahip olduğu hakları, 82. maddeye aykırı düşmeyecek şekilde kullanmak sorumluluğu altındadır. Bir anlamda hakim teşebbüsün sahip olduğu haklar, ancak pazarda gerçekleştirdiği bazı eylemlerin haklı gerekçelerini oluşturabilir. Bu nedenle hakim teşebbüs her zaman haklı gerekçelerle açıklanamayacak eylemlerden uzak durmak zorundadır. Nihayet, bu okulun savunduğu görüşün sınai hak sahibine sınai hak ile korunan ürün üzerinde haklar tanıdığı, ancak sınai hak ile korunan ürün pazarında haklar tanımadığı kabul edilmektedir.²⁶²

Aşağıda Divan ve Komisyonun bu son okulun savunduğu görüşler çerçevesinde vermiş oldukları kararlar doğrultusunda fikri sınai haklar kullanılarak hakim durumun kötüye kullanılması halleri incelenmeye çalışılacaktır. Aşağıda incelenen kararlarda çoğunlukla hem 81 hem de 82. maddeye aykırılık iddiaları gündeme gelmiş ve genellikle Divan, olayı

²⁶⁰ TRITTON, Guy: age., s. 636.

²⁶¹ TRITTON, Guy: age., s. 637.

²⁶² TRITTON, Guy: age., s. 637.

81. maddeye aykırılıktan çözüme eğiliminde olmuştur. Ancak bu durum 82. maddeye aykırılık iddialarının Divan tarafından incelenmesine engel olmamıştır. Şu halde aşağıda incelenen kararlar çerçevesinde Divan'ın 82. madde ile ilgili yapmış olduğu değerlendirmeler, az sayıda da olsa fikri sınai haklar aracılığıyla 82. maddeye aykırılıktan vermiş olduğu kararlar ve her iki maddenin tatbik imkanı bulunan hallerde seçimin hangi madde yönünde yapıldığına ilişkin değerlendirmeler yer alacaktır.

Her ne kadar bu çalışmanın konusunu sınai hakların en bilinen iki ögesi olan marka ve patent hakları oluşturuyor olsa da, aşağıda belli kötüye kullanma hallerinde diğer sınai haklardan ve fikri haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar da ele alınacaktır. Bu örnekler aydınlatıcı olmaları ve sınai haklardan birine uygulandığından diğerleri için de emsal teşkil edebileceği düşünüldüğünden bu çalışma kapsamına alınmıştır.

İlk bölümde Topluluk içinde hakim durumda olan ve sınai hak sahibi bulunan bir işletmenin, bir diğer Topluluk üyesi ülkeden gerçekleştirilecek paralel ithalatı engellemesinin Roma Antlaşması hükümlerine aykırı bulunduğu hususu ele alınacaktır. Zira sınai haklar Topluluk içinde tükenmektedir. Aksinin kabulü halinde Roma Antlaşması ile tesis edilmeye çalışılan ortak pazar, bölünme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Üye devletlerarası paralel ithalatın engellenmesinin Roma Antlaşması hükümlerine aykırılığının istisnalarından birini *Hag II*²⁶³ ve *Ideal Standard*²⁶⁴ kararları ile ortaya atılmış olan²⁶⁵, aynı markaya sahip birbiri ile ekonomik anlamda hiçbir bağlantısı bulunmayan iki kişinin birbirlerinin ülkelerine gerçekleştirecekleri ithalatı, diğerinin malın

²⁶³ Case C-10/89 *SA CNL-Sucal NV v Hag GF AG* (1990), ECR I-3711.

²⁶⁴ Case 9/93 *ITH Internatiöle Heiztechnik v Ideal Standard GmbH*, (1994), ECR I-2789.

²⁶⁵ *Hag I* kararına konu olan olayda, *Hag AG* Almanya'da kurulmuş bir teşebbüstür. Söz konusu teşebbüsün Almanya'da tescil edilmiş bir çok markası bulunmaktadır. Ancak davaya konu olan marka, kafeinsiz kahveler için tescilli "*Hag Caffé*"dir. Diğer taraftan teşebbüsün, Belçika'da da kontrolü tamamen kendisinde olan bir yavru şirketi bulunmaktadır. Ancak söz konusu şirkete 2. Dünya savaşının ardından Belçika otoriteleri tarafından el konulmuştur. Dolayısıyla söz konusu markanın sahibi başlangıçta tek kişi iken, el koyma işleminin ardından ikiye bölünmüştür. Divan *Hag I* kararında bu bölünme ve gerekçeleri konusuna değinmeden bir ülkeden diğerine gerçekleştirilecek ithalatların marka hakkı gerekçesiyle engellenemeyeceğini ifade etmiştir. *Hag II* kararında ise Divan, *Hag I*'deki kararından dönerek söz konusu marka sahipliğinin bölünmesinde marka sahibinin onayının bulunmadığı gerekçesiyle, iki üye ülke arasındaki paralel ithalatın engellenebileceğini belirtmiştir. Benzer şekilde *Ideal Standard* kararında da Divan iki farklı ülkede aynı ürün grubu için aynı markaya sahip şirketlerin, birbirlerinin ülkelerine gerçekleştirecekleri paralel ithalatı engelleyebilecekleri doğrultusunda karar vermiştir.

piyasaya sürülmesinde rızasının bulunmadığı, dolayısıyla tükenme ilkesinin gerçekleşmemiş olması oluşturmaktadır.

Ancak her halde paralel ithalatın engellenmesi şayet bu hak ulusal mevzuat veya Topluluk mevzuatı tarafından doğrulanabiliyorsa, sınai hak sahibinin fikri sınai mülkiyet hukukundan kaynaklanan bir hakkına dayanmaktadır. Dolayısıyla ilk önce fikri sınai mülkiyet hukukuna göre hakkın kapsamının tayin edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda Divan, hakkın tüketilmesi, malın piyasaya sürülmesine hak sahibi tarafından onay/rıza verilmesi gibi kavramları irdelemek zorunda kalmıştır. Ne var ki, hakkın kapsamının belirlenmesi meşru bir hakkı kullanmak suretiyle teşebbüslerin rekabet hukukunu ihlal etmeyecekleri anlamına gelmemektedir.

Diğer taraftan Avrupa Topluluğunun ekonomik bir birlik olmasından kaynaklanan nedenlerle var olan iki tür paralel ithalat incelenmelidir. İki üye ülkeler arasında gerçekleşen paralel ithalattır ki, bu durum erken yıllarda ATAD tarafından teşhis edilmiş ve bu durumun engellenmemesi halinde ortak pazarın bölünmesi sonucu ortaya çıkacağı ifade edilmiştir.²⁶⁶ İkincisi ise, Topluluk dışından üye ülkelere gerçekleşen ithalattır. Şu halde teşebbüsler tarafından Topluluk içinde gerçekleşen paralel ithalatın engellenmesine ATAD tarafından olumsuz bakıldığı tespit edilmektedir. Ancak Topluluk dışından gerçekleşen paralel ithalat konusunda bu kadar kesin bir cevap vermek mümkün olmamaktadır. Zira Topluluk dışından gerçekleşen paralel ithalatın engellenmesine olumlu veya olumsuz bakılması yolunda bir tercih yapılması gerekmektedir. Ancak bu seçimin hukuki bir seçim olmadığı ve temelde ekonomik ve sosyo-politik bir seçim olduğu belirtilmelidir. Zira fikri sınai mülkiyet hukuku açısından ülkesel veya bölgesel bir tükenme sisteminin kabul edilmesi halinde, sınai hak ile korunan ürünün bir kere piyasaya sürüldükten sonra hak sahibinin hakkının tükeneyeceği ve bölge veya ülke dışından bölgeye veya ülkeye gerçekleştirilecek paralel ithalatları hak sahibinin engelleyemeyeceği ileri sürülebileceği gibi, hak sahibinin hakkının tükenmesinin bizzat piyasaya sürülen mallar üzerinde geçerli olacağı dolayısıyla hak sahibinin paralel ithalatları engelleyebileceğini de söylemek mümkündür. İlk bakışta ilk görüşün kabul edilmesi halinde, uluslararası tükenme ilkesi ile bölgesel veya ülkesel tükenme arasında herhangi bir fark kalmayacağı düşünülse bile, hak sahibinin henüz bölge veya ülke içinde ürününü piyasaya sürmemiş olması halinde paralel ithalatı engelleyebileceği tartışmasızdır. Halbuki uluslararası tükenme ilkesinin kabulünde bu sonuca varılmasının mümkün

²⁶⁶ Case 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH v Metro*, (1971), ECR 487, p. 12, Case 16/74 *Centrafarm v Winthrop*, 1974, ECR 1183, p. 10-11, Case 40/70 *Sirena Srl v Eda Srl* (1971), ECR 69, p. 7, Case 7/82 *GVL v Commission* (1983) ECR 483, p. 38.

olamayacağı açıktır. Dolayısıyla ilk tercih doğrultusunda bir seçim yapıldığı takdirde hak sahibi dünyanın çeşitli yerlerinde sınai hakkını piyasaya sürmüş olsa bile, sınai hak ile korunan ürünü Topluluk içinde veya ülkesel tükenmeyi kabul eden bir ülkede henüz piyasaya sürmemiş olması halinde uluslararası tükenme sistemini kabul eden bir ülkeden farklı olarak bu ülkeye gerçekleştirilecek paralel ithalatı engelleme hakkına sahip olacaktır.

Ne var ki, yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, her iki sistem arasında yapılacak tercih, hukuki olmaktan öte ekonomik bir tercihtir ve bunun tartışılması bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak paralel ithalatın engellenmesi, tükenme ve onay kavramları ile ilgili ATAD kararları incelendiğinde topluluğun ikinci sistemi tercih ettiği, dolayısıyla sınai hak sahiplerinin üçüncü kişilerin bölge dışından bölge içine gerçekleştirebilecekleri paralel ithalatı engelleyebilecekleri, zira mallar üzerinde tükenme sisteminin kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ATAD'ın son kararları çerçevesinde sınai hak sahibi tarafından paralel ithalatın engellenmesi kabul edilmiş olduğundan bu hakkın kötüye kullanılması yolunda bir karara rastlanmamıştır.

Şu halde bu çalışmada sınai hakların kullanılması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında paralel ithalatın engellenmesi bölümünün yer alması bir çelişki gibi görülse de, ATAD'ın bu konudaki görüşünün verilmesi ve bu konunun açıklığa kavuşturulmasının yerinde olacağı düşünüldüğünden aşağıda incelenmektedir.

A. Paralel İthalatın Engellenmesi

Avrupa Topluluğu hukukunda paralel ithalat yukarıda da açıklanmış olduğu gibi, fikri mülkiyet hakkı sahibi tarafından veya onun izniyle bir başkası tarafından, ülke dışında piyasaya sunulan fikri mülkiyet hakkını taşıyan özgün malların, fikri mülkiyet hakkı sahibinden izin alınmaksızın ülkeye ithal edilmesidir. Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse; A ülkesinde sınai hak sahibi bir kişi, bu sınai hakkın koruduğu ürünü hem A ülkesinde hem de B ülkesinde piyasaya sürmesi halinde, üçüncü bir kişinin ilgili ürünü B ülkesinden yasal yollarla A ülkesine getirmesi ve bu ülkede piyasaya sunması, paralel ithalat olarak adlandırılmaktadır. Paralel ithalatın önemi, ürünün piyasaya sunulduğu iki ülkede anlamlı bir fiyat farkının olduğu durumlarda yaşanmaktadır. Hak sahibinin A ülkesinde piyasaya sürdüğü ürüne, B ülkesinde olduğundan daha yüksek fiyat uygulaması halinde, yukarıda verilen örnekteki gibi, B ülkesinden satın alınarak A ülkesinde satışa sunulan ürünü, hak sahibi haklı olarak

engellemeye çalışacaktır. Ne var ki, hak sahibi “hakkın tüketilmesi” kuralı²⁶⁷ gereği, ürünü bir defa piyasaya sürdükten sonra ürünün piyasada el değiştirmesine müdahale edememektedir. Ancak A ve B ülkesinde piyasaya sürülen ürünün bir ülkeden diğerine bozularak, kopya edilerek bir diğer deyişle hukuka aykırı yollarla sokulması halinde ise, hakkın tükenmesi ilkesinin uygulanmayacağı ve hak sahibinin ürünü piyasaya sürmüş olmasına rağmen, bu duruma müdahale edebileceği tartışmasıdır.²⁶⁸

Avrupa Topluluğu hukukunda, Divan tarafından geliştirilen “topluluk çapında tükenme” prensibi ile bölgesel tükenme kabul edilmiştir. Bölgesel tükenme ilkesinin aslında ülkesel tükenme ilkesi ile aynı sonuçları doğurduğu, sadece bölgesel tükenmede bölge içinde çok sayıda ülke olduğu, ancak bir ülkede piyasaya sürülen bir mal üzerindeki hakkın tüm bölge çapında tükendiği görülmektedir. Dolayısıyla Avrupa Topluluğunun siyasal birlik oluşturma fikrine kadar uzanan ekonomik birlik oluşturma isteği göz önüne alındığında, ülkeler arası sınırların göz ardı edildiği ve bölgenin sınırlarının tek bir ülkenin sınırları gibi düşünülerek fikri sınai haklar konusunda bölgesel tükenme görüşünün oluşturulması doğal karşılanmalıdır.

Avrupa Topluluğu hukuku açısından konu ele alındığında, üye ülkelerden birinde sınai korumaya sahip olduğu malı piyasaya süren kişi, bu malın ortak pazar içinde dolaşımına müdahale edemeyecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi, hak sahibi İtalya ve Fransa’da aynı anda fakat farklı fiyatlarla piyasaya sürdüğü malının İtalya’dan Fransa’ya ithal edilmesine veya tersine müdahale edemeyecektir. Zira Topluluk içinde bir kere piyasa sürülen mal üzerinde sınai hak tükenmiş sayılacaktır.

Topluluk içinde paralel ithalatın engellenmesi durumu genellikle 81. maddeye aykırılık oluşturmaktadır. Zira bu ilişkide bir üretici (Topluluk içinde veya Topluluk dışında mukim) ve bir tek elden satım anlaşması aracılığıyla üreticiden sınai hak ile korunan malı satın alarak, belli bir bölge içinde satan dağıtıcı bulunmaktadır. Paralel ithalat ise, üretici ile dağıtıcı arasında yapılmış olan bu anlaşmaya bir aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle tek elden satım anlaşmasında, belirlenmiş bölgesi içinde tekel hakkına sahip olan dağıtıcı, genellikle tek elden satım anlaşmasının bir parçası olarak yapılan lisans anlaşmasının verdiği yetkiye dayanarak, ulusal mevzuat ile korunan sınai

²⁶⁷ Yukarıda daha detaylı açıklanmış olduğu gibi hakkın tüketilmesi prensibi, belirli bir malın ilk rızai satışından sonra fikri mülkiyet hakkı sahibinin, o belirli mal üzerindeki tekelci ilk satım hakkının “tükenmesini” ve hak sahibinin artık malın dolaşımına müdahale edememesini ifade etmektedir.

²⁶⁸ VILMART, Christine: L’Epuisement des Droits de Propriété Intellectuelle, Revue Internationale de La Concurrence, Sayı 194.1, 2001, s. 17.

hakkına dayanarak, gerçekleştirilen paralel ithalat aleyhine hukuki yollara başvurmaktadır. Ne var ki, üretici ile dağıtıcı arasında akdedilen bu tek elden satım anlaşması bu konudaki grup muafiyet tüzüklerine aykırı olduğu takdirde, 81. maddeye aykırılık oluşturmaktadır. Grup muafiyeti tüzüğünün ise, paralel ithalatın engellenmesine yönelik hükümlerin sözleşmede yer almasının muafiyetten yararlanılamayacağını ifade etmesi karşısında, bu nitelikte hükümler içeren sözleşmelerin rahatlıkla rekabet hukukuna aykırı olacakları tartışmasıdır.

a. Marka Hakkı Açısından Paralel İthalatın Engellenmesi

Avrupa Topluluğu açısından bölgesel tükenme ilkesi çok sayıda bölgesel tükenme doğrultusunda Divan kararının²⁶⁹ ertesinde yasal olarak nihayet 89/104 sayılı Direktifin²⁷⁰ 7. maddesinde vücut bulmuştur. Topluluk çapında tükenme prensibinin kabulü ise, üye devletlerin ulusal mevzuatları açısından ulusal veya uluslararası tükenmeyi seçme konusunda özgür olup olmadıkları sorununu gündeme getirmiştir.²⁷¹ Zira bilindiği gibi Topluluk hukukunun ikincil kaynaklarından olan direktifler, üye devletlerin bir konudaki mevzuatlarının belirli amaçlar ve belirli ilkeler doğrultusunda yaklaştırılması veya uyumlu hale getirilmesi amacıyla yürürlüğe konulmaktadır. Ancak direktiflerin nitelikleri itibarıyla ulusal hukuk düzenlerinde kural olarak doğrudan uygulanması söz konusu değildir. Direktiflerin yürürlüğe konulmasının ardından belli bir süre içinde üye devletlerce ulusal mevzuata geçirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla 89/104 sayılı Direktifin ulusal mevzuatlara aktarılırken, üye ülkelerin tükenme prensibini ulusal veya uluslararası tükenme olarak belirleme konusundaki özgürlükleri, çeşitli Divan kararları aracılığı ile sorgulanmıştır. Bu konudaki ilk görüş, Direktifin öngörmüş olduğu Topluluk çapında tükenme prensibinin, tükenmenin ancak bölgesel olabileceğini belirttiği ve başka bir yoruma izin veremeyeceği yolundadır. Diğer bir görüşe göre ise, Direktif bölgesel tükenmeyi kabul ederek ulusal tükenmenin kabul edilemeyeceğini öngörmüş, ancak daha geniş bir yorumla uluslararası tükenmenin kabul edilebileceği doğrultusundadır.

²⁶⁹ Bu doğrultuda Divan'ın ilk kararlarından birini *Centrafarm v Winthrop* kararı (Case 16/74, 1974, ECR 1183, p. 7-11) oluşturmaktadır. Bu kararında Divan, ticari marka sahibinin bu hakkına dayanarak paralel ithalatı engellemesinin Roma Antlaşmasının serbest dolaşımı düzenleyen hükümleri ile bağdaşmadığını ifade etmiştir. Yine *ITH Internatiolle Heiztechnik v Ideal Standard GmbH* (Case 9/93, 1994, ECR I-2789, p. 33) kararında da Divan, markaların bölgesel tükenmesini kabul etmiştir.

²⁷⁰ "First Council Directive 89/104/EEC of 21/12/1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks", OJ, 11/2/1989, L 040.

²⁷¹ TAYLAN ÇAMLİBEL, Esin: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001, s. 97.

Ancak ATAD'ın kararlarından Divan'ın daha dar olan ilk görüşü benimsediği söylenebilecektir.²⁷²

Paralel ithalatın malların serbest dolaşımı ve rekabet hukuku hükümleri açısından incelendiği ilk kararlardan biri *EMI v CBS*²⁷³ kararıdır. Bu kararda *EMI* şirketi İngiltere'de, *CBS* şirketi ise ABD ve diğer bazı ülkelerde aynı markanın sahibi konumundadır. Divan'a ön karar prosedürü²⁷⁴ çerçevesinde yöneltilen soru ise, Topluluk üyesi ülkelere birinde marka sahibi olan kişinin Topluluk dışından gerçekleştirilen paralel ithalatı engellemesinin veya üye ülkede üretimini engellemesinin Antlaşma hükümlerine aykırı olup olmayacağıdır. Kararda²⁷⁵ Topluluk hukuku ilkelerinin ve malların serbest dolaşımına ilişkin ve rekabeti ilgilendiren hükümlerin bir üye ülkedeki sınai hak sahibinin üçüncü ülkeden Topluluk içine gerçekleştirilecek paralel ithalatı engellemesine mani olmadığı ve paralel ithalatın engellenmesi amacıyla sınai hakkın kullanılmasının, hiçbir zaman 82. maddeye aykırılık oluşturmayacağı da ifade edilmiştir. Aksinin kabulü halinde marka hakkının ihlali anlamına geleceği ifade edilmiştir.²⁷⁶ Ayrıca kararda marka hakkının sahibine özel bir koruma bahsetmesine rağmen bu hakkın kendiliğinden sahibini hakim duruma sokmayacağı da belirtilmiştir. Hakim durum tespiti için sadece sınai hak sahipliğinin yeterli olmayacağı, pazardaki ekonomik gücün de araştırılması gerektiği ifade edilmiştir.

Divan'ın ön karar prosedürü uyarınca vermiş olduğu *Phytheron*²⁷⁷ kararında, Türkiye'de üretilerek Almanya'ya ihraç edilen bir bitki ilacının *Phytheron* tarafından Fransa'ya ithal edilmesi söz konusudur. Ancak Fransız hukukuna göre yurt dışından ithal edilecek ürünlerde sınai hak sahibinin onayı

²⁷² TAYLAN ÇAMLİBEL, Esin: age., s. 97.

²⁷³ Case 51/75 *EMI Records Ltd v CBS United Kingdom Ltd*, (1976), ECR 811.

²⁷⁴ ATAD'nın bakmaya yetkili olduğu davalardan biri de ön karar prosedürü çerçevesinde, RA'nın 234. maddesinin (eski m. 177) verdiği yetkiye dayanılarak ele alınan davalardır. Bu prosedürün en önemli özelliği Topluluk hukukunu da yeri geldiğinde uygulayacak ve yorumlayacak olan ulusal yargıcın, Topluluk hukukunun yorumunda ihtiyaç duyabileceği yardımın bu konuda en etkin birim olan ATAD'dan almasının sağlanması ve bu şekilde Topluluk hukukunun uygulanmasının yaygınlaştırılmasıdır. Ayrıca bu dava, ulusal veya Topluluk hukukunun hangisinin uygulanacağını tereddüde düşüldüğü olaylara da açıklık getirmeyi amaçlamaktadır. Ön karar uygulaması sadece Topluluğa özgü bir kurum değildir, zira kimi üye devletlerin ulusal hukuklarında da buna benzer düzenlemelerin bulunduğu ifade edilmektedir bkz. GÜNUĞUR, Haluk: age., s. 358 vd.

²⁷⁵ Case 51/75 *EMI Records Ltd v CBS United Kingdom Ltd*, (1976), ECR 811, p. 38.

²⁷⁶ Case 51/75 *EMI Records Ltd v CBS United Kingdom Ltd*, (1976), ECR 811, p. 23.

²⁷⁷ Case C-352/95 *Phytheron International SA v Jean Bourdon SA*, (1997), ECR I-1729.

bulunmak zorundadır. Olayda da hak sahibinin onay vermeyi reddetmesi sonucu *Pytheron* ile *Jean Bourdon* arasındaki satım akdinin feshine yönelik ulusal mahkemede dava açılmıştır. Kararda Divan ulusal mahkemenin yönelttiği sorunun açık olmadığı ve yeterince bilgi, belge gönderilmemiş olduğunu belirttikten sonra, ürünün Topluluk dışındaki bir ülkede üretilmiş olması, üye ülkelerden birine hak sahibi tarafından sokulmuş olması, üye devletlerden biri tarafından satın alınıp başka bir üye devlete ithal edilmesi, hiçbir değişikliğe ve paketlenme değişikliğine uğramadan sadece ihraç dilecek ülkenin ihracat mevzuatına uygunluk sağlanması açısından ürün üzerine bir notun yapılandırılması ve marka hakkına sahip üye devletlerde faaliyetler gösteren işletmelerin aynı ekonomik gruba dahil olmaları hallerinde bir üye devletin ulusal mevzuatı uyarınca marka hakkı sahibine ithalatı önleme yetkisi verilmesinin, 89/104 sayılı Direktifin 7. maddesine aykırı olacağını ifade etmiştir.

Paralel ithalatın engellenmesi konusunda Divan'ın ön karar prosedürü uyarınca vermiş olduğu *Silhouette*²⁷⁸ kararında ise, olaya dahil olan *Silhouette* firması, Avusturya'nın da dahil olduğu dünyanın bir çok ülkesinde gözlük çerçeveleri üretip satmaktadır. Bu bağlamda 1995 yılında *Silhouette*, çerçevelerin sadece Bulgaristan veya Doğu Bloğu ülkelerinde satılması şartı ile bir Bulgar firmasına çok sayıda çerçeve satmış, ancak firma şarta uymayarak çerçeveleri Avusturya'da satışa sunarak paralel ithalat gerçekleştirmiştir. Bunun üzerine *Silhouette* dava yoluyla bu çerçevelerin satışının durdurulmasını, kendisinin çerçevelerin Topluluk dışında satışına izin vermiş olduğunu, dolayısıyla bölgesel tükenme ilkesine göre henüz hakkının tükenmemiş olduğunu iddia etmiştir. Bu çerçevede ulusal mahkeme tarafından Topluluk dışında piyasaya sürülen mallara ilişkin ulusal hukukça uluslararası tükenme ilkesinin kabul edilmesinin, 89/104 sayılı Direktifin 7. maddesine aykırı olup olmayacağı sorulmuştur. Divan ilk önce malların Topluluk içinde piyasaya sürülmesi halinde bu mallar üzerindeki hakkın tükenmiş sayılacağını ifade etmiş, ardından, ülkelerin ulusal mevzuatında uluslararası tükenme prensibini kabul etmiş olmasının, bu yolla ülkeler arasında farklılık yaratmak suretiyle malların ve hizmetlerin serbest dolaşımında engeller oluşturabileceğini ifade etmiş ve 7. maddenin bu şekilde yorumlanmasının Antlaşma hükümlerine aykırı olacağını belirtmiştir.²⁷⁹

Dolayısıyla Divan, 89/104 sayılı Direktifin 7. maddesinin, üye devletlerin mevzuatlarında Topluluk dışında piyasaya sürülen mallarda uluslararası tükenme prensibinin kabul edilebileceği şeklinde yorumlanamayacağı sonucuna varmıştır. Ancak bu karar doktrinde eleştiriye

²⁷⁸ Case C-355/96 *Silhouette v Hartlauer*, (1998), ECR I-4799.

²⁷⁹ PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, s. 886-887.

maruz kalmış ve bu kadar korumacı bir tükenme politikasının Topluluğun açık pazar ekonomisi ve ortak pazar politikaları ile çeliştiği ifade edilmiştir.²⁸⁰

Divan'ın ön karar prosedürü uyarınca paralel ithalata ilişkin vermiş olduğu bir diğer karar *Yves Saint Laurent*²⁸¹ kararıdır. Olayda *Yves Saint Laurent, Javico* adlı bir şirketle *Yves Saint Laurent*'in ürünlerinin Rusya, Ukrayna ve Slovenya'da satılmasına yönelik iki anlaşma akdetmiştir. Söz konusu anlaşmalarda ürünlerin sadece geçerli oldukları bölgelerde satılacağı ve hiçbir şekilde Topluluk içine satış yapılmayacağına yönelik hükümler yer almaktadır. Ulusal mahkeme tarafından ise, söz konusu anlaşmaların 81. maddeye aykırı nitelik içerip içermedikleri Divan'a sorulmuştur. Bunun üzerine Divan, üye devletlerden birinde mukim üretici firmanın başka bir üye devlette mukim dağıtıcı firmalarla akdettiği anlaşmalarda, dağıtıcı firmaların sadece Topluluk dışı ülkelerde ve anlaşmada belirlenen bölgede satış yapacağına dair hükümler öngörülmesinin, Topluluk içi rekabeti engellemeyeceği, dolayısıyla 81. maddeye aykırı nitelik taşımasının mümkün olamayacağı ifade edilmiştir.

