

BU SAYIDA...

Rekabet Dergisi'nin bu sayısı ile yayın hayatında bir buçuk yılımızı tamamlamış bulunuyoruz. Bu sayımızda iki rekabet uzmanının makalesini yayınlamaktayız. Geçtiğimiz günlerde Rekabet Kurumunun ilk dönem uzman yardımcıları hazırlamış oldukları uzmanlık tezlerini savunarak rekabet uzmanı unvanını elde ettiler. Uzmanlık tezlerinin hazırlanması sürecinde Kurum bünyesinde ciddi bir birikim ve literatür oluşturuldu. Rekabet hukuku ve iktisadının ülkemizde yeni olmasından dolayı Türkçe kaynak konusunda sıkıntılarının yaşandığı konunun ilgilileri tarafından bilinmektedir. Hazırlanan tezler, literatüre katkıda bulunmak amacıyla Rekabet Kurumunca yayın faaliyetleri kapsamında basılarak yayınlanacaktır. Öte yandan, zaman zaman uzmanlarca uzmanlık tezleri bağlamında hazırlanacak makalelere Rekabet Dergisi'nde yer vermeyi düşünmekteyiz.

Bu bağlamda, bu sayıda yer alan ilk makale; Rekabet Uzmanı E. Cenk Gülergün'ün uzmanlık tezi olarak sunduğu konunun bir makale ölçülerine sığdırılmış bir özettir. Gülergün, "Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar" başlıklı makalesinde; rekabet hukuku literatüründe yeni bir kavram olarak ortaya çıkan "yan sınırlama doktrini" AB rekabet hukukundaki gelişim süreci çerçevesinde açıklamaya çalışıyor. Makalede öncelikle "yan sınırlama doktrininin" tarihsel gelişimi ve yan sınırlamanın unsurları ele alındıktan sonra, devralma, ortak girişim ve ortak devralmalarda yan sınırlamaların ortaya çıkış şekilleri ayrıntılı olarak incelenmekte. Uygulamada karşılaşılan "rekabet yasağı", "sınai-ticari mülkiyet hakları ve know-how lisansları" ve "tedarik düzenlemeleri" örnek Komisyon ve Mahkeme kararları çerçevesinde değerlendirilmekte. Makalenin son bölümünde, Türk Rekabet Hukuku uygulamalarındaki yan sınırlamalara Rekabet Kurulu kararları bağlamında yer verilerek, birtakım önerilerde bulunuluyor.

İkinci yazı, Rekabet Uzmanı Yüksel Kaya'ya ait. "Avrupa Birliği ve ABD'de Rekabet Otoritelerinin Lisans Anlaşmalarına Yaklaşımı"nu konu alan makalede Yüksel Kaya; fikri mülkiyet hakları ile korunması

amaçlanan menfaat ile rekabet hukuku tarafından korunmaya çalışılan menfaat arasındaki çelişkinin “lisans anlaşmaları” bağlamında ABD ve AB mevzuatı ve uygulamaları çerçevesinde nasıl giderilmeye çalışıldığını ortaya koymaya çalışıyor. Başlangıçta amaç ve yaklaşım bakımından birbirinden farklı olan iki anlayış biçiminin, AB Komisyonunun bakış açısının zaman içinde değişime uğraması sonucu ABD uygulamalarına paralellikler arz ettiği ifade ediliyor. Yazar, AB Komisyonunun 240/96 sayılı Tüzük'te yapmayı planladığı revizyon ile yeni dikey anlaşmalar tüzüğündeki bir yapının benimsenmesi halinde Komisyon yaklaşımının 1995 tarihli Amerikan Rehberi ile önemli oranda benzerlikler göstereceğini belirtiyor.

Kararlar bölümünde, 01.04.2001-30.06.2001 tarihleri arasında Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan nihai kararların özetleri yer alıyor. Rekabet Kurulunun geçen dönemde almış olduğu ve Kurulun yaklaşımını ortaya koyabilecek özellikler taşıyan bazı kararlar hakkında daha ayrıntılı bilgilere “Seçilmiş Kararlar” bölümünde yer verdik.

Saygılarımızla...

TOPLULUK REKABET HUKUKU İŞİĞİNDA BİRLEŞME-DEVRALMALARDA YAN SINIRLAMALAR

E. Cenk GÜLERGÜN*

GİRİŞ

Yoğunlaşma (birleşme-devralma) kontrolü, Topluluk'ta 4064/89 sayılı "Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü", ülkemizde ise 4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"de belirlenen esaslar çerçevesinde yapılmaktadır. Bunlara göre yoğunlaşmanın değerlendirilmesindeki temel ölçüt, işlem sonucunda ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmayacağıdır. Yapılan incelemede, işlemi bütünleyen yan sınırlamalarla karşılaşılabilir. Bu düzenlemeler işlem taraflarınca kararlaştırılan, işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli, üçüncü kişileri bağlamayan kısıtlamalardır.

Yan sınırlamaları konu alan bu çalışma dört bölümden ("Sonuç" hariç) oluşmaktadır. İlk bölümde yan sınırlama doktrininin gelişimi, Topluluk mevzuatında ne şekilde yer bulduğu ve değerlendirme kriterleri üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde devralma ve ortak girişim oluşturulması işlemlerinde rekabet yasağı, lisans anlaşmaları ve tedarik düzenlemeleri şeklinde ortaya çıkan kısıtlamalar tartışılmış, ortak devralmalardaki sınırlamalar kısaca açıklanmıştır. "Yeni Duyuru" başlığı altında, Topluluk mevzuatından birçok noktada ayrılan uygulama dikkate alınarak hazırlanan ve birkaç ay önce yürürlüğe giren yeni Duyuru'ya; dördüncü bölümde ise bazı Rekabet Kurulu kararlarına yer verilmiştir. "Sonuç" başlığı altında, Topluluk mevzuatı ve uygulaması genel olarak değerlendirilmiş, Türkiye tecrübesine yönelik önerilerde bulunulmuştur.

* *Rekabet Kurumu Uzmanı. Bu makalede yer alan görüşler, Rekabet Kurumu'nun görüşleri olmayıp, yazarın kendi görüşleridir.*

1. YAN SINIRLAMA DOKTRİNİ

Genel olarak temel bir düzenlemenin yanında getirilen ve bu düzenlemeyle birlikte bir anlam ifade eden ek hükümler şeklinde tanımlanabilecek yan sınırlamalar, dahil olduğu işlem ve ekonomik koşullar itibarıyla farklı anlamlara gelmektedir. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların merkezinde yer almayan düzenlemeleri ifade etmek için kullanılabilen “yan sınırlama” kavramı, aynı zamanda ihlal doğurucu olarak görülmeyen anlaşmalara ilişkin alt gruptan birini tanımlamaktadır. Bunlar arasında en önemli başlık “yoğunlaşmanın yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar” olup ticari riske karşı önlem niteliğindeki düzenlemeler bu gruptaki diğer esaslı örnektir (Dias 1995, 328). Bellamy ve Child (1993, 345), yoğunlaşmayla getirilen kısıtlamaları üçe bölmüştür: Yoğunlaşma yaratan sınırlamalar, işlem öncesine yönelik kısıtlamalar ve tarafların işlem sonrasındaki davranışlarına ilişkin düzenlemeler. Taraflara işlem sonrasına yönelik koşullar yüklenmesi esas olarak ve belirli koşullarla yan sınırlamalar başlığı altında ele alınmaktadır.

Topluluk rekabet hukuku mevzuatının konuya ilişkin en ayrıntılı düzenlemesi olan, 14.08.1990 tarihli “Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu”nda¹, yoğunlaşmaların yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalara ilişkin yoruma yer verilmiştir.² Duyuru’da; yoğunlaşma taraflarına getirilen ve üçüncü kişilerin zararına olmayan, işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaların işleme birlikte değerlendirileceği, dolayısıyla birleşme-devralmaya verilecek iznin bu tür kısıtlamalar için kendiliğinden geçerli olacağı ortaya konulmuştur. İşlemden ayrılabilir nitelikteki veya işlemin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olandan süresi ya da kapsamı yönüyle daha kısıtlayıcı sınırlamaların bu şekilde değerlendirilmeyeceğinin ve 81/1 ile 82’nci³ maddeler karşısında incelenebileceğinin belirtildiği Duyuru’da; devralma ve ortak girişim oluşturulmasında temel olarak rekabet yasağı, sınai-fikri mülkiyet hakları lisansları ile tedarik hükümleri şekillerinde ortaya çıkan yan sınırlamalar ve ortak devralmalardaki düzenlemeler açıklanmıştır.

1.1. Tarihçe

¹ Bu Duyuru yenilenmiştir. Yeni Duyuru ilerleyen bölümlerde açıklanacaktır.

² OJ C 203/5,1990

³ Karışıklığa yol açmamak için, Roma Antlaşması’nın 85 ve 86’nci maddelerine yapılan atıflarda, bu maddeler Amsterdam Anlaşması’nda öngörülen numaralandırma doğrultusunda “81 ve 82’nci” maddeler olarak anılacaktır.

Holley (1990, 428), yan sınırlama kavramı tarihinin, İngiliz hukuku uygulamasında işletme satışlarında rekabet yasağının tanındığı 17'nci yüzyıla uzandığını belirtmiştir (“**Broad v. Jollyfe**”,1620; “**Anon**”,1641; “**Prugnell v. Gosse**”,1648). 1711 yılında, bir fırının kiralanmasında kiracının ihtiyacı gözetilerek getirilen, belirli bir bölgede 5 yıl rekabet etmeme koşulu ticaretin kısıtlanması olarak görülmemiştir (“**Mitchel v. Reynolds**”). Sherman Kanunu'nun kabulünden uzun olmayan bir süre sonra Amerikan mahkemesinin aldığı “**US v. Addyston Pipe & Steel Co.**” Kararı'nda da benzer bir yaklaşım benimsemiştir (Dias 1995, 327). Yargıç Taft şu sonuca ulaşmıştır:

Hukuki bir sözleşmenin ana amacının yanında, sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına veya bu getirilerden başkalarının hukuk dışı yararlanmasının önlenmesine yönelik düzenlemeler dışında ticaretin sınırlandırılması yasaktır.⁴

Topluluk rekabet hukukunda yan sınırlama kuralı ilk kez Komisyon'un 30.07.1964 tarihli “**Nicholas Freres/Vitapro**” Kararı'nda uygulanmış ve devir işleminde 5 yıllık rekabet etmeme koşulunun getirilmesi ihlal olarak değerlendirilmemiştir.⁵ 20.12.1974 tarihli “**SHV/Chevron**” Kararı'nda, ortak girişim kurulması işleminde rekabet yasağı ilk kez tartışılmış ve ortak girişime devredilen malvarlığının değerinin korunması gereksinimi vurgulanmıştır.⁶ Komisyon'un yan sınırlamalara ilişkin yaklaşımının oluşmasında, 26.07.1976 tarihli “**Reuter/BASF**” Kararı oldukça önemlidir.⁷ Karar, BASF tarafından malvarlığı devralınan Dr.Reuter'e 8 yıl süreli rekabet yasağı getirilmesiyle ilgilidir. Komisyon, satıcıya getirilen rekabet yasağını 5 yıla sınırlandırarak 81/1'inci madde kapsamında bulmazken, özetle şu değerlendirmeleri yapmıştır:

– Bazı durumlarda, satıcının devralmanın hemen ardından alıcının yeni rakipleriyle işbirliğine giderek eski müşterilerini kazanmasının önlenmesi gerekmektedir. Buna yönelik düzenlemelere 81/1'inci maddenin uygulanması, yasak olmayan işlemlerin yaşama geçirilmesini güçleştirebilmekte, hatta olanaksızlaştırabilmektedir. Ancak bu gerçek, alıcının satıcıya karşı sınırsızca korunmasını gerektirmemektedir. Koruma, devralınan teşebbüsün işlem öncesindeki konumuna ulaşmasına yetecek süre ve kapsamla sınırlı tutulmalıdır.

⁴85 Fed 271, 6th Cir.,1898

⁵ OJ 136/2287,1964

⁶ OJL 38/14,1975

⁷ OJL 254/40,1976

– Devredilen işletmenin değerinin önemli bir kısmı teknik bilgiden oluştuğunda, işlemin etkin bir şekilde yürütülebilmesi için ek koruma düzenlemeleri gerekli görülebilmektedir, çünkü transfer edilen teknik know-how'a vakıf olan satıcı bundan doğan rekabet avantajıyla işletmenin tam değeriyle alıcıya geçmesi sürecine zarar verebilecek konumdadır.

12.12.1983 tarihli “**Nutricia**” Kararı, yan sınırlama doktrininin gelişmesine damgasını vurmuştur.⁸ Komisyon; “**Reuter/BASF**” Kararı'nda olduğu gibi, maddi varlıklarının yanında ticari itibarın⁹ transferini içeren işlemlerde, satıcının rekabetçi davranışlarına yönelik kısıtlamalar getirilebileceğini ortaya koymuş, ancak inceleme konusu düzenlemeleri gerekli olandan daha kısıtlayıcı bularak yasaklamıştır. ATAD, Komisyon'un “**Nutricia**” Kararı üzerine aldığı, “**Remia BV v. Komisyon**” Kararı ile tali sınırlamalar konusunda içtihat yaratmıştır.¹⁰ ATAD; alıcı ile satıcının rakip olarak kalması halinde devredilen işletme hakkında ayrıntılı bilgiye sahip satıcının eski müşterilerini kolayca kazanıp alıcıyı pazar dışına itebileceğine, dolayısıyla işlemin etki doğurmayacağına işaret ederek Komisyon'un yaklaşımını onaylamıştır. Karar'da,

Devralma sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağı hükmü, işlemin istenen etkiyi yaratmasını sağlamaya yöneliktir. Bu tür düzenlemeler, ilgili pazardaki rakip sayısında artışa yol açtığından, rekabeti şiddetlendirmektedir. Ancak rekabet açısından yararlı sonuçların elde edilmesi için, rekabet yasağı devralmanın yaşama geçirilmesi için gerekli ve aynı zamanda süre ile kapsam yönüyle işlemin amacıyla sınırlı olmalıdır.

değerlendirmesi yapılmıştır. Buna göre, satıcıya karşı korunan alıcı pazarda tutunabilecek, ancak rekabet yasağı sınırsız olmayacağından alıcı makul bir süre sonra pazara dönebilecek ve böylece rekabet yasağı uzun vadede rakip sayısının artması sonucunu doğurabilecektir.

Komisyon'un 12.12.1984 tarihli “**Mecaniver/PPG**” Kararı'nda, alıcının onayı olmaksızın satıcının devredilen işletme ve bunun bağlı işletmeleriyle Avrupa'da üç yıl rekabet etmeyeceğine ilişkin hüküm ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir.¹¹ Komisyon; teknoloji ile ticari

⁸ OJ L 376/22,1983

⁹ “Good-will” yerine kullanılan **ticari itibar**; iyi geçmiş, ün, prestij, müşterilerle iyi ilişkiler ve müşteri portföyünü birlikte ifade eden bir üst kavram olarak benimsenmiştir.

¹⁰ http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=684J0042

¹¹ OJ L 135/54,1985

itibarın birlikte devri söz konusu olduğundan, süresi ve coğrafi kapsamı makul olan bu rekabet yasağını 81/1'inci madde kapsamında bulmamıştır.

Yukarıda yer verilen ATAD ve Komisyon kararları ile, yoğunlaşmanın yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaların - özellikle rekabet yasağının- nasıl değerlendirileceğine ilişkin temel yaklaşım şekillenmiştir. “Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu”nun çıkarılması (14.08.1990) ve 4068/89 sayılı “Teşebbüsler Arasında Yoğunlaşmaların Kontrolü Üzerine Konsey Tüzüğü”nün¹² yürürlüğe girmesiyle (21.09.1990), kararlarla gelişen yan sınırlama doktrini Topluluk mevzuatında yerini bulmuştur.

1.2. Topluluk Rekabet Hukuku Mevzuatında Yan Sınırlamalar

Yan sınırlama kuralının temeli “Teşebbüsler Arasında Yoğunlaşmaların Kontrolü Üzerine Konsey Tüzüğü”nde (Yoğunlaşma Tüzüğü) kurulmuştur. Dibace kısmının 25'inci paragrafında, Tüzük'ün, ilgili teşebbüslerin kabul ettiği ve işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalara uygulanacağı belirtilmiştir. Tüzük'ün 6/1(b) ve 8/2'nci maddelerinde; Tüzük kapsamında bulunan işleme izin verilmesi halinde, izin bu sınırlamalar için de geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. 447/98 sayılı Tüzük'ün¹³ ekindeki Bildirim Formu'nun (Form CO) “Genel Hususlar” başlıklı kısmının ilk bölümünde, yan sınırlama sayılması talep edilen düzenlemelere, talebin gerekçeleriyle birlikte yer verilmesi istenmiştir.

Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu'nun “Giriş” Bölümü'nde, yoğunlaşmadan bağımsız ele alındığında 81 ve 82'nci madde karşısında incelenebilecek yan kısıtlamaların yoğunlaşmayla birlikte değerlendirileceği vurgulanmıştır. Böylece bu kısıtlamaların, 17 sayılı Tüzük'e göre ayrıca bildirilmesi gereği ortadan kaldırılmış ve gerçek ekonomik koşulları çerçevesinde ele alınması sağlanmıştır (Cook ve Kerse 2000, 185). Duyuru'da; tali kısıtlamalara ilişkin başlıca üç kategori (rekabet yasağı, sınai ve ticari mülkiyet hakları lisansları, tedarik hükümleri) belirlenmiş ve bunların herbiri devralma ile yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerin oluşturulması başlıkları altında incelenmiş, ortak devralmalardaki düzenlemeler açıklanmıştır.

¹² OJ L 395,30.12.1989; düzeltmeler OJ L 257, 21.9.1990, p.13; 30.06.1997 tarih ve 1310/97 sayılı Tüzük ile getirilen değişiklikler OJ L 180, 9.7.1997

¹³ OJ L 61,1998

1.3. Yan Sınırlama Unsurları

Birleşme-devralmalarla birlikte getirilen düzenlemelerin, yan sınırlama sayılması için taraflar açısından kısıtlayıcı, yoğunlaşmayla doğrudan ilgili, işlemin yürütülmesi için gerekli, kapsamının belirli ve sınırlı olması gerekmektedir. İşleme doğrudan ilgili ve gerekli olmayan veya gerekli olandan daha kısıtlayıcı düzenlemeler 81 ve 82'nci maddeler kapsamında incelenebilmektedir.

1.3.1. Sınırlama

Komisyon Duyurusu'nun "Değerlendirme Kriterleri" başlığı altında, kendi hareket özgürlüğünü sınırlamak üzere işlem taraflarınca anlaşılan ve üçüncü kişilerin zararına olmayan kısıtlamaların yan sınırlama sayılabileceği belirtilmiştir. Taraflar açısından kısıtlayıcı nitelikte olmayan düzenlemelerin tali bulunması söz konusu değildir. Yoğunlaşmanın kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkan, ancak üçüncü kişilerin zararına olan sınırlamalar işleme birlikte değerlendirilecektir. Örneğin, bir devralma sonucunda alternatif sağlayıcı veya alıcı sayısının azalması, bu anlamda "üçüncü kişilerin zararına" değildir (Holley 1990, 433). Aşağıdaki Komisyon kararları, ne tür düzenlemelerin kısıtlayıcı bulunmayarak yan sınırlama sayılmadığını göstermesi açısından önemlidir.

"Akzo Nobel/Monsanto" Kararı'nda; Ortak Girişim Anlaşması'na göre,

– kendi etkinlikleri dışında ve ana teşebbüslerden birinin faal olduğu bir alanda yararlanılabilecek tescilli hakların ortak girişim tarafından geliştirilmesi, keşfedilmesi ya da devralınması halinde, uygun koşullarda ve üçüncü kişilere lisans verilmesi serbest kalacak şekilde bu hakların kullanımına yönelik ana teşebbüslere lisans verilmesi,

– ortak girişimin isteği üzerine başlangıç döneminde, pazar fiyatları üzerinden ve münhasıran olmaksızın, ana teşebbüslerin ortak girişime belirli hammaddeleri sağlaması,

kısıtlayıcı bulunmamıştır.¹⁴ **"Dalgetry Plc/The Quaker Oats Company"** Kararı'nda; satıcının, devredeceği işletmeler ile bünyesinde kalan işletmeler arasındaki borç ve yükümlülüklerin gereğini yerine getirecek ve devredeceği işletmelerin alıcının faaliyetleriyle ilgili olmayan

¹⁴ OJC 37/3,1995

malvarlığını bünyesinde kalan diğer şirketlere aktaracak olması sınırlama olarak görülmemiştir.¹⁵ “**Philips/Lucent Technologies**” Kararı’nda;

– dezavantajına olmamak şartıyla ortak girişimin ana teşebbüslerden Lucent’e terminal teçhizatı sağlaması, karşılıklı onayın söz konusu olması nedeniyle,

– ortak girişime hizmet sunulması ve ortak girişimden alım yapılması, piyasa koşulları üzerinden gerçekleştirileceğinden,

– teknoloji lisansı ve ortak geliştirme anlaşmaları, münhasırlık içermediğinden,

sınırlayıcı bulunmamıştır.¹⁶

“**BASF/Shell II**” Kararı’nda; biri ortak girişimin faaliyetlerini gerçekleştirecek olan ve diğeri ana teşebbüs BASF’ın etkinlikleriyle ilgili iki fabrikanın ayrılamaz olması nedeniyle birlikte ortak girişime devredilmesi sonrasında, BASF’ın faaliyetiyle ilgili lisansların ana teşebbüse verilmesi kısıtlama sayılmamıştır.¹⁷ “**VIAG/Orange UK**” Kararı’nda; ana teşebbüslerin uygun koşullarla ortak girişime bazı hizmetleri sağlayacak ve marka lisansı verecek olması sınırlama kabul edilmemiştir.¹⁸

Anlaşılmaktadır ki; üçüncü kişilerle ilişkide bulunulmasını önlemeyen ve piyasa koşulları üzerinden gerçekleştirilmesi öngörülen düzenlemeler ile alıcıya veya ortak girişime fikri-sınai mülkiyet haklarının kullanımına yönelik lisans verilmesi (işlemin ayrılmaz parçası olan teknoloji transferini sağlamanın basit bir aracı olarak görülerek) kısıtlayıcı bulunmayabilmektedir.

1.3.2. Doğrudan İlgililik

Yan sınırlama unsurlarından biri olan doğrudan ilgililik sınırlamanın işlemin yürütülmesine katkı vermesini, ancak yoğunlaşmanın temel amacının gerisinde kalmasını ve işlemde kaynaklanan sonuçlardan nitelik olarak büyük farklılık gösterecek kadar önemli olmamasını tanımlamaktadır. Holley (1990, 435)’e göre bu ifadeden, kısıtlamanın yoğunlaşma koşullarında oluşan diğer

¹⁵ OJ C 82/14, 1995

¹⁶ OJ C 274/7, 1997

¹⁷ OJ C 81/5, 1998

¹⁸ http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31998J0004

hükümlerden tamamen farklı nitelikte olmamasının beklendiği anlaşılmalıdır.

“**Nestle/Perrier**” Kararı’nda, Perrier SA’nın satışında hisselerin tümü için teklif veren Nestle SA Source’nın teklif öncesinde BSN ile yaptığı bir anlaşmada ihalenin kazanılması halinde Volvic menbasının BSN’ye bırakılmasının öngörülmesinin yan sınırlama sayılması talebi tartışılmıştır.¹⁹ Önemi yönüyle bildirim konu işlemde geride olmayan anlaşma yan sınırlama kuralı çerçevesinde ele alınmamıştır. “**Marconi/Finmeccanica**” Kararı’nda; iletişim alanında faaliyet gösterecek bir ortak girişim kurulurken, bir ana teşebbüsün telsiz alanındaki faaliyetlerinin diğer ana teşebbüse devredilmesinin yan sınırlama sayılması yönündeki talep, bu devrin işlemin yürütülmesiyle ilgili olmadığı tespitiyle uygun bulunmamıştır.²⁰ “**Bertelsmann/News International/ Vox**” Kararı’nda²¹, ana teşebbüslerden Bertelsmann’ın diğer ana teşebbüs News International’ın Almanya’daki faaliyetlerine gelecekte katılmasının öngörülmesi; “**Kodak/Imation**” Kararı’nda²² ise, alıcıya devredilen fikri mülkiyet haklarıyla ilgili olası anlaşmazlıkların çözümüne yönelik tarafların anlaşması işlemle ilgisiz bulunmuştur. “**Kingfisher/Grosslabor**” Kararı’na konu işlem Wegert Grosslabor teşebbüsünün %60 oranındaki hissesinin Kingfisher tarafından devralınması olup kalan %40’lık hissenin de alıcı tarafından satın alınabilmesi olanağını getiren bir anlaşma yapılmıştır.²³ Komisyon, bu anlaşmanın farklı bir işlem oluşturduğu, dolayısıyla bildirim konu işlemin gerçekleştirilmesiyle doğrudan ilgili sayılamayacağı görüşüne varmıştır.

Yan sınırlamalar, bağımsız iki teşebbüs arasında ekonomik birlik doğuran ya da ortak kontrolü düzenleyen anlaşmalar gibi, işlemi yaratan düzenlemeleri kapsamamaktadır. Yoğunlaşmanın asli unsuru olan bu düzenlemeler, Tüzük’ün esas değerlendirme konusunu oluşturmaktadır. Öte yandan, Fine (1994, 235)’in işaret ettiği gibi, Duyuru’da hem işlemin ekonomik temelini oluşturan hem de taraflara sınırlama getiren hususlara ilişkin açıklık getirilmemiş ve bu belirsizlik Komisyon kararlarına yansımıştır. Özellikle ana teşebbüslere rekabet yasağı getirilmesinin ve devralmalarda alıcıya ilgili fikri mülkiyet haklarının devredilmesinin veya

¹⁹ OJC 356/1,1992

²⁰ OJC 253/10,1994

²¹ OJC 274,1994

²² OJC 17/2,1999

²³ http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&num doc=31999M1482

bunların kullanımına ilişkin lisans verilmesinin tartışılmasında, bu ayırım açıkça ortaya konulmamıştır. Bu noktada, asli unsur-yan sınırlama ayırımını açıklayacak köşeli bir tanıma gerek vardır. Ancak olay bazında karmaşık durumların varlığı böyle bir tanım yapılmasını güçleştirmektedir. Yine de şu ayırma gitmek mümkündür: Asli unsurlar yoğunlaşmalar için her zaman ve her koşulda gerekli ve yaratıcı düzenlemelerken, yan sınırlamalar işlem özelinde gerekli kısıtlamalardır. Örneğin kontrolün el değiştirmesi devralmanın hukuki tanımını oluşturan olmazsa olmaz koşuluyla, rekabet yasağı bazı devralmaların etki doğurabilmesi için gereklidir.

Duyuru'ya göre; işlemin aşamalı olarak gerçekleştirildiği durumlarda, kontrolün yapısal değişikliğe uğramasından öncesine yönelik düzenlemeler yan sınırlama sayılmayacaktır. Nitekim, kontrol yapısal değişikliğe uğramadıkça yoğunlaşmadan ve bunun yan sınırlamalarından söz etmek mümkün değildir. Konu genişletilerek işlem öncesine yönelik sınırlamaların ne şekilde değerlendirildiğine bakıldığında, tutarlı bir yol izlendiği söylenemeyecektir.

“Solvey-Laporte/Interox”²⁴ ve **“American Home Products/Monsanto”²⁵** Kararlarında; işlemin tamamlanmasından öncesine yönelik sınırlamaların tali sayılması yönündeki talepler, Duyuru'ya atıfta bulunularak reddedilmiştir. Diğer taraftan **“Dalgetry Plc/The Quaker Oats Company”**, **“GE/CIGI”²⁶**, **“UAP/Provincial”²⁷**, **“Thomson CSF/Deutsche Aerospace”²⁸**, **“Dupont/ICI”²⁹** ve **“BAT/Zürich”³⁰** Kararlarında işleme konu işletmelerin kapanışa kadar normal faaliyetlerinin dışına çıkmaması ve işlemin zararına eylemlerden kaçınması tali kısıtlama kabul edilmiştir. **“Ameritech/Tele Danmark”** Kararı'nda ise, kapanışın 01.05.1998 tarihinden önce gerçekleştirilememesi halinde alıcının devralacağı işletmeyle rekabet etmekten kaçınacak olması, düzenlemenin yokluğunda tarafların anlaşma yapamayacak oluşu gerekçesiyle ve tarafların aynı coğrafi pazarda bulunmadığına işaret edilerek yan sınırlama sayılmıştır.³¹

1.3.3. Gereklilik ve Orantılılık

²⁴ OJC 165,1992

²⁵ OJC 109/4,1999

²⁶ OJC 271,1994

²⁷ OJC 322/5,1995

²⁸ OJC 65/4,1995

²⁹ OJC 4/4,1998

³⁰ OJC 92/17,1998

³¹ OJC 25/18,1998

Kısıtlamaların, yan sınırlama sayılmasının diğer bir koşulu işlemin yaşama geçirilmesi için gerekli olmasıdır. Duyuru'ya göre sınırlamaların gerekli olması, bunların yokluğunda işlemin gerçekleştirilemeyecek veya daha belirsiz koşullar altında, çok daha yüksek maliyetlerle ve uzun sürede ya da epeyce az başarı olasılığıyla gerçekleştirilebilecek olmasını ifade etmektedir. Holley (1990, 437) burada gerçekleştirilmekten anlaşılması gerekenin, işlemin kabul edilebilir maliyetlerle veya daha hızlı bir şekilde yahut daha yüksek başarı olasılığıyla yaşama geçirilebilmesi olduğunu belirtmiştir. Celli ve Grenfell (1997, 126)'in işaret ettiği gibi, orantılılık ilkesi gözetilerek kısıtlamanın niteliğinin yanında konusunun ve coğrafi uygulama alanının işlemin yürütülebilmesi için gerekli olacak kadarla sınırlı tutulup tutulmadığı dikkate alınmaktadır. Alternatifler bulunduğu, taraflar en az sınırlayıcı düzenlemeyi tercih etmelidir.

Uygulama Komisyon'la tarafların görüşerek gerekli olandan daha sınırlayıcı olan düzenlemelerin yeterli ölçülere çekilmesiyle menfi tespit verilmesi yönünde olabilmektedir (Bellamy ve Child 1993, 347). Ancak özellikle son yıllarda Komisyon, değişikliğin yapılıp yapılmamasını pazarlık konusu yapmamakta ve kısıtlamaları belirli ölçülere kadar yan sınırlama sayacağına nihai kararında yer vermektedir. Kısıtlamaların makul olanın çok üstünde sınırlayıcı olduğu bazı örneklerde, kısıtlamaların yan sınırlama sayılmasına ilişkin talep reddedilmektedir. **“Courtaulds/SNIA”**³², **“Inchape/IEP”**³³ ve **“General Re/Kölnische Rück”**³⁴ Kararlarında düzenlemeler süreleri sınırlandırılarak tali bulunmuştur. **“Saudi Aramco/ MOH”** Kararı'nda, ortak girişimin 20-30 yıllık bir dönemde toplam hampetrol alımının %60-90'ına denk gelen miktarda hampetrolü ana teşebbüs Saudi Aramco'dan satın alacak olması, hem süre hem de kapsam yönüyle gerekli olandan fazla kısıtlayıcı görülerek yan sınırlama sayılmamıştır.³⁵ **“Recticel/Greiner”**³⁶ ve **“Birmingham International Airport”**³⁷ Kararlarında da, kısıtlamaların yan sınırlama sayılması talebi orantılılık ilkesi gereğince reddedilmiştir.

1.3.4. Diğer Koşullar

Duyuru'da açıkça yer almamakla birlikte, uygulamadan doğan ve düzenlemelerin yan sınırlama kuralı karşısında tartışılıp

³² OJC 333,1991

³³ OJC 21,1992

³⁴ OJC 312/5,1994

³⁵ OJC 158/4,1995

³⁶ OJC 205/4,1997

³⁷ OJC 137/3,1997

tartışılmayacağını belirleyen koşullar vardır. Bunlardan ilki, yan sınırlama kabul edilmesi beklenen düzenlemelerin neden işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli olduğunun açıklanmasıdır. Komisyon genellikle, bildirilmeyen veya yeterince açıklanmayan kısıtlamaları değerlendirmeye almamaktadır. “Dupont/ICI” ve “BASF/Shell II” Kararları bu koşulu açıklamaktadır. Diğer yandan, yan sınırlama sayılması talep edilen düzenlemelerin niteliğinin ve kapsamının belirli olması gerekmektedir. Nitekim Komisyon, süre ve bölge yönüyle belirsiz düzenlemeleri tali kısıtlama kabul etmemektedir. Buradaki temel endişe, süresi ve kapsamı belirsiz düzenlemelerin amacı aşan ve sınırsız uygulamalara yol açabilecek oluşundan kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, usulü ilgilendirdiği düşünülebilecek bu husus aynı zamanda orantılılık ilkesi açısından da anlamlıdır.

“Akzo Nobel/Monsanto” Kararı’nda, AR-GE ile ilgili hizmetlerin ortak girişime sunulmasını düzenleyen anlaşmalara benzer anlaşmaların zaman zaman yapılabileceğine ilişkin hüküm, süresinin belirsizliği nedeniyle; “Birmingham International Airport” Kararı’nda ise, ana teşebbüslerden birine getirilen rekabet yasağı, coğrafi sınırının kesin olarak tanımlanmamış ve değişikliklere açık oluşu göz önüne alınarak yan sınırlama sayılmamıştır. Bu Kararlardan farklı olarak “GECC/Avis Lease” Kararı’nda, satıcının alıcıya belirli hizmetleri sunmasına ilişkin düzenlemelerin belirsiz bulunan süresi sınırlandırılmıştır.³⁸ Kesinleşmemiş ve son hali verilmemiş kısıtlamalar ile bağlayıcı olmayan hükümler de Duyuru kapsamında incelenmemektedir. “Nordic Capital/Mölnlycke Clinical/Kolmi”³⁹, “UPM-Kymmene/ April”⁴⁰ ve “ENEL/FT/DT”⁴¹ Kararlarında, niyet beyanından ibaret olan veya son hali verilmemiş düzenlemeler değerlendirmeye alınmamıştır.

YAN SINIRLAMALARIN ORTAYA ÇIKIŞ ŞEKİLLERİ

Duyuru’nun üç, dört ve beşinci bölümlerinde; devralma ve yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerin kurulması başlıkları altında rekabet yasağı, lisanslar anlaşmaları ve tedarik hükümleri açıklanmış, ayrıca ortak devralmalarda tali kısıtlamalara yer verilmiştir.

2.1. Devralmalarda Yan Sınırlamalar

³⁸ OJC 201,1992

³⁹ OJC 39/19,1998

⁴⁰ OJC 219/9,1998

⁴¹ http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&num doc=31998J0002

2.1.1. Rekabet Yasağı

Komisyon Duyurusu'nda; devirlerde satıcıya rekabet yasağı getirilmesindeki amacın, maddi varlıklar ile satıcının geliştirdiği ticari itibar ve know-how gibi maddi olmayan varlıkların tüm değeriyle alıcıya geçmesi olduğu belirtilmiştir. Bunun için, alıcının müşteri bağımlılığını kazanabileceği ve devraldığı know-how'dan tam anlamıyla yararlanabileceği ölçüde satıcının rekabetçi davranışlardan korunması ihtiyacı vardır. Desai (1991, 178), rekabet yasağının yokluğunda satıcı eski müşterilerini çekebileceğinden alıcının devralmayı gerçekleştirmekte isteksiz davranabileceğini vurgulamıştır. Komisyon'un "**Reuter/BASF**" ve ATAD'ın "**Remia BV v. Komisyon**" Kararları bu tespiti açıkça desteklemektedir. Alıcıya tanınan bu koruma genellikle, makina-teçhizat ve bina gibi maddi varlıkların devriyle sınırlı olmayan, ticari itibar gibi maddi olmayan varlıkların transferinin söz konusu olduğu işlemlerde gerekli bulunmaktadır.

Rekabet yasağı, süre ve kapsam yönüyle gerekli olandan daha kısıtlayıcı olmamalıdır. Yalnızca ticari itibar transferinin söz konusu olduğu işlemlerde 2 yıllık, bunun yanında know-how devrinin öngörüldüğü işlemlerde 5 yıllık rekabet yasağı uygun bulunmaktadır. Bu süreler değişmez olmayıp müşteri bağımlılığının 2 yıldan fazla etkili olması gibi özel koşulların taraflarca açıklanması halinde, 2 ya da 5 yılı aşan düzenlemeler makul bulunabilecektir.

Komisyon genellikle, daha az kısıtlayıcı alternatiflerin var olup olmadığını sorgulamaksızın uzun süreli rekabet yasağı düzenlemelerini 2 veya 5 yıla sınırlandırmakta ya da kısa süreli düzenlemeleri aynen onaylanmaktadır. "**General Re/Kölnische Rück**" Kararı'nda 12 yıllık rekabet yasağı 5 yıla çekilirken; "**UAP/Provincial**" ve "**Alcoa/Inespal**"⁴² Kararlarında sırasıyla 5 ve 3 yıllık rekabet etmeme koşulları, sürelerin orantılı olup olmadığı tartışılmaksızın tali bulunmuştur. "**Kodak/Imation**" Kararı'nda, satıcıya getirilen 7 yıllık rekabet yasağı değerlendirilirken farklı bir yol izlenmiştir. Komisyon, özel koruma gerektiren kuru dijital teknoloji alanına yönelik 5 yıllık, diğer faaliyetlerde ise 3 yıllık rekabet yasağını makul bulmuştur. Böylece, devrin bir kısmında daha az kısıtlayıcı bir alternatif yeterli bulunmuştur.

"**General Re/Kölnische Rück**" ve "**BTR/Pirelli**"⁴³ Kararlarında 5 yıl, "**Alcoa/Inespal**" ve "**LGV/BTR**"⁴⁴ Kararlarında ise 3 yıl süreli rekabet

⁴² OJC 29/7,1998

⁴³ OJC 265,1992

etmeme koşulu makul bulunmuş; “**General Re/Kölnische Rück**” Kararı’nda, satıcıya getirilen 12 yıllık rekabet yasağının süresi 5 yıla indirilirken teknik know-how ile sigorta şirketinin tanınmışlığını ve müşteri bağımlılığını içeren ticari itibarın el değiştirecek olması göz önüne alınmıştır. “**Havas/Bertelsmann/Doyma**” Kararı’nda; satıcının devrettiği işletmeyle 3 yıl boyunca rekabet etmemesine ilişkin düzenlemeler 2 yıla sınırlandırılıp yan kısıtlama sayılırken, tıp yayınlarının önemli bir kısmının ücretsiz olarak dağıtılması nedeniyle müşteri tabanının bir yayından diğerine kolaylıkla kayabileceği olması, dolayısıyla müşteri bağımlılığının söz edilememesi ve gerekli haklara halihazırda sahip olunmasına bağlı olarak know-how devrinin gerekli gözükmemesi dikkate alınmıştır.

Rekabet yasağı, satıcının devir öncesinde ilgili ürün veya hizmet konusundaki coğrafi faaliyet alanıyla sınırlı olmalıdır. Devralanın satıcının işlem öncesinde faaliyet göstermediği coğrafi alanlarda korunmasına gerek yoktur. “**Tesco/Catteau**” Kararı’nda, devralınan faaliyetlerin bölgesinden daha geniş bir alanda geçerli olacak şekilde getirilen rekabet yasağı bölge yönüyle sınırlandırılmıştır.⁴⁵ Rekabet yasağının kapsamı da devralınacak faaliyetlerle sınırlı olmalıdır. Kısmi devirlerde, satıcıda kalan (devre konu olmayan) ürün veya hizmetlerde alıcının korunması gerekli değildir. Ayrıca, satıcı ve bunun bağlı işletmeleri ile temsilcileri dışındakileri bağlayan sınırlamalar kabul edilmemektedir.

Duyuru’da, satıcının korunmasına yönelik düzenlemelerin normalde yan sınırlama sayılmayıp 81 ve 82’nci maddeler karşısında değerlendirileceği ifade edilmiştir. Desai (1991, 181), satıcının yararına olan düzenlemeleri “*ters rekabet yasağı*” olarak adlandırmıştır. Komisyon’un ters rekabet yasağına karşı yaklaşımını yansıtan “**Quantel International-Continuum/Quantel SA**” Kararı’nda; satıcının korunması amacıyla, devredilen Quantel USA’in Avrupa pazarına girişinin önlenmesinin 81’inci madde kapsamında olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁴⁶ “**Alcoa/Inespal**” Kararı’nda da benzer bir düzenleme tali bulunmamıştır.

Rekabet etmeme koşulu birçok şekilde düzenlenmektedir. Satıcının alıcıyla belirli bir süre ve bölgede rekabet etmekten kaçınması en sık karşılaşılan örnektir. Bu örnekte, satıcının doğrudan ilgili pazara girmesi ve/veya rakip işletmelere devir yoluyla katılması

⁴⁴ OJC 125/7,1998

⁴⁵ OJC 45,1993

⁴⁶ OJC 235/9,1992

yasaklanmaktadır. “**GECC/Avis Lease**”, “**VIAG/Continental CAN**”⁴⁷, “**Digital/Philips**”⁴⁸ ve “**Pepsi Co/General Mills**”⁴⁹ Kararlarında satıcıya getirilen bu şekildeki rekabet yasağı kabul edilmiştir. “**Digital/Kienzle**”⁵⁰ ve “**ICL/Nokia Data**”⁵¹ Kararlarında satıcının devredilen işletmede hissedar kalmasına bağlı olarak daha esnek rekabet etmeme koşulları onaylanmıştır. “**ICL/Nokia Data**” Kararı’na konu anlaşmaya göre, satıcı kapanıştan sonraki 3 yıl içinde veya ICL yönetiminde temsilcisi bulunduğu sürece Nokia Data ile rekabet etmeyecektir. Satıcı üzerindeki bağlayıcı etkisi süreyle sınırlı olan ve ICL yönetimindeki temsilcinin geri çekilmesiyle sonlanabilecek rekabet yasağının pazara yeniden girişi önlemediğinin belirlendiği Karar’da, bu düzenleme tali bulunmuştur. Burada, beş yıldan daha fazla etkili kalabilecek düzenlemenin süresine değil, satıcı açısından ne ölçüde kısılayıcı olduğuna bakılmıştır.

Komisyon, satıcının devredilen işletmeye rakip bir işletmenin hissesini yatırım amaçlı -işletmenin kontrolü üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak etkisi olmayacak şekilde- almasının yasaklanmasını yan sınırlama saymamaktadır. Öte yandan, Cook ve Kerse (2000, 190)’ün de değindiği gibi, satıcının belirli hissedarlarına rekabet yasağı getirilebilmektedir. “**GE/CIGI**” Kararı’nda, satıcının hissedarlarından geçmişte yönetimde yer almış olanlara yönelik kısıtlamalar yan sınırlama sayılmıştır. “**Tesco/Catteau**” Kararı, hem yatırım amaçlı hisse alımının yasaklanamayacağı hem de belirli hissedarlara yönelik rekabet etmeme koşulu getirilebileceği ile ilgilidir. Satıcı Catteau Ailesi bireylerinin rakiplere iştirakına yönelik kısıtlama getirilmesinin tartışıldığı Karar’da; yan sınırlamaların rakip işletmelerin kontrol edilmesi sonucunu doğurmayacak şekilde yapılan hisse alımını önleyemeyeceği tespitiyle, bu tür alımlar rekabet yasağı kapsamı dışına çıkarılmıştır. “**KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler**”⁵² ve “**Kingfisher/ Grosslabor**” Kararlarında da aynı değerlendirme yapılmıştır.

Satıcının devrettiği işletmenin çalışanlarını istihdam etmemesi,⁵³ mevcut veya eski müşterilerini çekmemesi, sır niteliğindeki ticari bilgisini

⁴⁷ *OJC 156,1991*

⁴⁸ *OJC 235,1991*

⁴⁹ *OJC 228,1992*

⁵⁰ *OJC 56,1991*

⁵¹ *OJC 236,1991*

⁵² *OJC 110/9,1997*

⁵³ *Bu düzenleme en çok, eski çalışanların istihdam edilmemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.*

gizli tutması⁵⁴ ve belirli ticaret isimlerini kullanmaması da bu kapsamda incelenmelidir. Bu kısıtlamalar, yukarıda belirtilen “doğrudan veya dolaylı olarak rekabetten kaçınma” örneğinde olduğu gibi, satıcının belirli bir süre devredilen işletmenin pazarında etkinlik göstermemesine yöneliktir. Sözü edilen düzenlemelerin tartışıldığı çok sayıda karar bulunmaktadır. “**Inchape/IEP**” Kararı’nda, satıcının devrettiği ticaret ve işletme adlarını kullanmamasına ve eski çalışanlarını 3 yıl boyunca istihdam etmemesine ilişkin kısıtlamalar; “**BTR/Pirelli**” Kararı’nda ise, gizli bilginin kullanılmaması ve açıklanmaması üzerinde tarafların anlaştığı yükümlülükler tali bulunmuştur. “**Volkswagen AG/ A.A.G. Ltd**” Kararı’nda yine, çalışanların istihdam edilmemesi ve bilginin gizli tutulması düzenlemeleri yan sınırlama sayılmıştır.⁵⁵ “**GE/CIGI**”, “**UAP/Provincial**”, “**Dalgetry Plc/The Quaker Oats Company**”, “**KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler**”, “**Chrysler/ Distributors**”⁵⁶, “**GRE/PPP**”⁵⁷, “**Bayerische Vereinsbank/FGH Bank**”⁵⁸ Kararlarında bu tür düzenlemeler tartışılmıştır. “**Matra Marconi Space/Satcomms**” Kararı’nda, yalnızca satıcının devredilen faaliyetlerle ilgili gizli bilgiyi kullanmayacak ve açıklamayacak olması değil, aynı zamanda alıcının devraldığı faaliyetler dışında satıcının uydu ve iletişim bölümünün üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerle ilgili öğrendiği bilgiyi gizli tutması da işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli görülmüştür.⁵⁹ Dolayısıyla istisnai durumlarda, satıcının korunmasına yönelik “bilginin gizli tutulması” koşulunun makul bulunduğu anlaşılmaktadır.

Komisyon kararlarında, tamamlayıcı ve eş etkili bu tür kısıtlamalar benzer şekillerde değerlendirilmiştir. “**Kingfisher/Grosslabor**”, “**Inchape/IEP**” ve “**ICI/Williams**”⁶⁰ Kararlarında, satıcıya getirilen eski çalışanlarını istihdam etmeme ve bilgiyi gizli tutma koşulları, bunların rekabet yasağı ile benzer amaçlı oluşundan hareketle, rekabet yasağı için makul görülen sürelerle yan sınırlama sayılmıştır.

Maguire (1998)’in ifadesiyle, rekabet yasağı denklemi tarafların çıkarlarının dengelenmesi üzerine kuruludur. İşletmeyi tam değeriyle devralma yönündeki alıcı çıkarı, yeterli bir süre sonra pazara girebilmenin

⁵⁴ Cook ve Kerse (2000, 195) bilginin gizli tutulmasına ilişkin kısıtlamaların üzerinde etraflıca durmuş ve gizli tutulacak bilgilere ilişkin müşteri ayrıntıları, fiyat ve miktar bilgileri gibi gizli bilgiler ile üretim süreçleri ve ürün geliştirme gibi teknik know-how ayırımına gitmiştir.

⁵⁵ OJC 38,1993

⁵⁶ OJC 79/3,1998

⁵⁷ OJC 168/12,1998

⁵⁸ OJC 116/3,1998

⁵⁹ OJC 307/3,1994

⁶⁰ OJC 218/5,1998

olanaklı kalması şeklindeki satıcı çıkarıyla dengelenmelidir. Çalışanların istihdamıyla ilgili farklı çıkarlar söz konusu olup işveren çalışanlarının rakip işletmelerde görev almamasını ve diğer işverenden edindiği bilgiyi kullanmasını istemektedir.

2.1.2. Sınai-Ticari Mülkiyet Hakları ve Know-How Lisansları⁶¹

Devirler genellikle, transfer edilen sınai-ticari mülkiyet haklarından tam olarak faydalanılmasını gerektirmektedir. Ancak satıcı, devrettiği faaliyetler dışındaki alanlarda kullanmak amacıyla bu haklara sahip kalmak istediğinde, alıcıya hakların kullanılması için lisans vermektedir. Bu itibarla, kullanım alanı açısından devredilen faaliyetlerle sınırlı tutulabilen lisans anlaşmaları işlemin tamamlanması için gerekli olabilmektedir. Komisyon Duyurusu'nda; süresiz verilecek lisansların, hakların kısmi devrine denk olduğu ve bu nedenle zamanla sınırlı tutulmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda, lisansların yan sınırlama olmanın ötesinde, yoğunlaşma doğurucu unsurlardan sayılabildiği anlaşılmaktadır. Ancak bu şekilde münhasır lisansların süresine bakılmaksızın onaylanması açıklanabilecektir (Holley 1990, 446). Faull ve Nikpay (1999, 239) yoğunlaşmanın asli unsuru olduğundan alıcıya lisans verilmesinin yan sınırlama kabul edilemeyeceğini, ancak lisansın ürün ve bölge bazında sınırlı tutulmaması pazar paylaşımı etkisi gösterebileceğinden bunun irdelenmesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir.

Satıcının alıcıya lisans vermesi, bazı kararlarda işlemin asli unsuru olarak görülerek tali bulunmazken, diğerlerinde işlemin yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilmiştir. **“Hagemeyer/ABB Asea Skandia”** Kararı'nda; alıcının 5 yıl süresince satıcıya ait **“Asea Skandia”** ticari markasını münhasıran kullanacak olması, bu düzenleme müşteri gözünde işletme kimliğinin sürmesi için gerekli olduğundan ve söz konusu marka işlem çerçevesinde transfer edilen ticari itibarın önemli bir bölümünü oluşturduğundan, işlemin asli unsuru olarak görülmüştür.⁶² **“Dupont/ICI”** Kararı'nda da, satıcının alıcıya münhasır lisanslar vermesi aynı şekilde değerlendirilmiştir. Diğer taraftan, **“Kodak/Imation”** ve **“BTR/Pirelli”** Kararlarında hakların, **“GECC/Avis Lease”** Kararı'nda ise ticari markanın kullanımına ilişkin satıcının alıcıya lisans vermesi tali bulmuştur. **“GE/CIGI”** ve

⁶¹ Ticari marka, işletme adı ve benzer haklarda da bu esaslar geçerlidir.

⁶² OJC 376/11,1997

“BTR/Pirelli” Kararlarında ise, tarafların belirli logo ve ticari markaların kullanımında uzlaşması yan sınırlama sayılmıştır.

Duyuru’da yalnızca alıcıya lisans verilmesi tartışılmıştır. Ancak alıcıya hakların transfer edilmesi gibi durumlarda, devredilen faaliyetlerin dışında bu haklardan bazılarının kullanması için alıcı satıcıya lisans verebilmektedir. “Matra Marconi Space/Satcomms” ve “ICI/ Williams” Kararlarında, devredilmeyen faaliyetlerin tam değeriyle korunması amaçlı bu tür düzenlemeler yan sınırlama sayılmıştır.

2.1.3. Tedarik Düzenlemeleri

Bir işletmenin ya da birimin devralınması, satıcının eski ekonomik bütünlüğünün içinde mal temin etmede ve arzda kesintilere neden olabilmektedir. Satıcının ekonomik bütünlüğünün kesintiye uğramaması ve kısmi devralmanın uygun koşullarda gerçekleşmesi için geçici bir dönemde taraflar arasında işlem öncesindeki bütünlüğe benzer bir ilişkinin kurulması gerekebilir. Bunu sağlamak üzere alıcı ile satıcı arasında yapılan geçici tedarik anlaşmaları yan sınırlama sayılabilmektedir. Her iki tarafın yararına, karşılıklı tedarik düzenlemeleri de makul bulunabilmektedir. “ICL/Nokia Data” ve “Alcoa/Inespal” Kararlarında, karşılıklı tedarik düzenlemeleri tali bulunmuştur. Karşılıklı tedarik düzenlemesi içermemekle birlikte her iki tarafın yararına olan kısıtlamaların değerlendirildiği “Celestica/IBM (EMS)” Kararı’nda,⁶³ geçici bir süreyle alıcının tercihli sağlayıcı satıcınınsa tercihli müşteri olarak tanımlanması, satıcının önceden kendi üretim kaynaklarından sağladığı belirli kalitedeki girdiyi sağlamasını güvence altına alırken alıcının üçüncü kişilere rekabetçi teklifler götürmesine karşı korunmasını mümkün kılacağından, uygun bulunmuştur.⁶⁴

Tedarik düzenlemelerinin süresinin sınırlı ve belirli olup olmadığı, Komisyon tarafından dikkatle incelenmektedir. “GECC/Avis Lease” Kararı’nda, satıcının alıcıya belirli hizmetleri 5 yıl sağlamasına ve bu sürenin uzatılabilmesine ilişkin anlaşma, süre konusunda belirsizlik giderilip 5 yılı geçmeyecek şekilde; “Dupont/ICI” Kararı’nda ise, en az 2-7 yıl sürmesi⁶⁵ öngörülen tedarik düzenlemesi 3 yıla kadar tali bulunmuştur.

⁶³ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1841_en.pdf

⁶⁴ Tedarik düzenlemelerindeki “tercihlilik”, ortak girişim kurulması işlemleriyle ilgili bölümlerde açıklanacak olup alım veya satımda üçüncü kişilere karşı öncelikli olmayı ifade etmektedir.

⁶⁵ Azami süre belirlenmemiş.

Tedarik düzenlemeleri üretimin değişik seviyelerindeki malzemeler ile yedek parçaları ve yan hizmetleri konu alabilmektedir. Bina kiralanması ve satış noktalarından veya dağıtım açısından faydalanılması da, bu çerçevede kabul edilebilmektedir. **“Otto/Grattan”** Kararı’nda,⁶⁶ satıcının devredilen işletmeye bilgi işleme, dağıtım ve toplama ile idari ve yan hizmetler sunacak olması; **“Digital/Philips”** Kararı’nda, satıcının alıcıya bilgisayar yedek parçası sağlayacak olması yan kısıtlama olarak görülmüştür. Birden fazla işletmenin devrini konu alan **“CCIE/GTE”** Kararı’nda ise; alıcının, kendi AR-GE çalışmalarını kurup sürdürebilecek konuma gelene kadar diğer alıcı Siemens’in ilgili çalışmalarından yararlanabilmesine ve geçici bir süre Siemens’den girdi sağlamasına⁶⁷ ilişkin düzenlemeler işlemin yaşama geçirilmesi için gerekli bulunmuştur.⁶⁸ **“CCIE/GTE”** Kararı’nda alıcılar arasındaki tedarik koşulunun yan sınırlama sayılmasıyla, tedarik düzenlemesinde önemli olanın kimin yarar sağladığının ötesinde tarafların işleyişi üzerindeki olası aksaklıkların giderilmesi olduğu ortaya çıkmıştır.

“UPM-Kymmene/Finnpap” Kararı’nda, alıcının satıcı teşebbüslerin uzman bir ortakla yürütmekte olduğu veri sistemi dahilindeki, devralınan işletmenin müşterilerine ilişkin kayıtlardan geçici olarak yararlanacak olması işlemlerle birlikte değerlendirilmiştir.⁶⁹ **“Kodak/Imation”** Kararı’nda, alıcının belirli girdileri satıcıya 5 yıl süreyle münhasıran sağlaması tartışılmıştır. Tedarik ilişkisine konu girdilerin Kodak’a devredilen, ancak halen satıcının gereksinimi için üretim yapan bir fabrikada üretildiğinin belirtildiği Karar’da; söz konusu düzenlemeyle satıcının tedarikinin geçici bir süre güvence altına alınmasının gerekli olduğu belirtilmiş, tedarik düzenlemesi münhasırlık kaldırılarak yan sınırlama sayılmıştır.

Duyuru’da, sabit miktar üzerinden yapılan ve alternatif temin kaynaklarından alım yapmayı önlemeyen düzenlemelerin tali sayılabileceği belirtilmiştir. Tedarik edilen girdi, satıcının eski bütünlüğü içinde sağlanan girdiden miktar ve oransal olarak yüksekse, düzenleme tali sayılıp sayılmama noktasında şüpheli bulunmaktadır. Diğer yandan Duyuru’ya göre; işlem sonucunda yeni bir pazar oluşması veya ürünün özelliklerinden kaynaklanan istisnai durumlar dışında, münhasır hükümler işlemin yaşama geçirilmesi için gerekli görülmemektedir. Belki de bunun etkisiyle, devralma işlemlerinde münhasırlık getiren tedarik

⁶⁶ OJC 93,1991

⁶⁷ Bu ilişkiyi düzenleyen anlaşma münhasırlık getirmemektedir.

⁶⁸ OJC 265,1992

⁶⁹ OJC 110/8,1997

düzenlemelerinden genellikle kaçınılmaktadır. Bunun istisnası bir düzenleme “ICI/Williams” Kararı’nda tartışılmış ve münhasır dağıtımına ilişkin hükümler yan sınırlama sayılmamıştır.

Alımlarında diğer tarafa öncelik tanınması üçüncü taraflarla tedarik ilişkisinde bulunmanın fiilen engellenmemesi koşuluyla onaylanmaktadır. “Hagemeyer/ABB Asea Skandia” Kararı’na konu işlemde, satıcı sınırlı sayıda üründe tercihli sağlayıcı olarak tanımlanmıştır. Karar’da; 5-8 yıl geçerli kalması öngörülen düzenleme, bunun süresi satıcının yeni bir satış politikası oluşturması için yeterli olacak ölçüde 3 yıla indirilerek yan sınırlama sayılmıştır. “Celestica/IBM (EMS)” Kararı’nda, geçici bir süreyle alıcının tercihli sağlayıcı satıcının ise tercihli müşteri konumunda olmasına ilişkin düzenleme tali bulunmuştur.⁷⁰

Tedarik anlaşmasının süresi, satıcı ile alıcı arasındaki ekonomik bağımlılık ilişkisinin bağımsızlığa dönüşmesine yetecek kadar olmalıdır. Her iki grubun da yeni satın alma, arz veya dağıtım ilişkilerinde bulunmasına yeterli geçici dönemi aşan sınırlamalar bu çerçevede açıklanamayacaktır. Bu sınırlamalarda genellikle 3 yıl makul bulunmaktadır (Faull ve Nikpay 1999, 238). Daha uzun sürelerin kabulü için alternatif arz kaynaklarının kıtlığı gibi özel pazar koşullarının açıklanması beklenmektedir. Son olarak Ritter, Braun ve Rawlinson (1991, 377)’un vurguladığı gibi, bu tür düzenlemeler işlemden sonra bağımlılık ilişkisi doğurmamalıdır.

2.2. Ortak Girişim Kurulmasında Yan Sınırlamalar

Ortak girişimler ana teşebbüslerden en az birinin rakibi, sağlayıcısı veya müşterisi olduğunda, bu ilişkiler önem kazanmakta ve kendi özel koşulları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, tam işlevsellik unsuru ile tarafların rekabetçi davranışları etkileşim içindedir. Her iki unsuru da ilgilendiren ve kuruluş döneminde geçerli kısıtlamalar, hem yan sınırlama hem de asli unsur sayılma yönüyle incelenebilmektedir (Fine 1994, 294). Komisyon Duyurusu’nun beşinci bölümünde, yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerin unsurlarının dikkate alındığı ifade edilmiştir. Bu unsurlar temelde, ortak girişime ayrılan pazarlardan çekilmesiyle ana teşebbüslerin ortak girişimin mevcut veya potansiyel rakibi olmamasına dayanmaktadır.

2.2.1. Rekabet Yasağı

⁷⁰ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1841_en.pdf

Duyuru'ya göre, ana teşebbüslere getirilen rekabet yasağı, ortak girişimin pazarının terkedilmesi sonucunu doğuracağından, işlemin asli parçası olarak kabul edilecektir. Bu bağlamda, ortak girişim kurulmasındaki rekabet etmeme koşulu, devredilen malvarlığının değerinin korunmasına yönelik olmasının yanında işlemin yoğunlaşma doğurucu sayılmasının unsurudur. “Elf/ Enterprise”⁷¹ ve “Philips/Thomson/SAGEM”⁷² Kararlarında; ana teşebbüslerin ortak girişimle aynı veya yakından ilişkili pazarlarda kalmasının rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açacağına işaret edilerek işlemlerin yoğunlaşma doğurucu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak uygulama bu açıklıkta ilerlememektedir. Bazı Komisyon kararlarında işlemin asli unsuru kabul edilen rekabet etmeme koşulu, diğer kararlarda tali bulunmuştur. “Mitsubishi/UCAR”⁷³, “Marconi/Finmeccanica” ve “Cable&Wireless/VEBA”⁷⁴ Kararlarında, işlemin asli unsuru olduğu ifade edilen rekabet yasağı yan sınırlama başlığı altında incelenmemiştir. Öte yandan, “Asko/Omni”⁷⁵, “Conagra/Idea”⁷⁶, “Sanofi/Sterlig Drugs”⁷⁷, “Union Carbide/ Enichem”⁷⁸, “EDS/Lufthansa”⁷⁹, “Philips/Hewlett-Packard”⁸⁰ ve “Mannesmann/Olivetti/ Infostrada”⁸¹ Kararlarında, rekabet yasağı yan sınırlama sayılmıştır.

Ortak girişimin ana teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayıcı köprü işlevi görmesine karşı tam işlevsellik güvence sağlamaktadır. Şöyle ki, içi dolu ve ayakta durabilen bir ortak girişim kurulmasının maliyeti ortak girişim aracılığıyla uyumlu hareket edilmesinin potansiyel getirisini aştığında, amacın ana teşebbüslerin ortak girişim üzerinde yoğunlaşması olduğunu söylemek kolaydır. Ortak girişimin ana teşebbüslerden gelen malvarlığını tam değeriyle transfer edebilmesi noktasında, ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarından çekilmesi ve/veya bu pazarlara sonradan ortak girişimden bağımsız girmemeyi kabul etmesi gerekebilmektedir. Bunlar birlikte değerlendirildiğinde, rekabet yasağının hem ana teşebbüslerin belirli pazarlardaki faaliyetlerini birleştirerek bu pazarlardan çekilmesi yönündeki tercihin, hem ana teşebbüslerin

⁷¹ OJC 203,1991

⁷² OJC 22,1993

⁷³ OJC 5,1991

⁷⁴ OJC 231/3,1995

⁷⁵ OJC 51,1991

⁷⁶ OJC 175,1991

⁷⁷ OJC 156,1991

⁷⁸ OJC 123/3,1995

⁷⁹ OJC 144/23,1995

⁸⁰ OJC 110/7,1997

⁸¹ OJC 83/4,1998

etkileşime girmesinin önündeki engelin, hem de ana teşebbüslerce devredilen malvarlığının ortak girişime tam değeriyle transferinin ifadesi olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer verilen Kararların tümünde olduğu gibi, ortak girişimin ömrü boyunca geçerli olacak yasak hükümleri makul bulunmaktadır. Bazı kararlarda ise, daha kısa süreli rekabet etmeme koşulları tali bulunurken, ana teşebbüslerin ortak girişim faaliyetini sürdürdükçe pazara yeniden girişinin söz konusu olmayacağına işaret edilerek rekabetçi davranışların koordinasyonu riskinin bulunmadığı belirlenmiştir. **“Draegerwerk/IBM/HMP”**⁸², **“CGP/GEC Alsthom/KPR/Kone Corporation”**⁸³ ve **“EDS/Lufthansa”**⁸⁴ Kararları buna örnektir.

Son birkaç yıla kadar, ortak girişimin ömründen daha uzun süreli düzenlemeler izin almıştır. **“Ingersoll-Rand/Dresser”**,⁸⁵ **“Dow Jones/NBC-CNBC Europa”**⁸⁶ ve **“Steetley/ Tarmac”**⁸⁷ Kararlarında, ana teşebbüslerin hissedarlıkları süresince ve hissedarlıklarının bitmesini izleyen sırasıyla 1, 3 ve 2 yıl boyunca ortak girişimle rekabet etmemeyi kararlaştırması yan sınırlama sayılmıştır. **“Ericsson/Kolbe”**⁸⁸ ve **“Philips/Lucent Technologies”** Kararlarında da benzer bir yaklaşım benimsenmiş, ortak girişim anlaşmasının sonlanmasından sonra etkili kalabilecek rekabet yasağı tali bulunmuştur. Fakat Komisyon’un konuya ilişkin yaklaşımı son kararlarında yön değiştirmiştir. Buna göre ana teşebbüsler, yalnızca ortak girişimin kontrolünü paylaştığı sürece rekabet etmeme yükümlülüğüyle bağlanabilecektir. **“Nortel/Norweb”**, **“GE Capital/Sea Containers”**, **“ENEL/FT/DT”**, **“DHL/Deutsche Post”**⁸⁹, **“Lufthansa/Menzies LCC”**, **“Fujitsu/Siemens”** ve **“Planet Internet/Fortis Bank/Mine JV”**⁹⁰ Kararlarında ortak girişim anlaşmasının sonlanmasından sonraki döneme yönelik düzenlemeler onaylanmamıştır. Bu noktada farklılık gösteren **“Wacker Air Products”** Kararı’nda; ortak girişimin dağılmasını izleyen 5 yılda ana teşebbüslerin ortak girişimle

⁸² OJC 236,1991

⁸³ OJC 109,1994

⁸⁴ OJC 163/8,1995

⁸⁵ OJC 86,1992

⁸⁶ OJC 83/4,1998

⁸⁷ OJ 50,1992

⁸⁸ OJC 27,1992

⁸⁹ OJC 307/3,1998

⁹⁰ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1964_en.pdf

rekabet etmeyeceğine ilişkin düzenleme, ortak girişime önemli düzeyde know-how transfer edilecek olması nedeniyle tali bulunmuştur.⁹¹

Komisyon'un yaklaşımındaki değişimin açıklaması basittir. Ortak girişim anlaşmasının sonlanması devir veya yeni katılımla ortak girişim kurulması gibi olası işlemlerle gerçekleşecektir. Olası bir işlemle ilişkilendirilen sınırlama o anda değerlendirilemeyecektir, çünkü sınırlama yürütülen yoğunlaşmayla doğrudan ilgili değildir. Bu düzenlemeler, yalnızca böyle bir işlem yaşama geçirildiğinde ve kendi koşulları çerçevesinde incelenebilecektir. Ancak **“Wacker Air Products”** Kararı'nda olduğu gibi, yoğun teknoloji transferinin söz konusu olacağı durumlarda, yatırım yapmaktan çekinebilecek teknoloji sahibi ana teşebbüsün daha uzun süreli korunmasının uygun bulunması istisnai olarak gündeme gelebilecektir.

Pazardan çekilmek dışında, ortak girişimin ana teşebbüslerin rekabetçi davranışlarından korunmasının başka yolları vardır. Ana teşebbüslerin ortak girişime danışmaksızın veya teklif götürmeksizin ilgili faaliyetlerde bulunamamasına ilişkin düzenlemeler buna örnektir. **“Thomson/Pilkington”**,⁹² **“Kirch/Richemont/Multichoice/Telepiu”**⁹³ ve **“SLDE/NTL/MSCP/ NOOS”**⁹⁴ Kararlarında bu tür sınırlamalar tali bulunmuştur. Çalışanların istihdam edilmemesi ve müşterilerin çekilmemesi de bu başlık altında incelenmelidir. **“Zeneca/Vanderhave”**⁹⁵ ve **“WestDeutsche Landesbank/Carlson/Thomas Cook”**⁹⁶ Kararlarında, ortak girişimin çalışanlarının istihdam edilememesi; **“Maersk Air/LFV Holdings”** Kararı'nda ise, bunun yanında müşteriler ile sağlayıcıların çekilememesi yan sınırlama sayılmıştır.⁹⁷

Ortak girişimin faaliyet alanlarının belirlenmesi, ana teşebbüslerle ortak girişimin aynı pazarlarda bulunmamasını sağladığından ve daha önemlisi ana teşebbüslerin en doğal hakkı olduğundan sınırlayıcı bulunmamaktadır. **“Recticel/Greiner”** ve **“Singapore Airlines/Rolls-Royce”**⁹⁸ Kararlarında, bu düzenlemenin işlemin ayrılmaz parçası

⁹¹ OJ C 324/5,1998

⁹² OJ C 279,1991

⁹³ OJ C 129/6,1995

⁹⁴ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2137_en.pdf

⁹⁵ OJ C 188/10,1996

⁹⁶ OJ C 102/9,1999

⁹⁷ OJ C 253/4,1998

⁹⁸ http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&num doc=31999M1506

olduğu, yan sınırlama sayılamayacağı belirtilmiştir. Ancak, ortak girişimin faaliyet konusu ve bölgesi belirlenirken, ana teşebbüslerin ve üçüncü tarafların korunmasına yönelik düzenlemelere gidilmemelidir. Bu durumu açıklayan “**Nordic Capital/Transpool**” Kararı’na konu işlemde, ortak girişime dönüşecek Transpool’un halihazırda faal olmadığı “business class” yolcuları pazarına girmesi 2 yıl süreyle yasaklanmıştır.⁹⁹ İncelemede, rekabet yasağının ana teşebbüslerden Fortos ve KF’nin önceden gerçekleştirdiği bir devirle (seyahat acentası satışı) ilgili olduğu, bu devirde Fortos ve KF’ye rekabet yasağı getirildiği açığa çıkmıştır. Transpool’a bu şekilde rekabet yasağı getirilmesiyle, seyahat acentasının Transpool’un potansiyel rekabetinden korunması amaçlanmıştır. Karar’da; üçüncü bir tarafı ortak girişime karşı koruma amaçlı düzenlemenin, işlemin yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli olmadığı, 81’inci madde karşısında değerlendirileceği sonucuna ulaşılmıştır. “**Mederic/Urrpimmec/CRI/ Munich Re**” Kararı’nda; işlem çerçevesinde ortak girişimin Fransa dışında faaliyet göstermesinin süresiz yasaklanması, ana teşebbüs Münich Re’nin korunması amaçlı bulanarak yan sınırlama sayılmamıştır.¹⁰⁰

Ana teşebbüslerin hissedarlıktan ayrılmasını güçleştiren kısıtlamalar onaylanabilmektedir. “**Nokia/Autoliv**” Kararı’nda, belirlenen koşullar dışında tarafların hisselerini satamayacak olması bu şekilde değerlendirilmiştir.¹⁰¹ “**Telia/Ericsson**”¹⁰² ve “**Hochtief/Aer Rienta/Düsseldorf Airport**”¹⁰³ Kararlarında ise, karşı tarafın onayı alınmaksızın hisselerin satılamaması kalıcı ve bağımsız bir yapı kurulması bakımından işlemin ayrılmaz parçası sayılmıştır.

2.2.2. Sınai-Ticari Mülkiyet Hakları ve Know-How Lisansları

Bağımsız bir birim oluşturulması, bunun gerçekleştireceği faaliyetlerle ilgili teknolojinin hak transferi şeklinde devredilmesini gerektirmektedir. Ana teşebbüslerin başka alanlarda kullanmak üzere bu haklara sahip kalmayı istemesi halinde, transfer lisans yoluyla yapılacaktır. Bu tür lisanslar mülkiyet hakları devrinin alternatifi olarak ortaya çıkmakta olup bunların yoğunlaşma doğurucu unsurlar arasında yer aldığı görüşüyle yan sınırlama sayılamayacağını söylemek mümkündür (Cook ve Kerse 2000, 193). Bu tespitle, zaman ve bölgeyle

⁹⁹ OJ C 243/5,1995

¹⁰⁰ OJ C 329/11,1997

¹⁰¹ OJ C 69/3,1996

¹⁰² OJ C 156/4,1997

¹⁰³ OJ C 61/5,1998

sınırlı olmaksızın münhasırlık içeren lisansların makul görülmesi açıklanabilecektir. Ancak Komisyon kararlarındaki kabulün tam olarak bu yönde olmadığı aşağıda açıklanacaktır.

Ortak girişime ana teşebbüslerce münhasır ve süresiz lisanslar verilmesi, ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarından süresiz çekilmesiyle bağımsız birimin kurulabilmesinin zeminini hazırlayacaktır. Nitekim, “**Wacker Air Products**” Kararı’nda; ortak girişime ana teşebbüslerce ilgili teknoloji, patent ve ticari markaların kullanımına yönelik dönüşsüz, bölge sınırlaması içermeyen, münhasır ve bedelsiz lisanslar verilmesi, mülkiyet hakları transferinin alternatifi olarak görülerek işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli sayılmıştır. “**Texaco/Chevron**” Kararı’nda, bu tür lisans anlaşmalarının işlemin yürütülmesi için gerekli olmasının yanı sıra ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarından çekilmesinin kanıtı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.¹⁰⁴

Ortak girişime lisans verilmesi ve ilgili hakları kullanmamak ya da üçüncü kişilere lisans vermemek üzere ana teşebbüslerin anlaşması da aynı sonucu doğuracaktır. “**Direct Line/ Bankinter**” Kararı’nda; ana teşebbüsün, ortak girişime verilen lisanslara konu haklarla aynı veya bunlara benzerlik gösteren ticari marka ya da diğer haklarını başlangıç döneminde kaydettiremeyecek olması yan sınırlama sayılmıştır.¹⁰⁵ “**Dow Jones/NBC-CNBC Europa**” Kararı’nda, ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet alanıyla ilgili lisansları Avrupa’da üçüncü taraflara vermeyecek olması tali bulunmuştur.

Ortak girişime verilen lisansların geri dönüşlü olması, tam işlevsel yapıların oluşturulmasını güçleştirecek ve ana teşebbüslere bağımlılığı gündeme getirecektir. Ancak yine de bazı kararlarda, bu tür düzenlemelerin süresini orantılılık ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek ana teşebbüslerin ilgili pazarlara yeniden girişinin olanaklı olup olmadığına dikkate alındığı görülmektedir. Örneğin, 27.11.1992 tarihli “**British Airways/TAT**” Kararı’nda; “TAT” adının ortak girişim tarafından kullanılmasına ilişkin verilen 20 yıllık lisans, 01.04.1999 tarihine kadar geçerli olacak şekilde yan kısıtlama sayılmıştır.¹⁰⁶

Duyuru’ya göre, sözü edilen lisans anlaşmaları tali sayılmalıdır. Bu yaklaşımın, devralmalarda lisans anlaşmalarının değerlendirilmesinin altındaki mantıkla örtüştüğü açıktır. Bu doğrultuda, “**Nordic**

¹⁰⁴ OJ C 130/8,1999

¹⁰⁵ OJ C 34/5,1995

¹⁰⁶ OJ C 326,1992

Capital/Mölnlycke Clinical/Kolmi” ve **“Ahold/Jeronimo Martins”**¹⁰⁷ Kararlarında; ana teşebbüslerin sahip olduğu ticari marka ve isimlerin kullanılmasına ilişkin, ortak girişime süresiz lisans verilmesi yan sınırlama başlığı altında incelenmiştir. **“BASF/Shell II”**, **“Merck/Rhone-Poulenc/Merial”**¹⁰⁸ ve **“Novartis/ Maisadour”**¹⁰⁹ Kararlarında, ana teşebbüslerin ortak girişimlere lisans vermesi aynı şekilde değerlendirilmiştir.

Fikri mülkiyet hakları transferinin alternatifi olarak görülen ve yan sınırlama sayılan lisans anlaşmaları, ortak girişimin bağımsız hareket etme serbestisini kısıtlayıcı nitelikte olmamalıdır. Bu bağlamda, lisanslar yalnızca hakların kullanımını ilgilendirmeli ve bunun ötesinde kısıtlama getirmemelidir. Aksi takdirde, lisans anlaşmaları ortak girişimin ana teşebbüslere bağımlı kalması sonucunu doğurabilecektir. Yan sınırlama kuralının ortak girişim kurulması işlemlerine uygulanmasında ilk kararlardan olan **“Elopak/Metal Box/Odin”** Kararı’nda; lisans anlaşmaları çerçevesinde fiyat, miktar ve bölgeye ilişkin kısıtlama getirilmesi halinde ihlal oluşabileceğine işaret edilmiştir.¹¹⁰ **“Baxter/Nestle/Salvia”** Kararı’na konu işlem belirli faaliyetlerin bir ortak girişim tarafından devralınması olup işlem dahilinde, devralınacak malvarlığının içerdiği fikri mülkiyet hakları öncelikle ana teşebbüslere geçecek ve onlar da ortak girişime bu hakların kullanımına yönelik lisans verecektir.¹¹¹ Komisyon, bu koşullar altında ortak girişimin ana teşebbüslere bağımlı kalacağı ve tam işlevsel sayılamayacağı görüşüne ulaşmıştır.

Daha karmaşık düzenlemelere gidilerek ortak girişime hakların devredilmesi veya kapsamlı lisanslar verilmesi ve bunlardan ortak girişimin faaliyet alanının dışında olanların kullanımına yönelik ana teşebbüslere lisans verilmesinde de yan sınırlama kuralı geçerli olmuştur. **“Akzo Nobel/Monsanto”**, **“Harrisons&Crosfield/Akzo”**¹¹² ve **“Thomson CSF/ Deutsche Aerospace”** Kararlarında bu tür düzenlemeler tali bulunmuştur. Diğer yandan, ortak girişimin bulacağı veya geliştireceği teknikler, yöntemler ve süreçlerden ana teşebbüslerin faydalanması tali bulunabilmekle birlikte, taraflar arasındaki ilişkinin

¹⁰⁷ OJ C 261,1992

¹⁰⁸ OJ C 312/15,1997

¹⁰⁹ OJ C 208/4,1999

¹¹⁰ OJ L 209/15,1990

¹¹¹ OJ C 37,1991

¹¹² OJ C 128,1993

pazar koşulları üzerinden ve münhasır nitelik taşımaksızın gerçekleştirilmesi beklenmektedir.

Ana teşebbüsler arasında doğrudan veya ortak girişim üzerinden lisans anlaşması yapılması yan sınırlama olarak görülmektedir (Faull ve Nikpay 1999, 240). Ayrıca, yan sınırlama doktrininin temel ilkesi çerçevesinde devredilen malvarlığının tam değeriyle transfer edilmesinin güvence altına alınması amaçlandığından, lisans verenin korunmasına yönelik kısıtlamalara sıcak bakılmamaktadır (Cook ve Kerse 2000, 193). Fakat lisans verenin değil, doğrudan lisansa konu hakların korunmasına yönelik düzenlemeler makul bulunmaktadır. **“Singapore Airlines/Rolls-Royce”** ve **“Avesta/British Steel/NCC/AGA/Axel Johnson”**¹¹³ Kararlarında, ortak girişimin ana teşebbüslerce verilen lisansa konu bilgiyi gizli tutması, hakların korunmasını mümkün kılması nedeniyle onaylanmıştır. Hatta ikinci Karar’da, söz konusu hüküm kısıtlama olarak görülmediğinden yan sınırlama sayılmamıştır.

Ortak girişim oluşturulması işlemlerinde ticaret ismi, marka ve logo gibi varlıkların devri veya bunların kullanımına yönelik lisans verilmesi söz konusu olabilmektedir. İsim, marka ve logo gibi maddi olmayan varlıklar, işletmeyi ve ürünleri tanımladığından ticari itibarın unsurlarından biri, belki de en önemlisidir. Cook ve Kerse (2000, 195)’e göre, bu varlıkların devri üzerine getirilen sınırlamalar işlemin asli unsurlarından olup tali kabul edilmemelidir. Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, ana teşebbüsün isim, marka ve logo gibi varlıkların sahibi ve/veya kullanıcısı olarak kalmak istediği, ortak girişiminse ilgili ürünleri pazarlayacağı durumlarda yapılan anlaşmalar kabul görebilmektedir. **“Nordic Capital/Mölnlycke Clinical/ Kolmi”** ve **“Ahold/Jeronimo Martins”** Kararları ticari isim ve marka lisanslarını konu almıştır.

2.2.3. Tedarik Düzenlemeleri

“Tam işlevsellik” unsuruyla koşul tartışılan tedarik düzenlemelerinin, devralmalarda olandan daha karmaşık yansımaları söz konusudur. Ana teşebbüslerle olan tedarik ilişkisinin ortak girişimin toplam alım-satımının önemli bir kısmını oluşturması veya kısa süreli olmaması tam işlevsellik unsurunun varlığı bakımından şüpheyle karşılanmaktadır. Yan sınırlamalara ilişkin değerlendirmenin bu çerçeveden bağımsız yapılması olanaksızdır.

¹¹³ OJC 258,1992

Gerekli olmasının yanında ortak girişimin kurulup pazarda tutunabilmesine yetecek sürede ve ölçüde olması halinde tedarik düzenlemeleri yan sınırlama sayılmaktadır. Bu süre veya ölçü aşıldığında, işlemin yoğunlaşma doğurucu özelliği ortadan kalkacaktır. **“Saudi Aramco/ MOH”** Kararı’nda; ana teşebbüsün ortak girişime (MOH) yapacağı satışın, uzun süreli olması ve MOH’un alımlarının tamamına yakını oluşturması nedeniyle yan sınırlama sayılmayacağı ve 81’inci madde karşısında değerlendirileceği belirtilmiştir. Aynı şekilde, **“RSB/Tenex/Fuel Logistics”** Kararı’nda; işletilmesi karlı bulunana kadar ortak girişimin, bir ana teşebbüsün taşımacılık hizmetlerinden ve dağıtım ağından yararlanacak olması, ayrıca asli faaliyet konusu olan nükleer ürünlerin sevkedilmesinin de bu ana teşebbüs tarafından gerçekleştirilecek olması, kurulacak ortak girişimin bağımsız bir iktisadi birim olarak ortaya çıkmayacağını ciddi kanıtları arasında sayılmıştır.¹¹⁴ Karar’da, anılan ilişkinin ne zaman sonlanacağıyla ilgili belirsizlik dikkate alınarak düzenlemelerin geçici bir dönemle sınırlı tutulmadığı da belirlenmiştir.

Gerekli olandan daha kısıtlayıcı düzenlemelerin varlığı halinde, işlemin işbirliği yaratıcı olduğu sonucuna doğrudan varılmayıp kısıtlamalarda gerekli sınırlamalara gidilebilmektedir. Nitekim, **“Dow Jones/NBC-CNBC Europa”** ve **“Borealis/IPIC/OMV/PCD”**¹¹⁵ Kararlarında tedarik düzenlemelerinin süreleri aşağı çekilmiştir. Öte yandan **“Union Carbide/Enichem”**, **“Saudi Aramco/MOH”**, **“Merck/Rhone-Poulenc/Merial”** ve **“Valinox/Timet”**¹¹⁶ Kararlarına konu işlemlerde olduğu gibi, tedarik düzenlemeleri genellikle ortak girişime ana teşebbüslerce hammadde ve aramada sağlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Komisyon ortak girişime belirli hizmetlerin sağlanmasını da yan kısıtlama sayabilmektedir. Bu hizmetler bina kiralanması ile enerji kaynaklarının, danışma hizmetleri ile diğer yan hizmetlerin sağlanmasını, makina-teçhizat onarımına yönelik teknik desteğin sunulmasını içermektedir. **“Akzo Nobel/Monsanto”**, **“BASF/Shell II”** ve **“GE/Bayer”**¹¹⁷ Kararlarında, ortak girişime bu tür hizmetlerin sağlanması değerlendirilmiştir. Dağıtım ve satışa ilişkin kısıtlamalar da bu kapsamda incelenmektedir. Örneğin, **“TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Post & Sweeden Post”** Kararı’nda, 2 yıllık başlangıç döneminde ortak girişimin ürünlerinin ana teşebbüslere ait

¹¹⁴ OJ C 168/5,1997

¹¹⁵ OJ C 280/3,1998

¹¹⁶ OJ C 10/3,1998

¹¹⁷ OJ C 218/6,1998

postahanelerin bir kısmı kanalıyla münhasıran satılacak olması uygun bulunmuştur.¹¹⁸

Ana teşebbüslerin, ortak girişime belirli faaliyetleri devretmesi sonrasında önceden kendi bünyesinde sağladığı girdilere ulaşmasında aksamalar söz konusu olabilmektedir. Buna karşı, ortak girişimlerin ana teşebbüslere geçici olarak satış yapması veya belirli hizmetleri sunması, devre konu olmayan malvarlığının değerinin korunması bağlamında gerekli bulunabilmektedir. **“Avesta/British Steel/NCC/AGA/Axel Johnson”** ve **“British Airways/ TAT”** Kararlarında ortak girişimin ana teşebbüslere hizmet sunmasına ilişkin düzenlemeler yan kısıtlama sayılmıştır. **“Cable & Wireless/Maersk Data-Nautek”** Kararı'nda¹¹⁹ olduğu gibi, ortak girişimin başlangıç döneminde rekabetçi koşulların dışında satış yaparak güçlenmesi amacıyla ana teşebbüslerin ortak girişimden alımda bulunması da bu çerçevede incelenebilmektedir. **“Avesta/British Steel/ NCC/AGA/Axel Johnson”** ve **“British Airways/TAT”** Kararlarında, ana teşebbüslerle ortak girişimler arasındaki karşılıklı tedarik düzenlemelerinin değerlendirilmesinde, hem devredilmeyen hem de ortak girişime bırakılan faaliyetlerde mal ve/veya hizmet tedarikinin sürekliliği gereksinimi göz önünde bulundurulmuştur.

“Orantılılık” testinin ilk değişkeni süredir. **“Valinox/Timet”** Kararı'nda açıkça ifade edildiği üzere, ortak girişimin ana teşebbüslerden tam anlamıyla bağımsız faaliyet gösterebilmesine kadarki dönem, makul bulunan sürenin üst sınırını belirlemektedir. Başlangıç dönemini aşan kısıtlamalar tali bulunmamakta veya bunların süresi sınırlandırılmaktadır. **“Novartis/Maisadour”** Kararı'nda, süresi hakkında yeterli açıklama yapılmamış 10 yıllık tedarik anlaşmaları yan sınırlama sayılmamış; **“Albacom/BT/ENI/Mediaset”**,¹²⁰ **“Eastman Kodak/Sun Chemical”**¹²¹ ve **“Fujitsu/Siemens”** Kararlarında ise, düzenlemelerin süresi sınırlandırılmıştır.

Önceden vurgulandığı gibi, ana teşebbüslerle ortak girişim arasında yoğun alım-satım ilişkisi bulunması, düzenlemelerin tali bulunmama olasılığını artırmaktadır. **“Saudi Aramco/ MOH”** Kararı'nda, ortak girişimin (MOH) 20-30 yıl boyunca rafineri kapasitesinin %60-70'ine, toplam hampetrol alımının ise %60-90'ına denk gelecek miktarda hampetrolü bir ana teşebbüsten satın alacak olmasının, işlemden ayrı

¹¹⁸ OJ C 322,1991

¹¹⁹ OJ C 235/4,1997

¹²⁰ OJ C 369/8,1997

¹²¹ OJ C 32/5,1998

olarak 81'inci madde karşısında değerlendirileceği sonucuna ulaşmıştır. “**EDS/Lufthansa**” Kararı'nda, ortak girişimin toplam alım-satımının önemli kısmını oluşturacağından dikkatle incelenen tedarik düzenlemelerinin, geçici bir dönemle sınırlı tutulması ve piyasa koşullarında gerçekleştirilecek olması¹²² göz önünde bulundurularak “tam işlevsellik” unsuruna hanel getirmedeği görüşüne varılmıştır.

Münhasır tedarik düzenlemeleri kural olarak makul bulunmamaktadır. “**Merck/Rhone-Poulenc/Merial**”, “**Fujitsu/Siemens**” ve “**British Telecom/ MCI**”¹²³ Kararlarında, ana teşebbüslerin ortak girişimlere dağıtım hizmetlerini ve bazı girdileri münhasıran sağlayacak olması kabul edilmemiştir. Ancak özel koşullar altında işlemin yürütülebilmesi için gerekli olması, tarafların bu gerekliliğe ilişkin objektif açıklama getirmesi ve geçici olması halinde münhasır tedarik hükümleri tali bulunabilmektedir.

“**Union Carbide/Enichem**” Kararı'nda, ana teşebbüs Enichem'in ortak girişimle yaptığı uzun süreli ve münhasır tedarik anlaşmasına konu olan kimyasal maddenin İtalya'daki tek üreticisinin Enichem olduğu ve Enichem'in bu maddeyi üreten fabrikalar arasından devredeceği üretim tesisinin kapasitesinin ortak girişimin gereksinimini karşılamaya yetmeyeceği vurgulanmış, anlaşmanın kabul edilir süresinin diğer arz kaynaklarının bulunması veya yaratılması için gerekli süre ve anlaşmanın üçüncü taraflar üzerindeki etkisi dikkate alınmıştır. Bu değişkenler değerlendirildiğinde, istisnai koşullar çerçevesinde 7 yıl ve belirli bir azami miktarla sınırlı tutulması koşuluyla tedarik anlaşmasının yan sınırlama sayılacağı hükmüne varılmıştır. “**Harrisons & Crosfield/Akzo**” Kararı'nda, ortak girişime devredilmesi fiziksel olarak olanaksız olan fabrikanın yalnızca ortak girişime satış yapacak olması işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli bulunmuştur. “**Albacom/BT/ENI/Mediaset**” Kararı'nda; ana teşebbüsün (ENI) telekomünikasyon hizmetlerini 5 yıl süreyle ortak girişimden (Albacom) münhasıran sağlayacak olması, Albacom'un ENI'ya yapacağı satışlarla başlangıç döneminde önemli bir kaynak elde edeceği ve bu şekilde Telecom Italia'nın hakim durumda olduğu pazarda tutunabileceği dikkate alınarak yan sınırlama sayılmıştır. “**TXU Europa/EDF-London Investments**” Kararı'nda ise; tarafların belirli hizmetleri yalnızca ortak girişimden alacak olması, üçüncü taraflara

¹²² Mal tedariğinin pazarda oluşan koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediği, bağımlılık yaratılması tehlikesi bakımından önemlidir. “**Akzo Nobel/Monsanto**” Kararı'nda; başlangıç döneminde, pazar fiyatları üzerinden ve münhasıran olmaksızın ana teşebbüslerin ortak girişime belirli hammaddeleri sağlayacak olması kısıtlayıcı bulunmamıştır.

¹²³ OJ C 253,1993

mal sağlamada ortak girişimin serbest bırakılması ve hizmetin ortak girişimin kurulmasıyla oluşacak yeni bir pazarda sunulacak olması göz önünde bulundurularak başlangıç süresiyle sınırlı haliyle tali bulunmuştur.¹²⁴

Değerlendirmede, ana teşebbüslere tercihli sağlayıcı veya müşteri statüsü getirilip getirilmediği de incelenmektedir. Tedariğin güvence altına alınmanın ötesinde, çoğunlukla ana teşebbüslerin belirli düzeyde satış yapmasına hizmet eden bu tür düzenlemeler, özel durumlar haricinde tali görülmemektedir.¹²⁵ “**Thomson CSF/Deutsche Aerospace**”, “**Cable & Wireless/ Maersk Data-Nautek**” ve “**UPM-Kymmene/April**” Kararlarında bu tür düzenlemeler yan sınırlama sayılmamıştır. “**Wacker Air Products**” Kararı’nda ise; ana teşebbüsün tercihli sağlayıcı olarak tanımlanması 3 yıla kadar yan sınırlama sayılırken, bu teşebbüsün satışlarının geçici olarak güvence altına alınması gerektiği belirtilmiştir. “**BASF/Shell II**” Kararı’nda da, ana teşebbüsün tercihli sağlayıcı olarak tanımlanması işlemlerle birlikte ele alınmıştır.

Son olarak, tedarik düzenlemelerinin üçüncü kişilerin zararına olamayacağına altı çizilmelidir. Ana teşebbüslerle ortak girişim arasındaki alım-satım anlaşmasının tarafların bulunduğu pazarlarda rekabeti bozacak şekilde ayrımcılık içermesi veya üçüncü tarafların mal temin edememesine yol açması halinde, anlaşma yan sınırlama sayılmayacaktır. “**ENEL/FT/ DT**” Kararı’nda; İtalya’nın başta gelen elektrik sağlayıcısı olan ve aynı zamanda telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren ana teşebbüs ENEL’in şebekesinin başlangıç döneminde ortak girişime kiralanacak olmasını düzenleyen anlaşma tali bulunmuş, ancak anlaşmanın üçüncü kişilerin elektrik sağlanması hizmetinden faydalanamaması sonucunu doğuracak şekilde yorumlanamayacağına dikkat çekilmiştir. “**Cable&Wireless/Maersk Data-Nautek**” Kararı’nda da, ana teşebbüse ortak girişimin satış yapacak olması tali kısıtlama sayılırken, bu ilişkinin üçüncü kişilerin zararına olmaması koşulu getirilmiştir.

2.3. Ortak Devralmalarda Yan Sınırlamalar

Yoğunlaşma Tüzüğü’nün dibace bölümünün 24’üncü paragrafında belirtildiği üzere, özellikle kamu satışlarında, iki ya da daha

¹²⁴ OJ C 49/4,2000

¹²⁵ Tercihlilik uygulaması, üçüncü kişilerle alım-satım ilişkisinde bulunabilmenin önlenmediği ölçüde yan kısıtlama olarak görülebilmektedir.

fazla teşebbüsün birlikte bir veya daha fazla teşebbüsün kontrolünü, sonrasında teşebbüsleri yahut malvarlığını aralarında paylaşmak amacıyla devralması Tüzük kapsamındadır.¹²⁶ İki aşamadan (ortak kontrol ve bölüşüm) oluşacak bu tür bir işlemin yoğunlaşma sayılması için, ortak devralmanın ardından ilgili teşebbüslerin veya malvarlığının açık bir şekilde ayrılması gerekmektedir.

Duyuru'ya göre, teşebbüslerin bu amaçla rakip teklifler vermekten kaçınmak üzere anlaşması ve bölüşümün gerçekleştirilmesiyle sınırlı düzenlemeler yan sınırlama sayılabilecektir. Bu çerçevede, ortak devralınan üretim faaliyetlerinin, dağıtım ağının ve ticari markaların bölüşülmesi amacıyla alıcı teşebbüsler arasında yapılan düzenlemeler tali görülecektir. Ancak bölüşüm, devralan teşebbüslerin gelecekte uyumlu hareket etmesine yol açmamalıdır. Duyuru'da, geçici tedarik düzenlemelerinde geçerli olan esasların ortak devralmalara da uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu şekilde, işletmelerin bölünmesinden kaynaklanabilecek kesinti ve aksaklıkları önlemeye yönelik düzenlemeler için hukuki belirlilik yaratılmıştır.

3. YENİ DUYURU

“Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu”nun rehberlik yaptığı 11 yılda, uygulama belirsiz bırakılan noktalarda Duyuru'dan ayrılmıştır. 04.07.2001 tarihinde, mevzuat ile uygulamanın uyumlulaştırılması, daha doğru bir söyleyişle mevzuatın uygulamaya uygunlaştırılması amacıyla “Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu Hakkında Taslak Duyuru”¹²⁷ çıkarılarak tartışmaya açılmış ve “Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu” başlıklı yeni Duyuru çıkarılmıştır.¹²⁸ Yeni Duyuru'da, Topluluk rekabet hukuku sistemindeki basitleştirme süreci doğrultusunda, Komisyon'un bundan böyle kararlarında yan sınırlamaları değerlendirmek niyetinde olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, sınırlamaların tali olup olmadığı konusunda işlem tarafları arasındaki anlaşmazlıkların üye ülke mahkemelerinde çözülmesi

¹²⁶ Elland (1991, 28), ortak devralmaların değerlendirilmesinde Yoğunlaşma Tüzüğü'nün yenilik getirdiğini belirtmiş ve Tüzük'ün çıkarılmasından önceki bir tarihte (20.12.1977) alınan “**Irish Distillers Group v. GC and C Brands Limited**” Kararı'yla (OJ L 50/16,1978), malvarlığının bölüşümünün öngörüldüğü bir ortak devralmaya 81'inci maddenin ihlali anlamında müdahale edildiğine işaret etmiştir.

¹²⁷ http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/draft_notices/compare_ancillary_restraints_en.pdf

¹²⁸ http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/ancillary_restraints

öngörülmüştür. Böylece, Komisyon'un konuyla ilgili yükünün önemli kısmı taraflara ve ulusal mahkemelere kaydırılmıştır.

Yeni Duyuru'da getirilen en önemli değişiklik rekabet yasağı düzenlemelerinin makul bulunan süresiyle ilgilidir. Komisyon'un son kararlarındaki değerlendirme yönünde, know-how ve ticari itibarın transfer edileceği devirlerde onaylanan rekabet yasağı süresi 5 yıldan 3 yıla çekilmiştir. Ortak girişim kurulmasında ise ana teşebbüslere 5 yıla kadar rekabet etmeme koşulu getirilebilecek ve 3 yılı aşan düzenlemelerin gerekliliğinin kendi özel koşulları çerçevesinde açıklanması beklenecektir. Son olarak Komisyon kararlarındaki değişime uygun bir şekilde, ortak girişimin ömrünü aşan rekabet yasağı kısıtlamaları makul bulunmayacaktır.

Eski Duyuru'da düzenlenmemekle birlikte Komisyon kararlarında ele alınan birçok husus Yeni Duyuru'da yer bulmuştur. Tedarik düzenlemeleri gibi değerlendirilen servis ve dağıtım anlaşmaları, rekabet yasağı gibi incelenen çalışanların ve müşterilerin çekilmemesi ile gizlilik hükümleri, ayrıca ticari markalar, işletme adları, çizim hakları, telif hakları ve benzer haklara ilişkin lisanslar Duyuru metninde yer almıştır.

Yeni Duyuru'da rekabet yasağının konu ve coğrafi alan bakımından kapsamı daha anlaşılır ve geniş bir şekilde açıklanmıştır. Buna göre, devralanın ya da ortak girişimin transfer edilmeyen faaliyetler veya önceden faaliyet gösterilmeyen bölgelerde korunmasına gerek yoktur. Ancak geliştirme sürecinin ileri aşamalarında olan yahut tam olarak geliştirilmiş olmakla birlikte pazarlanmasına henüz geçilmemiş ürünler veya hizmetler ile işlem sırasında tarafların girmeyi planladığı ve bu yönde yatırım yaptığı coğrafi alanlar rekabet yasağının kapsamına dahil edilebilecektir. Kararlarda defalarca vurgulandığı üzere, rakip işletmenin kontrolü sonucunu doğurmayacak şekilde satıcının hisse almasının önlenmesi ve kontrol etmeyen veya kontrolü paylaşmayan hissedarlara yükümlülük getirilmesi bu çerçevede kabul edilmeyecektir. Değerli ticari sırların korunması ihtiyacı gözetilerek devirlerde 3, ortak girişim oluşturulmasında ise 5 yılı aşan gizlilik hükümlerinin yan sınırlama sayılabileceğinin ifade edildiği Duyuru'da; münhasır tedarik düzenlemelerinde olduğu gibi, sınırsız miktar üzerinden yapılan veya tercihli müşteri ya da satıcı tanımlanan düzenlemelerin de kural olarak tali bulunmayacağı belirtilmiştir.

4. TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA YAN SINIRLAMALAR

1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”de yan sınırlamalara yönelik düzenleme getirilmemiştir. Dolayısıyla, yan sınırlama kuralı yalnızca Rekabet Kurulu kararlarıyla gelişmektedir. İlgili kararlardan bazılarında aşağıda yer verilmiştir.

“Rekabetçi davranışların koordinasyonu” unsurunun etrafıca tartışıldığı 19.03.1998 tarih ve 57/424-52 sayılı “**Migros/Metro**” Kararı ile, ortak girişimle ana teşebbüslerden iki veya daha fazlasının aynı pazarda kalması halinde işlemin yoğunlaşma sayılmayacağı yönünde görüş oluşmuştur.¹²⁹ Rekabet yasağının açıkça tartışıldığı ilk karar olan, 19.11.1998 tarih ve 91/736-153 sayılı “**Meges/SKW**” Kararı’nda, rekabet etmeme hükmünün süresi 3 yıla sınırlandırılarak devir sözleşmesine muafiyet verilmiştir.¹³⁰ Karar’da; rekabet kurallarına aykırı olan bu tür düzenlemelerin yer aldığı sözleşmelere menfi tespit belgesi verilemeyeceği, ancak bunların makul bir süreye bağlanarak bireysel muafiyet çerçevesinde değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Diğer taraftan, 03.03.1999 tarih ve 99-12/94-36 sayılı “**Vateks/PGI**” Kararı’nda, “**Meges/SKW**” Kararı’nda olandan ters bir yol izlenerek devralma işleminde rekabet etmeme yükümlülüğü işlemlerle birlikte izin kapsamına alınmıştır.¹³¹ “**Vateks/PGI**” Kararı’nda, kontrole sahip olup olmadığına bakılmaksızın tüm hissedarlara rekabet etmeme koşulunun yüklenmesi ve Vateks’in rakiplerinin doğrudan veya dolaylı kontrolü sonucunu doğurmayacak şekilde yapılacak hisse alımlarının rekabet yasağı haricinde bırakılmamış olması göz ardı edilmiştir.

28.04.1999 tarih ve 99-21/170-89 tarihli “**Royal Packaging/Eskinazi Ailesi**” Kararı, Eskinazi Ailesinin Van Leer Saf Plastik A.Ş.’deki (VLSP) hisselerinin Royal Packaging Industries Van Leer N.V. tarafından devralınması üzerinedir.¹³² Hisse Satış Sözleşmesi’nin ilgili maddesinde Eskinazi Ailesine, beş yıl boyunca ilgili pazarlarda doğrudan veya dolaylı olarak faaliyet göstermeme koşulu getirilmiştir. Karar’da, satıcı Aileye getirilen beş yıllık rekabet yasağı yan sınırlama sayılarak anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmiştir.

Rekabet Kurulu’nun 28.04.1999 tarih ve 99-21/173-92 sayılı “**Yibitaş/Lafarge**” Kararı’nda; ana teşebbüs Lafarge’ın ortak girişimin komşu coğrafi pazarında faaliyetlerini sürdüreceği olması, rekabetçi

¹²⁹ 20.11.1998 tarih ve 23529 sayılı Resmi Gazete

¹³⁰ 30.04.2000 tarih ve 24035 sayılı Resmi Gazete

¹³¹ 10.09.1999 tarih ve 23812 sayılı Resmi Gazete

¹³² 01.07.2000 tarih ve 24096 sayılı Resmi Gazete

davranışların koordinasyonuna yol açabilecek nitelikte bulunmuş ve işlem Kanun'un 5'inci maddesi karşısında incelenmiştir. İşlemlerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilen rekabet etmeme koşulunun "zorunlu kısıtlama" olarak nitelendirildiği Karar'da, bundan hareketle muafiyet koşullarının var olduğu sonucuna kısa bir değerlendirmeye ulaşılmıştır. Burada, tali düzenlemenin bütünülediği işlemle birlikte değerlendirilerek 4'üncü madde kapsamında bulunmuş olması kuvvetle muhtemeldir. Ancak işlemin 4'üncü madde kapsamında bulunmasının ve rekabet etmeme koşulunun muafiyet şartlarıyla ne şekilde ilişkilendirildiğinin açık olmadığı Karar, rekabet yasağının bireysel muafiyet koşullarıyla denk tutulması yönüyle içtihatla belirsizlik getirmiştir.¹³³

Öte yandan, 04.05.1999 tarih ve 99-22/196-112 sayılı "**Aries Industries/Coşkunöz**", 03.06.1999 tarih ve 99-27/242-146 sayılı "**Termo/Hendrickx**"¹³⁴ Kararları, yan sınırlamaların yoğunlaşma işlemiyle birlikte değerlendirilerek işleme ilişkin izin ya da menfi tespit kararının bu düzenlemeler için de geçerli olduğu yönündeki yaklaşımı yansıtmaktadır. 15.02.2000 tarih ve 00-7/62-29 sayılı "**Lawson/Bakioğlu**" Kararı'nda; kısıtlamanın şirketin faaliyet alanındaki ürünlerle sınırlı tutulması ve devir işleminin know-how transferini içermesi nedeniyle makul bulunan üç yıllık rekabet yasağı, müşteri ve çalışanların çekilmemesi kısıtlamalarıyla birlikte yan sınırlama sayılmış, talep edilen menfi tespit belgesi verilmiştir.¹³⁵ 16.05.2000 tarihli ve 00-18/178-96 sayılı "**Wangner/Gabriele**" Kararı'nda da, yan sınırlamalar 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında görülmemiştir.¹³⁶

Rekabet Kurulu kararlarının etraflıca eleştirilmesi mümkün değildir, çünkü içtihatımız bunu olanaklı kılacak ölçüde geniş ve derin değildir. Bu tespit özellikle lisans anlaşmaları ve tedarik düzenlemelerinin henüz yeterince tartışılmamış olduğu gerçeği karşısında anlam kazanmaktadır. Ancak yine de, Kurul'un son kararlarındaki temel yaklaşımının tutarlı ve isabetli olduğu söylenebilecektir. Şöyle ki, tali kısıtlamalar işlemle birlikte değerlendirilmiş ve bildirim tabi birleşme-devralmalara verilen izin kararları anılan kısıtlamaları da içine almış, bildirim tabi olmayan işlemlerde ise yan sınırlamalar 4054 sayılı Kanun'a aykırı bulunmayarak ilgili anlaşmalara menfi tespit belgesi

¹³³ 05.12.2000 tarih ve 24251 sayılı Resmi Gazete

¹³⁴ Bu Karar'la; müşterilerin çekilmemesi, çalışanların istihdam edilmemesi ve bilginin gizli tutulmasına ilişkin düzenlemeler ilk kez incelenmiştir.

¹³⁵ 20.08.2000 tarih ve 24146 sayılı Resmi Gazete

¹³⁶ Karar henüz Resmi Gazete 'de yayımlanmamıştır.

verilmiştir. Böylece, “Meges/SKW” ve “Yibitaş/Lafarge” Kararlarındaki belirsizlik ve çelişki aşılmıştır.

Kararlarda genellikle, “orantılılık” ilkesi çerçevesinde daha az kısıtlayıcı alternatiflerin tercih edilmesi gereği üzerinde durulmamıştır. Çoğu kararda, sınırlamaların coğrafi kapsamının işlem öncesinde faaliyet gösterilen bölgeyle örtüşüp örtüşmediği açıkça ortaya konulmamıştır. Bunun yanı sıra, rekabet yasağının, kontrol edip etmediğine bakılmaksızın hissedarların tümüne getirilmesi ve kontrolün ele geçirilmesi sonucunu doğurmayacak yatırım amaçlı hisse alımlarını kapsaması irdelenmemiştir. Ortak girişim kurulmasına ilişkin kararlarda rekabet yasağının değerlendirilmesinde, “Metro/Migros” Kararı’nda oluşan içtihat genelde izlenmiştir. Ana teşebbüslerden iki veya daha fazlasının ortak girişimle aynı ya da yakından ilişkili pazarlarda faaliyetlerini sürdürmesinin, “rekabetçi davranışların koordinasyonu”na yol açabileceği düşüncesiyle, ortak girişimin işbirliği doğurucu sayılmasını gerektirdiği Kurul kararlarında yer bulmuştur. Kararlarda, ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarından çekilmesi işlemin asli unsuru sayılırken, Komisyon kararlarında olandan daha belirli bir yol izlenmiştir.

SONUÇ

Kaynağını devredilen malvarlığının değerinin korunması gereğinden alan yan sınırlama kuralı, Komisyon kararlarıyla genişleyerek nihai halini almıştır. Yeni Duyuru’nun II.Bölümü’nde gereklilik unsuru açıklanırken, kuralın sınırları belirlenmiştir: “...transfer edilen değer koruması, ekonomik bütünlüğün parçalanmasının ardından arzda sürekliliğin sağlanması ve yeni bir birimin kurulup pazarda tutunabilmesi amaçlı anlaşmalar bu kriteri karşılamaktadır.”.

Duyuru’daki açıklamanın aksi yönde olmasına karşın, işlemin merkezinde yer alan düzenlemeler bazı kararlarda tali bulunmuş ve böylece belirsizliğe yol açılmıştır. Ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarından çekilmesi ve fikri mülkiyet hakları transferinin alternatifi olarak lisans verilmesi bu belirsizliğin somutlaştığı başlıca örneklerdir. Bu noktada izlenecek en sağlıklı yol, asli unsur-yan sınırlama ayırımını keskinleştirmektir. Hareket noktası olarak önceki bölümde belirtilen karşılaştırmadan faydalanılabilir: “Asli unsurlar yoğunlaşmalar için her zaman ve her koşulda gerekli ve yaratıcı düzenlemelerken, yan sınırlamalar işlem özelinde gerekli kısıtlamalardır.”. Örneğin, gerekli hakların kullanımına ilişkin, doğrudan faaliyetleriyle ilgili ve hak transferinin alternatifi olarak ortak girişime verilecek süresiz lisans, içi

dolu ve pazarda tutunabilecek bir birim oluşturmanın olmazsa olmaz koşulu ve işlemin hukuki tanımının bir parçası sayılarak yoğunlaşmanın merkezinde görülmelidir.

Yan sınırlamalar genellikle, tanımının ağrıştırdığının aksine rekabeti azaltıcı düzenlemeler değildir. Makul süreli rekabet yasağıyla alıcının pazarda tutunabilmesine ve satıcının pazara yeniden girebilmesine, tedarikte sürekliliğin güvence altına alınmasıyla ise ortak girişimin bağımsız bir birime dönüşmesine ve satıcının veya ana teşebbüsün pazarda kalabilmesine zemin hazırlanmaktadır. Yan sınırlamalar böylece, ATAD'ın "**Remia BV v. Komisyon**" Kararında belirtildiği gibi, pazardaki oyuncu sayısının azalmamasına, hatta artabilmesine hizmet etmektedir. Bu itibarla, işlemin bütünlüğü ile pazar koşullarının ilişkilendirildiği bu düşünüşün "rule of reason" ilkesiyle benzer olduğunu söylemek mümkündür.

Topluluk tecrübesinden rekabet hukuku mevzuatımız ve uygulama açısından çıkarılacak dersler bulunmaktadır. Öncelikle, yan sınırlamalara 1997/1 sayılı Tebliğ'de açıkça yer verilmelidir. Bunu izleyen adım Komisyon'un yeni Duyurusu'na benzer açıklayıcı bir rehberin hazırlanması olmalıdır. Ancak, kararlarda yan sınırlamaların tartışılmaması yeniliği ülkemiz uygulamasında benimsenmemelidir, çünkü bu konudaki içtihat yeterince olgunlaşmamıştır. Uygulamada ise, düzenlemelerin kapsamı etraflıca tartışılmalıdır. Söz gelimi, kontrole sahip olmayan hissedarların rekabet yasağıyla bağlanıp bağlanmadığı irdelenmelidir. Son olarak, yan sınırlamaların bildirime tabi birleşme-devralmalarla birlikte değerlendirilmesi ve izin kararlarının bu kısıtlamalar için kendiliğinden geçerli olması, bildirime tabi olmayan işlemlerde ise yan sınırlamaların incelenmesi talep edildiğinde anlaşmalara menfi tespit belgesi verilmesi yönündeki doğru yaklaşım sürdürülmelidir.

KAYNAKÇA

BELLAMY, C. ve G. CHILD (1993), *Common Market Law of Competition*, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, London.

CELLI, R. ve M. GRENFELL (1997), *Merger Control in The United Kingdom and European Union*, Kluwer Law International Ltd., London.

COOK, J. ve C. KERSE (2000), *E.C. Merger Control*, Third Edition, Sweet&Maxwell, London.

DESAI, K. (1991), "Reverse Non-Competes under E.C. Competition Law", *European Competition Law Review*, Vol:18, No:3, s. 178-181.

DIAS, F. (1995), "Some Reflections on the Notion of Ancillary Restraints under EC Competition Law", *Fordham International Law Journal*, Vol:18, s. 325-362.

ELLAND, W. (1991), "The Merger Control Regulation and Its Effect on National Merger Controls and The Residual Application of Articles 85 and 86", *European Competition Law Review*, Vol:12, No:1, s. 27-28.

FAULL, J. ve A. NIKPAY (1999), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, New York.

FINE, F. (1994a), *Mergers and Joint Ventures in Europa*, Second Edition, Kluwer Law International Ltd., London.

FINE, F. (1994b), "Revised Notice on The Distinction between Concentrative and Co-operative Joint Ventures", *European Competition Law Review*, Vol:15, No:6, s. 291-295.

HOLLEY, D. (1990), "Ancillary Restrictions in Mergers and Joint Ventures", *Fordham International Law Journal*, Vol:13, s. 423-459.

MAGUIRE, D. (1998), "Competition Law and Non-Compete Clauses", <http://www.clubi.ie/competition/comframesite/noncompeteclauses.htm>.

RITTER, L., W. BRAUN ve F. RAWLINSON (1991), *EEC Competition Law A Practitioner's Guide*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Netherlands.

ATAD ve Komisyon Kararları

- “Ahold / Jeronimo Martins” (29.09.1992), OJ C 261,1992
- “Akzo Nobel / Monsanto” (19.01.1995), OJ C 37/3,1995
- “Albacom / BT / ENI / Mediaset” (13.11.1997), OJ C 369/8,1997
- “Alcoa / Inespal” (24.10.1997), OJ C 29/7,1998
- “American Home Products / Monsanto” (28.09.1998), OJ C 109/4,1999
- “Ameritech / Tele Danmark” (05.12.1997), OJ C 25/18,1998
- “Asko / Omni” (21.02.1991), OJ C 51,1991
- “Avesta / British Steel / NCC / AGA / Axel Johnson” (04.09.1992), OJ C 258,1992
- “BASF / Shell II” (23.12.1997), OJ C 81/5,1998
- “BAT / Zurich” (16.02.1998), OJ C 92/17,1998
- “Baxter / Nestle / Salvia” (06.02.1991), OJ C 37,1991
- “Bayerische Vereinsbank / FGH Bank” (04.03.1998), OJ C 116/3,1998
- “Bertelsmann / News International / Vox” (06.09.1994), OJ C 274,1994
- “Birmingham International Airport” (25.03.1997), OJ C 137/3,1997
- “Borealis / IPIC / OMV / PCD” (24.07.1998), OJ C 280/3,1998
- “British Airways / TAT” (27.11.1992), OJ C 326,1992
- “British Telecom / MCI” (13.09.1993), OJ C 253,1993
- “BTR / Pirelli” (17.12.1992), OJ C 265,1992
- “Cable & Wireless / Maersk Data-Nautek” (10.07.1997), OJ C 235/4,1997
- “Cable & Wireless / VEBA” (16.08.1995), OJ C 231/3,1995
- “CCIE / GTE” (25.09.1992), OJ C 265,1992
- “Celestica/IBM(EMS)” (25.02.2000),
http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1841_en.pdf

- “CGP / GEC Alstom / KPR / Kone Corporation” (14.04.1994), OJ C 109,1994
- “Chrysler / Distributors” (22.12.1997), OJ C 79/3,1998
- “CLT / Disney / Super RTL” (17.05.1995), OJ C 144/23,1995
- “Conagra / Idea” (30.05.1991), OJ C 175,1991
- “Courthalds / SNIA” (19.12.1991), OJ C 333,1991
- “Dalgety / The Quaker Oats Company” (13.03.1995), OJ C 82/14,1995
- “DHL / Deutsche Post” (26.06.1998), OJ C 307/3,1998
- “Digital / Kienzle” (25.02.1991), OJ C 56,1991
- “Digital / Philips” (02.09.1991), OJ C 235,1991
- “Direct Line / Bankinter” (12.01.1995), OJ C 34/5,1995
- “Dow Jones / NBC-CNBC Europe” (22.01.1998), OJ C 83/4,1998
- “Dragerwerk / IBM / HMP” (28.06.1991), OJ C 236,1991
- “Dupont / ICI” (02.10.1997), OJ C 4/4,1998
- “Eastman KODAK / Sun Chemical” (15.01.1998), OJ C 32/5,1998
- “EDF / Lufthansa” (11.05.1995), OJ C 163/8,1995
- “Elf / Enterprise” (24.07.1991), OJ C 203,1991
- “Elopak / Metal Box” (13.07.1990), OJ L 209/15,1990
- “ENEL/FT/DT” (22.06.1998),
http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31998J0002
- “Ericsson / Kolbe” (22.01.1992), OJ C 27,1992
- “Fujitsu/Siemens” (30.09.1999),
http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31999J0022
- “GE / Bayer” (11.06.1998), OJ C 218/6,1998
- “GE Capital / Sea Containers” (28.04.1998), OJ C 162/4,1998
- “GECC / Avis Lease” (15.07.1992), OJ C 201,1992
- “GE / CIGI” (28.08.1994), OJ C 271,1994
- “General Re / Kölnische Rück” (24.10.1994), OJ C 312/5,1994

- “GRE / PPP” (16.02.1998), OJ C 168/12,1998
- “Hagemeyer / ABB Asea Skandia” (07.10.1997), OJ C 376/11,1997
- “Harrisons & Crosfield / Akzo” (29.04.1993), OJ C 128,1993
- “Havas / Bertelsmann / Doyma” (27.08.1998), OJ C 139/4,1999
- “Hochtief / Aer Rianta / Düsseldorf Airport” (22.12.1997), OJ C 61/5,1998
- “ICI / Williams” (29.04.1998), OJ C 218/5,1998
- “ICL / Nokia Data” (17.07.1991), OJ C 236,1991
- “Inchcape / IEP” (21.01.1992), OJ C 21,1992
- “Ingersoll-Rand / Dresser” (18.12.1991), OJ C 86,1992
- “Irish Distillers Group v. GC and Brands Limited” (20.12.1977), OJ L 50/16,1978
- “Kingfisher/Grosslabor” (12.04.1999),
[http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!
celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31999M1482](http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31999M1482)
- “Kirch / Richemont / Multichoice / Telepiu” (05.05.1995), OJ C 129/6,1995
- “KNP BT / Bunzl / Wilhelm Seiler” (14.02.1997), OJ C 110/9,1997
- “KODAK / Imation” (23.10.1998), OJ C 17/2,1999
- “LGV / BTR” (11.12.1997), OJ C 125/7,1998
- “Lufthansa / Menzies / Sigma and Manchester” (30.06.1998), OJ C 238/8,1998
- “Maersk Air / LFV Holdings” (06.07.1998), OJ C 253/4,1998
- “Mannesmann / Olivetti / Infostrada” (15.01.1998), OJ C 83/4,1998
- “Marconi / Finmeccanica” (05.09.1994), OJ C 253/10,1994
- “Matra Marconi Space / Satcomms” (14.10.1994), OJ C 307/3,1994
- “Mecaniver / PPG” (12.12.1984), OJ L 135/54,1985
- “Mederic / Urrpimmec / CRI / Munich Re” (02.07.1997), OJ C 329/11,1997
- “Merck / Rhone-Poulenc / Merial” (02.07.1997), OJ C 312/15,1997
- “Mitsubishi / UCAR” (04.01.1991), OJ C 5,1991

- “Nestle / Perrier” (22.07.1992), OJ C 356/1,1992
- “Nichols Freres / Vitapro” (30.07.1964), OJ 136/2287,1964
- “Nokia / Autoliv” (05.02.1996), OJ C 69/3,1996
- “Nordic Capital / Mölnlycke Clinical / Kolmi” (20.01.1998), OJ C 39/19,1998
- “Nordic Capital / Transpool” (23.08.1995), OJ C 243/5,1995
- “Nortel / Norweb” (18.03.1998), OJ C 123/3,1998
- “Novartis / Maisadour” (30.06.1999), OJ C 208/4,1999
- “Nutricia” (12.12.1983), OJ L 376/22,1983
- “Otto / Grattan” (21.03.1991), OJ C 93,1991
- “Pepsi Co / General Mills” (05.08.1992), OJ C 228,1992
- “Philips / Hewlett Packard” (17.02.1997), OJ C 110/7,1997
- “Philips / Lucent Technologies” (20.08.1997), OJ C 274/7,1997
- “Philips / Thomson / SAGEM” (18.01.1993), OJ C 22,1993
- “Planet Internet/Fortis Bank/Mine JV” (10.07.2000),
http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1964_en.pdf
- “Quantel International / Continuum Quantel SA” (27.07.1992), OJ C 235/9,1992
- “Recticel / Greiner” (19.03.1997), OJ C 205/4,1997
- “Remia v. Commission” (11.07.1985),
http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=684J0042
- “Reuter /BASF” (20.07.1976), OJ L 254/40,1976
- “RSB / Tenex / Fuel Logistics” (02.04.1997), OJ C 168/5,1997
- “Sanofi / Sterling Drug” (10.06.1991), OJ C 156,1991
- “Saudi Aramco / MOH” (23.05.1995), OJ C 158/4,1995
- “SHV / Chevron” (20.12.1974), OJ L 38/14,1975
- “Singapore Airlines/Rolls-Royce” (10.05.1999),
http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31999M1506

- “SLDE/NTL/MSCP/NOOS” (16.10.2000),
http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2137_en.pdf
- “Solvay-Laportel / Intercox” (30.04.1992), OJ C 165,1992
- “Steetley / Tarmac” (12.02.1992), OJ 50,1992
- “Telia / Ericsson” (20.02.1997), OJ C 156/4,1997
- “Tesco / Catteau” (04.02.1993), OJ C 45,1993
- “Texaco / Chevron” (30.10.1998), OJ C 130/8,1999
- “Thomson CSF / Deutsche Aerospace” (02.12.1995), OJ C 65/4,1995
- “Thomson / Pilkington” (23.10.1991), OJ C 279,1991
- “TNT / Canada Post and others” (02.12.1991), OJ C 322,1991
- “TXU Europa / EDF-London Investments” (03.02.2000), OJ C 49/4,2000
- “UAP / Provincial” (07.11.1994), OJ C 322/5,1995
- “Union Carbide / Enichem” (13.03.1995), OJ C 123/3,1995
- “UPM-Kymmene / April” (11.06.1998), OJ C 219/9,1998
- “UPM-Kymmene / Finnpap” (21.02.1997), OJ C 110/8,1997
- “Valinox / Timet” (12.06.1997), OJ C 10/3,1998
- “VIAG / Continental CAN” (06.06.1991), OJ C 156,1991
- “VIAG/Orange UK” (11.08.1998),
http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?Smartpi!celeplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31998J0004
- “Volkswagen AG / VAG (UK)” (04.02.1993), OJ C 38,1993
- “Wacker / Air Products” (04.08.1998), OJ C 324/5,1998
- “Westdeutsche Landesbank / Carlson / Thomas Cook” (08.03.1999), OJ C 102/9,1999
- “Zeneca / Vanderhave” (09.04.1996), OJ C 188/10,1996

Rekabet Kurulu Kararları

“Aries / Coşkunöz” (04.05.1999, 99-22/196-112)

“Lawson / Bakioğlu” (15.02.2000, 00-7/62-29), 20.08.2000 tarih ve 24146 sayılı RG

“Meges / SKW” (19.11.1998, 91/736-153), 30.04.2000 tarih ve 24035 sayılı RG

“Migros / Metro” (19.03.1998, 57/424-52), 20.11.1998 tarih ve 23529 sayılı RG

“Royal Packaging / Eskinazi Ailesi” (28.04.1999, 99-21/170-89), 01.07.2000 tarih ve 24096 sayılı RG

“Termo / Hendrickx” (03.06.1999, 99-27/242-146)

“Vateks / PGI” (03.03.1999, 99-12/94-36), 10.09.1999 tarih ve 23812 sayılı RG

“Wangner / Gabriele” (16.05.2000, 00-18/178-96)”

“Yibitaş / Lafarge” (28.04.1999, 99-21/173-92), 05.12.2000 tarih ve 24251 sayılı RG

AVRUPA BİRLİĞİ VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE REKABET OTORİTELERİNİN LİSANS ANLAŞMALARINA YAKLAŞIMI

Yüksel KAYA*

Fikri mülkiyet hakları, sahiplerine tekel olarak nitelenebilecek ölçüde, başkalarının bu hakların konusunu kullanmalarını engelleyen münhasır yetkiler veren haklar olarak tanımlanabilir. Örneğin, patent hakkı, buluş sahibine belirli bir süreliğine buluşun konusunu pazarda kullanması için tekel yetkisi vermektedir. Bu tür bir münhasır hakkın verilmesi, yeni yatırımlar yapılmasına, istihdam yaratılmasına ve tüketici refahının artmasına imkân tanıyan yeni teknik bilgilerin ortaya konulmasına neden olduğundan belirli bir meşruiyet kazanmaktadır. Ancak bu tür münhasır hakların, sahiplerinin piyasadaki her türlü faaliyetlerine olanak sağlayacak açık bir çek verdiği şeklinde de algılanmaması gerekmektedir (Bainbridge, 1999, 317). Aksine, anılan hakların kullanımı, hak sahiplerinin pazardaki rekabeti gerekli olandan fazla sınırlamaları ve haklarını kötüye kullanmalarını önlemek amacıyla rekabet kurallarınca sınırlandırılmak-tadır. Rekabet kurallarınca fikri mülkiyet haklarının kullanımına getirilen bu sınırlama, doğrudan bu hakların varlığını tehdit edecek anlamda *per se* bir yaklaşımdan ziyade, bu hakların kullanımının rekabet kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesini temin etmeye yönelik olmaktadır (Tritton, 1996, 385).