Öte yandan Divan, *Sebago*²⁸² kararında tükenmenin bizatihi mallar üzerinde gerçekleştiğini açıkça ifade etmiş ve hak sahibinin izni veya onayı kavramını irdelemiştir. Söz konusu olay *Sebago* adlı bir Amerikan şirketi ile Benelüks'de faaliyet gösteren *GB Unic* adlı şirketin arasında cereyan etmiştir. *GB Unic, Sebago* tarafından El Salvador'da üretilen ayakkabıları aracı bir şirket vasıtasıyla satın almış ve Benelüks'de piyasaya sürmüştür. Bunun üzerine *Sebago* bu ürünlerin Topluluk içinde piyasaya sürülmesine izin veya onay vermemiş olduğunu, *GB Unic*'in satış faaliyeti ile marka hakkına tecavüz ettiğini iddia etmiştir. Bu çerçevede ulusal mahkemenin 234. madde uyarınca Divan'a başvurması üzerine Divan, tükenmenin bizatihi mallar üzerinde gerçekleştiğini, dolayısıyla üreticinin mallarını Topluluk içinde ve dışında piyasaya sürmüş olmasına rağmen, Topluluk dışından Topluluk içine gerçekleştirilecek paralel ithalatın Topluluk içine sokulan mallar üzerinde, üreticinin hakkının tükenmemiş olması gerekçesine dayanılarak engellenebileceğini belirtmiştir. Bu karar dolayısıyla marka hakkı sahibinin ne zaman markalı malların piyasa sürülmesine onay vermiş sayılacağı konusu da gündeme gelmiştir. Divan 89/104 sayılı Direktifin 7. maddesi uyarınca Topluluk içinde aynı niteliklere sahip ve aynı markayı taşıyan malların piyasaya daha önceden üretici tarafından sürülmüş olmasının, Topluluk dışından Topluluk içine ithalat gerçekleştirecek kişiye onay

²⁸⁰ KUIJWĪJK, Kees Jan: Parallel Imports and WTO Law: Some Thoughts After Silhouette, ECLR, Issue 5, 1999, s. 294-295.

²⁸¹ Case C-306/96 *Javico International v Yves Saint Laurent Parfums*, (1998), ECR I-1983.

²⁸² Case C-173/98 *Sebago Inc. And Ancienne Maison Dubois v G-B Unic SA*, (1999), ECR I-4103.

verilmiş sayılması anlamına gelmeyeceğini, zira onayın her mal için ayrıca gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Divan'ın bu kararı ile tükenmenin bizatihi mallar üzerinde gerçekleştiğinin kabulü sonucunda, Topluluk içinde snai hak sahibi olan kişilerin Topluluk içinde fiyatları rahatça yükseltebileceklerine bir anlamda izin verilmiş olduğu görülmektedir.²⁸³

Son olarak Divan'ın marka hakkının tükenmesine ilişkin ön karar prosedürü çerçevesinde karara bağlamış olduğu önemli bir karar *Davidoff*²⁸⁴ kararıdır. Söz konusu kararda, *Silhouette* ve *Sebago* kararlarına paralel olarak, tükenmenin Avrupa Topluluğu içinde bölgesel tükenme olarak öngörülmuş olduğu ve sözü edilen tükenmenin Avrupa Topluluğu içinde piyasaya sürülen mallar üzerinde gerçekleşeceği tespiti bir kere daha tekrarlanmıştır. Bunun dışında tükenmenin gerçekleşmesi için gerekli olan onayın, hangi şartlar altında verilmiş sayılabileceği konusu incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda ise, marka sahibinin Avrupa Topluluğu dışında piyasaya sürmüş olduğu malların Avrupa Topluluğu içinde piyasaya sürülmesine belli şartlar altında onay vermiş sayılabileceği sonucuna varılmıştır. Zımni onay verilmiş sayılmasının şartları ise, malların Avrupa topluluğu dışında piyasaya sürülmeden evvel, piyasaya sürülmesi sırasında veya sonrasında gerçekleşen olaylardan marka sahibinin, malların Avrupa Topluluğu sınırları içinde tekrar piyasaya sürülmesinden doğan hak ve şartlarından feragat ettiğinin anlaşılmasıdır. Ayrıca kararda Avrupa Topluluğu sınırları dışında piyasaya sürülmüş mallar üzerinde söz konusu malların Avrupa Topluluğu içinde piyasaya sürülemeyeceğine ilişkin bir yasağın belirtilmemiş olmasının veya bu malları satanlara bu nitelikte bir bildirim yapılmamış olmasının yahut söz konusu malların mülkiyetinin herhangi bir kısıtlama olmaksızın devrinin gerçekleştirilmiş olmasının, zımni onayın varlığını göstermeyeceği ifade edilmiştir.

²⁸³ KUILWIJK, Kees Jan: Parallel Imports and WTO Law: Some Thoughts After Silhouette, ECLR, Issue 5, 1999, s. 294-295.

²⁸⁴ Joined Cases C-414/99 to C-416/99, *Zino Davidoff SA v A&G Imports Ltd and Levi Strauss & Co and others v Tesco*, (2001), ECR I-08691.

b. Patent Hakkı Açısından Paralel İthalatın Engellenmesi

Yukarıda patent hakkının içeriğinin ve sahibine sağladığı korumanın kapsam ve niteliğinin incelendiği bölümde²⁸⁵, patent hakkının marka hakkı gibi henüz Topluluk çapında korunan bir hak olmadığı belirtilmiştir. Ancak EPC anlaşması ile birden çok ülkede aynı anda patent koruması talep etmek mümkündür. Bu doğrultuda bir çok ülkede birden koruma sağlanabilecektir. Her ne kadar yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, Topluluk çapında henüz bir patent koruması sağlanamasa da, patent koruması altında olan bir ürün, hak sahibi tarafından bizzat veya onun onayı ile bir başkası tarafından, herhangi bir üye devlette piyasaya arz edildikten sonra, Avrupa Topluluğu içinde herhangi bir sınırlama olmadan serbestçe dolaşabilir.²⁸⁶ Gerçekten Divan, patent hakkı sahiplerinin ulusal haklarına dayanarak ülkelerine gerçekleştirilen paralel ithalatın engellenmesine izin verildiği takdirde, bu durumun Topluluğun ulusal sınırlara bölünmesi ve Topluluk içi ticaretin sınırlandırılması anlamına geleceğini belirterek, patent hakkının bölgesel tükenmesi kararı doğrultusunda görüşünü beyan etmiştir. Bu bağlamda bir ülkeden diğerine paralel ithalatın gerçekleştirilmesi veya bunun önlenmesi marka hakkında belirtilen duruma aynen uymaktadır. Gerçekten, Topluluk içinde özellikle patent hakkı ile korunan ilaçların, görece ucuz satıldığı ülkelerden (İspanya, Portekiz) daha yüksek satış fiyatlarının olduğu İngiltere, Hollanda gibi ülkelere paralel ithalat gerçekleştirilmektedir. Ancak ülkelerin ilaç gibi ürünlerin fiyatlarının belirlenmesinde arif menfaatlerinin olduğu, ayrıca ilaçlarda ülkeler arası fiyat farklılıklarının her ülkenin sosyal güvenlik sisteminin farklılık göstermesine ve fiyat kontrol mekanizmalarının farklılık göstermesine dayandığı belirtilmektedir.²⁸⁷ Ülkeler arasındaki bu farklılıklara 2002 yılından önce²⁸⁸ yaşanan kur farklılıklarını ve Topluluğun fikri sınai haklar konusunda ulusal hukuk sistemlerini yeknesaklaştırmak amacıyla çıkardığı, ancak her ülkenin aynı şekilde ulusal mevzuatına geçirmemiş olduğu direktifler de eklenince, Topluluk içinde tek bir patent sisteminin olmadığı, ancak 15 farklı patent sisteminin bulunduğu ileri sürülebilmektedir.²⁸⁹

²⁸⁵ Bkz. bu çalışma § 1, III-PATENT.

²⁸⁶ ÖZCAN, Mehmet: age., s. 126.

²⁸⁷ NAZERALİ, J./HOCKİNG,S./RANASİNGHE U.: Parallel Imports of Pharmaceuticals-A Prescription for Success or a Free Market Overdose?, ECLR, Issue 6, 1998, s.333-334.

²⁸⁸ Zira bilindiği gibi 2002'de Avrupa tek para birimi euro dolaşıma girmiştir.

²⁸⁹ NAZERALİ, J./HOCKİNG,S./RANASİNGHE U.: agm., s. 334.

Patent hakkı ile paralel ithalatın engellenmesine ilişkin sorunlar bu tür paralel ithalatlar sıklıkla ilaçlarda yaşandığı için, aşağıda incelenen Divan kararları genellikle ilaçlara yönelik olacaktır.

Patent hakkının Topluluk çapında tükenmesi ile ilgili olarak Divan'ın vermiş olduğu ilk karar *Centrafarm v Sterling Drug*²⁹⁰’dır. Bu kararda Divan, patent korumasına sahip ürünün üye ülkelerden birinde piyasaya sürülmesi ile patent hakkı korumasının tükendiğini, dolayısıyla ürünün serbestçe tüm Topluluk içinde dolaşabileceğini ifade etmiştir. Ayrıca Divan ulusal hukuk sisteminin patent hakkı sahibine tanıdığı yetki uyarınca hak sahibinin paralel ithalatı engellemesinin, ortak pazar içinde malların serbest dolaşımına ilişkin Roma Anlaşması hükümleri ile bağdaşmayacağını da özellikle vurgulamıştır.²⁹¹ Ayrıca Divan üye devletlerin hükümetlerinin uyguladığı fiyat politikaları sonucunda üye devletlerde ilaçlara uygulanan fiyatların farklı olmasının da patent hakkı sahibine paralel ithalatları engelleme yetkisi vermeyeceğini ifade etmiştir.²⁹² Benzer şekilde Divan, insan sağlığını koruma gerekçesiyle paralel ithalatların hak sahibi tarafından denetlenmesini de Antlaşma hükümlerine aykırı bulmuştur. Zira insan ve hayvan sağlığını koruyucu önlemleri almanın ulusal hukukların yetkisinde olduğunu, hak sahibinin bu gerekçe ile ithalatı engelleyemeyeceğini belirtmiştir.²⁹³

Patent korumasına sahip ürünlerin paralel ithalatında ürünün, patent korumasına sahip olmayan bir ülkede piyasaya sürülmüş olması halinde bile Divan, hakkın Topluluk çapında tükenmesi prensibini değiştirmemiştir. Bu çerçevede *Merck v Stephar*²⁹⁴ kararında *Merck* adlı firma tüm üye ülkelerde “*moduretic*” adlı ilaca yönelik patent korumasına sahiptir. Ancak üye ülkelere patent korumasına atfedilen öneme ve sağlanan korumanın derecesine göre her ülkede fiyatlar oldukça değişkendir. *Merck*, ilacı diğer ülkelerle birlikte patent korumasının henüz kabul edilmediği bir ülke olan İtalya’da da satışa sunmuştur. Ne var ki, İtalya’da fiyatlar, diğer ülkelere oranla oldukça düşük seyretmektedir. Bu nedenle İtalya’dan ilacın piyasaya sürüldüğü ve yüksek fiyatların oluştuğu Hollanda’ya paralel ithalat gerçekleştirilmektedir. Divan ulusal Mahkemenin ön karar prosedürü uyarınca kendisine yönelttiği soruya karşılık, *Merck*’in Hollanda’daki patent hakkına dayanarak paralel ithalatı engelleyemeyeceğini, zira İtalya’da patent korumasının olmadığını bilerek, bu ülkede ürünü piyasaya

²⁹⁰ Case 15/74 *Centrafarm v Sterling Drug*, (1974), ECR 1147.

²⁹¹ ÖZCAN, Mehmet: age., s. 127.

²⁹² Case 15/74 *Centrafarm v Sterling Drug*, (1974), ECR 1147, p. 24.

²⁹³ Case 15/74 *Centrafarm v Sterling Drug*, (1974), ECR 1147, p. 39.

²⁹⁴ Case 187/80 *Merck v Stephar*, (1981) ECR 2063.

sunmakla, bu hakkını tüketmiş sayılacağını ve bu paralel ithalatın sonuçlarına katlanması gerekeceğini belirtmiştir.²⁹⁵

Divan'ın bu kararı, ortak pazarın bölünmesine neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira pazarın sınai haklara koruma sağlayan ülkeler ve sağlamayan ülkeler açısından bölüneceği ileri sürülmüştür.²⁹⁶ Ancak kararın olumlu bir etkisinin koruma sağlamayan ülkelerden olan İtalya'nın, ilaçlara yönelik patent korumasını kabul etmesi ve üye ülkelerin sınai haklara ilişkin ulusal mevzuatlarının yakınlaştırılması olduğu da söylenmektedir.²⁹⁷ Bu karar doktrinde hakkın tüketilmesi kavramının kapsamı dışında olduğu gerekçesi ile de eleştirilmiştir. Zira Topluluk çapında patent hakkının tüketilmesinin bu şekilde algılanması sonucunda, patent sahibinin yine Divan tarafından belirlenen patent hakkının spesifik konusundan kaynaklanan haklarından da mahrum edilmesi anlamına geldiği ifade edilmiştir.²⁹⁸

Patent hakkı ile korunan ürünlerin paralel ithalatında karşılaşılan önemli bir diğer sorun, zorunlu patent lisansının verilmesine ilişkin olarak yaşanmıştır. Bilindiği gibi, patent hakkının niteliğinden kaynaklanan bir özellik, kamu yararının bulunması şartına bağlı olarak zorunlu lisans verilebilmesidir. Bu halde patent hakkı sahibinin rızası olmaksızın, Devlet gücü ile patentin üçüncü kişiye lisansının verilmesi söz konusudur. Elbette bu durumda patent sahibinin rızasından söz edilemeyecek hatta zorunlu lisansın patent hakkı sahibinin bir anlamda cezalandırılması olduğu bile söylenebilecektir.²⁹⁹

Bu bağlamda *Pharmon v Hoechst*³⁰⁰ kararında *Hoechst* bir ilaç üreticisi olup, İngiltere ve Hollanda'da "*frusemide*" adlı ilacın patent hakkına sahip olan bir firmadır. Ancak İngiltere'de yürürlükte olan İngiliz sınai haklar hukukuna göre söz konusu patente ilişkin olarak ilacın üretim ve pazarlama hakkının zorunlu lisans olarak verilmesine kamu otoriteleri tarafından karar verilmiştir. Bu karar üzerine İngiltere'de DDSA adlı firma söz konusu patentle ilgili olarak zorunlu lisans almıştır. Bu firma ise, lisansı almasının ardından, İngiltere'den Hollanda'ya paralel ithalat gerçekleştirmek amacıyla *Pharmon* şirketine ilaçları

²⁹⁵ Case 187/80 *Merck v Stephar*, (1981) ECR 2063, p. 7, 11.

²⁹⁶ KORAH, Valentine: EC Competition Law, s. 193.

²⁹⁷ KORAH, Valentine: EC Competition Law, s. 194.

²⁹⁸ ÖZCAN, Mehmet: age., s. 128.

²⁹⁹ *Pharmon* kararında *Hoechst* ve Komisyon zorunlu lisansın istisnai bir uygulama olduğunu, dolayısıyla zorunlu lisans kararının verildiği ülke ile sınırlı olması gerektiği görüşünü belirttikten sonra zorunlu lisansın patent hakkı sahibine bir nevi ceza niteliğinde olduğunu da belirtmişlerdir (Case 19/84, *Pharmon BV v Hoechst AG*, (1985), ECR 2281, p. 21).

³⁰⁰ Case 19/84, *Pharmon BV v Hoechst AG*, (1985), ECR 2281.

satmıştır. Bunun üzerine *Hoechst*, bu faaliyeti durdurmak için hukuki yollara başvurmuş ve ulusal mahkemede *Pharmon*'un patent hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bu aşamada ulusal mahkeme vermiş olduğu bir ara kararla Divan'a, bir üye ülkede patent sahibi kişinin başka bir ülkede zorunlu lisansla üretilen ürünlerin kendi ülkesine girmesini, başka deyişle ithalatını engelleme hakkına sahip olup olmadığı sorusunu yöneltmiştir.

Divan önünde görülen davada *Pharmon*, zorunlu lisansın ihtiyari lisanstan bir farkı olmadığını, ihtiyari lisansta patent sahibinin lisans verme iradesini, zorunlu lisansta Kamu Otoritesinin bu yöndeki iradesinin karşılayacağını iddia etmiştir. *Hoechst* ve Komisyon ise, her iki lisansın gerek amaçları gerek doğaları açısından farklı olduğunu belirttikten sonra, zorunlu lisansta patent hakkı sahibinin bu lisansın verilmesine de hiçbir şekilde rıza göstermemiş olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine Divan, İngiltere'de verilen lisansın zorunlu bir lisans olduğundan bahisle, patent hakkı sahibinin zorunlu lisans verilmesine rıza göstermemiş olduğu, patent hakkı sahibinin hakkın kullanımı konusunda onayının bulunmadığı bir durumda ise, hakkın tüketilmesi kavramından bahsedilemeyeceğinden bahisle, *Hoechst*'in hakkının İngiltere'de tükenmiş olmasından söz edilemeyeceğini, dolayısıyla bu ithalatın *Hoechst* tarafından engellenebileceği kararını vermiştir.³⁰¹

Divan'ın bu konudaki görüşlerinin (kanun sözcüsünün aksi görüşüne rağmen) değişmediği, yeni tarihli bir karar olan *Merck v Primecrown*'dan³⁰² da görülmektedir. Söz konusu kararda *Merck* firması ilaçlara patent koruması sağlanmayan iki ülke olan İspanya ve Portekiz'den, *Primecrown* firması tarafından İngiltere'ye paralel ithalat gerçekleştirildiğini belirterek İngiltere'de ulusal mahkemeye başvurmuştur. Ulusal Mahkeme *Merck v Stephar* kararından farklı olarak, İspanya ve Portekiz'in yeni Topluluk bünyesine dahil olmaları nedeniyle geçiş sürecindeki sınai haklara ilişkin hükümlerin yorumunu da Divan'dan istemiştir. Ayrıca kararda *Merck*, *Merck v Stephar* kararında olduğundan farklı şekilde artık ilaçlara patent koruması tanınmasının istisna değil kural olduğunu, ilaçlara patent korumasının tanınmamasının çok ciddi ekonomik sonuçları olduğunu ve patent hakkının ancak bu hak tanındığı sürece tüketilmesinin söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Ancak Divan, *Merck*'in yeni iddialarının *Merck v Stephar* davasında verilen karardan dönülmesini gerektirmediğini ifade etmiştir. Divan, paralel ithalatın hak sahibi tarafından engellenebilmesinin ancak ürünün korumaya sahip olmayan ülkede piyasaya

³⁰¹ Case 19/84, *Pharmon BV v Hoechst AG*, (1985), ECR 2281, p. 20.

³⁰² Case C-267/95 and C-268/95, *Merck & Co. Inc. And others v Primecrown Limited & Others*, (1996), ECR I-6285.

sürülmesinin yasal bir zorunluluk olması halinde mümkün olabileceğini belirtmiştir.

Divan'ın *Pharmon v Hoechst* kararı doktrinde özellikle *Merck* kararları ile birlikte değerlendirilerek eleştirilmiştir. Zira *Merck* kararlarında Divan, patent hakkı sahibinin patent korumasına sahip olmadığını bildiği bir ülkede patentli ürünü piyasa sürmesinin, patent hakkının tükenmesi sonucunu doğuracağını, dolayısıyla paralel ithalatın engellenmeyeceğini belirtmiştir. Ancak *Hoechst* kararında zorunlu lisans verilmiş olması nedeniyle patent hakkının tükenmiş olmasının kabul edilemeyeceğini, dolayısıyla paralel ithalatın engellenebileceğini ifade etmiştir. İki karar arasındaki çelişki ise, olayların, vukuu bulunduğu ülkelerin yasal sisteminden kaynaklanmasının Divan tarafından göz ardı edilmiş olması olarak ifade edilmektedir.³⁰³ Zira patent korumasının tanınmamış olması yasal bir düzenlemenin sonucu olduğu kadar, zorunlu patent lisansı verilmesi de yasal mevzuatın bir sonucudur. Şu halde *Merck* kararlarında olduğunun aksine, *Hoechst* kararında Divan'ın zorunlu lisans konusunda patent hakkı sahibinin onayı olmadığını karara bağlaması bir çelişki yaratmaktadır.

Sonuç olarak, gerek marka hakkı gerek patent hakkı aracılığıyla paralel ithalatın engellenmesi konusunda Divan'ın söz konusu kararları göz önüne alındığında, paralel ithalatın engellenmesinin 82. maddeye bir aykırılık oluşturmayacağı, zira sınai hak korumasına sahip ürünler üzerinde tükenme kabul edildiğinden, Topluluk içinde sınai hak korumasına sahip kişilerin Topluluk dışından Topluluk içine gerçekleştirilen paralel ithalatı engelleyebilecekleri ortaya çıkmaktadır. Ancak yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi varılan bu sonuç belli bir ekonomik tercihin sonucudur ve bu tercih doktrinde eleştirilere de maruz kalmaktadır. Zira topluluğun son derece korumacı bir politika izlediği açıktır. Nitekim tükenmenin ancak Topluluk içinde gerçekleşeceğinin kabul edilmesi ve paralel ithalatın ise, ancak üye ülkeler arasında gerçekleştirildiğinde müdahale edilmesi bu korumacılığı açıkça göstermektedir. Diğer taraftan tükenme olgusunun bizatihi mallar üzerinde gerçekleştiğinin Divan tarafından kabul edilmesi ortak pazar politikaları ile bağdaşır nitelikte görünmemektedir. Zira bu şekilde tükenme olgusu ile korunmak istenen menfaatten ötede, hak sahibinin sonsuza kadar Topluluk dışından Topluluk içine gerçekleştirilmek istenen paralel ithalatları engelleme hakkı verilmektedir. Bu durumun korunmak istenen menfaat olan hak sahibinin ödüllendirilmesi amacını aştığı ve 28 ile 30. maddelerde, istisnai olarak fikri sınai haklar nedeniyle ithalat engeli yaratılabileceği ifadesinin de amacını aştığı söylenebilecektir. Kaldı ki, Topluluğun kurulma amacı tamamen serbest ve hiçbir engelin olmayacağı serbest rekabet sisteminin işleyeceği bir ortak pazar yaratmak olduğu, 28 ve devamı maddelerden açıkça anlaşılmaktadır. Ancak bu

³⁰³ ÖZCAN, Mehmet: age., s. 129.

serbestinin yine kamu yararına belli hallerde engellenmesine izin verileceği de 28. maddede ifade edilmektedir. Bu meşru engellerden birini ise, fikri sınai haklar oluşturmaktadır. Zira en başta da belirtilmiş olduğu gibi teknolojinin, bilimin dolayısıyla insanlığın gelişebilmesi için bu alanların desteklenmesi gerektiği tartışmasızdır. Ancak uygulanan bu desteğin ortak pazar içinde yaratılması arzulan serbest rekabet sistemine aykırı olduğu, ayrıca ortak pazar içinde yer alan tüketicilerin de aleyhine sonuçlar yaratabileceği, zira bu korumacı sistemin bir etkisinin de fiyatların yükselmesi olabileceği, yukarıda incelenen *Silhouette*³⁰⁴ kararında gösterilmiştir.

Diğer taraftan özellikle Divan tarafından güdülen bu korumacı politikanın Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) sistemine de aykırı olacağı, zira örgütün amacının üye devletler arasında ticaret engellerini en aza indirmek olduğu, bu nedenle örgüte üye devletler arasında kapalı serbest bölge ve gümrük bölgelerine istisnaen ve bazı koşullarda izin verildiği bir gerçektir.³⁰⁵ Bu bağlamda bir gümrük birliği alanı olan Avrupa Topluluğunun, Topluluğa üye ülkeler içinde ticaret engellerini kaldırması, ancak güdülen korumacı politika gibi, Topluluk dışı DTÖ üyesi ülkelerle olan ticarete yeni engeller getirmesi halinde, bu durumun DTÖ anlaşmasına bir aykırılık teşkil edeceği tartışmasızdır.³⁰⁶

Ancak Divan'ın görüşleri doğrultusunda bir tükenme politikasının tercih edilmesinin, Topluluk ve Topluluğa dahil olan ülkeler açısından en faydalı seçim olduğunu savunanlar da bulunmaktadır. Bu şekilde, Avrupa sanayisinin ve tüketicisinin korunduğu ileri sürülmektedir. Zira paralel ithalatların engellenmemesi halinde kısa vadede fiyatların düşmesine rağmen, orta ve uzun vadede tüketicilerin çok sayıda aynı veya benzer markalı ve fakat farklı kalitede ürünle karşı karşıya kalacağı, bu çeşitlilikte paralel ithalatlar nedeniyle dil kargaşası yaşanacağı ve yine kültürel farklılıklar nedeniyle tüketicinin zor durumda kalacağı, ayrıca paralel ithalatların engellenmemesi halinde, üreticilerin yeni araştırmalara fon ayırmaktan vazgeçecekleri, bunun sonucunda ise teknolojik ilerlemenin yavaşlayacağı ifade edilmektedir. Diğer taraftan üretim maliyetlerinin Avrupa ülkelerinden daha ucuza gerçekleşen üçüncü ülkelere gerçekleşen paralel ithalatlar nedeniyle, Avrupa sanayicisinin Avrupa ülkelerinde üretimi kesip, söz konusu üçüncü ülkelere kaçması sonucu Avrupa vatandaşının işsiz kalması sorununun ortaya çıkacağını, tüm bu nedenlerle

³⁰⁴ Case C-355/96 *Silhouette v Hartlauer*, (1998), ECR I-4799.

³⁰⁵ BÜYÜKTAŞKIN, Şener: Dünya Ticaret Sistemi, Ankara, 1997, s. 143 vd.

³⁰⁶ KUIJLWIJK, Kees Jan: agm., s. 297.

Avrupa'nın kendi üreticisini, tüketicisini ve sınai hak sahibini koruması gerektiği ifade edilmektedir.³⁰⁷

B. Lisans Anlaşmalarında Yer Alan Rekabete Aykırı Koşullar

Bir marka veya patent hakkı sahibi olan ve belli bir pazarda hakim durumda olan bir işletmenin, bu hakkı aracılığı ile başka teşebbüslere lisans verirken rekabete aykırı koşullar dayatması mümkündür. Bu nitelikte rekabete aykırı koşulların hemen çoğunun 81. madde kapsamına gireceği, dolayısıyla 82. maddenin uygulanmasına ihtiyaç kalmayacağı düşünülebilir. Ancak 81/1'in kapsamına girmeyen veya 81/3 uyarınca muafiyet almış anlaşmaların 82. madde kapsamına girmesi mümkündür.

Hakim durumda olan işletmelerin lisans anlaşmaları yoluyla rekabete aykırı şartlar dayatmasının akla gelen ilk örneği fahiş lisans bedeli talep etmektir. Dolayısıyla bu bölümle birlikte bu çalışmanın belirtilen diğer bölümünün beraber değerlendirilmesi gerekmektedir.³⁰⁸ Rekabete aykırı ve/veya haksız koşullara örnek olarak; sınai hakla ilgili amacı ve süreyi aşan lisans verilmesi, sahip olunan tüm sınai hakların lisansının verilmesi zorunluluğu veya sahip olunacak olan tüm haklara ilişkin ileride lisans verme yükümlülüğünün getirilmesi olarak gösterilebilir.³⁰⁹

Konuya örnek olarak gösterilebilecek *SABAM*³¹⁰ kararında ulusal mahkeme Divan'a *SABAM* ile iki sanatçı arasında telif hakkına ilişkin sözleşmelerin geçerliliği konusunda karara varabilmek için ön karar prosedürü çerçevesinde iki soru yöneltmiştir. Ulusal mahkeme tarafından, telif hakları işletmeciliği konusunda bir ülkede tekel olan bir işletmenin, bir sanatçının sahip olduğu tüm fikri haklarını devretmesini şart koşmasının veya sanatçının var olan ve gelecekte var olacak tüm fikri hakları devretmesinin ve bu hakların kullanımının sanatçının telif haklarının kullanım hakkını *SABAM*'dan çekmesine rağmen 5 yıl boyunca söz konusu kuruluşça kullanılabilmesinin, 82. maddeye aykırılık oluşturup oluşturmayacağı sorulmuştur.

Divan bunun üzerine ulusal mahkemenin de tespit etmiş olduğu gibi, ortak pazarın önemli bir bölümünde hakim durumda olan bir kuruluşun, üyelerine objektif gerekçelerle açıklanmayacak şekilde yükümlülükler

³⁰⁷ VILMART, Christine: agm., s.26-27.

³⁰⁸ Bkz. bu çalışma § 2, III, 2, D-Sınai Mülkiyet Hakları ile Korunan Bir Ürüne Aşırı Fiyat Uygulamak veya Fahiş Lisans Bedeli Talep Etmek.

³⁰⁹ BODEWIG, Theo: agm., s. 250.

³¹⁰ Case 127/73 *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v SV SABAM*, (1974), ECR 313.

yüklemesinin 82. maddeye aykırı olacağını ifade etmiştir. Nitekim *SABAM* Belçika'da faaliyet gösteren yazar, besteci ve yayıncıların telif haklarını elinde tutan bir kuruluştur. *SABAM* sanatçılarla akdettiği anlaşmalar yoluyla üyelerinin varolan tüm telif haklarını ve ileride gündeme gelebilecek tüm haklarını, ilgili üyenin *SABAM*'dan ayrılmasına rağmen, devralmak istemektedir. Divan burada haklı olarak uzun süreli ve gelecekteki hakları da içerecek şekilde sınai hakların devrini öngören anlaşmaların *SABAM*'ın faaliyetini devam ettirmesi için gerekli olan uygulamadan öte bir amaç taşıdığını, dolayısıyla bu durumun hakim durumun kötüye kullanımı teşkil edeceğini belirtmiştir.³¹¹

Komisyon'un lisans anlaşmaları aracılığıyla rekabetin kötüye kullanıldığına ilişkin örnek bir kararı da *GEMA*³¹² kararıdır. *GEMA*, Almanya'da faaliyet gösteren, müzik ve filmlerin yayın ve telif haklarını elinde tutan bir kuruluştur. Komisyonun kararında *GEMA*'nın 82. maddeye aykırılık oluşturacak şekilde; bazı müzik yayınlarında telif haklarının süresini, anlaşmalar yoluyla uzattığı, Almanya'ya ithal edilen veya geri ithal edilen ses kayıtlarından lisans ücreti talep ettiği ve video ve müzik kasetlerine aşırı telif ücreti istediği tespit edilmiştir. Dolayısıyla Komisyon tarafından verilen bu kararda lisans anlaşmaları yoluyla yayın haklarının süresinin uzatılması ve özellikle ithal edilen kayıtlardan da lisans ücretinin talep edilmesi, lisans anlaşmaları yoluyla rekabete aykırı koşulların dayatılmasına güzel bir örnek oluşturmaktadır.

Pazarda hakim durumda olan teşebbüs tarafından lisans anlaşmalarında rekabete aykırı koşulların öne sürülmesine bir diğer çarpıcı örnek *Eurofima*³¹³ olayıdır. Komisyonun bir karar vermeden, şirketin rekabete aykırı eylemi sona erdirdiği, dolayısıyla ne Komisyonun ne de Divan'ın bir kararının bulunmadığı olayda, *Eurofima* şirketi demiryolu malzemeleri talebi konusunda ortak pazarda hakim durumdadır. Ancak şirket, bu hakim durumunu ihale şartnamelerinde öngördüğü, satıcıların satım anlaşmaları süresince patent haklarını süresiz ve karşılıksız olarak *Eurofima*'ya devretmelerinin kabulü şartı ile kötüye kullanmıştır. Komisyon ilgili pazarda hakim durumda olan bir işletme tarafından bu nitelikte bir şart öngörülmesinin, rekabeti ortadan kaldıracağını belirterek bu eyleme bir son verilmesini talep etmiş, şirket de bu çerçevede söz konusu şartı şartnamesinden çıkartmıştır.

³¹¹ Case 127/73 *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v SV SABAM*, (1974), ECR 313, p. 12.

³¹² *Decision of the Commission of 2/06/1971 Ref. IV/26,760-GEMA*.

³¹³ *Eurofima*, (1973), CMLR 217.

C. Lisans Vermeyi Reddetme veya Satış Yapmayı Reddetme

Fikri sınai haklar yoluyla hakim durumun kötüye kullanılmasının bir örneğini de, sahip olunan hakka ilişkin olarak lisans verilmesinin reddedilmesi oluşturabilmektedir. Daha önce de açıklanmış olduğu gibi, fikri sınai hakkın sahibine bahşettiği en üstün özellik, o hakla ilgili olan malı ilk defa piyasaya sürme hakkıdır. Gerçekten hak sahibi yasal olarak bu şekilde korunarak, gerçekleştirdiği yaratıcılık veya buluş nedeniyle bir anlamda ödüllendirilmektedir. Hak sahibi korunan malını ilk defa piyasaya sunmak hakkına sahip olduğu gibi, bu hakla ilgili olarak başka kişilere lisans hakkı vermek veya vermemek hakkına da sahiptir. Kural olarak hiçbir hak sahibi üçüncü kişiye lisans vermeye zorlanamamaktadır. Bunun doğal sonucu da, sınai hak sahibi tarafından lisans verilmesinin reddedilmesinin rekabet hukukuna da aykırı bir yönünün bulunmamasıdır. Ancak yukarıda çeşitli yerlerde değinilmiş olduğu gibi, ilgili pazarda hakim durumda olan bir işletmenin hakim durumunu kötüye kullanmamak gibi bir yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla hakim durumda olmayan ve sınai hak sahibi bir işletme için üçüncü kişilere lisans verilmesinin reddinin rekabet hukukuna aykırı bir yönü bulunmazken, sınai hak sahibi ve ilgili pazarda hakim durumda olan bir işletme için aynı sonuç geçerli olmayacaktır.

Konu ile ilgili verilmiş ilk kararlardan biri *Volvo*³¹⁴ kararıdır. Olayda *Volvo* şirketi İngiltere’de *Volvo* arabalarının 200 modeli için üretilen bazı yedek parçaların endüstriyel tasarım hakkına sahiptir. *Erik Veng* ise, İtalya ve Danimarka’dan *Volvo*’nun izni dışında üretilmiş olan söz konusu kaporta parçalarını İngiltere’ye ithal etmiştir. Bunun üzerine *Volvo* endüstriyel tasarım hakkının ihlal edilmesi gerekçesiyle dava açmış ve bu davanın yürütülmesi sırasında mahkeme ön karar alınması için Divan’a başvurmuştur. Ulusal mahkeme Divan’a endüstriyel tasarım hakkı sahibinin uygun bir lisans bedeli teklif edilmesine karşın lisans hakkı vermemesinin 82. madde anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmeyeceğini sormuştur. *Veng*, savunmasında *Volvo*’nun endüstriyel tasarım hakkına dayalı olarak ürettiği ürünler için aşırı fiyat talep ettiğini ve *Volvo*’nun makul bir ücret ödeyerek lisans almak isteyenlerin bu taleplerini reddetmekle hakim durumunu kötüye kullandığını belirtmiştir. Divan endüstriyel tasarım hakkı sahibinin onayı olmadan üretilen, piyasaya sürülen veya ithal edilen ürünlerin, hak sahibi tarafından engellenmesinin bu hakkın spesifik konusuna dahil olduğunu ifade etmiştir. Bu çerçevede Divan, hak sahibinin üçüncü kişilere lisans verme hakkının da

³¹⁴ Case 238/87 *Volvo AB v Erik Veng (UK) Ltd*, 1988, ECR 6211.

endüstriyel tasarım hakkının özünde yatan bir hak olduğunu³¹⁵, dolayısıyla hak sahibinin bu haktan mahrum edilemeyeceğini, bu nedenle lisans verilmesinin reddedilmesinin, bizatihi hakim durumun kötüye kullanılması anlamına gelmeyeceğini, 82. madde uyarınca hakim durumun kötüye kullanılması için ayrıca bazı şartların da varolmasının gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir.³¹⁶ Endüstriyel tasarım hakkına sahip bir firmanın bu hakkını kullanmasının 82. maddeye aykırılık oluşturabileceği haller, kararda örnek kabilinden sayılmıştır. Bunlar, hakim durumda olan tasarım hakkı sahibinin; ayrımcı olarak bağımsız tamirci şirketlere yedek parça vermeyi reddetmesi veya yedek parça fiyatlarını çok yüksek belirlemesi yahut belli modelde üretilmiş ve halen kullanımda olan arabalar için yedek parça üretmeme kararı almasıdır. Olayda bu şartların hiç birinin gerçekleşmediği görüldüğünden, *Volvo* tarafından lisans verilmesinin reddinin, hakim durumun kötüye kullanılması sayılamayacağına karar verilmiştir.

Volvo ve aşağıda incelenecek olan *CICRA v Renault*³¹⁷ kararı, Divan'ın endüstriyel tasarım hakkının 82. maddeye aykırı olarak kullanılabilmesi halleri açıkça belirtmekte ve salt lisans verilmesinin reddinin hakim durumun kötüye kullanılması oluşturmayacağına ilişkin kararlarına birer örnek oluşturmaktadır. *Renault* kararında Divan, bir araba üreticisinin yedek kaporta parçaları üzerindeki endüstriyel tasarım hakkına dayanarak, kendi onayı dışında üçüncü kişilerin bu yedek parçaları üretmesini, satışa sunmasını veya onayı dışında üretilen ülkelerden ithal etmesini engelleyebileceğini ifade etmiştir. Ayrıca hakim durumda olan bir işletmenin endüstriyel tasarım koruması elde etmek suretiyle ürünlerini korumasının 82. maddenin ihlali anlamına gelebileceği de belirtilmiştir. Hakim durumun kötüye kullanıldığı kararına varılabilmesi için, yukarıda *Volvo*³¹⁸ kararında da sayılmış olan ayrımcı olarak bağımsız tamirci şirketlere yedek parça vermenin reddedilmesi veya yedek parça fiyatlarını çok yüksek belirlenmesi yahut belli modelde üretilmiş ve halen kullanımda olan arabalar için yedek parça üretmeme kararı alınması şartlarının gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmiştir. Sonuç itibarıyla Divan, lisans verilmesinin reddedilmesinin 82. maddeye aykırılık oluşturmayacağını kabul etmiş olduğu gibi, bu red eyleminin sonucunda hak sahibi tarafından onay verilmeden ürünü üreten kişiler aleyhine hukuki yollara başvurulmasını da, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmemiştir.

³¹⁵ Hakkın spesifik konusu doktrini ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. § 1, II-3-Hakkın Spesifik Konusu Doktrini.

³¹⁶ Case 238/87 *Volvo AB v Erik Veng (UK) Ltd*, 1988, ECR 6211, p. 8, 9.

³¹⁷ Case 53/87 *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Renault*, (1988), ECR 6039.

³¹⁸ Case 238/87 *Volvo AB v Erik Veng (UK) Ltd*, (1988), ECR 6211.

Volvo ve CICRA v Renault kararlarında Divan, lisans verme hakkını snai hakların spesifik konusu içine dahil etmiştir. Lisans verilmesinin reddini ise, bu nedenle 82. maddeye aykırı bulmamıştır. Ancak özellikle bu iki karardan sonra bu konuda Divan'ın vermiş olduğu en tartışmalı karar *Magill*³¹⁹ kararıdır. Bu karar, İngiltere ve İrlanda'da ulusal televizyon yayını yapan üç televizyon kanalı ile ilgilidir (*BBC, RTE, ITP*). Bu televizyon kanalları kendi ülkelerinde yayın yapmalarının yanında, Topluluk üyesi diğer ülkelerde de gösterimde bulunmaktadır. Her üç televizyon kanalı, günlük programları ile ilgili bilgileri içeren listelerini İngiltere ve İrlanda dahilinde basılan gazetelere yayınlanması amacı ile ücretsiz olarak vermektedir. Ancak hiçbir televizyon kanalı haftalık yayın programları ile ilgili bilgileri açıklamamakta ve sadece kendi kanalının haftalık programını içeren dergiler piyasaya sürmektedir. Dolayısıyla haftalık olarak televizyon kanallarının program listesini öğrenmek isteyen bir İngiliz yahut İrlanda vatandaşı, ancak üç dergi almak suretiyle bu bilgiye erişebilmektedir. Bu durum üzerine *Magill* şirketi ulusal yayın yapan tüm kanalların haftalık program listesini içeren bir dergi çıkarmak istemiş ve bu amaçla üç televizyon şirketine haftalık program listelerinin telif hakkını almak amacıyla başvurmuş (zira İngiltere ve İrlanda'da bu program listeleri telif hakları yasası ile korunmaktadır), ancak bu talebi geri çevrilmiştir. Bunun üzerine *Magill* Komisyona söz konusu televizyon şirketlerinin hakim durumlarını kötüye kullandıkları gerekçesiyle şikayette bulunmuştur. Komisyon bu şikayet neticesinde yaptığı incelemede, her üç televizyon şirketinin televizyon yayıncılığı alanında hakim durumda oldukları gibi, yayınlarının program listeleri ile ilgili pazarda da hakim durumda olduklarını tespit etmiştir. Ayrıca Komisyon, hakim durumda olan bu şirketlerin hakim durumlarını güçlendiren bir faktörün de, yasal mevzuat uyarınca bu program listelerinin telif hakkı yasası ile korunuyor olmasını göstermiştir. Nihayet Komisyon her üç şirket aleyhine bu şirketlerin haftalık bir televizyon dergisi yayınlamaya yönelik faaliyet ve eylemlerinin 82. maddeye aykırılık oluşturduğunu ifade etmiştir. Zira Komisyon şirketlerin bu eylemlerinin sonucunda söz konusu pazarda başka haftalık televizyon dergisi yayınlanmasının engellendiği sonucuna varmıştır. Bu karar üzerine şirketler söz konusu kararın iptali için İlk Derece Mahkemesi'ne

³¹⁹ Her ne kadar burada karar *Magill* kararı olarak adlandırılmış olsa da, aslında aynı konuda verilen üç karar kastedilmektedir. Bu üç kararın konuları aynı olduğu gibi, içerikleri de neredeyse tamamen aynıdır. Bu nedenle kısaca her üç kararı da kapsayacak şekilde bundan böyle, *Magill* kısaltması kullanılacaktır. Case T-69/89 *Radio Telefis Eirann v Commission*, (1991), ECR II-485, Case T-70/89, *British Broadcasting Cooperation v Commission*, (1991), ECR II-535, Case T-76/89 *Independent Television Publication Ltd v Commission*, (1991), ECR II-575 Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P *RTE and ITP v Commission* (1995) ECR I-743.

başvurmuşlardır. İlk Derece Mahkemesinde yaptıkları savunmalarında her üç televizyon şirketi de, Divan'ın daha önce benzer bir konuda vermiş olduğu *Volvo*³²⁰ kararını örnek göstererek, sadece lisans verilmesinin reddi niteliğinde olan bu eylemin, *Volvo* kararında olduğu gibi, yasaklanmaması gerektiğini ifade etmişlerdir. Ancak Komisyon bu olayda şikayet edilen davranışın, *Volvo* kararında belirtilen ayrımcı bir şekilde bağımsız tamirci şirketlere yedek parça verilmesinin reddedilmesi durumu ile benzerlik gösterdiğini, dolayısıyla bu eylemin *Volvo* kararında da gösterilmiş olduğu gibi, hakim durumun kötüye kullanılması anlamına geldiğini ifade etmiştir. Ayrıca televizyon şirketlerinin günlük programlarını ücretsiz olarak günlük gazetelere vermeleri ancak haftalık programlarını kendi dergilerinde yayınlamalarının da, ayrımcılığa bir işaret olduğunu Komisyon belirtmiştir. Diğer taraftan İlk Derece Mahkemesi Komisyonun kararına dayanarak kendi programlarına ilişkin pazarda hakim durumda olan televizyon işletmelerinin, bu hakim durumlarını başka bir pazar olan, programları ile ilgili basın-yayın pazarında da kötüye kullandıklarını tespit etmiştir. İlk Derece Mahkemesinin bu kararının ardından *RTE* ve *ITP* televizyon şirketleri İlk Derece Mahkemesinin kararının iptal edilmesi talebiyle Divan'a başvurmuşlardır. Divan ise, konu ile ilgili kararında çoğaltma hakkının telif hakkının özünü oluşturduğunu belirterek, ilgili pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün bizzat telif hakkına yönelik lisans vermeyi reddetmesinin, 82. maddeye bir aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Ancak tüketicinin bu nitelikte haftalık bir dergiye yönelik talebinin olduğu bir piyasada, televizyon şirketlerinin bu konuda tek bilgi kaynağı olduğu, dolayısıyla bu nitelikte bir dergi çıkartmak isteyen şirketlerin televizyon şirketlerine bu anlamda bağımlı oldukları; televizyon şirketlerinin ise, bu bilgiyi vermeyi reddetmesinin piyasaya hakim durumda olan şirketlerle rekabet edebilecek yeni şirketlerin çıkmasını önlemek gayesini taşıdığı, bu durumun ise 82. maddenin (b) bendine aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiştir. Zira m. 82/(b), tüketicinin zararına üretimin, pazarın ve teknolojik gelişimin sınırlanmasının rekabete aykırı olduğu hükmünü içermektedir.

Söz konusu karar, doktrinde şiddetli eleştirilere maruz kalmıştır.³²¹ Zira sınai haklarda olduğu gibi telif hakkının da sahiplerine meşru olarak tanınan bir koruma alanının olduğu, hak sahibi tarafından lisans verilmesinin reddinin de bu koruma alanına dahil olduğu, dolayısıyla söz konusu koruma alanı dahilinde kalan eylemlerinden ötürü hak sahibinin rekabet hukukuna aykırı davranmaktan dolayı cezalandırılabilmesi için, ayrıca bazı şartların bulunması gerektiği, olayda ise ne Komisyonun ne İlk Derece Mahkemesinin ne de Divan'ın bu yolda bir

³²⁰ Case 238/87 *Volvo AB v Erik Veng (UK) Ltd*, (1988), ECR 6211.

³²¹ TRITTON, Guy: age., s.643-647, BODEWIG, Theo: agm., s. 247-249.

ispatta bulunamadığı belirtilmiştir. Diğer taraftan doktrinde *Magill* kararında telif hakkının hakim durumun kötüye kullanılmasında bir araç olduğu kabul edilmekte, ancak bu durumun Divan'ın kararında açıkça ifade edilmemesi eleştirilmektedir.³²²

Bu eleştiriler göz önüne alınarak bu konuda Divan tarafından farklı bir karar verilip verilmeyeceği yakın tarihte görülecektir. Zira 2. *Magill* kararı olarak nitelendirilebilecek yeni bir olay henüz Divan önünde görülmektedir. Söz konusu olay da *Magill*'de olduğu gibi, lisans verilmesinin reddine ilişkindir. Olay Almanya'da faaliyet gösteren *IMS Health* (IMS) şirketi ile yine Almanya'da faaliyet gösteren diğer iki şirket (*NDC Health* ve *AzyX*) arasında meydana gelmiştir. IMS şirketi ABD kökenli, Almanya'da faaliyet gösteren, ilaçların satış ve pazarlamasına ilişkin bilgi hizmeti veren bir şirkettir ve bu alanda dünya lideridir. IMS Almanya'da da faaliyetini, kendi geliştirdiği "1860 bilgi sistemi" ile gerçekleştirmektedir. Söz konusu sistem posta alan kodlarından faydalanılarak Almanya'nın 1860 coğrafi parçaya bölünerek, her bölümde yer alan eczane ve doktorlardan bilgi alınması esasına dayanmaktadır. Bu sistem aracılığıyla elde edilen satış, pazarlama ve bunun gibi bilgilerin ilaç üreticileri için son derece önemli olduğu, zira pazarlama faaliyetlerinin değerlendirilmesinin ve piyasaya yeni ürün çıkarıp çıkarmama konusunda karar verilmesinin bu bilgilere dayalı olarak verildiği ifade edilmektedir. Almanya'da bu alanda üç şirket faaliyet göstermektedir. Bunlar da *IMS*, yine ABD kökenli bir şirket olan *NDC* ve *AzyX*'dir.

Komisyon kararına konu olan olayda *NDC* 1860 bilgi sistemine benzer bir sistem geliştirmiş, ancak *IMS* telif hakkına sahip olduğu 1860 sistemine benzerliği nedeniyle telif hakkının ihlalden dolayı *NDC* aleyhine dava açmış, ulusal mahkeme ise, söz konusu ihlalin sona erdirilmesine karar vermiştir. Bunun üzerine *NDC*, *IMS*'den 1860 bilgi sisteminin lisansını talep etmiştir. Ancak bu talebi *IMS* tarafından red edilmiştir. Bunun üzerine *NDC* Komisyon'a şikayette bulunmuştur. Komisyon, kararında³²³ ilgili ürün pazarının Alman bölgesel satış pazarlama bilgi pazarı olduğunu belirledikten sonra, *IMS*'in ilgili ürün pazarında hakim durumda olduğunu ve bu durumunu lisans vermeyi reddetmek suretiyle kötüye kullanmış olduğunu tespit etmiştir. Komisyon bu kararını desteklemek için Divan'ın *Volvo*³²⁴, *Magill*³²⁵, *Ladbroke*³²⁶ ve

³²² TRITTON, Guy: age., s. 646.

³²³ *Commission Decision of 3 July 2001 Case COMP D3/38.044-NDC Health/IMS Health.*

³²⁴ Case 238/87 *Volvo AB v Erik Veng (UK) Ltd*, (1988), ECR 6211.

³²⁵ Case T-69/89 *Radio Telefis Eirann v Commission*, (1991), ECR II-485, Case T-70/89, *British Broadcasting Cooperation v Commission*, (1991), ECR II-535, Case T-76/89 *Independent Television Publication Ltd v Commission*, (1991), ECR II-575 Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P *RTE and ITP v Commission* (1995) ECR I-743.

*Bronner*³²⁷ kararlarını göstermiş ve lisans verilmesinin reddinin bizatihi 82. maddeye aykırı olmayacağını, ancak yukarıda belirtilen kararlarda gösterilen özel şartların varlığı halinde 82. maddeye aykırılık teşkil edebileceğini ifade etmiştir. Söz konusu sistemin ilgili pazarda faaliyet gösterebilmek için esaslı bir unsur olduğu ve alternatif bir sistemin kurulmasının fiilen mümkün olmadığı tespitleri karşısında, esaslı unsur doktrini uyarınca lisans verilmesinin reddinin hakim durumun kötüye kullanılması sayılması gerektiğine karar verilmiştir. Söz konusu Komisyon kararının iptal edilmesi talebi ile İlk Derece Mahkemesinde açılmış olan dava henüz sonuçlanmamıştır. Dolayısıyla Divan'ın *Magill* davasında vermiş olduğu karardan doktrindeki eleştirileri göz önüne alarak dönüp dönmeyeceği halen açıklığa kavuşmamıştır.

D. Sınai Haklar İle Korunan Bir Ürüne Aşırı Fiyat Uygulamak veya Fahiş Lisans Bedeli Talep Etmek

Rekabet hukukunda 82. madde anlamında hakim durumun kötüye kullanma hallerinden birini de, sınai hak ile korunan ürünlere aşırı fiyat talep etmek oluşturabilmektedir. Bu doğrultuda Divan'ın vermiş olduğu bir karar *Parke Davis*³²⁸ kararıdır. Divan bu kararında ulusal mevzuat uyarınca tanınan patent korumasının Roma Antlaşmasının 81 ve 82. maddelerine aykırı olup olmadığını incelemiş ve patent hakkının bir anlaşma veya uyumlu eyleme konu olmadığı sürece 81. maddeye aykırılık oluşturmayacağı ve ancak 82. maddede belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde 82. maddeye aykırılık oluşturabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca her ne kadar hakim durumda olan işletmenin ürününe aşırı fiyat uygulaması 82. madde anlamında bir kötüye kullanmanın işaretini oluşturursa da, salt patent hakkı ile korunan ürünlere, patent hakkı ile korunmayan

³²⁶ Case T-504/93 *Tiercé Ladbroke SA v Commission* (1997) ECR II-923.

³²⁷ Söz konusu kararda (Case C-7/97 *Oscar Bronner GmbH&Co KG v Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH&Co KG* (1998) ECR I-7791) gazete basımı ve dağıtımı pazarında hakim durumda olan bir şirketin geliştirmiş olduğu eve gazete dağıtım servisinde ilgili pazarda küçük bir pazar payına sahip bir şirketin yararlandırılmamasının 82. maddeye aykırı olmadığına karar verilmiştir. bu kararın da doktrinde esaslı unsur doktrinine aykırı olduğu, zira günlük gazete basımı ve dağıtım pazarında gazetelerin sabahın erken saatlerinde okuyucularına ulaştırılmasının esaslı bir unsur olduğu ve bir gazetenin bundan mahrum edilmesinin pazardan fiilen çıkarılması anlamına geleceği ileri sürülerek eleştirilmiştir bkz. TEKİNALP, Ünal: Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri, s. 81.

³²⁸ Case 24/67 *Parke Davis and Co v Probel*, (1968), ECR 55.

ürünlerden daha fazla fiyat uygulanmasının kötüye kullanma emaresi oluşturmayacağı, Divan tarafından açıkça belirtilmiştir.³²⁹

Diğer taraftan Divan, *Deutsche Grammophon v Metro*³³⁰ kararında fikri veya sınai hakla korunan bir ürüne hakim durumda olan hak sahibi tarafından aşırı fiyat uygulanmasını belli şartlar altında 82. maddeye aykırı bulmuştur. Almanya'da ses kayıtları yaparak faaliyet gösteren bir şirket olan *Deutsche Grammophon* bu kayıtlar üzerinde çoğaltma hakkına sahip tek firmadır. Kararda her ne kadar sahip olunan çoğaltma hakkının, şirketi kendiliğinden hakim duruma sokmayacağı belirtilmiş olsa da, başka bazı araştırmalar sonucu hakim durumda olduğu tespit edilen şirketin, faaliyet gösterdiği Almanya içindeki kasetlerin fiyatları ile, Almanya'ya geri ithal³³¹ edilen kasetlerin fiyatlarının arasında farklılık bulunmasının, şirket tarafından objektif gerekçelerle açıklanamadığı takdirde 82. maddeye aykırı düşeceği ifade edilmiştir.³³²

Benzer şekilde *Renault*³³³ kararında araba yedek parçaları için endüstriyel tasarım hakkı korumasına sahip *Renault*'nun, bu ürünler için bu korumaya sahip olmayan üreticilerin talep ettiği daha fazla bedel talep etmesine ilişkin olarak Divan, yukarıda değinilen *Parke Davis* kararına atıf yapmış ve endüstriyel tasarım korumasına sahip işletmenin yapmış olduğu yatırım ve araştırmaların karşılığı olarak, korumaya sahip ürünlerden daha yüksek bedel talep edebileceği belirtilmiştir.³³⁴

Divan'ın bu konu ile ilgili bir diğer kararı *SACEM*³³⁵ kararıdır. Olayda ulusal mahkemede davacı taraf olan *Basset* ve diğer davacılar Fransa'da diskotek işletmektedirler. Fransa'da müzik yayınlarının telif haklarını elinde tutan kuruluş ise, davalı olarak yer alan *SACEM*'dir. Diskotek sahipleri *SACEM*'e yayını yaptıkları müzik parçaları için telif hakkı bedeli ödemeyi reddetmektedirler. Zira *SACEM*'in telif hakkı bedelini repertuarında yer alan tüm parçalardan yararlanmak için belirlediği, dolayısıyla telif bedellerinin son derece yüksek olduğu, ancak diskoteklerin telif hakkı bedelini ödemek suretiyle repertuardan yararlanabilecekleri parçaların sınırlı sayıda olduğu, buna rağmen

³²⁹ Case 24/67 *Parke Davis and Co v Probel*, (1968), ECR 55, p.72.