Rekabet kurallarını uygulamakla görevli otoriteler, bir yandan piyasada teknik bilgilerin yaygınlık kazanmasının olumlu etkilerini kabul ederken, öte yandan hak sahiplerinin kartel oluşturma, piyasayı paylaşma gibi davranışlar içine girebilmeleri olasılığını da dikkate almakta ve piyasanın rekabetçi yapısını koruyacak bir denge noktası bulmaya çalışacak şekilde rekabet kurallarını anılan hakların kullanımına uygulamaya çalışmaktadırlar. Bu amaç doğrultusunda, geçmiş yıllarda rekabet otoriteleri fikri mülkiyet haklarının münhasır yanını rekabet kuralları ile bağdaşmaz görerek, bunların kullanımına karşı, yeni buluşların etkilerini ihmal eden, yeterince önemsemeyen sert tavırlar içine girebilmişlerdir. Bununla birlikte, rekabet otoritelerinin meseleye

* *Rekabet Kurumu Uzmanı. Bu makalede yer alan görüşler, Rekabet Kurumu'nun görüşleri olmayıp, yazarın kendi görüşleridir.*

bakış açısı zamanla belirli bir değişim geçirerek, bu hakların mutlak surette rekabetçi olmayan bir şekilde kullanılmasının gerekmediği noktasına gelmiştir. Bu değişimin ardındaki düşünce, bu tür hakların piyasayı daha rekabetçi hale getirecek yeni buluşların yapılmasına yönelik araştırma, geliştirme güdülerini artırmaya aracı olmalarının kabulü olmuştur. Fikri mülkiyet haklarına bakıştaki değişimin boyutu dünyanın her yerinde aynı olmamış, rekabet kurallarının uygulandığı pazarın yapısına veya denetimin ardındaki saiklerin sadece iktisadi olup olmadığına veya var olan iktisadi unsurlarla birlikte iktisadi olmayan bir takım faktörlerin bulunup bulunmadığına göre değişmiştir (Hawk, 1988, 53). Örneğin, fikri mülkiyet haklarına Amerikalıların bakış açısı Topluluktakinden daha esnek olarak nitelenmektedir. Bunun nedeni olarak, Topluluktaki temel amaçlardan biri olan pazar entegrasyonunun Amerikalılar için söz konusu olmaması, Topluluğun siyasi ve sosyal bir takım amaçların Amerika'da etkisini belli ölçüde yitirmiş olması gösterilmektedir.

Fikri mülkiyet haklarına ilişkin genel içerikli bilgilerden sonra, anılan hakların konu edildiği lisans anlaşmalarına ilişkin Amerikan Adalet Bakanlığı (DOJ) ve Federal Ticaret Komisyonunun (FTC) yaklaşımıyla, Topluluk Komisyonunun (Komisyon) yaklaşımı verilmeye çalışılacaktır. Daha sonra Topluluktaki teknoloji transfer anlaşmalarına ilişkin düzenlemenin revizyonu doğrultusunda bazı noktaların tartışılması yapılmaya çalışılacaktır.

LİSANS ANLAŞMALARI VE AMERİKAN ANTİTRÖST OTORİTELERİ

Nine No Nos

Amerikan antitröst otoritelerinin fikri mülkiyet haklarına bakış açılarının zaman içinde oldukça değiştiği söylenebilir. 1970'li yıllarda, DOJ anılan haklara karşı yaklaşımını "Nine No Nos" olarak bilinen dokuz sınırlamayı içeren bir liste ile formüle etmiştir. Fikri mülkiyet haklarının antitröst otoritelerince değerlendirilmesinde, buluş yapmanın özendirilmesi, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin teşvik edilmesi ile tüketicilerin hak sahiplerinin rekabetçi olmayan davranışlarına karşı korunması arasında denge kurulmasına dikkat edilmesi gerekirken, DOJ bu "pazarlığı" göz ardı ederek listedeki hükümleri *per se* hukuka aykırı bulmuştur (Gilbert ve Shapiro, 1997, 284). Anılan listede bulunan hükümler mal alma zorunluluğu (tie-in), münhasır geri verme (exclusive grant-backs), yeniden satış sınırlamaları, lisans alan vetoları, zorunlu paket lisansları, lisans alanların patentli ürünlerinin satışları ile makul

ölçüde bağlantılı olmayan miktardaki royaltyle, patentli bir usul ile üretilen patentli olmayan bir ürünün satışına ilişkin getirilen sınırlamalar ve lisanslı ürünün satışına yönelik fiyat sınırlamaları olarak verilebilir. DOJ, bu dönemde pazar analizi yapmaksızın patent lisanslarının tekeller oluşturduğu varsayımında bulunarak, patentten kaynaklanan haklara karşı oldukça sınırlayıcı bir tavır almıştır (Fogt ve Gotts, 1995, 6). DOJ'un bu yaklaşımını şekillendiren etmenlerden bir diğeri olarak, Amerikan Yüksek Mahkemesinin hak sahiplerinin buluşları üzerindeki tekellerini patent kapsamında bulunmayan bir ürüne aktarmalarını engellemek için kullandığı "patentin kötüye kullanımı" (patent misuse) doktrini gösterilmiştir. (Anderman, 1998, 61).

1988 tarihli Amerikan Fikri Mülkiyet Rehberi

Nine No Nos'daki katı anlayışın 1981 yılında resmi olarak terk edilmesiyle birlikte, Amerika Birleşik Devletlerinin fikri mülkiyet haklarına karşı olan tavrının yumuşamaya başladığı söylenebilir. Bunda Chicago ekolünün iktisadi anlayışının federal antitröst kurumları üzerindeki etkisinin artması önemli rol oynamıştır. Federal antitröst kurumları ve mahkemeler lisans anlaşmalarının pazardaki yararlarını kabul ederek, bu anlaşmalarda yer alan bir çok hükmü *per se* hukuka aykırı olarak görmek yerine, anılan kısıtlamaların pazardaki net etkilerini ortaya koymak için rekabetçi ve rekabetçi olmayan yönlerinin dikkate alınmasını gerektiren rule of reason analizini uygulamaya başlamışlardır. Bu doğrultuda, 1988 yılında DOJ, içinde fikri mülkiyet hakları lisansları ile ilgili bir bölüm de bulunan uluslararası işlemlere yönelik rehberini hazırlamıştır. Nine No Nos'un temsil ettiği katı anlayıştaki değişikliğin boyutu bu rehberde bulunan "fikri mülkiyet hakkı sahibi, mülkiyet hakkının verdiği pazar gücünden, bu güç ne olursa olsun, yararlanma hakkına sahiptir" (§ 3.6) ifadesinden anlaşılabilir.

1995 Tarihli Amerikan Fikri Mülkiyet Rehberi

Genel İlkeler

1995 Rehberi, 1988 Rehberi ile aynı ilkeleri paylaşmaktadır (§ 2.0). İlk olarak, fikri mülkiyet haklarının diğer mülkiyet hakları ile benzeştiği görüşü benimsenmiştir. Bu görüşe göre, fikri mülkiyet hakları

ile diğer mülkiyet hakları arasındaki farklılıkların, bu haklara halihazırdaki antitröst analizinden tamamen ayrı bir inceleme yapılmasını gerektirmeyecektir (§ 2.1).

İkinci olarak, fikri mülkiyet hakları mutlak surette pazar gücü yaratmamaktadır¹³⁷. Birinci ilke ile bu prensip, fikri mülkiyet haklarını ne antitröst kurallarından muaf tutan ne de bu hakları mutlaka hukuka aykırı olarak değerlendiren nötr bir analize tabi tutulmasını gerektirmektedir (Kattan, 1995, 11). İkinci prensip, "daha nitelikli ürün, iş zekâsı" gibi unsurları, pazardaki güçlü konuma neden olan ve rekabet kuralları ile çelişmeyen makul nedenler arasında saymaktadır (§ 2.2). Bu ilkenin içerdiği özelliklerden bir diğeri de, hak sahibinin sırf pazardaki üstün konumundan dolayı lisans vermeye zorlanamayacağını kabul etmesidir (§ 2.2).

Üçüncü prensibe göre, fikri mülkiyet haklarını içeren lisans anlaşmaları, teşebbüslerin bu hakları üretimlerinde tamamlayıcı bir unsur olarak kullanmaları nedeniyle, pazarda rekabetçi etkiler doğurmaktadır (§ 2.3). Hakkın bu şekilde kullanılması sonucunda sanayideki verimlilik, düşen maliyetler ile birlikte artmakta ve tüketici tatminini sağlamak olan nihai amaç da genişleyen ürün yelpazesi ile sağlanmış olmaktadır. Bu tür rekabetçi etkilerden bir diğeri de, fikri mülkiyet hakkının piyasa değerinin artması ve bunun sonucunda buluş yapma dürtüsünün kamçılanmasıdır.

İlgili Pazar

Amerikan antitröst kurumlarının fikri mülkiyet haklarına bakışlarının altında yatan temel ilkelerin ardından, fikri mülkiyet hakları ve ilgili pazar ilişkisinin verilmesi uygun olacaktır. 1995 Rehberinde fikri mülkiyet haklarını konu edinen lisansların etkilerinin ürün, teknoloji ve inovasyon pazarlarında görülebileceği belirtilmektedir (§ 3.2).

Ürün Pazarı

1995 Rehberi, lisans anlaşmalarının etkilerinin ürün pazarında görülebilmesi halinde, bu pazar haricinde bir başka pazar tanımı yapılmasına gerek olmadığını söylemekle birlikte, bazı durumların varlığında teknoloji ve inovasyon pazarlarının da incelenmesi ihtiyacının olabileceğini ifade etmektedir (§3.2). Kısaca, geleneksel olarak antitröst

¹³⁷ Rehber fikri mülkiyet hakkının konusunun ikamesi olan ürün, usul veya işin çoğu kez bulunabileceğini vurgulamakla birlikte, içtihatların bu konuda kesin bir tavrının bulunmadığını da ihtiyaten belirtmektedir. Bkz. § 2.2 ve 10 nolu dipnot.

kurumlarının inceleme odağı olan ürün pazarı, fikri mülkiyet haklarına konu olan ara ve nihai malları kapsamaktadır (§3.2.1).

Teknoloji Pazarı

Teknoloji pazarları, "lisansa konu edilen fikri mülkiyet ile yakın ikameleri"nden oluşmaktadır (§ 3.2.2). FTC ve DOJ, teknoloji pazarını, fikri mülkiyet hakkının bizzat kendisinin, bu hakka konu üründen ayrı olarak lisansa konu edildiği durumlarda inceleyebilmektedirler¹³⁸. 1995 Rehberine göre, hem fikri mülkiyet hakkı hem de onun vasıtasıyla üretilen ürünün birlikte lisansa, kullanıma veya satışa sunulması halinde incelemenin ayrı pazarlarda yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Rehber, teknolojinin "sıklıkla parasal olarak ölçülemeyen yollarla lisansa konu edilmesi" yüzünden ikamesinin tespit edilmesinin zorlukları olduğunu da belirtmektedir. FTC ve DOJ'un teknolojinin fiyatını belirleyemeyecek olmalarının, çoğunlukla teknoloji ve ürün pazarlarının ayrı olarak tanımlanmasını zorlaştıracığı şeklinde eleştiriler getirilmiştir (Guterman, 1997, 244).

Teknoloji pazarının ayrı olarak tanımlandığı davalara *Ciba-Geigy Ltd.* davası örnek olarak gösterilmektedir. Bu davada, FTC, tarafların birleşmelerinin, üçüncü kişilere yönelik portföylerinde bulunan fikri mülkiyet haklarını içeren lisans verme isteklerini azalttığını ileri sürmüştür.

İnovasyon Pazarı

Bu pazarın tanımlanmasına neden olarak, ürün ve teknoloji pazarlarındaki incelemenin, inovasyon üzerindeki rekabetçi etkilere ilişkin bir değerlendirme yapmakta yetersiz kalması verilmektedir (§ 3.2.3). İnovasyon pazarları yeni ve daha gelişmiş ürünler veya usuller elde etmeye yönelik olan ve inceleme konusu ile ikame edilebilen araştırma geliştirme çabaları, teknoloji veya ürünleri içeren araştırma ve geliştirme faaliyetlerini kapsamaktadır (§ 3.2.3). İnovasyon pazarlarının tanımlanması, "uzmanlaşmaya yönelik malzemelerin veya belirli firmaların özelliklerinin" varlığına bağlı olmaktadır (§ 3.2.3). Yeni ve

¹³⁸ 1995 tarihli Rehber "fikri mülkiyet haklarının genellikle pazarlanan ürünün ayrılmaz parçası olarak lisansa konu edildiğini, satıldığını veya transfer edildiğini" belirterek, bunun ürün pazarına ilave olarak teknoloji pazarını araştırma gerekliliğini ortadan kaldırdığını ifade etmektedir. Bkz. Rehberin 19 uncu dipnotu.

gelişmiş ürünlerin araştırma geliştirme faaliyetlerinden elde edilmesi nedeniyle, inovasyon pazarlarında ilgi odağı, ekonomik çıktılara göre tanımlanan ilgili pazardakinden farklı olarak, ekonomik girdilere doğru kaymaktadır (Taylor, 1994, 23).

İnovasyon pazarlarının antitröst incelemelerinde belirsizliğe yol açacağı gerekçesiyle bir takım eleştiriler getirilmiştir. İlk olarak, Rehber'de belirtilen inovasyon pazarlarında rekabetçi etkilerin ölçülmesinde yararlanılabilecek ölçütlerden biri olan pazar paylarının, bu pazardaki şirketlerin araştırma ve geliştirme faaliyetlerini gizlilik içinde yapmaları nedeniyle, büyük ölçüde spekülatif olacağı ileri sürülmektedir (Taylor, 1994, 27). Bu tür bir pazarda, ürün, satış ve fikri bir mülkiyet hakkının mevcut olmamasının rekabetçi trendlerin tespit edilmesini zorlaştıracığı, bunun da bu pazarlara yönelik analizleri belirsizliğe iteceği de vurgulanmaktadır (Kobak, 1996, 361). Buna ilave olarak, pazar payının hesaplanmasında geliştirme harcamalarının göz önüne alınacak kriterlerden biri olması da, düşük bütçeli bir firmanın yüksek bir pazar payına ulaşabilmesi ihtimali nedeniyle yanıltıcı sonuçlar doğuracağından dolayı eleştirilmiştir (Azam, 1995, 475). İnovasyon pazarı düşüncesinin dikkate alınmadığı belirtilen unsurlardan biri olarak da, araştırma geliştirme faaliyetlerinin hayati unsuru olan ve mobilitesinin yüksekliği dolayısıyla tekelleşmeye gitmenin hemen hemen bütün firmalar için oldukça zor olduğu insan unsuru gösterilmektedir (Addanki, 1995, 223).

İnovasyon pazarına yönelik getirilen eleştiriler, bu kavramın antitröst analizine pratik bir fayda getirmeyeceği üzerinde durmakla birlikte, bu pazar *United States v. General Motors Corp. (General Motors-ZF Friedrichshafen)* davasında incelenmiştir. Dava konusu olan olayda, bir Alman firması olan ZF, GM'nin ağır iş otomatik transmisyon işini devralmak istemiştir. DOJ, bu olayda devralmanın etkilerinin, ürün pazarının yanısıra inovasyon pazarının da incelenmesiyle etkin olarak ölçülebileceğini ifade etmiştir. Ağır vasıtalar için otomatik transmisyonların geliştirilmesi alanında faaliyet gösteren en büyük üç şirketten birinin birleşme sonrasında yok olmasının, tüm dünyadaki yeni transmisyonların araştırma ve geliştirme pazarında rekabetçi olmayan etkilere yol açacağı düşünülmüştür. Bu davada, ZF Amerikan pazarında anılan transmisyonların satışında GM'nin halen veya potansiyel rakibi olmamakla birlikte, pazardaki gelişmiş transmisyonların satışında rekabetçi etkiler doğurabilecek potansiyele sahip olduğu dikkate alınmıştır.

Dikey ve Yatay İlişkiler

1995 Rehberi, lisans anlaşmasının incelenmesinde taraflar arasındaki ilişkinin yapısının, dikey veya yatay olması veya her ikisinin bir arada bulunmasının, önemli olduğuna dikkat çekmektedir (§ 3.3). Rehber, lisans anlaşmalarının tamamlayıcı yapılarını vurgulayarak, bu anlaşmaların genelde dikey ilişkileri düzenlediğini belirtmektedir (§ 3.3). Rehber, lisans veren ve lisans alan arasındaki ilişkiyi "lisansın yokluğunda ilgili pazarda halen veya potansiyel olarak rakip olmaları halinde" yatay olarak değerlendirmektedir (§ 3.3).

Rehber, verdiği bir takım örneklerle lisans veren ile alan arasındaki ilişkinin dikey mi yatay mı olduğuna nasıl karar verileceğini de göstermektedir¹³⁹. Örneğin 5 numaralı örnekte, çiftlik ekipmanları üreticisi AgCo şirketi yeni ve patentini aldığı bir emisyon kontrol teknolojisi geliştirmiş ve bunun lisansını yine başka bir çiftlik ekipmanları üreticisi olan FarmCo firmasına vermiştir. AgCo'nun sahip olduğu teknoloji FarmCo'nun halen sahip olduğu ve kullandığı teknolojiden daha gelişmiş bir teknoloji olduğundan, FarmCo'nun teknolojisi AgCo'nun teknolojisi için istediği ücreti etkileyememektedir. FarmCo'nun yakın bir gelecekte geliştireceği daha ileri bir teknolojinin AgCo'nun patentini ihlal etme olasılığı da oldukça yüksektir. Bu bilgiler ışığında, lisans veren ile alanın her ikisinin de çiftlik ekipmanları üreticisi olmalarına ve her ikisinin de emisyon kontrol teknolojisine sahip olmalarına rağmen, lisans verenin teknolojisinin lisans alanından daha gelişmiş olması ve kapsamının genişliği nedeniyle lisans alanın kendi teknolojisini geliştirmesinin muhtemel bir patent ihlaline yol açacak olması sebepleriyle, aralarındaki ilişki FTC ve DOJ tarafından dikey olarak değerlendirilmektedir. Bu yaklaşım, Amerikan antitröst kurumlarının yatay dikey ayırımına ilişkin tavrını göstermesinin yanında, ürün pazarında rakipler arasında rekabetin var olmasının, lisans verenin teknolojisinin açık bir şekilde halen kullanılan teknolojiden üstün olması halinde, teknoloji pazarında tarafların rakip olarak değerlendirilmesine yetmeyeceğini göstermesi açısından önemli olmaktadır (Kattan, 1995, 12).

Buna ilave olarak, 6 nolu örnekte, motorlarında kullanılmak üzere yeni bir valf teknolojisi geliştirmiş olan FarmCo ve AgCo arasında yapılan çapraz bir lisans anlaşmasındaki ilişki incelenmektedir. Buna göre FarmCo, AgCo'ya geliştirdiği valf teknolojisinin lisansını vermekte, buna karşılık AgCo'dan emisyon kontrol teknolojisi lisansı almaktadır.

¹³⁹ 1995 tarihli rehberde, lisans anlaşmalarının yapısına ilişkin açıklamaları desteklemek amacıyla bir takım örnekler verilmektedir. Rehberin 13 no.lu dipnotunda "anılan örneklerin hipotetik oldukları ve ilgili oldukları endüstri kolundaki durumlar hakkında herhangi bir yargı veya analizi temsil etmedikleri" ifade edilmektedir.

AgCo'nun halen, FarmCo'nun teknolojisine alternatif olarak nitelenebilecek bir valf teknolojisi bulunmakta olup, bu teknolojilerin tüketicieye olan maliyetleri de çok farklı değildir. AgCo lisans almadan önce kendi valf teknolojisini kullanmakta ve başkalarına da lisans vermektedir. Burada, lisans verenin motor valf teknolojisi ile ilgili lisansı benzer bir teknolojiye sahip olan lisans alana vermesindeki ilişki, bir taraftan lisans alanın lisans verenin teknolojisinin tüketicisi olması ve aralarında tamamlayıcı bir ilişki olması nedeniyle dikey, diğer taraftan tarafların her ikisinin de birbirleri ile ikame edilebilecek teknolojilerin lisansını vermeleri nedeniyle de, FTC ve DOJ tarafından yatay olarak değerlendirilmiştir (Kattan, 1995, 12).

Lisans Anlaşmaları ve Rule of Reason

Lisans anlaşmalarını yatay ve dikey olarak ikiye ayrılması ve anlaşmaların genelde dikey olarak değerlendirilmesinin önemi, dikey lisans anlaşmalarının antitröst değerlendirmesinde daha olumlu olarak ele alınmasıdır.

Dikey anlaşmalara daha olumlu yaklaşılması ve genellikle rekabetçi olarak nitelenmesinin tarihi Amerikan Yüksek Mahkemesinin *GTE Sylvania* kararına kadar gitmektedir. Yüksek Mahkeme, bu kararında daha önceki dikey sınırlamalara ilişkin *per se* bir tavır aldığı *Schwinn* kararından dönerek, Amerikan antitröst otoritelerinin ana ilgi odağının markalar arası rekabet olması ve fiyat dışı dikey sınırlamaların rule of reason'a tabi tutulması gerektiğine karar vermiştir. Ancak, Rehber, Yüksek Mahkemenin bu kararını "tamamen dikey bir ilişkinin rekabet karşıtı hiçbir etkisinin olmayacağını temin ettiği" veya "yatay ilişkinin varlığının ... düzenlemenin rekabetçi olmadığını gösterdiği" şeklinde de yorumlamamaktadır (§ 3.3)¹⁴⁰. Rehberin lisans anlaşmasındaki bir sınırlamayı otomatik olarak hukuka aykırı bulmayı reddetmesi, "sınırlamanın rekabete aykırı sonuçlar doğurma ihtimalini ve eğer doğuruyorsa, sınırlamanın rekabetçi olmayan etkilerden fazla oranda rekabetçi etkiler doğurmak için makul sınırlar içinde gerekli olup olmadığını" tespit etmek amacıyla ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir (§ 3.4).

¹⁴⁰ 1995 tarihli Rehberdeki bu anlayış, 1988 tarihli tamamen dikey karakterli anlaşmaların potansiyel rekabet karşıtı etkilerini göz ardı eden tavrından daha katı bir yorumu temsil etmektedir. 1988 tarihli Rehber "Adalet Bakanlığının tamamen dikey olan ilişkilerdeki sınırlamaları sadece istisnai durumlarda soruşturacağını" ifade etmektedir. Bkz. Taylor, 1994, 26.

Yatay anlaşmalarda dikkate alınacak kriterler fiyatlandırma, miktar politikaları, tarafların pazardaki konumları, pazarın yapısı, giriş engelleri ve sınırlamanın tarafların inovasyona yönelik güdüleri üzerindeki etkileri olarak verilebilir. Rehberin 4 üncü bölümünü okuyan bir kişinin, yatay ilişkilerin, antitröst kurumlarınca daha rekabeti kısıtlayıcı sonuçlara neden olduğunu düşündükleri, izlenimini edinmesi söz konusu olabilir. Özellikle Rehberin, dikey anlaşmaların rekabet üzerindeki zararlı etkilerini tanımlarken, yatay ilişki içindeki teşebbüsler arasındaki etkileri vurgulaması ve sınırlayıcı hükmün "pazara girişi engellemesi veya rakiplerin önemli girdileri elde ederken karşılaştıkları maliyetleri artırması veya fiyatların artırılması veya arz miktarının kısıtlanmasındaki koordinasyona olanak sağlaması"ndan bahsetmesi dikkat çekmektedir (§ 4.1.1). Ancak bu, yatay sınırlamaların da, "fiyat tespiti, pazar ve müşterilerin paylaşımı, arz miktarının kısıtlanmasına yönelik anlaşma ve bazı grup bojkotları" gibi *per se* hukuka aykırı haller dışında, rule of reason analizine tabi tutulacağı gerçeğini değiştirmemektedir.

Sınırlamanın rekabete aykırı etkilere yol açması durumunda, makul ölçülerde gerekli olma şartı "pratik ve daha az oranda rekabeti kısıtlayıcı alternatiflerin varlığı"na bağlı olmaktadır (§ 4.2).

Bir çok olayda rule of reason'ın temsil ettiği trade-off uygulanabilmeye birlikte, 1995 Rehberi "yapısı ve zorunlu etkileri çok açıkça rekabete aykırı olan" sınırlamaların *per se* olarak yasaklanabileceği görüşünü de taşımaktadır (§ 3.4). Nitekim, yeniden satış fiyatının belirlenmesi, grup bojkotları, miktar kısıtlamaları gibi hükümler rekabetçi etkiler doğurup doğurmadıkları dikkate alınmaksızın *per se* hukuka aykırı yaklaşıma tabi tutulmaktadır.

Lisans veren ile lisans alana lisanslı teknolojiyle ürünü üreterek pazara sunma olanağı veren bir sınırlamanın varlığında oluşabilecek "etkinliği artıran iktisadi faaliyetlerin entegrasyonu", antitröst analizinde rule of reason veya *per se* yaklaşımlarından hangisinin uygulanacağını gösteren ölçüt olarak verilmektedir (§ 3.4).

Rehberde bu iki yaklaşıma ilave olarak, her ikisi arasındaki orta yeri dolduran üçüncü bir inceleme yöntemi de bulunmaktadır. "Göz atma" (quick look) olarak adlandırılabilir "kısaltılmış" bu analiz, sınırlamanın rekabet karşıtı etkiler doğurma potansiyelinin bulunmadığı veya arz

miktarını kısarak fiyatları artırma ihtimali olduğu durumlarda uygulanmaktadır¹⁴¹.

Rehber, bir sınırlamanın rekabetçi olan ve olmayan etkilerini incelerken analizin "niteliksel" (§ 4.2) olacağını, yani bir sınırlamanın farklı pazarlarda farklı sonuçlara yol açabileceğini, dolayısıyla aynı sınırlamanın antitröst kurumları tarafından farklı yorumlara yol açacağını belirtmektedir.

Buna ilave olarak Rehber, "güvenlik bölgesi" olarak adlandırılan ve pazar payları veya bunun yokluğunda belirli sayıda teşebbüs veya teknolojinin göz önüne alındığı "niceliksel" kriterleri de içermektedir (§ 4.3). Rehber, tarafları sınırlamanın *prima facie* rekabeti engellemeyen ve lisans veren ve alanın toplam pazar payının bütün etkilenen pazarlarda %20'yi aşmadığı durumlarda soruşturma açmayacağı konusunda taahhütte bulunmaktadır. Bu özellikle, etkisi itibariyle teknoloji pazarının incelenmesinin söz konusu olmadığı lisans anlaşmaları için geçerli olmaktadır.

Prima facie (ilk bakışta) rekabeti engellememe şartı incelenen bütün pazarlar için geçerli olan ortak bir kriter olmaktadır.

Bu şarta ilave olarak, yeterli bir analizin teknoloji pazarının incelenmesini gerektirmesi halinde, FTC ve DOJ ikinci şart olarak "lisans anlaşmasına taraf olanların kontrolündeki teknolojiye ilave olarak, kullanıcının bu teknoloji ile yakın maliyetle ikame edebileceği dört veya daha fazla bağımsız olarak kontrol edilen teknolojinin" var olmasını aramaktadır (§ 4.3).

İnovasyon pazarının incelenmesini gerektiren bir durumda anlaşmaya taraf olan teşebbüsler dışında dört veya daha fazla teşebbüsün gerekli "uzmanlaşmış malzemelere ... veya lisans anlaşması taraflarının araştırma ve geliştirme faaliyetleriyle yakın ikame olan araştırma ve geliştirme faaliyeti yapma güdüsüne" sahip olmaları gerekmektedir (§ 4.3).

Güvenlik bölgesi ile ilgili belirtilmesi gereken bir husus da, tarafların pazar paylarının, pazarın geri kalanındaki konsantrasyon

¹⁴¹ California Dental Assoc. v. Federal Trade Commission davasında Yüksek Mahkeme mahkemelerin göz atma prosedürünü sadece açıkça rekabet karşıtı bir etkinin olması halinde uygulamalarını istemiştir. Bu nedenle mahkemelerin rule of reason analizini rekabetçi etkilerin olması durumunda uygulamaları gerektiği belirtilmektedir. Bkz. McKeown, J. ve Halfenger, G.M., 'Avoiding Potential Antitrust Pitfalls in Patent Royalty Terms', [2000] Practical Lawyer 25.

seviyesinden bağımsız olarak uygulanmakta olmasıdır (Fogt ve Gotts, 1995, 11).

Rehber, güvenlik bölgesi dışında kalan anlaşmaların hukuka aykırı olacağı varsayımında bulunmamakta ve tarafların eşikleri aşan anlaşmalarının pazarda istedikleri etkiyi yapması için makul ölçülerde gerekli olduğunu düşündükleri sınırlamaları anlaşmadan çıkarmalarının gerekmeceğini vurgulamaktadır (Fogt ve Gotts, 1995, 11). Güvenlik bölgesinin ardında yatan gerekçelerden birinin idari yükü ortadan kaldırmak ve pazar incelemesi yapmaksızın rekabeti bozmayan anlaşmalara hukuki belirlilik kazandırmak olması da bu bağlamda görülebilir.

Güvenlik bölgesinin uygulanma şartlarından bahsederken, Rehber "olağandışı koşulların yokluğunda" tabirini kullanmaktadır. İlk şart dikkate alındığında, bu tür durumların, etkisi miktarı kısıtlamak ve fiyatı yükseltmek olan ve *per se* yasak olan sınırlamalar olmadığı söylenebilir (Ordovery, 1995, 6). Rehberde bu koşulların açıkça neler olduğu sayılmadığından, bunun lisans anlaşmalarına ilişkin belirsizlik doğuracağı ve fikri mülkiyet hakları lisansı verilmesini caydırıcı etkisi olabileceği ileri sürülmüştür (Ordovery, 1995, 6).

Güvenlik bölgesi ile ilgili söylenmesi gereken son bir şey de, değerlendirmenin anlaşma yapılırkenki şartlar göz önüne alınarak yapılmasıdır. Bu nedenle, hukuki belirlilikten yararlanan bir anlaşmanın gelecekte %20'lik eşiğin aşılması halinde bundan mahrum olması da ihtimal dahilinde olmaktadır (§ 4.3).

Rehberde Bahsedilen Özel Hükümler

Rehberde bahsedilen özel hükümler arasında yeniden satış fiyatının tespiti, *tying*, münhasır iş yapma, çapraz lisans verme, havuz oluşturma, *grant-back* bulunmakta ve FTC ve DOJ'un bu kısıtlamalara karşı tavrı verilmektedir (§5).

Yeniden satış fiyatının tespiti *per se* hukuka aykırı olarak değerlendirilmektedir. Diğer sınırlamalar ise *rule of reason*'a tabidir. Rehberde sınırlamaların rekabetçi olan ve olmayan etkiler doğurduğu durumlardan bahsedilmekte, böylece bunların *per se* bir analize tabi tutulmayacakları belirtilmektedir. Çapraz lisans verme, *grant-back* ve münhasır iş yapma, lisans anlaşmalarının münhasır yapıdaki kısıtlamaları olarak verilmektedir.

Burada belirtilmesi gereken bir nokta, antitröst analizinde anlaşmanın adından ziyade etkisinin önemli olduğunun vurgulanmasıdır. Dolayısıyla, münhasır olmayan bir lisans anlaşması lisans verenin başka lisanslar vermeyi reddetmesi halinde münhasır lisanstan farklı olarak değerlendirilemeyecektir. Bu, DOJ'un *United States v. S.C. Johnson & Son* davasında ortaya koyduğu yaklaşımdır. Anılan olayda, verilen lisans münhasır değilse de, lisans verenin herhangi bir üçüncü şahsa lisans vermeyi reddetmesi, DOJ'un lisansı *de facto* münhasır olarak nitelenmesine neden olmuştur.

Sonuç olarak, 1995 Rehberi, fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin buluş yapma ve yeni teknolojileri yayma ve pazara yeni ürünler sunma konularındaki isteklerini uyandırma ihtiyacını göz önüne alarak, anılan hakları içeren lisans anlaşmalarına karşı olumlu bir tavır sergilemiştir. Anılan Rehberin, ne Nine No Nos'un katı tavrını ne de 1988 tarihli Rehberin her şeyi mübah gören yaklaşımını benimsediği, bilakis uygun gördüğü hallerde buluş sahiplerinin motivasyonlarını kırmaksızın, fikri mülkiyet haklarının kullanımını sınırladığı söylenebilir (Gilbert, 1995, 7).

KOMİSYONUN FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI LİSANSLARINA BAKIŞI

Noel Mesajı ve Geri Çekilmesi

Komisyondun lisans anlaşmalarına bakışı da zaman içinde değişime uğramıştır. Komisyondun konuyla ilgisi 1962 yılında yayınladığı Bildiriyle¹⁴² başlamıştır. Bildiri, Komisyondun 81 inci maddenin patent lisansı anlaşmalarına uygulanmasıyla ilgili görüşlerini içermektedir¹⁴³. Bildiri, lisans verenin lisans alan haricindeki kişilere lisans vermemesi ve kendisinin de buluşu kullanmaması yükümlülüklerinin 81 inci madde yasağı kapsamına girmediğini ifade etmektedir. Bu yükümlülüklerle ilave olarak; lisans alana getirilen,

- Kullanma (üretim, kullanım ve satış)
- Patentli ürünün üretimi
- Patentli usulün teknik uygulaması ile ilgili kullanımı
- Ürün miktarı
- Kullanım ile ilgili zaman, yer ve kişiler

¹⁴² Patent Lisanslarına İlişkin Bildiri, geri çekilmiştir, OJ 1984, C220/14.

¹⁴³ Bkz. Siragusa, M., 'Technology Transfer under EEC Law: A Private View', [1982] Fordham Corporate Law Institute 95.

ile ilgili kısıtlamalar da kapsam dışı olarak nitelenmektedir. Lisans anlaşmalarına karşı takınılan bu esnek yaklaşımın ardında "sınırlı lisans" olarak nitelenen ve lisans alana getirilen kısıtlamaların zaten patent kapsamındaki münhasır haklarından kaynaklandığı anlayışının benimsenmiş olmasıdır. Bildiride yer alan bu ifadelere rağmen 1970'li yıllarda Komisyon, patent lisanslarına karşı daha katı bir tutum içine girmiştir.

Komisyonun yaklaşımındaki bu değişimin nedenleri ile ilgili açıklamalardan birine göre, değişimin nedeni ATAD'ın *Grundig-Consten*¹⁴⁴ davasında getirdiği fikri mülkiyet haklarının varlığı ile kullanımı arasındaki ayırımına dayanmaktadır (Goyder, 1998, 265-6). ATAD bu davada, hakların varlığını kullanımından ayırarak, hakların varlığını ulusal hukukların kapsamına bırakarak rekabet kurallarının dışında tutmuş, kullanımlarını ise Topluluk kuralları ile ilişkilendirerek rekabet kuralları ile sınırlandırılabileceğini hükme bağlamıştır.

Bu açıklamayla birlikte, Komisyonun kendisine yapılan bildirimler sonucunda lisans anlaşmalarındaki hükümlere ilişkin kazandığı tecrübeler sonucunda kendi politikasını oluşturarak bu yola gittiği ileri sürülmüştür.

Sonuç olarak Komisyon, münhasır üretim yetkilerini *Burroughs*¹⁴⁵ davasında tarafların düşük pazar paylarını dikkate alarak menfi tespite konu etmişse de, aynı yetkinin *Davidson Rubber, Kabelmetal Luchoire, Beyrard and Maize Seed* davalarında¹⁴⁶ 81 inci maddeyi ihlal ettiği sonucuna gitmiştir. Bu yaklaşım, münhasır satış hakları ve lisans alanın bölgesi dışına yaptığı satışlar için de uygulanmıştır. Dolayısıyla Komisyon, bu şekilde Noel mesajındaki farklı yapıdaki kararlara imza atmış ve nitekim Bildiri 1984 yılında geri çekilmiştir.

Komisyonun Noel mesajındaki yaklaşımını, 1995 Rehberindeki yaklaşıma, listelenen sınırlamaların hukuka uygun olduğunun varsayılması, bahsedilmeyen kısıtlamaların ise mutlak surette şüpheli olarak görülmemesi ve bu tür kısıtlamaların 81 inci madde karşısındaki konumlarının ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi gibi unsurlar nedeniyle benzetmek mümkündür.

¹⁴⁴ Cases 56 and 58/64, [1966] ECR 299, CMLR 418

¹⁴⁵ Burroughs/Delplanque, Burroughs/Geha, JO 1972, L13/50; [1972] CMLR D67

¹⁴⁶ Davidson Rubber Co., JO 1972, L 143/31; 1972 CMLR D52; Kabelmetal/Luchoire, OJ 1975, L222/34; [1975] 2 CMLR D40; AOIP v. Beyrard, OJ 1976, L6/8; [1976] 1 CMLR D14; Maize Seed, OJ 1978, L286/23; [1978] 3 CMLR 434

Lisans Anlaşmalarına Yönelik Çıkarılan Grup Muafiyet Tüzükleri

Bu kısımda, Komisyonun grup muafiyetleri ile ifade edilen tavrı ve bu tavır ile Amerikan rekabet kurumlarının yaklaşımı ile ilgili bilgiler yer yer karşılaştırmalı olarak verilecektir.

Genel Yapı

Komiyonun yaklaşımındaki değişiklik nedeniyle münhasırlık içeren lisans anlaşmaları konusunda hukuki belirsizlik ortaya çıkmıştır. Bu hukuki belirsizlik sonucunda 81 inci maddenin birinci paragrafındaki yasaklamadan kurtaran ve belirli kriterleri karşıladığından üçüncü paragraftaki koşulları karşıladığı varsayılan anlaşmaları grup olarak muaf tutan bir tüzük çıkarılması söz konusu olmuştur (Venit, 1987, 521).

Lisans anlaşmalarında yer alan bazı sınırlamalara geçmeden önce fikri mülkiyet haklarına yönelik hazırlanan grup muafiyetlerinin yapısı ve Komisyonun bazı kararları hakkında genel bilgiler verilmesi uygun olacaktır.

Grup muafiyetlerinin yapısı temelde muaf tutulan hükümlerin sıralanması, rekabeti sınırlamayan veya 81 inci maddenin yasağına tabi olmakla birlikte, muafiyet alabilecek hükümleri içeren beyaz liste ve kara listeden oluşmaktadır. Bu kısımda özellikle kara liste üzerinde durulacaktır.

Kara liste, pazardaki rekabete olan etkisi otomatik olarak değerlendirilemeyeceği için bireysel olarak detaylı şekilde incelenmesi gereken bu nedenle grup muafiyetinin sağladığı otomatik muafiyetten yararlanamayan sınırlamaları içermektedir.

Sınırlayıcı hükümlerin grup muafiyetindeki gibi farklı listelere bölünmesi tarafların anlaşmalarının hukuka aykırı olup olmadığına karar vermelerini kolaylaştırmaktadır. Ancak, Amerikan kurumlarının rule of reason analizindeki niteliksel incelemelerinin her olayda farklı sonuçlara yol açabilecek olması nedeniyle taraflar, anlaşmalarının bu kurumlarca nasıl değerlendirileceği konusunda kolay kararlar veremeyebilmektedirler. Dolayısıyla hukuki belirlilik açısından, Komisyonun yaklaşımının Amerikan yaklaşımından daha kesin çizgiler ortaya koyduğu söylenebilir. Ancak Amerikan yaklaşımının, anlaşmanın etkileri açısından otomatik olarak değerlendirmenin yapıldığı grup muafiyetindekinden daha kesin sonuçlar ortaya koyabileceği de söylenebilir.

İlgili Pazar

1995 Rehberindeki farklı ilgili pazarların tanımlanmasına rağmen, Komisyonun fikri mülkiyet hakları lisanslarını incelerken ayrı pazarlar tanımlamadığı, farklı teknoloji ve inovasyon pazarlarını incelemek yerine, Komisyonun işlemin inovasyon üzerindeki etkisini inceleme konusu olan ilgili pazarın bütünlüğü içinde değerlendirdiği ileri sürülmektedir (Landman, 1998, 29). Komisyonun henüz pazarda bulunmayan bir ürün ile ilgili olarak pazarı tanımlayamadığı hallerin bulunması durumunda, “gelecekteki pazarlar” kavramına başvurduğu, ancak bu durumda da analizin ilgili ürün pazarında yapılan analizden farklı olmadığı belirtilmektedir (Landman, 1998, 30).

Kara Liste

Kara listede yer alan hükümlerle ilgili olarak verilmesi gereken önemli bir özellik, bu kısıtlamaların bireysel muafiyete konu olabilme ihtimalinin bulunmasıdır. Know-how anlaşmalarına ilişkin grup muafiyet tüzüğü kabul edilene kadar, kara listedeki hükümler *per se* hukuka aykırı kabul edilir ve bireysel muafiyetten de yararlanamazlardı. Dolayısıyla bunların durumu Amerikan antitröst sistemindeki gibi *per se* bir yaklaşıma tabi bulunmaktaydı. Ancak bu tüzüğün kabul edilmesiyle birlikte, kara listedeki hükümlerin de bireysel muafiyet alabilecekleri kabul edilerek Amerikan uygulamasından ayrılmıştır¹⁴⁷. Bununla birlikte söylenmesi gereken, bu hükümlerin fiyat tespiti ve paralel ticareti engellemeleri durumunda bireysel muafiyet almalarının da olası görülmemesidir. Dolayısıyla kara listeden bazı hükümlerin silinmesi kara listedeki bazı hükümlerin bireysel muafiyete konu edilmesinden daha liberal bir bakış açısını temsil etmektedir (Jianming, 1997, 310).

Yatay ve Dikey İlişkiler

240/96 sayılı AT Tüzüğü'nün 5(1) inci maddesindeki “patent ve know-how havuzu üyelerinin havuza alınan teknolojilerine yönelik anlaşmaları”nı grup muafiyetinden yararlandırmaması, 7(4) üncü maddesinin “ tarafların lisansın verildiği tarihte rakip üreticiler olması” ve lisans alanın beyaz listedeki kısıtlamalardan olan minimum miktar ve elinden geleni yapması gibi rakip teknolojilerin pazara girememesine yol açabilecek hükümlerini kabul etmek zorunda olduğu durumlarda grup muafiyetinin uygulanmasını engelleyecek potansiyele sahip olması gibi

¹⁴⁷ 240/96 sayılı Tüzüğün 19 uncu recitali bunu açıkça ifade etmektedir.

hükümlerden, bu Tüzüğün yatay ilişkiler içeren lisansları dikey ilişkiler içerenlerden ayırarak grup muafiyetinin yararlarından yatay olanları yararlandırmadığı ve bunların ayrıntılı bir analize tabi tutulmasını gerektirdiği anlaşılmaktadır (Reindl, 1996, 473). Ancak Tüzük dikey ve yatay anlaşmaları, özellikle muafiyet tanınan hükümler, beyaz liste ve kara listedeki hükümler açısından her hangi bir ayrıma tabi tutmamaktadır. Yatay ve dikey anlaşmaların inceleme yapılmaksızın otomatik olarak uygulanan aynı grup muafiyetinden yararlandırılması yüzünden, sadece dikey anlaşmaları kapsayacak bir blok muafiyetindeki daha esnek bir yaklaşımdan dikey anlaşmaların yararlanması gibi bir duruma yol açabileceği söylenebilir.

İtiraz Prosedürü/Kara Listedeki Hükümlerdeki Azalma/ Beyaz Listedeki Artış

240/96 sayılı AT Tüzüğü, selefleri gibi, 4 üncü maddesinde muafiyet tanınmayan ve beyaz ve kara listede de bulunmayan rekabeti sınırlayıcı hükümler için bir itiraz prosedürü içermektedir. Komisyon bu tür kısıtlamaların kendine bildirilmesi ve kendisinin muafiyet verilmesine dört ay içinde itiraz etmemesi halinde grup muafiyetinden yararlanabileceğini belirtmektedir. Bu süre daha önceki patent (2349/84 sayılı AT Tüzüğü) ve know-how (556/89 sayılı AT Tüzüğü) tüzüklerinde altı aydı. 240/96 sayılı Tüzük itiraz prosedürüne tabi tutulacak iki hükmü açıkça lisans alanın “lisanslı teknolojinin teknik olarak tatminkâr bir şekilde kullanılması için gerekli olmayan” bazı kalite şartlarına uyması ve tie-in hükümleri ve lisans konusunun geçersizliğini ileri sürmeme (no-challenge veya no contest) hükümleri olarak saymaktadır. Bu hükümler daha önce kara listede oldukları için, itiraz prosedürüne tabi değillerdi. Bu hükümlere ilave olarak, 23 üncü recitalden dikey anlaşmalarda yer alan müşteri kısıtlamalarının da itiraz prosedürüne tabi olduğu anlaşılmaktadır.

Kara listeden silinen hükümlere bir örnek daha vermek gerekirse yeni geliştirmelerin (improvement) olması durumunda lisans anlaşmasının otomatik olarak uzamasına ilişkin hükümler verilebilir¹⁴⁸.

Eski tüzüklerin kara listelerindeki hükümlerin çıkarılmasına ilave olarak 240/96 sayılı Tüzük, bazı hükümleri de beyaz listeye almıştır. Belirli bir müşteriye yönelik miktar kısıtlamalarını gri listeye alan 556/89 sayılı Tüzükten farklı olarak 240/96 sayılı Tüzük bu hükmü beyaz listeye atmıştır. Daha önce kara listede olan, ancak şimdi beyaz listede yer

¹⁴⁸ 556/89 sayılı Tüzüğün 3(10) uncu maddesiyle kara listeye alınmıştır.

verilen bir hüküm de, patentli olmayan ürünler için veya lisans verenin davranışından farklı bir nedenden kaynaklanan bir sebeple gizliliği ortadan kalkan know-how için royalty ödenmesine ilişkin hükümler verilebilir.

Bunlara ilave olarak, eski grup muafiyetlerinin kara listelerinde bu listedeki sınırlamalara istisna olarak tanımlanan sınırlamalar da 240/96 sayılı Tüzükte beyaz listeye alınmıştır. Bu hükümlere örnek olarak, lisans verenin patentin geçerliliği veya know-how'ın gizli veya esaslı olma özelliklerinin geçersizliğinin ileri sürülmesi halinde anlaşmanın fesh edilmesi (Madde 2(1)(15), lisans alanın lisans verenle rekabete girmesi durumunda münhasırlığın sona erdirilmesi ve geliştirmelerin aktarılmasının durdurulması (Madde 2(1)(18), lisans verenin lisans alanlardan birinin kendi bölgesini veya başka bir lisans alanın bölgesini ihlal etmesi halinde patent hakkını ileri sürmesi (Madde 2(1)(14) olarak verilebilir¹⁴⁹.

İtiraz prosedürüne tabi olan örneklerin tahdidi olmaması ve itiraz prosedürünün kapsamının geniş olması nedenleriyle, daha önce yasaklanan hükümlerin şimdiki gri liste adayları, şimdiki gri liste üyelerinin ise gelecekteki beyaz liste adayları olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilir (Jianming, 1997, 306-310).

İtiraz prosedürünün olumlu yanı bildirim zorunluluğuna rağmen bir çok anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanmasna imkân tanınması olarak verilebilir. Bildirilmedikleri takdirde, grup muafiyetinden yararlanamayacakları için bireysel muafiyetten yararlanmaları gerekecektir. Komisyon bildirim yükümlülüğünü azaltmak amacıyla "anlaşmanın metni ve o an elde bulunan verilere dayanan pazar yapısı ve lisans alanın pazar payına ait tahminlerin" gönderilmesinin yeterli olacağını ifade etmektedir (Recital 25).

240/96 sayılı Tüzük ile ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus, gri listede bulunan bir hükmü içeren anlaşmanın geçerliliğine ilişkindir. 240/96 sayılı Tüzüğün kabulünden önce bu tür bir durumda anlaşma bütün olarak grup muafiyetinden yararlanmaktaydı. 240/96 sayılı Tüzüğün taslağı, anlaşmanın geri kalanının gri listedeki hükümden ayrı olarak grup muafiyetinden yararlandırılmasına imkân tanımakta idiye de, daha sonra nihai Tüzükte eski sistem benimsenmiştir. Bu nedenle, gri listedeki hüküm haricinde içerdiği sınırlamaları itibarıyla grup

¹⁴⁹ Bu sınırlamaların bir kısmı 2349/84 sayılı Tüzüğün 3(1) inci maddesinde, 556/89 sayılı Tüzüğün 3(4) üncü maddesindeki ve 3(9) uncu maddesinde kara listeye alınan sınırlamalara getirilen istisnalardır.

muafiyetinden yararlanabilecek bir anlaşma için, itiraz prosedürüne gidilmediği takdirde, anlaşma grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Bu noktada, Komisyon Tüzüğü'nün esnekliğinin artırılmasında başarılı olamamıştır.

İtiraz prosedürü ile ilgili son olarak, bu usulün göz atma prosedürünün Topluluktaki karşılığı olduğu ve taraflara daha çabuk ve esnek bir yaklaşımdan yararlanmaya olanak tanıdığı belirtilebilir (Biggers, 1999, 255).

Grup Muafiyetinin Geri Alınması

Komisyon, 1995 Rehberindeki rule of reason analizinde pazar gücüne atfedilen öneme karşılık, lisans alan ve lisans verenin pazar gücüne bakmaksızın otomatik olarak grup muafiyetini geçerli kılmakla birlikte, bu durumun getireceği sakıncaları grup muafiyetini; 1) lisanslı ürünlerin rakip ürünlerin rekabetine maruz olmadığı ve özellikle lisans alanın ilgili pazarın %40'ından fazlasına sahip olduğu 2) pasif satışların 5 yıllık süreden sonra da engellendiği, 3) lisans alan ve lisans verenin lisans anlaşmasının yapıldığı tarihte rakip oldukları ve lisans alanın rakip teknolojilerin pazara girmesini önleyecek şekilde elinden geleni yapma veya minimum miktar koşullarını kabul ettiği durumlarda, geri alma hakkını saklı tutarak azaltmaya çalışmaktadır.

Bir ve üçüncü koşulların, ilki pazar gücünü dikkate aldığı ve diğeri pazarın kapatılmasına odaklandığı için rule of reason analizini getirdiği söylenebilir (Gilbert, 2000, 219).

Lisanslı teknolojinin etkin rekabet içinde olmadığını gösteren %40'lık pazar payı kriteri Tüzüğü'nün taslak¹⁵⁰ halinde bulunan değişik kriterlerden nihai metinde yer bulabilen bir ölçü olmuştur. Başlangıçta lisans alanın bölgesinde bir başka kişiye lisans verilmemesi yükümlülüğü lisans alanın pazar payının %40'ın altında kaldığı ve lisans alanın bulunduğu pazarın oligopolistik olmaması hallerde geçerliydi. Komisyona göre pazar, "taraflar ve bir diğer teşebbüsün pazardaki paylarının %50 olması veya taraflar ve üçten az sayıda diğer teşebbüslerin pazarın 2/3'ünü elde ettikleri" hallerde, oligopolistik olarak değerlendirilecekti. Buna ilave olarak, lisans veren ve alanın birbirlerine karşı korunması ve diğer bir lisans alanın ilk lisans alana karşı korunması korunan tarafın %20'lik pazar payına sahip olmasına bağlıydı. Komisyonun bu yaklaşımının ardındaki sebep, hakim durumdaki bir teşebbüsün

¹⁵⁰OJNo. C178/3

mühasırlığın blok muafiyetten otomatik olarak faydalanmasından yararlanarak, pazarı rakip teşebbüslere kapatabilecek olmasıdır. Komisyon burada, Bidayet Mahkemesinin *Tetra Pak I*¹⁵¹ davasındaki Tetra Pak şirketinin bir teşebbüsü rakip bir teknolojiyi içeren ve grup muafiyetinden yararlanan bir anlaşma ile devralmasını 82 nci maddeye aykırı bulduğu karardan etkilenmiştir.

Kısaca, pazar payı eşikleri getirilerek grup muafiyetinin geri alınması mekanizması, pazarın yoğunlaşmış olduğu durumlarda grup muafiyetinin otomatik olarak uygulanmasının getireceği hakim durumdaki şirketin daha da güçlenerek rekabeti ortadan kaldırmasının önüne geçmek amacındadır. Teşebbüsler, pazar paylarının %40'ı geçmesi durumunda bireysel muafiyet için başvurmaya teşvik edilmektedir.¹⁵² Böylece, Komisyonun yaklaşımı 1995 Rehberinde takınılan tavra, muaf tutulan münhasırlığın rekabetçi yapıyı tehdit etmesi durumunda pazarı incelemek hakkını saklı tutmak suretiyle, yaklaşmış olmaktadır (Guttuso, 1994, 239).

Genel Karşılaştırma

Amerikan Rehberine göre lisans anlaşmaları sınırlı olarak uygulanan *per se* analiz bir kenara bırakılacak olursa, rule of reason ile değerlendirilmektedir. Rule of reason, lisans anlaşmalarında bulunan sınırlamaların etkileri ile ilgili genellemeler yapmaktan ziyade, sınırlamaların farklı pazar koşullarında birbirine zıt sonuçlara yol açabileceği kalitatif bir analize dayanmaktadır. Bunun sonucu olarak Amerikan otoriteleri, beyaz ve kara listeler yapmak yerine, net etkisi rekabetçi olmayan dolayısıyla hukuka aykırı olabilecek bir takım sınırlamalara odaklanmaktadır. Beyaz ve kara listelerin olmayışı tarafların daha sınırlayıcı hükümleri içeren anlaşmalar yapmasına imkân tanımakta, bu da lisansın piyasa değerini artırarak yeni buluşlar yapılması amacıyla araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmanın itici gücü haline gelmektedir (Phan, 1994, 473). Açıkça yasaklanmış ve muafiyet tanınmış sınırlamaların yokluğunda, rule of reason, sınırlamanın antitröst otoritesinin kararına gerek olmaksızın "aksi ispatlanana kadar masum" olarak değerlendirmektedir (Ronald ve Johnston, 1995, 16). Rule of reasonda pazardaki rekabet üzerinde olumsuz etkilere yol

¹⁵¹T-51/89, Tetra Pak Rausing SA v. Commission, [1990] ECR II-309, [1991] 4 CMLR 334

¹⁵²240/96 sayılı Tüzük, Recital 27.

açmayan bir anlaşmanın yasaklanması makul olmadığı gibi, pazarda oldukça güçlü teşebbüsler arasındaki anlaşmalar da, genellemeler ve otomatik olarak ulaşılan sonuçlar olmayacağı için hukuka uygun olarak nitelenememektedir. Bu yaklaşımın zayıf noktası ise anlaşmalarının net etkisinin rekabetçi olup olmadığı, dolayısıyla antitröst otoritelerince hukuka uygun olarak nitelinip nitelenemeyeceğinin taraflarca bilinmemesinden kaynaklanacak hukuki belirsizlik olmasıdır. Böylece, rule of reason uyarınca yapılacak analiz sonucunda anlaşmanın pazardaki etkisi tam olarak belirlenebilecekken, *per se* yaklaşımdaki hukuki belirliliğin olmaması nedeniyle de taraflar gerek mahkemelerde açılacak dava gerekse de antitröst kurumlarınca yapılacak soruşturma riski altına girmektedirler (Sendra, 1992, 397). Bu hukuki belirsizlik, %20'lik güvenlik bölgesi ile de, tarafların her zaman bu eşğin altında kalmasını gerektirmesi nedeniyle, ortadan kalkmış değildir.

Amerikan Rehberindekinden farklı olarak, Toplulukta uygulanan grup muafiyet tüzükleri açık bir şekilde grup olarak nelerin muaf tutulduğunu, nelerin bireysel karar olmaksızın muaf olmadığını sıralamaktadır. Benzer anlaşmaları toplu olarak muafiyetten yararlandırıran bu yaklaşım, tarafların anlaşmalarının grup muafiyetinden yararlanıp yararlanmadıklarına imkân vermektedir. Hukuki belirlilik içeren bu yaklaşımın sakıncası, rekabet üzerinde önemsenmeyecek etkileri bulunan anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamama ihtimali ve pazarda ciddi biçimde rekabeti bozan anlaşmaların rekabet kurumlarının gözünden kaçabilecek olmasıdır. Hukuki belirlilikte Komisyonun her an grup muafiyetini geri alabilecek olması nedeniyle zayıflatılmış olmaktadır. Böylece, "aksi ispatlanana kadar masum" anlayışının tersi olan muafiyetin yokluğunda hukuka aykırılık halinin Toplulukta kabul edildiği söylenebilir.

Amerikan Rehberinin hukuki statüsüne baktığımızda, bunun antitröst kurumlarının lisans anlaşmalarına bakış açısını yansıtmaktan öte bir anlamı olmadığı, bağlayıcı bir statülerinin bulunmadığı ve değişen yönetimler sonrasında değişmeye yatkın oldukları söylenebilir. Bunun aksine olarak grup muafiyetleri tüzüklerinin Topluluk hukukunun bağlayıcı unsurları olması ve doğrudan uygulanabilir olmaları tarafların elde ettikleri faydalardan yararlanmalarını güvence altına almaktadır.

Amerikan ve Topluluk yaklaşımlarındaki bu farklılıklara rağmen benzer noktaların da bulunduğu göze çarpmaktadır. Öncelikle, her iki yaklaşımın temelindeki ilkelerin lisans anlaşmalarının rekabetçi yanlarını kabul etmeleri nedeniyle benzeştiği söylenebilir. Buna ilave olarak, her iki yaklaşım fikri mülkiyet haklarının mutlaka pazar gücüne yol açmadıklarını

benimsemektedir.¹⁵³ Yeniden satış fiyatının yasaklanması gibi *per se* bir tavır da her iki yaklaşımda yer almaktadır. Komisyonun beyaz listeye aldığı unsurların Amerikan rekabet kurumlarınca hukuka aykırı olarak nitelenmesi de olası değildir. Son olarak, tarafların pazar paylarının %40'ı aşması halinde grup muafiyetinin geri alınması da, Amerikan kurumlarının tarafların pazarda oldukça güçlü olmaları halinde duruma el koymalarına neden olması ile uyusmaktadır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bu kısımda, Komisyonun lisans anlaşmalarına olan bakış açısının zaman içinde değişime uğraması dikkate alındığında, fikri mülkiyet haklarını da sadece ikincil olmak kaydıyla içeren dikey anlaşmalara ilişkin yeni tüzükteki¹⁵⁴ Komisyon yaklaşımının, lisans anlaşmalarının daha çok dikey karakterli olduğu varsayımının kabul edilerek bu tür lisans anlaşmalarına da uygulanabilip uygulanamayacağı tartışılmaya çalışılacaktır.

Bu çabaya sebep olarak, lisans anlaşmalarında lisans veren ve alanın faaliyette buldukları iktisadi seviyenin farklı olmasından kaynaklanan dikey unsurlar içerebileceği dikkate alınmıştır. Bu tür bir durumda, lisans alan ve verenin, karşılıklı olarak birbirlerinin malzeme ve tecrübelerinin yokluğunda, lisanslı ürünün pazara sunulmasında sorunlarla karşılaşabilecekleri varsayılabilir. Dolayısıyla, bu tür tamamlayıcı bir ilişkinin varlığında, yeni bir ürünün pazara girmesi sonucunda rakip sayısının artacağı ve rekabet üzerinde olumlu etkiler doğacağı düşünülebilir.

Ancak dikey lisans anlaşmaları, lisans alanın pazarında rekabetin yokluğunda rekabete aykırı sonuçlara yol açabileceği gibi, lisans verenlerde olduğu gibi lisans alanların da kendi aralarında lisans anlaşmalarındaki benzer hükümler nedeniyle işbirliğine yol açabilir veya pazarın kapatılmasına neden olabilirler. Bununla birlikte, bu türden durumlar nadir olarak kapsamlı bir analiz olmadıkça rekabetçi olmayan etkileri ortaya konamayan haller olarak değerlendirilmektedir (Anderman, 1998, 30). Toplamdaki etkileri açısından değerlendirilirse, dikey lisans anlaşmaları yatay olanlara nispetle pazarın rekabetçi yapısını artırmaları nedeniyle, daha esnek bir yaklaşıma tabi tutulabilirler.

¹⁵³ Deutsche Grammophon [1971] ECR 487, [1971] CMLR 631 davasında ATAD, fikri mülkiyet hakkının varlığının tek başına hakim duruma yol açmayacağı yargısında bulunmuştur.

¹⁵⁴ Commission Regulation No 2790/1999, OJ 1999 L 336.

Bu anlayış, 240/96 sayılı Tüzüğün, Komisyonun Tüzüğün uygulamasını denetleyerek değişiklik gerekip gerekmediğini yürürlük tarihinden başlayarak dördüncü yıl sonundan daha geç olmamak üzere bir rapor hazırlamasını gerektiren 12 nci maddesi dikkate alındığında, daha anlamlı olmaktadır. Bu bölümde, Komisyonun dikey anlaşmalara yönelik Yeşil Kitap ile başlayan ve daha esnek bir Tüzüğün kabul edilmesine yol açan tavrının 240/96 sayılı Tüzüğün olası revizyonuna etki edip edemeyeceği tartışılmaya çalışılacaktır.¹⁵⁵

Öncelikle, Noel mesajı bir yana bırakılacak olursa, Komisyonun lisans anlaşmalarına bakışının, 1979 yılındaki patent lisanslarına ilişkin hazırladığı taslak tüzükte kara listeye alınan hüküm sayısının ondört olduğu düşünüldüğünde, zamanla değişime uğramış olduğu açıktır.

Daha sonra, fikri mülkiyet sahiplerinin itirazları ve ATAD'ın *Nungesser* kararındaki görüşlerini dikkate alan Komisyon, bazı değişikliklerle 2349/84 sayılı Tüzüğü kabul etmiştir. Tüzük, taslağa göre daha esnek hükümlerle hem patent lisanslarını hem de know-how içeren karma lisanslarını muafiyetten yararlandırmıştır. Ancak, know-how'ın ana unsur olduğu ve pazardaki olumlu etkileri nedeniyle grup muafiyetinden yararlanması gereken anlaşmaların bulunmasına rağmen, Tüzüğün, know-how'ın ikincil olmasını şart koşan yapısı nedeniyle bu tür anlaşmaların bireysel muafiyet alınmasını gerektirmesi yüzünden, ticari gerçekleri yansıtmaktan uzak ve şekilsel bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir¹⁵⁶. Komisyonun know-how anlaşmalarına daha farklı tavrı almasının altında, patenttekinin aksine olarak ulusal hukukların know-how için sahiplerine başkalarını dışlayıcı haklar vermemeleri

¹⁵⁵ Bu tür bir tartışmanın yapıldığı ve bu makaleye temel oluşturan 2000 yılında yazılmış olan master tezinden sonra, Komisyon tarafından 240/96 sayılı Tüzüğün 12 inci maddesi uyarınca Tüzüğün uygulanması konusunda düzenli değerlendirmeler yapma yükümlülüğü gereğince hazırlanan ve ilgili tarafların görüşlerini öğrenmeye yönelik 14.03.2001 tarihli ankette (questionnaire), ilgililere yöneltilen sorulardan birisi de, 240/96 sayılı Tüzüğün Komisyonun dikey anlaşmalardaki ve yatay anlaşmalardaki yaklaşımı ile uyumlu hale getirilmesi konusundaki görüşlerdir. Bkz. *Questionnaire on Licensing Agreements* (anket), <http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/questionnaire.pdf>, 20 nolu soru. Komisyonun, anılan anketi müteakip olarak, 2001 yılı sonunda Yeşil Kitap formatında bir rapor hazırlayarak, 240/96 sayılı Tüzüğün aksayan yönleri ve geleceğe ilişkin bazı tekliflerde bulunacağı ve bunun sonrasında yapılacak yorumlardan sonra, Tüzüğün revizyonu veya yeni bir politika izlenmesi konusunda bir karara varması beklenmektedir.