³³⁰ Case 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH v Metro*, (1971), ECR 487, p. 14.

³³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 1, II, C, b), ii) Geri ithalat.

³³² Case 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH v Metro*, (1971), ECR 487, p. 19.

³³³ Case 53/87 *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Renault*, (1988), ECR 6039.

³³⁴ Case 53/87 *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Renault*, (1988), ECR 6039, p. 17.

³³⁵ Case 402/85 *Basset v SACEM*, (1987), ECR 1747, Case 110/88-241/88-242/88 *François Lucazeau v SACEM*, (1989), ECR 2811.

SACEM'in kısmi telif hakkı vermeyi reddettiği kararda belirtilmektedir. Ayrıca *SACEM* tarafından talep edilen bedelin diğer üye ülkelerde benzer hizmetler için talep edilen bedellerden çok daha yüksek olduğu da davacılar tarafından iddia edilmiştir. Üstelik, *SACEM*'in ikili anlaşmalar yoluyla diğer üye ülkelerde faaliyet gösteren *SACEM* benzeri kuruluşların Fransa'da yer alan *SACEM* müşterilerine hizmet sunmalarını engellemek suretiyle de, rekabet hukukuna aykırı davrandığı iddia edilmiştir. *SACEM* ise, telif hakkı bedellerinin tespit edilme yöntemlerinin her üye ülkeye göre değiştiğini, ancak bu farklılıkların giderilmesi halinde ülkeler arasındaki farkın göz ardı edilebilecek seviyeye indiğini savunmuştur. Divan ise ön karar prosedürü uyarınca önüne gelen olayda, hakim durumda olan bir teşebbüsün objektif gerekçeleri olmadan, müşterilerine onları istismar edici şartlar ileri sürmesinin, başka deyişle diğer üye ülkelerde uygulandığından daha fazla telif hakkı bedeli talep edilmesi veya tüm repertuar için bedel talep edilmesinin, 82. maddeye aykırılık oluşturacağını belirtmiştir.

E. Ayrımcılık

Hakim durumda bulunan teşebbüsün eşit hak, edim ve yükümlülük için aynı durumda bulunan alıcılara farklı davranması, rekabet hukukunda ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır.³³⁶ Hakim durumundaki teşebbüs tarafından alıcılara uygulanan ayrımcılık üç şekilde gündeme gelebilmektedir. Bunlar; fiyat ayrımcılığı, temel kaynak faaliyetten yararlandırmanın veya ürün satımının reddi yahut ayrımcı koşullar ileri sürülebilmesi olmaktadır.³³⁷

Fikri sınai haklar kullanılarak fiyat ayrımcılığı yapılmasına örnek olarak *Volvo*³³⁸ kararı gösterilebilir. Yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, bu karar aslen hakim durumda olan sınai hak sahibinin lisans verme zorunluluğu bulunup bulunmaması açısından incelenmiştir. Hakim durumda olan hak sahibinin lisans verme zorunluluğunun bulunmadığı tespit edildikten sonra, hak sahibinin alıcılara ayrımcı şekilde fiyat uygulamasının, başka kötüye kullanma halleri yanında, 82. maddeye aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla sınai hak sahibi olan ve ilgili pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün, alıcılara fiyat ayrımcılığı yapması açıkça 82. maddeye aykırılık teşkil etmektedir.

Endüstriyel tasarım hakkında hakim durumun kötüye kullanma hallerinin *Volvo* kararında belirlendikten sonra, aynı hallerin *Volvo* kararına atıf

³³⁶ GÜL, İbrahim: age., s. 55.

³³⁷ GÜL, İbrahim: age., s. 56 vd.

³³⁸ Case 238/87 *Volvo AB v Erik Veng (UK) Ltd*, (1988), ECR 6211.

yapılarak *Renault*³³⁹ kararında da sayıldığı yukarıda ifade edilmiştir. Dolayısıyla sınai hak sahibi tarafından fiyat ayrımcılığı yapılmasının kötüye kullanma sayılarak, 82. maddeye aykırı kabul edilebileceği kararlara örnek olarak *Renault* kararı da gösterilebilmektedir.

Temel kaynak faaliyetten yararlandırmanın reddedildiği durumlara bir örnek, Divan'ın *Magill*³⁴⁰ kararıdır. Bu karara İngiltere ve İrlanda'da yayın yapan üç ulusal televizyon şirketinin haftalık programlarını tek bir dergide yayınlamak için telif hakkı isteyen *Magill* şirketinin talebinin geri çevrilmesi konu edilmiştir. Divan, televizyon şirketleri tarafından *Magill* firmasının telif hakkı talebinin reddedilmesini 82. maddeye aykırı bulmuştur. Zira hakim durumda olan bu şirketler, temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmekle, pazara yeni bir ürünün girmesini engellemekte, dolayısıyla hakim durumlarını kötüye kullanmaktadırlar.

Yukarıda da incelenmiş olduğu gibi, bu doktrin esaslı unsur doktrini³⁴¹ olarak da adlandırılmaktadır.³⁴² Fikri ve sınai hakların esaslı unsur doktrinine konu olup olamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre maddi varlığı olmayan fikri sınai haklar esaslı unsur doktrinine konu olamazlar. Bir diğer görüşe göre ise, maddi varlığı olmayan hakların da esaslı unsur doktrinine konu olması mümkündür.³⁴³ Bu ikinci görüş doğrultusunda, esaslı unsur doktrininin maddi varlığı olmayan değerlere uygulanması, ilgili ürün sahibinin hakim durumundan ziyade, doğal bir tekele sahip olmasına dayanmaktadır. Bu halde tekel sahibinin faaliyetleri, 82. madde ile sınırlandırılmış olmaktadır. Bu sınırlandırmanın

³³⁹ Case 53/87 *Conorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Renault*, (1988), ECR 6039, p. 16.

³⁴⁰ Case T-69/89 *Radio Telefis Eirann v Commission*, (1991), ECR II-485, Case T-70/89, *British Broadcasting Cooperation v Commission*, (1991), ECR II-535, Case T-76/89 *Independent Television Publication Ltd v Commission*, (1991), ECR II-575, Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P *RTE and ITP v Commission* (1995) ECR I-743.

³⁴¹ Bkz. § 2, II, 2, A-Satış Yapmayı Reddetme.

³⁴² Esaslı unsur doktrini uyarınca, hakim duruma sahip işletme üzerinde sorumluluk doğabilmesi için bazı şartların varlığı aranmaktadır. Öncelikle pazara girişi bakımından malın üretimi ve hizmetin sağlanması bakımından zorunlu esaslı unsurların varlığı, bu esaslı unsurların tekel tarafından kontrolü, rakip işletmelerin rasyonel olarak esaslı unsurları yeniden oluşturacak durumda bulunmaması, rakip işletmelerin esaslı unsurları kullanma talebinin reddi ve nihayet esaslı unsurların bir başka kişiye kullandırılmasının mümkün ve verimli olması şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak bu şartların tümünün gerçekleşmesi halinde dahi, hakim durumda olan teşebbüs, esaslı unsurların temininin reddini, objektif gerekçelerle açıklayabilirse, 82. maddeye aykırı davranmamış kabul edilebilecektir bkz. TAYLAN ÇAMLİBEL, Esin: age., s. 156 vd.

³⁴³ TAYLAN ÇAMLİBEL, Esin: age., s. 157-158.

en önemli örneğini, hakim durumda bulunan teşebbüsün fikri sınai hakkını ikincil pazarda rakiplerini engellemek üzere kullanmasının yasaklanması oluşturmaktadır.³⁴⁴ Tüm bu tartışmalara açıklama getiren Divan'ın *Magill*³⁴⁵ kararı olmuştur. Zira Divan, bu kararı ile esaslı unsur doktrininin maddi varlığı olmayan fikri sınai haklar gibi değerlere de uygulanabileceğini³⁴⁶ ve fikri ve sınai hakların sağladığı ayrıcalığın 82. maddenin uygulanmasından muaf olmadığını karara bağlamıştır.³⁴⁷

Fikri sınai haklar kullanılarak hakim teşebbüs tarafından ilgili pazarda ayrımcı koşulların dayatılmasına örnek olarak Divan'ın *GVL*³⁴⁸ kararı gösterilebilir. Bu kararda *GVL* Almanya'da faaliyet gösteren bir telif hakkı yönetim kuruluşu olup, çok sayıda yazar, müzik ve sinema sanatçısının telif ve çeşitli çoğaltma haklarına sahiptir. Ancak *GVL* tabiiyet ve ikametgah kriterlerine bağlı olarak, Alman vatandaşı olmayan veya Almanya'da ikamet etmeyen kişilerle telif hakkına ilişkin anlaşma yapmayı reddetmiştir. Bunun üzerine Komisyon *GVL*'nin telif hakkı konusu ürünlerin ilk defa yayını dışında kalan yayınları pazarında, hakim durumda olduğunu tespit etmiş ve söz konusu ayrımcılık faaliyetininin 82. maddeye aykırı olduğundan bahisle *GVL* aleyhine karar vermiştir. Bu karar aleyhine *GVL* Divan'a başvurmuş ve kararın iptalini talep etmiştir. Divan ise, hakim durumda olan *GVL*'nin Alman vatandaşı olmayan veya Almanya'da ikamet etmeyen sanatçılarla anlaşma yapmayı reddetmesinin, yabancı sanatçıları Almanya'da telif hakkı korumalarından yararlanamaz konuma getirdiğini tespit etmiştir. Bu şekilde vatandaşlık esasına dayalı bir ayrımcılık yapılmasının ise, 82. maddeyle bağdaşmadığı açık

³⁴⁴ Bu aşamada fikri sınai mülkiyet hakkının hakimiyeti güçlendiren bir piyasaya giriş engeli oluşturamayacağı, zira bu hakkın fikri sınai hakkın özüne (spesifik konusuna) ilişkin bir hak olduğu görüşü ileri sürülebilecektir. Ancak bu konuda özellikle ikincil pazar tanımı yapılırken azami dikkatin gösterilmesi gerektiği, zira ikincil pazarın fikri sınai hak ile korunan alanın açıkça dışına düşmesi gerektiği, aksi takdirde fikri sınai hakkın koruma alanı içinde hak sahibinin hakkını kullanmasının engellenemeyeceği ileri sürülmektedir bkz. TRITTON, Guy: age., s. 649, TAYLAN ÇAMLİBEL, Esin: age., s.158.

³⁴⁵ Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P *RTE and ITP v Commission* (1995) ECR I-743.

³⁴⁶ Doktrinde kamuya yönelik alanları ilgilendiren patent, telif hakkı gibi fikri sınai mülkiyet haklarının esaslı unsur doktrinine konu edilebileceği, ancak markaların pazara giriş için temel unsur olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir bkz. TAYLAN ÇAMLİBEL, Esin: age., s. 159.

³⁴⁷ Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P *RTE and ITP v Commission* (1995) ECR I-743, p. 53.

³⁴⁸ Case 7/82 *GVL v Commission* (1983) ECR 483.

olduğundan, Divan da bu durumun 82. maddeye aykırılık oluşturacağını, dolayısıyla Komisyonun kararının doğru olduğunu ifade etmiştir.³⁴⁹

F. Fikri Sınai Hak Koruması Olmayan Bir Ürünün Satışının Fikri Sınai Hak Koruması Olan Bir Ürünün Satışına Bağlanması

Roma Anlaşması m. 82/2 (d) uyarınca pazarda hakim durumda olan bir işletmenin ürettiği veya sattığı bir mal veya hizmetin satışını, başka mal veya hizmetlerin satın alınmasına bağlaması (*tie-ins*) yasaklanmıştır. Fikri, sınai haklar kullanılarak bu nitelikte bir satış koşulu yaratılması da 82. maddeye aykırılık oluşturacaktır. Nitekim *Hilti*³⁵⁰ kararında Divan, patent hakkı ile korunan bir ürün olan elektrikli yarı-otomatik zımba aletinin içine yerleştirilen ve zımba tellerini içeren kartuşun, patent korumasına sahip olmayan telleri ile birlikte alınması şartına bağlanmasını, 82. maddeye aykırı bulmuştur. Zira m. 82/2(d) uyarınca pazarda hakim durumda olan bir işletmenin ürettiği mal veya hizmet satışının, başka bir takım mal ve hizmetlerin de satın alınması şartına bağlanması yasaklanmıştır. Ayrıca söz konusu kararda *Hilti* firmasının bu şartlı satışının (*tie-in*) diğer *Hilti* marka zımba tabancalarında kullanılabilen zımba teli üreticilerinin, pazar dışında kalması amacını taşıdığı Divan tarafından belirlenmiştir. Diğer taraftan *Hilti* kararında, bir malın satın alınmasının başka bir malın satın alınmasına bağlanması yanında, patent korumasına sahip olan bir malın satın alınabilmesi için korumaya sahip olmayan bir malın satın alınması alıcılara yüklenmektedir. Bu şekilde patentli ürünü almak isteyen alıcılar, ek yükümlülüklerle karşılaşmaktadır. Hakim durumda olan işletme tarafından üretilen patentli ürünün piyasada gerçek bir ikamesinin olmadığı durumlarda ise, getirilecek bu gibi ek yükümlülüklerin (alıcının ilgili malı satın almaktan başka çaresi olmadığı düşünülürse), daha ciddi bir rekabete aykırılık oluşturacağı açıktır.

G. Birleşme ve Devralmalar Yoluyla Sınai Hakların Ele Geçirilmesi

İlk derece Mahkemesinin bakmış olduğu ilk kararlarından biri olan ve aşağıda incelenecek olan *Tetra Pak*³⁵¹ kararı sonucunda, hakim durumda olan bir işletmenin patent hakkı sahibi olan ve aynı piyasada faaliyet gösteren bir işletmeyi devralması, hakim durumu daha da güçlendirici bir etkiye neden olduğu gerekçesiyle, Komisyon ve İlk Derece Mahkemesi tarafından 82. maddeye aykırı bulunmuştur.

³⁴⁹ Case 7/82 *GVL v Commission* (1983) ECR 483, p. 55.

³⁵⁰ Case T-30/89 *Hilti AG v Commission*, (1991), ECR II-1439.

³⁵¹ Case T-51/89 *Tetra Pak Rausing SA v Commission*, (1990), ECR II-309.

İlk derece Mahkemesinin önüne, Komisyonun kararının iptal edilmesi istemiyle gelen olayda, *Tetra Pak* şirketinin *Liquipak* şirketini devralması, *Liquipak*'ın yakın zamanda bir patent hakkı kazanmış olması nedeniyle, 82. maddeye aykırı bulunmuştur. Olayda *Tetra Pak* şirketi taze süt ve meyve suyu paketleme piyasasında hakim durumdadır. *Liquipak* ve *Elopak* şirketleri ise aynı piyasada faaliyet göstermekte ve her iki şirket paketleme konusunda yeni bir sistem geliştirmek için beraber araştırma faaliyetleri sürdürmektedir. Bu araştırmalar sonucunda henüz uygulamaya geçirilmeden bu yeni sistem için bir patent hakkı elde edilmiştir. Ancak bu aşamada *Tetra Pak*'ın *Liquipak*'ı devralması sonucu *Elopak*, *Liquipak* ile sürdürdüğü araştırma faaliyetlerini sona erdirmiş ve Komisyona bu nitelikte bir devralmanın taze süt ve meyve suyu paketleme piyasasında zaten hakim durumda olan *Tetra Pak*'ın, hakim durumunu daha da güçlendirdiği yolunda şikayette bulunulmuştur. Komisyon yaptığı soruşturma sonucunda, bu devralmanın hakim durumun daha da güçlendirilmesi amacına yönelik olduğunu ifade ederek bu durumun 82. maddeye aykırı olduğunu ifade etmiştir.³⁵² Zira patent korumasına sahip yeni sistemin, rakip firmalara *Tetra Pak* ile rekabet edebilecek gücü verebileceği, ancak bu imkanın ellerinden alınmak suretiyle *Tetra Pak*'ın piyasada kendisine karşı oluşabilecek yeni rakipleri engellediği ve hakim durumunu daha da güçlendirdiği aşıkardır.³⁵³ *Liquipak*'ın patent lisansının 81/III uyarınca grup muafiyetinden yararlanmış olması bile, *Tetra Pak*'ın 82. maddeye aykırı davranmış olduğu gerçeğini değiştirememiştir.

H. İhlal Davası Açma Tehdidi ve Hakkın Kötüye Kullanımı Niteliğinde Tescil

Sınai hakların ihlali iddiası ile men davaları açılmasının, hakim durumun kötüye kullanılması olarak yorumlanması istisnai bir durumdur.³⁵⁴ Zira sınai hakların kullanılmasının, 81 ve 82. maddeler çerçevesinde kabul edildiği bir durumda bu hakların güvencesi niteliğinde olan davaların açılması da tabii karşılanmaktadır.

Ancak Komisyon bir kararında, hakim durumda olan bir teşebbüsün patent hakkının ihlali iddiası ile dava açmasını ve ardından davalının 81. maddeye aykırı olan lisans anlaşmasını kabul etmesi sonucunda, davasından

³⁵² Case T-51/89 *Tetra Pak Rausing SA v Commission*, (1990), ECR II-309, p. 8.

³⁵³ BODEWIG, Theo: agm., s. 251.

³⁵⁴ TRITTON, Guy: age., s. 659.

feragat etmesini hakim durumun kötüye kullanılması olarak yorumlamıştır.³⁵⁵ Ne var ki, Komisyon söz konusu patent ihlali davasının devam ettirilmesi halinde, söz konusu durumun 82. maddeye aykırılık teşkil edip etmeyeceği konusunda bir değerlendirmede bulunmamıştır.

Öte yandan, marka ve patentlerin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde tescil ettirilmesi de mümkündür. Söz konusu kötüye kullanma genellikle pazarların bölünmesi amacıyla yapılmaktadır. Nitekim Komisyon, hakim durumda olan bir teşebbüsün ilgili pazarda bir rakibinin kullandığı veya tescil ettirdiğini bildiği veya bilmesi gerektiği bir markayı, başka bir üye ülkede tescil ettirmek istemesi halinde kötüye kullanma sayılabileceğini ifade etmiştir.³⁵⁶

Sonuç olarak sınai haklar RA'nın 81 veya 82. maddesine aykırı olarak kullanılmak suretiyle rekabet engeli oluşturabilmektedir. Ancak sınai hakların rekabeti ihlal eder nitelikte kullanılmış olmalarından dolayı açılan davalarda her ne kadar bu eylemin 81 ve 82. maddeye aykırı olduğu iddiaları birlikte yöneltilmiş olsa da, uyuşmazlıklar çoğunlukla 81. maddeye aykırılıktan çözümlenmektedir. Bu eğilimin ilk muhtemel açıklamasının, sınai hakların kullanımının çoğunlukla lisans anlaşmalarına dayanması ve özellikle tanınmış markalar söz konusu olduğunda paralel lisansların bulunması olduğu düşünülmektedir. Zira bilindiği üzere 81. madde taraflar arasındaki rekabete aykırı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını yasaklamaktadır. Sınai haklar aracılığı ile gerçekleşen rekabet ihlallerinde 81. maddenin daha sık kullanılmasının ikinci muhtemel nedeni ise, yukarıda sözü edilen anlaşmaların varlığı nedeniyle, bu rekabet ihlallerinin ispatlanmasının, hakim durumun kötüye kullanılmasının ispatlanmasından daha kolay olmasıdır.

Diğer taraftan sınai haklar kullanılarak gerçekleştirilen rekabet ihlallerinde, söz konusu eylemin hakim durumun kötüye kullanılması teşkil etmesi nedeniyle, 82. maddeye aykırılığı tespit edilen kararların sayıca az olmasının bir diğer nedeni de, genellikle bu konuda Divan'a ulusal mahkemelerden ön karar prosedürü çerçevesinde soru yöneltilmiş olmasıdır. Dolayısıyla Divan sadece sorulan soruya dosya içeriğinde verilen bilgi ile sınırlı olarak cevap vermiş, fakat kendisi bir yargılama yapmamıştır. Şu halde Divan'ın 81 ve 82. maddeler çerçevesinde yapmış olduğu yorumların hangisinin olaya ulusal mahkeme tarafından tatbik edildiğini bilmek imkanı bulunmamaktadır.

³⁵⁵ The Complaint by Yoshida Kogyo KK (1978) 3 CMLR 44, Press Release of the Commission, IP (78) 111, June 9, 1978 (TRITTON, Guy: age., s. 660), *Zip Fasteners* Press Release IP (78) 111 (1978) 3CMLR 44 (BELLAMY/CHILD: age., s. 426).

³⁵⁶ *OY Airam AB v Osrām GmbH* (1982) 3 CMLR 614 (TRITTON, Guy: age., s. 659).

Ancak Topluluk markası kavramının oluşturulmuş olması, Topluluk patenti kavramının ise gelecekte oluşturulacak olması olgusu karşısında, Divan'ın önüne ön karar prosedüründen ayrı olarak bu konu ile ilgili gelen ihlal davalarının da artacağı düşünülmektedir.

Üçüncü Bölüm

TÜRK HUKUKUNDA SINAI MÜLKİYET HAKLARI KULLANILARAK HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Yukarıda Avrupa Topluluğu rekabet hukuku açısından hakim durumun kötüye kullanılması ve kötüye kullanma özelinde sınai haklar kullanılarak hakim durumun kötüye kullanılması incelenmeye çalışılmıştır. Bu bölümde ise, Türk hukukunda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)³⁵⁷ çerçevesinde genel anlamda hakim durumun kötüye kullanılması kavramı ve sınai haklar kullanılarak bu hakim durumun kötüye kullanılması incelenmeye çalışılacaktır. Bu inceleme yapılırken tekrarları önlemek bakımından, 4054 sayılı Kanunun mehzazı olan Avrupa Topluluğu rekabet kurallarına yer verilmeyecek, daha çok her iki düzenleme arasındaki benzerlik ve farklılıklara değinilecektir.

I. RKHK’NIN 6. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

1. Genel Olarak

RKHK m. 6, “Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır” hükmünü içermektedir. Bu hüküm karşısında ilk önce hakim durum kavramının, ardından teşebbüs ve ilgili pazar kavramlarının incelenmesi gerekeceği kuşkusuzdur.

Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda hakim durum ve bu hakim durumun kötüye kullanılması kavramlarının bir tanımı olmadığı, bu boşluğun Divan’ın içtihatları ile doldurulmaya çalışıldığı belirtilmiştir. Oysa RKHK m. 6’da, hakim durum tanımı tanımlar başlıklı 3. maddede verilmektedir. Dolayısıyla Kanunda yer alan tanımıyla hakim durum: “Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” olarak ifade edilmektedir. Bu tanımın Divan tarafından verilen tanımlardan esinlenilerek Kanun metnine geçirilmiş olduğu belirtilmektedir.³⁵⁸ Hakim durum tanımının yasa hükmüyle düzenlenmesi

³⁵⁷ RG. 13/12/1994, No. 22140.

³⁵⁸ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 151, ASLAN, Yılmaz: Rekabet Hukuku, Bursa, 2001, s. 210.

sonucunda bir tanım verme konusunda yaşanabilecek tartışmalar önlenmiş ve Kurul'un kararlarında hakim durum kavramını tanımlamaya çalışması zorunluluğu giderilmiştir.

Diğer taraftan RKHK'da, mehz düzenleme Avrupa Topluluğu rekabet kurallarında olduğu gibi, ilgili pazarda hakim durumda olmak değil, bu durumun kötüye kullanılması cezalandırılmaktadır. Bu anlamda Türk rekabet hukuku Amerikan rekabet hukuku düzeninden ayrılmaktadır.³⁵⁹ Zira bilindiği gibi Amerikan rekabet hukuku sisteminde tekel olmak veya bu doğrultuda hareketlerde bulunmak cezayı gerektiren fillerden biridir.

Diğer taraftan RKHK'da hakim durumda olmak belli bir pazar payı oranı ile ifade edilmemiştir, bir başka deyişle ilgili pazarda belli bir yüzdenin üzerinde pazar payına sahip her işletmenin hakim durumda olduğu sonucuna varılmamaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda da hakim durumun tespiti için çeşitli testlerin uygulanması sonucunda, belirli bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüs veya teşebbüslerin bağımsız hareket ederek ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünün tespiti gerekmektedir. Ancak hakim durum tespitinden önce hangi teşebbüsün incelemeye alınacağını belirlemek gerekmektedir. Daha doğru deyişle piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin rekabet hukuku anlamında "teşebbüs" olup olmadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu doğrultuda RKHK m. 6'da yer alan teşebbüs ifadesinin tanımı, RKHK'nın tatbik edileceği alanı belirlemek açısından önem taşımaktadır. Bu çerçevede ilk önce Kanunun 3. maddesinde tanımlar başlığı altında yer alan tanıma değinmek yerinde olacaktır. Bu tanıma göre teşebbüs: "Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri" ifade etmektedir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, rekabet hukuku anlamında teşebbüsten söz edebilmek için iktisadi faaliyet gösteren ve bağımsız karar verebilen bir gerçek veya tüzelkişinin varlığı gerekmektedir. Başka deyişle ana şirket yavru şirket ilişkilerinde her şirket ayrı ayrı teşebbüs olarak nitelendirilmemekte her ikisi de ekonomik bir birlik olarak kabul edilmektedir. Zira yavru şirketin bağımsız karar verebilme gücünden söz edilememektedir. Ancak rekabet hukuku anlamında teşebbüsün Türk Ticaret Kanununda düzenlenen teşebbüs/işletme kavramından daha geniş düzenlenmiş olduğu

³⁵⁹ GÜNEŞ, Hürşit: Türk Rekabet Yasasını Hazırlama Güdeleri ve Uygulanmasına İlişkin Öneriler, Rekabet Kurumu Yayınları, Perşembe Konferansları, Nisan 2000, Ankara, s. 8-9.

belirtilmelidir. Nitekim Komisyon ve Divan da teşebbüs/işletme kavramını üye devletlerin hukuklarında var olan işletme tanımından daha geniş anlamaktadır.³⁶⁰ Rekabet hukukunun bu şekilde daha geniş bir teşebbüs kavramını kabul etmiş olmasının, rekabet hukukunun özünden kaynaklandığı, zira bu hukuk düzeninin daha dar bir teşebbüs kavramıyla piyasa hareketlerini düzenlemek görevini gereği gibi yerine getiremeyeceği ifade edilmektedir.^{361 362}

Öte yandan ilgili pazarın belirlenmesi de rekabet hukuku açısından büyük öneme sahiptir. Zira bu kavram sayesinde rekabete aykırılık kavramı somutlaştırılmaktadır. Bir başka deyişle, teşebbüsün hangi piyasada faaliyet gösterdiği tespit edilerek teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı tespit edilmekte, ardından bu hakim durumunu kötüye kullanılıp kullanmadığı incelenmektedir. Bu doğrultuda ilk önce teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasanın bulunması, ardından teşebbüsün hangi coğrafi sınırlar içerisinde faaliyet gösterdiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Şu halde ilgili ürün pazarının tespit edilmesi hakim teşebbüsün belirlenmesi açısından da önem taşımaktadır. Zira ilgili ürün pazarının, dar belirlenmesi halinde işletmenin ilgili pazarda hakim durumda olma ihtimali artmakta, geniş belirlenmesi halinde ise bu olasılık azalmaktadır. Dolayısıyla dar kapsamlı olarak belirlenmiş ilgili ürün pazarlarında hakim durumda olan bir teşebbüs tespit etmek daha kolay olmaktadır.