¹⁵⁶ Bu duruma Boussois/Interpane, [1987] OJ L50/30, [1988] 4 CMLR 124 olayında ortaya çıkmıştır. Anılan olayda 2349/84 sayılı Tüzüğün uygulanmamasının nedeni know-how'ın anlaşmadaki ana unsur olması nedeniyle tali olmadığı değerlendirilmesinin yapılmasıdır.

bulunmaktadır¹⁵⁷. Ancak, Komisyon zaman içinde know-how anlaşmalarının da teknoloji transferindeki önemini ve rekabetçi etkilerini kavrayarak, oluşan bu boşluğu doldurmak için 556/89 sayılı Tüzüğü kabul etmiştir. Bu defa da, özellikle karma anlaşmalar için iki farklı tüzüğün bulunması suni olarak nitelenmiş ve Komisyon tek bir tüzükte harmonizasyonu sağlama çabasına yönelerek 240/96 sayılı Tüzüğü kabul etmiştir. 240/96 sayılı Tüzüğün bu yapısı, tarafların patent anlaşmalarına ilişkin Tüzüğün uygulanabilmesi için know-how'ın ikincil olup olmadığına karar vermek veya hangi tüzüğün kendilerine en fazla faydayı sağlayacağına karar vermek yükünden kurtulmasına imkân vermiştir.

240/96 sayılı Tüzük, tarafların teknoloji transferi anlaşmalarını yaparken sahip oldukları hareket serbestiyetlerini, kara listedeki hüküm sayısını yediye düşürüp, beyaz listedeki hüküm sayısını artırarak, fazlaştırmıştır. Buna ilave olarak, gri listede bulunan hükümlere itiraz etme süresi eski tüzüklerden farklı olarak altı aydan dört aya inmiştir. Tüzüğün esnek yapısı, muafiyet tanınan hükümler ve beyaz listedeki hükümlerin "daha sınırlı kapsama sahip" kısıtlamaları da içermesi ve ilk tasarlarda itiraz prosedürünün kaldırılması söz konusu iken, bu prosedürü devam ettirerek tarafların bireysel muafiyet için başvurmasına engel olarak, biraz daha artmıştır.

Lisans anlaşmalarının rekabetçi yapısının kabul edilmesi sonucu bu anlaşmalara olan tavrın yumuşatılması, Komisyonun bu anlaşmalarla ilgili düzenlemeler yaparken, yatırım kararı verildikten sonraki aşamayı düşünerek yaptığı *ex post* analiz yerine, *ex ante* olarak değerlendirme yapması, yani anlaşmanın taraflarca müzakere edildiği, yeni buluşların, ürünlerin pazara getirilmesine yönelik gerekli kaynakların kullanılmasına karar verildiği aşamanın göz önüne alınarak değerlendirilmesi görüşüne yaklaştığı şeklinde yorumlanmıştır (Korah, 1997, 217 ve 252-3).¹⁵⁸

Fikri mülkiyet haklarına ilişkin lisansların rekabet kurallarınca bu şekilde değerlendirilmesine yönelik yorumun, Beyaz Kitapta tartışılan "sınırlayıcı eylemlerin *ex post* denetimine imkân tanıyan doğrudan uygulanabilir istisna" sistemi ile uyumlu olacağı söylenebilir¹⁵⁹.

¹⁵⁷ *Patent ve Know-how karşılaştırması için bkz. Hoynig, W.A. ve Biesheuvel, M.B.V., 'The Know How Group Exemption', [1989] CMLRev 221.*

¹⁵⁸ *Korah, 249-250 nci sayfalarda, toplumsal korumanın sınırlarını tartışarak 240/96 sayılı Tüzüğün sınırlamaların ex ante ve ex post değerlendirilmeleri sonucundaki bir "uzlaşma"yı içerdiğini belirtmektedir.*

¹⁵⁹ *Bkz. White Paper, 'Chapter II The Need for Reform', Point 69-73.*

Nitekim, beyaz kitapta yer verilen bu sistemle birlikte yeni dikey anlaşmalar tüzüğü kabul edilmiştir. Buradan yola çıktığımızda, aynı metodun Amerikan Rehberindeki "lisansın yokluğunda" kriteri vasıtasıyla belirlenecek dikey ve yatay ilişkiler ayrımının daha yaygın kullanılması ile de lisans anlaşmalarına bakış açısının daha esnek olacağı ileri sürülebilir. Komisyonun dikey anlaşmaların markalar arası rekabetin yeterli olması halinde rekabetçi etkilere yol açacağı görüşünü kabul etmiş olması, dikey lisans anlaşmalarının da daha esnek olarak ele alınmasına neden olabilir. Ancak Komisyon, 240/96 sayılı Tüzüğün kabulünden önce, dikey ve yatay lisans anlaşmalarını birlikte değerlendirmeye almış, dolayısıyla dikey anlaşmalar da yatay anlaşmalar gibi değerlendirmeye tabi tutularak, dikey ilişkilerin varlığında rekabet üzerindeki etkisi önemsiz olacak sınırlamalarda yasak kapsamına alınmıştır (Anderman, 1998, 83). Benzer şekilde, Korah bazı hükümlerin kara listeye alınma sebebi olarak Toplulukta "lisansın yokluğunda" kriterinin yaygın olarak kullanılmamasını belirterek, bunun sebebinin lisans alanın potansiyel rakip olup olmadığının tespitinin büyük çapta çabayı gerektirmesi olabileceğini belirtmektedir (Korah, 1998, 23).

Halen bu kriter Komisyon tarafından "lisansın verilmesinden önce" rakip olan teşebbüsler arasındaki müşteri sınırlamalarını kara listeye alan 3(4) üncü maddede kullanılmaktadır. Dikey anlaşmalardaki müşteri kısıtlamalarının kara liste yerine gri listeye alındığı göz önüne alınırsa, bu kriterin daha sık kullanılması kara listedeki sınırlamaların, yatay anlaşmalarla ilişkilendirilmesi halinde, daha da azalmasına neden olabilir (Korah, 1998, 24).¹⁶⁰

Miktar kısıtlamaları ve rekabet etmeme yükümlülüklerinin de yatay ilişkiler göz önüne alınarak kara listeye alındığı düşünülürse (Venit, 1987, 530-531), dikey ve yatay lisans anlaşmaları arasındaki ayrımın kara listedeki sınırlamalara dikey anlaşmalar lehine daha fazla istisna getireceği de ileri sürülebilir. Bu yaklaşım aynı zamanda grup muafiyetinin lisansın verilmesinden önce teşebbüslerin önemli rakipler olup olmadığı veya anlaşmanın tamamen ayrı coğrafyalarda faaliyet gösteren taraflar tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği veya tarafların üretim olanaklarına sahip olmayan bir mucit ile üretimde uzmanlaşmış taraflar arasında akdedip akdedilmediğinin dikkate alınmadığı yönündeki eleştirilerin de işlevselliğini yitirmesine neden olabilecektir (Venit, 1987, 528-533). Bu türden bir yaklaşımın sergilenebilmesi için gelecekteki grup muafiyet tüzüklerinde bazı yatay anlaşmaların da tüzük kapsamı dışında bırakılması gerekli olabilir.

¹⁶⁰ Bkz. 240/96 sayılı Tüzük, recital 23.

Bu türden yorumların varlığı düşünüldüğünde, Komisyon 240/96 sayılı Tüzüğü revize ederken yeni dikey anlaşmalar tüzüğündekine benzer bir yaklaşım ortaya koyarak, gri ve beyaz listeleri bir kenara bırakıp tek bir kara listeye dayanan bir tüzük yapma yoluna gidebilir. Bu tür bir durumda, yararlarına rağmen hâlâ bildirim yapılmasını gerektiren itiraz prosedürüne de gerek kalmayacaktır. Bu türden bir blok muafiyet tüzüğünün de, Komisyonun grup muafiyetinden yararlanan hakim durumdaki teşebbüslerin bu konularını kötüye kullanmalarına engel olmak istemesini de göz önünde bulundurduğumuzda pazar payı eşliğini koruyacağı da varsayılabilir. Şimdiki gibi %40'lık pazar payı Komisyon tarafından pazarda etkin rekabetin eksikliğine işaret eden bir gösterge olarak, lisans anlaşmalarının hukuka uygun olduğu varsayımının sınırlarını çizebilir, ancak bu eşğin aşılması halinde muafiyetin otomatik olarak geçersiz olması mı, yoksa yeni dikey anlaşmalar tüzüğündeki gibi sadece geri alınmaya olanak sağlayacak nedenlerden biri olması gerektiği mi veya bildirim yükümlülüğü olmadan, anlaşmanın mutlaka hukuka aykırı olduğu varsayılmaksızın bildirim tarafların inisiyatifine bırakılması mı sorunu, Komisyonun yaklaşımının ne kadar liberal olacağına bağlı olarak değişebilir. Bu tür bir grup muafiyetine ilave olarak, Amerikan Rehberinde olduğu üzere Komisyonun lisans anlaşmalarına bakışını yansıtan ve teşebbüslerin anlaşmalarını değerlendirmelerine imkân tanıyan bir rehberin de hazırlanması faydalı olabilir.

Yukarıda yer verilen dikey anlaşmalara yönelik yeni grup muafiyeti ile benzeşen önerinin de eleştirilebilecek yönleri bulunmaktadır.

Öncelikle, lisans anlaşmalarının daha esnek değerlendirilmesine olanak sağlayan önemli oranda dikey yapıları bulunduğu varsayılsa da, bazı yazarlar lisans anlaşmalarının yapısına ilişkin kesin hatlar çizilmesini oldukça zorlaştıran özelliklere sahip olduğunu vurgulayarak bir çok lisans anlaşmasının da aslında "önemli oranda yatay etkiler" doğurduğunu belirtmektedirler (Johannes, 1982, 83). Komisyonun tavrını belirlemede etkili olan bu anlayış sonrasında, anılan anlaşmaların dikey mi yatay mı olduğuna ve buna ilişkin kullanılacak kriterlere karar verecek olan da yine Komisyon olmaktadır. Komisyon buna karar verirken tabii olarak lisansı almadan önce lisans almak isteyen teşebbüsün potansiyel rekabetini dikkate alma gibi zor bir durumla karşı karşıya kalacaktır. Komisyon, ilişkileri önemli oranda dikey olarak nitelerse, kara listedeki hükümlerin azaltılması veya buradaki hükümlerin önemli oranda yatay lisans anlaşmaları için geçerli olması ve dikey anlaşmalarda yer alan bu hükümlerin gri listeye alınması yoluna gidebilir.

İkinci olarak, beyaz ve gri listelerin ortadan kaldırılması da bir başka açıdan ele alınabilir. Beyaz listenin kalması, minimum royalti, minimum miktar ve elinden geleni yapma gibi beyaz listedeki bazı sınırlamaların taraflarca rekabet etme yasağı gibi kara listedeki bazı yasakların yerine kullanılabilme imkânı vermeleri açısından önemli olmaktadır. 240/96 sayılı Tüzüğün taslağında gri listedeki hükümler için getirilen itiraz prosedürünün kaldırılmasının söz konusu olmasının da endüstri temsilcilerinin tepkisine yol açtığı unutulmamalıdır.

Üçüncü olarak, getirilecek pazar payı eşiğinin grup muafiyeti eşiğini aşan anlaşmalar için otomatik olarak kaldırması opsiyonunun endüstri temsilcilerinin itirazları ile karşılaşabileceği söylenebilir. Münhasırlığın %40 pazar payının aşılması halinde geçerli olmasına ilişkin 240/96 sayılı Tüzük taslağındaki teklif bu tür itirazlar ile karşılaşmış ve Komisyon özellikle etkileri tahmin edilemeyecek yeni bir teknolojinin söz konusu olabileceği bir durumda kantitatif bir kriter konulmasının oldukça sorunlu bir durum ortaya koyacağını kabul etmek durumunda kalmıştır (Mitropoulos, 1996, 12). Dolayısıyla, işadamlarının grup muafiyetinin uygulanmasını etkileyen kesin bir eşik konulmasını hoşgörüle karşılamayacakları, bunun kara listenin azaltılması, beyaz ve gri listelerin olası kaldırılması durumunun getireceği esnek bir yapıyı, hukuki belirliliği azaltarak tehdit edebileceği sonucunu ileri sürcekleri düşünülebilir. Ancak, eşiğin aşıldığı durumlarda hukuka aykırılık varsayımının olmaması ve bildirim tarafların inisiyatifine bırakılması bu türden itirazların önünün açılmasına da neden olabilir.

Bu gibi düşüncelerin varlığı düşünüldüğünde, dikey anlaşmalar için kabul edilen yeni tüzüğün yapı olarak lisans anlaşmalarına uyarlanması gibi bir değişiklik yerine, halihazırdaki grup muafiyet tüzüğünün, yapısı bir ölçüde korunarak, esnekliğinin artırılması ve tarafların duyarlı olduğu alanları dikkate alması için bazı noktaların göz önüne alınarak değiştirilmesi de başka bir görüş olarak ileri sürülebilir.

Dikey ve yatay lisans anlaşmalarının ayrılması ve bu ayrıma temel teşkil edecek kriterin belirlenmesi ana noktalar olarak verilebilir. Öncelikle kara listedeki bazı hükümlerin gri listeye atılması, Komisyona itiraz prosedürü sırasındaki incelemede anlaşmanın dikey olup olmadığına önem göstererek inceleme yapma imkânı verebilir veya kara listedeki bazı hükümler yatay anlaşmalarla ilişkilendirilip, dikey anlaşmalarda bulunmaları halinde müşteri kısıtlamaları gibi gri listede itiraz prosedürüne tabi tutularak değerlendirilebilir. Korah bu noktada, kara listenin tamamen kaldırılmasını dahi önermektedir (Korah, 1994, 266).

Önerilen bir başka metod, kara listedeki hükümlerin tamamının itiraz prosedürüne tabi tutulması olup, tabiidir ki bu durumda da anlaşmaların dikey olup olmadığı dikkate alınacaktır (Anderman, 1998, 139). Bu durumda, şu andaki gri listede yer alan hükümlerin de atılması veya beyaz listeye eklenmesi söz konusu olabilir.

Hangi metod kabul edilirse edilsin Komisyon itiraz prosedürünün bir parçası olarak lisans anlaşmalarının ne zaman dikey olarak niteleneceğini belirten 1995 Rehberindeki "lisansın yokluğunda" gibi bir kriter veya tanıma açık olarak yer vermesi yerinde olacaktır¹⁶¹. Nitekim, bu tür bir kriter daha önce söylendiği gibi, 240/96 sayılı Tüzükteki lisansın verilmesinden önce rakip olan teşebbüsler arasındaki müşteri sınırlamalarını yasaklayan 3(4) üncü maddede ve Komisyonun grup muafiyetini lisans verildiği tarihte rakip üreticilerin minimum miktar ve elinden geleni yapma hükümlerini kabul etmeleri halinde geri almasına olanak sağlayan 7(4) üncü maddede de belirtilmektedir.

Bu tür bir durumda, gri listede bulunacak ve itiraz prosedürüne tabi tutulacak potansiyel sınırlamalar olarak rekabet etmeme ve miktar sınırlamaları gibi dikey anlaşmalarda rekabetçi etkiler doğurabilecek hükümler olabilir (Venit, 1987, 531 ve Korah, 1998, 251). İlk sınırlama lisans veren için lisans alanın tüm zaman ve çabasını rakip teknolojilere yöneltmeyerek, lisans konusuna ayırmasını temin etme açısından önemli olmaktadır. Rekabet etme yasağı özellikle lisans veren için, lisans alanın lisans verenin markasını kullanması durumunda anlaşmanın dikey olduğunu gösteren başlıca bir işaret olarak önemli hale gelmektedir. Miktar kısıtlamalarının itiraz prosedürüne tabi kılınmasının nedeni, maksimum miktar tespiti ihraç yasağına benzer etkiler doğurarak pazarların bölünmesine neden olmasının yanı sıra dikey bir ilişkide lisans verenin yatırım yapmasını özendirmesini sağlayacak olmasıdır. Bu sınırlamaların Topluluktaki pazar entegrasyonu hedefine muafiyet uygulanan topraksal kısıtlamalardan daha zararlı etkiler doğurmadığı ileri sürülmektedir (Korah, 1998, 191).

Bir başka husus, anlaşmanın geri kalanının grup muafiyetinden yararlanmasına olanak sağlayacak şekilde, gri liste ve/veya kara listedeki hükümlerin anlaşmadan ayrılabilirliğinin kabul edilmesi olabilir.

Üçüncü olarak, grup muafiyetinin kapsamının diğer fikri mülkiyet haklarını da açıkça içermesini sağlayacak şekilde ikincillik tanımının silinmesi veya yeniden tanımlanması olabilir. Bu şekilde patent ve know-

¹⁶¹ Ankette, yine lisans anlaşmaları bağlamında, anlaşmanın, lisans veren ve lisans alanını anlaşmanın akdi öncesinde aynı teknoloji veya ürün pazarında aktif faaliyet göstermeleri halinde, rakipler arasında olduğunu kabul edeceğini belirtmektedir. Bkz Anket, dipnot 2.

how dışındaki tali olmayan fikri mülkiyet haklarını içeren anlaşmalarında bireysel muafiyet gibi zaman ve maliyet gerektiren bir prosedüre tabi olmasındansa grup muafiyetinden yararlanmasına olanak sağlanabilir¹⁶².

Sonuç olarak, bu türden değişikliklerle Komisyon, tam olarak Amerikan Rehberindeki gibi olmamakla birlikte, lisans anlaşmalarına ilişkin temkinli yaklaşımını sürdürmeye devam etmiş olacaktır. Yeni dikey anlaşmalar tüzüğündeki gibi bir yapının kabul edilmesi durumunda ise Komisyonun yaklaşımının 1995 tarihli Amerikan Rehberi ile önemli oranda benzerlik göstereceği de belirtilebilir.

¹⁶² Patent ve know-how haricindeki fikri mülkiyet haklarının tali olmasına ilişkin şartın 240/96 sayılı Tüzükte yer verilen tanımının, daha önceki patent ve know-how tanımlarından farklı olması nedeniyle, bu iki fikri mülkiyet hakkı dışında kalan özellikle ticari marka ve telif hakkı lisanslarının da grup muafiyetinden yararlanabilecekleri yorumları yapılmaktadır. Konu ile ilgili olarak bkz, Anderman, 1998, 132-133 ve Korah, 1998, 59, 119, 120. Komisyonun hazırladığı ankette yer verilen sorulardan birisi de, 240/96 sayılı Tüzüğün patent ve know-how haricindeki fikri ve endüstriyel hakları içerecek şekilde genişletilip genişletilmemesi sorusudur. Bkz. Anket, 21 inci soru.

KAYNAKÇA**KİTAPLAR**

Anderman, S., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Clarendon Press, 1998

Bainbridge, D., *Intellectual Property*, Financial Times-Pitman Publishing, 1999

Goyder, D.G., *EC Competition Law*, Clarendon Press, 1998, 3rd ed.

Gutterman, A., *Innovation and Competition Policy: A Comparative Study of the Regulation of Patent Licensing and Collaborative Research and Development in the US and the EC*, 1997, Kluwer Law International

Korah, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 6th edn., 1997

Korah, V., *Know-how Licensing Agreements and the EEC Competition Rules Regulation 556/89*, ESC Publishing Limited, 1989

Korah, V., *Patent Licensing and EEC Competition Rules Regulation 2349/84*, ESC Publishing Limited, 1985

Korah, V., *Technology Transfer Agreements and the EC Competition Rules*, Clarendon Press, 1998

Tritton G., *Intellectual Property in Europe*, Sweet & Maxwell, 1996

MAKALELER

Azam, A., 'Defining Technology and Innovation Markets: The DOJ's Antitrust Guidelines for the Licensing of IP', (1995) 24 Hofstra Law Review 475

Addanki, S., 'The DOJ's Draft Intellectual Property Guidelines: An Economist's First Look', (1995) 4 ECLR 220

Biggers, S. M., Mann, R. A. and Roberts, B. R., 'IP and Antitrust: A Comparison of Evolution in the EU and US', (1999) 22 Hastings International and Comparative Law Review 209

Fogt, H.W. and Gotts, I.K., 'Antitrust and Technology Transfer Licensing Interface: A Comparison of Analysis of Current Developments', (1995) 13 International Tax and Business Lawyer 1

Gilbert, R. J., 'Defining the Crossroads of Intellectual Property and the Antitrust Laws': The 1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property', (1995) Summer Antitrust 6

Gilbert, R. and Shapiro, C., 'Antitrust Issues in the Licensing of IP: the Nine No-No's Meet the Nineties', [1997] Brookings Paper on Economic Activity 283

Gilbert, R. J., 'Antitrust Policy for Licensing of Intellectual Property: An International Comparison', (2000) 19 International Journal of Technology Management 206

Guttuso, S., 'Technology Transfer Agreements under EC Law', [1994] Fordham Corporate Law Institute 227

Hawk, B., 'The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC', [1988] ECLR 53

Hoyng, W.A. and Biesheuvel, M.B.V., 'The Know How Group Exemption', [1989] CMLRev 219

Jianming, S., 'Block Exemption for Technology Transfer Agreements under Regulation 240/96', (1997) 20 Boston College International and Comparative Law Review 251

Johannes, H., 'Technology Transfer under EEC Law-Europe between Divergent Opinions of the Past and the New Administration: A Comparative Law Approach', [1982] Fordham Corporate Law Institute 65

Kattan, J., 'Perspectives on the 1995 Intellectual Property Guidelines', (1995) Summer Antitrust 11

Kobak, J.B., 'Running the Gauntlet: Antitrust and Intellectual Property Pitfalls on the two sides of the Atlantic', (1996) 64 Antitrust Law Journal 341

Korah, V., 'Preliminary Draft of A New EC Group Exemption for Technology Licensing', (1994) 7 EIPR 263

Landman, L. B., 'Innovation Markets in Europe', [1998] ECLR 21

McKeown, J. and Halfenger, G.M., 'Avoiding Potential Antitrust Pitfalls in Patent Royalty Terms', [2000] Practical Lawyer 23

Mitropoulos, C., 'Technology Transfer: The New Regulation', (1996) 2 Competition Policy Newsletter

Ordoover, J. A. And Willig, R.D., 'Economist's View: the DOJ Draft Guidelines for the Licensing and Acquisitions of IP', (1995) Spring Antitrust 29

Phan, N. D., 'Levelling The Playing Field: Harmonisation of Antitrust Guidelines for the International Patent Licensing Agreements in the US, Japan and the EU', (1994) 10 American University Journal of International Law 447

Reindl, A., 'Intellectual Property and Intra-Community Trade', [1996] Annual Proceedings of Fordham Corporate Law Institute

Ronald, D. W. And Johnston, M.E., 'Contrast or Convergence? The IP Guidelines and the New EU Technology Transfer Block Exemption', (1995) Spring Antitrust 16

Sendra, M., 'Strategic Alliances for Innovation in the Global Market of the 1990s: A Comparative Study at the Relationship between Innovation and the Patent/Antitrust Mechanism of the US and EU', (1992) 9 International Tax and Business Law 382

Siragusa, M., 'Technology Transfer under EEC Law: A Private View', [1982] Fordham Corporate Law Institute 95

Taylor, R., 'Pilkington, Microsoft and SC Johnson Signal A Policy Shift at DOJ', (1994) Fall Antitrust 23

Venit, J., 'In the Wake of Windsurfing Patent Licensing in the Common Market', [1987] Fordham Corporate Law Institute 517

DAVALAR

ABD

California Dental Assoc. v. Federal Trade Commission (119 S. Ct. 1604 (1999))

Ciba-Geigy Ltd. FTC No. 961-0055, 62 Fed. Reg. 409 (Jan. 3, 1997)

Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 US 365 1977

United States v. General Motors Corp., Civ. No. 93-530 (D. Del. Filed Nov. 16, 1993) (complaint)

United States v. S.C. Johnson & Son. 59 Fed. Reg. 43,859 (Aug. 25, 1994)

US v. Arnold, Schwinn & Co., 388 US 365 1967

AVRUPA TOPLULUĞU

AOIP v. Beyrard, OJ 1976, L6/8; [1976] 1 CMLR D14

Boussois/Interpane, [1987] OJ L50/30, [1988] 4 CMLR 124

Burroughs/Delplanque, Burroughs/Geha, JO 1972, L13/50; [1972] CMLR D67

Davidson Rubber Co., JO 1972, L 143/31; 1972 CMLR D52

Deutsche Grammophon case [1971] ECR 487, [1971] CMLR 631

Grundig-Consten Cases 56 and 58/64, [1966] ECR 299, CMLR 418

Kabelmetal/Luchaire, OJ 1975, L222/34; [1975] 2 CMLR D40

Maize Seed, OJ 1978, L286/23; [1978] 3 CMLR 434

Nungesser (L.C.) KG and Kurt Eisele v. Commission, [1982] ECR 2015, [1983] 1 CMLR 278

T-51/89, Tetra Pak Rausing SA v. Commission, [1990] ECR II-309, [1991] 4 CMLR 334

DİĞER

Commission Regulation on Application of the Article 81(3) of the EC Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Agreements OJ 1999 C 270, 24.09.1999

1995 Department of Justice (DOJ) and Federal Trade Commission (FTC) Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property *reprinted in*, 6 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,132

1988 Guidelines for International Operations *reprinted in*, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,109

Notice on Patent Licenses, withdrawn, OJ 1984, C220/14

Regulation 2349/84 on Patent Licenses [1984] OJ L219/15

Regulation 556/89 for Know how Licenses [1989] OJ L461/1

Reg. 240/96 on Technology Transfer Agreements, [1996] OJ L31/2

The Proposal for a Commission Regulation on the Application of Article 85(3) to Certain Categories of Patent Licensing Agreements, [1979] OJ No. C58/12

White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty at
http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/wb_modernisation_en.pdf

ULUSLARARASI GELİŞMELER

- Tek Pazar ve Rekabet Alt Komitesi II. Toplantısı Yapıldı
- Devlet Yardımlarının İzlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Hazırlık Çalışmaları Başladı
- İrlanda Halkı Referandumla Nice Antlaşmasını Reddetti
- Göteborg Zirvesi
- Birleşme ve Devralmalar Devam Ediyor

TEK PAZAR VE REKABET ALT KOMİTESİ II. TOPLANTISI YAPILDI

11 Nisan 2000 tarihli Ortaklık Konseyi toplantısında belirlenen sekiz alt komiteden "Tek Pazar ve Rekabet" alt komitesinin ikinci

toplantısı 2-3 Nisan 2001 tarihlerinde Ankara'da, Kurumumuz temsilcisinin de katılımıyla yapılmıştır. Toplantıda Komisyon temsilcileri Rekabet Kurumu'nun faaliyetlerinden duydukları memnuniyeti ifade etmişler, devlet yardımlarının izlenmesi konusunda Türkiye'nin diğer aday ülkelerden geri kaldığını belirtmişlerdir.

▪ **DEVLET YARDIMLARININ İZLENMESİ HAKKINDA KANUN TASARISI HAZIRLIK ÇALIŞMALARI BAŞLADI**

Devlet yardımlarının izlenmesi ve denetlenmesi hususunda gerekli yapının oluşturulması için Avrupa Birliği Genel Sekreterliği koordinatörlüğünde konuyla ilgili kamu kurumlarının temsilcilerinden oluşan ve Kurumumuzun da dahil olduğu bir çalışma grubu, devlet yardımlarının izlenmesi hakkında kanun tasarısı hazırlamak üzere çalışmalara başlamıştır.

▪ **İRLANDA HALKI REFERANDUMLA NİCE ANTLAŞMASINI REDDETTİ**

İrlanda'da AB'nin genişleme sürecine ilişkin Nice Antlaşmasının onayı için 7 Haziran 2001 tarihinde yapılan referandumda, halkın çoğunluğu Antlaşmaya karşı oy kullanmıştır. 453.461 oyun lehte, 529.478 oyun ise aleyhte çıktığı açıklanmıştır. Referandum sonucu Birliğe aday ülkelerde kaygı yaratmıştır.

▪ **GÖTEBORG ZİRVESİ**

15-16 Haziran 2001 tarihlerinde Göteborg'da gerçekleşen Avrupa Zirvesinin sonuç bildirgesinde aday ülkelerle müzakerelerin 2002 yılı sonunda tamamlanması kararlaştırılmış ve genişlemenin süreceği vurgulanmıştır.

İrlanda'da yapılan referandumda Birliğin genişlemesiyle ilgili reformların yapılmasını öngören Nice Antlaşmasının reddedilmesi, genişleme sürecini sıkıntıya sokmuş, özellikle aday ülkeleri kaygılandırmıştır. Göteborg Zirvesinde ise İrlanda'daki sonucun genişleme sürecini engellemeyeceği mesajı verilmiştir. Dönem Başkanı İsveç'in genişleme konusunda takvim saptanması girişimleri sonuçsuz kalmış, Almanya ve Fransa'nın böyle bir kararın aday ülkeleri yapay bir strese sokacağını dile getirmesiyle, Zirvede 2002 yılı sonunda ilk grup aday ülkelerle yapılan görüşmelerin tamamlanmış olabileceği ve bu

durumda 1 Ocak 2004 tarihinde üye olabilecekleri ifadesi benimsenmiştir.

▪ **BİRLEŞME VE DEVRALMALAR DEVAM EDİYOR**

- ▶ Amerikan **Telenity** firması telekomünikasyon yazılım şirketi **Telsoft'u** satın almıştır.
- ▶ İngiliz **Halifax Group** ile **Bank of Scotland** birleşmek üzere anlaşma yapmışlardır.
- ▶ Avrupa'nın üçüncü büyük ilaç üreticisi **Novartis, Roche** firmasının yüzde 20'sini 2.8 milyar Dolara satın almıştır.
- ▶ **Procter&Gamble** firması, Bristol Myers bünyesindeki **Clairol'u** yaklaşık 5 milyar Dolara satın almaya karar vermiştir.
- ▶ Dünyanın en büyük ikinci alkolsüz içecek üreticisi **Pepsi Co.**'nun gıda ve içecek şirketi **Quakers Oats'ı 13.4 milyar Dolara satın alacağı açıklanmıştır.**
- ▶ İngiliz havayolları şirketi **British Airways** ile Hollandalı **KLM** birleşme görüşmelerine tekrar başlamışlardır.
- ▶ Suudi Arabistan'ın **Dallah Al-Baraka** Grubu ile Kuveyt sermayeli **The International Investor** şirketi bankacılık ve yatırım birimlerini birleştirerek bölgenin en büyük İslami bankacılık gruplarından birini oluşturmaya karar vermişlerdir.
- ▶ Kredi kartı kuruluşu **Mastercard** ile **Europay** birleşme kararı almışlardır.
- ▶ ABD'li ilaç şirketi **Bristol-Myers, Du Pont**'un eczacılık birimini 7.8 milyar Dolara satın almaya karar vermiştir.

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ
(01.04.2001 - 30.06.2001)

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ

REKABET İHLALLERİ
(Kapsam Dışı Olanlar Hariç)

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
------------	-----------------	--------------	-----------------	--------------	--------------

1	01-15/143-38	Mercedes-Benz firmasının Türkiye pazarında dünya standartlarında üretim yapmayarak hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasına yönelik bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığı.	03-04-2001		
2	01-17/150-39	BELKO Ankara Kömür ve İhtiyaç Maddeleri Dağıtım Ltd. Şti. hakkında açılan soruşturma sonucunda: 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği tespit olduğundan ilgili teşebbüsün para cezası ile cezalandırılması.	06-04-2001		
3	01-18/151-40	Antalya'da faaliyette bulunan sürücü kursları ve Antalya Sürücü Kursları Derneği'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak bir soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı.	10-04-2001		
4	01-19/172-44	ÇITASAD Kamyon ve Parça Ticaret A.Ş. ile CHRYSLER Jeep Ticaret A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik bir soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı.	17-04-2001		
5	01-21/191-49	Haydarpaşa, Erenköy ve Halkalı gümrük sahalarında kara taşımacılığı faaliyetinde bulunan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiasına yönelik yürütülen soruşturma sonucunda: Haydarpaşa gümrük sahasında faaliyet gösteren Sınırlı Sorumlu Haydarpaşa Motorlu Taşıyıcılar Kooperatifi, Sınırlı Sorumlu 94 Nolu 4 El Haydarpaşa ve Yöresi Gümrük Motorlu Taşıyıcılar Kooperatifi ve Sınırlı Sorumlu 4 Eylül Haydarpaşa ve Yöresi Gümrük Tahmil Tahliye Depoları Motorlu Taşıyıcılar Kooperatifi'nin ve Erenköy gümrük sahasında faaliyet gösteren Sınırlı Sorumlu 40 Nolu İstanbul İli Kadıköy İlçesi Küçükbakkalköy Gümrük Antrepoları ve	26-04-2001		
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
		Cıvırı Motorlu Taşıyıcılar Kooperatifi ile 43 Nolu Sınırlı Sorumlu İçerenköy Küçükbakkalköy Kayışdağ Motorlu Taşıyıcılar Kooperatifi'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri tespit olduğundan, ilgili teşebbüs birliklerinin para cezası ile cezalandırılmaları.			
6	01-22/192-50	Hewlett Packard Bilgisayar ve Ölçüm Sistemleri A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak bir soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı.	08-05-2001		

7	01-22/195-51	Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından Sky TV kanalının kablolu TV yayınına alınmadığı iddiasına yönelik olarak bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı.	08-05-2001		
8	01-23/217-57	Türkiye Kızılay Derneği'nin İstanbul/Pendik, Fatih, Avcılar, Gaziosmanpaşa şubelerine bağlı olarak çalışan tıp merkezi ve dispanserlerinin, özel sağlık kuruluşları aleyhine 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiasına yönelik olarak bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı.	15-05-2001		
9	01-24/228-58	TEB 5. Bölge Konya-Karaman Eczacı Odası Karaman Temsilciliği tarafından kamu kurum ve kuruluşlarına ait reçetelerin Karaman ilinde faaliyet gösteren eczaneler arasında paylaşılması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı.	22-05-2001		
10	01-25/238-61	Armada Bilgisayar San. ve Tic. A.Ş.'nin Novell İtalya ve Novell Inc. (ABD) ile birlikte Beyaz İletişim Ltd. Şti. tarafından yapılan paralel ithalatı engellemek ve fahiş fiyat uygulayarak hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik yürütülen soruşturma sonucunda: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine aykırı bir eylem bulunmadığından aynı Kanun'un 16. maddesi gereği herhangi bir para cezasının uygulanmasına gerek olmadığı.	29-05-2001		
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
11	01-25/241-63	Yatırımları Teşvik Fonu'ndan tersanecilik sektörüne tahsis edilen kredilerin kullandırılmasındaki uygulamaları ile Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş. tarafından 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiasına yönelik olarak bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı.	29-05-2001		
12	01-26/251-70	Ereğli Demir Çelik Fabrikaları A.Ş.'nin 4054 sayılı yasayı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı.	05-06-2001		

13	01-26/256-72	İzmir Otobüs ve Terminal İşletmeleri A.Ş. (İZOTAŞ)'nin otobüs ile şehirlerarası yolcu taşıma hizmeti ücretlerinde alt sınır tespit ederek 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik yürütülen soruşturma sonucunda: İzmir Otobüs ve Terminal İşletmeleri A.Ş.'nin İzmir ili şehirlerarası otobüs terminali işletmeciliği pazarındaki hakim durumundan yararlanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. Maddesini ihlal ettiği ve dolayısıyla ilgili teşebbüsün para cezası ile cezalandırılması.	05-06-2001		
14	01-27/260-74	Ereğli Demir Çelik Fabrikaları T.A.Ş. (ERDEMİR)'nin, Estaş ve Cihan Metal firmalarına yönelik ayrımcı uygulamalarda bulunarak 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı.	12-06-2001		
15	01-28/278-82	TEB 4. Bölge Eczacı Odası ve Çukurova Üniversitesi Balcalı Hastanesi'nin aralarında imzaladıkları protokol ile ilaç piyasasında rekabeti ihlal ettikleri iddiasına yönelik soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı.	19-06-2001		
16	01-29/283-84	Arçelik A.Ş.'nin yan sanayi firmalarıyla anlaşarak 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediği yönünde soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı.	26-06-2001		

**MENFİ TESPİT/MUAFİYET
(Kapsam Dışı Olanlar Hariç)**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
1	01-15/137-33	Castrol ile Assan Hyundai Motorlu Araçlar Satış A.Ş., Mermerler Yatırım ve Pazarlama A.Ş., Doğu Motor Servis ve Ticaret A.Ş., Doğu Otomotiv San. ve Tic.A.Ş., Katalonya Oto Servis ve Tic.A.Ş. arasında yapılan sözleşmelere ve Castrol ile Honda Anadolu Motosiklet Ür. ve Paz. A.Ş. arasında yapılan sözleşmeye menfi tespit belgesi verilmesi.	03-04-2001		

2	01-15/139-34	Artı-Fe Otomotiv San. ve Tic. Ltd. Şti. ile PWP SA arasında imzalanan "Serbest Ticaret Anlaşması"na menfi tespit belgesi verilemeyeceği; ilgili anlaşmanın 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı.	03-04-2001		
3	01-15/140-35	Anadolu Honda Otomobilcilik A.Ş., Honda yetkili satıcıları ve Honda yetkili servisleri arasında akdedilen "Yetkili Satıcılık ve Yetkili Servis Sözleşmeleri"nin koşullu olarak grup muafiyetinden yararlanabileceği.	03-04-2001		
4	01-15/140-36	MAN Otobüs ve Kamyon San. A.Ş.'nin bayilik sözleşmesinin, koşullu olarak grup muafiyetinden yararlanabileceği.	03-04-2001		
5	01-15/140-37	Nissan Otomotiv A.Ş.'nin yetkili servis istasyonu işletme sözleşmesinin ve yedek parça satış sözleşmesinin koşullu olarak grup muafiyetinden yararlanabileceği.	03-04-2001		
6	01-18/154-42	Başarı Elektronik San ve Tic. A.Ş. ile Nokia Mobile Phones arasında akdedilen "Distribütörlük Anlaşması"na menfi tespit belgesi verilmesi.	10-04-2001		
7	01-18/155-43	Boronkay Oto Tic. ve San. A.Ş., DAF Otobüs BV, Berkof BV ve yetkili servisler arasında akdedilen "Distribütörlük Anlaşmaları" ile pazarlama, dağıtım, satış ve servis sisteminin oluşturulmasında çeşitli teşebbüslerle imzalanan "Servis Anlaşmaları" ile ilgili olarak: Boronkay Oto Ticaret ve Sanayi A.Ş. ile Berkhof B.V. arasında imzalanmış olan "yedek	10-04-2001		
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
		parça dağıtım anlaşması"nın 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı; Boronkay Oto Ticaret ve Sanayi A.Ş. ile Daf Otobüs B.V. arasında imzalanmış olan dağıtım ve servise ilişkin "ithalatçı anlaşması"nın koşullu olarak 1998/3 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanabileceği; Boronkay Oto Ticaret ve Sanayi A.Ş. ile servis sisteminin oluşturulması için çeşitli teşebbüslerle imzalanan "yetkili servis anlaşmaları"na koşullu olarak bireysel muafiyet tanınabileceği.			
8	01-19/175-45	Bimaş Birleşik Medya Pazarlama A.Ş.'nin "Prodüksiyon Desteği Çalışma Koşulları Anlaşması"na menfi tespit verilemeyeceği;	17-04-2001		

		sözkonusu anlaşmaya koşullu olarak bireysel muafiyet tanınabileceği.			
9	01-20/185-46	Seagram İçki Dağıtım San. ve Tic. A.Ş. unvanlı bir ortak girişim şirketi kurulmasına ilişkin olarak; "Hissedarlık Anlaşması"na menfi tespit belgesi verilmesi ve "Lojistik ve Yardımcı Hizmetlerin Verilmesine İlişkin Anlaşma"ya 5 yıl süreyle bireysel muafiyet tanınması.	25-04-2001		
10	01-22/197-53	Diageo Plc ve Pernod Ricard SA arasında Seagram'ın üretim tesislerini ve markalarını satmak için düzenlenen ihaleye birlikte katılmak amacıyla imzalanan sözleşmeye ileriki tarihlerde ilgili sözleşmeden kaynaklanan ya da kaynaklanacak olan devralma işlemlerini kapsamamak kaydıyla menfi tespit belgesi verilmesi.	08-05-2001		
11	01-22/198-54	Turgut Holding A.Ş., Fako İlaçları A.Ş. ile SmithKline Beecham International ve SmithKline Beecham İlaç Tic. A.Ş. arasında akdedilen "Fason Üretim Anlaşması"na, anlaşmanın yapıldığı 23.11.2000 tarihinden itibaren 5 yıl süre ile bireysel muafiyet tanınması.	08-05-2001		
12	01-22/199-55	Arçelik A.Ş.'nin yetkili servis işletmeleri ile akdettiği satış sonrası servis sistemine ilişkin anlaşmalarla bu anlaşmaların	08-05-2001		
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
		yerine akdedilecek yetkili servis sözleşmesi ile ilgili olarak: mevcut anlaşmaya koşullu olarak 5 yıl süre ile bireysel muafiyet tanınması; Arçelik A.Ş. ile yetkili servisler arasında akdedilen mevcut sözleşmelerin yerine geçecek olan yeni anlaşmaya menfi tespit belgesi verilemeyeceği; yeni anlaşmanın düzeltilmiş nihai haliyle 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı.			
13	01-24/232-60	Türk Philips Aydınlatma San. ve Tic. A.Ş.'nin tek ithalatçısı olduğu atılabilir cinsten pillerin satışı ve pazarlanması amacıyla Birlik Gıda ve San. ve Tic. A.Ş. ile akdedilen "Distribütörlük Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilemeyeceği; ilgili sözleşmenin koşullu olarak 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanabileceği.	22-05-2001		

14	01-25/240-62	Abbott Laboratuvarları İthalat, İhracat ve Tic. Ltd. Şti., Fako İlaçları A.Ş. ile Abfar İlaçları San. ve Tic. A.Ş. arasında fason üretim ilişkisi kuran "İmalat Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilemeyeceği; ilgili sözleşmeye koşullu olarak bireysel muafiyet tanınabileceği.	29-05-2001		
15	01-25/242-64	SÜTAŞ Pastörize Süt ve Süt Mamülleri Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin bayileri ve seyyar satıcıları ile yapmış olduğu sözleşmelere ilişkin olarak: bildirimde bulunulan bayilik ve plasiyerlik sözleşmelerine menfi tespit belgesi verilemeyeceği; anılan sözleşmelerin 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağı; sözleşmelere bireysel muafiyet verilebilmesi için gerekli olan şartların sağlanmaması nedeniyle bayilik ve plasiyerlik sözleşmelerine bireysel muafiyet de tanınamayacağı; ilgili sözleşmelerin koşullu olarak 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanabileceği.	29-05-2001		

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
16	01-25/243-65	AFM Uluslararası Film Prodüksiyon Tic. San. A.Ş.'ne ait sinema büfelerinde yalnızca Has Gıda San. ve Tic. A.Ş. ürünlerinin satılması, reklam ve tanıtımının yapılması için akdedilen sözleşmeye menfi tespit belgesi verilemeyeceği; 1997/4 sayılı Tebliğ kapsamında bir işlem olması dolayısıyla, sözleşmenin grup muafiyeti koşullarını taşıdığı.	29-05-2001		
17	01-25/244-66	ETİ Pazarlama ve Sanayi A.Ş.'nin 112 toptancı teşebbüsle yapmış bulunduğu "Distribütörlük Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilemeyeceği; sözleşmelerin 1997/3 sayılı Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağı; sözleşmelere bireysel muafiyet tanınamayacağı; anılan sözleşmenin 1997/3 sayılı Tebliğ'e uygun olarak yeniden düzenlenmesi koşulu ile ilgili sözleşmelerin grup muafiyetinden yararlanabileceği.	29-05-2001		
18	01-25/245-67	Yeni Karamürsel Giyim ve İhtiyaç Maddeleri Pazarlama A.Ş.'nin bayileriyle	29-05-2001		

		imzaladığı "Bayilik Sözleşmeleri"ne menfi tespit belgesi verilemeyeceği; anlaşmaların 1997/3 sayılı Tebliğ, 1997/4 sayılı Tebliğ ve 1998/7 sayılı Tebliğ kapsamı dışında kaldıkları ve dolayısıyla grup muafiyetinden yararlanamadıkları; koşullu olarak ve başvuru tarihi olan 29.12.1998 tarihinden itibaren beş yıl süre ile ilgili sözleşmelere bireysel muafiyet tanınabileceği.			
19	01-27/261-75	Temsa Termomekanik Sanayi ve Ticaret A.Ş. İş Makinaları Grubu ile yetki verilen servisler arasında akdedilen "İş Makinaları Yetkili Servis Anlaşması" ve "Forklift Yetkili Servis Anlaşması" ile ilgili olarak: talep edilen menfi tespit belgesinin verilemeyeceği; başvuru konusu anlaşmaların, sözleşme tarihi olan 27.05.1998 tarihinden 26.05.2003 tarihine kadar beş yıl süre ile 4054 sayılı Kanun'un 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulması.	12-06-2001		
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
20	01-27/262-76	Temsa Termomekanik Sanayi ve Ticaret A.Ş. Otomotiv Pazarlama Bölümü ile yetki verilen servisler arasında akdedilen "Ticari Araç Yetkili Servis Sözleşmesi" ile ilgili olarak: talep edilen menfi tespit belgesinin verilemeyeceği; sözleşmenin sadece servis hizmetlerine yönelik olarak düzenlenmiş olması nedeniyle ilgili Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağı; başvuru konusu sözleşmenin, sözleşme tarihi olan 04.05.1998 tarihinden 03.05.2003 tarihine kadar beş yıl süre ile 4054 sayılı Kanun'un 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulması.	12-06-2001		
21	01-27/263-77	Temsa Termomekanik Sanayi ve Ticaret A.Ş. Otomotiv Pazarlama Bölümü ile yetkili satıcılar arasında akdedilen "Yedek Parça Yetkili Satıcılık Anlaşması" ve "Yetkili Satıcıların Parça Satışını Düzenleyen Sirküler" ile ilgili olarak: ilgili sözleşme ve sirküler için Rekabet Kurulu'na bildirim yükümlülüğünün bulunmadığı; bildirilen anlaşmanın grup muafiyeti kapsamında olması nedeniyle, menfi tespit belgesi verilmesine gerek olmadığı.	12-06-2001		

22	01-28/277-81	Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ile İş-Tim Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. arasında imzalanan "Şebekelerarası Ara Bağlantı Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilmesi.	19-06-2001		
23	01-29/285-85	Ocean Overseas Holdings Ltd. ve Sezginler Grubu arasında imzalanan "Ortak Girişim Anlaşması"na menfi tespit belgesi verilmesi.	26-06-2001		

BİRLEŞME VE DEVRALMALAR (Kapsam Dışı Olanlar Hariç)

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
1	01-18/153-41	Eczacıbaşı Rhone-Poulenc İlaç San. A.Ş.'nin %45 oranındaki hissesinin Aventis Grubu'ndan Eczacıbaşı Grubu'na devrine izin verilmesi.	10-04-2001		
2	01-20/188-47	Bosch San. ve Tic. A.Ş.'nin otomasyon teknolojisi faaliyetlerinin ve bu faaliyetlere yönelik malvarlığının Mannesman Rexroth A.Ş. tarafından devralınmasına izin verilmesi.	25-04-2001		
3	01-20/189-48	Anadolu Cam San. A.Ş., Camiş Madencilik A.Ş., Camiş Sigorta Hizmetleri A.Ş. ile BMT N.V., BMT OMCO International B.V., International Gears Company S.A. arasında cam ambalaj ve cam ev eşyası kalıp üretimi konusunda faaliyet gösterecek olan OMCO İstanbul Kalıp Sanayi ve Ticaret A.Ş. unvanıyla bir ortak girişim şirketi kurulmasına ve Camiş Makina ve Kalıp San. A.Ş.'ndeki varlıkların ortak girişim şirketine devredilmesine izin verilmesi.	25-04-2001		
4	01-22/196-52	Eczacıbaşı İlaç San. ve Tic. A.Ş., Eczacıbaşı Holding A.Ş., Eczacıbaşı Yatırım Holding Ortaklığı A.Ş. ve Girişim Pazarlama A.Ş.'nin Eczacıbaşı	08-05-2001		

		Warner Lambert İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nde sahip oldukları hisselerini Pfizer Enterprises Inc.'e devretmelerine koşullu izin verilmesi.			
5	01-24/231-59	Tetra Laval S.A.'nın Sidel S.A.'yı devralmasına izin verilmesi.	22-05-2001		
6	01-25/246-68	Konninklijke Philips Electronics N.V. ile LG Electronics unvanlı şirketlerin Katod Işın Tüpleri (KIT) işlerini bir ortak girişim şirketi çatısı altında birleştirmelerine izin verilmesi.	29-05-2001		
7	01-25/249-69	EniChem S.p.A.'ya ait poliüretan faaliyetlerinin The Dow Chemical Company tarafından devralınmasına izin verilmesi.	29-05-2001		

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
8	01-26/252-71	DHL Worldwide Network S.A. hissedarlarından Deutsche Post A.G.'nin, bu teşebbüs içerisindeki hisse oranını %50.648'e çıkartacak şekilde diğer hissedarların hisselerinin bir kısmını devralmasına izin verilmesi.	05-06-2001		
9	01-27/258-73	Litton Industries Inc.'in Northrop Grumman Corp tarafından devralınmasına izin verilmesi.	12-06-2001		
10	01-28/274-78	Türkiye'de 10 adet iştiraki bulunan The Interpublic Group of Companies Inc. unvanlı ABD teşebbüsünün, Türkiye'de bir adet iştiraki bulunan True North Communications Inc. unvanlı ABD teşebbüsünü devralmasına izin verilmesi.	19-06-2001		
11	01-28/275-79	Aventis Grubu'nun, sahip olduğu evlerde kullanılan insektisit üretiminde kullanılan etkin maddeler işini Sumitomo Grubu'na devretmesine izin verilmesi.	19-06-2001		
12	01-28/276-80	Pechiney SA tarafından Sapa AB'nin Eurofoil Luxemburg ve Eurofoil Belgium'daki hisselerinin tamamının devralınmasına izin verilmesi.	19-06-2001		
13	01-29/282-83	Usinor Grubu'na bağlı Sollac SA'nın gerçekleştireceği hisse devriyle, Borusan Grubu'na bağlı Borçelik Çelik San. Tic. A.Ş.'nin ortak girişime dönüştürülmesine izin verilmesi.	26-06-2001		

14	01-29/293-86	VAW Auslands Gmbh'nin gerçekleştireceği hisse devriyle Rotopak Matbaacılık-Ambalaj Sanayi ve Ticaret A.Ş., Rotopaş Ambalaj Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. ile Rotogravür Klişecilik-Grafik Sanayii ve Ticaret A.Ş.'nin ortak girişime dönüştürülmesi işlemine koşullu izin verilmesi.	28-06-2001		
----	--------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------	--	--

SEÇİLMİŞ KARARLAR

	<u>Karar Tarihi</u>	<u>Karar No</u>
• MARKS&SPENCER	28.04.1999	99-39/413-265
• USAŞ	24.08.1999	99-39/414-266
• Gümüşsuyu	30.11.1999	99-55/589-376
• TEB	18.09.2000	00-35/393-220
• Eczacıbaşı	26.09.2000	00-36/398-224
• Anadolu LPG	17.10.2000	00-39/434-240
• SESA	06.11.2000	00-44/472-257
• TANSAŞ	28.03.2001	01-13/124-32

Dosya Konusu : Marks & Spencer plc. ve Marka Mağacılık A.Ş. arasında yapılan anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi.

Dosya Sayısı : D3/1/Y.K.-99/12 (Menfi Tespit/Muafiyet)
Karar Sayısı : 99-39/413-265
Karar Tarihi : 24.8.1999

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Dr. Kemal EROL (İkinci Başkan)
Üyeler : Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, A.Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER

B- RAPORTÖRLER: Yüksel KAYA, Onur Yelda TOY

C- BAŞVURUDA BULUNAN: Marka Mağazacılık A.Ş.
Büyükdere Cad., No:129, K:2,
Maslak/İSTANBUL

D- TARAFLAR: - Marks & Spencer plc.
Michael House, Baker Street, W1D 7NW Londra/İngiltere

- Marka Mağazacılık A.Ş.
Büyükdere Cad., No:129, K:2, Maslak/İSTANBUL

E- DOSYA KONUSU: Marks & Spencer plc. ve Marka Mağazacılık A.Ş. arasında yapılan anlaşmaya Menfi Tespit Belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 2.6.1999 tarih, 1688 sayı ile giren başvuru üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5 ve 8. maddeleri uyarınca düzenlenen 9.7.1999 tarih, D3/1/Y.K.-99/12 sayılı Muafiyet Ön İnceleme Raporu 23.8.1999 tarih, REK.0.07.00.00/46 sayılı Başkanlık önergesi ile 99-39 sayılı Kurul gündemine alınarak karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: Marks & Spencer plc. ile Marka Mağazacılık A.Ş. arasında yapılan anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmesi talebinin, anılan anlaşma maddelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler taşıması nedeniyle reddedilmesi gerektiği, bununla birlikte, söz konusu anlaşmanın 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne uygunluğu nedeniyle, grup muafiyetinden yararlanmasının yerinde olacağı düşünülmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1. İlgili Pazar

Ürün Pazarı: Giyim ve dekorasyon ürünlerinin perakende satış hizmeti ilgili ürün pazarı olarak belirlenmiştir.

Coğrafi Pazar: Türkiye Cumhuriyeti sınırları söz konusu başvuru açısından ilgili coğrafi pazar olarak kabul edilmiştir.

2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Marka Mağazacılık A.Ş., 2.5.1999 tarihinde Marks & Spencer plc. ile yapmış olduğu özel satış hakkı sözleşmesinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi amacıyla "Menfi Tesbit Belgesi" talebinde bulunmakta ve bu başvurunun reddi halinde yapılan bildirim "Muafiyet Bildirimi" olarak değerlendirilmesini istemektedir.

Başvuru formunda, söz konusu anlaşmada, taraf olanların anlaşma nedeniyle ticari kararlarını özgürce almalarını engelleyen hüküm bulunmadığı belirtilmekle birlikte, yapılan özel satış sözleşmesi, hem Marks & Spencer plc.'nin hem de Marka Mağazacılık A.Ş.'nin ticaret özgürlüklerini kısıtlayan hükümler içermektedir.

Bu sözleşmenin içerdiği hükümler gereği Marks & Spencer plc.;

- Anlaşmada belirtilen bölge içinde ticaret yapmayacak ve bu bölgede ticaret yapmak üzere perakende satış yapan başka birini yetkilendirmeyecek,
- "İş Prensipleri" ve "Hüküm ve Şartlar"a uygun olarak sistemi kullanma hakkını verecektir.

Marka Mağazacılık A.Ş. ise;

- Ürünlerini sadece işletmek üzere belirlenen binalarda ve işletme esnasında satacak,
- Anlaşma konusu ürünlerin sadece perakende satışını yapacak ve posta ya da internet gibi satış yollarını kullanmayacak,
- İşletme binalarında sözleşmede kararlaştırılan mallar dışında mal satmayacak ve hizmet sunmayacak,
- Marks & Spencer'a fiyatlandırma politikası ve marjlar konusunda danışacak,
- Hesap ve kayıtlarını Marks & Spencer'ın teftişine açık tutacak,
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası kurallarına göre yapılacak halka arzda toplam hisselerinin en fazla %40'ını devredebilecek,
- "Prensipler"de öngörülen standartlar çerçevesinde binaları devralacak, donatacak ve uygun hale getirerek işletmeye açacak,
- Sadece Marks & Spencer tarafından uygun bulunan materyal, araç-gereç, dizayn şekillerini kullanacak,
- Marks & Spencer plc.'nin önceden yazılı onayı olmaksızın işletmeye yenilikler ve değişiklikler getirmeyecek, yeni işyeri açmayacak, mevcut olanı kapatmayacak ya da ürünleri satmak amacıyla genişletmeyecektir.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde rekabeti bozucu, engelleyici ya da sınırlayıcı anlaşmalar üretim veya dağıtım zincirinin hangi aşamasında yapıldıklarına ve taraflar arasındaki ilişkinin yatay ya da dikey oluşuna bakılmaksızın yasaklanmaktadır. Bu nedenle Marka Mağazacılık A.Ş. ile Marks & Spencer plc. arasındaki, dikey anlaşma niteliği taşıyan ve

pazardaki rekabet üzerinde etkileri olabilecek düzenlemelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede, anılan anlaşmanın içerdiği, Marks & Spencer plc.'nin anlaşma bölgesinde anlaşmada belirtilen marka altında ticaret yapmayacağı ve perakende satış için başka bir firmaya yetki vermeyeceği, Marka Mağazacılık A.Ş.'nin ise sadece anlaşmada belirtilen binalarda satış yapacağı, anlaşma bölgesi dışında anlaşma konusu mallar için müşteri aramayacağı ve bu mallara rakip malları hiçbir şekilde satmayacağı gibi hükümler, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine aykırıdır.

Bilindiği üzere, 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi "menfi tesbit" ile ilgili hükümler içermektedir. Menfi tesbit belgesi, bu Kanun'un 4., 6. ve 7. maddelerini ihlal etmeyen anlaşmalar için verilebilir. Bu nedenle Marka Mağazacılık A.Ş.'nin Menfi Tesbit Belgesi verilmesi talebinin reddinin gerektiği kanaatine varılmıştır.

Öte yandan, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayanılarak çıkarılan 1998/7 sayılı "Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"nin 3. maddesinin (b) fıkrasında; franchise anlaşması, franchise verenin, franchise alana doğrudan veya dolaylı mali katkı karşılığında, belirli türden mal ve/veya hizmetlerin pazarlanması amacıyla bir franchise kullanılması hakkını verdiği ve en azından;

1. Ortak bir marka veya işletme adının kullanılması ve tesislere ve/veya ulaşım araçlarına yeknesak bir görünüm verilmesi;
2. Franchise veren tarafından franchise alana know how aktarılması;
3. Franchise alanın anlaşma süresince franchise veren tarafından sürekli olarak ticari ve teknik açıdan desteklenmesi;

yükümlülüklerini içeren bir anlaşma olarak nitelendirilmektedir. Marka Mağazacılık A.Ş. ile Marks & Spencer arasında yapılmış olan özel satış hakkı sözleşmesi; yukarıda yer verilen kriterler göz önüne alınarak değerlendirildiğinde aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:

Franchise kullanma hakkı, franchise alana, doğrudan veya dolaylı bir mali katkı karşılığında verilir. Başvuruya konu olan sözleşmenin "Ödeme" başlıklı 14. maddesinin (e) bendinde, "Sözleşmede tanınan haklar karşılığında franchise veren, herhangi bir tarihte yapacağı yazılı

bildirim ile ekte belirtildiği üzere, idari hizmetler için bir ücret veya lisans bedeli ya da başkaca bir ad altında yıllık toplam bir miktarın alınan yazılı bildirimde belirtilen tarihten itibaren franchise alan tarafından ödenmesini talep edebilir.” hükmü yer almaktadır. Böylece Marka Mağazacılık A.Ş. kullandığı franchise karşılığında doğrudan Marks & Spencer plc.’ye ödemede bulunmaktadır.

Franchise anlaşmalarında ortak bir marka veya işletme adının kullanılması ve tesislerle ulaşım araçlarına tek tip bir görünüm verilmesi gerekmektedir. Söz konusu anlaşma gereği Marka Mağazacılık A.Ş.’ye Marks & Spencer adı altındaki binalarda “St. Michael” markalı ürünlerin satış hakkı verilmektedir.

Franchise veren tarafından franchise alana "know how" aktarılmalıdır. Ortak işletme adının kullanılmasının yanı sıra, "know how"ın franchise alana aktarılması, franchise anlaşmalarını tek elden dağıtım ve tek elden satınalma anlaşmalarından ayıran faktörlerdir. Dağıtım ve hizmet franchise anlaşmaları, teknik değil, ticari "know how" içerir. Teknik "know how" aktarımı söz konusu olduğunda yapılan sözleşme bir franchise anlaşması değil, bir "know how" lisans anlaşmasıdır. Söz konusu anlaşmanın “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde “İş prensipleri ve asgari standartlar (Prensipier)” franchise işletim sisteminde franchise veren tarafından bir araya getirilmiş yazılı belirlemeler olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede “Sistem” kavramı, franchise verenin ayırıcı işletme tarzı ve faaliyet yönetimi olarak tanımlanmaktadır. Anlaşmanın “Tayin ve Verilen Haklar” başlıklı 5. maddesinin (a) bendinde, “Franchise veren franchise alana sistemi kullanma hakkını verir. Bu hak sözleşmenin terimlerine, iş prensipleri ve hüküm ve şartlarına uygun olarak işletmeyi Marks & Spencer özel markaları altındaki binalarda çalıştırmak amacıyla verilmiştir.” denilerek, "know how" aktarımı somutlaştırılmıştır.

Franchise alanın franchise veren tarafından anlaşma süresince ticari ve teknik açıdan desteklenmesi gerekmektedir. İncelenen sözleşmenin “Franchise Vereninin Birincil Sorumlulukları” başlıklı 8. maddesi ile “Franchise Vereninin Devam Eden Sorumluluğu” başlıklı 9. maddesinde yer alan hükümler Marks & Spencer’ın Marka Mağazacılık A.Ş.’ye sunacağı ticari ve teknik desteğin ayrıntılarını içermektedir.

Dolayısıyla, inceleme konusu olan ve Marka Mağazacılık A.Ş. ile Marks & Spencer arasında yapılmış olan özel satış hakkı sözleşmesi, 1998/7 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca bir franchise anlaşmasıdır.