İlgili ürün pazarının tespit edilebilmesi için Avrupa Topluluğu hukukunda da kullanılan bir yöntem olan arz ve talep esnekliği ve çapraz esneklik kavramlarından faydalanılmaktadır.³⁶³ Dolayısıyla ilgili ürün pazarının tespiti konusunda Türk hukukunda Avrupa Topluluğunda uygulanan tespit yönteminden farklı bir tespit usulü kullanılmamaktadır.

³⁶⁰ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 146 vd.

³⁶¹ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 147.

³⁶² Ancak ne kanunda yer alan teşebbüs tanımından, ne de 6. maddeden teşebbüs kavramının kamu teşebbüslerini kapsayıp kapsamadığı anlaşılammaktadır. Ancak rekabet kanununun kamu teşebbüslerine uygulanmaması, başka bir deyişle Devletin yürürlüğe koymuş olduğu kanunlardan birinin kendisine tatbik edilmesini muaf tutması, Anayasanın 167. maddesinde yer alan hükümlerle bağdaşmayacağı gibi, hukuk devleti ilkesi uyarınca Devletin koymuş olduğu kurallara öncelikle kendisinin uyması gerektiği kuralı ile de bağdaşmayacaktır. Diğer taraftan kamu teşebbüslerinin de rekabet hukuku anlamında teşebbüs sayılması, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı gereğidir (6/03/1995 tarih ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 39).. Bu nedenlerle tüm kamu teşebbüsleri ve kendilerine münhasır yahut imtiyazi yetkiler tanınmış özel teşebbüsler de rekabet hukuku kapsamında teşebbüs sayılmaktadır.

³⁶³ Bu kavramlar hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 93, 97.

RKHK m. 6 çerçevesinde bir teşebbüsün hakim durumda olduğunun tespiti için ilgili ürün pazarının belirlenmesinin ardından bu pazarın homojen yapı gösterdiği ilgili coğrafi pazarın bulunması gerekmektedir. Avrupa Topluluğu rekabet kuralları çerçevesinde ilgili coğrafi pazar kavramı özel bir önem arz etmektedir. Zira Avrupa Topluluğu rekabet kurallarının bir teşebbüse uygulanabilmesi için rekabetin ortak pazarın önemli bir bölümünde etkilenmiş olması şartı aranmaktadır. Bu şartın karşılanmadığı hallerde sadece ulusal mevzuat uyarınca ulusal rekabet otoriteleri müdahale yetkisine sahiptir. Şu halde Avrupa Topluluğu rekabet kuralları uyarınca ilgili coğrafi pazar, ortak pazarın tümü veya önemli bir bölümü olabilmektedir. Ne var ki Türk rekabet hukukunda RKHK m. 6, “bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde veya bir bölümünde” hakim durumda olmasının ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi açısından yeterli olacağı hükmünü içermektedir.

İlgili coğrafi pazar tespitinde izlenecek yöntem, ilgili pazarın homojen bir yapısının olduğu yerlerin toplamının belirlenmesidir. Şayet ülkenin tümünde değil de, sadece belli bir bölümünde pazar homojen nitelik arz etmekte ise, sadece ülkenin o bölümü, ilgili coğrafi pazar olarak kabul edilecektir.

İlgili ürün pazarının, ilgili coğrafi pazarın ve bu pazarda faaliyet gösteren teşebbüsün rekabet hukuku kapsamında bir teşebbüs olduğunun belirlenmesinden sonra, teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.³⁶⁴ Hakim durumun tespit edilmesi için niceliksel ve niteliksel çok sayıda ölçütün, Komisyon ve Divan tarafından kullanıldığı bilinmektedir. Türk hukukunda da mehzaz Avrupa Topluluğu rekabet kurallarında olduğu gibi, bu niceliksel ve niteliksel testler uygulanmaktadır.³⁶⁵

Niceliksel testten kastın, teşebbüsün ilgili pazarda sahip olduğu pazar payı olduğu ifade edilmektedir. Ancak Türk hukukunda hakim durumda olmanın tespiti için bazı ulusal rekabet kanunları³⁶⁶ gibi, ilgili pazarda belli oranda pazar

³⁶⁴ “Zira kötüye kullanma sayılabilecek bir kısım davranışlar, esas itibarıyla hakim durumda olmayan bir işletme tarafından gerçekleştirildiği takdirde, aksine, rekabeti teşvik edecek, canlandırabilecek davranışlar olarak değerlendirilebilmektedir” ÖZ, Gamze: Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Pazarda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Birleşme ve Devralmaların Kontrolü, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, 5 Mart 1999, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, s. 111.

³⁶⁵ Ancak RKHK’da Kanunun 3. maddesinde yer alan hakim durum tanımındaki gibi bir güce ilişkin tespit ve değerlendirmeler konusunda bir açıklık bulunmamaktadır bkz. ÖZ, Gamze: Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Pazarda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.108.

³⁶⁶ 1948 tarihli İngiliz tekeller ve sınırlayıcı uygulamalar kanununun 1/3’lük pazar payı, Norveç’teki rekabete ilişkin 1953 tarihli kanunun ise ¼ pazar payını yeterli gördüğü belirtilmektedir bkz. ASLAN, Yılmaz: Rekabet Hukuku, s. 214-215.

payına sahip olmak koşuluna bağlanmamış olduğu belirtilmelidir. Pazar payının çok yüksek olduğu hatta %100 olduğu durumlarda ³⁶⁷ teşebbüsün hakim durumda olduğu rahatlıkla söylenebilmekle beraber pazar payının %100'ün altında ³⁶⁸ ve çok yüksek olmadığı oranlarda diğer testlerin tatbik edilmesine ihtiyaç duyulmaktadır (mutlak pazar payı-nispi pazar payı). Dolayısıyla ilgili pazarda teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının tespitinde mutlak pazar payı kadar bu mutlak pazar payının hakim durumu rahatlıkla tespit edemediği hallerde nispi pazar payının tespiti de önem taşımaktadır. Nitekim söz konusu teşebbüsün ilgili pazarda rakiplerine oranla sahip olduğu pazar payının yüksek olması yine teşebbüsü rahatlıkla hakim durum tanımı içine sokabilecektir. ³⁶⁹

Sonuç itibariyle teşebbüsün ilgili pazarda yüksek bir pazar payına sahip olması hakim durumda olması için güçlü bir etken olmakla birlikte, özellikle teşebbüsün yüksek bir pazar payına sahip olmadığı hallerde hakim durumun tespiti için diğer faktörlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda Kurulun bir kararında³⁷⁰ hakim durumun tespiti açısından; “ilgili teşebbüsün pazar payı, pazara giriş koşulları, hakim durumun devamlılığı, bağımsız davranabilme yeterliliği, sahip olunan ekonomik güç gibi kriterler” in dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Niceliksel tespit olarak pazar payının belirlenmesinin ardından, niteliksel tespitler olan dikey bütünlük, teknolojik üstünlük, kullanılmayan kapasite gibi testlerin uygulanmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Pazar payı dışında değerlendirmeye alınacak hususlardan ilki, teşebbüsün dikey bütünlük arz edip etmediğidir. Zira dikey bütünlüğün pazara girişte bir engel oluşturabileceği ve

³⁶⁷ Nitekim Cine 5 kararında Kurul, Cine 5'in “Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi Karşılaşmaları Görüntüleri Pazarı”nda Türkiye Futbol Federasyonu ile arasındaki sözleşme süresince tek sağlayıcı, başka deyişle tekel konumunda olması nedeniyle, ilgili pazarda Cine 5'in hakim durumda olduğu tespitinde bulunmuştur (Rekabet Kurulunun 99-46/500-316 sayı ve 11/10/1999 tarihli kararı).

³⁶⁸ Kurulun Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün bayilik sistemi ile Rekabet Kanununu ihlal ettiği iddiası üzerine açılan soruşturmada Kurul, ÇAY-KUR'un son üç yılda kuru çay üretiminin %70'ini gerçekleştirdiği ve ülke genelinde yaygın bir dağıtım ağına sahip olduğu, bu nedenlerle ilgili pazarda hakim durumda olduğu tespit edilmiştir. Söz konusu hakim durum tespitinde %70'lik pazar payının büyük öneminin olduğu kuşkusuzdur (Rekabet Kurulunun 99-31/277-167 sayı ve 22/06/1999 tarihli kararı).

³⁶⁹ Mutlak ve nispi pazar payları hakkında detaylı bilgi için bkz. bu çalışma dn. 147.

³⁷⁰ Benkar A.Ş.'nin mağaza kart hizmetleri piyasasında hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasının incelendiği karar (Rekabet Kurulunun 99-21/167-86 sayı ve 28/04/1999 tarihli kararı).

belli oranda pazar payı ile birlikte teşebbüsün hakim durumda sayılabilmesine neden olabileceği, yukarıda görülmüştür.^{371 372}

Benzer şekilde söz konusu teşebbüsün pazarda teknolojik bir üstünlükten faydalanması, pazara yeni girişleri engelleyebileceğinden hakim durum göstergesi sayılabilmektedir.

İlgili teşebbüsün sahip olduğu kullanılmayan kapasitesinin büyüklüğü de hakim durum göstergesi olarak kabul edilebilmektedir. Kullanılmayan kapasite, ani talep düşüşü, pazara yeni rakiplerin girmesi veya yeni bir teknolojik gelişme olması gibi nedenlerle oluşabilmektedir. Ancak kullanılmayan (atıl) kapasite ile fazla kapasitenin birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Zira fazla kapasitenin teşebbüsün pazardaki gücünden kaynaklandığı, dolayısıyla uzun dönemde fazla kapasitenin, yeni yatırımları kazançsız hale getirip potansiyel rekabeti önleyeceği düşünüldüğünden, bu durum hakim durum göstergesi olarak kabul edilmektedir.^{373 374}

Diğer taraftan fikri sınai hakların da pazara giriş engeli oluşturabilecekleri Türk hukukunda da kabul edilmektedir. Ancak bunların giriş engeli oluşturabilmeleri için bu sınai hakların koruma sağladıkları bölgelerde markalar arası rekabetin bulunmaması veya zayıf olması gerektiği ifade edilmektedir.³⁷⁵

³⁷¹ Case 27/76 *United Brands v Commission* (1978), ECR 282, p. 70.

³⁷² Bu bağlamda Kurulun ekmek kararında dikey bütünlük kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “bir firmanın üretimden dağıtımına kadar bir ürünün pazara ulaştırılması sürecindeki zincirde her halkayı kendisi oluşturacak şekilde bir bütünlük sağlaması” (Rekabet Kurulunun 00-29/314-181 sayı ve 03/08/2000 tarihli kararı).

³⁷³ ASLAN, Yılmaz: Rekabet Hukuku, s. 217.

³⁷⁴ Atıl kapasite kavramı Kurul’un ekmek kararında (Rekabet Kurulunun 00-29/314-181 sayı ve 03/08/2000 tarihli kararı) incelenmiştir. Atıl kapasitenin talep yetersizliği, pazara yeni rakiplerin girmesi, endüstriye yeni bir teknolojinin girmesi gibi nedenlerden oluşabileceği belirtildikten sonra, fazla kapasitenin ise pazardaki normal talebi tek başına karşılayabilecek derecede olan kapasite olduğu, dolayısıyla bu kavramın varlığının piyasada tekel gücünü gösterdiği belirtilmiştir. Ancak kararda Afyon Ekmek Un Mamulleri Gıda San. Ve Tic. Ltd. Şti.’nin üretim kapasitesinin günlük 40.000 adet ekmek olduğu, söz konusu şirketin günlük fiili üretiminin, 24.000 adet dolaylarında olduğu, Afyon’un günlük ekmek tüketiminin ise, 110.000 adet civarında olduğu, belirtildikten sonra şirketin kapasite fazlasının teknolojik gelişmeden kaynaklanan atıl kapasite olduğu şirketin fazla kapasitesinin bulunmadığı, dolayısıyla şirketin bu anlamda hakim durumda olduğunu göstermediği ifade edilmiştir.

³⁷⁵ ASLAN, Yılmaz: Rekabet Hukuku, s. 218.

Tüm bu niteliksel ve niceliksel testlerin ardından söz konusu teşebbüsün elinde bulundurduğu gücü ne kadar zamandır muhafaza ettiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Zira kısa dönemler için pazarda yüksek pazar payına sahip olmak o teşebbüsün hakim durumda olduğunu göstermeyecektir. Örneğin stoklarını eritmek için ucuzluk yapan bir konfeksiyon mağazasının ucuzluk süresince pazar payının %75 olması, ancak ucuzluk sezonu dışında pazar payının %25 olması, o teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olduğunu göstermeyecektir.³⁷⁶ Orta vadede teşebbüsün pazar payının tetkik edilmesi gerekmektedir.³⁷⁷

Sonuç itibarıyla yukarıda genel olarak Türk rekabet hukukunda teşebbüs, ilgili pazar, hakim durum kavramları irdelenmiştir. Kötüye kullanma kavramının incelenmesi ise, bu kavramın bir tanımının olmaması ve kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek davranışların Kurul tarafından belirlenmesi, RKHK'nun hakim durumun kötüye kullanılması başlıklı 6. maddesinde yer alan ve sınırlı olarak sayılamayan kötüye kullanma halleri üzerinden incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Ayrıca hatırlatmak gerekir ki, mehz Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda da, hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilecek haller sınırlı sayıda olmamak üzere belirtilmiştir.

Hakim durumun kötüye kullanılmasının piyasada faaliyet gösteren rakiplerin zararına bir hareket olduğu kadar, tüketicilerin ve kullanıcıların da zararına olduğu tartışmasıdır. Zira hakim durumun kötüye kullanılması sonucunda piyasada faaliyet gösteren rakip teşebbüsler piyasadan elemine edilebilecekler, dolayısıyla piyasadaki rekabet olumsuz yönde etkilenecektir. Bu çerçevede Avrupa Topluluğu rekabet kuralları incelenirken hakim durumun kötüye kullanılması doğrudan rekabeti engelleyen ve dolaylı rekabeti engelleyen faaliyetler olarak iki başlık altında incelenmiştir. Bu bağlamda doğrudan rekabeti engelleyici eylemlerin piyasada varolan, yaşanan rekabetin engellenmesine yönelik olduğu dolaylı rekabeti engelleyici fiillerin ise tüketiciye yönelik olduğu belirtilmiştir.³⁷⁸ Türk rekabet hukukunda da bu nitelikte bir ayırım yapılabilmekle beraber, kanunun bentlerinin tek tek incelenmesinin daha yararlı olacağı düşünülmüştür. Bu nedenle aşağıda incelenen çeşitli kötüye kullanma hallerinde de tüketicilerin, kullanıcıların veya rakip teşebbüslerin zarar görebileceği ifade edilmektedir.³⁷⁹

³⁷⁶ ARALAN, Gökhan: age., s. 52.

³⁷⁷ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması,

³⁷⁸ Bkz. bu çalışma § 2, II, 1-Genel Olarak.

³⁷⁹ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.159.

2. Piyasaya Girişlerin Engellenmesi veya Rakiplerin Piyasadaki Faaliyetlerinin Zorlaştırılması (m. 6/II-a)

Serbest piyasa koşullarında faaliyet gösteren işletmelerin, piyasa koşulları uyarınca faaliyet gösterdikleri pazarlarda rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmaları veya potansiyel rakiplerin pazara girişlerini engellemeleri serbest piyasanın gereği olarak görülmekte, dolayısıyla normal karşılanmaktadır. Ancak bir pazarda hakim durumda olan teşebbüsün normal sayılan bu faaliyetlerde bulunurken temkinli davranması ve hakim durumunu kötüye kullanmayacak şekilde faaliyette bulunması gerekmektedir. Zira bilindiği gibi ilgili pazarda hakim durumda olan teşebbüse hakim durumunu kötüye kullanmamak gibi özel bir sorumluluk yüklenmiştir.

Bu doğrultuda hakim durumda olan teşebbüs tarafından ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması rekabete aykırı bulunmaktadır. Hakim durumdaki bir teşebbüsün rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmasının ise, her zaman kötüye kullanma sayılamayacağı, zira bu durumun rekabeti teşvik edici nitelikte olabileceği, dolayısıyla bu kötüye kullanma halinin dikkatle araştırılması gerektiği ifade edilmektedir.³⁸⁰

RKHK m. 6/II-a'da ifadesini bulan bu kötüye kullanma hali RA m. 82 metninde yer almamaktadır. Ancak Divan m. 82'de yapılan saymanın da sınırlı sayma olmamasından hareketle, hakim teşebbüsün piyasaya doğrudan veya dolaylı girişleri engellemesini rekabete aykırı bulmaktadır.³⁸¹

Piyasada faaliyet gösteren rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasının en sık rastlanan yollarından biri mal teminin reddidir. Serbest piyasa ekonomisinin gereğinin her teşebbüsün istediği firmaya mal satması olduğu kuşkusuzdur. Başka deyişle piyasada faaliyet gösteren hiçbir teşebbüsün bir başka teşebbüse mal veya hizmet vermek zorunluluğu yoktur. Ancak piyasaların rekabetçi bir sisteme kavuşturulabilmesi ve kötüye kullanmaların engellenebilmesi açısından bu kurala rekabet hukukunda istisnalar getirilmiştir. Rekabet hukuku uyarınca bir teşebbüsü başka bir teşebbüse mal veya hizmet sağlamak yükümlülüğü altına sokabilmek için, zorlanan teşebbüsün hakim durumda olması, mal/hizmet sağlanması talebi reddedilen teşebbüsün ise, ya reddedenin sürekli müşterisi

³⁸⁰ ASLAN, Yılmaz: Rekabet Hukuku., s. 233.

³⁸¹ Nitekim yukarıda detaylı bir şekilde incelenmiş olan *Magill* kararında Divan, televizyon şirketlerini televizyon programları yayını pazarında hakim durumda bulmuş ve bu şirketlerin *Magill*'e telif hakkı vermemelerini, söz konusu şirketlerin yeni bir rakibin piyasaya girmesini engellemek istemeleri olarak değerlendirmiştir.

olması ya da talep edilen mal/hizmetin söz konusu piyasada faaliyet gösterebilmek için esaslı bir unsur olması şartları aranmaktadır.³⁸²

Mal tedarikinin reddine ilişkin Kurulun vermiş olduğu bir diğer karar BBD, YAYSAT ve BİRYAY'a ilişkin karardır.³⁸³ Bu kararda da hakim durumdaki bir teşebbüsün, müşterilerine, yetkili satıcılarına ve bayilerine rekabeti engellemek amacıyla mal vermeyi kesmesinin, rekabet hukuku açısından mal tedarikinin reddi anlamına geldiği belirtilmiştir.

Pazara girişleri engelleme ve piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasının en sık rastlanan uygulamalarından birini de fiyat politikaları oluşturmaktadır. Zira ilgili pazarda hakim durumda olan teşebbüs fiyat unsurunu kullanarak (aşırı düşük fiyatlar) pazara rakiplerin girişlerini engelleyebilmekte veya yine aşırı düşük fiyatlar uygulamak suretiyle rakiplerini zor durumda bırakabilmektedir. Ancak burada aşırı düşük/yıkıcı fiyatların nasıl tespit edileceği sorunu gündeme gelmektedir. Bu çerçevede yıkıcı, yani aşırı düşük fiyatların maliyetin altında fiyatlar olduğu ve bu fiyatların uygulanmasının da hakim durumun kötüye kullanılması anlamına geleceği konusunda doktrinde fikir birliği mevcuttur.³⁸⁴ Zira yıkıcı fiyatlar nedeniyle rakiplerin piyasadan çıkmak zorunda bırakılmaları veya potansiyel rakiplerin pazara girişlerinin fiilen engellenmesi sonucu doğabilmektedir.

3. Ayrımcılık Yapılması (m. 6/II-b)

Ayrımcılık yapılmasına ilişkin olarak RKHK m. 6/II-b bendi; “eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri” sürülerek ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Ancak kanun metninde yer alan bu ifade okunduğunda akılda bir dizi soru işaretini uyanmaktadır.

³⁸² Kurul, Eti Holding A.Ş.’nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile ilgili kararında (Rekabet Kurulunun 00-50/533-295 sayı ve 21/12/2000 tarihli kararı) Ceytaş’ın konsantre kolemanit cevheri satın alma talebinin Eti tarafından reddedilmesini, RKHK m. 6/II-a bendi çerçevesinde incelemiştir. Olayda Ceytaş’ın Eti’nin sürekli müşterisi olmadığı ve Konsantre kolemanit cevherinin de başka yerden temin imkanının bulunmadığı tespit edilmiştir. Ancak Kurul bu kararında esaslı unsur doktrininin ancak iki bağlantılı pazarın varlığı halinde söz konusu olabileceğini, diğer bir deyişle reddedilen teşebbüsün reddedilmemiş olsaydı elde edeceği ürünle, başka bir ürün üretip başka bir pazarda faaliyet göstermesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede Kurul Ceytaş’ın öğütülmüş kolemanit cevheri üretmek amacıyla, Eti’den konsantre kolemanit cevheri satın alma talebinin reddedilmesini, m. 6/II-a kapsamında rekabet hukukuna aykırı bulmamıştır.

³⁸³ Rekabet Kurulunun 00-49/529-291 sayı ve 14/12/2000 tarihli kararı.

³⁸⁴ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.168.

Örneğin eşit durumdaki alıcılardan kasıt nedir? Teşebbüsler hangi durumlarda eşit sayılabilir? Farklı şartlardan kasıt nedir? Sadece farklı fiyatlar öne sürülmesi ayrımcılık yapıldığının kanıtı için yeterli midir?

Bu soruların yanıtları her olaya göre değişeceğinden, kesin bir cevap vermek mümkün olmamaktadır. Ancak hakim durumdaki teşebbüs tarafından eşit konumdaki teşebbüslere sadece farklı fiyatların uygulanması değil, farklı vade ve ödeme koşulları uygulanması gibi uygulamaların da ayrımcılık teşkil edebileceği belirtilmektedir.

Kanunun 6/II-b maddesinin tatbik edildiği durumlarda, hakim durumda olan ve ayrımcılık yapan bir teşebbüs ve bu teşebbüsün karşısında ayrımcılık yapılmasından zarar gören bir teşebbüs olması söz konusudur. Birlikte hakimlik durumlarında ise, söz konusu ilişkide birden fazla tarafın bulunacağı kuşkusuzdur. Oysa ayrımcılıkla ilgili olarak RKHK m. 4/II-e'deki hüküm ile m. 6/II-b hükmü karşılaştırıldığında, 4. maddede tarafların iki teşebbüsten oluşması mümkün değildir. Zira anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararına taraf olan birden fazla teşebbüs ve bu anlaşma, eylem veya karardan zarar gören bir teşebbüs olmak üzere, en az üç tarafın bulunması gerekmektedir.

Diğer taraftan 4. madde metninde ayrımcılığın “eşit durumdaki kişilere” uygulanması yasaklanmış iken, 6. maddede ayrımcılığın “eşit durumdaki alıcılara” uygulanması yasaklanmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun hakim durumda olan teşebbüsün satıcı olması ihtimaline binaen hükmü bu şekilde düzenlediği anlaşılmaktadır. Çoğu halde hakim durumda olan teşebbüs satıcı olmakla beraber, hakim teşebbüsün alıcı olması ihtimali de söz konusudur. Şu halde hakim teşebbüsün alıcı olması ve çok sayıda satıcı bulunması halinde, hakim durumda olan teşebbüsün ayrımcı uygulama da bulunması, her ne kadar maddenin lafzı buna imkan vermese de, bu durumun hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmesi gerekecektir. Zira kanun koyucunun alıcı ve satıcılar arasında bu tür bir ayırım yapmayı amaçlamış olduğunu düşünmek, rekabet hukuku mantığı açısından bakıldığında mümkün olmayacaktır. Bu nedenle her ne kadar madde metninde eşit durumdaki alıcılara ayrımcı şekilde davranılması yasaklanmış olsa da, hakim durumdaki teşebbüsün alıcı olması halinde de, 6. maddenin tatbik edilmesi, 6. maddede sayılan kötüye kullanma hallerinin sınırlı sayıda olmaması nedeniyle mümkün görünmektedir. Dolayısıyla bu maddenin alıcının hakim durumda olup, bu durumunu ayrımcılık suretiyle kötüye kullandığı hallerde de işletmek gerekmektedir.

Ayrımcılık suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması RA m. 82'de de öngörülmüştür. Ancak her iki metin arasında çeşitli farklar söz konusudur. Zira RA m. 82'de ayrımcılığın, rakiplerin rekabette dezavantajlı konuma getirilmeleri halinde yasaklandığı ifade edilmiş, 6/II-b metninde ise bu nitelikte

bir ifadeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla Topluluk hukukunun aksine, Türk hukukunda rakiplerin rekabette dezavantajlı konuma getirilmemesine rağmen, ayrımcılık uygulamasının rekabete aykırı bulunması mümkün olabilecektir. Bu nedenle her somut olaya göre rekabetin etkilenip etkilenmediğinin Kurul tarafından araştırılması gerekmektedir.³⁸⁵ Ancak rekabeti fiilen etkilemeyen bir eylemin yasaklanmasının, Kanunun amacına aykırı olacağı düşünülmektedir.³⁸⁶

4. Tekrar Satışa veya Alışa İlişkin Şartlar Öne Sürmek (m.6/II-c)

RKHK m. 6/II-c, bir mal veya hizmetle birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmaya zorlanmasını yahut aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların, talep ettiği bir malın veya hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de, alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması yahut satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi yükümlülükler getirilmesinin, rekabete aykırı olduğunu hükme bağlamıştır. Dolayısıyla maddede tekrar satışa veya alışa yönelik üç örnek zikredilmiştir.

Bu hükme benzer bir örnek RA m. 82/2-d’de yer almaktadır. Söz konusu maddede hakim durumdaki teşebbüs tarafından ticari teamül ya da işin niteliği gereği sözleşme konusu ile ilgisi olmayan ek birtakım yükümlülüklerin dayatılması kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir.

³⁸⁵ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 162.