Öte yandan, sözleşmeye ilişkin diğer değerlendirmeler aşağıdaki gibidir:

Bir franchise anlaşmasına sadece birbirinden bağımsız iki teşebbüs taraf olmalıdır. Bahse konu sözleşmenin, franchise veren konumunda Marks & Spencer, franchise alan konumunda ise Marka Mağazacılık A.Ş. olmak üzere iki tarafı bulunmakta olup, bu firmalar arasında herhangi bir bağlantılı teşebbüs ilişkisi bulunmamaktadır. Holding A.Ş. ise sözleşmede garantör olarak yer almaktadır.

Franchise anlaşmalarında, franchise, malların son kullanıcılara yeniden satılması veya hizmetlerin sunumu amacıyla verilir. İlgili sözleşmede Marka Mağazacılık A.Ş.'ye, anlaşma konusu malların sadece perakende satışını yapmak üzere franchise kullanma hakkı verilmektedir.

Franchise anlaşmalarında bir bölge tanımlanmalıdır. Bu bölge dışında franchise alanın aktif olarak müşteri araması yasaklanmaktadır. Böyle bir yasaklamaya yer verilmesi, franchise alanın ticari faaliyetlerinde kendi bölgesine ağırlık vermesini sağlamak ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Söz konusu sözleşmede Marka Mağazacılık A.Ş.'nin anlaşmadan kaynaklanan haklarını kullanacağı bölge, Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak belirlenmiştir.

Netice itibarıyla, ilgili Muafiyet Ön İnceleme Raporu ile dosya mevcudu bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi sonucunda, Marks & Spencer plc. ile Marka Mağazacılık A.Ş. arasında yapılan sözleşmenin tüm maddelerinin 1998/7 sayılı Tebliğ hükümleri ile uyumlu olduğu anlaşılmıştır.

I- SONUÇ

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında; Marks & Spencer plc. ile Marka Mağazacılık A.Ş. arasında yapılan anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmesi talebinin, anlaşma maddelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler taşıması nedeniyle reddine,

Söz konusu anlaşmanın, 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne uygunluğu nedeniyle, grup muafiyetinden yararlanması gerektiğine, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

Dosya Konusu : Uçak Servisi A.Ş. (USAŞ) ile Burger King Corporation (BKC) arasında yapılan franchise anlaşmasına menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi.

Dosya Sayısı : D3/A.Ç.-99/4 (Menfi Tespit/Muafiyet)

Karar Sayısı : 99-39/414-266

Karar Tarihi : 24.8.1999

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Dr. Kemal EROL (İkinci Başkan)

Üyeler : Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, A.Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER

B- RAPORTÖRLER: Aydın ÇELEN, Ümit GÖRGÜLÜ,
Hilmi BOLATOĞLU

C- BAŞVURUDA BULUNAN: Uçak Servisi A.Ş.
Vekili Av.Dr. Fadlullah CERRAHOĞLU
Güllü Sk., No:1, 80630, 3.
Levent/İSTANBUL

D- TARAFLAR: - Uçak Servisi A.Ş.
Atatürk Havalimanı, 34830, Yeşilköy/İSTANBUL
- Burger King Corporation
1777 Old Cutler Road, Miami, Florida, ABD

E- DOSYA KONUSU: **Uçak Servisi A.Ş. (USAŞ) ile Burger King Corporation (BKC) arasında yapılan franchise anlaşmasına menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi.**

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına en son 7.6.1999 tarih, 1763 sayı ile giren başvuru üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5 ve 8. maddeleri uyarınca düzenlenen 26.7.1999 tarih, D3/A.Ç.-99/4 sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Ön İnceleme Raporu 23.8.1999 tarih, REK.0.07.00.00/63 sayılı Başkanlık önergesi ile 99-39 sayılı Kurul gündemine alınarak karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: USAŞ ile BKC arasında 29.4.1998 tarihinde imzalanan "BKC-USAŞ Franchise Anlaşması"na, içerdiği rekabet kısıtlamaları nedeniyle 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Menfi Tespit" başlıklı 8. maddesi uyarınca, 4054 sayılı Kanun'a aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verilmesinin mümkün olmadığı; ancak söz konusu anlaşmanın 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile uyumlu olduğu düşünülmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1. İlgili Pazar

Ürün Pazarı: Söz konusu anlaşma kapsamında ilgili ürün pazarı olarak, "fast food pazarı" kabul edilmiştir.

Coğrafi Pazar: Başvuru konusu anlaşma, havaalanları ile sınırlı ve şimdilik Antalya Milletlerarası Havaalanı'nda geçerli olmak üzere akdedilmiştir. Dolayısıyla ilgili coğrafi pazar olarak Antalya Milletlerarası Havaalanı kabul edilmiştir.

2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Başvuruya konu olan franchise anlaşması ile ilgili olarak menfi tespit talebinde bulunulmuş olup, bu başvurunun reddedilmesi halinde, başvurunun muafiyet bildirimini olarak değerlendirilmesi talep edilmektedir.

Dosya mevcudu belgelerde belirtildiği üzere, BKC, "Burger King Dükkanları" olarak bilinen, sınırlı menüye sahip perakende satış yerlerinin kurulması ve işletilmesi konusunda özel, yeni ve özgün teknikler, bilgiler, uzmanlık, beceriler, özel bilgiler, telif hakları ve başka fikri haklara dayanan özgün bir format ve işletim sistemi geliştirmiştir; bu sistem, dükkan binaları, mutfak ve yemek salonu ekipmanları için özel bir tasarım, dekor ve renk sistemini, sunulan ürün ve hizmetlerle ilgili bir yerleşim ve servis formatı ve kalite ilkelerini, stok ve yönetim kontrolü için belirli prosedürleri içermektedir.

USAŞ, BKC'nin sistem ve markalarını kullanmanın yararlarından istifade etmek amacıyla havaalanları ile sınırlı olmak ve şimdilik Antalya Milletlerarası Havaalanı arazi ve binalarında bu konuda faaliyette bulunmak üzere bildirim konusu anlaşmayı imzalamıştır. Ayrıca, başvuru formunda söz konusu sözleşmenin bir franchise sözleşmesi olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede, BKC ve USAŞ arasında yapılan sözleşme incelendiğinde bir çok hükmün 4054 Sayılı Kanun'a aykırılık teşkil ettiği görülmektedir.

Bilindiği üzere, herhangi bir anlaşmada, 4054 sayılı Kanun'un 4, 6 ve 7'nci maddelerine aykırı bir hükmün bulunması halinde, söz konusu anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmesi mümkün değildir.

Bu çerçevede yapılan değerlendirme sonucunda, sözleşmede yer alan;

- Franchise anlaşmasının "Standartlar ve Tekdüzelik" başlıklı 5. maddesinin "menü, servis ve hijyen" başlıklı 6. paragrafındaki; "BKC'nin pazar potansiyelinden tam yararlanmak ve Burger King Sistemini standardize etmek amacıyla uygun ve gerekli görebileceği bütün menü kalemleri ve markalar satılacak ve MOD Elkitabında sayılmayan ya da BKC'nin yazılı olarak izin vermediği ve onaylamadığı hiç bir malzeme satılmayacaktır... ve "... İmtiyaz Verilen Dükkanda sadece onaylanmış kaynaklardan (bu terim, hem ürün kaynaklarını hem de dağıtım

kaynaklarını kapsar) temin edilmiş yiyecekler ve malzemeler kullanılacaktır.",

- Aynı maddenin 16. paragrafında tedarik kaynaklarına ilişkin olarak yer verilen; "İmtiyaz Verilen Dükkanda yapılacak iş için kullanılması gereken malzemelerin İmtiyaz Verilen Dükkanda kullanıma sokulmasından önce BKC ilgili ürün veya tedarikçisinin onaylaması gerektiğini belirlediği takdirde, BKC bir veya birden fazla yetkili tedarikçi tayin edecektir. İmtiyaz alan bu malzemeleri her halükarda bu onaylanmış tedarikçi veya tedarikçilerden satın alacaktır. İmtiyaz alan alternatif bir tedarikçi önerirse, BKC bu tedarikçiyi kendi cari kıstaslarına göre değerlendirecek ve onaylayacak ya da gerekçelerini de bildirerek reddedecektir. İmtiyaz Alan'ın önerdiği tedarikçilerin BKC'nin gizli spesifikasyonlarını öğrenmeden önce uygun bir gizlilik taahhünamesi imzalaması istenebilir. Bu paragraf hükümleri, tedarikçilere olduğu kadar distribütörlere de uygulanabilir.",

- Yine aynı maddenin 17. paragrafındaki; "Yukarıdaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, BKC'nin belirlediği özel spesifikasyonlara göre imal edilen ya da bir veya birden fazla Burger King Markasıyla satılan et, balık, patates ürünleri ve/veya hamurlarda, BKC yetkili tedarik kaynaklarını bir veya birden fazla tedarikçi ile sınırlandırabilir ve İmtiyaz Alan sadece bu kaynak veya kaynaklardan alım yapacaktır.",

- Sözleşmenin "Kısıtlayıcı Taahhüt" başlıklı 18. maddesinde bulunan; "Bu anlaşma süresi içinde, İmtiyaz Alan Burger King Sistemi içinde faaliyet gösteren bir Dükkanla rekabet edebilecek bir yerde fast food, tezgahtan servis yapılan hamburger işi ile doğrudan veya dolaylı olarak iştigal etmeyecek veya çalışmayacaktır. Bu yükümlülük, İmtiyaz Verilen Dükkanın yetki bölgesi içinde, bu anlaşmanın sona ermesi veya feshinden itibaren bir yıl süreyle devam edecektir."

şeklindeki hükümlerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık oluşturdukları anlaşılmıştır. Söz konusu hükümlerin sözleşmede bulunması nedeniyle, "BKC-USAŞ Franchise Anlaşması"nın aynı Kanun'un "Menfi Tespit" başlıklı 8. maddesi çerçevesinde bir menfi tespit belgesi almasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayanılarak çıkarılan ve franchise anlaşmalarını Kanun'un uygulamasından muaf

tutan 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin tanımlar başlıklı 3. maddesi;

"Bu Tebliğde geçen;

a) Franchise: Son kullanıcılara malların yeniden satılması veya hizmetlerin sunumu için kullanılacak olan markalar, ticaret unvanları, mağaza işaretleri, faydalı modeller, tasarımlar, telif hakları, know how veya patentlere ilişkin fikri veya sınai mülkiyet haklarından oluşan bir sistemi ifade eder.

b) Franchise Anlaşması: Franchise verenin, franchise alana, doğrudan veya dolaylı mali katkı karşılığında, belirli türden mal ve/veya hizmetleri pazarlaması amacıyla bir franchise kullanılması hakkını verdiği ve en azından;

- 1) Ortak bir marka veya işletme adının kullanılması ve tesislere ve/veya ulaşım araçlarına yeknesak bir görünüm verilmesi;
- 2) Franchise veren tarafından franchise alana know how aktarılması;
- 3) Franchise alanın anlaşma süresince franchise veren tarafından sürekli olarak ticari ve teknik açıdan desteklenmesi;

Yükümlülüklerini içeren bir anlaşmadır." hükmünü taşımaktadır.

Bu itibarla USAŞ ile BKC arasında yapılan anlaşmanın bir franchise anlaşması olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu Tebliğ'in 3. maddesinin (a) fıkrasında belirtilen franchise tanımına uygun olması ve yine en azından aynı maddenin (b) fıkrasında belirtilen şartları taşıması gerekmektedir.

Konuya ilişkin Ön İnceleme Raporu ile dosya mevcudu bilgi ve belgeler çerçevesinde söz konusu anlaşmanın ilgili Tebliğ'in 3. maddesinin (a) bendinde belirtilen tanıma uygun bir anlaşma olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, taraflar açacakları tesisler için ortak bir marka veya işletme adı kullanmaktadırlar (Burger King) ve anlaşmanın "standartlar ve tekdüzelik" başlıklı 5. maddesi ile de tesislere ve/veya ulaşım araçlarına yeknesak bir görünüm verilmesi kararlaştırılmaktadır. Ayrıca, anlaşmanın "imtiyaz alan'a verilecek hizmetler" başlıklı 6. maddesi

hükümünden, franchise veren tarafından (BKC) Franchise alana (USAŞ) know how aktarılacağı ve franchise alanın anlaşma süresince Franchise veren tarafından sürekli olarak ticari ve teknik açıdan destekleneceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, anlaşma söz konusu Tebliğ'in 3. maddesinin (b) bendinde aranılan üç şartı da taşımaktadır.

Bu itibarla 4054 sayılı Kanun açısından BKC ve USAŞ arasında 29 Nisan 1998 tarihinde akdedilmiş bulunan anlaşmanın bir "Franchise Anlaşması" olduğu anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile belirli koşulları taşıyan Franchise Anlaşmalarının, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından grup olarak muaf tutulması amaçlanmaktadır. Buna göre, ilgili Menfi Tespit/Muafiyet Ön İnceleme Raporu ile dosya mevcudu bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi sonucunda, Uçak Servisi A.Ş. (USAŞ) ile Burger King Corporation (BKC) arasında yapılan franchise anlaşmasında yer alan tüm düzenlemelerin 1998/7 sayılı Tebliğ hükümleri ile uyumlu olduğu kanaatine varılmıştır.

I- SONUÇ

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, Burger King Corporation ile USAŞ Uçak Servisi A.Ş. arasında imzalanan "BKC-USAŞ Franchise Anlaşması"na menfi tespit belgesi verilmesi talebinin, anlaşma maddelerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler taşıması nedeniyle reddine;

Söz konusu anlaşmanın, 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne uygunluğu nedeniyle, grup muafiyetinden yararlanması gerektiğine, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

Dosya Konusu : Gümüşsuyu Halı ve Yer Kaplamaları San. ve Tic. A.Ş. (Gümüşsuyu) ile ana bayileri, bayileri Güven Halı Mobilya Dayanıklı Tüketim Malları İnş. ve Tic. Ltd. Şti., Berkay Halı Tekstil Yer Kaplamaları ve Deri Mamülleri San. ve Tic. A.Ş. ve Abdullah Öney - Öney Kardeşler Halı ve bir diğer bayisi Artısan Halıcılık arasında yapılan üç adet yeniden satıcılık anlaşmasına ilişkin bireysel muafiyet talebi.

Dosya Sayısı : D3/1/Ş.YA.-99/5 (Menfi Tespit/Muafiyet)

Karar Sayısı : 99-55/589-376

Karar Tarihi : 30.11.1999

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Dr. Kemal EROL (İkinci Başkan)

Üyeler: Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR.

B- RAPORTÖRLER: Şahin YAVUZ, Orçun SENYÜCEL

C- BAŞVURUDA BULUNAN: Gümüşsuyu Halı ve Yer Kaplamaları San. ve Tic. A.Ş.

Vekili Av. Cem Murat Sofuoğlu
Bostancı Kasaplar Çarşısı Yonca Apt.
23/5 Altıntepe Maltepe/İSTANBUL

D- TARAFLAR: - Gümüşsuyu Halı ve Yer Kaplamaları San. ve Tic. A.Ş.
Dereboyu Mevkii, Gümüşsuyu Yolu, 34660
Halkalı/İSTANBUL

- Gümüşsuyu Halı ve Yer Kaplamaları San.ve Tic. A.Ş.
anabayileri ve bayileri

E- DOSYA KONUSU: Gümüşsuyu Halı ve Yer Kaplamaları San. ve Tic. A.Ş. (Gümüşsuyu) ile ana bayileri, bayileri Güven Halı Mobilya Dayanıklı Tüketim Malları İnş. ve Tic. Ltd. Şti., Berkay Halı Tekstil Yer Kaplamaları ve Deri Mamülleri San. ve Tic. A.Ş. ve Abdullah Öney - Öney Kardeşler Halı ve bir diğer bayisi Artısan Halıcılık arasında yapılan üç adet yeniden satıcılık anlaşmasına ilişkin bireysel muafiyet talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına en son 1.10.1999 tarih, 3250 sayılı ile giren üç sözleşmeye ait bildirimler üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili grup muafiyeti tebliğleri hükümleri uyarınca düzenlenen 21.10.1999 tarih, D3/1/Ş.YA.-99/5 sayılı Muafiyet Ön İnceleme Raporu 4.11.1999 tarih, REK.0.07.00.00/104 sayılı Başkanlık önergesi ile gündeme alınmış, Kurul'un 9.11.1999 tarih, 99-51/555-348 sayılı kararı ile konunun tetkike alınmasına karar verilmiştir. Raportörlerce hazırlanan Ek Görüşü takiben başvuru konusu Kurul'un 30.11.1999 tarih, 99-55 sayılı toplantısında karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

1. Gümüşsuyu Halı ve Yer Kaplamaları Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin ana bayileri ile yaptığı tek elden dağıtım anlaşmaları ile ilgili olarak;

- Anlaşmaların, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler içermesi dolayısıyla, talep edilen menfi tespit belgesinin verilemeyeceği,

- Anlaşmaların, bireysel muafiyet verilemeyecek nitelikte olan ve değiştirilmesi durumunda 1997/3 sayılı 'Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği' kapsamına girecek olan, 'Satış Esasları' başlıklı bölümünde yer alan ve ana bayilerin belirlenmiş müşteriler dışındakilere satış yapmasını yasaklayan hükmünün değiştirilerek, ana bayilerin pasif satış yapabilmelerine imkan tanınacak şekilde yeniden düzenlenmesi, aynı bölümün devamında yer alan sağlayıcının belirlenmiş bir bölgede birden fazla ana bayi ile çalışabilmesini ve 'yeniden satış fiyatlarının' sağlayıcı tarafından belirlenmesini öngören hükümlerin kaldırılması,

veyahut ana bayilere pasif satış ve yeniden satış fiyatı belirleme serbestisi tanınmakla birlikte, belirlenmiş bölgede birden fazla ana bayi ile çalışılabilmesine olanak tanıyan hükmün devamı durumunda, bu anlaşmaların 1997/3 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği kapsamından çıkacak olmasından dolayı bireysel muafiyet kapsamında değerlendirilmesi ve bu muafiyet kararları için en üst yasal süre olan beş yıl boyunca anlaşmaların Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulması

gerektiği,

2. Gümüşsuyu Halı ve Yer Kaplamaları Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin bayileri ile yaptığı ve iki ayrı başvuruya konu olan anlaşmalarla ilgili olarak ise;

- Anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler içermesi nedeniyle talep edilen menfi tespit belgesinin verilemeyeceği,

- Anlaşmaların franchise anlaşması olarak değerlendirilebilmesini teminen 1.10.1999 tarih ve 3250 sayılı yazıda Gümüşsuyu tarafından bayilere verildiği ifade edilen eğitimin, sağlayıcının yükümlülüğü olarak anlaşmalara konulması ve ayrıca söz konusu anlaşmaların ilgili bölümlerinde yer alan, bireysel muafiyet verilmesini engelleyici nitelikte olan ve değiştirilmesi ya da kaldırılması

halinde 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamına girecek olan, yeniden satış fiyatının sağlayıcı (Artisan Halıcılıkla yapılan sözleşmede sağlayıcı veya ürünleri fatura eden kişiler) tarafından tespitini öngören hükümlerin kaldırılması, sözleşmelerde yer alan Gümüşsuyu'nun belirleyeceği belirtilen bakım ve işletmeye ilişkin koşulların anılan Tebliğ'in izin verdiği sınırlamaların kapsamını aşmaması gerektiği,

3. Her iki grup anlaşmanın da değiştirilmiş şeklinin Kurum nezdinde tevsik edilmesi, aksi takdirde Kanun'un 56. maddesi gereğince geçersiz sayılması ve mevcut şekli ile uygulamaya devam edilmesi halinde ilgililer hakkında soruşturma açılması gerektiği

düşünülmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

3. İlgili Pazar

İlgili ürün pazarı, makina dokusu parça halı, tafting halı ve non woven halı olmak üzere üç ayrı pazar olarak ele alınmıştır.

Coğrafi pazar, bölgeler arası giriş engellerinin bulunmaması ve rekabet koşullarının önemli farklılıklar göstermemesinden dolayı Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak alınmıştır.

4. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

2.1. Ana Bayilerle Yapılan Sözleşmeler

Gümüşsuyu'nun ana bayileriyle yaptığı sözleşmeye "Satış Esasları" bölümünde yer alan ve aşağıda da sözü edilen yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından belirlenmesi, yeniden satış koşullarının tespiti ve pazar paylaşımına yönelik hükümler nedeniyle Menfi Tespit Belgesi verilmesi mümkün değildir.

Öte yandan, sözleşme 1997/3 sayılı 'Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği' kapsamında incelendiğinde, Tebliğ'e aykırı olabilecek nitelikte üç husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından belirlenmesi, ikincisi pasif satışların (belirlenmiş bölgedeki yeniden satıcının, diğer

bölgelerden mal almaya gelen alıcılara mal satabilmesi durumu engellenmesi, diğeri ise ilgili Tebliğ'in öngördüğü münhasırlığın bulunmaması halleridir.

Yapılan sözleşmenin "Satış Esasları" bölümünde, ana bayinin, satacağı ürünlerinin fiyatını kendisinin belirlemesi "ŞİRKET sattığı ürünlerin yürürlükteki satış fiyatlarını ... ayrı bir sirküler ile ANABAYI'ye bildirir" ve bir ana bayiye teşebbüsçe verilen müşterilere diğeri ana bayinin satış yapabilmesi "bir ANABAYI'ye tahsis edilen müşterilere diğeri ANABAYI tarafından satış yapılamaz" hükümleri ile tamamen engellenmektedir. Bu durum marka içi rekabeti tamamen ortadan kaldıracı niteliktedir. Ana bayilerin 'pasif' satışlarının durdurulması, o bölgede bir çeşit 'marka tekelinin' oluşmasına sebebiyet verecek, bu da ekonomik açıdan bazı zararları da beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle söz konusu maddenin tekrar düzenlenerek, pasif satışları kısıtlayıcı unsurların giderilmesi ve yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından belirlenmesini öngören hükümlerin kaldırılması gerekmektedir.

Sağlayıcının bir bölgede birden fazla dağıtıcı ile çalışabilmesini öngören ve anlaşmanın aynı bölümünde yer alan "ŞİRKET bir bölgede birden fazla ANABAYI ile çalışabilir." şeklindeki hüküm ise, anlaşmayı tek elden dağıtım anlaşması olmaktan çıkarmakla birlikte, Rekabet Hukuku açısından, aynı bölgede marka içi rekabeti artırıcı bir etki doğurduğu için ekonomik etkinliği artıracak olmasından dolayı daha öncelikli olarak tercih edilmektedir. Bu durumda, anlaşmanın

Kanun'un 5. maddesinde belirtilen koşulları sağlaması nedeniyle, 4. madde hükümlerinin uygulamasından muaf tutulmasında, bir başka deyişle bireysel muafiyet verilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

2.2. Bayilerle Yapılan Sözleşmeler (Güven Halı Mobilya Dayanlı Tüketim Malları İnş. ve Tic. Ltd. Şti., Berkay Halı Tekstil Yer Kaplamaları ve Deri Mamülleri San. ve Tic. A.Ş. ve Abdullah Öney - Öney Kardeşler Halı)

Gümüşsuyu (franchise veren)'nin bayileriyle (franchise alan) yaptığı anlaşmalara anlaşmanın 1. maddesinde yer alan ve yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından belirlenmesine yönelik, "BAYI ...ürünleri... GÜMÜŞSUYU'nun tavsiye edeceği veya önceden yazılı olarak önereceği fiyat ve koşullarla satmayı ... taahhüt eder."; yeniden satış koşullarının tespitini içeren ve aynı maddede bulunan, "BAYI...MAĞAZA'nın bakım

ve işletiminde (görünüm, bakım, temizlik, personel sayı, eğitim ve niteliği, envanter ve satış kayıtları ve raporlaması ve benzeri diğer hususlarda) GÜMÜŞSUYU'nun belirlediği veya zaman zaman yeniden belirleyeceği usul ve esasları uygulamayı peşinen kabul ve taahhüt eder...”, 2. maddesinde yer alan “BAYİ, bu anlaşmanın imza tarihinden itibaren 90 gün içinde MAĞAZA'yı GÜMÜŞSUYU'nun tespit ve tebliğ edeceği şekilde tadil ve tanzim edecektir. ...ancak MAĞAZA'nın uygunluğu GÜMÜŞSUYU veya bu konudaki yetkili temsilcisi tarafından onaylandığında BAYİ bu konudaki yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır.”, gibi hükümler nedeniyle Menfi Tespit Belgesi verilmesi mümkün değildir. Söz konusu sözleşmeler bu nedenle 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği açısından ele alınmıştır.

Bayilik sözleşmeleri, 1998/7 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirildiğinde, Gümüşsuyu tarafından bayilere verildiği Kurumumuza bildirilen eğitimin, sağlayıcının yükümlülüğü olarak anlaşmalara konulması ve yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından tespitini öngören "Anlaşmanın Konusu" başlıklı 1. maddede yer alan “BAYİ ...ürünleri... GÜMÜŞSUYU'nun tavsiye edeceği veya önceden yazılı olarak önereceği fiyat ve koşullarla satmayı ... taahhüt eder.” şeklindeki hükmün kaldırılması gerekmektedir. Ayrıca Gümüşsuyu'nun belirleyeceği usul ve esaslara bayinin uyacağını ifade eden “BAYİ...MAĞAZA'nın bakım ve işletiminde (görünüm, bakım, temizlik, personel sayı, eğitim ve niteliği, envanter ve satış kayıtları ve raporlaması ve benzeri diğer hususlarda) GÜMÜŞSUYU'nun belirlediği veya zaman zaman yeniden belirleyeceği usul ve esasları uygulamayı peşinen kabul ve taahhüt eder...” şeklindeki aynı madde hükmünün, söz konusu Tebliğ'in izin verdiği sınırlamaların kapsamını aşmayacak şekilde yorumlanması ve uygulanması zorunludur. Bu değişikliklerin yapılması durumunda, bayilik sözleşmeleri ilgili Grup Muafiyeti Tebliği kapsamına girecektir.

2.3. Artisan Halıcılık ile Yapılan Anlaşma

Gümüşsuyu ile bayisi Artisan Halıcılık arasında yapılan ve düzenleniş biçimi diğer bayilik sözleşmelerinden farklı olan sözleşme, içerik olarak fazla değişiklik taşımamaktadır. Sözleşmeye, “BAYİ, GÜMÜŞSUYU'nun yetkili dağıtıcı ana bayinin veya GÜMÜŞSUYU'nun önceden yazılı olarak onaylayacağı gerçek veya tüzel kişiler tarafından fatura edilecek (münhasıran) GÜMÜŞSUYU ürünlerini geçerli yasa ve

mevzuat hükümleri çerçevesinde GÜMÜŞSUYU veya ürünleri fatura eden kişilerin tayin ve tavsiye edeceği veya önceden yazılı olarak önereceği fiyat ve koşullarla satmayı... taahhüt etmiştir.", "BAYİ, mağazada sadece (münhasıran) GÜMÜŞSUYU'nun ürettiği ve markasını taşıyan ürünleri pazarlayıp satacaktır. Bunun dışında mağazada rakip firmaların ürünlerini ve markalarını hiçbir şekilde bulundurmayacaktır." gibi rekabeti sınırlamaya yönelik hükümleri nedeniyle Menfi Tespit Belgesi verilmesi mümkün değildir.

Söz konusu bayilik sözleşmesi de 1998/7 sayılı Tebliğ çerçevesinde değerlendirilebilir. Ancak, bu sözleşmenin Tebliğ kapsamında kabul edilebilmesi için "Sözleşme Koşulları" başlıklı III. maddesinde yer alan, "BAYİ, GÜMÜŞSUYU'nun yetkili dağıtıcı ana bayinin veya GÜMÜŞSUYU'nun önceden yazılı olarak onaylayacağı gerçek veya tüzel kişiler tarafından fatura edilecek (münhasıran) GÜMÜŞSUYU ürünlerini geçerli yasa ve mevzuat hükümleri çerçevesinde GÜMÜŞSUYU veya ürünleri fatura eden kişilerin tayin ve tavsiye edeceği veya önceden yazılı olarak önereceği fiyat ve koşullarla satmayı... taahhüt etmiştir." şeklindeki Tebliğ'e aykırı olarak sağlayıcıya ve ürünleri fatura eden kişilere yeniden satış fiyatı belirleme yetkisi veren hükmün sözleşmeden çıkartılması ve Gümüşsuyu tarafından bayilere verildiği Kurumumuza bildirilen eğitimin, sağlayıcının yükümlülüğü olarak anlaşmalara konulması gerekmektedir.

Ayrıca, aynı maddenin devamında yer alan, bayinin Gümüşsuyu'nun belirleyeceği usul ve esaslara uyacağını taahhüt altına alan, " BAYİ...mağazanın başta uygunluğu onaylandıktan sonra bakım ve işletiminde (görünüm, bakım, temizlik, çalıştırdığı personelin sayısı, eğitim ve niteliği, envanter ve satış kayıtları ve raporlaması ve diğer hususlar) GÜMÜŞSUYU'nun baştan belirlediği veya yeniden belirleyeceği usul ve esasları uygulamayı taahhüt etmiştir." şeklindeki hükmün de 1998/7 sayılı Tebliğ'in izin verdiği sınırlamaların kapsamını aşmayacak şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir. Bu değişikliklerin yapılması durumunda, söz konusu bayilik sözleşmesi ilgili Grup Muafiyeti Tebliği kapsamına girecektir.

I- SONUÇ

I. Gümüşsuyu Halı ve Yer Kaplamaları San. ve Tic. A.Ş.'nin ana bayileri ile yaptığı anlaşmalarla ilgili olarak;

1. Anlaşmaların, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler içermesi dolayısıyla, menfi tespit belgesinin verilemeyeceğine ve mevcut halinin söz konusu Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartları taşımaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınamayacağına,

2. Anlaşmaların "Satış Esasları" bölümünde yer alan, ana bayilerin belirlenmiş müşteriler dışındakilere satış yapmasını yasaklayan hükmün değiştirilerek ana bayilerin pasif satış yapabilmelerine olanak tanınacak şekilde yeniden düzenlenmesi ve yeniden satış fiyatları ile diğer satış şartlarının sağlayıcı tarafından belirlenmesini öngören hükümlerin kaldırılması durumunda, 5.5.1998 tarihinden başlamak üzere 5 yıl süreli bireysel muafiyet tanınmasına,

II. Gümüşsuyu Halı ve Yer Kaplamaları San. ve Tic. A.Ş.'nin bayileri Güven Halı Mobilya Dayanıklı Tüketim Malları İnş. ve Tic. Ltd. Şti., Berkay Halı Tekstil Yer Kaplamaları ve Deri Mamülleri San. ve Tic. A.Ş. ve Abdullah Öney - Öney Kardeşler Halı ile yaptığı anlaşmalarla ilgili olarak;

1. Anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler içermesi nedeniyle talep edilen menfi tespit belgesinin verilemeyeceğine,

2. Anlaşmaların franchise anlaşması olarak değerlendirilebilmesini teminen, 1.10.1999 tarih ve 3250 sayılı yazıda Gümüşsuyu tarafından bayilere verildiği ifade edilen eğitimin, sağlayıcının yükümlülüğü olarak anlaşmalara konulması ve ayrıca anlaşmanın "Anlaşmanın Konusu" başlıklı 1. maddesinde yer alan, muafiyet verilmesini engelleyici nitelikteki, yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından tespitini öngören hükmün kaldırılması, aynı maddenin devamında yer verilen Gümüşsuyu'nun belirleyeceği bakım ve işletmeye ilişkin koşulların söz konusu Tebliğ'in izin verdiği sınırlamaların kapsamını aşmayacak biçimde yorumlanıp, uygulanması durumunda, ilgili anlaşmaların 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanabileceğine,

III. Gümüşsuyu Halı ve Yer Kaplamaları San. ve Tic. A.Ş.'nin bayisi Artisan Halıcılık ile yaptığı anlaşmayla ilgili olarak ise;

1. Anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler içermesi nedeniyle talep edilen menfi tespit belgesinin verilemeyeceğine,

2. Anlaşmanın franchise anlaşması olarak değerlendirilebilmesini teminen, 1.10.1999 tarih ve 3250 sayılı yazıda Gümüşsuyu tarafından bayilere verildiği ifade edilen eğitimin, sağlayıcının yükümlülüğü olarak anlaşmalara konulması ve ayrıca anlaşmanın "Sözleşme Koşulları" başlıklı III. maddesinde yer alan, muafiyet verilmesini engelleyici nitelikteki, yeniden satış fiyatının sağlayıcı veya ürünleri fatura eden kişiler tarafından tespitini öngören hükmün kaldırılması, aynı maddenin devamında yer verilen Gümüşsuyu'nun belirleyeceği bakım ve işletmeye ilişkin koşulların söz konusu Tebliğ'in izin verdiği sınırlamaların kapsamını aşmayacak biçimde yorumlanıp, uygulanması durumunda, ilgili anlaşmanın 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanabileceğine,

IV. Bireysel muafiyet ve grup muafiyeti tanınabilmesi için öngörülen bu koşulların yerine getirilmesi bakımından, Kararın tebliğinden itibaren ilgili taraflara 45 (kırkbeş) gün süre verilmesine ve bu süre içinde aykırılıkların giderildiğinin Kurumumuza tevsik edilmesine; aksi takdirde sözleşmelerin geçersiz sayılacağı ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve 4054 sayılı Kanun'un 16 ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağı taraflara bildirilmesine, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

Dosya Konusu : Türk Eczacılar Birliği (TEB) ve bazı bölge Eczacı Odalarının talep miktarlarını ortak tespit etmek suretiyle rekabeti sınırlamaları.

Dosya Sayısı : D1/1/M.Ö.-98/10 (Soruşturma)

Karar Sayısı : 00-35/393-220

Karar Tarihi : 18.09.2000

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler : Dr. Kemal EROL, Mehmet Zeki UZUN, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK, A.Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER, Sadık KUTLU

B- SORUŞTURMA HEYETİ

Başkan : A. Ersan GÖKMEN, Rekabet Kurulu Üyesi

Raportörler : E.Cenk GÜLERGÜN, Harun ULU

C- ŞİKAYETÇİLER

- İlaç ve Kimya, Petrol ve Lastik Endüstrisi İşverenler Sendikası

Talatpaşa Cad. No:98/B 80640 Gültepe-İSTANBUL

Temsilcisi

Prof. Dr. Arif ESİN

Valikonağı Cad. No:161/20 Nişantaşı - İSTANBUL
- Ecz.Zübeyde Yiğitalp
Esatpaşa Mah. Atatürk Cad. No:66 Menemen-İZMİR

D- HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN TARAF

- Türk Eczacıları Birliği
Farabi Sokak No.35 ankaya-ANKARA

E- İDDİALARIN ÖZETİ

Şikayet başvurularında;

- İlaç ve Kimya, Petrol ve Lastik Endüstrisi İşverenler Sendikası (İEİS) üyesi firmaların satışlarını artırmaya yönelik uygulamalarıyla ilgili olarak Türk Eczacıları Birliği (TEB) ve bazı eczacı odalarının Şikayetlerini değerlendiren Sağlık Bakanlığı'nın göndermiş olduğu uyarı yazılarını dikkate alarak, İEİS Yönetim Kurulu'nun 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı Kararı aldığı ve bunun üzerine TEB ile bağlı eczacı odalarının 102 sayılı Karar'ı boykot etme amacıyla, eczanelerin alım koşullarını düzenleyen ve yaşama geçirilen bir teşebbüs birliği kararı aldığı, söz konusu kararın 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6 ncı maddelerine aykırı olduğu,

- Sağlık Bakanlığı'nca onaylanan yeni fiyatlara geilmemesiyle ilgili İzmir Eczacı Odası'nın Ecz.Zübeyde Yiğitalp hakkında işlem başlattığı, bu uygulamanın ilgili mevzuattan dayanak almadığı ve 4054 sayılı Kanun açısından incelenmesi gerektiği,

ileri sürölmüştür.

F- DOSYA EVRELERİ

- İlaç ve Kimya, Petrol ve Lastik Endüstrisi İşverenler Sendikası (İEİS)'nin 08.05.1998 tarih ve 1214 sayılı Şikayet başvurusunda; İEİS üyesi firmaların satışlarını artırmaya yönelik uygulamalarıyla ilgili olarak TEB ve bazı eczacı odalarının Şikayetlerini değerlendiren Sağlık Bakanlığı'nın göndermiş olduğu uyarı yazıları üzerine, İEİS Yönetim Kurulu'nun 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı Kararı aldığı ve TEB ile bağlı eczacı odalarının 102 sayılı Karar'ı boykot etme amacıyla, eczanelerin alım koşullarını düzenleyen ve yaşama geçirilen bir teşebbüs birliği kararı

aldığı, söz konusu kararın 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6 ncı maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

- Şikayet başvurusu üzerine hazırlanan 30.06.1998 tarih ve D1/1/M.Ö.-98/10 sayılı İlk İnceleme Raporu'nda; TEB ve bağlı eczacı odalarının 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs birliği olduğu, 6643 sayılı "Türk Eczacıları Birliği Kanunu"nun TEB'e "talebin pazar dışında belirlenmesi" yetkisini vermediği hususlarına yer verilmiş ve konu hakkında önaraştırma yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Rekabet Kurulu'nun 02.07.1998 tarih ve 72 sayılı toplantısında, söz konusu İlk İnceleme Raporu değerlendirilmiş ve 4054 sayılı Kanun'a aykırılığın oluşup oluşmadığı ile TEB hakkında soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi için Kanun'un 40/1 inci maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

- Önaraştırma döneminde yapılan incelemelerde, 27.02.1998 tarihinde Ankara'da gerçekleştirilen TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı'nda İEİS Yönetim Kurulu'nun 102 sayılı Kararı'yla ilgili olarak bir karar alındığı tespit edilmiştir. Eczacı odalarına TEB tarafından gönderilen 02.03.1998 tarihli yazıda Karar'a şu şekilde yer verilmiştir:

"...Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyeti ve 39 Eczacı Odası Başkanı ilaç ve eczacılık alanında, kendileri dışında alınan kararların mesleğin yürütülmesinde ve hizmet sunumunun niteliklerinin artırılmasında engeller oluşturduğu tespitinden hareketle, kendi dışında alınan kararlardan etkilenmeyi asgariye indirmek amacıyla; eczanede bulunan ilaç stoklarını azaltmaya, firma kampanyalarına katılmamaya, piyasaya yeni verilen ilaçların talep olunca alınmasına, kamu kurumu ödeme gecikmeleri nedeniyle vadeli alımlara yönelmeye, kendi kurumları olan kooperatifleri tercih etmeye, giderek ilaç pazarında büyük yer tutan ithal ilaçların durumunun tartışmaya açılmasına karar vermişlerdir..." .

- Rekabet Kurulu'nun 06.07.1999 tarih ve 99-33 sayılı toplantısında; D1/2/E.C.G-99/6 sayılı Önaraştırma Raporu görüşülmüş ve 4054 sayılı Kanun'un 41 inci maddesi uyarınca, TEB hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

- Rekabet Kurulu'nun almış olduğu 06.07.1999 tarihli Karar üzerine Kanun'un 43/2 nci maddesi uyarınca TEB'e bildirim yapılmış, TEB'den Kurum kayıtlarına 19.08.1999 tarih ve 2681 sayı ile giren ilk yazılı savunma alınmıştır.

- Diğer yandan, Rekabet Kurumu kayıtlarına 15.03.1998 tarih ve 868 sayı ile giren, Ecz.Zübeyde Yiğitalp imzalı şikayet başvurusunda;

anılan şahsın, eczanesinde sattığı ilaçların fiyatlarına Sağlık Bakanlığı'nca onaylanan zamları yansıtmayarak haksız rekabete yol açtığı gerekçesi ile İzmir Eczacı Odası tarafından kendisi hakkında işlem başlatıldığı ve konunun Oda Haysiyet Divanı'na intikal ettiği belirtilerek, bu uygulamanın 4054 sayılı Kanun açısından incelenmesi talep edilmiştir.

- Şikayet başvurusuna ilişkin hazırlanan 20.09.1999 tarih ve D4/1/M.A.-99/1 sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 12.10.1999 tarih ve 99-47 sayılı toplantısında görüşülerek, konunun TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Toplantısı sonunda alınan teşebbüs birliği kararı hakkında yürütülen soruşturma kapsamına alınarak incelenmesine karar verilmiştir.

- Yürütülmekte olan soruşturmanın kapsamının genişletildiğine ilişkin, 27.10.1999 tarih ve 580 sayılı yazıyla bildirim yapılmış, TEB'den Kurum kayıtlarına 29.11.1999 tarih, 3917 sayı ile giren yazılı savunma alınmıştır.

- Yerinde yapılan incelemeler sırasında; 04-07.12.1997 tarihlerinde yapılan 31. Olağan Büyük Kongre'de, TEB Genel Kurulu'nun "Eczanelerin Sağlık Bakanlığı'nın belirlediği fiyatların altında ve üstünde, yani dışında ilaç satmaması hususunda TEB Merkez Heyeti'ne çalışma yapması için görev verilmesine" şeklinde bir karar aldığı anlaşılmıştır.

- Rekabet Kurulu'nun 01.12.1999 tarih ve 99-58 sayılı toplantısında, TEB hakkında yürütülen soruşturmanın 06.01.2000 tarihinde sona eren süresinin, 4054 sayılı Kanun'un 43 üncü maddesi gereğince 6 aya kadar uzatılmasına karar verilmiştir.

- Soruşturmanın sonunda hazırlanan, Soruşturma Heyeti'nin tespit ve değerlendirmelerinden oluşan 05.05.2000 tarih ve SR/00-5 sayılı Soruşturma Raporu'nda; 19.000 eczaneyi temsil eden TEB bünyesinde hakim durumun söz konusu olmadığı ve TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Toplantısı'nda alınan teşebbüs birliği kararının yalnızca Kanun'un 4 üncü maddesi açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Soruşturma Raporu'nda, Türk Eczacıları Birliği (TEB) 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı ile TEB 31. Olağan Büyük Kongre'de alınan Kararların 4054 sayılı Kanun'a aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

- Soruşturma Raporu, Kanun'un 45 inci maddesi uyarınca Türk Eczacıları Birliği ile Kurul üyelerine tebliğ edilmiş ve TEB'den 30 gün içinde yazılı savunma göndermesi istenmiştir.
- Soruşturma Raporu'nun ilgisiz ve gizlilik dereceli kısımlarının çıkarılmış hali ilaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası temsilcisi Prof.Dr. Arif Esin tarafından 31.05.2000 tarihinde incelenmiş ve Prof.Dr. Arif Esin imzalı, Kurumumuz kayıtlarına 06.06.2000 tarihle giren yazıda Türk Eczacı Birliği ile bağlı eczacı odalarının Karar ve uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu yönündeki iddia yinelenmiştir.
- Soruşturma Raporu'nun tebliği üzerine, TEB'den savunma alınmamış, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 45 inci maddesine göre ikinci yazılı savunmaya karşı düzenlenen Ek Görüşün hazırlanmasına gerek duyulmamıştır. Ancak, 22.06.2000 tarihli yazı ile, TEB'in 4054 sayılı Kanun'un 45/2 nci maddesi gereğince 30 gün içinde son yazılı savunma hakkını kullanabileceği belirtilmiştir.
- TEB'den alınan son yazılı savunma 21.07.2000 tarihinde Kurumumuz kayıtlarına girmiştir.
- Rekabet Kurulu'nun 03.08.2000 tarihli toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 13.09.2000 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46/2 nci maddesi uyarınca ilgililere gönderilmiştir.
- 13.09.2000 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısında Türk Eczacıları Birliği savunmasını yapmış, şikayetçiler dinlenmiştir.
- 18.09.2000 tarihinde alınan Nihai Karar, 27.09.2000 tarihinde taraflara tefhim edilmiştir.

G- SORUŞTURMA HEYETİNİN GÖRÜŞÜ

TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı sonucunda alınan Karar'ın, alım koşullarının pazar dışında belirlenmesi, talebin kısılarak mal sağlayıcıları üzerinde baskı kurulması ve bazı teşebbüslerin pazar dışına çıkarılması amaçlarını taşımaması ve bu etkileri doğurabilecek nitelikte olmaması nedeniyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında olmadığı; TEB 31. Olağan Büyük Kongre'de sürşarjla ilgili alınan Karar'ın ve eczacı odalarının aynı konudaki uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'a aykırı olmadığı ancak, tüketicinin eczane tercihini etkileyecek şekilde geri ödeme sistemi kapsamının daralması ve ayrıca TEB ile eczacı odaları uygulamalarının eczanelerin yeni fiyatlara geçmesini zorunlu kılacak

şekilde gerçekleşmesi durumlarında, ilgili mevzuattan dayanak almayan denetim ve yaptırım uygulamaya yönelik işlemlerin rekabeti sınırlayıcı sayılacağı görüşüne ulaşılmıştır.

H- İNCELEME ve DEĞERLENDİRME

1. İlgili Mevzuat ve TEB'in 4054 Sayılı Kanun Karşısındaki Konumu

Türk Eczacıları Birliği (TEB) 6643 sayılı "Türk Eczacılar Birliği Kanunu" ile kurulmuş olup, TEB'in ve bağlı eczacı odalarının görev ve yetkileri aynı Kanun'la belirlenmiştir. 6643 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi;

"Türkiye sınırları içinde meslek ve sanatlarını yürütmeye yetkili olup da, özel kanunlarında üye olmayacakları belirtilenler hariç, sanatlarıyla uğraşan ve meslekleriyle ilgili hizmetlerde çalışan eczacıların katılmasıyla; eczacıların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, eczacılığın genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak; eczacıların birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere, meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadıyla tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde Türk Eczacıları Birliği kurulmuştur.

Mesleğini serbest olarak icra eden veya özel kuruluşlarda eczacılıkla ilgili hizmetlerde çalışacak eczacılar işe başlamadan önce buldukları ilin eczacı odasına kaydolmaya ve üyelik ödevlerini yerine getirmeye mecburdurlar. Eczacı odalarına kayıtlı eczacılar diğer kanunlarla kurulmuş meslek odalarına kaydolmaya zorunlu değildir.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi kuruluşlarında asli ve sürekli kadrolarda çalışan eczacılar ile herhangi bir sebeple meslek ve sanatıyla uğraşmayan eczacılar istedikleri takdirde eczacı odalarına kaydolabilirler."

şeklinde dir. 6643 sayılı Kanun'un 2 nci maddesinde; Merkez Heyeti, Yüksek Haysiyet Divanı ve Büyük Kongre'nin yanı sıra eczacı odaları da TEB'in organları arasında sayılmıştır.

Kanun'un 20 nci maddesinin (j) bendine göre, oda ve üyelerin mesleki sorunlarının çözülmesi için Büyük Kongre ve Merkez Heyeti kararları ve ilkelerine bağlı kalınarak bölgelerindeki resmi makamlar düzeyinde temaslarda bulunmak ve sonuçlarını TEB Merkez Heyeti'ne bildirmek; aynı maddenin (g) bendine göre ise, eczacılıkla ilgili kanunlar ve yönetmelikler ile Deontoloji Tüzüğü hükümlerinin, oda ve Birlikçe alınmış mesleki kararların uygulanıp uygulanmadığını belirlemek için

eczacıların iş yerlerini denetlemek eczacı odası idare heyetinin görevlerindedir. Diğer yandan, 6643 sayılı Kanun'un 39 ve 45 inci maddesinde, eczacı odası haysiyet divanının verdiği kararlara itiraz yerinin TEB Yüksek Haysiyet Divanı olduğu ve Yüksek Haysiyet Divanı'nın itiraza konu kararları aynen veya tadilen onaylayabileceği gibi oda haysiyet divanına görüşmek üzere yeniden gönderebileceği veya reddedebileceği hükme bağlanmıştır.

6643 sayılı Kanun'un 39 uncu maddesinin (d) bendine göre; eczacı odalarının çalışma ve işlemlerinin düzen içinde olmasını sağlamak, izleyip ve denetleterek aksaklıkları görülenlere ihtarda bulunmak, oda organları hakkında gerekirse adli ve idari makamlara bildirmek TEB Merkez Heyeti'nin görevlerindedir. Kanun'un 53 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (i) ve (j) bentlerinde, TEB'in organlarından olan Büyük Kongre, eczacı odalarının işlerini tartışmak ve eczacı odalarının TEB Merkez Heyeti'ne gönderdiği yıllık çalışma raporları hakkında bilgi edinmekle görevlendirilmiştir.

Özetle, eczacı odalarının TEB Büyük Kongresi ile Merkez Heyeti'nin karar ve ilkelerine uymak durumunda olduğu, oda haysiyet divanı kararlarının itiraz üzerine TEB Yüksek Haysiyet Divanı'nda görüşüldüğü ve odaların uygulamalarının TEB organlarıncaya denetlendiği noktalarından hareketle; TEB'in –6643 sayılı Kanun'un 1 inci maddesinin son fıkrasında belirtilenlerin dışındaki eczacıların üye olmak zorunda olduğu- eczacı odalarının üst kuruluşu olduğu, odaların karar ve uygulamalarının çerçevesini belirlediği anlaşılmaktadır.

- İlgili Mevzuat

6643 sayılı Kanun'da yer alan bazı düzenlemeler, eczacıların ekonomik kararlarına yöneliktir. Bu tür düzenlemeler TEB ve eczacı odalarının görev ve yetkilerinin, eczacılar tarafından yapılması yasak fiillerin ve eczacılara karşı uygulanabilecek yaptırımların belirlendiği noktalarda ortaya çıkmaktadır.

6643 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde, "yerli tıbbi müstahzarların revacını temin edecek tedbirleri almak" TEB'in görevleri arasında sayılmıştır. Aynı Kanun'un 39 uncu maddesinde, eczanelerden sağlık hizmeti alacak kamu ve özel kurum ve kuruluşlarla anlaşma yapmak, imzalanan anlaşmaya uygun tek tip sözleşmeleri bastırarak eczanelere dağıtmak TEB Merkez Heyeti'nin görevlerinden bazıları olarak sıralanmıştır. 20 nci maddeye göre ise, eczacıların kar hadlerine uymamalarını önlemek, oda ve TEB tarafından alınan mesleki kararların uygulanıp uygulanmadığını belirlemek için eczacıların çalışmalarını ve iş

yerlerini denetlemek eczacı odalarının görevlerindedir. Bunun yanı sıra, Kanun'un getirdiği sorumlulukları yerine getirmeyen veya Kanun'da yasak fiiler olarak ortaya konulan eylemlerde bulunan eczacılara yaptırım uygulama yetkisi TEB ve odalara verilmiştir. Oda hasiyet divanları ve TEB Yüksek Haysiyet Divanı'nca verilen cezalar -Kanun'un 30, 46 ve 47 nci maddelerinde belirtildiği gibi- yazılı ihtar, para cezası ve meslekten men şekillerinde olabilmektedir.

Diğer yandan, 27.07.1968 tarih ve 12961 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü"nde de, eczaneler arasındaki rekabetin sınırlarının çizildiği ve meslek örgütlerinin eczacılar üzerindeki denetim rolünün diğer yönlerinin ortaya konulduğu düzenlemeler yer almaktadır. Tüzük'ün 9 uncu maddesinde, eczacının hiçbir şekilde reklam yapamayacağı; 12 nci maddesinde ise, eczacının Sağlık Bakanlığı'nca onaylanan fiyatın üzerinde fiyatla satış yapamayacağı hükme bağlanmıştır. 18 inci maddede, Tüzük hükümlerine aykırı hareket eden eczacılara 6643 sayılı Kanun gereğince yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir.

6643 sayılı Kanun ve "Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü"nde yer alan düzenlemelerle, eczaneler arasındaki rekabetin sınırları ve mesleki örgütlerin eczacılar üzerindeki kontrol rolü belirlenmiştir. Yukarıda yer verilen düzenlemelerle eczanelerin bağımsızca ekonomik karar alma özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırıldığını söylemek mümkün değildir. Eczanelerin, getirilen sınırlamalar çerçevesinde rekabet edebilmesinin önünde engel yoktur. TEB ve eczacı odaları ise, üyelerinin çıkarlarını korumak doğrultusunda etkinlik gösterirken, ilgili mevzuatın getirdiği yetki ve görevler çerçevesinde ve 4054 sayılı Kanun da dahil olmak üzere diğer mevzuata uygun bir şekilde hareket etmek durumundadır.

- Teşebbüs Birliği

Şikayet tarihi itibarıyla sayıları yaklaşık 19.000 olan eczacıların çoğunluğu eczane sahibidir. Eczane sahibi olmayan eczacıların bir kısmı ecza depolarının sahibi veya mesul müdürü konumundayken, geriye kalanlar sağlayıcı firmaların yanı sıra Sağlık Bakanlığı, SSK, üniversiteler ve diğer kamu kurumlarına bağlı olarak çalışmaktadır. Görülmektedir ki, eczacıların büyük çoğunluğu pazarda hizmet sunumunda bulunan birimlerin (eczanelerin veya ecza depolarının) sahibi veya temsilcisi konumundadır. Buna bağlı olarak, eczacı odaları ve bunların üst kuruluşu olan TEB'in bünyesinde, teşebbüslerin iradesi temsil edilmektedir. Bu çerçevede, 6643 sayılı Kanun'un 1 inci maddesine göre eczacıların ortak gereksinimlerini karşılamak ve mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak gibi

amaçlarla eczacıların katılımıyla oluşan TEB ve bağlı eczacı odaları 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs birliğidir.

TEB'den alınan yazılı savunmalarda, Kanun'la kurulmuş ve kamu tüzel kişiliğine sahip bir meslek örgütü olması nedeniyle Birlik'in teşebbüs birliği olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Ancak 4054 sayılı Kanun'a göre, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan birliklerin, kanun ve sair düzenlemeyle kurulmuş ya da kamu tüzel kişiliğine sahip olması durumunda teşebbüs birliği sayılmaması söz konusu değildir. Bu bağlamda, yazılı savunmalarda yer verilen söz konusu hususlar, TEB'in ve bağlı eczacı odalarının teşebbüs birliği olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

2. TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı Sonucunda Alınan Karar

İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası'ndan alınan ve Rekabet Kurumu kayıtlarına 08.05.1998 tarihinde giren şikayet başvurusunda; söz konusu Sendika'nın almış olduğu 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı Yönetim Kurulu Kararı'nı boykot etmek üzere TEB ve bağlı eczacı odalarının bir dizi teşebbüs birliği kararı aldığını ve yaşama geçirilen bu kararların 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6 ncı maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Şikayet başvurusunun ekinde; Samsun Eczacı Odası, Antalya Eczacı Odası ve İstanbul Eczacı Odası başkanlarının bölgelerinde faaliyet gösteren eczacılara yönelik, eczanelerin alım koşullarına ilişkin düzenlemeler içeren ve sırasıyla 10.02.1998, 11.02.1998 ve 18.02.1998 tarihli yazıları sunulmuştur. Şikayet başvurusunun ekinde yer verilen ve Samsun Eczacı Odası Başkanı Ecz.Gönül Berker imzalı diğer bir yazıda, 27.02.1998 tarihinde Ankara'da TEB ile eczacı odaları başkanlarının yaptığı bir toplantı sonucunda alındığı belirtilen ve yine eczanelerin alım koşullarına yönelik birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Şikayet başvurusunda yer verilen ve İstanbul Eczacı Odası Başkanı'nın bölgedeki eczacılara yönelik 30.03.1998 tarihli yazı ve Pendik bölgesi eczacılarından İstanbul Eczacı Odası'na gönderilen yazıda; 26.03.1998 tarihinde Kültür Merkezi'nde bir toplantı yapıldığı, ayrıca Pendik bölgesindeki eczacıların bir araya geldiği ve bunların sonucunda eczanelerin gerçekleştirdiği alımları konu alan kararlar alındığı ifade edilmiştir.

Şikayet başvurusunun gerekçesini oluşturan kararların bazı eczacı odaları başkanlarıncı bölgelerindeki eczacılara duyurulmuş

olmasına karşın, gerek Samsun Eczacı Odası Başkanı Ecz.G.B imzalı yazıda TEB bünyesinde 27.02.1998 tarihinde bir toplantı yapılarak konuyla ilgili kararlar alındığının belirtilmiş olması gerekse konunun TEB hakkında yapılacak bir inceleme ile daha kapsamlı ve sağlıklı değerlendirilebilecek olması nedeniyle, TEB hakkında Rekabet Kurulu'nun 02.07.1998 tarihli Kararı ile önaraştırma açılmıştır. Yapılan önaraştırmada, Samsun Eczacı Odası Başkanı Ecz.G.B imzalı yazıda da belirtildiği gibi, 27.02.1998 tarihinde yapılan ve TEB Merkez Heyeti ile bağlı eczacı odası başkanlarının katıldığı TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı sonucunda şikayet başvurusu konusunda kararlar alındığı belirlenmiştir. Bunun üzerine, Rekabet Kurulu'nun 06.07.1999 tarih ve 99-33/314-194 sayılı Kararı ile TEB hakkında soruşturma açılmıştır.

- Karar'ın Oluşum Süreci

İEİS Yönetim Kurulu'nun 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı Kararı ile, mal sağlayıcılarının ve ecza depolarının satış koşullarına bazı sınırlamalar getirilmiş ve getirilen sınırlamalar çerçevesinde satış koşulları uygulamayan işletmelere karşı birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Mal sağlayıcılarının ecza depolarına ve ecza depolarının eczanelere sunduğu satış artırıcı unsurlardan vade, mal fazlası ve iskonto sınırlar belirleyen, Sağlık Bakanlığı'nın onayladığı yeni fiyatlara bir ay içinde geçilmesini öngören ve tanıtım etkinliklerine yönelik kurallar getiren 102 sayılı Karar'daki en önemli yaptırım, sınırlamara uygun hareket etmeyen ecza depolarına mal verilmemesidir.

İEİS Yönetim Kurulu'nun 102 sayılı Kararı, 1998 yılı Ocak ayı başından itibaren yürürlüğe girmek üzere alınmıştır. Ancak, özellikle bazı ecza depolarının alınan Karar'dan tam anlamıyla haberdar olmasının zaman alması nedeniyle, 102 sayılı Karar'ın etkin bir şekilde uygulanması Şubat ayı başından itibaren birkaç aylık bir dönem için söz konusu olmuştur. Ayrıca, ecza depolarının Karar öncesinde daha geniş koşullarla mal alması, eczanelere 102 sayılı Karar'ın öngördüğü sınırların dışında koşullarla satışların kısa bir süre daha (İEİS tarafından bazı ecza depolarının Karar'a uymaları yönünde uyarılmasına kadar) sürmesini sağlamış ve böylece bu sürede, ilaç pazarında satış koşullarının sınırlandırılması eczaneler seviyesinde fazlaca hissedilmemiştir. Buna ek olarak, eczanelerin 1997 yılındaki alımlarından oluşan stokların henüz erimemiş olması, yeni alımların gerçekleştiği zamana kadar 102 sayılı Karar'ın etkilerinin sağlıklı bir şekilde gözlenememesi sonucunu doğurmuştur.

102 sayılı Karar'ın etkin bir şekilde uygulanmaya başlandığı Şubat ayında; İEİS Yönetim Kurulu tarafından imza altına alınan Karar'ın 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğuna ilişkin, Ege Eczacılar Vakfı ve TEB 6. Bölge Eczacı Odası'ndan sırasıyla 11.02.1998 tarih, 259 sayılı ve 13.02.1998 tarih, 278 sayılı şikayet başvuruları alınmıştır. Şikayet başvuruları üzerine başlatılan inceleme süreci, 12.01.2000 tarihli Rekabet Kurulu Kararı'nda 102 sayılı Karar'ın 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında bulunmasıyla son bulmuştur.

102 sayılı Karar'ın kısa süreli uygulanması sonucunda, ecza depolarına sunulan satış koşullarının sınırlandırılması, ecza depolarının eczanelere sunduğu satış artırıcı unsurlara kısıtlamalar getirilmesi ve bu kısıtlamalara uymayan ecza depolarına mal vermeme tehditinin öngörülmesi olmasına bağlı olarak eczanelerin alım koşulları bu dönemde kötüleşmiştir. Eczaneler, 102 sayılı Karar'ın uygulayıcısı veya doğrudan muhatabı olmamakla birlikte Karar'dan olumsuz yönde etkilenmiştir. Daha açık bir ifadeyle, mal sağlayıcıları ve ecza depoları seviyesinde yaşanan yoğun rekabet nedeniyle, özellikle yabancı firmaların tanıtım etkinliklerindeki üstünlüğüne bağlı olarak ilaçlarını reçeteye daha kolay sokmasına karşı yerli ilaç firmalarının geniş satış koşulları uygulaması noktasında, satış koşullarının daralması eczanelerin alım koşullarının kötüleşmesi sonucunu doğurmuştur.

Yukarıda açıklandığı gibi eczaneler, 102 sayılı Karar'ın alım koşulları üzerindeki somut etkilerini hissetmeye başlayınca, bağlı buldukları bölge eczacı odalarına başvurarak konuyla ilgili şikayetlerini gündeme getirmiştir. Söz konusu eczacı odaları ise, eczacıların şikayetlerini TEB'e ileterek, konuyla ilgili bir toplantı yapılmasını istemiştir. TEB Merkez Heyeti Başkanı Ecz.M. D'den alınan belgelere göre; TEB 4. Bölge Adana Eczacı Odası Genel Sekreteri Z. E'nin 28.01.1998 tarihli, TEB 10. Bölge Antalya Eczacı Odası Başkanı Ecz.C. D'nin 11.02.1998 tarihli, TEB 17. Bölge Zonguldak Eczacı Odası Başkanı Ecz.R. E. ile TEB 5. Bölge Konya Eczacı Odası Genel Sekreteri E. P'nin 12.02.1998 tarihli yazılı başvurularında, İEİS tarafından alınan Karar'ın TEB bünyesinde görüşülmesi talep edilmiştir. TEB Merkez Heyeti Başkanı Ecz.M. D. ile 26.05.1998 tarihinde yapılan görüşmede; yazılı başvuruda bulunmayan diğer bazı eczacı odaları yetkililerinin de, 102 sayılı Karar'ın eczaneler üzerinde yaratacağı etkilerle ilgili kararlar alınması gerektiğini sözlü olarak ifade ettiği belirtilmiştir.

Bu arada, soruşturmaya konu olan teşebbüs birliği kararının alınmasından önce, bazı eczacı odalarının bölgelerindeki eczacılara yönelik, İEİS tarafından alınan Karar'la ilgili yazıları söz konusu olmuştur.

TEB 6. Bölge Eczacı Odası Başkanı Ecz.G. B. imzalı 10.02.1998 tarihli yazıda aynen;

“...Eczanelerin varlığını sürdürmesinde önemli boyutta olumsuz etkileri olacağı kesin olan tüm bu gelişmelere karşılık;

Eczanelerde bulunan ilaç stoklarının en az düzeye indirilmesinde,

Eczane ilaç siparişlerinde mal fazlasının önemsenmeyerek, en az sayıda sipariş verilmesinde,

Bu en az sayıdaki siparişlerde bile (peşin iskontolarda büyük fark olmadığı takdirde) olabildiğince vadeli listelerin tercih edilmesinde, fayda görülmektedir...” denilmiştir.