³⁸⁶ Bu çerçevede ayrımcı uygulamaya ilişkin Kurul’un vermiş olduğu Cine 5 kararı (Rekabet Kurulunun 99-46/500-316 sayı ve 11/10/1999 tarihli kararı.) son derece açıklayıcı niteliktedir. Zira Cine 5’in Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi Karşılaşmaları Görüntüleri Pazarında hakim durumda bulunduğu, Kurul tarafından tespit edildikten sonra, Cine 5’in bu hakim durumunu kendisinden görüntü satın alan alıcılar (televizyon kanalları) aleyhine farklı fiyat uygulamak suretiyle kötüye kullandığı iddiası incelenmiştir. Bu çerçevede Kurul, eşit konumdaki alıcılara farklı fiyatlardan satışın her durumda ayrımcı uygulama olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiş ve böyle bir değerlendirme için mala bağlı özelliklerin ve ticaretin gerçekleştiği koşulların göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle kararda, satışa sunulan mal olan maç görüntülerini içeren kasetlerin, farklı görüntüler içerip içermediği, teknolojik anlamda birbirlerine nazaran üstünlüklerinin olup olmadığı, Cine 5 açısından maliyet farklılığı, alıcılar tarafından ödemelerin peşin yapılıp yapılmadığı ve kasetlerin alıcılara teslim zamanlarının değişip değişmediği açısından incelenmiş ve hiçbir farklılığa rastlanmamıştır. Nihayet hakim durumda olan bir teşebbüsün ayrımcı uygulamasının rekabeti sınırlayıcı olarak nitelendirilebilmesi için varlığı zorunlu unsurlar kararda sayılmış ve Cine 5’in alıcı televizyon şirketlerinin reklam gelirlerine dayalı olarak uyguladığı ayrımcı fiyatların, objektif olmaktan uzak olduğu belirtilerek, Cine 5’in bu faaliyetinin 6. maddeye aykırı olduğu karara bağlanmıştır.

Benzer şekilde RKHK m. 4/II-f tekrar satışa veya alışa yönelik anlaşma, uyumlu eylem veya kararlar öngörülen yükümlülüğün, “anlaşmanın niteliği veya ticari teamül gereği” olduğu tespit edilebildiği takdirde, bu davranış 4. madde uygulanmasından muaf tutulacaktır. Dolayısıyla 4. maddenin RA m. 82/2-d’deki gibi ticari teamül veya işin niteliğinin söz konusu davranışı gerektirmesi halinde rekabet kanununa aykırılığın bulunmayacağı hükmünü içerdği görülmektedir. Ne var ki, 6. madde bu doğrultuda bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla yeniden satışa veya alışa ilişkin hakim teşebbüs tarafından getirilen yükümlülüklerin, ticari teamül veya işin niteliği gereği olduğu hallerde bile, söz konusu davranışın rekabete aykırı bulunması mümkün olabilecektir. Ancak kanunun lafzına bu derece bağlı kalınmadan, hakim durumdaki teşebbüs tarafından getirilen söz konusu yükümlülüklerin objektif gerekçelerle (bu gerekçelerin pekala ticari teamül de olabileceği düşünülmektedir) açıklanabilmesi halinde, bu eylemin kötüye kullanma sayılmayabileceği düşünülmektedir.

5. Belirli Bir Piyasadaki Hakimiyetin Bir Başka Piyasada Kötüye Kullanılması (m. 6/II-d)

Bu bent rekabet hukukunun çetrefilli ve tartışmalı bir konusu olan, belirli bir piyasadaki hakimiyetin başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler suretiyle kötüye kullanılması halini düzenlemektedir. Bu gibi durumlara özellikle hammadde pazarında hakim durumda olan teşebbüsün işlenmiş ürün pazarında, hammadde pazarında elde ettiği hakim durumunu kötüye kullanması halinde rastlanmaktadır.³⁸⁷ Ancak bu bent anlamında hakim durumun kötüye kullanılabilmesi için hakim durumda olunan pazar ile hakim durumun kötüye kullanıldığı pazarların birbirleri ile bağlantılı pazarlar olması gerektiği açıktır.

Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda bu nitelikte bir düzenleme 82. maddede yer almamaktadır. Bu nedenle bu nitelikte bir hakim durumun kötüye kullanılması halinin 82. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği doktrinde tartışılmıştır.³⁸⁸

³⁸⁷ Case 7/73 *Commercial Solvents v Commission* (1974), ECR 223.

³⁸⁸ Bu çerçevede özellikle Divan’ın *Tetra Pak* (Case C-333/94 P, (1996), ECR I-5951) kararı gerek maddi hukuk gerekse Komisyonun yetkileri açısından uzun süre tartışılmıştır. Bu nitelikte bir değerlendirme yapılan ikinci örnek karar *Magill* (Case T-69/89 *Radio Telefis Eirann v Commission*, (1991), ECR II-485, Case T-70/89, *British Broadcasting Cooperation v Commission*, (1991), ECR II-535, Case T-76/89 *Independent Television Publication Ltd v Commission*, (1991), ECR II-575, Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P *RTE and ITP v Commission* (1995) ECR I-743) kararıdır. Zira bu kararda da Divan, televizyon şirketlerinin televizyon programları

Bu çerçevede Kurul'un vermiş olduğu BBD, BİRYAY ve YAYSAT'a ilişkin karar³⁸⁹ incelenmelidir. Bu kararda Kurul, her üç şirketin gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında birlikte hakim durumda bulduklarını tespit etmiştir. Ardından piyasanın özelliği gereği gazete ve dergi dağıtım piyasasına girişin, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında yer edinmeye bağlı olduğu, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında yer edinmenin de, dağıtım piyasasını kullanmaya bağlı olduğu, bu nedenle her iki piyasanın birbiri ile bağlantılı üst-alt pazarlar olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle birlikte hakim durumda olan şirketlerin piyasaya yeni giren bir gazetenin son satıcılara ulaşmasını engellemeleri, Kurul tarafından, üst pazar olan gazete ve dergi yayıncılığı pazarında hakim durumda olan şirketlerin, dağıtım piyasasında bu hakim durumlarını kötüye kullanmaları olarak yorumlanmış ve ilgili şirketlerin faaliyetleri RKHK m. 6/II-d ve 6/II-a uyarınca yasaklanmış ve RKHK m. 16/II uyarınca söz konusu şirketlere para cezası verilmesine karar verilmiştir.

6. Tüketicinin Zararına Olarak Üretim, Pazarlamanın veya Teknik Gelişmenin Engellenmesi (m. 6/II-e)

Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması en geniş ifadeyi kötüye kullanma hallerinden birini oluşturmaktadır. Zira hakim durumda olan işletmenin aşırı fiyat uygulayarak tüketicileri sömürmesi, teknolojik yeniliklere ayak uydurmayıp, yüksek maliyetlerle üretime devam etmesi ve yine tüketiciyi herhangi bir uygulama ile zarara sokması halleri hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir.

Bu bent sayesinde tarafların teşebbüslerden oluşmayıp, bir tarafın tüketici olduğu hallerde de 6. maddenin işletilmesine olanak sağlanmıştır. Ancak burada rekabet hukukunun nihai amacının kamu menfaati olduğu, bu nedenle rekabet kurallarının doğrudan, asıl amacının tüketicinin korunması olmadığını, dolayısıyla her tüketici zararının olduğu durumda rekabet kurallarının işletilemeyeceğini belirtmekte fayda vardır.³⁹⁰

Hakim teşebbüsün uyguladığı fahiş fiyatların bu bent çerçevesinde ele alınabileceği düşünülmektedir. Zira fahiş fiyatlar üreticinin maliyetinin çok üstünde bir fiyatla satışa sunulan mal veya hizmetler olarak tanımlanmaktadır.

pazarındaki hakim durumlarını televizyon programları yayıncılığı pazarında, diğer bir deyişle bir alt pazarda, kötüye kullanmasını 82. maddeye aykırı bulmuştur.

³⁸⁹ Rekabet Kurulunun 00-49/529-291 sayı ve 14/12/2000 tarihli kararı.

³⁹⁰ GÜNEŞ, Hurşit: agm., s. 9, ÖZ, Gamze : age., s. 165.

Ancak maliyetin ne kadar üstünde gerçekleşen bir fiyatın fahiş sayılacağı, hangi oranda karın teşebbüs için normal sayılacağı ve daha da önemlisi bu nitelikte bir fiyat tespitinin yapılmasının gerekliliği konuları tartışmalıdır.

Bu çerçevede bazı ülkelerin rekabet hukuku mevzuatları fiyata müdahale edilmesine cevaz vermiş, diğer bazı hukuklar ise, bu nitelikte bir düzenlemenin fiyat belirleme özgürlüğüne müdahale anlamına geleceğinden bahisle, böyle bir düzenlemeyi gerekli görmemişlerdir. Nitekim Alman rekabet hukuku uygulamasında fahiş fiyatlara müdahale konusuna temkinli yaklaşılırken, İngiliz rekabet hukuku sisteminde fahiş fiyat uygulamalarının rekabet hukukuna aykırı olacağı belirtilerek bu fiyatlar üzerinde çeşitli düzenlemeler yapılabilmektedir.

Gerçekten Türk rekabet hukuku doktrininde de fahiş fiyatlara müdahale edilmesinin serbest piyasa sistemi ile bağdaşmayacağı, zira bu şekilde fiyat belirleme özgürlüğünün sınırlandırılmış olduğu ifade edilmektedir.³⁹¹ Ayrıca fahiş fiyatlara müdahale edilmesinin gereksiz olduğu, zira serbest piyasanın sistemi gereği pazarda yüksek fiyatların oluşması halinde pazara giriş taleplerinin artacağı, dolayısıyla fiyatın da bu şekilde normal seviyeye düşeceği belirtilmektedir.³⁹²

Fiyatlara müdahale konusunda farklı görüşlere rağmen Avrupa Topluluğu'nda da Türk rekabet hukuku sisteminde de, fahiş fiyatlara müdahale edilebileceğine ilişkin kararlara temkinli yaklaşımakla birlikte rastlamak mümkündür.³⁹³

³⁹¹ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.170-171, dn. 46.

³⁹² Anlaşılacağı üzere aşırı fiyatlandırma konusunda Türkiye'de rakip görüşler Kanundaki bu boşluğun ne şekilde doldurulması gerektiği konusunda ortak bir fikir beyan edememektedirler bkz. ÖZ, Gamze: Türk Rekabet Hukukundaki Önemli Hükümler ile Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Arasında Karşılaştırmalar, Rekabet Kurumu Yayınları, Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu 5-6 Ekim 1998, İstanbul, 1998, s. 164.

³⁹³ Nitekim Divan, *United Brands* (Case 27/76 (1978) ECR 207, p. 266) kararında Komisyonun fahiş fiyat uygulamalarının kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi gerektiği iddiasını bu uygulamanın fiyata müdahale sayılacağı gerekçesiyle değil, bu iddianın yeteri derecede ispat edilememiş olması nedeniyle reddetmiştir. ATAD'ın aşırı fiyata yönelik kararlarının *United Brands* kararı hariç tutulursa genellikle mallardan ziyade hizmetlerin tedarikine ilişkin olduğu sonucuna varılmaktadır bkz. WHISH, Richard: Competition Law, Edinburgh, 1993, s. 499-502. Benzer şekilde Kurul, HAVAŞ'ın aşırı fiyat uygulayarak hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile açılan soruşturma da verdiği kararında (Rekabet Kurulunun 99-12/89-31 sayı ve 03/03/1999 tarihli kararı) , aşırı fiyatın tespiti için HAVAŞ'ın muhasebe kayıtlarını incelemiş, nihayet özellikle pazara girişi engelleyen hukuki bir düzenlemenin olmadığı ilgili pazarda fiyatların "aşırı" olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Kurul ASKİ kararında³⁹⁴ ise, aşırı fiyatı; “sağlanan ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan bir farklılık bulunması” olarak tanımlamıştır. Aşırı fiyatı belirlemek için tüm üretim maliyetleri toplamı ile fiyatın karşılaştırılması, ilgili pazardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması, komşu pazarlardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması gibi yöntemler uygulandığı yine söz konusu kararda Kurul tarafından belirtilmiştir. Kararda bu çerçevede yapılan testler sonucunda, ASKİ’nin bazı abone gruplarına maliyetin altında satışlar yaparken, bazılarında %280 oranına varacak kadar karla satış yaptığı tespit edilmiş, ancak tüm maliyetler hesaba katıldığında ASKİ’nin zarar ettiği dolayısıyla aşırı fiyat uygulamadığı sonucuna varılmıştır.

II. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ARACILIĞI İLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Bu çalışmanın ikinci bölümünde, Avrupa Topluluğu rekabet kuralları açısından hakim durumun kötüye kullanılması ve alt başlık olarak hakim durumun sınai haklar kullanılarak kötüye kullanılması incelenmiştir. Türk rekabet mevzuatı açısından genel olarak konunun incelenmesi yukarıda yapılmış ve aşağıda biraz daha özele inilerek, sınai haklar kullanılarak hakim durumun kötüye kullanılması halleri incelenmeye çalışılacaktır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 1994 tarihinden beri yürürlükte olduğu, ancak bu Kanunun uygulayıcısı konumunda olan Rekabet Kurulunun sadece 1997 tarihinden beri faaliyette bulunması sonucu, henüz yeterli içtihat zenginliğine erişilebildiğini söylemek mümkün değildir. Buna karşılık Avrupa Topluluğunda uzun yılların birikimi sonucu oluşan son derece zengin bir içtihat hukukunun oluştuğunu belirtmeye gerek yoktur.

Bu içtihat zenginliğinin henüz oluşturulmamış olmasına bağlı olarak aşağıda incelenen başlıklar çoğunlukla somut olaylara ve kararlara dayandırılmayacak, ancak soyut ve ATAD’ın vermiş olduğu ve yukarıda incelenen kararları üzerinden gidilmeye çalışılacaktır.

³⁹⁴ Rekabet Kurulunun 01-12/114-29 sayılı ve 13/03/2001 tarihli kararı.

1. Paralel İthalatın Engellenmesi

Paralel ithalatın genellikle aynı sınai hakla korunan mal için ulusal sınırlara göre oluşan ve temelinde fiyat farklılığının olduğu birden çok pazarın mevcudiyetinden kaynaklandığı bilinmektedir.³⁹⁵

Sınai hak sahibinin paralel ithalatı engellemesi, bir anlaşma sonucunda olabileceği gibi, sınai hakkın hak sahibine tanıdığı ithalat veya ihracat yetkisine dayanılarak da gerçekleştirilebilmektedir. İlk durumda sınai hakkın hak sahibi ile lisans alan taraf arasında akdedilen lisans anlaşmalarına, paralel ithalatın gerçekleştirilmeyeceği hükmü konulması sonucunda engelleme taraflar arasında vukuu bulmaktadır. Paralel ithalatın hak sahibinin ithalat veya ihracat yetkisine dayanılarak engellenmesi halinde ise, engelleme üçüncü kişilere karşı gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Her ne şekilde gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, paralel ithalat kavramı hakkın tükenmesi kavramıyla sıkı sıkıya bağlantılıdır.³⁹⁶ Zira sınai hak ile korunan ürün üzerinde hak sahibinin hakkının tükendiğinin kabul edildiği durumlarda, hak sahibi tarafından paralel ithalatın engellenmesi de söz konusu olamayacaktır. Bu çerçevede hakkın tüketilmesi kavramının incelenmesi sonucunda üç tür tükenme olduğu, Avrupa Topluluğunun bölgesel tükenmeyi tercih etmiş olduğu³⁹⁷ ve bu tercihin sonuçları yukarıda incelenmiştir.³⁹⁸ Türk marka ve patent mevzuatının ise, ülkesel tükenme sistemini kabul etmiş olduğu yine yukarıda belirtilmiştir.³⁹⁹

Bu çerçevede değerlendirildiğinde Avrupa Topluluğunun paralel ithalata yaklaşımı ile Türk hukukunun yaklaşımının farklı olması kaçınılmazdır, zira paralel ithalatın temel taşlarından biri olan tükenme sistemleri farklılık göstermektedir. Nitekim Avrupa Topluluğunda ATAD'ın yorumları

³⁹⁵ ARIKAN, A. Saadet: Fikri-Sınai Haklar ve Rekabet Hukuku, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, 5 Mart 1999, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, s. 143.

³⁹⁶ PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükennesi, s. 893.

³⁹⁷ 89/104 sayılı Direktif taslağında ilk önce uluslararası tükenme prensibinin kabul edilmiş olduğu, ancak sonradan uluslararası tükenme ilkesinin genel kabul görmüş bir ilke olmaması ve bu ilkenin Topluluk normu olarak uygulanması halinde, AB'ye dahil müteşebbislerin uluslararası alandaki rakipleri karşısında zor durumda kalacakları endişesi ile, bölgesel tükenme esasına yer verildiği ifade edilmektedir. Ayrıca uluslararası tükenmeden bölgesel tükenmeye geçişin, markanın fonksiyonlarından değil, tamamen ticaret alanında doğabilecek olumsuz sonuçları önleme kaygısından kaynaklandığı da belirtilmektedir bkz. ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 2, s. 141.

³⁹⁸ Bkz. bu çalışma § 2, III, 2, A-Paralel İthalatın Engellenmesi.

³⁹⁹ Bkz. bu çalışma § 1, II, 2, D-Markanın Korunması ve § 1, III, 2, D-Patent Hakkından Doğan Haklar.

doğrultusunda tükenme, bizatihi mallar üzerinde gerçekleşmekte ve üçüncü ülkelerden bölge içine gerçekleştirilen paralel ithalatın hak sahibi tarafından engellenebileceği görüşü hakim olmaktadır. Ancak bölge içinde üye ülkeler arasında gerçekleştirilen paralel ithalatın engellenemeyeceği, zira bunun malların serbest dolaşımı ilkesine ters düşeceği de ATAD'ın yerleşmiş içtihatları sonucunda kesinleşmiştir. Nitekim bu yorum, Avrupa Topluluğunun temel hedefleri ile açıklanmaktadır. Diğer taraftan bölgesel tükenme ilkesinde Topluluğa dahil ülkelerin sınırlarının birleştirilerek, bölgenin tek bir ülke gibi alınması ve tükenmenin bu bölge içinde gerçekleşeceğinin ifade edilmesi halinde, tek bir ülke gibi değerlendirilen Topluluk içinde gerçekleştirilen mal hareketlerine müdahale edilemeyeceği yorumu da son derece mantıklı olmaktadır.

Türk hukukunda ise, henüz tam anlamıyla bir netlik olduğu söylenemese de, mallar üzerinde tükenme görüşünün doktrinde savunulduğu⁴⁰⁰ ancak hakim görüşünün tersi yönde olduğu izlenimi edinilmektedir.⁴⁰¹ Dolayısıyla olaya bakış açısı temelde tükenmenin ne şekilde gerçekleştiğinin kabul edilmesine göre değişmektedir.

Konuya Türk Yargıtay'ının yaklaşımının anlaşılması açısından özellikle iki Yargıtay kararının incelenmesinde fayda vardır. Yargıtay 11. HD'nin *Police*⁴⁰² ve *Dexter*⁴⁰³ kararlarına konu olan olayların temeli, marka sahibi ile Türkiye'deki davacı firma arasında akdedilen münhasır satıcılık anlaşması sonucu, Türk firmaların lisans sahibi olması ve söz konusu ürünleri (*Police* marka gözlükleri veya *Dexter* marka ayakkabıları) Türkiye içinde satmak konusunda tekel hakkına sahip olmalarına dayanmaktadır.

Dexter davasında⁴⁰⁴ davacı, ABD'de bulunan *Dexter Shoe Company* ile arasında *Dexter* marka ayakkabıların Türkiye'de tek satıcılığına ilişkin bir

⁴⁰⁰ PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, s. 897 vd, KAYHAN, Fahrettin: agm., s. 56.

⁴⁰¹ Nitekim Yargıtay, *Police* (11. HD 12 Mart 1999 , 1998/7996 E.-1999/2099 K., FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, s.134) ve *Dexter* (11 HD 14 Haziran 1999, 1999/3243 E.-1999/5170 K., FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, s.130) kararlarında tükenmenin mallar üzerinde gerçekleşmediği görüşünde olduğunu göstermiştir. Bu doğrultuda ARKAN, Sabih: Marka Hakkının Tüketilmesi, s. 203, ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 2, s. 134-135, TEKİNALP: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s. 417.

⁴⁰² 11. HD 12/03/1999 tarih, 1998/7996 E. 1999/2099 K, FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, s. 134-139.

⁴⁰³ 11. HD 14/06/1999 tarih, 1999/3243 E. 1999/5170 K, FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, s. 130-134.

⁴⁰⁴ 11. HD 14/06/1999 tarih, 1999/3243 E. 1999/5170 K, FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, s. 130-134.

anlaşma akdetmiş olan firmadır. Davalı şirket ise, söz konusu ayakkabıları yurt dışından satın alarak Türkiye içinde satışı sunan şirkettir.

Dexter ayakkabılarının Türkiye içinde tek satıcısı şirket, ABD'deki üretici ile aralarındaki anlaşma gereği ayakkabıların tek satıcısının kendisi olduğunu, davalının gerçekleştirdiği paralel ithalatın haksız rekabet oluşturduğunu, zira kendisinin markalı ürünlerin satış ve pazar payını arttırmak için faaliyetlerde bulunup, masraf yaptığını, dolayısıyla davalının eyleminin haksız rekabet olarak nitelendirilerek men edilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Davalı ise, söz konusu ayakkabıları yasal mevzuata uygun bir şekilde ithalat yoluyla ülke içine soktuğunu ve davacı ile üretici arasındaki anlaşmadan da haberdar olmadığını ifade etmiştir. Yapılan yargılama sonucunda İlk Derece Mahkemesinin davacının haksız rekabetle ilgili taleplerini kabul etmesi üzerine olay Yargıtay'a intikal etmiştir.

Yargıtay, kararında MKHK m. 9/II-c uyarınca marka sahibinin ithalat veya ihracatı engelleme hakkına sahip olduğunu ifade ettikten sonra, bu kuralın Türk iç pazarına hiç sunulmamış olan mallar açısından geçerli olacağını ifade etmiştir. Markalı malların marka hakkı sahibi veya onun izni ile üçüncü kişi tarafından Türk iç pazarına sunulmasından sonra, marka sahibinin veya onun izni ile üçüncü kişinin markalı malın aynısının paralel ithalatını gerçekleştirmesini, marka hakkının ülkesel tükenmesi ilkesi nedeniyle (MKHK m. 13/I) marka sahibinin engelleyemeyeceği ifade edilmiştir.

Ayrıca Yargıtay durumu, tek satın alma anlaşması hükümleri açısından da incelemiştir. Kararda tek satıcılık sözleşmesinin özellikleri belirtildikten sonra, söz konusu sözleşmeyle tek satıcıya belli bir bölgede satış yapma hakkı tanınmasının ve bu olanağın sağlanmasının üreticiye yüklenen akdi bir yükümlülük olduğu, dolayısıyla paralel ithalat nedeniyle bu yükümlülüğe aykırı davranılmış olması iddiasının, ancak sözleşmenin tarafı olan üreticiye yöneltilebileceği belirtilmiştir.⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ Tek satın alma sözleşmesinin özellikle haksız rekabet hallerinde sadece sözleşmenin tarafları arasında değil, haksız rekabette bulunan kişiler aleyhine de yükümlülükler yükleyebileceği konusunda bkz. TEOMAN, Ömer: Tek Satın Alma Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanağı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Cilt X, 1993, s.24-57.

Aksi görüşü savunan İnan'a göre ise, tek satıcının haksız rekabet kurallarına dayanarak hakkını üçüncü kişilere karşı savunması ancak rekabet hakkının kötüye kullanılması hallerinde mümkündür. Yazara göre üçüncü kişi tarafından paralel ithalat gerçekleştirilmesini, bu anlamda kötüye kullanma olarak nitelendirmek mümkün değildir bkz. İNAN, Nurkut: Tek Satın Alma Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, Batider, 1993, Cilt XVII, Sayı 2, s. 55-77.

Sonuç itibariyle kararda, markalı malların Türkiye’de tek satıcılık hakkına sahip olan bir işletmenin, mallarını Türkiye’de bir kere piyasaya sunduktan sonra marka hakkının tükeneyeceği, bundan sonra üçüncü kişilerin yurt dışından gerçekleştirecekleri paralel ithalatları, marka hakkı sahibinin veya onun izni ile faaliyet gösteren üçüncü kişinin engelleyemeyeceği, bu eylemin olsa olsa tek satıcılık sözleşmesi tarafları arasında hukuki bir talep hakkı doğurabileceği belirtilmiştir.⁴⁰⁶

*Police*⁴⁰⁷ gözlüklerine ilişkin kararda ise, davacı “*police*”, “*vogart*” ve “*sting*” marka gözlüklerinin Türkiye tek satıcısı Sesa Dış Tic. Ltd. Şti. (Sesa), davalı ise aynı marka orijinal gözlükleri paralel ithalat yoluyla Türkiye pazarına sunan Hekim Optik İth. İhr. Ltd.Şti.’dir. Sesa ile söz konusu markaların sahibi İtalyan şirketi arasında akdedilmiş münhasır marka lisans anlaşması uyarınca Sesa, markaları Türkiye’de kendi adına tescil ettirmiştir. Bu hakkına dayanarak Sesa gerçekleştirilen paralel ithalatı önlemek istemiş ve bu doğrultuda İlk Derece Mahkemesinde haksız rekabetin önlenmesine yönelik bir dava açmıştır. Davalı ise, söz konusu ithalatın yasal mevzuata uygun olarak gerçekleştirildiğini, dolayısıyla böyle bir iddianın dinlenemeyeceğini ileri sürmüştür. Mahkeme bunun üzerine söz konusu ithalatın haksız rekabet teşkil ettiğine ve uyuşmazlık konusu ürünlerin RKHK ve buna ilişkin tebliğlerin getirdiği muafiyet kapsamında olduğuna, dolayısıyla haksız rekabet konusu gözlüklerin toplanmasına karar vermiştir.

Davalının temyizi üzerine Yargıtay, *Dexter* kararında olduğu gibi, marka hakkı sahibinin veya onun izni ile üçüncü kişinin bir kere malı piyasaya sürdükten sonra marka hakkının tükeneyeceğini, dolayısıyla marka hakkı sahibi veya onun izni ile üçüncü kişinin paralel ithalatı engelleyemeyeceğini hükme bağlamıştır.

Ayrıca Yargıtay RKHK uyarınca Kurul tarafından çıkarılan tebliğlerin, tebliğ kapsamında kalan teşebbüsler bakımından sonuç doğuracağını, tebliğe konu olan sözleşme ilişkisi dışında kalan üçüncü kişilere uygulanamayacağını da belirtmiştir.

Türk doktrininde Yargıtay’ın söz konusu kararlarını yerinde bulanlar olduğu gibi, eleştirenler de mevcuttur. Ancak Türk hukukunda marka mevzuatında tükenmenin bizatihi mallar üzerinde gerçekleştiği yolunda açık bir

⁴⁰⁶ Yargıtay’ın söz edilen bu kararı doktrinde ağır eleştirilere maruz kalmıştır bkz. KAYHAN, Fahrettin: agm., s. 58 vd, PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, s. 905 vd.