TEB 10. Bölge Antalya Eczacı Odası Başkanı Ecz.C. D. imzalı 11.02.1998 tarihli yazıda da aynı konuya şu ifadeyle dikkat çekilmiştir:

“...1) Bazı ilaç depoları ile ilaç firmalarının ilaç fiyatlarındaki artışı bahane ederek eczacılara vermiş olduğu iskonto ve mal fazlalarını kısmak istediği öğrenilmiştir. Bu tür uygulama yapanlara karşı direnç göstermemiz, gerekirse mal almamamız ve ortak tepki oluşturmamız gerektiğini önemle hatırlatırım...”

TEB 1. Bölge İstanbul Eczacı Odası Başkanı Ecz.E. Ö imzalı 18.02.1998 tarihli yazıda ise,

“...Bu dönem uzun süreli özverili çalışmalar sonucu kurup güçlendirdiğimiz ve bizim için yaşamsal kurumlarımız olan ECZACI KOOPERATİFLERİMİZE her zamandan daha fazla sarılma ve güç verme dönemidir...” ifadesi bulunmaktadır.

Bu gelişmeler üzerine, TEB Merkez Heyeti'nin 14.02.1998 tarihli toplantısında; İEİS Yönetim Kurulu'nun 102 sayılı Kararı'yla ilgili olarak Tüm Eczacılar Üretim Temin Dağıtım Kooperatifleri Birliği (TEKB) ile görüşülmesine ve Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı'nın 27.02.1998 tarihinde, söz konusu teşebbüs birliği kararı ve TEB Çalışma Programı gündemi ile gerçekleştirilmesi kararlaştırılmıştır. Merkez Heyeti Kararı'nda belirlenen tarihte, Ankara'da yapılan ve TEB yetkilileri ile 39 bölge eczacı odası başkanının katıldığı, TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı'nda; 102 sayılı Karar tartışılmış ve eczanelere yönelik bazı kararlar alınmıştır.

Söz konusu toplantıda; TEKB Başkanı S. Y. ve II. Başkanı U. E. de hazır bulunmuş ve 102 sayılı Karar'ın alınma ve uygulanma süreciyle ilgili görüşlerini sunmuştur. TEKB Yönetim Kurulu Başkanı S. Y. ile

31.05.1999 tarihinde yapılan görüşmede; kendisinin ve U. E.'ün toplantıya eczacı odası başkanlarına konuyla ilgili bilgi vermek için katıldıkları, TEB'in iradesiyle oluşan kararların alınma aşamasında toplantıda bulunmadıkları, ancak Y.'nin eczacılara yönelik kararlara kişisel olarak katıldığı ifade edilmiştir. "TEB Aylık Yayın Organı Haberler" adlı derginin Ocak-Şubat 1998 tarihli sayısında da; toplantı sonucunda alınan kararlara yer verilirken, kararların TEB Merkez Heyeti ve 39 bölge eczacı odası başkanı tarafından alındığı ifade edilmiştir.

TEB Merkez Heyeti'nin 26-27.02.1998 tarihli toplantılarında; Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı'nda alınan kararların metninin eczacı odalarına gönderilmesine karar verilmiştir. Bu çerçevede hazırlanan ve bölge eczacı odaları yönetim kurulu başkanlıklarına gönderilen 02.03.1998 tarihli yazıda, 102 sayılı Karar'la ilgili olarak Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı'nda alınan kararlara şu şekilde yer verilmiştir:

"...Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyeti ve 39 Eczacı Odası Başkanı ilaç ve eczacılık alanında, kendileri dışında alınan kararların mesleğin yürütülmesinde ve hizmet sunumunun niteliklerinin artırılmasında engeller oluşturduğu tespitinden hareketle, kendi dışında alınan kararlardan etkilenmeyi asgariye indirmek amacıyla; eczanede bulunan ilaç stoklarını azaltmaya, firma kampanyalarına katılmamaya, piyasaya yeni verilen ilaçların talep olunca alınmasına, kamu kurumu ödeme gecikmeleri nedeniyle vadeli alımlara yönelmeye, kendi kurumları olan kooperatifleri tercih etmeye, giderek ilaç pazarında büyük yer tutan ithal ilaçların durumunun tartışmaya açılmasına karar vermişlerdir..."

27.02.1998 tarihinde yapılan toplantıda; yalnızca eczanelerin alım koşullarına yönelik kararlar alınmamış, ithal ilacın durumunun tartışmaya açılması gibi genel konular da gündeme gelmiştir. Bu nedenle, söz konusu toplantının düzenlenmesinin tek amacının 102 sayılı Karar'ın tartışılması olmadığı, ancak toplantının önemli gündem konularından birisinin anılan Karar olduğunun altı çizilmelidir.

Bazı eczacı odaları, TEB bünyesinde alınan kararları bölgelerinde etkinlik gösteren eczacılara yazılı olarak bildirmiştir. Örneğin, TEB 6.Bölge Samsun Eczacı Odası Başkanı Ecz.G. B. imzalı bir yazı ile, 27.02.1998 tarihinde yapılan toplantıda alınan kararlar eczacılara duyurulmuştur. TEB 1. Bölge İstanbul Eczacı Odası, hem satış koşullarına sınırlamalar getiren bir kararın alınması hem de Sağlık Bakanlığı'nın eczanelere verilen iskontonun düşürüleceği bir tebliğin hazırlığı içinde olduğu duyurunun alınmasıyla ilgili olarak, eczacıların da

katılımıyla 26.03.1998 tarihinde bir toplantı yapmıştır. Bu toplantıda, Sağlık Bakanlığı'na faks çekilmesi kampanyasının sürdürülmesi kararı alınmış ve toplantı hakkında eczacılara gönderilen yazıda şu ifadelere yer verilmiştir:

“...3- İlaç stoklarımızı ve ilaç alımlarımızı mümkün olan en alt düzeye çekeceğiz.

4- Promosyonlu ya da promosyonsuz tüm ‘firma kampanyaları’nı sorun çözülünceye kadar boykot ediyoruz.

5- Yeni çıkan ilaçları ‘gerekmedikçe’ almayacağız.

6- İlaç alımlarımızı mümkün olan en uzun vadelere yönlendireceğiz.

7- İlaç alımlarımızda kendi kurumlarımız olan kooperatifleri tercih edeceğiz.

8- Eczanelerimize gelen ilaç firması temsilcilerine tepkilerimizi belirteceğiz.

9- Eğer gerekirse, eczacı aleyhine kararlarda ‘ısrarcı’ olduğunu bildiğimiz iki-üç ilaç firmasını ‘DAHA ETKİN BİR BİÇİMDE’ uyaracağız...”.

TEB bünyesinde alınan karara konu olan, İEİS Yönetim Kurulu'nun 102 sayılı Kararı'nın uygulanması 1998 yılı Nisan ayı ortalarında, Sağlık Bakanlığı'nın mal sağlayıcısı firmalara zam verdiği tarihlerde son bulmuştur.

3. TEB 31. Olağan Büyük Kongresinde Sürşarjla İlgili Alınan Karar

Rekabet Kurumu kayıtlarına 15.03.1998 tarih ve 868 sayı ile giren, Ecz.Zübeyde Yiğitalp imzalı şikayet başvurusunda; anılan şahsın, eczanesinde sattığı ilaçların fiyatlarına Sağlık Bakanlığı'nca onaylanan zamları yansıtmayarak haksız rekabete yol açtığı gerekçesi ile İzmir Eczacı Odası tarafından kendisi hakkında işlem başlatıldığı ve konunun Oda Haysiyet Divanı'na intikal ettiği belirtilerek, söz konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun açısından incelenmesi talep edilmiştir.

Şikayet başvurusuna ilişkin hazırlanan 20.09.1999 tarih ve D4/1/M.A.-99/1 sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 12.10.1999 tarih ve 99-47 sayılı toplantısında görüşülerek, İzmir Eczacı Odası'nın eski fiyatlarla perakende ilaç satışı yapılmasına müdahale etmesinin eczaneler arasındaki rekabeti etkileyebileceği ve TEB'e bağlı diğer eczacı odalarının da benzer uygulamalarda bulunduğuna ilişkin ciddi şüphelerin söz konusu olması nedeniyle, konunun TEB 31. Dönem

1. Başkanlar Danışma Toplantısı sonucunda alınan teşebbüs birliği kararı hakkında yürütülen soruşturma kapsamına alınarak incelenmesine karar verilmiştir.

Ecz. Zübeyde Yiğitalp imzalı ve Kurum kayıtlarına 05.11.1999 tarih, 3611 sayı ve 22.11.1999 tarih, 3847 sayı ile giren yazılarda; İzmir Eczacı Odası Hasiyet Divanı'nın kendisine verdiği yazılı ihtar cezasının TEB Yüksek Hasiyet Divanı tarafından aynen onaylandığı ifade edilmiştir.

- İlgili Mevzuatta Sürşarj

Ülkemizde ilaç fiyatlarındaki değişiklikler, üretici firmaların başvurusu ve Sağlık Bakanlığı'nın onayı ile mümkün olmaktadır. 14.08.1984 tarih ve 18489 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Türkiye'de İmal Edilen Tıbbi ve İspençiyari Müstahzarlarla Galenik Preparatlar ve Kodeks Ampüllerinin Fiyatlarına Dair Karar" da; üretici firmanın Sağlık Bakanlığı bünyesindeki İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü'ne yapacağı başvurunun on iş günü sonunda Bakanlık tarafından reddedilmemesi durumunda, firmanın belirlediği fiyatın yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır.

Sağlık Bakanlığı'nca onaylanan başvurular sonunda, üretici satış fiyatına azami %9 kar haddi eklenerek bulunan ecza deposu satış fiyatı ve depo satış fiyatına azami %25 kar haddi eklenerek hesaplanan eczane satış fiyatı da belirlenmektedir. Bakanlıkça onaylanan yeni fiyatlara, işletmeler (üreticiler dışında) ilaçların üzerine etiket yapıştırmak suretiyle geçebilmekte, yani sürşarj yapabilmektedir. 14.08.1984 tarih ve 18489 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığı Tebliği uyarınca, sürşarj üretici, ecza deposu ve eczaneler tarafından yapılabilmektedir.

İthal edilen ilaçlarda ise, ürünün piyasaya ilk çıkışı aşamasında Sağlık Bakanlığı'ndan fiyat onayı alınmaktadır. 14.08.1984 tarih ve 18489 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "İlaç Fiyatları Hakkında Tebliğ"e göre, ithalatçı firma satış fiyatı, ithalat maliyetine azami %14 kar haddi eklenerek bulunmaktadır. Ecza deposu ve eczaneler için tespit edilen azami kar hadleri, ülkemizde üretilen ilaçlarda olduğu gibi, sırasıyla %9 ve %25'tir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, sağlayıcı (üretici ve ithalatçı), ecza deposu ve eczanelerin satış fiyatları, maliyetlerine ya da alım fiyatlarına azami kar hadleri eklenerek hesaplanmaktadır. Bu şekilde hesaplanan fiyatlar, satışlarda uygulanabilecek sabit değerleri değil, azami değerleri

ifade etmektedir. İlaç fiyatlarının Sağlık Bakanlığı tarafından kontrol edilmesindeki amacın tüketiciye uygun fiyatlarla ilaç sağlanması olduğu düşünüldüğünde, tavan fiyatların altında –yani eski fiyatlarla- satış yapılmasının yasaklanmasının söz konusu olamayacağı anlaşılmaktadır. Nitekim, eczacılık ve eczanelerle doğrudan ilgili hukuki düzenlemelerde, yalnızca Bakanlığın onayladığı tavan fiyatların aşılmasının yasaklandığı ve eski fiyatla satışta bulunulmasının önlenmediği görülmektedir.

6197 sayılı “Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun”un 39 uncu maddesinin son fıkrasında, Sağlık Bakanlığının belirlediği tarifenin üstüne çıktığı belirlenen eczanelerle ilgili, yazılı ihtar yapılacağı ve iki yazılı ihtara karşın bu davranışlarını sürdüren eczacılara 44 üncü madde uyarınca para cezası verileceği ifade edilmiştir. 27.07.1968 tarih ve 12961 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü”nün 30.11.1973 tarih ve 7/7521 sayılı Kararname ile değişik 12 nci maddesi aynen, “*Eczane sahibi eczacı, tıbbi müstahzarat ve majistral formülleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca saptanmış olan fiyat veya tarife değeri üstünde satamaz.*” şeklindedir.

6643 sayılı “Türk Eczacıları Birliği Kanunu”nda TEB’in ve oda idare heyetinin görevleri arasında sayılan hususlarda da, eczanelerin yeni fiyatlara geçmeye zorlanması yönünde denetim yapma ve yaptırım uygulama yer almamaktadır. Anılan Kanun’un 3 üncü maddesinde TEB’in görevlerinden biri olarak belirlenen “Bakanlığın belirlediği fiyat tarifesinin uygulanıp uygulanmadığını denetlemek” ve 20 nci maddede oda idare heyetinin görevleri arasında sayılan “kar hadlerine uyulmamasını önlemek” hususları, ilaç perakende satış fiyatı için tespit edilen tavan değerini aşılmasıyla ilgili olup, azami fiyatın altında fiyat uygulanmasının yasaklanması yönünde değildir.

TEB, 6643 sayılı Kanun’un 3(f) üncü maddesinde belirtilen eczacılık mesleğinin ve eczacıların hak ve çıkarlarını koruma görevini yerine getirirken, rekabet hukuku da dahil diğer mevzuata uygun hareket etmek durumundadır. Ayrıca, 6643 sayılı Kanun’un 20(m) nci maddesinde oda idare heyetine verilen “eczacılık hakkında kanunlar, yönetmelikler ve Deontoloji Tüzüğü’nün hükümleri ile eczacı odaları ve TEB tarafından alınan mesleki kararların uygulanıp uygulanmadığını denetlemek için eczacıların çalışmalarını ve işyerlerini denetlemek” şeklindeki yetki çerçevesinde sürşarj yapılmamasıyla ilgili denetleme yapmak ve yaptırım uygulamak mümkün değildir. Çünkü ilgili mevzuatta yeni fiyatlara geçilmesini zorunlu kılan ve meslek birliklerinin eski fiyatlarla satış yapılmasını engelleyici uygulamalarda bulunmasına dayanak oluşturan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalara ek olarak TEB II. Bölge Ankara Eczacı Odası Başkanı Ecz.M. D., TEB III. Bölge Eczacı Odası Başkanı Ecz.L. K ve T. Eczanesi sahibi Ecz.N .T. ile yapılan görüşmelerde, sürşarj yapmanın hukuki bir zorunluluk olmadığı ortaya konulmuştur. Buna bağlı olarak, TEB ve bağlı eczacı odalarının, yeni fiyatlara geçilip geçilmediğinin denetlenmesi ve eski fiyatlarla satış yapan eczacılara ceza verilmesi şeklinde yetkileri bulunmamaktadır.

- TEB ve Bağlı Eczacı Odalarının Sürşarjla İlgili Karar ve Uygulamaları

Eczane satışlarının %70'lik kısmı devletin belirli oranlarda (%80-%90) geri ödeme yaptığı ilaçlardan oluşmaktadır. Eczane satışlarının %30'luk kısmı ise, bedelinin tamamı tüketici tarafından karşılanan ilaçlardan meydana gelmektedir. Reçeteli (geri ödenen) ilaçlarda, reçete sahibi "katılım payı" olarak adlandırılan, %10 veya %20 oranında ödeme yapmaktadır. Bu oranlara denk gelen katılım payları genellikle çok yüksek olmayan değerleri ifade etmektedir. Ayrıca, eczaneler seviyesinde yaşanan rekabet sonucunda katılım payı alınmaması yaygın bir şekilde söz konusu olmakta, yani -özellikle büyük şehirlerde- reçete sahibi aldığı ilaçlar için cebinden ödeme yapmamaktadır. Cepten ödeme yapmayan reçete sahibi ise, ilacın hangi eczanede daha ucuza satıldığı yönünde bir endişe taşımamakta, eczane tercihinde fiyatları dikkate almamaktadır.

Fiyatın tüketicinin eczane seçimini etkileyebilmesinin büyük ölçüde tüketicinin cebinden yapacağı harcamaya bağlı olması; ilaçların büyük çoğunluğu geri ödeme kapsamında olduğundan, eczanelerin eski fiyatlarla satış yapma anlamında rekabet etme durumunu ortadan kaldırmaktadır.

Eczanelerin reklam yapmasının yasak olmasına bağlı olarak eski fiyatla satış yapmanın tanıtımının yapılmasının mümkün olmayışının, tüketicinin perakende satış fiyatlarında olabilecek farklılıklar hakkında yeterince bilgi sahibi olmamasına yol açması nedeniyle, tüketicinin diğer mal veya hizmet piyasalarında olanın aksine, ilaç pazarında fiyat karşılaştırması yapmadığı, hatta ilacın perakende satış fiyatını sabit bir değer olarak algıladığı bilinmektedir. Bu çerçevede, diğer pazarlarda olandan farklı olarak, ilaç alımı noktasında tüketicinin rakip eczaneler arasındaki fiyat farklılıklarını dikkate alması yönünde bir alışkanlığından söz etmek güçtür. Bunun yanı sıra, tüketicinin eczane seçiminde, reçetede yazılı olan ilaçların tümünün kısa süre içinde temin edilmesi ve ilaçlar hakkında bilgi verilmesi gibi sunulan hizmetler oldukça etkilidir.

Reçete tutarından katılım payı düşülerek yapılan geri ödemelerde de, yine reçetenin yazıldığı tarihteki yeni fiyatlar dikkate alınmaktadır. Emekli Sandığı ile eczaneler arasında kurulan bilgisayar sistemi dahilinde yeni fiyatlara anında geçilirken; diğer sosyal güvenlik kuruluşları ve kamu kurumlarının geri ödemelerinde, bu kurum ve kuruluşların eski fiyatla satış yapan eczanelerle sözleşme yapması gibi bir eğiliminin bulunmaması nedeniyle, güncellenmiş fiyatlar geçerli olmaktadır.

Tüketici davranışları ve geri ödeme sistemi içerisinde şekillenen pazar koşulları, eczanelerin sürşarj yapmasını ödüllendirmekte ve yeni fiyatlara geçmemeyi rekabet unsuru olmaktan çıkartmaktadır. Nitekim, eski fiyatlarla satış yaptığı gerekçesiyle yazılı ihtar yapılan eczacıların haysiyet divanlarına sunduğu savunmalarda, yeni fiyatlara geçmemenin anılan eczanelerin genel stratejisi olmadığı, yalnızca sürümünün fazla olmaması nedeniyle raflarda kalmış az sayıda ilaçta sürşarj yapılamadığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda, ilacın perakende satış seviyesinde sürşarj yapılmaması, nadiren söz konusu olan ve eczaneler arasındaki rekabet üzerinde fazlaca etkisi olmayan bir uygulamadır.

Soruşturma döneminde yapılan görüşme ve incelemeler sonucunda, eczanelerin sürşarj yapıp yapmadığının eczacı odaları tarafından kendiliğinden denetlenmediği, yalnızca bu konudaki şikayetler üzerine inceleme başlatıldığı belirlenmiştir. Şikayetçi Ecz.Zübeyde Yiğitalp ile yapılan görüşmede de, meslek örgütlerinin sürşarjla ilgili düzenli denetim yapmadığı ifade edilmiştir. Yukarıda da açıklandığı gibi, eczaneler seviyesinde eski fiyatlarla satış yapılması nadiren söz konusu olduğundan, konuyla ilgili şikayet sayısı ve buna bağlı olarak yapılan incelemeler fazla değildir. Ankara ve İzmir Eczacı Odaları'nın Yönetim Kurulu ile Haysiyet Divanı Karar Defterleri üzerinde yapılan incelemeler, bu tespiti doğrulamıştır. Ankara Eczacı Odası'nın defterlerinde konuyla ilgili alınan herhangi bir karara rastlanmamış, İzmir Eczacı Odası'nın ise son 7 yılda iki eczacıya yeni fiyatlara geçmediği için yazılı ihtar cezası verdiği tespit edilmiştir.

Eczacı odaları haysiyet divanları ve TEB Yüksek Haysiyet Divanı tarafından sürşarj yapılmamasıyla ilgili verilen cezalar yazılı ihtarla sınırlı tutulmaktadır. Yerini 6643 sayılı "Türk Eczacıları Birliği Kanunu"nun 30(a) uncu maddesinde bulan yazılı ihtar cezası, cezaya yol açan fiilin tekrarlanması durumunda geçici kapatma ve meslekten men gibi cezaların verilebilecek olması nedeniyle önemlidir. Dolayısıyla, yazılı ihtar cezasının caydırıcılığı yüksek, ciddi bir ceza olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, konuyla ilgili verilen yazılı ihtar cezası sonrasında

eczacının eski fiyatlarla satış yapmayı sürdürüp sürdürmediğinin izlenmediği ve politika olarak ihtar cezasıyla yetinildiği görülmüştür. Eczanelere yeni fiyatlara geçilmemesine karşı yazılı ihtardan daha ağır cezaların verilmemesinin, bu konuda kontrol yapma ve yaptırım uygulama yetkisinin bulunmadığının meslek örgütü yetkililerince de bilinmesine bağlı olduğu sonucuna varılmıştır. Nitekim, T. Eczanesi sahibi Ecz.N. T., eczacı odalarının yeni fiyatlara geçilmemesine karşı ceza verme yetkisinin bulunmadığını ve bu nedenle sürşarj yapmayan eczanelerin yalnızca uyarıldığını dile getirmiştir.

04-07.12.1997 tarihlerinde yapılan 31.Olağan Büyük Kongre’de, TEB Genel Kurulu “Eczacıların Sağlık Bakanlığı’nın belirlediği fiyatların altında ve üstünde, yani dışında ilaç satmaması hususunda TEB Merkez Heyeti’ne çalışma yapması için görev verilmesine” şeklinde bir karar aldığı tespit edilmiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere ilgili mevzuat TEB’e ve odalara, Sağlık Bakanlığı’nca belirlenen azami perakende satış fiyatlarının üzerinde bir fiyattan ilaç satışının söz konusu olup olmadığının denetlenmesi hususunda yetki verirken, eczanelerin yeni fiyatlara geçmesini zorunlu kılacak şekilde düzenleme yapmasını öngörmemiştir.

I- GEREKÇE ve HUKUKİ DAYANAK

1. TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı Sonucunda Alınan Karar

- Karar Başlıkları

TEB bünyesinde alınan teşebbüs birliği kararında yer alan başlıkların, İEİS Yönetim Kurulu’nun 102 sayılı Kararı’yla ilgisi ve beşeri ilaç pazarında eczane davranışları bakımından yaratabileceği etkiler aşağıdaki gibi değerlendirilmiştir.

“İlaç stoklarının azaltılması”

Üretici firmaların talebin üzerinde üretimde bulunması sonucunda ilaç pazarında arz fazlası söz konusu olmaktadır. Üreticiler esnek satış koşulları uygulayarak arz fazlasını ecza depolarına ve bunlar kanalıyla eczanelere kaydırmaya çalışmaktadır. Esnek satış koşulları aynı zamanda, sağlayıcı seviyesinde ve özellikle yerli firmalar açısından önemli bir rekabet aracıdır. Eczaneler ise, kendilerine sunulan mal fazlası ve uzun vade gibi esnek satış koşullarının etkisiyle gereksinimlerinin üzerinde mal alarak, yüksek stok tutabilmektedir. Yani eczaneler, satış

artırıcı unsurlardan kaynaklanan avantajlardan faydalanabilmek için, raflarında bol miktarda ilaç bulundurabilmektedir.

Stokta fazla mal bulundurulması, Sağlık Bakanlığı'nca yeni fiyatların onaylanması sonrasında raftaki ürünün kendiliğinden değer kazanması noktasında eczaneler için karlıdır. Ancak, stokta yüksek seviyede mal bulundurmak, stok maliyetini yüksek tutarken, kısa vadede nakit sıkıntısı içine düşülmesi gibi sorunlara yol açabilmektedir. Eczaneler, nakit durumlarını ve stok seviyelerini göz önünde bulundurarak alım politikalarını belirlemektedir.

İlaç stoklarının azaltılması mal sağlayıcılarının satışlarının belirli bir süre için düşmesine neden olacaktır. Eczanelerin alımlarını talep miktarında gerçekleştirilmesi, yani talebin üzerinde mal alarak stokta bulundurmaması, sağlayıcıların sınırlı bir süre daha düşük miktarda satış yapması sonucunu doğuracaktır. Stokların azaltılması hususu İEİS Yönetim Kurulu'nun 102 sayılı Kararı'yla ilişkilendirilerek değerlendirildiğinde, eskisinden daha dar koşullarla satış yapan firmalar üzerinde eski koşullara dönülmesi amacıyla baskı kurulmak istendiği ortaya çıkmaktadır. Eczanelerin alımlarını daraltmasıyla, sınırlı kar marjıyla ve yüksek banka kredileriyle çalışan sağlayıcılar, arz fazlasının da etkisiyle satış koşullarını genişletmek durumunda kalacaktır.

Eczanelerin talebi kısması ancak kısa bir süre için mümkündür, çünkü ilaca olan talep üzerinde eczacının etkisi oldukça sınırlıdır. İlaça olan talep büyük ölçüde doktor tarafından belirlenmektedir. Resmi reçeteli ilaçlarda reçetede yazılı olan ilaç yerine ucuz eşdeğerinin verilebilmesi yetkisinin eczacılar tarafından nadiren kullanılması ve eczacı önerisiyle yapılan ilaç satışlarının ise toplam satışlar içinde oldukça küçük bir payı ifade etmesi, eczacının talebi yönlendirmedeki etkisinin fazla olmadığını göstermektedir. Bu çerçevede, eczanelerin stoklarını azaltması, uzun vadede talebin kısılması sonucunu doğurmayacak, yalnızca kısa vadede sağlayıcıların satışları üzerinde etkili olabilecektir.

Sonuç olarak, işletmelerin münferiden vermesi gereken ekonomik kararların birlikte belirlenmesi anlamına gelen bu sınırlama, 102 sayılı Karar'ın ortadan kaldırılması noktasında mal sağlayıcıları üzerinde rekabetçi olmayan bir baskının kurulmasına yönelik olup, uzun vadede ilaca olan talebi azaltabilecek nitelikte değildir.

"Firma kampanyalarına katılmama"

Sağlayıcı firmalar yılda birkaç kez kampanya düzenleyerek satış koşullarını genişletmektedir. Kampanya süresinde vadeler uzatılmakta ve

mal fazlası ile iskonto artırılmaktadır. Eczaneler, kampanya sırasında daha yüksek seviyede alımda bulunmakta, hatta satış artırıcı unsurların etkisiyle plansız alıma yönelip nakit sıkıntısına düşebilmektedir.

Kampanya, sağlayıcı seviyesindeki arz fazlasının ecza deposu kanalıyla eczaneye kaydırılmasının bir aracıdır. Eczanelerin kampanyalara katılmaması, mal fazlasının sağlayıcılarda kalmasına ve sağlayıcılarının geçici bir süre için nakit sıkıntısına girmesine neden olabilecektir. Bu yönüyle “firma kampanyalarına katılmama” başlığı da, sağlayıcılar üzerinde rekabetçi olmayan bir baskı oluşturulmasına yöneliktir.

“Yeni ilaçların talep olunca alınması”

Eczaneler, mevcut ilaçların alımında, bunların satışlarının ne sıklıkla gerçekleştiğini dikkate almaktadır. Diğer yandan, pazara yeni çıkan bir ilaca olan talebin nasıl seyredeceği ve bu ilacın pazarda tutunup tutunamayacağını öngörülmesi eczaneler açısından güçtür. Buna bağlı olarak, yeni ilaçların alımı, özellikle diğer ilaçlarda olduğu gibi yeni ilaçlarda da yüksek stokla çalışılması, eczaneler bakımından risklidir. Bu bağlamda, yeni ilaçların az miktarda alınarak rafta bekletilmemesi veya reçete sahiplerinden talep oldukça depolardan bu ilaçların temin edilmesi, yeni ilaç alımının getireceği riski azaltacaktır.

102 sayılı Karar’ın uygulandığı yaklaşık 3 aylık dönemde, yeni ilaçların az sayıda alınarak mal sağlayıcıları üzerinde baskı kurulması mümkün değildir, çünkü kesin olarak bilinmemekle birlikte bu dönemde pazara yeni çıkan ilaç sayısının fazla olmadığı tahmin edilmekte olup, yeni ilaçların yalnızca talep oldukça alınmasıyla sağlayıcılar üzerinde caydırıcı baskı kurulması olanaklı değildir. Özetle, alım koşullarının birlikte belirlenmesi durumuna örnek olan bu sınırlama, sağlayıcılar üzerinde baskı kurulması noktasında fazla önemli bir araç değildir.

“Vadeli alımlara yönelme”

Eczanelerin vadeli alımlara yönelmesi, sağlayıcıların nakit akışında bozukluklara yol açabilecek niteliktedir. Peşin alımlar yerine vadeli alımlar tercih edilmesiyle, o anda satın alınan ilacın bedeli aylar sonra ödenecek ve bu şekilde sağlayıcılar üzerinde sınırlamaların uygulanmasından vazgeçilmesine yönelik baskı kurulabilecektir.

TEB’den alınan yazılı savunmalarda; eczanelerin, satışların çoğunun yapıldığı resmi kurum ve kuruluşlardan olan alacaklarını gecikmeli tahsil edebildiği, bu nedenle peşin alımların tercih edilmesinin eczanelerin nakit pozisyonunu olumsuz etkileyebileceği belirtilmiş ve bu

başlığın 102 sayılı Karar'la ilgili olmayıp eczacılık işletmeciliğinin genel unsurlarından birini yansıttığı ileri sürülmüştür. "Vadeli alımlara yönelme" şeklindeki sınırlama 102 sayılı Karar'dan bağımsız olarak değerlendirildiğinde de, eczanelerin münferiden alması beklenen ekonomik kararların ortaklaşa alınarak birlikte hareket edilmesinin sağlanmak istendiği görülmektedir.

Sonuç olarak anılan sınırlama, hem sağlayıcılarla ilişkiler hem de eczaneler arasındaki rekabet açısından rekabeti kısıtlayabilecek niteliktedir.

"Alımlarda mümkün olduğu kadar eczacı kooperatiflerinin tercih edilmesi"

Bu başlık rekabet hukuku açısından, 102 sayılı Karar karşısında ortak hareket edilmesi ve özel ecza depolarının pazar dışına çıkarılması noktalarında tartışılmıştır. Eczaneler eczacı kooperatiflerinin hem ortağı hem de müşterisi konumundadır. Eczaneler tarafından kurulan kooperatifler, mevzuat gereği yalnızca eczanelere satış yapmakta ve bunların karının önemli bir kısmı yapılan alımların büyüklüğüne göre eczacılara "risturn" adı altında ödenmektedir. Bu ilişki nedeniyle kooperatifler, eczanelere mümkün olduğunca geniş satış koşullarıyla mal sunmaktadır. Eski fiyatla satış yapılması, uzun vade verilmesi ve eczanelerin günde birden fazla ziyaret edilerek mal verilmesi kooperatiflerin sunduğu avantajlı koşullara örnektir. Bu itibarla, kooperatiflerin tercih edilmesiyle 102 sayılı Karar'la sınırlandırılan satış koşullarından fazla etkilenilmemesi ya da teşebbüs birliği kararında yer bulduğu gibi "102 sayılı Karar'dan mümkün olduğunca az etkilenilmesi" beklenmiştir.

Diğer taraftan, 102 sayılı Karar'a uygun hareket etmeyen ecza depolarına karşı mal vermeme yaptırımının uygulanmasının öngörülmesi, sermaye yapıları zayıf olan kooperatiflerin mal sağlayıcılarından sınırlı koşullarla mal alırken eczanelere geniş koşullar sunmasının ancak kısa bir süre için mümkün olabilmesi sonucunu getirecektir. Buna bağlı olarak, 102 sayılı Karar'dan mümkün olduğunca az zarar görme noktasında eczacı kooperatiflerinin tercih edilmesi fazla etkili olmayacaktır. Bildirim tarihi itibarıyla eczane sahibi eczacılarının yaklaşık üçte birinin kooperatiflere ortak olmadığı düşünüldüğünde, bu tespit daha da güçlenmektedir. Buna karşın, eczanelerin birbirlerinden bağımsız olarak hareket etmesi gereken bir konuda TEB bünyesinde karar

alınması, amaç yönüyle talebin pazar dışında belirlenmesi durumuna örnek oluşturmaktadır.

“İthal ilacın durumunun tartışmaya açılması”

İthal ilacın toplam satışlar içindeki payı gitgide artmaktadır. İthal ilaç fiyatlarının yerli firmalarca üretilen eşdeğerlerinininkinden yüksek olması ve aynı zamanda yerli ilaç üreticilerinin çoğunlukla yabancı işletmelere göre daha esnek satış koşulları uygulaması nedeniyle, ithal ilacın toplam satışlar içindeki payının artması eczaneleri ilgilendirmektedir. İthal ilacın pazardaki yerinin tartışılmasının, İEİS'nin aldığı teşebbüs birliği kararıyla bir ilgisi bulunmamaktadır.

- Karar'ın 4054 Sayılı Kanun Karşısında Değerlendirilmesi

İEİS'den alınan şikayet başvurusunda, TEB ve bağlı eczacı odalarının 102 sayılı Karar'a karşı aldığı kararların ve uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6 ncı maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı sonucunda alınan Karar'ın Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında olup olmadığı değerlendirilmesinden önce, Karar'ın hakim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde sayılıp sayılamayacağı tartışılmalıdır.

4054 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesindeki “hakim durum” tanımına göre birlikte hakim durum, “belirli bir piyasadaki birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü”nü ifade etmektedir. TEB çatısı altında birlikte hakim durumun söz konusu olup olmadığı belirlenmesinde, eczaneler arasındaki rekabetin niteliği, eczanelerin benzerlikleri veya farklılıkları ile ilaç pazarındaki dikey ilişkilerin yapısı göz önünde bulundurulmuştur.

Soruşturmaya konu teşebbüs birliği kararının alındığı sırada, beşeri ilaç pazarının perakende satış seviyesinde yaklaşık 19.000 eczanenin etkinlik gösterdiği bilinmektedir. Bunlar arasında yoğun rekabet yaşanmaktadır. Eczane kar marjının satış fiyatı üzerinden %20'yle sınırlı olmasına karşın resmi reçete sahiplerinden %10 ve %20 oranındaki katılım paylarının alınmaması, rekabetin yoğunluğunun bir yansımasıdır.

Teşebbüsler arasındaki rekabetin yoğun olmaması, alıcılardan, satıcılardan veya rakiplerden bağımsız hareket edebilmenin önemli unsurlarındandır. Rekabetin şiddetli oluşuna bağlı olarak teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız hareket etme eğiliminde olması ve bu nedenle rekabeti kısıtlayabilecek bir etkinin rakip, alıcı veya satıcıdan bağımsız

olarak oluşan ortak bir irade tarafından yaratılması olasılığının düşük olması, bu yaklaşımı açıklamaktadır. 19.000 eczanenin, aralarındaki rekabetin niteliği ve yoğunluğu çerçevesinde, pazarın rekabet yapısı üzerinde büyük etki oluşturacak şekilde ortak irade sergilemesi oldukça güçtür ki, bu durumda birlikte hakim durumdan söz etmek mümkün değildir.

Eczaneler buldukları konum (hastanelere ve resmi kuruluşlara uzaklık vb.), satışları doğrultusunda şekillenen alımlarının büyüklüğü ve sıklığı ile hangi resmi veya özel kuruluşlarla anlaşmalı olduğuna bağlı olarak farklılaşmaktadır. Buna bağlı olarak, eczanelerin ortak ekonomik çıkarlar doğrultusunda birlikte hareket etmesi olasılığı oldukça düşüktür. Diğer yandan, dayanağını mevzuattan almayan rekabeti sınırlayıcı bir kararın meslek örgütlerince tüm eczanelere duyurulması ve alınan kararın eczaneler tarafından uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi de oldukça zordur. Kaldı ki, meslek örgütlerinin, tüm eczanelerin resmi reçete sahiplerinden katılım payı almasını sağlamaya yönelik denetim yapmasına ve yaptırım uygulamasına, katılım payının alınmamasının resmi ve özel kuruluşlarla yapılan sözleşmelerin feshedilmesini gerektiren fiillerden biri olmasına karşın katılım payı alınmamasının yaygın bir uygulama olması, meslek örgütlerince alınan ekonomik kararların eczanelerin davranışları üzerinde birlikte hakim durumu gerektirecek kadar etkili olmadığını göstermektedir.

Rekabet hukuku uygulamalarında birlikte hakim durum, genellikle az sayıda teşebbüsün oluşturduğu pazar gücünü tanımlamakta kullanılmaktadır. Çok sayıda teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı anlaşma veya karara taraf olduğu durumlarda, anlaşma veya karara uygun hareket edilip edilmediğinin belirlenmesi güçleşmekte ve işlemin uygulanma süresi ile pazarda yaratılan etki sınırlı kalmaktadır. Potansiyel ve mevcut rekabeti önemli ölçüde sınırlayabilecek, pazarın yapısını etkileyebilecek birlikte hakim durumdan, çok sayıda teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı işleme taraf olduğu hallerde söz etmek –istisnai örnekler dışında- neredeyse olanaksızdır. Bu bağlamda, 19.000 eczanenin hakim durumdaki bir teşebbüs gibi hareket edebilmesi mümkün değildir.

Sağlayıcılarla eczanelerin doğrudan ekonomik ilişkisi söz konusu olmamakla birlikte, sağlayıcılarca alınan 102 sayılı Karar'ın bir süre uygulanması sonucunda eczanelerin alım koşulları etkilenmiştir. Eczanelerden bağımsız ekonomik değişkenleri belirleme gücünü ve iradesini sergileyen İEİS üyesi firmalara karşı, eczanelerin etkili işlemlerde bulunması zordur. Eczanelere göre sayıca çok daha az olan ve satış hacmi, sermaye yapısı gibi unsurlara göre daha büyük işletmeler

olan sağlayıcılara karşı, eczanelerin geniş etkili ve uzun süreli eylemlerde bulunabilmesi beklenmemelidir. Nitekim, TEB bünyesinde alınan Karar'ın başlıklar halinde değerlendirilmesinde de ifade edildiği gibi, Karar sağlayıcılar üzerinde belirli bir süre baskı kurulmasına yönelik olup, bunun etkin uygulanması durumunda bile doğacak etki ancak belirli boyutlarda olabilecektir.

Diğer yandan, ilaç satışlarının yaklaşık %90'ının özel ve resmi reçeteli ilaçlardan kaynaklanması, dolayısıyla doktor tercihinin satışlar üzerinde büyük ölçüde belirleyici olması, eczacı önerisiyle yapılan ilaç satışlarının önemsiz seviyelerde seyretmesi ve eczacının resmi reçetede yazılı olan ilaç yerine ucuz eşdeğerini verme yetkisini nadiren kullanması eczacının ilaca olan talep üzerindeki etkisinin oldukça sınırlı olduğunu göstermektedir. İlacın doğrudan insan sağlığıyla ilgili bir ürün olması nedeniyle, gerekli olduğu durumlarda bir şekilde temin edileceği de dikkate alındığında, eczacının ilaca olan talebi toplamda etkileyemeyeceği veya belirli ürünlere yönlendiremeyeceği anlaşılmaktadır. Böylece, beşeri ilaç pazarındaki dikey ilişkilerde eczanelerin belirleyici konumda olmadığı görülmektedir.

Bu tespitler çerçevesinde, beşeri ilaç pazarının özellikleri göz önünde bulundurularak, 19.000 eczane sahibi eczacının iradesini temsil eden TEB bünyesinde birlikte hakim durumun söz konusu olmadığı ve TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı sonucunda alınan teşebbüs birliği kararının yalnızca Kanun'un 4 üncü maddesi açısından değerlendirilmesi mümkündür. 13.09.2000 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısında da, şikayetçi İEİS'nin temsilcisi Karar'ın yalnızca Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında olduğunu ileri sürmüştür.

TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı sonucunda alınan teşebbüs birliği kararının 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında olup olmadığı, sağlayıcılar üzerinde rekabet koşullarının dışında baskı oluşturulması ve talebin pazar dışında belirlenmesi noktaları üzerinde durularak değerlendirilmiştir.

Soruşturmaya konu olan Karar'ın oluşum süreci ve Karar'ın başlıkları dikkate alındığında, 102 sayılı Karar'ın uygulanmasına son verilmesi noktasında sağlayıcı firmalar üzerinde baskı kurulmaya çalışıldığı görülmektedir. Stokların azaltılması, firma kampanyalarına katılmaması ve vadeli alımlara yönelinmesiyle belirli bir süre alım miktarının azaltılması ve depolar aracılığıyla sağlayıcılara olan nakit akışının geciktirilmesi amaçlanmıştır. Böylece, arz fazlasının ve yoğun

rekabetin etkisiyle sağlayıcıların 102 sayılı Karar'dan önceki satış koşullarına döneceği beklenmiştir. 102 sayılı Karar'ın uygulanmasının 1998 yılı Nisan ayı ortalarında son bulması nedeniyle, aynı yılın Şubat ayının sonlarında TEB bünyesinde alınan Karar'ın sağlayıcılar üzerinde baskı kurulması noktasında etkili olup olmadığı gözlenememiştir.

4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde, rekabetin sınırlanması amacını taşıyan işlemler ile bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikteki işlemler yasaklanmaktadır. Söz konusu maddede, yaşama geçirilmemekle birlikte rekabetin kısıtlanması amacının taşınması, ihlalin oluşması için yeterli sayılmıştır. Bu bağlamda, TEB bünyesinde alınan Karar'ın amacı ve doğurabileceği sonuçlar önem taşımaktadır.

Eczanelerin münferiden alması gereken ekonomik kararların teşebbüs birliği niteliğindeki TEB bünyesinde alınması, eczanelerin ortak hareket etmesine yönelik olup, sağlayıcılar üzerinde baskı kurulması açısından rekabetin sınırlanması amaçlıdır. Bu nedenle, TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı sonucunda alınan Karar, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamındadır. Pazarda etki yaratılıp yaratılmadığının yukarıda açıklanan nedenle gözlenememiş olması 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesine aykırılık olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu hususlar, ihlalin ağırlığının belirlenmesinde dikkate alınmıştır.

Önaraştırma döneminde yapılan görüşmelerin bazılarında, Karar'ın uygulanmasıyla ilgili şu görüş ve tespitlere yer verilmiştir. 26.05.1999 tarihinde yapılan görüşmede; TEB Merkez Heyeti Başkanı Ecz.M D, eczacıların Karar'a anılan dönemde uyduğu yönünde kişisel gözlemi olduğunu belirtmiştir. 28.05.1999 tarihinde yapılan görüşmede; TEB 3. Bölge Eczacı Odası Başkanı Ecz.M. A. S. aynen "Eczanelerin büyük bir kısmı tarafından bu kararların uygulandığını sanıyorum. Piyasadan böyle bir izlenim çıkarabiliriz. Eğer biz böyle kararlar almasaydık, serbest eczacıların bu kararlara uygun tavırlarla hareket etmeleri mümkün olmazdı." demiştir.

TEB'den alınan yazılı savunmalarda, Karar'ın yalnızca basit eczane işletmecilik kurallarının hatırlatılmasına yönelik olduğu ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında sayılmayacağı iddia edilmiştir. Soruşturmaya konu olan Karar'ın, iddia edildiği gibi, eczanelerin etkinliğini artırmaya ve işleyişlerindeki birtakım aksaklıkların işaret edilmesine yönelik olduğu kabul edildiğinde bile, alım koşullarının birlikte belirlenmesi veya bu konuda önerilerde bulunulması, bağımsız hareket etmesi gereken teşebbüslerin ortak bir irade

sonucunda ortak davranması etkisini doğuracaktır ki, bu durumda da 4 üncü maddenin ihlali söz konusu olacaktır. Kaldı ki, alınan Karar altındaki başlıkların çoğu, eczane işletmeciliğine ilişkin genel hususların ötesinde 102 sayılı Karar'la doğrudan ilgili noktalar içermektedir.

26.05.1999 tarihinde yapılan görüşmede, TEB Merkez Heyeti Başkanı Ecz.M. D. "...Bu toplantıda, ilaç üreticilerinin söz konusu kararı alırken öne sürdükleri gerekçelerin gerçekçi bulunmadığı tespit edilmiş, eczacıların iradesi dışında alınan karardan görülebilecek zararın en alt seviyede kalmasını sağlamaya yönelik bazı önlemler alınmıştır...İlaç üreticileri kararlarını kararlılıkla uzun süre uygulasalardı, mal almamaya kadar eylemliliğimizi yükseltirdik..." şeklinde görüş belirtmiştir. Bu ifadelerden, alınan Karar'ın İEİS Yönetim Kurulu'nun 102 sayılı Kararı'na karşı alındığı açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, TEB bünyesinde alınan Karar'ın –"ithal ilacın tartışmaya açılması" başlığı dışında- yalnızca eczane işletmeciliğini ilgilendiren genel hususlar olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

TEB'in yazılı savunmalarında, TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı sonucunda alınan Karar'ın ilgili mevzuata dayanılarak alındığı iddiasına yer verilmiştir. 6643 sayılı "Türk Eczacılar Birliği Kanunu" na göre eczacıların mesleki faaliyetlerinin kolaylaştırılması TEB'in görevleri arasında bulunmaktadır. Ancak, bu görevlerin hangi hususları içerdiği ilgili mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlenmiştir ve bunlar arasında talebin pazar dışında belirlenmesi yer almamaktadır. TEB'in bu görevleri yerine getirirken hem ilgili mevzuata hem de diğer Kanun ve sair düzenlemelere uyması gerekmektedir. Bu bağlamda, 6643 sayılı Kanun'da TEB'in görevlerinden biri olarak belirlenen bu hususa dayanılarak hareket edildiği kabul edilemez bir savunmadır.

- İhlalin Ağırlığı

TEB bünyesinde alınan Karar'la oluşan ihlalin ağırlığının belirlenmesi noktasında, bazı hafifletici nedenlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bununla ilgili olarak, Karar'ın yaptırım içermemesi, Karar sonucunda oluşan etkinin oldukça sınırlı olması, beşeri ilaç pazarındaki dikey ilişkilerde eczanelerin belirleyici olmaması ve TEB bünyesinde alınan bu tür kararların etkin bir şekilde uygulanmasının güçlüğü değerlendirilmiştir.

TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı'nda; ilaç stoklarının azaltılması ve firma kampanyalarına katılmaması gibi eczanelerin alım koşullarını ilgilendiren kararlar alınmış, ancak alınan

kararlara uygun hareket etmeyen eczacılara karşı herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Öneri döneminde TEB ve bazı eczacı odalarında yapılan incelemelerde, TEB bünyesinde alınan Karar çerçevesinde hareket edilip edilmediğinin izlendiğini ve Karar'a uyulmaması nedeniyle herhangi bir eczacıya yaptırım uygulandığını gösteren bir hususa rastlanmamıştır. Yine aynı dönemde eczane sahipleriyle yapılan görüşmeler de bu tespiti destekler niteliktedir.

TEB bünyesinde alınan ve 27.02.1998 tarihli olan Karar'ın pazardaki etkisi, 102 sayılı Karar'ın uygulamasının 1998 yılı Nisan ayı ortalarında son bulması nedeniyle, oldukça sınırlı kalmıştır. Bazı yönleriyle mal sağlayıcıları üzerinde baskı kurulmasına yönelik olan Karar bu etkiyi doğurmamış, İEİS Yönetim Kurulu'nun 102 sayılı Kararı'nın uygulanması ise Sağlık Bakanlığı'nın zam vermesiyle sona ermiştir.

İlaç pazarındaki dikey ilişkilerde eczanelerin belirleyici güce sahip olmaması, 19.000 eczacının iradesini temsil eden TEB'in bünyesinde alınan ve dayanağını ilgili mevzuattan almayan benzer kararların etkin bir şekilde uygulanmasının neredeyse mümkün olmaması, pazarda oluşabilecek muhtemel zararın ağırlığının fazla olmadığını göstermektedir.

2. TEB 31. Olağan Büyük Kongresi'nde Alınan Karar

- Karar'ın 4054 Sayılı Kanun Karşısında Değerlendirilmesi

4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde; belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre, teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin rekabeti kısıtlama amaçlı davranışları, bu amacı taşımaları bile ortaya çıkan ekonomik sonucun rekabeti kısıtlayıcı olması veya potansiyel rekabetin kısıtlanma ihtimalinin bulunması hukuka aykırılık açısından ayrı ayrı yeterli sayılmıştır.

Kanun'un 4 üncü maddesinde, teşebbüslerin faaliyetleri ile ilgili konularda münferiden ve bağımsızca ekonomik karar almaları öngörülmüştür. Ancak, teşebbüslerin bağımsız karar alabilme olanağı, etkinlik gösterilen pazarın mevzuatla düzenlenmiş olup olmadığına göre farklılık gösterebilmektedir. Düzenlenmemiş pazarlardaki teşebbüsler

herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın arz, maliyet, fiyat, kar gibi parametreleri serbestçe belirlerken, düzenlenmiş pazarlardaki teşebbüsler ekonomik kararlarını ilgili mevzuat çerçevesinde oluşturmak durumundadır.

İlaç pazarının perakendeci seviyesinde reklam yapılmasının yasaklanması, ilacın azami perakende satış fiyatının belirlenmesi gibi düzenlemeler, eczanelerin bağımsızca ekonomik karar alma olanağını sınırlandırmış olmakla birlikte, bunu tamamen ortadan kaldırmamıştır. Eczanelerin, Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen azami perakende ilaç fiyatlarının altında bir fiyattan ilaç satışını da içermek üzere, mevzuatta açıkça yasaklanmayan konularda münferiden ve bağımsızca karar alma özgürlüğü bulunmaktadır. Bu çerçevede, TEB 31. Olağan Büyük Kongresi'nde alınan, eczanelerin belirlenen azami fiyatların altında bir fiyattan ilaç satışı yapmasını, dolayısıyla eczanelerin münferiden ve bağımsızca ekonomik karar almasını engelleyen teşebbüs birliği kararı açıkça 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesine aykırıdır.

İlacın perakende satışı seviyesinde tüketici davranışları ve geri ödeme sistemi çerçevesinde şekillenen pazar koşullarının eski fiyatlardan ilaç satışı yapmayı büyük oranda rekabet unsuru olmaktan çıkardığı ve eczanelerin yeni fiyatlara geçmesini ödüllendirdiği, bu nedenle yeni fiyatlara geçmenin eczanelerden beklenen rasyonel bir davranış olduğu, dolayısıyla TEB 31. Olağan Büyük Kongresi'nde alınan teşebbüs birliği kararının mevcut rekabet ortamı üzerinde etkisinden söz edilemeyeceği gerçeği; eczanelerin eski fiyatla ilaç satma konusunda bağımsız karar almasını engelleyen söz konusu teşebbüs birliği kararının 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesini ihlal eden niteliğini değiştirmemektedir.

4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde rekabetin sınırlanması sonucunu doğuran işlemlerin yanı sıra rekabeti sınırlayabilecek nitelikteki işlemler de yasaklanmıştır. Dolayısıyla, pazarda herhangi bir etki yaratmamakla birlikte doğurabileceği sonuç itibarıyla bir işlemin 4 üncü madde kapsamında sayılabileceği açıktır. Bu itibarla, TEB 31. Olağan Büyük Kongresi'nde alınan teşebbüs birliği kararının pazardaki rekabeti etkilememiş olması 4 üncü maddeye aykırılık oluşturduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Diğer taraftan, pazar koşullarında ve meslek örgütlerinin mevcut tutumunda bazı değişikliklerin olması durumunda, yeni fiyatlara geçilip geçilmediğinin denetlenmesi ve konuyla ilgili yaptırım uygulanması rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabilecektir. Şöyle ki; devlet tarafından yapılan geri ödemenin kapsamının yüzde (hasta katılım payının artması) ve ürün sayısı bazında daralması söz konusu

olduğunda, tüketicinin cebinden yapacağı ilaç harcamasının artmasına bağlı olarak eczanelerin yeni fiyata geçip geçmemesi tüketicinin eczane seçiminde etkili olabilecektir. Tüketicinin eczaneler arasında mevzuatın öngördüğü ölçüde oluşabilecek fiyat farklılıkları konusunda daha bilgili hale gelmesi de, eczaneler arasındaki rekabet koşullarını değiştirebilecektir. Bu şekilde sayılan değişikliklerin söz konusu olması durumunda, eczanelerin sürşarj yapıp yapmadığının kontrol edilmesi ve yeni fiyatlara geçmeyen eczacıların cezalandırılmasının, rekabeti sınırlayacak etkiler doğuracağı açıktır.

TEB'in konuyla ilgili savunmalarında, ilaçların Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen fiyatlardan satılmasının bir zorunluluk olduğu, ilaçların eczanelerde değişik fiyatlarla satılmasının eczacılara olan güvenin sarsılmasına ve eczaneler arasında haksız rekabet yaratılmasına yol açacağı hususlarının yanında, yeni fiyatlara geçilmesinin eczanelerin enflasyonun karşısında zarara uğramaması açısından gerekli olduğu dile getirilmiştir. Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen fiyatlar sabit fiyatlar olmayıp ilaçların satılacağı azami değerleri ifade etmektedir. Dolayısıyla, Bakanlık'ın ilaç satışında uygulanacak tek bir fiyat belirlediğinden söz etmek mümkün değildir. Öte yandan, teşebbüs niteliğinde olan ve ticari gereklere göre hareket eden eczanelerin enflasyon, faiz oranları gibi parametreleri de içeren piyasa koşullarında zararlarını azaltıcı veya karlarını artırıcı ekonomik kararları ve tedbirleri münferiden almaları beklenmektedir. Son olarak, eczanelerin eski fiyatlarla ilaç satmasının önünde herhangi bir engelin söz konusu olmaması, bundan da öte eczanelerin eski fiyatla ilaç satışı yapma hakkına sahip olmaları nedeniyle, eski fiyatlardan ilaç satışı yapan eczanelerin diğer eczanelere karşı haksız rekabet ortamı yaratmadığı açıktır.

- İhlalin Ağırlığı

Eski fiyatlarla satış yapılmasının eczaneler arasında yaygın olmaması, başka bir deyişle, eczanelerin halihazırda sürşarj yapmaları, TEB 31. Olağan Büyük Kongresi'nde alınan teşebbüs birliği kararının pazar üzerindeki etkisinin oldukça sınırlı kalmasına neden olmuştur.

Eczanelerin yeni fiyatlara geçip geçmediğinin düzenli olarak denetlenmemesi, konuyla ilgili denetimlerin şikayet üzerine yapılması, bunun yanında eczacı odaları haysiyet divanları ve TEB Yüksek Haysiyet Divanı tarafından sürşarj yapılmamasıyla ilgili verilen cezaların yazılı ihtarla sınırlı tutulması hususları ceza takdirinde hafifletici unsurlar olarak dikkate alınmıştır.

3. Ceza Takdiri

4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin ikinci fıkrasında; Kanun 4 ve 6 ncı maddeleri ile 11(b) inci maddelerinde yasaklanan davranışlarda bulunanlara, 2.433.600.000 TL.'den (2000/1 sayılı Tebliğ ile değişik) az olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birliklerinin ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirin yüzde onuna kadar para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin dördüncü fıkrası ise, "Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır." şeklindedir. Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında olan teşebbüs birliği kararlarıyla ilgili TEB'e verilen para cezasının takdirinde, 16 ncı maddenin 4 üncü fıkrasında belirtilen unsurlar ile pazarın özel koşulları ve 4 üncü maddeye aykırı olan işlemlerin niteliği gibi ihlalin ağırlığını belirleyen hususlar göz önünde bulundurulmuştur.

J- SONUÇ

Tarafların karşılıklı iddiaları, savunmalar, toplanan tüm bilgi ve belgeler ile Soruşturma Raporu ve sözlü savunma toplantısındaki açıklamalar değerlendirilerek;

1. 27.02.1998 tarihinde yapılan Türk Eczacıları Birliği 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısı'nda alınan Karar'ın ve bu Karar doğrultusundaki eylemlerin alım koşullarının pazar dışında belirlenmesi ve talebin kısılarak mal sağlayıcıları üzerinde baskı kurulması amaçlı ve bu etkileri doğurabilecek nitelikte olması nedeniyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında bir ihlal olduğuna OYÇOKLUĞUYLA,

2. 04-07.12.1997 tarihlerinde yapılan Türk Eczacıları Birliği 31. Olağan Büyük Kongresi'nde sürşarjla ilgili alınan Karar'ın ve bu Karar'la ilgili olarak Eczacı Zübeyde Yiğitalp'e İzmir Eczacı Odası'nca verilen cezanın Türk Eczacıları Birliği tarafından onaylanması uygulamasının, ilacın perakende satış seviyesindeki rekabeti sınırlama amaç ve etkisini taşıdığına, ayrıca eczanelerin bağımsızca ticari karar alma özgürlüğünü kısıtladığına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında bir ihlal olduğuna OYÇOKLUĞUYLA,

3. Bu nedenle, Türk Eczacıları Birliği'nin 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası gereğince takdiren 2.433.600.000 TL. para cezası ile cezalandırılmasına OYÇOKLUĞUYLA,
karar verilmiştir.

Dosya Konusu : Eczacıbaşı Holding A.Ş., Girişim Pazarlama A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Sanayi ve Tic. A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. ve Corridor International Turkey, LLC'nin iştirak edecekleri bir ortak girişim şirketi kurulması işlemine izin ve bu şirketin Ortaklık Anlaşması'ndaki "Rekabet Etme Yasağı" hükmüne menfi tespit belgesi verilmesi talebi.

Dosya Sayısı : D1/1/H.Y.-00/3 (Ortak Girişim)
Karar Sayısı: 00-36/398-224

Karar Tarihi : 26.09.2000

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof.Dr.M.Tamer MÜFTÜOĞLU
Üyeler : M. Zeki UZUN, Sadık KUTLU, Nejdet
KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK, A. Ersan GÖKMEN, R.Müfit
SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER.

B- RAPORTÖRLER: Hilal YILMAZ, Harun ULU

C- BİLDİRİMDE BULUNAN: Eczacıbaşı Holding A.Ş.
Temsilcisi: Prof. Dr. Arif Esin
Akaretler S.Seba Cad. No:67 80680
Beşiktaş-İSTANBUL

D- TARAFLAR: - Eczacıbaşı Holding A.Ş.
(Büyükdere Cad. 193, 80640, Levent-İSTANBUL)
- Girişim Pazarlama A.Ş.
(Mehmetcik Cad. Fulya Mah. No:63, 80290,
Mecidiyeköy-İSTANBUL)
- Eczacıbaşı İlaç Sanayi ve Tic. A.Ş.
(Büyükdere Cad. No:185, 80640, Levent-
İSTANBUL)
- Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.
(Büyükdere Cad. No:185, 80640, Levent-
İSTANBUL)
- Corridor International Turkey, LLC
(6405 Metcalf, Suite 108 Overland Park, KS 66202,
USA)

E- DOSYA KONUSU: Eczacıbaşı Holding A.Ş., Girişim Pazarlama A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Sanayi ve Tic. A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. ve Corridor International Turkey, LLC'nin iştirak edecekleri bir ortak girişim şirketi kurulması işlemine izin ve bu şirketin Ortaklık Anlaşması'ndaki "Rekabet Etme Yasağı" hükmüne menfi tespit belgesi verilmesi talebi.

F- DOSYA EVRELERİ : Kurum kayıtlarına 02.08.2000 tarih, 3334 sayı ile giren bildirim üzerine, 4054 sayılı Kanun'un 5,7 ve 8 inci maddeleri ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve

Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucu düzenlenen 20.09.2000 tarih ve D1/1/H.Y.-00/3 sayılı Ortak Girişim Ön İnceleme Raporu, 22.09.2000 tarih ve REK.0.05.00.00/96 sayılı Başkanlık önergesi ile 00-36 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

- Eczacıbaşı Holding A.Ş., Girişim Pazarlama A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Sanayi ve Tic. A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. ve Corridor International Turkey, LLC teşebbüslerinin, bir ortak girişim şirketi olan Eczacıbaşı-Corridor Sağlık Ürünleri ve Hizmetleri A.Ş.'yi kurma işleminin, taraf şirketlerin pazar payı ve cirolarının 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4 üncü maddesinde belirtilen eşiklerin altında kalması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir işlem olmadığı,

- Eczacıbaşı-Corridor Sağlık Ürünleri ve Hizmetleri A.Ş. Ortaklık Anlaşması'nın, "Rekabet Etme Yasağı" başlıklı 7.02 maddesinin (a) bendinde yer alan, ana şirketlerin ortak girişim şirketinde hissedarlıkları devam ettiği sürece ortak girişim şirketiyle ilgili pazarda rekabet etmeyeceklerine ilişkin hükmün, yoğunlaşma işlemi için doğrudan ilgili ve gerekli olması nedeniyle yan sınırlama olarak değerlendirilmesi gerektiği,

- Eczacıbaşı-Corridor Sağlık Ürünleri ve Hizmetleri A.Ş. Ortaklık Anlaşması'nın, 7.02 (b) maddesinde yer alan, hissesini diğer ortağa devreden ana şirkete süresiz rekabet etme yasağı getiren hükmün; 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesini ihlal ettiği, aynı Kanun'un 5 inci maddesindeki şartları taşımadığından Ortaklık Anlaşması'na bireysel muafiyet verilemeyeceği, yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli olmadığından bu hükmün anlaşmadan çıkarılması gerektiği, çıkarılması halinde ise anlaşmaya menfi tespit belgesi verilebileceği, düşünülmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1. İlgili Pazar

a) Ürün Pazarı: Bildirime konu, kurulacak olan Eczacıbaşı–Corridor Sağlık Ürünleri ve Hizmetleri A.Ş., evde gerçekleştirilen fizik tedavi hizmetleri, hemşirelik hizmetleri, rehabilitasyon, hastaya periyodik olarak bağlanan tıbbi cihazlar, evde yapılacak tanı hizmetleri, solunum terapisi (ev nemlendirme uygulamaları dahil) sağlama alanında etkinlik gösterecektir

Hastanın kişisel bakımını uzun süreli olarak gerçekleştiremiyor olması, hasta ailesinin ve çevresinin olumsuz yönde etkilenmesine ve sosyal sorunların doğmasına neden olabilmektedir. Bu durumdaki hastaların tedavi maksatlı yer değiştirmeleri (ambülasyon) genellikle yüksek maliyetler doğurmaktadır. Hastanın evinde verilen sağlık ve bakım hizmetlerinin dolaylı olarak hastane hizmetleriyle ikame edilebilmesi mümkün olmakla birlikte ürünün fiyatı ve kalitesi bakımından hastane hizmetlerinden ayrı bir pazar olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle, konunun değerlendirilmesinde ilgili ürün pazarı, hastanın evinde verilen sağlık ve bakım hizmetleri pazarı olarak belirlenmiştir.

b) Coğrafi Pazar: Bildirime konu olan işlemin etkili olacağı ilgili coğrafi pazar, anlaşmanın yürürlükte bulunacağı Türkiye Cumhuriyeti, Azerbaycan, Kazakistan, Özbekistan, Türkmenistan, Kırgızistan ve Ortadoğu Ülkeleri'dir. 4054 sayılı Kanun'un uygulama alanı bakımından konunun değerlendirilmesinde ilgili coğrafi pazar, Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak kabul edilmiştir.

2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Eczacıbaşı Grubu bünyesinde yer alan firmalardan Eczacıbaşı Holding A.Ş., portföy yönetimi, Eczacıbaşı İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş., insan sağlığı ile ilgili ilaçlar, veteriner ilaçları ve kişisel sağlık bakım ürünlerinin üretimi ve satışı, Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş., Eczacıbaşı İlaç San. ve Tic. A.Ş. tarafından üretilen ve ithal edilen tüm beşeri ve veteriner ilaçların tanıtımı, pazarlama, satış ve dağıtımı, Girişim Pazarlama A.Ş. ise Eczacıbaşı Topluluğu tarafından üretilen ve ithal edilen tüketim ürünleri ile topluluk dışı firmalarla yaptığı dağıtım anlaşmaları kapsamındaki temizlik kağıtları, kozmetik ve kişisel bakım ürünleri, kuaför ürünleri, ev temizlik ürünleri ve bebek mamalarını da içeren çeşitli ürünlerin satış ve dağıtımı konusunda etkinlik göstermektedir.

Corridor International Turkey LLC, sağlık ve hasta bakımı know-how'una sahip ve merkezi Amerika Birleşik Devletleri'nde olan The Corridor Group, Inc. teşebbüsünün %100 iştiraki olup bildirim konu olan ortak girişime iştirak etmek üzere ABD'de kurulmuş bir şirkettir. Söz konusu şirketin faaliyet alanı, evde sağlık ve bakım hizmetlerinin verilmesi olarak belirlenmiştir.

Bildirim konusu işlem, Eczacıbaşı Holding A.Ş., Girişim Pazarlama A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Sanayi ve Tic. A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. ve Corridor International Turkey, LLC teşebbüslerinin kuracakları Ortak Girişim Şirketine izin, Ortaklık Anlaşması'ndaki rekabet yasağına da menfi tespit/muafiyet talebidir.

Ortak girişimler, rekabet hukuku açısından yoğunlaşma doğurucu ortak girişimler ve koordinasyon riski doğuran ortak girişimler olarak ikiye ayrılmaktadır. Yoğunlaşma doğurucu ortak girişimler birleşme olarak kabul edilmekte ve 4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ile bu maddeye dayanılarak çıkartılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında değerlendirilmektedir. Koordinasyon riski doğuran ortak girişimler ise 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında incelenmektedir.

1997/1 sayılı Tebliğ'in "*Birleşme ve Devralma Sayılan Haller*" başlıklı 2 nci maddesinde ortak girişimlerle ilgili olarak; "Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture)." tanımlaması yer almaktadır.

Yukarıda adı geçen maddede yapılan tanımdan hareketle, bir ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu kabul edilmesi için aranan özellikler şu şekilde sıralanmaktadır:

1. Ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması (ortak girişim),
2. Bu ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması,
3. Taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmaması.

Bu bilgiler ışığında, Eczacıbaşı Grubu ve Corridor International Turkey, LLC şirketlerinin kuracağı ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişim olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Ortak Kontrol

Gerek koordinasyon riski doğuran gerekse yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerde aranan birinci koşul, söz konusu ortak girişimin kurucu firmalar tarafından ortak kontrol altında tutuluyor olmalarıdır.

Ortak girişimin, kendisini oluşturan taraflardan bağımsız karar alabilmesi ve uygulayabilmesi için, verilecek önemli kararlarda söz konusu taraflardan hiç birinin tek başına karar alma yetkisinin bulunmaması, bağımsız yeni bir iradenin ortaya çıkması gerekmektedir. Ortak kontrolün, iki veya daha fazla ana şirketin, ortak girişimin karar verme mekanizması üzerinde etkili olması şeklinde tanımlanması mümkündür. Bir ortak girişimde azınlık hisselerine sahip tarafların önemli kararlarda veto yetkisinin bulunması ortak kontrolün varlığına ilişkin en önemli ölçütlerdendir.

Bildirime konu ortak girişim şirketinde, Eczacıbaşı Grubu ve Corridor Int. Turkey % 50'şer hisseye sahip olacaktır. Ortaklık Anlaşması'nda, kurulacak olan ortak girişimin yönetim kurulunun üçü Eczacıbaşı Grubu tarafından, üçü de Corridor Int. Turkey tarafından gösterilecek adaylardan olmak üzere altı üyeden oluşacağı görülmektedir. Ortak girişimin yönetim kurulunun alacağı olağan kararlar için üyelerin salt çoğunluğunun müspet oyu yeterli olurken, önemli kararların alınmasında en az beş üyenin hazır bulunması ve karar hakkında müspet oy kullanması şartı aranmaktadır. Bu çerçevede kurulacak olan ortak girişim şirketinin, Eczacıbaşı Grubu ve Corridor Int. Turkey'nin ortak kontrolü ile yönetileceği ve dolayısı ile "ortak girişim" olarak kabul edilebileceği anlaşılmaktadır.

2. Bağımsız İktisadi Varlık Olması

Ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu olup olmadığını gösteren kriterlerden bir diğeri, söz konusu ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlığın bütün fonksiyonlarını yerine getiriyor olup olmadığıdır. Bağımsız bir iktisadi varlıktan söz edebilmek için söz konusu ortak girişimin faaliyetlerini yürütmek üzere yeterli işgücüne ve mal varlığına sahip olması, pazarda bağımsız bir sağlayıcı ve alıcı olarak davranması, faaliyetlerinin belli bir süre ile sınırlı olmaması, rekabet politikalarını kendi ekonomik menfaatlerine göre özerk bir şekilde belirlemesi gerekmektedir.

Başvuru formundan, tarafların taahhüt ettiği sermaye, tıbbi cihaz ve sağlık personelinin ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak faaliyetlerini yürütmeye yeterli olacağı anlaşılmaktadır.

3. Rekabeti Sınırlayıcı Amaç veya Etkinin Olmaması

Bu unsurun değerlendirilmesinde belirleyici faktör, ortak girişimin ana şirketler arasında veya ana şirketlerle ortak girişim arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonuna sebebiyet verip vermediği hususudur. Ana şirketlerin, ortak girişimin faaliyette bulunduğu ürün pazarı veya coğrafi pazardan ya da bu pazara komşu pazardan veya bu pazarın alt veya üst konumunda olan pazarlardan tamamen çekildiği ya da etkinliklerini ortak girişimin coğrafi pazarının dışında sürdürdüğü durumlarda, ortak girişim yoğunlaşma doğurucu olarak kabul edilmektedir.

Bu çerçevede; rekabet koordinasyonundan, bir başka deyişle ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmasından sözedilebilmesi için öncelikle ana şirketlerin birbirleriyle veya ortak girişimle rakip olmaları gerekmektedir. Buna göre ortak girişimin kendisini oluşturan teşebbüslerin daha önceki faaliyetlerini devralıp almadığı, onlar adına yeni faaliyetlere girişip girişmediği, şirketlerin ilgili pazarlarında veya ilgili ürün pazarının üst veya alt pazarlarında veya komşu pazarlarda faaliyet gösterip göstermediği konuları açıklığa kavuşturulması gereken hususlardır.

Corridor Int. Turkey, fizik tedavi alanında sağlık hizmetleri ve hasta bakımı know-how'una sahip bir teşebbüs olup ortak girişimin etkinlik göstereceği coğrafi pazarda herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır. Diğer yandan, Eczacıbaşı Grubu'nun da ilgili ürün pazarında herhangi bir faaliyeti mevcut değildir. Kurulacak olan ortak girişim şirketi, Corridor Int. Turkey için yeni bir coğrafi pazar, Eczacıbaşı Grubu için ise yeni bir ürün pazarı anlamına gelmektedir. Corridor Int. Turkey ile Eczacıbaşı Grubu'nun ilgili pazarda rakip olmaması nedeniyle ortak girişim ana teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmayacaktır. Öte yandan, Corridor Int. Turkey'in ilgili coğrafi pazarda, Eczacıbaşı Grubu'nun ise ilgili ürün pazarında deneyiminin olmaması, bu teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet alanında münferiden etkinlik gösterebilme olasılıklarını azaltmakta, dolayısıyla

ortak girişim nedeniyle potansiyel rekabetin de kısıtlanması söz konusu olmamaktadır.

Bildirime konu ortak girişim şirketinin, ortak kontrol altında bir teşebbüs olması, bu teşebbüsün bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmaması nedeniyle yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişim niteliğindedir. Bu nedenle, söz konusu ortak girişimin 4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ile bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bildirim konusu ortak girişim şirketinin faaliyette bulunacağı ilgili ürün pazarı, hastanın evinde verilen sağlık ve bakım hizmetleri pazarı olarak kabul edilmiştir. Eczacıbaşı-Corridor Sağlık Ürünleri ve Hizmetleri A.Ş.'nin bu pazarda faaliyet gösterecek ilk şirket olması nedeniyle bu ortak girişim şirketinin tarafları olan Eczacıbaşı Grubu ve Corridor Int. Turkey'nin ilgili pazarda cirosu ve pazar payı bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvuruya konu işlemin, 4054 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 1997/1 sayılı Tebliğ'de belirtilen % 25 pazar payı ve 25 trilyon TL. ciro eşiklerinin altında kalması nedeniyle Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olmadığı anlaşılmaktadır.

Rekabet Etme Yasağı

Teşebbüsler arasında, bir tarafın diğerine rekabet yasağı getirdiği anlaşmalar 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamındadır. Bununla birlikte bazı birleşme devralma işlemlerinde ticaret yerinin, mevki, itibar ve sair gayrimaddi unsurlarının ve know-how gibi kayıtlı olmayan haklarının da devri söz konusu olduğu için satıcı üzerine getirilen ve belirli şartları içinde bulunduran ve yan sınırlamalar olarak adlandırılan rekabet yasakları farklı olarak değerlendirilmektedir.

Yan sınırlamalar, konsantrasyonun tamamlanabilmesi ile doğrudan ilgili ve bunun için gerekli olan sınırlamalardır. Yan sınırlama niteliğindeki rekabet yasağının kapsamı, geçerli olacağı coğrafi alan ve zaman bakımından tam kontrolün ya da ortak kontrolün devralınmasına göre ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Tam kontrolün devredildiği devralma işlemlerinde rekabet yasağının satıcı üzerine yükleniyor olması ve içerdiği coğrafi alanın ve

ilgili ürünün devralınan firmanın faaliyet gösterdiği ilgili coğrafi pazar ve ürün pazarıyla sınırlı olması gerekmektedir. Diğer yandan, tam kontrolün devredildiği devralma işlemlerinde rekabet yasağının kabul edilebilir bir süre ile sınırlı olması gerekmektedir.

Ortak kontrolün devredildiği yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerde ise rekabet yasağı, ana şirketlerin ortak girişimle rekabet etmemesi şeklinde yer almaktadır. Söz konusu rekabet yasağı ana şirketlerin pazardan çekilmesi anlamına geldiği için ortak girişimin yoğunluk doğurucu bir işlem olması açısından önem kazanmaktadır. Ana şirketlerin faaliyetlerini ortak girişime devrederek pazardan çıkması gerek ana şirketler arasındaki, gerekse ana şirketlerle ortak girişim arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonu riskini ortadan kaldırmaktadır. Ortak girişimlerde rekabet yasağının içerdiği coğrafi alanın ve ilgili ürünün, ortak girişimin faaliyet gösterdiği ilgili coğrafi pazar ve ürün pazarıyla sınırlı olması gerekmektedir. Diğer yandan, ana şirketlerin ortak girişimle rekabet etme yasağının belirli bir süre ile sınırlı olması da gerekmektedir.

Bildirim konusu ortak girişim şirketinin Ortaklık Anlaşması'nın 7.02 nci maddesinde rekabet yasağı hükümleri yer almaktadır. Söz konusu maddenin (a) bendinde ortak girişimi oluşturan ana şirketlerin hissedar oldukları sürece ortak girişimle rekabet etmeyecekleri, aynı maddenin (b) bendinde de ortak girişimdeki hissesini diğer ana şirkete devrederek hissedarlıktan ayrılan bir ana şirketin ortak girişim şirketiyle rekabet etmeyeceği hususları düzenlenmiştir. Bu noktada, Ortaklık Anlaşması'nın içerdiği rekabet yasaklarının "yan sınırlama" olarak kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Ortaklık Anlaşması'nın "Rekabet Yasağı Hükümü" başlıklı 7.02 inci maddesinin (a) bendi uyarınca ana şirketler, hissedar oldukları (kontrole sahip oldukları) sürece, ortak girişim şirketiyle rekabet etmeyeceklerdir. Öte yandan bu maddedeki rekabet yasağı ortak girişimin etkinlik göstereceği ilgili coğrafi ve ürün pazarıyla sınırlıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, ana şirketlerin hissedar oldukları sürece ortak girişimle rekabet etmemeleri; hem ana şirketler arasında ve ana şirketlerle ortak girişim arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonu riskini ortadan kaldırmakta, hem de ana şirketlerin ilgili pazardaki faaliyetlerini ortak girişim üzerinde yoğunlaştırarak şirketin başarılı olmasını sağlamaktadır. Bu nedenle, söz konusu Ortaklık Anlaşması'nın 7.02 (a) maddesi

konsantrasyonun tamamlanması ile ilgili bir yan sınırlama olmakta ve 4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesini ihlal etmemektedir.

Ortaklık Anlaşması'nın 7.02 (b) maddesinde ise, ortak girişimdeki hissesini diğer ortağa devreden ana şirketin, ortak girişimle doğrudan veya dolaylı olarak rekabet etmeyeceği hükmü yer almaktadır. Söz konusu madde, ana şirketlerin ortak girişimden ayrılmasından sonra pazara girmesini, başka bir ifadeyle bağımsız karar alma hakkını süresiz olarak sınırlamaktadır. Anlaşmanın 7.02 (b) maddesi, hissedarlıktan ayrılan ana şirket üzerine yüklenen rekabet yasağının herhangi bir süreye bağlanmamış olması nedeniyle konsantrasyonun tamamlanması ile doğrudan ilgili ve gerekli olmaktan çıkıp 4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesini ihlal eder bir niteliğe bürünmüştür.

Tarafların, ortak girişimin verimliliğinin sağlanabilmesi için kuruluştan itibaren 5 yıl için rekabet ortamından uzak tutulmasının gerektiğini ifade etmelerine rağmen hissedarlıktan ayrılan ana şirket üzerine süresiz rekabet etme yasağı koymuş olmaları yan sınırlamalarda öngörülenden fazla bir rekabet sınırlaması getirmektedir. Şöyle ki; Ortaklık Anlaşması'nın yan sınırlama niteliğindeki 7.02 (a) maddesi uyarınca ana şirketler, hissedar oldukları sürece ortak girişimle rekabet edemeyecektir. Ana şirketlerden birinin hisselerini diğer ana şirkete veya başka bir teşebbüse satması söz konusu olduğunda, hisseleri devralan teşebbüs tarafından satıcı üzerine, bu işlemin bir devralma işlemi olması nedeniyle, belirli bir süre için rekabet etme yasağı yüklenebilecektir. Bu yolla, ortak girişim şirketindeki hissesini devreden ana şirketin belirli bir süre için (ki bu süre işin good will, know-how, yüksek teknoloji içerip içermediğine göre değişebilecektir) ortak girişimle rekabet etmemesinin temin edilmesi mümkün olacaktır.

Ortak girişim şirketlerinin ömrünü aşan rekabet etme yasağı hükümlerinin, devralma işlemlerinden farklı olarak, ortak girişimin ömrünün ne kadar olacağı bilinmediğinden, ortak girişim şirketinin kuruluş aşamasında belirlenmesi uygun değildir. Ayrıca rekabet yasağı hükmü, hissesini satıp ortaklıktan ayrılan ortağa bu devir işlemi sırasında devralma sözleşmesi ile düzenlenebilecek bir hükümdür. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere; yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerde ana şirketin ortak girişimle rekabet etmemesi şeklindeki rekabet yasağının, ana şirketin ortak girişimde hissedar olduğu süre ile sınırlı olması, ortak girişimdeki hissesini devreden ana şirket üzerine

yüklenecek rekabet etme yasağının ve süresinin ise hisse devri sırasında yapılacak sözleşmelerle belirlenmesi gerekmektedir.

Bu durumda, Eczacıbaşı Grubu ve Corridor Int. Turkey arasında yapılan Ortaklık Anlaşmasına; 7.02 (b) maddesindeki hissesini diğer ortağa devrederek hissedarlıktan ayrılan ortak üzerine yüklenen süresiz rekabet etme yasağı hükmü nedeniyle menfi tespit belgesi verilmesi mümkün değildir. Anlaşmanın 7.02 (b) maddesi anlaşmadan çıkarılmadığı sürece Ortaklık Anlaşması aynı Kanun'un 56 ncı maddesi uyarınca kanunen geçersizdir. Ancak, söz konusu maddenin Ortaklık Anlaşması'ndan çıkarılması halinde Ortaklık Anlaşması'na menfi tespit belgesi verilebilmesi mümkün olacaktır.

I- SONUÇ

Yukarıda yapılan tespitler ve değerlendirmeler çerçevesinde;

1. Bildirim konusu işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir işlem olmadığına;
2. Ortaklık Anlaşması'nın 7.02 (a) maddesinde yer alan hükmün "yan sınırlama" olarak değerlendirilmesine;
3. Ortaklık Anlaşması'nın, 7.02 (b) maddesinde yer alan ve süresiz rekabet etme yasağı getiren hükmün sözleşmeden çıkarılmış haliyle anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmesine;
4. i) Bu koşulların yerine getirilmesi için kararın tebliğinden itibaren ilgili taraflara 60 gün süre verilmesine ve bu süre sonunda, öngörülen düzeltmelerin yapıldığına dair belgelerin Kurum'a sunulmasına;
ii) Aksi takdirde 4054 sayılı Kanun'un 56 ncı maddesi uyarınca anlaşmanın geçersiz olacağına, Kurulumuzca öngörülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağına ve aynı Kanun'un 16 ve 17 nci maddeleri uyarınca işlem yapılacağına taraflara bildirilmesine;

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

Dosya Konusu : Anadolu LPG Sanayicileri Derneği üyesi teşebbüsler tarafından kurulacak Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'ye onay ve Şirket Ana Sözleşmesi'ne ilişkin menfi tespit/muafiyet talebi.

Dosya Sayısı : D1/H.G.K.-00/2 (Muafiyet)

Karar Sayısı : 00-39/434-240

Karar Tarihi : 17.10.2000

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M.Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler : Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK, A. Ersan GÖKMEN, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER.

B- RAPORTÖRLER: H.Gökşin KEKEVİ, İ.Yücel ARDIÇ

C- BAŞVURUDA BULUNAN: Anadolu LPG Sanayicileri Derneği üyesi şirketleri temsilen Gesan Yatırım ve Ticaret A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı A. Kadir Engin (Atatürk Bulvarı No:78/A ORDU), Anadolu LPG Sanayicileri Derneği Genel Sekreteri Nedim Zeyrek (Simon Bolivar Cad. No:32/B-1 Çankaya-ANKARA) ve Av. Bahattin Yavuz (Ankara Cad. No: 112/81 Gölbaşı-ANKARA).

D- TARAFLAR

- Temel Birincioğlu - Akçagaz Petrol Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.
Jandarma Yolu Funda Sok. No:13 Körfez/Kocaeli
- Aydın Birincioğlu - Akçagaz A.Ş.
Jandarma Yolu Funda Sok. No:13 Körfez/Kocaeli
- Tahsin Armutçu - Akçagaz A.Ş.
Jandarma Yolu Funda Sok. No:13 Körfez/Kocaeli
- Anadolu Gaz Tic. San.A.Ş. – Tunus Cad. No:50/A
Kavaklıdere/Ankara
- Rasim Kahyaoğlu - Erciyegaz San. Tic. A.Ş.
Boğazköprü Mevkii 38560 İncesu/Kayseri
- Özlem Kahyaoğlu - Erciyegaz A.Ş.
Boğazköprü Mevkii 38560 İncesu/Kayseri
- Ergaz San. Tic. A.Ş.
Organize San. Bölgesi Petrol C. Sümbül S. Gezköy/Erzurum
- Vedat Melik - Gapgaz LPG Dolum ve Tevzi Tic. ve San. A.Ş.
Atatürk Bulvarı Gökdelen İşhanı Şanlıurfa
- Ahmet Şerif Çulcu - Gapgaz A.Ş.
Atatürk Bulvarı Gökdelen İşhanı Şanlıurfa
- Gesan Yat. ve Tic. A.Ş.
Atatürk Bulvarı No:78/A Ordu
- Yaşar Harzadan - Hizmetgaz A.Ş.
İnönü Cad. Kubbeli Sok. No:4/B Çorum
- Bahri Alkan - Hizmetgaz A.Ş.
İnönü Cad. Kubbeli Sok. No:4/B Çorum
- Erdeşan Kobaş - Karadeniz Tüpgaz San. ve Tic. A.Ş.
Büyükdere C. No:77/5 Mecidiyeköy/İstanbul
- İ. Hakkı Yılmaz - Karadeniz Tüpgaz A.Ş.
Büyükdere C. No:77/5 Mecidiyeköy/İstanbul
- Kongaz Petrol Ürünleri Pazarlama San. Tic. A.Ş.
Hasanköy Mevkii Koçaş Kuyusu Yanı Konya

- Abdülhamit Dalgıç - Nargaz LPG Dolum Tevzii İnşaat San. ve Tic. A.Ş.
Organize San. Bölgesi Kızıltepe/Mardin
- Mehmet Yalınkılıç - Nargaz A.Ş.
Organize San. Bölgesi Kızıltepe/Mardin
- Cemal Oral - Oralgaz San. ve Tic. A.Ş.
Dilek Yolu 6. km. Malatya
- Kamil Oral - Oralgaz A.Ş.
Dilek Yolu 6. km. Malatya
- Mehmet Lale - Sorgun Asgaz Tüp Dolum San. Tic. A.Ş.
Sivas Karayolu 4. km. Sorgun/Yozgat
- Durmuş Şahin - Sorgun Asgaz A.Ş.
Sivas Karayolu 4. km. Sorgun/Yozgat
- Suat Öztürk - Şarkgaz ve Madeni Yağlar A.Ş.
Bingöl Yolu 5. km. Kekliktepe Mevkii Elazığ
- Metin Öztürk - Şarkgaz A.Ş.
Bingöl Yolu 5. km. Kekliktepe Mevkii Elazığ
- Tahir Öztürk - Şarkgaz A.Ş.
Bingöl Yolu 5. km. Kekliktepe Mevkii Elazığ
- Mustafa Yücel - Yeni Yücelgaz San. ve Tic. A.Ş.
Gölbaşı Asfaltı Yem Sanayi Karşısı Adıyaman
- Fehmi Arıkan - Margaz LPG Dolum Tevzi Tic. ve San. A.Ş.
Milli Egemenlik C. Çiçek İşhanı No:2/8 K.Maraş
- Kenan Arıkan - Margaz A.Ş.
Milli Egemenlik C. Çiçek İşhanı No:2/8 K.Maraş
- Kenan Danış - Hürgaz Tic. ve San. A.Ş.
Millet C. Belediye Dükkanları No:18 Aksaray/İstanbul
- Mehmet Kapıcıoğlu - Hürgaz A.Ş.
Millet C. Belediye Dükkanları Aksaray/İstanbul
- Ahmet Eroğlu - Yamangaz San. ve Tic. A.Ş.
- Zeynel Eroğlu - Yamangaz A.Ş.
- Mustafa Yıldız - Yamangaz A.Ş.

E- DOSYA KONUSU: Anadolu LPG Sanayicileri Derneği üyesi teşebbüsler tarafından kurulacak Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'ye onay ve Şirket Ana Sözleşmesi'ne ilişkin menfi tespit/muafiyet talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 27.03.2000 tarih, 1044 sayı; 12.04.2000 tarih, 1252 sayı; 11.07.2000 tarih, 3034 sayı ile giren başvuru üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5

ve 8 inci maddeleri uyarınca düzenlenen 11.10.2000 tarih, D1/1/H.G.K. sayılı Menfi Tespit/Muafiyet Ön İnceleme Raporu 12.10.2000 tarih, REK.0.05.00.00/106 sayılı Başkanlık önergesi ile 00-39 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: Anadolu LPG Sanayicileri Derneği üyesi teşebbüsler tarafından kurulacak Anadolu LPG Temin ve Dağıtım Anonim Şirketi'nin Ana Sözleşmesi'ne, ilgili pazarda, rekabet koordinasyonu sağlayacak niteliğinden dolayı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında yer aldığından menfi tespit belgesi verilemeyeceği; ancak, ilgili Kanun'un 5'inci maddesinde belirtilen şartların tamamının varlığı nedeniyle, 4'üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulması gerektiği düşünülmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1. İlgili Pazar

a) Ürün Pazarı: Likit Petrol Gazı (LPG) sanayide, karayolları ulaşım araçlarında, hane içinde özellikle mutfak ve banyo ısıtma ekipmanlarında çok amaçlı olarak kullanılan bir üründür. Karayolları araçlarında henüz kullanılmaya başlayan LPG'nin sanayide kullanımı, ısıtma ve aydınlatma gibi işlevleri itibarıyla diğer bazı ürünlerce ikame edilebilmekteyken, fırın ve ocaklarda kullanımına ilişkin iki ikame malından birisi olan doğalgaz henüz ülkemizde yaygın değildir. Diğer ikame malı olan elektrik enerjisi ise ekonomik olmaması nedeniyle yakın bir ikame malı olarak değerlendirilemez. Randımanın, petrol türevleri ve kömürden daha yüksek olması; fiyatının daha ucuz olması; ayrıca çevreyi olumsuz olarak etkilememesi gibi özellikleri sebebiyle de diğer ürünlerden ayrılmaktadır.

Bu çerçevede ilgili ürün Likit Petrol Gazı (LPG)'dir. Ancak, LPG'nin tedarik edilmesinden tüketiciye ulaşıncaya kadarki süreçte sektör esas itibarıyla ikiye ayrılmıştır: Birincisi, LPG'nin üretim ve ithalat yoluyla temin edildiği ve toptan dağıtımının yapıldığı tedarik pazarı; ikincisi ise, toptan dağıtım yapılan LPG'nin, tevziat şirketlerinin bayileri kanalıyla perakende satışının gerçekleştirildiği dağıtım pazarıdır. Bir kamu kuruluşu olan TÜPRAŞ, tedarik pazarında yaklaşık %...'nin üzerinde bir pazar payına sahip olup bunun büyük bir kısmını ithalat yoluyla gerçekleştirmektedir. LPG'ye ilişkin mevzuatta ithalat serbestliğine karşın, devletin sübvansiyonu nedeniyle, tevziat şirketlerinin

geçmiş yıllar itibariyle tedarik pazarındaki payları önemsenmeyecek derecede düşük kalmıştır. Esasen dosya konusu Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'nin de faaliyet konusu tedarik pazarı ile sınırlıdır.

Bu bilgiler ışığında, ilgili ürün pazarı, LPG üretiminin, ithalatının ve toptan dağıtımın gerçekleştiği *LPG tedarik pazarı* olarak belirlenmiştir.

b) Coğrafi Pazar: Üretilen veya ithalat yoluyla elde edilen LPG'nin toptan dağıtımının Türkiye geneline yapılacak olması, etkin bir dağıtım sisteminin mevcut olması ve malın bozulma riskinin olmaması gibi özellikler dikkate alındığında, ilgili coğrafi pazar *Türkiye Cumhuriyeti sınırları* olarak kabul edilmiştir.

2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Anadolu LPG Sanayicileri Derneği üyelerinin katılımı ile kurulacak Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'nin ortaklık yapısının aşağıdaki gibi olacağı belirtilmiştir¹:

Sıra No	Ünvan - Adı Soyadı	Hisse Adeti	%
1	Temel Birincioğlu (Akçagaz)	2.016	3.4
2	Aydın Birincioğlu (Akçagaz)	2.016	3.4
3	Tahsin Armutçu (Akçagaz)	2.016	3.4
4	Anadolu Gaz Tic. San.A.Ş.	8.778	14.6
5	Rasim Kahyaoğlu (Erciyegaz)	1.791	3.0
6	Özlem Kahyaoğlu (Erciyegaz)	1.791	3.0
7	Ergaz San. Tic. A.Ş.	13.554	22.6
8	Vedat Melik (Gapgaz)	1.257	2.1
9	Ahmet Şerif Çulcu (Gapgaz)	1.257	2.1
10	Gesan Yat. ve Tic. A.Ş.	3.114	5.2
11	Yaşar Harzadan (Hizmetgaz)	525	0.9
12	Bahri Alkan (Hizmetgaz)	525	0.9
13	Erdeşan Kobaş (Karadeniz Tüpgaz)	1.809	3.0
14	İ. Hakkı Yılmaz (Karadeniz Tüpgaz)	1.809	3.0
15	KONGAZ A.Ş.	4.356	7.3
16	Abdülhamit Dalgıç (Nargaz)	488	0.8
17	Mehmet Yalınkılıç (Nargaz)	400	0.7

¹ Şirketin sermayesi 600.000.000.000 (Altıyüz milyar) TL'dir. Bu sermaye, nominal değeri 10.000.000 (Onmilyon) TL olan 60.000 (altmışbin) adet nama yazılı hisseye ayrılmıştır.

18	Cemal Oral (Oralgaz)	954	1.6
19	Kamil Oral (Oralgaz)	954	1.6
20	Mehmet Lale (Asgaz)	618	1.0
21	Durmuş Şahin (Asgaz)	618	1.0
22	Suat Öztürk (Şarkgaz)	1.360	2.3
23	Metin Öztürk (Şarkgaz)	1.360	2.3
24	Tahir Öztürk (Şarkgaz)	1.360	2.3
25	Mustafa Yücel (Yeni Yücelgaz)	1.350	2.3
26	Fehmi Arıkan (Margaz)	852	1.4
27	Kenan Arıkan (Margaz)	852	1.4
28	Kenan Danış (Hürgaz)	789	1.3
29	Mehmet Kapıcıoğlu (Hürgaz)	789	1.3
30	Ahmet Eroğlu (Yamangaz)	282	0.5
31	Zeynel Eroğlu (Yamangaz)	180	0.3
32	Mustafa Yıldız (Yamangaz)	180	0.3
	TOPLAM	60.000	100.0

Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'yi kuracak teşebbüslerin 1999 yılı LPG tedarik miktarları, payları ve ciroları aşağıda yer almaktadır:

1. Akçagaz Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Akçagaz Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş., 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 19.931 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'luk paya sahiptir. 1999 yılı cirosu, TL'dir.

2. Anadolugaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.

Şirket, 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 49.269 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'lik paya sahiptir. Şirketin 1999 yılı cirosu, TL'dir.

3. Erciyegaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Şirket, 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 20.121 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'luk paya sahiptir. Şirketin 1999 yılı cirosu TL'dir.

4. Ergaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Ergaz Sanayi ve Ticaret A.Ş., 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 76.038 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %.... lük paya sahiptir. Şirket, 1999 yılında TL ciro elde etmiştir.

5. Gaggaz LPG Dolum ve Tevzi Ticaret ve Sanayi A.Ş.

Gaggaz LPG Dolum ve Tevzi Ticaret ve Sanayi A.Ş., 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 9.053 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'lik paya sahiptir. Şirketin 1999 yılı cirosu TL'dir.

6. Gesan (Turnagaz) Yatırım ve Ticaret A.Ş.

Şirket, 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 17.467 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'lık paya sahiptir. Şirket, 1999 yılında TL ciro elde etmiştir.

7. Hizmetgaz A.Ş.

Hizmetgaz A.Ş., 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 5.902 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'lik paya sahiptir. Şirketin 1999 yılı cirosu TL'dir.

8. Karadeniz Tüpgaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Karadeniz Tüpgaz Sanayi ve Ticaret A.Ş., 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 20.317 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'lik paya sahiptir. Şirketin, 1999 yılı cirosu TL'dir.

9. Kongaz Petrol Ürünleri Pazarlama Sanayi Ticaret A.Ş.

Şirket, 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 24.444 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'lük paya sahiptir. Şirketin, 1999 yılı cirosu TL'dir.

10. Nargaz LPG Dolum Tevzii İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Şirket, 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 4.995 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri

tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'lik paya sahiptir. Şirketin 1999 yılı cirosu TL'dir.

11. Oralgaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Oralgaz Sanayi ve Ticaret A.Ş., 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 10.718 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'lik paya sahiptir. Oralgaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin 1999 yılı cirosu, TL'dir.

12. Sorgun Asgaz Tüp Dolum Sanayi Ticaret A.Ş.

Sorgun Asgaz Ticaret ve Sanayi A.Ş., 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 6.952 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'lük paya sahiptir. Şirketin 1999 yılı cirosu, TL'dir.

13. Şarkgaz ve Madeni Yağlar A.Ş.

Şarkgaz A.Ş., 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 17.840 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'lik paya sahiptir. Şirketin 1999 yılı cirosu, TL'dir.

14. Yeni Yücelgaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Yücelgaz Sanayi ve Ticaret A.Ş., 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 7.581 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'lık paya sahiptir. Şirketin 1999 yılı cirosu, TL'dir.

15. Margaz LPG Dolum Tevzi Ticaret ve Sanayi A.Ş.

Margaz LPG Dolum Tevzi Ticaret ve Sanayi A.Ş., 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 9.573 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'lük bir paya sahiptir.

16. Hürgaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.

Hürgaz Ticaret ve Sanayi A.Ş., 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 8.860 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %....'luk paya sahiptir. Şirketin, 1999 yılı cirosu, TL'dir.

17. Yamangaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Şirket, 1999 yılı içinde Tüpraş'tan 3.603 ton LPG tedarik etmiştir. 1999 yılında Türkiye'de faaliyet gösteren LPG dağıtım şirketleri tarafından tedarik edilen toplam LPG içinde %...'lik bir paya sahiptir. Şirket 1999 yılında, TL ciro elde etmiştir.

Gesan Yatırım ve Ticaret A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı A.K. E. ve Genel Müdür O. T. imzalı dilekçede, özetle, "Anadolu'nun çeşitli yörelerinde yerleşik LPG dağıtım şirketlerinin birlikte ithalat yapabilmek fikrinden hareketle bir LPG ikmal ve stoklama şirketi (Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.) kurmak istedikleri; üye şirketleri temsilen Anadolu LPG Sanayicileri Derneği tarafından bu konuda ilk adım atılarak Dört Yol'da bir arsa temini için fizibilite çalışmalarına başlandığı; Dernek üyesi şirketlerin Türkiye geneli LPG dağıtım pazarındaki paylarının %... olduğu; bu şirketlerin veya temsilcilerinin ortak olacağı "LPG Temin ve Dağıtım" şirketinin kurulması ve arsa temini çalışmalarının devam ettiği" belirtilmiştir. İlgili dilekçe ve formun ekinde ise, söz konusu şirketin amacı, şirket ana sözleşmesinin 4 üncü maddesi ile, "...Türkiye'de LPG'nin ithal dahil ürettirilmesi ve diğer yollarla tedariki, stoklanması, dağıtımı, pazarlanması ve ticaretidir..." şeklinde belirlenmiştir.

Talep üzerine, Kurumumuz kayıtlarına intikal eden yazılarında, Anadolu LPG Sanayicileri Derneği Genel Sekreteri N. Z. şunları söylemektedir:

"1980 sonrası gelişen ekonomik politikalarla Ankara'nın doğusundaki vilayetlerde doğan Anadolu şirketlerinin 2000'lerde pazar payı %14 civarındadır. Büyük firmaların önemsemediği bölgeler ve pazarlara hizmet götürerek sektörde önemli bir boşluğu doldurmuştur. Anadolu şirketlerinin büyük bölümü, Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde kurulan firmalar olup, Dört Yol'dan LPG ikmal yapmaktadır. 1998'de TÜPRAŞ'ın, DELTA PETROL ile olan anlaşması bittikten sonra rakip firmaların tesislerinden faydalanıp ikmal yapmaktadır...."

Önemli bir konu da, rakip firmaların LPG dolum tesislerinden ikmal yapıldığı gerçeği olup, menfi reklam nedenidir.

Dört Yol'dan ikmal yapan firmaların pazar alanlarında başka şirketlere bağımlı olmanın yarattığı moral bozukluğu mevcuttur.

Kurulması düşünülen ikmal ve stoklama tesisleri ile pazara en yakın noktadan ve deniz kapısından ihtiyaçlar giderilecektir. 1999 rakamlarına göre, grubumuz şirketleri, Dört Yol'daki TÜPRAŞ kaynaklarından 160.000 ton ve BP Gaz'dan yaklaşık 90.000 ton kadar

LPG almışlardır. Stoklama tesisleri olan firmalara ödenen ücret, 250.000 ton * 13 USD = 3.250.000 USD/yıl'dır. Giderek artan (bu) ücretler, bizi yatırıma götüren bir başka gerekçedir.

Kurulması planlanan tesislerden, ortaklarımız dışındaki LPG firmaları ve kuruluşlarına da LPG satarak düşük ücretle, kaliteli hizmet vermeyi amaçlamaktayız. Yapılması düşünülen stoklama tesisi için arsa, Yumurtalık Serbest Bölgesi'nden kiralama yoluyla tahsis edilmiştir...

Ekte fotokopisini sunduğumuz 17 Şubat 2000 tarihli DÜNYA gazetesi "Dökme LPG" ekinde, sektördeki en büyük firmanın Genel Müdürleri Türkiye LPG Derneği Başkanı demeçleri, ithalatını kendi yapmayan firmaların yok olacağı veya satın alınacağı doğrultusundadır. Açıkça tehdit saydığımız bu talihsiz demeçleri sektörü yaralayan davranışlar olarak yorumluyoruz.

Türkiye LPG pazarında uluslar arası birçok büyük şirketin yer aldığını, pazarda önemli bir kavganın sürdüğünü düşünerek bu yatırımı gerçekleştirmeyi planlıyoruz. Ortaklarımızın pay yüzdeleri ekte görüleceği üzere çok farklı değildir ve ortaklık payları sermaye artırımlarında rüşhan hakkı ile korunmuştur.

Dünyanın en büyük LPG pazarlarından birine sahip olan Türkiye'nin yıllık tüketiminin bugünkünün iki misline, yıllık 7.000.000 tonlara ulaşacağı kanaatindeyiz. Kuracağımız ikmal ve stoklama tesisleri, Türkiye'nin önemli bir ihtiyacı olup, artan tüketime paralel olarak maksimum kapasite ile çalışacaktır."

Bu bilgiler ışığında kurulacak olan Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'nin, LPG'nin üretim ve asıl olarak da ithalat yoluyla temin edildiği ve toptan dağıtımının yapıldığı LPG tedarik pazarında faaliyet göstereceği anlaşılmaktadır.

Bu tür oluşumların, yoğunlaşma doğurucu bir işlem sayılabilmesi ve dolayısıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7'nci maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için;

- Ortak girişimin, amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması,
- Taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmaması,
- Ortak girişimin, kendini oluşturan ana teşebbüslerden bağımsız bir iradesinin olması ve kendi iktisadi ve ticari politikalarını

özgürce belirleyebilmesi için ana teşebbüslerin ortak kontrolünde bulunması,

koşullarının aynı anda gerçekleşmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, bu tür oluşumlar, rakipler arasında işbirliği doğurucu işlemler olarak görülecek ve 4054 sayılı Kanunun 4 ve talep halinde 5'inci maddeleri çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

“Ortak girişimin, amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması” kriteri bakımından Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'yi değerlendirirken, ilgili Şirket tarafından kurulacak tesislerin kapasitesine ve bu kapasiteden kurucu ortakların ne ölçüde yararlanacağına bakılması gerekmektedir. Anadolu LPG Sanayicileri Derneği Genel Sekreteri N. Z., 5.000 m³'lük küre tankların, ithal edilen LPG'yi getiren bir gemi ile bir haftada doldurulabildiğini, bu dolun sırasında gelen tankerlere de dolun yapılarak malın dağıtımının gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir. İki adet 5000 m³'lük stok tankının kurulması düşünüldüğünden, tesisin tam kapasite ile çalıştığı varsayıldığında bile, ilgili tesislerde ayda 40.000 m³, yılda ise 480.000 m³ LPG'nin dolunu yapılabilecektir. N. Z., kurulması planlanan tesislerden, Şirket ortakları dışındaki LPG firmalarının da yararlanmasını amaçladıklarını belirtmektedir. Ancak kurulacak tesisin kapasitesi ilgili yazıda yer verilen diğer gerekçelerle birlikte değerlendirildiğinde, bunun gerçekleşmesinin zor olacağı düşünülmektedir. Çünkü 1999 yılında yalnızca Dört Yol'daki tesislerden ilgili Dernek üyesi şirketlerin 250.000 ton LPG aldıkları gözönünde bulundurulduğunda, kurulması planlanan tesislerin çok büyük ölçüde kurucu şirketlere hizmet verebileceği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'nin de, yukarıda açıklandığı üzere, çok büyük oranda kurucu ortaklara hizmet verebilecek niteliğinden dolayı, bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkma koşulunu gerçekleştirmediği görülmektedir.

Bu ilk ölçütü tamamlayıcı diğer bir kriter, **“ortak girişimin, kendini oluşturan ana teşebbüslerden bağımsız bir iradesinin olması ve kendi iktisadi ve ticari politikalarını özgürce belirleyebilmesi için ana teşebbüslerin ortak kontrolünde bulunması”**dır. Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'nin gerek sermaye yapısı gerekse ana sözleşmesi incelendiğinde, söz konusu şirket üzerinde, ana şirketlerin ortak kontrol imkanının bulunmadığı

görülmektedir. Dolayısıyla ilgili oluşumun 7'inci madde kapsamında değerlendirilebilmesi için gerekli bu kriter de gerçekleşmemektedir.

Bu iki koşulun gerçekleşmemesine bağlı olarak, söz konusu işlem, *tarafklar arasında işbirliği doğurucu nitelikte bir anlaşma* olarak değerlendirilmelidir. *Bu tür işbirliği doğurucu işlemler ise, teşebbüsler arasında rekabet eşgüdümüne yol açarak rekabeti sınırlayacak etkiler taşımaktadır.* Bu nedenle söz konusu anlaşmaya menfi tespit belgesi verilemeyeceğinden, değerlendirmenin, bireysel muafiyet koşulları çerçevesinde yapılması yerinde olacaktır.

4054 sayılı Kanun'un "Muafiyet" başlıklı 5'inci maddesinde, "Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde ilgililerin talebi üzerine, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4'üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

- a. Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
 - b. Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
 - c. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
 - d. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması...."
- şeklinde yapılan düzenleme, muafiyet verilebilmesi için gerekli koşulları belirlemiştir. İlgili muafiyet bildirimini de bu koşullar çerçevesinde değerlendirecektir:

Malların Üretim veya Dağıtımı ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

Kurulması planlanan Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'nin, LPG'nin üretim ve ithalat yoluyla temin edildiği ve toptan dağıtımının yapıldığı LPG tedarik pazarında faaliyet göstereceğine yukarıda değinilmişti.

Türkiye'de, LPG talebinin yaklaşık 1/4'ü üretim, kalan 3/4'ü de ithalat yoluyla karşılanmaktadır. İthalatın tüketimi karşılama oranı, sürekli bir artış içerisindedir. Tedarik pazarında faaliyet gösteren başlıca üç

kuruluş bulunmaktadır. TÜPRAŞ, İzmit, İzmir, Kırıkkale ve Batman'da bulunan rafinerileri ve yaptığı ithalatla, Türkiye'deki LPG talebinin %...'ından fazlasını karşılamaktadır. 1999 yılında TÜPRAŞ, 2.887.205 ton LPG sağlamıştır. LPG tedarik pazarında faaliyet gösteren PETKİM ve ATAŞ'ın pazar payları ise dikkate alınmayacak kadar küçüktür. Bunlar dışında ise, çeşitli teşebbüsler tarafından ithalat yapılmaktadır.

Özelleştirme kapsamında bulunan en büyük LPG tedarikçisi TÜPRAŞ'ın, özelleştirmeden sonra kimin eline geçeceği ve nasıl bir politika izleyeceği bilinmediğinden uzun vadede LPG dağıtım şirketlerinin kendi arz kaynaklarının sürekliliğini sağlayacak politikalar üretmeleri mecburi görünmektedir. LPG tedarikçisini mümkün kılacak üretim veya ithalat tesislerinin kuruluş maliyetlerinin yüksek olması nedeniyle, bu yatırımlar ancak finansal durumu güçlü şirketler tarafından yapılabilmektedir. Bu yatırımları tek başlarına yapamayacak olan şirketlerin ise, mal tedariki yönünden özellikle rakip şirketlere bağlı olmamak; ticari politikalarını serbestçe belirleyebilmek ve LPG dağıtım pazarında ayakta kalabilmek için, LPG tedarik pazarında bu tür organizasyonlarda bulunmaları gereği ortaya çıkmaktadır. Bu durum, LPG sektöründen farklı isimlerin çeşitli tarihlerde medyada çıkan demeçlerinde, "kendi ithalatını yapamayan şirketlerin piyasadan silineceği" şeklindeki ifadelerle de vurgulanmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, LPG tedarik pazarında faaliyet gösterecek Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'nin, LPG tedarik pazarının tekelci yapısına yeni bir iktisadi aktör olarak girerek bu pazara rekabet getireceği ve uzun dönemde LPG dağıtım pazarındaki görece rekabetçi yapının da korunmasını sağlayacağı düşünülmektedir. Bu durum ise, LPG tedarik ve dağıtım pazarlarında, malların üretim ve dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında iyileşme sağlayacaktır.

Tüketicinin Yarar Sağlaması

Yukarıda da belirtildiği üzere, Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'yi kuracak teşebbüsler halen büyük ölçüde TÜPRAŞ'tan aldıkları LPG'yi pazarlamaktadır. Bu teşebbüslerin uzun vadede arz kaynaklarını sağlama alacak bu tür oluşumlara gitmemeleri durumunda varlıklarını sürdürebilmeleri zor görünmektedir. En büyük LPG tedarikçisi TÜPRAŞ'ın özelleştirme sonrası durumunun belirsizliği, bu şirketleri, uzun vadede, kendi LPG'sini ithal edebilecek finansal gücü yüksek rakip LPG şirketlerine bağımlı kılacaktır. Rakip firmalara bağımlılık ise, bu

firmaların piyasada bağımsızca hareket etmelerine engel olabilecek ve belki de piyasadaki silinmelerine yol açacaktır.

Buna karşılık, Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'nin kurulması halinde, yukarıda da değinildiği üzere, uzun vadede, gerek LPG tedarik pazarındaki gerekse LPG dağıtım pazarındaki rekabeti artırabileceği düşünülmektedir. Bu rekabet sayesinde, tüketici yararı da sağlanacaktır.

İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması ve Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağını ortaya koymaktadır. Aşağıdaki değerlendirmeler ise, rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilebilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmamasına ilişkindir.

Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'yi kuracak olan teşebbüslerin faaliyet gösterdiği LPG dağıtım pazarının görece rekabetçi bir yapısı vardır.

Bu noktada, aşağıdaki tablo ile, Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'yi kuracak LPG dağıtım şirketlerinin Türkiye ölçeğindeki pazar payları ve en önemli faaliyet merkezlerinin gösterilmesi yerinde olacaktır.

Adı	Pazar Payı (%)	Faaliyet Merkezi
Akçagaz A.Ş.	0,69	Kocaeli
Anadolu Gaz Ticaret Sanayi A.Ş.	1,70	Nevşehir
Erciyegaz A.Ş.	0,69	Kayseri
Ergaz Sanayi Ticaret A.Ş.	2,63	Erzurum
Gapgaz A.Ş.	0,31	Şanlıurfa
Gesan (Turnagaz) Yatırım ve Ticaret A.Ş.	0,60	Ordu
Hizmetgaz A.Ş.	0,20	Çorum
Karadeniz Tüpgaz A.Ş.	0,70	Samsun/Ordu
Kongaz A.Ş.	0,84	Konya
Nargaz A.Ş.	0,17	Mardin
Oralgaz A.Ş.	0,37	Malatya
Asgaz A.Ş.	0,24	Yozgat
Şarkgaz A.Ş.	0,61	Elazığ
Yeni Yücelgaz A.Ş.	0,26	Adıyaman

Margaz A.Ş.	0,33	Kahramanmaraş
Hürgaz A.Ş.	0,30	Tokat
Yamangaz A.Ş.	0,12	Adıyaman

Tablodan da anlaşılacağı üzere, bu şirketler, Türkiye ölçeğinden bakıldığında, çok küçük pazar paylarına sahiptir ve genellikle coğrafi faaliyet sahaları çakışmamaktadır.

Bütün bu hususlar birarada değerlendirildiğinde, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağını ve rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmayacağını söylemek mümkün görülmektedir.

I- SONUÇ

Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde, Anadolu LPG Sanayicileri Derneği üyesi teşebbüsler tarafından kurulacak Anadolu LPG Temin ve Dağıtım Anonim Şirketi'nin Ana Sözleşmesi'ne;

- ilgili pazarda, rekabet koordinasyonu sağlayıcı niteliğinden dolayı 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında olduğundan menfi tespit belgesi verilemeyeceğine,
- ancak, ilgili Kanun'un 5'inci maddesinde belirtilen şartların tamamının varlığı nedeniyle, 4'üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulması gerektiğine ve anlaşma tarihinden itibaren 5 yıl süreyle bireysel muafiyet verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

Dosya Konusu : Sesa Dış Ticaret Limited Şirketi'nin (Sesa Ltd. Ş.), Police, Vogart ve Sting markalı güneş gözlüklerinin üçüncü kişiler tarafından Türkiye'ye ithalatını engellemek yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği iddiası üzerine yapılan soruşturma sonucu verilen nihai karar.

Dosya Sayısı : D2/2/Ö.İ.-99/1 (Soruşturma)

Karar Sayısı : 00-44/472-257

Karar Tarihi : 6.11.2000

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU.

Üyeler : Dr. Kemal EROL (II.Başkan), Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK, Necdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER.

B- SORUŞTURMA HEYETİ:

Başkan : R. Müfit SONBAY

Raportörler : Özge İçöz, Ilgaz Sarioğlu, Ferhat Topkaya, A. Ogün Sarı

C- ŞİKAYET EDEN

Hekim Optik İthalat İhracat ve Ticaret Limited Şirketi
Muhzirbaşı Sok. Güzel Han No:6 Kat:4 Sirkeci/İSTANBUL
Vekili: Av. Sezai ÇİÇEK,
Yavuz Selim Caddesi, Müstakimzade Sok. No:34 Daire:1,

Fatih/İSTANBUL

D- HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN

Sesa Dış Ticaret Limited Şirketi
Ortaklar cad. No:20/6 Mecidiyeköy Şişli/İSTANBUL
Vekili: Av. Ahmet HABİBOĞLU,
Bahariye Cad. Zambak Apt. No:75/2 Kadıköy/İSTANBUL

E- İDDİALARIN ÖZETİ

Hekim Optik İthalat İhracat Limited Şirketi'nin (Hekim Optik Ltd. Ş.) şikayet dilekçesinde aşağıdaki iddialara yer verilerek gereğinin yapılması istenmiştir.

- Kendilerinin Ray-Ban markalı güneş gözlüklerinin Türkiye piyasasına satım ve dağıtımını yaptıkları,
- Müşterilerinin genellikle İstanbul ve Anadolu'nun değişik kentlerinde faaliyet gösteren kişi veya kurumlardan oluştuğu ve bunların, Hekim Optik Ltd. Ş'nin dağıtımını yaptığı Ray-Ban markalı güneş gözlüklerinin yanı sıra diğer markalı güneş gözlüklerini satın almak yönünde talepte buldukları,
- Bu talep nedeniyle İtalyan menşeli "Police", "Sting" ve "Vogart" markalı güneş gözlüklerini Singapur Serbest Ticaret Bölgesinde faaliyet gösteren ve Police marka gözlüklerin Singapur distribütörü olan Soon Lee Optical Company isimli firmadan ithal ettikleri,
- Yaptıkları ithalatın usulüne uygun olduğu ve gümrük mevzuatı çerçevesinde her çeşit vergi ve harçlarını ödedikleri,
- "Police" "Sting" ve "Vogart" markalı güneş gözlüklerinin Türkiye'deki marka lisans sahibi ve tek satıcısı olan Sesa Dış Ticaret Ltd. Ş. sahibi Semih Saraçoğlu tarafından, bu markalı gözlüklerin Türkiye'de kendilerinden başkasınca satışa sunulmasının haksız rekabet oluşturduğunun ve bu markalı güneş gözlüklerini Hekim Optik ve mal verdiği şahıs ve kurumların satmaya yetkilerinin bulunmadığının iddia edildiği,
- Sesa Dış Ticaret Ltd. Ş.'nin, anılan markaların Türkiye'deki lisansına ve münhasır satıcılık hakkına sahip olduğunu ve yurt dışında üretici firma ile akdedilen Ticari Marka Lisans Anlaşmasını ve Münhasır Distribütörlük Anlaşmasını ileri sürerek bahse konu malların Türkiye'de ilgili ürün pazarında satım ve dağıtımının ayrıca yetkili satıcıların tesbitinin kendilerine ait olduğunu ileri sürdükleri,

- Sesa Dış Ticaret firmasının, Hekim Optik Ltd. Ş.'nden belirtilen markalı gözlükleri alan firmalara ihtarname çekerek kendileri haricindeki kişilerden bu ürünlerin temin edilmesinin haksız rekabet oluşturduğu ve haklarında marka tecavüzü ve haksız rekabet sebebiyle dava açılacağını bildirdiği,

- Tüm bu işlemlerin, Sesa Ltd. Ş.'nin kendi markasının Türkiye piyasasına sunumu konusunda tekel hakkı oluşturmak amacını taşıdığı

belirtilmiştir.

F- DOSYA EVRELERİ

1. Hekim Optik Ltd. Ş.'nin şikayet dilekçesi 6.3.1998 tarih ve 462 sayılı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına girmiştir.

2. Şikayet dilekçesi üzerine hazırlanan 28.4.1998 tarih ve D1/1/Ü.G.-98/4 sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 30.4.1998 tarih ve 63 sayılı toplantısında görüşülmüş, Kanun'un 40/1 ve Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 55/1. maddeleri uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

3. Önaraştırma sonucunda düzenlenen 7.6.1999 tarih ve D2/2/Ö.İ.-99/1 sayılı Önaraştırma Raporu, Rekabet Kurulu'nun 15.6.1999 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 99-29/266-161 sayılı karar ile,

- 4054 sayılı yasanın 4. maddesinin (d) bendi kapsamında "Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya ..." şeklindeki hükümlerle uyumlu olarak, Hekim Optik Ltd.Ş.'nin dosya konusu gözlükleri ithal etmesine engel olma sonucunu doğuran bir distribütörlük anlaşmasını yapmış olması nedeniyle; Sesa Ltd. Ş. hakkında, 4054 sayılı yasanın 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına,

- Sesa Ltd. Ş. ile "Dierre Srl." arasında akdedilen "Münhasır Distribütörlük Anlaşması'nın, 5.1.ii. maddesinin, Rekabet Kurulu'nun 1997/3 sayılı "Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti" ve 1997/4 sayılı "Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti" tebliğleri kapsamında değerlendirilemeyeceğine; bu anlaşmanın 4054 sayılı Yasanın geçici 2. maddesi ile "Anlaşmaların, Uyumlu Eylemlerin ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanununun 10. maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları" hakkındaki 1997/2 sayılı tebliğin 4. maddesi uyarınca 05.05.1998 tarihine kadar menfi tespit

ve/veya muafiyet talebi ile Kurum'a bildirilmesi gerekirken, süresi içinde bildirilmemiş olduğu tespitine ilişkin olarak 4054 sayılı yasanın 16.maddesinin (c) bendine göre önerilen idari para cezasının soruşturma aşamasında değerlendirilmesine

karar verilmiştir.

4. Bu karar üzerine, 30.6.1999 tarihinde, Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca ilgili teşebbüse soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunulmuş, 1.7.1999 tarihinde söz konusu karara ilişkin tebligatı alan Sesa Ltd. Ş.'nin ilk yazılı savunması 2.8.1999 tarih ve 2493 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir.

5. Kurul'un 8.12.1999 tarih 99-56 sayılı kararı ile 4054 sayılı Kanun'un 43/1. maddesi uyarınca soruşturmanın süresi 6 ay uzatılmıştır.

6. Soruşturma Heyeti'nce tamamlanan 15.6.2000 tarih ve SR/00-8 sayılı Soruşturma Raporu, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Kurul üyeleri ile ilgili teşebbüse 16.6.2000 tarihinde gönderilmiş ve ilgili teşebbüs Soruşturma Raporu'nu 17.6.2000 tarihinde tebellüğ etmiştir.

7. Soruşturma Raporu'nun tebliğini takiben, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüs, 7.7.2000 tarih ve 2946 sayılı başvurusu ile, Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca savunma sürelerinin 30 gün uzatılmasını talep etmiş, bu talep Kurul'un 11.7.2000 tarih ve 00-26 sayılı toplantısında görüşülerek uygun görülmemiş ve reddedilmiştir.

8. Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsün ikinci savunması 18.7.2000 tarih ve 6570 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir.

9. Soruşturma Heyeti'nin hazırladığı, 2.8.2000 tarihli ek yazılı görüş, Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca, 4.8.2000 tarihinde Kurul üyeleri ile ilgili teşebbüse gönderilmiş ve ilgili teşebbüs 7.8.2000 tarihinde ek yazılı görüşü tebellüğ etmiştir.

10. İlgili teşebbüsün ek yazılı görüşe karşı yazılı savunması 6.9.2000 tarih ve 3742 sayı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına girmiştir.

11. Soruşturma kapsamındaki teşebbüsün talebi üzerine; Rekabet Kurulu'nun 12.9.2000 tarih ve 00-34 sayılı toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 1.11.2000 tarihinde sözlü savunma

toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ilgililere gönderilmiştir.

12. 1.11.2000 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısına şikayetçi Hekim Optik Ltd. Ş. ile hakkında soruşturma yapılan Sesa Ltd. Ş. temsilcileri katılmışlar, iddialar ve savunmalar dinlenmiştir..

13. Rekabet Kurulu, 6.11.2000 tarihinde nihai kararını vermiş ve karar 15.11.2000 tarihinde tefhim edilmiştir.

F- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

Soruşturma raporunda;

1. Sesa Ltd. Ş.'nin De Rigo S.p.A. ile yapmış olduğu anlaşmanın amacının, paralel ithalata engel olmak suretiyle ilgili ürün pazarında rekabeti ortadan kaldırmak olduğu, bu anlaşmanın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan.... teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır." şeklindeki hükmü uyarınca yasaklanması ve bu nedenle 16. maddesi gereği Sesa Ltd. Ş. ve De Rigo S.p.A.'ya para cezası uygulanması gerektiği,

2. De Rigo S.p.A.'nın İtalya'da mukim bir teşebbüs olması ve Türkiye'de rekabeti engelleme amacı taşıyan bir anlaşmanın tarafı olması nedeniyle, 1/95 sayılı Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Konseyi Kararı'nın 43. maddesinin "Topluluğun veya Türkiye'nin diğer tarafın topraklarında sürdürülen ve rekabete aykırı olan uygulamaların kendi veya teşebbüslerinin çıkarlarını olumsuz yönde etkilediğine inanması halinde, ilk taraf, diğer tarafa durumu bildirecek ve diğer tarafın rekabetle ilgili makamının uygun tedbirleri aşmasını talep edecektir." şeklindeki hükmü uyarınca, Avrupa Komisyonu'nun konuya ilişkin olarak bilgilendirilmesinin ve uygun tedbirleri almasının talep edilmesi gerektiği,

3. Sesa Ltd. Ş. ile Dierre S.R.L. arasında akdedilmiş olan Münhasır Distribütörlük Anlaşması'nın, 5.1.ii. maddesinin ve paralel ithalatı engelleyici sözlü anlaşmanın; Rekabet Kurulu'nun 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin "Grup Muafiyeti Kapsamına Giren Yükümlülükler" başlıklı maddeleri

hükümlerine uygun olmaması nedeniyle grup muafiyeti tebliğleri kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı,

4. Süresi içinde bildirilmeyen söz konusu anlaşmanın yukarıda yer verilen tespitler doğrultusunda grup muafiyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği, bireysel muafiyet açısından bir değerlendirilme yapıldığında dahi, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin muafiyet koşulları ile ilgili olarak rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlandırılmaması gerektiği hükmü doğrultusunda, mezkur anlaşmanın 5. maddesinin (ii) bendinin Sesa'nin pasif satış hakkını kısıtladığı, sözlü anlaşmanın paralel ithalatı engellediği ve bu kısıtlama nedeniyle anlaşmanın bireysel muafiyet kapsamında da değerlendirilmesinin mümkün olamayacağı tespit edildiğinden Kanun'un 16. maddesinin (c) bendine göre aleyhine soruşturma yapılan Sesa Ltd. Ş.'ne ceza verilmesi ve 16. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca adı geçen teşebbüsün yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şirkete verilen cezanın yüzde onuna kadar para cezasının uygulanması ve söz konusu anlaşmanın hukuka aykırı hükümlerinin yasaklanması gerektiği

sonuç ve kanaatine varıldığı belirtilmiştir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İLGİLİ PAZAR

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Şikayet konusunun Police, Vogart, Sting markalı güneş gözlüklerinin paralel ithalatının engellenmesi olduğu ve yüksek kalite, sağlanan garanti, satış sonrası hizmetler ve en önemlisi hitap edilen tüketici kesiminin diğer gözlükleri tercih edenlerden farklı olması gibi etkenler gözönünde bulundurulduğunda; düşük kaliteli güneş gözlüklerinin, markalı güneş gözlüklerine alternatif oluşturamayacağı gözönüne alınarak, ilgili ürün pazarı "**markalı güneş gözlükleri**" olarak kabul edilmiştir.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili coğrafi pazar, ithal edilen malların dağıtımının ve perakende satışının yapıldığı "**Türkiye Cumhuriyeti sınırları**"dır.