⁴⁰⁷ 11. HD 12/03/1999 tarih, 1998/7996 E. 1999/2099 K, FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, s. 134-139.

hüküm bulunmadığından, bu yönde veya Yargıtay'ın görüşünde, yani tükenmenin malın bir kere piyasaya sunulmakla tükeneceği görüşünü savunmak mümkün gözükmemektedir. Zira MKHK m.9/II-c'de marka hakkı sahibinin (lisans sahibi de marka hakkı sahibinin sahip olduğu haklardan bazı hallerde faydalanabilmektedir MKHK m. 21/VI) bu hakkına dayanarak ithalat veya ihracatı engelleyebileceği belirtilmektedir. Diğer deyişle, bu hüküm sadece Türkiye'de mal piyasaya sürülmeden önce gerçekleştirilecek olan ithalatların engellenebileceği şekilde yorumlanabilir, ya da mal, Türkiye'de hak sahibi veya onun izni ile piyasaya sürüldükten sonra dahi (bizatihi mallar üzerinde tükenme ilkesinin gerçekleştiği düşüncesiyle), üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecek ithalatların engellenmesi şeklinde de yorumlanabilir. Her iki yorumun yapılmasında kanuni bir engel bulunmamaktadır. Ancak iki yorumdan birinin ya da diğerinin tercih edilmesi arasında ekonomik anlamda büyük farklılıkların bulunduğu muhakkaktır.⁴⁰⁸

Rekabet Kurulunun rekabet mevzuatı açısından paralel ithalata ilişkin ilk kararı ise, *Police* gözlükleri kararıdır.⁴⁰⁹ Karar yukarıda Yargıtay kararı açısından incelenen olayı içermektedir. Kurul kararda, RKHK'nun paralel ithalat konusuna doğrudan bir düzenleme getirmemiş olduğunu belirtmiş, ancak RKHK 4/(d) ve 6/(a) maddelerinin rakip teşebbüslerin piyasaya girişinin engellenmesi ve faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemleri yasaklamış olduğu, paralel ithalatın da bu sonuçları doğurması açısından Kanun kapsamında değerlendirildiğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay kararına da atıf yapılarak aşağıdaki sonuca varılmıştır: "RKHK'nun 4/II-d ve 6/II-a maddeleri ve Kanun'un genel amacı doğrultusunda Türkiye'de markası tescil edilmiş bir malın, marka sahibi ya da yetkili satıcısı tarafından Türkiye'de piyasaya sunulmasını müteakip, üçüncü kişilerce yasal prosedüre uygun olarak ithal edilmesine, yani paralel ithalat yapılmasına engel olunamaz".

⁴⁰⁸ Mallar üzerinde tükenme görüşünün kabul edilmesi halinde, ülke içinde fiyatların yükselmesi ve tüketicinin bundan zarar görme ihtimali vardır. Diğer görüşün benimsenmesi halinde ise, sınai hak sahibinin buluşunun karşılığını tam olarak alamaması, dolayısıyla teknolojik yenilenmenin yavaşlaması, üretim maliyetinin daha ucuz olduğu üçüncü ülkelerden gerçekleştirilen paralel ithalat neticesinde, üreticilerin söz konusu ülkelere giderek ülkede üretimin azalması, dolayısıyla işsizliğin artması vs söz konusu olabilecektir. Ekonomik olarak Türkiye açısından en elverişli sistemin uluslararası veya hiç olmazsa Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasındaki Gümrük Birliği çerçevesinde bölgesel tükenme olduğu görüşü için bkz. PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, s. 907 vd ve PINAR, Hamdi: Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Alanında Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin Gümrük Birliğinde Malların Serbest Dolaşımına İlişkin Kararları ve Türk Hukukuna Etkileri, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Cilt 1, s. 709-711.

⁴⁰⁹ Rekabet Kurulunun 6/11/2000 tarih ve 00-44/472-257 sayılı kararı.

Sonuç olarak doktrinde farklı görüşler savunulmasına rağmen, Rekabet Kurulu'nun ve Yargıtay'ın görüşleri doğrultusunda düşünüldüğünde, malını sınai hakkına dayanarak Türkiye'de piyasaya sunmuş olan hak sahibinin, Türkiye dışından gerçekleştirilecek paralel ithalatı (Avrupa Topluluğunda bölge dışından gerçekleştirilen ithalatın aksine) engelleyemeyeceği, dolayısıyla bu eylemin Kurul tarafından diğer şartları da varsa, RKHK m. 6/II-a bendi uyarınca cezalandırılabilmesi sonucuna varılmaktadır.

2. Lisans Anlaşmalarında Yer Alan Rekabete Aykırı Koşullar

Hak sahibinin lisans anlaşmaları yoluyla hakim durumunu kötüye kullanması, talep edilen lisansa fahiş bedel istemesi, sahip olunan tüm hakların lisansının verilmesi veya lisans anlaşmalarında ayrımcı koşulların öngörülmesi şeklinde gerçekleşebilmektedir. Bunun dışında hak sahibinin karşısında lisans alacak olanın hakim durumda olması hallerinde ise, amacı aşan veya süresi benzer lisans anlaşmalarından daha uzun olan lisans anlaşması yapılması talepleri ile hakim durum kötüye kullanılabilir.

Bu çerçevede ister hak sahibi ister lisans alan hakim durumda olsun, her iki konumda da lisans anlaşmaları yoluyla rekabete aykırı koşulların diğer tarafa dayatılması halinde bu durum, Avrupa Topluluğunda olduğu gibi Türk rekabet hukukuna da aykırı olacaktır.

Bu bağlamda hakim durumdaki teşebbüs tarafından lisans anlaşmalarına fahiş lisans bedeli talep edilmesi aşağıda incelendiğinden bu konuya burada değinilmeyecektir. Benzer şekilde lisans anlaşmalarında ayrımcı koşulların öngörülmesi her ne kadar lisans anlaşmaları yoluyla rekabete aykırı koşullar dayatılması başlığı içine girse de, bu konu temelde ayrımcılık genel başlığı altında değerlendirildiğinden burada incelenmeyecektir.

Sahip olunan tüm hakların lisansının verilmesi veya amacı aşan veya süresi benzer lisans anlaşmalarından uzun olan lisans anlaşmalarının dayatılması halinde, gerçekten dayatılan şartların diğer tarafça kabul edilemez olduğu hallerde bu durumun, RKHK m. 6/II-a uyarınca rakip teşebbüslerin faaliyetini zorlaştırıcı hatta, ticari faaliyet alanına girişlerin engellenmesi sonucunu doğurabileceği açıktır. Zira bazı durumlarda rekabete aykırı koşulların dayatılmış olması ve hakim teşebbüs karşısında bu koşulların kabullenilerek lisansın elde edilmesi hiç lisans elde edilmemesinden ekonomik olarak daha avantajlı olarak nitelendirilebilmektedir. Şu halde piyasada hakim durumda olan dolayısıyla büyük bir ekonomik güce sahip olan hakim teşebbüsün bu durumu bilerek lisans anlaşmalarında rekabete aykırı koşullar ileri sürmesi ve bu koşullara rağmen bu anlaşmaların akdedilmesi mümkündür.

3. Lisans Vermeyi Reddetme

Kural olarak sınai hak sahibinin sınai hakkı ile ilgili olan mal veya hizmeti üretmek ve piyasaya sunmak gibi bir yükümlülüğü bulunmadığı gibi, üçüncü kişilere bu doğrultuda lisans verme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Türk rekabet hukuku açısından incelemek gerekirse, kural olarak her sınai hak sahibinin lisans vermeyi reddedebileceği söylenebilir. Ancak mehaaz Avrupa Topluluğu düzenlemesinde olduğu gibi, RKHK sisteminde de hakim durumda olan teşebbüslerin bu güçlerini kötüye kullanmamak sorumlulukları bulunmaktadır. Bu çerçevede şartları oluşmuş ise, hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından lisans verilmesinin reddi m. 6/II-a uyarınca piyasaya girişin engellenmesi olarak değerlendirilebilecektir. Ayrıca lisans verilmesinin reddinin lisans talep eden açısından esaslı bir unsura ilişkin olduğu tespit edildiği halde, bu durum mal temininin reddi gibi değerlendirilerek, yine m. 6/II-a uyarınca yasaklanabilecektir. Mal temininin reddi esaslı unsura ilişkin olduğu takdirde bu eylemin Türk rekabet mevzuatına göre m. 6/II-a uyarınca yasaklanabileceği Kurul'un kararlarından da⁴¹⁰ anlaşılmaktadır. Zira Kurul'un Eti Holdinge ilişkin kararında bor cevherini çıkarmaya ve işlemeye tek yetkili olanın Devlet olduğu, bu konuda özel kişilere ruhsat veya imtiyaz ile faaliyet gösterme izni verilmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Kurul, Eti Holdingin bor cevherinin satışını reddetmesini RKHK'ya aykırı bulmamıştır. Zira Kurul bu kararında esaslı unsur doktrininin ancak iki bağlantılı pazarın varlığı halinde söz konusu olabileceğini, diğer bir deyişle reddedilen teşebbüsün reddedilmemiş olsaydı elde edeceği ürünle, başka bir ürün üretip başka bir pazarda faaliyet göstermesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu karardan yola çıkılarak, bir teşebbüsün ürettiği malı satmayı reddetmesinin veya sınai hakla korunan bir malın lisansını vermeyi reddetmesi, ancak söz konusu malın belli bir pazarda faaliyet göstermek için esaslı bir unsur teşkil etmesi halinde mümkün olabilecektir.

Ayrıca mal temininin reddi eylemi hakim durumda olan teşebbüsün belli bir pazarda hakim durumda olması ancak mal temininin reddinin başka bir pazarda gerçekleştiği hallerde bu eylem RKHK m. 6/II-d uyarınca yasaklanabilecektir.⁴¹¹

⁴¹⁰ Eti Holdinge ilişkin Rekabet Kurulu'nun 00-50/533-295 sayı ve 21/12/2000 tarihli kararı ve BBD, YAYSAT ve BİRYAY'a ilişkin Rekabet Kurulu'nun 00-49/529-291 sayı ve 14/12/2000 tarihli kararı.

⁴¹¹ Bu doğrultuda ATAD'ın *Magill* kararı örnek olarak gösterilmektedir (Case T-69/89 *Radio Telefís Eirann v Commission*, (1991), ECR II-485, Case T-70/89, *British Broadcasting Cooperation v Commission*, (1991), ECR II-535, Case T-76/89 *Independent Television Publication Ltd v Commission*, (1991), ECR II-575, Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P *RTE and ITP v Commission* (1995) ECR I-743).

Diğer taraftan lisans verilmesinin reddi eyleminin hakim durumdaki teşebbüs tarafından ayrımcı şekilde uygulanması halinde, bu durum Kurul tarafından m. 6/II-a ile birlikte m. 6/II-b uyarınca rekabete aykırı olarak nitelendirilebilecektir.

Öte yandan markalı malın satışının reddinin de sınai hak kullanılarak hakim durumun kötüye kullanılması hali oluşturabileceği Kurulun yakın tarihli bir kararında da ifade edilmiştir. Bu doğrultuda Kurulun *Eukanuba* markalı kedi köpek mamalarının Ankara Veteriner Tıp Merkezine satışının reddi konusunda vermiş olduğu kararda⁴¹², ilgili ürün pazarı profesyonel kedi köpek mamaları pazarı olarak belirlenmiş, ancak etkilenen pazarın da veteriner hizmetleri pazarı olduğu ifade edilmiştir. Kararda, mal vermeyi reddeden işletmenin söz konusu mamaların Türkiye temsilcisi olduğu belirlendikten sonra, bu şirketin ilgili pazarda hakim durumda olup olmadığı araştırılmıştır. Zira mal vermeyi reddeden hakim durumdaki işletmenin, bu eylemi neticesinde kendi piyasasında sahip olduğu üstünlüklerden faydalanarak, diğer piyasadaki rekabet koşullarını bozabileceği (m. 6/II-d) ifade edilmiştir. Ancak kararda söz konusu şirketin hakim durumda olmaması ve bir veteriner kliniğinin asli işlevini yerine getirebilmesi açısından, kedi köpek maması satılmasının “esaslı unsur” teşkil etmemesi olguları belirlendiğinden, söz konusu şirket hakkında ön araştırma yapılmasına ve soruşturma yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

4. Sınai Mülkiyet Hakları İle Korunan Bir Ürüne Aşırı Fiyat Uygulamak veya Fahiş Lisans Bedeli Talep Etmek

ATAD, sınai hak ile korunan bir ürüne sınai hak ile korunmayan aynı nitelikte ürünlere talep edildiğinden daha fazla fiyat talep edilmesinin, 82. maddeye aykırılık teşkil etmeyeceğini *Parke Davis*⁴¹³ kararında ifade etmiştir. Nitekim bu yorum, sınai hak sisteminin de bir gereğini oluşturmaktadır. Zira sınai hak sahibinin buluşu ile ilgili olarak yapmış olduğu ar-ge çalışmalarının ve diğer masraflarının karşılanabilmesi için belirli bir oranda fiyat farklılığının bulunması normal karşılanmaktadır. Dolayısıyla hakim teşebbüsün eyleminin 6. maddeye aykırı sayılabilmesi için, fiyat farklılığının “aşırı” olması (bu aşırılığın tespit edilmesinin son derece güç olduğu yukarıda belirtilmiştir⁴¹⁴) veya hakim teşebbüsün fahiş lisans bedeli talep etmesi gerekmektedir. Şu halde, sınai hak ile korunan ürünlere aşırı yüksek fiyatların uygulanması halinde RKHK m. 6/II-e uyarınca tüketicinin sömürülmesi nedeniyle teşebbüsün bu eylemi yasaklanabilecektir. Sınai hak ile

⁴¹² Rekabet Kurulunun 00-14/138-70 sayılı ve 18/04/2000 tarihli kararı.

⁴¹³ Case 24/67 *Parke Davis and Co v Probel*, (1968), ECR 55, p. 72.

⁴¹⁴ Bkz. bu çalışma § 3, I, 6-Tüketicinin Zararına Olarak Üretimin, Pazarlamanın veya Teknik Gelişmenin Engellenmesi (m. 6/II-e).

korunan ürüne talep edilen bedelin aşırı olup olmadığının tespiti için tüm üretim maliyetleri toplamı ile fiyatın karşılaştırılması, ilgili pazardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması, komşu pazarlardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması gibi yöntemler uygulanmaktadır.⁴¹⁵ Ancak bu hesaplamaların yapılmasının da (makul kar oranlarının bırakılması gibi son derece muğlak ifadeler karşısında veya piyasada karşılaştırılacak aynı nitelikte mal veya hizmet bulunmaması hallerinde) son derece zor olduğu açıktır. Diğer bir hesaplama tekniği ise, piyasanın rekabete açık olduğu farz edilerek piyasada fiyat nasıl oluşacak idi ise, hakim teşebbüs tarafından talep edilen fiyatın bu fiyatla karşılaştırılmasıdır.^{416 417}

Fahiş lisans bedeli talep edilmesinin ise, ticari faaliyet alanına başka teşebbüslerin girişini engelleme amacı taşıdığı iddia edilebilecektir. Bu çerçevede bu eylemin de m. 6/II-a uyarınca yasaklanması söz konusu olabilecektir.

5. Ayrımcılık

Hakim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanabilecek çok çeşitli ayrımcılık halleri bulunduğu, ancak genel anlamda ayrımcılığın üç alt başlık altında incelenebileceği yukarıda belirtilmiştir.⁴¹⁸ Bu çerçevede hakim durumda olan teşebbüs; fiyat ayrımcılığı, temel kaynak faaliyetten yararlanma konusunda ayrımcılık veya ayrımcı koşullar öne sürerek hakim durumunu kötüye kullanabilmektedir.

Hakim durumda olan teşebbüsün tüketicilere veya müşterilerine karşı iki şekilde fiyat ayrımcılığı yapabileceği belirtilmektedir. Bu çerçevede hakim durumdaki teşebbüs, sınai hak ile korunan ürününe tüketicilere veya müşterilerine karşı ayrımcı bir tutum içerisinde aşırı fiyat talep ederek hakim durumunu kötüye kullanabilir, yada sınai hakkı ile ilgili lisans vereceği sırada müşterilerine veya potansiyel rakiplerine fahiş lisans bedeli talep ederek hakim durumunu kötüye kullanabilir. Dolayısıyla yukarıda incelenen sınai mülkiyet

⁴¹⁵ Rekabet Kurulunun 01-12/114-29 sayı ve 13/03/2001 tarihli kararı.

⁴¹⁶ ÖZ, Gamze: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 170.

⁴¹⁷ Bu şekilde bir fiyat tespitinin yapılamayacağı ve yapılmasının da gerekli olmadığı doğrultusundaki görüşler için bkz. bu çalışma § 3, I, 6-Tüketicinin Zararına Olarak Üretimin, Pazarlamanın veya Teknik Gelişmenin Engellenmesi (m. 6/II-e).

⁴¹⁸ Bkz. bu çalışma § 2, II, 3, B-Ayrımcılık ve § 3, I, 3-Ayrımcılık Yapılması (m. 6/II-b).

hakları ile korunan bir ürüne aşırı fiyat uygulamak veya fahiş lisans bedeli talep etmek suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması, hakim durumdaki teşebbüsün tüketicilere veya müşterilerine karşı ayrımcı bir tutum içerisinde aşırı fiyat talep etmek suretiyle hakim durumunu kötüye kullanmasından farklılık göstermektedir. Zira burada önem arz eden husus, aşırı fiyat uygulamasının ayrımcı olarak tatbik edilmesidir.

Benzer şekilde hakim durumdaki teşebbüsün temel kaynak faaliyetten yararlanılmasını ayrımcı şekilde reddetmesi RKHK m. 6/II-b uyarınca hakim durumun kötüye kullanılması sayılacaktır. Sınai hakkın sağlamış olduğu hakka dayanılarak belli kişilere lisans verilmesi ve diğerlerine verilmemesi ayrımcılığın açık göstergesidir. Bu doğrultuda salt mal teminin reddi durumu RKHK m.6/II-b uyarınca değil, m. 6/II-a uyarınca da yasaklanmaktadır.

Ayrımcı koşullar öne sürülerek hakim durumun kötüye kullanılması halinde ise, lisans anlaşmaları yoluyla rekabete aykırı koşulların dayatılmasından farklı olarak, ayrımcı koşulların sadece bir kısım müşteri, alıcıya dayatılması diğer müşteri/alıcılara ise, bu koşulların dayatılmaması söz konusudur. Dolayısıyla her şekilde hakim teşebbüs tarafından dayatılan koşulların ayrımcı olması halinde bu tutum RKHK m. 6/II-b uyarınca yasaklanabilecektir.

6. Fikri Sınai Hak Koruması Olmayan Bir Ürünün Satışının Fikri Sınai Hak Koruması Olan Bir Ürünün Satışına Bağlanması

ATAD'ın *Hilti*⁴¹⁹ kararında teşhis edilen fikri sınai hak koruması olmayan bir ürünün satışının, fikri sınai hak koruması olan bir ürünün satışına bağlanması durumu, RKHK m. 6/II-c bendinde de yasaklanmaktadır. Divanın önüne gelen söz konusu olayda patent hakkı ile korunan zımba tabancası kartuşlarının, bu nitelikte bir koruma hakkına sahip olmayan zımba telleri ile birlikte satın alınma zorunluluğunun getirilmesi, 82. maddeye aykırı bulunmuştur. Benzer şekilde RKHK m. 6/II-c bendi de bir mal veya hizmetle birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasına ilişkin sınırlamaların getirilmesini rekabete aykırı bulmaktadır.

Sonuç itibarıyla hakim teşebbüsün sınai hakkını kullanarak bir mal veya hizmetle beraber bir başka mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların bir mal veya hizmet talebini başka bir malın teşhiri şartının kabulüne bağlaması yahut satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi şartlar öne sürmesi RKHK m. 6/II-c'ye aykırı düşecektir.

⁴¹⁹ Case T-30/89 *Hilti AG v Commission*, (1991), ECR II-1439.

7. Bir Pazardaki Hakimiyetin Başka Bir Pazarda Kötüye Kullanılması

Türk rekabet hukukunda RKHK m. 6/II-d hükmünün kanun koyucu tarafından getirilmiş olduğu, Roma Antlaşmasının 82. maddesinde ise bu doğrultuda bir kötüye kullanma halinin sayılmamış olduğu belirtilmiştir. Avrupa Topluluğunda ise, ancak uzun tartışmalar sonucunda bu şekilde bir kötüye kullanma halinin de var olabileceğinin kabul edildiği ve bu çerçevede *Magill*⁴²⁰ kararının verilmiş olduğu yukarıda da ifade edilmiştir.⁴²¹ Türk rekabet hukukunda bu tartışmaların önlenmesi açısından, bir pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün başka bir pazarda bu hakim durumunu kötüye kullanmasının kanun hükmü ile yasaklanmasının olumlu sonuçları olduğu doktrinde de ifade edilmektedir.⁴²²

Bu bağlamda sınai hak sahibi olan ve hakim durumda olan bir teşebbüsün sahip olduğu sınai hakkı kullanarak bir alt pazarda hakim durumunu kötüye kullanması RKHK m. 6/II-d uyarınca engellenebilecektir. Nitekim *Magill* kararında telif hakları ile korunan televizyon programları pazarında hakim durumda olan televizyon şirketlerinin telif hakkı vermemek suretiyle yeni bir televizyon programı dergisi çıkmasını önlemeleri Divan tarafından bir pazardaki hakimiyetin başka bir pazarda kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir.⁴²³

8. İhlal Davası Açma Tehdidi ve Hakkın Kötüye Kullanımı Niteliğinde Tescil

Avrupa Topluluğu rekabet hukuku çerçevesinde sınai haklar yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması hallerinin incelendiği bölümde de belirtilmiş olduğu gibi, sınai hakların ihlali iddiası ile açılan davaların 6. maddeye aykırı olarak yorumlanması istisnai bir durumdur.⁴²⁴ Zira yukarıda da

⁴²⁰ Case T-69/89 *Radio Telefis Eirann v Commission*, (1991), ECR II-485, Case T-70/89, *British Broadcasting Cooperation v Commission*, (1991), ECR II-535, Case T-76/89 *Independent Television Publication Ltd v Commission*, (1991), ECR II-575

⁴²¹ Bkz. bu çalışma § 3, II, 4-Belirli Bir Piyasadaki Hakimiyetin Bir Alt Piyasada Kötüye Kullanılması (m. 6/II-d).

⁴²² ASLAN, Yılmaz: Rekabet Hukuku, s. 243.

⁴²³ Karar hakkında detaylı bilgi için bkz. bu çalışma § 2, III, 3-Lisans Vermeyi Reddetme.

⁴²⁴ ASLAN, Yılmaz: Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler, FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, s. 38.

değnilmiş olduğu gibi, bir hakkın varlığının doğal sonucu bu hakkı korumaya elverişli mekanizmaların da bulunmasıdır. Dolayısıyla sınai hakka ilişkin dava hakkını kullanmak rekabet kanunu anlamında istisnaen hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edebilecektir.⁴²⁵

Diğer taraftan fikri mülkiyet haklarına dayanılarak açılan davalar sonucunda verilen ilamların icraya konulması aşamasında, ilamı aşan nitelikte koruma talepleri karşısında, davayı kaybeden tarafın RKHK'ya aykırılık iddiası ile Rekabet Kuruluna başvurabileceği ve RKHK'ya dayanarak savunma yapabileceği ifade edilmektedir.⁴²⁶

Bu çerçevede Rekabet Kurulunun henüz gerekçesi yayınlanmamış bir kararına konu olan olayda *Renault* firması, arabalarının yedek parça üretimini yapan işletmelere karşı haksız rekabetin önlenmesine yönelik davalar açmış, söz konusu davalar sonucunda İlk Derece Mahkemesi davacının iddiasını haklı bulmuş, başka deyişle “davalıların davacılara ait tescilli otomobil yedek parçalarını üretip satmak suretiyle haksız rekabet eylemini oluşturduklarına”⁴²⁷ karar vermiştir. Bu karar Yargıtay tarafından da onanmıştır. Bunun üzerine davalılar Rekabet Kuruluna “mahkeme kararının ‘tescilli’ malların üretimini yasakladığını, kendi ürettikleri ürünlerin tescilsiz ürünler olduğunu bu nedenle bu ilamın kendileri aleyhine icra edilmeye çalışılmasının ilamla davacıya verilen haklardan fazlasını kullanmak anlamına geldiğini bunun ise, 6. madde anlamında kötüye kullanma teşkil ettiğini ileri sürerek” şikayette bulunmuşlardır. Söz konusu şikayet, hakkında mahkeme kararı olan bir konuda soruşturma açılmayacağı düşünülerek Kurul tarafından reddedilmiştir.⁴²⁸

Ancak bir mahkeme kararının bulunmasının, lehine karar verilen tarafa sürekli bir şekilde, haksız olarak ve verilen ilamın sınırlarını aşar nitelikte icra hakkı vermediği gibi, aleyhine karar verilen tarafı sürekli icra tehdidi altında bırakmayı haklı gösterir nitelikte bulunmadığı da şüphesizdir. Dolayısıyla bu şekilde bir tehdidin de tüm diğer şartların oluşmuş olması halinde, kötüye kullanma sayılabileceği düşünülmektedir.

⁴²⁵ Bu doğrultuda henüz Rekabet Kurulunun vermiş olduğu bir karar bulunmamakla beraber, lisans anlaşmasının kabul edilmesini sağlamaya yönelik dava açılmasının, yahut MK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanımı niteliğinde dava hakkının kullanılması hallerinin, RKHK m. 6/a bendinde öngörüldüğü üzere, rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılması amacını taşıyabileceği ve bu nedenle RKHK'ya aykırı düşebileceği düşünülmektedir bkz. ASLAN, Yılmaz: Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması, s. 27.

⁴²⁶ ASLAN, Yılmaz: Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması, s. 38 vd.

⁴²⁷ ASLAN, Yılmaz: Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması, s. 22.

⁴²⁸ ASLAN, Yılmaz: Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması, s. 38.

Sonuç itibariyle Türk rekabet hukukunda Avrupa rekabet hukukundan farklı olarak paralel ithalatın RKHK'nın 4. maddesinde düzenlenen rekabeti sınırlayıcı uyumlu eylem ve anlaşmalar kadar, 6. maddede düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin maddeye de aykırı düşebileceği görülmektedir. Bu farklılığın ise, sınai hakkın tüketilmesine ilişkin kabul edilen yoruma göre değiştiği yukarıda ifade edilmiştir. Ancak bu farklılık dışında temelde Avrupa Topluluğu rekabet hukuku ile Türk rekabet hukuku açısından, sınai haklar aracılığı ile hakim durumun kötüye kullanılması halleri arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Her iki rekabet düzeninde de hakim durumun kötüye kullanılması hallerinde sınai haklara yer verilmemiş olmasına rağmen, Avrupa Topluluğunda ATAD, Türk hukukunda ise Kurul, yorum suretiyle bu kötüye kullanma hallerini cezalandırabilmektedir. Ancak Kurul'un ATAD'a nazaran yeni kurulmuş olduğu göz önüne alındığında bu konuda RKHK m. 6 çerçevesinde vermiş olduğu çok sayıda karar bulunmamaktadır. Kurulun paralel ithalata ilişkin şu güne dek vermiş olduğu ilk ve tek karar *Police* kararıdır.⁴²⁹ Sınai haklar vasıtasıyla hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin diğer konularda ise, Kurul tarafından 6. madde kapsamında henüz verilmiş bir karar bulunmamaktadır.

⁴²⁹ 2. Yıllık Rapor 2000 Yılı, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2001, s. 91.

SONUÇ

Türkiye'nin içinde bulunduğu serbest piyasa düzeninin temel yapı taşı olan rekabet düzeninin rekabetin varlığını garanti edecek normlardan, başka deyişle rekabet hukuku düzeninden ve rekabet kültüründen oluştuğu genel kabul gören görüş olmaktadır.⁴³⁰ Bu çerçevede rekabet hukuku sisteminin önemli bir parçasını oluşturan rekabet normlarının ve bu normların tatbik edilme usullerinin devletten devlete farklılık gösterdiği, zira rekabet hukuku sisteminin devletlerin ekonomik, sosyal ve politik tercihlerine göre değişkenlik gösterebileceği daha önce de belirtilmiştir. Benzer şekilde demokratik bir devletin ekonomik ve politik tercihleri değiştiği müddetçe rekabet politikasının da değişebileceğini söylemek mümkündür. Şu halde rekabet hukuku sisteminin uzun vadede değişmez bir nitelik göstermediği ve fakat özellikle rekabet normlarının uygulayıcısı konumunda olan otoritelerin uygulamaları sonucunda, zaman içinde farklılık gösterebileceği söylenebilecektir.