H.2. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN TEŞEBBÜS

Sesa Dış Ticaret Limited Şirketi

İstanbul Ticaret Sicili'ne 310587-258169 numara ile kayıtlı Sesa Dış Ticaret Limited Şirketi, 12 Şubat 1994 tarih ve 3462 sayılı Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlanan şirket ana sözleşmesi ile Selçuk SARAÇOĞLU ve Semih SARAÇOĞLU tarafından 50.000.000- TL sermaye ile kurulmuştur. Şirketin soruşturma dönemindeki sermayesi 500.000.000.000- TL'dir. Ana sözleşme uyarınca her iki ortak müdür sıfatıyla şirketi temsil ve ilzama yetkilidirler.

Şirketin temel faaliyet alanı her türlü optik ve optik sistemler, tıbbi amaçlarla kullanılan optik, elektronik alet ve cihazlar ile bunların yedek parça ve aksesuarları, her türlü güneş gözlüğü çerçevesi ve camı, her türlü renkli, renksiz gözlük camı, çerçevesi, bunların yedek parça ve aksesuarlarının ithalat, ihracat, yurt içi ve yurt dışı pazarlamasını toptan ve perakende ticaretini yapmak olarak belirlenmiştir.

H.3. TESPİTLER

H.3.1. Genel Olarak

"Police" markası 131645 sayı ve 12.08.1991 tarihli belge ile; "Sting" markası 147732 sayı ve 29.10.1993 tarihli belge ile; "Vogart" markası da 130864 sayı ve 12.08.1991 tarihli belge ile Charme Lunettes S.R.L. adına Türkiye'de tescil edilmiştir. Daha sonra ismini De Rigo S.p.A. olarak değiştiren teşebbüs ile Sesa Dış Ticaret - Semih Saraçoğlu arasında akdedilen ve Beşiktaş 9. Noterliği tarafından 21302 sayı ile 05.06.1996 tarihinde onaylanan Ticari Marka Lisans Anlaşması 30.07.1996 tarihinde, "Vogart" markası için 41362 yevmiye numarası ile, "Sting" markası için 41363 yevmiye numarası ile, "Police" markası için 41364 yevmiye numarası ile markaların sicillerine şerh edilmiştir.

Ticari markaları İtalya'da ve diğer pek çok ülkede tescil ettirmiş olan Charme Lunettes (yeni adıyla De Rigo S.p.A.), 15.02.1995 tarihinde, Police, Sting, Rolling, Vogart, Charme, Marlow ve Von Fuerstenberg ticari markaları ile simgelenen tüm ürünlerin üretim ve dağıtımını konusunda tam münhasırlık haklarını ve vekaletnamesini, sözleşme ile yan kuruluşu ve imalatçısı olan Dierre S.R.L.'ye vermiştir.

Türkiye’de markanın adına tescilli bulunduğu Charme Lunette - yeni adıyla De Rigo S.p.A.- adlı teşebbüs, “Police”, “Vogart” ve “Sting” marka gözlüklerin tek distribütörü ve lisans sahibinin Sesa Dış Ticaret olduğunu; bunun neticesinde 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin lisans sahibine de marka sahibinin koruma haklarını kendisine tanıdığı haklar çerçevesinde bu malları Türkiye’de satmaya yetkili kişileri, yetkili bayiler olarak tespit yoluna gittiği; Kararnamenin, marka sahibi ve lisans hakkı sahibine tanıdığı haklardan markanın korunma kapsamını içeren 9. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinde yer alan “işareti taşıyan malın ithali ve ihracını” hükmüne göre malı ithal ve ihraç edecek kişinin marka sahibi ya da lisans sahibi olması gerektiği; 556 Sayılı KHK’nin marka hakkına sahip olanların dışındaki kişilerin bu markayı taşıyan malları Türkiye’ye ithal etmesini ve satmasını yasakladığı gerekçesiyle Sesa Dış Ticaret’in hakkına tecavüz edildiği ve haksız rekabet yapıldığını iddia ederek, Şubat - Mart 1995 döneminde, Türkiye çapında yaklaşık üç bin adet gözlük satıcısına aşağıda yer verilen ihtarnameyi noter kanalıyla göndermiştir.

İhtarnamelede aynen;

“1. Via Beorche 19/21, 32030 Limana (BL) İtalya adresinde mukim CHARME LUNETTS S.R.L. unvanlı müvekkilim şirket POLICE, STING, OLLING, VOGART, CHARME, MARLOW, VON FURSTENBERG, FENDI, BEST CAMPANY, LOZZA isimli tüm dünyada tescilli markaların tüm edebi, endüstriyel mülkiyet ve kullanım haklarının dünyadaki tek sahibidir.

2. Müvekkil şirket, bu adı geçen markaları simgeleyen tüm ürünlerin üretimi dağıtım ve yabancı ülkelere distribütörlük (TEK SATICI) anlaşmaları yapmak konularında tüm münhasır haklarını kullanmak üzere Longarone-Belluno-İtalya-Zona Industriale Villanova adresindeki DIERRE S.R.L. şirketini yetkilendirmiştir.

3. Müvekkil şirketin Dierre S.R.L. şirketine verdiği yetki neticesi bu şirket ilgili markaların Türkiye’ye ithal, dağıtım ve temsil yetkilerini 16.12.1994 tarihli Distribütörlük Anlaşması ile Ortaklar Caddesi, Aslı Apt. 20/6 Mecidiyeköy – İstanbul Türkiye adresinde mukim SESA SEMİH SARAÇOĞLU MÜESSESESİ VE SESA DIŞ TİCARET LTD. ŞTİ.’ne vermiş ve bu kişiler Türkiye’de müvekkil şirketin sahibi olduğu ürünlerin yasal olarak TEK SATICISI olma hakkını kazanmışlardır.

4. Müvekkil şirket ile Türkiye tek satıcısı arasında yapılan 16.12.1994 tarihli anlaşma gereği Türkiye tek satıcısına verilen haklar çerçevesinde müvekkile ait malların, Türkiye’de pazarlanması, satılması, alt bayilikler verilmesi, tüm yasal ve ticari uygulamaların düzenlenmesi tek satıcıya aittir. Tek satıcı Türkiye pazarında ticari olarak yeterli gördüklerine kendi alt bayiliğini oluşturarak ürünleri satma hakkını vermekte serbesttir.

5. Türkiye’de bu ürünleri tek satıcıdan alarak satan kişiler müvekkil şirketin menfaatlerini ve markaların isimlerini korumakla yükümlü olacaklardır. Türkiye tek satıcısının kendi alt bayii hakkını vermediği kişiler müvekkile ait markaları simgeleyen malları satamazlar, resim, stand, posterlerini kullanamazlar, işyerlerine markaları simgeleyen isimleri yazamazlar, stikırlarını hiçbir şekilde kullanamazlar. Bunları kullanan kişi ve kuruluşlar hakkında B.K. ve T.T.K.’nun haksız rekabet kuralları ve Markalar Kanunu’nun ilgili maddeleri ve diğer yasal uygulamalar gereğince müvekkil şirket veya Türkiye tek satıcısı tarafından yasal işlem yapılacaktır.

6. Müvekkil şirket ve Türkiye tek satıcısının muvafakatı olmadan alt bayiler olarak Türkiye dışına hiçbir şekilde mal satamazlar. Alt bayii veya üçüncü kişiler müvekkil şirketin ve Türkiye tek satıcısının izni olmadan herhangi bir ülkeden müvekkile ait markaları içeren malları Türkiye’ye ithal edemezler. Aksi hareket edenlere karşı yasal ve hukuki işlemler yapılacaktır. Alt bayilerin yasal olarak müvekkil Charme Lunettes S.R.L. ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır.

7. Tüm bu nedenlerden dolayı müvekkilim şirketin Türkiye’deki tek satıcı (Distribütör) sının Sesa – Semih Saraçoğlu Müessesesi ve Sesa Dış Ticaret Ltd. Ş. olduğu Türkiye’deki markalarımızın korunması, satılması, dağıtılması, pazarlanması ile tüm yasal ve ticari haklarımızın korunması yetkisinin bu kişi ve şirketlere tevdi edildiğinin aksine hareket edenler hakkında yasal işlem yapılacağına ihtaren bildirilmesidir.”

denilmektedir.

Yine Kadıköy 17. Noterliği aracılığıyla Aralık 1996 tarihinde Sesa Dış Ticaret - Semih Saraçoğlu vekili Av. Ahmet Habiboğlu tarafından çekilmiş olan ihtarnamelerde de aynen;

“... Lisans anlaşması gereği ilgili markaların Türkiye’de pazarlanması, dağıtılması vs tüm hakları müvekkilimin olduğundan, ve de 556 sayılı KHK gereği marka sahibinin dışında bu malların satışının yapılamayacağı, ithal edilemeyeceği açıkça belirtildiğinden, yasanın müvekkilime verdiği hak neticesinde iş bu ihtarnamenin tebliğinden itibaren müvekkilimin lisans sahibi olduğu POLICE, STING, VOGART markalı gözlüklerin tarafınızdan satılmamasını, bu markalar ile ilgili reklam, pano, stikır gibi malzemelerin 3 gün içinde işyerinizden kaldırılmasını aksi takdirde aleyhinize dava ikame edeceğimizi ihtaren bildiririm.”

ifadelerine yer verilmiştir.

Aynı iddialarla Sesa Dış Ticaret - Semih SARAÇOĞLU müessesesi adına Av. Ahmet Habiboğlu, Mutlu Optik, Özkan Optik, Hekim Optik, Vedia Peker, Zeki Optik, Mest Optik firmalarına dava açmış ve dilekçesinde adı geçen emtianın ihtiyati tedbir kararı verilerek toplatılmasını talep etmiştir.

H.3.2. Distribütörlük Anlaşması

Soruşturma Heyeti’nce, Sesa Dış Ticaret - Semih Saraçoğlu ile Dierre S.R.L. arasında akdedilmiş münhasır distribütörlük anlaşmasının pasif satışları engelleyici hüküm içeren 5.1.ii. maddesinin 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin “Grup Muafiyeti Kapsamına Giren Yükümlülükler” başlıklı maddeleri hükümlerine uygun olmaması nedeniyle, grup muafiyeti tebliğleri kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığına değinilerek cezai müeyyidenin uygulanması gerektiği ifade edilmekle birlikte, sözlü savunma toplantısında söz konusu Distribütörlük Anlaşması’nın 8 Mart 1995 tarihinde Sesa Dış Ticaret - Semih Saraçoğlu ile Charme Lunettes S.R.L. arasında akdedilen Ticari Marka Lisans Anlaşması ile yürürlükten kaldırıldığı ve esasen anlaşmanın ekinde yer alan pasif satışın yasaklandığı ülkelere de ihracat yapılması suretiyle ilgili maddenin uygulanmadığı belirtilmiştir.

H.3.3. Paralel İthalat

Paralel ithalat kavramı Türk mevzuatında doğrudan tanımlanmamış, ancak ilgili mevzuatta yer verilen hükümlerin yorumlanması neticesinde doktrinde yerini almıştır. Doktrinde farklı

sonuçlara yol açan bir çok tartışma mevcut olmasına karşın, gerek rekabet mevzuatındaki açıklık, gerekse Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu kararlar dikkate alındığında paralel ithalata ilişkin olarak bir sonuca varmak mümkündür.

Paralel ithalat kısaca, Türkiye'de hak sahibince piyasaya sunulan bir malın, üçüncü kişilerce yasal prosedüre uygun olarak bir başka kanaldan temin edilip ithal edilmesi işlemidir. Bu konuda fikri sinai mülkiyet haklarına ilişkin mevzuatın getirdiği düzenlemeler mevcuttur. Soruşturma konusunun Police, Sting ve Vogart marka gözlüklerin paralel ithalatının engellenmesi olması dolayısıyla, durumun markaların korunması hakkında mevzuat, fikri sinai haklar ve malların serbest dolaşımı çerçevesinde Türkiye'nin Avrupa Birliği ile ilişkileri açısından ve son olarak rekabet mevzuatı açısından incelenmesi yerinde görülmüştür.

H.3.3.1. Markalarla ilgili Mevzuat Açısından Paralel İthalat

Prof. Dr. Sabih Arkan, Marka Hukuku (Ankara,1998) isimli kitabında yer verdiği paralel ithalata ilişkin görüşünde; markalı malların Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra, marka sahibinin bu malları yurtdışına satması ya da bu malları yurtdışında üretmesini müteakip; üçüncü kişiler tarafından bu malların yurtdışından satın alınarak Türkiye'ye ithaline engel olunamayacağını belirtmektedir. "Prof.Dr.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan" (İstanbul,2000) adlı kitapta yer alan, "Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi" başlıklı makalesinde **Hamdi Pınar**, Sabih Arkan'ın bu görüşüne eleştiride bulunmuş ve bu görüşün ancak Markaların Korunması Hakkında KHK'nin 13/1. maddesinin asgari bir düzenleme getirdiği, bu hükmün emredici olmadığı yönündeki görüşün kabul edilmesi durumunda geçerli olabileceğine ifadelerinde yer vermiştir.

Prof. Dr. Ünal Tekinalp Fikri Mülkiyet Hukuku (İstanbul,1999) isimli kitabında, paralel ithalatla ilgili olarak Sabih Arkan'la aynı düşünceleri savunmuştur. Ancak Tekinalp görüşlerinde, paralel ithalatın gerçekleşebilmesi için markanın Türkiye'de ve malın ithal edildiği ülkede aynı şahıs adına tescil edilmesi gerektiği şartına da yer vermiştir. **Hamdi Pınar**, Ünal Tekinalp'in görüşüyle ilgili olarak da, Sabih Arkan'a getirdiği eleştiriye paralel olarak, ifadelerin çelişkili olduğunu, bu çelişkinin ortadan kaldırılabilmesi için 13. maddenin 1. fıkrasındaki ifadenin, emredici değil sadece asgari bir düzenleme olduğunun kabulünün gerekli olduğunu ifade etmiştir.

Saadet Arıkan, Fikri Sınai Haklar Hukukunun, hak sahibine mutlak yetkiler verdiğini ileri sürmüştü ve buna bağlı olarak A ülkesinde patent, marka tasarım belgesi almış üreticinin, B ülkesinde aynı çerçevede korunan patent, marka veya tasarım konusu mallarını B ülkesinin piyasasından toplayıp A ülkesine sokmaya çalışan paralel ithalatçıyı önleme yetkisinin bulunduğunu iddia etmiştir (Fikri-Sınai Haklarda "Hakkın Tüketilmesi" Doktrini Avrupa Birliği ve Türkiye, İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi, 1996, sayı 129).

Hamdi Pınar bahsi geçen makalesinde, Türk Hukukundaki düzenlemelerin lâfzî yorumlanması neticesinde ülkesel tükenme ilkesinin kabulünün gerektiğini ancak, öğretinin ve Yargıtay'ın bu konudaki görüşünün tam olarak belli olmadığını ifade etmiştir. Mevzuattaki düzenlemelerin, amaçsal yorumla emredici değil, asgari bir düzey olarak kabul edildiği takdirde uluslararası tükenme ilkesinin tercih edilmesinin mümkün olduğunu ileri süren Hamdi Pınar, bir taraftan ülkesel tükenme ilkesi denilirken, diğer taraftan orijinal malların paralel ithalatının mümkün olduğu yönünde görüşlerin bildirilmekte olduğunu, bu yaklaşımın Yargıtay'ın "Police" kararına da yansıdığını ve bu durumun ise açık bir tercihin yapılmasını zorunlu kıldığını ifade etmiştir.

Doktrinde yer alan görüşler incelendiğinde markaların korunması ile ilgili mevzuatın paralel ithalata yönelik açık bir düzenlemeye sahip olmadığı görülmektedir. Yukarıda görüşlerine yer verilen Hamdi Pınar, bu konuyu açıkça dile getirmiş ve bu konuda bir tercihin yapılmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Bu aşamada markalarla ilgili mevzuata ilişkin herhangi bir görüşe yer verilmeyecek, konu rekabetin korunması ile ilgili mevzuat kapsamında incelenecektir.

H.3.3.2. AB ve Türkiye İlişkileri Açısından Fikri Sınai Haklar

Türkiye ile AT arasındaki ilişkinin hukuki temeli 1964 senesinde yürürlüğe giren Ankara Anlaşması'dır. Bu anlaşmada yer verilen son döneme ilişkin şartlar 1.1.1996 tarihinde yürürlüğe giren 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (OKK)'nda belirtilmiştir.

1/95 sayılı OKK'de fikri sınai haklara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. OKK'nin Mevzuat Uyumuna ilişkin kısmının birinci bölümünün fikri, sınai ve ticari mülkiyetin korunması ile ilgili 31. maddesinde;

"1. Taraflar fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının uygun ve etkin biçimde korunması ile uygulanmasını sağlamak konusuna verdikleri önemi teyid ederler.

2. Taraflar, fikri mülkiyet haklarına Gümrük Birliğini oluşturan iki tarafta da eş düzeyde verimli koruma sağlanması halinde Gümrük Birliğinin düzgün işleyebileceğini kabul etmektedirler. Bu doğrultuda, bu kararın 8 sayılı Ek'inde belirlenen yükümlülükleri üstlenmektedirler."

ifadeleri yer almaktadır.

8 sayılı Ek'te, on madde halinde düzenlenen yükümlülüklerin ilki GATT 1994 TRIPs Anlaşması'na ilişkin taahhüttür. Bu çerçevede, Türkiye, OKK'nin yürürlüğe girmesinden itibaren 3 yıl içinde TRIPs Anlaşması'nı uygulayacağını taahhüt etmektedir. Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'nın bir eki olarak hazırlanan TRIPs Anlaşması, tüm fikri sınai haklarda üye ülkelerin dikkate alması gereken minimum standartları belirlemiştir. TRIPs Anlaşması, fikri sınai haklar çerçevesinde "Hakkın Tüketilmesi" ilkesine yer vermiştir. Bu ilkenin düzenlendiği 6. madde, fikri sınai hakların tüketilmesi ile ilgili uyuşmazlıkların, bu anlaşma kapsamında çözüme ulaştırılmayacağı konusunda düzenleme getirmiştir. Yine aynı maddeye göre bu konunun tek istisnası, hakkın tüketilmesi ilkesinin, TRIPs Anlaşması'nın ulusal muamele ve en çok kayırılan ülke kaydı ile ilgili maddelerini ihlal eder biçimde uygulanması durumudur.

1/95 sayılı OKK'nin 8 sayılı Ek'inin TRIPs Anlaşması ile ilgili getirdiği düzenlemeyi takip eden maddelerinde, uluslararası sözleşmelere ilişkin yükümlülükler ele alınmıştır. Karar'ın yürürlük gününden önce ve sonraki üç yılda taraf olunacak uluslararası sözleşmeler belirtilerek Türkiye'nin bu düzenlemelere taraf olması gerektiği vurgulanmaktadır. Getirilen bir diğer yükümlülük ise TRIPs Anlaşması'na uyumun yanısıra AT'nin bu konudaki mevzuatına uyumdur. Fikri sınai haklar mevzuatının bir kısmına Karar'ın yürürlük tarihinden önce uyum sağlanması şartı getirilmiş, geri kalan kısmı için yürürlük tarihinden itibaren 3 yıllık bir süre tanınmıştır.

8 sayılı Ek'in 10. maddesinde ise hakkın tüketilmesine ilişkin hüküm yer almaktadır. 10/2. maddede "Bu karar, iki taraf arasındaki ticari ilişkilerde uygulanan fikri-sınai ve ticari hakların tüketilmesi sonucunu

doğurmaz.” denilerek hakkın tüketilmesi ilkesinin Türkiye-AT Gümrük Birliği ilişkisinde uygulanmayacağı öngörülmüştür.

H.3.3.3. Rekabet Mevzuatı Açısından Paralel İthalat

Paralel ithalat konusunda marka mevzuatı açısından yapılan değerlendirmenin ardından, rekabet mevzuatı açısından konunun değerlendirilmesine geçilecektir. Öncelikle paralel ithalatın nedenleri ve dolayısıyla engellenmesinin sebepleri üzerinde durulacaktır. Bu açıklamalardan sonra bu konudaki rekabet mevzuatı açısından getirilen düzenlemenin önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Fikri ve sınai mülkiyet hakkı sahipleri, yıllar boyunca kendi yarattıkları mallar üzerinde maksimum korumayı sağlamayı hedeflemiş, buna karşın malı satın alan kişiler de, satın aldıkları bu malı dilediği şekilde kullanmak istemişlerdir. Karşılıklı çıkar çatışmaları neticesinde, serbest ticaret ile fikri mülkiyetin korunması; kamu yararı ile kişisel kullanım özgürlüğü arasında dengeyi temin etmek amacıyla fikri mülkiyet haklarının tükenmesi ilkesi ortaya çıkmıştır. Bu ilkeyle birlikte kurulacak olan dengeden, fikri ve sınai mülkiyet hakkı sahibi açısından markanın zarar görmesini engelleyecek bir koruma getirmesi; malın yeni maliki açısından ise markaya zarar vermediği sürece malın yeniden satımı ve benzeri konularda serbestçe davranabilmesini sağlaması beklenmektedir. Diğer bir anlatımla fikri sınai mülkiyet hakkı sahibi, malını ilk defa piyasaya sürme konusunda kendi kontrolünde olan tekel hakkına sahip olmakla birlikte bu hak, daha sonra malın piyasada yasal dolaşımını kontrol etme yetkisini de kapsamaz. Ancak günümüzde bu dengenin mal sahipleri açısından bozulmasına yönelik bir eğilim görülmektedir. Asıl amacı markayı korumak olan düzenlemelerin, mal sahibinin, ticari kazancını artırmaya yönelik olarak gerçekleştirdiği faaliyetleri korumaya varan, tüketicilerin markalı mal üzerindeki tasarruf haklarını gerektiğinden fazla sınırlayacak şekilde yorumlandığı görülmektedir. Bu aşamada bu uygulamalar arasında en yaygın olarak bilinen paralel ithalat konusunda açıklamalar yapmak yerinde olacaktır.

Paralel ithalat ülkeler arasında yapılan ticaret neticesinde ortaya çıkan bir kavramdır. Bir ülkede satışa sunulan bir malın, aynı malın satışının yapıldığı bir başka ülkeden ithal edilmesiyle birlikte ortaya çıkan paralel ithalatın temel nedeni iki ülke arasındaki fiyat farklılığıdır. Bu durumda paralel ithalatçılar tarafından, fiyatı ucuz olan ülkeden alınan mal, pahalı olan ülkeye ithal edilecektir.

Markalı malın sahibinin bu iki ülke için uyguladığı fiyat farklılığının başlıca iki nedenden kaynaklandığı düşünülebilir. Bunlardan ilki marka sahibinin yeni girdiği veya pazar payını artırmayı hedeflediği piyasalarda tutunma amacıdır. Bir diğer sebebi ise üretim faktörlerinin fiyatlarının farklı olmasıdır. İş gücünün veya sair girdilerin ucuz olması, üretimin yapıldığı ülkedeki malların fiyatlarının da ucuz olmasını doğuracaktır. Bu iki temel sebebe dayanan fiyat farklılaştırması sonucu ortaya çıkan paralel ithalatın engellenmeye çalışılması, markalı malı değil, üreticinin pazar stratejisini korumaya yönelik bir amaca hizmet edecektir. Gerek markaların korunmasına yönelik düzenlemelerde, gerekse rekabetin korunmasına ilişkin mevzuatta marka sahibinin pazar stratejisini oluşturmasına yönelik faaliyetlerini korumaya ilişkin bir amaç maddesi bulunmamaktadır. Paralel ithalatın sebepleri üzerinde yapılan bu açıklamalardan sonra, Rekabet Kanunu açısından konunun değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun "paralel ithalat" konusuna doğrudan bir düzenleme getirmemiştir. Ancak Kanunun 4(d) ve 6(a) maddeleri, rakip teşebbüslerin piyasaya girişinin engellenmesi ve faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemleri yasaklamış, paralel ithalatın engellenmesi de bu sonuçları doğurması açısından Kanun kapsamında değerlendirilmiştir.

Bu kapsamda, markalı malın Türkiye'de piyasaya sunulduğu andan itibaren hak sahibinin, markanın korunması ile ilgili mevzuat çerçevesinde korunan hakları saklı kalmak kaydıyla, malın yeniden satışını ya da orijinal malın bir başkasınca yasal yollarla ülkeye ithalini engelleyici bir hakka sahip olduğu ileri sürülemez.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Police marka güneş gözlüklerinin paralel ithalatına ilişkin olarak vermiş olduğu 12.03.1999 tarih ve 1998/7996 Esas sayılı kararı ile Dexter markalı ayakkabıların paralel ithalatına ilişkin olarak vermiş olduğu 14.06.1999 tarih ve 1999/3243 Esas sayılı kararı da bu görüşü doğrular niteliktedir.

Yargıtay'ın ilgili kararları incelendiğinde, paralel ithalata ilişkin doktrinde tartışılmakta olan konuya, marka sahibinin farklı dağıtım kanallarına farklı fiyatlarla satmış olduğu mallardan elde edeceği kârı maksimize etmesine yardımcı olma amacını taşımayan, amacı sadece markaların korunmasını sağlamak olan markalarla ilgili mevzuat

açısından yaklaştığı kadar; mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları önlemek amacıyla haiz Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında da yaklaşarak karar verdiği görülecektir. Yargıtay, Rekabet Mevzuatı'nda düzenlenmeyen ilk satış hakkını da içeren kararında "paralel ithalat"ın engellenemeyeceğine hükmetmiştir.

Dolayısıyla, konuya ilişkin Yargıtay Kararları da dikkate alındığında, 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 olunamayacağı açıktır.

Sözü edilen görüşler rekabetçi bir piyasanın sağlanması amacıyla taşıyan Rekabet Kanunu'nun düzenlemeleriyle birlikte değerlendirildiğinde paralel ithalat kavramının, bir ülkede hak sahibi tarafından piyasaya sunulan bir malın aynısının üçüncü kişilerce bir başka ülkeden yasal prosedürüne uygun olarak ithal edilmesi ve piyasaya sunulması şeklinde tanımlanması ve rekabet mevzuatı yönünden bu hakkın varlığının kabul edilip korunması gerektiği sonucuna varılmıştır.

I- SAVUNMALAR VE BUNLARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

I.1. Tarafa İlişkin Savunma ve Değerlendirilmesi

Kurum'un işleminin tarafının yanlış olduğu, Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmesi'nin tarafının Sesa Dış Ticaret – Semih Saraçoğlu olduğu, dolayısıyla gerek marka hakkına tecavüz iddiasının gerek 4054 sayılı yasaya muhalefetin tarafının ancak söz konusu tacir olabileceği, nitekim tüm davaların adı geçen tacire vekaleten açıldığı ve onun lehine veya aleyhine hüküm tesis edildiği, hal böyle iken Rekabet Kurumu'nun sözleşmenin tarafı olmayan Sesa Dış Ticaret Limited Şirketi adına ön soruşturma yapmasının ve soruşturma açılmasına karar vermesinin usulen hatalı olduğu, başka bir tüzel ya da gerçek kişinin eylemleri nedeniyle bir başkasının soruşturulması ya da yargılanmasının hukuka aykırı bir işlem olduğu iddia edilmiştir.

11 Şubat 1999 tarih ve 4729 sayılı T.C. Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlandığı üzere, Semih Saraçoğlu ve Selçuk Saraçoğlu, atacıkları münferid imza ile Sesa Dış Ticaret Limited Şirketi'ni temsile yetkili

kılınmışlardır. Sesa Ltd. Ş. müdürlerinden Semih Saraçoğlu aynı zamanda, adı geçen Münhasır Distribütörlük Anlaşması ve Ticari Marka Lisans Anlaşması'nın tarafı olan Sesa Dış Ticaret – Semih Saraçoğlu şahıs firmasının sahibi konumundadır.

Türk Ticaret Kanunu açısından iki ayrı tüzel kişiliği haiz olan Sesa Dış Ticaret-Semih Saraçoğlu şahıs firması ile Sesa Dış Ticaret Ltd. Ş.'nin, aynı karar organı tarafından yönlendirildiği görülmektedir. Bunun yanı sıra, soruşturma döneminde yapılan incelemeler neticesinde, T.C. İstanbul Ticaret Siciline 310587/258169 numara ile kayıtlı Sesa Dış Ticaret Ltd. Ş. ile 257932/205504 numara ile kayıtlı Sesa Dış Ticaret - Semih Saraçoğlu firmalarının aynı adreste faaliyetlerini sürdürdükleri tespit edilmiştir.

Diğer yandan, Charme Lunettes S.R.L. firması vekili Av. Ahmet Habiboğlu tarafından çekilen ihtarnamede “ilgili markaların Türkiye’ye ithal, dağıtım ve temsil yetkilerini 16.12.1994 tarihli Distribütörlük Anlaşması ile Ortaklar Caddesi, Aslı Apt. 20/6 Mecidiyeköy-İstanbul Türkiye adresinde mukim SESA SEMİH SARAÇOĞLU MÜESSESESİ ve SESA DIŞ TICARET LTD. ŞTİ.’ne vermiş ve bu kişiler Türkiye’de Müvekkil şirketin sahibi olduğu ürünlerin yasal olarak TEK SATICI’sı olma hakkını kazanmışlardır.” ifadesine yer verilmiş; dolayısıyla yazılı distribütörlük anlaşması ile ticari marka lisans anlaşmasının Sesa Dış Ticaret-Semih Saraçoğlu firmasıyla imzalanmış olmasına rağmen, tek satıcılık hakkının şahıs firması yanında Sesa Ltd. Ş.’ne de tanındığı ifade edilerek iki firma arasındaki bağ, Charme Lunettes tarafından da ortaya konmuştur.

Yine, “Police”, “Sting” ve “Vogart” marka gözlüklere ait garanti belgelerinde, ithalatçı firma olarak Sesa Ltd. Ş.’nin yer aldığı ve firma yetkilisi olarak Semih Saraçoğlu’nun imzasının bulunduğu hususu da yukarıdaki açıklamalarla birlikte dikkate alındığında bu iki tüzel kişiliğin Rekabet Kanunu açısından tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, Rekabet Kurumu’nun işleminin tarafının yanlış olduğuna dair iddianın, Türk Ticaret Kanunu açısından değil, Rekabet Kanunu açısından değerlendirilmesi gerektiği; bu açıdan bakıldığında ve tarafların gerçek iradeleri göz önünde tutulduğunda İtalyan firması ile Sesa Ltd. Ş. arasında sözlü bir anlaşmanın kurulduğu ve yazılı anlaşmanın ise Sesa Ltd. Ş.’nin karar alma yetkisini haiz ortağı

Semih Saraçoğlu tarafından imzalandığı, gerek sözlü gerek yazılı anlaşmanın tarafı olarak Sesa Ltd. Ş.'nin kabul edilmesi gerektiği ve bunun sonucu olarak da aleyhine soruşturma yapılan Sesa Ltd. Ş.'nin husumete yönelik savunmasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

I.2. Savunma Hakkının Kısıtlanmasına İlişkin Savunma ve Değerlendirilmesi

Klasik anlamda savunma hakkının kullanılabilmesi için şikayet veya iddiaya bağlı resmi veya yarı resmi makam veya Kurum'un tespitleri yanında şikayet ve iddia sahiplerinin argümanlarının ne olduğunun da bilinmesinin, taraflara fotokopilerinin verilmesinin önem arz ettiği, mevcut isnatların mutlaka somut piyasa ve pazar analizine de yer verir biçimde ve özellikle özelde ilgili ürün, genelde de mevcut ürünün veya ikame ürünlerin yasal veya gayri yasal yollarla ithal şartlarını da gözönüne alarak yazılı ve sözlü savunma aşamasında açıklığa kavuşturulması gerekirken bunlara uyulmadığı ve savunma hakkının kısıtlandığı iddia edilmiştir.

Rekabet Kanunu'nun 43. maddesinin 2. fıkrasında hükme bağlandığı üzere; taraflara bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında ayrıntılı bilgi gönderilmiştir. Soruşturma Heyeti, İstanbul'da yapılan yerinde inceleme sırasında taraflarla, piyasada faaliyet gösteren diğer firmalarla görüşmeler yapmış; elde ettiği somut bilgileri, teorik bir alt yapı süzgecinden geçirerek rekabet mevzuatı açısından değerlendirmiştir.

Piyasa, taraflar ve şikayet ile ilgili olarak incelemeler yapılmış; bu incelemeler neticesinde elde edilen bilgi ve belgeler değerlendirilmiştir. Bu inceleme sürecinde, Rekabet Kanunu kapsamına girmeyen, haksız rekabet, markalar mevzuatı ve benzeri alanlarda da araştırmalar yapılmış, elde edilen tüm bulgular dikkate alınmıştır. İlgili ürün ve coğrafi pazar incelenmiş; ürünlerin yasal ve gayri yasal yollarla ithal şartları göz önüne alınmış ve ithalatla ilgili olarak herhangi bir hukuka aykırı durum tespit edilememiştir. Yasal olmayan ithalata yönelik olarak halen ticaret mahkemelerinde devam eden davalar olması sebebiyle, haksız rekabet hususunda, kesin yargıya varacak bir görüş bildirmenin doğru olmadığı düşünülmektedir.

Diğer yandan soruşturma raporunda konu edilen bir çok belge, halihazırda devam eden mahkeme dosyalarından temin edilmiştir. Bu

argümanların tamamı ilgili teşebbüste de olan argümanlardır. Soruşturma Heyeti'nin bu konuda savunma hakkını kısıtlamaya yönelik bir davranışının olmadığı sonucuna varılmıştır.

I.3. Haksız Rekabete İlişkin Savunma ve Değerlendirilmesi

Rekabet Kurumu'na şikayette bulunan, başta Hekim Optik Ltd. Ş. olmak üzere üçüncü şahısların bu ürünleri Türkiye'ye ithal etmeleri ve tüketicilere ulaştırmalarının, bu ithalatın büyük oranının 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun kapsamında soruşturmaya tabi tutulmasının, tek satıcının yarattığı imaj, tanınmışlık ve pazardan "emeksiz" olarak yararlanma anlamına geldiği; davalıların tek satıcının büyük emekler, büyük yatırımlar ve büyük harcamalar yaparak tanıttığı imajdan istifade ettiği, bunun da rekabet hukukundaki emek ilkesine aykırı olduğu, davalıların bu ürünleri marka lisansı hakkı olan ve tek satıcı durumundaki Sesa Dış Ticaret – Semih Saraçoğlu'nun iradesi dışında, onun tekel hakkına aykırı biçimde getirmesinin, az bir emek ve sermaye ile bu pazardan yararlanmasının, tek satıcının emeğini sömürmesinin ve tüm bunların sonunda fiyat kırarak mal satması anlamına geldiği ve bu açıdan hukuken korunması mümkün olmayan bir haksız rekabet oluşturduğu iddia edilmiştir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, marka sahibince veya onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulan bir ürünün, daha sonra yasal yollarla üçüncü kişilerce ithal edilerek ülke içinde yeniden piyasaya sunulmasının marka sahibi veya tek satıcı tarafından engellenmesi 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine aykırı düşen bir eylemdir. Marka sahibi ya da ülkedeki yetkili satıcısı, malın piyasaya sürülmesinden sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılması durumunda, bunu önleme yetkisini 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri uyarınca elde etmektedir. Bu yetki haricinde, 4054 sayılı Kanun uyarınca marka sahibinin ya da tek satıcının, paralel ithalatı önleme yetkisi bulunmamaktadır.

Tek satıcının gerek imaj yaratmak gerekse ticari kazanç amacıyla yaptığı yatırım ve harcamalar, tek satıcı ile marka sahibi arasındaki ticari ilişki neticesinde gerçekleştirilen, tek satıcının marka sahibi ile yapmış olduğu anlaşma doğrultusunda katlandığı maliyettir. Tek satıcının böyle bir maliyet altına girmesi, tek satıcıya, ürünün başka firmalarca ithalatını

yasaklayacak derecede tasarrufta bulunma hakkını tanımamaktadır. Tek satıcının, tüketicinin, aynı ürünü paralel ithalat yoluyla ülkeye getirmiş bir başka satıcıdan almasını, diğer bir deyişle aynı ürünü pazarlamak isteyen bir satıcının pazara girişini engelleme yetkisi bulunmamaktadır.

I.4. İthalatın Yasal Yollarla Yapılmadığına İlişkin Savunma ve Değerlendirilmesi

Şikayetçilerin göstermelik ithalat işlemleri haricinde bu ürünleri yasal olmayan yollardan ülkeye getirdikleri, bu kişilerin 200 adet gözlüğü yasal yollardan ithal ettiği, bunun yanında ithal edilen 3000 adet gözlük kılıfının içine neler konacağına belli olmadığı belirtilmiştir.

Cüz'i miktarda yasal ithalat yaparak çoğunluk yasal yollardan getirilmeyen ürünlerin satışa sunulmasının, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve garanti kapsamında hiçbir güvencenin verilmemesinin, daha da önemlisi bu güvencenin sonuçlarının tek satıcı üzerinde doğmasının, örneğin gözlüğü bozulan veya zarar gören kimsenin tek satıcı, onun alt bayileri ve servislerini muhatap almasını, paralel ithalatı gerçekleştiren kimselerin başta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un gerekleri olmak üzere hiçbir lazimeye uymamalarının, böylece tek satıcının büyük harcamalar ve emek neticesinde oluşturduğu imajdan yararlanmalarının haksız rekabet oluşturduğu, rekabetin bozulması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği iddia edilmiştir.

Yasal olmayan yollarla yurda getirilen mallar için TTK'nin haksız rekabete ilişkin ve 556 sayılı KHK'nin hükümlerine dayalı yasal hakların kullanılması mümkündür. İthalatçı firmaların ithal ettikleri mallar için garanti belgesi düzenlemeleri; bakım, onarım ve kullanılmasına ait tanıtma ve kullanım kılavuzlarının hazırlanması ise 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve bu Kanuna dayanarak çıkarılan TRKGM-95/116-117 sayılı Garanti Belgesi ile Tanıtma ve Kullanma Kılavuzunun Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ çerçevesinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerle getirilen zorunluluklara uyulmaması neticesinde, ilgili Kanun hükümleri uygulanarak gereği, ilgili kurumlarca yerine getirilecektir.

I.5. Pazara İlişkin Savunma ve Değerlendirilmesi

Markalı güneş gözlükleri pazarının monopol ve oligopol bir pazar olmadığı, rakip teşebbüslerin çok olduğu, dünyaca ünlü bir çok markayı taşıyan gözlüklerin kıyasıya rekabet ettiği (Ray-Ban, Armani, Gucci, Versace, Safilo gibi), şikayetçilerin marka içi rekabet yerine iyi niyetli bir tacirin bakış açısı ile markalar arası rekabete girebileceği geniş bir hareket alanı ve tercih yelpazesinin olduğu, dolayısıyla Kurum'un ilgili ürün pazarı değerlendirmesinde bunu göz önünde bulundurmamasının ve Lisans Sözleşmesi ile Tek Satıcılık Sözleşmesi'ni değerlendirirken somut pazar araştırması yapmadan rekabetin kısıtlandığı sonucuna varmasının gerçeğe bir değerlendirme olmadığı savunulmuştur.

Paralel ithalat, bir ürün pazarındaki malların tamamı ile değil; belirli bir marka ile ilgili kavramdır. Dolayısıyla markalar arası rekabetin kıyasıya yaşandığı bir piyasada dahi marka içi rekabetin sınırlandırılması söz konusu olabilir.

I.6. İlgili Ürün Pazarı ve Rekabete İlişkin Savunma ve Değerlendirilmesi

Sözleşmelerde ve açılan davalarda amaçlananın, mükemmel ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a uygun bir satış mekanizması kurmak, dağıtıcılara ve tüketicilere zamanında ve makul bir fiyatla ürün temin etmek olduğu, serbest piyasa ekonomisi esasları içinde böyle bir amaç ve bunu pratiğe döken şartlar, ilgili ürün pazarında, fazlasıyla çeşitlilik ve markalar arasında yoğun rekabet olduğu dikkate alındığında, ayrıca yatay bir anlaşma ve uyumlu eylemin yaşanmadığı ilgili coğrafi pazar ve ürün pazarında rekabet düzenini bozucu kabul edilemeyeceği iddia edilmiştir.

Halen sürmekte olan davalarla ilgili herhangi bir yorum yapılması söz konusu değildir.

Rekabetin yalnızca markalar arasında tesis edileceği varsayılarak, marka içi rekabetin göz ardı edilmesi mümkün değildir. Paralel ithalatın engellenmesinin Rekabet hukuku yönünden pazara giriş engeli olarak kabul edilebileceği dikkate alındığında; tek satıcılık ve lisans hakları ile elde edilmiş olan haklar, Türkiye'de piyasaya sürülmüş malın aynısının başka bir kanaldan tedarik edilip ithal edildikten sonra yeniden satışının engellenmesine yönelik olarak kullanılamaz.

I.7. Yargıtay Kararlarına İlişkin Savunma ve Değerlendirilmesi

T. Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu yönünden incelendiğinde tek satıcının, üçüncü kişilere karşı haksız rekabet veya haksız fiil hükümlerinden hareketle dava açabileceği iddia edilerek Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın "...yapımcı tek satıcılar ile yaptığı sözleşmelere öteki tek satıcıların bölgelerinde satış yapmama ve müşterilerine de yaptırmama yükümlülüğü koydurmuşsa, tek satıcı kendi bölgesinde satış yapan öteki satıcılara veya onların müşterilerine karşı B.K. M41 f.2'ye veya şartları varsa TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerine (TTK. M.56 vd.) dayanarak da istemde bulunabilir" şeklindeki görüşüne yer verilmiştir.

Yargıtay, paralel ithalat kavramını açıkça tartıştığı yakın tarihli kararlarında, savunmanın aksine paralel ithalatın yasaklanamayacağı görüşündedir.

Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin, 14.6.1999 tarih ve 1999/3243 Esas sayılı kararında özetle;

- Tek satıcılık sözleşmesinde kural olarak edimlerin ve yükümlülüklerin bu sözleşmenin tarafları (yapımcı-tek satıcı) arasında doğacağı,

- Tek satıcının tekel hakkının sözleşmede taraf olmayan 3. kişilere karşı haksız rekabet yoluyla korunmasının kural olarak mümkün olmayacağı; tek satıcının reklam yaparak pazar sağlamasının, servis hizmeti vermesinin hukuksal durumu değiştirmeyeceği,

- Marka sahibi tarafından veya onun izni ile bir başkasınca markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasından sonra marka sahibinin, markanın bu mallarla ilgili olarak kullanımını yasaklayamayacağı,

- Markalı malların Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra marka sahibinin, bu malların yurt dışına satışından sonra, bunların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye'ye ithaline ("paralel import") engel olamayacağı

ifade edilmiştir. Aynı görüş Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 12.03.1999 tarih ve 1998/7996 Esas sayılı dosyaya ilişkin kararında da tekrarlanmıştır.

I.8. Markalar Mevzuatına İlişkin Savunma ve Değerlendirilmesi

Lisans sözleşmesi gereği mezkur markaların 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (MarkKHK) sağladığı korumanın da kapsamında olduğu; üçüncü bir kişi tarafından marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, inhisari lisansa sahip olan kişinin MarkKHK'nın 73. maddesi uyarınca, marka sahibinin açabileceği davaları kendi adına açabileceği, buna göre MarkKHK'nın 9/II (a) ve 61 (c) hükmü uyarınca tek satıcının, dağıtımı konusunda inhisar hakkına sahip olduğu ürünlere vaki tecavüzü engelleyebileceği gibi bu tür ürünlerin ithali veya ihracına da engel olabileceği; bir markanın kapsadığı ürünün imali ve satışı konusunda sahibine inhisar hakkı verdiği; marka hakkı sahibinin ilgili ürünü istediği gibi imal edip satabileceği ve kendi izni olmadan başkalarının bu ürünü imal edip satmasını engelleyebileceği iddia edilmiştir.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un amaç ve kapsamı farklıdır. 556 sayılı KHK'nin 1. maddesinde kararnamenin amacı, "...bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır." şeklinde ifade edilmiştir. Bu maddeden de açıkça anlaşılacağı üzere, KHK, doğrudan markaları korumakta, mal ve hizmet piyasalarına yönelik rekabete ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. Bu konudaki düzenlemeler 4054 sayılı Kanun ile getirilmiştir.

Yukarıda yer verilen genel açıklamaların haricinde, yargıya intikal etmiş olan davalar hakkında bir değerlendirme yapılması mümkün değildir.

J- GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAĞI

Soruşturma Heyeti hazırladığı raporda, De Rigo S.p.A. ile Sesa Dış Tic. Ltd. Ş. arasında paralel ithalatı engelleme amacı taşıyan sözlü bir anlaşmanın var olduğunu iddia etmiştir. Raporda,

- Charme Lunettes adına yaklaşık üç bin tane gözlük satıcısına noter kanalıyla çekilen ihtarnamelerde yer alan "Müvekkil Şirket ve Türkiye Tek Satıcısının muvafakatı olmadan alt bayiler olarak Türkiye dışına hiçbir şekilde mal satamazlar. Alt Bayii veya üçüncü kişiler Müvekkil Şirketin ve Türkiye Tek Satıcısının izni olmadan herhangi bir

ülkeden Müvekkile ait markaları içeren malları Türkiye'ye ithal edemezler. Aksi hareket edenlere karşı Yasal ve Hukuki işlemler yapılacaktır." şeklindeki ifadenin; taraflar arasında Sesa'nın Türkiye'de tek satıcılık durumunun ona münhasır distribütörlük anlaşması ile verilmiş olan tekel hakkını mutlak topraksal koruma sağlayacak şekilde uygulama amacını ortaya koyduğu,

- Aynı şekilde, Sesa adına açılan davaların dilekçelerinde, Kadıköy 17.Noterliği kanalıyla Sesa tarafından çekilmiş olan ihtarnameler ileri sürüldüğü ve *"bu şahıslara ihtarnameler 17.12.1996 tarihinde Tebliğ edilmesine rağmen fiilerinden vazgeçmemişlerdir"* ifadeleriyle Sesa'nın da bu anlayışa ortak olduğu görüldüğü,

- Tarafların bu şekilde ifade ettikleri, paralel ithalatı engelleme suretiyle rekabetin ortadan kaldırılmasını sağlama şeklindeki amaçlarının; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesinin *"Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan.... teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır."* şeklindeki hükmü gereği yasaklandığı,

- Rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı davranışların engellenmesi amacını taşıyan 4054 sayılı Kanun'un yaklaşımı doğrultusunda söz konusu ihtarname ve davalarda geçen ifadelerin açıkça rekabeti engelleme amacını taşıyan sözlü bir anlaşmanın varlığının kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığı,

- Söz konusu anlaşmanın amacının rekabeti engellemek olduğunun tespit edilmesi nedeniyle, ilgili ürün piyasasında pazar araştırması yapılması suretiyle anlaşmanın sonuçlarının veya etkisinin incelenmesine gerek görülmediği,

- Zira, rekabet hukuku açısından böyle bir amacın tespit edilmesinin yeterli olduğu, daha fazla incelemeye veya piyasa analizi yapmaya gerek bulunmadığı

belirtilmiştir.

Savunmalara ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde de bahsedildiği üzere, De Rigo S.p.A. ile Sesa Ltd. Ş. arasında yazılı bir distribütörlük anlaşması olmamasına karşın, sözlü bir anlaşma

mevcuttur. İhtarnamelerde geçen “Müvekkil şirketin Dierre S.R.L. şirketine verdiği yetki neticesi bu şirket ilgili markaların Türkiye’ye ithal, dağıtım ve temsil yetkilerini 16.12.1994 tarihli Distribütörlük Anlaşması ile Ortaklar Caddesi, Aslı Apt. 20/6 Mecidiyeköy – İstanbul Türkiye adresinde mukim SESA SEMİH SARAÇOĞLU MÜSSESESİ VE SESA DIŞ TİCARET LTD. ŞTİ.’ne vermiş ve bu kişiler Türkiye’de müvekkil şirketin sahibi olduğu ürünlerin yasal olarak TEK SATICISI olma hakkını kazanmışlardır.” ifadesi, garanti belgelerinin Sesa Ltd. Ş. tarafından düzenlenmesi bu ilişkiyi doğrular nitelikte bulunmuştur. Ancak, Kurul’ca yapılan değerlendirmede; ihtarnamelerde geçen ifadelerin, gözlük satıcılarını yasal olmayan yollarla yapılan ithalata karşı uyarma amacını taşıdığı kanaatine ulaşılmıştır. İhtarnamelerde de açıkça görülebileceği gibi bu belgelerde yer verilen ifadeler, marka sahibi veya yetkili satıcısının bu husustan doğan haklarını Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde arayacağına ilişkin olarak gözlük satıcılarını bilgilendirme amacına yöneliktir. Dolayısıyla, Sesa Ltd. Ş. ile De Rigo S.p.A. arasında varlığı kabul edilen sözlü anlaşmanın, ihtarnamelere ve dava dilekçelerine yansıyan ifadelere dayanarak, rekabete aykırı olduğu iddiasının yerinde olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Ancak Rekabet Kurulu, yasalara uygun yapılan ithalatın engellenmesinin rekabet mevzuatına aykırılık teşkil edeceğine, diğer bir deyişle paralel ithalatın engellenemeyeceğine ilişkin olarak açıklama yapma gereği görmüştür.

Paralel ithalatı engellemeye yönelik girişimler, rakip teşebbüslerin piyasaya girişinin engellenmesine, faaliyetlerinin zorlaştırılmasına neden olacaktır. 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (d) bendi, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasaya çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi suretiyle doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmaları, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerini yasaklamaktadır. Yine Kanun’un 6. maddesinin (a) bendi de bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu, ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlerde bulunmak suretiyle tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte

davranışlar ile kötüye kullanmasını yasaklamaktadır. Dolayısıyla, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4(d) ve 6(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.

Sonuç olarak, somut olayda hakkında soruşturma yapılan Sesa Ltd. Ş. ile De Rigo S.p.A. arasında distribütörlük ilişkisinin varlığı kabul edilmekle birlikte bir takım belgelerdeki ifadelere dayanılarak bu anlaşmanın paralel ithalatı engelleyici hüküm içerdiği iddiasına katılmamış ve dolayısıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine aykırı bir eylem bulunmadığından anılan teşebbüse Rekabet Kanunu'ndaki cezai yaptırımların uygulanmasına gerek görülmemiştir. Yine, Sesa Dış Ticaret - Semih Saraçoğlu firması ile Charme Lunettes S.R.L. arasında imzalanmış olan distribütörlük anlaşmasının 5.1.ii. maddesinin taraflarca daha sonra imzalanan ticari marka lisans anlaşması hükümleri doğrultusunda uygulamadan kaldırıldığı gözetildiğinde bu maddeye yönelik olarak da bir işlem yapılmasına gerek görülmemiştir.

K- SONUÇ

1. - 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 (paralel ithalat) engel olunamayacağına,

- Türkiye'de piyasaya sunulmuş olan markalı bir malın yasal olmayan bir şekilde üçüncü kişilerce yurda sokulması halinde marka sahibinin veya yetkili satıcının (gerek Türk Ticaret Kanunu gerekse diğer kanunlar çerçevesinde) yasal haklarını kullanmasının paralel ithalatın engellenmesi ve dolayısıyla rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceğine, OYBİRLİĞİ ile,

2. - Sesa Dış Ticaret - Semih Saraçoğlu ve Charme Lunette S.R.L. tarafından çekilen ihtarnamelerin, marka sahibinin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'den doğan haklarını korumak ve markayı taşıyan malın yasalara aykırı bir şekilde piyasaya sunumunu engellemek amacını taşıdıklarına, paralel ithalatın engellenmesi kastının bulunmadığına ve Sesa Dış Ticaret Ltd.

Ş. İle De Rigo S.p.A. arasında rekabeti engelleme amacı taşıyan sözlü bir anlaşmanın varlığına ilişkin yeterli bilgi ve belgenin elde edilemediğine,

- Sonuç olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine aykırı bir eylem bulunmadığından aynı Kanunun 16. maddesi gereği herhangi bir para cezasının uygulanmasına gerek olmadığına,

OYÇOKLUĞU ile Danıştay yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

Dosya Konusu : Tansaş Marketler Zinciri'nin Bolu gıda ve temel ihtiyaç maddeleri perakende satış pazarındaki rekabeti bozucu uygulamalarda bulunduğu iddiası.

Dosya Sayısı : D3/1/B.G.-01/2 (İlk İnceleme)

Karar Sayısı : 01-13/124-32

Karar Tarihi : 28.3.2001

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler: Dr. Kemal EROL, İsmet CANTÜRK,
Nejdet KARACEHENNEM, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY,
Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER

B- RAPORTÖRLER: Bülent GÖKDEMİR, Hilmi BOLATOĞLU

C- ŞİKAYET EDEN: Bolu Ticaret ve Sanayi Odası

Taşhancılar Cad. No: 10, 14200 Bolu

D- HAKKINDA İLK İNCELEME YAPILAN:

Tansaş İzmir Büyükşehir Belediyesi İç ve Dış Tic. A.Ş. (Tansaş)
Bolu Mağazası
İzzet Baysal Cad. Becikoğlu Alışveriş Merkezi, 14100 Bolu

E- DOSYA KONUSU: Tansaş Marketler Zinciri'nin Bolu gıda ve temel ihtiyaç maddeleri perakende satış pazarındaki rekabeti bozucu uygulamalarda bulunduğu iddiası.

F- İDDİALARIN ÖZETİ: Şikayet başvurusunda, Migros, Gima, Yimpaş ve Tansaş gibi süpermarketlerin bazı özel günleri bahane ederek %50'lere varan indirimlerle yıkıcı rekabet uygulamak suretiyle daha küçük çaplı bölge marketlerini zor durumda bıraktıkları iddia edilmektedir. Raportörlerce şikayetçi taraf ile yapılan görüşmede ise şikayete konu eylemlerin Bolu Tansaş firması tarafından yapıldığı ileri sürülmüştür.

G- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 15.1.2001 tarih, 225 sayı ile intikal eden başvuru üzerine düzenlenen 19.3.2001 tarih ve D3/1/B.G.-01/02 sayılı İlk İnceleme Raporu, 23.3.2001 tarih ve REK.0.07.00.00/15 sayılı Başkanlık önergesi ile 01-13 sayılı Kurul gündemine alınarak karara bağlanmıştır.

H- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: Migros, Gima, Yimpaş, Tansaş gibi süpermarketlerin bazı özel günleri bahane ederek %50'lere varan indirimlerle yıkıcı rekabet uyguladıkları ve daha küçük çaplı bölge marketlerini zor durumda bıraktıkları iddiası üzerine yapılan ilk inceleme neticesinde; gerek şikayet dilekçesinde gerekse şikayetçiyle yapılan görüşmede sözkonusu marketler arasında bir anlaşma ya da uyumlu eylemin bulunduğu şeklinde bir iddianın ileri sürülmemesi ve elde edilen bilgi ve belgelerden de bu yönde bir sonuca ulaşılamaması, ayrıca şikayetçi ile yapılan görüşmede yıkıcı fiyat uyguladığı iddia edilen Tansaş'ın ilgili pazarda hakim durumda olmadığı tespit edilmesi nedenleriyle, şikayete konu teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma

yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

I- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

5. İlgili Pazar

İlgili Ürün Pazarı: Şikayet başvurusunda mağdur olduğu iddia edilen yerel marketler ve şikayet muhatabı zincir marketler, istisnai bazı ürünler dışında gıda ve temel ihtiyaç maddeleri perakende satışı pazarında faaliyet göstermektedirler. Bu nedenle ilgili ürün pazarı “gıda ve temel ihtiyaç maddeleri perakende satış pazarı” olarak belirlenmiştir.

İlgili Coğrafi Pazar: Zincir Marketler Türkiye genelinde faaliyet göstermektedirler. Ancak, perakende sektöründe her marketin belirli bir “etki alanı” bulunmaktadır. Bu sahanın dışından gelerek sözkonusu marketten alışveriş yapabilecek müşteri akımı sahadan uzaklaştıkça zayıflamakta, bir noktadan sonra da kesilmektedir. Bazı zincir marketler müşteri servisleri ile bu “etki alanı”nı bir miktar genişletebilmektedir. Fakat, bu genişleme şehir yerleşiminin sınırlarından öteye gidememektedir. Benzer şekilde herhangi bir zincir market şubesinin bir yerleşim biriminde açılabilmesi için yörenin coğrafi, ekonomik ve sosyal şartlar yönünden analiz edilmesi ve marketin fizibilitesinin yapılması gerekmektedir. Anılan nedenlerle, şikayet konusu olayların Bolu il merkezinde gerçekleştiği de göz önüne alınarak, ilgili coğrafi pazar “Bolu İl Merkezi” olarak belirlenmiştir.

6. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Gerek şikayetçiye ait başvuru dilekçesinde gerekse şikayetçiyle yapılan görüşmede Tansaş ve diğer zincir marketler arasında bir anlaşma ya da uyumlu eylem iddiası bulunmamaktadır. Ayrıca şikayetçinin sağlamış olduğu evrak ve yapılan yerinde incelemeden bu yönde bir sonuç çıkarmak mümkün olmamıştır. Şikayet konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşma ya da uyumlu eylem sonucu meydana gelmediği, bu nedenle aynı madde kapsamında bir ihlalin söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.

Şikayetçinin dile getirmiş olduğu iddialar yıkıcı fiyatlandırma kavramı çerçevesinde, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” başlıklı 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilir.

Ancak; sektörün yapısına göz atıldığında bir “hakim durum” oluşumuna çok da müsait olmadığı görülmektedir. Zira, Türkiye’de perakendecilik sektöründe kapalı alan büyüklüğüne göre bakkal, market, büyük market (100-399m²), küçük süpermarket (400-999m²), büyümsüpermarket (1000-2499m²) ve hipermarket (2500m²+) şeklinde oluşan yapı içerisinde yer alan 164,146 işyerinden 2,636’sı zincir süpermarket ve hipermarketlerdir. Perakendecilik sektöründe halen ağırlığı elinde tutan bakkal niteliğinde 147,715 market niteliğinde ise 13,795 işyeri mevcuttur.

Perakendecilik sektörü, Türkiye’de özellikle 90’lı yılların başından itibaren büyük bir gelişme eğilimi içine girmiştir. Türkiye’de perakendecilik piyasasının büyüklüğü 40.000.000.000 Amerikan Doları civarındadır. Bu miktarın yaklaşık 15.000.000.000 Doları “modern perakendecilik” olarak adlandırılan sektör tarafından karşılanmaktadır, zira 40.000.000.000 Amerikan Dolarına semt pazarları, el tezgahları gibi düzenli kayıt altında tutulamayan unsurlar da dahildir. 1999 yılı itibariyle modern perakendecilik anlamında 15.000.000.000 Amerikan Doları cironun %52.3’ü bakkallar, %31.3’ü marketler, %16.4’ü zincir marketler tarafından gerçekleştirilmiştir. Zincir market ve marketlerin sayı ve pazar payı açısından büyüme eğilimi içinde olduğu ülkemizde zincir marketlerin henüz pazarda yüksek paylara ulaşmadığı ve sektörde gözle görülür bir yoğunlaşmanın yaşanmadığı bir gerçektir. Ülkemizde en büyük beş süpermarket zincirinin toplam gıda perakendecilik sektöründeki payı %4’tür.

İlk inceleme aşamasında pazar paylarına ilişkin verilere ulaşmak mümkün olmamakla birlikte, şikayetçi tarafın tahmini beyanına göre Tansaş’ın Bolu’daki pazar payı %... dolaylarındadır. Aynı pazarda faaliyet gösteren Tansaş’la aynı veya yakın büyüklükte bir çok market ve çok sayıda bakkal ve küçük çaplı marketin varlığı da gözönüne alındığında, gerek Türkiye bazında gerekse yerel bazda ilgili pazarda hakim durumda bulunan bir teşebbüsten bahsetmenin doğru olmayacağı düşünülmektedir.

Söz konusu nedenlerle, Tansaş zincir marketler grubunun ilgili pazarda hakim durumda olmadığı ve şikayet konusu fiillerin 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

J- SONUÇ

Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmelerin ışığında, gerek Şikayet dilekçesinde gerekse raportörlerce Şikayetçiyle yapılan görüşmede sözkonusu marketler arasında bir anlaşma ya da uyumlu eylemin bulunduğu şeklinde bir iddianın ileri sürülmemesi ve elde edilen bilgi ve belgelerden de bu yönde bir sonuca ulaşılamaması, ayrıca yıkıcı fiyat uyguladığı iddia edilen Tansaş'ın ilgili pazarda hakim durumda olmadığıının belirlenmesi nedenleriyle, başvuru konusu iddiaya ilişkin olarak bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

DUYURU

1. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Metinler bilgisayar ortamında bir disket ile beraber A4 kağıdının bir yüzüne çift aralıkla yazılmış üç kopya halinde teslim edilmelidir. Disket ile birlikte kullanılan yazılım programı, bilgisayar ismi ve dosya ismi gönderilmelidir. Teknik nedenlerden ötürü, daktilo ile yazılmış metinler kabul edilmez. Yayın Komisyonunca kabul edilmeyen yazılar iade edilmez.
2. Yazıyla birlikte, İngilizce başlık ve en çok 15 satırlık İngilizce bir özet teslim edilmelidir.
3. Tablo ve şekillere numara verilmeli, başlıklar tablo ve şekillerin üzerinde yer almalı kaynaklar ise tablonun altına yazılmalıdır. Denklemlerin sıra numarası parantez içinde, sayfanın sağ tarafında gösterilmelidir.
4. Kaynaklara yapılan göndermeler dipnotlar yerine, metin içinde açılan araçlarla belirtilmelidir. Ayrıca içindeki bilgiler sırasıyla şöyle olmalıdır: Yazar(lar)ın soyadı, kaynağın yılı, sayfa numaraları: Örneğin:

..... tesbit edilmiştir. (Atkinson, 1983; 77-82).

..... Sayer (1996a: 43-72; 1986b: 666-695) belirtilmelidir.

KİTAPLAR

FÖRLSTER, S. (1991), *The Art of Encouraging Invention: A New Approach to Government Innovation*, California Press.

MAKALELER

BAUMOL, W.J. (1986), "Productivity Growth, Convergence and Welfare: What the Long Run Data Show", *American Economic Review*, 76,1072-82.

DERLEMELER

HALL, P.H. "The Theory and Practice of Innovation Policy: An Overview", P. Hall (der), *Technology, Innovation and Economic Policy* içinde, Oxford: Philip Alan, 1-34.

5. Dipnot halinde verilen ek bilgiler, metin içinde numara sırasıyla ve sayfa altında ayrıca verilmelidir.
6. Belirtilen kurallara uymayan yazılar, gerekli düzeltmelerin yapılması için geri gönderilebilir. Yazının yayınlanması halinde, derginin 3 kopyası yazara ücretsiz gönderilecektir.
7. Yazarların, makaleleri ile birlikte, yazışma adresi, telefon ve faks bilgilerini de içeren notu göndermeleri gereklidir.