Uzun vadede olası değişken niteliğine rağmen rekabet hukuku düzeni serbest piyasa sisteminin koruyucusu ve sağlayıcısı olarak her devletin politikasında yer almaktadır.

Yine her devletin politikasında gelişen ve değişen dünya çerçevesinde sinai haklar da yer almaktadır. Zira günümüz dünyası iletişim-bilişim dünyası olarak değerlendirilmektedir.⁴³¹ Bu yeni dünya düzeninin gerekleri, son derece hızlı bir tüketim, bu çerçevede hızlı üretim ve yeniliklerin ortaya çıkışı zorunluluğu olmaktadır.⁴³² Bu hızlı tüketimin sonucu olarak gündeme gelen sürekli üretim, ortaya konulan yeniliklerin korunmasını, dolayısıyla taklitlerin azaltılmasını zorunlu kılmaktadır. Başka deyişle, özellikle teknoloji üreticisi gelişmiş ülkelerin teknik yenilikler konusundaki öncü pozisyonlarının (geçici şekilde buluşlarını ilk defa piyasaya sürme veya çoğaltma konusunda sahip oldukları tekel hakkının) süresini uzatmaya çalışmaları ve elektronik-teknolojik devrimin sonuçlarından biri olan taklitçilikle mücadelenin daha etkin hale getirilmesi yönünde çabaları söz konusu olmaktadır.⁴³³ Taklitçilik, sözü edilen

⁴³⁰ ERKAN, Hüsnü: agm., s. 36, YAKUPOĞLU, Mukadder M. : agm., s. 124.

⁴³¹ KONGAR, Emre: Üçüncü Küreselleşme Ne Getirecek?, Cumhuriyet Gazetesi, 1/04/2002, s. 3, KARABUDAK, Baha: Yeni Ekonomi, Fikri Haklar ve Microsoft Davası, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Cilt 2, s. 52, DESANTES, Manuel: agm., s. 398.

⁴³² KARABUDAK, Baha: agm., s. 63.

⁴³³ Teknolojik önderliğe dayalı üstünlüğü sınırlayan tek şeyin, günümüz piyasa düzeninde taklitçilik olduğu, bu çerçevede "taklit gecikmesi" ne kadar uzarsa yeniliklere öncülük eden, diğer deyişle icadı gerçekleştiren firmaların o kadar uzun süre teknelci konumlarını sürdürdükleri ve bunun sonucunda da normal üstü karlar elde ettikleri bilinmektedir. Bu sürenin kısalmasının bu nitelikte firmalara iki tür dezavantajı

yeni ekonomik düzende teknolojik önderliğe sahip ülkeler dışında kalan ülkelerin de geçim kaynağını oluşturduğundan, bu durumun dünya çapında engellenmesi hayli zor görünmektedir.⁴³⁴

Bu itibarla sınai haklara verilen önemin artması sonucu sınai haklarla ilgili sorunlar da daha fazla gündeme gelmeye başlamıştır. Ancak bu sorunların hemen tamamının sınai hakların devletin ekonomik politik tercihleri ile bağlantılı olması nedeniyle bu çalışmada bu tercihlere değinilmemiş, konunun daha çok hukuki yönü incelenmeye çalışılmıştır. Bu doğrultuda özellikle sınai hakların tükenme politikalarının ekonomik ve politik tercihlere dayandığı ifade edilmiştir. Bu çerçevede sınai hak sahibi kişilerin bu haklarına dayanarak rekabet hukukunu ihlal etmeleri de olası sorunlar kategorisine girmektedir. Sınai haklar, özellikle marka ve patentler vasıtasıyla gerçekleştirilen rekabet hukukunun ihlallerinden birinin de, rekabet hukukunun temel direklerinden biri olan hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde gerçekleşebileceği malumdur.

Bu çerçevede Türk rekabet hukukunda, hakim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde sınai hakların incelenmesi için Türk rekabet hukukunun mehzazı olan Avrupa Topluluğu rekabet kuralları doğrultusunda hakim durumun kötüye kullanılması incelenmiş ve bu kötüye kullanma özelinde sınai hakların kötüye kullanılması incelenmiştir. Ancak bu incelemenin ardından Türk rekabet hukuku sisteminde benzer nitelikli bir araştırma yapılmasına geçilmiştir.

Avrupa Topluluğu ve Türk rekabet hukukunda sınai haklar kullanılarak hakim durumun kötüye kullanılmasının varlığının tespit edilebilmesi için temelde birden çok şartın bir arada bulunması zorunlu bulunmaktadır. Nitekim bu çalışmada sürekli ifade edilmiş olduğu gibi, sınai haklar her ne kadar sahibine belli bir süre için belli konularda tekel hakkı verseler de, teşebbüsler sınai hakka sahip olmak nedeniyle hakim durumda sayılamazlar. Zira hakim durumda olmak belli bir ekonomik gücün göstergesi olmaktadır. Sınai hakka sahip olmak ise, ancak ekonomik güç elde etmenin bir aracı olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle sınai hakka sahip her kişinin bu hakkını kullanarak rekabet hukukuna (özellikle hakim durumun kötüye kullanılması) aykırı davranması düşünülemeyecektir. Bu nitelikte bir aykırılığın varlığı için her şeyden önce ekonomik kıstaslara göre

bulduğu ifade edilmektedir: İlk dezavantaj, bir icadın gerçekleştirilebilmesi için yapılan ar-ge çalışmalarının masraflarının karşılanamaması riski (nitekim sınai hakların yokluğunda ar-ge faaliyetlerinden kaynaklanan maliyetlere şirketlerin katlanması beklenemeyecektir KARABUDAK, Baha: agm., s. 71), ikincisi ise, önder olma pozisyonunun diğer ülke firmalarına kaptırılması ihtimalidir bkz. ONGUN, Tuba: agm., s. 41.

⁴³⁴ YÜKSEL, Mehmet: agm., s. 700 ve 705 vd.

hakim durumda olan bir işletmenin varlığı, ardından söz konusu işletmenin hakim durumunu sınai hakkını kullanarak kötüye kullanması olgusunun varlığı aranmaktadır.

Şu halde fikri sınai haklara ilişkin yasal mevzuatın cevaz verdiği eylemlerin belli bir ekonomik güce sahip teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmesi rekabet hukukuna aykırılık oluşturabilecektir. Gerçekten iki hukuk dalının çatışması sonucunda hangisine öncelik verileceği bir sorun teşkil edebilecektir. Ancak yaşanacak bu çatışmada fikri sınai hakların da Türk hukukunda dürüstlüğe aykırı şekilde kullanılmayacağı (MK m. 2), nitekim fikri sınai haklar kullanılarak hakim durumun kötüye kullanılmasının ise, Rekabet Kanununda belirtilmiş özel bir dürüstlük kuralının ihlaline benzetilirse (zira ATAD'ın çeşitli kararlarında ifade etmiş olduğu gibi, hakim durumda olan bir teşebbüs piyasada faaliyet gösterirken hakim durumunu kötüye kullanmayacak şekilde davranmak sorumluluğu altındadır⁴³⁵) bu çatışma sonucunda Rekabet Kanununa öncelik verilmesi gerekeceği, zira Rekabet Kanunun bu konuda daha özel bir kanun olduğu sonucuna varılmaktadır.^{436 437}

Sonuç itibariyle sınai haklar kullanılarak rekabet hukukuna aykırılığın tespit edilebilmesi için ilk önce sınai hakların korunma sınırlarının ve bu konuda devletin ekonomik ve politik tercihinin net bir şekilde belirlenmesi ve ardından rekabet hukuku uygulamalarının oluşturulması gerekmektedir. Türkiye Cumhuriyetinin sınai haklar konusundaki tercihinin ne olduğu 1995 yılında Avrupa Birliği ile yapılan görüşmeler sonucunda oluşturulan Ortaklık Konseyi kararı çerçevesinde yürürlüğe konulan marka ve patent kanun hükmünde kararnameleri ile belli olmuştur. Nitekim tercihin Avrupa Topluluğu sistemi yönünde yapıldığı, ancak tükenme olgusunun, 1996 yılında dahil olunan Gümrük Birliğine rağmen, “ülkesel” olarak seçilmesi kimi yazarlara göre bir çelişki oluşturmaktadır.⁴³⁸ Tüm bu tartışmalara rağmen bu konuda devletin ekonomik ve politik bir tercihinin bulunduğu söylenebilecektir. İkinci aşama olan rekabet hukukunun bu tercihler doğrultusunda tatbik edilmesi henüz gerçekleştirilme aşamasındadır. Zira yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, rekabet hukukunun uygulayıcısı konumunda olan Rekabet Kurulunun bu

⁴³⁵ Case 322/81 *Michelin v Commission*, (1983), ECR 3461, p. 57.

⁴³⁶ Ayrıca rekabet kurallarının fikri sınai haklar mevzuatı karşısında daha rijit bir şekilde tatbik edilmesi gerektiği görüşü için bkz. ONGUN, Tuba: agm., s. 60.

⁴³⁷ Rekabet disiplininin sınai hakların korunmasına dair yasal düzenlemelerle öngörülen kısıtlamaları hoş görme yükümlülüğü bulunduğu ilişkin karşı görüş için bkz. ARIKAN, A. Saadet: Fikri ve Sınai Hakların Tükenmesi ve Rekabet Hukuku – Uluslararası Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirme-, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Cilt 1, s. 769-770.

⁴³⁸ PINAR, Hamdi: agm., s. 908-909.

konudaki içtihatı oluşturulma safhasındadır. Ancak bu içtihat oluşumu sırasında mehz Avrupa Topluluğu rekabet hukuku sisteminin uygulayıcısı olan ATAD'ın, bu konudaki kararlarından Türk rekabet hukuku sisteminin de yararlanması söz konusu olacaktır.

Nihayet sınai hakların kullanımının, sınai hakka sahip kişi veya işletmenin ilgili pazarda hakim durumda olması halinde hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edebileceğini, gerek Avrupa Topluluğu rekabet hukuku gerek Türk rekabet hukuku açısından kabul edildiği görülmüştür. Ancak bu çalışmanın sonunda yapılabilecek bir diğer tespit ise, sınai hakların rekabet hukukuna aykırı kullanımlarının çoğunlukla rekabet hukukuna aykırı anlaşmaların yasaklanacağına ilişkin maddelerden⁴³⁹ yola çıkılarak önlenmesi olgusudur. Bu durumun muhtemel iki nedeninin olduğu, ilkinin sınai hakların kullanımının genellikle anlaşmalar vasıtasıyla sağlanması olgusu olduğu, ikinci nedenin ise rekabete aykırılıkların ispatlanmasının bir anlaşmanın varlığı halinde kolaylaşması, hakim durumun ispatlanmasının ise, daha nitelikli bir pazar araştırmasını gerektirmesi olarak düşünülmektedir. Dolayısıyla sınai haklar vasıtasıyla hakim durumun kötüye kullanılması istisnai bir durum olmaktadır.

⁴³⁹ RA m. 81 ve RKHK m. 4.

KAYNAKÇA

ANIK, Gülgün; “AT Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları”, FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 3, s. 103-117.

ARALAN, Gökhan; Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Türkiye, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Yayın No 49, Ankara, 1999.

ARAT, Tuğrul; Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, ATAUM Yayınları, 1998.

ARIKAN, A. Saadet; “EPO Üyeliği ve Türkiye için Anlamı”, Türk Patent Enstitüsü ve Avrupa Patent Ofisi Avrupa Patent Sistemi ve Türkiye Sempozyumu, 22-23 Mayıs 2001, İstanbul, www.turkpatent.org.tr (EPO Üyeliği ve Türkiye için Anlamı).

ARIKAN, A. Saadet; “Fikri-Sınai Haklar ve Rekabet Hukuku”, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, 5 Mart 1999, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, s. 121-164 (Fikri Sınai Haklar ve Rekabet Hukuku).

ARIKAN, A. Saadet; “Fikri ve sınai Hakların Tükenmesi ve Rekabet Hukuku – Uluslar arası Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirme-“, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Cilt 1, s. 754-781.

ARKAN, Sabih; “Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?”, BATİDER, Cilt XX, Sayı 3, Haziran 2000, s. 5-13 (Marka Hakkına Tecavüz).

ARKAN, Sabih; “Marka Hakkının Tüketilmesi”, Prof.Dr.Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 197-208 (Marka Hakkının Tüketilmesi).

ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, Cilt 1, Ankara, 1997 (Marka Hukuku, Cilt 1).

ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, Cilt 2, Ankara, 1998 (Marka Hukuku, Cilt 2).

ASLAN, Yılmaz; Rekabet Hukuku Türkiye’de Rekabet Kanunu Çalışmaları ve Bir Kanun Önerisi, 2 Bası, Bursa, 1993 (Rekabet Kanunu Çalışmaları).

ASLAN Yılmaz; Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Mevzuatı 1998, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1998 (Rekabet Hukuku Mevzuatı).

ASLAN, Yılmaz; Rekabet Hukuku, 2. Bası, Bursa, 2001 (Rekabet Hukuku).

ASLAN, Yılmaz; “Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine

Düşünceler”, FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, s. 19-42 (Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması).

ASLAN, Yılmaz; “Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi”, Perşembe Konferansları, Ekim 1999, s. 65-82.

BAEL, İvo Van/BELLIS, Jean-François: Competition Law of the EEC, Bruxelles, 1993.

BAŞARAN, Tuğba: Avrupa Birliği ve Türkiye’de Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları, İKV Yayınları, No 161, İstanbul, 2000.

BELLAMY, Christopher/CHILD, Graham: Common Market Law of Competition, Third Edition, London, 1987.

BODEWİG, Theo; “On the Misuse of Intellectual Property Rights”, ALBACH, Horst/ROSENKRANZ, Stephanie: Intellectual Property Rights and Global Competition, Berlin, 1995.

BÜYÜKTAŞKIN, Şener: Dünya Ticaret Sistemi, Ankara, 1997.

COOK, Trevor; “Intellectual Property in the European Community”, CAMPHELL, Dennis International Intellectual Property Law New Developments, Austria, 1995, s. 35-55.

D’AMATO, Anthony/LONG, D. Estelle: International Intellectual Property, London, 1997.

DEMİROĞLU, Mehmet; “Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Sınai Mülkiyet Hakları”, İKV Dergisi, Sayı 146, Mayıs-Ağustos 2000, s. 33-55.

DESANTES, Manuel; “Intellectual Property and Competition Law The European Patent System and Its Future”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Cilt 1, s.397-434..

ERKAN, Hüsnü; “Türk Toplumunda Kültür ve Rekabet, Rekabet Kurumu Yayınları, Perşembe Konferansları, Kasım 1999, Ankara, s. 33-75.

GOYDER, D.G.: EC Competition Law, Oxford, 1993.

GÜL, İbrahim: Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000.

GÜNEŞ, Hurşit; “Türk Rekabet Yasasını Hazırlama Güdöleri ve uygulanmasına İlişkin Öneriler”, Rekabet Kurumu Yayınları, Perşembe Konferansları, Nisan 2000, Ankara, s. 3-34.

GÜNUĞUR, Haluk: Avrupa Topluluğu Hukuku, Bası 3, Ankara, 1996.

İNAN, Nurkut; “Tek Satın Alma Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler”, BATİDER, 1993, Cilt XVII, Sayı 2, s. 55-77.

KARABUDAK, Baha; “Yeni Ekonomi, Fikri Haklar ve Microsoft Davası”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Cilt 2, s. 52-80.

KAYHAN, Fahrettin; “Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi”, FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, s. 51-71.

KEYDER BROWN, Virginia (Çev. HACİMİRZAOĞLU, A. Berkay) : Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği Intellectual Property Rights and Customs Union, İstanbul, 1996.

KONGAR, Emre: Üçüncü Küreselleşme Ne Getirecek?, Cumhuriyet Gazetesi, 1/04/2002.

KORAH, Valentine: Cases and Materials on EC Competition Law, London, 1996 (Cases and Materials).

KORAH, Valentine: An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, London, 1994 (EC Competition Law).

KUİLWĪJK, Kees Jan; “Parallel Imports and WTO Law: Some Thoughts After Silhouette”, ECLR, Issue 5, 1999, s. 292-298.

KUNTALP, E./ÖZDEMİR M./ARIKEL, S.; “Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar: Chicago ve Harvard Okullarının Rekabet Kanunu Açısından Karşılaştırılması”, Rekabet Kurumu Yayınları, Perşembe Konferansları, Ekim 2000, Ankara, s. 31-73.

LUBBOCK, Mark; “Hag II and Trademark Delimitation Agreements”, CAMPHELL, Dennis, International Intellectual Property Law New Developments, Austria, 1995, s. 223-243.

MARINA BASTIAN, Eva; “The Community Trade Mark in European Law: Relationship to National Law and Current Issues”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Cilt 1, s. 438-482.

MONTI, Giorgio; “The Scope Of Collective Dominance Under Articles 82 EC”, CMLRev, Issue 38, 2001, s. 131-157.

NAZERALİ, J./HOCKİNG,S./RANASİNGHE U.; “Parallel Imports of Pharmaceuticals-A Prescription for Success or a Free Market Overdose?”, ECLR, Issue 6, 1998, s. 332-342.

ONGUN, Tuba; “Günümüzde Fikrî-Sınai Mülkiyet Hakları”, Rekabet Kurumu Yayınları, Perşembe Konferansları, Mayıs 2000, Ankara, s. 33-71.

ORTAN, A. Necip: Avrupa Patent Sistemi, Cilt 1, Ankara, 1991.

ÖZ, Gamze: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000 (Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması).

ÖZ, Gamze; “Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Pazarda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Birleşme ve Devralmaların Kontrolü”, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, 5 Mart 1999, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, s. 107-119.

ÖZ, Gamze; “Türk Rekabet Hukukundaki Önemli Hükümler ile Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Arasında Karşılaştırmalar, Rekabet Kurumu Yayınları, Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu 5-6 Ekim 1998, İstanbul, 1998, s. 159-171.

ÖZCAN, Mehmet: Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, 1999.

PINAR, Hamdi; “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi”, Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 855-915 (Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi).

PINAR, Hamdi; “Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Alanında Avrupa Toplulukları Mahkemesi’nin Gümrük Birliğinde Malların Serbest Dolaşımına İlişkin Kararları ve Türk Hukukuna Etkileri”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Cilt 1, s. 666-715.

RİVAS J./STROUD F. ; “Developments in EC Competition Law in 1999/2000: An Overview”, CMLRev, Volume 38, No 4, August 2001, s. 935-990.

ŞEHİRALİ, Hayal Ferzan: Patent Hakkının Korunması, Ankara, 1998.

TAYLAN ÇAMLİBEL, Esin: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001.

TEKDEMİR, Yaşar; “AT Rekabet Hukuku Işığında “Birlikte Hakimiyet” Kavramı: Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım”, Rekabet Kurumu Yayınları, Perşembe Konferansları, Mart 2000, Ankara, s. 3-47.

TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 1999 (Fikrî Mülkiyet Hukuku).

TEKİNALP, Ünal; “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri”, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Sayı 5, Ankara, 2000, s. 73-97 (Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri).

TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2000 (Avrupa Birliği Hukuku).

TEOMAN, Ömer; “Tek Satın Alma Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanığı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Cilt X, 1993, s.24-57.

TRITTON, Guy: Intellectual Property in Europe, Sweet & Maxwell, London, 1996.

VAN BUNNEN, Louis: Aspects Actuels du Droit des Marques Dans Le Marché Commun, Bruxelles, 1967.

VILMART, Christine; “L’Epuisement des Droits de Propriété Intellectuelle”, Revue Internationale de La Concurrence, 194.1, 2001, s. 17-27.

YAKUPOĞLU, Mukadder M.; “Rekabet Kültürü ve Rekabet Hukuku”, Rekabet Kurumu Yayınları, Perşembe Konferansları, Şubat-Mart 2001, Ankara, s. 121-144.

YÜKSEL, Mehmet; “Günümüzde Fikri Mülkiyet Hakları ve Azgelişmiş Ülkeler”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Cilt 2, s. 699-732.

WARWICK, A. Rothnie: Parallel Imports, London, 1993.

WEATHERILL, Stephen/BEAUMONT, Paul: **European Competition Law, Second Edition, London, 1995.**

WHISH, Richard: Competition Law, Edinburgh, 1993.

WHISH, Richard; “AT Anlaşması 86. Maddesinin Uygulanması ile İlgili Düşünceler”, Rekabet Kurumu Yayınları, Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu 5-6 Ekim 1998, İstanbul, 1998, s. 33-39.

YALÇINER, Uğur G.: Sınai Mülkiyet’in İlkeleri, Ankara, 2000.

DİĞER

- Avrupa Birliğinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, TÜSİAD Yayın no: T/98-12/247, Aralık, 1998.

- Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Ankara, 2000.

- **POYDNER, Richard:** Richard Poynder discusses the European patent system with Gert Kolle, Director for International Legal Affairs at the European Patent Office, www.derwent.com, 27/09/2001.

- Türk Hukuk Lûgatı, 4. Baskı, Ankara, 1998.
- www.ohim.org
- www.wipo.org

KARARLAR

I- AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU KARARLARI KOMİSYON KARARLARI

- *British Airways/Virgin*, Case no. IV 2000 OJ L 30/1, 4/02/2000)
- *Football World Cup 1998 Tickets* Case IV/D3/36.88, OJ 2000
- *GEMA* 2/06/1971 Ref. IV/26,760
- *London European v Sabena*, OJ 1988 L 317/47
- *NDC Health/IMS Health*, 3 July 2001 Case COMP D3/38.044
- *Tetra Pak II*, IV/31.043, OJ 1992 L 72
- *Zaventem* OJ, L 216/8, 28/06/1995

DİVAN KARARLARI

- *Basset v SACEM*, (Case 402/85 (1987), ECR 1747)
- *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v SV SABAM*, (Case 127/73 (1974), ECR 313)
- *British Broadcasting Cooperation v Commission*, (Case T-70/89, (1991), ECR II-535)
- *British Leyland v Commission* (Case 226/84 (1986) ECR 3263)
- *CBEM-Telemarketing v CLT and IPB* (Case 311/84 (1985) ECR 3261)
- *Centrafarm v American Home Products* (Case 3/78 (1978), ECR 1823)
- *Centrafarm v Sterling Drug*, (Case 15/74 (1974), ECR 1147)

- *Centrafarm v Winthrop* (Case 16/74 (1974), ECR 1183)
- *Conorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Renault*, (Case 53/87 (1988), ECR 6039)
- *Commercial Solvents v Commission* (Case 7/73 (1974), ECR 223)
- *Compagnie Maritime Belge Transports SA and others v Commission*, (Case C-395 & 396/96P, (2000), ECR I-1365)
- *Consten & Grundig v Commission* (Case 58/64 (1965), ECR 385)
- *Deutsche Grammophon GmbH v Metro*, (Case 78/70 (1971), ECR 487)
- *EMI Records Ltd v CBS United Kingdom Ltd* (Case 51/75, (1976), ECR 811)
- *Europemballage and Continental Can v Commission* (Case 6/72 (1973), ECR 215)
- *François Lucazeau v SACEM*, (Case 110/88-241/88-242/88 (1989), ECR 2811)
- *General Motors v Commission* (Case 26/75 (1975), ECR 1367)
- *Greenwich Film Production v SACEM* (Case 22/79 (1979) ECR 3275)
- *GVL v Commission*, (Case 7/82 (1983), ECR 483)
- *Hilti AG v Commission* (Case T 30/89 (1991), ECR II-1439)
- *Hoffmann-La Roche v Commission* (Case 85/76 (1979), ECR 461)
- *Hugin v Commission* (Case 22/78 (1979), ECR 3461)
- *IBM Corp. v Commission* (1981) ECR 2639
- *IMS Health GmbH&Co.OHG v NDC Health GmbH&Co.KG* (2004) ECR 2004.
- *Independent Television Publication Ltd v Commission*, (Case T-76/89 (1991), ECR II-575)
- *ITH Internatiolle Heiztechnik v Ideal Standard GmbH*, (Case 9/93 (1994), ECR I-2789)
- *Javico International v Yves Saint Laurent Parfums* , (Case C-306/96 (1998), ECR I-1983)
- *Michelin v Commission* (Case 322/81, 1983, ECR 3461)
- *Merck v Stephar* (Case 187/80 (1981), ECR 2063)

- *Merck & Co. Inc. And others v Primecrown Limited & Others*, (Case C-267/95 and C-268/95, (1996), ECR I-6285)
- *Oscar Bronner GmbH&Co KG v Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH&Co KG* (Case C-7/97 (1998) ECR I-7791)
- *Parke Davis v Probel* (Case 24/67 (1968), ECR 86)
- *Pharmon BV v Hoechst AG*, (Case 19/84, (1985), ECR 2281)
- *Phyteron International SA v Jean Bourdon SA*, (Case C-352/95, (1997), ECR I-1729)
- *Procureur du Roi v B&G Dassonville*, (Case 8/74 (1974), ECR 837)
- *Radio Telefís Eirann v Commission*, (Case T-69/89 (1991), ECR II-485)
- *Rewe-Zentrale v Bundesmonopolnernerwaltung für Branntweinn*, (Case 120/78, (1979), ECR 649)
- *RTE and ITP v Commission* (Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P (1995) ECR I-743)
- *Sa Cln-Sucal Nv v Hag*, (Case C-10/89 (1990), ECR I-3711)
- *Sebago Inc. And Ancienne Maison Dubois v G-B Unic SA*, (Case C-173/98 (1999), ECR I-4103)
- *Silhouette v Hartlauer* , (Case C-355/96 (1998), ECR I-4799)
- *Sirena Srl v Eda Srl* (Case 40/70, (1971) ECR 69)
- *Suiker Unie* (Case 40/73 (1975) ECR 1663)
- *Terrapin v Terranova* (Case 119/75, (1976), ECR 1039)
- *Tetra Pak Rausing SA v Commission*, (Case T-51/89 (1990), ECR II-309)
- *Tiercé Ladbroke SA v Commission* (Case T-504/93 (1997) ECR II-923)
- *United Brands* (Case 27/76, (1978) ECR 287)
- *Van Zuylen Frères v Hag AG (Hag I)* (Case 192/73 (1974), ECR 731)
- *Volvo v Veng UK* (Case 238/87 (1988), ECR 6211)
- *Walt Wilhelm/Bundeskartellamt* (Case 14/68, 1969, ECR 1)
- *Warner Brothers Inc. v Christiansen* (Case 158/86 (1988), ECR 2605)
- *Zino Davidoff SA v A&G Imports Ltd and Levi Strauss&Co and others v Tesco*, (Joined Cases C-414/99 to C-416/99, (2001), ECR I-08691)

II- TÜRK HUKUKU KARARLARI

- *Armada*, 01-25/238-61, 29/05/2001
- *ASKİ*, 01-12/114-29, 13/03/2001
- *Afyon Ekmek*, 00-29/314-181, 03/08/2000
- *BBD/YAYSAT/BİRYAY*, 00-49/529-291, 14/12/2000
- *Benkar*, 99-21/167-86, 28/04/1999
- *Cine 5*, 11/10/1999, 99-46/500-316
- *Çay-Kur*, 99-31/277-167, 22/06/1999
- *Eti Holding*, 00-50/533-295, 21/12/2000
- *Eukanuba köpek mamaları*, 00-14/138-70, 18/04/2000
- *Police gözlükleri*, 6/11/2000, 00-44/472-257